

Möglichkeiten der Mittelstandsförderung durch Vergaberechtsgestaltung und Vergaberechtspraxis

Inauguraldissertation zur Erlangung des akademischen Grades einer
Doktorin bzw. eines Doktors der Rechte durch die Juristische Fakultät
der Universität Potsdam

von

Lydia Hajasch

Dekan: Prof. Dr. Götz Schulze

Gutachter: Prof. Dr. Hartmut Bauer
Prof. Dr. Alexander Windoffer

Tag der Disputation: 07.12.2016

Online veröffentlicht auf dem
Publikationsserver der Universität Potsdam:
URN urn:nbn:de:kobv:517-opus4-395946
<http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:kobv:517-opus4-395946>

Vorwort

Die vorliegende, den Stand der Literatur und der Rechtsprechung bis zum 31. Juli 2016 berücksichtigende Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als akademische Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Europäisches und Deutsches Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Sozialrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam. Sie wurde als Dissertation im August 2016 angenommen und am 07. Dezember 2016 in den Räumlichkeiten der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam öffentlich verteidigt.

Der Prüfungskommission, bestehend aus meinem Doktorvater und Erstgutachter Herrn Prof. Dr. Hartmut Bauer, dem Zweitgutachter Herrn Prof. Dr. Alexander Windoffer und Herrn Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt möchte ich an dieser Stelle meinen herzlichsten Dank für die angenehme Prüfungsatmosphäre aussprechen. Danken möchte ich Herrn Prof. Dr. Alexander Windoffer zudem für die freundliche Übernahme des Zweitgutachtens und die zügige Erstellung sowie die wertvollen Hinweise bei der Vorbereitung der Publikation der Arbeit.

Ganz besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Hartmut Bauer für das in mich gesetzte Vertrauen und für die hervorragende Betreuung des Promotionsverfahrens. Mit seiner sogenannten „soft power“ hat er mir den Raum und die Zeit gelassen, die ich zum Erstellen dieser Arbeit benötigte. Er stand mir stets mit konstruktiven Anmerkungen und Hinweisen, aufbauenden Worten und seiner ständigen Diskussionsbereitschaft zur Seite, wodurch er zum Gelingen dieser Arbeit entscheidend beigetragen hat.

Letzteres gilt auch für meine Kollegen an der Universität Potsdam, ob studentische Hilfskräfte, akademische und nicht akademische Mitarbeiter, die längst nicht mehr „nur“ Kollegen sind, sondern zu Freunden und Wegbegleitern wurden. Dieser Dank gilt selbstredend meiner Familie und allen Freunden außerhalb der Universität, ohne die ich den Weg zurück an die Universität und die Möglichkeit, zu promovieren, nicht gefunden hätte. Danke für die stets offenen Ohren, Ratschläge, das kritische Hinterfragen, diskutieren, das Aufzeigen des Lichtes am Ende des Tunnels sowie für die technische und elektronische Hilfe beim Erstellen der Arbeit und der Vorbereitung der Disputation. Danke auch für die lebenswichtigen und mit lauter Lachen gefüllten Mittags- und Kaffeetische sowie die wunderschönen, aufheiternden Zeiten in meinen wundervollen WGs, die mich immer aufgefangen haben.

Ganz besonders herzlich danken will ich meinen Eltern, Heinz und Christine Hajasch, ohne deren vorbehaltlosen, jahrelangen, emotionalen, sozialen und finanziellen Beistand und Rückhalt, ich nicht hier wäre, wo ich jetzt bin und diese Zeilen hätte nie verfassen können! Sie haben mir diese Ausbildung ermöglicht und mich mit dem Urvertrauen und der Gewissheit ausgestattet, dass man seinen Weg – manchmal eben auch den Umweg – gehen sollte und sich durch den einen oder anderen Stolperstein nicht verunsichern lassen sollte.

Einen solchen Stolperstein galt es auch beim Schreiben dieser Arbeit zu überwinden, da sich die Schnelllebigkeit des Vergaberechts auch beim Verfassen der Dissertation zeigte. So wurde die Untersuchung im Herbst 2015 abgeschlossen. Doch sind danach im Vergaberecht weitreichende normative Änderungen erfolgt, die auch den Gegenstand der vorliegenden Arbeit berührten und eine Überarbeitung erforderten. Das betrifft zuallererst das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG) vom 17. Februar 2016 (BGBl. I S. 203), das neben anderem die Vorgaben der europäischen Vergaberichtlinien von 2014 umsetzte und am 18. April 2016 in Kraft getreten ist. Die dazu-

gehörige Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung – VergRModVO) vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624) ist ebenfalls am 18. April 2016 in Kraft getreten. Diese Rechtsänderungen wurden zur Wahrung der Aktualität eingearbeitet. Soweit ich es für erforderlich hielt, wird in den einschlägigen Passagen als ergänzende Hinweise die Rechtslage vor dem 18. April 2016 dargestellt.

Bentota (Sri Lanka), im Februar 2017

Lydia Hajasch

INHALTSÜBERSICHT

INHALTSVERZEICHNIS	V
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XVII
KAPITEL 1: EINLEITUNG	1
§ 1 Problemaufriss	1
I. Politische Akzeptanz der Mittelstandsförderung	1
II. Bedeutung der mittelständischen Unternehmen im gesamtwirtschaftlichen Gefüge	2
III. Stellenwert der mittelständischen Unternehmen im Vergabewesen	3
§ 2 Leitgedanken – Gegenstand und Gang der Untersuchung	5
I. Leitgedanken – Erkenntnisinteresse	5
II. Gegenstand und Gang der Untersuchung	5
III. Zum Stand der Forschung	8
IV. Zum Stand der Rechtsentwicklung	9
V. Salvatorische Klausel	9
KAPITEL 2: ALLGEMEINER TEIL	10
§ 3 Begriff des Mittelstandes	10
I. Europarechtliche Definition – Empfehlung der Europäischen Kommission	10
II. Nationale Definitionen	11
III. Stellungnahme: Relative Begriffsbestimmung	15
IV. Zusammenfassung	18
§ 4 Förderungswürdigkeit des Mittelstandes	19
I. Einleitung	19
II. Funktion und Potenzial des Mittelstandes	19
III. Auszugleichende größenspezifische Nachteile des Mittelstandes	22
IV. Spezifische Probleme mittelständischer Unternehmen im Vergabeverfahren	25
V. Zusammenfassung	28
§ 5 Förderungsfähigkeit mittelständischer Unternehmen im Allgemeinen	29
I. Primärrechtliche Verankerung und Legitimation der Mittelstandsförderung	29
II. Verfassungsrechtliche Verankerung und Legitimation der Mittelstandsförderung	32
III. Zusammenfassung	43
§ 6 Rechtsgrundlagen des Vergaberechts	44
I. Völkerrechtliche Rechtsgrundlagen	44
II. Europarechtliche Rechtsgrundlagen	45
III. Nationale Rechtsgrundlagen	48

IV.	Zusammenfassung	51
§ 7	Rechtsgrundlagen der Mittelstandsförderung im Vergabeverfahren	52
I.	Europarechtliche Grundlagen der Mittelstandsförderung im Vergaberecht.....	52
II.	Nationale Grundlagen der Mittelstandsförderung im Vergaberecht.....	53
III.	Zusammenfassung	72
§ 8	Grenzen der Mittelstandsförderung im Vergabeverfahren	73
I.	Primärrecht.....	73
II.	Sekundärrecht.....	84
III.	Nationales Recht	87
IV.	Zusammenfassung	103
KAPITEL 3: BESONDERER TEIL – EINE KLAVIATUR AUSGEWÄHLTER INSTRUMENTE MITTELSTANDSFÖRDERNDER MAßNAHMEN IM VERGABEWESEN		106
§ 9	Informationen: Vorinformation – Bekanntmachung	107
I.	Oberhalb der Schwellenwerte	107
II.	Unterhalb der Schwellenwerte	110
III.	Zusammenfassung	111
§ 10	Vergabearten und Beeinflussung des Teilnehmerkreises	112
I.	Vergabearten oberhalb der Schwellenwerte.....	112
II.	Vergabearten unterhalb der Schwellenwerte	115
III.	Auswirkungen der Vergabearten auf den Teilnehmerkreis	115
IV.	Beeinflussung des Teilnehmerkreises	116
V.	Zusammenfassung	122
§ 11	Kooperationen auf Auftraggeberseite – Zentrale Beschaffungsstellen und Einkaufskooperationen.....	123
I.	Zentrale Beschaffungsstellen	123
II.	Weitere Formen der Einkaufskooperation	124
III.	Vorbehalt der dezentralen Beschaffung	124
IV.	Zusammenfassung	128
§ 12	Kooperationen auf Auftragnehmerseite – Bietergemeinschaften	129
I.	Spannungsverhältnis	129
II.	Grundsatz der kartellrechtlichen Zulässigkeit vs. Grundsatz der Kartellrechtswidrigkeit	129
III.	Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	138
IV.	Weitere Problempunkte im Rahmen der Bietergemeinschaft.....	139
V.	Verhältnis zu anderen mittelstandsfreundlichen Instrumenten, insbesondere zur Losaufteilung	145
VI.	Zusammenfassung	145

§ 13 Eignungsprüfung und Nachweispflichten	147
I. Die einzelnen Eignungskriterien	147
II. Nachweis(wut).....	149
III. Erleichterungsmöglichkeiten	150
IV. Einzelne konkrete Eignungsanforderungen	159
V. Entschädigungsregelung	161
VI. Zusammenfassung	162
§ 14 Einbeziehung dritter Unternehmen – Eignungsleihe, Nachunternehmer	164
I. Die Einbeziehung dritter Unternehmen.....	164
II. Voraussetzungen für die Einbeziehung	169
III. Regelungen unterhalb der Schwellenwerte.....	174
IV. Zusammenfassung	174
§ 15 Pflicht zur Losaufteilung	176
I. Regelungen in den Richtlinien zur Losaufteilung.....	176
II. Nationale Regelungen zur Losaufteilung.....	177
III. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	191
IV. Zusammenfassung	196
§ 16 Loslimitierung	198
I. Loslimitierung als Maßnahme des Mittelstandsschutzes	198
II. Anliegen der Limitierung im nationalen Recht.....	199
III. Loslimitierung zugunsten des Mittelstandes vom Schutzzumfang des § 97 Abs. 4 GWB umfasst?	200
IV. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	202
V. Zusammenfassung	208
§ 17 Mehrfachbezuschlagung – losübergreifende Wertung vs. losweise Wertung	209
I. Preisnachlass.....	209
II. Losübergreifende oder losweise Wertung.....	212
III. Regelungen in den Vergabeordnungen – Regelungsvorschlag.....	222
IV. Zusammenfassung	224
§ 18 Bevorzugung mittelständischer Unternehmen im Rahmen der Zuschlagsentscheidung	226
I. Grundsätzliches.....	226
II. Mittelstandszugehörigkeit als Zuschlagskriterium.....	227
III. Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises	227
IV. Zuschlagskriterium der Wirtschaftlichkeit.....	227
V. Zusammenfassung	231

§ 19 Weitergabe der Verpflichtung zur mittelstandsgerechten Auftragsvergabe – § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB	233
I. Inhalt der Verpflichtung	233
II. Anwendungsbereich der Norm	234
III. Rechtliche Einordnung der Verpflichtung – mittelstandsbevorzugend vs. mittelstandsgerecht	239
IV. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	240
V. Vergaberechtliches Normengefüge	243
VI. Zusammenfassung	244
§ 20 Die Stellung des Nachunternehmers bei der Insolvenz des Hauptauftragnehmers	247
I. Voraussetzungen der Direktzahlung	248
II. Insolvenzanfechtung	248
III. Entrinnen aus der Anfechtungsfalle	253
IV. Regelungsvorschlag	256
V. Zusammenfassung	258
KAPITEL 4: ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE	259
LITERATUR- UND QUELLENVERZEICHNIS	273

INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XVII
KAPITEL 1: EINLEITUNG	1
§ 1 Problemaufriss	1
I. Politische Akzeptanz der Mittelstandsförderung	1
II. Bedeutung der mittelständischen Unternehmen im gesamtwirtschaftlichen Gefüge	2
III. Stellenwert der mittelständischen Unternehmen im Vergabewesen	3
§ 2 Leitgedanken – Gegenstand und Gang der Untersuchung	5
I. Leitgedanken – Erkenntnisinteresse	5
II. Gegenstand und Gang der Untersuchung	5
III. Zum Stand der Forschung	8
IV. Zum Stand der Rechtsentwicklung	9
V. Salvatorische Klausel	9
KAPITEL 2: ALLGEMEINER TEIL	10
§ 3 Begriff des Mittelstandes	10
I. Europarechtliche Definition – Empfehlung der Europäischen Kommission	10
II. Nationale Definitionen	11
1. Gesetzliche Bestimmungen	11
a. § 267 HGB	11
b. § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB	11
c. Landesverfassungen	12
d. Mittelstandsförderungsgesetze in den Ländern	12
e. Zwischenergebnis	13
2. Bestimmung in der Praxis	13
a. Statistisches Bundesamt	13
b. Institut für Mittelstandsforschung	13
c. Rechtsprechung	14
d. Literatur	15
III. Stellungnahme: Relative Begriffsbestimmung	15
IV. Zusammenfassung	18
§ 4 Förderungswürdigkeit des Mittelstandes	19
I. Einleitung	19
II. Funktion und Potenzial des Mittelstandes	19
1. Arbeitgeber- und Ausbilderfunktion	19
2. Innovations-, Markterschließungs- und verbraucherpolitische Funktion	20
3. Konjunkturausgleichende und beschäftigungsstabilisierende Funktion	21

Inhaltsverzeichnis

4.	Verfassungs- und gesellschaftspolitische Rolle	21
III.	Ausgleichende größenspezifische Nachteile des Mittelstandes	22
1.	Betriebliche Probleme	22
2.	Zwischenbetriebliche Probleme	23
3.	Finanzierungsnachteile	24
4.	Zu große Einflussmacht der Großunternehmen	25
IV.	Spezifische Probleme mittelständischer Unternehmen im Vergabeverfahren	25
1.	Zu hohe Auftragsvolumen.....	26
2.	Zentrale Beschaffungsstellen	26
3.	Informationsdefizit	26
4.	Unverhältnismäßige Eignungsanforderungen.....	27
5.	Zu kurze Fristen und zu hohe Kosten für die Ausarbeitung der Angebote	27
6.	Zu starke Konzentration auf das Preiskriterium	27
7.	Wahl des Verfahrens.....	27
8.	Unzureichende Zahlungsmoral der Auftraggeber	27
V.	Zusammenfassung	28
§ 5 Förderungsfähigkeit mittelständischer Unternehmen im Allgemeinen		29
I.	Primärrechtliche Verankerung und Legitimation der Mittelstandsförderung	29
1.	Art. 153 Abs. 2 lit. b) Satz 2 AEUV – Sozialpolitik	29
2.	Art. 179 Abs. 2 AEUV – Forschung und Entwicklung der KMU.....	29
3.	Art. 173 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV – Industriepolitik.....	30
4.	Wettbewerbs- und Beihilferecht	31
5.	Grundrechte-Charta	31
II.	Verfassungsrechtliche Verankerung und Legitimation der Mittelstandsförderung	32
1.	Weimarer Reichsverfassung.....	32
2.	Grundgesetz	32
a.	Art. 12 GG – Berufsfreiheit	33
b.	Art. 14 GG – Eigentumsgarantie	34
c.	Ausgewählte Grundrechtsfunktionen der Freiheitsrechte und ihre Bedeutung für den Mittelstand.....	34
aa.	Abwehrfunktion	34
bb.	Schutzpflichten	35
cc.	Leistungs- und Teilhaberechte	36
d.	Art. 3 GG – Gleichheit	37
e.	Ausgewählte Grundrechtsfunktionen des Art. 3 Abs. 1 GG und ihre Bedeutung für den Mittelstand.....	37
aa.	Abwehrfunktion	37
bb.	Teilhabe- und Leistungsrechte	38
f.	Staatsstrukturprinzipien	39
g.	Art. 109 Abs. 2 GG	39
h.	Grundgesetzliche Gesetzgebungskompetenzen	40
3.	Landesverfassungen	40
a.	Regelungsüberblick	40

b.	Rechtliche Einordnung der Mittelstandsartikel.....	41
III.	Zusammenfassung.....	43
§ 6 Rechtsgrundlagen des Vergaberechts		44
I.	Völkerrechtliche Rechtsgrundlagen.....	44
II.	Europarechtliche Rechtsgrundlagen	45
1.	Primärrechtliche Rechtsgrundlagen.....	45
2.	Sekundärrechtliche Rechtsgrundlagen.....	46
III.	Nationale Rechtsgrundlagen.....	48
1.	Zweiteilung des Vergaberechts.....	48
2.	Nationale Rechtsgrundlagen oberhalb der Schwellenwerte	48
a.	Rechtsgrundlagen bis zum 17. April 2016	48
b.	Rechtsgrundlagen ab dem 18. April 2016	49
3.	Nationale Rechtsgrundlagen unterhalb der Schwellenwerte	50
IV.	Zusammenfassung.....	51
§ 7 Rechtsgrundlagen der Mittelstandsförderung im Vergabeverfahren		52
I.	Europarechtliche Grundlagen der Mittelstandsförderung im Vergaberecht.....	52
1.	Primärrecht.....	52
2.	Sekundärrecht.....	52
a.	Vorgängerrichtlinien	52
b.	Modernisierung der Vergaberichtlinien	53
II.	Nationale Grundlagen der Mittelstandsförderung im Vergaberecht.....	53
1.	Verfassung und Landesverfassungen.....	53
2.	§ 97 Abs. 4 GWB – Mittelstandsklausel	54
a.	Historie des § 97 Abs. 4 GWB	54
b.	Rechtliche Einordnung des § 97 Abs. 4 GWB als vergaberechtlicher Grundsatz....	55
c.	Umfang und Grenzen der Mittelstandsklausel	56
aa.	Mittelstandsgerechte Vergabe.....	57
(1)	Mittelstandsgerechte Verfahrensgestaltungspflichten	57
(2)	Mittelstandsgerechte Zuschlagserteilung	57
bb.	Mittelstandsbevorzugende Vergabe	58
cc.	Zwischenergebnis	59
d.	Zulässigkeit der Einbeziehung vergabefremder Kriterien im Allgemeinen.....	59
e.	Verortung vergabefremder Kriterien im Vergabeverfahren.....	61
aa.	Definition des Auftragsgegenstandes – Leistungsbeschreibung.....	61
bb.	Auswahl der Bewerber – Eignungskriterien	61
cc.	Zuschlagskriterien.....	62
(1)	Soziale Kriterien als Zuschlagskriterien	62
(2)	Mittelstand als sozialer Aspekt im Rahmen des Zuschlags	64
dd.	Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsdurchführung	65
(1)	Eine weitere vierte Stufe im Vergabeverfahren.....	65
(2)	Mittelstand als sozialer Aspekt im Rahmen der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsdurchführung.....	67

f.	Legitimations- und Rechtfertigungsbedürfnis	67
aa.	Verortung mittelständischer Interessen als vergabefremder Aspekt im nationalen Recht – Zuschlag § 127 Abs. 1 GWB.....	68
bb.	Verortung mittelständischer Interessen als vergabefremder Aspekt im nationalen Recht – zusätzliche Bedingungen für die Auftragsdurchführung § 128 Abs. 2 GWB	69
cc.	Rechtslage bis zum 17. April 2016.....	70
dd.	Zwischenergebnis	71
3.	Vergabeordnungen, Vergabe- und Mittelstandsförderungsgesetze der Länder.....	71
III.	Zusammenfassung.....	72
 § 8 Grenzen der Mittelstandsförderung im Vergabeverfahren		73
I.	Primärrecht.....	73
1.	Grundfreiheiten	73
a.	Art. 56, 57 AEUV – Dienstleistungsfreiheit	73
aa.	Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot	73
bb.	Rechtfertigung	74
b.	Art. 34 ff. AEUV – Warenverkehrsfreiheit.....	76
aa.	Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot, Maßnahmen gleicher Wirkung..	76
bb.	Rechtfertigung	77
2.	Art. 18 AEUV – Allgemeines Diskriminierungsverbot	77
3.	Primärrechtliche Wettbewerbsvorschriften	77
a.	Art. 101 AEUV – Kartellrecht	77
b.	Art. 102 AEUV – Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	79
aa.	Der öffentliche Auftragsgeber als Unternehmen i.S.d. Art. 102 AEUV – wirtschaftliche Tätigkeit	79
bb.	Marktbeherrschende Stellung	80
cc.	Missbrauch	81
(1)	Unmittelbare oder mittelbare Erzwingung von sonstigen Geschäftsbedingungen	81
(2)	Unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertiger Leistung	81
dd.	Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	82
ee.	Zwischenergebnis	82
c.	Art. 107 AEUV – Beihilferecht.....	82
II.	Sekundärrecht.....	84
1.	Wettbewerbsprinzip	84
2.	Gleichbehandlungsgrundsatz – Diskriminierungsverbot.....	85
3.	Transparenz.....	85
4.	Verhältnismäßigkeit	86
5.	Wirtschaftlichkeitsgebot	86
6.	Grundsatz der Berücksichtigung strategischer Ziele	87
III.	Nationales Recht	87
1.	Verfassungsrecht.....	87

a.	Fiskalgeltung der Grundrechte	87
b.	Grundrechte bei Verteilungsentscheidungen	89
c.	Art. 12 Abs. 1 GG – Wettbewerbsfreiheit	89
aa.	Bedeutung und Folgen für das Vergabeverfahren.....	90
	(1) Zugang zum Beschaffungsmarkt – Möglichkeit der Teilnahme	91
	(2) Zuschlagserteilung – Auswahl- und Verteilungsentscheidung – Bewertung... ..	92
	(a) Meinungsspektrum	92
	(b) Stellungnahme	93
	(aa) Monopolstellung.....	95
	(bb) Auftragssperre	95
bb.	Zwischenergebnis	96
d.	Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG – Eigentums- und allgemeine Handlungsfreiheit.....	96
e.	Art. 3 Abs. 1 GG – allgemeiner Gleichheitssatz	97
aa.	Bedeutung und Folgen für das Vergabeverfahren.....	97
	(1) Zugang zum und Erfolg auf dem Beschaffungsmarkt.....	97
	(2) Verfolgung vergabefremder Ziele	98
bb.	Abgestufte Rechtfertigungsanforderungen – die Mittelstandszugehörigkeit als zulässiges Differenzierungskriterium	99
	(1) Ermöglichung der Teilnahme.....	100
	(2) Bevorzugung zur Herstellung der Startchancengleichheit.....	100
	(3) Ausschluss	101
cc.	Zwischenergebnis	101
2.	Haushaltsrecht – Gebot der Wirtschaftlichkeit	102
3.	Wettbewerbsrecht	103
IV.	Zusammenfassung	103

KAPITEL 3: BESONDERER TEIL – EINE KLAVIATUR AUSGEWÄHLTER INSTRUMENTE MITTELSTANDSFÖRDERNDER MAßNAHMEN IM VERGABEWESEN

106

§ 9 Informationen: Vorinformation – Bekanntmachung	107
I.	Oberhalb der Schwellenwerte
	1. Vorinformation
	2. Bekanntmachung
	3. Umstellung auf die E-Vergabe i.e.S.....
II.	Unterhalb der Schwellenwerte
III.	Zusammenfassung
§ 10 Vergabearten und Beeinflussung des Teilnehmerkreises	112
I.	Vergabearten oberhalb der Schwellenwerte.....
	1. Offenes Verfahren
	2. Nicht offenes Verfahren.....
	3. Verhandlungsverfahren.....

Inhaltsverzeichnis

4.	Wettbewerblicher Dialog	114
5.	Rangverhältnis	114
II.	Vergabearten unterhalb der Schwellenwerte	115
III.	Auswirkungen der Vergabearten auf den Teilnehmerkreis	115
IV.	Beeinflussung des Teilnehmerkreises	116
1.	Erhöhung des gewünschten Bewerberkreises	116
a.	Aufforderung zur Angebotsabgabe	116
aa.	Offenes Verfahren.....	116
bb.	Nicht offenes Verfahren, Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnamewettbewerb und wettbewerblicher Dialog.....	116
(1)	Teilnamewettbewerb.....	117
(2)	Angebotsaufforderung	117
(a)	Bevorzugte Aufforderung zur Angebotsabgabe.....	117
(aa)	Primärrecht	118
(bb)	Vergaberechtliche Grundsätze und Verfassungsrecht	118
(b)	Angemessene Berücksichtigung	119
(c)	Regelungsvorschlag.....	119
b.	Vorbehaltene Aufträge	120
aa.	Quotenregelung im Sozialbereich	120
bb.	Übertragung der Quotenregelung auf mittelständische Unternehmen	121
2.	Beschränkung des unerwünschten Bewerberkreises	121
V.	Zusammenfassung	122
 § 11 Kooperationen auf Auftraggeberseite – Zentrale Beschaffungsstellen und Einkaufskooperationen..... 123		
I.	Zentrale Beschaffungsstellen	123
1.	Rechtsgrundlagen.....	123
2.	Arten der von den zentralen Beschaffungsstellen übernommenen Tätigkeiten	123
II.	Weitere Formen der Einkaufskooperation	124
III.	Vorbehalt der dezentralen Beschaffung	124
1.	Grundsatz der dezentralen Beschaffung.....	124
a.	Alleinige Verantwortung der jeweiligen Vergabestelle.....	125
b.	Kartellrechtliche Unzulässigkeit	125
c.	Wettbewerbsgrundsatz	126
d.	Gleichbehandlungsgrundsatz	126
e.	Haushaltsgrundsätze	126
f.	Rechtslage.....	127
2.	Grenze: Vorbehalt der mittelstandsgerechten Auftragsvergabe	127
IV.	Zusammenfassung	128
 § 12 Kooperationen auf Auftragnehmerseite – Bietergemeinschaften		
I.	Spannungsverhältnis	129
II.	Grundsatz der kartellrechtlichen Zulässigkeit vs. Grundsatz der Kartellrechtswidrigkeit	129

1.	Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs – grundsätzliche kartellrechtliche Zulässigkeit	130
2.	Neue Rechtsprechungstendenzen – Das Damoklesschwert der Kartellrechtswidrigkeit	130
3.	Kritik an den Entscheidungen	131
a.	Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses	131
b.	Kartellrechtswidrigkeit ohne begründeten Verdachtsmoment – unterlassene Marktanalyse	132
aa.	Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses	132
(1)	Aktueller Wettbewerb	133
(2)	Potenzieller Wettbewerb	133
bb.	Objektive Gründe, die der Markteintrittswahrscheinlichkeit entgegenstehen	133
cc.	Subjektive Gründe, die der Markteintrittswahrscheinlichkeit entgegenstehen	134
dd.	Konsequenzen der unterlassenen Marktanalyse	134
c.	Praxistauglichkeit der zweistufigen Zulässigkeitsprüfung	136
4.	Zwischenergebnis	137
III.	Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	138
1.	Europäisches und nationales Wettbewerbsrecht	138
2.	Grundfreiheiten, Beihilfe	139
3.	Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG	139
IV.	Weitere Problempunkte im Rahmen der Bietergemeinschaft	139
1.	Gesamtschuldnerische Haftung	139
2.	Änderungen in der Zusammensetzung der Bietergemeinschaft	140
a.	Bestandswechsel im Allgemeinen	140
b.	Insolvenzbedingter Bestandswechsel	141
c.	Auswirkungen des Bestandswechsels auf die Eignung der Bietergemeinschaft ..	142
3.	Mehrfachbeteiligung	143
4.	Einzelantragsbefugnis	144
V.	Verhältnis zu anderen mittelstandsfreundlichen Instrumenten, insbesondere zur Losaufteilung	145
VI.	Zusammenfassung	145
§ 13 Eignungsprüfung und Nachweispflichten		147
I.	Die einzelnen Eignungskriterien	147
II.	Nachweis(wut)	149
III.	Erleichterungsmöglichkeiten	150
1.	Vorrang der Eigenerklärung	150
a.	Richtlinien 2014	150
b.	Nationale Rechtslage – Bewertung und Umsetzung	151
aa.	Eigenerklärungen nur in Form der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung?	151
bb.	Eigenerklärung als Vollnachweis?	152

cc.	Beibringung weiterer Unterlagen.....	153
dd.	Regelungsvorschlag	154
2.	Präqualifizierungsverfahren.....	154
a.	Richtlinien 2014	155
b.	Nationale Rechtslage im Bereich der VOB/A und VgV – Bewertung und Umsetzung	155
c.	Nationale Rechtslage im Bereich der SektVO – Ersatz der Eignungsprüfung im Ganzen	158
IV.	Einzelne konkrete Eignungsanforderungen	159
1.	Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit	159
2.	Mittelständische Unternehmen und Newcomer.....	159
3.	Frist für die Vorlage der Eignungsnachweise.....	160
V.	Entschädigungsregelung	161
VI.	Zusammenfassung	162
§ 14 Einbeziehung dritter Unternehmen – Eignungsleihe,		
	Nachunternehmer.....	164
I.	Die Einbeziehung dritter Unternehmen	164
1.	Regelungstechnischer Hintergrund.....	164
a.	Nachunternehmer.....	164
b.	Eignungsleihe	164
2.	Begriff des Nachunternehmers	165
3.	Begriff des Hauptauftragnehmers	166
a.	Zulässigkeit der Generalübernehmervergabe – Gebot der Selbstaussführung	166
aa.	Oberhalb der Schwellenwerte	166
bb.	Unterhalb der Schwellenwerte	167
b.	Mittelständische Interessen	168
4.	Eignungsleihe.....	169
II.	Voraussetzungen für die Einbeziehung	169
1.	Nachunternehmer	171
2.	Eignungsleihe.....	172
3.	Qualifizierter Nachunternehmer	174
4.	Zwischenergebnis	174
III.	Regelungen unterhalb der Schwellenwerte.....	174
IV.	Zusammenfassung	174
§ 15 Pflicht zur Losaufteilung		
		176
I.	Regelungen in den Richtlinien zur Losaufteilung.....	176
1.	Rechtliche Einordnung.....	176
2.	Tatbestandsvoraussetzungen	177
II.	Nationale Regelungen zur Losaufteilung.....	177
1.	Rechtliche Einordnung des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB als vergaberechtlicher Grundsatz.....	178
2.	Umsetzung – Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers	179

3.	Probleme im Rahmen der konkreten Losbildung	181
a.	Fachlos	182
b.	Teillos	183
aa.	Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie	183
bb.	Folgen bei Nichteinhaltung der Zauberformel.....	183
c.	Verhältnis zwischen Teil- und Fachlos	184
d.	Mittelstandsbezug	184
4.	Ausnahmen von der Losaufteilung	185
a.	Das Erfordern	185
b.	Technische Gründe	187
c.	Wirtschaftliche Gründe	188
d.	Unverhältnismäßige Verteuerung	188
e.	Folgen	191
III.	Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	191
1.	Primärrecht	191
a.	Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit.....	191
b.	Beihilfevorschriften	192
2.	Sekundärrecht	193
3.	Vergabegrundsätze	193
a.	Wettbewerb	193
b.	Gleichbehandlung	194
c.	Wirtschaftlichkeitsgebot.....	194
4.	Haushaltsrecht – Gebot der Wirtschaftlichkeit.....	195
IV.	Zusammenfassung	196
§ 16	Loslimitierung	198
I.	Loslimitierung als Maßnahme des Mittelstandsschutzes	198
II.	Anliegen der Limitierung im nationalen Recht.....	199
III.	Loslimitierung zugunsten des Mittelstandes vom Schutzzumfang des § 97 Abs. 4 GWB umfasst?	200
1.	§ 97 Abs. 4 Satz 2 GWB	200
2.	§ 97 Abs. 4 Satz 1 GWB	201
a.	Mittelstandsgerechte Vergabe	201
b.	Pflicht zur Loslimitierung	202
3.	Zwischenergebnis	202
IV.	Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	202
1.	Primärrecht	203
a.	Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit.....	203
b.	Beihilfe	203
2.	Sekundärrecht	203
3.	Verfassungsrecht	204
4.	Vergabegrundsätze	204
a.	Wettbewerb	204
b.	Gleichbehandlung	205

c.	Wirtschaftlichkeitsgebot.....	206
aa.	Nicht nur kurzfristige Einsparungen	206
bb.	Nicht nur monetäre Kriterien.....	206
d.	Unzulässiger Ausschlussgrund.....	207
5.	Haushaltsrecht – Gebot der Wirtschaftlichkeit.....	207
V.	Zusammenfassung.....	208

§ 17 Mehrfachbezuschlagung – losübergreifende Wertung vs. losweise

	Wertung.....	209
I.	Preisnachlass.....	209
1.	Nationale Vorgaben	209
2.	Sekundärrechtliche Vorgaben durch die Richtlinien 2014	212
II.	Losübergreifende oder losweise Wertung.....	212
1.	Wortlaut sowie Sinn und Zweck des § 97 Abs. 4 GWB	212
2.	Wettbewerb zwischen den Losen oder zwischen der Einzel- und Gesamtvergabe... 213	
3.	Parallelausschreibung – losübergreifende Wertung.....	213
a.	Zulässigkeit der Parallelausschreibung.....	214
aa.	Wirtschaftliche Gründe ex-ante – Nachweis.....	214
bb.	Praxisgerechter Interessenausgleich.....	215
b.	Voraussetzung für die Durchführung der Parallelausschreibung	215
aa.	Berechtigtes Interesse des Auftraggebers	215
bb.	Vorbehalt der Gesamtvergabe und Konkretisierung der Loskombinationen...	215
c.	Losübergreifende Wertung.....	217
4.	Losweise Wertung – Wettbewerb zwischen den Einzellosen	218
a.	Transparenzgrundsatz	220
b.	Wirtschaftlichkeit, Gleichbehandlung	220
aa.	Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne.....	220
bb.	Bedingter Preisnachlass bleibt nicht unberücksichtigt	221
cc.	Keine Ungleichbehandlung	221
c.	§ 97 Abs. 4 Sätze 2 und 3 GWB	221
d.	Beihilfe- und Haushaltsrecht.....	222
III.	Regelungen in den Vergabeordnungen – Regelungsvorschlag.....	222
IV.	Zusammenfassung.....	224

§ 18 Bevorzugung mittelständischer Unternehmen im Rahmen der

	Zuschlagsentscheidung	226
I.	Grundsätzliches.....	226
II.	Mittelstandszugehörigkeit als Zuschlagskriterium.....	227
III.	Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises.....	227
IV.	Zuschlagskriterium der Wirtschaftlichkeit.....	227
1.	Bevorzugung trotz Abweichung.....	228
a.	Vergleichbarkeit mit den Behindertenwerkstätten.....	228
b.	Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	229

2.	Bevorzugung bei wirtschaftlicher Gleichwertigkeit der Angebote	229
a.	Regelungsbestand und Voraussetzungen	229
b.	Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	230
V.	Zusammenfassung	231

§ 19 Weitergabe der Verpflichtung zur mittelstandsgerechten

	Auftragsvergabe – § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB	233
I.	Inhalt der Verpflichtung	233
II.	Anwendungsbereich der Norm	234
1.	Weiter Wortlaut	234
2.	Weiter Wortlaut – enge Praxisrelevanz	235
a.	Zeitpunkt der Verpflichtung	235
b.	Losaufteilung	237
3.	Regelungsvorschlag	238
III.	Rechtliche Einordnung der Verpflichtung – mittelstandsbevorzugend vs. mittelstandsgerecht	239
IV.	Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	240
1.	Europarecht	240
2.	Gleichheitsgrundsatz	241
3.	Verfassungsrecht	242
4.	Kartell- und Wettbewerbsrecht	242
V.	Vergaberechtliches Normengefüge	243
1.	Verpflichtungen nach Zuschlagserteilung	243
2.	Verpflichtungen vor Zuschlagserteilung	244
VI.	Zusammenfassung	244

§ 20 Die Stellung des Nachunternehmers bei der Insolvenz des

	Hauptauftragnehmers	247
I.	Voraussetzungen der Direktzahlung	248
II.	Insolvenzanfechtung	248
1.	Zahlung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. bei Verhängung eines allgemeinen Verfügungsverbotes	249
2.	Zahlung bei wirtschaftlicher Krise des Hauptauftragnehmers	249
a.	Inkongruente Deckung	250
b.	Gläubigerbenachteiligung	250
c.	Subjektive Voraussetzungen	251
d.	Privilegierung gem. § 142 InsO	252
3.	Zahlungen außerhalb der Dreimonatsfrist	252
4.	Folgen für den Nachunternehmer	252
III.	Entrinnen aus der Anfechtungsfalle	253
1.	Dreiseitige Vereinbarungen	254
2.	Sicherungsabtretung	254
3.	Kündigung und Fortsetzung des Vertrages mit dem Nachunternehmer	256
4.	Echter Vertrag zugunsten Dritter	256

Inhaltsverzeichnis

IV. Regelungsvorschlag 256
V. Zusammenfassung 258

KAPITEL 4: ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE 259

LITERATUR- UND QUELLENVERZEICHNIS 273

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ä.	ähnlich
a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
ABl	Amtsblatt
ABl EG	Amtsblatt Europäische Gemeinschaft
ABl EU	Amtsblatt Europäische Union
Abs.	Absatz
Abst	Auftragsberatungsstelle
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AK-GG	Alternativkommentar zum Grundgesetz
All	allgemein
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
B.	Beschluss
B.v.	Beschluss vom
BAnz	Bundesanzeiger
BauR	Baurecht
Bay	Bayern bzw. bayerisch
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerf	Verfassung des Freistaats Bayern
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BB	Der Betriebs-Berater
Bbg	Brandenburg, brandenburgisch
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
BeckOK	Beck'scher Onlinekommentar
Begr.	Begründer
Berl	Berlin, berlinerisch
BerlAVG	Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BHO	Bundshaushaltsordnung
BIP	Bruttoinlandsprodukt

Abkürzungsverzeichnis

BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BR	Bundesrat
BRDrucks.	Drucksachen des Bundesrates
Brem	Bremen, bremisch
BremVerf	Verfassung des Landes Bremen
bspw.	Beispielsweise
BT	Bundestag
BTDrucks.	Drucksachen des Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	Baden-Württemberg, baden-württembergisch
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CR	Computer und Recht, Zeitschrift
d.h.	dass heißt
DB	Der Betrieb
ders./dies.	derselbe/dieselbe(n)
DIfU	Deutsches Institut für Urbanistik
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Drucks.	Drucksache
DStGB	Deutscher Städte- und Gemeindebund
Dt.	Deutsche/r
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DWI	Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
EEE	Einheitliche Europäische Eigenerklärung
EG	Europäische Gemeinschaft[en]
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
ELR	European Law Review
endg.	endgültig
Erwg.	Erwägungsgrund
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union/Gemeinschaft
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Abkürzungsverzeichnis

EVStL	Evangelisches Staatslexikon
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f./ff.	folgende(r)/fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPA	Government Procurement Agreement
GRC	Grundrechtecharta
GRW	Grundsätze und Richtlinien für Wettbewerbe auf den Gebieten der Raumplanung, des Städtebaus und des Bauwesens
GVerwR	Grundlagen des Verwaltungsrechts
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HbGR	Handbuch der Grundrechte
Hess	Hessen, hessisch
HessVerf	Verfassung des Landes Hessen
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
HH	Hamburg, hamburgisch
HOAI	Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts
IBR	Immobilien und Baurecht
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
insbes.	insbesondere
i.R.d.	im Rahmen des/der
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiten Sinne
IBR	Immobilien- und Bauerecht
IfM	Institut für Mittelstandsforschung Bonn
InsO	Insolvenzordnung
jewls.	jeweils
jurisPR-BGHZivilR	Juris Praxisreport BGH Zivilrecht
jurisPR-InsR	Juris Praxisreport Insolvenzrecht
jurisPR-PrivBauR	Juris Praxisreport Privates Baurecht
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KartellR	Kartellrecht
KartellVergR	Kartellvergaberecht
KG	Kammergericht

Abkürzungsverzeichnis

KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KO	Konkursordnung
KOM	Veröffentlichungen der Europäischen Kommission
KonzVgV	Konzessionsvergabeverordnung
LHO	Landeshaushaltsordnung
LHO Bbg	Landeshaushaltsordnung Brandenburg
LHO NRW	Landeshaushaltsordnung Nordrhein-Westfalen
lit.	litera/Buchstabe
LSA	Land Sachsen-Anhalt, sachsen-anhaltinisch
LSG	Landessozialgericht
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
m.	mit
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MBI	Ministerialblatt
MFG	Mittelstandsförderungsgesetz
MFG Bay	Gesetz über die Förderung der mittelständischen Unternehmen sowie der Freien Berufe Bayern
MFG Bbg	Gesetz zur Förderung des Mittelstandes im Land Brandenburg
MFG Brem	Bremisches Gesetz zur Förderung von kleinsten, kleinen und mittleren Unternehmen
MFG BW	Gesetz zur Mittelstandsförderung Baden-Württemberg
MFG MV	Gesetz zur Mittelstandsförderung in Mecklenburg-Vorpommern
MFG Nds	Gesetz zur Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen Niedersachsen
MFG NRW	Gesetz zur Förderung des Mittelstandes in Nordrhein-Westfalen
MFG RhP	Mittelstandsförderungsgesetz Rheinland-Pfalz
MFG Saar	Gesetz Nr. 1052 zur Förderung der kleinen und mittleren Unternehmen sowie der freien Berufe in der Wirtschaft Saarland
Mio.	Millionen
Mrd.	Milliarden
MüKo	Münchener Kommentar
MV	Mecklenburg-Vorpommern
n.F.	neue Fassung
Nds. MBI	Niedersächsisches Ministerialblatt
Nds	Niedersachsen, niedersächsisch
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
No.	Number
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen, nordrhein-westfälisch
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht

Abkürzungsverzeichnis

OLG	Oberlandesgericht
ÖPNV	öffentlicher Personennahverkehr
ÖPP	Öffentlich-Private-Partnerschaft
OVG	Oberverwaltungsgericht
PdK	Praxis der Kommunalverwaltung
PPP	Private-Public-Partnership
PQ-VOB	Präqualifizierungsurkunde VOB
PQ-VOL	Präqualifizierungsurkunde VOL
PWC	PricewaterhouseCoopers AG
RhP	Rheinland-Pfalz, rheinland-pfälzisch
RhPVerf	Verfassung des Landes Rheinland-Pfalz
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RPW	Richtlinien für Planungswettbewerbe
Rs.	Rechtssache
S.	Satz/Seite
s.	siehe
Saar	Saarland, saarländisch
SaarVerf	Verfassung des Landes Saarland
s.ä.	so ähnlich
Sächs	Sachsen, sächsisch
SächsOVG	Sächsisches Oberverwaltungsgericht
SächsVBI	Sächsische Verwaltungsblätter
SächsVgG	Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Freistaat Sachsen
SektVO	Sektorenverordnung
SGB	Sozialgesetzbuch
SH	Schleswig-Holstein, schleswig-holsteinisch
SKR	Sektorenkoordinierungsrichtlinie
Slg.	Sammlungen der Entscheidungen des EuGH und des EuG
SME(s)	small and medium enterprice(s)
sog.	sogenannt/e/es
Sp.	Spalte
StAnz	Staatsanzeiger
StBA	Statistisches Bundesamt
TED	Tenders Electronic Daily
Thür	Thüringen, thüringisch
ThürVBI	Thüringer Verwaltungsblätter
TTG Brem	Bremisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe
TTG SH	Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge
TVgG NRW	Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge
U.	Urteil

Abkürzungsverzeichnis

u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
U.v.	Urteil vom
UAbs.	Unterabschnitt
v.	von/vom
v.a.	vor allem
v.d.	von der
VBI	Verwaltungsblätter
verb.	verbunden/e
VerfNRW	Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen
VergabeR	Vergaberecht, Zeitschrift
VergStatVO	Vergabestatistikverordnung
VergR	Vergaberecht
VergRModG	Vergaberechtsmodernisierungsgesetz
VergRModVO	Vergaberechtsmodernisierungsverordnung
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VgG	Vergabegesetz
VgG Hess	Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz
VgG HH	Hamburgisches Vergabegesetz
VgG LSA	Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt
VgG MV	Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Mecklenburg-Vorpommern
VgG Nds	Niedersächsisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge
VgG Thür	Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge
vgl.	vergleiche
VgRÄG	Vergaberechtsänderungsgesetz
VgV	Vergabeverordnung
VK	Vergabekammer
VKR	Vergabekoordinierungsrichtlinie
VO	Verordnung
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B
VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen
VOL/A	Vergabeordnung für Leistungen, Teil A
Vorb.	Vorbemerkung
VR	Verwaltungsrundschau
vs.	versus
VSVgV	Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung, Beilage zum Gewerbearchiv

Abkürzungsverzeichnis

WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WTO	World Trade Organization
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WVO	Werkstättenverordnung
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZVgR	Zeitschrift für deutsches und internationales Vergaberecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Kapitel 1: Einleitung

§ 1 Problemaufriss

Ein funktionierender Wettbewerb bedarf eines Mittelstandes. Denn mittelständische Unternehmen sind nicht so groß, dass sie andere Unternehmen verdrängen. Dennoch aber stellen mittelständische Unternehmen eine Konkurrenz dar und beleben dadurch den Wettbewerb.¹ Diese bereits fast 30 Jahre alten Feststellungen von *Eberhard Hamer* beanspruchen aktuell immer noch Geltung. Der Mittelstand, die kleinen und mittleren Unternehmen oder auch kurz KMU bzw. die mittelständischen Unternehmen und deren Förderungswürdigkeit und Förderungsfähigkeit sind nach wie vor in aller Munde.

I. Politische Akzeptanz der Mittelstandsförderung

Die Förderung der KMU ist ein gesamteuropäisches Anliegen und ein akzeptiertes wirtschaftspolitisches Ziel.² Innerhalb der Europäischen Union gilt das Prinzip „Vorfahrt für KMU“.³ Ebenso sehen mehrere Vorschriften des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) die Förderung oder Unterstützung der kleinen und mittleren Unternehmen vor.⁴ Die Europäische Union hat in den letzten Jahren verschiedene Maßnahmen ergriffen, um für die KMU gleiche Wettbewerbschancen und -bedingungen sowie Chancengleichheit zu gewährleisten. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien hier nur die Europäische Charta für Kleinunternehmen aus dem Jahr 2000⁵, die Mitteilung der Kommission über gemeinsame Maßnahmen für Wachstum und Beschäftigung⁶ sowie die Mitteilung der Kommission über eine zeitgemäße KMU-Politik für Wachstum und Beschäftigung aus dem Jahr 2005⁷, der „Small Business Act“ aus dem Jahr 2008⁸, der Leitfaden für bewährte Verfahren zur Erleichterung des Zugangs der KMU zu öffentlichen Aufträgen⁹, das Small Business Portal aus dem Jahr 2010¹⁰ und der Aktionsplan Unternehmertum aus dem Jahr 2012¹¹ genannt.¹² Des Weiteren war die Verbesserung des Zugangs der KMU zum Beschaffungsmarkt eines der Ziele bei der Modernisierung der Vergaberichtlinien im Jahr

¹ *Hamer*, Mittelständische Unternehmen, S. 199 ff.

² *Dreher*, NZBau 2005, 427 ff.; *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 56.

³ Europäische Kommission, Small Business Act.

⁴ So z.B. Art. 153 Abs. 2 lit. b) AEUV; Art. 173 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV; Art. 179 Abs. 2 AEUV.

⁵ Im Internet abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=URISERV:n26002&from=DE> (30.7.2016).

⁶ Mitteilung der Europäischen Kommission an den Rat und das Europäische Parlament v. 20.7.2005, KOM (2005) 330 endg., SEK(2005) 981.

⁷ Mitteilung der Europäischen Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen v. 10.11.2005, KOM (2005) 551 endg.

⁸ Europäische Kommission, Small Business Act.

⁹ Europäische Kommission, Code of best Practice.

¹⁰ Im Internet abrufbar unter http://ec.europa.eu/small-business/index_de.htm (30.7.2016).

¹¹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Aktionsplan Unternehmertum 2020, Den Unternehmergeist in Europa neu entfachen, v. 9.1.2013, KOM(2012) 795 endg.

¹² Instruktiver Überblick über die KMU-Politik auf europäischer Ebene bei *Windoffer*, Europäische KMU-Politik, in: Kluth (Hrsg.), Jahrbuch 2006, S. 91 ff.

2014.¹³ Auf nationaler Ebene wurde der Mittelstandförderung schon vor dem Zweiten Weltkrieg Beachtung geschenkt.¹⁴ Dies hat sich bis heute nicht geändert. So legt die nationale Politik laut den Angaben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie einen großen Fokus auf den Mittelstand. Da der Mittelstand „die Triebfeder einer dynamischen Wirtschaftsentwicklung in Deutschland“ ist, initiiert die Bundesregierung ebenfalls verschiedene Programme, um die „Wettbewerbsfähigkeit, Innovationskraft und Beschäftigung in der mittelständischen Wirtschaft weiter zu stärken“^{15, 16}.

II. Bedeutung der mittelständischen Unternehmen im gesamtwirtschaftlichen Gefüge

Doch warum zeugen zahlreiche europäische und nationale Initiativen von der Förderungswürdigkeit und -fähigkeit mittelständischer Unternehmen, und welchen Stellenwert haben mittelständische Unternehmen im gesamtwirtschaftlichen Gefüge? Laut den Angaben der Europäischen Kommission beträgt der europaweite Unternehmensanteil der KMU derzeit circa 99,8%. Demnach sind rund 23 Millionen der registrierten Unternehmen solche, die die Kriterien der Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen 2003/361/EG¹⁷ vom 6. Mai 2003 erfüllen, wonach ein KMU vorliegt, wenn es weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigt und entweder einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. Euro oder eine Bilanzsumme von höchstens 43 Mio. Euro hat. Darüber hinaus generieren die KMU mehr als die Hälfte des europäischen Bruttoinlandsprodukts.¹⁸ Eine vergleichbare Situation besteht für den deutschen Mittelstand. Nach der KMU-Definition des Instituts für Mittelstandsforschung Bonn (IfM) liegt ein KMU vor, wenn es weniger als 500 Beschäftigte und einen Jahresumsatz bis zu 50 Mio. Euro hat. Von den im Jahr 2014 in Deutschland registrierten circa 3,63 Mio. Unternehmen erfüllten circa 99,6% der Unternehmen die genannten Kriterien. Der deutsche Mittelstand erwirtschaftete im Jahr 2014 rund 2,204 Billionen Euro und damit 35,3% des gesamten Umsatzes deutscher Unternehmen.¹⁹ Mittelständische Unternehmen haben somit eine bedeutende gesamtwirtschaftliche, aber auch gesellschaftliche Rolle.²⁰ Sie haben enormes Potential für Beschäftigung, Wachstum und Innovation.²¹

¹³ Ewgr. 2 RL 2014/24/EU.

¹⁴ Hofmeir, Mittelstandförderung, S. 114 m.w.N.; Pietzcker, Staatsauftrag, S. 305.

¹⁵ BMWi, Mittelstandspolitik, im Internet abrufbar unter <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Mittelstand/mittelstandspolitik.html> (30.7.2016).

¹⁶ Instruktiver Überblick auf der Internetseite des BMWi, Politik für den Mittelstand, im Internet abrufbar unter <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Mittelstand/Mittelstandspolitik/politik-fuer-den-mittelstand,did=511414.html> (30.7.2016).

¹⁷ ABI EU v. 6.5.2003, Nr. L 124/36.

¹⁸ PWC, SMEs, S. 5, 24; Muller/Devnani u.a., Annual Report, S. 3

¹⁹ IfM, im Internet abrufbar unter <http://www.ifm-bonn.org/statistiken/mittelstand-im-ueberblick/#accordion=0&tab=0> (30.7.2016).

²⁰ BMWi, Aktionsprogramm, S. 2; PWC, SMEs, S. 5, 24; Rogowski, Familienunternehmen, in: FS Kirchhoff, S. 391 (395).

²¹ BMWi, Aktionsprogramm, S. 2 f.; BMWi, Zukunft Mittelstand, S. 1; Europäische Kommission, Grünbuch S. 31; Europäische Kommission, Growth, Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, im Internet abrufbar unter <http://ec.europa.eu/growth/smes/> (30.7.2016).

III. Stellenwert der mittelständischen Unternehmen im Vergabewesen

Auch wenn diese erste Bilanz positiv ausfällt, wird sie weniger erfreulich bei Betrachtung der Rolle mittelständischer Unternehmen im Vergabewesen. Laut den statistischen Angaben der Europäischen Kommission in ihrem jährlichen Report „Public Procurement Indicators“ betrug im Jahr 2014 der geschätzte Wert der auf dem mehrsprachigen Online-Dienst der Europäischen Union „Tenders Electronic Daily“ (kurz: TED) ausgeschriebenen europaweiten Aufträge inklusive Nebenkosten 421.31 Mrd. Euro.²² Geschätzte 17 - 19% des EU-Bruttoinlandsprodukts werden durch die öffentliche Beschaffung generiert.²³ Für das deutsche Auftragswesen fehlt es bislang an vergleichbarem statistischem Material.²⁴ Eine länger zurückliegende Studie kam allerdings zu dem Ergebnis, dass das im Wege der öffentlichen Auftragsvergabe erwirtschaftete Gesamtvolumen bei circa 17% des Bruttoinlandsprodukts liegt.²⁵ Aufgrund dieser Summen ist nicht von der Hand zu weisen, dass die öffentliche Auftragsvergabe „eine erhebliche Auswirkung auf die Innovationstätigkeit der Wirtschaft haben [kann]“.²⁶ Insofern betont auch der deutsche Gesetzgeber das Steuerungs- und Lenkungspotenzial des Vergabeverfahrens.²⁷

Sein gesamtes Potenzial hat das Auftragswesen jedoch in Bezug auf die mittelständischen Unternehmen noch nicht ausgeschöpft. Nach den Vergaberichtlinien²⁸ soll der Markt für öffentliche Aufträge grundsätzlich allen Wirtschaftsteilnehmern unabhängig von deren Größe offen stehen. Andererseits gestaltet sich die Beteiligung am öffentlichen Beschaffungswesen für die mittelständischen Unternehmen keineswegs einfach.²⁹ Die mittelständischen Unternehmen sind im Vergleich zu ihrem oben dargestellten wirtschaftlichen Gesamtgewicht³⁰ im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe unterrepräsentiert, so das Ergebnis der im Februar 2014 im Auftrag der Europäischen Kommission erstellten Studie „SMEs' access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU“.³¹ Zwar wurden in den Jahren 2009 bis 2011 circa 56% aller öffentlichen Aufträge im Bereich oberhalb der Schwellenwerte an mittelständische Unternehmen oder Zusammenschlüsse selbiger vergeben.³² Jedoch betrug das Auftragsvolumen der an mittelständische Unternehmen vergebenen Aufträge

²² Public Procurement Indicators 2014, DG GROW G4 - Innovative and e-Procurement, v. 2.2.2016, S. 1.

²³ BMWi, Maßnahmen des öffentlichen Beschaffungswesens, im Internet abrufbar unter <http://www.nks-kmu.de/foerderung-beschaffung.php> (30.7.2016).

²⁴ BTDrucks. 18/6281, S. 56. Aufgrund dessen hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie die Kienbaum Management Consultants GmbH zusammen mit weiteren Partnern mit dem Forschungsvorhaben „Statistik der öffentlichen Beschaffung in Deutschland – Grundlagen und Methodik“ beauftragt. In dessen Rahmen sollen bis Ende 2015 die Grundlagen für eine entsprechende Statistik erarbeitet werden, vgl. dazu *Baumann/Bøggild u.a.*, Statistik der öffentlichen Beschaffung, S. 11 ff. Ebenso schafft § 114 Abs. 2 GWB die gesetzliche Grundlage für die Sammlung und Auswertung von Vergabedaten. Auf Grundlage des § 114 Abs. 2 GWB erließ die Bundesregierung die Verordnung zur Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen (Vergabestatistikverordnung – VergStatVO) als Art. 4 der VergRModVO, BGBl I 2016, S. 624.

²⁵ *Wegweiser/TU Berlin u.a.*, Einkäufer Staat, S. 55. Im Gesetzgebungsverfahren zum VergRModG 2016 ist die Rede von 12% des BIP, vgl. nur *Beckmeyer*, BT-Plenarprotokoll 18/146, S. 14424 (C).

²⁶ BMWi, Maßnahmen des öffentlichen Beschaffungswesens, im Internet abrufbar unter <http://www.nks-kmu.de/foerderung-beschaffung.php> (30.7.2016).

²⁷ BTDrucks. 18/7092, S. 1; *Dröge*, BT-Plenarprotokoll 18/131, S. 12812 (A).

²⁸ Vgl. dazu Kap. 2 § 6 II. 2.

²⁹ Siehe dazu Kap. 2 § 4 IV.

³⁰ Kap. 1 § 1 II.

³¹ *PWC*, SMEs, S. 5, 25 f., 35 f. Ebenda ein Überblick über ältere Studien.

³² *PWC*, SMEs, S. 5.

lediglich 29% des Gesamtauftragsvolumens.³³ Der durchschnittliche Auftragswert der von den mittelständischen Unternehmen erlangten öffentlichen Aufträge ist daher deutlich geringer als der der Großunternehmen, obwohl die mittelständischen Unternehmen mehr als die Hälfte der oberhalb der Schwellenwerte vergebenen Aufträge für sich in Anspruch nehmen können.³⁴ Mit steigendem Auftragswert verringert sich zudem die Anzahl der Zuschlagerteilungen an ein mittelständisches Unternehmen.³⁵ Zu einem vergleichbaren Ergebnis kam bereits eine frühere von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebene Studie zur „Bewertung des Zugangs kleiner und mittlerer Unternehmen zum öffentlichen Auftragswesen“, welche den Zeitraum von 2006 bis 2008 beleuchtet.³⁶ Diese beiden, einige Jahre auseinander liegenden Studien zeigen, dass die vielen Bestrebungen und Initiativen, das vergaberechtliche Umfeld der mittelständischen Unternehmen zu verbessern, bisher ihr Ziel nicht vollends erreicht haben. Der Anteil der an mittelständische Unternehmen vergebenen öffentlichen Auftragsvolumen ist gemessen an ihrer gesamtwirtschaftlichen Bedeutung weiterhin unverhältnismäßig gering.³⁷ Angesichts des gesamtwirtschaftlichen Stellenwerts des öffentlichen Auftragswesens und dessen Auswirkungen auf die Wirtschafts- und Wettbewerbstätigkeit ist es somit erforderlich, die mittelständischen Unternehmen stärker zu beteiligen und den Zugang zum öffentlichen Beschaffungsmarkt zu erleichtern.³⁸ Denn die mittelständischen Unternehmen sind „die Hauptantriebskraft“ für die Wirtschaft und die Gesellschaft.³⁹ So legt auch Erwägungsgrund 124 der RL 2014/24/EU nahe, dass es „[a]ngesichts des Potenzials von KMU bei der Schaffung von Arbeitsplätzen, bei Wachstum und Innovation [...] wichtig [ist], sie zur Beteiligung an öffentlichen Beschaffungsvorhaben zu ermutigen [...].“ Hierzu soll „das Erfolgsniveau [...] [angehoben werden], worunter der Anteil der KMU am Gesamtwert der vergebenen Aufträge zu verstehen ist.“⁴⁰

³³ PWC, SMEs, S. 5, 28 ff.

³⁴ PWC, SMEs, S. 29.

³⁵ PWC, SMEs, S. 6, 62 f. Zu einem vergleichbaren Ergebnis kam eine Untersuchung des DIfU über 30 ausgewählte Hochbauprojekte. Danach ist für die Mittelstandsbeteiligung neben der mittelstandsgerechten Ausgestaltung des Vergabeverfahrens ebenso das Investitionsvolumen entscheidend, vgl. dazu *Grabow/Hollbach-Grömig u.a.*, in: DIfU (Hrsg.), PPP und Mittelstand, S. 89 f.

³⁶ GHK, Bewertung des Zugangs, S. 4 f.

³⁷ PWC, SMEs, S. 35.

³⁸ Europäische Kommission, Code of best practice, S. 2; PWC, SMEs, S. 5; Ewgr. 2 RL 2014/24/EU; *Lanzinger*, BT-Plenarprotokoll 18/131, S. 12812 (B). So zählten bereits *Henrich/Kirsch*, Förderung und Hemmnisse, S. 44, die Modifizierung der vergaberechtlichen Bestimmungen zu den allgemeinen Maßnahmen der Wettbewerbsförderung mittelständischer Unternehmen.

³⁹ Europäische Kommission, Growth, Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, im Internet abrufbar unter <http://ec.europa.eu/growth/smes/> (30.7.2016).

⁴⁰ Ewgr. 124 RL 2014/24/EU.

§ 2 Leitgedanken – Gegenstand und Gang der Untersuchung

I. Leitgedanken – Erkenntnisinteresse

Die Zielsetzung der im Frühjahr 2014 in Kraft getreten Vergaberichtlinien, mittelständische Unternehmen besser in das Vergabeverfahren zu integrieren, wird zum Anlass genommen, die „Möglichkeiten der Mittelstandsförderung durch Vergaberechtsgestaltung und Vergaberechtspraxis“ erneut auf den Prüfstand zu stellen. Die eingangs erwähnten Zahlen¹ haben deutlich gemacht, dass dem Staat aufgrund seines hohen Nachfragepotenzials eine besondere Steuerungsfunktion zukommt, der er durch das öffentliche Beschaffungswesen gerecht werden kann und muss.² In Anbetracht der Umsatzvolumen des öffentlichen Auftragswesens, sollten auch die mittelständischen Unternehmen im größeren Umfang am öffentlichen Beschaffungsmarkt partizipieren und ihr Potenzial ausschöpfen können. Zu klären ist demnach, *ob* und *wie* die Mittelstandsförderung ein durch das Vergabeverfahren zu verwirklichendes Ziel ist. Hierbei gilt es mittelstandsspezifische Gefährdungslagen im Vergabeverfahren aufzudecken, um auf dieser Grundlage bereits vorhandene Lösungsmöglichkeiten der Mittelstandsförderung im Vergabeverfahren auf Tauglichkeit und Vereinbarkeit mit dem europäischen Primär- und Sekundärrecht, den Vergabegrundsätzen und den nationalen verfassungs- sowie den haushaltsrechtlichen Anforderungen zu überprüfen und weitergehende Lösungsvorschläge zu entwickeln. Das Thema der Arbeit soll nicht darüber hinweg täuschen, dass das Agieren ausschließlich mittelständischer Unternehmen im Wettbewerb erstrebenswert wäre. Vielmehr besteht eine ausgewogene Wirtschafts- und Wettbewerbsstruktur aus einem Mit- und Nebeneinander großer und kleiner Unternehmen.³ Allerdings gilt es, die großenbedingten Nachteile der mittelständischen Unternehmen auszugleichen, um deren Wettbewerbsfähigkeit und damit eine ausgeglichene Wirtschafts- und Wettbewerbsstruktur zu erhalten. Ziel der Arbeit ist es deshalb, Gestaltungsanregungen und Klarheit im Bereich der Mittelstandsförderung im Vergabewesen zu schaffen und die Auftraggeber zu ermuntern, ihre zum Teil bereits vorhandenen Ermessensspielräume im Bereich der vergaberechtlichen Mittelstandsförderung umfassender und rechtskonform auszuschöpfen, ohne andere Unternehmensformen vom Markt zu drängen.

II. Gegenstand und Gang der Untersuchung

Die Arbeit nähert sich der genannten Zielsetzung in zwei großen Schritten. Der Allgemeine Teil in Kapitel 2 befasst sich zunächst regelungsebenenübergreifend mit dem Begriff der hier interessierenden Fördergruppe der mittelständischen Unternehmen, ihrer Förderungswürdigkeit sowie dem Rechtsrahmen ihrer Förderungsfähigkeit im Allgemeinen und im Vergaberecht. Um der Mittelstandsförderung im Vergabeverfahren gerecht zu werden, müssen zum einen die Vorzüge der mittelständischen Unternehmen ausgebaut und stärker aktiviert, zum anderen bestehende Nachteile gemindert werden. Daher widmet sich der Besondere Teil in Kapitel 3 auf Grundlage der im zweiten Kapitel gefundenen Ergebnisse ausgewählten Maßnahmen der Mittelstandsförderung im Vergabewesen, überprüft diese auf ihre Vereinbarkeit

¹ Kap. 1 § 1 II., III.

² *Otting/Olgemöller*, NVwZ 2011, 1225 (1225).

³ *Gruhler*, Wirtschaftsfaktor, S. 91.

mit dem europäischen und nationalen Regelungsregime und untersucht weitere Regelungsimpulse. Hierbei orientiert sich Kapitel 3 am Ablauf des Vergabeverfahrens.

Das zweite Kapitel befasst sich zunächst mit dem Begriff des Mittelstandes. Sind in Deutschland die Begriffspaare Mittelstand und mittelständische Unternehmen anzutreffen, finden diese auf europäischer Ebene keine Entsprechungen. Stattdessen ist hier die Rede von Kleinunternehmen sowie kleinen und mittleren Unternehmen. Eine allgemeingültige, ebenenübergreifende Definition existiert bislang nicht. Die unterschiedlichen Definitionsansätze orientieren sich hingegen an bestimmten quantitativen Kennzahlen und/oder qualitativen Kriterien. Im Anschluss an die Untersuchung der Fördergruppe beschäftigt sich § 4 mit der Frage der Förderungswürdigkeit des Mittelstandes. Hierbei werden die Funktionen und das Potenzial, aber auch größenspezifische Nachteile sowie spezifische Problemlagen mittelständischer Unternehmen im Vergabeverfahren herausgearbeitet. Stehen die Fördergruppe und deren Förderungswürdigkeit fest, gilt es die Förderungsfähigkeit zu untersuchen. Dazu wird § 5 zunächst die europa- und verfassungsrechtlichen Legitimationsgrundlagen der Mittelstandsförderung im Allgemeinen darlegen. § 6 widmet sich sodann den Rechtsgrundlagen des Vergaberechts. Einen Schwerpunkt des Allgemeinen Teils bilden die Darstellung der regelungsebenenübergreifenden Rechtsgrundlagen (§ 7) sowie der Grenzen der Mittelstandsförderung im Vergabewesen (§ 8). Die nationalen Vergaberegulungen sahen und sehen im Gegensatz zu den Europäischen Richtlinien die Berücksichtigung mittelständischer Interessen an verschiedenen Stellen ausdrücklich vor. Umstritten ist aber, welchen Umfang diese regelungstechnischen Gestaltungsaufträge haben. Die Entwicklung des Vergaberechts deutet darauf hin, dass durch das Vergabewesen auch weitergehende, vor allem politische Ziele verwirklicht werden können. Den aus der Haushaltsordnung folgenden Zielen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bei der Beschaffung öffentlicher Güter und Dienstleistungen trat in den neunziger Jahren europarechtlich die Wettbewerbskomponente zur Seite. Insofern kann die vergaberechtliche Mittelstandsförderung ein politisches Steuerungsinstrument darstellen. Ob sie damit zugleich in die Kategorie der Verfolgung vergabefremder Ziele rückt, wird unter anderem in § 7 untersucht. Den Abschluss des Allgemeinen Teils bildet § 8, der das Spannungsverhältnis zwischen der Förderung mittelständischer Unternehmen im öffentlichen Beschaffungswesen und dem europäischen Primär- und Sekundärrecht sowie dem nationalen Verfassungs-, Vergabe- und Haushaltsrecht aufzeigt.⁴

An den Allgemeinen Teil anknüpfend geht der Besondere Teil in Kapitel 3 auf die Klaviatur ausgewählter Instrumente mittelstandsfördernder Maßnahmen im Vergabewesen ein. § 9 erörtert hierfür, ob und wie mittelständische Unternehmen durch eine entsprechende Bekanntmachungspraxis auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens aufmerksam gemacht werden können. Welchen Einfluss die Wahl des Ausschreibungsverfahrens auf den Teilnehmerkreis hat und wie der Auftraggeber den Teilnehmerkreis des Vergabeverfahrens beeinflussen kann, sodass insbesondere mittelständische Unternehmen ein Angebot abgeben, wird in § 10 dargestellt. Weitere Stellschrauben, die sich auf die Beteiligung und die Erfolgchancen der mittelständischen Unternehmen im Vergabeverfahren auswirken können, sind Kooperationen auf Auftraggeber- und auf Auftragnehmerseite. Bündelt der Auftraggeber sei-

⁴ Siehe zu den möglichen Bedenken vorerst nur *Antweiler*, VergabeR 2006, 637 ff.; *Dreher*, NZBau 2005, 427 ff.; *Frenz*, GewArch 57 (2011), 97 ff.; *Kaltenborn*, GewArch 52 (2006), 321 ff.; *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 317 ff.

nen Beschaffungsbedarf, indem er sich mit anderen öffentlichen Auftraggebern zusammenschließt und eine zentrale Einkaufskooperation gründet, kann eine mittelstandsspezifische Gefährdungslage entstehen (§ 11). Auf der anderen Seite können sich mehrere Unternehmen zu sogenannten Bietergemeinschaften zusammenschließen. Bietergemeinschaften eröffnen vor allem für mittelständische Unternehmen die Möglichkeit, sich an Ausschreibungsverfahren mit größeren Auftragsvolumen zu beteiligen. Über den Bietergemeinschaften schwebt jedoch aufgrund neuerer Rechtsprechungstendenzen das Damoklesschwert der kartellrechtlichen Unzulässigkeit. Aufgrund dessen sind diese Rechtsprechungslinien in § 12 kritisch auf ihre Mittelstandsverträglichkeit zu untersuchen. Einfluss auf die Beteiligung mittelständischer Unternehmen am Vergabeverfahren haben zudem die von den öffentlichen Auftraggebern geforderten Eignungsanforderungen und Eignungsnachweise. § 13 befasst sich daher mit den durch die Europäischen Richtlinien 2014 eröffneten Nachweiserleichterungen. Verfügen die mittelständischen Unternehmen nicht über die erforderlichen Ressourcen und Kapazitäten, um ihre Eignung nachzuweisen und/oder den Auftrag auszuführen, können sie sich auf dritte Unternehmen berufen, ohne dass die Dritten Teilnehmer des Vergabeverfahrens werden. Welche Problempunkte hierbei auftreten können, wird in § 14 ausgeführt. Einen wesentlichen Einflussfaktor im Hinblick auf die Beteiligung mittelständischer Unternehmen am Vergabeverfahren ist der Auftragswert. Das wichtigste Instrument, das Auftragsvolumen mittelstandsgerecht zu gestalten, stellt die Teilung des Auftrages in Lose dar. Daher legt Kapitel 3 ein besonderes Augenmerk auf die Pflicht zur Losaufteilung (§ 15), auf das sich daran anschließende Problem der Loslimitierung (§ 16) sowie auf die Frage, wie mit Preisnachlässen zu verfahren ist, die für den Fall gewährt werden, dass der Zuschlag auf mehr als ein Los oder eine bestimmte Loskombination erteilt wird (sog. Mehrfachbezuschlagung § 17). Da der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden soll, sodass nicht ausschließlich monetäre Kriterien ausschlaggebend sind, analysiert § 18, ob mittelständische Unternehmen im Rahmen der Zuschlagsentscheidung eine besondere Rolle einnehmen und den mittelständischen Unternehmen hierbei sogar der Vorzug zu geben ist. Wurde der Zuschlag an ein Unternehmen erteilt, welches wiederum bei der konkreten Ausführung des Auftrages Nachunternehmer einsetzt, ist zu überprüfen, inwiefern mittelständische Interessen bei der Auswahl der konkreten Nachunternehmer eine Rolle spielen können und ob die Auftraggeber eine Verpflichtung, wonach mittelständische Interessen bei der Weitergabe von Unteraufträgen zu berücksichtigen sind, an ihre Auftragnehmer weitergeben können. Diesem Problemkreis widmet sich § 19. Hat der Auftragnehmer bei der Auftragsdurchführung mittelständische Nachunternehmer eingesetzt, besteht im Baubereich durch das sogenannte Baugeld gem. § 16 Abs. 6 VOB/B eine mittelstandsspezifische Gefährdungslage. Auf Grundlage des § 16 Abs. 6 VOB/B kann der Auftraggeber direkt an den Nachunternehmer zahlen, wenn der Auftragnehmer seinen Zahlungsverpflichtungen gegenüber dem von ihm eingesetzten Nachunternehmer nicht gerecht wird. Wird der Auftragnehmer daraufhin insolvent, ist die Zahlung nicht insolvenzfest, sodass der Nachunternehmer die vom Auftraggeber geleistete Zahlung zurückerstatten muss. Demgemäß geht § 20 der Suche nach Möglichkeiten, dieser Insolvenzanfechtungsfalle zu entkommen, nach. Die Arbeit schließt mit Kapitel 4, das die Ergebnisse der Arbeit zusammenfasst.

III. Zum Stand der Forschung

Das Thema der Arbeit „Möglichkeiten der Mittelstandsförderung durch Vergaberechtsgestaltung und Vergaberechtspraxis“ wurde und wird in der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung hin und wieder vereinzelt behandelt. Das letzte umfassende Werk zum vorliegenden Themenkreis stammt von *Heiko Willems* aus dem Jahr 2003. Dieser widmete sich in seiner Dissertation „Die Förderung des Mittelstands“ der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Legitimation und der vergaberechtlichen Realisierung. Zudem wurden zwar zahlreiche Leitfäden der Kommission⁵ über bewährte Verfahren zur Erleichterung des Zugangs der KMU zu öffentlichen Aufträgen sowie Praxishandreichungen über den Umgang der Pflicht zur Teilloserstellung⁶ herausgegeben. Detailliertere Darstellungen zur vergaberechtlichen Mittelstandsförderung folgten hingegen kaum. *Martin Burgi* beschäftigte sich zuletzt in seinem Aufsatz aus dem Jahr 2006 mit den Möglichkeiten und Grenzen der mittelstandsfreundlichen Auftragsvergabe⁷; ebenso *Jan Ziekow* in seinem Beitrag „Das Gebot der vornehmlichen Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – Mittelstandsschutz ernst genommen“ aus dem Jahr 2013⁸. Einerseits ist die Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 4 GWB, vor allem nach ihrer Verschärfung durch die Vergaberechtsmodernisierung 2009⁹, Gegenstand in der rechtswissenschaftlichen Literatur.¹⁰ Des Weiteren sind einzelne Instrumente der Mittelstandsförderung im Beschaffungswesen, insbesondere wenn neue Entscheidungen der Rechtsprechungspraxis ergehen, zuweilen Anlass rechtswissenschaftlicher Abhandlungen.¹¹ Andererseits befassen sich all diese lediglich mit einzelnen Teilbereichen, stellen die Mittelstandsförderung im Vergaberecht nicht in einen allgemeinen Kontext und vernachlässigen größtenteils eine Untersuchung der verfassungs- und europarechtlichen Legitimationsgrundlagen der vergaberechtlichen Mittelstandsförderung sowie der Grenzen.¹² Gleiches gilt für die Kommentarliteratur: So setzen die Kommentierungen zu § 97 Abs. 4 GWB¹³ ihren Schwerpunkt zumeist auf die Pflicht zur Losaufteilung und behandeln die übrigen, weiteren vergaberechtlichen Möglichkeiten der Förderung mittelständischer Unter-

⁵ Siehe dazu nur die Nachweise in Kap. 1 § 1 I. Fn. 6 ff.

⁶ *Abst/BearingPoint u.a.*, Teillöse.

⁷ *Burgi*, NZBau 2006, 606 ff.; *ders.*, NZBau 2006, 693 ff.

⁸ *Ziekow*, GewArch 59 (2013), S. 417 ff.

⁹ Siehe hierzu nur Kap. 2 § 7 II. 2. a.

¹⁰ Vgl. dazu nur *Fajßbender*, NZBau 2010, 529 ff.; *Frenz*, GewArch 57 (2011), 97 ff.; *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, 465 ff.; *Michallik*, VergabeR 2011, 683 ff.; *Ortner*, VergabeR 2011, 677 ff.; *Robl*, Mittelständische Interessen, in: FS Franke, S. 291 ff.; *Werner*, VergabeR 2009, 262 ff.; *Ziekow*, GewArch 59 (2013), S. 417 ff.

¹¹ Vgl. nur zur Losaufteilung: *Horn*, NZBau 2011, 601 ff.; *Kus*, NZBau 2009, 21 ff.; *Müller-Wrede*, NZBau 2004, 643 ff.; *Schaller*, ZfBR 2008, 142 ff. Zur Loslimitierung: *Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, 585 ff. Zu Bietergemeinschaften: *Gabriel*, VergabeR 2012, S. 555 ff.; *ders.*, NZBau 2010, 225 ff.; *ders./Voll*, VergabeR 2014, S. 184; *dies.*, VergabeR 2012, 876 ff.; *Greb*, VergabeR 2014, 564 ff.; *Hausmann/Queisner*, NZBau 2015, 402 ff.; *Homann*, IBR 2012, 166; *Jäger/Graef*, NZBau 2012, 213 ff.; *Kern*, IBR 2014, 36; *Köhler*, VergabeR 2010, 508 ff.; *Leinemann*, VergabeR 2015, 281 ff.; *Mager/Lotz*, NZBau 2014, 328 ff.; *Overbuschmann*, VergabeR 2014, 634 ff.; *Schulte/Voll*, ZfBR 2013, 223 ff. Zur Eignung: *Conrad*, VergabeR 2012, 15 ff.; *Eydner*, IBR 2012, 64; *Figgen*, VergabeR 2009, 320 ff.; *Probst/v. Holleben*, CR 2013, 200 ff.; *Rosenkötter/Bary*, NZBau 2012, 486 ff.; *Willenbruch*, VergabeR 2015, 322 ff.

¹² So macht mitunter *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB in den Rn. 13-17 hierzu einige Ausführungen; *ders.*, VergabeR 2006, 637 ff. Ebenso *Dreher*, NZBau 2005, S. 427 ff.

¹³ Bzw. § 97 Abs. 3 GWB a.F.

nehmen nur am Rande.¹⁴ Ein vergleichbares Werk, welches intensiver und im gesamten die verschiedenen Themenkomplexe behandelt, liegt derzeit folglich nicht vor. Die neuen Entwicklungen in der Rechtsprechung und der Rechtssetzung machen es daher notwendig, sich der vergaberechtlichen Mittelstandsförderung erneut zuzuwenden. Insofern haben *Willems* nunmehr fast 13 Jahre zurück liegenden Ausführungen mitunter an Aktualität verloren. Aufgrund der neuen Rechtsgrundlagen und weil die Europäischen Vergaberichtlinien 2014 ebenso einen Schwerpunkt darauf legen, den Zugang der KMU zum Beschaffungsmarkt zu erleichtern und hierfür erstmalig in einzelnen Regelungen mittelstandsfördernde Instrumente aufgenommen haben, besteht Anlass, die Möglichkeiten der Mittelstandsförderung in der Vergaberechtsgestaltung und der Vergaberechtspraxis erneut zu überprüfen.

IV. Zum Stand der Rechtsentwicklung

Im Jahr 2011 stand die Modernisierung der Vergaberichtlinien auf der Agenda der Europäischen Kommission. Damals wurden die Vergaberichtlinien überarbeitet und zum April 2014 in Kraft gesetzt. Der deutsche Gesetzgeber hatte bis zum 18. April 2016 Zeit, die nationalen Vergaberegulungen für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte an die neuen Vergaberichtlinien 2014 anzupassen. Die vorliegende Untersuchung berücksichtigt die termingerecht zum 18. April 2016 erfolgte Vergaberechtsänderung durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG) vom 17. Februar 2016¹⁵ und die dazugehörige Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung – VergRModVO) vom 12. April 2016¹⁶. Sofern eine Darstellung der bis zum 17. April 2016 geltenden Rechtslage für notwendig erachtet wurde, verweist die Arbeit in den Fußnoten bei der jeweiligen Erstnennung der Normen auf die Vorgängerregelungen (GWB a.F., VOB/A a.F., VOL/A a.F. etc.).

V. Salvatorische Klausel

Ein Eingeständnis sei an dieser Stelle gestattet: Die vorliegende Untersuchung geht nicht auf alle denkbaren Möglichkeiten der vergaberechtlichen Mittelstandsförderung ein. Dies würde bei weitem den Umfang der Arbeit übersteigen. Sie beschränkt sich auf den Aspekt des nationalen Vergaberechts und auf ausgewählte Instrumente, die besonders erörterungs- und erwähnungsbedürftig erscheinen; entweder weil sie nach wie vor umstritten sind oder aber in der Praxis besondere Schwierigkeiten hervorrufen.

¹⁴ Vgl. *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB: Losaufteilung Rn. 25-36, andere Maßnahmen wie Bietergemeinschaften Rn. 41 f., Einkaufsgemeinschaften Rn. 46 ff.; *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), KartellR, § 97 GWB: Losaufteilung Rn. 36 f., sonstige Maßnahmen, wobei diese lediglich ohne weitere Ausführungen erwähnt werden Rn. 38; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB: Losaufteilung Rn. 98-102, sonstige Möglichkeiten Rn. 103 f.; *Kus*, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB: Losaufteilung Rn. 155-160, 169-193, sonstige Maßnahmen Rn. 194-199; *Weyand*, VergR, § 97 GWB: Losaufteilung Rn. 418-537; *Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB: Losaufteilung Rn. 55-74, sonstige Maßnahmen Rn. 75-78. Dieser Befund gilt auch für den angesprochenen Beitrag von *Ziekow*: So widmet er der Losaufteilung in seinem 8 Seiten langen Aufsatz knapp 4 Seiten, GewArch 59 (2013), 417 (418-422).

¹⁵ BGBl I 2016, S. 203.

¹⁶ BGBl I 2016, S. 624.

Kapitel 2: Allgemeiner Teil

§ 3 Begriff des Mittelstandes

Bevor die Frage der Förderungswürdigkeit und Förderungsfähigkeit geklärt wird, gilt es das Zielobjekt möglicher Förderungsmaßnahmen im Vergaberecht festzulegen und zu untersuchen, was sich hinter den unterschiedlichen Begrifflichkeiten der kleinen und mittleren Unternehmen, dem Mittelstand bzw. den mittelständischen Unternehmen verbirgt. Hierbei wird bereits deutlich, dass es auf europäischer Ebene und auf nationaler Ebene keine einheitlichen Bezeichnungen gibt. Begegnet man auf europäischer Ebene dem Begriff „kleine und mittlere Unternehmen (KMU)“ so ist auf nationaler Ebene daneben die Rede vom „Mittelstand“ und „mittelständischen Unternehmen“. Der Ausdruck des Mittelstandes existiert als solcher nicht im europarechtlichen Sprachgebrauch, sondern er ist ausschließlich in Deutschland gebräuchlich. Mit dem Begriff der KMU ist größtenteils ein anhand quantitativer Kriterien¹ bemessener statistisch definierter Teil der Gesamtwirtschaft gemeint.² Nach allgemeinem deutschem Verständnis ist ein Unternehmen anhand qualitativer Kriterien wie der Einheit von Inhaber und Leitung, der Verknüpfung von Haftung und Risiko, der Mitwirkung an allen Unternehmensentscheidungen, der Eigenständigkeit und der Konzernunabhängigkeit³ als mittelständisch zu beurteilen.⁴ Legt man dies zugrunde, deckt der Ausdruck des „Mittelstandes“ den der KMU ab, geht aber in qualitativer Hinsicht weiter, da er auch ökonomische, gesellschaftliche und psychologische Aspekte umfasst.⁵

I. Europarechtliche Definition – Empfehlung der Europäischen Kommission

Primärrechtlich mangelt es an einer KMU-Definition. Allerdings hat die Europäische Kommission am 3. April 1996 in ihrer Empfehlung betreffend die Definition der kleinen und mittleren Unternehmen 96/280/EG⁶ eine an quantitativen Merkmalen orientierte Mittelstandsdefinition veröffentlicht. Grund dafür war das Nebeneinander verschiedener KMU-Definitionen auf Unionsebene und in den Mitgliedstaaten.⁷ Da wirtschaftliche Entwicklungen eine Anpassung erforderlich machten⁸, ersetzte die Europäische Kommission ihre Definition durch die Empfehlung betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen 2003/361/EG⁹ vom 6. Mai 2003, welche am 1. Januar 2005 in Kraft trat.

Ausweislich dieser werden KMU anhand der Faktoren Mitarbeiterzahl und entweder Umsatz oder Bilanzsumme definiert. Danach ergibt sich eine Einteilung in Kleinstunternehmen, kleine und mittlere Unternehmen. Kleinstunternehmen haben bis zu 9 Beschäftigte und einen Jahresumsatz bis zu 2 Mio. Euro oder verfügen eine Bilanzsumme von bis zu 2 Mio. Euro. Un-

¹ Wie der Anzahl der Beschäftigten, der Umsätze oder der Bilanzsummen teilweise auch der Kapitalbesitz.

² Günterberg/Wolter, Unternehmensgrößenstatistik, S. 1.

³ Günterberg/Wolter, Unternehmensgrößenstatistik, S. 2 f.

⁴ IfM, KMU-Definition des IfM Bonn, im Internet abrufbar unter <http://www.ifm-bonn.org/definitionen/> (30.7.2016).

⁵ Günterberg/Wolter, Unternehmensgrößenstatistik, S. 1.

⁶ ABLEG v. 3.4.1996, Nr. L 104/4.

⁷ Europäische Kommission, Empfehlung betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen 2003/361/EG v. 6.5.2003, ABLEU v. 6.5.2003, Nr. L 124/36, Ewgr. 1.

⁸ Europäische Kommission, KMU Benutzerhandbuch, S. 8.

⁹ ABLEU v. 6.5.2003, Nr. L 124/36.

ternehmen mit bis zu 49 Mitarbeitern und einem Jahresumsatz bis zu 10 Mio. Euro oder einer entsprechenden Bilanzsumme werden als Kleinunternehmen bezeichnet. Mittlere Unternehmen liegen vor, wenn sie bis zu 249 Mitarbeiter beschäftigen und entweder einen Jahresumsatz von bis zu 50 Mio. Euro oder über eine Bilanzsumme von bis zu 43 Mio. Euro aufweisen. Daraus ergibt sich, dass ein KMU dann vorliegt, wenn es weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigt und entweder einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. Euro oder eine Bilanzsumme von höchstens 43 Mio. Euro¹⁰ vorweist.¹¹

Da es sich nur um eine Empfehlung handelt, entfaltet die Definition der Kommission gem. Art. 288 Abs. 5 AEUV keinerlei Bindungswirkung. Verbindlichkeit hat die Definition lediglich im Anwendungsbereich der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union.¹² Darüber hinaus wird in einzelnen europarechtlichen Regelungen, die die KMU erwähnen, daraufhin gewiesen, dass die Begriffsbestimmung der Empfehlung 2003/361/EG gilt.¹³

II. Nationale Definitionen

1. Gesetzliche Bestimmungen

a. § 267 HGB

§ 267 HGB nimmt ebenso eine an quantitativen Kriterien wie Mitarbeiteranzahl, Umsatz und Bilanzsumme orientierte Definition vor, wobei allerdings nur zwei der genannten Größen vorliegen müssen. In diesem Zusammenhang differenziert § 267 HGB zwischen kleinen, mittelgroßen und großen Kapitalgesellschaften.¹⁴

b. § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB¹⁵

Die im Folgenden relevante vergaberechtliche Mittelstandsregelung und deren Entsprechungen in den Vergabeordnungen enthalten keinerlei Begriffsbestimmung. Vielmehr ist nur die Rede von mittelständischen Interessen. Wer zum Mittelstand zählt, definiert § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB hingegen nicht. Zudem gibt er nicht vor, ob eine Abgrenzung anhand quantitativer

¹⁰ Der Schwellenwert für die Mitarbeiterzahl ist unbeding. Überschreitet ein Unternehmen in einem der beiden Kategorien Umsatz oder Bilanzsumme den angegebenen Schwellenwert, führt dies nicht dazu, dass es seinen Status als KMU verliert, solange der andere Grenzwert nicht überschritten ist, Europäische Kommission, KMU Benutzerhandbuch, S. 13.

¹¹ Hinzukommen muss gem. Art. 3 Abs. 1 des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG, dass es sich um ein eigenständiges Unternehmen i.S.d. Art. 3 Abs. 2-3 handelt.

¹² ABI EU v. 26.6.2014, Nr. L 187/1. Ewgr. 30 legt diese Begriffsbestimmung zugrunde. Ebenso enthält Anhang I der Verordnung eine der Empfehlung 2003/361/EG inhaltsgleiche KMU-Definition.

¹³ Vgl. nur Art. 83 Abs. 3 UAbs. 4 RL/2014/24/EG.

¹⁴ Danach handelt es sich um eine kleine Kapitalgesellschaft, wenn an bestimmten Abschlussstichtagen (§ 267 Abs. 4 HGB), entweder die Bilanzsumme von 4.840.000€ und/oder der Umsatz von 9.860.000€ und/oder die durchschnittliche Arbeitnehmerzahl von 50 nicht überschritten ist. Eine mittelgroße Kapitalgesellschaft setzt voraus, dass sie an bestimmten Abschlusstagen die zuvor genannten Schwellenwerte überschreitet, diese aber entweder nicht über eine Bilanzsumme von 19.250.000€ und/oder einen Umsatz von 28.500.000€ und/oder eine Arbeitnehmerzahl von 250 hinausgehen. Sind mindestens zwei der zuvor genannten Schwellenwerte überschritten, so handelt es sich um eine große Kapitalgesellschaft, vgl. dazu auch *Suchan*, in: Hennrichs/Kleindiek u.a. (Hrsg.), Bilanzrecht, § 267 HGB Rn. 19 ff.

¹⁵ § 97 Abs. 3 Satz 1 GWB a.F.

und/oder qualitativer Kriterien erfolgt. Dass quantitative Aspekte eine Rolle spielen können, legt allerdings § 75 Abs. 4 VgV¹⁶ nahe. Ebenso war in den alten Regelungen der VOL/A die Rede von kleinen und mittleren Unternehmen.¹⁷ Jedoch enthielten sie darüber hinaus keine konkreteren Angaben, was sich hinter diesen Begrifflichkeiten verbirgt und wann ein Unternehmen klein bzw. mittelgroß ist.

c. Landesverfassungen

Mit Ausnahme der Landesverfassung des Saarlandes¹⁸ nutzen die Landesverfassungen, welche einen Mittelstandsartikel enthalten¹⁹, den Begriff des Mittelstandes als solchen nicht. Stattdessen sollen die selbständigen Klein- und Mittelbetriebe²⁰ bestimmter Wirtschaftszweige gefördert bzw. geschützt werden. Eine Abgrenzung zu Großunternehmen bzw. -betrieben erfolgt hingegen nicht. Kleine Unterschiede bestehen hinsichtlich der geschützten Wirtschaftszweige. Diesen kommt aber keine große Relevanz zu, da die Unterschiede größtenteils den regionalen Umständen geschuldet sind.²¹ Mit Ausnahme der Landesverfassung Nordrhein-Westfalens²² fallen die Freiberufler vom Wortlaut her nicht in den Schutzbereich der landesverfassungsrechtlichen Mittelstandsartikel. Trotz ihrer Nichtnennung ist in der Allgemeinheit aber anerkannt, dass auch die freien Berufe zum Mittelstand zählen, da auch sie eigenständig, selbstverantwortlich und selbständig tätig sind.²³ Eine konkrete Begriffsbestimmung nehmen die Mittelstandsartikel dagegen nicht vor. Die Begriffswahl der Klein- und Mittelbetriebe macht hingegen deutlich, dass hier ebenso eine größenbedingte Abgrenzung erfolgen soll. Darüber hinaus wird die Selbständigkeit als weiteres quantitatives Merkmal betont.

d. Mittelstandsförderungsgesetze in den Ländern

Einige Mittelstandsförderungsgesetze der Länder enthalten eine sowohl an quantitativen als auch an qualitativen Kriterien orientierte Definition. § 2 MFG Bremen definiert die Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft anhand quantitativen und qualitativen Kriterien. Unter Zugrundelegung der quantitativen Kriterien sind Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft konzernunabhängige Kleinstunternehmen mit bis zu 9 Mitarbeitern, konzernunabhängige kleine Unternehmen mit bis zu 49 Mitarbeitern und konzernunabhängige mittlere Unternehmen mit bis zu 249 Mitarbeitern. Darüber hinaus zählen auf Grundlage qualitativer Kriterien auch die eigentümer- oder inhabergeführten Unternehmen sowie die freien Berufe und Existenzgründer zu den Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft. Letzteres gilt auch

¹⁶ § 2 Abs. 4 VOF a.F.

¹⁷ Vgl. dazu nur § 5 Nr. 1 VOL/A (2006); § 7 Nr. 3 VOL/A (2006); § 10 Nr. 2 Abs. 1 und 2 VOL/A (2006).

¹⁸ So heißt es in Art. 64 SaarVerf selbständiger saarländischer Mittelstand.

¹⁹ Art. 153 BayVerf; Art. 40 BremVerf; Art. 43 HessVerf; Art. 28 VerfNRW; Art. 65 RhPVerf; Art. 54 SaarVerf. Vgl. dazu auch Kap. 2 § 5 II. 3.

²⁰ In Art. 153 BayVerf ist hingegen die Rede von Klein- und Mittelstandsbetrieben. Somit könnte daraus der Schluss gezogen werden, dass zwischen dem Mittelstand und den Kleinbetrieben wiederum ein Unterschied besteht. Allerdings erscheint eine Herausnahme der Kleinbetriebe aus dem Mittelstandsbegriff aus historischen Gründen nicht nachvollziehbar, da die Selbständigen seit jeher zum Mittelstand zählten. Darüber hinaus sind die kleinen Unternehmen im Bayerischen Mittelstandsförderungsgesetz ebenso aufgezählt.

²¹ So auch *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 29.

²² Art. 28 VerfNRW.

²³ So auch *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 27 ff. m.w.N.

für § 3 MFG Nordrhein-Westfalen, der eine Bestimmung anhand rein qualitativer Kriterien vornimmt. § 2 MFG Hessen und § 2 MFG des Landes Schleswig-Holstein definieren die Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft anhand quantitativer Merkmale und ziehen die in der Kommissionempfehlung 2003/361/EG genannten Kriterien und Schwellenwerte heran. Ebenso bestimmt § 1 Abs. 2 MFG Niedersachsen die kleinen und mittleren Unternehmen anhand quantitativer Aspekte. Danach liegt ein kleines und mittleres Unternehmen grundsätzlich vor, wenn es nicht mehr als 250 Mitarbeiter beschäftigt oder einen durchschnittlichen Jahresumsatz von nicht mehr als 20 Mio. Euro erzielt.

e. Zwischenergebnis

Diese Unterschiede verdeutlichen, dass es auch in der deutschen Regelungspraxis keine eindeutige Definition gibt.

2. Bestimmung in der Praxis

Über diese gesetzlichen Bestimmungen hinaus, wird mitunter auch in der Praxis der Mittelstands-begriff anhand quantitativer Kriterien bestimmt.

a. Statistisches Bundesamt

Das Statistische Bundesamt definiert die KMU anhand quantitativer Kriterien. Dabei zieht es die Aspekte der Beschäftigtenzahl und des Jahresumsatzes heran und lässt die Bilanzsumme unberücksichtigt. Hinsichtlich der Schwellenwerte lehnt es sich – anders als das Institut für Mittelstandsforschung – an die Empfehlung der Europäischen Kommission 2003/361/EG an, sodass hier ebenso eine Einteilung in Kleinstunternehmen, kleine und mittlere Unternehmen erfolgt.²⁴

b. Institut für Mittelstandsforschung

Das Institut für Mittelstandsforschung zieht gleichfalls quantitative Kriterien heran, nutzt allerdings aufgrund der Besonderheiten des deutschen Mittelstandes andere Schwellenwerte. Des Weiteren berücksichtigt es auch nur die Anzahl der Beschäftigten und den Jahresumsatz und lässt die Bilanzsumme unberücksichtigt. Seit dem 1. Januar 2002 definiert das Institut für Mittelstandsforschung Unternehmen mit bis zu 9 Beschäftigten und einem Jahresumsatz von weniger als 1 Mio. Euro als kleine Unternehmen und Unternehmen mit bis zu 499 Beschäftigten und einem Jahresumsatz von weniger als 50 Mio. Euro als mittlere Unternehmen.²⁵ Danach liegen KMU vor, wenn sie weniger als 500 Mitarbeiter beschäftigen und der Jahresumsatz weniger als 50 Mio. Euro beträgt.

²⁴ Statistisches Bundesamt, Kleine & mittlere Unternehmen (KMU), Mittelstand, Was sind kleine und mittlere Unternehmen?, im Internet abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/UnternehmenHandwerk/KleineMittlereUnternehmenMittelstand/KleineMittlereUnternehmenMittelstand.html#Tabellen> (30.7.2016).

²⁵ IfM, KMU-Definition des IfM Bonn, im Internet abrufbar unter <http://www.ifm-bonn.org/definitionen/kmu-definition-des-ifm-bonn/> (30.7.2016).

c. Rechtsprechung

Ein anderes Bild ergibt sich bei einem Blick in die vor allem vergaberechtliche Rechtsprechung. So führte das Bundesverfassungsgericht bereits im Jahr 1967 aus, dass „es schwierig ist, eine zureichend genaue Bestimmung des Begriffs ‚Mittelstand‘ [...] zu finden“.²⁶ In der vergaberechtlichen Rechtspraxis heißt es dazu, dass es an einer einheitlichen und vor allem rechtssicheren Definition fehlt und weder das europäische noch das deutsche Vergaberecht definieren, was unter Mittelstand i.S.d. § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB zu verstehen ist²⁷.

Das Oberlandesgericht Karlsruhe differenziert hierbei zwischen dem Begriff des Mittelstandes und den mittelständischen Interessen i.S.d. § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB. In Bezug auf den Mittelstand im Allgemeinen geht es von einem absoluten Mittelstandsbegriff aus. Hierzu führt es aus, dass für die „Bestimmung [...] nicht auf die Struktur des jeweiligen Marktes abgestellt werden [kann...]. Denn der Begriff des Mittelstands ist ein allgemein gebräuchlicher volkswirtschaftlicher Begriff, der kleine und mittlere Unternehmen im Unterschied zu (den Kleinunternehmen und) den Großunternehmen – bzw. nach Leistung und Verantwortlichkeit (sog. Familienunternehmen) – beschreibt, ohne eine exakte Abgrenzung vorzunehmen. Der Begriff wird allgemein für Unternehmen verwendet und differenziert nicht nach einzelnen Wirtschaftszweigen.“²⁸ Insofern bestünden auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, den in § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB verwendeten Mittelstandsbegriff eigenständig zu definieren. Vielmehr entspreche es dem Zweck der Normen den Begriff des Mittelstandes in dem eben erläuterten gebräuchlichen Sinn zu verstehen. Anders sieht es hingegen in Bezug auf das mittelständische Interesse aus. Insofern kommt es hier auf „die Ausbildung und Ausprägung des Mittelstandes in dem von der Ausschreibung angesprochenen Wirtschaftssektor“²⁹ an, so dass das mittelständische Interesse relativ, d.h. anhand der „Größe und Leistungsfähigkeit der kleinen und mittleren Unternehmen, in einem bestimmten Wirtschaftssektor“³⁰ zu bestimmen ist. In Bezug auf die mittelständischen Interessen im Vergaberecht nimmt das Oberlandesgericht Karlsruhe im Endeffekt demnach eine relative Bestimmung vor.

Dies steht im Einklang mit der übrigen vergaberechtlichen Rechtsprechung. Insofern behilft sich die Rechtsprechung zwar der Kommissionsempfehlung 2003/361/EG.³¹ Allerdings ziehen sie die in der Empfehlung genannten Kriterien nicht als starre und absolute, für alle Branchen geltende Definition heran, sondern nur als Orientierungshilfen.³² Bei der Bestim-

²⁶ BVerfGE 21, 292 (299).

²⁷ OLG Düsseldorf, B.v. 21.3.2012 - VII-Verg 92/11 Rn. 26; OLG Düsseldorf, B.v. 8.9.2004 - VII-Verg 38/04 Rn. 32; VK Bund, B.v. 12.12.2014 - VK 2 - 101/14 Rn. 39; VK Bund, B.v. 18.10.2012 - VK 2-77/12 Rn. 82; VK Baden-Württemberg, B.v. 18.2.2011 - 1 VK 02/11 Rn. 49; VK Düsseldorf, B.v. 19.3.2007 - VK-07/2007 Rn. 75; jewl. zitiert nach Juris.

²⁸ OLG Karlsruhe, B.v. 6.4.2011 - 15 Verg 3/11 Rn. 54 (zitiert nach Juris).

²⁹ OLG Karlsruhe, B.v. 6.4.2011 - 15 Verg 3/11 Rn. 55 (zitiert nach Juris).

³⁰ OLG Karlsruhe, B.v. 6.4.2011 - 15 Verg 3/11 Rn. 55 (zitiert nach Juris).

³¹ OLG Schleswig-Holstein, B.v. 30.10.2012 - 1 Verg 5/12; OLG Düsseldorf, B.v. 25.4.2012 - Verg 100/11 Rn. 15; OLG Düsseldorf, B.v. 21.3.2012 - VII-Verg 92/11 Rn. 26; OLG Karlsruhe, B.v. 6.4.2011 - 15 Verg 3/11 Rn. 54; OLG Düsseldorf, B.v. 8.9.2004 - VII-Verg 38/04 Rn. 32; VK Bund, B.v. 12.12.2014 - VK 2 - 101/14 Rn. 39; VK Bund, B.v. 18.10.2012 - VK 2-77/12 Rn. 82; VK Baden-Württemberg, B.v. 18.2.2011 - 1 VK 02/11 Rn. 49; VK Bund, B.v. 4.3.2009 - VK 2-202/08 Rn. 78; VK Düsseldorf, B.v. 19.3.2007 - VK-07/2007 Rn. 75; VK Schleswig-Holstein, B.v. 5.10.2005 - VK-SH 23/05 Rn. 55; jewl. zitiert nach Juris.

³² OLG Düsseldorf, B.v. 21.3.2012 - Verg 92/11 Rn. 26; OLG Karlsruhe, B.v. 6.4.2011 - 15 Verg 3/11 Rn. 54; OLG Düsseldorf, B.v. 8.9.2004 - VII-Verg 38/04 Rn. 32. VK Bund, B.v. 12.12.2014 - VK 2 - 101/14 Rn. 40; VK Bund, B.v. 18.10.2012 - VK 2-77/12 Rn. 82; VK Baden-Württemberg, B.v. 18.2.2011 - 1 VK 02/11 Rn. 49; VK Bund B.v.

mung des Mittelstandes sind zusätzlich die konkreten Marktverhältnisse des jeweils infrage stehenden relevanten räumlichen und sachlichen Marktes in den Blick zu nehmen. Denn der Ressourceneinsatz bezüglich des Kapitals, der Mitarbeiterzahl etc. unterscheidet sich je nach Branche. Daher kann ein Unternehmen mit noch höheren Umsatzzahlen, als den in der Kommissionsempfehlung angegebenen, je nach den konkreten Marktverhältnissen als noch klein oder mittelgroß und umgekehrt ein Unternehmen, das sich innerhalb der von der Kommissionsempfehlung angegebenen Schwellenwerten bewegt, aufgrund der Besonderheiten des Marktes als Großunternehmen angesehen werden.³³ Diesen Unterschieden muss eine Definition des Mittelstandsbegriffs Rechnung tragen.³⁴ Aufgrund dessen müssen die im Rahmen des Kartellrechts zu § 3 GWB angestellten Überlegungen zur relativen Bestimmung des Mittelstandsbegriffs auch für das Kartellvergaberecht herangezogen werden³⁵, sodass ein relativer Mittelstandsbegriff angewandt werden muss, der die jeweiligen Marktverhältnisse im konkreten Einzelfall berücksichtigt.

d. Literatur

Ebenso bevorzugt der Großteil der wissenschaftlichen Literatur einen relativen Mittelstandsbegriff.³⁶ Danach ist die jeweilige Marktstruktur entscheidend, sodass zwar Umsatz, Finanzkraft, Mitarbeiterzahl und andere Kriterien, jedoch mit einer „am konkret betroffenen Markt orientierten Gewichtung“ zu berücksichtigen sind³⁷.

III. Stellungnahme: Relative Begriffsbestimmung

Eine an starren Zahlen und Kriterien orientierte Begriffsbestimmung wird den Besonderheiten des jeweiligen Marktes³⁸, des jeweiligen Auftrages und dem im Kartell- und Kartellvergaberecht herrschenden Wettbewerbsgedanken nicht gerecht.³⁹ Es ist erforderlich, das jeweils typische mittelständische Unternehmen branchenspezifisch zu ermitteln. Die Mittelstandsdefinitionen der Kommissionsempfehlung, des Instituts für Mittelstandsforschung oder des Statistischen Bundesamtes sind nicht ohne weiteres heranzuziehen, da sie unterschiedliche und

4.3.2009 - VK 2-202/08 Rn. 78; VK Düsseldorf, B.v. 19.3.2007 - VK-07/2007 Rn. 75; jewls. zitiert nach Juris. Dem zustimmend u.a. *Dreher*, NZBau 2005, 427 (428).

³³ So auch VK Bund, B.v. 18.10.2012 - VK 2-77/12 Rn. 82 m.w.N. (zitiert nach Juris).

³⁴ U.a. OLG Schleswig-Holstein, B.v. 25.1.2013 - 1 Verg 8/12 Rn. 31; OLG Düsseldorf, B.v. 21.3.2012 - Verg 92/11 Rn. 26; OLG Düsseldorf, B.v. 21.7.2010 - VII-Verg 19/10 Rn. 147; VK Bund, B.v. 18.10.2012 - VK 2-77/12 Rn. 77, VK Bund, B.v. 27.9.2011 - VK 2-100/11 Rn. 57 m.w.N., 82. A.A. OLG Karlsruhe, B.v. 6.4.2011 - 15 Verg 3/11 Rn. 54; VK Magdeburg, B.v. 6.6.2002 - 33-32571/07 VK 05/02 MD Rn. 106; jewls. zitiert nach Juris.

³⁵ VK Bund, B.v. 18.10.2012 - VK 2-77/12 Rn. 77, 82; VK Bund, B.v. 27.9.2011 - VK 2-100/11 Rn. 57 m.w.N.; jewls. zitiert nach Juris.

³⁶ *Baumeister/Kirch*, NZBau 2001, 653 (655); *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), KartellR, § 97 GWB Rn. 35; *Dreher*, NZBau 2005, 427 (428); *ders.* in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 133 m.w.N.; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 96; *Kus*, in: Kulartz/*ders.* u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 168; *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 208; *Ziekow*, in: *ders./Völlink* (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 52 m.w.N. A.A. *Antweiler*, in: *Dreher/Motzke* (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 21, *ders.* VergabeR 2006, 637 (641 f.).

³⁷ *Dreher*, NZBau 2005, 427 (428).

³⁸ So auch das Ergebnis der im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie in Auftrag gegebenen Studie *Abst/BearingPoint u.a.*, Teillose, S. 101. Siehe zur Auswertung der Studie nur *Theurer/Trutzel u.a.*, VergabeR 2014, 301 ff.

³⁹ VK Bund, B.v. 18.10.2012 - VK 2-77/12 (zitiert nach Juris). *Ziekow*, ÖPP, in: *Küpper/Semper* (Hrsg.), PPP, S. 129 (142) m.w.N.

uneinheitliche funktionale Verwendungskontexte betreffen. So dienen die Definitionen des Instituts für Mittelstandsforschung und des Statistischen Bundesamtes der Erfassung statistischer Daten. Die Begriffsbestimmung der Kommissionsempfehlung fungiert dazu, bestimmte wettbewerbsrechtliche Aspekte des Beihilferechts zu beantworten.⁴⁰ Deutlich wird dies unter anderem daran, dass die Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission ebenso die Begriffsbestimmung der Empfehlung 2003/361/EG zugrunde legt⁴¹ und laut Erwägungsgrund 1 der Kommissionsempfehlung 2003/361/EG die Begriffsbestimmung unter anderem den Tätigkeiten der Europäischen Investitionsbank und des Europäischen Investitionsfonds dienen sollte. Demnach entfaltet die Kommissionsempfehlung über den Verweis in der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 nur für beihilferechtliche Förderprojekte Bindungswirkung.⁴² Für den Bereich des Kartellrechts- und des Kartellvergaberechts hat sie hingegen gem. Art. 288 Abs. 5 AEUV keine Rechtsqualität, sondern ist eben nur eine Empfehlung.⁴³ Aus diesen Definitionsbestimmungen resultiert für das Vergaberecht daher keine Verpflichtung den Mittelstand absolut zu bestimmen.⁴⁴

Für eine relative Begriffsbestimmung des Mittelstandsbegriffs im Kartellvergaberecht spricht, dass im allgemeinen Kartellrecht, namentlich in den §§ 3, 20 Abs. 2 und 4 GWB, der Begriff der kleinen und mittleren Wettbewerber ebenso relativ anhand struktureller für den jeweiligen Einzelfall geltender Gesichtspunkte und in Bezug auf den jeweils infrage stehenden Markt bestimmt wird.⁴⁵ Sinn und Zweck der vergaberechtlichen Mittelstandsförderung ist der Ausgleich größenbedingter Nachteile und die Steigerung der Leistungsfähigkeit. Unter Zugrundelegung dieser Zwecksetzung ist die Einführung oder Heranziehung absoluter Obergrenzen nicht zielführend, da es auf die relative Größe im Verhältnis zu anderen Wettbewerbern ankommt.⁴⁶ Zwar läuft eine an relativen Kriterien orientierte Bestimmung Gefahr, mitunter keine trennscharfe Abgrenzung vornehmen zu können. So besteht für die Auftraggeber und Bieter im Nachprüfungsverfahren das Problem, verlässlich zu beurteilen, wer zum Mittelstand zählt.⁴⁷ Insofern kann von ihnen in der Tat nicht verlangt werden, dass sie eine genaue Marktanalyse vornehmen.⁴⁸ Andererseits zeigt die hierzu bereits erlassene vergaberechtliche Rechtsprechung, dass eine Abgrenzung trotz dieser Schwierigkeiten möglich ist. So nehmen

⁴⁰ VK Bund, B.v. 18.10.2012 - VK 2-77/12 Rn. 82 m.w.N. (zitiert nach Juris); *Schneider*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), KartellR Bd. I, § 3 GWB Rn. 41 ff.

⁴¹ Vgl. Ewgr. 30 VO EU Nr. 651/2014, ABI EU v. 26.6.2014, Nr. L 187/1.

⁴² Des Weiteren enthält die VO EU Nr. 651/2014 in Anhang I eine der Empfehlung 2003/361/EG inhaltsgleiche KMU-Definition.

⁴³ OLG Düsseldorf, B.v. 21.3.2012 - Verg 92/11; OLG Düsseldorf, B.v. 8.9.2004 - VII-Verg 38/04; VK Bund, B.v. 18.10.2012 - VK 2-77/12 Rn. 82; VK Bund, B.v. 4.3.2008 - VK 2-202/08 Rn. 78; jewls. zitiert nach Juris.

⁴⁴ Ebenso heißt es in der Begründung zur VergRModVO, BTDrucks. 18/7318, S. 187, dass bei der Bestimmung mittelstandsgerechter Losgrößen nicht allein die KMU-Definition der Empfehlung 2003/361/EG herangezogen werde soll, da sie anderen Zwecken diene, sondern die Besonderheiten der jeweiligen Branche berücksichtigt werden müsse.

⁴⁵ *Fuchs*, in; Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EU KartellR, § 3 GWB Rn. 4 m.w.N.; *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen u.a.(Hrsg.), KartellR, § 3 GWB Rn. 12 ff.

⁴⁶ So auch die Überlegungen zu § 3 GWB, *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EU KartellR, § 3 GWB Rn. 3 m.w.N.

⁴⁷ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 21, der sich deswegen und aus Gründen der Rechtssicherheit und der Bestimmtheit dafür ausspricht, den Mittelstand absolut zu bestimmen.

⁴⁸ So auch die Einschätzung der im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie erstellten Studie *Abst/BearingPoint u.a.*, Teillöse, S. 24.

die Vergabekammern und -senate durchaus eine Marktanalyse vor und ermitteln anhand dieser die branchenspezifische typische Größe der mittelständischen Unternehmen, um sie als Vergleichsmaßstab für den jeweiligen Einzelfall heranzuziehen.⁴⁹ Bei der Ermittlung helfen sie sich der statistischen Daten der Innungsverbände und gleichen die dort veröffentlichten Umsatzzahlen mit dem Anteil der in dieser Branche beteiligten Unternehmen ab⁵⁰. Des Weiteren vernehmen sie sachverständige Zeugen⁵¹, ziehen Umstände der Marktöffnung und -liberalisierung heran, untersuchen die in dem Zeitraum der Marktöffnung neugegründeten Unternehmen und analysieren deren Umsätze⁵² oder betrachten den räumlichen Tätigkeitsbereich der Unternehmen⁵³.

Gleiches gilt für die Vergabestellen. Laut ihren Angaben in der im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie erarbeiteten Studie „Wie kann § 97 Abs. 3 GWB hinsichtlich der Pflicht zur Aufteilung eines öffentlichen Auftrags in Teillose rechtssicher in die Beschaffungspraxis überführt werden?“ berücksichtigt der Großteil der Vergabestellen keine oder eine andere Mittelstandsdefinition als die des Instituts für Mittelstandsforschung und der Kommission bzw. betrachtet diese eher als Orientierungshilfe.⁵⁴ Ein Großteil zieht eigene subjektive Kriterien und Erfahrungswerte heran⁵⁵.

Erleichterung hinsichtlich der Bestimmung dürfte nun auch die im Rahmen der vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie in Auftrag gegebenen Studie erarbeitete „Zauberformel“⁵⁶ geben. Auf der einen Seite kommt dieser keine Rechtsqualität und keine Bindungswirkung zu und sie dient nur der Ermittlung des Losumfanges. Auf der anderen Seite vermittelt sie den Vergabestellen aber einen ersten Eindruck dafür, wann in der jeweiligen Branche ein „typisch“ mittelständisches Unternehmen vorliegt. Das auf der Internetseite des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie abrufbare Excel-Tool⁵⁷ legt hierbei ebenfalls einen relativen Mittelstandsbegriff zugrunde und ermittelt die mittelstandstypische Losgröße einer Branche oder eines Gewerks.⁵⁸ Es stellt ein probates Mittel für die Vergabestellen dar, um zu ermitteln in welcher Größenordnung sich typisch mittelständische Unternehmen in der jeweiligen Branche bewegen.⁵⁹

⁴⁹ Instruktiver kurzer Überblick bei *Abst/BearingPoint u.a.*, Teillose, S. 18 ff.

⁵⁰ So VK Bund, B.v. 4.3.2009 - VK 2-202/08 (zitiert nach Juris).

⁵¹ So OLG Düsseldorf, B.v. 11.1.2012 - Verg 52/11 (zitiert nach Juris).

⁵² So das OLG Schleswig, B.v. 25.1.2013 - 1 Verg 6/12 in Bezug auf Postdienstleistungen (zitiert nach Juris).

⁵³ So VK Bund, B.v. 18.10.2012 - VK-2 77/12 (zitiert nach Juris).

⁵⁴ *Abst/BearingPoint u.a.*, Teillose, S. 39 ff. (40 f.).

⁵⁵ Als solche kommen die Inhaberprägung, spezifische Fachkenntnisse, personelle und/oder technische Ressourcen, die Leistungsfähigkeit der jeweiligen Branche, Auftragsvolumen und die regionale Begrenzung von Unternehmen bei der Leistungserbringung in Betracht, *Abst/BearingPoint u.a.*, Teillose, S. 41 f.

⁵⁶ *Braun*, Dt. AnwaltSpiegel 17/2014, S. 6 ff.

⁵⁷ Elektronisches Berechnungswerkzeug, im Internet abrufbar unter <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Wirtschaft/Oeffentliche-Auftraege-und-Vergabe/verfahrensarten.html> (30.7.2016). Siehe zum Berechnungstool auch *Theurer/Trutzel u.a.*, VergabeR 2014, 301 (304 f.).

⁵⁸ Siehe zur Berechnung eines typisch mittelständischen Unternehmens, *Abst/BearingPoint u.a.*, Teillose, S. 98 ff.

⁵⁹ Allerdings sind in dem Tool bislang noch nicht alle Branchen und Gewerke hinterlegt, dies soll aber nach und nach folgen.

IV. Zusammenfassung

Um einer Orientierung an starren Grenzen und bestimmten Größenordnungen zu entgehen, sollten die vergaberechtlichen Regelungen nicht den Begriff der kleinen und mittleren Unternehmen, sondern den der mittelständischen Unternehmen bzw. wie bisher der mittelständischen Interessen verwenden. Denn den Begrifflichkeiten der kleinen und mittleren Unternehmen ist zu sehr eine an starren Faktoren orientierte Bestimmung immanent. Daher ist im europäischen und nationalen Kartell- und Kartellvergaberecht eine Regelung, die die Vergabestellen verpflichtet, bei der Ermittlung des typisch mittelständischen Unternehmens eine relative Bestimmung zugrunde zu legen, wünschenswert. Zwar orientiert sich der Großteil der Vergabestellen nicht an den Definitionen der Kommission, des Instituts für Mittelstandsforschung oder der einzelnen Mittelstandsfördergesetze, allerdings vermitteln diese und vor allem auch der Verweis in Art. 83 Abs. 3 UABs. 4 RL 2014/24/EU auf die Empfehlung 2003/361/EG einen anderen Eindruck, den es zu beseitigen gilt. Bei der Bestimmung können die in der Empfehlung 2003/361/EG, dem Institut für Mittelstandsforschung und dem Statistischen Bundesamt genannten Kriterien und Schwellenwerte als Indizien herangezogen, müssen aber branchentypisch angepasst werden. Mit den Worten Ludwig Erhards ist der Mittelstand demnach relativ zu bestimmen, denn: „Wenn wir Mittelstand nur vom Materiellen her begreifen, wenn man Mittelstand sozusagen nur an der Steuertabelle ablesen kann [...], dann ist dem Mittelstandsbegriff [...] eine sehr gefährliche Wendung gegeben. Der Mittelstand kann materiell in seiner Bedeutung nicht voll ausgewogen werden, sondern er ist [...] viel stärker ausgeprägt durch eine Gesinnung und eine Haltung im gesellschaftswirtschaftlichen und politischen Prozess.“⁶⁰

⁶⁰ Zitiert nach *Günterberg/Wolter*, Unternehmensgrößenstatistik, S. 1.

§ 4 Förderungswürdigkeit des Mittelstandes

I. Einleitung

Dass der Mittelstand förderungsfähig ist, belegen zahlreiche Vorschriften auf europäischer und nationaler Ebene.¹ Doch warum sollen mittelständische Unternehmen gefördert werden? Bevor Kapitel 3 auf die Klaviatur ausgewählter Instrumente der Mittelstandsförderung im Vergabewesen eingeht, wird im Folgenden der Frage nach der Förderungswürdigkeit des Mittelstandes nachgegangen.

II. Funktion und Potenzial des Mittelstandes

Mittelständische Unternehmen haben eine bedeutende strukturpolitische Rolle, da sie einen entscheidenden – wenn nicht sogar den – Stellenwert bei der Sicherung von Arbeitsplätzen², für Wachstum und Innovationen haben³ und die „Keimzellen der Wirtschaft“⁴ sind. Zugleich ist der Mittelstand „Pflegerstätte der politischen Freiheit“, „Stütze der Demokratie“⁵ und „Retungsinsel der Menschen“⁶. Mittelständische Unternehmen stellen demnach das Rückgrat der Gesellschaft und der Wirtschaft dar.⁷

1. Arbeitgeber- und Ausbilderfunktion

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie bezeichnet den Mittelstand als „Erfolgsfaktor der deutschen Wirtschaft“.⁸ Die wachsende Produktivität der mittelständischen Unternehmen eröffnet eine Vielzahl von Arbeitsplatz-, Ausbildungs- und Beschäftigungsmöglichkeiten. So haben die mittelständischen Unternehmen in den Jahren 2002 bis 2010 circa 85% der neuen Arbeitsplätze innerhalb der Europäischen Union geschaffen.⁹ Laut den Angaben der Europäischen Kommission sind circa 66,8% der Beschäftigten in einem KMU angestellt.¹⁰ Ein ähnliches Bild für den deutschen Mittelstand zeichnen die Angaben des Instituts für Mittelstandsforschung. Danach stellten die KMU im Jahr 2014 circa 58,5% der deutschlandweiten sozialversicherungspflichtigen Arbeitsplätze. Zudem haben im Jahr 2014 circa 81,8% der Lehrlinge einen Ausbildungsplatz in einem mittelständischen Unternehmen ge-

¹ Siehe hierzu Kap. 2 § 5.

² BMWi, Aktionsprogramm, S. 2; *Carl*, EuZW 1995, 141 (141 f.); *Molsberger*, Mittelstandspolitik, EVStL Bd. I, Sp. 2182; *Robl*, Mittelständische Interessen, in: FS Franke, S. 291 (291); *Rogowski*, Familienunternehmen, in: FS Kirchhoff, S. 391 (394); *Schulte-Braucks*, Unternehmenspolitik, in: Röttinger/Weyringer (Hrsg.), Integration, S. 969 (972 f., 975) m.w.N. A.A. *Niemann*, Mittelstandspolitik, S. 72 ff. (76).

³ BMWi, Mittelstandspolitik, im Internet abrufbar unter <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Mittelstand/mittelstandspolitik.html> (30.7.2016); *Söllner*, Wirtschaftliche Bedeutung, in: StBA (Hrsg.), Wirtschaft, S. 40 ff.; *Belitz/Eickelpasch u.a.*, Mittelstand, in: DWI Berlin (Hrsg.), Projektberatung kompakt, No. 67, S. 1; *Rexrodt*, Wirtschaftspolitik, in: Oetker (Hrsg.), Strukturelle Umbrüche, S. 13.

⁴ *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 65 m.w.N.

⁵ *Fröhler*, Staatsrechtliche Relevanz, S. 24 ff. m.w.N. Ebenso *Hamer*, Mittelständische Unternehmen, S. 26.

⁶ *Röpke*, zitiert nach *Krüselberg*, Marktwirtschaft, in: Cassel (Hrsg.), Soziale Marktwirtschaft, S. 605 (609).

⁷ *PWC*, SMEs, S. 5, 24; *Rogowski*, Familienunternehmen, in: FS Kirchhoff, S. 391 (395).

⁸ BMWi, Politik für den Mittelstand, im Internet abrufbar unter <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Mittelstand/Mittelstandspolitik/politik-fuer-den-mittelstand,did=511414.html> (30.7.2016).

⁹ *De Kok/Vroonhof u.a.*, SMEs, S. 6.

¹⁰ *PWC*, SMEs, S. 5, 24; *Muller/Devnani u.a.*, Annual Report, S. 3.

funden.¹¹ Dadurch leisten die mittelständischen Unternehmen einen wichtigen Beitrag zur Fachkräfteausbildung¹² und tragen überdies dazu bei, dass die Jugendarbeitslosigkeit in Deutschland im europäischen Vergleich niedrig ist.¹³ Aufgrund ihrer besonderen Anpassungsfähigkeit und ihrer Flexibilität können mittelständische Unternehmen die lokalen Gegebenheiten besser ausschöpfen und sorgen dafür, dass auch in strukturschwachen Regionen Arbeitsplätze geschaffen werden, der Versorgungsmarkt funktionstüchtig ist und der wirtschaftliche Wohlstand in diesen Regionen erhalten bleibt.¹⁴

2. Innovations-, Markterschließungs- und verbraucherpolitische Funktion

Darüber hinaus leisten die mittelständischen Unternehmen einen nicht unerheblichen Beitrag zur Forschung und Entwicklung sowie für Innovationen.¹⁵ Die Innovationskosten in mittelständischen Unternehmen sind verhältnismäßig günstiger.¹⁶ So brachten in den Jahren 2008 bis 2010 54% des deutschen Mittelstandes eine Produkt- und Prozessinnovation auf den Markt.¹⁷ Auch wenn ein Großteil der Innovationen, Technologieentwicklungen und vor allem der Grundlagenforschungen in den Bereichen Pharmazie, Großchemie, Luft- und Raumfahrt, Automobilindustrie, Atomkraft und erneuerbare Energien den Großunternehmen vorbehalten bleibt, liegt das Potenzial der mittelständischen Unternehmen im Bereich der anwendungsorientierten Erfindungen, sodass sie die Lücke zwischen Großserienfertigung bzw. Massenwaren und individuellem oder spezifischem Bedarf füllen.¹⁸ Angesichts dieses kunden- und

¹¹ IfM, im Internet abrufbar unter <http://www.ifm-bonn.org/statistiken/mittelstand-im-ueberblick/#accordion=0&tab=0> (30.7.2016).

¹² BTDrucks. 8/708, S. 10; *Fröhler*, Stellung und Funktion, in: FS Schambeck, S. 199 (208); *Gruhler*, Wirtschaftsfaktor, S. 103 f.; *Hamer*, Mittelständische Unternehmen, S. 164 f.; *Schoser*, Rückgrat, in: FS Kirchhoff, S. 403 f.; *Schulte-Braucks*, Unternehmenspolitik, in: Röttlinger/Weyringer (Hrsg.), Integration, S. 969 (975); *Stingl*, Bedeutung der KMU, in: Oppenländer (Hrsg.), Gesamtwirtschaftliche Funktion, S. 291 (295 ff.).

¹³ BMWi, German Mittelstand, S. 11.

¹⁴ BTDrucks. 8/708, S. 11; *Fröhler*, Stellung und Funktion, in: FS Schambeck, S. 199 (208); *Hamer*, Mittelständische Unternehmen, S. 217 ff.; *Kayser*, Regelungsspielräume, S. 116 m.w.N.; *Krüsselberg*, Marktwirtschaft, in: Cassel (Hrsg.), Soziale Marktwirtschaft, S. 605 (621) m.w.N.; *Schulte-Braucks*, Unternehmenspolitik, in: Röttlinger/Weyringer (Hrsg.), Integration, S. 969 (975); *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 59 m.w.N.

¹⁵ BMWi, German Mittelstand, S. 12; *Belitz/Eickelpasch u.a.*, Mittelstand, in: DWI Berlin (Hrsg.), Projektberatung kompakt, No. 67, S. 1 ff.; *Gruhler*, Wirtschaftsfaktor, S. 129; *Fröhler*, Stellung und Funktion, in: FS Schambeck, S. 199 (208). Kurzer prägnanter Überblick bei *Gruhler*, a.a.O. S. 115 f.; *Hornschild*, Innovationsorientierte KMU, in: Ridinger (Hrsg.), Gesamtwirtschaftliche Funktionen Bd. I, S. 73 (78) m.w.N.; *Krüsselberg*, Marktwirtschaft, in: Cassel (Hrsg.), Soziale Marktwirtschaft, S. 605 (617, 622 f.) m.w.N. Vgl. hierzu auch die Zahlen über den Ausbau des Investitionsvolumens und des Personals bei *Belitz/Eickelpasch u.a.*, a.a.O. S. 31 ff., 36 ff., 44 ff.; IfM, im Internet abrufbar unter <http://www.ifm-bonn.org/statistiken/mittelstand-im-einzelnen/#accordion=0&tab=5> (30.7.2016). Kritisch zur Innovationsfunktion *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 62 m.w.N.; *Niemann*, Mittelstandspolitik, S. 35 ff., 59, 154; *Pross*, Mittelstand, EVStL Bd. I, Sp. 2179.

¹⁶ *Kucera*, Humankapitalbildung, in: Ridinger (Hrsg.), Gesamtwirtschaftliche Funktionen Bd. I, S. 57 (63 f.); *Schoser*, Rückgrat, in: FS Kirchhoff, S. 403 f.

¹⁷ BMWi, German Mittelstand, S. 12.

¹⁸ *Batzer*, Konsumentenversorgung, in: Oppenländer (Hrsg.), Gesamtwirtschaftliche Funktion, S. 97 (109 ff.); *Fröhler*, Stellung und Funktion, in: FS Schambeck, S. 199 (208); *Gruhler*, Wirtschaftsfaktor, S. 107 ff., 170; *Hamer*, Mittelständische Unternehmen, S. 135 f., 152 ff., 155 f., 192 f., 207 ff.; *Henkel*, Industrieller Mittelstand, in: Oetker (Hrsg.), Strukturelle Umbrüche, S. 23 f.; *Henrich/Kirsch*, Förderung und Hemmnisse, S. 30 f.; *Hornschild*, Innovationsorientierte KMU, in: Ridinger (Hrsg.), Gesamtwirtschaftliche Funktionen Bd. I, S. 73 (78 f.); *Krämer*, Mittelstandsökonomik, S. 20, 83 f., 99; *Krüsselberg*, Marktwirtschaft, in: Cassel (Hrsg.), Soziale Marktwirtschaft, S. 605 (610, 623) m.w.N.; *Oppenländer*, Innovationsprozeß, in: ders. (Hrsg.), Gesamtwirtschaftliche Funktion, S. 119 (124) m.w.N.; *Rexrodt*, Wirtschaftspolitik, in: Oetker (Hrsg.), Strukturelle Umbrüche, S. 17;

marktorientierten Arbeitsumfeldes verfügen mittelständische Unternehmen über eine spezifischere und höhere Produkttiefe und können Marktsegmente erschließen, die den Großunternehmen verborgen bleiben.¹⁹ Damit übernimmt der Mittelstand ferner eine verbraucherpolitische Funktion, da er in diesen kleineren Marktsegmenten die Produkte nicht zuletzt auch wirtschaftlicher und kosteneffizienter herstellen kann.²⁰ Da die mittelständischen Unternehmen außerdem Vorbereitungs-, Zulieferer- und Ergänzungsleistungen für Großunternehmen übernehmen, fungieren sie des Weiteren als markterschließender Anbieter.²¹

3. Konjunkturausgleichende und beschäftigungsstabilisierende Funktion

Daneben haben mittelständische Unternehmen eine konjunkturausgleichende und beschäftigungsstabilisierende Funktion.²² Durch die Kleinstrukturen können mittelständische Unternehmen – auch wenn sie in Zeiten des wirtschaftlichen Aufschwungs ihre Beschäftigtenzahl nicht im gleichen Maße erhöhen wie Großunternehmen – flexibler, effizienter und widerstandsfähiger auf Konjunkturschwankungen reagieren.²³ Studien kamen zu dem Ergebnis, dass Großunternehmen ein „destabilisierendes Beschäftigungsverhalten“ vornehmen und auf Wirtschaftsschwankungen durch den An- und Abbau von Arbeitskräften besonders empfindlich reagieren, während mittelständische Unternehmen sich in den Phasen konjunktureller Rezession seltener von qualifizierten Arbeitskräften trennen.²⁴ So haben die deutschen mittelständischen Unternehmen in den Krisenjahren von 2008 bis 2011 die Zahl der Arbeitsplätze sogar um 16% erhöht.²⁵

4. Verfassungs- und gesellschaftspolitische Rolle

Nicht zu vernachlässigen ist der wichtige gesellschafts- und verfassungspolitische Stellenwert der mittelständischen Unternehmen. Die Größe und Stärke einer Gesellschaft zeichnet sich durch einen starken Mittelstand aus, da dieser die Mitte der Gesellschaft und der Puffer zwischen den Extremen – arm und reich – ist und somit für Sozialharmonie und soziale Ge-

Rogowski, Familienunternehmen, in: FS Kirchhoff, S. 391 (392); *Schlecht*, Wirtschaftspolitischer Rang, in: Oppenländer (Hrsg.), Gesamtwirtschaftliche Funktion, S. 17 (19, 29); BTDrucks. 8/708, S. 11 f.

¹⁹ *Batzer*, Konsumentenversorgung, in: Oppenländer (Hrsg.), Gesamtwirtschaftliche Funktion, S. 97 (109 ff.); *Hamer*, Mittelständische Unternehmen, S. 207 ff.; *Hornschild*, Innovationsorientierte KMU, in: Ridinger (Hrsg.), Gesamtwirtschaftliche Funktionen Bd. I, S. 73 (78 f.); *Krüsselberg*, Marktwirtschaft, in: Cassel (Hrsg.), Soziale Marktwirtschaft, S. 605 (623) m.w.N.

²⁰ BTDrucks. 8/708 S. 12; *Henrich/Kirsch*, Förderung und Hemmnisse, S. 30; *Hornschild*, Innovationsorientierte KMU, in: Ridinger (Hrsg.), Gesamtwirtschaftliche Funktionen Bd. I, S. 73 (78); *Krämer*, Mittelstandsökonomik, S. 20; *Schulte-Braucks*, Unternehmenspolitik, in: Röttinger/Weyringer (Hrsg.), Integration, S. 969 (975); *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 60.

²¹ *Batzer*, Konsumentenversorgung, in: Oppenländer (Hrsg.), Gesamtwirtschaftliche Funktion, S. 97 (108 f.); *Hamer*, Mittelständische Unternehmen, S. 204 ff.; *Hornschild*, Innovationsorientierte KMU, in: Ridinger (Hrsg.), Gesamtwirtschaftliche Funktionen Bd. I, S. 73 (78) m.w.N.; *Krämer*, Mittelstandsökonomik, S. 19; *Molsberger*, Mittelstandspolitik, EVStL Bd. I, Sp. 2182.

²² BMWi, German Mittelstand, S. 10; *Molsberger*, Mittelstandspolitik, EVStL Bd. I, Sp. 2182.

²³ *Gruhler*, Wirtschaftsfaktor, S. 94; *Henrich/Kirsch*, Förderung und Hemmnisse, S. 29; *Krämer*, Mittelstandsökonomik, S. 26, 210 ff.; *Schulte-Braucks*, Unternehmenspolitik, in: Röttinger/Weyringer (Hrsg.), Integration, S. 969 (975).

²⁴ *Lotz*, Zielorientierte Mittelstandsförderung, S. 28 ff. m.w.N. *Gruhler*, Wirtschaftsfaktor, S. 96 f.; *Herzog*, Mittelstand, in: ders. (Hrsg.), Recht im Wandel, S. 159.

²⁵ BMWi, German Mittelstand, S. 10. Allgemein dazu *Belitz/Eickelpasch u.a.*, Mittelstand, in: DWI Berlin (Hrsg.), Projektberatung kompakt, No. 67, S. 1, 28.

rechtigkeit sorgt.²⁶ Aufgrund der dezentralen Unternehmensstruktur bilden die mittelständischen Unternehmen ein Gegengewicht zu den großen Konzernen und verhindern eine Machtkonzentration.²⁷ Durch die Inhaberprägung mittelständischer Unternehmen und der daraus folgenden Verbindung von gesamtgesellschaftlichen und individuellen Nutzen, werden zudem die demokratischen, sozialstaatlichen und rechtsstaatlichen Elemente gestärkt.²⁸ Mithin ist der Mittelstand ein „staatstragender“ Faktor, der zur Sicherung der Freiheitsrechte, zur Selbständigkeit und Selbstverantwortung sowie zur Entwicklung der persönlichen und gesellschaftlichen Werte und Wertevorstellungen beiträgt.²⁹ Dies resultiert nicht zuletzt auch aus dem Leistungswillen und der Leistungsbereitschaft, dem Risiko- sowie Verantwortungsbewusstsein des Unternehmensinhabers und seiner Arbeitnehmer.³⁰

III. Auszugleichende größenspezifische Nachteile des Mittelstandes

Trotz dieser positiven Bilanz gibt es auch eine Kehrseite der Medaille. Mittelständische Unternehmen sehen sich nicht zu unterschätzender größenbedingter Nachteile und Diskriminierungen ausgesetzt, was wiederum ihre Wettbewerbsfähigkeit einschränkt.³¹

1. Betriebliche Probleme

Im mittelständischen Unternehmen fallen oft Unternehmen, Eigentum und Haftung in einer Person zusammen. Mangels Arbeitsteilung auf der Führungsebene, nötiger Verwaltungseinheiten und Abgabe an ausgegliederte oder dritte Unternehmen müssen die Inhaber daher neben den ihnen vertrauten technischen Vorgängen auch die ihnen weniger vertrauten und damit fehleranfälligeren organisatorischen, managementorientierten, buchhalterischen, kaufmännischen und bürokratischen Aufgaben erledigen.³² Je kleiner ein Unternehmen ist,

²⁶ Conze, in: Brunner/ders. u.a. (Hrsg.), Grundbegriffe Bd. IV, Mittelstand, II. 1, S. 50; Fröhler, Stellung und Funktion, in: FS Schambeck, S. 199 (205 ff.); ders., staatsrechtliche Relevanz, S. 31 ff. (32) m.w.N.; Hamer, Mittelständische Unternehmen, S. 25 f., 27 ff., 221 ff., 258; Holtmann/Brinkmann u.a., Politik-Lexikon, Mittelstand, S. 374 Nr. 2 UAbs. 2; Schmidt, Wörterbuch, Mittelstand, S. 458; Wohlfart, Industrielle Gemeinschaftsordnung, in: Oetker (Hrsg.), Strukturelle Umbrüche, S. 169. A.A. Pross, Mittelstand, EVStL Bd. I, Sp. 2180.

²⁷ BTDrucks. 8/708, S. 1; Hamer, Mittelständische Unternehmen, S. 160 ff.

²⁸ Conze, in: Brunner/ders. u.a. (Hrsg.), Grundbegriffe Bd. IV, Mittelstand, II. 1, S. 50, II. 6, S. 75; Fröhler, Staatsrechtliche Relevanz, S. 24 m.w.N.; ders., Stellung und Funktion, in: FS Schambeck, S. 199 ff. (201 ff., 206 ff.); Gruhler, Wirtschaftsfaktor, S. 93; Hamer, Mittelständische Unternehmen, S. 254 ff. (256 ff.); Herzog, Mittelstand, in: ders. (Hrsg.), Recht im Wandel, S. 159 (165); Krüsselberg, Marktwirtschaft, in: Cassel (Hrsg.), Soziale Marktwirtschaft, S. 605 (609, 611); Schlecht, Wirtschaftspolitischer Rang, in: Oppenländer (Hrsg.), Gesamtwirtschaftliche Funktion, S. 17 (19). Kritischer in Bezug auf die rechtsstaatliche Funktion Mann, Mittelstand, in: FS Kirchhoff, S. 221 (241) m.w.N.

²⁹ BTDrucks. 8/708 S. 12; Conze, in: Brunner/ders. u.a. (Hrsg.), Grundbegriffe Bd. IV, Mittelstand, II. 7, S. 84 m.w.N. Ebenso Fröhler, Staatsrechtliche Relevanz, S. 23 f.; Hamer, Mittelständische Unternehmen, S. 221 ff., 254; Herzog, Mittelstand, in: ders. (Hrsg.), Recht im Wandel, S. 159 (164); Schmidt, Wörterbuch, Mittelstand, S. 458; Willems, Mittelstandsförderung, S. 63 f. m.w.N. A.A. Molsberger, Mittelstandspolitik, EVStL Bd. I, Sp. 2181; Pross, Mittelstand, EVStL Bd. I, Sp. 2178 ff.

³⁰ Fröhler, Stellung und Funktion, in: FS Schambeck, S. 199 (208); Krüsselberg, Marktwirtschaft, in: Cassel (Hrsg.), Soziale Marktwirtschaft, S. 605 (606 f.) m.w.N.; Pross, Mittelstand, EVStL Bd. I, Sp. 2180.

³¹ BTDrucks. 8/708, S. 13 f.; Gruhler, Wirtschaftsfaktor, S. 124 f.; Henrich/Kirsch, Förderung und Hemmnisse, S. 32; Kayser, Regelungsspielräume, S. 116; Lotz, Zielorientierte Mittelstandsförderung, S. 151.

³² Beispielhaft seien hier nur die Vorschriften der Lohnfortzahlung, des Steuerrechts, des Arbeits-, Gesundheits-, Mutter- und Jugendschutzes, der Unfall-, Kranken- und Rentenversicherung erwähnt, vgl. dazu auch BTDrucks. 8/708, S. 14; Gruhler, Wirtschaftsfaktor, S. 131 f., 170 f.; Krämer, Mittelstandsökonomik, S. 95 f. m.w.N.; Krüsselberg, Marktwirtschaft, in: Cassel (Hrsg.), Soziale Marktwirtschaft, S. 605 (619, 633); Molsberger,

desto mehr steigen die administrativen Belastungen und verursachen einen größeren Zeitaufwand pro Arbeitnehmer.³³ Insofern führt die Tätigkeit als „Allround-Manager“ zur Zweckentfremdung personeller, organisatorischer und technischer Kapazitäten³⁴, wodurch wiederum eine Organisationslücke entstehen kann.³⁵ Ein weiterer betrieblicher Schwachpunkt liegt mitunter in der mangelnden frühzeitigen Regelungen der Unternehmensnachfolge, weshalb eine Fortführung des mittelständischen Unternehmens in der nächsten Generation nicht immer sicher ist.³⁶

2. Zwischenbetriebliche Probleme

Wegen ihrer kleinen Größe, des geringeren Nachfragevolumens und der geringen Marktmacht erhalten die mittelständischen Unternehmen weniger günstige Einkaufsoptionen und -konditionen von den Lieferanten und können kaum Rabatte erzwingen. Diese Beschaffungsnachteile schlagen sich wiederum auf den Absatz nieder, da die mittelständischen Unternehmen ihre Produkte infolge der damit einhergehenden mangelnden Kostendegression nicht so preiswert wie Großunternehmen anbieten können.³⁷ Vor allem die in den letzten Jahren gestiegenen Lohnneben-, Personal-, Versicherungs- und Arbeitskosten stellen nicht zu unterschätzende Kostenfaktoren für die mittelständischen Unternehmen dar. Denn diese Kosten sind „lohnkostenintensiver“, weil sie sich schwieriger auf die Produkte umlegen lassen, daher gewinnminimierend sind und einen höher kalkulierten Endpreis zur Folge haben.³⁸ Dadurch sind mittelständische Unternehmen Benachteiligungen auf dem Beschaffungsmarkt ausgesetzt, wodurch wiederum ihre Wettbewerbsfähigkeit im Vergleich zu den Großunternehmen verschlechtert wird.³⁹ Zwar wachsen durch den Ausbau des Binnenmarktes die Export- und Absatzmöglichkeiten⁴⁰, dennoch ist der Einsatz direkter Internationalisierungsformen⁴¹ von der Unternehmensgröße abhängig.⁴² Mangels Verwaltungseinheiten bzw.

Mittelstandspolitik, EVStL Bd. I, Sp. 2183 f.; *Schumacher*, Regulierungsdichte, in: Oetker (Hrsg.), Strukturelle Umbrüche, S. 99 (100); *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 66 f. m.w.N. Vgl. zu den gesetzgeberischen Aktivitäten zur Entlastung insbesondere der mittelständischen Wirtschaft von Bürokratie nur den Entwurf eines Bürokratieentlastungsgesetzes v. 20.5.2015, BTDrucks. 18/4948.

³³ BMWi, Politik für den Mittelstand, im Internet abrufbar unter <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Mittelstand/Mittelstandspolitik/politik-fuer-den-mittelstand,did=511414.html> (30.7.2016); *Hamer*, Mittelständische Unternehmen, S. 175 ff.; *Schulte-Braucks*, Unternehmenspolitik, in: Röttinger/Weyringer (Hrsg.), Integration, S. 969 (971) m.w.N. Siehe zu den einzelnen Bürokratieüberwälzungen und dessen Auswirkungen *Henrich/Kirsch*, Förderung und Hemmnisse, S. 71 ff. (73 ff.) m.w.N.

³⁴ *Gruhler*, Wirtschaftsfaktor, S. 183; *Krämer*, Mittelstandsökonomik, S. 92 ff. (93).

³⁵ *Krämer*, Mittelstandsökonomik, S. 93.

³⁶ *Gruhler*, Wirtschaftsfaktor, S. 173 f.

³⁷ BTDrucks. 8/708, S. 13; *Henrich/Kirsch*, Förderung und Hemmnisse, S. 32 m.w.N.; *Krämer*, Mittelstandsökonomik, S. 19; *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 71 m.w.N.

³⁸ BTDrucks. 8/708, S. 14; *Gruhler*, Wirtschaftsfaktor, S. 132; *Lotz*, Zielorientierte Mittelstandsförderung, S. 161 f.; *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 66 f. m.w.N. A.A. *Molsberger*, Mittelstandspolitik, EVStL Bd. I, Sp. 2185 f.

³⁹ BTDrucks. 8/708, S. 13; *Gruhler*, Wirtschaftsfaktor, S. 127; *Hamer*, Mittelständische Unternehmen, S. 148 f.; *Henrich/Kirsch*, Förderung und Hemmnisse, S. 32; *Molsberger*, Mittelstandspolitik, EVStL Bd. I, Sp. 2185; *Pröss*, Mittelstand, EVStL Bd. I, Sp. 2179; *Schlecht*, Wirtschaftspolitischer Rang, in: Oppenländer (Hrsg.), Gesamtwirtschaftliche Funktion, S. 17 (24).

⁴⁰ Überblick bei *Carl*, EuZW 1995, 141 (142); *Gruhler*, Wirtschaftsfaktor, S. 133 f.; *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 70 m.w.N.

⁴¹ Siehe zu den Internationalisierungsformen von KMU *Kranzusch/Holz*, Internationalisierungsgrad, S. 7 ff.

entsprechender Spezialisten vor Ort, mangels ausreichender Sprachkenntnisse und mangels erforderlicher Marketingtätigkeiten und Marktanalysen, um notwendige Informationen über die politischen, rechtlichen und ökonomischen Gegebenheiten im Ausland einzuholen, internationalisieren mittelständische Unternehmen ihren Bekanntheitsgrad wenig und betreiben seltener grenzüberschreitenden Handel und Absatz.⁴³ Rückblickend ist die Tätigkeit der mittelständischen Unternehmen im Exportbereich in den Jahren 2009 bis 2011 zwar gestiegen. Allerdings ist diesbezüglich noch nicht jegliches Potenzial ausgeschöpft.⁴⁴ So betrug ihr Anteil am Exportumsatz nur 17,5%.⁴⁵

Zugleich agieren mittelständische Unternehmen weniger im Bereich des elektronischen Handels und nutzen seltener die Möglichkeiten des Internets.⁴⁶ So heißt es z.B. im Zukunftspanel des Instituts für Mittelstandsforschung, dass „kleine und mittlere Unternehmen, die [...] [den] technologischen Wandel nicht für sich nutzen, [...] Gefahr [laufen], Kosteneinsparpotenziale nicht zu nutzen sowie Kunden und Mitarbeiter zu verlieren.“⁴⁷

3. Finanzierungsnachteile

Des Weiteren haben mittelständische Unternehmen größere Schwierigkeiten bei der Finanzierung und der Kapitalbeschaffung.⁴⁸ So heißt es im Monatsbericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom März 2014, dass die „Hemmnisse bei der Mittelstandsfinanzierung [...] abgebaut werden [müssen]“.⁴⁹ Laut den Angaben des Instituts für Mittelstandsforschung ist die Eigenkapitalausstattung der mittelständischen Unternehmen in den Jahren 2009 bis 2013 auf der einen Seite gestiegen, auf der anderen Seite bestehen zwischen ihnen und den aber Großunternehmen „noch große Unterschiede“.⁵⁰ Mangels ausreichendem Garantiestock und ausreichender Sicherheiten haben mittelständische Unternehmen Probleme bei der Bestandsicherung, Krisenvorsorge und Kreditsicherung, da sie langfristige Kredite von den Banken nur zu ungünstigeren Konditionen erhalten.⁵¹ Dies zieht das nächste

⁴² So liegt er bei den Kleinstunternehmen bei 33%, bei den Großunternehmen bei 81%, *Kranzusch/Holz*, Internationalisierungsgrad, Kurzfassung S. X.

⁴³ *Carl*, EuZW 1995, 141 (142); *Gruhler*, Wirtschaftsfaktor, S. 131 ff.; *Hamer*, Mittelständische Unternehmen, S. 145 ff., 329 ff.; *Henrich/Kirsch*, Förderung und Hemmnisse, S. 33 m.w.N.; *Krämer*, Mittelstandsökonomik, S. 38 ff. (40); *Kranzusch/Holz*, Internationalisierungsgrad, S. 26, 36 f., 60 ff.; *Söllner*, Wirtschaftliche Bedeutung, in: StBA (Hrsg.), Wirtschaft, S. 40 (48); *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 70 f. m.w.N.

⁴⁴ *Kranzusch/Holz*, Internationalisierungsgrad, S. 13 ff., 19 ff.

⁴⁵ IfM, Kennzahlen zu Auslandsaktivitäten laut Umsatzsteuerstatistik, im Internet abrufbar unter <http://www.ifm-bonn.org/statistiken/mittelstand-im-einzelnen/#accordion=0&tab=6> (30.7.2016).

⁴⁶ *Eckstein/Weisser u.a.*, Elektronischer Geschäftsverkehr, S. 10 ff. (13, 15).

⁴⁷ *Welter/May-Strobl u.a.*, Zukunftspanel, S. 5.

⁴⁸ *Carl*, EuZW 1995, 141 (142); *Hamer*, Mittelständische Unternehmen, S. 333 ff.; *Krämer*, Mittelstandsökonomik, S. 21; *Rogowski*, Familienunternehmen, in: FS Kirchhoff, S. 391 (395 f.).

⁴⁹ BMWi, Schlaglichter der Wirtschaftspolitik, Monatsbericht März 2014, S. 15, im Internet abrufbar unter <http://www.bmw.de/Dateien/BMWi/PDF/Monatsbericht/schlaglichter-der-wirtschaftspolitik-03-2014,property=pdf,bereich=bmw2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (30.7.2016).

⁵⁰ IfM, Mittelstand im Einzelnen, Eigenkapitalquote, im Internet abrufbar unter <http://www.ifm-bonn.org/statistiken/mittelstand-im-einzelnen/#accordion=0&tab=4> (30.7.2016).

⁵¹ Vgl. dazu BTDrucks. 8/708, S. 13. *Beyer*, Mittelstandsförderung, S. 42; *Gruhler*, Wirtschaftsfaktor, S. 143, 164 ff.; *Hamer*, Mittelständische Unternehmen, S. 143 f.; *Krämer*, Mittelstandsökonomik, S. 86 ff.; *Krüselberg*, Marktwirtschaft, in: Cassel (Hrsg.), Soziale Marktwirtschaft, S. 605 (633); *Lotz*, Zielorientierte Mittelstandsförderung, S. 158 ff.; *Molsberger*, Mittelstandspolitik, EVStL Bd. I, Sp. 2184 f. Die von den KMU zu zahlenden Kreditzinsen sind von 1,5% bis zu 5% höher als die der Großunternehmen, *Schulte-Braucks*, Unternehmenspolitik, in: Röttlinger/Weyringer (Hrsg.), Integration, S. 969 (981 ff., 990 f.) m.w.N.

Problem – Erlangung kurzfristiger Kredite mit noch schlechteren Konditionen – nach sich.⁵² Weil mittelständische Unternehmen ihre Kredite selten zu festen Zinssätzen erhalten, können sie die Kreditbelastung bei der Investitionsplanung weniger berücksichtigen: Es entsteht eine Schere zwischen dem Investitionsbedarf und den erforderlichen Finanzmitteln.⁵³ Dies führt im innerbetrieblichen Bereich zu Finanzierungsschwierigkeiten und Investitionshemmnissen, sodass die mittelständischen Unternehmen ihr Innovationspotenzial nicht voll ausschöpfen können.⁵⁴ Darüber hinaus mangelt es im Fremdfinanzierungsbereich an finanzstarken Kapitalgebern. Im Jahr 2012 wurden lediglich 28% der von mittelständischen Unternehmen getätigten Investitionen durch Bankkredite finanziert.⁵⁵

4. Zu große Einflussmacht der Großunternehmen

Die Großunternehmen haben ihre „Größe“ nicht nur ihrer besseren Wirtschaftlichkeit zu verdanken, sondern diese beruht auch auf anderen Gründen, wie dem leichteren Gehör bei Banken, der Eigentümlichkeiten der Kreditorganisation sowie auf „politisch bedingte[n] 'Begünstigungen, Hilfen und Entlastungen' wie Monopolisierungsduldung, Staatshilfen, Steuervergünstigungen [...]“⁵⁶. So werden Großunternehmen viel häufiger durch die öffentliche Hand vor der Insolvenz geschützt als die mittelständischen Unternehmen.⁵⁷ Nicht zu vernachlässigen ist zudem ein Fachkräftemangel, da sich viele Auszubildende und Arbeitnehmer aufgrund des Bekanntheitsgrades der Großunternehmen eher für diese entscheiden.⁵⁸ Verstärkt wird dieses Problem letztlich durch den demografischen Wandel.⁵⁹ Insofern müssen sich die mittelständischen Unternehmen oftmals den Bedingungen der Großunternehmen fügen.⁶⁰

IV. Spezifische Probleme mittelständischer Unternehmen im Vergabeverfahren

Gemessen an ihrer gesamtwirtschaftlichen Bedeutung sind die mittelständischen Unternehmen im Vergabeverfahren unterrepräsentiert.⁶¹ Eine Übersicht der ab dem Jahr 2000 durchgeführten Untersuchungen zeigt, dass trotz vieler Bestrebungen und Maßnahmen der Europäischen Union und der Mitgliedstaaten zur Verbesserung des Umfeldes mittelständischer Unternehmen⁶², eine signifikante Steigerung ihres Anteils am öffentlichen Auftragswesen nicht zu verzeichnen ist.⁶³ Diesbezüglich unterliegen mittelständische Unternehmen – neben

⁵² BTDrucks. 8/708, S. 13; *Henrich/Kirsch*, Förderung und Hemmnisse, S. 34. m.w.N.; *Schlecht*, Wirtschaftspolitischer Rang, in: Oppenländer (Hrsg.), Gesamtwirtschaftliche Funktion, S. 17 (27).

⁵³ BTDrucks. 8/708, S. 13; *Niemann*, Mittelstandspolitik, S. 44 ff., 60; *Schlecht*, Wirtschaftspolitischer Rang, in: Oppenländer (Hrsg.), Gesamtwirtschaftliche Funktion, S. 17 (27).

⁵⁴ Vgl. dazu die vom Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie in Auftrag gegebene Studie von *Astor/Dorn u.a.*, Innovationshemmnisse, 2013.

⁵⁵ BMWi, German Mittelstand, S. 13.

⁵⁶ *Krüsselberg*, Marktwirtschaft, in: Cassel (Hrsg.), Soziale Marktwirtschaft, S. 605 (608) m.w.N.

⁵⁷ Allgemein dazu *Hamer*, Mittelständische Unternehmen, S. 193 f.; *Herzog*, Mittelstand, in: ders. (Hrsg.), Recht im Wandel, S. 159 (170 f.); *Krüsselberg*, Marktwirtschaft, in: Cassel (Hrsg.), Soziale Marktwirtschaft, S. 605 (610 f.); *Molsberger*, Mittelstandspolitik, EVStL Bd. I, Sp. 2183; *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 73 m.w.N.

⁵⁸ *Rogowski*, Familienunternehmen, in: FS Kirchhoff, S. 391 (396 f.); *Schoser*, Rückgrat, in: FS Kirchhoff, S. 403.

⁵⁹ *Welter/May-Strobl u.a.*, Zukunftspanel, S. 5 f.

⁶⁰ *Pross*, Mittelstand, EVStL Bd. I, Sp. 2179.

⁶¹ *PCW*, SMEs, S. 5, 25, 35 f. Siehe dazu auch Kap. 1 § 1 III.

⁶² Siehe hierzu die Aufzählung in Kap. 1 § 1 I.

⁶³ Übersicht der durchgeführten Analysen *PWC*, SMEs, S. 25 ff.

den zuvor dargestellten allgemeinen Nachteilen – des Weiteren spezifischen Problemen im Vergabeverfahren.⁶⁴

1. Zu hohe Auftragsvolumen

Die im Februar 2014 im Auftrag der Europäischen Kommission erstellte Studie „SMEs' access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU“ kam zu dem Ergebnis, dass das Auftragsvolumen der größte Einflussfaktor im Hinblick auf die Beteiligung mittelständischer Unternehmen am Vergabeverfahren. Je größer der Auftragswert ist, desto geringfügiger ist die Beteiligung mittelständischer Unternehmen aber auch deren Chance, diesen Auftrag tatsächlich zu erhalten, sodass sie selten bis kaum in der Lage sind, für größere Aufträge den Zuschlag zu bekommen.⁶⁵ Die Erfolgsquote sinkt, sofern das Auftragsvolumen einen Wert von durchschnittlich 60.000 Euro überschreitet.⁶⁶

2. Zentrale Beschaffungsstellen

Gem. Art. 37 Abs. 1 RL 2014/24/EU können öffentliche Auftraggeber Lieferungen und/oder Dienstleistungen durch zentrale Beschaffungsstellen erwerben. Laut Art. 2 Abs. 1 Nr. 16 RL 2014/24/EU sind zentrale Beschaffungsstellen wiederum öffentliche Auftraggeber, die Lieferungen und/oder Dienstleistungen für öffentliche Auftraggeber erwerben oder für öffentliche Auftraggeber die Vergabe öffentlicher Aufträge oder den Abschluss von Rahmenvereinbarungen über Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen durchführen. Der in den Jahren 2009 bis 2011 gestiegene Einsatz zentraler Beschaffungsstellen hat allerdings ebenso einen negativen Einfluss auf die Zugangsmöglichkeiten mittelständischer Unternehmen zum Beschaffungsmarkt, da der Beschaffungsbedarf der öffentlichen Auftraggeber gebündelt und gemeinsam beschafft wird.⁶⁷ In den letzten Jahren wurden circa 20% des Gesamtwerts aller Aufträge über zentrale Beschaffungsstellen vergeben.⁶⁸

3. Informationsdefizit

Neben der mitunter undurchsichtigen Verweisungs-, Kaskaden- und Schubladenstruktur des deutschen Vergaberechts, die sich vor allem für die mittelständischen Unternehmen durchaus schwierig gestaltet⁶⁹, beklagen mittelständische Unternehmen, dass sie Schwierigkeiten bei der Informationsbeschaffung und bei der Kenntniserlangung von Ausschreibungsverfahren – vor allem in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union – haben.⁷⁰ In diesem Zusammenhang werden die elektronischen und barrierefreien Vergabebekanntmachungplattformen relevant und die Möglichkeit der e-Beschaffung, mittels derer die für die Ausschreibung notwendigen Materialien heruntergeladen werden können.⁷¹

⁶⁴ PCW, SMEs, S. 5, 25, 35 f.

⁶⁵ PWC, SMEs, S. 6, 49 f.

⁶⁶ PWC, SMEs, S. 6, 62 f., mit Ausnahme des medizinischen Sektors.

⁶⁷ PWC, SMEs, S. 7, 63, 82.

⁶⁸ PWC, SMEs, S. 7, 82.

⁶⁹ Siehe hierzu Kap. 2 § 6 III.

⁷⁰ Kayser, Regelungsspielräume, S. 116 m.w.N.

⁷¹ Europäische Kommission, Code of best Practice, S. 11 ff.

4. Unverhältnismäßige Eignungsanforderungen

Die Festlegung der Auswahlkriterien hat ebenfalls einen Einfluss auf die Beteiligung mittelständischer Unternehmen.⁷² Bezüglich der erforderlichen Eignungsanforderungen und -nachweise überlassen die Richtlinien und die Vergaberegeln den Auftraggebern, abhängig vom Auftrag und vom Auftragswert, ein Auswahlermessen. Hierbei kann es durchaus angezeigt sein, die Eignungsanforderungen für mittelständische Unternehmen etwas einfacher zu gestalten, da hierbei für mittelständische Unternehmen mitunter große Bürokratiehürden entstehen.⁷³ Sind die Eignungsanforderungen zu hoch, führt dies dazu, dass sich mittelständische Unternehmen von vornherein nicht für den jeweiligen Auftrag bewerben. Gleiches gilt für überzogene finanzielle Garantien, die dazu dienen sollen, mögliche Risiken für den Fall der Nichterfüllung des jeweiligen Auftrages abzusichern.

5. Zu kurze Fristen und zu hohe Kosten für die Ausarbeitung der Angebote

Darüber hinaus machen die mittelständischen Unternehmen geltend, dass die Fristen für die Erstellung der Angebote zu kurz bemessen sind.⁷⁴ Aufgrund der enormen Nachweisanforderungen und Eignungskriterien fällt es ihnen besonders schwer, alle Unterlagen fristgerecht zusammenzustellen. Mit der Erstellung der Angebote und der Zusammenstellung aller erforderlichen Nachweise geht zudem ein erhöhter Kostenaufwand einher.

6. Zu starke Konzentration auf das Preiskriterium

Des Weiteren beklagen die mittelständischen Unternehmen, dass sich die Auftraggeber bei der Auswahl des Zuschlagskriteriums zu sehr vom Preis leiten lassen und weniger das beste Preis-Leistungs-Verhältnis heranziehen, in dessen Rahmen weitergehende, nicht nur preisliche Kriterien berücksichtigt werden können.⁷⁵

7. Wahl des Verfahrens

Je nachdem welche Verfahrensart gewählt wurde, existieren Unterschiede im Hinblick auf die Beteiligungsrate mittelständischer Unternehmen.⁷⁶ Weiterhin bestehen Abhängigkeiten zwischen der gewählten Verfahrensart und dem von den KMU generierten Auftragswert in Bezug zum Gesamtauftragswert. Im Durchschnitt ist der auf die KMU anfallende Anteil des Auftragswertes geringer, je kleiner der Teilnehmerkreis ist. Können KMU bei einem offenen Verfahren im Durchschnitt 34% des Gesamtauftragswertes für sich in Anspruch nehmen, beträgt dieser im Verhandlungsverfahren nur noch 19%.⁷⁷

8. Unzureichende Zahlungsmoral der Auftraggeber

Ein weiteres Problem, dem die mittelständischen Unternehmen begegnen, ist die mangelnde Zahlungsmoral der Auftraggeber. Aufgrund dessen sollten die Auftragsunterlagen bereits

⁷² Europäische Kommission, Code of best Practice, S. 15.

⁷³ Europäische Kommission, Code of best Practice, S. 18.

⁷⁴ Europäische Kommission, Code of best Practice, S. 21 f.

⁷⁵ Europäische Kommission, Code of best Practice, S. 19 ff.

⁷⁶ PWC, SMEs, S. 59, 63.

⁷⁷ Vgl. hierzu die Auswertung für die Jahre 2009 bis 2011 bei PWC, SMEs, S. 59.

Zahlungsfristen vorsehen.⁷⁸ Gleiches gilt für den Fall des Einsatzes von Unterauftragnehmern, da diese gegen die Auftraggeber derzeit keinen direkten Zahlungsanspruch haben.

V. Zusammenfassung

Mittelständische Unternehmen haben eine besondere gesellschafts-, ordnungs-, wettbewerbs-, beschäftigungs- und wirtschaftspolitische Stellung. Zugleich unterliegen sie aber auch größenbedingten betrieblichen und zwischenbetrieblichen Nachteilen, haben auf dem Beschaffungs-, Absatz- und Finanzierungsmarkt große Schwierigkeiten und unterliegen bei der Erledigung administrativer Aufgaben besonderen Belastungen. Dazu sind die mittelständischen Unternehmen mangels ausreichender Einflussnahme den vorgegebenen Marktstrukturen der Großunternehmen ausgesetzt. Ebenso begegnen mittelständische Unternehmen spezifischen Problemen im Vergabeverfahren. Diese reichen von zu großen Auftragsvolumen bis zur mangelnden Zahlungsmoral der Auftraggeber. Konsequenz dessen ist, dass mittelständische Unternehmen verhältnismäßig weniger in der Lage sind, sich um Aufträge zu bewerben oder gar den Zuschlag zu erhalten. Aufgrund der bedeutenden Rolle der mittelständischen Unternehmen auf der einen Seite und ihrer größenspezifischen Nachteile auf der anderen Seite, gilt es die mittelständischen Unternehmen durch entsprechende Maßnahmen zu erhalten und zu fördern.

⁷⁸ Europäische Kommission, Code of best Practice, S. 22 f.

§ 5 Förderungsfähigkeit mittelständischer Unternehmen im Allgemeinen

I. Primärrechtliche Verankerung und Legitimation der Mittelstandsförderung

Wie eingangs dargestellt¹, besteht eine gesamtpolitische Akzeptanz der Mittelstandsförderung. Doch worauf fußt diese? Im europäischen Primärrecht ist die Förderung der KMU zwar nicht konkret gesetzlich gefordert, sodass das Unionsrecht keine Rechtsgrundlage, die die Mittelstandsförderung per se legitimiert, enthält. Allerdings erwähnt es die kleinen und mittleren Unternehmen an mehreren Stellen und ermöglicht es, dass die KMU in einzelnen Bereichen unterstützt und gefördert werden können, für sie ein günstiges Umfeld geschaffen werden soll sowie die Interessen der KMU beim staatlichen Handeln zu berücksichtigen sind. Das Primärrecht enthält demnach starke Impulse für deren Förderung.

1. Art. 153 Abs. 2 lit. b) Satz 2 AEUV – Sozialpolitik

Im Bereich der Sozialpolitik dient Art. 153 Abs. 2 lit. b) Satz 2 AEUV als Grundlage mittelstandsfreundlicher Rahmenregelungen.² Das Europäische Parlament und der Europäische Rat kann unter Berücksichtigung der in den einzelnen Mitgliedstaaten bestehenden Bedingungen und technischen Regelungen die KMU von bestimmten finanziellen und administrativen Belastungen befreien. Hintergrund dafür sind wettbewerbs- und beschäftigungspolitische Gründe, da die KMU i.d.R. durch die Bestimmungen der Sozialpolitik bei ihrer Gründung und Betätigung stärker belastet sind als Großunternehmen und dadurch nicht in den Wettbewerb mit Großunternehmen treten können.³ Unabhängig davon, ob es sich bei Art. 153 Abs. 2 AEUV angesichts der Formulierung als Sollvorschrift lediglich um eine Regelung rein programmatischer Natur handelt⁴ oder der Artikel aufgrund der Protokollerklärung Nr. 26 des Amsterdamer Vertrages verbindlich ist⁵, folgt aus Art. 153 Abs. 2 lit. b) Satz 2 AEUV kein subjektives Recht der KMU auf Erlass entsprechender Vorschriften.⁶

2. Art. 179 Abs. 2 AEUV – Forschung und Entwicklung der KMU

Im Vergleich dazu ist der in Art. 179 Abs. 2 AEUV verankerte Förderungsauftrag umfassender, da die Europäische Union zur Stärkung der in Art. 179 Abs. 1 AEUV genannten Ziele unterstützende Maßnahmen im Bereich der Forschung und Entwicklung vornehmen kann, wovon auch direkte Unterstützungshandlungen in Form finanzieller Mittel umfasst sind.⁷ In

¹ Vgl. Kap. 1 § 1 I.

² Indem sie von bestimmten Sozialstandards befreit werden, *Rebhahn/Reiner*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 153 AEUV Rn. 81.

³ *Eichenhofer*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 153 AEUV Rn. 28; *Rebhahn/Reiner*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 153 AEUV Rn. 81.

⁴ *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 153 AEUV Rn. 32 m.w.N.

⁵ EuG, U.v. 17.6.1998, Rs. T-135/96 Rn. 80 (zitiert nach juris). Der EuGH spricht hingegen von „kann“ EuGH, U.v. 12.11.1996, Rs. C-84/94, Vereinigtes Königreich/Rat, Slg 1996, I-5793 Rn. 44 (zitiert nach juris). Die Verbindlichkeit bejahend u.a. *Rebhahn/Reiner*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 153 AEUV Rn. 81 f. m.w.N.; *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 113 f. m. Fn. 562.

⁶ Allgemein dazu *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 153 AEUV Rn. 32 m.w.N.; *Rebhahn/Reiner*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 153 AEUV Rn. 81 f. m.w.N.

⁷ *Ruffert*, in: Calliess/ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 179 AEUV Rn. 15.

diesem Rahmen wird den KMU eine – sie jedoch nicht bevorzugende⁸ – Sonderrolle eingeräumt, weil sie wegen ihrer Innovationspotenziale und ihrer größenbedingten Nachteile besonders förderungswürdig und -bedürftig sind.⁹ Da aber die Ermächtigungsnormen für gezielte Maßnahmen auf dem Gebiet der Forschung und Entwicklung die Art. 180 ff. AEUV sind und die Maßnahmen dort näher ausgeführt werden, handelt es sich bei Art. 179 Abs. 2 AEUV nur um eine „maßnahmenbezogene Zielkonkretisierung“¹⁰.

3. Art. 173 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV – Industriepolitik¹¹

Art. 173 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV zielt auf die Förderung eines für die Initiative und Weiterentwicklung der Unternehmen – insbesondere der KMU – günstigen Umfeldes¹². Da die KMU „überproportional zur Schaffung von Arbeitsplätzen beitragen“¹³, andererseits aber größenbedingten Nachteilen unterliegen, sollen die Bedürfnisse der KMU besonders berücksichtigt und ihre größenspezifischen Nachteile durch Förderungsprogramme ausgeglichen werden.¹⁴ Die Schaffung einer mittelstandsfördernden öffentlichen Auftragsvergabe stellt einen möglichen Teilaspekt der in Art. 173 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV angesprochenen Förderungsmaßnahmen dar.¹⁵ Auch wenn die praktische Bedeutung der in Art. 173 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 2 AEUV verankerten Kompetenz der Union unter anderem infolge der Querschnittsklausel¹⁶ des Art. 173 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 1 AEUV relativ gering ist¹⁷, nehmen die KMU eine Sonderrolle ein. Art. 173 Abs. 1 AEUV formuliert das Ziel ihrer Förderung ausdrücklich, welches gem. Art. 173 Abs. 3 AEUV zum Unionsziel erhoben wird.¹⁸ Ein direkter Förderungsanspruch der KMU resultiert indes daraus nicht.

⁸ *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 116.

⁹ *Mellein*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 179 AEUV Rn. 13 m.w.N.; *Ruffert*, in: Calliess/ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 179 AEUV Rn. 16;

Trute/Pilniok, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 179 AEUV Rn. 23 m.w.N.

¹⁰ *Ruffert*, in: Calliess/ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 179 AEUV Rn. 14; *Trute/Pilniok*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 179 AEUV Rn. 21.

¹¹ So die frühere Überschrift des Artikels, siehe zur Begrifflichkeit nur *Mellein*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 173 AEUV Rn. 8 ff. m.w.N.

¹² Der Begriff des „Umfeldes“ ist weit zu verstehen. Darunter fallen rechtliche, wirtschaftliche, gesellschaftliche und andere Rahmenbedingungen, *Lurger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 173 AEUV Rn. 17 m.w.N.; *Ruffert*, in: Calliess/ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 173 AEUV Rn. 19.

¹³ *Ruffert*, in: Calliess/ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 173 AEUV Rn. 20. Ebenso *Schulte-Braucks*, in: Röttlinger/Weyringer (Hrsg.) Handbuch, S. 972 f. m.w.N.

¹⁴ *Ruffert*, in: Calliess/ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 173 AEUV Rn. 20 m.w.N.; *Lurger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 173 AEUV Rn. 18 m.w.N. und einer Aufzählung der Förderungsprogramme; siehe hierzu auch den Überblick bei *Carl*, EuZW 1995, 141 ff.; *Mellein*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 173 AEUV Rn. 17; *Schulte-Braucks*, in: Röttlinger/Weyringer (Hrsg.), Handbuch, S. 969 ff. m.w.N.

¹⁵ *Lurger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 173 AEUV Rn. 17 m.w.N.; *Mellein*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 173 AEUV Rn. 17.

¹⁶ Vgl. zum Begriff der Querschnittsklausel nur *Lurger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 173 AEUV Rn. 21, 31; *Mellein*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 173 AEUV Rn. 23 ff.; *Ruffert*, in: Calliess/ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 173 AEUV Rn. 27 f.; *Vedder*, in: ders./Heintschel v. Heinegg (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 173 AEUV Rn. 4.

¹⁷ Die Union wird gem. Art. 173 Abs. 3 S. 2 AEUV und Art. 6 i.V.m. Art. 2 Abs. 5 AEUV lediglich unterstützend tätig. Unter Heranziehung des Subsidiaritätsprinzips gem. Art. 5 Abs. 3 AEUV sind Hauptadressaten des Art. 173 Abs. 1 AEUV demnach die Mitgliedstaaten, *Lurger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 173 AEUV Rn. 27; *Ruffert*, in: Calliess/ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 173 AEUV Rn. 23.

¹⁸ *Lurger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 173 AEUV Rn. 18.

4. Wettbewerbs- und Beihilferecht

Darüber hinaus geben die primärrechtlichen Wettbewerbsvorschriften aus Art. 101 und 102 AEUV und die Beihilferegelungen aus Art. 107 ff. AEUV Impulse für eine Berücksichtigung der Interessen der KMU. Diese Normen erwähnen die KMU zwar nicht, indes greifen sie auch zu deren Schutz, wenn ihre Wettbewerbsfähigkeit auf dem Binnenmarkt durch Absprachen oder Vereinbarungen der Großunternehmen beeinträchtigt wird oder die Großunternehmen oder sogar der Staat eine marktbeherrschende Stellung ausnutzen. Gleiches gilt für die Beihilfevorschriften, da sie zum einen dem Schutz der KMU, zum anderen auch dem Vorteil der KMU dienen können. Von der Sonderrolle der KMU und ihrer Belange im Wettbewerbs- und Beihilferecht zeugen mehrere Bekanntmachungen¹⁹, Leitlinien²⁰ und Verordnungen²¹ der Kommission, wonach die KMU unter bestimmten Voraussetzungen von den strengen Wettbewerbs- und Beihilferegelungen befreit sind.

5. Grundrechte-Charta

Seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon gehören die Regelungsinhalte der Charta der Grundrechte (GRC) ebenfalls zum Primärrecht.²² Die wirtschaftsbezogenen hier relevanten Grundrechte²³ aus Art. 15 GRC (Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten)²⁴, aus Art. 16 GRC (unternehmerische Freiheit)²⁵ und Art. 17 GRC (Eigentumsrecht)²⁶ enthalten gleichfalls Anstöße für die Mittelstandsförderung, wonach die unternehmerische Freiheit der KMU beispielsweise vor zu starken, möglicherweise ihre Existenz gefährdenden, administrativen Belastungen oder vor Beeinträchtigungen Dritter zu schützen ist. Allerdings erweitert die Charta der Grundrechte gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 EUV nicht die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union und begründet damit keine neuen über den EUV und den AEUV hinausgehenden Ziele oder Regelungskompetenzen.²⁷ Des Weiteren vermitteln die Grund-

¹⁹ Punkt I Nr. 3 der Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gem. Art. 81 Abs. 1 des Vertrages nicht spürbar beeinträchtigen, sog. De-minimis-Bekanntmachung, ABI EG v. 22.12.2001, Nr. C 368/13.

²⁰ Punkt 50 der Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 des Vertrages, ABI EU v. 27.4.2004, Nr. C 101/81; Ziff. 237 der Leitlinien zur Anwendung von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABI EU v. 14.1.2011, Nr. C 11/1.

²¹ Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABI EU v. 26.6.2014, Nr. L 187/1, vgl. dazu nur *Bär-Bouyssiere*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 107 AEUV Rn. 83 ff. m.w.N.

²² Vgl. dazu näher *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 6 EUV Rn. 5 ff.; *Kingreen*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 6 EUV Rn. 12 ff.; *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2016, Art. 6 EUV Rn. 21, 28 ff.

²³ *Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), EU, Art. 15 GRC Rn. 1, Art. 16 GRC Rn. 1 m.w.N., Art. 17 GRC Rn. 1; *Streinz*, in: ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 15 GRC Rn. 1.

²⁴ Vgl. zum Schutzzumfang nur *Folz*, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 15 GRC Rn. 5; *Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), EU, Art. 15 GRC Rn. 2; *Streinz*, in: ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 15 GRC Rn. 7 ff.

²⁵ Vgl. zum Schutzzumfang nur *Folz*, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 16 GRC Rn. 4 m.w.N.; *Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), EU, Art. 16 GRC Rn. 3 f., 27 m.w.N.; *Streinz*, in: ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 16 GRC Rn. 6 ff.

²⁶ Vgl. zum Schutzzumfang nur *Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), EU, Art. 17 GRC Rn. 5 ff. m.w.N.; *Streinz*, in: ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 17 GRC Rn. 9 ff. m.w.N.

²⁷ *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 6 EUV Rn. 7.; *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2016, Art. 6 EUV Rn. 54 f.; *Streinz/Michl*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 6 EUV Rn. 5.

rechte der Charta keine subjektiven Leistungsrechte und enthalten keine konkrete Pflicht zum Erlass mittelstandsfördernder Maßnahmen.²⁸

II. Verfassungsrechtliche Verankerung und Legitimation der Mittelstandsförderung

Die Förderung des Mittelstandes hat auf nationaler Ebene nicht erst seit den letzten Jahren Tradition. Im Gegenteil, sie reicht weit zurück und war bzw. ist teilweise sogar verfassungsrechtlich verankert.

1. Weimarer Reichsverfassung

Ein Blick in die Weimarer Reichsverfassung (WRV) macht deutlich, dass die Förderung des Mittelstandes verfassungsrechtlich verankert war. Grund dafür war die Verdrängung des gewerblichen Mittelstandes durch die industrielle Revolution und die damit einhergehende Mittelstandsbewegung.²⁹ So hieß es in Art. 164 WRV, dass der selbständige Mittelstand in Landwirtschaft, Gewerbe und Handel in Gesetzgebung und Verwaltung zu fördern und gegen Überlastung und Aufsaugung zu schützen ist. Uneinigkeit herrschte bezüglich des Charakters des Art. 164 WRV. Die Ansichten bewegten sich von einem unverbindlichen Programmsatz³⁰ bis hin zu einer die Träger öffentlicher Gewalt bindenden Wirkung.³¹ Einigkeit bestand hingegen dahingehend, dass Art. 164 WRV keine subjektiven Rechte³² vermittelte, sondern dessen Intention nur durch die gesetzgebende und vollziehende Gewalt auszugestalten war.³³ Da aber bis in die Zeiten der Weimarer Republik hinein die Auffassung der „Souveränität und Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers“ vertreten war, bestand kein Anspruch auf ein gesetzliches Tätigwerden.³⁴

2. Grundgesetz

Die Befürworter, eine dem Art. 164 WRV vergleichbare Vorschrift in das Grundgesetz aufzunehmen, konnten sich bei der Konzeption des Grundgesetzes nicht durchsetzen.³⁵ Stattdessen erwähnt das Grundgesetz den Mittelstand nicht und erklärt dessen Förderung auch nicht ausdrücklich zum verfassungsrechtlichen Ziel. Aus der mangelnden Erwähnung ist demgegenüber nicht der Schluss zu ziehen, das Grundgesetz stehe dem Mittelstand feindlich gegenüber. Insofern schließt das Grundgesetz die Förderung weder explizit aus, noch enthält es Vorgaben diesbezüglich. So sieht Art. 28 Abs. 2 des Einigungsvertrages vor, dass zur Beschleunigung des wirtschaftlichen Wachstums und des Strukturwandels auch Maßnahmen zur raschen Entwicklung des Mittelstandes ergriffen werden sollen. Insoweit können sich aus einzelnen Grundrechten, den Grundrechtsfunktionen und weiteren verfassungsrechtlichen

²⁸ Folz, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 15 GRC Rn. 5; Schwarze, in: ders. (Hrsg.), EU, Art. 16 GRC Rn. 2 f.; Streinz, in: ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 17 GRC Rn. 18.

²⁹ Neumann, BremVerf, Art. 40 BremVerf Rn. 2 m.w.N.

³⁰ Isensee, Staatsaufgaben, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. IV, § 73 Rn. 8 m. Fn. 20.

³¹ Hofmeir, Mittelstandsförderung, S. 8 f. m.w.N.

³² Siehe zum Begriff des subjektiven Rechts nur Bauer, Subjektiv öffentliches Recht, S. 167 ff.; ders., DVBl 1986, 208 (217 f.); Henke, DÖV 1980, 621 ff.

³³ Willems, Mittelstandsförderung, S. 76 f. m.w.N.

³⁴ Kalkbrenner, DÖV 1963, 41 (41).

³⁵ Hofmeir, Mittelstandsförderung, S. 19 f. m.w.N.

Bestimmungen durchaus Impulse und Ansätze für eine Schutz- und/oder Förderpflicht als „Gemeinwohlaufgabe“ ergeben.³⁶ Vorangestellt sei hier, dass das Grundgesetz keine bestimmte Wirtschaftsverfassung³⁷ manifestiert, sodass es keine bestimmte Richtung oder Rahmenordnung vorgibt.³⁸ Mangels Verfassungsrang kommt auch dem in Art. 1 Abs. 3 Satz 1 des Vertrages über die Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion vom 18. Mai 1990 enthaltenen Bekenntnis zur sozialen Marktwirtschaft keine Richtungsweisung für eine soziale Wirtschaftsordnung zu.³⁹ Vielmehr geht auch das Bundesverfassungsgericht in seiner ständigen Spruchpraxis und entgegen der in den 1950iger Jahren entflammten Debatte und Untersuchung, dem Grundgesetz ein Bekenntnis hinsichtlich einer bestimmten Wirtschaftsordnung zu entlocken⁴⁰, vom Grundsatz der wirtschaftlichen Offenheit des Grundgesetzes⁴¹ aus. Die Wirtschaftsverfassung kann – falls man eine annehmen wollen würde – als neutral bezeichnet werden.⁴² Diesbezüglich hat der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsraum. Er darf „jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen [...], sofern er dabei das Grundgesetz, insbesondere die Grundrechte beachtet.“⁴³ Innerhalb dieses Spielraums kann der Gesetzgeber auch den Mittelstand einbeziehen. Zentrale Bedeutung im Rahmen einer freiheitlichen Wirtschaftsverfassung kommen dem Art. 12 GG und dem Art. 14 GG zu, die zugleich Garant der freiheitlichen Wirtschaftsverfassung sind.⁴⁴ Daneben können die Grundrechte aus Art. 9 Abs. 1, Abs. 3 GG und Art. 2 Abs. 1 GG herangezogen werden.⁴⁵

a. Art. 12 GG – Berufsfreiheit

Ein Fundament des unter dem Schutz des Grundgesetzes stehenden Wirtschaftslebens und der unternehmerischen Freiheit ist die in Art. 12 GG verankerte Berufsfreiheit.⁴⁶ Dieses Grundrecht stellt neben der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG das „Hauptfreiheitsrecht des Wirtschaftslebens“⁴⁷ dar. In Bezug auf die juristischen Personen umfasst Art. 12 GG die „Unternehmerfreiheit“, d.h. die Freiheit, ein Unternehmen zu gründen und zu führen⁴⁸, wobei es

³⁶ BVerfGE 19, 101 (114 f.); 21, 292 (299); 23, 50 (59 f.); 41, 360 (371 f.); 87, 363 (388); 93, 165 (175 f.). Fröhler, Stellung und Funktion, in: FS Schambeck, S. 199 ff.; Krüdwagen, GewArch 45 (1999), 235 (236); Tettinger, in: ders./Löwer (Hrsg.), VerfNRW, Art. 28 VerfNRW Rn. 12 m.w.N.; ders., DVBl 1999, 679 ff.; ders., BB 1977, 1617 (1621). Ossenbühl, AÖR 115 (1990), 1 (6 f.) „Grundrecht des Mittelstandes“. In Bezug auf das Sozialstaatsprinzip Stern, Staatsrecht Bd. I, § 21 II 3 g β, S. 899 f.

³⁷ Siehe hierzu nur Ruffert, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 2016, Art. 12 GG Rn. 12.

³⁸ Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 2 GG Rn. 76; Tettinger, DVBl 1999, 679 (679).

³⁹ Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 2 GG Rn. 76; Papier, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 14 GG Rn. 31.

⁴⁰ Siehe hierzu die Nachweise bei Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 2 GG Rn. 76. Siehe zu weiteren Unternehmungen in den darauffolgenden Jahren Tettinger, DVBl 1999, 679 (679 f.).

⁴¹ BVerfGE 4, 7 (17 f.); 12, 354 (363); 30, 292 (315); 50, 290 (336 f.). Siehe dazu auch Badura, AÖR 92 (1967), 382 (385 f., 390 ff.).

⁴² BVerfGE 4, 7 (17 f.); 12, 354 (363); 30, 292 (315); 50, 290 (336 f.).

⁴³ BVerfGE 4, 7 (17 f.); 30, 292 (317, 319); 50, 290 (338).

⁴⁴ Ossenbühl, AÖR 115 (1990), 1 (5); Ruffert, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 2016, Art. 12 GG Rn. 12; Tettinger, DVBl 1999, 679 (683) m.w.N.

⁴⁵ Auf diese Grundrechte geht die folgende Untersuchung nicht näher ein.

⁴⁶ Ruffert, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 2016, Art. 12 GG Rn. 14 m.w.N.

⁴⁷ Scholz, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 12 GG Rn. 4.

⁴⁸ BVerfGE 50, 290 (363 ff.). Ossenbühl, AÖR 115 (1990), 1 (12); Scholz, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 12 GG Rn. 46.

unerheblich ist, ob es sich um eine selbständige oder unselbständige Tätigkeit handelt^{49, 50}. Aufgrund dessen bescheinigt das Bundesverfassungsgericht dem Art. 12 GG eine „Bedeutung für alle sozialen Schichten“⁵¹, sodass auch die mittelständischen Unternehmen und ihre unternehmerischen Tätigkeiten von Art. 12 GG geschützt sind. In der Praxis stellt sich Art. 12 GG als „Grundrecht des Mittelstands“⁵² dar, da in einem Großteil der berufsspezifischen Spruchpraxis die kleinen und mittleren Unternehmen sowie die Angehörigen freier Berufe Beschwerdeführer waren.⁵³

b. Art. 14 GG – Eigentumsgarantie

Garantiert Art. 12 GG den Erwerb, so schützt Art. 14 Abs. 1 GG das Eigentum als Institut der rechtlich geformten Sozialordnung⁵⁴. Vom Schutz umfasst ist neben dem Privateigentum, auch das unternehmensbestimmte Eigentum und dessen ökonomische Nutzbarkeit⁵⁵. Art. 14 Abs. 1 GG hat damit zum einen freiheitssichernde und zum anderen rechtsbewahrende Funktion.⁵⁶ Relevanz für den Mittelstand kann Art. 14 GG insofern entfalten, als dass – nach teilweise umstrittener Ansicht⁵⁷ – auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in den sachlichen Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG fallen, sodass „alles das, was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des konkreten [...]Betriebs ausmacht“⁵⁸ geschützt ist.

c. Ausgewählte Grundrechtsfunktionen der Freiheitsrechte und ihre Bedeutung für den Mittelstand

Auch wenn die genannten Grundrechte den Mittelstand und dessen Förderung nicht ausdrücklich erwähnen, können sich aus den Grundrechtsfunktionen weitere Impulse für deren Förderungsmöglichkeit ergeben.

aa. Abwehrfunktion

In ihrer Funktion als Abwehrrechte gewährleisten die Freiheitsgrundrechte dem Grundrechtsträger die Integrität des jeweiligen Schutzgutes vor staatlichen Eingriffen⁵⁹. In dieser Hinsicht können die mittelständischen Interessen bei Grundrechtseingriffen eine Rolle spielen, indem sie als abzuwägender Belang angemessen zu berücksichtigen sind und staatliche Eingriffe legitimieren.⁶⁰

⁴⁹ BVerfGE 7, 377 (397); 50, 290 (363 ff.).

⁵⁰ Dies ist Folge der Offenheit des Berufsbegriffs. Dieser umfasst alle Tätigkeiten, die der Schaffung und Erhaltung einer Existenzgrundlage dienen, vgl. dazu nur *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 12 GG Rn. 18 f.

⁵¹ BVerfGE 7, 377 (397, 398 f.).

⁵² *Ossenbühl*, AÖR 115 (1990), 1 (6 f.).

⁵³ *Mann*, Mittelstand, in: FS Kirchhoff, S. 221 (238); *Ossenbühl*, AÖR 115 (1990), 1 (6 f.).

⁵⁴ *Papier*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 14 GG Rn. 30.

⁵⁵ BVerfGE 30, 292 (334); 50, 290 (339); 53, 257 (290). *Papier*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 14 GG Rn. 33.

⁵⁶ *Wendt*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 14 GG Rn. 4.

⁵⁷ Siehe dazu nur *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 14 GG Rn. 61 ff. m.w.N.

⁵⁸ BGH, U.v. 28.1.1957 - III ZR 141/55, NJW 1957, 630 (631). Ebenso BVerfGE 45, 142 (173).

⁵⁹ *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, vor Art. 1 GG Rn. 42; BVerfGE 7, 198 (204 f.).

⁶⁰ BVerfGE 97, 169 (177 f.). Siehe dazu auch *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 83 ff. m.w.N.

Bei den kleinen und mittleren Unternehmen verwirklicht sich der „personale Grundzug des Grundrechts [aus Art. 12 Abs. 1 GG] auch im wirtschaftlichen Bereich voll [...], [... während er] bei Großunternehmen nahezu gänzlich verloren geht“⁶¹. Daher hat das Bundesverfassungsgericht in mehreren Entscheidungen betont, dass es sich beim Schutz des Mittelstandes um ein verfassungsrechtlich zulässiges wirtschaftspolitisches Ziel handelt.⁶² Dies hat Auswirkung auf die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers, sodass der „Gesetzgeber [...] zum Schutz des Mittelstandes auch regelnd in das freie Wirtschaftsleben [...] eingreifen [kann].“⁶³ Ähnliches gilt für Art. 14 Abs. 1 GG und der in Art. 14 Abs. 2 GG verankerten Sozialpflichtigkeit des Eigentums. Die Eigentumsgarantie ist von einer Privatnützigkeit in Form der Zuordnung zu einem Rechtsträger geprägt, „in dessen Hand es als Grundlage privater Initiative und im eigenverantwortlichen privaten Interesse ‚von Nutzen‘ sein soll“⁶⁴. Der Schutz ist intensiver, wenn „es um die Funktion des Eigentums als Element der Sicherung der persönlichen Freiheit des Einzelnen geht“⁶⁵, d.h. einen personalen Bezug hat. Auf der anderen Seite sind die Befugnisse des Gesetzgebers weiter, je größer die soziale Funktion der Eigentumsposition ist.⁶⁶ Dies ist bei Großunternehmen weitaus eher anzunehmen als bei mittelständischen Unternehmen. Typisch für mittelständische Unternehmen ist deren Inhaberprägung, sodass der Unternehmenseigentümer unmittelbar mit seinem Eigentum wirkt und die volle Verantwortung trägt.⁶⁷ Im Gegensatz dazu sind die Unternehmer bei Großunternehmen oftmals lediglich Anteilseigner, sodass Fehlentscheidungen sie nur im Hinblick auf einen begrenzten vermögensrechtlichen Teil treffen. Deswegen hat das Anteilseigentum eine „bedeutende soziale Funktion“⁶⁸. Die Sozialpflichtigkeit der Inhaber mittelständischer Unternehmen ist somit geringer als bei Großunternehmen; der Umfang der gesetzgeberischen Befugnisse ist im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmungen begrenzter.⁶⁹

bb. Schutzpflichten

Darüber hinaus beinhalten die Grundrechte einen objektiven Grundrechtsgehalt⁷⁰, aus dem staatliche Schutzpflichten folgen können.⁷¹ Der Staat muss den Wirkungskräften der Grundrechte umfassend zur Geltung verhelfen und deren Substanz auch vor Eingriffen Dritter be-

⁶¹ BVerfGE 50, 290 (393).

⁶² BVerfGE 13, 97 (108 ff.); 19, 101 (184); 21, 292 (299); 23, 50 (59 f.); 41, 360 (371 f.).

⁶³ BVerfGE 21, 292 (299); 23, 50 (59 f.): „Der Gesetzgeber kann durch Lenkungsmaßnahmen das freie Spiel der Kräfte korrigieren, um so die von ihm angestrebte Wirtschafts- und Sozialordnung zu erreichen [...]“. Ebenso *Ossenbühl*, AöR 115 (1990), 1 (12).

⁶⁴ BVerfGE 50, 290 (363). A.A. *Wendt*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 14 GG Rn. 89.

⁶⁵ BVerfGE 50, 290 (363).

⁶⁶ BVerfGE 50, 290 (363); 53, 257 (292).

⁶⁷ BVerfGE 50, 290 (363); *Papier*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 14 GG Rn. 195 m.w.N.

⁶⁸ BVerfGE 50, 290 (347).

⁶⁹ *Mann*, Mittelstand, in: FS Kirchhoff, S. 221 (240); *Ossenbühl*, AöR 115 (1190), 1 (29); *Papier*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 14 GG Rn. 195.

⁷⁰ BVerfGE 6, 55 (72 ff.); 7, 198 (205). Siehe zur Kritik an diesem Verständnis und dessen unsicherem dogmatischen Fundament nur *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, vor Art. 1 GG Rn. 28 f.; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 19 ff. (21).

⁷¹ *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 20. In Bezug auf Art. 12 GG *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 12 GG Rn. 4 f.

wahren.⁷² Vor dem Hintergrund, dass die wirtschaftliche Freiheit oftmals durch monopolartige Strukturen eher bedroht ist als durch staatliche Maßnahmen, ist nicht ausgeschlossen, dass der Staat als „Garant der wirtschaftlichen Freiheit“⁷³ entsprechende Vorkehrungen treffen muss. So führte das Bundesverfassungsgericht aus, dass „die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung nicht dazu führen darf, daß Einzelne sich durch unzulässige Praktiken Vorteile im Wettbewerb verschaffen“⁷⁴. Demnach muss der Staat die Rahmenbedingungen für einen freiheitlichen und fairen Wettbewerb schaffen. Verschieben sich die Machtverhältnisse, kann der Staat schützend eingreifen. Allerdings steht dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Schutzpflichten zum einen ein Ermessensspielraum zu, sodass den Schutzpflichten der Grundrechte per se kein konkreter Förderauftrag entnommen werden kann.⁷⁵ Zum anderen muss der Gesetzgeber nur im Sinne des Untermaßverbotes ein Mindestmaß an Schutz gewährleisten⁷⁶, sodass mittelständische Interessen nur dann eine Schutzpflicht auslösen können, wenn ihr Schutz gänzlich unzureichend wäre.⁷⁷

cc. Leistungs- und Teilhaberechte

Aus der objektiv-rechtlichen Komponente der Grundrechte können sich zudem originäre⁷⁸ und – unter Heranziehung des Art. 3 Abs. 1 GG – derivative⁷⁹ Leistungs- und Teilhaberechte ergeben.⁸⁰ Da Art. 14 Abs. 1 GG eine Institutsgarantie beinhaltet, kann dieser auch als Leistungsrecht wirken und den Gesetzgeber verpflichten, die Schaffung und den Erhalt eines Minimums an Eigentum durch entsprechende rechtliche Ausgestaltungen und dessen effizienter Grundrechtsdurchsetzung auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht zu gewährleisten.⁸¹ Aufgrund der oben genannten Inhaberprägung mittelständischer Unternehmen⁸² könnten sich zum Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs daher entsprechende Leistungspflichten des Staates ergeben. Hingegen vermittelt Art. 14 Abs. 1 GG kein Leistungsrecht gegen den Staat auf Eigentum als solches⁸³, sodass aus Art. 14 Abs. 1 GG unter dem Aspekt des Leistungsrechts kein Anspruch auf Mittelstandsförderung in Form der Schaffung und des Erhalts ihres Unternehmens folgt.⁸⁴

⁷² BVerfGE 6, 55 (72); 56, 45 (73); *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 19 f.; *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, vor Art. 1 GG Rn. 35.

⁷³ *Ossenbühl*, AÖR 115 (1990), 1 (32).

⁷⁴ BVerfGE 23, 311 (316).

⁷⁵ *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 86 ff. (87).

⁷⁶ *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, vor Art. 1 GG Rn. 36.

⁷⁷ *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 86 ff. (88).

⁷⁸ *Martens*, VVDStRL 30 (1972), 7 (25 ff.). Siehe auch *Epping*, Grundrechte, Rn. 16; *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG, Vorb. vor Art. 1 GG Rn. 9. Z.B. Art. 6 Abs. 1, 4; Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG.

⁷⁹ *Martens*, VVDStRL 30 (1972), 7 (21 ff.). Siehe auch *Epping*, Grundrechte, Rn. 18; *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG, Vorb. vor Art. 1 GG Rn. 9.

⁸⁰ *Martens*, VVDStRL 30 (1972), 7 ff.; *Axer*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), BeckOK GG, 2016, Art. 14 Abs. 1 GG Rn. 24 m.w.N.

⁸¹ *Axer*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), BeckOK GG, 2016, Art. 14 Abs. 1 GG Rn. 24; *Epping*, Grundrechte, Rn. 430 f.; *Papier*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 14 GG Rn. 45.

⁸² Vgl. Kap. 2 § 5 II. 2. c. aa.

⁸³ *Papier*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 14 GG Rn. 15.

⁸⁴ So auch *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 89.

Betrachtet man Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG unter dem Aspekt eines derivativen Teilhaberechts⁸⁵, wonach die Teilhabe an staatlichen Leistungen, Förderungen und Einrichtungen allen gleichermaßen ermöglicht werden soll⁸⁶, können mittelständische Interessen relevant sein. Vor allem im Rahmen der Auftragsvergabe spielen der chancengleiche Zugang zum vom Staat eröffneten Beschaffungsmarkt und die chancengleiche Möglichkeit der Auftragserteilung eine entscheidende Rolle. Hierbei kann es unter Teilhabeaspekten geboten sein, die mittelstandsspezifischen Nachteile der kleinen und mittleren Unternehmen auszugleichen, um allen Unternehmen die gleichen Wettbewerbschancen einzuräumen.⁸⁷

d. Art. 3 GG – Gleichheit

Gem. Art. 3 Abs.1 GG darf wesentliches Gleiches nicht ungleich oder wesentlich Ungleiches nicht gleich behandelt werden.⁸⁸ Nach derzeitiger Rechtspraxis ergeben sich „je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen [...] [der Ungleichbehandlung], die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen“⁸⁹ (sog. Neueste Formel)^{90, 91}. Folglich unterliegt der Gesetzgeber unterschiedlichen Bindungen. Handelt es sich um eine Ungleichbehandlung von Personengruppen besteht i.d.R. eine engere Bindung: Je mehr sich die personenbezogenen Differenzierungsmerkmale denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern, muss die Ungleichbehandlung verhältnismäßig sein. Eine Prüfung anhand der Willkürformel⁹² ist vorzunehmen, wenn die Differenzierungsmerkmale nicht personen-, sondern sachverhaltsbezogen sind und nicht auf eine bestimmte Gruppe von Normadressaten zielen.⁹³

e. Ausgewählte Grundrechtsfunktionen des Art. 3 Abs. 1 GG und ihre Bedeutung für den Mittelstand

Für den Mittelstand kann Art. 3 Abs. 1 GG mit seinen unterschiedlichen Funktionen ebenfalls Relevanz entfalten.

aa. Abwehrfunktion

Art. 3 Abs. 1 GG beinhaltet ein subjektives Abwehrrecht gegen Ungleichbehandlungen durch den Staat.⁹⁴ Im Hinblick auf mittelständische Unternehmen hat das Bundesverfassungsgericht in mehreren Entscheidungen eine Ungleichbehandlung zwischen diesen und Großun-

⁸⁵ Art. 12 Abs. 1 GG beinhaltet hingegen kein originäres Leistungsrecht.

⁸⁶ Epping, Grundrechte, Rn. 771.

⁸⁷ So auch Willems, Mittelstandsförderung, S. 88.

⁸⁸ BVerfGE 4, 144 (155).

⁸⁹ BVerfGE 80, 87 (96 f.).

⁹⁰ Kischel, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 2016, Art. 3 GG Rn. 28.

⁹¹ Siehe zur Entwicklung der Rechtfertigungsanforderungen an die Ungleichbehandlung bzw. der Entwicklung vom Willkürverbot zur Neuen Formel und Neusten Formel nur BVerfGE 1, 14 (52); BVerfGE 55, 72 (88); BVerfGE 80, 87 (96 f.); Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 3 GG Rn. 20 ff.; Kischel, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 2016, Art. 3 GG Rn. 24 ff. (insbes. 28 ff.); Osterloh/Nußberger, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 3 GG Rn. 8 ff.

⁹² Siehe hierzu BVerfGE 1, 14 (52); BVerfGE 3, 58 (135 f.). Kischel, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 2016, Art. 3 GG Rn. 30 ff. m.w.N.

⁹³ BVerfGE 80, 87 (96 f.). Anders hingegen der Zweite Senat des BVerfG, der eine Trennung der Anwendungsbereiche von Willkürformel und Neuer Formel nicht zustimmt, BVerfGE 90, 145 (195 f.).

⁹⁴ BVerfGE 6, 84 (91); 40, 296 (318),

ternehmen als gerechtfertigt angesehen, da mittelständische Unternehmen größenbedingten Nachteilen unterliegen.⁹⁵ Auf der anderen Seite kann es wegen ihrer Nachteile und ihrer Situation erforderlich sein, sie gegenüber Großunternehmen anders zu behandeln. Da wesentlich Ungleiches nicht willkürlich gleich behandelt werden darf, kann daraus folgen, dass Verfahren und Organisation für mittelständische Unternehmen mangels ausreichender Kapazitäten anders auszugestaltet sind.⁹⁶ Demnach zielt die Abwehrfunktion des Art. 3 Abs. 1 GG in zwei Richtungen: Zum einen könnte bei einer unterschiedlichen Behandlung der mittelständischen Unternehmen und der Großunternehmen keine Verletzung des Gleichheitssatzes vorliegen, weil beide Gruppen nicht vergleichbar sind. Zum anderen könnten für den Fall der Vergleichbarkeit beider Gruppen Unterschiede solcher Art bestehen, dass eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist.⁹⁷ Die Mittelstandseigenschaft kann somit ein zulässiges Differenzierungskriterium darstellen.

bb. Teilhabe- und Leistungsrechte

Wie im Zusammenhang mit Art. 12 Abs. 1 GG gesehen⁹⁸, können sich aus Art. 3 Abs. 1 GG derivative Teilhabeansprüche in dem Sinne ergeben, dass, wenn der Staat öffentliche Einrichtungen etc. zur Verfügung stellt bzw. einen Zugang zu diesen eröffnet, ein Anspruch auf gleichheitsgerechte Entscheidung über den Zugang besteht^{99, 100}. In diesem Zusammenhang könnte dem Gleichheitssatz ein Gestaltungsauftrag zur Herstellung tatsächlicher Gleichheit inne wohnen. Den mittelständischen Unternehmen fällt es im Wirtschaftsbereich gerade in der Gründungsphase bzw. als Newcomer schwerer, Fuß zu fassen.¹⁰¹ Aufgrund dessen könnte daraus eine Verpflichtung resultieren, unterschiedslose und gleiche Startchancen zu gewähren, indem faktischen Nachteile durch eine entsprechende Förderung ausgeglichen und damit faktische Gleichheit hergestellt wird.¹⁰² Dementgegen ist die Herstellung faktischer Gleichheit aber eine Utopie, die nicht Ziel einer Staatsverfassung sein kann.¹⁰³ Aus der Herstellung faktischer Gleichheit folgt mitunter wiederum eine rechtliche Ungleichbehandlung und damit eine Beschneidung der rechtlichen Freiheit anderer.¹⁰⁴ Hieraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass Art. 3 Abs. 1 GG jegliche Mittelstandsförderung verbietet. Denn auch wenn dem Art. 3 Abs. 1 GG kein Auftrag zur Herstellung faktischer Gleichheit zu entnehmen ist, so erlaubt er indes die Herstellung selbiger in Grenzen, sofern hierfür entsprechende sachliche Gründe bestehen.¹⁰⁵ Daneben resultiert aus Art. 3 Abs. 1 GG die

⁹⁵ BVerfGE 19, 101, (114 ff.); 21, 292 (299 ff.).

⁹⁶ *Stober*, BB, 1996, 1845 (1851); *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 92 ff. (93).

⁹⁷ Siehe hierzu Kap. 2 § 8 III. 1. e.

⁹⁸ Vgl. dazu Kap. 2 § 5 II. 2. c. cc.

⁹⁹ *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 2016, Art. 3 GG Rn. 88; *Osterloh/Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 3 GG Rn. 53.

¹⁰⁰ Wegen seiner vergleichenden Ausrichtung vermittelt Art. 3 Abs. 1 GG allerdings keine originären Leistungsrechte, *Osterloh/Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 3 GG Rn. 55 m.w.N.; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein u.a. (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 141.

¹⁰¹ *Tettinger*, BB 1977, 1617 (1621).

¹⁰² *Dürig*, in: Maunz/ders. (Begr.), GG, Grundwerk, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 140; *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 3 GG Rn. 67.

¹⁰³ *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 4 m.w.N.

¹⁰⁴ *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 3 GG Rn. 68; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 4 m.w.N.

¹⁰⁵ *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 3 GG Rn. 67.

Pflicht, wesentlich Ungleiches nicht gleich zu behandeln, sodass es gleichsam erforderlich sein kann, mittelständische Unternehmen anders zu behandeln als Großunternehmen.¹⁰⁶

f. Staatsstrukturprinzipien

Aufgrund der oben¹⁰⁷ erläuterten Rolle des Mittelstandes für das Gemeinwesen in demokratischer, rechtsstaatlicher und sozialer Hinsicht, kann den Staatsstrukturprinzipien gleichfalls ein Indiz für die Förderung der mittelständischen Unternehmen entnommen werden. Allerdings folgt aus diesen kein „Auftrag“ zur Mittelstandsförderung als solcher.¹⁰⁸

g. Art. 109 Abs. 2 GG

Art. 109 Abs. 2 GG ist eine Staatszielbestimmung, die Bund und Länder rechtsverbindlich verpflichtet, bei der Umsetzung der der Bundesrepublik Deutschland erwachsenden Rechtsakten der Europäischen Union die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zu berücksichtigen.¹⁰⁹ Was sich hinter dem Begriffspaar „gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht“ verbirgt, ist im Grundgesetz nicht definiert. Vielmehr hat sich der Gesetzgeber bewusst für einen unbestimmten Rechtsbegriff entschieden.¹¹⁰ Unter Heranziehung des ebenso zu den Grundsatznormen i.S.d. Art. 109 Abs. 4 GG gehörenden Stabilitätsgesetzes, kann die Begriffsbestimmung aus § 1 Satz 2 StWG fruchtbar gemacht werden.¹¹¹ Danach ist darunter das „magische Viereck“ der Stabilität des Preisniveaus, ein hoher Beschäftigungsstand und außenwirtschaftliches Gleichgewicht bei stetigem und angemessenem Wirtschaftswachstum zu verstehen.¹¹² Da der Mittelstand unter beschäftigungspolitischem Gesichtspunkt einen hohen Stellenwert hat, kommt der Zielsetzung des hohen Beschäftigungsstandes eine Indizwirkung auch für die Mittelstandsförderung zu.¹¹³ Wegen der Offenheit und Ungebundenheit an eine einmal erfolgte Konkretisierung des Begriffs „gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht“¹¹⁴, kann die Ausbildung einer ausgewogenen Unternehmensstruktur ebenfalls darunter zu verstehen sein, sodass zugunsten der mittelständischen Unternehmen ein Förderauftrag erwachsen könnte.¹¹⁵

Jedoch folgen aus Art. 109 Abs. 2 GG keine subjektiven Ansprüche auf Umsetzung bzw. Einhaltung des Staatsziels.¹¹⁶ Darüber hinaus haben die durch Art. 109 Abs. 2 GG verpflichteten Staatsorgane der Gesetzgebung und Verwaltung bei der Umsetzung eine weite Einschätzungsprärogative und einen Abwägungsspielraum hinsichtlich der Mittel zur Zielerrei-

¹⁰⁶ Siehe hierzu Kap. 2 § 8 III. 1. e.

¹⁰⁷ Kap. 1 § 1 II.; Kap. 2 § 4 II.

¹⁰⁸ Siehe dazu u.a. *Mann*, Mittelstand, in: FS Kirchhoff, S. 221 (242 ff.); *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 95 ff. m.w.N.

¹⁰⁹ *Kube*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 109 GG Rn. 86. Den Charakter als Staatsziel anzweifelnd *Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 109 GG Rn. 14.

¹¹⁰ *Kube*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 109 GG Rn. 105 m.w.N.

¹¹¹ *Kube*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 109 GG Rn. 99.

¹¹² *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann u.a. (Hrsg.), GG, Art. 109 GG Rn. 88; *Kube*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 109 GG Rn. 99; *Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 109 GG Rn. 41.

¹¹³ *Mann*, Mittelstand, in: FS Kirchhoff, S. 221 (243 f.).

¹¹⁴ *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann u.a. (Hrsg.), GG, Art. 109 GG Rn. 89; *Kube*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 109 GG Rn. 105.

¹¹⁵ *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 103.

¹¹⁶ *Kube*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 109 GG Rn. 72, 92.

chung und der Gewichtung der Ziele.¹¹⁷ Da nur den Erfordernissen eines gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen ist, müssen die haushalts- und finanzpolitischen Entscheidungen die Zielsetzungen nur einbeziehen.¹¹⁸ Berücksichtigt man zudem, dass aus Art. 109 Abs. 2 GG kein striktes Verfassungsgebot der Globalsteuerung folgt¹¹⁹, enthält Art. 109 Abs. 2 GG keinen bestimmten Förderauftrag zugunsten des Mittelstandes.¹²⁰ Demgegenüber schließt es Art. 109 Abs. 2 GG nicht aus, dass die Belange des Mittelstandes bei finanzpolitischen Entscheidungsprozessen einbezogen werden können, sodass Art. 109 Abs. 2 GG eine gewisse Impulswirkung nicht abgesprochen werden kann.

h. Grundgesetzliche Gesetzgebungskompetenzen

Auch wenn einige grundgesetzliche Kompetenztitel¹²¹ typische mittelständische Berufsgruppen aufzählen, kann hieraus kein Gesetzgebungsauftrag bzw. Förderauftrag zugunsten des Mittelstandes durch den Bund hergeleitet werden.¹²² Derartige Kompetenzen sind stattdessen außerhalb des Abschnittes über das Gesetzgebungsverfahren begründet.¹²³ Insofern folgen aus den Kompetenztiteln weder Tendenzen für noch gegen die Mittelstandsförderung.¹²⁴ Eine Ausnahme stellt allenfalls die Gesetzgebungskompetenz zur Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG dar. Dieser kann eine dem Mittelstand zu Gute kommende Intention entnommen werden.¹²⁵ Allerdings geht dessen Schutzrichtung zugunsten aller Unternehmensformen, sodass es sich um keine spezifisch mittelstandsfördernde Gesetzeskompetenz handelt.

3. Landesverfassungen

a. Regelungsüberblick

Ein mittelstandsfreundlicheres Bild ergibt sich bei einem Blick in die Landesverfassungen der einzelnen Bundesländer. So finden sich in den Verfassungen der Länder Bayern¹²⁶, Bremen¹²⁷, Hessen¹²⁸, Nordrhein-Westfalen¹²⁹, Rheinland-Pfalz¹³⁰ und Saarland¹³¹ Bestimmungen über die Förderung und teilweise den Schutz¹³² mittelständischer Betriebe. Art. 65 RhPVerf bildet eine Besonderheit: Dieser benennt die Klein- und Mittelbetriebe nicht als Ad-

¹¹⁷ Henneke, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann u.a. (Hrsg.), GG, Art. 109 GG Rn. 91; Kube, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 109 GG Rn. 101, 109 m.w.N.

¹¹⁸ Kube, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 109 GG Rn. 96; Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 109 GG Rn. 43.

¹¹⁹ Kube, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 109 GG Rn. 102; Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 109 GG Rn. 45.

¹²⁰ Willems, Mittelstandsförderung, S. 103 f.

¹²¹ Wie die des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG Recht der Wirtschaft, Nr. 17 Land- und Forstwirtschaftsbetriebe, Nr. 19 die freien Berufe, Nr. 21 Schifffahrt.

¹²² Mann, Mittelstand, FS Kirchhoff, S. 221 (237); Willems, Mittelstandsförderung, S. 99 f.

¹²³ Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 70 GG Rn. 63.

¹²⁴ Mann, Mittelstand, in: FS Kirchhoff, S. 221 (237).

¹²⁵ Mann, Mittelstand, in: FS Kirchhoff, S. 221 (237); Willems, Mittelstandsförderung, S. 100.

¹²⁶ Art. 153 BayVerf.

¹²⁷ Art. 40 BremVerf.

¹²⁸ Art. 43 HessVerf.

¹²⁹ Art. 28 VerfNRW.

¹³⁰ Art. 65 RhPVerf.

¹³¹ Art. 54 SaarVerf.

¹³² Dies betrifft die Landesverfassungen Bayern, Bremen, Hessen und Saarland.

ressaten der Förderung, sondern zählt nur die selbständigen Betriebe bestimmter Branchen auf. Daher sind mangels bestimmter Größenangaben auch die Großunternehmen Adressaten dieser Vorschrift. Im Zusammenhang mit Art. 51 Satz 3 RhPVerf, der das Ziel des Hinwirkens auf eine ausgewogene Unternehmensstruktur nennt, kann Art. 65 RhPVerf insoweit zwar nicht als spezifischer Mittelstandsartikel bezeichnet, aber in Verbindung mit Art. 51 Satz 3 als Grundlage für mittelstandsfördernde Maßnahmen herangezogen werden.¹³³

b. Rechtliche Einordnung der Mittelstandsartikel

Trotz der landesverfassungsrechtlichen Positivierung der Mittelstandsförderung ist fraglich, ob dies nur „ein freundliches Wort an die Klein- und Mittelbetriebe“¹³⁴ ist. Die Reichweite und Verbindlichkeit der Mittelstandsklauseln hängt davon ab, ob sie als Programmsätze¹³⁵, Staatszielbestimmungen¹³⁶, Verfassungsaufträge¹³⁷, Einrichtungsgarantien¹³⁸ oder als Grundrechte¹³⁹ anzusehen sind. Oft werden die landesverfassungsrechtlichen Mittelstandsartikel der Kategorie der unverbindlichen Programmsätze zugeordnet, da sie nur Zielvorgaben formulieren.¹⁴⁰ Sie sind dem Vorwurf ausgesetzt, dass ihnen der Staub des Art. 164 WRV anhafte, da sie auf diesen zurückgehen.¹⁴¹ Bei Betrachtung des Wortlauts und der systematischen Stellung muss den Mittelstandsartikeln allerdings durchaus Verbindlichkeit zukommen.¹⁴² So heißt es in den jeweiligen Artikeln¹⁴³, dass die Klein- und Mittelbetriebe zu fördern sind; die Regelungen bedienen sich nicht nur reiner Sollvorgaben. In dieser Hinsicht

¹³³ So auch *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 23 m.w.N.

¹³⁴ *Dästner*, VerfNRW, Art. 28 VerfNRW Rn. 1 m.w.N.

¹³⁵ Programmsätze sind objektiv-rechtliche Ausgestaltungen, „die ohne unmittelbare rechtliche Verbindlichkeit dem staatlichen Verhalten Leitlinien vorgeben“, *Preis*, NZA 1998, 449 (452). Vgl. allgemein zu Programmsätzen nur *Kalkbrenner*, DÖV 1963, 41 (42); *Zöllner*, ZfA 1991, 713 (726).

¹³⁶ Staatszielbestimmungen, dessen Terminologie auf *Hans Peter Ipsen* zurückgeht (vgl. *Ipsen*, Über das Grundgesetz, S. 14) stellen objektiv unmittelbar geltendes Verfassungsrecht dar, welches die gesetzgebende, die vollziehende und die rechtsprechende Gewalt zur Verfolgung dieser Ziele allgemein verpflichtet, ohne einen konkreten Gesetzgebungsauftrag zu enthalten oder subjektive Recht zu vermitteln, vgl. nur *Huster/Rux*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), BeckOK GG, 2016, Art. 20 GG Rn. 209 m.w.N.; *Lücke*, AöR 107 (1982), 15 (23); *Peters*, NVwZ 1995, 555 (555) m.w.N.; *Sommermann*, DVBl 1991, 34 (34 f.).

¹³⁷ Verfassungsaufträge sind objektives, aber nicht einklagbares Recht, die den Gesetzgeber verpflichten, in dem konkreten Bereich gesetzgeberisch tätig zu werden, vgl. *Bethge*, in: *Maunz* (Begr.), BVerfGG Bd. II, § 90 BVerfGG Rn. 109 m.w.N.; *Lücke*, AöR, 107 (1982), 15 (23).

¹³⁸ Einrichtungsgarantien gewährleisten die Einrichtung öffentlich-rechtlicher (sog. Institutionelle Garantie) oder privatrechtlicher Einrichtungen (Institutsgarantie), wobei sich der Schutz auf die Institution als solche bezieht, vgl. nur *Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), GG Bd. I, Vorb. Rn. 107.

¹³⁹ Grundrechte sind objektives, unmittelbar von allen Staatsgewalten zu beachtendes Verfassungsrecht, das zugleich subjektive individuelle, unmittelbare Rechtsansprüche des Bürgers gegen den Staat vermittelt und gerichtlich durchgesetzt werden kann, vgl. nur *Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), GG Bd. I, Vorb. Rn. 66.

¹⁴⁰ *Kalkbrenner*, DÖV 1963, 41 (42 m. Fn. 19); *Krüdewagen*, GewArch 45 (1999), 235 (240); *Lindner*, in: *ders./Möhl* u.a. (Hrsg.), BayVerf, Art. 153 BayVerf Rn. 2 m.w.N.; *Nawiasky/Leusser*, BayVerf, Vorb. zum 2. Hauptteil, S. 177; *Neumann*, BremVerf, Art. 40 BremVerf Rn. 5; *Peine*, Wirtschaftsrecht, in: *Grimm/Papier* (Hrsg.), NRW, S. 568 (571); *Peters*, DVBl 1950, 449 (451); *Zacher*, BayVBl 1996, 705 (721); *Meder*, BayVerf, Art. 153 BayVerf Rn. 1 m.w.N., v.a. aus der Rechtsprechung.

¹⁴¹ *Nawiasky/Leusser*, BayVerf, Art. 153 BayVerf S. 234; *Tettinger*, in: *ders./Löwer* (Hrsg.), VerfNRW, Art. 28 VerfNRW Rn. 1.

¹⁴² So auch *Lindner*, BayVBl 2006, 1 (10); *Mann*, Mittelstand, in: *FS Kirchhoff*, S. 221 (229 ff.); *Willems*, Mittelstandsförderung, 108 ff.; *Wittmann*, Wirtschaftsordnung, in: *FS 50 Jahre BayVerfGH*, S. 297 (300 ff., 303 f.).

¹⁴³ Siehe dazu Fn. 126 ff.

haben sie Ähnlichkeit mit dem in Art. 6 Abs. 5 GG geregelten Gesetzgebungsauftrag.¹⁴⁴ Systematisch sind die Mittelstandsartikel – mit Ausnahme Bayerns und Bremen¹⁴⁵ – zudem im Grundrechtskatalog der jeweiligen Verfassungen verankert.

In Betracht könnte zum einen eine Positivierung als Einrichtungsgarantie kommen. In den Landesverfassungen ist die Rede von Klein- und Mittelbetrieben.¹⁴⁶ Sie verwenden eine nach quantitativen Kriterien bemessene Unternehmensform. Unternehmensformen sind wiederum vor allem durch privatrechtliche Vorschriften begründete rechtliche Einrichtungen. Der Gesetzgeber ist bei einer Ausgestaltung als Institutsgarantie verpflichtet, diese Einrichtungen zu gewährleisten und nicht aufzuheben. Die Einrichtungsgarantien verbieten daher nur das Aufheben oder den Abbau dieser Einrichtung und sichern das Erreichte. Ein Großteil der Mittelstandsartikel normiert allerdings darüber hinaus einen Förderauftrag. Dies passt nicht zum Schutzzumfang der Einrichtungsgarantien, da die Mittelstandsartikel den Klein- und Mittelbetrieben ein „Mehr“ gewähren und ein aktives zukunftsorientiertes Handeln fordern. Deswegen wird die Einordnung als Einrichtungsgarantie dem Regelungsumfang der Mittelstandsartikel nicht in Gänze gerecht.¹⁴⁷

Da die Mittelstandsklauseln der Landesverfassungen zum großen Teil auf Art. 164 WRV und damit auch auf die dort verankerte Stellung im Grundrechtsteil zurückgehen, kann aus der systematischen Stellung im Grundrechtskatalog nicht zwangsläufig auf deren Einordnung als Grundrecht geschlossen werden. Grundrechte binden alle drei Gewalten. Der Förderauftrag der Mittelstandsklauseln richtet sich hingegen mitunter nur an die Gesetzgebung und die Verwaltung.¹⁴⁸ Aus den Mittelstandsartikeln folgen keine unmittelbaren subjektiven Rechte, sodass es sich aus prozessualer Sicht für den Bürger um „keine unmittelbaren Verbindlichkeiten“ handelt¹⁴⁹. Auf der anderen Seite macht *Peter Lerche* zutreffend geltend, dass die prozessualen Fragen der Durchsetzbarkeit nicht mit dem materiellen Bedeutungsinhalt verwechselt werden dürfen.¹⁵⁰ Insofern kann trotz der Unbestimmtheit der Wirtschaftsordnungsartikel nicht auf deren „inhaltliche[...] Bedeutungslosigkeit“ geschlossen werden¹⁵¹. Kommt den Mittelstandsartikeln demnach nicht aufgrund ihrer Einordnung als Grundrecht rechtliche Verbindlichkeit zu, so muss sich diese durch eine Einordnung in eine andere rechtlich verbindliche Kategorie ergeben. In diesem Zusammenhang ist es nicht systemwidrig, wenn sich im Abschnitt der Grundrechte Staatszielbestimmungen oder Verfassungsaufträge befinden. Des Weiteren sind dem Grundgesetz Differenzierungen zwischen unverbindlichem Programmsatz und verbindlichen Rechtsnormen fremd. Vielmehr sind alle in der Verfassung

¹⁴⁴ Vgl. zur Charakterisierung als Gesetzgebungsauftrag nur v. *Coelln*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 6 GG Rn. 98 m.w.N.

¹⁴⁵ So befindet sich Art. 153 BayVerf im 1. Abschnitt „Die Wirtschaftsordnung“ des 4. Hauptteils „Wirtschaft und Arbeit“. Art. 40 BremVerf befindet sich im 2. Hauptteil „Ordnung des sozialen Lebens“, 3. Abschnitt „Arbeit und Wirtschaft“.

¹⁴⁶ Eine Ausnahme bildet Art. 54 SaarVerf, hier heißt es Mittelstand.

¹⁴⁷ *Willems*, Mittelstandsförderung S. 109 spricht im Zusammenhang mit dem Förderauftrag von einer „institutionellen Garantie“ des Mittelstandes.

¹⁴⁸ Z.B. BayVerf. In Rheinland-Pfalz, Nordrhein-Westfalen und Saarland sind keine Pflichtenträger genannt. Die Judikative kann allerdings keine eigenen Fördermaßnahmen durchführen, sondern den Schutz der mittelständischen Betriebe nur bei der Gesetzesauslegung heranziehen, vgl. dazu auch *Mann*, Mittelstand, in: FS Kirchhoff, S. 221 (229).

¹⁴⁹ *Lerche*, AöR 90 (1965), 341 (346); *Wittmann*, Wirtschaftsordnung, in: FS 50 Jahre BayVerfGH, S. 297 (303 f.).

¹⁵⁰ *Lerche*, AöR 90 (1965), 341 (346).

¹⁵¹ *Wittmann*, Wirtschaftsordnung, in: FS 50 Jahre BayVerfGH, S. 297 (300).

enthalten Regelungen verbindliche Rechtssätze, wobei sie sich in ihrer Wirkung unterscheiden können.¹⁵² Da dieses Verfassungsverständnis auch für die Landesverfassungen gilt, müssen sich die landesverfassungsrechtlichen Mittelstandsartikel demzufolge des Staubs ihrer Vorbildnorm befreien, Die Mittelstandsklauseln enthalten rechtlich verbindliche Gestaltungs- und teilweise auch Schutzaufträge¹⁵³. Hinsichtlich der Umsetzung besteht jedoch ein weiter Ermessensspielraum¹⁵⁴. Insbesondere beinhalten die Mittelstandsklauseln im Gegensatz zu Art. 6 Abs. 5 GG keine hinreichend konkretisierte Aufgabe und kein hinreichend bestimmtes Mittel, sodass nur eine allgemeine Verpflichtung besteht, ohne den Gesetzgeber auf eine bestimmte Maßnahme in einem konkreten Bereich festzulegen.¹⁵⁵ Dies spricht gegen ihre Einordnung als Verfassungsauftrag. Indes zählen die Mittelstandsartikel zu den Staatszielbestimmungen. Auch wenn dessen praktische Bedeutung angesichts der Tatsache, dass die für die Mittelstandsförderung relevanten Regelungsbereiche den konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeiten zufallen und größtenteils bereits vom Bundesgesetzgeber ausgefüllt wurden, relativ gering ist¹⁵⁶, können die Mittelstandsartikel für den Verwaltungsbereich durchaus Relevanz entfalten.¹⁵⁷ Als allgemein verbindliche verfassungsrechtliche Staatszielbestimmungen enthalten die Landesverfassungen mithin mehr als nur ein freundliches Wort an die Klein- und Mittelbetriebe.

III. Zusammenfassung

Die Mittelstandsförderung ist im europäischen und nationalen Bereich nicht nur ein wirtschaftspolitisches Anliegen. Stattdessen enthalten sowohl das europäische Primärrecht als auch das nationale Verfassungsrecht Impulse für die Mittelstandsförderung. Zwar ist den Normen kein konkreter und gezielter Auftrag zur Mittelstandsförderung als solcher zu entnehmen. Andererseits können die Maßnahmen zur Mittelstandsförderung auf diese gestützt werden. Zum einen können ihre Belange im Rahmen finanzpolitischer Entscheidungen eine Rolle spielen. Zum anderen sind die mittelständischen Unternehmen Grundrechtsträger der elementaren Wirtschaftsgrundrechte des Grundgesetzes. Zudem stellen die mittelständischen Interessen einen beim staatlichen Handeln durchaus zu beachtenden Abwägungsbezug dar. Die spezielle Situation und die größenbedingten Nachteile der mittelständischen Unternehmen können es daneben rechtfertigen oder erfordern, sie anders als Großunternehmen zu behandeln, sodass im Sinne der Gewährleistung eines fairen und freiheitlichen Wettbewerbs die Rahmenbedingungen für mittelständische Unternehmen günstig zu gestalten sind. Einige Landesverfassungen beinhalten darüber hinaus die Staatszielbestimmung zur Förderung und des Schutzes des Mittelstandes. Dementsprechend besteht zwar keine ausdrückliche Pflicht, aber eine Kompetenz zur Mittelstandsförderung.¹⁵⁸

¹⁵² *Badura*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR* Bd. VII 1992, § 159 Rn. 8, 14; *Mann*, *Mittelstand*, in: *FS Kirchhoff*, S. 221 (231 f.) m.w.N.

¹⁵³ *Mann*, *Mittelstand*, in: *FS Kirchhoff*, S. 221 (232 f.); *Willems*, *Mittelstandsförderung*, S. 108.

¹⁵⁴ *Willems*, *Mittelstandsförderung*, S. 108 m. Fn. 538.

¹⁵⁵ So im Ergebnis auch *Willems*, *Mittelstandsförderung*, S. 108 f.

¹⁵⁶ Für den Bereich der Exekutive hingegen spielen die Mittelstandsartikel eine wichtige praktische Rolle, vgl. dazu nur mit zahlreichen Nachweisen *Hofmeier*, *Mittelstandsförderung*, S. 18 m.w.N.; *Mann*, *Mittelstand*, in: *FS Kirchhoff*, S. 221 (229 f.); *Willems*, *Mittelstandsförderung*, S. 110 f.

¹⁵⁷ *Mann*, *Mittelstand*, in: *FS Kirchhoff*, S. 221 (232 f.).

¹⁵⁸ So auch *Willems*, *Mittelstandsförderung*, S. 105.

§ 6 Rechtsgrundlagen des Vergaberechts

Da der Schwerpunkt der Arbeit die Förderung des Mittelstandes im Vergabewesen ist, widmet sich der folgende Abschnitt den Rechtsgrundlagen des Vergaberechts. Nach einem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Juni 2006 umfasst das Vergaberecht „die Gesamtheit der Normen, die ein Träger öffentlicher Gewalt bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen, die er zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben benötigt, zu beachten hat.“¹ Bei näherer Betrachtung der Regelungen und der Struktur des Vergaberechts, stößt man schnell auf eine Vielzahl von Rechtsquellen. Diese stammen teilweise aus dem Völkerrecht, dem Europarecht und dem nationalen Recht. Ziel dieses Abschnittes ist es, die Struktur und das Verhältnis der einzelnen Regelungen kurz aufzuzeigen.

I. Völkerrechtliche Rechtsgrundlagen

Völkerrechtliche Rechtsquellen sind relevant, wenn sich Bieter aus Drittstaaten am Vergabeverfahren in der Europäischen Union beteiligen, im umgekehrten Fall oder wenn Erzeugnisse aus Drittländern angeboten werden.² Vorschriften für die Vergabe ergeben sich aus dem am 15. Dezember 1993 von der „World Trade Organization“ (WTO)³ beschlossenen und am 1. Januar 1996 in Kraft getretenen „Government Procurement Agreement (GPA 1994)“⁴.⁵ Beim GPA handelt es sich um ein plurilaterales Abkommen⁶, sodass nur die zentralen Regierungsstellen, öffentlichen Einrichtungen und die Sektorenauftraggeber derjenigen WTO-Mitglieder, die das GPA angenommen und ratifiziert haben⁷, ab dem Erreichen eines bestimmten Schwellenwertes an die Regelungen des GPA gebunden sind.⁸ Da Deutschland das GPA nicht angenommen hat⁹ sowie die unmittelbare Wirkung der GPA-Vorschriften in der Europäischen Union größtenteils abgelehnt wird¹⁰, bleibt das GPA für die weitere Untersuchung außer Betracht.¹¹

¹ BVerfGE 116, 135 (136).

² Frenz, Handbuch Bd. III, Rn. 1894.

³ Die WTO wurde am 15.4.1994 gegründet, vgl. nur Drügemöller, Vergaberecht S. 11; Huelmann, Öffentliche Beschaffungen, S. 114; Kunnert, WTO-Vergaberecht, S. 196 ff.

⁴ ABI EG v. 3.9.1996, Nr. C 256/1. Drügemöller, Vergaberecht, S. 12; Gers-Grapperhaus, Auswahlrechtsverhältnis, S. 34; Riese, VergR, S. 7. Siehe zu dessen Anwendungsbereich und Inhalt, Boesen, VergR, Einl. Rn. 53 ff.; Drügemöller, a.a.O. S. 17 ff. (19 ff.); Huelmann, Öffentliche Beschaffungen, S. 115 ff.; Kunnert, WTO-Vergaberecht, S. 209 ff.

⁵ Siehe zur Entwicklung des GPA nur Drügemöller, Vergaberecht, S. 12 ff. m.w.N.; Gers-Grapperhaus, Auswahlrechtsverhältnis, S. 33 f. m.w.N.; Kunnert, WTO-Vergaberecht, S. 81 ff., 150 ff.; Meyer, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 286 ff. m.w.N.; Riese, VergR, S. 6.

⁶ Kunnert, WTO-Vergaberecht, S. 200 m. Fn. 1073.

⁷ Drügemöller, Vergaberecht, S. 12, 15 f.; Gers-Grapperhaus, Auswahlrechtsverhältnis, S. 34 m.w.N.; Huelmann, Öffentliche Beschaffungen, S. 114 ff.; Kunnert, WTO-Vergaberecht, S. 200; Meyer, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 287 m.w.N.

⁸ Drügemöller, Vergaberecht, S. 12, 15 f.; Huelmann, Öffentliche Beschaffungen, S. 114; Kunnert, WTO-Vergaberecht, S. 200; Meyer, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 287.

⁹ Huelmann, Öffentliche Beschaffungen, S. 114; Meyer, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 288. Siehe allgemein zu den vermeintlichen Gründen für die mangelnde Annahme, Drügemöller, Vergaberecht, S. 16.

¹⁰ Vgl. dazu nur Frenz, Handbuch Bd. III, Rn. 1905 m.w.N.; Kunnert, WTO-Vergaberecht, S. 405 ff. (416); Meyer, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 288 f. m.w.N.; Prieß, EuZW 1997, 391 (393). A.A. Boesen, EuZW 1997, 41 (44); Huelmann, Öffentliche Beschaffungen, S. 114 f.

¹¹ Daneben hat die EG bzw. die EU weitere Abkommen geschlossen. Überblick u.a. bei Drügemöller, Vergaberecht, S. 31 ff.; Frenz, Handbuch Bd. III, Rn. 1898.

II. Europarechtliche Rechtsgrundlagen

Bei der Betrachtung der Rechtsquellen des Vergaberechts auf europäischer Ebene fällt schnell auf, dass diese teilweise im Primärrecht, größtenteils aber im Sekundärrecht zu finden sind.

1. Primärrechtliche Rechtsgrundlagen

Das Recht des öffentlichen Auftragswesens ist auf primärrechtlicher Ebene nur lückenhaft bis gar nicht reglementiert.¹² Einzelne Vorschriften erwähnen das öffentliche Auftragswesen lediglich deklaratorisch.¹³ Allerdings ist im Unionsrecht der Kerngedanke der Schaffung eines freien gemeinsamen Marktes ohne Binnengrenzen und die Aufhebung zwischengemeinschaftlicher Handelsbeeinträchtigungen verankert.¹⁴ Diesem Ziel dienen die allgemeinen Regelungen im EUV und AEUV zum freien, fairen Wettbewerb und Handel – namentlich die Art. 34 ff. AEUV (Warenverkehrsfreiheit)¹⁵, Art. 49 AEUV¹⁶ (Niederlassungsfreiheit), Art 56 f. AEUV¹⁷ (Dienstleistungsverkehrsfreiheit), Art. 45¹⁸ (Arbeitnehmerfreizügigkeit) und Art. 18 AEUV¹⁹ (Diskriminierungsverbot).²⁰ Diese beeinflussen ebenso wie das Wettbewerbs- und Beihilferecht (Art. 101 ff., 107 ff. AEUV²¹) das Vergaberecht. Da diese Regelungen allein aber nicht ausreichen, um den Wirtschaftsteilnehmern tatsächlich einen ausreichenden und fairen Zugang zu den Beschaffungsmärkten in den einzelnen Mitgliedstaaten zu ermöglichen²², bedarf es weiterer sekundärrechtlicher Regelungen zur Ausgestaltung des Vergabeverfahrens. Insofern ist das europäische Primärrecht Grundlage und gleichzeitig Grenze für weitere vergaberechtliche Rechtssetzungsakte der Union.²³ Aufgrund der sekundärrechtlichen Ausgestaltung erübrigt sich teilweise der Rückgriff auf das Primärrecht. Dies gilt jedoch nicht für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte, da die Vergaberichtlinien diesen Bereich ausklammern. Soweit die Vergabe im Unterschwellenbereich „grenzüberschreitende Bedeutung“²⁴ hat, sind neben den nationalen Bestimmungen vor allem die primärrechtlichen Vorschriften als unmittelbar geltendes Recht zu beachten (sog. Vergabeprimärrecht²⁵); gleiches gilt für den Fall, dass die Richtlinien nicht abschließend sind.²⁶ Unmittelbare Wirkung entfalten hier vor allem die EU-Grundfreiheiten aus Art. 34, 49 und 56 AEUV und die daraus

¹² Siehe zu den Gründen *Gers-Grapperhaus*, Auswahlrechtsverhältnis, S. 34 f. m.w.N.; *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 164 f. m.w.N.

¹³ Art. 179 Abs. 2 AEUV (ex: Art. 163 Abs. 2 EGV); Art. 199 Nr. 4 AEUV (ex: Art. 183 Nr. 4 EGV).

¹⁴ Vgl. Präambel EUV Erw. 9; Art. 3 Abs. 3 EUV.

¹⁵ Ex- Art. 28 EGV.

¹⁶ Ex- Art. 43 EGV.

¹⁷ Ex-Art. 49 EGV.

¹⁸ Ex-Art. 39 EGV.

¹⁹ Ex-Art. 12 EGV.

²⁰ *Drügemöller*, Vergaberecht, S. 48.

²¹ Ex-Art. 81 ff. EGV und ex-Art. 87 ff. EGV.

²² *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 7.

²³ Allgemein dazu *Kruse*, VR 2015, 51 ff.; *Pechstein*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 3 EUV Rn. 7.

²⁴ Siehe dazu nur *Dörr*, Vergabeprimärrecht, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 2 Rn. 15 ff. m.w.N.; *Kruse*, VR 2015, 51 (52) m.w.N.; *Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, Einl. GWB Rn. 10 f. m.w.N.

²⁵ Siehe zum Begriff nur *Dörr*, Vergabeprimärrecht, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 2.

²⁶ *Drügemöller*, Vergaberecht, S. 51; *Holoubek*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 56, 57 AEUV Rn. 159 m.w.N.; *Kruse*, VR 2015, 51 (51) m.w.N.

resultierenden Pflichten zur Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Transparenz sowie die Unionsgrundrechte²⁷. Inhaltlich können die aus dem Vergabeprimärrecht abgeleiteten Verfahrensorderungen für den Auftraggeber jedoch nicht weiter reichen, als sie in den Vergaberichtlinien vorgesehen sind. Demnach fungiert das vergaberechtliche Sekundärrecht trotz mangelnder Anwendbarkeit als „Verschärfungsverbot“ für die innerhalb des Vergabeprimärrechts liegenden Auftragsvergaben.²⁸ Bei unerschwelligen Auftragsvergaben ohne Binnenmarktrelevanz sind die primärrechtlichen Grundanforderungen als Auslegungshilfe für die nationalen Vergabevorschriften heranzuziehen.²⁹

2. Sekundärrechtliche Rechtsgrundlagen

Die Vergaberichtlinien dienen der Konkretisierung und Realisierung der Grundfreiheiten und der Schaffung eines unionsweiten Wettbewerbs.³⁰ Auf europäischer Ebene verfolgt das Vergaberecht daher einen wettbewerbsrechtlichen Ansatz, der es den Auftraggebern auf der einen Seite ermöglichen soll, eine größtmögliche Auswahl potenzieller Auftragnehmer zu haben, um den Bedarf wirtschaftlich günstig zu decken und auf der anderen Seite den gemeinsamen Markt ohne Binnengrenzen in diskriminierungsfreier Weise verwirklichen soll.³¹ Da sich das Primärrecht nur am Rande mit dem öffentlichen Auftragswesen beschäftigt, erließ die Europäische Kommission Ende der 60iger Jahre und Anfang der 70iger Jahre erste Richtlinien, die konkrete vergaberechtliche Bestimmungen enthielten³². Die Kompetenz zum Erlass der Vergaberichtlinien stammt aus Art. 114 AEUV (ex: Art. 95 EGV) i.V.m. Art. 26 AEUV (ex: Art. 14 EGV) i.V.m. Art. 5 EUV (ex: Art. 5 EGV).³³ In den Folgejahren wurden diese Richtlinien be- und überarbeitet, ergänzt und durch zusätzliche (Rechtsmittel-)Richtlinien erweitert.³⁴ Allerdings sah sich das EU-Vergaberecht dem Vorwurf der Unübersichtlichkeit

²⁷ Dörr, Vergabeprimärrecht, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 2. Rn. 28 ff., 31 ff. m.w.N.

²⁸ Dörr, Vergabeprimärrecht, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 2. Rn. 30 m.w.N.

²⁹ Dörr, Vergabeprimärrecht, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 2. Rn. 21 m.w.N.

³⁰ Ewgr. 2 RL 2004/18/EU; Ewgr. 9 RL 2004/17/EU; Drügemöller, Vergaberecht, S. 49 f. m.w.N.; Gers-Grapperhaus, Auswahlrechtsverhältnis, S. 37 m.w.N.

³¹ Drügemöller, Vergaberecht, S. 47; Fehling, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 7; Holoubek, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 56, 57 AEUV, Rn. 155 f. m.w.N.

³² Richtlinie 70/32/EWG v. 17.12.1969 über die Lieferungen von Waren an den Staat, seine Gebietskörperschaften und sonstige Personen des öffentlichen Rechts (Liberalisierungsrichtlinie), ABl EG v. 19.1.1970, Nr. L 13/1. Richtlinie 71/304/EWG v. 26.7.1971 zur Aufhebung von Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge und bei öffentlichen Bauaufträgen, die an die Auftragnehmer über ihre Agenturen oder Zweigniederlassungen vergeben werden, ABl EG v. 16.8.1971, Nr. L 185/1. Da diese Richtlinien allein noch keinen ungehinderten Zugang zu den Beschaffungsmärkten anderer Mitgliedstaaten ermöglichten, wurde die Richtlinie 71/305/EWG v. 26.7.1971 über die Koordinierung der Verfahren öffentlicher Bauaufträge, ABl EG v. 16.8.1971, Nr. L 185/5, und die Richtlinie 77/62/EWG v. 21.12.1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl EG v. 15.1.1977, Nr. L 13/1, erlassen.

³³ Holoubek, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 56, 57 AEUV Rn. 155.

³⁴ Richtlinie 93/36/EWG v. 14.6.1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, die die RL 77/62/EWG aufhob, ABl EG v. 9.8.1993, Nr. L 199/1. Richtlinie 93/37/EWG v. 14.6.1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, die die RL 71/305/EWG aktualisierte, ABl EG v. 9.8.1993, Nr. L 199/54. Richtlinie 93/38/EWG v. 14.6.1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl EG v. 9.8.1993, Nr. L 119/84. Richtlinie 92/50/EWG v. 18.6.1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl EG v. 24.7.1992, Nr. L 209/1. Richtlinie 92/13/EWG v. 25.2.1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im

ausgesetzt.³⁵ Aufgrund dessen vereinheitlichte das „EU-Legislativpaket zum Vergaberecht“ vom 31. März 2004 das „Richtlinienwirrwarr“³⁶, indem es das Schubladenprinzip aufgab und das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge einheitlich in der Richtlinie 2004/18/EG³⁷ zusammenfasste. Die Richtlinie 2004/17/EG³⁸ zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste enthält Sonderregelungen für den jeweiligen Sektorenbereich. Die Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG³⁹ rundete das Regelungssystem ab.

Im Jahr 2011 stand die Modernisierung des Vergaberechts erneut auf der Agenda der Europäischen Kommission. Zwar hatten die bisherigen Richtlinien ihr Ziel, transparente und diskriminierungsfreie Verfahren zu ermöglichen, den Wettbewerb zu fördern und damit die Grundfreiheiten zu stärken, erreicht. Andererseits sollten die Effizienz und die Effektivität des bestehenden Vergabewesens überprüft werden, um unter anderem auch den Zugang für die KMU und die Unternehmen anderer Mitgliedstaaten zu erleichtern sowie das Vergabewesen zur Verwirklichung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele einzusetzen.⁴⁰ Nach einem circa dreijährigen Rechtssetzungsprozess⁴¹ wurden im Frühjahr 2014 die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG⁴², die Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG⁴³ und die erstmals geschaffene Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe⁴⁴ verabschiedet und am 28. März 2014 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Diese Richtlinien sind seit April 2014 in Kraft und sekundärrechtliche Grundlage für das Vergabewesen. Der deutsche Gesetzgeber hat die Richtlinien bis zum 18. April 2016 in nationales Recht umzusetzen.⁴⁵

In den Anwendungsbereich der Richtlinien fallen indes nur solche Vergaben, deren geschätzter Wert die Schwellenwerte erreicht oder überschreitet.⁴⁶ Die Europäische Kommission überprüft die Schwellenwerte alle zwei Jahre und ändert diese gegebenenfalls durch eine

Telekommunikationssektor, ABI EG v. 23.3.1992, Nr. L 76/14. Richtlinie 89/665/EWG v. 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABI EG v. 30.12.1989, Nr. L 395/33. Diese Richtlinien wurden durch die RL 2007/66/EG v. 11.12.2007 geändert, ABI EU v. 20.12.2007, Nr. L 335/31.

³⁵ Fehling, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 11.

³⁶ Ziekow, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, 2011, Einl. GWB Rn. 3.

³⁷ ABI EU v. 30.4.2004, Nr. 134/114.

³⁸ ABI EU v. 30.4.2004, Nr. L 134/1.

³⁹ ABI EU v. 20.12.2007, Nr. L 335/31.

⁴⁰ Ewgr. 2 RL 2014/24/EU. Aufgrund dessen wird mitunter von einer „teilweisen Neuausrichtung“ des Vergabewesens gesprochen, Burgi, NZBau 2012, 601 (602).

⁴¹ Siehe zum Gesetzgebungsverfahren nur Neun/Otting, EuZW 2014, 446 (446) m.w.N.

⁴² ABI EU v. 28.3.2014, Nr. L 94/65.

⁴³ ABI EU v. 28.3.2014, Nr. L 94/243.

⁴⁴ ABI EU v. 28.3.2014, Nr. L 94/1.

⁴⁵ Vgl. Art. 90 Abs. 1 RL 2014/24/EU; Art. 106 Abs. 1 RL 2014/25/EU; Art. 51 RL 2014/23/EU.

⁴⁶ Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 RL 2014/24/EU; Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 15 RL 2014/25/EU; Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 RL 2014/23/EU.

entsprechende Verordnung. Die ab dem 1. Januar 2016 geltenden delegierten Verordnungen EU Nr. 2015/2170 und Nr. 2015/2171 vom 24. November 2015⁴⁷ sehen derzeit für Bauleistungen einen Schwellenwert von 5.225 Mio. Euro, für Liefer- und Dienstleistungen im Sektorenbereich und im Bereich Verteidigung und Sicherheit von 418.000 Euro, für sonstige Liefer- und Dienstleistungen 209.000 Euro und für Liefer- und Dienstleistungsaufträge von Obersten und Oberen Bundesbehörden sowie vergleichbaren Bundeseinrichtungen einen Wert von 135.000 Euro vor.

III. Nationale Rechtsgrundlagen

1. Zweiteilung des Vergaberechts

Im nationalen Bereich herrscht eine Zweiteilung des Vergabewesens in den Bereich oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte. Ursache hierfür ist die traditionelle Verwurzelung des Vergaberechts im als reines Innenrecht der Verwaltung geltenden und keine subjektiven Rechte vermittelnden Haushaltsrecht. Insofern bedurfte es mehrerer europäischer Anstöße⁴⁸, um zumindest den Bereich oberhalb der Schwellenwerte für ein subjektive Rechte vermittelndes Wettbewerbs- und Wirtschaftsrecht zu öffnen.⁴⁹

2. Nationale Rechtsgrundlagen oberhalb der Schwellenwerte

a. Rechtsgrundlagen bis zum 17. April 2016

Die oben genannten Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft bzw. Union galten und gelten nicht unmittelbar in den einzelnen Mitgliedstaaten, sondern bedürfen gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV⁵⁰ der Umsetzung in den einzelnen Mitgliedstaaten. Der deutsche Gesetzgeber orientierte sich bei der Umsetzung der Richtlinien in den 90iger Jahren an den in den Richtlinien angegebenen Schwellenwerten. Hierzu führte er in den bereits seit den 20iger und 30iger Jahren existierenden Vergabeordnungen der VOB/A und VOL/A⁵¹ jeweils einen zweiten Abschnitt in Form der a-Paragraphen ein, welcher für die Vergaben oberhalb der Schwellenwerte gelten sollte, hingegen keine subjektiven Bieterrechte vermittelte und kein Rechtsschutzsystem enthielt. Erst auf Druck der europäischen Kommission⁵² und nach weiteren Umsetzungsversuchen⁵³ und führte der deutsche Gesetzgeber mit dem „Gesetz zur Ände-

⁴⁷ ABI EU v. 25.11.2015, Nr. L 307/5; ABI EU v. 25.11.2015, Nr. L 307/7. Siehe zu den Schwellenwerte bei Konzessionsvergaben die delegierte Verordnung EU Nr. 2015/2172 v. 24.12.2015, ABI EU v. 25.11.2015, Nr. L 307/9.

⁴⁸ Siehe hierzu nur EuGH, U.v. 11.8.1995, Rs. C-433/93, Slg 1995, I-2311; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 6 ff. m.w.N.; *Gers-Grapperhaus*, Auswahlrechtsverhältnis, S. 44.

⁴⁹ *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 7 m.w.N.; *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann u.a. (Hrsg.) GVerwR Bd. I, § 12 Rn. 140.

⁵⁰ Ex-Art. 249 Abs. 3 EGV.

⁵¹ Bei den Vergabeordnungen der VOB/A und VOL/A handelt es sich weder um Gesetze noch um Rechtsverordnungen. Vielmehr stellen diese ein von interessierten Fachkreisen erarbeitetes Vertragswerk mit „Budgetcharakter“ dar. Erste Fassungen der VOL/A und der VOB/A gehen auf die Jahre 1936 und 1926 zurück, siehe zur Entwicklung nur *Marx*, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), VOL/A, Einl. Rn. 2; *ders.*, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), VOB/A, Einl. Rn. 5.

⁵² Siehe hierzu nur *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 6 ff. m.w.N.; *Gers-Grapperhaus*, Auswahlrechtsverhältnis, S. 44; *Marx*, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), VOB/A, Einl. Rn. 7.

⁵³ So führte der Gesetzgeber durch das „Zweite Gesetz zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes“ v. 26.11.1993 zwar die (mittlerweile wieder aufgehobenen) §§ 57 a - c HGrG (BGBl I 1993, S. 1928) ein, auf dessen Grundlage die Bundesregierung die Vergabeverordnung (VgV) v. 22.2.1994 erließ, die bezüglich der Ausgestal-

rung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz – VgRÄG)⁵⁴ vom 26. August 1998 erstmalig für die Vergabe von Aufträgen Definitionen, materielle Grundsätze des Vergabeverfahrens sowie einen zweiinstanzlichen Rechtsschutz über Vergabekammern und Oberlandesgerichte ein. Für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte vollzog sich mit dem Inkrafttreten der Neuregelungen am 1. Januar 1999 ein Wechsel hin zur wettbewerbsrechtlichen Lösung des Vergaberechts. Da das GWB um einen vierten vergaberechtlichen Teil erweitert wurde, wird dieses Regelwerk auch als kartellrechtliche Lösung bezeichnet. Entsprechende Verweise vernetzten das GWB, die VgV und die Vergabeordnungen der VOB/A, VOL/A und VOF miteinander (sog. Kaskadenprinzip).⁵⁵ Aufgrund dieser Verweise erlangten die jeweiligen bis dahin als reines Innenrecht bestehenden Abschnitte der Vergabeordnungen für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte insoweit Rechtsverordnungscharakter.

Aufgrund der Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG erfolgte im Jahr 2009 eine Modernisierung der deutschen Vergaberegeln. Diese brachte hinsichtlich der Zweiteilung des Vergaberechts keinerlei Änderung. Trotz der Ziele der Übersichtlichkeit, der Vereinheitlichung und Vereinfachung des Vergaberechts⁵⁶ hielt der Gesetzgeber am Schubladen-⁵⁷ und Kaskadenprinzip fest.⁵⁸

b. Rechtsgrundlagen ab dem 18. April 2016

Die Richtlinien 2014 erforderten eine erneute Überarbeitung der nationalen Vergaberegeln. Hierzu hat das Bundeskabinett am 8. Juli 2015 den Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Vergaberechts verabschiedet. Der Bundesrat stimmte dem Gesetzesvorschlag am 18. Dezember 2015 zu⁵⁹. Am 23. Februar 2016 wurde er im Bundesgesetzblatt veröffentlicht und trat am 18. April 2016 in Kraft.⁶⁰ Ziel der Reform war es unter anderem, die „komplexe Struktur des deutschen Vergaberechts zu reformieren“⁶¹. Daher sollte es im Bereich oberhalb der Schwellenwerte vereinfacht und anwenderfreundlich ausgestaltet werden. Hierbei hielt der Gesetzgeber an der Verankerung der Vergaberegeln im GWB fest.⁶² Ob die gesetzte Zielsetzung tatsächlich erreicht wurde, ist fraglich. Der zweite Ab-

tung des Vergabeverfahrens auf die entsprechenden Abschnitte der VOB und VOL verwies. Allerdings beinhalteten diese Regelungen lediglich ein rudimentäres Rechtsschutzsystem und hielten an der haushalts- und objektiv-rechtlichen Verankerung des Vergaberechts fest, vgl. dazu nur *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 8; *Marx*, in: *Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.)*, VOB/A, Einl. Rn. 7.

⁵⁴ BGBl I 1998, S. 2512.

⁵⁵ § 97 Abs. 6 GWB verweist auf die VgV, welche wiederum statisch auf die Vergabeordnungen verweist. Die VgV ist demnach das Scharnier zwischen dem GWB und den jeweiligen Abschnitten der Vergabeordnungen, vgl. dazu auch *Marx*, in: *Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.)*, VOB/A, Einl. Rn. 9; *ders.* in: *Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.)*, VOL/A, Einl. Rn. 2.

⁵⁶ BTDrucks. 16/10117, S. 13.

⁵⁷ Dies bedeutet, dass die einzelnen Auftragsbereiche wie Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge sowie freiberufliche Leistungen in eigenständigen Vergabeordnungen geregelt sind.

⁵⁸ Einzig im Sektorenbereich und für Vergaben im Bereich Verteidigung und Sicherheit bestehen in Form der Sektorenverordnung (SektVO) und der Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) einheitliche Regelungen auf Verordnungsebene.

⁵⁹ BR-Plenarprotokoll 940, S. 515 (D).

⁶⁰ BGBl I 2016, S. 203.

⁶¹ BTDrucks. 18/6281, S. 57; BMWi, Eckpunkte, S. 2.

⁶² BTDrucks. 18/6281, S. 55 f., 66 f. Dessen Umfang erweitert sich allerdings nunmehr auf die §§ 97-186 GWB.

schnitt der VOL/A und die VOF wurde in der Vergabeverordnung (VgV) zusammengeführt⁶³, sodass diese Schublade beseitigt wurde und die Regelungen unter der Federführung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie stehen. Wegen der Besonderheiten im Bauwesen wurde für die Bauleistung aber ein politischer Kompromiss geschlossen, wonach das Schubladen- und Kaskadenprinzip beibehalten und die Bearbeitung der VOB demnach weiterhin dem Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen überlassen bleibt.⁶⁴ Zu diesem Regelungswerk, bestehend aus GWB, VgV, SektVO, VSVgV und VOB/A, gesellt sich zudem eine neue Rechtsverordnung über die Konzessionsvergabe (KonzVgV). Für die Vergabeverfahren im Bereich der freiberuflichen Leistungen sowie der Lieferungen und Dienstleistungen ergeben sich angesichts der Integration in der VgV einheitliche Regelungen, die zu einer Anwenderfreundlichkeit führen können. Da die Vergaben im Baubereich aber weiterhin in der eigenständigen VOB/A⁶⁵ geregelt sind, besteht die Gefahr, dass deren Regelungen wiederum von denen in der Vergabeverordnung abweichen. Unter dem Gesichtspunkt der Mittelstandsfreundlichkeit bleibt somit zweifelhaft, ob die Beibehaltung der VOB/A interessengerecht ist.

3. Nationale Rechtsgrundlagen unterhalb der Schwellenwerte

Für Vergaben, die nicht dem Vierten Teil des GWB unterfallen und sich folglich im Bereich unterhalb der Schwellenwerte befinden, liegt der Ursprung der Vergaberegulation im Haushaltsrecht. Dessen wesentliche Grundsätze sind unter anderem die der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit⁶⁶. Zu Konkretisierung schreiben § 30 HGrG und darauf aufbauend § 55 Abs. 1 BHO vor, dass dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen muss, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen.⁶⁷ Gemäß § 55 Abs. 2 BHO ist dafür einheitlich nach entsprechenden Richtlinien zu verfahren, welche nach der Verwaltungsvorschrift Ziffer 2.2. zu § 55 BHO zwingend anzuwenden sind. Solche allgemeinen Richtlinien stellen die ersten Abschnitte der VOB/A und VOL/A dar.⁶⁸ Im Unterschwellenbereich dient das Vergaberecht demnach weiterhin den haushaltsrechtlichen Vorgaben und nicht vordergründig der Wettbewerbsöffnung. Da der Ursprung der Verweisungskette im Haushaltsrecht liegt, fehlt den Normen der VOB/A und der VOL der Rechtsnormcharakter, sodass die Vorschriften grundsätzlich keine subjektiven Rechte vermitteln.

⁶³ §§ 64 ff. VgV bzw. §§ 73 ff. VgV.

⁶⁴ Kritisch zur Beibehaltung der VOB/A *Portz*, Die Gemeinde SH, 2015, 197 (197); *ders.*, Stadt und Gemeinde 2015, 459 (459 f.).

⁶⁵ Die an die Richtlinien 2014 angepasste VOB/A vom 7.1.2016 wurde am 19.1.2016 im Bundesanzeiger veröffentlicht.

⁶⁶ Vgl. §§ 6 HGrG, 7 BHO.

⁶⁷ Die landesrechtlichen und gemeinderechtlichen Vorschriften enthalten entsprechende Vorschriften, vgl. nur § 55 LHO Bbg; § 55 LHO NRW.

⁶⁸ Während die Verweisungskette zu § 55 BHO die 1. Abschnitte der VOB/A und der VOL/A umfasst, ist dies auf Landesebene nicht so einheitlich. In manchen Bundesländern ist die VOL/A davon erfasst, in anderen wiederum wird die Anwendung der VOL/A nur empfohlen. Bezüglich der VOB/A ist der Anwendungsbefehl wiederum einheitlich. Dieser ergibt sich auf Landesebene entweder aus den entsprechenden Verwaltungsvorschriften oder aus den Vergabegesetzen der Länder, vgl. dazu nur *Marx*, in: *Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.)*, VOB/A, Einl. Rn. 12. Daneben gibt es auf Landesebene noch eine Vielzahl landesrechtlicher Vorschriften, siehe dazu den Überblick bei *Jasper/Marx*, VergR, S. 299 ff.

IV. Zusammenfassung

Für die Beantwortung der Frage, welche Regelungen in Deutschland bei der Auftragsvergabe zu beachten sind, kommt es darauf an, ob es sich um einen Auftrag oberhalb oder unterhalb der Schwellenwerte handelt. Aufgrund der dynamische Verweise in § 106 GWB müssen die Änderungen der Schwellenwerte im deutschen Recht nicht jeweils angepasst werden. Bis zum 17. April 2016 galten für die Vergaben oberhalb der Schwellenwerte die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG⁶⁹, die Richtlinie 2007/66/EG, die Richtlinie 2009/81/EG, die Regelungen der §§ 97 ff. GWB a.F., der VgV a.F., SektVO a.F., VSVgV a.F. sowie die VOF a.F. und die zweiten Abschnitte der VOB/A a.F. und VOL/A a.F. All diese nationalen Normen hat der deutsche Gesetzgeber bis zum 18. April 2016 an die Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU angepasst sowie die Richtlinie 2014/23/EU umgesetzt. Ab dem 18. April 2016 sind die zuletzt genannten Richtlinien, der verabschiedete neue Vierte Teil des GWB, die VgV, SektVO, VSVgV, KonzVgV und der 2. Abschnitt der VOB/A anzuwenden.

Das Regelungssystem im Oberschwellenbereich gestaltet sich als ein zwei- bzw. dreistufiges Kaskadenprinzip. Ganz oben steht der Vierte Teil des GWB. Über die Verweisung bzw. Verordnungsermächtigung in § 113 GWB gelangt man auf die zweite Stufe, die VgV. Diese wiederum verweist in § 2 VgV für Bauvergaben auf die dritte Stufe, den Abschnitt 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen VOB/A (sog. Schublade). Die intern geltenden Vorschriften des zweiten Abschnitts der VOB/A erhalten somit Gesetzesrang und vermitteln den Bietern subjektive – und damit einklagbare – Rechte. Unterhalb der Schwellenwerte gilt Folgendes: § 55 BHO und dessen entsprechende Verwaltungsvorschrift verweisen auf die ersten Abschnitte der VOB/A und der VOL/A. Die Vorschriften der VOB/A und VOL/A bleiben reines Innenrecht, sofern aus den Grundsätzen der Selbstbindung der Verwaltung nicht ausnahmsweise etwas anderes folgt.

An diesem mitunter undurchsichtigen Verweisungs-, Kaskaden- und Schubladenprinzipien änderte sich durch die Vergaberechtsmodernisierung 2016 in einigen Teilbereichen nichts. Der geschulte Vergaberechtler durchdringt das Verweisungssystem möglicherweise noch; für den „einfachen“ Bieter und vor allem auch für die mittelständischen Unternehmen gestaltet sich dies aber durchaus schwierig. *Fehling* spricht hierbei sogar von einer „äußerste[n], an die Grenze der Rechtsstaatswidrigkeit heranreichende[n] Unübersichtlichkeit“ des deutschen Vergaberechts⁷⁰. Insofern wäre im Hinblick auf die Modernisierung der Vergaberegelungen eine Vereinheitlichung in Form eines gesonderten, alle Teilbereiche der Auftragsvergabe umfassenden Vergabegesetzes wünschenswert gewesen. Die Vergaberechtsmodernisierung 2016 ist daher dem berechtigten Vorwurf ausgesetzt, dass sie lediglich eine Strukturreform, allerdings keinen Systemwechsel darstelle.⁷¹

⁶⁹ Vgl. Art. 91 RL 2014/24/EU; Art. 107 RL 2014/25/EU.

⁷⁰ *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 28.

⁷¹ So z.B. *Gundelach*, BT-Plenarprotokoll 18/146, S. 14422 (D). Ebenso *Portz*, *Die Gemeinde SH* 2015, 197 (197): „Systembruch“; *ders.*, *Stadt und Gemeinde* 2015, 459 (459 f., 462). Siehe zur Kritik auch *BTDrucks.* 18/7090, S. 4: „ökonomisch ineffiziente[s] und intransparente[s] Kaskadenprinzip“.

§ 7 Rechtsgrundlagen der Mittelstandsförderung im Vergabeverfahren

§ 4 hat gezeigt, dass mittelständische Unternehmen größere Schwierigkeiten haben, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen und förderungswürdig sind. Bevor sich Kapitel 3 der Arbeit näher mit den Instrumenten der Mittelstandsförderung im Vergabebereich und deren Zulässigkeit befasst, ist zunächst zu untersuchen, ob die primärrechtlichen, sekundärrechtlichen und nationalen vergaberechtlichen Vorschriften eine solche Möglichkeit auch in rechtlicher Hinsicht eröffnen.

I. Europarechtliche Grundlagen der Mittelstandsförderung im Vergaberecht

Für die Förderung des Mittelstandes im Wege des Auftragswesens beinhalten sowohl das Primärrecht als auch die Vergaberichtlinien Rechtsgrundlagen und Anstöße.

1. Primärrecht

Das Primärrecht erwähnt die KMU und deren besondere Einbeziehung im und durch das Vergabewesen in Art. 179 Abs. 2 AEUV¹ und Art. 173 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV². Danach sollen zum einen im Bereich der Forschung und Entwicklung deren Zusammenarbeitsbestrebungen im öffentlichen Auftragswesen gefördert werden. Zum anderen soll für sie ein günstiges Umfeld geschaffen werden, wobei die mittelstandsfördernde öffentliche Auftragsvergabe einen Teilaspekt der in Art. 173 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV angesprochenen Förderungsmaßnahmen darstellen kann.³ Eine umfassende Sonderrolle der KMU im Auftragswesen folgt daraus allerdings nicht.

2. Sekundärrecht

Nimmt man die Richtlinien im Hinblick auf die Förderung der KMU unter die Lupe, kommt man zu dem Ergebnis, dass den Vergaberichtlinien die Berücksichtigung der KMU im Auftragswesen nicht fremd ist und die Richtlinien Anhaltspunkte dafür bereithalten, das Vergabeverfahren mittelstandsverträglich auszugestalten und durchzuführen.

a. Vorgängerrichtlinien

Die Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft 71/305/EWG vom 26. Juli 1971⁴ und 77/62/EWG vom 21. Dezember 1976⁵ erwähnten die KMU und deren Förderung zwar nicht direkt, jedoch sollten die Bekanntmachungsvorschriften ausweislich der Erwägungsgründe dazu dienen, allen Unternehmen und damit auch den KMU ausreichende Informationen über öffentliche Aufträge zu verschaffen. Die Vergaberichtlinien 89/440/EWG vom 18. Juli 1989⁶, 97/52/EG vom 13. Oktober 1997⁷, 98/4/EG vom 16. Februar 1998⁸ und die diese Richtlinien

¹ Siehe hierzu Kap. 2 § 5 I. 2.

² Siehe hierzu Kap. 2 § 5 I. 3.

³ *Lurger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 173 AEUV Rn. 17 m.w.N.; *Mellein*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 173 AEUV Rn. 17.

⁴ ABJ EG v. 16.8.1971, Nr. L 185/5.

⁵ ABJ EG v. 15.1.1977, Nr. L 13/1.

⁶ ABJ EG v. 21.7.1989, Nr. L 210/1, Ewgr. 13.

⁷ ABJ EG v. 28.11.1997, Nr. 328/1, Ewgr. 11.

aufhebenden Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG vom 31. März 2004⁹ erwähnten die KMU ausdrücklich. Hingegen hat sich eine besondere Berücksichtigung der KMU in den einzelnen Vergabevorschriften – anders als in den deutschen Regelungen – nicht explizit niedergeschlagen. Gleichwohl enthielten die Richtlinien aber Vorschriften, die indirekt auch den mittelständischen Unternehmen dienten. Beispielhaft seien nur die Möglichkeit der Teilung des Auftrages in Lose¹⁰, die Zulassung von Bietergemeinschaften¹¹ oder die Vergabe von Aufträgen an Dritte genannt.¹²

b. Modernisierung der Vergaberichtlinien

Die Modernisierung des Vergaberechts im Jahr 2014 legte unter anderem ein Augenmerk auf die KMU. Die neuen Vergaberichtlinien benennen erstmalig das Ziel, die Teilnahme am und nicht nur den Zugang der KMU zum öffentlichen Vergabeverfahren zu erleichtern. Diesbezüglich zählen die Richtlinien in ihren Erwägungsgründen bestimmte Instrumente wie z.B. die Losaufteilung, die Loslimitierung und die Unterauftragsvergabe auf. Darüber hinaus ermutigen sie die Mitgliedstaaten, in ihren Bemühungen um die Förderung der Teilnahme von KMU über die in den Richtlinien genannten Instrumente hinauszugehen. Andererseits widmen die Richtlinien 2014 den KMU – über die Erwägungsgründe hinaus – keine eigenständige Regelung.

II. Nationale Grundlagen der Mittelstandsförderung im Vergaberecht

Im Vergleich dazu enthält das nationale Regelwerk, vor allem auf einfachgesetzlicher Ebene, ausdrückliche Regelungen für eine mittelstandsfreundliche Auftragsvergabe. Von besonderer Bedeutung ist hierbei der in § 97 Abs. 4 GWB¹³ verankerte Grundsatz der Berücksichtigung mittelständischer Interessen.

1. Verfassung und Landesverfassungen

Weder das Grundgesetz noch diejenigen Landesverfassungen, die eine Mittelstandsklausel enthalten, sehen eine explizite Berücksichtigung oder Förderung des Mittelstandes im Vergabewesen vor. Indes schließen sie eine solche nicht aus. Denn wenn die Förderung und Sicherung des Mittelstandes ein verfassungskonformes Anliegen ist, kann sich der Staat diesem nicht dadurch entziehen, dass er sich in privatrechtlicher Form auf dem Wettbewerbsmarkt bewegt.¹⁴ So formuliert auch *Robl*, dass „[e]s [...] nicht nur legitim, sondern geboten [ist], geeignete Instrumente wie die Auftragsvergabe auch in den Dienst der Erhaltung einer ausgewogenen Wirtschaftsstruktur zu stellen.“¹⁵

⁸ ABI EG v. 1.4.1998, Nr. L 101/1, Ewgr. 14.

⁹ ABI EU v. 30.4.2004, Nr. L 134/1, Ewgr. 43; ABI EU v. 30.4.2004, Nr. L 134/114, Ewgr. 32.

¹⁰ Art. 9 Abs. 5 RL 2004/18/EG.

¹¹ So ist in Art. 1 Abs. 2 lit. a) RL 2004/18/EG; Art. 1 Abs. 8 UAbs. 1 RL 2004/18/EG.

¹² Ausführlicher dazu *Kling*, Vergabefremde Regelungen, S. 683 ff.

¹³ Bzw. § 97 Abs. 3 GWB a.F.

¹⁴ *Robl*, Mittelständische Interessen, in: FS Franke, S. 291 (291 f.)

¹⁵ *Robl*, Mittelständische Interessen, in: FS Franke, S. 291 (292).

2. § 97 Abs. 4 GWB – Mittelstandsklausel

Einfachgesetzlich ist die Berücksichtigung mittelständischer Interessen im Vergabeverfahren in § 97 Abs. 4 GWB verankert. Dieser stellt somit die wichtigste Grundlage für die Mittelstandsförderung im Vergabewesen dar. § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB normiert über die Vorgaben in den Richtlinien hinaus, dass mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen sind. § 97 Abs. 4 GWB ist die zentrale Norm zur Implementierung mittelständischer Interessen im Vergabeverfahren.¹⁶

a. Historie des § 97 Abs. 4 GWB

Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zur Einführung der Vergaberegeln in das GWB setzte sich bereits der Vorschlag des Bundesrates durch, wonach „mittelständische Interessen angemessen zu berücksichtigen“ sein sollten.¹⁷ In der ab dem 1. Januar 1999 geltenden Fassung des § 97 Abs. 3 GWB a.F. hieß es daher, dass „mittelständische Interessen [...] vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen“ sind. Mit dieser Regelung sollte unter anderem klargestellt werden, dass es sich bei der Berücksichtigung mittelständischer Interessen nicht um vergabefremde Aspekte, wie sie § 97 Abs. 4 GWB a.F. im Auge hatte, handelt.¹⁸ Auf der einen Seite war die Regelung wünschenswert, um im Anwendungsbereich des GWB eine Losaufteilung und den Gesetzesrang der Mittelstandsfreundlichkeit vorzusehen und damit ein „Leerlaufen“ der Regelungen in der VOB/A und VOL/A¹⁹ zu unterbinden²⁰, diese abzusichern²¹ und aufzuwerten²². So erstrebenswert die Intention des Gesetzgebers mit der Einführung der Mittelstandsklausel war, so fanden auf der anderen Seite trotz dieses „schlummernden Programmsatzes“ in den seltensten Fällen mittelstandsgerechte (bzw. -freundliche) Auftragsvergaben statt.²³ So beklagten die mittelständischen Unternehmen, dass bei den Vergaben von Aufträgen die Bündelung der Nachfragemacht und die Zusammenfassung teilbarer Leistungen der Regelfall sind.²⁴ Dies nahm der Gesetzgeber zum Anlass und wollte im Jahr 2009 durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts²⁵ die Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB a.F. „ver-

¹⁶ Ziekow, ÖPP, in: Küpper/Semper (Hrsg.), PPP, S. 129 ff.

¹⁷ BRDrucks. 646/97, S. 3 f. Die Bundesregierung widersprach dem Anliegen des Bundesrates zwar zunächst mit dem Hinweis, dass die Vergabe- und Verdingungsordnungen die mittelständischen Interessen bereits angemessen berücksichtigen, vgl. BTDrucks. 13/9340, S. 48. Allerdings beschloss der Bundestag auf Drängen der Vertreter der Bauverwaltungen die Aufnahme der „Mittelstandsklausel“ und folgte dem Änderungsantrag der SPD-Fraktion und dem Vorschlag des Wirtschaftsausschusses, BTDrucks. 13/10328. Siehe dazu auch Kus, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 117.

¹⁸ BTDrucks. 13/9340, S. 36; Fehling, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 89; Kus, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 117. A.A. Diehr, in: Reidt/Stickler u.a. (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 48.

¹⁹ Diese sahen in § 4 Nr. 2 und 3 VOB/A und § 5 Nr. 1 VOL/A vor, dass umfangreiche Leistungen in Teil- oder Fachlose geteilt werden sollten.

²⁰ Kus, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 117.

²¹ Antweiler, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 9.

²² Stickler, in: Reidt/ders. u.a. (Hrsg.), VergR, 2000, § 97 GWB Rn. 12.

²³ BTDrucks. 16/10117, S. 13; Egidy, DÖV 2009, 835 (837); Köster, BauR 2009, 1069 (1069). Siehe dazu auch die Ergebnisse der empirischen Untersuchung von Ruh, VergabeR 2005, 718 ff.

²⁴ BTDrucks. 16/10117, S. 15; Byok, NVwZ 2009, 551 (552); Egidy, DÖV 2009, 835 (837); Köster, BauR 2009, 1069 (1069).

²⁵ BGBl I 2009, S. 790.

schärfen“²⁶. Die Mittelstandsförderung war eines der Hauptziele der im Jahr 2009 erfolgten GWB-Reform.²⁷ § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB statuiert in seiner jetzigen Fassung, dass die Interessen des Mittelstandes nicht mehr nur „angemessen“, sondern „vornehmlich“ zu berücksichtigen sind. Satz 2 schreibt die grundsätzliche Verpflichtung zur Losvergabe fest. Satz 3 verdeutlicht, dass der Auftraggeber nur noch in begründeten Ausnahmefällen von der Losaufteilung absehen kann und Satz 4 deklariert, dass der Auftraggeber ein Unternehmen, das kein öffentlicher Auftraggeber ist und mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut ist, verpflichtet muss, bei der Vergabe von Unteraufträgen nach den Sätzen 1 bis 3 zu verfahren.

b. Rechtliche Einordnung des § 97 Abs. 4 GWB als vergaberechtlicher Grundsatz

Da die Mittelstandsklausel in § 97 GWB unter der Überschrift „Allgemeine Grundsätze“ verankert ist, handelt es sich um „eine[n] weiteren, vom öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zwingend zu beachtenden Grundsatz“²⁸, mit der Folge, dass dies kein unverbindlicher Programmsatz ist, sondern § 97 Abs. 4 GWB ein bieterschützendes Recht im Sinne von § 97 Abs. 6 GWB vermittelt²⁹ und den Auftraggeber verpflichtet, das Vergabeverfahren in Sinne der mittelständischen Unternehmen zu gestalten.³⁰ Zu der bis zum 23. April 2009 geltenden Fassung des § 97 Abs. 3 GWB a.F. gab es bereits Ansichten, die diesbezüglich ebenfalls von einem „zwingend zu beachtenden Grundsatz“³¹ und von einem subjektiven Recht der mittelständischen Unternehmen auf Auftragsteilung innerhalb bestimmter Grenzen ausgingen³². Dies muss umso mehr für die aktuelle Fassung gelten, da der in § 97 Abs. 4 GWB „schlummernde[n]’ Programmsatz über die Pflicht zur Losvergabe zu einer Regel mit Zähnen gemacht [wurde]: In Zukunft ist ein Projekt in mittelstandsverträgliche Fach- und Teillose aufzuteilen.“³³ Demnach besteht der mitunter geltend gemachte Ermessensspielraum hinsichtlich des „Ob“ der Berücksichtigung mittelständischer Interessen nicht mehr.³⁴

²⁶ BTDrucks. 16/10117, S.15; *Just*, in: Schulte/ders. (Hrsg.), *KartellR*, § 97 GWB Rn. 21; *Otting/Tresselt*, *VergabeR* 2009, 585 (585).

²⁷ BTDrucks. 16/10117, S. 1, 13; *Egidy*, *DÖV* 2009, 835 (837).

²⁸ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 1; *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), *KartellR*, § 97 GWB Rn. 34 m.w.N.

²⁹ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 2; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *GWB*, § 97 GWB Rn. 123; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 97; *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 59 f. m.w.N., 62; *Müller-Wrede*, in: ders. (Hrsg.), *GWB*, § 97 GWB Rn. 31; *Ortner*, *VergabeR* 2011, 677 (678) m.w.N.

³⁰ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 1; *Willems*, *Mittelstandsförderung*, S. 182 m. Fn. 197.

³¹ *Baumeister/Kirch*, *NZBau* 2001, 653 (655). Ebenso u.a. *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 58 ff.

³² *VK Bund*, B.v. 1.2.2001 - *VK 1-1/01*. *Baumeister/Kirch*, *NZBau* 2001, 653 (655 f.); *Willems*, *Mittelstandsförderung*, S. 182 f.

³³ *BT-Plenarprotokoll* 16/197, S. 21383 (C).

³⁴ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 2, 5; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *GWB*, § 97 GWB Rn. 125.

c. Umfang und Grenzen der Mittelstandsklausel

Aufgrund der Verselbständigung der Mittelstandsklausel in § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB kommt ihr eine eigenständige Bedeutung zu, die eine Berücksichtigung der mittelständischen Interessen über die Losaufteilung hinaus erfordert.³⁵ Hinsichtlich des „Ob“ der Mittelstandsförderung besteht kein Ermessen, nur hinsichtlich des „Wie“. Zwar statuiert § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB, dass die Aufträge in Teil- und Fachlose zu vergeben sind. Insofern bringt der Gesetzgeber durch die eigenständige Erwähnung der Verpflichtung zur Losaufteilung zum Ausdruck, dass die Losvergabe das „prioritäre Mittel“ der Mittelstandsförderung ist und erhebt die Losvergabe ebenso zum zwingend zu beachtenden Grundsatz.³⁶ Allerdings folgt daraus nicht, dass der Auftraggeber darüber hinaus nicht mehr über die Mittel der Mittelstandsförderung entscheiden kann und kein Auswahlermessen hinsichtlich des „Wie“ hat.³⁷ So überlies die bis zum 23. April 2009 geltende Fassung des § 97 Abs. 3 GWB a.F. dem Auftraggeber ebenfalls weitere Möglichkeiten der Mittelstandsförderung.³⁸ Ziel der Vergaberechtsreform im Jahre 2009 war es, den Mittelstandsschutz zu stärken. Dieses Ziel würde verfehlt, wenn aus der Formulierung des § 97 Abs. 4 GWB zwingend zu schließen wäre, dass andere Mittel der Mittelstandsförderung unzulässig seien.³⁹ Vielmehr stehen dem Auftraggeber neben der Losaufteilung auch andere Instrumente zur Verfügung, die er in seine Auswahlentscheidung über die Gestaltung des Vergabeverfahrens einfließen lassen muss.⁴⁰ Jedoch hat der Gesetzgeber über die Losaufteilung hinaus die Art und Weise der Mittelstandsförderung nur geringfügig mit Inhalt gefüllt. Daher ist mitunter die Rede von einer „Alibi-Funktion“ des § 97 Abs. 4 GWB, da „der Gesetzgeber [so] tut, als setze er sich für mittelständische Unternehmen ein, ohne konkret zu sagen, was die vorgeschriebene vornehmliche Berücksichtigung mittelständischer Interessen im Einzelnen verlangt.“⁴¹ Aufgrund dessen gilt es zu untersuchen, welchen Inhalt und Umfang die Mittelstandsklausel tatsächlich hat bzw. wie weit die vornehmliche Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der Vergabe reicht und reichen darf. *Burgi* differenzierte hinsichtlich der bis zum 23. April 2009 geltenden Fassung des § 97 Abs. 3 GWB a.F. zwischen einer mittelstandsgerechten und mittelstandsbevorzugenden Auftragsvergabe⁴². Diese Unterscheidung ist auch für die derzeitige Fassung des § 97 Abs. 4 GWB heranzuziehen.

³⁵ *Ortner*, VergabeR 2011, 677 (679). A.A. *Kus*, NZBau, 2009, 21 (22).

³⁶ *Maibaum*, in: Hattig/ders. (Hrsg.), KartellVergR, § 97 GWB Rn. 128; *Ortner*, VergabeR 2011, 677 (679) m.w.N.; *Roth*, VergabeR 2009, 404 (405 f.). Den Zwang zur Losvergabe bereits hinsichtlich der Altfassung bejahend, *Baumeister/Kirch*, NZBau 2001, 653 (655); *Müller-Wrede*, NZBau 2004, 643 (644) m.w.N. A.A. *Ollmann*, VergabeR 2008, 447 (448).

³⁷ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 5; *Kus*, NZBau 2009, 21 (22); *Müller-Wrede*, in: ders. (Hrsg.) GWB, § 97 GWB Rn. 23 f. Zur Vorgängerregelung, *Burgi*, NZBau 2006, 606 (609).

³⁸ *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 103.

³⁹ So aber die Tendenz bei *Kus*, NZBau 2009, 21 (22).

⁴⁰ *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 103; *Ortner*, VergabeR 2011, 677 (679). A.A. *Kus*, NZBau 2009, 21 (22).

⁴¹ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 4.

⁴² *Burgi*, NZBau 2006, 606 (607 f.).

aa. Mittelstandsgerechte Vergabe

Die mittelstandsgerechte Auftragsvergabe, zu welcher der Auftraggeber angesichts der Regelung des § 97 Abs.4 Satz 1 GWB verpflichtet ist⁴³, verfolgt das Ziel, größenbedingte, strukturelle Nachteile mittelständischer Unternehmen auszugleichen, um einer größeren Zahl von potenziellen Wirtschaftsteilnehmern die „Wettbewerbsteilnahmemöglichkeit“⁴⁴ zu eröffnen.⁴⁵

(1) Mittelstandsgerechte Verfahrensausgestaltungspflichten

Damit die mittelständischen Unternehmen dieselben Chancen erhalten wie die Großunternehmen und mit ihnen auf gleicher Augenhöhe konkurrieren können, beinhaltet § 97 Abs. 4 GWB unter anderem eine „verfahrenstechnische Art der Förderung“⁴⁶ und die Pflicht zur mittelstandsgerechten Ausgestaltung des Vergabeverfahrens.⁴⁷ So heißt es in der Gesetzesbegründung, dass „auf mittelständische Interessen bei der Ausgestaltung der Vergabeverfahren besonders zu achten“⁴⁸ ist. Auch wenn die Einführung der Mittelstandsklausel politisch motiviert war, so gilt dies nicht für die Umsetzung in § 97 Abs. 4 GWB.⁴⁹ Dies hat zur Folge, dass eine mittelstandsgerechte Ausgestaltung des Vergabeverfahrens keine vergabefremden Ziele verfolgt.⁵⁰ So sollte bereits durch die Aufnahme der mittelständischen Interessen in § 97 Abs. 3 GWB a.F. klargestellt werden, dass diese nicht zu den vergabefremden Aspekten wie sie § 97 Abs. 4 GWB im Sinn hat, zählen.⁵¹ Konsequenz dessen ist, dass der Auftraggeber im Hinblick auf das Wie alle Maßnahmen ergreifen kann und muss, die zu einer mittelstandsgerechten Verfahrensausgestaltung führen, die größenbedingten Nachteile mittelständischer Unternehmen ausgleichen und ihnen die gleichen Startchancen einräumen, ohne dass es diesbezüglich eines Rückgriffs auf die Frage der Zulässigkeit vergabefremder Kriterien bedarf.

(2) Mittelstandsgerechte Zuschlagserteilung

Eine andere Frage ist die, ob die von § 97 Abs. 4 GWB umfasste mittelstandsgerechte Verfahrensausgestaltung bis zur Zuschlagsentscheidung reicht. Eine Beschränkung lediglich auf die Ausgestaltung des Verfahrens ist dem Wortlaut des § 97 Abs. 4 GWB nicht ohne weiteres

⁴³ *Burgi*, NZBau 2006, 606 (608).

⁴⁴ *Kus*, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 156. Ebenso *Burgi*, NZBau 2006, 606 (608).

⁴⁵ In diesem Fall entsteht auch kein Konflikt zu den das Vergaberecht prägenden Grundsätzen des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Wirtschaftlichkeit, vgl. dazu nur *Burgi*, NZBau 2006, 606 (608); *Kus*, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 156.

⁴⁶ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 6.

⁴⁷ *Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB, Rn. 49 m.w.N.

⁴⁸ BTDrucks. 16/10117, S. 15.

⁴⁹ *Burgi*, NZBau 2006, 606 (608 f.); *Marx*, in: Motzke/Pietzcker u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 97 GWB, Rn. 27. A.A. *Werner*, VergabeR 2009, 262 (266).

⁵⁰ *Burgi*, NZBau, 2006, 606 (608); *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), KartellR, § 97 GWB Rn. 37; *Kus*, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 154 ff., 161; *ders.*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 2 EG VOL/A Rn. 29 ff., 37; *Marx*, in: Motzke/Pietzcker u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 97 GWB Rn. 27; *Robbe*, VR 2005, 327 (330); *Robl*, Mittelständische Interessen, in: FS Franke, S. 291 (294). A.A. *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 3; *ders.*, VergabeR 2006, 637 (638, 640, 642); *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 62; *Kaltenborn*, GewArch 52 (2006), 321 (321); *Rittner*, EuZW, 1999, 677 (678). Vorsichtiger *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 126: „kann“. Weniger deutlich, aber wohl in diese Richtung tendierend *Maibaum*, in: Hattig/ders. (Hrsg.), KartellVergR, § 97 GWB Rn. 125.

⁵¹ BTDrucks. 13/9340, S. 36.

zu entnehmen. Zur Vergabe öffentlicher Aufträge gehört alles, vom Beginn der Ausschreibung bis zur Erteilung des Zuschlags; dieser ist ebenso Bestandteil des Vergabeverfahrens, sodass auch in diesem Stadium mittelständische Interessen eine Rolle spielen können.⁵² In der Gesetzesbegründung heißt es, dass die Berücksichtigung geboten ist, „um so die Nachteile der mittelständischen Wirtschaft gerade bei der Vergabe großer Aufträge [...], auszugleichen.“⁵³ Hier ist also die Rede von der Vergabe, welche sich nicht nur in der Ausgestaltung des Verfahrens erschöpft. Der Gesetzgeber kann demnach gewollt haben, dass der Mittelstandsschutz bis zur Zuschlagserteilung reicht. Jedoch ist der Zuschlag gem. § 127 Abs. 1 GWB⁵⁴ auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen, sodass eine mittelstandsgerechte Auftragsvergabe nicht dazu führen darf, dass der Auftraggeber von seiner Verpflichtung aus § 127 Abs. 1 GWB abweicht.⁵⁵ Allerdings kann die Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der Entscheidung darüber, wie das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln ist, eine Rolle spielen.⁵⁶ Insofern reicht die von § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB umfasste mittelstandsgerechte Auftragsvergabe bis zur Zuschlagserteilung und erschöpft sich nicht in der Verfahrensausgestaltung.⁵⁷

bb. Mittelstandsbevorzugende Vergabe

Eine mittelstandsbevorzugende Auftragsvergabe geht hinsichtlich ihrer Wirkung weiter, indem die mittelständischen Unternehmen über die Chancengleichheit hinaus bevorzugt werden, d.h. ihre Interessen bei der Vergabe an sich entscheidend sind und den mittelständischen Unternehmen aufgrund ihrer Zugehörigkeit zum Mittelstand der Vorzug zu geben ist.⁵⁸ Für ein solches Verständnis kann ebenso der Wortlaut des § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB herangezogen werden, wonach die mittelständischen Interessen vornehmlich zu berücksichtigen sind. Fraglich ist hierbei, welcher Bedeutungsgehalt dem Wort „vornehmlich“ zukommt. Dies hängt davon ab, in welchem Zusammenhang es genutzt wird. Wird es als Adjektiv verwendet, weist der Duden⁵⁹ dem Begriff durchaus die Bedeutung „bevorzugt“, „vorrangig“ oder „hauptsächlich“ zu. Ein anderer Bedeutungsgehalt besteht aber dann, wenn es – wie vorliegend – als Adverb verwendet wird. In diesem Fall meint vornehmlich lediglich so viel wie „vor allem“ oder „insbesondere“.⁶⁰ Zudem ist in § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB lediglich die Rede von Berücksichtigung. Dies spricht dafür, dass eine „generelle Vorrangstellung des Mittelstandes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge“ allein aus § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB nicht folgt⁶¹.

⁵² *Faßbender*, NZBau 2010, 529 (533); *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 64.

⁵³ BTDrucks. 16/10117, S. 15.

⁵⁴ Bzw. § 97 Abs. 5 GWB a.F.

⁵⁵ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 6; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *GWB*, § 97 GWB Rn. 126.

⁵⁶ *Faßbender*, NZBau 2010, 529 (533). A.A. *Burgi*, NZBau 2006, 693 (697).

⁵⁷ A.A. *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 6, 8; *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), *KartellR*, § 97 GWB Rn. 34 m.w.N.; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 104; *Kus*, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), *GWB*, § 97 GWB Rn. 156, 161.

⁵⁸ *Burgi*, NZBau 2006, 606 (608); *Gröning*, ZIP 1999, 52 (55).

⁵⁹ Vornehmlich, in: Duden.

⁶⁰ So auch *Müller-Wrede*, in: ders. (Hrsg.) *GWB*, § 97 GWB Rn. 24 m. Fn. 77.

⁶¹ So u.a. *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 23; *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), *KartellR*, § 97 GWB Rn. 34; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 104; *Kaltenborn*, *GewArch* 52 (2006), 321 (322); *Kus*, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), *GWB*, § 97 GWB Rn.

cc. Zwischenergebnis

Die von § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB umfasste mittelstandsgerechte Vergabe ist grundsätzlich zulässig und nicht vergabefremd, da sie zu den vom Auftraggeber zu beachtenden Grundsätzen gehört. Eine mittelstandsgerechte Auftragsvergabe reicht von der Verfahrensausgestaltung bis zur Zuschlagsebene. Eine über die Herstellung der Chancengleichheit hinausgehende Berücksichtigung mittelständischer Interessen rückt in die Kategorie der Verfolgung weitergehender vergabefremder Ziele, da über den eigentlichen Zweck der Bedarfsdeckung hinaus weitere wirtschafts-, gesellschafts- und sozialpolitische Motive verfolgt werden⁶². Eine solche Verfahrensweise kann in § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB zwar grundsätzlich angelegt sein, nicht aber allein auf § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB gestützt werden. Eine bevorzugende Mittelstandsförderung löst vielmehr ein Rechtfertigungs- und Legitimationsbedürfnis aus.⁶³ Demnach kann § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB zwar mittelstandsbevorzugende Maßnahmen ermöglichen, jedoch nur unter Heranziehung weitergehender Legitimationsgrundlagen. Dies ist der entscheidende Unterschied zwischen mittelstandsgerechten und -bevorzugenden Maßnahmen: Erstere können allein aufgrund des § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB vorgenommen werden, für letztere müssen neben § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB weitere Rechtsgrundlagen fruchtbar gemacht werden. Fraglich ist somit zum einen, ob vergabefremde Zielsetzungen im Wege des Vergabeverfahrens verfolgt werden können und wenn ja, wo und wie. Zum anderen, ob sich aus dem Zusammenspiel des § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB mit den übrigen Vergaberegeln eine Rechtfertigung und Legitimation ergibt.⁶⁴

d. Zulässigkeit der Einbeziehung vergabefremder Kriterien im Allgemeinen

Vergabefremde Kriterien zeichnen sich dadurch aus, dass die Auftragsvergabe neben der eigentlichen Bedarfsdeckung des Auftraggebers dazu eingesetzt wird, zusätzliche umwelt-, wirtschafts- und sozialpolitische Ziele zu verfolgen, sodass die Auftragsvergabe „instrumentalisiert“ wird.⁶⁵ Dies bedeutet jedoch nicht, dass hierbei völlig sachfremde und dem Vergaberecht widersprechende Aspekte herangezogen und berücksichtigt werden.⁶⁶ Gemeint ist hiermit lediglich, dass weitergehende Absichten verfolgt werden, ohne die Bedarfsdeckung gänzlich außen vor zu lassen. Hinsichtlich der Möglichkeit und Zulässigkeit vergabefremde Kriterien im Vergabeverfahren zu integrieren, haben sich im Laufe der Zeit die unterschied-

156, 161. A.A. Meyer, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 472, wonach der Wortlaut des § 97 Abs. 3 GWB eine generelle Förderung des Mittelstandes unter Abweichung der Vergaberechtsvorschriften nicht gänzlich ausschließt. Allerdings scheidet nach ihrer Auffassung eine mittelstandsbevorzugende Vergabe aus, weil sie im Widerspruch zu den EG-Richtlinien steht.

⁶² Siehe zum Begriff der vergabefremden Kriterien vorerst nur Boesen, VergR, § 97 GWB Rn. 98, 100.

⁶³ Burgi, NZBau 2006, 606 (608) m.w.N.

⁶⁴ Dies ablehnend Bungenberg, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), KartellR, § 97 GWB Rn. 34 m.w.N.; Burgi, NZBau 2006, 606 (609); Fehling, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 92, 104 m.w.N.

⁶⁵ Siehe zum Begriff der vergabefremden Kriterien nur Beutenmüller, Vergabefremde Kriterien; Boesen, VergR, § 97 GWB Rn. 98; Burgi, Vergabefremde Kriterien, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2009, B 13.; Meyer, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 452. Weitere Begriffe sind die der vergabefremden Zwecke, Sekundärzwecke etc., vgl. dazu nur Beckmann, Sekundärzwecke, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 15; Benedict, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren; Burgi, NZBau 2001, 64 ff.; Fischer, EuZW 2004, 492 ff.; Grzeszick, DÖV 2003, 649 ff.; Kling, Vergabefremde Regelungen, 2000; Pietzcker, ZHR 162 (1998), 427 (464 ff.); Ziekow, NZBau 2001, 72 ff. jewls. m.w.N.

⁶⁶ Burgi, Vergabefremde Kriterien, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2009, B 13. Rn. 4.

lichsten Ansichten entwickelt. Es ist hier nicht der Ort und würde den Rahmen der Arbeit sprengen, diese in allen Einzelheiten nachzuzeichnen. Angemerkt sei nur, dass die Ansichten durch die Urteile des Europäischen Gerichtshofs *Beentjes*⁶⁷, *Nord-Pas-de-Calais*⁶⁸, *Concordia Bus Finland*⁶⁹ und *Wienstrom GmbH*⁷⁰ angefeuert wurden und sich auf Grundlage der Entscheidungen die unterschiedlichsten Auffassungen über die Zulässigkeit und Verortung vergabefremder Kriterien und die Abgeschlossenheit der Richtlinien entwickelt haben.⁷¹ Die lang umstrittene Frage der Einbeziehung weiterer vergabefremder Kriterien ist nunmehr nicht zuletzt durch die Richtlinien 2014 dem Grunde nach positiv beantwortet worden⁷², sodass im Wege des Vergabeverfahrens auch politische Ziele verfolgt werden können.⁷³ So sehen die Richtlinien 2014 vor, die „öffentliche Auftragsvergabe in stärkerem Maße zur Unterstützung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele zu nutzen“⁷⁴. In diesem Zusammenhang werden auch die KMU genannt. Zudem sollen die Mitgliedstaaten gem. Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU geeignete Maßnahmen treffen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind. Aufgrund der Neuausrichtung der Vergaberegulungen ist durchaus fraglich, ob an der Gruppierung der vergabefremden Ziele festgehalten werden sollte.⁷⁵

⁶⁷ EuGH, U.v. 20.9.1988, Rs. C-31/87 – *Beentjes*, Slg. 1988, 4635, NVwZ 1990, 353 ff.

⁶⁸ EuGH, U.v. 26.9.2000, Rs. C-225/98 – *Nord-Pas-de-Calais*, Slg. 2000 I, 7445, NZBau 2000, 584 ff.

⁶⁹ EuGH, U.v. 17.9.2002, Rs. C-513/99 – *Concordia Bus Finland Oy Ab.*, Slg. 2002, I-7213, I-7277 f., NZBau 2002, 618 ff.

⁷⁰ EuGH, U.v. 4.12.2003, Rs. C-448/01 – *Wienstrom GmbH*, Slg. 2003, I-14578, NVwZ 2004, 201 ff.

⁷¹ Siehe zur Entwicklung und den einzelnen Meinungsströmen auf Grundlage der *Beentjes* und *Calais* Rechtsprechung nur *Benedict*, NJW 2001, 947 (948); *Beuttenmüller*, Vergabefremde Kriterien, S. 77 ff.; 101 ff.; 131 ff.; *Dreher*, JZ 2001, 140 ff.; *Fischer/Barth*, NVwZ 2002, 1184 ff.; *Götz*, EuR 1999, 621 ff.; *Losch*, EuR 2005, 231 ff.; *Martin-Ehlers*, WuW 1999, 685 ff.; *Neßler*, DÖV 2000, 145 ff.; *Rust*, EuZW 1999, 453 ff.; *dies.*, EuZW 2000, 205 ff.; *Schima*, NZBau 2002, 1 ff.; *Seidel*, EuZW 2000, 755 ff.; *Ziekow*, NZBau 2001, 72 ff.; Grünbuch über das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft, KOM (1996), 583 endg. v. 27.11.1996, Rn. 5.42 (S. 54), 5.43 (S. 54), 5.52 (S. 56 f.); Mitteilung der Kommission „öffentliches Auftragswesen – Regionale und soziale Aspekte“, v. 22.9.1989, KOM (89) 400 endg., ABl EG v. 12.12.1989, Nr. C 311/7 (12); Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, v. 4.7.2001, KOM (2001) 274 endg., ABl EG v. 28.11.2001, Nr. C 333/12 (23). Siehe zur weiteren Entwicklung aufgrund der Entscheidungen *Concordia* und *Wienstrom* nur *Beuttenmüller*, a.a.O., S. 131 ff.; 129, 118 m.w.N.; *Bultmann*, ZfBR 2004, 134 ff.; *Bungenberg*, NVwZ 2003, 314 ff.; *Krohn*, NZBau 2004, 92 ff.; *Losch*, a.a.O.; *Opitz*, NZBau 2003, 252 ff.

⁷² Diesem zustimmend *Burgi*, NZBau 2015, 597 (599); *Ziekow*, DÖV 2015, 897 (898). Allerdings können vergabefremde Kriterien nicht grenzenlos eingeführt werden. Vielmehr finden sie ihre Grenze im höherrangigen Recht, vgl. dazu *Boesen*, VergR, § 97 GWB Rn. 110, 112 ff.; *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), KartellR, § 97 GWB Rn. 59 m.w.N.; *Diehr*, in: Reidt/Stickler u.a. (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 94, 99; *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 119 ff.; *Maibaum*, in: Hattig/ders. (Hrsg.), KartellVergR, § 97 GWB Rn. 174; *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 124 ff., 548 ff.; *Wiedemann*, in: Kulartz/Kus u.a. (Hrsg.), GWB, § 128 GWB Rn. 33;

⁷³ *Beckmann*, Sekundärzwecke, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 15 Rn. 5; *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), KartellR, § 97 GWB Rn. 58; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 232; *Opitz*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 4 GWB Rn. 80.

⁷⁴ ErwG. 2 RL 2014/24/EU.

⁷⁵ Siehe dazu nur *Beckmeyer*, BR-Plenarprotokoll 936, S. 332 (D); *Burgi*, NZBau 2015, 597 (599). A.A. BTDruks. 18/7090, S. 4, BTDruks. 18/7092, S. 6.

e. Verortung vergabefremder Kriterien im Vergabeverfahren

Die Einbeziehung weitergehender vergabefremder Kriterien im Vergabeverfahren ist demnach dem Grunde nach zulässig. Sie können auf Grundlage der Richtlinien 2014 grundsätzlich in den vier Phasen der Definition des Auftragsgegenstandes⁷⁶, der Eignungsprüfung, der Zuschlagserteilung und der Auftragsdurchführung etabliert werden.

aa. Definition des Auftragsgegenstandes – Leistungsbeschreibung

Die Berücksichtigung mittelstandsbevorzugender Interessen im Rahmen der Definition des Auftragsgegenstandes scheidet hingegen aus. Zwar hat der Auftraggeber bei der auf die Bedarfsdefinition folgenden Definition des Auftragsgegenstandes entsprechend seiner Beschaffungsautonomie grundsätzlich freies Ermessen und einen weiten Spielraum.⁷⁷ Ferner enthalten die Vergaberichtlinien im Rahmen der Vorschriften zur Leistungsbeschreibung, welche Rückwirkung auf die zuvor erfolgte Bedarfsdefinition entfalten⁷⁸, Regelungen hinsichtlich der technischen⁷⁹ und – seit der Vergaberichtlinienmodernisierung 2014 auch – sozialen Spezifikation. Allerdings handelt es sich bei der Mittelstandsförderung weder um technische noch soziale Spezifikationen. Mit zuletzt genannten sind lediglich solche Eigenschaften angesprochen, die den Auftragsgegenstand und dessen Nutzer betreffen, nicht aber jene, die den Gegenstand herstellen oder liefern – d.h. die Auftragnehmer.⁸⁰

bb. Auswahl der Bewerber – Eignungskriterien

Ebenso wenig kann die Mittelstandszugehörigkeit als Eignungskriterium oder Ausschlussgrund ausgestaltet werden. Bei der Eignung handelt es sich um eine bewerber- und bieterbezogene Eigenschaft⁸¹, die in den Richtlinien auftragsbezogen ausgestaltet ist⁸². Im Rahmen der Eignungsprüfung stellt der Auftraggeber gem. Art. 58 RL 2014/24/EU die Kriterien auf, die die Wirtschaftsteilnehmer erfüllen müssen, um für die Auftragserfüllung im Hinblick auf ihre Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, ihre wirtschaftliche und finanzielle sowie ihre technische und berufliche Leistungsfähigkeit (auch Fachkunde genannt) geeignet zu sein.⁸³ Als Nachweis dafür können die öffentlichen Auftraggeber nur die in Art. 60 Abs. 2 - 4 RL 2014/24/EU und Art. 62 RL 2014/24/EU genannten Bescheinigungen, Erklärungen und Nachweise anfordern. Darüber hinaus spielen persönliche Gründe der Wirtschaftsteilnehmer

⁷⁶ Siehe allgemein zur Möglichkeit, vergabefremde im Rahmen der Leistungsbeschreibung zu verorten nur *Beuttenmüller*, Vergabefremde Kriterien, S. 191 f., 201; *Kling*, Vergabefremde Regelungen, S. 599 ff.; *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 74 m.w.N., S. 348; *Pietzcker*, Staatsauftrag, S. 382 f.; *ders.* AÖR 107 (1982), 61 (89 f.); *Pollmann*, Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 61 ff., der zugleich auch die Grenzen aufzeigt.

⁷⁷ *Pietzcker*, AÖR 107 (1982), 61 (93 f.); *ders.*, Staatsauftrag, S. 382.

⁷⁸ Da die Leistungsbeschreibung die Bedarfsdefinition und damit die Definition des Auftragsgegenstandes widerspiegelt, *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 232; *Steinberg*, NZBau 2005, 85 (85 f.).

⁷⁹ Siehe dazu nur *Fischer*, EuZW 2004, 492 (493); *Fischer/Barth*, NVwZ 2002, 1184 (1185 f.); *Steinberg*, NZBau 2005, 85 (85 f.).

⁸⁰ Vgl. Ewgr. 99 RL 2014/24/EU: „In technischen Spezifikationen können öffentliche Auftraggeber solche sozialen Anforderungen vorsehen, die die betreffende Ware oder die betreffende Dienstleistung unmittelbar charakterisieren [...]“

⁸¹ *Summa*, in: Heiermann/Blaufuß u.a. (Hrsg.), JurisPK VergR, § 97 GWB Rn. 121.

⁸² *Fischer*, EuZW 2004, 492 (493).

⁸³ § 122 Abs. 2 GWB.

eine Rolle. Art. 57 RL 2014/24/EU⁸⁴ benennt die Gründe bei dessen Vorliegen die Wirtschaftsteilnehmer zwingend⁸⁵ oder fakultativ⁸⁶ vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen bzw. können oder Fälle, bei denen vom Ausschluss des Wirtschaftsteilnehmers abgesehen werden kann.⁸⁷ Da es sich bei den Eignungs- und Ausschlusskriterien um einen „im Grundsatz zwingende[n] Maßstab für die Auswahl der Unternehmer“⁸⁸ handelt, sind sie in den Richtlinien abschließend aufgezählt⁸⁹, sodass die Aufnahme weitergehender als den dort genannten Kriterien nicht zulässig ist⁹⁰. Folglich ist die Heranziehung vergabefremder Ziele im Rahmen der Eignungsprüfung nur in einem eng begrenzten Umfang möglich. In Bezug auf ökologische Gesichtspunkte ist dies in Art. 62 RL 2014/24/EU erfolgt. Des Weiteren können zwar auch sozial- und arbeitsrechtliche Gesichtspunkte Gegenstand der Eignungsprüfung sein, da der öffentliche Auftraggeber gem. Art. 57 Abs. 4 lit. a) RL 2014/24/EU Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen kann, wenn er auf geeignete Weise Verstöße gegen die geltenden Verpflichtungen gem. Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU nachweisen kann.⁹¹ Allerdings zählt die Mittelstandszugehörigkeit nicht zu den in Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU genannten Aspekten. Denn Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU bezieht sich auf verhaltensbedingte Anforderungen an die Wirtschaftsteilnehmer. Das Vorliegen bestimmter Eigenschaften ist davon nicht umfasst.

cc. Zuschlagskriterien

(1) Soziale Kriterien als Zuschlagskriterien

Die Richtlinien 2014 eröffnen die lange Zeit umstrittene Möglichkeit, vergabefremde – insbesondere soziale – Aspekte auf Zuschlagsebene zu verankern.⁹² Das Vergabewesen soll nicht nur dafür eingesetzt werden, wirtschaftlich zu beschaffen, sondern es ist „in stärkerem Maße zur Unterstützung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele“⁹³ zu nutzen.⁹⁴ Hierfür erheben die

⁸⁴ Bzw. §§ 123 f. GWB.

⁸⁵ Ein zwingender Ausschluss ist zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens möglich. Wurde bereits der Zuschlag erteilt, kann der Auftraggeber den Vertrag gem. § 133 Abs. 1 Nr. 2 GWB kündigen, vgl. dazu auch § 123 Abs. 1 GWB; BTDrucks. 18/6281, S. 102.

⁸⁶ Siehe hierzu nur BTDrucks. 18/6281, S. 104 f.

⁸⁷ Gem. Art. 57 Abs. 6 RL 2014/24/EU, §§ 123 Abs. 4 S. 2, § 125 GWB besteht die Möglichkeit der Selbstreinigung, vgl. dazu BTDrucks. 18/6281, S. 107 ff.

⁸⁸ *Diehr*, in: Reidt/Stickler u.a. (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 62.

⁸⁹ *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), *KartellR*, § 97 GWB Rn. 59; *Dreher*, in: Immen- ga/Mestmäcker (Hrsg.), *GWB*, § 97 GWB Rn. 199; *Frenz*, NZBau 2007, 17 (18); *Opitz*, in: *Dreher/Motzke* (Hrsg.), *VergR*, § 97 Abs. 4 GWB Rn. 86; *ders.*, *VergabeR* 2004, 421 (430).

⁹⁰ Dies ist Ausfluss der Beentjes-Entscheidung des EuGH. Siehe zu den Schlussfolgerungen der Entscheidung nur *Beutenmüller*, *Vergabefremde Kriterien*, S. 135 ff. So heißt es auch in der Gesetzesbegründung zum VergR-ModG 2016, BTDrucks. 18/6281, S. 100, dass § 122 GWB die Grundanforderungen an die Eignung abschließend festlegt.

⁹¹ § 128 Abs. 1 GWB setzt dies im nationalen Recht um.

⁹² *Ziekow*, DÖV 2015, 897 (902). Hinsichtlich der Einbeziehung ökologischer Aspekte schafften die Richtlinien 2004 bereits Klarheit. Für die sozialen Zuschlagskriterien enthielten die Richtlinien 2004 hingegen kein eindeutiges Rechtsregime, siehe dazu nur *Beutenmüller*, *Vergabefremde Kriterien*, S. 203 ff.; *Losch*, EuR 2005, 231 (240 f.); *Wiedmann*, *Soziale Vergabekriterien*, S. 275 m.w.N., 277, 279 ff. Siehe allgemein zur Entwicklung der rechtlichen Verankerung sozialer Aspekte im Vergabeverfahren *Ziekow*, DÖV 2015, 897 ff.

⁹³ Ewgr. 1 RL 2014/24/EU, der in diesem Zusammenhang auch die KMU nennt.

⁹⁴ Wobei der Entscheidung über den Zuschlag aber nicht nur kostenfremde Kriterien zugrunde gelegt werden sollen, Ewgr. 92 RL 2014/24/EU.

Richtlinien 2014 den Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebotes⁹⁵ bzw. des „besten Preis-Leistungs-Verhältnisses“⁹⁶ im Rahmen der Zuschlagsentscheidung zum übergeordneten Konzept, „da alle Angebote, die den Zuschlag erhalten, letztlich danach ausgewählt werden sollten, was der einzelne öffentliche Auftraggeber für die wirtschaftlich beste Lösung [...] hält.“^{97,98} Die Heranziehung dieses übergeordneten Konzeptes soll es den Auftraggebern ermöglichen, flexiblere Entscheidungen zu treffen, indem sie auch strategisch gesellschaftliche Aspekte und soziale Kriterien berücksichtigen können.⁹⁹ Art. 67 Abs. 2 RL 2014/24/EU sieht diesbezüglich ausdrücklich vor, dass im Rahmen des Zuschlags weitergehende vergabefremde Aspekte im ökologischen¹⁰⁰ und sozialen Bereich herangezogen werden können.¹⁰¹ Voraussetzung für die Einbeziehung ist, dass es sich um objektive oder qualitative Kriterien handelt, die die Grundsätze der Transparenz, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung sowie des Wettbewerbs gewährleisten, dem Auftraggeber keine unbegrenzte Wahlfreiheit einräumen und sie im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen.¹⁰² Dieses Erfordernis ist weit zu verstehen. Wurde ein solcher Zusammenhang früher nur angenommen, wenn das Zusatzkriterium im unmittelbaren und direktem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stand, sodass es sich in den Eigenschaften des Auftragsgegenstandes niederschlagen musste und somit Maßnahmen zur Förderung von Langzeitarbeitslosen, Auszubildenden etc. aufgrund ihrer Allgemeinbetrieblichkeit ausgeschlossen waren.¹⁰³ So setzte sich zunehmend die Ansicht durch, dass ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand auch mittelbar bestehen kann. Dies findet sich nunmehr auch in den Richtlinien wieder. Deutlich wird dies aus der Formulierung des Art. 67 Abs. 3 RL 2014/24/EU „in Verbindung stehen“.¹⁰⁴ Somit besteht ein Zusammenhang auch dann, wenn bei der Ausführung des konkreten Auftrages benachteiligte Personen oder Angehörige sozial schwacher Gruppen eingesetzt werden.¹⁰⁵ Jedoch ist es dem Auftraggeber nicht gestattet, Kriterien bezüglich der allgemeinen Unternehmenspolitik aufzustellen, da es sich dabei nicht um einen Faktor handelt, der den konkreten Prozess der Herstellung oder Bereitstellung des infrage stehenden Auftrages charakterisiert. Der Auftraggeber kann daher von den Bietern keine bestimmte Politik der sozialen oder ökologischen Verantwortung verlangen.¹⁰⁶

⁹⁵ Art. 67 Abs. 1 RL 2014/24/EU.

⁹⁶ Diese Begrifflichkeit führt die Richtlinie ein, um Unklarheiten zu vermeiden, da der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebotes bereits in den älteren Richtlinien verwendet wurde, vgl. Ewgr. 89 RL 2014/24/EU.

⁹⁷ Ewgr. 89 RL 2014/24/EU.

⁹⁸ Die Richtlinien 2004 differenzierten diesbezüglich zwischen dem Angebot mit dem niedrigsten Preis und dem aus Sicht des Auftraggebers wirtschaftlich günstigsten Angebotes.

⁹⁹ So die Begründung des Europäischen Rates, des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten und des Ausschusses für Verkehr und Fremdenverkehr v. 21.9.2012, im Internet abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2013-0007&language=DE&mode=XML#title2> (30.7.2016).

¹⁰⁰ Hierbei verweist Ewgr. 91 ausdrücklich auf Art. 11 AEUV.

¹⁰¹ Dazu zählt die Richtlinie eine nicht abschließende Liste möglicher ökologischer und sozialer Aspekte auf, vgl. Ewgr. 92 RL 2014/24/EU.

¹⁰² Art. 67 Abs. 3, 4 RL 2014/24/EU.

¹⁰³ Vgl. dazu nur *Opitz*, NZBau 2003, 252 ff. (257) m.w.N.

¹⁰⁴ Siehe dazu auch *Wiedemann*, in: *Kulartz/Kus u.a. (Hrsg.)*, *GWB*, § 127 *GWB* Rn. 61.

¹⁰⁵ Ewgr. 93, 99 RL 2014/24/EU.

¹⁰⁶ Ewgr. 98 RL 2014/24/EU.

(2) Mittelstand als sozialer Aspekt im Rahmen des Zuschlags

Fraglich ist, ob auch die Mittelstandszugehörigkeit ein soziales Zuschlagskriterium i.S.d. Richtlinien 2014 darstellt. Im Gegensatz zu den Eignungskriterien beschränkt sich Art. 67 Abs. 2 RL 2014/24/EU nicht auf sozialrechtliche Aspekte – sodass es sich nicht um eine verhaltensbedingte Anforderung handeln muss –, sondern erweitert die Möglichkeit auf soziale Belange im Allgemeinen. Eine konkrete Definition des Begriffs sozialer Aspekt geben die Richtlinien nicht vor; vielmehr enthalten diese nur beispielhafte Aufzählungen.¹⁰⁷ Gegen die Subsumtion mittelständischer Interessen als sozialer Belang könnte sprechen, dass der Richtlinienggeber die Interessen der KMU an anderen Stellen bereits aufgenommen und berücksichtigt hat und sich daher bewusst gegen die Einbeziehung im Rahmen des Zuschlags entschieden hat. Demgegenüber betont der Richtlinienggeber stets, dass es sich bei den Aufzählungen nur um Beispiele handelt, die nicht den Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Zudem hat der Begriff der sozialen Belange einen weiten Bedeutungsgehalt, der alle sozialen, gesellschafts- und arbeitsmarktpolitisch motivierten Forderungen und Bereiche umfasst und abdeckt¹⁰⁸. Ein sozialer Aspekt liegt folglich dann vor, wenn die rechtlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Lebensbedingungen von Personen oder Personengruppen verbessert oder gesichert werden sollen¹⁰⁹; sie dienen demnach dem Interesse der Allgemeinheit. Es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass auch mittelständische Interessen umfasst sind, insbesondere weil es sich dabei um einen wirtschaftspolitischen Belang handelt, der gleichzeitig sozialpolitische Wirkung entfaltet und damit mittelbar die wirtschaftlichen Lebensbedingungen verbessert. Sozialpolitisch motiviert sind darüber hinaus auch Maßnahmen, die konjunkturellen Schwankungen entgegensteuern und somit eine gesamtwirtschaftliche Auswirkung haben.¹¹⁰ Vergegenwärtigt man sich die im § 1 und § 4 angesprochene Rolle des Mittelstandes im gesellschaftlichen Bereich¹¹¹, so kann der Berücksichtigung ihrer Interessen eine soziale Komponente nicht abgesprochen werden. Insofern schließen es die Richtlinien nicht aus, im Rahmen des Zuschlags vergabefremde Aspekte in Form der mittelständischen Interessen zu berücksichtigen. Das Erfordernis des Zusammenhangs mit dem Auftragsgegenstand ist zudem weit zu verstehen, sodass sich die zusätzlichen Faktoren gem. Art. 67 Abs. 3 RL 2014/24/EU nicht zwingend auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken müssen. Der Zusammenhang liegt auch dann vor, wenn sich die Zusatzkriterien auf die mit der konkreten Auftragsdurchführung betrauten Unternehmen beziehen. Insofern heißt es sowohl in den Erwägungsgründen der Richtlinie 2014/24/EU als auch in der Gesetzesbegründung zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016, dass ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand auch dann gegeben ist, wenn bei der Ausführung des konkreten Auftrages der Einsatz von Auszubildenden oder Langzeitarbeitslosen gefordert wird.¹¹² Dies muss auch für die hier infrage stehende Bedingung gelten, da es hier ebenso

¹⁰⁷ Vgl. Ewgr. 99; Art. 67 Abs. 2 lit. a) - c) RL 2014/24/EU.

¹⁰⁸ Beckmann, Sekundärzwecke, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 15 Rn. 9; *Ölcüm*, Soziale Belange, S. 37.

¹⁰⁹ *Ölcüm*, Soziale Belange, S. 37 m.w.N.

¹¹⁰ Siehe allgemein zum Begriff der sozialen Belange i.w.S. und i.e.S. *Ölcüm*, Soziale Belange, S. 175 f.

¹¹¹ Vgl. dazu Kap. 1 § 1 II.; Kap. 2 § 4 II.

¹¹² Ewgr. 99 RL 2014/24/EU; BTDrucks. 18/6281, S. 114.

um das den konkreten Auftrag ausführende Unternehmen geht. Soweit die übrigen, sich aus der Richtlinie ergebenden Anforderungen gegeben sind, dürfen mittelständische Interessen demzufolge im Rahmen des Zuschlags berücksichtigt werden und ermöglichen mitunter sogar Bevorzugungen.

dd. Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsdurchführung

(1) Eine weitere vierte Stufe im Vergabeverfahren

Daneben führten die Richtlinien 2004 mit Art. 26 RL 2004/18/EG eine weitere Kategorie – die der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsdurchführung – ein, um vergabefremde Aspekte zu integrieren. Die Richtlinien 2014 halten an der Kategorie der zusätzlichen Ausführungsbedingungen fest, erweitern aber den Katalog möglicher berücksichtigungsfähiger Belange. Mit den zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung sind Vorstellungen des Auftraggebers verbunden, wonach der Auftragnehmer nach Vertragsschluss bestimmte Dinge tut oder unterlässt, die mit dem konkreten Auftrag im Zusammenhang stehen, für dessen Verwirklichung aber nicht zwangsläufig notwendig sind.¹¹³ Es handelt sich daher um für die Auftragsausführung festgelegte, objektive Anforderungen, die weder die Grundlage für eine vergleichende Bewertung der Qualität von Angeboten bilden noch der Bewertung der Angebote oder der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes dienen.¹¹⁴ Da sie sich auf die Zeit nach Zuschlagserteilung beziehen, sind die zusätzlichen Ausführungsbedingungen streng genommen keine Eignungs- und keine Zuschlagskriterien.¹¹⁵ Hierfür spricht des Weiteren die systematische Stellung, weil sich die sekundärrechtliche Grundlage – Art. 70 RL 2014/24/EU – in einem gesonderten Kapitel, nämlich dem der Auftragsausführung befindet. Mit dem Zuschlag werden die Ausführungsbedingungen Vertragsbedingungen.¹¹⁶ Hiermit setzte sich die auf dem Beentjes-Urteil basierende Auffassung der Europäischen Kommission durch¹¹⁷, wonach vergabefremde Ziele auf einer vierten, dem Vergabeverfahren nachgelagerten Stufe realisiert werden können.¹¹⁸

¹¹³ BTDrucks. 18/6281, S. 113; BTDrucks. 16/10117, S. 16.

¹¹⁴ Ewgr. 104 RL 2014/24/EU.

¹¹⁵ *Beckmann*, Sekundärzwecke, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 15 Rn. 18 f.; *Diehr*, in: Reidt/Stickler u.a. (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 88 ff. (90); *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 257, 261; *Kirch/Leinemann*, VergabeR 2009, 414 (416); *Kulartz*, in: ders./Kus u.a. (Hrsg.), GWB, 2014, § 97 GWB Rn. 120; *Leinemann*, Vergabe, Rn. 43 m.w.N.; *Ölcüm*, Soziale Belange, S. 113; *Summa*, in: Heiermann/Blaufuß u.a. (Hrsg.), JurisPK VergR, § 97 GWB Rn. 176 f.; *Varga*, VergabeR 2009, 535 (536 f., 539). A.A. *Diemon-Wies/Graiche*, NZBau 2009, 409 (412): „Die Neuerung bezieht sich nach ihrem Wortlaut eindeutig auf die Leistungsbeschreibung und auf die Prüfung der Wirtschaftlichkeit“.

¹¹⁶ *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 260; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 163; *Ölcüm*, Soziale Belange, S. 113; *Opitz*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 4 GWB Rn. 89 m.w.N.; *Steiff*, VergabeR 2009, 290 (300); *Varga*, VergabeR 2009, 535 (536); *Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 143; BTDrucks. 18/6281, S. 113.

¹¹⁷ *Steinberg*, NZBau 2005, 85 (91). In den nach dem Urteil folgenden Mitteilungen der Kommission wies diese stets darauf hin, dass der EuGH mit den besonderen zusätzlichen Bedingungen nur Anforderungen gemeint haben könne, die die Auftragnehmer außerhalb des Vergabeverfahrens zu erfüllen habe, siehe u.a. Mitteilung der Kommission, Öffentliches Auftragswesen, Regionale und soziale Aspekte, v. 22.9.1989, KOM 89 (400) endg., ABI EG v. 12.12.1989, Nr. C 311/7 (13 f.); Grünbuch über das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft, KOM (1996), 583 endg. v. 27.11.1996, Nr. 5.52; nicht im Amtsblatt veröffentlichte Mitteilung „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union“, v. 11.3.1998, KOM (98) 143, Nr. 4.4.

¹¹⁸ So schon *Beuttenmüller*, Vergabefremde Kriterien, S. 209.

Grundsätzlich hat der Auftraggeber nur die Möglichkeit, mittels entsprechender Vertragsklauseln und Auflagen auf das Verhalten des Auftragnehmers während der Auftragsdurchführung Einfluss zu nehmen.¹¹⁹ Allerdings erscheinen Sinn und Effektivität der Verwirklichung vergabefremder Ziele dann fraglich.¹²⁰ Denn der Auftraggeber hat ein Interesse daran, bereits im Vorhinein zu wissen, ob das beauftragte Unternehmen seinen Zielvorstellungen gerecht wird.¹²¹ Ist er hingegen auf Schadensersatzansprüche, Vertragsstrafen und Kündigung verwiesen, resultieren daraus weitere Kosten aufgrund eines möglichen Rechtsstreits und der Neuausschreibung sowie Zeitverzögerungen.¹²² Darum müssen sich die zusätzlichen Bedingungen, auch wenn sie dem Vergabeverfahren nachgelagert sind, schon auf einer vorherigen Stufe des Verfahrens auswirken.¹²³ Da die Richtlinien festlegen, dass die Bewertung der Angebote von den zusätzlichen Ausführungsbedingungen unberührt bleibt¹²⁴, dürfen die Angebote, bei denen offensichtlich ist, dass die Bieter die zusätzlichen Ausführungsbedingungen nicht erfüllen werden, bei der Zuschlagsentscheidung nicht abgewertet werden.¹²⁵ Stattdessen wirken sich die zusätzlichen Bedingungen der Auftragsausführung bereits auf der ersten Wertungsstufe aus. Der Auftraggeber muss sich die Einhaltung der zusätzlichen Ausführungsbedingungen durch eine entsprechende Erklärung des Bieters zusichern lassen.¹²⁶ Ist der Bieter hierzu nicht bereit, ist das Angebot wegen einer Abweichung von den Vergabeunterlagen auszuschließen.¹²⁷ So heißt es in der Gesetzesbegründung zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016, dass von Beginn an kein zuschlagsfähiges Angebot vorliegt, wenn der Bieter „nicht willens oder in der Lage ist, im Falle der Zuschlagserteilung diese Bedingungen [...] zu beachten [...]“.¹²⁸ *Wiedmann* spricht diesbezüglich von einer „absoluten Ausschlußwirkung“, weshalb die Ausführungsbedingungen ein negativer Ansatz seien, vergabefremde Ziele zu verfolgen und zu verwirklichen.¹²⁹ ¹³⁰

¹¹⁹ *Fischer*, EuZW 2004, 492 (494); *Ölcüm*, Soziale Belange, S. 114; *Summa*, in: Heiermann/Blaufuß u.a. (Hrsg.), JurisPK VergR, § 97 GWB Rn. 178 ff.

¹²⁰ So auch *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 164.

¹²¹ So auch *Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 143, wonach es widersinnig wäre, die Bereitschaft zur Erfüllung der zusätzlichen Ausführungsbedingungen vor Zuschlagserteilung nicht im Wege einer Selbstverpflichtungserklärung des Bieters überprüfen zu können.

¹²² *Wiedmann*, Soziale Vergabekriterien, S. 278 m.w.N.

¹²³ *Opitz*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 4 GWB Rn. 90. Mit ähnlicher Tendenz *Ziekow*, DÖV 2015, 897 (902).

¹²⁴ Ewgr. 104 RL 2014/24/EU.

¹²⁵ So aber *Schneider*, NVwZ 2009, 1057 (1060); *Steinberger*, NZBau 2005, 85 (91) m.w.N. A.A. *Ölcüm*, Soziale Belange, S. 113.

¹²⁶ BTDrucks. 18/6281, S. 113. Kommt der Bieter den zugesicherten Ausführungsbedingungen bei Vertragsdurchführung nicht nach, kann dies zivilrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

¹²⁷ *Egidy*, DÖV 2009, 835 (838); *Kirch/Leinemann*, VergabeR 2009, 414 (416); *Kling*, Vergabefremde Regelungen, S. 210 ff. (212) m.w.N.; *Krohn*, NZBau 2004, 92 (94); *Kulartz*, in: ders./Kus u.a. (Hrsg.), GWB, 2014, § 97 GWB Rn. 121; *Leinemann*, Vergabe, Rn. 43; *Opitz*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 4 GWB Rn. 90; *Steff*, VergabeR 2009, 290 (300) m.w.N.; *Varga*, VergabeR 2009, 535 (538); *Wiedmann*, Soziale Vergabekriterien, S. 278; *Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 143. Mit ähnlicher Tendenz *Steinberg*, NZBau 2005, 85 (91) m.w.N. A.A. *Ölcüm*, Soziale Belange, S. 113; *Summa*, in: Heiermann/Blaufuß u.a. (Hrsg.), JurisPK VergR, § 97 GWB Rn. 178 ff. Weniger eindeutig *Beuttenmüller*, Vergabefremde Kriterien, S. 186, 209; *Fischer*, EuZW 2004, 492 (494 m. Fn. 22).

¹²⁸ BTDrucks. 18/6281, S. 113.

¹²⁹ *Wiedmann*, Soziale Vergabekriterien, S. 278. Mit ähnlicher Tendenz *Kulartz*, in: ders./Kus u.a. (Hrsg.), GWB, 2014, § 97 GWB Rn. 121.

(2) Mittelstand als sozialer Aspekt im Rahmen der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsdurchführung

Gem. Art. 70 RL 2014/24/EU kann der Auftraggeber wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Bedingungen für die Auftragsdurchführung festlegen. In Anbetracht der wirtschaftlichen, beschäftigungspolitischen, gesellschaftlichen und sozialen Rolle des Mittelstandes zählen dessen Interessen ebenso dazu. Voraussetzung für die Einbeziehung ist, dass die zusätzlichen Bedingungen mit dem Unionsrecht vereinbar sind, d.h. weder unmittelbar noch mittelbar zur Diskriminierung führen, in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen angegeben werden und ein Zusammenhang mit dem konkreten Auftragsgegenstand besteht.¹³¹ Eine solche Verbindung besteht, da es sich beim Mittelstand um das den konkreten Auftrag ausführende Unternehmen handelt. Demnach können mittelständische Interessen als sozialer Belang im Rahmen der zusätzlichen Ausführungsbedingungen berücksichtigt werden. Aufgrund der damit einhergehenden möglichen absoluten Ausschlusswirkung, ist die Heranziehung mittelständischer Interessen als vergabefremdes Kriterium im Rahmen des Zuschlags mitunter aber das mildere, geeignetere und flexiblere Mittel.¹³² Denn auf der Zuschlagsebene treten die verfolgten vergabefremden Kriterien und die damit einhergehenden Kosten in den eigentlichen Wettbewerb, d.h. die mit der Realisierung dieser Zielvorstellungen einhergehenden Kosten werden transparent¹³³ und führen lediglich zu einem relativen Ausschluss.¹³⁴

f. Legitimations- und Rechtfertigungsbedürfnis

Vergabefremde Kriterien können auf Grundlage der Richtlinien 2014 folglich auf den vier Stufen des Vergabeverfahrens integriert werden. Vergabefremde Aspekte in Form mittelstandsbevorzugender Maßnahmen können aber nur auf der Ebene der Zuschlagsentscheidung und als zusätzliche Bedingungen für die Auftragsdurchführung berücksichtigt werden. Angesichts der mittelstandsbevorzugenden Wirkung genügt auf nationaler Regelungsebene § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB allein nicht als Rechtsgrundlage. Vielmehr ist der Mittelstandsbevorzugung stets eine Ungleichbehandlung immanent, die gem. § 97 Abs. 2 GWB einer entsprechenden Rechtfertigung und Legitimation bedarf.¹³⁵ Zwar spricht § 97 Abs. 2 GWB von Ungleichbehandlungen aufgrund des GWB, sodass Benachteiligungen, die im GWB selbst verankert sind, nicht von § 97 Abs. 2 GWB erfasst sein könnten.¹³⁶ Dementgegen wird § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB in Bezug auf die Losaufteilung aber ebenfalls als eine Abweichung i.S.d. § 97 Abs. 2

¹³⁰ Mitunter wird daher geltend gemacht, dass die zusätzlichen Bedingungen sich im Ergebnis doch wie Eignungs- oder Zuschlagskriterien auswirken, vgl. *Kling*, Vergabefremde Regelungen, S. 150 ff. (152 f.); *Steinberger*, NZBau 2005, 85 (92). Zurückhaltender *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 164; *Opitz*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 4 GWB Rn. 90.

¹³¹ Erwg. 104; Art. 70 i.V.m. Art. 67 Abs. 3 RL 2014/24/EU.

¹³² *Arrowsmith*, ELR 2002, 3 (13); *Krohn*, NZBau, 2004, 92 (94); *Wiedmann*, Soziale Vergabekriterien, S. 279. Allgemein *Schneider*, DVBl 2003, 1186 (1190).

¹³³ *Krohn*, NZBau 2004, 92 (94); *Schneider*, DVBl 2003, 1186 (1189 ff.).

¹³⁴ *Rechten*, NZBau 2004, 366 (369); *Wiedmann*, Soziale Vergabekriterien, S. 278 f.

¹³⁵ *Dörr*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 2 GWB Rn. 15; *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 56; *Zeise*, in: Kulartz/Kus u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 63. Weniger eindeutig *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 83.

¹³⁶ Auf dieses Problem aufmerksam machend auch *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 477.

GWB angesehen.¹³⁷ Dies muss dann auch für § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB gelten, weil § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB die Grundlage für die in Satz 2 verankerte Losaufteilung schafft. Somit kann § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB im Anwendungsbereich des § 97 Abs. 2 GWB durchaus herangezogen werden und in diesem Zusammenhang eine entsprechende Legitimationsgrundlage darstellen, mit der Folge, dass mittelständische Interessen im gesamten Vergabeverfahren eine – in welcher Form auch immer – besondere Rolle einnehmen und eine Abweichung vom Gebot der Gleichbehandlung ermöglichen.¹³⁸ Darüber hinaus müssen die Differenzierungskriterien durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt und in verhältnismäßiger Weise vorgenommen worden sein.¹³⁹ Die in § 4 erläuterte besondere Rolle mittelständischer Unternehmen und dessen Nachteile stellen einen solchen sachlichen Grund dar. Im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit kommt es auf die jeweilige konkrete Maßnahme an. Aufschluss darüber, auf welcher Stufe des Vergabeverfahrens der vergabefremde mittelstandsbevorzugende Aspekt Eingang findet, gibt im nationalen Regelungsregime das Zusammenspiel der einzelnen Normen.

aa. Verortung mittelständischer Interessen als vergabefremder Aspekt im nationalen Recht – Zuschlag § 127 Abs. 1 GWB

Gem. § 97 Abs. 3 GWB sind in jeder Phase des Vergabeverfahrens Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte zu berücksichtigen.¹⁴⁰ Hierfür ist der Zuschlag zwar gem. § 127 Abs. 1 GWB auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen. Jedoch enthalten die nachfolgenden Absätze weitergehende, nicht abschließende Vorgaben über die Gestaltung der Zuschlagskriterien, wonach qualitative, umweltbezogene, innovative oder soziale Aspekte bei der Zuschlagsentscheidung herangezogen werden können.¹⁴¹ Das Wirtschaftlichkeitsprinzip ist folglich nicht nur auf rein betriebswirtschaftliche Aspekte zu reduzieren, sodass nicht nur monetäre Kriterien berücksichtigt werden¹⁴². Vielmehr können weitere qualitative und quantitative Aspekte eine Rolle spielen. Weder aus dem Verfassungs- noch aus dem Unionsrecht ergibt sich eine ausschließliche Orientierung am reinen Betriebswirtschaftlichkeitskriterium.¹⁴³ Hinzu kommt, dass der Auftraggeber bei seinem Ein-

¹³⁷ So auch *Dörr*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 97 Abs. 2 GWB Rn. 15; *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 55. A.A. *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 83.

¹³⁸ *Gröning*, ZIP 1999, 52 (54 f.); *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 55. Mit ähnlicher Tendenz *Leinemann*, *Vergabe*, Rn. 33. A.A. *Diehr*, in: Reidt/Stickler u.a. (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 52; *Müller-Wrede*, in: ders. (Hrsg.), *GWB*, § 97 GWB Rn. 25. In Bezug auf Art. 3 Abs. 1 GG *Werner*, *VergabeR* 2009, 262 (267 ff.).

¹³⁹ *Dörr*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 97 Abs. 2 GWB Rn. 16 f.; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 84; *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 56.

¹⁴⁰ Siehe hierzu auch BTDrucks. 18/6281, S. 68. Da § 97 Abs. 3 GWB als Grundsatz ausgestaltet ist und ausdrücklich bestimmte – bislang als vergabefremd – benannte Zwecke erwähnt, dürfte sich diese Charakterisierung nunmehr erledigt haben, vgl. dazu auch *Burgi*, NZBau 2015, 597 (599). A.A. BTDrucks. 18/7090, S. 4.

¹⁴¹ Siehe zur Kritik und Änderungsvorschlägen BTDrucks. 18/7089, S. 2, 4, wonach der Auftraggeber zur Heranziehung dieser Kriterien im Rahmen des Zuschlags verpflichtet werden soll. Auf verordnungsrechtlicher Ebene ist dies in den § 58 VgV; § 52 SektVO; § 16d Abs. 2 EU VOB/A verankert, die mit Ausnahme der VOB/A auf § 127 GWB Bezug nehmen.

¹⁴² *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), *KartellR*, § 97 GWB, Rn. 64 ff.; *Faßbender*, NZBau 2010, 529 (533).

¹⁴³ *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 135 f.; *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 119, 122 ff.; *Schneider*, DV 34 (2001), 317 (323 ff., 326).

kauf grundrechtsgebunden und damit dem Gemeinwohl verpflichtet ist¹⁴⁴, sodass eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung bei der Angebotswertung möglich ist.¹⁴⁵ Das Argument, wonach die Einbeziehung vergabefremder Kriterien im Widerspruch zu § 127 Abs. 1 GWB stehe, weil dies zur Verteuerung der Angebote führe¹⁴⁶, überzeugt nicht, weil der Auftraggeber nach wie vor unter den abgegebenen und zugelassenen Angeboten das wirtschaftlichste Angebot auswählt.¹⁴⁷ Eine ganz andere Frage ist die, ob dadurch möglicherweise ein Verstoß gegen das haushaltswirtschaftliche Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit vorliegt, wenn eine vergabefremde Kriterien berücksichtigende Vergabe insgesamt zur Verteuerung führt. Insofern bleibt es im freien Ermessen des Auftraggebers, auf welche Kriterien er abstellt.¹⁴⁸ Entsprechend der europäischen Vorgaben¹⁴⁹ ist gem. § 127 Abs. 3 GWB Voraussetzung, dass die zusätzlichen Kriterien mit dem konkreten Auftragsgegenstand im Zusammenhang stehen, damit nicht aus sachfremden Erwägungen ein weniger wirtschaftliches Angebot den Zuschlag erhält¹⁵⁰, und gem. § 127 Abs. 4 GWB, dass die Heranziehung der weitergehenden Kriterien die vergaberechtlichen Grundsätze der Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung, des Wettbewerbs und der Transparenz beachtet sowie dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Wahlfreiheit überlässt. Ein Zusammenhang mit dem konkreten Auftragsgegenstand besteht ausweislich der Gesetzesbegründung zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016 auch dann, wenn sich das Zusatzkriterium zwar nicht in den materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes widerspiegelt, es sich aber auf die den konkreten Auftrag Ausführenden bezieht.¹⁵¹ Demgemäß können grundsätzlich mittelstandsbevorzugende Aspekte auf Zuschlagsebene berücksichtigt werden.

bb. Verortung mittelständischer Interessen als vergabefremder Aspekt im nationalen Recht – zusätzliche Bedingungen für die Auftragsdurchführung § 128 Abs. 2 GWB

Die zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung sind in § 128 GWB und § 129 GWB geregelt. Relevant für die hier vorliegende Untersuchung ist der den Art. 70 RL 2014/24/EU umsetzende § 128 Abs. 2 GWB. § 128 Abs. 2 GWB greift die bisherige Regelung des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB a.F. auf.¹⁵² Gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB a.F. konnten für die Auftragsausführung zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betrafen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand standen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergaben. Durch die Einführung des Satzes 2 in § 97 Abs. 4 GWB a.F. mit der Vergaberechtsreform im Jahr 2009 hat der Gesetzgeber Art. 26 der RL 2004/18/EG umgesetzt und wollte den Streit um die Berücksichtigung weitergehender Anforderungen im

¹⁴⁴ Vgl. Kap. 2 § 8 III. 1.

¹⁴⁵ *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 135.

¹⁴⁶ Siehe nur die Nachweise bei *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 455 m. Fn. 679.

¹⁴⁷ *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 118.

¹⁴⁸ BTDrucks. 18/6281, S. 112.

¹⁴⁹ Art. 67 Abs. 3, 4 RL 2014/24/EU.

¹⁵⁰ BTDrucks. 18/6281, S. 112.

¹⁵¹ BTDrucks. 18/6281, S. 114. Insofern muss sich die Verbindung nicht zwangsläufig auf eine materielle Eigenschaft des Auftragsgegenstandes beziehen, *Burgi*, NZBau 2015, 597 (601 f.).

¹⁵² BTDrucks. 18/6281, S. 113.

Vergabeverfahren beenden¹⁵³. An diesem Regelungsgehalt hält § 128 Abs. 2 GWB fest. § 128 Abs. 2 GWB gibt den Auftraggebern die Möglichkeit und stellt die Grundlage dafür dar, im Rahmen der Auftragsdurchführung unter anderem soziale Aspekte festzulegen. Voraussetzung hierfür ist, dass es sich um Bedingungen während der Auftragsausführung handelt, diese mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, der Auftraggeber sie vorher bekannt macht und sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen.¹⁵⁴ Wie oben gesehen¹⁵⁵, stellt die Mittelstandszugehörigkeit einen mit dem konkreten Auftrag im Zusammenhang stehenden Aspekt dar, da es hierbei um den den Auftrag Ausführenden geht. § 128 Abs. 2 GWB eröffnet demnach die Möglichkeit, mittelstandsbevorzugende Interessen als vergabefremde Aspekte in Form zusätzlicher Bedingungen für die Auftragsdurchführung zu verankern.

cc. Rechtslage bis zum 17. April 2016

Unter Geltung der bis zum 17. April 2016 bestehenden Rechtslage stellte § 97 Abs. 4 GWB a.F. das Einfallstor für die Integration weiterer vergabefremder Kriterien dar. Umstritten war allerdings, wie weit der Anwendungsbereich des § 97 Abs. 4 GWB a.F. reichte.

In Bezug auf die zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsdurchführung enthielt § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB a.F. eine nicht abschließende Liste möglicher Bedingungen. Unter Berücksichtigung der weitergehenden Anforderungen war es grundsätzlich möglich, mittelständische Interessen als vergabefremde Aspekte in Form zusätzlicher Bedingungen für die Auftragsdurchführung einzuführen.

Unter Heranziehung des § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB a.F. konnten mittelstandsbevorzugende Aspekte aber auch auf Zuschlagsebene berücksichtigt werden. Dessen Anwendungsbereich erstreckte sich – trotz seiner systematisch unglücklichen Stellung – auch auf § 97 Abs. 5 GWB a.F.¹⁵⁶ Denn die in der Gesetzesbegründung genannte Möglichkeit, dass im „Rahmen der Wirtschaftlichkeit [...] weitere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte bei der Vergabe Berücksichtigung finden [können]“¹⁵⁷, waren in den Ausführungen zu § 97 Abs. 4 GWB a.F. zu finden. Die Gesetzesbegründung machte also gerade nicht deutlich, dass die im Rahmen des § 97 Abs. 4 GWB a.F. zu den vergabefremden Kriterien gemachten Erwägungen nicht auch bei § 97 Abs. 5 GWB a.F. Anwendung finden konnten. Ebenso zog die Vergabekammer Bund in ihrer Entscheidung vom 30. Januar 2003¹⁵⁸ § 97 Abs. 4 HS 2 GWB a.F. im Rahmen der Zuschlagserteilung heran. Auch das angeführte Argument, wonach Satz 3 in Absatz 4 stehe und sich daher systematisch nicht auf Absatz 5 erstrecken könne¹⁵⁹, stand auf tönernem Fundament. Denn die in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB a.F. angesprochenen zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsdurchführung erstreckten sich auf einen Zeitraum nach der Zuschlagserteilung. Die systematische Verortung des Satzes 2 zwischen den in Satz 1 genannten Eignungskriterien und dem im Absatz 5 genannten Zuschlag, war daher

¹⁵³ *Varga*, VergabeR 2009, 535 (535); *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 133.

¹⁵⁴ Vgl. dazu auch *Burgi*, NZBau 2015, 597 (600 f.).

¹⁵⁵ Kap. 2 § 7 II. 2. e. cc. (2).

¹⁵⁶ A.A. *Beuttenmüller*, Vergabefremde Kriterien, S. 138; *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 454 f., 470.

¹⁵⁷ BTDrucks. 16/10117, S. 16.

¹⁵⁸ VK Bund, B.v. 30.1.2003 - VK 1 - 01/03.

¹⁵⁹ So *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 454.

ebenfalls inkonsequent.¹⁶⁰ Insofern stellte § 97 Abs. 3 Satz 1 GWB a.F. eine Regelung i.S.d. § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB a.F. dar. Da der Anwendungsbereich des § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB a.F. auch § 97 Abs. 5 GWB a.F. umfasste, konnten mittelstandsbevorzugende Interessen als vergabefremde Kriterien im Rahmen der Wertungsebene grundsätzlich berücksichtigt werden.¹⁶¹

dd. Zwischenergebnis

Betont sei nochmals, dass es sich bei einer mittelstandsbevorzugenden Vergabe um die Verfolgung vergabefremder Ziele handelt, die zur Ungleichbehandlung und damit zum Legitimationserfordernis des § 97 Abs. 2 GWB führt. Legitimiert wird die Ungleichbehandlung grundsätzlich durch § 97 Abs. 4 GWB. Damit ist aber noch keine Aussage darüber getroffen, auf welcher Stufe des Vergabeverfahrens die Einbeziehung mittelständischer Interessen als vergabefremdes Ziel erfolgen dann. Für die Einführung derartiger Kriterien kann zum einen § 127 Abs. 1 GWB fruchtbar gemacht werden. Unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips und des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit sind daher im Rahmen des Zuschlags auch mittelstandsbevorzugende Maßnahmen nicht von vornherein ausgeschlossen. Zum anderen kann auf § 128 Abs. 2 GWB abgestellt werden, um mittelstandsbevorzugende Interessen im Rahmen der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung zu implementieren, sofern sie sich nicht als Ausschlusskriterium entpuppen.

3. Vergabeordnungen, Vergabe- und Mittelstandsförderungsgesetze der Länder

Die Vergabeordnungen beinhalten auch zahlreiche Vorschriften, die der Berücksichtigung mittelständischer Interessen dienen. Zwar erwähnen die Vorschriften für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte den Mittelstand und die Berücksichtigung ihrer Interessen nicht ausdrücklich. Allerdings sehen die Vergabeordnungen im Unterschwellenbereich Verfahrensweisen vor, die den mittelständischen Unternehmen zugutekommen.¹⁶² Ebenso enthalten die Vorschriften im Bereich oberhalb der Schwellenwerte mittelstandsfördernde Instrumente¹⁶³ und wiederholen mitunter die bereits in § 97 Abs. 4 GWB enthaltene Verpflichtung.¹⁶⁴ Eine über die in § 97 Abs. 4 GWB hinausgehende Verpflichtung ist den Vergabeordnungen allerdings nicht zu entnehmen.

Darüber hinaus finden sich in den Vergabe- und in den Mittelstandsförderungsgesetzen der Länder weitere Aussagen über die Förderung mittelständischer Unternehmen im Vergabeverfahren.¹⁶⁵ Bis auf Berlin und Sachsen haben alle Bundesländer Mittelstandsförderungs-

¹⁶⁰ So auch in Bezug auf Satz 2 *Opitz*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 97 Abs. 4 GWB Rn. 2.

¹⁶¹ A.A. wonach § 97 Abs. 3 GWB a.F. eine Sondervorschrift zu § 97 Abs. 5 GWB a.F. sei und eine Abweichung – auch in Form der Bevorzugung – unter Berücksichtigung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes ermögliche, *Gröning*, ZIP 1999, 52 (55).

¹⁶² Vgl. dazu nur § 5 Abs. 2 VOB/A; § 6 Abs. 2 VOB/A; § 2 Abs. 2 VOL/A.

¹⁶³ § 6 Abs. 3 Nr. 2 EU VOB/A; § 6a Nr. 3 lit. i) EU VOB/A; § 43 Abs. 2 VgV; § 50 Abs. 2 SektVO; § 24 Abs. 2 KonzVgV.

¹⁶⁴ § 5 Abs. 2 Nr. 1 EU VOB/A. Ebenso enthielten die Altfassungen entsprechende Regelungen, vgl. nur § 5 Abs. 2 EG VOB/A a.F.; § 2 Abs. 2 EG/VOL/A a.F.; § 11 Abs. 4 EG VOL/A a.F. In der VgV, SektVO und KonzVgV taucht der Begriff der mittelständischen Interessen nicht mehr auf.

¹⁶⁵ § 22 MFG BW; Art. 18 MFG Bay; § 5 MFG Bbg; § 8 MFG Brem; § 4 Abs. 1 VgG HH; §§ 12, 14 VgG Hess; § 4 VgG MV; § 3 Abs. 6 TVgG NRW; §§ 17, 19 MFG NRW; § 14 MFG Nds; § 7 MFG RhP; §§ 11 ff. MFG Saar; § 6 Abs. 2 Nr. 1 SächsVgG; § 3 VgG LSA; § 3 Abs. 7 TTG SH; § 3 VgG Thür.

gesetze.¹⁶⁶ Weitere, über das GWB und die Vergabeordnungen hinausgehende mittelstandsfördernde Instrumente sind in den Vergabe- und Mittelstandsförderungsgesetzen der Länder aber nicht enthalten.

III. Zusammenfassung

Dieses Kapitel hat gezeigt, dass das europäische Primärrecht und das Sekundärrecht an einigen Stellen die Förderung mittelständischer Unternehmen auch im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe vorsehen. Zwar mangelt es im Grundgesetz an einer vergaberechtlichen Mittelstandsklausel, jedoch schafft das einfache Recht mit § 97 Abs. 4 GWB die Möglichkeit, mittelständische Interessen bei der Vergabe vornehmlich zu berücksichtigen. Der Grundsatz des § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB beinhaltet die Pflicht des Auftraggebers zur mittelstandsgerechten Vergabe, die über die Ausgestaltung des Verfahrens bis in die Zuschlags-ebene hineinreichen kann. § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB stellt für sich allein allerdings keine ausreichende Grundlage für mittelstandsbevorzugende Maßnahmen dar. Vielmehr handelt es sich dabei um die Verfolgung vergabefremder Ziele. Grundsätzlich können vergabefremde Kriterien ins Vergabeverfahren integriert werden. Da dieser Integration eine Ungleichbehandlung immanent ist, bedarf es gem. § 97 Abs. 2 GWB einer entsprechenden Rechtfertigung und Legitimation. In diesem Zusammenhang stellt § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB eine entsprechende Legitimationsgrundlage dar. Damit ist aber noch keine Aussage darüber getroffen, auf welcher Stufe des Vergabeverfahrens die nationalen Regelungen die Verfolgung mittelständischer Interessen als vergabefremden Zweck ermöglichen. Einerseits können vergabefremde Ziele ausweislich der Richtlinien auf allen vier Stufen des Vergabeverfahrens verfolgt werden. Im Hinblick auf den Mittelstand eröffnen die Richtlinien andererseits nur eine Verankerung im Rahmen des Zuschlags und der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsdurchführung. Dies spiegelt sich auch in den nationalen Regelungen wider. § 128 Abs. 2 GWB ermöglicht in Verbindung mit §§ 97 Abs. 2, 97 Abs. 4 GWB, dass mittelstandsbevorzugende Aspekte im Rahmen der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung herangezogen werden dürfen, wenn sie im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen. Da es hier um die Frage des den Auftrag Ausführenden geht, liegt ein solcher Zusammenhang vor. Des Weiteren erwähnt § 127 Abs. 1 GWB ausdrücklich die Möglichkeit, weitergehende z.B. soziale Kriterien bei der Zuschlagsentscheidung heranzuziehen. Insofern ergibt sich aus dem Zusammenspiel des § 97 Abs. 2 GWB i.V.m. § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB, dass auch auf Zuschlagsebene gem. § 127 Abs. 1 GWB mittelständische Interessen als vergabefremde Kriterien berücksichtigt werden können. Ebenso war es auf Grundlage der bis zum 17. April 2016 geltenden Rechtslage möglich, mittelstandsbevorzugende Aspekte i.R.d. zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung und der Wertungsebene heranzuziehen. Daneben sehen die Vergabeordnungen sowie die Vergabe- und Mittelstandsförderungsgesetze der Länder entsprechende Verpflichtungen und Instrumente vor, die den mittelständischen Unternehmen zugutekommen sollen.

¹⁶⁶ Das MFG Bremen tritt gem. § 14 S. 2 MFG Brem am 31.12.2018 außer Kraft. Das MFG Mecklenburg-Vorpommern tritt gem. § 19 Abs. 1 MFG MV am 31.12.2017 außer Kraft. Auf Bundesebene gibt es kein Mittelstandsförderungsgesetz.

§ 8 Grenzen der Mittelstandsförderung im Vergabeverfahren

Die Ausführungen in den vorgehenden Abschnitte¹ haben ergeben, dass die Förderung des Mittelstandes ein gesamteuropäisches und gesamtwirtschaftliches Anliegen ist. Die Integration und – mitunter auch die bevorzugte – Berücksichtigung ihrer Interessen im Vergaberecht ist grundsätzlich möglich.² Allerdings unterliegen auch diese Grenzen. Solche können sich aus I. dem Primärrecht, II. dem Sekundärrecht, III. dem nationalen Recht, d.h. dem III. 1. nationalen Verfassungsrecht, III.2. dem Haushaltsrecht sowie III.3. dem Wettbewerbsrecht ergeben.

I. Primärrecht

1. Grundfreiheiten

Auch wenn das europäische Primärrecht keine Vorschrift enthält, die sich direkt mit der öffentlichen Auftragsvergabe auseinandersetzt, so haben einzelne Bestimmungen durchaus Bedeutung für diese, vor allem dann, wenn das Auftragswesen dazu eingesetzt wird, neben der wirtschaftlichen Beschaffung weitere Zwecke zu verfolgen. Die Grundfreiheiten der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit spielen bei der Mittelstandsförderung im Vergaberecht eine untergeordnete Rolle³, weshalb auf diese im Folgenden nicht näher eingegangen wird.

a. Art. 56, 57 AEUV – Dienstleistungsfreiheit

aa. Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot

Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, insbesondere die Vergabe von Bau- und sonstigen Dienstleistungsaufträgen, ist ein wichtiger Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit.⁴ Art. 56 AEUV garantiert das grenzüberschreitende Angebot von Dienstleistungen i.S.d. Art. 57 AEUV⁵ ohne dauerhafte Ortsveränderung bzw. Eingliederung in die Rechts- und Wirtschaftsordnung des Mitgliedstaates des Leistungsempfängers.⁶ Verboten sind offene bzw. unmittelbare, personen- oder produktspezifische Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit⁷ sowie versteckte bzw. mittelbare Diskriminierungen⁸, bei denen die Ungleichbehandlung scheinbar auf neutralen, nicht zwischen In- und Ausländern differenzie-

¹ Vgl. Kap. 1 § 1 I.; Kap. 2 §§ 5, 7.

² Vgl. dazu Kap. 2 § 7 II. 2.

³ Vgl. dazu u.a. *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 344 f.

⁴ *Holoubek*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 56, 57 AEUV Rn. 151; *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 56, 57 AEUV Rn. 62 m.w.N.; *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 342 f. m.w.N.

⁵ Siehe näher zum Begriff der Dienstleistung nur *Holoubek*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 56, 57 AEUV Rn. 14 ff. m.w.N.; *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 56, 57 AEUV Rn. 7 ff.; *Müller-Graff*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 56 AEUV Rn. 15 ff. m.w.N.

⁶ *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 56, 57 AEUV Rn. 1; *Müller-Graff*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 56 AEUV Rn. 2 m.w.N. Siehe allgemein zum Schutzzumfang bezüglich der aktiven bzw. positiven Dienstleistungserbringungsfreiheit und der passiven bzw. negativen Dienstleistungsempfangsfreiheit sowie zu den Grundfreiheitsberechtigten und -verpflichteten nur *Holoubek*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 56, 57 AEUV Rn. 34 ff., 38 ff., 61 ff., 65 f.; *Kluth*, a.a.O. Art. 56, 57 AEUV Rn. 23, 27 ff., 30 f., 34, 37, 44 ff.

⁷ *Holoubek*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 56, 57 AEUV Rn. 78 ff. m.w.N.; *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 56, 57 AEUV Rn. 54 f. m.w.N.

⁸ *Holoubek*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 56, 57 AEUV Rn. 87 ff. m.w.N.; *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 56, 57 AEUV Rn. 56 m.w.N.

renden Kriterien beruht, tatsächlich jedoch zum selben Ergebnis wie die offene Diskriminierung führt.⁹ Des Weiteren sind gem. Art. 56 AEUV über das Diskriminierungsverbot hinausgehende sonstige Beschränkungen jeglicher Art, d.h. Maßnahmen, die unterschiedslos für alle gelten, dennoch aber geeignet sind eine grenzüberschreitende Dienstleistung „weniger attraktiv zu machen“¹⁰, ohne dass ein Unterbinden oder Behindern der Dienstleistung erforderlich ist¹¹, untersagt.¹²

bb. Rechtfertigung

Nicht jede Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ist jedoch unionsrechtswidrig. Vielmehr kann die Beschränkung gerechtfertigt sein. Im Hinblick auf die Rechtfertigungsgründe und -anforderungen kommt es auf die Art der Beschränkung an. Im Allgemeinen stellen die Maßnahmen und Regelungen der Mittelstandsförderung an sich grundsätzlich keine offene Diskriminierung dar, da sie nicht an die Staatsangehörigkeit der mittelständischen Unternehmen anknüpfen und sowohl für inländische als auch für ausländische mittelständische Unternehmen gelten.¹³ Demnach können die sich aus Art. 62 AEUV i.V.m. Art. 52 AEUV für die offene Diskriminierung ergebenden Rechtfertigungsgründe für die weitere Untersuchung außer Betracht bleiben.

Die Mittelstandsförderung per se ist nicht gebietsbezogen und damit grundsätzlich auch keine mittelbare bzw. versteckte Diskriminierung.¹⁴ Mitunter wird die Mittelstandsförderung aber in einem Atemzug mit der Regionalförderung genannt.¹⁵ Hingegen weist auch *Kling* darauf hin, dass nicht von vornherein ein untrennbarer Zusammenhang zwischen der Mittelstandsförderung und Regionalförderung anzunehmen ist.¹⁶ Gleichwohl darf unter dem Deckmantel der Mittelstandsförderung in der Tat keine Regionalförderung betrieben werden. Der Europäische Gerichtshof entscheidet, dass diese Grenze überschritten und ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit vorliegt, wenn die Ausschreibungsunterlagen vorsehen, dass die Auftragnehmer einen Nachweis dafür erbringen müssen, dass die bei der Auftragsdurchführung eingesetzten Materialien mit den nationalen technischen Normen übereinstimmen¹⁷ oder dass zur Stärkung wirtschaftsschwacher Regionen die eingesetzten Materialien nur aus einer bestimmten Region zu beziehen sind.¹⁸ Gleiches gilt, wenn bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens im Rahmen der Leistungsbeschreibung, der Eignungs- und/oder Zuschlagskriterien Anforderungen gestellt werden, die typischerweise nur bei inländischen Unternehmen oder nur einer Gruppe inländischer Unternehmen vorkommen.¹⁹ In diesem Fall ist

⁹ EuGH, U.v. 3.2.1982, verb. Rs. C-62 und 63/81 Rn. 8 (zitiert nach juris). Siehe zu einzelnen Beispielen nur *Holoubek*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 56, 57 AEUV Rn. 76, 89 m.w.N.; *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 56, 57 AEUV Rn. 56 m.w.N.

¹⁰ EuGH, U.v. 30.11.1995 - Rs. C-55/94 Rn. 37 (zitiert nach juris).

¹¹ *Holoubek*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 56, 57 AEUV Rn. 77 m.w.N.; *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 56, 57 AEUV Rn. 57 m.w.N.

¹² Vgl. dazu nur *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 56, 57 AEUV Rn. 57 ff.

¹³ So auch *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 336.

¹⁴ *Burgi*, NZBau 2006, 606 (609).

¹⁵ Grund hierfür sei, dass sich der Betätigungsbereich der KMU meist auf eine Region beschränke, weshalb eine Vergabe an diese Unternehmen die lokalen Anbieter bevorzuge, *Brandi-Dohrn*, NJW 1998, 857 (859 f.).

¹⁶ *Kling*, Vergabefremde Regelungen, S. 682 f.

¹⁷ EuGH, U.v. 22.9.1988, Rs. C-45/87, Slg 1988, I-04929 Rn. 27.

¹⁸ EuGH, U.v. 20.3.1990, Rs. C-21/88 Rn. 11, 18 (zitiert nach juris).

¹⁹ *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 194 ff. (198); *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 336.

zu untersuchen, ob derartige verdeckte Diskriminierungen und sonstige Beschränkungen jenseits der Schranken des Art. 52 AEUV aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden können und verhältnismäßig sind.²⁰ Bei den zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses handelt es sich um unionsrechtliche Gründe. Ein abschließender Katalog der zwingenden Erfordernisse existiert nicht.²¹ Einigkeit besteht aber dahingehend, dass es sich um Erfordernisse nichtwirtschaftlichen oder nichtwirtschaftspolitischen Charakters handeln muss, wobei die Zielrichtung des Gesetzgebers ein Indiz sein kann, aber nicht allein ausschlaggebend ist.²² So entschied der Europäische Gerichtshof zwar, dass der Verweis, die in strukturschwachen Regionen angesiedelten KMU zu fördern, kein im Allgemeininteresse liegendes Anliegen darstelle.²³ Insofern können rein wirtschaftliche Gründe eine Beschränkung nicht rechtfertigen, da im Binnenmarkt der unverfälschte Wettbewerb über die Integration der Dienstleistungen und Warenmärkte entscheiden soll.²⁴ Andererseits ist zu bedenken, dass, auch wenn die mittelstandsfördernden Maßnahmen faktisch möglicherweise inländischen Unternehmen zugutekommen, die mittelstandsfördernden Vorschriften nicht an die Herkunft der KMU anknüpfen. Eine mögliche Begünstigung der inländischen Unternehmen basiert allein auf den äußeren Umständen. In dieser Hinsicht kann, selbst wenn man eine verdeckte Diskriminierung annehmen wollte, auf die vom Europäischen Gerichtshof zur Arbeitnehmerfreizügigkeit entwickelten Aspekte zurückgegriffen werden²⁵, wonach eine verdeckte Diskriminierung dann nicht vorliegt, wenn die Differenzierung auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit unabhängigen Erwägungen beruht und in einem angemessenen Verhältnis zu einem zulässigerweise verfolgten Zweck steht.²⁶ Hierbei ist zudem zu berücksichtigen, dass Art. 173 Abs. 1 i.V.m. Art. 173 Abs. 3 AEUV die Förderung der KMU als Unionsziel formuliert. Demnach verbietet sich eine vorschnelle generelle Vorverurteilung der Mittelstandsförderung als verdeckte Diskriminierung bzw. sonstige Beschränkung und es ist für jede vergaberechtliche, mittelständische Interessen berücksichtigende Maßnahme gesondert zu beurteilen, ob eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vorliegt und sie im Einzelfall gerechtfertigt ist.

²⁰ Siehe zur Problematik, ob die verdeckten Diskriminierungen hinsichtlich ihrer Rechtfertigung den offenen Diskriminierungen zugeordnet werden müssen nur *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 56, 57 AEUV Rn. 75 ff.; *Holoubek*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 56, 57 AEUV Rn. 111 m.w.N.; *Müller-Graff*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 56 AEUV Rn. 98, 103 ff.

²¹ *Holoubek*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 56, 57 AEUV Rn. 112 ff.; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.) EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV Rn. 80; *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.) a.a.O., Art. 56, 57 AEUV Rn. 78 ff.; *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2016, Art. 34 AEUV Rn. 107; *Müller-Graff*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 56 AEUV Rn. 106 ff.; *Schröder*, in: Streinz (Hrsg.), a.a.O. Art. 34 AEUV Rn. 72. Eine nicht vollständige Aufzählung bei *Holoubek*, a.a.O. Rn. 113 ff.; *Kingreen*, a.a.O. Rn. 80; *Kluth*, a.a.O. Rn. 78 ff.; *Leible/T. Streinz*, a.a.O. Rn. 103 ff.; *Müller-Graff*, a.a.O. Rn. 107 f.; *Schröder*, a.a.O. Art. 36 AEUV Rn. 35 ff.

²² *Holoubek*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 56, 57 AEUV Rn. 107 m.w.N.; *Müller-Graff*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 56 AEUV Rn. 106 m.w.N.

²³ EuGH, U.v. 3.6.1992, Rs. C-360/89 Rn. 13 f. (zitiert nach Juris).

²⁴ EuGH, U.v. 10.7.1984, Rs. C-72/83 Rn. 35. (zitiert nach Juris).

²⁵ *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 200.

²⁶ EuGH, U.v. 23.5.1996, Rs. C-237/94 Rn. 18 f. (zitiert nach Juris). A.A. *Wittig*, Probleme des Vergaberechts, S. 59, 64 f.

b. Art. 34 ff. AEUV – Warenverkehrsfreiheit

aa. Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot, Maßnahmen gleicher Wirkung

Sollen bei der Auftragsausführung von grenzüberschreitenden Liefer-, Bau- und Dienstleistungsverträgen bestimmte Waren²⁷ verwendet werden, spielt die Warenverkehrsfreiheit eine Rolle^{28, 29}. Verboten sind gem. Art. 34 AEUV sowohl offene als auch verdeckte Diskriminierungen sowie sonstige Beschränkungen der freien Warenströme³⁰, die ohne eine diskriminierende Wirkung zu haben, den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaates für Waren aus einem anderen Mitgliedstaat faktisch behindern und damit den innerstaatlichen Handel beeinträchtigen.³¹ In Bezug auf das Vergabeverfahren können faktische Beeinträchtigungen vorliegen, wenn der Auftraggeber bestimmte Normen, Zertifikate, Siegel, Umwelt- oder Sozialanforderungen stellt, die zwar für in- und ausländische Unternehmen gleichermaßen gelten, faktisch aber nur von inländischen Unternehmen oder nur einer Gruppe inländischer Unternehmen erfüllt werden können.³² Darüber hinaus untersagt Art. 34 AEUV nicht nur direkte mengenmäßige Einfuhr- (Art. 34 AEUV) und Ausfuhrbeschränkung (Art. 35 AEUV)³³, sondern auch Maßnahmen gleicher Wirkung³⁴, welche für die Auftragsvergabe eher relevant sind. Ausgehend von der Dassonville-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 11. Juli 1975³⁵ stellen Maßnahmen gleicher Wirkung Aktivitäten dar, die es bezwecken oder bewirken, Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten weniger günstig zu behandeln³⁶ sowie Hemmnisse des Warenverkehrs, die aus der Ermangelung einer Harmonisierung der Rechtsvorschriften resultieren, sodass Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht werden, bestimmten Vorschriften entsprechen müssen, selbst dann,

²⁷ Siehe zum Begriff der Ware nur EuGH, U.v. 10.12.1968, Rs. C-7/68 (zitiert nach Juris); *Becker*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 34 AEUV Rn. 15; *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2016, Art. 34 AEUV Rn. 28 m.w.N.; *Schröder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 34 AEUV Rn. 19.

²⁸ *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 334 m.w.N.

²⁹ Siehe zu den Grundfreiheitsadressaten und-berechtigten nur *Becker*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 34 AEUV Rn. 6 ff.; *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2016, Art. 34 AEUV Rn. 31 ff. m.w.N.; *Schröder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 34 AEUV Rn. 24 ff.

³⁰ Siehe dazu nur v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2016, Art. 18 AEUV Rn.10 ff.; *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 12 ff.; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), a.a.O. Art. 34-36 AEUV Rn. 71 ff.

³¹ EuGH, U.v. 4.6.2009, Rs. C-142/05 Rn. 24 (zitiert nach Juris). *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV Rn. 186 ff.; *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2016, Art. 34 AEUV Rn. 85 ff. m.w.N.; *Schröder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 34 AEUV Rn. 49 f. Siehe zum Unterschied zur mittelbaren Diskriminierung nur *Schröder*, a.a.O. Rn. 40, 42 m.w.N.

³² Vgl. dazu nur *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 195; *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 336.

³³ Siehe hierzu nur *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV Rn. 126 m.w.N.; *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2016, Art. 34 AEUV Rn. 55 m.w.N.

³⁴ Siehe zur Entwicklung und zum Bedeutungsgehalt des Begriffs *Becker*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 34 AEUV Rn. 37 ff. m.w.N.; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV Rn. 127 ff.; *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2016, Art. 34 AEUV Rn. 56 ff.; *Schröder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 34 AEUV Rn. 34 ff.

³⁵ Wonach Maßnahmen gleicher Wirkung „Handelsregelung der Mitgliedstaaten [sind], die geeignet [sind], den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern“, EuGH, U.v. 11.7.1974, Rs. 8/74 Rn. 5 (zitiert nach Juris).

³⁶ Auch als Diskriminierungsverbot bezeichnet, *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2016, Art. 34 AEUV Rn. 85 ff.

wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten.³⁷ Entscheidendes Kriterium ist für alle Maßnahmen, dass sie den Marktzugang beeinträchtigen.^{38,39}

bb. Rechtfertigung

Genau wie die Dienstleistungsfreiheit unterliegt die Warenverkehrsfreiheit wiederum Einschränkungen, sodass nicht jeder Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit unionsrechtswidrig ist. Rechtfertigungsgründe sind zum einen in Art. 36 AEUV, zum anderen in den ungeschriebenen zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses⁴⁰ sowie in den Grundrechten anderer zu finden. Unstreitig fallen Maßnahmen der Mittelstandsförderung nicht in den Katalog des Art. 36 Satz 1 AEUV. Wie oben bereits ausgeführt⁴¹, stellt die Mittelstandsförderung per se grundsätzlich keine offene oder versteckte Diskriminierung gegenüber ausländischen Produkten dar.⁴² Demgemäß können hier die bereits im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit getätigten Erwägungen bezüglich der Rechtfertigungsanforderungen herangezogen werden.⁴³

2. Art. 18 AEUV – Allgemeines Diskriminierungsverbot

Da das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV nur „unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrages“ zur Anwendung kommt, tritt es aufgrund der Subsidiarität hinter die Grundfreiheiten zurück.⁴⁴ Es entfaltet in den hier vorliegenden Konstellationen keinen eigenständigen Anwendungs- und Regelungsgehalt.⁴⁵

3. Primärrechtliche Wettbewerbsvorschriften

Des Weiteren können sich aus den sonstigen Wettbewerbsvorschriften des AEUV Grenzen für die Mittelstandsförderung im Vergabewesen ergeben.

a. Art. 101 AEUV – Kartellrecht

Gem. Art. 101 AEUV sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes bezwecken oder bewirken, verboten. Art. 101 AEUV entfaltet im Vergabewesen Relevanz, wenn der Auf-

³⁷ Dies ist Ausfluss der Cassis-de-Dijon-Entscheidung, EuGH, U.v. 20.2.1979, Rs. 120/78, Slg 1979, 649 ff.

³⁸ Dies ist Ausfluss der Keck- und Mithouard-Entscheidungen, EuGH, U.v. 24.11.1993, Rs. C-267 und 268/91, EuZW 1993, 770 f.; *Becker*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 34 AEUV Rn. 47 ff. m.w.N.; *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2016, Art. 34 AEUV Rn. 85 ff.; *Schröder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 34 AEUV Rn. 41 ff. m.w.N.

³⁹ Siehe zu den Fallgruppen der Maßnahmen gleicher Wirkung *Becker*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 34 AEUV Rn. 51 ff. m.w.N.; *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2016, Art. 34 AEUV Rn. 88 ff. m.w.N.; *Schröder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 34 AEUV Rn. 45 ff. m.w.N.

⁴⁰ Dieser Rechtfertigungsgrund ist Ausfluss der Cassis-de-Dijon-Entscheidung des EuGH, U.v. 20.2.1979, Rs. 120/78, Slg 1979, 649 ff.

⁴¹ Vgl. dazu Kap. 2. § 8 I. 1. a. bb.

⁴² So auch *Burgi*, NZBau 2006, 606 (609); *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 336.

⁴³ Vgl. dazu Kap. 2 § 8 I. 1. a. bb.

⁴⁴ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV Rn. 20 m.w.N.; *Schröder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 34 AEUV Rn. 13.

⁴⁵ So auch *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 345 m.w.N.

traggeber Bietergemeinschaften zum Vergabeverfahren zulässt. Bietergemeinschaften sind Zusammenschlüsse von Unternehmen mit dem Ziel, gemeinsam am Vergabeverfahren teilzunehmen, ein Angebot abzugeben und im Falle des Zuschlags den Auftrag gemeinsam auszuführen.⁴⁶ In der Regel schließen die an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen eine Vereinbarung⁴⁷, wonach sie von der Abgabe eigener Angebote im konkreten Vergabeverfahren absehen, um nicht in den Wettbewerb zur Bietergemeinschaft und zu den anderen an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen zu treten. Art. 101 AEUV umfasst sowohl vertikale als auch horizontale Zusammenschlüsse.⁴⁸ Der Zusammenschluss muss zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen. Dies setzt voraus, dass zwischen den an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen ein aktuelles oder potenzielles Wettbewerbsverhältnis im Hinblick auf den jeweils sachlich und räumlich relevanten Markt besteht.⁴⁹ Ob die Vereinbarung geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, ist anhand einer Zusammenschau aller objektiven rechtlichen und tatsächlichen Umstände zu ermitteln. Die Beeinträchtigung liegt vor, wenn mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu befürchten ist, dass die Vereinbarung den Waren- oder Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar, mittelbar, tatsächlich oder potenziell im Hinblick auf die Erreichung des Ziels, eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes, in nachteiliger Weise spürbar beeinflusst.⁵⁰ Dies ist nicht der Fall, wenn der jeweils im Einzelfall relevante Markt angesichts der schwachen Stellung der Unternehmen nur geringfügig beeinträchtigt wird. In quantitativer Hinsicht ist solches i.d.R. anzunehmen, wenn deren Marktanteil unter 5% liegt.⁵¹ In diesem Zusammenhang ist zudem zu beachten, dass das Unionsrecht die Kooperationsbestrebungen der KMU im Bereich der Forschung und Entwicklung unter anderem auch durch die Öffnung des Vergabewesens fördern will. Daneben hat die Kommission Bekanntmachungen herausgegeben, wonach die Kooperation kleiner und mittlerer Unternehmen in der Regel nicht kartellrechtswidrig ist.⁵²

⁴⁶ *Burgi*, NZBau 2006, 693 (695 f.); *Dreher*, NZBau 2005, 427 (431 f.); *Prieß/Gabriel*, WuW 2006, 385 m.w.N.

⁴⁷ Siehe zum Begriff der Vereinbarung nur *Brinker*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 101 AEUV Rn. 32 f. m.w.N.; *Eilmansberger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 101 AEUV Rn. 1 ff. m.w.N.; *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2016, Art. 101 AEUV Rn. 91 ff. m.w.N.; *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 101 AEUV Rn. 47 ff. m.w.N.

⁴⁸ *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 101 AEUV Rn. 47 m.w.N.

⁴⁹ *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 101 AEUV Rn. 77.

⁵⁰ EuGH, U.v. 11.12.1980, Rs. 31/80 Rn. 18 (zitiert nach *Juris*). Vgl. zum Begriff der Wettbewerbsbeschränkung *Brinker*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 101 AEUV Rn. 40; *Eilmansberger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 101 AEUV Rn. 38 ff. m.w.N.; *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2016, Art. 101 AEUV Rn. 206 ff. (212) m.w.N.; *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 101 AEUV Rn. 83 f. m.w.N. Vgl. zum Begriff der Spürbarkeit *Brinker*, a.a.O. Rn. 44 ff. m.w.N.; *Eilmansberger*, a.a.O. Rn. 92 ff. m.w.N.; *Stockenhuber*, a.a.O. Rn. 217 ff. m.w.N.; *Weiß*, a.a.O. Rn. 85 ff. m.w.N.

⁵¹ EuGH, U.v. 25.10.1983, Rs. 107/82 Rn. 58. Slg. 1983, 3151 Rn. 58. In der Bagatellbekanntmachung der Kommission, ABl EG v. 22.12.2001, Nr. C 368/13, die den EuGH allerdings nicht bindet, sind Werte von 10% bei horizontalen und 15% bei vertikalen Zusammenschlüssen zu finden.

⁵² Punkt I Nr. 3 der Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gem. Art. 81 Abs. 1 des Vertrages nicht spürbar beeinträchtigen, sog. De-minimis-Bekanntmachung, ABl EG v. 22.12.2001, Nr. C 368/13; Punkt 50 der Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 des Vertrages, ABl EU v. 27.4.2004, Nr. C 101/81; Ziff. 237 der Leitlinien zur Anwendung von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl EU v. 14.1.2011, Nr. C 11/1.

b. Art. 102 AEUV – Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Ferner kann auch der Staat und seine unternehmerisch tätig werdenden Untergliederungen unter den trägerneutralen und funktional, d.h. im Einzelfall und anhand der jeweils ausgeübten relevanten Tätigkeit, zu bestimmenden Unternehmerbegriff des Art. 102 AEUV fallen⁵³, mit der Folge, dass er bei mittelstandsfördernden Maßnahmen seine möglicherweise bestehende beherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben nicht missbräuchlich auszunutzen darf, soweit dies dazu führt, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

aa. Der öffentliche Auftragsgeber als Unternehmen i.S.d. Art. 102 AEUV – wirtschaftliche Tätigkeit

Grundsätzlich zählt die reine Nachfragtätigkeit, d.h. die Beschaffung von Gütern und Leistungen auf dem Markt, für sich allein nicht zur wirtschaftlichen Betätigung.⁵⁴ Eine solche liegt vielmehr beim Anbieten von Gütern und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt⁵⁵, wozu auch das Erbringen von Leistungen der Daseinsvorsorge zählt⁵⁶, vor. Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs kann der Einkauf einer Leistung allerdings nicht getrennt von dessen späterer Verwendung betrachtet werden. Insofern bestimmt die spätere wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Verwendung der erworbenen Leistung den Charakter der Einkaufstätigkeit.⁵⁷ Die Auftragsvergabe dient nicht nur der Bedürfnisbefriedigung, sondern vor allem auch der Erfüllung staatlicher Aufgaben, womit die beschafften Güter einer wirtschaftlichen Verwendung zugeführt werden. Ein Indiz für die Wirtschaftlichkeit ist auch der Austausch von Leistung und Gegenleistung.⁵⁸ Der Beschaffungs- und Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand kann somit nicht von vornherein der wirtschaftliche Charakter abgesprochen werden.⁵⁹ Diesbezüglich machen auch *Säcker* und *Mohr* geltend, dass „[d]ie Nachfrage [...] ein Kernelement des Marktes und daher schon an sich geeignet ist, die Wettbewerbsverhältnisse zu beeinflussen.“⁶⁰ Überdies fällt die Ausübung staatlicher Gewalt, die in Ausübung hoheitlicher Befugnisse erfolgt, zwar nicht unter den Unternehmensbegriff, sodass die Rechtssetzungstätigkeiten des Staates nicht unmittelbar an den Wettbewerbsvorschriften zu messen sind.⁶¹ Dies schließt es aber nicht aus, dass der Staat bei seinen Rechtssetzungstätigkeiten gem. Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 EUV mittelbar an die Wettbewerbsvorschriften gebun-

⁵³ *Brinker*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 101 AEUV Rn. 26 m.w.N.; *Eilmansberger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Vor Art. 101 AEUV Rn. 24; *Schwarze*, EuZW 2000, 613 (614) m.w.N.; *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 101 AEUV Rn. 25.

⁵⁴ *Eilmansberger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Vor Art. 101 AEUV Rn. 28 m.w.N. A.A. *Bultmann*, NVwZ 2015, 944 (947).

⁵⁵ EuGH, U.v. 16.6.1987, Rs. 118/85 Rn. 7f. (zitiert nach Juris).

⁵⁶ *Eilmansberger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Vor Art. 101 AEUV Rn. 25.

⁵⁷ EuG, U.v. 4.3.2003, Rs. T-319/99 Rn. 36 f.; bestätigt durch den EuGH, U.v. 11.7.2006, Rs. C-205/03 P Rn. 26; jewls. zitiert nach Juris. Siehe zur Kritik nur *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 101 AEUV Rn. 31 m.w.N.

⁵⁸ *Schwarze*, EuZW 2000, 613 (615) m.w.N.

⁵⁹ Umfassender *Bultmann*, NVwZ 2015, 944 (947); *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793 (798 f.), wonach der Staat im Vergabeverfahren stets als Marktteilnehmer und damit als Unternehmer auftritt.

⁶⁰ *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793 (798).

⁶¹ EuGH, U. v. 18.10.1979, Rs. 5/79 Rn. 30 (zitiert nach Juris); *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 101 AEUV Rn. 29 m.w.N.

den ist und keine Regelungen erlassen darf, die die Unternehmen zu einem wettbewerbswidrigen Verhalten veranlasst.⁶²

bb. Marktbeherrschende Stellung

Des Weiteren müsste der Staat bzw. seine wirtschaftlich tätigen Untergliederungen eine marktbeherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben innehaben. Nach denselben Grundsätzen wie auf Anbieterseite⁶³ kann auch das Nachfrageverhalten marktbeherrschend sein.⁶⁴ Dies ist der Fall, wenn der Nachfrager auf dem im Einzelfall sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt keiner wirksamen Kontrolle durch den Wettbewerb anderer Nachfrager ausgesetzt ist, sodass er gegenüber den Anbietern über einen Handlungsspielraum verfügt und die Wettbewerbsbedingungen bestimmen oder merklich beeinflussen kann. Daraus, dass sich der öffentliche Auftraggeber öffentlicher Mittel bedient, folgt allein noch keine Nachfragemacht.⁶⁵ Stattdessen ist entscheidend, inwiefern die Anbieter vom Nachfrager abhängig sind: Gibt es für die Anbieter außer dem beherrschenden Nachfrager keinen weiteren Absatzmarkt, kann der Nachfrager unabhängig von den Anbietern agieren und das Anbieterverhalten disziplinieren.⁶⁶ Entscheidend ist demnach, ob der Staat im Vergabewesen über eine Monopolstellung verfügt. Ein weiteres Indiz ist der Marktanteil des Unternehmens. Wie hoch dieser sein muss, um als Beweis für eine Marktbeherrschung angesehen zu werden, ist umstritten. So ging der Europäische Gerichtshof bei einem Marktanteil von 80%⁶⁷ und auch schon bei 50%⁶⁸ von einer marktbeherrschenden Stellung aus; die Kommission hingegen verlangt selbst bei einem Marktanteil von 70%, dass für die Feststellung einer Marktbeherrschung noch andere Kriterien hinzugezogen werden müssen.⁶⁹ Für den Großteil des Vergabewesens ist der Staat ein Nachfrager unter vielen und unter Berücksichtigung der genannten Marktanteile grundsätzlich nicht marktbeherrschend. Jedoch gibt es auch Bereiche, in denen der Auftraggeber eine Monopolstellung innehat und die Anbieter von ihm abhängig sind.⁷⁰

⁶² Allgemein dazu *Schwarze*, EuZW 2000, 613 (617 ff.) m.w.N. und einem Überblick über die Rechtsprechungs-entwicklung sowie der Frage nach der Verantwortungstragung.

⁶³ Siehe hierzu nur EuGH, U.v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Rn. 39 (zitiert nach *Juris*); *Brinker*, in: *Schwarze* (Hrsg.), EU, Art. 102 AEUV Rn. 5, 11 m.w.N.

⁶⁴ EuGH, U.v. 28.3.1985, Rs. 298/83 Rn. 21 ff. (zitiert nach *Juris*). *Brinker*, in: *Schwarze* (Hrsg.), EU, Art. 102 AEUV Rn. 6; *Jung*, in: *Grabitz/Hilf u.a.* (Hrsg.), EU, 2016, Art. 102 AEUV Rn. 66 m.w.N.

⁶⁵ *Bungenberg*, *Vergaberecht im Wettbewerb*, S. 192 m.w.N.

⁶⁶ EuGH, U.v. 28.3.1985, Rs. 298/83 Rn. 21 ff. (zitiert nach *Juris*). *Brinker*, in: *Schwarze* (Hrsg.), EU, Art. 102 AEUV Rn. 6; *Jung*, in: *Grabitz/Hilf u.a.* (Hrsg.), EU, 2016, Art. 102 AEUV Rn. 66 m.w.N.

⁶⁷ EuGH, U.v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Rn. 41, 113 (zitiert nach *Juris*).

⁶⁸ EuGH, U.v. 3.7.1991, Rs. C-62/86, Slg. 1991. I-3359 Rn. 60.

⁶⁹ Europäische Kommission, Entscheidung in einem Verfahren nach Art. 86 EWG (IV/33.133-C: Soda - Solvay), v. 19.12.1990, ABl EG v. 15.6.1991, Nr. L 152/21 Ziff. 44 f.

⁷⁰ Z.B. Rüstungsindustrie, Straßenbau, Insolvenzverwaltung, Straßen- und Brückenbau, im Bereich des Sozialrechts, Beschaffung von Heil- und Hilfsmitteln, Luft- und Raumfahrtindustrie etc., vgl. nur *Bungenberg*, *Vergaberecht im Wettbewerb*, S. 192 m.w.N.

cc. Missbrauch

Aber selbst wenn eine marktbeherrschende Stellung des Staates angenommen wird, ist es für einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV erforderlich, dass der Staat diese missbraucht⁷¹. Art. 102 Abs. 2 AEUV zählt beispielhaft, aber nicht abschließend auf, wann ein Missbrauch vorliegen kann. Eine Missbrauchsabsicht ist nicht erforderlich.⁷²

(1) Unmittelbare oder mittelbare Erzwingung von sonstigen Geschäftsbedingungen

Gem. Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV kann ein Missbrauch bei der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von sonstigen Geschäftsbedingungen vorliegen. Als solche kann die Mittelstandsförderung im Vergabewesen nur in Betracht kommen, wenn sie zur Geschäftsgrundlage der Geschäftsbeziehung gemacht wird. Dies ist bei der Mittelstandsförderung im Vergabewesen nicht der Fall, weil es um eine mittelstandsfördernde Ausgestaltung im Vergabeverfahren geht, zu der der Auftraggeber verpflichtet ist. Als eine missbräuchliche Geschäftsbedingung kann allenfalls die Verpflichtung des Auftragnehmers angesehen werden, im Fall der Untervergabe, mittelständische Unternehmen angemessen zu beteiligen⁷³. Die Erzwingung einer solchen Geschäftsbedingung ist wiederum unangemessen, wenn ihr in Bezug auf das Wettbewerbsgeschehen und des Ziels der Markteinheit kein legitimes und in Abwägung mit den Interessen des Vertragspartners und den Interessen Dritter anerkanntes Regelungsanliegen zugrunde liegt.⁷⁴ Ein solches ist dann nicht mehr anzunehmen, wenn die Regelung einzig und allein im Interesse des beherrschenden Unternehmens liegt.⁷⁵ Die Mittelstandsförderung ist ein allgemeinpolitisches und gemeinschaftliches Ziel, dessen Verwirklichung dem Vergaberecht nicht fremd ist. Der Vergabestelle resultiert aus einer solchen Vereinbarung kein einseitiger geschäftlicher Vorteil. Zudem wird der Geschäftspartner auch nicht von vornherein über Gebühr belastet, da es auch in der Privatwirtschaft nicht unüblich ist, mittelständische Unternehmen als Nachunternehmer einzusetzen.

(2) Unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertiger Leistung

Gem. Art. 102 Abs. 2 lit. c) AEUV kann ein Missbrauch dann bestehen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen gegenüber seinen Handelspartnern unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertiger Leistung anwendet, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden.⁷⁶ Dieses Diskriminierungsverbot setzt voraus, dass die betroffenen Unternehmen in einem Wettbewerb stehen und die unterschiedliche Behandlung nicht durch objektive Umstände gerechtfertigt ist.⁷⁷ Hierbei kann wiederum das Unionsziel der Mittelstandsförderung

⁷¹ Siehe zum Begriff des Missbrauchs nur EuGH, U.v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Rn. 91 (zitiert nach Juris); *Jung*, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2016, Art. 102 AEUV Rn. 117 m.w.N.; *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 102 AEUV Rn. 25.

⁷² *Brinker*, in: Schwarze (Hrsg.), EU, Art. 102 AEUV Rn. 19 m.w.N.; *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 102 AEUV Rn. 29 m.w.N.

⁷³ Vgl. dazu Kap. 3 § 19.

⁷⁴ *Eilmansberger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 102 AEUV Rn. 37 m.w.N.

⁷⁵ *Eilmansberger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 102 AEUV Rn. 38 m.w.N.

⁷⁶ Siehe zu möglichen Beispielen hierfür *Eilmansberger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 102 AEUV Rn. 50 f.; m.w.N.; *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 102 AEUV Rn. 55 ff. m.w.N.

⁷⁷ *Eilmansberger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 102 AEUV Rn. 50 m.w.N.; *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 102 AEUV Rn. 50 ff. m.w.N.

ins Feld geführt werden.⁷⁸ Es wäre widersprüchlich die Förderungsbedürftigkeit der KMU auf Wettbewerbsgründe zu stützen, ihnen auf der anderen Seite aber unter Wettbewerbsgesichtspunkten keinen Zugang zum Markt verschaffen zu dürfen.⁷⁹ Entscheidend ist die jeweilige mittelstandsfördernde vergaberechtliche Maßnahme. Zu Bedenken ist weiter, dass das Verbot des Art. 102 AEUV auch ins Gegenteil verkehrt werden kann und es missbräuchlich sein könnte, das Potenzial der mittelständischen Unternehmen nicht zu nutzen und ihre großenbedingten Nachteile nicht durch eine entsprechende Verfahrensausgestaltung auszugleichen.⁸⁰

dd. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Darüber hinaus wäre es erforderlich, dass durch den Missbrauch der Handel zwischen den Mitgliedstaaten zumindest potenziell beeinträchtigt wird. Werden die Grundfreiheiten durch eine mittelstandsgerechte Auftragsvergabe nicht beeinträchtigt, so kann auch keine potenzielle Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten angenommen werden. Folglich liegt keine Beeinträchtigung vor, wenn das Verhalten des Auftraggebers die Grundfreiheiten nicht verletzt.

ee. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist bei der Mittelstandsförderung im Vergabewesen die in Art. 102 AEUV bestehende Grenze tangiert, wenn der Staat überhaupt als Unternehmen i.S.d. Art. 102 AEUV angesehen wird und er über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Dies kommt allerdings nur für den Bereich in Betracht, in dem er eine Monopolstellung hat. Hinzukommend ist zu berücksichtigen, dass die Förderung der KMU zum Teil als Unionsziel ausgestaltet ist, weshalb fraglich ist, ob zugunsten der KMU wirkende Maßnahmen tatsächlich als Missbrauch angesehen werden können.

c. Art. 107 AEUV – Beihilferecht

Das Beihilfenrecht dient dazu, den Wettbewerb im europäischen Binnenmarkt vor Beeinträchtigungen, die durch eine staatliche Förderung bestimmter Unternehmen entstehen kann, zu schützen.⁸¹ Unabhängig von der Frage, inwiefern die Beihilfavorschriften neben den Grundfreiheiten Anwendung finden⁸², können die Beihilfavorschriften des Art. 107 AEUV bei der Auftragsvergabe eine Rolle spielen, vor allem wenn diese dazu eingesetzt wird, weitergehende vergabefremde Ziele zu verfolgen.⁸³ Die Einhaltung der Vergaberichtlinien führt nicht dazu, dass die Anwendung der Beihilfavorschriften gesperrt ist.⁸⁴ Andererseits ist nicht

⁷⁸ Siehe hierzu Kap. 2 § 5 I. 2.

⁷⁹ So auch *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 363.

⁸⁰ *Johannes*, ZVgR 1999, 187 (190).

⁸¹ *Kaelble*, EG-Beihilfenrecht, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 36 Rn. 3.

⁸² Siehe hierzu und der Rechtsprechungsentwicklung des Europäischen Gerichtshofs nur EuGH, Rs. 73/79, Kommission/Italien, Slg. 1980, 1533 Rn. 11; EuGH, U.v. 11.7.1974, Rs. 8/74 Rn. 5; jews. zitiert nach *Juris*; *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 83 ff. m.w.N.; *Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 19 ff., 24 m.w.N.

⁸³ *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 26 m.w.N.; *Bartosch*; *EuZW* 2001, 229 ff.; v. *Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2016, Art. 107 AEUV Rn. 92 m.w.N.

⁸⁴ *Kaelble*, EG-Beihilfenrecht, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 36 Rn. 8 m.w.N.

jede Auftragsvergabe eine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV. Entscheidend ist, ob der Auftragsvergabe eine Begünstigungswirkung zukommt.⁸⁵

Eine Begünstigung kann vielerlei Form annehmen und beispielsweise durch eine einseitige staatliche Zuwendung erfolgen. Sie kann aber auch in einem Austauschgeschäft enthalten sein, das „der äußeren Form nach als normale geschäftliche Transaktion erschein[t], nach [seinem] konkreten Inhalt aber nicht marktwirtschaftlichen Bedingungen [entspricht]“⁸⁶. Bei der Beauftragung eines Unternehmens handelt es sich um einen Vertrag mit gegenseitigen Rechten und Pflichten – das beauftragte Unternehmen erbringt eine Leistung, für die der öffentliche Auftraggeber zahlt. Insofern kommt es darauf an, ob die Gegenleistung des Auftraggebers den relevanten Marktbedingungen entspricht oder aber eine Begünstigung enthält. Die Begünstigung ist nicht allein deswegen ausgeschlossen, weil der wirtschaftliche Vorteil Teil des gegenseitigen Vertrages ist und der Auftraggeber für eine Gegenleistung zahlt.⁸⁷ Daher lassen die vom Auftragnehmer im Gegenzug zu tragende Vertragserfüllungspflicht, das zu tragende Insolvenzrisiko, die Gefahr der Vertragsuntreue, des Zahlungsausfalls etc. die Begünstigungswirkung nicht per se entfallen. Jedoch ist grundsätzlich davon auszugehen, dass Leistung und Gegenleistung bei der Auftragsvergabe in einem synallagmatischen Verhältnis stehen, wenn die Vorschriften über das Auftragswesen eingehalten wurden.⁸⁸ Die der Zahlung innewohnende Gefahr einer Begünstigung realisiert sich nicht, sofern der vom Auftraggeber geleistete Betrag marktüblich ist.⁸⁹ Ebenso wenig führt allein die Berücksichtigung eines vergabefremden Kriteriums dazu, dass es sich deswegen um eine Beihilfe handelt, weil die Leistung ohne dieses Kriterium am Markt billiger angeboten worden wäre.⁹⁰ Entscheidend ist vielmehr, ob die vom Auftraggeber zu erbringende Gegenleistung –unabhängig davon, ob zusätzlich vergabefremde Ziele verfolgt werden – für die konkret angebotene Leistung marktüblich ist, d.h. das Unternehmen seine Leistung und Waren zu marktüblichen Preisen und zu marktüblichen Bedingungen anbietet oder liefert.⁹¹ Inwiefern Leistung und Gegenleistung nicht mehr angemessen sind, entscheidet sich danach, ob ein mit dem Auftraggeber vergleichbarer marktwirtschaftlich denkender Investor ebenso bereit gewesen wäre, das Angebot eines Bewerbers anzunehmen und diese Gegenleistung

⁸⁵ *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 26; *Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 54; v. *Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2016, Art. 107 AEUV Rn. 52. Die übrigen Tatbestandsmerkmale sind unproblematisch.

⁸⁶ *Gundel*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, Art. 107 AEUV Rn. 4.

⁸⁷ *Kaelble*, EG-Beihilfenrecht, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 36 Rn. 11 m.w.N.

⁸⁸ *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 26; v. *Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2016, Art. 107 AEUV Rn. 92 m.w.N.

⁸⁹ *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 26; *Kaelble*, EG-Beihilfenrecht, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 36 Rn. 12 m.w.N.; *Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 54; v. *Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2016, Art. 107 AEUV Rn. 52.

⁹⁰ *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb, S. 195; *Grzeszick*, DÖV 2003, 649 (651) m.w.N.; *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 26 m.w.N.; *Dreher/Haas u.a.*, Vergabefremde Regelungen, insbesondere S. 22 ff.; *Pünder*, NZBau 2003, 530 (532). Siehe zur Überlegung der Verteuerung und damit den Charakter als Beihilfe bejahend nur *Martin-Ehlers*, WuW 1999, 685 (687 ff.); *Müller-Graff*, ZHR 152 (1988), 403 (419 f.); *Riese*, VergR, S. 28 f.

⁹¹ *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb, S. 195; *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 26 m.w.N.; *Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 54; v. *Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2016, Art. 107 AEUV Rn. 52 m.w.N.

zu zahlen.⁹² Eine Beihilfe durch eine Auftragsvergabe unter Berücksichtigung mittelständischer Interessen kommt somit nur in Betracht, wenn die mittelständischen Unternehmen durch den Auftrag „eine wirtschaftliche Vergünstigung er[halten], die [sie] unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte[n]“⁹³ und der Auftraggeber eine marktunübliche Gegenleistung zahlt.

II. Sekundärrecht

Der Auftraggeber ist zudem an die in keinem Stufenverhältnis stehenden, aus dem Primärrecht abgeleiteten und – sofern der Anwendungsbereich eröffnet ist – im Sekundärrecht konkretisierten, vergaberechtlichen Grundsätze gebunden. Demnach muss ein mittelstandsförderndes Vergabeverfahren die Grundsätze des Wettbewerbs, der Wirtschaftlichkeit, der Gleichheit und Transparenz im Blick haben.⁹⁴

1. Wettbewerbsprinzip

Das Wettbewerbsprinzip steht an „oberster Stelle“⁹⁵ und gilt für die Auftraggeber und die Wettbewerbsteilnehmer.⁹⁶ Es soll einen umfassenden Wettbewerb um den jeweiligen Auftrag sicherstellen und den Wettbewerb gegen Beeinträchtigungen schützen. Dazu soll grundsätzlich jeder potenzielle und interessierte Wirtschaftsteilnehmer freien und chancengleichen Zugang zum Beschaffungsmarkt des Staates erhalten⁹⁷ und durch die Zurverfügungstellung ausreichender Informationen die Möglichkeit haben, Angebote frei und unabhängig voneinander abzugeben⁹⁸. Diesbezüglich darf der Auftraggeber unter anderem keine erschwerten Teilnahmebedingungen festlegen, zu hohe Sicherheitsleistungen fordern, zu knappe Angebotsfristen setzen⁹⁹ und muss überprüfen, ob etwaige Ausschlussgründe vorliegen.¹⁰⁰ Auf der anderen Seite sichert das Wettbewerbsprinzip den kostengünstigen und wirtschaftlichen Einkauf der öffentlichen Hand.¹⁰¹ Des Weiteren umfasst der Wettbewerbsgrundsatz den Geheimwettbewerb, wonach den Bietern bei Angebotsabgabe die Angebote der anderen Bieter

⁹² EuGH, U.v. 16.5.2002, Rs. C-482/99 Rn. 70 (zitiert nach Juris); *Bartosch*, EuZW 2001, 229 (231).

⁹³ EuGH, U.v. 11.7.1996, Rs. C-39/94 Rn. 60 (zitiert nach Juris).

⁹⁴ Da die Grundsätze in den Richtlinien und den nationalen Vorschriften nahezu parallel sind, werden sie gemeinsam hier erörtert.

⁹⁵ *Gröning*, ZIP 1999, 52 (54). Ebenso *Kus*, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), *GWB*, 2014, § 97 *GWB* Rn. 4; *Vavra*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), *VOL/A*, § 2 *VOL/A* Rn. 3.

⁹⁶ § 97 Abs. 1 *GWB* (§ 97 Abs. 1 *GWB* [2016]); § 2 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 *VOB/A* (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 *VOB/A* [2016]); § 2 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 *EG VOB/A* (§ 2 Abs. 1 *EU VOB/A* [2016]); § 2 Abs. 1 *VOL/A*, § 2 Abs. 1 *EG VOL/A*.

⁹⁷ *Ahner*, *Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand*, S. 211; *Bernhardt*, in: *Ziekow/Völlink* (Hrsg.), *VergR*, § 2 *VOB/A* Rn. 17; *Müller*, in: *Kulartz/Kus* u.a. (Hrsg.), *GWB*, § 97 *GWB* Rn. 22; *Kämper/Heßhaus*, *NZBau* 2003, 303 (305); *Vavra*, in: *Kulartz/Marx* u.a. (Hrsg.), *VOL/A*, § 2 *VOL/A* Rn. 3; *Ziekow*, in: *ders./Völlink* (Hrsg.), a.a.O. § 97 *GWB* Rn. 4.

⁹⁸ *Bernhardt*, in: *Ziekow/Völlink* (Hrsg.), *VergR*, § 2 *VOB/A* Rn. 17; *Otting/Tresselt*, *VergabeR* 2009, 585 (588) m.w.N.; *Vavra*, in: *Kulartz/Marx* u.a. (Hrsg.), *VOL/A*, § 2 *VOL/A* Rn. 3; *Ziekow*, in: *ders./Völlink* (Hrsg.), a.a.O. § 97 *GWB* Rn. 4.

⁹⁹ *Kus*, in: *Kulartz/ders.* u.a. (Hrsg.), *GWB*, 2014, § 97 *GWB* Rn. 7 ff.; *Robl*, *Mittelständische Interessen*, in: *FS Franke*, S. 291 (299 f.).

¹⁰⁰ *Kus*, in: *Kulartz/ders.* u.a. (Hrsg.), *GWB*, 2014, § 97 *GWB* Rn. 17 f.

¹⁰¹ *Bunte*, *BB* 2001, 1212 (1222) m.w.N.; *Hopp*, *DB* 2000, 29 (31, 34); *Robl*, *Mittelständische Interessen*, in: *FS Franke*, S. 291 (293, 295); *Stickler*, in: *Reidt/ders.* u.a. (Hrsg.), *VergR*, 2000, § 97 *GWB* Rn. 14 m.w.N.

unbekannt sein müssen.¹⁰² Mittelstandsfördernde Maßnahmen dürfen demnach den Wettbewerb auf der einen Seite nicht verzerren, beschränken oder behindern. Auf der anderen Seite ist aber zu berücksichtigen, dass der Auftraggeber auf Grundlage des Wettbewerbsprinzips durchaus Maßnahmen ergreifen kann, die diesen beleben. Insofern wirkt der Wettbewerbsgrundsatz in beide Richtungen.

2. Gleichbehandlungsgrundsatz – Diskriminierungsverbot

Ein weiterer elementarer Grundsatz und Voraussetzung für die Realisierung eines fairen Wettbewerbs ist der der Gleichbehandlung.¹⁰³ Das Gleichbehandlungsgebot fordert, dass alle potenziellen Teilnehmer am Vergabeverfahren unabhängig von unter anderem ihrer Herkunft und Ansässigkeit in allen Phasen des Vergabeverfahrens gleich behandelt werden, um deren Chancengleichheit zu gewährleisten.¹⁰⁴ Der vom Gleichbehandlungsgrundsatz umfasste Kreis ist nicht „nur“ auf die an der Ausschreibung tatsächlich (noch) teilnehmenden Unternehmen begrenzt, sondern umfasst auch „die vergaberechtswidrig ausgegrenzten potenziellen Interessenten“¹⁰⁵. Aus demselben Grund ist das in § 97 Abs. 2 GWB genannte Vergabeverfahren nicht nur als das „geregelter“ Verfahren aufzufassen, sondern im materiellen Sinne zu verstehen.¹⁰⁶ Da unter den Bietern im Hinblick auf ihre Eignung, Leistungsfähigkeit und ihr Know-how „natürliche Ungleichheiten“ bestehen, sind die Bieter relativ gleich zu behandeln¹⁰⁷.

3. Transparenz

Des Weiteren soll das Vergabeverfahren für den Bieter in transparenter Weise erfolgen.¹⁰⁸ Was unter Transparenz zu verstehen ist, wird weder im europäischen Primär- und Sekundärrecht noch im deutschen Recht legal definiert.¹⁰⁹ Allerdings setzen das Gleichbehandlungsgebot und das Diskriminierungsverbot die Beachtung von Transparenzpflichten voraus, um deren Einhaltung überhaupt durchführ- und kontrollierbar zu machen.¹¹⁰ Damit kleidet der Transparenzgrundsatz die übrigen Grundsätze ein, formt diese aus und verhilft ihnen zur

¹⁰² Vgl. nur OLG München, B.v. 14.3.2013 - Verg 32/12 Rn. 32; OLG Sachsen-Anhalt, B.v. 2.8.2012 - 2 Verg 3/12 Rn. 43 f.; OLG München, B.v. 11.8.2008 - Verg 16/08 Rn. 32 f.; jewls. zitiert nach Juris; Kus, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, 2014, § 97 GWB Rn. 11 ff., 14 ff.

¹⁰³ Zeise, in: Kulartz/Kus u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 55.

¹⁰⁴ Bernhardt, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 2 VOB/A Rn. 22; Kruse, VR 2015, 51 (54); Vavra, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 2 VOL/A Rn. 22 f.; Zeise, in: Kulartz/Kus u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 66 ff.

¹⁰⁵ BGH, B.v. 26.9.2006 - X ZB 14/06, BGHZ 169, 131 ff.; OLG Celle, B.v. 2.10.2008 - 13 Verg 4/08; OLG Karlsruhe 6.2.2007 - 17 Verg 5/06; OLG Düsseldorf, B.v. 27.4.2005 - VII-Verg 23/05; Vavra, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 2 VOL/A Rn. 26; Zeise, in: Kulartz/Kus u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 61 f. m.w.N.; Ziekow, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 20 f. A.A. OLG Naumburg, B.v. 26.10.2005 - 1 Verg 12/05; OLG Jena, B.v. 20.6.2005 - 9 Verg 3/05; OLG Düsseldorf, B.v. 30.6.2004 - VII-Verg 22/04; jewls. zitiert nach Juris; VK Leipzig, B.v. 11.11.2005 - 1-SVK/130/05, NZBau 2006, 536 ff.

¹⁰⁶ Zeise, in: Kulartz/Kus u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 61; Ziekow, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 21 f.

¹⁰⁷ Zeise, in: Kulartz/Kus u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 60.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 18 Abs. 1 RL 2014/24/EU, Ewgr. 1 RL 2014/24/EU; § 97 Abs. 1 GWB; § 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A; § 2 Abs. 1 EU VOB/A; § 2 Abs. 1 VOL/A. Der Transparenzgrundsatz gilt auch außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 97 ff. GWB, Höfler, NZBau 2010, 73 (76 f.) m.w.N.

¹⁰⁹ Siehe zu möglichen Definitionsansätzen Höfler, NZBau 2010, 73 ff.

¹¹⁰ EuGH U.v. 18.6.2002, Rs. C-92/00 Rn. 45; EuGH, U.v. 7.12.2000, Rs. C-324/98 Rn. 61; jeweils zitiert nach Juris. Höfler, NZBau 2010, 73 (75); Kus, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, 2014, § 97 GWB Rn. 28.

Geltung.¹¹¹ Das Vergabeverfahren muss folglich vom Beginn bis zum Ende klar und nachvollziehbar ausgestaltet sein¹¹² und jede vergaberechtliche Entscheidung begründet und dokumentiert werden.¹¹³ Nimmt der Auftraggeber Maßnahmen der Mittelstandsförderung vor, so muss dies allen Wirtschaftsteilnehmern des Vergabeverfahrens deutlich gemacht und aufgezeigt werden, in welcher Weise diese Interessen Eingang in das Vergabeverfahren finden.

4. Verhältnismäßigkeit

Daneben führt Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 2014/24/EU¹¹⁴ und Art. 18 Abs. 1 RL 2014/24/EU¹¹⁵ den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit an. Dieser hat in § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB ebenso Erwähnung gefunden. Daneben findet der Grundsatz in zahlreichen Regelungen des nationalen Vergaberechts eine nähere Konkretisierung. Inhaltlich fordert er, dass die von den Vergabestellen vorgenommenen Handlungen zur Erreichung des jeweiligen Ziels erforderlich und angemessen sind und die wirtschaftliche Betätigung am wenigsten beeinträchtigen.¹¹⁶

5. Wirtschaftlichkeitsgebot

Gemäß Art. 67 Abs. 1 RL 2014/24/EU¹¹⁷ ist der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen.¹¹⁸ Auch wenn diese Vorschrift in den Richtlinien 2014 in einem gesonderten Abschnitt zu finden ist, stehen sowohl die Zuschlagsentscheidung als auch das gesamte Vergabe unter dem Vorbehalt der Wirtschaftlichkeit.¹¹⁹ § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB stellt klar, dass bei der öffentlichen Vergabe der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zu wahren ist. Ziel der Einführung in § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB war es, den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz, „der bislang im Hinblick auf verschiedene Aspekte der Zuschlagserteilung [...] berücksichtigt war, als allgemeine[n] Grundsatz des Vergabeverfahrens hervor[zuheben].“¹²⁰ Aufgrund dessen führt § 127 Abs. 1 GWB das Wirtschaftlichkeitsgebot in Bezug auf den Zuschlag gesondert auf. Wirtschaftlichkeit meint das unter Berücksichtigung aller im konkreten Fall wesentlichen und zuvor angegebenen Aspekte beste Preis-Leistungs-Verhältnis¹²¹; es ist die günstigste

¹¹¹ Kruse, VR 2015, 51 (53); Ziekow, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 7, 38.

¹¹² Bernhardt, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 2 VOB/A Rn. 16; Müller, in: Kulartz/Kus u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 29; Höfler, NZBau 2010, 73 (76); Vavra, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 2 VOL/A Rn. 17 ff. Siehe zu den ex-ante und ex-post Ausprägungen nur Höfler, a.a.O.; Kruse, VR 2015, 51 (53 f.). Maibaum, in: Hattig/ders. (Hrsg.), KartellVergR, § 97 GWB Rn. 82 ff.; Vavra, a.a.O. Rn. 18 f.; dies., in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), a.a.O. § 16 VOL/A Rn. 9; Ziekow, in: ders./Völlink (Hrsg.), a.a.O. § 97 GWB Rn. 38 m.w.N.

¹¹³ Vgl. § 20 Abs. 1 VOB/A; § 20 Abs. 1 EU VOB/A; § 20 VOL/A; § 8 VgV; § 8 SektVO; § 6 KonzVgV; vgl. auch Hänzel, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 20 VOB/A Rn. 2 m.w.N.

¹¹⁴ Bzw. Ewgr. 2 RL 2014/25/EU; Ewgr. 4 RL 2014/23/EU.

¹¹⁵ Art. 36 Abs. 1 RL 2014/25/EU; Art. 3 Abs. 1 RL 2014/23/EU.

¹¹⁶ Kruse, VR 2015, 51 (55); Ziekow, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 47 m.w.N. Vgl. auch Art. 19 Abs. 2 UAbs. 3 RL 2014/24/EU; Ewgr. 101 RL 2014/24/EU; Art. 57 Abs. 3 UAbs. 2 RL 2014/24/EU.

¹¹⁷ Art. 82 Abs. 1 RL 2014/25/EU. Art. 41 Abs. 1 RL 2014/23/EU spricht von einem wirtschaftlichen Gesamtvorteil.

¹¹⁸ Das Wirtschaftlichkeitsprinzip gilt auch unterhalb der Schwellenwerte § 18 Abs. 1 VOL/A; § 16d Abs. 1 Nr. 3 S. 2 VOB/A.

¹¹⁹ A.A. Maibaum, in: Hattig/ders. (Hrsg.), KartellVergR, § 97 GWB Rn. 186.

¹²⁰ BTDrucks. 18/6281, S. 68.

¹²¹ BTDrucks. 13/9340, S. 14; vgl. zum Begriff nur Opitz, NZBau 2001, 12 ff. m.w.N.

Relation zwischen dem verfolgten Zweck und dem einzusetzenden Mittel zu erreichen.¹²² Die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes ist daher nicht auf nur monetäre Kriterien beschränkt.

6. Grundsatz der Berücksichtigung strategischer Ziele

§ 97 Abs. 3 GWB führt aufgrund der Umsetzung der Vergaberichtlinien 2014 nunmehr den Grundsatz zur Berücksichtigung strategischer Ziele bei der Beschaffung ein. Danach sollen in jeder Phase des Vergabeverfahrens, d.h. bei der Definition des Leistungsgegenstandes, bei der Festlegung der Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie bei der Festlegung von Bedingungen für die Auftragsdurchführung qualitative, soziale, umweltbezogene oder innovative (nachhaltige) Aspekte einbezogen werden. Durch diese Norm wird der Wandel des Vergaberechts vom reinen Haushaltsrecht hin zum Wettbewerbsrecht, mittels dessen auch strategische Ziele verwirklicht werden sollen, deutlich.

III. Nationales Recht

Ferner ergeben sich auch aus dem nationalen Recht, namentlich 1. aus der Verfassung, 2. dem Haushaltsrecht und 3. dem nationalen Wettbewerbsrecht, Grenzen für die vergaberechtliche Mittelstandsförderung.

1. Verfassungsrecht

Unproblematisch ist der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der vergaberechtlichen Regelungen an das Grundgesetz und an die Grundrechte gebunden. Fraglich ist aber, ob auch der Auftraggeber bei der Durchführung und Ausgestaltung des Vergabeverfahrens an die Grundrechte gebunden ist und falls ja, an welche.

a. Fiskalgeltung der Grundrechte

Ogleich die Auftragsvergabe einen öffentlichen Bezug hat, wird sie nicht dem Bereich des Verwaltungsprivatrechts, sondern dem der fiskalischen Hilfsgeschäfte zugeordnet.¹²³ Als Verwaltungsprivatrecht, bei der eine volle Grundrechtsbindung besteht, wird die unmittelbare Erfüllung öffentlicher Aufgaben des Staates in der Rechtsform des Privatrechts bezeichnet.¹²⁴ Die Beschaffung bzw. Auftragsvergabe an sich dient aber nicht unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben oder der Verfolgung öffentlicher Zwecke, sondern lediglich der mittelbaren Erfüllung. Des Weiteren nimmt der Staat im fiskalischen und erwerbswirtschaftlichen Bereich grundsätzlich wie ein Privatrechtssubjekt am Wirtschaftsleben teil und bedient

¹²² *Opitz*, NZBau 2001, 12 (13) m.w.N.

¹²³ *Ehlers*, Verwaltung, S. 213 m.w.N.; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 36, 40; *Kempfen*, Grundrechtsverpflichtete, in: Merten/Papier (Hrsg.), HbGR Bd. II, § 54 Rn. 52; *Kunert*, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 52 f., 57 ff. m.w.N.; *Stern*, Staatsrecht Bd. III/1, § 74 IV 3, S. 1404 m.w.N. A.A. *Regler*, Vergaberecht, S. 229 f.; *Schulze-Fielitz*, Grundmodi, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann u.a. (Hrsg.), GVerwR Bd. I, § 12 Rn. 139.

¹²⁴ Siehe zum Begriff nur *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 95; *Ehlers*, Verwaltung, S. 6 ff.; *Kunert*, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 106 f. m.w.N.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 227 m.w.N.; v. *Münch/Kunig*, in: ders./ders. (Hrsg.), GG Bd. I, Vorb. Art. 1-19 GG Rn. 19 f. m.w.N.

sich bei der Auftragsvergabe keiner hoheitlichen Zwangs- und Befehlsmittel.¹²⁵ Insofern betrifft das Vergaberecht nur das Verhältnis zum Leistungserbringer. Trotz der Zuordnung des Vergaberechts zu den fiskalischen Hilfsgeschäften ist die öffentliche Hand nicht befreit von öffentlich-rechtlichen Bindungen.¹²⁶ Gemäß Art. 1 Abs. 3 GG binden die Grundrechte die Gesetzgebung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht, um grundrechts- und verfassungsrechtsfreie Räume staatlichen Handelns zu unterbinden.¹²⁷ Art. 1 Abs. 3 GG umfasst daher auch alle exekutiven Tätigkeiten lückenlos und ohne Berücksichtigung der jeweiligen Organisations- und Handlungsform.¹²⁸ Ungeachtet der privatrechtlichen Handlungsform ist und bleibt der Staat „Sachwalter der Allgemeinheit“¹²⁹, sodass das öffentliche Interesse und nicht die „Privatnützigkeit“ Leitlinie des staatlichen Handelns ist.¹³⁰ Eine genaue Abgrenzung zwischen den unmittelbar öffentliche Aufgaben erfüllenden Tätigkeiten des Verwaltungsprivatrechts und den rein fiskalischen Tätigkeiten ist nicht immer ohne weiteres möglich.¹³¹ Darüber hinaus spricht die mittelbare Wirkung der Grundrechte im privatrechtlichen Bereich ebenso für eine Grundrechtsbindung im Fiskalbereich. Wenn die Grundrechte auch in diesem Privatrechtsverhältnis Geltung erlangen, obwohl es sich um Privatrechtssubjekte handelt, die keinerlei öffentliche Aufgaben verfolgen, kann bei der Auswahl eines Vertragspartners des Staates, der sogar mittelbar öffentliche Aufgaben erfüllt, erst Recht nichts anderes gelten. Denn auch der privatrechtlich handelnde Staat übt Marktmacht auf Private und deren unternehmerische Betätigungs- und Entfaltungsfreiheit aus.¹³² Mithilfe des Vergabeverfahrens werden zudem weitergehende Ziele verfolgt

¹²⁵ BVerfGE 116, 135 (149 f.); *Ramsauer*, in: Denninger/Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), AK-GG, 2001, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 50 m.w.N.

¹²⁶ BVerwG, U.v. 7.11.1957 - II C 109.55 Rn. 21 (zitiert nach *Juris*). Siehe dazu auch die Nachweise bei *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 40; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 228 m. Fn. 228; *Wallerath*, *Bedarfsdeckung*, S. 175 f., 303 ff.

¹²⁷ *Ehlers*, *Verwaltung*, S. 216; *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 1 GG Rn. 107; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 229 m.w.N.; *Stern*, *Staatsrecht* Bd. III/1, § 72 III 1, S. 1201, § 74 IV 5, S. 1411 ff.

¹²⁸ *Burgi*, *GewArch Beilage WiVerw* 04/2007, 173 (175) m.w.N.; *ders.*, *Rechtsregime*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann u.a. (Hrsg.), *GVerwR* Bd. I, § 18 Rn. 45; *Dietlein/Fandrey*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), *VergR*, *Einl.* Rn. 100 m.w.N.; *Ehlers*, *Verwaltung*, S. 214 f., 246 m.w.N.; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 11; *Masing*, *Rechtsstatus*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann u.a. (Hrsg.), *GVerwR* Bd. I, § 7 Rn. 43 m.w.N.; *Pietzcker*, *Zweiteilung des Vergaberechts*, S. 16 f.; *Puhl*, *VVDStRL* 60 (2001), 456 (477) m.w.N.; *Röhl*, *VerwArch* 86 (1995), 531 (575 ff.); *Stern*, *Staatsrecht* Bd. III/1, § 72 III 3, S. 1205, § 74, S. 1318 ff.

¹²⁹ *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 229 m.w.N. Ebenso *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 1 GG Rn. 107.

¹³⁰ BVerfGE 116, 135 (153); *Burgi*, *GewArch Beilage WiVerw* 04/2007, 173 (178); *Burmeister*, *VVDStRL* 52 (1993), 190 (214, 217 ff.); *Dörr*, *GewArch Beilage, WiVerw* 04/2007, 211 (213); *ders.* *DÖV* 2001, 1014 (1015) m.w.N.; *Ehlers*, *Verwaltung*, S. 214 ff.; *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 1 GG Rn. 107; *Huber P.M.*, *JZ* 2000, 877 (878); *Kempfen*, *Grundrechtsverpflichtete*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *HbGR* Bd. II, § 54 Rn. 53; *Puhl*, *VVDStRL* 60 (2001), 456 (481 ff.); *Stern*, *Staatsrecht* Bd. III/1, § 74 IV 5, S. 1412 ff.; *Wallerath*, *Bedarfsdeckung*, S. 176 f., 312 ff. Mit ähnlicher Tendenz *Rüfner*, *Grundrechtsadressaten*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR* Bd. IX, § 197 Rn. 72 f.

¹³¹ *Burgi*, *GewArch Beilage WiVerw* 04/2007, 173 (175); *Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 66 f. m.w.N.; *Dörr*, *DÖV* 2001, 1014 (1015); *Knöbl*, *Rechtsschutz bei der Vergabe*, S. 29 ff. (insb. S. 31 m.w.N.); *Malmendier*, *DVBl* 2000, 963 (965); *Pollmann*, *Gleichbehandlungsgrundsatz*, S. 26 f.; *Rüfner*, *Grundrechtsadressaten*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR* Bd. IX, § 197 Rn. 76; *Stern*, *Staatsrecht* Bd. III/1, § 74 IV 5, S. 1416. In dieselbe Richtung tendierend *Röhl*, *VerwArch* 86 (1995), 531 (576 f.). Dies räumt bisweilen auch die Rechtsprechung ein, vgl. BVerwG, B.v. 2.5.2007 - 6 B 10/07, Rn. 8 (zitiert nach *Juris*).

¹³² *Pollmann*, *Gleichbehandlungsgrundsatz*, S. 23 f. m.w.N.

und dieses zunehmend als Steuerungsinstrument eingesetzt – die Entscheidung des Auftraggebers ist daher nicht nur von rein wirtschaftlichen und wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten getragen.¹³³ Ferner werden im Vergabeverfahren öffentliche Mittel eingesetzt, die einer gerechten Verteilung zugeführt werden müssen.¹³⁴ Folglich besteht auch bei der Auftragsvergabe an sich eine Fiskalgeltung der Grundrechte.¹³⁵

b. Grundrechte bei Verteilungsentscheidungen

Im Vergabeverfahren bewirbt sich eine Vielzahl von Wirtschaftsteilnehmern für einen Auftrag, der nur einmal vergeben werden kann, sodass der Auftraggeber – vergleichbar mit den Subventionsfällen – eine Auswahlentscheidung treffen muss.¹³⁶ Das Vergabeverfahren stellt also eine „Verteilung von Wettbewerbschancen“ dar¹³⁷, bei der der Auftraggeber eine Verteilungsentscheidung¹³⁸, die auf eine sachgerechte Zuteilung knapper Güter zielt¹³⁹, trifft. Die Erteilung des Zuschlags für den einen hat gleichzeitig die Abweisung für den anderen zum Inhalt – es besteht zwischen den Bewerbern eine Konkurrenzsituation. Hierbei ist unstreitig, dass der Auftraggeber jedenfalls an Art. 3 Abs. 1 GG gebunden ist. Allerdings kommen auch weitere Grundrechte, wie die aus Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG, in Betracht, die durch die Teilnahme am Vergabeverfahren und die Auswahlentscheidung berührt sein könnten.

c. Art. 12 Abs. 1 GG – Wettbewerbsfreiheit

Fraglich ist, ob durch das Vergabeverfahren die im Grundgesetz nicht ausdrücklich erwähnte¹⁴⁰ Wettbewerbsfreiheit¹⁴¹ berührt ist. Die von der Rechtsprechung herausgebildete Wett-

¹³³ Dörr, DÖV 2001, 1014 (1016) m.w.N.; Wallerath, Bedarfsdeckung, S. 312 ff. (315).

¹³⁴ BVerfGE 116, 135 (153 f.); BVerwG, B.v. 2.5.2007 - 6 B 10/07 Rn. 10 (zitiert nach Juris). *Hermes*, JZ 1997, 909 (913 f.); *Kempfen*, Grundrechtsverpflichtete, in: Merten/Papier (Hrsg.), HbGR Bd. II, § 54 Rn. 5; *Kunert*, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 65 m.w.N.; *Malmendier*, DVBl 2000, 963 (964 f.); *Regler*, Vergaberecht, S.172 f.; *Wolff/Bachof u.a.*, VerwR I, § 23 Rn. 42, S. 222.

¹³⁵ *Niebuhr*, in: ders./Eschenbruch u.a. (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 15 f.; *Voßkuhle*, Strukturen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren, S. 277 (295 f.). Siehe allgemein zum Meinungsstand nur *Dörr*, DÖV 2001, 1014 (1015) m.w.N.; *Ehlers*, Verwaltung, S. 213 ff., 217 ff. m.w.N.; *Knöbl*, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 119 ff. m.w.N.; *Kunert*, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 52 f. m.w.N.; *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), 456 (477 f.); *Stern*, Staatsrecht Bd. III/1, § 74 IV, S. 1394 ff.; *Weiß*, Privatisierung, S. 213 ff.; *Wolff/Bachof u.a.*, VerwR I, § 23 Rn. 42 m.w.N. Das BVerfG hat in seinem Beschluss vom 13.6.2006 - 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 (149 f.), zwar entschieden, dass eine Vergabestelle nicht als Trägerin öffentlicher Gewalt handle. Dies allerdings in Bezug auf Art. 19 Abs. 4 GG. Eine Grundrechtsbindung gem. Art. 1 Abs. 3 GG ist damit hingegen nicht ausgeschlossen. Diese Frage hat das BVerfG vielmehr offen gelassen, vgl. BVerfGE a.a.O. 151.

¹³⁶ *Huber*, P.M., JZ 2000, 877 (877 f.) m.w.N.; *Pietzcker*, Zweiteilung des Vergaberechts, S. 39; *Regler*, Vergaberecht, S. 234.

¹³⁷ *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb, S. 167. Ebenso *Grzeszick*, DÖV 2003, 649 (656).

¹³⁸ Siehe zum Begriff und dazu, dass das Vergabeverfahren ein Verteilungsverfahren ist *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 36, 42 f.; *Gers-Grapperhaus*, Auswahlrechtsverhältnis, S. 149 ff. (150); *Hermes*, JZ 1997, 909 (913); *Huber*, P.M., JZ 2000, 877 (877 f.) m.w.N.; *Pöcker*, DÖV 2003, 193 (199); *Regler*, Vergaberecht, S. 240; *Röhl*, Verwaltungsverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann u.a. (Hrsg.), GVerwR Bd. II, § 30 Rn. 10 ff. (13); *Schmidt-Aßmann*, Verfahrensgedanke, in: Hoffmann-Riem/ders. u.a. (Hrsg.), GVerwR Bd. II, § 27 Rn. 78; *Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen, S. 34 ff.; *Stelkens*, NZBau 2003, 654 (655); *Voßkuhle*, Strukturen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren, S. 277 (290 ff., 293, 295 f.); *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 21 ff. (23).

¹³⁹ *Gers-Grapperhaus*, Auswahlrechtsverhältnis, S. 150 m.w.N.; *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 34.

¹⁴⁰ Das BVerfG erwähnte die Wettbewerbsfreiheit lediglich ohne nähere Konkretisierung u.a. in seiner Entscheidung vom 6.5.1964, BVerfGE 18, 1 (10).

bewerbsfreiheit umfasst die „freie unternehmerische Betätigung einschließlich des Verhaltens der Unternehmer im Wettbewerb“¹⁴²; soll heißen die „Freiheit zur Teilnahme am Wettbewerb“¹⁴³. Zwar ist die grundrechtliche Zuordnung der Wettbewerbsfreiheit umstritten. Aufgrund des unmittelbaren Zusammenhangs mit der Berufsausübung ist die Wettbewerbsfreiheit der Berufsausübung sachlich jedoch näher.¹⁴⁴ Eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs trifft eher das speziellere Grundrecht der Berufsfreiheit als das der (subsidiären) Handlungsfreiheit.¹⁴⁵ Die Wettbewerbsfreiheit ist demnach Bestandteil bzw. ein Teilbereich der Berufsausübung, „soweit das Verhalten der Unternehmen bzw. Unternehmer im Wettbewerb Bestandteil ihrer Berufsausübung ist“¹⁴⁶. *Sodan* formuliert die Wettbewerbsfreiheit „als Recht auf den Versuch, sich durch freie Leistungskonkurrenz als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt gegenüber anderen durchsetzen zu können“¹⁴⁷. Geschützt sind also die konkurrenzwirtschaftliche Betätigung und die Teilnahme am Wettbewerb¹⁴⁸; d.h. das Konkurrieren auf einem Markt um einen Vertragsschluss und das Anbieten von Produkten und Dienstleistungen.¹⁴⁹

aa. Bedeutung und Folgen für das Vergabeverfahren

Mit der Eröffnung des Vergabeverfahrens und der Möglichkeit, öffentliche Aufträge zu erlangen, wird ein Sondermarkt – namentlich ein eigenständiger staatlicher Beschaffungsmarkt – eröffnet und geschaffen.¹⁵⁰ Legt man die oben genannte Definition der Wettbewerbsfreiheit zugrunde¹⁵¹, muss jeder Wettbewerber grundsätzlich die Möglichkeit haben, an dem von der öffentlichen Verwaltung eröffneten Sondermarkt *teilnehmen zu können bzw. einen Zugang zu erhalten*. Darüber hinaus ist fraglich, ob die Wettbewerbsfreiheit zudem *den Erfolg auf*

¹⁴¹ *Breuer*, Beruf, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. VIII, § 170 Rn. 89; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 12 Abs. 1 GG Rn. 71 m.w.N.; *Tettinger*, DVBl 1999, 679 (685). Vgl. kritisch zum Begriff der Wettbewerbsfreiheit nur *Lindner*, DÖV 2003, 185 ff.

¹⁴² BVerfG, B.v. 11.7.2006 - 1 BvL 4/00 Rn. 78; BVerwG, U.v. 17.12.1991 - 1 C 5/88 Rn. 16; jewls. zitiert nach *Juris*. Vgl. dazu auch *Bryde*, NJW 1984, 2177 (2179 f.); *Rozek*, SächsVBl 1999, 149 (155) m.w.N.; *Wallerath*, NJW 2001, 781 (786) m.w.N.

¹⁴³ BVerwGE 65, 167 (174); BVerwGE 60, 154 (159).

¹⁴⁴ *Breuer*, Beruf, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. VIII, § 170 Rn. 127; *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (694); *Huber, P.M.*, Konkurrenzschutz, S. 319 f.; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 12 Abs. 1 GG Rn. 71 m.w.N.; *Ruthig/Storr*, Wirtschaftsrecht, Rn. 118 m.w.N.; *Schulte*, DVBl 1988, 512 (515); *Stern*, Staatsrecht Bd. IV/1, § 111 IV 5 b δ, S. 1863 m.w.N.

¹⁴⁵ BVerfG, B.v. 11.7.2006 - 1 BvL 4/00 Rn. 78 (zitiert nach *Juris*); *Gers-Grapperhaus*, Auswahlrechtsverhältnis, S. 197 f.; *Huber, P.M.*, Konkurrenzschutz, S. 320; *Kaelble*, Vergabeentscheidung, S. 49 f.; *Rozek*, SächsVBl 1999, 149 (155) m.w.N.; *Wittig*, Probleme des Vergaberechts, S. 159 f. A.A. BVerwGE 17, 306 (309); 30, 191 (198); 60, 154 (159).

¹⁴⁶ BVerfG, B.v. 11.7.2006 - 1 BvL 4/00 Rn. 78; BVerfG, B.v. 8.2.1972 - 1 BvR 170/71 Rn. 19; jewls. zitiert nach *Juris*. Vgl. dazu auch *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb, S. 236; *Kaelble*, Vergabeentscheidung, S. 48 ff.; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 12 Abs. 1 GG Rn. 71; *Sodan*, DÖV 2000, 361 (364); *Tettinger*, DVBl 1999, 679 (685).

¹⁴⁷ *Sodan*, DÖV 2000, 361 (364) m.w.N.

¹⁴⁸ BVerwGE 32, 311 (317). *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (694); *Ruthig/Storr*, Wirtschaftsrecht, Rn. 694.

¹⁴⁹ *Huber, P.M.*, Konkurrenzschutz, S. 444; *Kaelble*, Vergabeentscheidung, S. 51 f. m.w.N.; *Lindner*, DÖV 2003, 185 (190); *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 12 GG, Rn. 144 m.w.N.

¹⁵⁰ *Burgi*, GewArch WiVerw 2007, 173 (177); *ders.*, NZBau 2001, 64 (66); *Cremer*, Rechtsstaatliche Vorgaben, in: Pünder/Prieß (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, S. 29 (43); *Gers-Grapperhaus*, Auswahlrechtsverhältnis S. 201 f., 207; *Regler*, Vergaberecht, S. 243. A.A. *Kaelble*, Vergabeentscheidung, S. 73 f.

¹⁵¹ Vgl. Kap. 2 § 8 III. 1. c.

dem Sondermarkt schützt. In Anlehnung an *Bungenberg*¹⁵² ist vergaberechtlich im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG daher zwischen der Verfahrensausgestaltung, d.h. der Gewährleistung und Ermöglichung an dem vom Staat eröffneten Sondermarkt im Wege des Wettbewerbs teilzunehmen, und der Zuschlagserteilung, d.h. der Auswahl- und Verteilungsentscheidung bzw. der Bewertung¹⁵³ – an sich, zu differenzieren.

(1) Zugang zum Beschaffungsmarkt – Möglichkeit der Teilnahme

Der Auftraggeber ist in seiner Wahl, ob und was er beschafft, frei.¹⁵⁴ Beschafft er etwas, muss er aber jedem potenziellen Wettbewerber die potenzielle Möglichkeit geben, sich am Wettbewerb beteiligen zu können. Insofern schützt Art. 12 Abs. 1 GG den Zugang und die Wettbewerbsteilnahme am vom Staat eröffneten Sondermarkt.¹⁵⁵ Die Formulierung des Zugangs bzw. der Teilnahme mag auf den ersten Blick verwundern, bewegen wir uns doch im Anwendungsbereich eines Freiheitsgrundrechts mit typischerweise abwehrrechtlichem Charakter.¹⁵⁶ Mit der Abwehr einer verwehrten Begünstigung geht grundsätzlich nicht der Erhalt der Begünstigung einher. Soll ein solcher Anspruch aus einem Abwehrgrundrecht hergeleitet werden, bedarf es grundsätzlich der Begründung eines derivativen Teilhaberechts.¹⁵⁷ Demgegenüber bedarf es für den Zugang und der Möglichkeit der Teilnahme am Vergabeverfahren der Konstruktion eines Teilhaberechts nicht. Denn mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts schützt die Berufsfreiheit „das berufsbezogene Verhalten einzelner Personen oder Unternehmen am Markt“¹⁵⁸. Bezogen auf das Vergabeverfahren meint dies die Bewerbung der Unternehmen um öffentliche Aufträge.¹⁵⁹ Die Möglichkeit der Teilnahme am Wettbewerb auf dem Sondermarkt ist Bestandteil der von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten individuellen Freiheitssphäre der Wettbewerber.¹⁶⁰ Wenn die Ausgestaltung des Zugangs zum Vergabeverfahren und dessen Ablauf dazu führt, dass bestimmte Unternehmen von vornherein vom Verteilungsverfahren ausgeschlossen werden, können sie sich auf dem Wettbewerbsmarkt nicht mehr beteiligen; die Freiheit der davon betroffenen Wettbewerber wird unmittelbar eingeschränkt.¹⁶¹ In dieser Hinsicht hat das Bundesverfassungsgericht für andere Verteilungsverfahren bereits mehrfach entschieden, dass Art. 12 Abs. 1 GG zur Verwirklichung der Grundrechte eine dem Grundrechtsschutz angemessene Verfahrensgestaltung

¹⁵² *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb, S. 236 ff.

¹⁵³ *Huber, P.M.*, Konkurrenzschutz, S. 444, unterscheidet dies in Teilnahme und Bewertung.

¹⁵⁴ *Kling*, Vergabefremde Regelungen, S. 599 ff.; *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 74 m.w.N.; *Pietzcker*, AöR 107 (1982), 61 (93 f.); *ders.*, Staatsauftrag, S. 382.

¹⁵⁵ *Battis/Kersten*, NZBau 2004, 303 (304 f.); *Burgi*, GewArch Beilage WiVerw 04/2007, 173 (177 f.); *Gers-Grapperhaus*, Auswahlrechtsverhältnis, S. 197; *Knöbl*, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 39. A.A. *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 302 ff. (308).

¹⁵⁶ Allgemein dazu *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 12 GG Rn. 16; *Murswiek*, Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. IX, § 192 Rn. 28 m.w.N.; *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 12 GG Rn. 2.

¹⁵⁷ Allgemein dazu *Murswiek*, Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. IX, § 192.

¹⁵⁸ BVerfGE 116, 135 (151) m.w.N.

¹⁵⁹ So auch *Cremer*, Rechtsstaatliche Vorgaben, in: Pünder/Prieß (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, S. 29 (41 f.); *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 200.

¹⁶⁰ *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb, S. 231; *Burgi*, GewArch Beilage WiVerw 04/2007, 173 (177 f.).

¹⁶¹ BVerwG, U.v. 2.7.2003 - 3 C 46/02, NJW 2003, 2696 (2698); *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb, S. 236 ff. m.w.N.; *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 65. Allgemein dazu *Murswiek*, Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. IX, § 192 Rn. 21 m.w.N.

erfordert¹⁶², da „durch die Ausgestaltung des Auswahlverfahrens unmittelbar auf die Konkurrenzsituation Einfluss genommen wird und damit auf das Ergebnis der Auswahlentscheidung“¹⁶³. Durch die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens legt der Auftraggeber die „Spielregeln“ des Wettbewerbs fest.¹⁶⁴ Dies muss im Sinne eines marktwirtschaftlichen Wettbewerbs erfolgen, denn die Ausgestaltung trifft den Kern der Berufsausübung und damit der Wettbewerbsfreiheit.¹⁶⁵ Wird das Hindernis, das den Unternehmen den Zugang zum Markt verwehrt, beseitigt, folgt daraus – entsprechend der actus-contrarius Theorie –, dass der Zugang und damit die Möglichkeit der Teilnahme am Wettbewerb wieder offen steht. Die Konstruktion eines Teilhaberechts erübrigt sich also, da die Teilnahmemöglichkeiten kein „Mehr“ der bereits bestehenden individuellen Wettbewerbsposition darstellen, sondern diese vielmehr voraussetzen.¹⁶⁶ Um dies hier nochmals klarzustellen: Wird von einem Zugang zum Markt gesprochen, ist damit keinesfalls die Vermittlung eines Teilhaberechts aus Art. 12 Abs. 1 GG gemeint.¹⁶⁷ Stattdessen beinhaltet Art. 12 Abs. 1 GG eine freiheitsrechtliche Teilnahme Komponente.¹⁶⁸

(2) Zuschlagserteilung – Auswahl- und Verteilungsentscheidung – Bewertung

(a) Meinungsspektrum

Von der Möglichkeit des Zugangs zum Beschaffungsmarkt ist die Auftragsvergabe zu trennen. Das Meinungsbild darüber, ob Art. 12 Abs. 1 GG auch hier eine Rolle spielt, könnte unterschiedlicher kaum sein. *Puhl*¹⁶⁹ geht ebenso wie *Bungenberg*¹⁷⁰ davon aus, dass jede Auftragsvergabe als „staatliche Ingerenz“ in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Wettbewerbsfreiheit anzusehen und die Nichterteilung des Zuschlags eine staatliche „Zurückweisung“ sei.¹⁷¹ *P. M. Huber*¹⁷², *Regler*¹⁷³ und *Gers-Grapperhaus*¹⁷⁴ stellen diesbezüglich auf eine Monopol- oder marktbeherrschende Stellung des Staates ab. Der Zuschlag habe für den unterlegenen Bieter eine „existenzbedeutsame Wirkung“¹⁷⁵, da der Wettbewerber sich

¹⁶² BVerfGE 52, 380 (389 f.); 73, 280 (296); BVerfG, B.v. 12.6.1990 - 1 BvR 355/86, NJW 1990, 2306 (2308); BVerfG, B.v. 1.7.2002 - 1 BvR 152/02, NJW 2002, 3090 (3091); BVerfG, B.v. 20.9.2002 - 1 BvR 819/01, NJW-RR 2003, 203 (203); BVerfG B.v. 3.8.2004 - 1 BvR 135/00, NJW 2004, 2725 (2727); BVerfG 3.8.2009 - 1 BvR 369/08, NJW-RR 2009, 1502 (1503).

¹⁶³ BVerfGE 73, 280 (296); BVerfG B.v. 1.7.2002 - 1 BvR 152/02, NJW 2002, 3090 (3091); BVerfG, B.v. 20.9.2002 - 1 BvR 819/01, 1 BvR 826/01, NJW-RR 2003, 203 (203); BVerfG, U.v. 2.7.2003 - 3 C 46/02, NJW 2003, 2696 (2698). *Voßkuhle*, Strukturen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.); *Verwaltungsverfahren*, S. 277 (291 ff.) m.w.N.

¹⁶⁴ *Regler*, *Vergaberecht*, S. 244.

¹⁶⁵ *Bungenberg*, *Vergaberecht im Wettbewerb*, S. 238.

¹⁶⁶ *Burgi*, *GewArch Beilage WiVerw 04/2007*, 173 (181); *Wollenschläger*, *Verteilungsverfahren*, S. 202. Ähnlich *Hoffmann-Riem*, *Der Staat* 43 (2004), 203 (225) in Bezug auf die Informationsfreiheit.

¹⁶⁷ Siehe zu ähnlichen Überlegungen *Rixen*, *GewArch Beilage WiVerw 04/2011*, 219 (229 f.).

¹⁶⁸ *Lindner*, *DÖV* 2003, 185 (189 ff.).

¹⁶⁹ *Puhl*, *VVDStRL* 60 (2001), 456 (481 f.).

¹⁷⁰ *Bungenberg*, *Vergaberecht im Wettbewerb*, S. 238 ff. (240).

¹⁷¹ *Bungenberg*, *Vergaberecht im Wettbewerb*, S. 239 f.; *Puhl*, *VVDStRL* 60 (2001), 456 (481 f.), These 19, a.a.O. S. 509. Siehe zur Kritik nur die Diskussionsbeiträge auf der Tagung der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer, *VVDStRL* 60 (2001), vgl. *Böckenförde*, a.a.O. S. 594 f.; *Gallwas*, a.a.O. S. 612; *Sachs*, a.a.O. S. 630; *Wieland*, a.a.O. S. 605.

¹⁷² *Huber, P.M.*, *Konkurrenzschutz*, S. 443 ff. (445 f.).

¹⁷³ *Regler*, *Vergaberecht*, S. 240 ff.

¹⁷⁴ *Gers-Grapperhaus*, *Auswahlrechtsverhältnis*, S. 197 ff. (201 ff., 207).

¹⁷⁵ *Regler*, *Vergaberecht*, S. 244.

auf dem freien Wettbewerbsmarkt nicht um vergleichbare Aufträge bemühen könne.¹⁷⁶ *Pietzcker*¹⁷⁷, *Knöbl*¹⁷⁸ und *Burgi*¹⁷⁹ – um hier nur einige zu nennen¹⁸⁰ – lehnen die Heranziehung des Art. 12 Abs. 1 GG bei der Vergabeentscheidung gänzlich ab, da der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG nicht den Erfolg auf dem Markt umfasse.¹⁸¹ Der Zuschlag reduziere nur die von Art. 12 Abs. 1 GG gerade nicht geschützte Gewinnerwartung und -chance, nicht aber die unternehmerische Wettbewerbsbetätigung bzw. Bewerbungschance an sich.¹⁸² Auch eine Monopol- oder marktbeherrschende Stellung des Staates ändere daran nichts.¹⁸³

(b) Stellungnahme

Dieses kurz dargestellte Meinungsspektrum unterscheidet mitunter nicht zwischen der Teilnahme am Vergabeverfahren und dem Erfolg im Vergabeverfahren. Stattdessen wird die Schutzbereichsdimension teilweise erst unter Heranziehung eingriffsrelevanter Kriterien bestimmt¹⁸⁴, obwohl dies nicht notwendig ist. Damit der Erfolg im Vergabeverfahren vom Schutzzumfang des Art. 12 Abs. 1 GG umfasst ist, müsste zwischen der Auftragsvergabe und der Grundrechtsausübung ein „hinreichend qualifizierter Zusammenhang“ bestehen.¹⁸⁵ So macht *Wollenschläger* zutreffend geltend, dass ein solcher nicht schon deswegen besteht, weil die Bewerbung um den Auftrag eine unternehmerische und vom Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG umfasste Tätigkeit ist. Vielmehr müsste der jeweils Betroffene zur Grundrechtsausübung gerade auch auf den Leistungserfolg angewiesen sein¹⁸⁶. Dies ist beim Zuschlag nicht der Fall. Geschützt von Art. 12 Abs. 1 GG ist das berufsbezogene Verhalten, d.h. die unternehmerische Betätigung in Form der Bewerbung um den öffentlichen Auftrag. An der Möglichkeit der Bewerbung ändert sich durch die Auftragserteilung an einen anderen Bieter nichts. Setzt sich jemand dem Wettbewerb aus, muss er mit den positiven aber auch

¹⁷⁶ Ebenso *Ax*, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 153 ff.; *Gers-Grapperhaus*, Auswahlrechtsverhältnis, S. 205; *Huber, P.M.*, Konkurrenzschutz, S. 443 ff. (445 f.); *ders.*, JZ 2000, 877 (878 ff.); *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 12 Abs. 1 GG, Rn. 71 m. Fn. 297, Rn. 101 f.; *Marx*, GewArch Beilage WiVerw 04/2007, 193 (196); *Regler*, Vergaberecht, S. 244; *Storr*, GewArch Beilage WiVerw 04/2007, 183 (191); *Wittig*, Probleme des Vergaberechts, S. 160 ff. (161); *Wollenschläger*, DVBl 2007, 589 (595 f.); *Ziekow/Siegel*, ZfBR 2004, 30 (35).

¹⁷⁷ *Pietzcker*, Zweiteilung des Vergaberechts, S. 22 ff.

¹⁷⁸ *Knöbl*, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 38 ff. m.w.N.

¹⁷⁹ *Burgi*, GewArch Beilage WiVerw 04/2007, 173 (180 f.).

¹⁸⁰ Vgl. auch u.a. *Dabringhausen/Sroka*, VergabeR 2006, 462 (473); *Gröning*, ZWER 2005, 276 (281). Weitergehend *Lindner*, DÖV 2003, 185 (191 f.).

¹⁸¹ *Pietzcker*, Zweiteilung des Vergaberechts, S. 26.

¹⁸² *Burgi*, GewArch Beilage WiVerw 04/2007, 173 (178, 181); *ders.*, NZBau 2001, 64 (66); *Huber, P.M.*, JZ 2000, 877 (879); *Knöbl*, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 40 m.w.N.; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 155. Der Nichtabschluss stellt demnach keinen Eingriff dar *Boesen*, VergR, Einl. Rn. 89; *Hermes*, JZ 1997, 909 (913); *Pietzcker*, NZBau 2003, 242 (244); *ders.* Zweiteilung des Vergaberechts, S. 22 ff. (26); *Stern*, Staatsrecht Bd. IV/1, § 111 IV 5 c α, S. 1866.

¹⁸³ *Pietzcker*, Zweiteilung des Vergaberechts, S. 27 ff.; *ders.*, NZBau 2003, 242 (244); *Stern*, Staatsrecht Bd. IV/1, § 111 IV 5 c α, S. 1866.

¹⁸⁴ Beispielsweise begründen *Regler* und *Huber* die Relevanz des Art. 12 Abs. 1 GG zum Teil erst unter Heranziehung eines möglichen Eingriffs und definieren anhand dessen was von Art. 12 Abs. 1 GG überhaupt geschützt ist. *Pietzcker*, *Burgi* und *Knöbl* setzen sich zwar mit dem Umfang des Schutzbereichs auseinander. Allerdings differenzieren sie nicht zwischen Teilnahme und Bewertung und übersehen daher, dass Art. 12 Abs. 1 GG für die Auftragsvergabe nicht gänzlich unbedeutend ist.

¹⁸⁵ *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 202.

¹⁸⁶ *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 77, 202.

negativen Folgen leben.¹⁸⁷ Demnach gewährleistet Art. 12 Abs. 1 GG nur die konkurrierende Durchsetzungsmöglichkeit bzw. -chance, nicht aber auch den Durchsetzungserfolg.¹⁸⁸ Zu einem anderen Ergebnis gelangt man auch nicht, wenn man die in diesem Rahmen oft als Parallelen herangezogenen Entscheidungen zur Aufnahme eines Krankenhauses in den Bedarfsplan oder der Vereidigung zum staatlichen anerkannten Sachverständigen betrachtet. Anders als im Falle der Auftragsvergabe geht es in diesen Fällen darum, dass die Krankenhäuser z.B. erst durch die Aufnahme in den Bedarfsplan bzw. die Sachverständigen erst durch die Vereidigung zum staatlichen anerkannten Sachverständigen an staatlichen Vergünstigungssystemen teilnehmen können.¹⁸⁹ Im Falle der Auftragsvergabe erhält der Bieter durch die Bewerbung einen Zugang zum Markt; daran rüttelt der Zuschlag an seinen Konkurrenten nicht. Die Entscheidung darüber, ob der Sachverständige nach seiner Vereidigung tatsächlich ausgewählt wird oder das Krankenhaus nach der Aufnahme in den Bedarfsplan eine Vergünstigung erhält, liegt dann wiederum außerhalb des Schutzbereichs des Art. 12 Abs.1 GG. So führt das Bundesverfassungsgericht diesbezüglich aus, dass trotz der Aufnahme oder Vereidigung keinerlei Ansprüche auf die tatsächliche Erteilung der staatlichen Vergünstigung vermittelt werden.¹⁹⁰ Besteht auf sie kein Anspruch und tangiert die Nichterteilung der Begünstigung Art. 12 Abs. 1 GG nicht, so gilt dies erst recht in Bezug auf den Zuschlag. Die Einbeziehung des Wettbewerbserfolgs in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG würde dazu führen, dass Art. 12 Abs. 1 GG den Unternehmern – entgegen seiner abwehrrrechtlichen Funktion – einen Anspruch auf Vertragsabschluss mit dem Auftraggeber vermittelt und damit ein Leistungs- bzw. Teilhaberecht begründet.¹⁹¹ Eine solche teilhaberechtliche Dimension kommt Art. 12 Abs. 1 GG allerdings nicht zu.¹⁹² Die Einbeziehung des Erfolgs in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG würde den Anwendungsbereich der Wettbewerbsfreiheit als Teil der Berufsfreiheit erheblich überspannen, ohne dass dies erforderlich wäre¹⁹³ und dem „grundrechtliche[n] Gleichbehandlungsanspruch seine[r] Wirksamkeit [...] [be]rauben“¹⁹⁴. Insofern besteht zwar ein Anspruch auf chancengleiche Berücksichtigung bei der Auswahlentscheidung.¹⁹⁵ Jedoch hat dieser Anspruch einen eindeutigen Gleichheitsbezug, sodass sich das Auswahlverfahren an Art. 3 Abs. 1 GG zu orientieren hat.¹⁹⁶ Dies ist die Konsequenz aus der Differenzierung zwischen der Gewährung des Zu-

¹⁸⁷ *Gers-Grapperhaus*, Auswahlrechtsverhältnis, S. 205 m.w.N.

¹⁸⁸ BVerfGE 116, 135 (151 f.).

¹⁸⁹ Die Nichtaufnahme in den Krankenhausplan wirkt daher als Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit, BVerfGE 82, 209 (223 f.). Gleiches gilt für die Vereidigung zum staatlich anerkannten Sachverständigen, da einige gesetzliche Regelungen vorsehen, dass bestimmte Sachverhalte nur von einem öffentlich beglaubigten Sachverständigen zu beurteilen sind, BVerfG, U.v. 25.3.1992 - 1 BvR 298/86, NJW 1992, 2621 (2621).

¹⁹⁰ BVerfGE 82, 209 (223 f.).

¹⁹¹ *Burgi*, GewArch Beilage WiVerw 04/2007, 173 (181); *Ehlers*, VVDStRL 60 (2001), 598 (599); *Gers-Grapperhaus*, Auswahlrechtsverhältnis, S. 206 f. Dem Ergebnis zustimmend mit allerdings anderer Begründung *Lindner*, DÖV 2003, 185 (190).

¹⁹² *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb, S. 236 ff. m.w.N.; *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 49 ff., 52, 65 f., 200 ff.

¹⁹³ So *Regler*, Vergaberecht, S. 244, in Bezug auf die „normale Auftragsvergabe“.

¹⁹⁴ *Hermes*, JZ 1997, 909 (913).

¹⁹⁵ *Gers-Grapperhaus*, Auswahlrechtsverhältnis, S. 207; *Huber*, P.M., Konkurrenzschutz, S. 444; *Pietzcker*, Zweiteilung des Vergaberechts, S. 27; *Stern*, Staatsrecht Bd. IV/1, § 111 IV 5 c α, S. 1866.

¹⁹⁶ *Gers-Grapperhaus*, Auswahlrechtsverhältnis, S. 207; *Pietzcker*, Zweiteilung des Vergaberechts, S. 27; *Stern*, Staatsrecht Bd. IV/1, § 111 IV 5 c α, S. 1866.

gangs zum Markt und dem Erfolg auf dem Markt. Da der Erfolg auf dem Markt nicht in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG fällt, kann der mangelnde Zuschlag systematisch keinen Eingriff darstellen.¹⁹⁷

(aa) Monopolstellung

Dies gilt auch dann, wenn der Staat eine marktbeherrschende oder Monopolstellung innehat. Denn auch in diesem Fall kann sich jeder Wettbewerber am Vergabeverfahren beteiligen und hat wie jeder andere teilnehmende Bieter dieselben Wettbewerbschancen, welche ihm durch den Zuschlag an einen Konkurrenten nicht genommen wird.¹⁹⁸ Allein die Tatsache, dass sich der unterlegene Bieter bei einer Monopolstellung des Staates auf dem Wettbewerbsmarkt nicht um weitere Aufträge und Vertragsabschlüsse bemühen kann, rechtfertigt keinen freiheitsrechtlichen Schutz durch Art. 12 Abs. 1 GG.¹⁹⁹ Derartige Ansichten argumentieren vom Ergebnis her. Die Wettbewerbsfreiheit schützt nicht vor der Nichterteilung eines öffentlichen Auftrags.²⁰⁰ Besteht kein Anspruch darauf, dass der Staat bestimmte Leistungen nachfragt, macht es für den unterlegenen Bieter keinen Unterschied ob der Staat eine marktbeherrschende Stellung innehat und den Zuschlag einem anderen Bieter erteilt, oder die Nachfrage nach einer Leistung gänzlich einstellt.²⁰¹

(bb) Auftragssperre

Von ganz anderer Natur ist die Auftragssperre. Inhalt einer solchen Sperre ist, dass der Auftraggeber erklärt, für einen bestimmten Zeitraum mit dem jeweiligen Unternehmer anlässlich bestimmter Gründe²⁰² keine Verträge schließen und ihn demnach auch nicht am Vergabeverfahren beteiligen zu wollen.²⁰³ *Regler* geht diesbezüglich vom „actus contrarius zur Zuschlagserteilung“ aus²⁰⁴. Nach der hier vertretenen Auffassung ist aber nur die Teilnahme am Vergabeverfahren durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Deshalb kann die Auftragssperre nicht mit dem unterbliebenen Zuschlag gleichgestellt werden.²⁰⁵ Beide Verfahrensweisen haben unterschiedliche Zielrichtungen: Der mangelnde Zuschlag macht eine Erfolgchance zunichte; die Auftragssperre verhindert von Anfang an die Teilnahme am Vergabeverfahren. Daher stellt die Auftragssperre – um sich der Wortwahl *Reglers* zu bedienen – einen „actus contrarius zur Teilnahme am Vergabeverfahren“ dar. Aufgrund dessen ist die Nichtteilnahme am Wettbewerb aufgrund der Unzuverlässigkeit auch nicht – wie von *Pietzcker* geltend gemacht – das gleiche, wie der Nichtabschluss eines Vertrages aufgrund der Unzuverlässig-

¹⁹⁷ BVerfGE 116, 135 (151 ff.); *Knöbl*, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 40 f. m.w.N.; *Pietzcker*, Zweiteilung des Vergaberechts, S. 26.

¹⁹⁸ *Knöbl*, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 41 m.w.N.; *Pietzcker*, Zweiteilung des Vergaberechts, S. 27 ff.

¹⁹⁹ So auch *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 308 ff.

²⁰⁰ U.a. *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 302. BVerfGE 116, 135 (151 f.).

²⁰¹ S.ä. auch *Pietzcker*, Zweiteilung des Vergaberechts, S. 28 f.

²⁰² Z.B. weil sich der Bieter als unzuverlässig erwiesen hat.

²⁰³ § 126 GWB sowie § 6f Abs. 3 EU VOB/A, die Art. 57 Abs. 7 RL 2014/24/EU umsetzen, regeln die Länge der Auftragssperre nunmehr, siehe dazu BTDrucks. 18/6281, S. 111. Weitere Regelungen über die Voraussetzungen oder Auswirkungen der Auftragssperre sind im GWB nicht enthalten.

²⁰⁴ *Regler*, Vergaberecht, S. 244 f.

²⁰⁵ So aber *Huber, P.M.*, Konkurrenzschutz, S. 443; *ders.*, JZ 2000, 877 (879).

keit, sodass diese Problematik i.R.d. Art. 3 Abs. 1 GG zu verorten wäre.²⁰⁶ Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Teilnahme und damit die Bewerbung um einen Auftrag. Dieses Recht wird dem Bieter durch die Auftragsperre von vornherein genommen; der Wirtschaftsteilnehmer wird gänzlich von dem durch den Staat eröffneten Wettbewerb ausgeschlossen.²⁰⁷ Dass dieser Ausschluss und damit der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG²⁰⁸ unter Umständen durchaus gerechtfertigt sein kann, berührt die grundsätzliche Anwendbarkeit des und damit die Bindung an Art. 12 Abs. 1 GG nicht.

bb. Zwischenergebnis

Art. 12 Abs. 1 GG beinhaltet eine freiheitsrechtliche Teilnahmekomponente, nicht aber eine gleichheitsrechtliche Erfolgskomponente²⁰⁹. Hinsichtlich des Schutzbereichs ist zwischen der Teilnahme am Vergabeverfahren und dem Erfolg im Vergabeverfahren zu differenzieren. Für die Teilnahme bzw. den Zugang zum Beschaffungsmarkt ist Art. 12 Abs. 1 GG einschlägig. Bei der Auswahl- und Verteilentscheidung, d.h. hinsichtlich des Erfolgs, ist Art. 3 Abs. 1 GG relevant.²¹⁰ Da vom Schutzzumfang des Art. 12 Abs. 1 GG der Durchsetzungserfolg nicht umfasst ist, erübrigt sich in Bezug auf den unterlegenen Bieter die Frage nach einem möglichen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG. Dies gilt unabhängig davon, ob der Staat eine marktbeherrschende oder Monopolstellung innehat. Etwas anderes gilt nur im Rahmen der Auftragsperre. Da diese dem potenziellen Bieter den Zugang zum Markt von vornherein versagt, liegt ein – möglicherweise gerechtfertigter – Eingriff in das von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Verhalten vor. Wegen der Bindung an Art. 12 Abs. 1 GG für die Ausgestaltung des Zugangs zum Beschaffungsmarkt können sich für die Mittelstandsförderung aus Art. 12 Abs. 1 GG entsprechende Grenzen ergeben, vor allem wenn die mittelstandsfördernden Maßnahmen dazu führen, dass nur einem begrenzten Unternehmerkreis Zugang zum Beschaffungsmarkt gewährt wird.

d. Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG – Eigentums- und allgemeine Handlungsfreiheit

Da Art. 14 Abs. 1 GG nur das Erworbenene, nicht aber den Erwerb schützt und keine bloßen Umsatz- und Gewinnchancen gewährleistet, kommt es im Hinblick auf die Grenzen mittelstandsfördernder Maßnahmen im Vergabeverfahren nicht explizit auf Art. 14 Abs. 1 GG an. Zwar könnte sich für die Großunternehmen ein Abwehranspruch aus Art. 14 Abs. 1 GG ergeben, wenn das Vergabeverfahren für sie existenzvernichtend ausgestaltet wird. Allerdings tangiert dies eher den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG als den des Art. 14 Abs. 1 GG.

²⁰⁶ Pietzcker, Zweiteilung des Vergaberechts, S. 29 ff.; ders., ZHR 162 (1998), 427 (461). Ebenso Ehlers, Verwaltung, S. 192 m. Fn. 109. Siehe zum Meinungsstand allgemein Knöbl, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 43.

²⁰⁷ Knöbl, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 43; Regler, Vergaberecht, S. 244 f.; Stern, Staatsrecht Bd. IV/1, § 111 IV 5 c γ, S. 1868.

²⁰⁸ Battis/Kersten, NZBau 2004, 303 (305); Huber, P.M., JZ 2000, 877 (879); ders., Konkurrenzschutz, S. 443 ff., 505; Knöbl, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 43 ff.; Puhl, VVDStRL 60 (2001), 446 (481 f.); Regler, Vergaberecht, S. 245; Widmann, Vergaberechtsschutz, S. 100 ff.; Wittig, Probleme des Vergaberechts, S. 158 f.

²⁰⁹ Siehe zu den Begrifflichkeiten und deren dogmatischer Begründung nur Lindner, DÖV 2003, 185 (189 ff.).

²¹⁰ Burgi, GewArch Beilage WiVerw 04/2007, 173 (177 f.); Hermes, JZ 1997, 909 (913); Pietzcker, Zweiteilung des Vergaberechts, S. 22 ff. (25 ff., 33); ders., NZBau 2004, 530 (532).

Art. 2 Abs. 1 GG kann dann eine Rolle spielen, wenn es sich um ausländische Unternehmen handelt. Der Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 1 GG geht aber nicht weiter als der des Art. 12 Abs. 1 GG. Das, was nach Art. 12 Abs. 1 GG zulässig ist, ist aufgrund der weiteren Rechtfertigungsmöglichkeiten des Art. 2 Abs. 1 GG erst recht zulässig ist. Aufgrund dessen geht die Untersuchung im Folgenden nicht näher auf diese Grundrechte ein.

e. Art. 3 Abs. 1 GG – allgemeiner Gleichheitssatz

Der vergaberechtliche Gleichheitsgrundsatz erstreckt sich von der Vorbereitung, über die Ausgestaltung, die Auswahlkriterien und die Zuschlagserteilung über das gesamte Vergabeverfahren. Insofern verbietet auch der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz wesentlich Gleiches willkürlich ungleich und wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln.

aa. Bedeutung und Folgen für das Vergabeverfahren

Wie im Rahmen der Erörterungen zu Art. 12 Abs. 1 GG gesehen, beinhaltet die Auftragsvergabe eine „Verteilung von Wettbewerbschancen“.²¹¹ Die Wettbewerbsfreiheit garantiert, dass jedem potenziell interessierten Unternehmen Zugang zum Beschaffungsmarkt gewährt wird. Demgegenüber kann der Auftrag nur einmal vergeben werden. Auch wenn es um den Abschluss eines Austauschvertrages geht, steht dem Auftraggeber nur eine knappe Ressource zur Verfügung. Vergleichbar mit den Subventionsfällen muss der Auftraggeber im Hinblick auf die Verteilentscheidung eine sachgerechte Auswahlentscheidung treffen.²¹² Erhält ein Bieter den Auftrag, liegt hierin grundsätzlich eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung gegenüber dem leer ausgegangenen Bieter.²¹³

(1) Zugang zum und Erfolg auf dem Beschaffungsmarkt

Art. 3 Abs. 1 GG beinhaltet für die Auftragsvergabe zum einen materielle Verfahrensgarantien im Hinblick auf die Ausgestaltung des Zugangs zum Ausschreibungsverfahren. Jede getroffene Entscheidung muss sachlich gerechtfertigt sein, sodass kein Bieter ohne sachlichen Grund vom Vergabeverfahren – ob davor oder währenddessen – ausgeschlossen werden darf.²¹⁴ Zum anderen ist Art. 3 Abs. 1 GG – im Gegensatz zu Art. 12 Abs. 1 GG – aber auch für den Erfolg auf dem Beschaffungsmarkt relevant.²¹⁵ Art. 3 Abs. 1 GG wirkt auf die Auswahlentscheidung ein, da der Auftraggeber eine sachgerechte und willkürfreie Verteilungsentscheidung treffen muss. Über den Erfolg oder Misserfolg im Vergabeverfahren muss in einer dem Art. 3 Abs. 1 GG gerechten Weise entschieden werden. Weil die Wettbewerbsteilnehmer in allen Stadien des Vergabeverfahrens gleichbehandelt werden müssen, müssen

²¹¹ *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb, S. 167; *Grzeszick*, DÖV 2003, 649 (656). Ebenso *Wallerath*, Bedarfsdeckung, S. 430 f.

²¹² BVerfGE 116, 135 (153 f.); *Huber P.M.*, JZ 2000, 877 (881); *Pietzcker*, Zweiteilung des Vergaberechts, S. 39; *Regler*, Vergaberecht, S. 234. *Wallerath*, Bedarfsdeckung, S. 318 ff., 428, 430 f.

²¹³ *Huber, P.M.*, Konkurrenzschutz, S. 507; *Pollmann*, Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 53.

²¹⁴ BVerfGE 116, 135 (153 f.); *Dürig*, in: Maunz/ders. (Begr.), GG, Grundwerk, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 504; *Pietzcker*, NZBau 2003, 242 (243).

²¹⁵ *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb, S. 214; *Pietzcker*, Zweiteilung des Vergaberechts, S. 36; *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), 456 (479).

ihnen demnach sowohl die gleichen Chancen beim Zugang zum Wettbewerb als auch auf den Zuschlag eingeräumt werden.²¹⁶

(2) Verfolgung vergabefremder Ziele

Relevanz entfaltet Art. 3 Abs. 1 GG vor allem auch dann, wenn der Auftraggeber neben der eigentlichen Beschaffung weitergehende Ziele verfolgt. Die interessierten Bieter, die nicht in der Lage oder bereit sind, die für das Erreichen des weitergehenden Zwecks notwendigen Kriterien zu erfüllen oder zu verfolgen, werden gegenüber den anderen Bietern ungleich behandelt.²¹⁷ Vor dem Hintergrund, dass das Grundgesetz wirtschaftspolitisch neutral ausgestaltet ist, wird mitunter vorsichtig angeführt, dass Art. 3 Abs. 1 GG es dem Staat verwehrt, nur solche Unternehmen zu beauftragen, die „ein bestimmtes Verhalten an den Tag“ legen.²¹⁸ Infolgedessen könne nur das Wirtschaftlichkeitskriterium als zulässiges Auswahl- und Vergabekriterium herangezogen werden, da es das „einzig sachgerechte (weil ‚neutrale‘)“ Kriterium sei.²¹⁹ Indes resultiert aus Art. 3 Abs. 1 GG kein Gebot der „neutralen Beschaffung“.²²⁰ Denn die wirtschaftliche und sparsame Beschaffung ist nicht das alleinige Ziel der Auftragsvergabe. Vielmehr handelt es sich bei der Wirtschaftlichkeit um das Mittel, dass zur Verfolgung der zuvor gesetzten Ziele eingesetzt wird.²²¹ Das Wirtschaftlichkeitsgebot ist daher nur eine Grenze der Verwirklichung weitergehender Zielsetzungen. Gleiches gilt für die Wirtschaftsneutralität des Grundgesetzes. Aus diesem folgt kein generelles Verbot des Staates, die Wirtschaft mit verschiedenen Mitteln und Zielen zu lenken und zu beeinflussen.²²² Die Kopplung der Auftragsvergabe mit der Verfolgung weitergehender Zwecke ist grundsätzlich nicht sachfremd und damit kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG, vor allem wenn es sich dabei um Aspekte handelt, die ihren Ursprung in der Verfassung haben.²²³ Folglich hat der Auftraggeber für die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens und des zu beschaffenden Gutes auch in wirtschafts- und sozialpolitischer Hinsicht einen Spielraum.²²⁴ Dafür spricht des Weiteren, dass auch das Vergabewesen für die Herstellung eines gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts – wie es in Art. 109 Abs. 2 und 3 GG verankert ist – genutzt werden kann

²¹⁶ *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb, S. 167, 214, 222; *Grzeszick*, DÖV 2003, 649 (655); *Huber, P.M.*, Konkurrenzschutz, S. 545; *Knöbl*, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 34 m.w.N.; *Pietzcker*, NZBau 2003, 242 (243); *ders.*, AöR 107 (1982), 61 (72); *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), 456 (479 f.); *Pünder*, VerwArch 95 (2004), 38 (50); *Regler*, Vergaberecht, S. 235 f.; *Wallerath*, Bedarfsdeckung, S. 319 ff., 430 f.

²¹⁷ *Pünder*, VerwArch 95 (2004), 38 (44).

²¹⁸ Dies ebenso vorsichtig formulierend *Puhl*, VVDStRL Bd. 60 (2000), 456 (497). Diese Frage auch aufwerfend, aber verneinend *Pietzcker*, Staatsauftrag, S. 383.

²¹⁹ *Dürig*, in: Maunz/*ders.* (Begr.), GG, Grundwerk, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 504; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 281.

²²⁰ *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 348; *Pollmann*, Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 94; *Pietzcker*, AöR 107 (1982), 61 (89 f.); *ders.*, Staatsauftrag, S. 383.

²²¹ *Pietzcker*, AöR 107 (1982), 61 (89).

²²² *Pietzcker*, AöR 107 (1982), 61 (89).

²²³ So z.B. Umweltschutz, die aus dem Sozialstaatsprinzip folgenden Anforderungen wie Mutterschutz, Arbeitnehmerschutz etc., vgl. dazu *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb, S. 218 m.w.N.; *Pietzcker*, Zweiteilung des Vergaberechts, S. 37; *ders.*, Staatsauftrag, S. 383, 390 ff.; *Pollmann*, Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 92 f.; *Pünder*, VerwArch 95 (2004), 38 (44 f.); *Regler*, Vergaberecht, S. 228 f. Siehe Näher zum Kopplungsverbot, *Grzeszick*, DÖV 2003, 649 (655 f.); *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 368 ff. m.w.N. A.A. im Allgemeinen *Rittner*, Soziale Belange, in: Schwarze (Hrsg.), Wirtschaftsrecht, S. 87 ff. m.w.N.

²²⁴ *Huber, P.M.*, Konkurrenzschutz, S. 546; *Regler*, Vergaberecht, S. 237.

und eine gewisse Lenkungsfunktion hat.²²⁵ Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt demnach lediglich, dass Ungleichbehandlungen zwischen Wirtschaftsteilnehmern, die das über das Wirtschaftlichkeitsgebot hinausgehende vergabefremde Kriterium erfüllen, und solchen, die es nicht erfüllen, somit nicht in die nähere Auswahl kommen und eine geringere Chancen auf den Zuschlag haben, eines sachlichen Grundes bedürfen und am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG zu beurteilen sind.²²⁶ Hierbei kommt es auf den jeweiligen Einzelfall an; entscheidend ist, ob das zusätzliche Kriterium an sich schon sachwidrig ist oder sich in Verbindung mit der Auftragsvergabe als gleichheitswidrig darstellt.²²⁷

bb. Abgestufte Rechtfertigungsanforderungen – die Mittelstandszugehörigkeit als zulässiges Differenzierungskriterium

Die Mittelstandszugehörigkeit kann grundsätzlich als Differenzierungskriterium bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens und der Verteilentscheidung herangezogen werden. Ob dies gleichheitswidrig, da den Rechtfertigungsanforderungen des Art. 3 Abs. 1 GG nicht entsprechend, ist, hängt davon ab, welcher Prüfungsmaßstab zugrunde gelegt werden muss. Grundsätzlich handelt es sich bei der Zugehörigkeit zum Mittelstand um eine Eigenschaft, die es nahelegt, die strengeren Rechtfertigungsvorbehalte einer personenbezogenen Differenzierung heranzuziehen. Allerdings geht es hierbei um die Eigenschaft einer juristischen Person bzw. Personenvereinigung. Auch wenn eine natürliche Person Unternehmensträger ist, geht es nicht per se um sie, sondern um ihr Unternehmen. Hintergrund des strengen Maßstabes ist eine Ungleichbehandlung von natürlichen Personen anhand von Kriterien, die denen aus Art. 3 Abs. 2 und 3 GG nahe kommen.²²⁸ Deshalb ist bei unternehmensbezogenen Differenzierungskriterien grundsätzlich nicht der nach der Neuen Formel strengere Prüfungsmaßstab maßgeblich.²²⁹ Ein strengerer Prüfungsmaßstab kann sich aber auch aus der Eingriffsintensität und den Auswirkungen des Differenzierungskriteriums für den geschützten Freiheitsbereich ergeben.²³⁰ Mitunter wird diesbezüglich geltend gemacht, dass die Marktstellung des Auftraggebers entscheidend sei, sodass eine Rechtfertigung anhand der Willkürformel ausreiche, wenn der Auftraggeber keine marktstarke Stellung habe.²³¹ Andererseits ist hiermit noch keine Aussage über die Eingriffsintensität getroffen. Entscheidend ist stattdessen, wie lange und schwer das Kriterium die jeweiligen Wirtschaftsteilnehmer belastet.²³² Diesbezüglich kommt es darauf an, ob das angewandte Kriterium dazu führt, dass bestimmten Unternehmen die Teilnahme am Vergabeverfahren überhaupt erst ermöglicht wird, bestimmte Unternehmen bevorzugt oder gar ausgeschlossen werden. Es besteht also ein System abgestufter Rechtfertigungsanforderungen.

²²⁵ Pietzcker, AÖR 107 (1982), 61 (90); Regler, Vergaberecht, S. 239 m.w.N.

²²⁶ So auch Meyer, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 348.

²²⁷ Pietzcker, Zweiteilung des Vergaberechts, S. 38.

²²⁸ BVerfGE 96, 1 (6).

²²⁹ Meyer, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 350. A.A. Willems, Mittelstandsförderung, S. 371 f.

²³⁰ So auch Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb, S. 218.

²³¹ Grzeszick, DÖV 2003, 649 (655 f.). Ebenso in diese Richtung tendierend, Huber, P.M., Konkurrenzschutz, S. 546 f.

²³² So Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb, S. 218.

(1) Ermöglichung der Teilnahme

Mittelständische Unternehmen unterliegen größenbedingten Nachteilen, die es ihnen oftmals schwerer bzw. unmöglich machen, überhaupt am Vergabeverfahren teilzunehmen. Art. 3 Abs. 1 GG dient zwar nicht dazu, die eigene Rechtsstellung durch eine Verschlechterung der Rechtsstellung eines anderen zu verbessern.²³³ Dem ungeachtet setzt eine „reale Chancengleichheit bei der Vergabe öffentlicher Aufträge [...] unter anderem eine bestimmte Verfahrensgestaltung voraus.“²³⁴ Dies erfordert es, den mittelständischen Unternehmen durch eine entsprechende Ausgestaltung des Vergabeverfahrens den Zugang zum Beschaffungsmarkt und damit die Chance zur Erhaltung des Auftrages einzuräumen.²³⁵ Verfolgt die Anwendung des Differenzierungskriteriums das Ziel, mittelständischen Unternehmen die Teilnahme am Beschaffungsmarkt zu ermöglichen, zählt dies zur gewährenden Staatstätigkeit, bei dem aus dem Gleichheitssatz keine strengeren Rechtfertigungsanforderungen resultieren.²³⁶

(2) Bevorzugung zur Herstellung der Startchancengleichheit

Gleichheit im wirtschaftlichen Wettbewerb, um unter den potenziellen Bewerbern denjenigen zu finden, der am ehesten den aufgestellten Anforderungen entspricht²³⁷, erfordert zudem einen Ausgleich der bei Verteilungsentscheidungen bestehenden Ungleichheiten und die Einräumung der gleichen Startchancen.²³⁸ Bisweilen reicht hierfür eine Rechtsgleichheit durch eine Gleichbehandlung der mittelständischen Unternehmen und der Großunternehmen nicht aus, da zwischen diesen Unternehmen eine faktische Ungleichheit besteht.²³⁹ Hieraus kann sich eine sozialstaatliche Gestaltungsaufgabe zur Herstellung der Startchancengleichheit ergeben. Zu beachten ist aber, dass faktische Gleichheit und Freiheit in einem Spannungsverhältnis stehen. Die aktive Herstellung einer faktischen Gleichheit ist nur ausnahmsweise und in engen Grenzen möglich und darf die Freiheit der anderen nicht gänzlich zerstören.²⁴⁰ Die Ausgleichwirkung bzw. Angleichung darf sich lediglich auf die Herstellung tatsächlicher Startchancengleichheit beschränken²⁴¹, nicht aber auch eine „Zielchancengleichheit“ einräumen.²⁴² Es verstößt damit nicht grundsätzlich gegen den Gleichheitssatz, wenn ein funktionierender Markt und Wettbewerb einen Ausgleich der Stärken oder Schwächen erfordert bzw. eine Ungleichbehandlung zwischen stärkeren und schwächeren Wirtschaftsteil-

²³³ So in prozessualer Hinsicht *Dürig*, in: Maunz/ders. (Begr.), GG, Grundwerk, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 468 m.w.N.

²³⁴ *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), 456 (479); *Regler*, Vergaberecht, S. 235.

²³⁵ *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), 456 (480); *Regler*, Vergaberecht, S. 235.

²³⁶ *Pietzcker*, Staatsauftrag, S. 384. Allgemein dazu *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 351 m.w.N. A.A. *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 371 f.

²³⁷ BVerfGE 73, 280 (296).

²³⁸ *Dürig*, in: Maunz/ders. (Begr.), GG, Grundwerk, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 140; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 34, 43.

²³⁹ Allgemein dazu *Osterloh/Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), Art. 3 GG Rn. 282; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 35.

²⁴⁰ *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 3 GG Rn. 68; *Osterloh/Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), Art. 3 GG Rn. 282; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 4.

²⁴¹ *Osterloh/Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), Art. 3 GG Rn. 282 m. Fn. 695. *Huber, P.M.*, Konkurrenzschutz, S. 414 ff. verwendet den Begriff des Konkurrentengleichstellungsanspruchs. *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 35 f. m.w.N., der zudem darauf verweist, dass die Chancengleichheit keine besondere verfassungsrechtliche Ausprägung des Gleichheitssatzes ist, sondern in der Rechtsgleichheit und im Sozialstaatsprinzip aufgeht.

²⁴² *Dürig*, in: Maunz/ders. (Begr.), GG, Grundwerk, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 140, 113.

nehmern erfolgt.²⁴³ Versteht man dies als entsprechende Verfahrensausgestaltungsaufforderung in Bezug auf das Vergaberecht, so muss der Gesetzgeber die für einen auch die faktischen Nachteile ausgleichenden Wettbewerb erforderlichen Rahmenbedingungen festlegen²⁴⁴, die darin bestehen können, mittelständische Unternehmen zu bevorzugen²⁴⁵. Da dadurch zugleich die grundrechtlich geschützten Interessen der Konkurrenten berührt sein können²⁴⁶, bedarf es eines strengeren Rechtfertigungsmaßstabes. Hierbei ist zum einen zu berücksichtigen, dass die Bevorzugung nicht dazu führt, dass die Großunternehmen keine Chance mehr auf den Auftrag haben; diese Chance wird lediglich verringert.²⁴⁷ Zum anderen hält die Mittelstandsförderung den Ausschreibungswettbewerb aufrecht und verfolgt mittelbar das Ziel, die aus dem Haushaltsrecht folgenden Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu verwirklichen.²⁴⁸ Insofern könnte die Mittelstandsförderung kein beschaffungsfremdes, sondern ein unvergabeeigenes Kriterium sein. Des Weiteren geht es bei einer bevorzugenden Mittelstandsförderung um die Verwirklichung der in Art. 109 Abs. 2 und 3 GG verankerten Staatszielbestimmung der Aufrechterhaltung eines gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts. *Pietzcker* weist ferner darauf hin, dass wirtschafts- und sozialpolitisch motivierte Bevorzugungen kaum an Art. 3 Abs. 1 GG scheitern werden, da sie oftmals durch das Sozialstaatsprinzip abgesichert sind.²⁴⁹

(3) Ausschluss

Ein strenger Rechtfertigungsmaßstab besteht dann, wenn das Differenzierungskriterium der Mittelstandsförderung zur Folge hat, dass andere Unternehmen vom Zugang zum und/oder Erfolg auf dem Beschaffungsmarkt ausgeschlossen werden. Da die ausgeschlossenen Unternehmen ebenso den Gleichheitssatz für sich in Stellung bringen können, ist eine Rechtfertigungsmöglichkeit kaum denkbar.

cc. Zwischenergebnis

Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt nicht das Gebot der „neutralen“ Beschaffung, vielmehr kann die Zugehörigkeit zum Mittelstand ein zulässiges Differenzierungskriterium bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens und der Verteilungsentscheidung sein. Ob das Differenzierungskriterium gleichheitsgemäß angewendet wird, ist im Hinblick auf die Eingriffsintensität für die jeweilige Maßnahme gesondert zu beurteilen. Hierbei besteht ein System abgestufter Rechtfertigungsanforderungen. Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgen in Bezug auf die Mittelstandsförderung im Vergabewesen Grenzen, aber auch Ausgestaltungsmöglichkeiten. Das Zusammenspiel des Art. 12 Abs. 1 GG mit Art. 3 Abs. 1 GG kann die Pflicht begründen und die Möglichkeit eröffnen, zwischen den Wirtschaftsteilnehmern des vom Staat eröffneten Beschaffungsmarktes eine Startchancengleichheit herzustellen, indem die faktischen Unterschiede zwischen den Unternehmen durch eine entsprechende Verfahrensausgestaltung ausgeglichen werden.

²⁴³ *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. I, Art. 3 GG Rn. 69.

²⁴⁴ *Huber, P.M.*, Konkurrenzschutz, S. 503.

²⁴⁵ *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 351 f.; *Pietzcker*, Staatsauftrag, S. 385 m.w.N.

²⁴⁶ *Huber, P.M.*, Konkurrenzschutz, S. 503.

²⁴⁷ So auch *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 353.

²⁴⁸ *Pietzcker*, Staatsauftrag, S. 315 ff.; *ders.*, AöR 107 (1982), 61 (88) m.w.N.

²⁴⁹ *Pietzcker*, Staatsauftrag, S. 385.

2. Haushaltsrecht – Gebot der Wirtschaftlichkeit

Das verfassungsrechtlich in Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG statuierte Gebot der Wirtschaftlichkeit beinhaltet, neben dem Prüfungsmaßstab für die Finanzkontrolle durch den Bundesrechnungshof²⁵⁰, gleichzeitig auch eine Handlungsmaxime für die Exekutive. Die „Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit [beanspruchen] im Staat gewaltübergreifende und umfassende Geltung“²⁵¹ und gelten damit auch für das Vergabewesen.²⁵² Inhaltlich handelt es sich um ein formales, inhalts- und konturenarmes, offenes Gebot der Optimierung²⁵³. Da ein allumfassendes Optimum nicht zu verlangen ist²⁵⁴, kommt es im Rahmen der Wirtschaftlichkeit darauf an, ob „Kosten und Nutzen bzw. der Aufwand und Ertrag in einem angemessenen, vertretbaren Verhältnis zueinander stehen“²⁵⁵. Es ist eine Zweckmäßigkeitprüfung unter betriebswirtschaftlichem oder auch gesamtwirtschaftlichem Blickwinkel vorzunehmen.²⁵⁶ Hierbei kommen zwei Prinzipien, das Maximal- und das Minimalprinzip²⁵⁷, zum Tragen. In Bezug auf die Mittelstandsförderung und die hierfür im Vergabewesen eingesetzten Mittel wird mitunter geltend gemacht, dass eine Verfolgung derartiger weitergehender Zwecke zur Verteuerung der Auftragsvergabe führe und damit gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz verstoße²⁵⁸. Gegenstand der Zweckmäßigkeitprüfung ist aber nicht das Ziel selbst, sodass die Wirtschaftlichkeitsmaßstäbe „an das zielverwirklichende Verwaltungshandeln [...] nicht dagegen an die politisch-gestalterische Zielsetzung selbst [anzulegen sind]“²⁵⁹. Auf die Sinnhaftigkeit, Nützlichkeit oder Rentabilität des verfolgten Zwecks kommt es nicht an.²⁶⁰ Im Gegenteil, die Wirtschaftlichkeitsprüfung stellt eine am Ergebnis orientierte Zweckmäßigkeitkontrolle dar.²⁶¹ Diesbezüglich hat der Gesetzgeber auch das Recht, unwirtschaftliche Vorgaben zu machen. Mit § 97 Abs. 4 GWB bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, das Vergabewesen auch dazu einzusetzen, mittelständische Unternehmen zu fördern, sodass es nicht nur Ziel des Vergabewesens ist, wirtschaftlich zu beschaffen.²⁶² Im Rahmen der Wirtschaft-

²⁵⁰ *Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 110 GG Rn. 67 m.w.N.; Art. 114 GG Rn. 14.

²⁵¹ *Gröpl*, Wirtschaftlichkeit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. V, § 121 Rn. 25.

²⁵² *Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 114 GG Rn. 14 m. Fn. 24; v. *Lewinski/Burbar*, HGrG, § 6 HGrG Rn. 6.

²⁵³ *Greifeld*, Rechnungshof, S. 9; *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. III, Art. 114 GG Rn. 29; *Schulze-Fielitz*, VVDStRL 55 (1996), 231 (255); *Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. (Hrsg.), GG Bd. III, Art. 114 GG Abs. 2 Rn. 89 m.w.N.

²⁵⁴ *Kube*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 114 GG Rn. 101 m.w.N.

²⁵⁵ *Kube*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 114 GG Rn. 101 m.w.N.

²⁵⁶ *Kube*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 114 GG Rn. 100 m.w.N.

²⁵⁷ Nach dem Maximalprinzip soll der Staat mit einem bestimmten Mitteleinsatz das bestmögliche Ergebnis (auch Ergiebigkeit genannt) erzielen. Nach dem Minimalprinzip soll ein bestimmtes Ergebnis mit möglichst geringem Einsatz von Mitteln (auch Sparsamkeit genannt) erreicht werden, vgl. nur *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. III, Art. 114 GG Rn. 29 m.w.N.; *Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. (Hrsg.), GG Bd. III, Art. 114 Abs. 2 GG Rn. 87 m.w.N.; v. *Lewinski/Burbar*, HGrG, § 6 HGrG Rn. 4; *Ziekow*, ÖPP, in: Küpper/Semper (Hrsg.), PPP, S. 129 (196) m.w.N.

²⁵⁸ *Bultmann*, Beihilfenrecht, S. 158 m.w.N.; *Müller-Wrede*, NZBau 2004, 643 (648); *Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, S. 585 (593).

²⁵⁹ *Kube*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 114 GG Rn. 102. Ebenso *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG, Art. 114 GG Rn. 7 m.w.N.; *Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. (Hrsg.), GG Bd. III, Art. 114 Abs. 2 GG Rn. 87 m.w.N.

²⁶⁰ *Kube*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 114 GG Rn. 102 m.w.N.

²⁶¹ *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG, Art. 114 GG Rn. 7 m.w.N.; *Kube*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 114 GG Rn. 102; *Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. (Hrsg.), GG Bd. III, Art. 114 Abs. 2 GG Rn. 87 m.w.N.

²⁶² Ähnlich v. *Lewinski/Burbar*, HGrG, § 6 HGrG Rn. 7.

lichkeit ist daher zu untersuchen, ob der für die Zielverwirklichung der Förderung des Mittelstandes aufgebrauchte Mitteleinsatz in einer ausgewogenen Relation steht. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass § 97 Abs. 4 GWB ein verpflichtender Grundsatz, das Gebot der Wirtschaftlichkeit hingegen ein Rechtsprinzip ist.²⁶³ Prinzipien sind in Abhängigkeit von etwas rechtlich und tatsächlich Möglichem zu verwirklichen; während Regeln wiederum nur eingehalten oder nicht eingehalten werden können.²⁶⁴ Aufgrund dessen sind bei jeder einzelnen Maßnahme die beiden Aspekte der Mittelstandsförderung und Wirtschaftlichkeit im Rahmen der praktischen Konkordanz in Ausgleich zu bringen, mit der Folge, dass von beiden am Ende noch etwas übrig bleiben muss.

Für den Fall, dass ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsprinzip durch mittelstandsfördernde Maßnahmen im Vergabewesen vorliegt, ist wiederum zu untersuchen, ob er durch andere Verfassungsimpulse gerechtfertigt ist. So ist zu berücksichtigen, dass der Staat durch die Eröffnung des Vergabeverfahrens einen eigenständigen Beschaffungsmarkt eröffnet, zu dem jedes interessierte Unternehmen Zugang haben muss. Gleichsam kann aus Art. 109 Abs. 2 GG und der Staatszielbestimmung zur Schaffung einer ausgewogenen Unternehmensstruktur eine den Wirtschaftlichkeitsmaßstab bis zu gewissen Grenzen einschränkende Rechtfertigung entnommen werden. Gleiches gilt für die den mittelständischen Unternehmen zukommende soziale Stellung, sodass auch die Staatsstrukturprinzipien sowie das in einigen Landesverfassungen verankerte Staatsziel die Mittelstandsförderung in Stellung gebracht werden können.

3. Wettbewerbsrecht

Bei der Vornahme mittelstandsfördernder Maßnahmen sind auch die nationalen Wettbewerbsvorschriften des GWB zu beachten. Anders als im europäischen Wettbewerbsrecht kann eine marktbeherrschende Stellung des Auftraggebers i.S.d. § 19 GWB schon dann vorliegen, wenn sie sich auf einen kleinen räumlichen Bereich bezieht. Die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen sind denen des Art. 102 AEUV nachgezeichnet, sodass sich an dieser Stelle keine wesentlichen Unterschiede ergeben. Gleiches gilt für § 1 GWB, der dem Art. 101 AEUV nachgebildet ist. Zu berücksichtigen ist aber, dass § 3 GWB – anders als das europäische Kartellrecht – Mittelstandskartelle unter bestimmten Voraussetzungen ausdrücklich billigt.²⁶⁵

IV. Zusammenfassung

Dieses Kapitel hat gezeigt, dass sich mittelstandsfördernde Maßnahmen im Vergabewesen innerhalb der vom europäischen Primär- und Sekundärrecht sowie dem nationalen Verfassungs-, Haushalts- und Wettbewerbsrecht gesteckten Grenzen halten müssen. Im Hinblick auf die Grundfreiheiten stellt die Mittelstandsförderung an sich grundsätzlich keine offene oder verdeckte Diskriminierung dar, weil sie nicht an die Staatsangehörigkeit der KMU an-

²⁶³ *Gröpl*, Wirtschaftlichkeit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. V, § 121 Rn. 26 ff. Zum Unterscheid der beiden Begriffe ebenda.

²⁶⁴ *Gröpl*, Wirtschaftlichkeit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. V, § 121 Rn. 26.

²⁶⁵ Das europäische Kartellrecht ist neben dem nationalen anwendbar, geht diesem aber vor, wenn das nationale Recht einen Zusammenschluss verbietet, der nach europäischem Kartellrecht zulässig wäre, *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 101 AEUV Rn. 16 m.w.N. Vgl. auch § 22 GWB.

knüpft. Sofern die Mittelstandsförderung keine versteckte Regionalförderung beinhaltet, kann es sich allenfalls um eine sonstige Beschränkung handeln, die nur dann vertragswidrig ist, wenn sie nicht durch nichtwirtschaftliche und nichtwirtschaftspolitische Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass Art. 173 Abs. 3 i.V.m. Art. 173 Abs. 1 AEUV die Förderung der KMU als Unionsziel deklariert. Darüber hinaus kommt den KMU eine besondere gesellschaftliche Funktion zu.

Des Weiteren spielen aufgrund der trägerneutralen Ausgestaltung die europarechtlichen Wettbewerbsvorschriften eine Rolle. Bei einem Zusammenschluss mehrerer Wirtschaftsteilnehmer müssen die kartellrechtlichen Vorgaben des Art. 101 AEUV beachtet werden. Der Begriff des Unternehmens i.S.d. Art. 102 AEUV ist funktional zu bestimmen. Daher können auch der Staat und seine Untergliederungen, sofern sie unternehmerisch tätig werden, Adressaten der Regelung sein, sodass der öffentliche Auftraggeber eine marktbeherrschende Stellung innehaben kann, die er bei der Vornahme mittelstandsfördernder Maßnahmen gem. Art. 102 AEUV nicht missbrauchen darf. Da der Einkauf einer Leistung nicht getrennt von dessen späterer Verwendung betrachtet werden kann, kann auch die Nachfragetätigkeit eine wirtschaftliche Betätigung darstellen. Allerdings kommt eine Marktbeherrschung nur für den Bereich in Betracht, in dem der Auftraggeber eine Monopolstellung hat. Aus dem nationalen Wettbewerbsrecht ergeben sich keine, über die europäischen Regelungen hinausgehenden Anforderungen. Eine Besonderheit stellt die im europäischen Recht nicht vorhandene Privilegierung der Mittelstandskartelle gem. § 3 GWB dar.

Daneben ist das Beihilfenrecht gem. Art. 107 AEUV zu beachten. Eine auch vergabefremde Ziele verfolgende Vergabe stellt indes nicht per se eine Beihilfe dar. Hierfür ist die Gewährung einer Begünstigung erforderlich. Eine solche liegt nur dann vor, wenn der Auftraggeber die konkret nachgefragte Leistung – ob mit oder ohne vergabefremden Kriterium – zu marktüblichen Preisen einkauft.

Da der Auftraggeber zudem an die in keinem Stufenverhältnis stehenden vergaberechtlichen Grundsätze gebunden ist, muss ein mittelstandsförderndes Vergabeverfahren ebenso die Grundsätze des Wettbewerbs, der Wirtschaftlichkeit, der Gleichheit und Transparenz im Blick haben. In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass die Verschaffung des Zugangs einer Vielzahl von Unternehmen zum Beschaffungsmarkt den Wettbewerb belebt und fördert und sich das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht allein an monetären Interessen orientiert.

Da eine Fiskalgeltung der Grundrechte besteht, ist der Auftraggeber im Rahmen der den fiskalischen Hilfstätigkeiten zugeordneten Auftragsvergabe an die Grundrechte gebunden. Relevanz entfalten hierbei vor allem Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG. Im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Art. 12 Abs. 1 GG ist zwischen dem Zugang zum vom Staat eröffneten Beschaffungsmarkt und dem Erfolg auf dem Beschaffungsmarkt zu differenzieren. Art. 12 Abs. 1 GG entfaltet nur für ersteres Relevanz. Auch wenn diese Formulierung den Art. 12 Abs. 1 GG in die Kategorie eines Teilhaberechts rückt, sei hier noch einmal hervorgehoben, dass sich diese Pflicht allein aus dem abwehrrechtlichen Charakter der Norm ergibt, da die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Wettbewerbsfreiheit die konkurrenzwirtschaftliche Betätigung und die Teilnahme am Wettbewerb gewährleistet. Eröffnet der Staat durch das Vergabewesen einen Sondermarkt, umfasst die Wettbewerbsfreiheit das Recht, Zugang zu diesem Sondermarkt zu erhalten. Unter Heranziehung des Art. 3 Abs. 1 GG ergibt sich hinzukommend die Pflicht, innerhalb der sich aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG ergebenden

Grenzen die faktischen Unterschiede zwischen mittelständischen Unternehmen und Großunternehmen auszugleichen oder die kleinen und mittleren Unternehmen gar zu bevorzugen. Für die Verteilungsentscheidung bzw. den Erfolg auf dem Beschaffungsmarkt kommt es auf Art. 3 Abs. 1 GG an.

Das haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot verlangt eine Relation zwischen dem definierten Ziel und dem eingesetzten Mittel. Diesbezüglich ist zu beachten, dass der Gesetzgeber das Recht hat, auch unwirtschaftliche Vorgaben zu machen. In diesem Bereich spielt § 97 Abs. 4 GWB eine entscheidende Rolle. Aufgrund dessen kann den mittelstandsfördernden Maßnahmen im Vergabewesen nicht per se eine haushaltswidrige Beschaffung bescheinigt werden. Ferner können Verstöße gegen haushaltsrechtliche Grundsätze durch andere verfassungsrechtliche Belange gerechtfertigt werden. Wie im § 7 erläutert, ist die Mittelstandsförderung zwar kein konkreter Verfassungsauftrag. Die Berücksichtigung und Förderung ihrer Interessen ist der Verfassung aber auch nicht fremd.

Kapitel 3: Besonderer Teil – Eine Klaviatur ausgewählter Instrumente mittelstandsfördernder Maßnahmen im Vergabewesen

Nachdem Kapitel 2 die Rechtsgrundlagen der Mittelstandsförderung im Allgemeinen und im Vergabewesen sowie die Grenzen der Mittelstandsförderung im Vergabewesen aufgezeigt hat, gilt es nun, im Kapitel 3 die Klaviatur der mittelstandsfördernden Instrumente zu beleuchten. Diese sind in chronologischer Abfolge des Vergabeverfahrens strukturiert. Ziel des folgenden Abschnittes ist es, die derzeit bestehenden gesetzlichen Grundlagen zu erörtern, weitere Handlungsspielräume aufzuzeigen sowie Anregungen für weitere gesetzliche Verankerungen zu geben. Denn dies kann bereits vorweggenommen werden: Auch wenn der deutsche Gesetzgeber im Bereich der Mittelstandsförderung im Vergabewesen durchaus eine Vorreiterrolle einnimmt, so sind die bestehenden Möglichkeiten lange noch nicht ausgeschöpft. Insofern soll dieser Teil dazu dienen, die Auftraggeber zu ermutigen, den Strauß möglicher mittelstandsfördernder Maßnahmen kreativer und umfassender auszuschöpfen.

§ 9 Informationen: Vorinformation – Bekanntmachung

Die Möglichkeit, sich um einen Auftrag zu bewerben, setzt normativ voraus, dass die Unternehmen Kenntnis von der Absicht der Auftragsvergabe haben. Daher muss der Auftraggeber sie bekanntmachen. Dadurch wird der Wettbewerb für einen großen Kreis von potenziellen Wirtschaftsteilnehmern geöffnet. Dies dient zum einen dem Interesse des Auftraggebers, da die Auswahl potenzieller Angebote vergrößert wird und er somit eine bessere Chance erhält, das wirtschaftlich günstigste Angebot auszuwählen. Zum anderen dient es den Interessen der Wettbewerbsteilnehmer, indem es ihnen die Chance für die Auftragserteilung eröffnet.¹ Die Bekanntmachungspflichten resultieren aus dem Transparenz- und dem Wettbewerbsgrundsatz und erstrecken sich über das gesamte Vergabeverfahren.

I. Oberhalb der Schwellenwerte

Im Bereich oberhalb der Schwellenwerte bedarf es einer europaweiten Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union. Des Weiteren werden diese auf dem mehrsprachigen Online-Dienst der Europäischen Union „Tenders Electronic Daily“ in allen Amtssprachen veröffentlicht.

1. Vorinformation

Zunächst besteht die Möglichkeit zur noch nicht das Vergabeverfahren eröffnenden Vorinformation.² In dieser können die Auftraggeber die Absicht der geplanten Auftragsvergabe für die nächsten zwölf Monate³ bekannt geben. Allerdings ist die Vorinformation für den Auftraggeber nicht obligatorisch⁴, es sei denn, er will von der Möglichkeit der Verkürzung der Angebotsfristen im offenen, nicht offenen Verfahren oder Verhandlungsverfahren Gebrauch machen.⁵ Die Vorinformation fördert den Wettbewerb und erhöht die Chancengleichheit auch ausländischer Wirtschaftsteilnehmer.⁶ Die Wirtschaftsteilnehmer können bereits frühzeitig eruieren, ob sie sich an einem Vergabeverfahren beteiligen wollen, die dafür erforderlichen Vorbereitungen in Bezug auf die Bewerbung treffen und die erforderlichen Nachweise zusammenstellen sowie Kapazitäten einplanen.⁷ Für die Auftraggeber erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass bei Durchführung des Vergabeverfahrens sorgsam vorbereitete Angebote eingehen.⁸ Insofern kommt die Vorinformation vor allem auch den mittelständischen Unternehmen zugute, weil sie ihre begrenzten Kapazitäten effektiver nutzen können.⁹ Zwar handelt es sich bei der Vorinformation nicht um ein gezielt mittelstandspezifisches Instrument, da es allen Unternehmen zugute kommt. Aufgrund der mittelstandsfreundlichen Wir-

¹ Traupel, Bekanntmachung, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 19 Rn. 1.

² Vgl. Art. 48 RL 2014/24/EU.

³ Art. 48 Abs. 2 UAbs. 3 RL 2014/24/EU.

⁴ Art. 48 Abs. 1 RL 2014/24/EU.

⁵ Vgl. Art. 27 Abs. 2 RL 2014/24/EU; Art. 28 Abs. 3 RL 2014/24/EU; § 10a Abs. 2 EU VOB/A; § 10b Abs. 3 EU VOB/A; § 12 Abs. 1 Nr. 2 EU VOB/A; § 38 Abs. 3 VgV; § 36 Abs. 3 SektVO. Vgl. hierzu auch die Altregelungen in § 12 Abs. 1 Nr. 2 EG VOB/A a.F.; § 12 Abs. 3 EG VOL/A a.F.; §§ 12 Abs. 2, 18 SektVO a.F.

⁶ Völlink, in: Ziekow/ders. (Hrsg.), VergR, § 12 EG VOB/A Rn. 2.

⁷ Traupel, Bekanntmachung, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 19 Rn. 22 m.w.N.; Völlink, in: Ziekow/ders. (Hrsg.), VergR, § 12 EG VOB/A Rn. 2.

⁸ Traupel, Bekanntmachung, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 19 Rn. 23 m.w.N.

⁹ Traupel, Bekanntmachung, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 19 Rn. 22.

kung, sollten die öffentlichen Auftraggeber andererseits dennoch vermehrt davon Gebrauch machen.¹⁰

2. Bekanntmachung

Darüber hinaus müssen die Auftraggeber vor Durchführung eines Vergabeverfahrens die Absicht gem. Art. 49 und 51 RL 2014/24/EU bekannt geben. Die Auftraggeber übersenden die Bekanntmachungen auf elektronischem Weg¹¹ an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union, welche spätestens fünf Tage nach der Übermittlung¹² im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht werden.¹³ Der Inhalt der Bekanntmachung muss so konkret sein, dass er es den potenziellen Wirtschaftsteilnehmern ermöglicht, zu entscheiden, ob der jeweilige Auftrag für sie von Interesse ist.¹⁴ Veröffentlicht werden die Bekanntmachungen in der oder den vom Auftraggeber gewählten Amtssprache(n) der Organe der Europäischen Union. Da nur diese Sprachfassung(en) verbindlich sind, wird in den nicht vom Auftraggeber ausgewählten Amtssprachen der Europäischen Union eine Zusammenfassung der wichtigsten Bestandteile der jeweiligen Bekanntmachung veröffentlicht.¹⁵ Diese publizierten Zusammenfassungen kommen den mittelständischen Unternehmen zugute; auch wenn es sich hierbei nicht um ein spezifisch mittelstandsförderndes Instrument handelt.¹⁶ Denn die mittelständischen Unternehmen verfügen im Zweifelsfall nicht über eigene Übersetzungsabteilungen und müssten demnach Dolmetscher einsetzen, um Ausschreibungen anderer Mitgliedstaaten zu verstehen bzw. von diesen überhaupt Kenntnis zu erlangen. Jedoch kann die Sprachbarriere spätestens dann wieder zum Tragen kommen, wenn die potenziellen Bieter konkrete Einzelheiten über den jeweiligen Auftrag erfahren wollen, da nur die vom öffentlichen Auftraggeber in der Bekanntmachung gewählte(n) Amtssprache(n) verbindlich sind. Gleiches gilt für die Angebotserstellung als solcher. Zum einen ist der Auftraggeber weder gehalten noch verpflichtet, die Vergabeunterlagen in einer anderen als seiner gewählten Amtssprache zu erstellen. Zum anderen hat der Auftraggeber das Recht, die Sprache, mit der die Angebote verfasst oder die bei Verhandlungen angewendet werden soll, zu bestimmen.¹⁷ Somit sind die mittelständischen Unternehmen spätestens bei der Bewerbung mangels Kapazitäten und mangels eigener Übersetzungsabteilung mit dem Sprachproblem konfrontiert. Daher könnte erwogen werden, ob die Auftraggeber verpflichtet werden sollten, Bewerbungen in anderen als den von ihnen gewählten Sprachen entgegen zu nehmen bzw. die Wirtschaftsteilnehmer das Recht erhalten, Angebote und Teilnahmeanträge auch in an-

¹⁰ *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 225 m.w.N.

¹¹ Art. 51 Abs. 2 RL 2014/24/EU.

¹² Art. 51 Abs. 2 S. 2 RL 2014/24/EU.

¹³ Die Union trägt die Kosten für die Bekanntmachungen (auch der Vorinformation), Art. 51 Abs. 2 S. 3 RL 2014/24/EU.

¹⁴ Daher müssen diese mindestens alle in Anhang V der Richtlinie 2014/24/EG aufgeführten Informationen beinhalten. Für die Bekanntmachungen u.a. enthält die Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 (ABl EU v. 12.11.2015, Nr. L 296/1) standardisierte Formulare. Deren Verwendung ist gem. Art. 51 Abs. 1 RL 2014/24/EU verbindlich. Vgl. auch § 37 Abs. 2 VgV; § 35 Abs. 2 SektVO; § 19 Abs. 2 KonzVgV; § 12 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 2 EU VOB/A.

¹⁵ Art. 51 Abs. 3 RL 2014/24/EU; § 40 VgV; § 40 SektVO; § 23 KonzVgV. Siehe dazu auch BTDrucks. 18/7318, S. 198.

¹⁶ So auch *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 226.

¹⁷ Vgl. Anhang V Teil B II Nr. 10, Teil C Nr. 22, Anhang IX Nr. 1 lit. b), c), Nr. 2 lit. d) RL 2014/24/EU.

deren Sprachen erstellen zu dürfen. Diesem steht aber ein erhöhter Verwaltungsaufwand aufseiten des Auftraggebers entgegen sowie die Tatsache, dass der Auftragnehmer sich auch während der Vertragsdurchführung mit dem Auftraggeber verständigen muss. Folglich liegt die Festlegung auf eine oder mehrere Sprache(n) auch im Interesse der Auftragnehmer.¹⁸

3. Umstellung auf die E-Vergabe i.e.S.

Die Richtlinien 2014 sehen für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte weitere Erleichterung der Kommunikationsmöglichkeiten und Kenntniserlangung vor. Gemäß Art. 22 Abs. 1 RL 2014/24/EU gewährleisten die Mitgliedstaaten, dass die gesamte Kommunikation und der Informationsaustausch in allen Verfahrensstufen¹⁹, d.h. auch die Übermittlung der Teilnahmeanträge und der Angebote, in elektronischer Form erfolgen.²⁰ Umfasst von der Verpflichtung zur elektronischen Kommunikation ist demzufolge die Kommunikation in einem Vergabeverfahren (E-Vergabe im engeren Sinne), nicht jedoch die Kommunikation nach dem Zuschlag (E-Vergabe im weiteren Sinne).²¹ Damit hat sich die Rechtslage ab dem 18. April 2016 „grundlegend“²² geändert, da die Auftraggeber nunmehr keine Wahlfreiheit bezüglich der Kommunikationsmittel haben.²³ Zu diesem Zweck müssen die Auftraggeber gem. Art. 53 RL 2014/24/EU ab dem Tag der Veröffentlichung einer Bekanntmachung unentgeltlich einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang anhand elektronischer Mittel zu den Auftragsunterlagen vorsehen. Welchen Anforderungen die elektronischen Kommunikationsmittel entsprechen müssen, gibt Art. 22 RL 2014/24/EU vor.²⁴ Gemäß § 97 Abs. 5 GWB verwenden Auftraggeber und Unternehmen für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten²⁵ in einem Vergabeverfahren grundsätzlich elektronische Mittel nach Maßgabe der aufgrund des § 113 Satz 2 Nr. 4 GWB erlassenen Verordnungen.²⁶ Die europaweiten Bekanntmachungen dürfen infolgedessen nur noch elektronisch beim Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union eingereicht werden. In dieser ist zwingend eine Internetadresse anzugeben, unter der sämtliche Vergabeunterlagen abgerufen werden können.²⁷ Neben der Verpflichtung zur elektronischen Bekanntmachung und Bereitstellung der Verga-

¹⁸ Siehe dazu auch *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 225 f.

¹⁹ Davon ausgenommen ist die elektronische Verarbeitung von Angeboten, die elektronische Bewertung oder automatische Verarbeitung der Angebote sowie die interne Kommunikation des Auftraggebers, vgl. Ewgr. 52 a.E. RL 2014/24/EU.

²⁰ Siehe zu möglichen Ausnahmen nur Ewgr. 53 Abs. 2, 54 und Art. 22 RL 2014/24/EU.

²¹ Siehe zur Unterscheidung *Schäfer*, NZBau 2015, 131 (131). Siehe zum Begriff und zur Bedeutung der E-Vergabe *Probst/Winters*, CR 2015, 557 (557); *Schäfer*, a.a.O. S. 131; *Zeiss*, Städte- und Gemeinderat 2015, 8 (8).

²² *Zeiss*, Städte- und Gemeinderat 2015, 8 (8).

²³ Siehe zur Wahlfreiheit nach der alten Rechtslage § 11 Abs. 1 Nr. 1 EG VOB/A a.F.; § 13 Abs. 1 EG VOL/A a.F.; § 8 Abs. 1 VOF a.F.; *Schäfer*, NZBau 2015, 131 (132 f.) m.w.N. Im Bereich der Konzessionsvergabe besteht keine zwingende Anwendung der E-Vergabe, vgl. Art. 29 RL 2014/23/EU; § 7 KonzVgV, BTDrucks. 18/7318, S. 285; *Schäfer*, a.a.O. S. 136 f.

²⁴ Vgl. auch Art. 29 Abs. 1 RL 2014/23/EU, Art. 40 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 RL 2014/25/EU; Ewgr. 53 RL 2014/24/EU; §§ 10 f. VgV; §§ 10 f. SektVO; §§ 8 f. KonzVgV; § 11a EU VOB/A.

²⁵ Das Speichern von Daten ist in Art. 22 Abs. 1 RL 2014/24/EU nicht enthalten. Auch wenn § 97 Abs. 5 GWB und die Vergabeordnungen das Speichern von Daten aufführen, ist die Führung einer E-Akte nicht verpflichtend, vgl. BTDrucks. 18/7318, S. 167.

²⁶ Siehe dazu die §§ 9 ff. VgV; §§ 9 ff. SektVO; §§ 7 ff. KonzVgV; §§ 11 ff. EU VOB/A.

²⁷ § 41 Abs. 1 VgV; § 41 Abs. 1 SektVO; § 11 Abs. 3 VOB/A; § 12a Abs. 1 Nr. 1 EU VOB/A.

beunterlagen dürfen zudem – von einigen Ausnahmen abgesehen²⁸ – zentrale Beschaffungsstellen ab dem 18. April 2017, andere als zentrale Beschaffungsstellen ab dem 18. Oktober 2018 nur noch elektronische Angebote entgegen nehmen und berücksichtigen.²⁹

Die Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel erleichtert die Kommunikation zwischen Auftraggeber und den Unternehmen, vereinfacht die Bekanntmachung von Aufträgen erheblich und steigert die Effizienz und Transparenz der Vergabeverfahren.³⁰ Den mittelständischen Unternehmen kommt ein verstärkter Einsatz der elektronischen Beschaffung vor allem deswegen zugute, weil ihnen dadurch Versand-, Kopierkosten sowie Zeitaufwendungen erspart bleiben und personelle Ressourcen geschont werden. Laut den Angaben in der Gesetzesbegründung zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016 können die Wirtschaftsteilnehmer durch die verpflichtende Umstellung auf die elektronische Kommunikation insgesamt Kosten in Höhe von bis zu 1.063,3 Mio. Euro einsparen. Diese setzen sich aus 210,0 Mio. Euro für Bürokratiekosten aus den zu erfüllenden Informationspflichten und weiteren 853,3 Mio. Euro für den sonstigen Erfüllungsaufwand zusammen.³¹ Die Umstellung auf eine ausschließliche elektronische Kommunikation kann einzelne mittelständische Unternehmen mitunter aber auch von der Teilnahme am Vergabeverfahren abschneiden. Wie in § 4 dargestellt³², nutzen die mittelständischen Unternehmen elektronisch basierte Kommunikationswege seltener und haben daher einen höheren Umstellungsaufwand zu bewältigen.³³ Aufgrund dessen gilt es, potenzielle Wirtschaftsteilnehmer frühzeitig von der Umstellung zu informieren, ihnen den Umgang mit dem „elektronisch basierten Vergabeverfahren“ zu erklären und einheitliche Softwarelösungen zu schaffen.³⁴

II. Unterhalb der Schwellenwerte

Für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte enthalten die Vergabeverordnungen ebenfalls Bekanntmachungsvorschriften.³⁵ Die Bekanntmachung kann in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungen, Internetportalen oder für Lieferungen und Dienstleistungen in Fachzeitschriften erfolgen.³⁶ Werden Aufträge über Lieferungen und Dienstleistungen auf Internetportalen bekannt gegeben, müssen sie daneben über die Suchfunktion des Internetportals www.bund.de ermittelt werden können. Eine solche Verpflichtung sieht die VOB/A nicht vor.³⁷ Aus mittelständischer Sicht ist dies nachteilig, da dies den Rechercheaufwand im Be-

²⁸ Siehe hierzu Art. 22 Abs. 1 RL 2014/24/EU, Ewgr. 53 RL 2014/24/EU. Allgemein dazu *Schäfer*, NZBau 2015, 131 (134 f.).

²⁹ § 81 VgV; § 64 SektVO; § 23 EU VOB/A; BTDrucks. 18/6281, S. 69, 89.

³⁰ Vgl. Ewgr. 52 RL 2014/24/EU.

³¹ BTDrucks. 18/6281, S. 4, 58 f.; BTDrucks. 18/7086, S. 2. Mangels belastbarer Datengrundlage können die Kosten der Wirtschaft für die Anpassung oder Anschaffung der Geräte, Programme und Schulungen nicht exakt beziffert werden, BTDrucks. a.a.O. S. 4, 59. Siehe zum Einsparpotenzial aufseiten der Verwaltung BTDrucks. 18/6281, S. 5, 60 ff.; BTDrucks. 18/7086, S. 3. Siehe zu den Vorteilen und Einsparungen der E-Vergabe allgemein *Schäfer*, NZBau 2015, 131 (131) m.w.N.

³² Kap. 2 § 4 III. 2.

³³ BMWi, Eckpunkte, S. 4 f. Siehe zum erforderlichen Anpassungsbedarf in der Praxis nur *Probst/Winter*, CR 2015, 557 (561) m.w.N.; *Schäfer*, NZBau 2015, 131 (137 f.).

³⁴ *Benke*, Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Wortprotokoll der 68. Sitzung, Protokoll-Nr. 18/68, S. 15. Siehe zu letzterem auch *Probst/Winters*, CR 2015, 557 (561).

³⁵ § 12 Abs. 2 VOL/A; § 12 VOB/A.

³⁶ § 12 Abs. 1 VOL/A; § 12 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A.

³⁷ § 12 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A: „können“.

reich der Bauaufträge erhöht. Die Verpflichtung, Bauaufträge ebenso auf dem Internetportal www.bund.de einzustellen, verursacht für die Auftraggeber keinen nennenswerten Mehraufwand.³⁸ Demzufolge sollte die Regelung des § 12 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A an die des § 12 Abs. 1 VOL/A angepasst werden. Um sich auf die jeweilige Ausschreibung gezielt vorbereiten zu können, sollte im Bereich unterhalb der Schwellenwerte gleichsam das Institut der Vorinformation eingeführt werden.

III. Zusammenfassung

Die Vorschriften über die Bekanntmachung von Vergabeverfahren und der Veröffentlichung einer Vorinformation sind zwar nicht gezielt mittelstandspezifisch, kommen aber vor allem den mittelständischen Unternehmen zugute. Vor dem Hintergrund, dass das Vergabeverfahren noch nicht eröffnet wird und die Auftraggeber keinen erhöhten Mehraufwand haben, sollte die Möglichkeit der Vorinformation verpflichtend in allen Vergabebereichen und auch im Bereich unterhalb der Schwellenwerte verankert werden. Im Unterschwellenbereich sollte außerdem ein einheitliches und für alle Vergabebereiche geltendes Suchportal eingerichtet werden, auf dem die Auftraggeber ihre Beschaffungsvorgänge bekanntmachen müssen. Die Richtlinien 2014 und das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016 eröffnen mit der verpflichtenden Einführung der E-Vergabe³⁹ weitere Erleichterungen der Kommunikationsmöglichkeiten und Kenntniserlangung. Um den mittelständischen Unternehmen den Zugang zum Vergabeverfahren aufgrund der Umstellung auf eine ausschließlich elektronische Kommunikation nicht zu verschließen, sollten die Wirtschaftsteilnehmer frühzeitig auf diese Umstellung hingewiesen, ihnen der Umgang hiermit erklärt und eine einheitliche Softwaretechnik eingeführt werden. Da der Großteil der Vergaben unterhalb der Schwellenwerte erfolgt, sollte angesichts der Kosten-, Bürokratie- und Verwaltungseinsparungen die Einführung der E-Vergabe und die Nutzung einer einheitlichen standardisierten Software⁴⁰ auch in diesem Bereich verpflichtend sein.⁴¹ Dies wäre nicht zuletzt auch eine Erleichterung für mittelständische Unternehmen, da sie andernfalls einer Vielzahl verschiedener Regularien und divergierender Softwaretechnik ausgesetzt sind.

³⁸ So auch *Traupel*, Bekanntmachung, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 19 Rn. 55.

³⁹ Im Bereich der Konzessionsvergabe besteht eine Wahlmöglichkeit.

⁴⁰ Siehe zu den Initiativen in der Praxis (sog. XVergabe) zukünftig einen einheitlichen Daten- und Austauschstandard zu gewährleisten *Probst/Winters*, CR 2015, 557 (558) m.w.N.

⁴¹ So auch *Gundelach*, BT-Plenarprotokoll 18/131, S. 12810 (D); *Kolat*, BR-Plenarprotokoll 936, Anlage 21, S. 357 (B); *Probst/Winters*, CR 2015, 557 (559); *Schäfer*, NZBau 2015, 131 (133) m.w.N.; *Zeiss*, Städte- und Gemeinderat 2015, 8 (9).

§ 10 Vergabearten und Beeinflussung des Teilnehmerkreises

Neben der Kenntnis von der Absicht der Auftragsvergabe hat die Wahl der Art des Vergabeverfahrens Einfluss auf den Bieterkreis und ist für die Teilnahme der mittelständischen Unternehmen relevant. Abhängig von der jeweiligen Publizität des Verfahrens ist der Kreis der Wirtschaftsteilnehmer größer oder kleiner. Bevor auf die Möglichkeit des Auftraggebers, den Bieterkreis zu „beeinflussen“, eingegangen wird, ist zunächst zu klären, welche Vergabearten es gibt und in welchem Verhältnis diese zueinander stehen.

I. Vergabearten oberhalb der Schwellenwerte

Die Art. 26 ff. RL 2014/24/EU¹ definieren und regeln abschließend, welche Vergabearten dem Auftraggeber zur Verfügung stehen. Insofern ist es den Mitgliedstaaten verwehrt, andere als die dort genannten Verfahren einzuführen. Neben dem bisher bereits bekannten offenen und nicht offenen Verfahren, dem Verhandlungsverfahren mit und ohne vorherigem Aufruf zum Wettbewerb und dem wettbewerblichen Dialog, geben die Richtlinien 2014 den Auftraggebern ein weiteres Verfahren an die Hand; die sogenannte Innovationspartnerschaft^{2, 3}. Auf nationaler Ebene definiert § 119 GWB⁴ welche Verfahren dem Auftraggeber jeweils zur Verfügung stehen. Die konkreten Verfahrensabläufe sind in den einzelnen Vergabeordnungen näher ausgestaltet.⁵ Hier ist nicht der Ort, die Verfahrensabläufe in allen Einzelheiten nachzuzeichnen. Das Augenmerk wird vielmehr darauf gelegt, wer Zugang zu den einzelnen Verfahren und Verfahrensstufen hat.

1. Offenes Verfahren

Kennzeichnend für das offene Verfahren ist die „grundsätzliche Offenheit für alle Wirtschaftsteilnehmer“⁶ und die mangelnde Eingrenzung des Bieterkreises⁷. Auf einen das Verfahren eröffnenden Aufruf zum Wettbewerb durch eine entsprechende Vergabebekanntmachung im Veröffentlichungsblatt der Europäischen Union, kann jeder interessierte Wirtschaftsteilnehmer innerhalb einer vom Auftraggeber festgelegten Frist⁸ ein Angebot auf Grundlage der

¹ Art. 44 ff. RL 2014/25/EU; § 119 GWB; §§ 14 ff. VgV; §§ 13 ff. SektVO; §§ 3 ff. EU VOB/A.

² Art. 31 RL 2014/24/EU; Art. 49 RL 2014/25/EU; § 119 Abs. 7 GWB. Das Verfahren ist mit dem Unterschied, dass neue innovative Lösungen entwickelt werden und die Auftragsvergabe einzig auf Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses erfolgt, größtenteils mit dem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Veröffentlichung vergleichbar, Ewgr. 49 RL 2014/24/EU; BTDrucks. 18/6281, S. 89; BTDrucks. 18/7318, S. 179. Siehe allgemein zur Innovationspartnerschaft *Badenhausen-Fähnle*, VergabeR 2015, 743 ff.

³ Daneben gibt es noch die elektronische Auktion und das elektronisch dynamische Verfahren. Die elektronische Auktion (Art. 35 Abs. 2 RL 2014/24/EU; § 120 Abs. 2 GWB) ist eine bestimmte Durchführungsmodalität für das offene, nicht offene und Verhandlungsverfahren mit vorheriger Veröffentlichung, *Antweiler*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 101 GWB Rn. 39 m.w.N. Das dynamische Beschaffungssystem (Art. 34 RL 2014/24/EU; § 120 Abs. 1 GWB) ist ein vollelektronisches zeitlich befristetes Verfahren und dient der Beschaffung marktüblicher Lieferungen oder Leistungen, bei denen die allgemein auf dem Markt verfügbaren Merkmale den Anforderungen des Auftraggebers genügen, *Schäfer*, NZBau 2015, 131 (136). Siehe zu weiteren Methoden und Instrumenten im Vergabeverfahren § 120 GWB; BTDrucks. 18/6281, S. 98 ff.; *Schäfer*, a.a.O.

⁴ Bzw. § 101 GWB a.F.

⁵ §§ 15 ff. VgV; §§ 14 ff. SektVO; § 3b VOB/A EU. Siehe zur Rechtslage vor dem 18.4.2016 die §§ 3, 6, 10, 12, 15 EG VOB/A a.F.; §§ 3, 9, 10, 12, 15, 18 EG VOL/A a.F.; § 3 VOF a.F.; §§ 6, 17, 18 SektVO a.F.

⁶ *Müller-Wrede/Kaelble*, Verfahrenstypen, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 17 Rn. 12.

⁷ *Antweiler*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 101 GWB Rn. 13.

⁸ Art. 27 RL 2014/24/EU; § 15 Abs. 2-4 VgV; § 14 Abs. 2-4 SektVO; § 10a EU VOB/A.

vom Auftraggeber bereitgestellten Vergabeunterlagen abgeben. Unter den abgegebenen Angeboten wählt der Auftraggeber anhand der bekanntgegebenen Eignungs- und Zuschlagskriterien das Angebot aus, das den Zuschlag erhalten soll.

2. Nicht offenes Verfahren

Im Gegensatz dazu vollzieht sich das nicht offene Verfahren zweistufig. Der Angebotsauswahl geht ein Teilnahmewettbewerb⁹ voraus, zu dem eine unbegrenzte Anzahl von Unternehmen einen Teilnahmeantrag einreichen kann, auf dessen Grundlage der Auftraggeber etwaige Ausschlussgründe und die Eignung der Unternehmen prüft. In einer zweiten Phase fordert der Auftraggeber aus dem Kreis der geeigneten Unternehmen eine begrenzte Anzahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe auf. Erforderlich ist aber, dass der Auftraggeber in der Bekanntmachung zum Teilnahmewettbewerb die Mindestzahl und gegebenenfalls auch die Höchstzahl der Bieter, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, angibt.¹⁰ Damit ein echter Wettbewerb gewährleistet ist, muss der Auftraggeber mindestens fünf Bewerber¹¹ zur Angebotsabgabe auffordern. Da der Auftraggeber bei dieser Bewerberauswahl nicht willkürlich handeln darf, muss er die objektiven und diskriminierungsfreien Auswahlkriterien und deren Gewichtung bereits in der Bekanntmachung angeben und bei der Auswahlentscheidung auch anwenden.¹² Unter den sodann abgegebenen Angeboten wählt der Auftraggeber anhand der Zuschlagskriterien das Angebot aus, dem er den Zuschlag erteilen will.

3. Verhandlungsverfahren

Beim Verhandlungsverfahren wendet sich der Auftraggeber mit oder ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an ausgewählte Unternehmen, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln. Ist dem Verhandlungsverfahren ein Aufruf zum Wettbewerb vorgeschaltet, findet zunächst wiederum ein Teilnahmewettbewerb statt, an dem alle interessierten Wirtschaftsteilnehmer durch Abgabe eines Teilnahmeantrages innerhalb einer bestimmten Frist teilnehmen können.¹³ Auf Grundlage der eingereichten Teilnahmeanträge prüft der Auftraggeber das Vorliegen von Ausschlussgründen sowie die Eignung. Unter den infrage kommenden Unternehmen wählt der Auftraggeber anschließend die aus, mit denen er in die Verhandlungsphase eintreten will, indem er sie zur Abgabe eines verhandelbaren Angebotes auffordert. Erfolgt vor der Verhandlungsphase kein Teilnahmewettbewerb, wendet sich der Auftraggeber unmittelbar an einzelne Unternehmen und fordert diese zur Teilnahme an den Vertragsverhandlungen auf. Damit der Wettbewerbsgrundsatz gewahrt bleibt, muss er hierbei grundsätzlich mehrere Bieter beteiligen.¹⁴ Der entscheidende Unterschied zu den zuvor dargestellten Verfahren besteht darin, dass die Inhalte der abge-

⁹ § 119 Abs. 4 GWB.

¹⁰ Art. 65 RL 2014/24/EU; § 51 Abs. 1 VgV; § 3b Abs. 2 Nr. 3 EU VOB/A. Umstritten ist, ob der Auftraggeber verpflichtet ist, die Höchstzahl anzugeben, dies bejahend u.a. *Antweiler*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 101 GWB Rn. 18 m.w.N.

¹¹ § 51 Abs. 2-3 VgV; § 3b Abs. 2 Nr. 3 EU VOB/A. Siehe zu möglichen Ausnahmen Art. 65 Abs. 2 UAbs. 2 S. 3 RL 2014/24/EU; § 51 Abs. 3 VgV; § 3b Abs. 2 Nr. 3 EU VOB/A.

¹² § 51 Abs. 1 VgV § 3b Abs. 2 Nr. 3 S. 2 EU VOB/A. Unterlässt der Auftraggeber dies, darf er die Anzahl nicht begrenzen, vgl. nur *Antweiler*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 101 GWB Rn. 20.

¹³ Art. 29 Abs. 1 RL 2014/24/EU; § 17 Abs. 1 VgV; § 15 SektVO; § 3b Abs. 3 EU VOB/A.

¹⁴ *Antweiler*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 101 GWB Rn. 31 m.w.N.

gebenen Angebote¹⁵ unter der Wahrung der Identität des Beschaffungsvorhabens verhandelbar sind.¹⁶ Am Ende der Verhandlungsphase müssen grundsätzlich¹⁷ mindestens zwei Angebote unterschiedlicher Bieter vorliegen, unter denen der Auftraggeber das Angebot auswählt, das den Zuschlag erhalten soll.

4. Wettbewerblicher Dialog

Der dreigliedrige wettbewerbliche Dialog kombiniert Teile des nicht offenen und des Verhandlungsverfahrens. Nach dem Teilnahmewettbewerb erfolgt mit grundsätzlich¹⁸ nicht weniger als drei ausgewählten, geeigneten Bietern die Dialogphase, in der Verhandlungen über alle Einzelheiten des Auftrages durchgeführt werden. Hat sich in der Dialogphase eine Lösung, die den Bedürfnissen und Anforderungen des Auftraggebers entspricht, herauskristallisiert, folgt die Angebotsphase. Hierbei fordert der Auftraggeber die Bieter auf, ein auf Grundlage der in der Dialogphase näher ausgeführten Lösungen nicht mehr verhandelbares, endgültiges Angebot abzugeben. Der Auftraggeber wertet die eingereichten Angebote anschließend auf Grundlage der in der Bekanntmachung angegebenen Zuschlagskriterien und erteilt den Zuschlag.¹⁹

5. Rangverhältnis

Die verschiedenen Vergabearten unterscheiden sich hinsichtlich des Kreises der am Vergabeverfahren Teilnehmenden. Im offenen Verfahren, nicht offenen Verfahren und dem Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb sowie dem wettbewerblichen Dialog hat zwar grundsätzlich eine unbegrenzte Vielzahl von interessierten Wirtschaftsteilnehmern (zunächst) Zugang zum Vergabeverfahren. Allerdings hat der Auftraggeber bei den Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb die Möglichkeit, den Kreis der Bewerber, die tatsächlich ein Angebot einreichen können, zu begrenzen. Je nach Wahl des Vergabeverfahrens geht zudem ein Verlust an Formalisierung, Wettbewerb und Transparenz sowie eine Steigerung der Gefahr von Diskriminierungen einher.²⁰ Im Anwendungsbereich der klassischen Richtlinie sind daher sowohl das offene als auch das nicht offene Verfahren vor- und gleichrangig. Diesem nachrangig sind das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb sowie der wettbewerbliche Dialog und diesen untergeordnet das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb.²¹ Im Gegensatz dazu sind das offene, nicht offene Verfahren und das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb im Anwendungsbereich

¹⁵ D.h. Auftragsbedingungen, Qualität, Merkmale der zu erbringenden Leistung und Preis. Die Mindestanforderungen und die Zuschlagskriterien sind hingegen nicht Gegenstand der Verhandlungen; vgl. auch § 17 Abs. 10 S. 2 VgV; § 3b Abs. 3 Nr. 5 EU VOB/A.

¹⁶ Antweiler, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 101 GWB Rn. 27, 35 m.w.N.; Kulartz, in: ders./Kus u.a. (Hrsg.), GWB, § 119 GWB Rn. 28 m.w.N.; Müller-Wrede/Kaelble, Verfahrenstypen, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 17 Rn. 30 m.w.N.

¹⁷ Siehe zu möglichen Ausnahmen nur Müller-Wrede/Kaelble, Verfahrenstypen, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 17 Rn. 32 m.w.N.

¹⁸ Siehe zu möglichen Ausnahmen § 51 Abs. 3 VgV; § 17 Abs. 6 SektVO; § 3b Abs. 4 Nr. 5 VOB/A.

¹⁹ Art. 29 Abs. 6-7 RL 2014/24/EU; § 18 Abs. 8-9 VgV; § 17 Abs. 8-9 SektVO; § 3b Abs. 4 Nr. 7-8 EU VOB/A.

²⁰ Antweiler, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 101 GWB Rn. 27; Müller-Wrede/Kaelble, Verfahrenstypen, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 17 Rn. 21.

²¹ Art. 26 Abs. 4 RL 2014/24/EU; § 14 Abs. 2-4 VgV; § 3a EU VOB/A; Müller-Wrede/Kaelble, Verfahrenstypen, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 17 Rn. 37 ff.

der Sektorenrichtlinie gleichrangig. Diesen nachgeordnet ist wiederum das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb.²² Bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen ist das Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb und der Wettbewerbliche Dialog das Regelverfahren. Die Wahl eines weniger formalisierten Verfahrens ist an das Vorliegen eng auszulegender²³ Ausnahmetatbestände gebunden²⁴. Hierfür trägt der Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast.²⁵

Der deutsche Gesetzgeber war in der bis zum 17. April 2016 geltenden Rechtslage über die Vorgaben der klassischen Richtlinie hinausgegangen und reglementierte in § 101 Abs. 7 Satz 1 GWB a.F. den Vorrang des offenen Verfahrens. Demgemäß bedurfte es für die Anwendung des nicht offenen Verfahrens ebenso zusätzlich des Vorliegens der in den Vergabeordnungen geregelten Ausnahmetatbestände.²⁶ Dieses Vorrangverhältnis gab der deutsche Gesetzgeber mit der Vergaberechtsmodernisierung 2016 auf und statuiert gem. § 119 Abs. 2 GWB entsprechend der Richtlinien die Wahlfreiheit zwischen dem offenen und nicht offenen Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb.

II. Vergabearten unterhalb der Schwellenwerte

Für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte sehen die VOB/A und die VOL/A übereinstimmend die öffentliche Ausschreibung, die beschränkte Ausschreibung und die freihändige Vergabe vor. Diese entsprechen trotz anderer Begrifflichkeiten weitestgehend den Verfahren oberhalb der Schwellenwerte. Ebenso gilt hier die Hierarchie der Verfahrensarten, sodass die öffentliche Ausschreibung die Regel darstellt.²⁷

III. Auswirkungen der Vergabearten auf den Teilnehmerkreis

Für die mittelständischen Unternehmen scheint auf den ersten Blick das offene Verfahren der effektivere Weg zu sein, um sich am Vergabeverfahren beteiligen zu können, weil die Anzahl der Wettbewerbsteilnehmer von vornherein unbegrenzt ist. Dies macht es auch Newcomern möglich, am Wettbewerb teilzunehmen. Da alle interessierten Unternehmen die Möglichkeit haben, einen Teilnahmeantrag zu stellen, ist aber auch beim nicht offenen Verfahren ein größtmöglicher Wettbewerb gegeben. Jedoch führt ein unbegrenzter Zugang aller Unternehmen zum Vergabeverfahren auch zu einer stärkeren Konkurrenz für alle teilnehmenden Unternehmen.²⁸ Daher könnten Verfahren mit geringerer Teilnehmerzahl und geringerer Publizität für die mittelständischen Unternehmen sogar vorteilhafter sein. Andererseits mangelt es an belastbaren Daten, aus denen hervorgeht, dass das offene Verfahren für die mittelständischen Unternehmen die bessere Alternative ist. Vielmehr kam die im Auftrag der Europäischen Kommission erstellte Studie zu dem Ergebnis, dass die Auswahl zwischen offenen und nicht offenen Verfahren keinen nennenswerten Einfluss auf die Beteiligungs-

²² Art. 44 ff. RL 2014/25/EU; § 13 SektVO.

²³ Antweiler, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 101 GWB Rn. 27.

²⁴ Siehe für das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nur Art. 26 Abs. 4 RL 2014/24/EU; § 14 Abs. 3-4 VgV; § 13 Abs. 2-3 SektVO; § 3a Abs. 2 EU VOB/A.

²⁵ Antweiler, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 101 GWB Rn. 28 m.w.N.

²⁶ § 3 Abs. 3 EG VOB/A a.F.; § 3 Abs. 2 VOL/A a.F.

²⁷ Vgl. § 3 Abs. 2 VOL/A; § 3a VOB/A.

²⁸ Willems, Mittelstandsförderung, S. 230 m.w.N.

chancen der mittelständischen Unternehmen hat.²⁹ Zudem müssen die Wirtschaftsteilnehmer beim nicht offenen Verfahren zunächst weniger Aufwand für die Angebotserstellung betreiben, da sie im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs nur ihre Eignung nachweisen und erst nach Aufforderung zur Angebotsabgabe ein verbindliches Angebot erstellen müssen. Dadurch können vor allem die mittelständischen Unternehmen bei der Bewerbung um öffentliche Aufträge effizienter vorgehen. Insofern schadet die Aufgabe des Rangverhältnisses zwischen offenem und nicht offenem Verfahren nicht; im Gegenteil, sie ermöglicht mitunter sogar einen größeren Wettbewerb und eröffnet weitere Rechtsschutzmöglichkeiten.³⁰

IV. Beeinflussung des Teilnehmerkreises

Eine mittelstandsfördernde Wirkung könnte dann entstehen, wenn der Auftraggeber auf den Kreis der Wirtschaftsteilnehmer einwirkt. Die Einflussnahme kann zum einen in einer Erhöhung des „gewünschten“ Teilnehmerkreises und zum anderen in einer Reduzierung des „unerwünschten“ Teilnehmerkreises liegen.³¹

1. Erhöhung des gewünschten Bewerberkreises

a. Aufforderung zur Angebotsabgabe

Der Auftraggeber könnte den Anteil mittelständischer Unternehmen am Vergabeverfahren erhöhen, indem er sie gezielt zur Angebotsabgabe auffordert. Auf den ersten Blick vermag darin eine Diskriminierung anderer Unternehmen liegen. Indes ist hierbei zwischen den einzelnen Vergabearten zu differenzieren.

aa. Offenes Verfahren

Beim offenen Verfahren gewährleistet die Pflicht zur Bekanntgabe einen chancengleichen und diskriminierungsfreien Zugang für alle interessierten Unternehmen.³² Infolgedessen ist es unschädlich, wenn bestimmte Unternehmen zusätzlich auf die Bekanntmachung hingewiesen bzw. zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Demgegenüber muss dies wettbewerbsneutral erfolgen, sodass die gezielte Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht vor der öffentlichen Bekanntmachung erfolgen und nicht mehr Informationen als die Bekanntmachung enthalten darf.³³

bb. Nicht offenes Verfahren, Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb und wettbewerblicher Dialog

Im nicht offenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren könnten die mittelständischen Unternehmen angemessen oder gar bevorzugt aufgefordert werden, Angebote abzugeben. § 7 Nr. 3 VOB/A und § 7 Nr. 3 VOL/A sahen in der Fassung 2006 vor, dass bei der beschränkten Ausschreibung und der freihändigen Vergabe regelmäßig auch kleine und mittlere Unternehmen in angemessenem Umfang zur Angebotsabgabe aufzufordern sind. Diese Regelungen wurden im Zuge der Vergaberechtsmodernisierung im Jahre 2009 gestrichen und auch

²⁹ PWC, SMEs, S. 59 ff.

³⁰ BTDrucks. 18/6281, S. 97.

³¹ Siehe dazu und zur Begriffswahl *Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, S. 37 ff.

³² Ziekow, NZBau 2001, 72 (73).

³³ Ziekow, NZBau 2001, 72 (73).

durch die Vergaberechtsmodernisierung 2016 nicht wieder eingeführt. Vergleichbare Regelungen sind aber in einigen Vergabegesetzen der Länder enthalten.³⁴ Inwiefern eine solche Regelung Bedenken begegnet, hängt vom Verfahrensstadium ab.

(1) Teilnahmewettbewerb

Sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich ist bei Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb unter Beachtung der zum offenen Verfahren genannten Bedingungen eine gezielte Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages unschädlich.

(2) Angebotsaufforderung

Anders gestaltet sich die Situation, wenn die Auftraggeber in die jeweils zweite Phase einsteigen und geeignete Unternehmen zur Angebotsabgabe auffordern. Die Auswahl der geeigneten Bewerber steht grundsätzlich im freien Ermessen des Auftraggebers. Allerdings muss er bei der Auswahl die vergaberechtlichen Grundsätze und die Mindestanzahl geeigneter Unternehmen beachten.

(a) Bevorzugte Aufforderung zur Angebotsabgabe

Weder die Richtlinien noch die Vergabeordnungen noch die Vergabegesetze der Länder enthalten explizit eine Verpflichtung des Auftraggebers, bei einer Vielzahl geeigneter Unternehmen mittelständische Unternehmen bevorzugt zur Angebotsabgabe aufzufordern.³⁵ Die Vergabeordnungen eröffnen lediglich die Möglichkeit, die Anzahl der Teilnehmer, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, zu begrenzen. Damit ein hinreichender Wettbewerb gewährleistet ist, muss der Auftraggeber mindestens fünf (im nicht offenen Verfahren)³⁶ bzw. drei (im Verhandlungsverfahren und beim wettbewerblichen Dialog)³⁷ Bewerber auffordern, ein Angebot abzugeben. Aus dem Regelungsdefizit der nicht bevorzugten Aufforderung zur Angebotsabgabe folgt nicht zugleich, dass dies unzulässig wäre. Gemäß § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB sind mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB hat aufgrund seiner Verselbständigung gegenüber der Losaufteilung Ausstrahlungswirkung auf das gesamte Vergaberecht und -verfahren.³⁸ Insofern hat der Auftraggeber bei der Ausnutzung seiner Beurteilungs- und Ermessensspielräume mittelständische Interessen zu beachten und muss die mittelstandsfreundlichste Möglichkeit wählen.³⁹ Hingegen stellt § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB für sich allein keine ausreichende

³⁴ U.a. § 4 Abs. 1 VgG HH; § 3 Abs. 6 TVgG NRW; § 9 Abs. 2 VgG Nds; § 3 Abs. 1 VgG LSA; § 3 Abs. 7 TTG SH; § 3 Abs. 1 VgG Thür.

³⁵ In den Vergabegesetzen der Länder heißt es vielmehr, dass mittelständische Unternehmen in angemessenem Umfang zur Angebotsabgabe aufzufordern sind. Siehe zur Anwendbarkeit der Regelungen im Oberschwellenbereich nur *Antweiler*, in *VergabeR* 2006, 637 (640); *ders.*, in: *Dreher/Motzke* (Hrsg.), *VergR*, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 52.

³⁶ § 51 Abs. 2 S. 1 HS 2 VgV; § 3b Abs. 2 Nr. 3 EU VOB/A.

³⁷ § 51 Abs. 2 S. 1 HS 1 VgV; § 3b Abs. 3 Nr. 3, Abs. 4 Nr. 2 EU VOB/A.

³⁸ *Bungenberg*, in *Loewenheim/Meessen* u.a. (Hrsg.), *KartellR*, § 97 GWB Rn. 34 m.w.N., 38; *Diehr*, in: *Reidt/Stickler* u.a. (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 51; *Fehling*, in: *Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 103; *Hailbronner*, in: *Byok/Jaeger* (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 64 m.w.N., 74; *Michallik*, *VergabeR* 2011, 683 (690); *Müller-Wrede*, in: *ders.* (Hrsg.), *GWB*, § 97 GWB Rn. 25; *Ziekow*, *GewArch* 59 (2013), 417 (422); *ders.*, in: *ders./Völlink* (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 50.

³⁹ *Diehr*, in: *Reidt/Stickler* u.a. (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 51 m.w.N.

Rechtsgrundlage für mittelstandsbevorzugende Vergaben bzw. Vergabepraktiken dar.⁴⁰ Er ermöglicht nur mittelstandsgerechte Vergabepraktiken, durch die größenbedingte Nachteile ausgeglichen werden sollen. Unabhängig von der Frage, ob eine solche Bevorzugung bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe einer gesetzlichen Grundlage bedarf, stößt ein solches Vorgehen auf europa-, verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Bedenken.

(aa) Primärrecht

Da die Bevorzugung bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht an die Staatsangehörigkeit der Unternehmen knüpft, steht das Diskriminierungsverbot einer solchen Verfahrensweise auf den ersten Blick nicht entgegen. Jedoch muss der Auftraggeber eine nachvollziehbare Auswahlentscheidung treffen und darf aus dem Kreis der geeigneten Bewerber nicht nur einheimische mittelständische Unternehmen auswählen, da es ansonsten zu einer indirekten Besserstellung einheimischer Unternehmen kommen würde.⁴¹

(bb) Vergaberechtliche Grundsätze und Verfassungsrecht

Ebenso wenig liegt darin eine Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes. Die bevorzugte Beteiligung mittelständischer Unternehmen bei der Abgabe von Angeboten führt nicht dazu, dass diese den Auftrag tatsächlich erhalten. Den mittelständischen Unternehmen wird lediglich die Möglichkeit eröffnet, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen. Damit einher geht keine Bevorzugung im Rahmen des Zuschlags, da dieser weiterhin auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen ist. Gleiches gilt auch für den Fall, dass der Auftraggeber nur mittelständische Unternehmen zur Angebotsabgabe auffordert. Diesbezüglich könnte es zwar zu einer Verteuerung der Angebote kommen, weil die von den mittelständischen Unternehmen abgegebenen Angebote möglicherweise teurer sind als die der Großunternehmen. Allerdings verkennt eine solche Ansicht die strikte Trennung zwischen den einzelnen Phasen des Vergabeverfahrens, wonach der Auftraggeber unter allen vorliegenden Angeboten, die die vorhergehenden Verfahrensstufen erfolgreich durchlaufen haben, das wirtschaftlichste auszuwählen hat.⁴²

Die Verpflichtung, bei einer Vielzahl geeigneter Unternehmen bevorzugt mittelständische Unternehmen zur Angebotsabgabe aufzufordern, führt aber dazu, dass Großunternehmen im schlimmsten Falle nicht mehr in die Auswahlentscheidung des Auftraggebers einbezogen werden. Die Großunternehmen würden über den Teilnahmeantrag hinaus nicht mehr zum Zuge kommen; dieser stellt eine bloße Förmerei dar. Über die Hintertür des dem Auftraggeber obliegenden Auswahlermessens könnte die Verpflichtung zur bevorzugten Aufforderung zur Angebotsabgabe faktisch zum Ausschluss der Großunternehmen vom Vergabeverfahren führen und einen – wenn auch verschleierte – Ausschlussgrund darstellen. Dies stellt eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung mittelständischer Unternehmen gegenüber Großunternehmen dar und eine ungerechtfertigte Verletzung des Grundrechts aus Art. 12

⁴⁰ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 8 m.w.N., 23; *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), KartellR, § 97 GWB Rn. 34 m.w.N.; *Diehr*, in: Reidt/Stickler u.a. (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 52; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 104; *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 77 m.w.N.; *Müller-Wrede*, in: ders. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 25; *Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 49.

⁴¹ So auch *Kaltenborn*, GewArch 52 (2006), 321 (324).

⁴² So u.a. auch *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 455.

Abs. 1 GG. Des Weiteren widerspricht die Einführung eines derartigen verschleierte Ausschlussgrundes den abschließend in den Richtlinien geregelten Ausschlussgründen sowie dem in § 97 Abs. 1 und 2 GWB verankerten Wettbewerbsprinzip und dem Gleichbehandlungsgrundsatz.⁴³ Zwar könnten die Auftraggeber dazu übergehen, über die gesetzliche Mindestzahl von Unternehmen hinauszugehen bis mindestens ein nicht-mittelständisches Unternehmen bei der Angebotsaufforderung zum Zuge kommt. Dies steht aber im Widerspruch zur Pflicht des Auftraggebers, in der Bekanntmachung grundsätzlich auch die Höchstzahl der aufzufordernden Unternehmen zu benennen. Folglich verstößt eine Pflicht des Auftraggebers, mittelständische Unternehmen im nicht offenen Verfahren, im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnamewettbewerb und im wettbewerblicher Dialog bevorzugt zur Abgabe eines Angebotes aufzufordern gegen einen Teil der Vergabegrundsätze und das Verfassungsrecht.

(b) Angemessene Berücksichtigung

In Betracht könnte hingegen eine Verpflichtung des Auftraggebers kommen, kleine und mittlere Unternehmen in angemessenem Umfang zur Angebotsabgabe aufzufordern. Im Gegensatz zur Bevorzugung soll die Aufforderung in angemessenem Umfang eine gewisse Mindestbeteiligung mittelständischer Unternehmen am Vergabeverfahren sicherstellen. Eine solche Beteiligung führt nicht zum Ausschluss anderer Unternehmen und erstreckt sich nicht auf die Zuschlagsentscheidung, da ihr keine Vergabeentscheidung immanent ist.⁴⁴ Die Verpflichtung überlässt dem Auftraggeber einen Entscheidungsspielraum, sodass er in begründeten Ausnahmen hiervon abweichen kann. Zudem richtet sich das angemessene Verhältnis immer nach der Zahl der übrigen Bewerber.⁴⁵

Zwar sehen die Richtlinien keine Verpflichtung des Auftraggebers vor, KMU in angemessenem Umfang zur Angebotsabgabe aufzufordern. Andererseits ist es Anliegen der Richtlinien 2014, den KMU den Marktzutritt zu ermöglichen und zu erleichtern.⁴⁶ Ferner handelt es sich bei einer solchen Verfahrensweise um eine Form der mittelstandsgerechten Vergabe, für die § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB eine ausreichende Rechtsgrundlage darstellt.⁴⁷ Dieses Vorgehen hält sich an die primär-, sekundär-, verfassungs- und vergaberechtlichen Grenzen.⁴⁸ Mangels Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit liegt kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot vor, sofern sich der Auftraggeber bei der konkreten Umsetzung rechtskonform verhält.⁴⁹ Ebenso wenig führt eine angemessene Aufforderung zur Angebotsabgabe zur Ungleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer. Vielmehr wird der Wettbewerb aufgrund einer ausgewogenen Unternehmensstruktur gefördert und belebt.

(c) Regelungsvorschlag

Im Bereich unterhalb der Schwellenwerte wurden die in der VOB/A und VOL/A 2006 enthaltenen Regelungen, wonach der Auftraggeber bei der beschränkten Ausschreibung und der

⁴³ Ebenso *Ziekow*, *GewArch* 59 (2013), 417 (422).

⁴⁴ *Ax/Sattler*, *ZVgR* 1999, 231 (235).

⁴⁵ *Boesen*, *VergR*, § 101 GWB Rn. 38; *Willems*, *Mittelstandsförderung*, S. 265 m.w.N.

⁴⁶ Vgl. nur *Ewgr. 2* und *59 RL 2014/24/EU*.

⁴⁷ *Burgi*, *NZBau* 2006, 693 (697). Siehe dazu auch *Kap. 2 § 7 II. 2. c. aa*.

⁴⁸ So auch *Hailbronner*, in: *Byok/Jaeger* (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 78.

⁴⁹ Siehe hierzu nur *Kaltenborn*, *GewArch* 52 (2006), 321 (324 f.).

freihändigen Vergabe regelmäßig auch kleine und mittlere Unternehmen in angemessenem Umfang zur Angebotsabgabe auffordern soll, gestrichen. Beibehalten wurde eine solche Regelung nur in einigen Vergabegesetzen der Länder.⁵⁰ Mangels einer dem § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB vergleichbaren Regelung im Unterschwellenbereich existiert derzeit keine allgemeingültige Regelung, auf die sich ein solches Vorgehen stützen lassen könnte. Daher ist es empfehlenswert, eine derartige Verpflichtung des Auftraggebers wieder einzuführen. Infolgedessen sollte in den einzelnen Vergabeordnungen in den Paragraphen über die Grundsätze der Vergabe eine dem § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB entsprechende Verpflichtung, wonach mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen sind, verankert werden.

b. Vorbehaltene Aufträge

Der Kreis der mittelständischen Unternehmen könnte des Weiteren dadurch erhöht werden, dass eine bestimmte Art oder Anzahl von Aufträgen von vornherein den mittelständischen Unternehmen vorbehalten bleibt. Nr. 6.2 der Mittelstandsrichtlinie des Bundes vom 1. Juni 1976 sah diesbezüglich vor, dass bis zu 50% der Lose an mittelständische Unternehmen zu vergeben sind, sofern sie entsprechende Angebote abgegeben haben. Allerdings ist diese Richtlinie mittlerweile nicht mehr in Kraft, sodass derzeit weder im Bereich oberhalb noch unterhalb der Schwellenwerte derartige Quotenregelungen bestehen.

aa. Quotenregelung im Sozialbereich

Demnach könnte eine im Sozialbereich bereits existierende vergleichbare Regelung eingeführt werden. Gemäß Art. 20 RL 2014/24/EU können die Mitgliedstaaten das Recht zur Teilnahme am Vergabeverfahren geschützten Werkstätten und Wirtschaftsteilnehmern, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderung oder von benachteiligten Personen ist, vorbehalten. § 118 GWB setzt diese Vorgaben um, indem der öffentliche Auftraggeber das Recht zur Teilnahme an Vergabeverfahren diesen Werkstätten vorbehalten kann. Macht der Auftraggeber hiervon Gebrauch, findet das Vergabeverfahren nur zwischen den Behindertenwerkstätten statt; die Teilnahme anderer privatrechtlicher Wirtschaftsteilnehmer ist ausgeschlossen. Voraussetzung ist aber, dass mindestens 30% der in diesen Werkstätten oder Unternehmen Beschäftigten, Menschen mit Behinderung oder benachteiligte Personen sind. Darüber hinaus enthält § 141 SGB IX eine zugunsten der Behindertenwerkstätten wirkende Regelung. Vom Wortlaut her besteht aber nur eine Verpflichtung, die Werkstätten zur Abgabe eines Angebotes aufzufordern. Insofern vermittelt § 141 SGB IX keinen einklagbaren Anspruch auf Auftragserteilung.⁵¹

Im Unterschwellenbereich privilegiert § 3 Abs. 5 lit. j) VOL/A die Behindertenwerkstätte und ermöglicht einen „ausschließlichen“ Wettbewerb zwischen diesen. Danach kann der Auftraggeber einen Leistungsauftrag freihändig vergeben, wenn Aufträge ausschließlich an Werk-

⁵⁰ § 4 Abs. 1 VgG HH; § 3 Abs. 6 TVgG NRW; § 9 Abs. 2 VgG Nds; § 3 Abs. 1 VgG LSA; § 3 Abs. 7 TTG SH; § 3 Abs. 1 VgG Thür.

⁵¹ *Feldes*, in: ders./Fraunhofer u.a. (Hrsg.), SGB IX, § 141 SGB IX Rn. 4; *Jacobs*, in: Dau/Düwell u.a. (Hrsg.), SGB IX, § 141 SGB IX Rn. 11; *Pahlen*, in: Neumann/ders. u.a. (Hrsg.), SGB IX, § 141 SGB IX Rn. 6 m.w.N.; *Roth/Lamm u.a.*, DÖV 2001, 545 (550) m.w.N.; *Schorn*, in: Müller-Wenner/ders. (Hrsg.), SGB IX Teil 2, § 141 SGB IX Rn. 5; *Vater*, in: Lachwitz/Schellhorn u.a. (Hrsg.), SGB IX, § 141 SGB IX Rn. 4.

stätten für behinderte Menschen vergeben werden sollen.⁵² Entscheidet sich der Auftraggeber den Auftrag nicht ausschließlich an Werkstätten für behinderte Menschen zu vergeben, sondern einen Wettbewerb unter allen möglichen Unternehmen zu eröffnen, räumen die „Richtlinien für die Berücksichtigung von Werkstätten für Behinderte und Blindenwerkstätten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge“ vom 10. Mai 2001⁵³ den Behindertenwerkstätten bei der beschränkten Ausschreibung und der freihändigen Vergabe eine bevorzugte Rolle ein⁵⁴, wonach die Behindertenwerkstätten in angemessenem Umfang zur Angebotsabgabe aufgefordert werden können und ihnen bei der Entscheidung über den Zuschlag auch dann der Vorrang eingeräumt werden kann, wenn die Angebote gleichwertig sind oder das Angebot einer Behindertenwerkstatt den Angebotspreis des wirtschaftlichsten Bieters um nicht mehr als 15 vom Hundert übersteigt. Aus diesen Verwaltungsrichtlinien folgt aber kein einklagbarer Anspruch auf Auftragserteilung.⁵⁵ Primärrechtlich sind all diese Bevorzugungsregelungen durch Art. 19 AEUV sowie verfassungsrechtlich durch Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG abgesichert.⁵⁶

bb. Übertragung der Quotenregelung auf mittelständische Unternehmen

Hinter § 141 SGB IX und § 118 GWB verbirgt sich die Intention des Gesetzgebers, den laufenden Betrieb der Behindertenwerkstätten zu sichern und deren Wettbewerbsfähigkeit zu verbessern, da sie unter normalen Umständen aufgrund höherer und nicht ausgleichbarer Lohnnebenkosten keinen Auftrag erhalten würden.⁵⁷ Bei den mittelständischen Unternehmen besteht jedoch keine vergleichbare, die Einführung einer zugunsten der mittelständischen Unternehmen wirkenden Quoten- oder Vorrangregelung rechtfertigende Situation. Ebenso stößt eine solche Quotenregelung zugunsten der KMU auf europa-, verfassungs- und vergaberechtliche Bedenken. Denn die mittelständischen Unternehmen würden über die (bereits unzulässige) Bevorzugung bei der Angebotsaufforderung hinaus bevorteilt werden, indem andere Unternehmen nicht mehr zum Zuge kommen und ihrer Möglichkeit zur Teilnahme am Vergabeverfahren beraubt werden. Des Weiteren besteht in der Praxis kein Bedarf an einer solchen Quoten- oder Vorrangregelung.⁵⁸ Sie ist damit abzulehnen.

2. Beschränkung des unerwünschten Bewerberkreises

Daneben könnte der Auftraggeber den Kreis unerwünschter Teilnehmer reduzieren, indem er das Nichtvorliegen der Mittelstandseigenschaft als Ausschlussgrund ausgestaltet. Auf den ersten Blick ist der Ausschluss von Bietern im Vergabeverfahren nichts Ungewöhnliches.

⁵² Siehe zu den Einzelheiten *Roth/Lamm u.a.*, DÖV 2001, 545 (548 ff.).

⁵³ BAnz v. 16.6.2001, Nr. 109, S. 11773. Siehe zu den Rechtsgrundlagen der Richtlinie *Jacobs*, in: Dau/Düwell u.a. (Hrsg.), SGB IX, § 141 SGB IX Rn. 4; *Schorn*, in: Müller-Wenner/ders. (Hrsg.), SGB IX Teil 2, § 141 SGB IX Rn. 1 f.; *Vater*, in: Lachwitz/Schellhorn u.a. (Hrsg.), SGB IX, § 141 SGB IX Rn. 2.

⁵³ *Roth/Lamm u.a.*, DÖV 2011, 545 (549).

⁵⁴ *Roth/Lamm u.a.*, DÖV 2001, 545 (549).

⁵⁵ *Feldes*, in: ders./Fraunhofer u.a. (Hrsg.), SGB IX, § 141 SGB IX Rn. 4; *Jacobs*, in: Dau/Düwell u.a. (Hrsg.), SGB IX, § 141 SGB IX Rn. 11.

⁵⁶ *Roth/Lamm u.a.*, DÖV 2011, 545 (546, 550 ff.) m.w.N.

⁵⁷ *Feldes*, in: ders./Fraunhofer u.a. (Hrsg.), SGB IX, § 141 SGB IX Rn. 1; *Jacobs*, in: Dau/Düwell u.a. (Hrsg.), SGB IX, § 141 SGB IX Rn. 5; *Kossens*, in: ders./v. d. Heide u.a. (Hrsg.), SGB IX, § 141 SGB IX Rn. 1; *Schorn*, in: Müller-Wenner/ders. (Hrsg.), SGB IX Teil 2, § 141 SGB IX Rn. 1; BTDrucks. 18/6281, S. 96.

⁵⁸ Stellungnahme der Bundesregierung zum Grünbuch der EU über die Modernisierung des Vergabewesens vom 18.5.2011, S. 8; Stellungnahme der Auftragsberatungsstelle Schleswig-Holstein vom 18.4.2011, S. 13; Stellungnahme der Deutschen Bahn AG, S. 9.

Vielmehr sehen die Vergaberegeln verschiedene Ausschlussgründe vor. Allerdings sind die in den Richtlinien vorgesehenen bieterbezogenen Ausschlussgründe und Eignungskriterien abschließend und nicht über den dort genannten Bereich hinaus erweiterungsfähig.⁵⁹ Daher kann die Mittelstandseigenschaft nicht als abstrakter Ausschlussgrund herangezogen werden.

V. Zusammenfassung

Die Vergaberegeln sehen unterschiedliche Vergabearten vor. Abhängig von diesen und der jeweiligen Publizität des Verfahrens ist der Kreis der Wirtschaftsteilnehmer größer oder kleiner. Der Auftraggeber kann den gewünschten Bewerberkreis erhöhen, indem er mittelständische Unternehmen bevorzugt zur Angebotsabgabe bzw. zur Abgabe eines Teilnahmeantrages auffordert. Denn im offenen Verfahren und den Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb hat jeder interessierte und damit eine unbegrenzte Vielzahl von Wirtschaftsteilnehmern Zugang zum Verfahren bzw. zum Teilnahmewettbewerb. Dieser Zugang wird aufgrund der Bekanntmachungspflichten des Auftraggebers für die übrigen Unternehmen nicht behindert, sodass die übrigen Unternehmen durch eine bevorzugte Aufforderung mittelständischer Unternehmen zur Angebotsabgabe bzw. zur Abgabe eines Teilnahmeantrages nicht benachteiligt werden. Anders gestaltet sich die Situation aber in der jeweils zweiten Phase des nicht offenen Verfahrens, des Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb bzw. der Dialogphase, in der der Auftraggeber aus dem Kreis der geeigneten Unternehmen lediglich eine bestimmte Anzahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe auffordert. Eine bevorzugte Aufforderung mittelständischer Unternehmen zur Angebotsabgabe in diesen Verfahren verstößt gegen den Wettbewerbsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot, gegen Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG und ist daher unzulässig.⁶⁰ Eine Verpflichtung des Auftraggebers, mittelständische Unternehmen in angemessenem Umfang zur Angebotsabgabe aufzufordern, ist hingegen zulässig. Im Bereich oberhalb der Schwellenwerte stellt § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB hierfür eine ausreichende Rechtsgrundlage dar, da es sich um eine mittelstandsgerechte Verfahrensausgestaltung handelt. Im Bereich unterhalb der Schwellenwerte ist die Einführung einer für alle Vergabearten und -bereiche geltende Verpflichtung empfehlenswert, weil es an einer einheitlichen Regelung fehlt. Unzulässig ist eine dem § 141 SGB IX bzw. § 118 GWB vergleichbare Regelung, wonach bestimmte Aufträge mittelständischen Unternehmen vorbehalten bleiben. Insofern mangelt es an einer mit den Behindertenwerkstätten vergleichbaren Situation. Des Weiteren verstößt dies gegen den Wettbewerbsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot sowie gegen Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG. Ebenso ist eine Verringerung des unerwünschten Bieterkreises unzulässig, indem die mangelnde Zugehörigkeit zum Mittelstand als Ausschlussgrund konzipiert wird.

⁵⁹ EuGH, U.v. 26.4.1994 - C-272/91, Slg. 1994, I-1409 Rn. 35.

⁶⁰ A.A. in Bezug auf die Bevorzugung zur Angebotsabgabe im Allgemeinen, *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 458.

§ 11 Kooperationen auf Auftraggeberseite – Zentrale Beschaffungsstellen und Einkaufskooperationen

Hat der Auftraggeber sich dazu entschlossen, seinen Bedarf im Wege der Auftragsvergabe zu decken, kann er dezidieren, ob er dies allein tut, sich institutionalisierend zu einer zentralen Beschaffungsstelle zusammenschließt oder ad-hoc im Wege der Sammelbeschaffung mit anderen Auftraggebern eine Einkaufskooperation gründet. Durch eine die Auftraggeberstrukturen verändernde Auftraggebergemeinschaft¹ wird die Nachfrage gebündelt und eine bestimmte Leistung gemeinsam beschafft. Dadurch sollen sich Effizienzgewinne, sparsamere Einkaufskonditionen sowie Finanz- und verwaltungsinterne Personaleinsparungen ergeben.² Den europäischen Richtlinien ist die gemeinsame Beschaffung durch mehrere öffentliche Auftraggeber nicht fremd. So heißt es in Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 RL 2014/24/EU, dass öffentliche Aufträge zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge sind.³

I. Zentrale Beschaffungsstellen

1. Rechtsgrundlagen

Eine Beschaffung im Wege zentraler Beschaffungsstellen ist ausweislich der Erwägungsgründe 69 und 70 der Richtlinie 2014/24/EU gewünscht. Die Richtlinien definieren in den Art. 2 Abs. 1 Nr. 16 RL 2014/24/EU den Begriff der zentralen Beschaffungsstelle. Danach handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber, der zentrale Beschaffungstätigkeiten und eventuell Nebenbeschaffungstätigkeiten ausübt. Genau wie die Richtlinie 2004 sieht auch Art. 37 Abs. 1 RL 2014/24/EU vor, dass die Mitgliedstaaten zentrale Beschaffungsstellen einrichten können; die Einrichtung solcher Stellen ist nicht verpflichtend.⁴ Im nationalen Recht war eine Umsetzung diesbezüglich bis zur Vergaberechtsmodernisierung 2016 nicht ausdrücklich erfolgt. § 120 Abs. 4 GWB holte dieses Defizit nach und enthält nunmehr die Möglichkeit der Einrichtung zentraler Beschaffungsstellen.

2. Arten der von den zentralen Beschaffungsstellen übernommenen Tätigkeiten

Hinsichtlich des Umfangs der von den zentralen Beschaffungsstellen übernommenen Tätigkeiten sind zwei Arten zu unterscheiden. Gemäß Art. 2 Abs. 1 Nr. 14 RL 2014/24/EU liegt eine zentrale Beschaffungstätigkeit zum einen bei einem auf Dauer im eigenen Namen durchgeführten Erwerb von Lieferungen und/oder Dienstleistungen, die dann ohne erneutes Vergabeverfahren an andere öffentliche Auftraggeber weiterveräußert werden, zum anderen bei einer auf Dauer stellvertretend für andere öffentliche Auftraggeber durchgeführten Vergabe öffentlicher Aufträge oder den Abschluss von Rahmenvereinbarungen über Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen für öffentliche Auftraggeber vor. Folglich können zentrale Beschaffungsstellen als Großhändler oder als Zwischenhändler auftreten. Die zent-

¹ *Burgi*, NZBau 2006, 693 (694).

² *Burgi*, NZBau 2006, 693 (694); *Dreher*, NZBau 2005, 427 (432) m.w.N.; *Elbel*, ZöGU 36 (2013), 209 (209, 213 f.); *Heßhaus*, ThürVBl 2004, 6 (6); *Kämper/ders.*, NZBau 2003, 303 (303); *Michallik*, VergabeR 2011, 683 (686); *Schnelle/Hübner*, WRP 2003, 1205 (1206) m.w.N.; *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 233 m.w.N.

³ Vgl. auch § 103 Abs. 1 GWB.

⁴ *Dreher*, NZBau 2005, 427 (433) m.w.N.

rale Beschaffungsstelle tätig – als dritte eigenständige Rechtsperson⁵ – für andere öffentlichen Auftraggeber die Einkäufe oder vergibt Aufträge.⁶

II. Weitere Formen der Einkaufskooperation

Ausweislich des Erwägungsgrundes 71 der Richtlinie 2014/24/EU soll die Stärkung der Bestimmungen über die zentralen Beschaffungsstellen nicht die derzeitige Praxis der gelegentlichen gemeinsamen Beschaffung verhindern, sondern es soll weiterhin auch an der weniger institutionalisierten und systematischen gemeinsamen Beschaffung festgehalten werden. Mit Art. 38 RL 2014/24/EU haben somit auch die in der Praxis üblichen anderen Formen des Zusammenschlusses Eingang in die Richtlinien 2014 gefunden. Ebenso heißt es in der Gesetzesbegründung zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016, dass § 120 Abs. 4 GWB, welcher nur die zentrale Beschaffungstätigkeit regelt, es nicht ausschließt, dass öffentliche Auftraggeber auch ohne festen institutionellen Rahmen bei Gelegenheit gemeinsam Vergabeverfahren durchführen oder bei der Vorbereitung oder Durchführung von Vergabeverfahren zusammenarbeiten können.⁷ Dies kann unterschiedliche Formen annehmen und von einer koordinierten Beschaffung durch die Erstellung gemeinsamer technischer Spezifikationen für Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen, die durch mehrere öffentliche Auftraggeber im Wege getrennter Vergabeverfahren beschafft werden, bis zur gemeinsamen Durchführung eines Vergabeverfahrens reichen, wobei die Auftraggeber entweder gemeinsam handeln oder einen öffentlichen Auftraggeber mit der Verwaltung des Vergabeverfahrens im Namen aller öffentlicher Auftraggeber beauftragen.⁸ Im Unterschied zu den zentralen Beschaffungsstellen wird durch eine solche Kooperation keine eigenständige dritte Rechtsperson gegründet. Vielmehr tätigen die Auftraggeber gemeinsam, stellvertretend oder im eigenen Namen für die anderen Auftraggeber die Vergabetätigkeit.⁹ Einfachgesetzlich setzen § 4 VgV bzw. § 4 SektVO den Art. 38 RL 2014/24/EU um und ergänzen die in § 120 Abs. 4 GWB verankerte Möglichkeit, zentrale Beschaffungsstellen zu gründen, um die Möglichkeit der „ad-hoc-Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern [...] in einzelnen Fällen“¹⁰.

III. Vorbehalt der dezentralen Beschaffung

Da die Richtlinien die Einrichtung der zentralen Beschaffungsstellen lediglich in das Ermessen der Mitgliedstaaten stellen, könnten diese und andere Zusammenschlüsse unter dem möglichen Vorbehalt der „dezentralen Beschaffung“ stehen.

1. Grundsatz der dezentralen Beschaffung

Vor Einführung der Möglichkeit zentraler Beschaffungsstellen proklamierten verschiedene Seiten das Bestehen eines solchen Grundsatzes.¹¹

⁵ Siehe dazu nur *Elbel*, ZögU 36 (2013), 209 (212); *Noch*, VergR kompakt, Rn. 206.

⁶ Gem. Art. 37 Abs. 4 RL 2014/24/EU ist die Beauftragung einer zentralen Beschaffungsstelle – obwohl es sich dabei um einen Dienstleistungsauftrag handelt – nicht ausschreibungspflichtig.

⁷ BTDrucks. 18/6281, S. 99.

⁸ Siehe dazu *Frenz*, Handbuch Bd. III, Rn. 2719 f.

⁹ Siehe zur Verantwortlichkeit für die Einhaltung der Vergaberegeln § 4 Abs. 2 VgV; § 4 Abs. 2 SektVO; BTDrucks. S. 18/7318, S. 163 f.

¹⁰ BTDrucks. 18/7318, S. 163.

¹¹ Siehe dazu nur *Bunte*, BB 2001, 2121 (2123) m.w.N.; *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 232 ff. m.w.N.

a. Alleinige Verantwortung der jeweiligen Vergabestelle

Indiz für die dezentrale Beschaffung sei „die Vielzahl [...] voneinander unabhängige[r] Haushaltsträger“¹². Gemäß § 2 Nr. 3 VOL/A a.F. (2006) waren Leistungen unter ausschließlicher Verantwortung der Vergabestellen zu vergeben.¹³ Daraus folge eine alleinige Verantwortung der jeweiligen Vergabestelle für „ihr“ Vergabeverfahren.¹⁴ Allerdings sehen die derzeitigen Vergaberegeln eine solche Verantwortungszuordnung nicht mehr vor. Darüber hinaus waren unter Geltung des § 2 Nr. 3 VOL/A a.F. (2006) und § 4 VOF a.F. (2006) die Ansichten darüber, dass aus diesen Normen ein Grundsatz der dezentralen Beschaffung folge, bereits konträr.¹⁵ Hintergrund dieser Regelungen war, dass sich die Auftraggeber durch die Übertragung des Vergabeverfahrens auf Dritte nicht ihrer Verantwortung als öffentliche Auftraggeber entziehen sollten.¹⁶ Ein Verlust der Verantwortung geht mit der Auftragsbündelung jedoch nicht einher, solange und soweit die Bieter weiterhin erkennen können, wer für die Vergabeentscheidung zuständig ist und wer im Falle eines Rechtsschutzverfahrens Antragsgegner ist. Die Vorschriften standen der Bildung einer aus mehreren Auftraggebern bestehenden Vergabestelle demnach nicht entgegen.¹⁷

b. Kartellrechtliche Unzulässigkeit

Art. 101 AEUV und § 1 GWB normieren das auch auf Einkaufskooperationen der öffentlichen Hand anwendbare Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen.¹⁸ Daher wurde das Kartellrecht als weiteres Indiz für die Unzulässigkeit der Auftragsbündelung angeführt.¹⁹ Da das Vorliegen wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen anhand des Einzelfalls zu überprüfen ist, verbietet sich aber ein solcher „Generalverdacht“ ohne nähere Anhaltspunkte.²⁰ Außerdem war eine Kooperation kleiner und mittlerer Gemeinden nach umstrittener Ansicht unter den Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 GWB a.F. – sogenannte Mittelstandskartelle – zulässig.²¹ Insofern folgt aus dem Kartellrecht kein belastbares Argument für die generelle Unzulässigkeit von Einkaufskooperationen.

¹² *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 232.

¹³ Gleiches ordnete § 4 Abs. 1 VOF a.F. (2006) an.

¹⁴ *Bunte*, BB 2001, 2121 (2123) m.w.N.; *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 232.

¹⁵ Vgl. dazu nur *Marx*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VOF, § 4 VOF Rn. 6.

¹⁶ *Heßhaus*, ThürVBl 2004, 6 (9) m.w.N.; *Roth*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VOL/A, 2001, § 2 VOL/A Rn. 26.

¹⁷ *Dreher*, NZBau 2005, 427 (433) m.w.N.

¹⁸ *Bunte*, BB 2001, 2121 (2124) m.w.N.; *Heßhaus*, ThürVBl 2004, 6 (9); *Kämper/ders.*, NZBau 2003, 303 (307) m.w.N.; *Schnelle/Hübner*, WRP 2003, 1205 (1205); *Sprenger*, Einkaufsgemeinschaften, S. 32 ff., 41 f.; *Stemmer/Aschl*, VergabeR 2005, 287 (303); *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 234 m.w.N.

¹⁹ *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 234 ff. m.w.N.

²⁰ *Kämper/Heßhaus*, NZBau 2003, 303 (308); *Stemmer/Aschl*, VergabeR 2005, 287 (303); *Sprenger*, Einkaufsgemeinschaften, S. 43 ff., 125 ff. Siehe zu möglichen wettbewerbsbeschränkenden Einkaufskooperationen *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793 ff.

²¹ Siehe zum Meinungsstand und/oder zur Anwendung des § 4 Abs. 2 GWB auf Einkaufskooperationen BGH, U.v. 12.11.2002 - KZR 11/01, BGHZ 152, 347; *Heßhaus*, ThürVBl 2004, 6 (9); *Kämper/ders.*, NZBau 2003, 303 (308 f.) m.w.N.; *Schnelle/Hübner*, WRP 2003, 1205 (1206 f.); *Sprenger*, Einkaufsgemeinschaften, S. 128 ff., 138, 187 ff.; *Stemmer/Aschl*, VergabeR 2005, 287 (303 f.). A.A. *Bunte*, BB 2001, 2121 (2124 f.) m.w.N.; *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 235 f. m.w.N.

c. Wettbewerbsgrundsatz

Für die Unzulässigkeit der Einkaufsbündelung wird zudem der Wettbewerbsgrundsatz angeführt. Da die öffentlichen Auftraggeber per se eine überlegene Markt- und Verhandlungsposition²² besitzen, diene das Vergaberecht und der Wettbewerbsgrundsatz dazu, diese Macht zu begrenzen und die teilnehmenden Wirtschaftssubjekte vor etwaiger Willkür zu schützen. Die Auftragsbündelung führe zur Kumulation öffentlicher Nachfragemacht und laufe somit dem Wettbewerbsgrundsatz zuwider.²³

Diese Argumentation übersieht, dass die Bündelung von Aufträgen den Wettbewerb nicht unmittelbar beeinträchtigt, da der Wettbewerb zwischen den auf dem Markt konkurrierenden Unternehmen nicht angetastet wird.²⁴ So heißt es auch in Erwägungsgrund 69 der Richtlinie 2014/24/EU, dass Einkaufsbündelungen „zur Verbesserung des Wettbewerbs beitragen [...] [und] das öffentliche Auftragswesen [...] professionalisieren.“ Des Weiteren ist fraglich, worin die größere Verhandlungs- und Nachfragemacht im Falle der Einkaufskooperation liegt.²⁵ Ein einseitiges Abstellen hierauf übersieht, dass größere Auftragsvolumen unter anderem zu größeren Stückzahlen führen, und den Marktzutritt sogar erleichtern können, da die potenziellen Wirtschaftsteilnehmer ihre Waren wiederum günstiger einkaufen können.²⁶ Andererseits sind mittelbare Auswirkungen denkbar. Denn die Bündelung der Nachfrage führt zu einem Anstieg der Auftragsvolumina, sodass mittelständische Unternehmen möglicherweise vom jeweiligen Wettbewerb ausgeschlossen werden oder dieser für die mittelständischen Unternehmen erschwert wird, da sie aufgrund ihrer Größe entweder personell und/oder finanziell kaum in der Lage sind, derartige Auftragsvolumen zu stemmen.²⁷ Folglich kann die Bündelung der Nachfragemacht den Kreis potenzieller Teilnehmer begrenzen.²⁸ So kam auch die im Auftrag der Europäischen Kommission erstellte Studie zu dem Ergebnis, dass der Einsatz zentraler Beschaffungsstellen einen erheblich negativen Einfluss auf die Zugangsmöglichkeiten der mittelständischen Unternehmen zum Beschaffungsmarkt hat.²⁹

d. Gleichbehandlungsgrundsatz

Diese negativen Auswirkungen können auch unter Gleichheitsgesichtspunkten relevant werden, da ein Abhalten der mittelständischen Unternehmen, sich auf gebündelte Aufträge zu bewerben, zu einem strukturellen Ausschluss dieser führen kann.³⁰

e. Haushaltsgrundsätze

Für die Zulässigkeit der Einkaufsbündelung können hingegen die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sprechen. Gerade in Zeiten immer knapper werdender

²² *Bunte*, BB 2001, 2121 (2122). A.A. *Kämper/Heßhaus*, NZBau 2003, 303 (306).

²³ *Bunte*, BB 2001, 2121 (2123) m.w.N.; *Sprenger*, Einkaufsgemeinschaften, S. 8 f. m.w.N.

²⁴ *Heßhaus*, ThürVBl 2004, 6 (7).

²⁵ So auch *Kämper/Heßhaus*, NZBau 2003, 303 (306).

²⁶ *Kämper/Heßhaus*, NZBau 2003, 303 (306).

²⁷ *Ahner*, Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand, S. 211; *Heßhaus*, ThürVBl 2004, 6 (7 f.); *Kämper/ders.*, NZBau 2003, 303 (305).

²⁸ *Ahner*, Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand, S. 211; *Bunte*, BB 2001, 2121 (2124) m.w.N.; *Kus*, in: *Kurlartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 2 EG VOL/A Rn. 37 m.w.N.*

²⁹ *PWC*, SMEs, S. 63.

³⁰ *Ahner*, Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand, S. 211.

Kassen ist die Auftragsbündelung ein beliebtes Mittel.³¹ Auf der anderen Seite entbindet das Haushaltsrecht die Auftraggeber aber nicht von der Prüfung des § 1 GWB, sodass das Wirtschaftlichkeitsgebot dem Kartellverbot nachgelagert ist.³²

f. Rechtslage

Auch wenn es durchaus Gründe gibt, die für das Bestehen des Grundsatzes der dezentralen Beschaffung angeführt werden können, so stehen diese auf „tönernem Fundament“³³. Das geschriebene Vergaberecht kennt einen solchen Grundsatz nicht.³⁴ Stattdessen legt es das Gegenteil nahe. Somit steht die Einkaufsbündelung nicht unter dem Vorbehalt der dezentralen Beschaffung.

2. Grenze: Vorbehalt der mittelstandsgerechten Auftragsvergabe

Die Auftragsbündelung ist – in welcher Form auch immer – nicht grenzenlos. Steht sie zwar nicht unter dem Vorbehalt der dezentralen Beschaffung, so resultieren aber aus dem bereits oben angesprochenen kartellrechtlichen Kooperationsverbot Grenzen solcher Kooperationen.³⁵ Darüber hinaus müssen die Vergabegrundsätze beachtet werden. Die Bedarfsbündelung für sich genommen stellt keinen Verstoß gegen die Pflicht zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen gem. § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB dar.³⁶ Jedoch steht sie zu dieser in einem Spannungsverhältnis. Denn die Auftragsbündelung birgt „ein nicht zu leugnendes Gefährdungspotenzial“³⁷. Die Nachfragebündelung erhöht den Auftragswert; damit gehen verschärfte Nachweispflichten und eine geringe Auftragsstreuung einher. Besonders heikel wird die Situation für die mittelständischen Unternehmen, wenn der Zusammenschluss mit einem Absehen der Auftragsteilung in Lose zusammenfällt.

Die Auftragsbündelung entbindet den Auftraggeber daher nicht von den Grundsätzen des § 97 Abs. 4 GWB. Es besteht nach wie vor die Pflicht zur Losaufteilung. Die Prüfung des Loszuschnittes erfolgt als Konsequenz der Bündelung dann aber anhand des gebündelten Bedarfs.³⁸ Müssten die Loszuschnitte weiterhin anhand der einzelnen Bedarfe ermittelt werden, würde dies die mit der Kooperation verfolgten Ziele konterkarieren. Demgegenüber steigen die Anforderungen für die Begründung des Verzichts der Losaufteilung erheblich, sodass ein Absehen von der Losvergabe nur in ganz seltenen Ausnahmen möglich ist.³⁹ Ferner genügt es auch nicht, Bietergemeinschaften zuzulassen. Denn die als Verpflichtung ausgestaltete Losaufteilung erfordert, dass sich mittelständische Unternehmen auch außerhalb einer Bie-

³¹ *Bunte*, BB 2001, 2121 (2121); *Heßhaus*, ThürVBl 2004, 6 (6); *Kämper/ders.*, NZBau 2003, 303 (303 f.).

³² *Schnelle/Hübner*, WRP 2003, 1205 (1205) m.w.N.

³³ *Dreher*, NZBau 2005, 427 (433).

³⁴ *Heßhaus*, ThürVBl 2004, 6 (8); *Kämper/ders.*, NZBau 2003, 303 (306).

³⁵ Vgl. dazu nur *Antweiler*, VergabeR 2006, 637 (645) m.w.N.; *Burgi*, NZBau 2006, 693 (694) m.w.N.; *Dreher*, NZBau 2005, 427 (433) m.w.N.

³⁶ OLG Schleswig, B.v. 30.10.2012 - 1 Verg 5/12 (zitiert nach Juris).

³⁷ *Burgi*, NZBau 2006, 693 (694). Ebenso *Antweiler*, VergabeR 2006, 637 (645); *Faßbender*, NZBau 2010, 529 (534); *Heßhaus*, ThürVBl 2004, 6 (6); *Kus*, NZBau 2009, 21 (22); *ders.*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 2 EG VOL/A Rn. 37; *Michallik*, VergabeR 2011, 683 (687); *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 233 m.w.N.

³⁸ OLG Schleswig, B.v. 30.10.2012 - 1 Verg 5/12 Rn. 16 (zitiert nach Juris).

³⁹ *Burgi*, NZBau 2006, 693 (694); *Faßbender*, NZBau 2010, 529 (534); *Kus*, NZBau 2009, 21 (22); *ders.*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 2 EG VOL/A Rn. 37; *Michallik*, VergabeR 2011, 683 (687). Mit ähnlicher Tendenz *Heßhaus*, ThürVBl 2004, 6 (8); *Kämper/ders.*, NZBau 2003, 303 (306).

tergemeinschaft am Vergabeverfahren beteiligen können.⁴⁰ Obendrein stehen die Grundsätze zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen und zur Losaufteilung in keinem Stufenverhältnis zueinander, sodass sich die Pflicht zur Losaufteilung nicht durch andere mittelstandsgerechte Vergabeinstrumente erübrigt. Ebenso heißt es in der Gesetzesbegründung zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016, dass die Möglichkeiten des Marktzugangs für mittelständische Unternehmen trotz Auftragsbündelung aufrecht zu erhalten sind.⁴¹

IV. Zusammenfassung

Auftraggeber können sich zu Einkaufskooperationen zusammenschließen. Diese können als dritte Person in Form zentraler Beschaffungsstellen für andere Auftraggeber Einkäufe tätigen und die Einkäufe ohne weiteres Vergabeverfahren an die anderen Auftraggeber weitergeben sowie für andere Auftraggeber gebündelte Vergabeverfahren durchführen. Daneben besteht die Möglichkeit der weniger institutionalisierten Bedarfsbündelung. All diese Zusammenschlüsse stehen nicht unter dem Vorbehalt der dezentralen Beschaffung. Vielmehr ist der Zusammenschluss ausweislich der europäischen Vergaberegulungen ausdrücklich gewünscht. Da der Einkaufsbündelung aber ein erhebliches Gefährdungspotenzial für den Zugang der mittelständischen Unternehmen zum Beschaffungsmarkt anhaftet, sind sie nicht grenzenlos zulässig. Laut der Gesetzgebung soll § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB die Möglichkeit der ungeteilten Auftragsbündelung einschränken.⁴² Daraus folgt zwar nicht, dass eine Bündelung gänzlich unzulässig ist.⁴³ Allerdings wird daraus ersichtlich, dass die Auftragsbündelung unter dem Vorbehalt der mittelstandsgerechten Auftragsvergabe steht und der Auftrag daher „mehr denn je“ in Lose aufzuteilen ist.⁴⁴ Insbesondere entbindet die Zulassung von Bietergemeinschaften die Einkaufskooperation nicht von der Losaufteilung, da die Grundsätze des § 97 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 GWB auf einer Stufe stehen. Die Richtlinien sehen einen vergleichbaren, mittelstandsverträglichen Vorbehalt der Nachfragebündelung nicht vor. Ebenso wenig legen sie die Losaufteilung verpflichtend fest.⁴⁵ Gerade das Zusammenspiel – Auftragsbündelung und Verzicht der Auftragsteilung – birgt für die mittelständischen Unternehmen aber erhebliches Gefährdungspotenzial, welches die Richtlinien leider unberücksichtigt lassen.

⁴⁰ OLG Schleswig, B.v. 30.10.2012 - 1 Verg 5/12 Rn. 28 (zitiert nach Juris).

⁴¹ BTDrucks. 18/6281, S. 99.

⁴² BTDrucks. 16/10117, S. 15.

⁴³ Michallik, VergabeR 2011, 683 (688).

⁴⁴ Burgi, NZBau 2006, 693 (694); Kus, NZBau 2009, 21 (22).

⁴⁵ Vgl. dazu Kap. 3 § 15 I.

§ 12 Kooperationen auf Auftragnehmerseite – Bietergemeinschaften

Ebenso wie auf Auftraggeberseite sind auch auf Bieterseite Kooperationen möglich. Bietergemeinschaften sind Zusammenschlüsse mehrerer Unternehmen – meist in Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – zur gemeinsamen Planung und Angebotsabgabe, um den Auftrag zu erhalten und gemeinsam zu erfüllen.¹ Ihre Zulassung ist eine weitere Möglichkeit der mittelstandsgerechten Auftragsvergabe.² Den mittelständischen Unternehmen wird durch den Zusammenschluss die Möglichkeit eröffnet, den Auftrag zu erhalten, da sie ohne die Bietergemeinschaft möglicherweise nicht in der Lage gewesen wären, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen.³ Anders als bei der Losaufteilung, durch die das Auftragsvolumen verkleinert wird⁴, können mittelständische Unternehmen durch die Bildung von Bietergemeinschaften ihre Kapazitäten bündeln.⁵

I. Spannungsverhältnis

So wünschenswert diese Verfahrensweise ist, so problembehaftet ist sie auch. Denn insbesondere die Bildung einer horizontalen Bietergemeinschaft steht im Spannungsverhältnis zwischen der Erweiterung des Vergabewettbewerbs und der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung durch Kooperationen.⁶ Schließt sich eine Bietergemeinschaft zusammen, weil jedes Unternehmen für sich objektiv nicht in der Lage wäre, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen, ist der Zusammenschluss durchaus wettbewerbsfördernd, indem er den Bietermarkt erweitert. Anders gestaltet sich die Situation, wenn mindestens eines der sich an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen in der Lage wäre, ein eigenes Angebot abzugeben. In diesem Fall kann dem Zusammenschluss eine wettbewerbsbeschränkende Intention nicht abgesprochen werden.⁷

II. Grundsatz der kartellrechtlichen Zulässigkeit vs. Grundsatz der Kartellrechtswidrigkeit

Diese aus dem Kartellrecht – explizit aus § 1 GWB – entspringende Besorgnis der Wettbewerbsbeschränkung hat auch im Vergaberecht Berücksichtigung gefunden. So sind Angebote auszuschließen, die in Bezug auf die Vergabe eine unzulässige, wettbewerbsbeschrän-

¹ *Burgi*, NZBau 2006, 693 (695 f.); *Dreher*, NZBau 2005, 427 (431 f.); *Kirch/Kues*, VergabeR 2008, 32 (34 f.); *Leinemann*, VergabeR 2015, 281 (281) m.w.N.; *Lux*, Bietergemeinschaft, S. 46 ff. m.w.N.; *Ohrtmann*, VergabeR 2008, 426 (427) m.w.N.; *Overbuschmann*, VergabeR 2014, 634 (634); *Prieß/Gabriel*, WuW 2006, 385 m.w.N. Siehe zur Abgrenzung der Bietergemeinschaft von der Arbeitsgemeinschaft und der Generalunternehmerschaft *Lux*, a.a.O. S. 45 m.w.N.; *Ohrtmann*, a.a.O. S. 427 f.

² *Kirch/Kues*, VergabeR 2008, 32 (32); *Mager/Lotz*, NZBau 2014, 328 (332) m.w.N.; *Ohrtmann*, VergabeR 2008, 426 (426 f.).

³ So auch *Burgi*, NZBau 2006, 693 (696); *Kirch/Kues*, VergabeR 2008, 32 (32); *Leinemann*, VergabeR 2015, 281 (283) m.w.N.

⁴ Siehe dazu Kap. 3 § 15.

⁵ EuGH, Schlussanträge vom 28.02.2013, C-94/12, Celex-Nr. 62012CC0094 (zitiert nach *Juris*); *Kirch/Kues*, VergabeR 2008, 32 (32); *Ohrtmann*, VergabeR 2008, 426 (426 f.) m.w.N.; *Robl*, Mittelständische Interessen, in: FS Franke, S. 291 (297) m.w.N.

⁶ *Gabriel*, VergabeR 2012, 555 (555); *Lux*, Bietergemeinschaft, S. 57 ff. m.w.N.; *Wiedemann*, ZfBR 2003, 240 (240, 241).

⁷ *Schulte/Voll*, ZfBR 2013, 223 (223).

kende Abrede enthalten oder darstellen.⁸ Ausgangspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit von Bietergemeinschaften ist demnach § 1 GWB.⁹

1. Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs – grundsätzliche kartellrechtliche Zulässigkeit

In seiner Grundsatzentscheidung¹⁰ aus dem Jahr 1983 entschied der Bundesgerichtshof, dass eine Vereinbarung verschiedener Unternehmen, sich zu einer Bietergemeinschaft zusammenzuschließen und sich mit dieser an der Ausschreibung zu beteiligen, grundsätzlich kartellrechtlich zulässig ist. Ist an der Bietergemeinschaft ein Unternehmen beteiligt, das objektiv leistungsfähig ist, ist auch dieser Zusammenschluss kartellrechtlich unbedenklich, wenn die Beteiligung an der Bietergemeinschaft eine im Rahmen wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Handelns liegende Unternehmerentscheidung ist. Insofern gibt es im Gesetz keine Stütze, im Rahmen des § 1 GWB darauf abzustellen, ob die Unternehmen objektiv wirtschaftlich in der Lage sind, den Auftrag allein durchzuführen. Ein Verstoß gegen § 1 GWB liege nur vor, wenn die Vereinbarung geeignet ist, die Marktverhältnisse durch die Beschränkung des Wettbewerbs spürbar zu beeinflussen.¹¹

2. Neue Rechtsprechungstendenzen – Das Damoklesschwert der Kartellrechtswidrigkeit

Neuen Aufwind und eine mittelstandsfeindliche Tendenz bekam die Frage nach der Zulässigkeit von Bietergemeinschaften durch die Entscheidungen des Kammergerichts Berlin¹² und des Oberlandesgerichts Düsseldorf¹³. Die Gerichte stellten den Grundsatz auf, dass jede Verabredung einer Bietergemeinschaft „ohne weiteres“¹⁴, „im Regelfall“¹⁵ bzw. „grundsätzlich“¹⁶ den Tatbestand der Abrede bzw. Vereinbarung im Sinne des § 1 GWB erfülle. Der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft habe naturgemäß zur Folge, dass sich die

⁸ § 16 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A; § 6e Abs. 6 Nr. 4 EU VOB/A; 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB; vgl. dazu auch BTDrucks. 18/6281, S. 106.

⁹ Siehe zu der Frage, ob im Vergabeverfahren der Prüfungsmaßstab aus § 1 GWB herangezogen werden kann nur *Jäger/Graef*, NZBau 2012, 213 (214); *Lux*, Bietergemeinschaft, S. 61 m.w.N.; *Mager/Lotz*, NZBau 2014, 328 (329 ff.); *Overbuschmann*, VergabeR 2014, 634 (638 ff.). Dieser Streitpunkt dürfte sich mit der Vergaberechtsmodernisierung 2016 erledigt haben, da § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB den Wortlaut des § 1 GWB aufnimmt, BTDrucks. 18/6281, S. 106.

¹⁰ *Gabriel*, VergabeR 2012, 555 (556); *ders./Voll*, VergabeR 2014, 184 (185); *Schulte/Voll*, ZfBR 2013, 223 (225).

¹¹ BGH, U.v. 13.12.1983 - KRB 3/83 Rn. 12, 15 (zitiert nach Juris). Rechtsprechung und Literatur hielten daraufhin Bietergemeinschaften grundsätzlich für kartell- und vergaberechtlich zulässig, solange die Unternehmen objektiv nachvollziehbar darlegen konnten, dass die Entscheidung zur Beteiligung an der Bietergemeinschaft wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig ist, OLG Koblenz, B.v. 29.12.2004 - 1 Verg 6/04, Rn. 23; OLG Frankfurt, B.v. 27.6.2003 - 11 Verg 2/03 Rn. 31; OLG Naumburg, B.v. 21.12.2000 - 1 Verg 10/00 Rn. 42; jeweils zitiert nach Juris; *Hänsel*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 4a m.w.N.

¹² KG Berlin, B.v. 21.12.2009 - 2 Verg 11/09, VergabeR 2010, 501 ff.; KG Berlin, B.v. 24.10.2013 - Verg 11/13, NZBau 2013, 792.

¹³ OLG Düsseldorf, B.v. 17.2.2014 - VII-Verg 2/14, NZBau 2014, 716 ff.; OLG Düsseldorf, B.v. 11.11.2011 - VII-Verg 92/11, NZBau 2012, 255 ff.; OLG Düsseldorf, B.v. 9.11.2011 - VII-Verg 35/11, NZBau 2012, 252 ff. In seinem Beschluss vom 17.12.2014 - VII-Verg 22/14 rudert das OLG Düsseldorf etwas zurück.

¹⁴ KG Berlin, B.v. 24.10.2013 - Verg 11/13 Rn. 32 und Leitsatz 4a (zitiert nach Juris), NZBau 2013, 792 (794).

¹⁵ KG Berlin, B.v. 21.12.2009 - 2 Verg 11/09 Rn. 26 (zitiert nach Juris); OLG Düsseldorf, B.v. 17.2.2014 - VII-Verg 2/14 Rn. 35 (zitiert nach Juris).

¹⁶ OLG Düsseldorf, B.v. 11.11.2011 - VII-Verg 92/11 Rn. 7 (zitiert nach Juris), NZBau 2012, 255 (256); OLG Düsseldorf, B.v. 9.11.2011 - VII-Verg 35/11 Rn. 23 (zitiert nach Juris), NZBau 2012, 252 (254).

Bietergemeinschaftsmitglieder in Bezug auf den ausgeschriebenen Auftrag untereinander nicht wettbewerblich verhalten. Denn Inhalt einer solchen Verabredung ist im Allgemeinen die gegenseitige Verpflichtung, von eigenen Angeboten abzusehen und mit anderen Unternehmen nicht zusammenzuarbeiten.¹⁷ Erst in einem weiteren Schritt konstruierten die Gerichte im Wege einer (verschärften) zweistufigen Zulässigkeitsprüfung¹⁸ mögliche Ausnahmen von diesem Grundsatz^{19, 20}. Danach ist die Verabredung zu einer horizontalen Bietergemeinschaft nur dann wettbewerbsunschädlich, „sofern – *objektiv* – die beteiligten Unternehmen ein jedes für sich zu einer Teilnahme an der Ausschreibung mit einem eigenständigen Angebot aufgrund ihrer betrieblichen oder geschäftlichen Verhältnisse (z.B. mit Blick auf Kapazitäten, technische Einrichtungen und/oder fachliche Kenntnisse) nicht leistungsfähig sind, und erst der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft sie in die Lage versetzt, sich daran zu beteiligen. [...] In *subjektiver* Hinsicht ist außerdem darauf abzustellen, ob die Zusammenarbeit eine im Rahmen wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Handelns liegende Unternehmerentscheidung darstellt.“²¹ Die objektiven und subjektiven Kriterien mussten somit kumulativ vorliegen.²²

3. Kritik an den Entscheidungen

a. Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses

Der aufgestellte Grundsatz der grundsätzlichen Kartellrechtswidrigkeit von Bietergemeinschaften steht im Widerspruch zu den nationalen und europäischen Vergaberegulungen und verkehrt das bestehende Regel-Ausnahme-Verhältnis ins Gegenteil.²³ Gemäß Art. 2 Abs. 1

¹⁷ OLG Düsseldorf, B.v. 17.2.2014 - VII-Verg 2/14 Leitsatz 1, Rn. 19 (zitiert nach Juris), NZBau 2014, 716 (716); OLG Düsseldorf, B.v. 11.11.2011 - VII-Verg 92/11 Rn. 7 (zitiert nach Juris), NZBau 2012, 255 (256); OLG Düsseldorf, B.v. 9.11.2011 - VII-Verg 35/11 Rn. 23, 26 (zitiert nach Juris), NZBau 2012, 252 (254).

¹⁸ *Gabriel*, VergabeR 2012, 555 (557 f.); *Overbuschmann*, VergabeR 2014, 634 (636).

¹⁹ OLG Düsseldorf, B.v. 17.2.2014 - VII-Verg 2/14 Rn. 35 (zitiert nach Juris), NZBau 2014, 716 (717); OLG Düsseldorf, B.v. 11.11.2011 - VII-Verg 92/11 Rn. 7 (zitiert nach Juris), NZBau 2012, 255 (256); OLG Düsseldorf, B.v. 9.11.2009 - VII-Verg 35/11 Rn. 23 (zitiert nach Juris), NZBau 2012, 252 (254); KG Berlin, B.v. 21.12.2009 Rn. 26 (zitiert nach Juris).

²⁰ Weitere relevante obergerichtliche Entscheidungen zur Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Bietergemeinschaften sind daraufhin – soweit ersichtlich – nur vom OLG Brandenburg, B.v. 16.2.2012 - Verg W 1/12, welches weiterhin der Rechtsprechungslinie des BGH folgt, und vom OLG Schleswig-Holstein, B.v. 15.4.2014 - 1 Verg 4/13, welches sich der Auffassungen des OLG Düsseldorf und des KG Berlin ohne nähere Begründung anschloss, ergangen. Siehe zur Kritik an den Entscheidungen des OLG Düsseldorf und des KG Berlin nur VK Baden-Württemberg, B.v. 4.6.2014 - 1 VK 15/14 Rn. 100 f.; VK Sachsen, B.v. 23.5.2014 - 1/SVK/011-14 Rn. 73 ff., insbes. 78; jewls. zitiert nach Juris; *Gabriel*, VergabeR 2012, 555 (558); *Mager/Lotz*, NZBau 2014, 328 (333); *Overbuschmann*, VergabeR 2014, 634 (636 f.); *Schulte/Voll*, ZfBR 2013, 223 (226). Zurückhaltender OLG Karlsruhe, B.v. 5.11.2014 - 15 Verg 6/14 (zitiert nach Juris).

²¹ OLG Düsseldorf, B.v. 9.11.2011 - VII-Verg 35/11 Rn. 23 (zitiert nach Juris), NZBau 2012, 252 (254). Das KG Berlin nimmt eine Differenzierung in objektiver und subjektiver Hinsicht nicht vor. Eine Ausnahme bestehe nur für den Fall, dass die Mitglieder der Bietergemeinschaft zusammen einen unerheblichen Marktanteil haben oder sie erst durch das Eingehen der Bietergemeinschaft in die Lage versetzt werden, ein Angebot abzugeben, KG Berlin, B.v. 21.12.2009 Rn. 26 (zitiert nach Juris).

²² VK Sachsen, B.v. 23.5.2014 - 1/SVK/011-14 Rn. 73 (zitiert nach Juris); *Gabriel*, VergabeR 2012, 555 (556 f.); *ders./Voll*, VergabeR 2014, 184 (186 f.); *Jäger/Graef*, NZBau 2012, 213 (213); *Schulte/Voll*, ZfBR 2013, 223 (228). A.A. wonach es sich um keine selbständige subjektive Prüfungskomponente handle, *Dicks*, VergabeR 2013, 1 (7 f.); VK Münster, B.v. 22.3.2013 - VK 3/13 Rn. 134 (zitiert nach Juris). Siehe zur Kritik an der Auffassung der VK Münster *Gabriel/Voll*, VergabeR 2014, 184 (186). In seinem Beschluss vom 17.2.2014 - VII-Verg 2/14 Rn. 35 (zitiert nach Juris) verzichtete das OLG Düsseldorf zwar auf die Begriffspaare in objektiver und subjektiver Hinsicht, hielt in der Begründung aber an der zweistufigen Prüfung fest.

²³ So auch *Köhler*, Anm. zum KG Berlin, B.v. 21.12.2009 - 2 Verg 11/09, VergabeR 2010, 508 f.

Nr. 10 RL 2014/24/EU stellen zusammengeschlossene Gruppen Wirtschaftsteilnehmer dar, welche gem. Art. 19 Abs. 2 RL 2014/24/EU am Vergabeverfahren teilnehmen können, ohne dass der Auftraggeber von ihnen eine bestimmte Rechtsform verlangen kann.²⁴ Gemäß § 6 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 EU VOB/A sind Bietergemeinschaften den Einzelbieter gleichzusetzen²⁵ und damit grundsätzlich zulässige und mögliche Teilnehmer im Vergabeverfahren²⁶. Die Rechtsform eines Bieters ist daher grundsätzlich kein Kriterium für dessen Zulassung oder den Ausschluss.²⁷ Ebenso wenig stellt § 1 GWB eine solche Vermutung der Kartellrechtswidrigkeit von Bietergemeinschaften auf. Vielmehr bestimmt § 1 GWB die Grenzen der Zusammenarbeit.²⁸

b. Kartellrechtswidrigkeit ohne begründeten Verdachtsmoment – unterlassene Marktanalyse

Die Herangehensweise des Oberlandesgerichts Düsseldorf und des Kammergerichts Berlin zäumt das Pferd von hinten auf, indem sie lediglich auf den Abschluss der Vereinbarung abstellen, sich nicht mit den einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 GWB auseinandersetzen und keine Analyse der tatsächlich bestehenden Marktverhältnisse vornehmen.²⁹ Dies ist für die Annahme des Verdachts der Kartellrechtswidrigkeit aber unablässig.

aa. Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses

In dieser Hinsicht liegt es in der Natur der Sache, dass die Bildung einer Bietergemeinschaft die Vereinbarung der Unternehmen umfasst, sich nicht eigenständig mit einem eigenen Angebot am Vergabeverfahren zu beteiligen.³⁰ Abstrakt betrachtet handelt es sich hierbei zwar um eine wettbewerbsbeschränkende Abrede.³¹ Jedoch ist dies nicht ausreichend, um den Verdacht einer Wettbewerbsbeschränkung anzunehmen. Zum einen ist es eine typische Kooperationsform, bei der die Erklärung eines solchen Verzichtes notwendig ist.³² Zum anderen kann eine solche Vereinbarung nur dann zu einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung führen, wenn die Mitglieder auch tatsächlich in einer aktuellen oder potenziellen Wettbewerbsbeziehung stehen.³³

²⁴ Vgl. auch § 43 VgV; § 50 SektVO; § 6 Abs. 3 Nr. 2 S. 2 EU VOB/A.

²⁵ Bzw. § 6 Abs. 2 VOB/A; § 6 Abs. 1 VOL/A; § 43 Abs. 2 VgV; § 50 Abs. 2 SektVO; § 24 Abs. 2 KonzVgV;

²⁶ Siehe dazu nur *Lux*, Bietergemeinschaft, S. 55 ff. m.w.N.

²⁷ OLG Naumburg, B.v. 21.12.2000 - 1 Verg 10/00 Rn. 35 m.w.N. (zitiert nach Juris); VK Brandenburg, B.v. 1.2.2002 - 2 VK 119/01, S. 5.

²⁸ So auch das OLG Düsseldorf, B.v. 17.12.2014 - VII-Verg 14/22 Rn. 21 (zitiert nach Juris).

²⁹ *Gabriel*, VergabeR 2012, 555 (558); *Schulte/Voll*, ZfBR 2013, 223 (227).

³⁰ OLG Koblenz, B.v. 29.12.2004 - 1 Verg 6/04 Rn. 22 (zitiert nach Juris); OLG Düsseldorf, B.v. 11.11.2011 - VII-Verg 92/11 Rn. 7 (zitiert nach Juris), NZBau 2012, 255 (256); OLG Düsseldorf, B.v. 9.11.2011 - VII-Verg 35/11 Rn. 26 (zitiert nach Juris), NZBau 2012, 252 (254).

³¹ *Krauß*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), KartellR Bd. I, § 1 GWB Rn. 198; *Leinemann*, VergabeR 2015, 281 (282); *Overbuschmann*, VergabeR 2014, 634 (635).

³² OLG Koblenz, B.v. 29.12.2004 - 1 Verg 6/04 Rn. 22 (zitiert nach Juris). Siehe zur Zulässigkeit einer solchen Abrede BGH NJW 1997, 2324 ff.; OLG Celle, U.v. 30.3.1994 - 13 U 176/93 (zitiert nach Juris).

³³ *Ohrtmann*, VergabeR 2008, 426 (429); *Schulte/Voll*, ZfBR 2013, 223 (224).

(1) Aktueller Wettbewerb

Ein aktueller Wettbewerb liegt vor, wenn die Unternehmen auf demselben sachlichen, räumlichen und zeitlichen Markt tätig sind.³⁴ Da jedes Vergabeverfahren einen neuen eigenständigen Markt bezüglich der nachgefragten Leistung begründet, kommt es auf den konkret infrage stehenden Auftrag an.³⁵ Die Unternehmen geben aufgrund der Vereinbarung keine eigenen Angebote ab, sodass sie auf dem konkreten Ausschreibungsmarkt nicht im aktuellen Wettbewerb stehen.³⁶

(2) Potenzieller Wettbewerb

In Betracht könnte allenfalls das Bestehen eines potenziellen Wettbewerbsverhältnisses³⁷ kommen, welches durch die Bildung der Bietergemeinschaft beschränkt wird.³⁸ Für die Bestimmung eines potenziellen Wettbewerbs bedarf es einer Prognose hinsichtlich der Markteintrittswahrscheinlichkeit der einzelnen Bietergemeinschaftsmitglieder, welche für jeden Einzelfall in „rein tatsächlicher Hinsicht“ festzustellen ist³⁹. Entscheidend ist, ob sich die Unternehmen am Ausschreibungsverfahren überhaupt beteiligt hätten, wenn sie nicht Mitglied der Bietergemeinschaft wären.⁴⁰ Dem Bestehen der Markteintrittswahrscheinlichkeit können – alternativ – objektive, aber auch subjektive Gründe entgegenstehen.⁴¹

bb. Objektive Gründe, die der Markteintrittswahrscheinlichkeit entgegenstehen

Objektive Gründe, die der Markteintrittswahrscheinlichkeit entgegenstehen, liegen vor, wenn die Unternehmen nicht die Fähigkeit besitzen, in den bestehenden Markt einzutreten.⁴² Daher besteht kein potenzielles Wettbewerbsverhältnis zwischen Unternehmen, die nicht auf demselben konkret infrage stehenden Markt tätig sind oder objektiv nicht leistungsfähig sind; entweder weil der Auftraggeber Anforderungen oder Bedingungen stellt, die von allen an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen allein nicht erfüllt werden können⁴³, oder weil die an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen aufgrund ihrer objektiven Leistungsfähigkeit nicht in der Lage sind, sich eigenständig mit eigenen Angeboten am Ausschreibungsverfahren zu beteiligen⁴⁴. Das Merkmal der mangelnden Leistungsfähigkeit konkretisierte die Vergabekammer Rheinland in ihrem Beschluss vom 11. Februar 2015, wonach die Leistungsfähigkeit in Bezug auf den konkreten Auftrag zu bestimmen ist. Entscheidend ist die konkret-individuelle Leistungs- bzw. Leistungsunfähigkeit, sodass eine Leistungsunfähig-

³⁴ Nordemann, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), KartellR, § 1 GWB Rn. 80 m.w.N.

³⁵ Immenga, DB 1984, 385 (385 f., 388); Leinemann, VergabeR 2015, 281 (283). Siehe zu möglichen Ausnahmen Jäger/Graef, NZBau 2012, 213 (214).

³⁶ Gabriel, VergabeR 2012, 555 (557); Schulte/Voll, ZfBR 2013, 223 (224).

³⁷ Siehe hierzu nur Immenga, DB 1984, 385 (386 ff.); Nordmann, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), KartellR, § 1 GWB Rn. 82; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EU KartellR, § 1 GWB Rn. 42, 110.

³⁸ Gabriel, VergabeR 2012, 555 (557); Immenga, DB 1984, 385 (386); Schulte/Voll, ZfBR 2013, 223 (224).

³⁹ Schulte/Voll, ZfBR 2013, 223 (224).

⁴⁰ Gabriel, VergabeR 2012, 555 (557); Schulte/Voll, ZfBR 2012, 223 (224).

⁴¹ BGH, U.v.13.12.1983 - KRB 3/83 (zitiert nach Juris); Gabriel, VergabeR 2012, 555 (557 f.); Leinemann, VergabeR 2015, 281 (284) m.w.N.; Ohrtmann, VergabeR 2008, 426 (429); Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EU KartellR, § 1 GWB Rn. 110.

⁴² Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EU KartellR, § 1 GWB Rn. 110.

⁴³ Jäger/Graef, NZBau 2012, 213 (214); Leinemann, VergabeR 2015, 281 (283).

⁴⁴ Siehe zu möglichen Konstellationen nur Wiedemann, ZfBR 2003, 240 (241).

keit auch dann vorliegen kann, wenn ein Unternehmen abstrakt zwar über ausreichende Ressourcen verfügt, diese aber derzeit anderweitig gebunden sind.⁴⁵

cc. Subjektive Gründe, die der Markteintrittswahrscheinlichkeit entgegenstehen

Neben den objektiven Gründen können der Markteintrittswahrscheinlichkeit auch subjektive Gründe entgegenstehen. Dies ist der Fall, wenn – in subjektiver Hinsicht – keine Bereitschaft besteht, den Markt zu betreten, weil dies nicht wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig wäre.⁴⁶

dd. Konsequenzen der unterlassenen Marktanalyse

Hätten das Oberlandesgericht Düsseldorf und das Kammergericht Berlin eine Marktanalyse vorgenommen und zunächst untersucht, ob zwischen den Unternehmen ein Wettbewerbsverhältnis besteht, wären sie – ohne den Umweg der Konstruktion möglicher Ausnahmen – gleich zu dem Ergebnis gekommen, dass kein potenzielles Wettbewerbsverhältnis zwischen Unternehmen vorliegt, die nicht auf demselben konkret infrage stehenden Markt tätig sind oder bezüglich des konkreten Auftrages objektiv nicht leistungsfähig sind. Bei diesen Unternehmen fehlt es schon aufgrund objektiver Gründe an der Markteintrittswahrscheinlichkeit⁴⁷, sodass es bereits an einem hinreichenden Verdachtsmoment für die Annahme ihrer Kartellrechtswidrigkeit mangelt⁴⁸. Insofern drängt die ohne Berücksichtigung des Vorliegens eines Verdachtsmoments vom Oberlandesgericht Düsseldorf und dem Kammergericht Berlin entwickelte Grundannahme der kartellrechtlichen Unzulässigkeit die Bietergemeinschaft in eine nicht zu rechtfertigende Exkulpationssituation. Sofern die Bietergemeinschaft die – zwar widerlegbare – Vermutung⁴⁹ nicht ausräumen kann, droht ihr der Ausschluss vom Vergabeverfahren.⁵⁰ Es bedarf keines konkreten Nachweises mehr, dass sich die Bietergemeinschaftsmitglieder tatsächlich wettbewerbswidrig verhalten. Die vom Oberlandesgericht Düsseldorf vorgenommene Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses hat somit erhebliche Auswirkung auf die Beweislastverteilung: Es gilt nicht mehr, dass im Zweifel von der Zulässigkeit der Bietergemeinschaft auszugehen ist.⁵¹ Der Beschluss der Vergabekammer Rheinland entschärft, trotz der zu Recht vorgenommenen Konkretisierung, das Problem der Grundannahme der Kartellrechtswidrigkeit und damit der Beweislastumkehrung nicht, sondern erleichtert lediglich die Beweismöglichkeiten, indem die abstrakte Möglichkeit, den Auftrag ei-

⁴⁵ VK Rheinland, B.v. 11.2.2015 - VK VOB 32/2014, S. 14, 17 f.

⁴⁶ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EU KartellR, § 1 GWB Rn. 1 m.w.N.

⁴⁷ Gabriel, VergabeR 2012, 555 (555, 558); Leinemann, VergabeR 2015, 281 (283); Schulte/Voll, ZfBR 2012, 223 (225); Wiedemann, ZfBR 2003, 240 (241).

⁴⁸ Mit ähnlicher Tendenz *Verfürth*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 16 VOL/A Rn. 150.

⁴⁹ Siehe dazu, dass reine Vermutungen den Tatbestand wettbewerbswidriger Absprachen gerade nicht erfüllen OLG Celle, B.v. 2.12.2010 - 13 Verg 12/10 Rn. 48; OLG Sachsen-Anhalt, B.v. 2.7.2009 - 1 Verg 2/09 Rn. 48; OLG Sachsen-Anhalt, U.v. 2.7.2009 - 1 U 5/09 Leitsatz 2, Rn. 16; OLG Saarbrücken, B.v. 5.7.2006 - 1 Verg 1/06 Rn. 50; OLG Frankfurt, B.v. 27.6.2003 - 11 Verg 2/03 Leitsatz 1, Rn. 23; jewl. zitiert nach Juris; Weyand, VergR, § 97 GWB Rn. 28 m.w.N.

⁵⁰ Siehe dazu Rn. 8 des Beschlusses vom OLG Düsseldorf, B.v. 11.11.2011 - VII-Verg 92/11, NZBau 2012, 255 (256). A.A. Leinemann, VergabeR 2015, 281 (287), wonach die Passage nicht „per se“ den Rechtfertigungszwang, sondern den fehlenden Parteivortrag rüge.

⁵¹ So aber OLG Frankfurt, B.v. 27.6.2003 - 11 Verg 2/03 Rn. 21; VK Baden-Württemberg, B.v. 4.6.2014 - 1 VK 15/14 Rn. 101; jewl. zitiert nach Juris. A.A. Greb, VergabeR 2014, 564 (565 f.). Siehe zu den Folgen der neuen Rechtsprechungslinie u.a. Gabriel, VergabeR 2012, 555 (559); Homann, IBR 2012, 166; Kern, IBR 2014, 36.

genständig erfüllen zu können, dadurch widerlegt werden kann, dass die Ressourcen anderweitig gebunden sind.

Nur für den Fall, dass sich an der Bietergemeinschaft mindestens ein objektiv leistungsfähiges Unternehmen beteiligt, ist die hinter der Einführung der zweistufigen Zulässigkeitsprüfung⁵² stehende Tendenz der verschärften Nachweispflichten zu begrüßen.⁵³ Hier bestehen durchaus ein Verdachtsmoment und ein konkreter Anhaltspunkt, den Zusammenschluss „näher“ zu überprüfen.⁵⁴ Diese Auffassung klang auch noch in dem Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. Dezember 2014 durch.⁵⁵ Jedoch verwies das Gericht in dieser Entscheidung unter anderem auf seine eigenen – oben genannten – Entscheidungen, die gerade das Gegenteil nahelegten, sodass hierin keine eindeutige Abkehr zu den früheren Entscheidungen erkennbar war.⁵⁶

Eine erfreuliche Klarstellung und damit eine deutliche Kehrtwende zu diesen mitunter grotesken Beschlüssen nahm das Oberlandesgericht Düsseldorf nun in seinen Beschlüssen vom 1. Juli 2015⁵⁷ und vom 8. Juni 2016⁵⁸ vor. In diesen führt das Gericht aus, dass ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmen, die auf demselben Markt tätig sind und zueinander in einem potenziellen Wettbewerbsverhältnis stehen, zu einer Bietergemeinschaft wettbewerbsunschädlich ist, wenn „die beteiligten Unternehmen jedes für sich zu einer Teilnahme an der Ausschreibung mit einem eigenständigen Angebot aufgrund ihrer betrieblichen und geschäftlichen Verhältnisse nicht leistungsfähig sind und erst der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft sie in die Lage versetzt, sich daran mit Erfolgsaussicht zu beteiligen (Fallgruppe 1), oder die Unternehmen für sich genommen zwar leistungsfähig, Kapazitäten aufgrund anderweitiger Bindung aktuell jedoch nicht einsetzbar sind (Fallgruppe 2), oder die beteiligten Unternehmen für sich genommen leistungsfähig sind, aber im Rahmen einer wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Entscheidung erst der Zusammenschluss ein erfolgversprechendes Angebot ermöglicht (Fallgruppe 3)“.⁵⁹ Damit gibt das Oberlandesgericht Düsseldorf die verschärfte zweistufige Zulässigkeitsprüfung auf und stellt klar, dass ein Zusammenschluss entweder aus objektiven oder subjektiven Gründen kartellrechtlich unbedenklich sein kann. Dies ist wünschenswert, da sich die zweistufige Zulässigkeitsprüfung – wie im Folgenden dargestellt – in der Praxis mitunter als untauglich erweist.

⁵² Wonach subjektive und objektive Kriterien kumulativ vorliegen müssen, siehe hierzu Kap. 3 § 12 II. 2.

⁵³ So auch *Verfürth*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 16 VOL/A Rn. 142.

⁵⁴ Mit ähnlicher Tendenz *Verfürth*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 16 VOL/A Rn. 150.

⁵⁵ OLG Düsseldorf, B.v. 17.12.2014 - VII-Verg 22/14 Rn. 21 (zitiert nach Juris), NZBau 2015, 176 (177). Danach sei die Bildung einer Bietergemeinschaft nicht grundsätzlich unzulässig und unterliege dem Generalverdacht der Kartellrechtswidrigkeit. Vielmehr seien die Gründe für den Zusammenschluss erst dann näher darzulegen, wenn es einen zureichenden Anhaltspunkt für die Kartellrechtswidrigkeit gibt. Dieser bestehe, wenn es sich um Unternehmen derselben Branche handelt und die Unternehmen in der Lage wären, den Auftrag eigenständig zu erfüllen.

⁵⁶ In diese Richtung tendierend *Hausmann/Queisner*, NZBau 2015, 402 (404): „tritt [...] entgegen“.

⁵⁷ OLG Düsseldorf, B.v. 1.5.2015 – VII-Verg 17/15, zitiert nach Juris.

⁵⁸ OLG Düsseldorf, B.v. 8.6.2016 – VII-Verg 3/16, zitiert nach Juris.

⁵⁹ OLG Düsseldorf, B.v. 8.6.2016 – VII-Verg 3/16, Orientierungssatz, Rn. 10 ff., zitiert nach Juris. Das OLG Celle schloss sich dieser Entscheidung in seinem Beschluss vom 8.7.2016 – 13 Verg 2/16 (zitiert nach Juris) an.

c. Praxistauglichkeit der zweistufigen Zulässigkeitsprüfung

Auch wenn die Einführung der zweistufigen Zulässigkeitsprüfung bei Vorliegen eines konkreten Verdachtsmomentes nachvollziehbar ist, so führt sie bei konsequenter Anwendung zu nicht auflösbaren Widersprüchen. Nach (früherer) Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf war in objektiver Hinsicht Voraussetzung für die kartellrechtliche Zulässigkeit der Bietergemeinschaft, dass die Unternehmen für eine Teilnahme an der Ausschreibung mit einem eigenen Angebot nicht in der Lage sind und erst der Zusammenschluss ihnen die Beteiligung ermöglicht.⁶⁰ Damit wurde das objektive Kriterium – Nichtbestehen der objektiven Leistungsbereitschaft – zum Dreh- und Angelpunkt der kartellrechtlichen Beurteilung; das subjektive Kriterium war nur noch zu berücksichtigen, wenn das objektive Kriterium erfüllt war.⁶¹ Dies hatte zur Konsequenz, dass jede Bietergemeinschaft kartellrechtswidrig war, an der sich mindestens ein objektiv leistungsfähiges Unternehmen beteiligte; unabhängig davon, ob das Unternehmen nachvollziehbar und substantiiert vorgetragen hat, dass es trotz objektiver Leistungsfähigkeit kaufmännisch vernünftig und wirtschaftlich zweckmäßig ist, sich nicht selbständig zu bewerben.⁶² Die Bietergemeinschaft wurde jeglicher Exkulpationsmöglichkeit beraubt. Eine solche Vorgehensweise übersah zudem, dass die Analyse der subjektiven Entscheidung für die Beurteilung des Bestehens einer potenziellen Wettbewerbsbeziehung wesensimmanent ist.⁶³ Daher darf aufgrund der lediglich bestehenden potenziellen Wettbewerbsbeziehung die Heranziehung der subjektiv-unternehmerischen Entscheidung nicht vom Vorliegen der objektiven Leistungsunfähigkeit abhängig gemacht werden. Besteht für mindestens ein Unternehmen die objektive Leistungsfähigkeit, setzt das Vorliegen eines potenziellen Wettbewerbsverhältnisses folglich die subjektiv-unternehmerische Entscheidung des Unternehmens voraus, den Markt tatsächlich betreten zu wollen.⁶⁴ Die Vernachlässigung des subjektiven Kriteriums konnte darüber hinaus zu dem irrwitzigen Ergebnis führen, dass eine Bietergemeinschaft auch dann auszuschließen war, wenn sich an dieser ein Unternehmen beteiligte, das objektiv zwar leistungsfähig war, aber ein Angebot abgegeben hätte, das nicht konkurrenzfähig gewesen wäre und damit keinerlei Zuschlagschancen gehabt hätte.⁶⁵ Gleiches galt für solche Unternehmen, die das finanzielle Risiko streuen oder das Synergiepotenzial nutzen wollen.⁶⁶ In all diesen Fällen wäre der Wettbewerb durch einen Ausschluss

⁶⁰ OLG Düsseldorf, B.v. 17.2.2014 - VII-Verg 2/14, NZBau 2014, 716 (717); OLG Düsseldorf, B.v. 11.11.2011 - VII-Verg 92/11 Rn. 7 (zitiert nach Juris), NZBau 2012, 255 (256); OLG Düsseldorf, B.v. 9.11.2011 - VII-Verg 35/11 Rn. 23 (zitiert nach Juris), NZBau 2012, 252 (254).

⁶¹ OLG Düsseldorf, B.v. 11.11.2011 - VII-Verg 92/11 Rn. 7 f. (zitiert nach Juris), NZBau 2012, 255 (256); *Gabriel*, VergabeR 2012, 555 (558); *Schulte/Voll*, ZfBR 2013, 223 (227).

⁶² *Greb*, VergabeR 2014, 564 (565); *Schulte/Voll*, ZfBR 2013, 223 (226).

⁶³ BGH, B.v. 13.12.1983 - KRB 3/83; OLG Frankfurt, B.v. 27.6.2003 - 11 Verg 2/03 Rn. 22; jewls. zitiert nach Juris; *Immenga*, DB 1984 385 (388 ff.); *Schulte/Voll*, ZfBR 2013, 223 (227); *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), EU KartellR, § 1 GWB Rn. 110 m.w.N.

⁶⁴ OLG Frankfurt, B.v. 27.6.2003 - 11 Verg 2/03 Rn. 22 (zitiert nach Juris); *Schulte/Voll*, ZfBR 2013, 223 (225).

⁶⁵ Die Zulässigkeit des Zusammenschlusses bejahend OLG Frankfurt, B.v. 27.6.2003 - 11 Verg 2/03 Rn. 22 (zitiert nach Juris); *Gabriel*, VergabeR 2012, 555 (558); *Leinemann*, VergabeR 2015, 281 (284 f.); *Mager/Lotz*, NZBau 2014, 328 (332); *Schulte/Voll*, ZfBR 2013, 223 (227); *Wiedemann*, ZfBR 2003, 240 (241).

⁶⁶ Wenn es den Auftraggebern schon erlaubt ist im Wege der Loslimitierung das vertragliche Risiko zu streuen, kann es auch den Unternehmen nicht verwehrt sein, ein vertragliches Risiko durch die Beteiligung an der Bietergemeinschaft zu verringern. Gleiches gilt für die Nutzung von Synergieeffekten oder von Standortvorteilen. Den Zusammenschluss in diesen Fällen bejahend *Leinemann*, VergabeR 2015, 281 (284 f.); *Overbuschmann*, VergabeR 2014, 634 (635, 637); *Wiedemann*, ZfBR 2003, 240 (241); OLG Frankfurt, B.v. 27.6.2003 - 11 Verg

der Bietergemeinschaft nicht verstärkt, sondern verschlechtert worden, da der Auftraggeber dann entweder keine Angebote oder von vornherein chancenlose Angebote erhalten hätte.⁶⁷ Des Weiteren kommt es bei einem Zusammenschluss objektiv nicht leistungsfähiger Unternehmen eigentlich nicht auf das subjektive Kriterium an. Denn der Zusammenschluss ist in subjektiver Hinsicht stets wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig, da er die Teilnahmemöglichkeit eröffnet und den Wettbewerb erweitert.⁶⁸ Aufgrund dessen ist die zweistufige Zulässigkeitsprüfung in diesem Fall redundant.

4. Zwischenergebnis

Die Bietergemeinschaft ist vor allem für mittelständische Unternehmen eine weitere Möglichkeit, sich an Vergabeverfahren größeren Volumens zu beteiligen; unter Umständen kann sie den mittelständischen Unternehmen sogar erst die Teilnahme am Vergabeverfahren eröffnen.⁶⁹ Bietergemeinschaften von vornherein ohne Verdachtsmoment mit dem Damoklesschwert ihrer Kartellrechtswidrigkeit zu belasten, sie in eine Exkulpationspflicht zu drängen und sie ohne hinreichende Indizien der Gefahr ihres Ausschlusses vom Vergabeverfahren aufgrund wettbewerbswidriger Verhaltensweisen auszusetzen⁷⁰, ist unter Berücksichtigung mittelständischer Interessen nicht mittelstandsgerecht. Die damit einher gehende Umkehrung der Beweislast verstößt ferner gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.⁷¹ Demnach ist die höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach Bietergemeinschaften grundsätzlich zulässig sind, weiterhin aufrecht zu erhalten.

Aufgrund dessen ist es zu begrüßen, dass die jüngeren Entscheidungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf nunmehr den Generalverdacht der Kartellrechtswidrigkeit sowie die missglückte, zu widersprüchlichen Ergebnissen führende und mitunter einen Zirkelschluss darstellende zweistufige Zulässigkeitsprüfung aufgegeben haben. Dadurch wird das Damoklesschwert beseitigt, welches über den Bietergemeinschaften schwebte, an denen sich mindestens ein konkret-individuell leistungsfähiges Unternehmen beteiligte. Das Gericht hat bei der Beurteilung der Frage der Kartellrechtswidrigkeit von der Differenzierung in objektive und subjektive Gründe Abstand genommen und klargestellt, dass eine Verabredung zu einer Bietergemeinschaft aus objektiven *oder* subjektiven Gründen kartellrechtlich unbedenklich sein kann, etwa weil die Unternehmen nicht in der Lage wären, den konkreten Auftrag eigenständig zu erfüllen, oder – alternativ – zwar in der Lage wären, der Zusammenschluss aber dennoch objektiv wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig ist. Eine solche Herangehensweise wird der Beurteilung des Bestehens potenzieller Wettbewerbsverhältnisse am ehesten gerecht.⁷²

2/03 Rn. 26 (zitiert nach Juris). A.A. OLG Celle, B.v. 8.7.2016 – 13 Verg 2/16 Rn. 18; OLG Düsseldorf, B.v. 17.2.2014 - VII-Verg 2/14 Rn. 38; jewls. zitiert nach Juris; KG Berlin, B.v. 24.10.2013 - Verg 11/13 Rn. 34, NZBau 2013, 792 (794); *Hausmann/Queisner*, NZBau 2015, 402 (404).

⁶⁷ *Leinemann*, VergabeR 2015, 281 (284); *Mager/Lotz*, NZBau 2014, 328 (332).

⁶⁸ *Gabriel*, VergabeR 2012, 555 (558); *Overbuschmann*, VergabeR 2014, 634 (636); *Schulte/Voll*, ZfBR 2013, 223 (226); *Verfürth*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 16 VOL/A Rn. 142.

⁶⁹ *Mager/Lotz*, NZBau 2014, 328 (332) m.w.N.; *Ohrtmann*, VergabeR 2008, 426 (426 f.).

⁷⁰ Siehe allgemein zur Unzulässigkeit des Ausschlusses vom Vergabeverfahren ohne hinreichende Indizien für die Wettbewerbswidrigkeit nur, OLG Düsseldorf, B.v. 11.5.2011 - VII-Verg 8/11 Rn. 45 ff.; OLG Koblenz, B.v. 26.10.2005 - 1 Verg 4/05 Rn. 93; jewls. zitiert nach juris.

⁷¹ So auch *Leinemann*, VergabeR 2015, 281 (287).

⁷² *Gabriel/Voll*, VergabeR 2012, 876 (877).

III. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Schließen sich mittelständische Unternehmen zu Bietergemeinschaften zusammen, muss dies – neben den eben behandelten kartellrechtlichen Vorgaben – auch mit dem übrigen geltenden Recht vereinbar sein.

1. Europäisches und nationales Wettbewerbsrecht

Handelt es sich um einen Sachverhalt ohne zwischenstaatlichen Bezug⁷³ sieht das nationale Recht in § 3 GWB eine Regelung für horizontale Mittelstandskartelle vor.⁷⁴ § 3 Abs. 1 GWB ist eine unmittelbar geltende gesetzliche Ausnahme vom Kartellverbot, die stets von Amts wegen bei Zusammenschlüssen mittelständischer Unternehmen zu prüfen ist, wenn der Tatbestand des § 1 GWB erfüllt ist.⁷⁵ Sinn und Zweck ist es, kleinen und mittleren Unternehmen Rechtssicherheit zu geben und sie zur Bildung von Kooperationen zu ermuntern, die ihre Wettbewerbschancen gegenüber großen Unternehmen verbessern.⁷⁶

Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten muss der Zusammenschluss der mittelständischen Unternehmen auch mit dem europäischen Wettbewerbsrecht vereinbar sein, da die Bewertung nach Art. 101 AEUV der Regelung des § 3 GWB vorgeht.⁷⁷ Unter europarechtlichen Blickwinkel ist der Zusammenschluss mittelständischer Unternehmen ebenso zulässig und vor allem wettbewerbsfördernd, wenn die mittelständischen Unternehmen nicht in der Lage wären, sich eigenständig für den Auftrag zu bewerben und erst der Zusammenschluss ihnen den Markteintritt ermöglicht.⁷⁸ Aber selbst für den Fall, dass ein KMU in der Lage wäre, sich eigenständig für den Auftrag zu bewerben, liegen die Voraussetzungen des Art. 101 AEUV nicht ohne weiteres vor. Der Europäische Gerichtshof hat das den Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV (ex: Art. 81 EGV) einschränkende, ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit⁷⁹ eingeführt.⁸⁰ Der Zusammenschluss ist dann nicht verboten, da nicht spürbar, wenn der relevante Markt wegen der schwachen Stellung der Beteiligten nur geringfügig beeinträchtigt wird.⁸¹ Seit der Bagatellbekanntmachung der Kommission vom 22.

⁷³ Nordemann, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), KartellR, § 3 GWB Rn. 10, 69; Säcker/Mohr, WRP 2011, 793 (807).

⁷⁴ Siehe zur Entstehungsgeschichte Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EU KartellR, § 3 GWB Rn. 7 ff.; Nordemann, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), KartellR, § 3 GWB Rn. 1.

⁷⁵ Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EU KartellR, § 3 GWB Rn. 15; Nordemann, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), KartellR, § 3 GWB Rn. 7 f.

⁷⁶ BTDrucks. 15/3640, S. 44; Burgi, NZBau 2006, 693 (696).

⁷⁷ BTDrucks. 15/3640, S. 45; Fuchs in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EU KartellR, § 3 GWB Rn. 18 m.w.N. Siehe zum Verhältnis zwischen europäischem und nationalem Kartellrecht Nordemann, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), KartellR, § 1 GWB Rn. 1 ff. (6 ff.); Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), a.a.O. § 1 GWB Rn. 4 ff. m.w.N.

⁷⁸ Ziff. 237 der Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABI EU v. 14.1.2011, Nr. C 11/1.

⁷⁹ Auch als Bagatellklausel oder de minimis-Regel bekannt, vgl. Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2016, Art. 101 AEUV, Rn. 217.

⁸⁰ EuGH, U.v. 25.11.1971, Rs. C-22/71; EuGH, U.v. 30.6.1966, Rs. 56/65; jewl. zitiert nach Juris; Kommission, Entscheidung v. 20.10.1972, ABI EG v. 23.11.1972, Nr. L 264/22 (28); Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), EU, 2016, Art. 101 AEUV, Rn. 217.

⁸¹ Weiß, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 101 AEUV Rn. 85.

Dezember 2001⁸² ist hierbei grundsätzlich der Marktanteil entscheidend.⁸³ In Bezug auf die hier relevanten mittelständischen Unternehmen heißt es in Ziffer 3 der Bagatellbekanntmachung, dass die Vereinbarungen zwischen kleinen und mittleren Unternehmen selten geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen.⁸⁴ Dies ist folgerichtig: Denn gem. Art. 179 AEUV unterstützt die Union die KMU im Bereich der Forschung und technologischen Entwicklung. In diesem Zusammenhang will sie Zusammenarbeitsbestrebungen auch im Bereich des öffentlichen Auftragswesens fördern. Insofern wäre es widersinnig den KMU-Zusammenschluss im Bereich der Forschung und Entwicklung als zulässig, in anderen Bereichen aber als wettbewerbswidrig anzusehen.⁸⁵

2. Grundfreiheiten, Beihilfe

Die Zulassung von Bietergemeinschaften und dessen Gleichstellung mit Einzelbietern stellt keinen Verstoß gegen die Grundfreiheiten dar, da ausländische Bietergemeinschaften oder Unternehmen weder benachteiligt noch von der Teilnahme am Vergabeverfahren abgeschreckt werden. Weil die Zulassung von Bietergemeinschaften nichts an den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen bei der Zuschlagsentscheidung ändert, sind derartige Zusammenschlüsse ebenfalls beihilferechtlich unbedenklich.

3. Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG

Durch die Zulassung von Bietergemeinschaften wird lediglich die Chance für den Erhalt des Auftrages und der Zugang zum Beschaffungsmarkt eröffnet, sodass dies auch nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG verstößt.

IV. Weitere Problempunkte im Rahmen der Bietergemeinschaft

Neben den kartellrechtlichen Stolpersteinen können Bietergemeinschaften weiteren Hürden gegenüber stehen.

1. Gesamtschuldnerische Haftung

Erhält eine Bietergemeinschaft den Auftrag, kann der Auftraggeber verlangen, dass die Bietergemeinschaft eine bestimmte Rechtsform eingeht, wenn dies für die Durchführung des Auftrages notwendig ist.⁸⁶ In diesem Fall treten die Mitglieder der Bietergemeinschaft gegenüber dem Auftraggeber gemeinsam auf, haften aber auch gesamtschuldnerisch und sind als Gemeinschaft gegenüber dem Auftraggeber vertraglich gebunden.⁸⁷ Folge dessen ist, dass sich die Ansprüche des Auftraggebers gegen jedes Mitglied der Bietergemeinschaft in voller

⁸² Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gem. Art. 81 Abs.1 EGV nicht spürbar beschränken (im Folgenden Bagatellbekanntmachung), ABl EG v. 22.11.2001, Nr. C 368/13.

⁸³ Dieser liegt bei 10% für horizontale Vereinbarungen, vgl. Ziff. 7 lit. a) der Bagatellbekanntmachung, und bei 15% für vertikale Vereinbarungen, vgl. Ziff. 7 lit. b) der Bagatellbekanntmachung.

⁸⁴ Gleiches findet sich in Ziff. 50 der Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 EGV, ABl EU v. 27.4.2004, Nr. C 101/81.

⁸⁵ *Willems*, Die Mittelstandsförderung, S. 366.

⁸⁶ Vgl. Art. 26 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 RL 2014/23/EU; Art. 19 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 RL 2014/24/EU; Art. 37 Abs. 2-3 RL 2014/25/EU; Ewgr. 15 RL 2014/24/EU; Ewgr. 18 RL 2014/25/EU; Ewgr. 9 RL 2014/23/EU; § 43 Abs. 2-3 VgV; § 50 Abs. 2-3 SektVO; § 24 Abs. 2-3 KonzVgV; § 6 Abs. 3 Nr. 2 S. 2 EU VOB/A.

⁸⁷ VK Bund, B.v. 4.10.2004 - VK 3-152/04, S. 19; *Ohrtmann*, VergabeR 2008, 426 (427) m.w.N.

Höhe richten.⁸⁸ Auch wenn die Folgen und die Forderung der gesamtschuldnerischen Haftung für sich allein keine mittelstandsfeindliche Handlung darstellt, da der Auftraggeber vor allem bei umfangreichen Projekten ein Interesse daran hat, einen leistungsstarken Vertragspartner zu haben⁸⁹, ist sie für weniger finanzstarke mittelständischen Unternehmen durchaus mit Risiken behaftet und kann die mittelständischen Unternehmen besonders belasten.

2. Änderungen in der Zusammensetzung der Bietergemeinschaft

a. Bestandswechsel im Allgemeinen

Die Gründung der Bietergemeinschaft ist grundsätzlich bis zum Ablauf der Bewerbungs- bzw. Angebotsfrist zulässig.⁹⁰ Gleiches gilt bei einem Wechsel der Zusammensetzung der Bietergemeinschaft.⁹¹ Probleme können auftreten, wenn der Bestandswechsel nach Ablauf der Angebots- bzw. Bewerbungsfrist erfolgt. Da der Ablauf dieser Frist eine Zäsur darstellt, müssen derartige Änderungen gewürdigt werden müssen.⁹² Diesbezüglich gibt es in der Rechtsprechung keine eindeutige Tendenz.⁹³ Das Oberlandesgericht Düsseldorf entschied, dass die Änderung der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft zwischen Angebotsabgabe und Zuschlagserteilung eine „besonders tiefgreifende Angebotsänderung“⁹⁴ sei, mit der Folge, dass das Angebot auszuschließen ist. Denn die Änderung der Person des Bieters führe dazu, dass sich die Wettbewerbssituation in Bezug auf die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen ändert. Ob dies zum Vorteil oder zum Nachteil der übrigen Bieter erfolgt, sei irrelevant, weil der Begriff der Veränderung der Wettbewerbslage sowohl positive als auch negative Veränderungen umfasse.⁹⁵

Allerdings ist die pauschale Vorverurteilung der Wettbewerbsverzerrung nicht angebracht. Vielmehr ist ein Ausschluss erst dann gerechtfertigt, wenn aufgrund des Austritts oder des Eintritts Manipulationen zu befürchten sind, etwa weil durch den Bestandswechsel Umstände eingeführt werden, die sich positiv auf die Stellung der Bietergemeinschaft im Wettbewerb auswirken.⁹⁶ Weder die nationalen noch die europäischen Vergabevorschriften sehen diesbezüglich konkrete Regelungen vor. Zwar führt der Europäische Gerichtshof aus, dass die europäischen Vergaberegulungen einer nationalen Regelung nicht entgegen stehen, die es untersagt, die Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft nach Abgabe der Angebote zu ändern.⁹⁷ Jedoch stellt der Europäische Gerichtshof zudem klar, dass es den Mitgliedstaaten obliegt, entsprechende Regelungen aufzustellen, wie mit Veränderungen in der Zusammen-

⁸⁸ Der Auftraggeber kann nicht auf interne, ihm nicht bekannte Haftungsverteilungen verwiesen werden, vgl. dazu nur VK Arnsberg, B.v. 19.10.2011 - VK 11/11 Rn. 175 (zitiert nach Juris).

⁸⁹ VK Arnsberg, B.v. 19.10.2011 - VK 11/11 Rn. 218 (zitiert nach Juris).

⁹⁰ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 21; *Dreher*, NZBau 2005, 427 (432) m.w.N.; *Lux*, Bietergemeinschaft, S. 62 ff., 85 ff. m.w.N.; *Ohrtmann*, VergabeR 2008, 426 (434); *Opitz*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 16 VOB/A Rn. 242.

⁹¹ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 21; *Dreher*, NZBau 2005, 427 (432) m.w.N.; *Lux*, NZBau 2012, 680 (681); *Ohrtmann*, VergabeR 2008, 426 (434); *Opitz*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 16 VOB/A Rn. 242.

⁹² *Lux*, Bietergemeinschaft, S. 93 ff. m.w.N.; *ders.*, NZBau 2012, 680 (681).

⁹³ Siehe dazu nur die Rechtsprechungsübersicht bei *Lux*, Bietergemeinschaft, S. 94 ff.

⁹⁴ OLG Düsseldorf, B.v. 16.11.2005 - VII-Verg 56/05 Rn. 17 (zitiert nach Juris).

⁹⁵ OLG Düsseldorf, B.v. 26.1.2005 - VII-Verg 45/04 Rn. 15, 26 f. (zitiert nach Juris); *Prieß/Gabriel*, WuW 2006, 385 (389 f.); *Roth*, NZBau 2005, 316 (317 f.) m.w.N.

⁹⁶ In dieselbe Richtung tendierend VK Arnsberg, B.v. 22.4.2005 - VK 03/05, II. 2.1., S. 5.

⁹⁷ EuGH, U.v. 23.1.2003 - C-57/01 Leitsatz 1, Rn. 60 ff., 63 (zitiert nach Juris).

setzung der Bietergemeinschaften umzugehen ist.⁹⁸ Daraus folgt gerade nicht zwingend, dass jede Änderung der Zusammensetzung als Ausschlussgrund anzusehen ist. Entscheidend ist stattdessen, ob der Bestandswechsel eine wesentliche Vertragsänderung darstellt, die erneut den Tatbestand der Vergabe eines öffentlichen Auftrages erfüllt.⁹⁹ Dies ist erst dann der Fall, wenn sich die rechtliche Identität des Bieters ändert.¹⁰⁰ Des Weiteren entspricht es eher dem Wettbewerbsprinzip des § 97 Abs. 1 GWB, die Zahl der Wettbewerber nicht vorschnell zu reduzieren.¹⁰¹

b. Insolvenzbedingter Bestandswechsel

Gleiches gilt für den Fall des insolvenzbedingten Ausscheidens eines Bietergemeinschaftsmitgliedes. Die Wettbewerbslage der übrigen Bieter wird nicht verschlechtert, wenn sich die Bietergemeinschaft aufgrund der Insolvenz eines Mitgliedes verkleinert, da sich deren Potenz dadurch nicht erhöht.¹⁰² Sofern die Insolvenz oder die Kündigung nicht zur Auflösung der Bietergemeinschaft und zu einem Wechsel der rechtlichen Identität führt, muss der Auftraggeber die Eignung der Bietergemeinschaft erneut prüfen.¹⁰³ Ein anderes Vorgehen wäre widersprüchlich und diskriminierend. Einerseits enthalten die Vergabevorschriften keine Regelung darüber, wie mit Bietergemeinschaften zu verfahren ist, wenn über das Vermögen eines an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmens das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Andererseits führt die Insolvenz eines Einzelbieters im laufenden Vergabeverfahren nicht zwingend zu dessen Ausschluss¹⁰⁴, sondern nur dazu, dass dessen Eignung erneut zu prüfen ist. Hätte die Insolvenz eines Mitgliedes der Bietergemeinschaft deren zwingenden Ausschluss zur Folge¹⁰⁵, würde die Bietergemeinschaft gegenüber dem Einzelbieter schlechter gestellt werden.¹⁰⁶ Dies würde auch die mittelständischen Interessen unberücksichtigt lassen und die Möglichkeiten, sich zu Bietergemeinschaften zusammenzuschließen, über Gebühr einschränken.¹⁰⁷ Somit liegt ein vergaberechtlich relevanter Bestandswechsel – ob insolvenzbedingt oder nicht –, der zum Ausschluss führen kann, nur dann vor, wenn sich

⁹⁸ EuGH, U.v. 23.1.2003 - C-57/01 Leitsatz 1, Rn. 61 (zitiert nach Juris).

⁹⁹ Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott*, EuGH, v. 13.3.2008 - C-454/06, Celex-Nr. 62006CC0454 (zitiert nach Juris); *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 6 VOB/A Rn. 21.

¹⁰⁰ OLG Celle, B.v. 3.12.2009 - 13 Verg 14/09 m.w.N.; OLG Celle, B.v. 5.9.2007 - 13 Verg 9/07 Rn. 58; jeweils zitiert nach Juris; *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 6 VOB/A Rn. 21 f.; *Heiermann*, *ZfBR* 2007, 759 (765); *Lux*, *Bietergemeinschaft*, S. 112 ff. m.w.N.; *ders.*, *NZBau* 2012, 680 (682); *Ohrtmann*, *VergabeR* 2008, 426 (438).

¹⁰¹ OLG Celle, B.v. 5.9.2007 - 13 Verg 9/07 Rn. 60 f. (zitiert nach Juris).

¹⁰² *Heiermann*, *ZfBR* 2007, 759 (766) m.w.N. A.A. OLG Düsseldorf, B.v. 24.5.2005 - VII-Verg 28/05 Rn. 16 (zitiert nach Juris).

¹⁰³ OLG Celle, B.v. 5.9.2007 - 13 Verg 9/07 Rn. 58; OLG Rostock, B.v. 10.6.2005 - 17 Verg 9/05; VK Lüneburg, B.v. 12.6.2007 - VgK-23/2007; VK Sachsen, B.v. 1.10.2002 - 1/SVK/084-02; jeweils zitiert nach Juris; *Heiermann*, *ZfBR* 2007, 759 (761 ff.); *Kirch/Kues*, *VergabeR* 2008, 32 (33 f., 37 f., 39); *Lux*, *Bietergemeinschaft*, S. 107 ff. m.w.N.; *Ohrtmann*, *VergabeR* 2008, 426 (435 ff.); *Opitz*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 16 VOB/A Rn. 246 m.w.N.; *Roth*, *NZBau* 2005, 316 (318). A.A. VK Nordbayern, B.v. 14.4.2005 - 320.VK-3194-09/05; VK Nordbayern, B.v. 18.9.2003 - 230.VK-3194-31/03; jeweils zitiert nach Juris.

¹⁰⁴ § 124 Abs. 1 Nr. 2 GWB; § 6e Abs. 6 Nr. 2 EU VOB/A.

¹⁰⁵ So u.a. OLG Düsseldorf, B.v. 24.5.2005 - VII-Verg 28/05, *NZBau* 2005, 710.

¹⁰⁶ *Kirch/Kues*, *VergabeR* 2008, 32 (37 f.); *Ohrtmann*, *VergabeR* 2008, 426 (436 f.).

¹⁰⁷ OLG Celle, B.v. 5.9.2007 - 13 Verg 9/07 Rn. 62 (zitiert nach Juris). *Kirch/Kues*, *VergabeR* 2008, 32 (37).

durch den Austritt eines Mitgliedes, das Hinzutreten eines Mitgliedes oder den Austausch eines Mitgliedes die rechtliche Identität der Bietergemeinschaft ändert.¹⁰⁸

c. Auswirkungen des Bestandswechsels auf die Eignung der Bietergemeinschaft

Von anderer Natur ist die Frage, ob der Bestandswechsel – wenn er zwar keine Auswirkung auf die rechtliche Identität hat – Folgen für die Eignung der Bietergemeinschaft haben kann. Insofern gründen sich Bietergemeinschaften, um ihre Kapazitäten zu bündeln. Daher kommt es hinsichtlich der Fachkunde und der Leistungsfähigkeit auf die insgesamt der Bietergemeinschaft zur Verfügung stehenden Kapazitäten an.¹⁰⁹ Die Zuverlässigkeit muss hingegen jedes einzelne Mitglied nachweisen, mit der Konsequenz, dass die Unzuverlässigkeit eines Mitgliedes, die der gesamten Bietergemeinschaft zur Folge hat.¹¹⁰ Da das Ausscheiden eines Mitgliedes Auswirkung auf die Eignung der Bietergemeinschaft haben kann, muss die Bietergemeinschaft der Vergabestelle eine Bestandsänderung unverzüglich anzeigen, damit der Auftraggeber erneut prüfen kann, ob die Änderung zum Ausschluss mangels Eignung führt.¹¹¹ Entscheidend ist hierbei, welche Art des Vergabeverfahrens vorliegt und in welchem Stadium der Bestandswechsel erfolgt. Liegt ein Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb vor und ändert sich der Bestand zwischen Ablauf der Teilnahmefrist und vor Ablauf der Angebotsfrist, ist die Bietergemeinschaft wegen Umgehung der Eignungsprüfung und der Aushöhlung des Teilnahmewettbewerbs auszuschließen, wenn sich an der Bietergemeinschaft ein Unternehmen beteiligt, dass aufgrund mangelnder Eignung bereits ausgeschlossen wurde oder sich am Teilnahmewettbewerb nicht beteiligt hat.¹¹² Die Vergabestelle darf nicht erneut in die Eignungsprüfung eintreten. Dies würde die im Teilnahmewettbewerb bereits erfolgreichen Bieter benachteiligen, da sie ein Recht darauf haben, im weiteren Verfahren nur mit den Konkurrenten in den weiteren Wettbewerb zu treten, die den Teilnahmewettbewerb erfolgreich durchlaufen haben.¹¹³ Dies folgt zudem aus dem Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz.¹¹⁴ Gleiches gilt für alle anderen Verfahrensarten, wenn nach Ablauf der Angebotsfrist ein bereits als ungeeignet befundenes Unternehmen Mitglied der Bietergemeinschaft wird.

¹⁰⁸ *Lux*, Bietergemeinschaft, S. 165, der allerdings bei Fortbestand der rechtlichen Identität nicht von einem Bestandswechsel spricht.

¹⁰⁹ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 22; *Lux*, Bietergemeinschaft, S. 132 m.w.N.; *Ohrtmann*, VergabeR 2008, 426 (439); *Roth*, NZBau 2005, 316 (317); OLG Düsseldorf, B.v. 31.7.2007 - VII-Verg 25/07 Rn. 16; OLG Sachsen-Anhalt, B.v. 30.4.2007 - 1 Verg 1/07 Rn. 34 ff.; VK Niedersachsen, B.v. 10.7.2012 - VgK-21/2012 m.w.N. Rn. 51 f.; jewls. zitiert nach Juris.

¹¹⁰ OLG Sachsen-Anhalt, B.v. 30.4.2007 - 1 Verg 1/07 Rn. 34; VK Niedersachsen, B.v. 10.7.2012 - VgK-21/2012 Rn. 59 m.w.N.; VK Bund, B.v. 28.5.2010 - VK 2 47/10 Rn. 110; jewls. zitiert nach Juris; *Hänsel*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 5; *Lux*, Bietergemeinschaft, S. 132 ff. m.w.N.; *Ohrtmann*, VergabeR 2008, 426 (439) m.w.N.

¹¹¹ *Lux*, NZBau 2012, 680 (682); *Ohrtmann*, VergabeR 2008, 426 (437 f.); *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 48 m.w.N.

¹¹² *Dreher*, NZBau 2005, 427 (432); *Kirch/Kues*, VergabeR 2008, 32 (39); *Ohrtmann*, VergabeR 2008, 426 (439); *Opitz*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 13 VOB/A Rn. 243; *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 48.

¹¹³ *Opitz*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 13 VOB/A Rn. 243; *Roth*, NZBau 2005, 316 (317).

¹¹⁴ OLG Celle, B.v. 5.9.2007 - 13 Verg 9/07 Rn. 60 (zitiert nach Juris); *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 22; *Lux*, NZBau 2012, 680 (682); *Ohrtmann*, VergabeR 2008, 426 (439); *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 48.

3. Mehrfachbeteiligung

Eine Mehrfachbeteiligung liegt vor, wenn sich ein Unternehmen mehrfach am Vergabeverfahren beteiligt und als Einzelbieter und als Mitglied der Bietergemeinschaft Angebote einreicht.¹¹⁵ Bewerben sich der Einzelbieter und die Bietergemeinschaft für unterschiedliche Leistungen, ist die Mehrfachbeteiligung mangels Identität des Leistungsgegenstandes unbedenklich.¹¹⁶ Reichen sie für ein und dieselbe Leistung jeweils ein Angebot ein, kann der Grundsatz des Geheimwettbewerbs verletzt sein.¹¹⁷ Die frühere Rechtsprechung hielt es in diesem Fall für zulässig, dass der Auftraggeber alle betroffenen Bieter ohne Anhörung und nähere Sachverhaltsaufklärung vom Vergabeverfahren wegen wettbewerbswidriger Absprachen ausschloss.¹¹⁸ Der Europäische Gerichtshof setzte diesem Vorgehen – zumindest für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte – hingegen Grenzen.¹¹⁹ Demgemäß laufe eine nationale Vorschrift, die im Fall der Mehrfachbeteiligung den automatischen Ausschluss vorschreibe ohne die Möglichkeit einzuräumen, nachzuweisen, dass die Angebote unabhängig voneinander erstellt wurden, dem Unionsinteresse, eine Beteiligung möglichst vieler Bieter am Ausschreibungsverfahren sicherzustellen, zuwider und verstoße gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.¹²⁰ Der hinter dieser Entscheidung stehende Rechtsgedanke kann unter Heranziehung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs zur Konzernverbundenheit auch auf den Bereich oberhalb der Schwellenwerte übertragen werden.¹²¹ Danach muss den konzernverbundenen Unternehmen die Möglichkeit gegeben werden, nachzuweisen, dass trotz der Verbundenheit keine tatsächliche Gefahr besteht, dass es zu einer Praxis kommt, die geeignet ist, die Transparenz zu beeinträchtigen und den Wettbewerb zwischen den Bietern zu verfälschen.¹²² Einen Ausschluss rechtfertigt nur die Feststellung eines wie auch immer gearteten Einflusses auf die Angebotserstellung; nicht aber die Feststellung der Vergabestelle, dass zwischen den Unternehmen durch Eigentum oder Anzahl der Stimmrechte ein Abhängigkeitsverhältnis besteht.¹²³

Bei einer Mehrfachbeteiligung für dieselbe Leistung besteht ein Indiz für ein wettbewerbswidriges Verhalten, dem die Vergabestelle nachgehen muss, indem sie den betroffenen Bietern

¹¹⁵ *Gabriel*, NZBau 2010, 225; *Lux*, Bietergemeinschaft, S. 141 ff. m.w.N.; *Ohrtmann*, VergabeR 2008, 426 (432); *Prieß/Gabriel*, WuW 2006, 385 (390) m.w.N.

¹¹⁶ OLG Düsseldorf, B.v. 16.9.2003 - VII-Verg 52/03 Rn. 8 ff. (zitiert nach *Juris*); *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 24 m.w.N.; *Gabriel*, NZBau 2010, 225 (226) m.w.N.; *Ohrtmann*, VergabeR 2008, 426 (432 f.); *Vavra*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 16 VOB/A Rn. 15; *Verfürth*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 16 VOL/A Rn. 144 m.w.N.

¹¹⁷ OLG Naumburg, B.v. 30.7.2004 - 1 Verg 10/04 Rn. 17; OLG Düsseldorf, B.v. 16.9.2003 - VII-Verg 52/03 Rn. 8 ff.; jewls. zitiert nach *Juris*; *Ehrig*, VergabeR 2010, 11 ff. m.w.N.; *Gabriel*, NZBau 2010, 225 (226 f.); *Ohrtmann*, VergabeR 2008, 426 (432); *Verfürth*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 16 VOL/A Rn. 143.

¹¹⁸ OLG Düsseldorf, B.v. 27.7.2006 - VII-Verg 23/06 Rn. 47; OLG Düsseldorf, B.v. 13.9.2004 - VI-W (Kart) 24/04, Rn. 11; OLG Düsseldorf, B.v. 16.9.2003 - VII-Verg 52/03 Rn. 9 ff.; jewls. zitiert nach *Juris*. Siehe zur möglichen Ausnahme nur OLG Düsseldorf, B.v. 28.5.2003 - Verg 8/03 Rn. 18 f. (zitiert nach *Juris*)

¹¹⁹ EuGH, U.v. 23.12.2009 - C-376/08 (zitiert nach *Juris*). Siehe allgemein dazu *Hölzl*, NZBau 2009, 751 (752 f.); *Dicks*, VergabeR 2013, 1 (10 f.).

¹²⁰ A.A. und immer noch die alte Rechtsprechungslinie verfolgend, *Ehrig*, VergabeR 2010, S. 11 (12); *Verfürth*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 19 EG VOL/A Rn. 149.

¹²¹ So auch *Vavra*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 16 VOB/A Rn. 15.

¹²² EuGH, U.v. 19.5.2009 - C-538/07 Rn. 32 (zitiert nach *Juris*).

¹²³ EuGH, U.v. 19.5.2009 - C-538/07 Rn. 32; OLG Düsseldorf, B.v. 11.5.2011 - VII-Verg 8/11 Rn. 45; jewls. zitiert nach *Juris*.

die Möglichkeit einräumt, den Gegenbeweis zu erbringen. Geht man von einer Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast aus, müssen die betroffenen Unternehmen nachweisen, dass sie ihre Angebote in Unkenntnis des Konkurrenzangebotes bzw. völlig unabhängig voneinander erstellt haben.¹²⁴ Ein Ausschluss ist demnach auch nur dann gerechtfertigt, wenn ein tatsächlicher Wettbewerbsverstoß vorliegt. Lediglich bei einem solchen Vorgehen sind die Bietergemeinschaften vom „Damoklesschwert eines ‚vorwarnungslosen‘ Angebotsausschlusses“¹²⁵ befreit. Dies kommt nicht zuletzt auch den mittelständischen Unternehmen zugute.

4. Einzelantragsbefugnis

Darüber hinaus ist die Bietergemeinschaft als solche Teilnehmerin am Vergabeverfahren, sodass die Bietergemeinschaft vertreten durch das bevollmächtigte federführende Unternehmen grundsätzlich im Rüge- und Nachprüfungsverfahren antragsbefugt ist und nicht die einzelnen Mitglieder.¹²⁶ Denn § 160 Abs. 2 GWB¹²⁷ setzt eine Deckungsgleichheit zwischen dem Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat, und dem Unternehmen, das den Nachprüfungsantrag stellt, voraus.¹²⁸ Eine solche liegt streng genommen nur in Bezug auf die Bietergemeinschaft vor, nicht aber in Bezug auf jedes einzelne Mitglied, da dieses kein eigenes Angebot abgegeben hat.¹²⁹ Ebenso entschied der Europäische Gerichtshof, dass eine nationale Regelung, wonach der Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens nur von der Bietergemeinschaft eingereicht werden kann, nicht aber von einem einzelnen Mitglied, mit den europäischen Vergaberegulungen vereinbar sei.¹³⁰ Zwar gibt es hiervon unter Heranziehung des Instituts der gewillkürten Prozessstandschaft Ausnahmen.¹³¹ Allerdings ist hierfür unter anderem Voraussetzung, dass die Entscheidung auch Auswirkung auf die Rechtsstellung des antragsstellenden Mitgliedes in Bezug auf die Bietergemeinschaft hat und dieses Mitglied von den übrigen Bietergemeinschaftsmitgliedern zur Stellung des

¹²⁴ *Vavra*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), *VergR*, § 16 VOB/A Rn. 15. Die Unternehmen sollten daher darlegen und nachweisen können, dass sie Vorkehrungen getroffen haben, um den Geheimwettbewerb zu gewährleisten. Siehe zu den Möglichkeiten nur *Dicks*, *VergabeR* 2013, 1 (12); *Hölzl*, *NZBau* 2009, 751 (754).

¹²⁵ *Gabriel*, *NZBau* 2010, 225 (226).

¹²⁶ OLG München, B.v. 14.1.2015 - *Verg 15/14 Rn. 21 m.w.N.*; OLG Karlsruhe, B.v. 15.10.2008 - *15 Verg 9/08*; jewls. zitiert nach *Juris*; *Dicks*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), *VergR*, § 107 GWB Rn. 10 m.w.N.; *Dreher*, in: *Immennga/Mestmäcker* (Hrsg.), *GWB*, § 107 GWB Rn. 11 m.w.N.; *Kirch*, in: *Hattig/Maibaum* (Hrsg.), *KartellVergR*, § 107 GWB Rn. 18; *Lux*, *Bietergemeinschaft*, S. 149 ff., 154 ff. m.w.N.; *Ohrtmann*, *VergabeR* 2008, 426 (427, 441 ff.) m.w.N.

¹²⁷ Bzw. § 107 Abs. 2 S. 1 GWB a.F.

¹²⁸ OLG Düsseldorf, B.v. 21.12.2004 - *Verg 101/04*.

¹²⁹ OLG München, B.v. 14.1.2015 - *Verg 15/14 Rn. 21 m.w.N.*; OLG Düsseldorf, B.v. 18.11.2009 - *VII-Verg 19/09 Rn. 40*; OLG Düsseldorf, B.v. 3.1.2005 - *Verg 82/04 Rn. 4 f.*; OLG Düsseldorf, B.v. 20.12.2004 - *Verg 101/04*, *Leitsatz 1*; *VK Berlin*, B.v. 15.11.2010 - *VK-B-2-25/10 Rn. 16*; jewls. zitiert nach *Juris*; *Prieß/Gabriel*, *WuW* 2006, 385 (392) m.w.N. A.A. OLG Rostock, B.v. 10.10.2003 - *1 Verg 2/03* (zitiert nach *Juris*); *Reidt*, in: *ders./Stickler u.a.* (Hrsg.), *VergR*, § 107 GWB Rn. 23.

¹³⁰ EuGH, U.v. 4.10.2007, Rs. C-492/06; EuGH, U.v. 8.9.2005, Rs. C-129/04; jewls. zitiert nach *Juris*.

¹³¹ OLG München, B.v. 14.1.2015 - *Verg 15/14 Rn. 21 f. m.w.N.*; OLG Dresden, B.v. 23.7.2013 - *Verg 4/13*; OLG Düsseldorf, B.v. 18.11.2009 - *VII-Verg 19/09*; OLG Frankfurt a.M., B.v. 23.1.2007 - *11 Verg 11/06*; jewls. zitiert nach *Juris*; *Lux*, *Bietergemeinschaft*, S. 156 ff. m.w.N.; *Möllenkamp*, in: *Kulartz/Kus u.a.* (Hrsg.), *GWB*, § 160 GWB Rn. 34; *Ohrtmann*, *VergabeR* 2008, 426 (442) m.w.N.

Nachprüfungsantrages ermächtigt wurde.¹³² Ist dies nicht der Fall, resultiert daraus die fehlende Möglichkeit des Einzelmitgliedes, einen Nachprüfungsantrag zu stellen.

V. Verhältnis zu anderen mittelstandsfreundlichen Instrumenten, insbesondere zur Losaufteilung

Die Forderung des § 97 Abs. 4 GWB erschöpft sich nicht in der in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB verankerten Losaufteilungspflicht.¹³³ Die Losaufteilung soll die Bieter in die Lage versetzen, sich eigenständig am Vergabeverfahren zu beteiligen. Aufgrund der verselbständigten Pflicht zur Losaufteilung kann sich der Auftraggeber hingegen – anders als unter Geltung der Altfassung¹³⁴ – nicht mehr darauf berufen, den mittelständischen Interessen in anderer Weise entsprochen zu haben. Daher muss der Auftraggeber neben der Losaufteilung weitere Möglichkeiten erwägen¹³⁵, sodass er zusätzlich überlegen muss, ob er z.B. Bietergemeinschaften zulässt. In den Fällen, in denen ausnahmsweise keine Losaufteilung oder eine Auftragsbündelung erfolgt, sind als Ausgleich zumindest Bietergemeinschaften zuzulassen. Andernfalls bleibt vom Förderauftrag der Mittelstandsförderung nichts mehr übrig.

VI. Zusammenfassung

Die Zulassung von Bietergemeinschaften stellt eine Maßnahme der mittelstandsgerechten Auftragsvergabe dar. Da der Zusammenschluss mittelständische Unternehmen mitunter erst in die Lage versetzt, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen, ist es nicht gerechtfertigt, jede Bietergemeinschaft unter das Damoklesschwert ihrer Kartellrechtswidrigkeit zu stellen. Insofern sind die Rechtsprechungstendenzen, wonach Zusammenschlüsse grundsätzlich kartellrechtswidrig sind und nur dann wettbewerbsunschädlich sind, wenn objektive und subjektive Kriterien den Zusammenschluss kumulativ rechtfertigen, abzulehnen. Sie verkehren das bestehende Regel-Ausnahme-Verhältnis ins Gegenteil, unterlassen die für die Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit erforderliche Marktanalyse und führen eine verschärfte zweistufige Zulässigkeitsprüfung ein, die nicht praxisgerecht und mitunter redundant ist. Bei konsequenter Anwendung der verschärften zweistufigen Zulässigkeitsprüfung, können sich Bietergemeinschaften, an denen mindestens ein Unternehmen beteiligt ist, das den Auftrag allein erfüllen könnte, bei dem aber durchaus subjektive Gründe vorliegen, wonach der Zusammenschluss dennoch kaufmännisch vernünftig und wirtschaftlich zweckmäßig wäre, nicht vom Verdacht der Kartellrechtswidrigkeit exkulpiert und müssten vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Aufgrund dessen ist es zu begrüßen, dass die Gerichte bei der Beurteilung der Frage der Kartellrechtswidrigkeit nunmehr die Differenzierung in objektive und subjektive Gründe aufgegeben und klargestellt haben, dass eine Verabredung zu einer Bietergemeinschaft aus objektiven oder subjektiven Gründen kartellrechtlich unbedenklich sein kann.

¹³² OLG München, B.v. 14.1.2015 - Verg 15/14 Rn. 21 f. m.w.N.; OLG Düsseldorf, B.v. 30.3.2005 - VII-Verg 101/04; jewls. zitiert nach Juris. Ein nur intern gebliebenes Einverständnis genügt nicht, OLG München, B.v. 14.1.2015 - Verg 15/14 Rn. 27; OLG Dresden, B.v. 23.7.2013 - Verg 4/13 Rn. 18; jewls zitiert nach Juris.

¹³³ Ziekow, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 55; ders., GewArch 59 (2013), 417 (418) jewls. m.w.N.

¹³⁴ Siehe dazu nur OLG Schleswig, B.v. 14.8.2000 - 6 Verg 2/00 Rn. 14 m.w.N. (zitiert nach Juris).

¹³⁵ Antweiler, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 41 a.E.; Ziekow, GewArch 59 (2013), 417 (418); ders., in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 55.

Für Zusammenschlüsse mittelständischer Unternehmen ohne zwischenstaatlichen Bezug sieht § 3 GWB eine unmittelbar geltende gesetzliche Ausnahme vom Kartellverbot vor. Unter europarechtlichem Blickwinkel ist der Zusammenschluss mittelständischer Unternehmen unter Heranziehung des Art. 179 AEUV ebenso zulässig. Ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV liegt erst dann vor, wenn es aufgrund des Zusammenschlusses zu einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung kommt. Wann dies der Fall sein kann, ist in der Bagatellbekanntmachung der Kommission aufgeführt. Ebenso wenig begegnet die Zulassung von Bietergemeinschaften und dessen Gleichstellung mit Einzelbieter verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Gründung und ein Wechsel in der Zusammensetzung der Bietergemeinschaft ist bis zum Ablauf der Bewerbungs- bzw. Angebotsfrist zulässig. Nach Ablauf dieser Frist, muss der Auftraggeber bei einem – ob insolvenzbedingt oder nicht – vergaberechtlich relevanten Bestandswechsel der Bietergemeinschaftsmitglieder, der nicht zur Änderung der rechtlichen Identität der Bietergemeinschaft führt, die Eignung der Bietergemeinschaft erneut prüfen, sofern sich an der Bietergemeinschaft nicht ein Unternehmen beteiligt, das bereits als ungeeignet befunden wurde oder den Teilnahmewettbewerb nicht absolviert hat.

Die Unternehmen können sich sowohl als Einzelbieter als auch als Mitglied der Bietergemeinschaft am selben Vergabeverfahren beteiligen. Jedoch ist ein Ausschluss wegen einer möglichen Verletzung des Geheimwettbewerbs nur zulässig und verhältnismäßig, wenn ein tatsächlicher Wettbewerbsverstoß in der Form vorliegt, dass die Angebote in Kenntnis der Konkurrenzangebote abgegeben und nicht unabhängig voneinander erstellt wurden. Demnach muss die Vergabestelle den betroffenen Bietern die Möglichkeit einräumen, den Gegenbeweis zu erbringen. Da die Bietergemeinschaft als solche Teilnehmerin am Vergabeverfahren ist, ist grundsätzlich nur sie, nicht aber das einzelne Mitglied im Rüge- und Nachprüfungsverfahren antragsbefugt. Ein weiterer Problempunkt der Bietergemeinschaft ist die gesamtschuldnerische Haftung, da sich die Ansprüche des Auftraggebers gegen jedes Mitglied der Bietergemeinschaft in voller Höhe richten.

Die Pflicht zur Losaufteilung und die Möglichkeit der Zulassung von Bietergemeinschaften stehen in keinem Alternativverhältnis. Erfolgt ausnahmsweise keine Losaufteilung oder eine Auftragsbündelung, muss der Auftraggeber zumindest Bietergemeinschaften zulassen, um dem Förderauftrag der Mittelstandsförderung gerecht zu werden.

§ 13 Eignungsprüfung und Nachweispflichten

Da der Zuschlag nur an einen Wirtschaftsteilnehmer erteilt werden, der geeignet ist und bei dem kein Ausschlussgrund vorliegt¹, müssen die Wirtschaftsteilnehmer gem. Art. 57 f. RL 2014/24/EU ihre Eignung in Bezug auf ihre Zuverlässigkeit, ihre berufliche Befähigung, ihre wirtschaftliche und finanzielle sowie technische und berufliche Leistungsfähigkeit nachweisen.² In diesem Zusammenhang haben die Eignungsvorschriften für die Wirtschaftsteilnehmer erhebliche Bedeutung: Der Ausschluss aufgrund mangelnder oder nicht nachgewiesener Eignung bedeutet für die Wirtschaftsteilnehmer das Ende des Vergabeverfahrens. Eines der Haupthindernisse für die Beteiligung mittelständischer Unternehmen an öffentlichen Vergabeverfahren ist der Verwaltungsaufwand im Zusammenhang mit der Beibringung einer Vielzahl von Bescheinigungen oder anderen Dokumenten, die die Ausschluss- und Eignungskriterien betreffen.³ Weil die Eignung für jedes Vergabeverfahren gesondert durch entsprechende Nachweise zu belegen ist, haben die Wirtschaftsteilnehmer und die Auftraggeber einen enormen bürokratischen Aufwand zu bewältigen.⁴ Eine im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie im Jahr 2003 erstellte Studie kam zu dem Ergebnis, dass die Unternehmen im Durchschnitt 150 - 250 Euro für die Eignungsnachweise pro Angebot aufbringen müssen.⁵ Laut den Schätzungen in der Gesetzesbegründung zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016 können durch eine Umstellung auf eine ausschließlich elektronische Übermittlung der Eignungsnachweise Bürokratiekosten in Höhe von circa 210 Mio. Euro eingespart werden. Ebenso kann dadurch der zeitliche Aufwand verringert werden.⁶ Anliegen dieses Abschnittes ist daher aufzuzeigen, welche Möglichkeiten bestehen, den mittelständischen Unternehmen unter die Arme zu greifen.

I. Die einzelnen Eignungskriterien

Bei der Eignung handelt sich um eine bewerber- und bieterbezogene Eigenschaft⁷, die in den Richtlinien auftragsbezogen ausgestaltet ist⁸. Die Eignungsprüfung dient zur Überprüfung der persönlichen und der sachlichen Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Auftragsausführung. Hierfür stellt der Auftraggeber Eignungskriterien auf, die die Wirtschaftsteilnehmer erfüllen müssen. Im Rahmen der Eignungsprüfung hat der Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum, der im Nachprüfungsverfahren nur eingeschränkt überprüft werden kann.⁹ Zum einen spielen persönliche Gründe bzw. die Zuverlässigkeit¹⁰ der Wirtschaftsteilnehmer

¹ Vgl. nur § 122 Abs. 1 GWB.

² Vgl. auch § 122 GWB.

³ Ewgr. 84 RL 2014/24/EU; *Figgen*, *VergabeR* 2009, 320 (323).

⁴ *Weyand*, *VergR*, § 6 VOB/A Rn. 89.

⁵ Die Kosten des Auftraggebers für die Eignungsprüfung belaufen sich durchschnittlich auf 30€ pro Angebot, BearingPoint GmbH, *Präqualifikation*, S. 13. Vgl. dazu auch die Aufschlüsselung in der Gesetzesbegründung zum VergRModG 2016, BTDrucks. 18/6281, S. 59.

⁶ BTDrucks. 18/6281, S. 4, 58, 144.

⁷ *Summa*, in: Heiermann/Blaufuß u.a. (Hrsg.), *JurisPK VergR*, § 97 GWB Rn. 121.

⁸ *Fischer*, *EuZW* 2004, 492 (493).

⁹ OLG München, B.v. 5.11.2009 - Verg 13/09 Rn. 69 (zitiert nach *Juris*). *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 6 VOB/A Rn. 41; *Glahs*, in: Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), *VOB*, § 6 VOB/A Rn. 92 m.w.N.

¹⁰ Bei der Modernisierung der deutschen Vergaberegulungen 2016 orientiert sich § 122 Abs. 1 GWB an den Vorgaben des Art. 58 Abs. 1 RL 2014/24/EU. Daher wurden die noch in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB a.F. anzutreffenden Begriffspaare der Gesetzestreue und der Zuverlässigkeit, die sich so in den Richtlinien nicht wiederfinden,

eine Rolle. Die Zuverlässigkeit ist gegeben, wenn der Wirtschaftsteilnehmer seinen gesetzlichen Verpflichtungen nachgekommen ist und eine sorgfältige und einwandfreie Ausführung nach den technischen und rechtlichen Normen zu erwarten ist – d.h. keine Ausschlussgründe vorliegen.¹¹ Zum anderen überprüft der Auftraggeber die Wirtschaftsteilnehmer im Hinblick auf ihre Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, ihre wirtschaftliche und finanzielle sowie ihre technische und berufliche Leistungsfähigkeit (auch Fachkunde genannt).¹² Im Rahmen der Fachkunde muss der Wirtschaftsteilnehmer die erforderlichen technischen Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten für die Vorbereitung und Ausführung der konkret infrage stehenden Leistung nachweisen.¹³ Die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit liegt vor, wenn der Wirtschaftsteilnehmer in fachlicher, technischer, personeller, wirtschaftlicher und finanzieller Hinsicht über die zur ordnungsgemäßen, fach- und fristgerechten Auftragsdurchführung erforderlichen Mittel verfügt.¹⁴ Das Ergebnis der Eignungsprüfung kann nur geeignet oder nicht geeignet lauten; ein „Mehr“ an Eignung ist nicht möglich und grundsätzlich auch kein zulässiges Zuschlagskriterium.¹⁵ Eine Ausnahme besteht allerdings im Rahmen des Art. 67 Abs. 2 lit. b) RL 2014/24/EU, wonach die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des bei der Durchführung des betreffenden Auftrages eingesetzten Personals im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes berücksichtigt werden können, wenn dieses erheblichen Einfluss auf die Qualität bzw. das Niveau der Auftragsdurchführung hat.¹⁶ Demnach können auch bestimmte eigentlich eignungsbezogene Kriterien als Zuschlagskriterien ausgestaltet werden.¹⁷ Jedoch darf es insoweit nicht zu einer Doppelberücksichtigung von Kriterien im Rahmen der Eignung und im Rahmen des Zuschlags kommen.

aufgegeben. Sie gehen fortan in den in den §§ 123, 124 und 128 Abs. 1 GWB geregelten fakultativen und obligatorischen Ausschlussgründen auf, vgl. BTDrucks. 18/6281, S. 100 f.

¹¹ *Dreher/Hoffmann*, NZBau 2008, 545 (548) m.w.N.; *Glabs*, in: Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB, § 6 VOB/A Rn. 103 ff.; *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 VOB/A Rn. 98 ff.; *dies.*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 7 EG VOL/A Rn. 15 ff. m.w.N.; *Müller-Wrede*, Anforderungen, in: ders. (Hrsg.), Kompendium, Kap. 20 Rn. 22 m.w.N.; *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 46 m.w.N.; *Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 98. Siehe zu möglichen Ausschlussgründen Art. 57 RL 2014/24/EU.

¹² § 122 Abs. 2 GWB.

¹³ *Dreher/Hoffmann*, NZBau 2008, 545 (546) m.w.N.; *Glabs*, in: Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB, § 6 VOB/A Rn. 99; *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 VOB/A Rn. 91; *dies.*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 7 EG VOL/A Rn. 8 ff.; *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 44 m.w.N.

¹⁴ *Dreher/Hoffmann*, NZBau 2008, 545 (547) m.w.N.; *Glabs*, in: Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB, § 6 VOB/A Rn. 100 ff.; *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 VOB/A Rn. 94 ff. m.w.N.; *dies.*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 7 EG VOL/A Rn. 11 ff. m.w.N.; *Müller-Wrede*, Anforderungen, in: ders. (Hrsg.), Kompendium, Kap. 20 Rn. 22 m.w.N.; *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 45 m.w.N.; *Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 98.

¹⁵ BGH, U.v. 8.9.1998 - X ZR 109/96, BGHZ 139, 273 (276); OLG Karlsruhe, B.v. 21.12.2012 - 15 Verg 10/12, NZBau 2013, 528 (532); OLG München, B.v. 10.2.2011 - Verg 24/10, NZBau 2011, 507 (512); *Conrad*, DVBl 2014, 958 (959) m.w.N.; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 106 m.w.N.; *Figgen*, VergabeR 2009, 320 (325); *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Kus u.a. (Hrsg.), GWB, § 122 GWB Rn. 5 f.; BTDrucks. 18/6281, S. 111.

¹⁶ Siehe zu den einzelnen Voraussetzungen *Conrad*, DVBl 2014, 958 (961 f.) m.w.N. Siehe zur Umsetzung in nationales Recht, wonach diese bereits für die Vergabe von nachrangigen Dienstleistungen (§§ 4 Abs. 2 S. 2-4; 5 Abs. 1 S. 2-4 VgV a.F.) bestehende Möglichkeit auf alle Vergabearten erweitert wurde nur § 58 Abs. 2 Nr. 2, § 65 Abs. 3 VgV; § 52 Abs. 2 Nr. 2 SektVO; § 16d Abs. 2 Nr. 2 lit. b) EU VOB/A.

¹⁷ *Conrad*, DVBl 2014, 958 (961 ff.) m.w.N.

II. Nachweis(wut)

Der Auftraggeber hat bezüglich der Eignung eine Prüfungspflicht, mit der eine entsprechende Nachweispflicht der Wirtschaftsteilnehmer korrespondiert.¹⁸ Da es sich bei den Eignungskriterien um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt, hat der Auftraggeber bei der Bestimmung der konkreten Eignungskriterien einen Beurteilungsspielraum und hinsichtlich des Umfangs der Eignungsnachweise grundsätzlich einen Auswahl- und Entscheidungsspielraum.¹⁹ Andererseits müssen die Eignungskriterien mit dem Auftragsgegenstand im sachlichen Zusammenhang stehen und durch diesen gerechtfertigt sein.²⁰ Die Anforderungen und der Maßstab an die Fachkunde und Leistungsfähigkeit sind somit von der Komplexität und dem Schwierigkeitsgrad der zu vergebenden Leistung abhängig.²¹ Ebenso muss der von den Wirtschaftsteilnehmern zu erbringende Aufwand in einem angemessenen Verhältnis zur ausgeschriebenen Leistung stehen und darf den Bieterwettbewerb nicht unnötig einschränken.²² In der Praxis ist dies aber nicht immer der Fall. Bei den in den Vergabeordnungen genannten Nachweisen handelt es sich nur um Aufzählungen; all diese abzuschöpfen, ist nicht Pflicht des Auftraggebers. Sie stellen nur eine „Entscheidungshilfe“ dafür dar, welche Nachweise bezüglich der Leistungsfähigkeit und Fachkunde zweckmäßig sein können.²³ Dennoch fordern die Auftraggeber stereotypisch alle in den Vergabeordnungen aufgezählten Nachweise ohne sich damit auseinanderzusetzen, ob es verhältnismäßig ist, den Nachweis für den konkret infrage stehenden Auftrag überhaupt anzufordern.²⁴ Leider zeigt auch die Rechtsprechung den Auftraggebern bezüglich der Auswahl der Eignungskriterien und -nachweise keine ernsthaften Grenzen auf, weil die Auswahl im nur im begrenzten Umfang überprüfbar Beurteilungs- und Ermessensspielraum der Auftraggeber liege²⁵, sodass die Eignungsprüfung für mittelständische Unternehmen unter Umständen eine nicht zu überwindende Hürde darstellt und mitunter sogar zum Wettbewerbsausschluss führt²⁶.

¹⁸ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 40; *Bauer*, in: Heiermann/Riedl u.a. (Hrsg.), VOB, § 6 VOB/A Rn. 67, § 6 EG VOB/A Rn. 54; *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 VOB/A Rn. 113; *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 43.

¹⁹ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 41 m.w.N.; *Dreher/Hoffmann*, NZBau 2008, 545 (546) m.w.N.; *Glahs*, in: Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB, § 6 VOB/A Rn. 68; *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 51, m.w.N.; *Willenbruch*, VergabeR 2015, 322 (322) m.w.N.

²⁰ § 122 Abs. 4 S. 1 GWB legt dies nunmehr auch auf gesetzlicher Ebene fest.

²¹ *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 VOB/A Rn. 92; *dies.*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 7 EG VOL/A Rn. 9.

²² VK Niedersachsen, B.v. 18.11.2011 - VgK-50/2011 Rn. 93 ff.; VK Münster, B.v. 12.5.2009 - VK 5/09 Rn. 105 m.w.N.; jewls. zitiert nach *Juris. Hänsel*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 6 EG VOB/A Rn. 22; *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 VOB/A Rn. 104 m.w.N., 107; *dies.*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 7 EG VOL/A Rn. 23 m.w.N.; *Willenbruch*, VergabeR 2015, 322 (323 f.) m.w.N.

²³ Vgl. § 44 ff. VgV: „kann“. Dazu auch *Hänsel*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 7 EG VOL/A Rn. 2 m.w.N.; *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 7 EG VOL/A Rn. 34 m.w.N.

²⁴ *Figgen*, VergabeR 2009, 320 ff.; *Willenbruch*, VergabeR 2015, 322 (322).

²⁵ Siehe dazu nur die Auswertung bei *Figgen*, VergabeR 2009, 320 ff.; *Willenbruch*, VergabeR 2015, 322 (322) m.w.N.

²⁶ *Willenbruch*, VergabeR 2015, 322 (324) m.w.N.

III. Erleichterungsmöglichkeiten

Um die Nachweispflicht zu erleichtern, bestehen verschiedene Möglichkeiten, die die Auftraggeber vor allem im Interesse der mittelständischen Unternehmen ausschöpfen können und sollten.

1. Vorrang der Eigenerklärung

Das Vorliegen der Eignungskriterien kann durch eine Eigenerklärung erbracht werden. Eigenerklärungen haben den Vorteil, dass sie mit weniger Kosten- und Verwaltungsaufwand verbunden sind.²⁷

a. Richtlinien 2014

Die Richtlinien 2014 führten für den Bereich der allgemeinen und der Sektorauftragsvergabe erstmals ausdrücklich die – bereits im nationalen Recht vorhandene²⁸ – Systematik der Eigenerklärung ein und verknüpften diese mit der Idee eines einheitlichen Dokuments²⁹. Gemäß Art. 59 RL 2014/24/EU³⁰ akzeptieren die öffentlichen Auftraggeber für das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen und die Erfüllung der einschlägigen Eignungskriterien eine entsprechende Erklärung in der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung.³¹ Diese soll die vormals von dritter Stelle einzuholenden und vorzulegenden Unterlagen ersetzen.³² Zu diesem Zweck erlässt die Kommission im Wege von Durchführungsakten ein Standardformular.³³ Dadurch sollen gleichzeitig auch sprachliche Barrieren überwunden werden.³⁴ Allerdings handelt es sich bei der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung gem. Art. 59 Abs. 1 RL 2014/24/EU nur um einen vorläufigen Nachweis. Daher muss der Auftraggeber gem. Art. 59 Abs. 4 UAbs. 2 RL 2014/24/EU den Bieter, an den er den Auftrag vergeben will, auffordern, aktualisierte zusätzliche Unterlagen³⁵ beizubringen.³⁶ Erleichterungen hierfür bringt die Richtlinie damit, dass eine Vorlage zusätzlicher Unterlagen dann nicht erforderlich ist, wenn und soweit der Auftraggeber die Bescheinigungen oder die notwendigen Informationen auch direkt über eine gebührenfreie nationale Datenbank in einem Mitgliedstaat erhalten kann

²⁷ VK Bund, B.v. 16.9.2008 - VK 2-97/08 Rn. 109 (zitiert nach Juris). *Hänzel*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), *VergR*, § 6 VOL/A Rn. 6; *Stolz*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), *VergR*, § 5 VOF Rn. 5.

²⁸ Siehe hierzu nur § 6 Abs. 3 Nr. 2 S. 3 VOB/A bzw. EG VOB/A a.F.; § 7 Abs. 1 S. 2 EG VOL/A a.F.; § 5 Abs. 2 S. 1 VOF a.F. Im Bereich der VOL bestand zudem ein Vorrang der Nachweisführung durch Eigenerklärungen, im Bereich der VOF galt dieser nicht absolut, sondern nur für bestimmte Angaben, vgl. dazu § 5 Abs. 2 VOF a.F. Die VOB/A a.F. sah – im Gegensatz zu den Regelungen in der VOL/A und der VOF – zudem die Vorlage entsprechender Bescheinigungen und Nachweise, die die Angaben in den Eigenerklärungen bestätigen, von den Wirtschaftsteilnehmern, die in die engere Wahl kommen, verpflichtend vor.

²⁹ *Mertens/Baumann*, *Eigenerklärung*; *Summa*, NZBau 2012, 729 (733 f.).

³⁰ Gem. Art. 80 Abs. 3 RL 2014/25/EU gelten die Art. 59 - 61 RL 2014/24/EU entsprechend.

³¹ Siehe zum Inhalt der Eigenerklärung auch Art. 59 Abs. 1 RL 2014/24/EU.

³² Anhang 1 zur Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 v. 5.1.2016, ABI EU v. 6.1.2016, Nr. L3/16 (18); *Pauka*, *VergabeR* 2015, 505 (505).

³³ Siehe dazu die Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 v. 5.1.2016, ABI EU v. 6.1.2016, Nr. L 3/16.

³⁴ *Ewgr.* 86 RL 2014/24/EU; *Ewgr.* 4 Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 v. 5.1.2016, ABI EU v. 6.1.2016, Nr. L 3/16.

³⁵ Dies können solche gem. Art. 60 RL 2014/24/EU oder gem. Art. 62 RL 2014/24/EU sein.

³⁶ Siehe zur Kritik an diesem Vorgehen, da der Auftraggeber eine „doppelte“ Eignungsprüfung vornehmen müsse *Pauka*, *VergabeR* 2015, 505 (506).

oder der Auftraggeber bereits im Besitz der Unterlagen ist, weil sie ihm aus früheren Vergabeverfahren vorliegen.³⁷ Um das Verfahren zu vereinheitlichen, stellt die Kommission diesbezüglich ein elektronisches Informationssystem für Bescheinigungen und sonstige Nachweise namens e-Certis³⁸ zur Verfügung, in welchem die Mitgliedstaaten eine vollständige Liste der Datenbanken, die einschlägige Informationen über die Wirtschaftsteilnehmer enthalten, veröffentlichen und aktualisieren.³⁹ Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung ersetzt den ursprünglich vom Europäischen Rat vorgeschlagenen Europäischen Vergabepass und dient folglich als vorläufiges Mittel der Eignungsnachweisführung.

b. Nationale Rechtslage – Bewertung und Umsetzung

Im Hinblick auf die Umsetzung in nationales Recht bestand für die Mitgliedstaaten kein Umsetzungsspielraum, sodass der nationale Gesetz- bzw. Verordnungsgeber die Regelungen in den Vergabeordnungen anpassen musste.

aa. Eigenerklärungen nur in Form der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung?

Gemäß § 48 Abs. 2 VgV fordert der Auftraggeber grundsätzlich Eigenerklärungen; laut § 48 Abs. 3 VgV bzw. § 6b Abs. 1 UAbs. 2 VOB/A „akzeptiert“ der Auftraggeber als vorläufigen Beleg der Eignung die Einheitliche Europäische Eigenerklärung. Diese ist wiederum in § 50 VgV geregelt. Fraglich ist, ob die Wirtschaftsteilnehmer verpflichtet sind, ihre Eigenerklärung stets in Form der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung abzugeben oder es sich hierbei lediglich um ein Recht handelt. Der Richtlinienentwurf scheint beides nahelegen. So heißt es in Art. 59 Abs. 1 RL 2014/24/EU lediglich akzeptieren. Ebenso wenig wird aus den Erwägungsgründen deutlich, dass eine Pflicht zur Vorlage der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung besteht. Auf der anderen Seite legt Art. 1 der Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 vom 5. Januar 2016⁴⁰ fest, dass ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der nationalen Maßnahmen zur Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU das dieser Verordnung als Anhang 2 beigefügte Standardformular zur Erstellung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung *zu verwenden ist*. In Anhang 1 der Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 heißt es, dass die Wirtschaftsteilnehmer einem Angebot im offenen Verfahren oder einem Teilnahmeantrag in nichtoffenen Verfahren, Verhandlungsverfahren, wettbewerblichen Dialogen oder der Innovationspartnerschaften eine ausgefüllte Einheitliche Europäische Eigenerklärung beifügen *müssen*.⁴¹ Aufgrund dessen scheint die Europäische Kommission davon auszugehen, dass eine Pflicht der Wirtschaftsteilnehmer besteht, die Einheitliche Europäische Eigenerklärung zu nutzen.⁴² Andererseits kann die Durchführungsverordnung nicht weitergehende Pflichten festlegen als die Richtlinie. Insofern ist der Wortlaut des Art. 59 Abs. 1 RL 2014/24/EU eindeutig. Hätte der Richtliniengeber gewollt, dass eine Pflicht zur Vorlage besteht, hätte er dies

³⁷ Ewgr. 85 RL 2014/24/EU. Art. 59 Abs. 5 RL 2014/24/EU. Siehe zur Kritik hieran aufgrund der Gefahr der Einrede anderweitiger Verfügbarkeit *Pauka*, *VergabeR* 2015, 505 (507).

³⁸ Siehe hierzu *Probst/Winters*, *CR* 2015, 557 (557 f.).

³⁹ Art. 59 Abs. 6, Art. 61 RL 2014/24/EU.

⁴⁰ ABI EU v. 6.1.2016, Nr. L 3/16.

⁴¹ Siehe dazu, wie mit der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung im Fall der Losaufteilung, der Eignungsleihe und der Zulassung von Bietergemeinschaften umzugehen ist, Anhang 1 der Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 v. 5.1.2016, ABI EU v. 6.1.2016, Nr. L 3/19 f.

⁴² Ebenso *Pauka*, *VergabeR* 2015, 505 (508).

entsprechend zum Ausdruck gebracht. Demnach stellen § 48 Abs. 2 und 3 VgV einen zulässigen Instrumentenkasten möglicher Nachweismittel zur Verfügung; den Wirtschaftsteilnehmern steht es frei, ob sie eine Eigenerklärung in Form der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung oder in anderer Form abgeben.⁴³ Gemäß § 122 Abs. 3 GWB kann der Nachweis der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen ganz oder teilweise durch die Teilnahme an Präqualifizierungssystemen erbracht werden. Dies spricht auch dafür, dass die Wirtschaftsteilnehmer nicht zwingend eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung abgeben müssen.⁴⁴ Noch deutlicher wird dies in den Regelungen der VOB/A. § 6b Abs. 1 EU VOB/A zählt auf, wie der Nachweis der Eignung und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen geführt werden kann. Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung wird hier neben der Präqualifizierung, den Einzelnachweisen und den Eigenerklärungen genannt.

bb. Eigenerklärung als Vollnachweis?

Eine andere Frage ist die, ob es sich bloß bei den Angaben in der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung um einen vorläufigen Nachweis handelt oder sich die Vorläufigkeit auch auf die in anderer Form getätigten Erklärungen bezieht. In § 48 Abs. 3 VgV ist nur in Bezug auf die Einheitliche Europäische Eigenerklärung die Rede von der Vorläufigkeit. Die Möglichkeit, während des Vergabeverfahrens weitere Unterlagen anzufordern, besteht gem. § 50 Abs. 2 Satz 1 VgV lediglich bei Übermittlung einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung. Ebenso verpflichtet § 50 Abs. 2 Satz 2 VgV den Auftraggeber einzig bei Vorlage der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung, sich vor Zuschlagserteilung von den Bietern, denen der Zuschlag erteilt werden soll, zusätzliche Unterlagen vorlegen zu lassen. Dies scheint dafür zu sprechen, dass es sich bei den in anderer Form getätigten Erklärungen um einen Vollnachweis handelt.

Eine Beschränkung der Vorläufigkeit auf die Einheitliche Europäische Eigenerklärung ist jedoch nicht nachvollziehbar und nach den Richtlinien unzulässig. Der Vorschlag für die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe vom 20. Dezember 2011 enthielt in Art. 57 Abs. 1 noch die Regelung, dass der Auftraggeber künftig Eigenerklärungen als Anscheinsbeweis akzeptiert und die Beibringung konkreter Nachweise durch die Einführung eines standardisierten Dokuments – des „Europäischen Passes für Auftragsvergaben“ – ersetzt werden soll. Art. 59 RL 2014/24/EU rückt die Einheitliche Europäische Eigenerklärung auf die Stufe der vorläufigen Eignungsnachweise. Dass sich dadurch im Hinblick auf die Vorläufigkeit der in anderer Form getätigten Eigenerklärungen etwas ändern sollte, ist nicht ersichtlich und wäre zudem nicht konsequent.⁴⁵ Dieses Verständnis spiegelt sich auch in den Regelungen der VOB/A wider. So heißt es in § 6b Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 EU VOB/A, dass Eigenerklärungen, *die als vorläufiger Nachweis dienen*, von den Bietern, deren Angebote in die engere Wahl kommen, durch entsprechende Bescheinigungen zu bestätigen sind. Erst im darauffolgenden Satz geht der Verordnungstext auf die Einheitliche Europäische Eigenerklärung ein. Absatz 2 regelt sodann, dass der öffentliche

⁴³ Benke, Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Wortprotokoll der 68. Sitzung, Protokoll-Nr. 18/68, S. 7, 14; Klein, Formblattchaos; Vergabeblog, EEE. A.A. Pauka, VergabeR 2015, 505 (508).

⁴⁴ BDI, EEE, S. 2.

⁴⁵ Den Vollnachweis durch Eigenerklärungen ebenso ablehnend Mertens/Baumann, Eigenerklärung; Summa, NZBau 2012, 729 (733 f.).

Auftraggeber Bewerber und Bieter, die eine Eigenerklärung abgegeben haben, jederzeit während des Verfahrens auffordern kann, weitere Unterlagen beizubringen. Das Nachforderungsverlangen ist also nicht nur auf Erklärungen beschränkt, die in Form der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung abgegeben wurden. § 6b Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 EU VOB/A stellt somit klar, dass es sich bei den – in welcher Form auch immer – abgegebenen Eigenerklärungen um vorläufige Nachweise handelt. Folglich ist auch § 48 Abs. 2 VgV so zu verstehen, dass er den Vorrang der Eigenerklärung festlegt, § 48 Abs. 3 VgV sieht hierfür als weitere Möglichkeit die Einheitliche Europäische Eigenerklärung vor.⁴⁶ Beide Nachweise dienen aber nicht als Vollnachweis. Daher ist die Regelung in § 50 Abs. 2 VgV missverständlich und steht an falscher Stelle, da sie sich nur auf die Einheitliche Europäische Eigenerklärung bezieht.

cc. Beibringung weiterer Unterlagen

Es findet eine zweistufige Eignungsprüfung statt: Zunächst wird die Eignung vorläufig anhand der Eigenerklärung geprüft. Gemäß § 50 Abs. 2 Satz 2 VgV erfolgt vor der Zuschlagerteilung in Bezug auf den Bieter, an den der Auftrag vergeben werden soll, eine endgültige Prüfung anhand der geforderten Unterlagen.⁴⁷

Mit § 50 Abs. 2 Satz 2 VgV hat der deutsche Gesetzgeber Art. 59 Abs. 4 UAbs. 2 RL 2014/24/EU eins-zu-eins umgesetzt. Dies ist jedoch nicht interessengerecht. Zwar sieht die Richtlinie 2014 nicht mehr ausdrücklich das noch in Art. 68 lit. a) des Richtlinienentwurfs 2011 enthaltene Zuschlagshindernis⁴⁸ vor. Zieht man zur Auslegung des Art. 59 Abs. 4 UAbs. 2 RL 2014/24/EU den Erwägungsgrund 84 heran, wonach der Auftraggeber keinen Vertrag mit einem Bieter schließen soll, der nicht in der Lage ist, die entsprechenden Bescheinigungen vorzulegen, könnte darin eben doch ein Zuschlagshindernis liegen. Die Verankerung eines solchen Hindernisses hat den Nachteil, dass sich das Vergabeverfahren zum einen verzögert, wenn stets nur der Bestplatzierte aufgefordert wird, die zusätzlichen Bescheinigungen vorzulegen, zum anderen kann der Bieter damit die Bindefrist umgehen.⁴⁹ Demgemäß ist eine Regelung, wie sie in § 6b Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 EU VOB/A enthalten ist, vorzugswürdiger. Danach müssen die Bieter, die in die engere Wahl kommen und eben nicht nur die, denen der Zuschlag erteilt werden soll, die in den Eigenerklärungen getätigten Aussagen durch entsprechende Bescheinigungen belegen. Eine solche Implementierung hält sich im Rahmen des Umsetzungsspielraums, da Art. 59 Abs. 4 UAbs. 1 RL 2014/24/EU dem Auftraggeber die Möglichkeit eröffnet, jederzeit während des Verfahrens sämtliche oder einen Teil der zusätzlichen Unterlagen beizubringen, wenn dies zur angemessenen Durchführung des Verfahrens erforderlich ist. Laut Erwägungsgrund 84 der Richtlinie 2014/24/EU kann vor allem in einem zweistufigen Verfahren die Forderung der Einreichung zusätzlicher Unterlagen damit begründet werden, dass der Auftraggeber keine Bewerber einlädt, die sich auf einer späteren Vergabestufe als unfähig erweisen. Der dahinter stehende Gedanke lässt sich auch auf das offene Verfahren übertragen, sodass Mechanismen, die Verzögerungen im

⁴⁶ Siehe zur Kritik an den Formulierungen in der VgV auch *Benke*, Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Wortprotokoll der 68. Sitzung, Protokoll-Nr. 18/68, S. 7, 14.

⁴⁷ BTDrucks. 18/7318, S. 206 f.

⁴⁸ Danach durfte der öffentliche Auftraggeber u.a. einen Auftrag nicht an einen Bieter mit dem besten Angebot vergeben, wenn der Bieter die gem. Art. 59, 60 und 61 des Richtlinienentwurfs geforderten Bescheinigungen und Unterlagen nicht beibringen konnte.

⁴⁹ Siehe dazu nur die Kritik bei *Pauka*, *VergabeR* 2015, 505 (506); *Summa*, *NZBau* 2012, 729 (733).

Ablauf des Vergabeverfahrens verhindern, zur angemessenen Durchführung erforderlich sind.⁵⁰ Die Richtlinien beinhalten also neben der Pflicht des Auftraggebers, vor der Auftragsvergabe lediglich vom Bestplatzierten zusätzliche Unterlagen anzufordern, auch die Berechtigung des Auftraggebers, jederzeit zusätzliche Unterlagen anzufordern.

dd. Regelungsvorschlag

Aufgrund der genannten Regelungsdefizite und Unklarheiten sollte § 48 VgV folgendermaßen geändert und § 50 VgV gestrichen werden:

„(1) In der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung ist neben den Eignungskriterien ferner anzugeben, mit welchen Unterlagen (Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen und sonstige Nachweise) Bewerber oder Bieter ihre Eignung gemäß den §§ 43 bis 47 VgV und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zu belegen haben.

(2) Der öffentliche Auftraggeber fordert als vorläufigen Beleg grundsätzlich die Vorlage von Eigenerklärungen an. Diese können in Form der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung erfolgen.

(3) Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung ist in der Form des Anhangs 2 der Durchführungsverordnung der Kommission (EU) Nr. 7/2016 vom 5. Januar 2016 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (ABl L 3 vom 6.1.2016, S. 16) zu übermitteln. Bewerber oder Bieter können eine bereits bei einer früheren Auftragsvergabe verwendete Einheitliche Europäische Eigenerklärung wiederverwenden, sofern sie bestätigen, dass die darin enthaltenen Informationen weiterhin zutreffend sind

(4) Der öffentliche Auftraggeber kann bei Übermittlung einer Eigenerklärung, unabhängig von ihrer Form, Bewerber oder Bieter jederzeit während des Verfahrens auffordern, sämtliche oder einen Teil der nach den §§ 44 bis 49 VgV geforderten Unterlagen beizubringen, wenn dies zur angemessenen Durchführung des Verfahrens erforderlich ist. Spätestens vor der Zuschlagserteilung fordert der öffentliche Auftraggeber die Bieter, die in die engere Wahl kommen, auf, die geforderten Unterlagen beizubringen.

(5) Ungeachtet von Absatz 4 müssen Bewerber oder Bieter keine Unterlagen beibringen, sofern und soweit die zuschlagerteilende Stelle

1. die Unterlagen über eine für den öffentlichen Auftraggeber kostenfreie Datenbank innerhalb der Europäischen Union, insbesondere im Rahmen eines Präqualifikationssystems, erhalten kann oder

2. bereits im Besitz der Unterlagen ist.

[...].“

2. Präqualifizierungsverfahren

Das Präqualifizierungsverfahren stellt eine vorgelagerte auftragsunabhängige Prüfung der Eignung dar.⁵¹ Die im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie im

⁵⁰ A.A. *Pauka*, *VergabeR* 2015, 505 (506 f.).

⁵¹ VK Bund, B.v. 14.6.2011 - VK 1-54/11 Rn. 66; VK Sachsen, B.v. 19.5.2010 - 1/SVK/011-10 Rn. 71; jewl. zitiert nach *Juris*; *Antweiler*, in: *Dreher/Motzke* (Hrsg.), *VergR*, § 6 VOB/A Rn. 49 m.w.N.; *Bauer*, in: *Heiermann/Riedl* u.a. (Hrsg.), *VOB*, § 6 VOB/A Rn. 70, § 6 EG VOB/A Rn. 56 f., § 24 SektVO Rn. 1; *Braun/Petersen*, *VergabeR* 2010,

Jahr 2003 erstellte Studie kam zu dem Ergebnis, dass die Einführung einer flächendeckenden Präqualifizierung dazu führen kann, Kosten in Höhe von 2% des Gesamtauftragsvolumens pro Jahr einzusparen.⁵² Die Präqualifikation gestaltet sich daher als „win-win“-Situation für Wirtschaftsteilnehmer und Auftraggeber: Der Zeit- und Kostenaufwand für die Angebotserstellung wird minimiert, das Vergabeverfahren vereinfacht, beschleunigt sowie entbürokratisiert.⁵³

a. Richtlinien 2014

Gem. Art. 64 RL 2014/24/EU bzw. Art. 77 RL 2014/25/EU steht die Einführung nationaler Zertifizierungsstellen und Prüfungssystemen im Ermessen der Mitgliedstaaten. Insofern führen die Richtlinien die im nationalen Recht zunächst für den Sektorenbereich⁵⁴, dann für den Bereich der Bauvergaben⁵⁵ und seit 2009 auch für den Bereich der Leistungen und Dienstleistungen eröffnete Möglichkeit, das Präqualifikationsverfahren zum Nachweis der Eignung zu nutzen, fort, sodass die bestehenden Präqualifizierungssysteme beibehalten werden können.

b. Nationale Rechtslage im Bereich der VOB/A und VgV – Bewertung und Umsetzung

Die Vergaberechtsmodernisierung 2016 schaffte hinsichtlich der verwendeten Begrifflichkeiten eine Vereinheitlichung⁵⁶, indem im GWB und in den Vergabeordnungen die Rede vom Präqualifizierungssystem ist.⁵⁷ Gemäß § 122 Abs. 3 GWB kann der Nachweis der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen nach den §§ 123 und 124 GWB ganz oder teilweise durch die Teilnahme an Präqualifizierungssystemen erbracht werden. Damit sichert § 122 Abs. 3 GWB die auf Verordnungsebene in § 48 Abs. 8 VgV geregelte Möglichkeit ab, die Eignung durch Präqualifizierungssysteme, die den Anforderungen des Art. 64 RL 2014/24/EU entsprechen, nachzuweisen. Demgemäß verzichten die Regelungen auf eine ausdrückliche Zulassung der Präqualifizierungssysteme durch den Auftraggeber, mit der Konsequenz, dass der Auftraggeber – verfahrensunabhängig – den Eignungsnachweis in Form der Präqualifizierung akzeptieren muss.⁵⁸ Da die Präqualifizierung ein mögliches In-

433 (434, 438); Hänsel, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 18; Hausmann/v. Hoff, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 VOB/A Rn. 102, 108 m.w.N.; Koenig/Hentschel u.a., VergabeR 2006, 691 (691 f.); Müller-Wrede, in: ders. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 54; Tomerius, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 56 f.; Tugendreich, NZBau 2011, 467 (468) m.w.N.; Weyand, VergR, § 97 GWB Rn. 1117.

⁵² BearingPoint GmbH, Präqualifikation, S. 15.

⁵³ Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 51.

⁵⁴ § 8b Nr. 5 ff. VOB/A a.F. (2002); § 5 Nr. 5 f. SKR a.F. (2002).

⁵⁵ § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/A a.F. (2006).

⁵⁶ Diesbezüglich waren die Regelungen bis zum 17.4.2016 im GWB und den Vergabeordnungen nicht einheitlich. In der VOF fehlte die Einführung eines Präqualifizierungsverfahrens gänzlich. Jedoch konnte auf Grundlage des § 97 Abs. 4a GWB a.F. ein solches System eingerichtet werden, so auch Tugendreich, NZBau 2011, 467 (471). Mit Ausnahme des in § 24 SektVO a.F. angesprochenen Prüfsystems schlugen sich diese Unterschiede nicht auf den Inhalt nieder. Jedoch bestanden Differenzen bezüglich der Anwendung der Präqualifizierung, siehe dazu Fn. 58.

⁵⁷ § 6b Abs. 1 Nr. 1 EU VOB/A hält an dem Begriff der Präqualifizierung fest.

⁵⁸ Anders als in der VOB/A a.F. geregelt, wonach der Auftraggeber den Nachweis in Form der Eintragung in das PQ-VOB akzeptieren musste, hieß es in der VOL/A a.F., dass der Auftraggeber Eignungsnachweise, die durch Präqualifizierungsverfahren erworben wurden, zulassen konnte. Aufgrund dessen und weil die VOL/A auf kein

strument der Eignungsnachweisführung ist, gab die VOB/A den bis zum 17. April 2016 geltenden Vorrang der Präqualifikation auf und zählt in § 6 VOB/A und § 6b EU VOB/A die unterschiedlichen vorläufigen und vollwertigen Eignungsnachweisformen auf.

Entgegen der Auffassung *Summas* führt die Einführung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung und des Online-Dokumentenarchivs nicht zur „Entwertung“ des bereits in Deutschland seit vielen Jahren praktizierten Präqualifikationssystems.⁵⁹ Zwar stellt die Präqualifizierungsbescheinigung gem. Art. 64 Abs. 4 RL 2014/24/EU nur eine Eignungsvermutung dar. Hingegen dürfen die Angaben, die den amtlichen Verzeichnissen bzw. der Zertifizierung zu entnehmen sind, nicht ohne Begründung in Zweifel gezogen werden.⁶⁰ Demzufolge kann die Präqualifizierung weiterhin als Vollnachweis bestehen bleiben. Des Weiteren müssen die Wirtschaftsteilnehmer gem. Art. 59 Abs. 5 RL 2014/24/EU bzw. § 50 Abs. 3 Satz 1 VgV keine zusätzlichen Unterlagen oder sonstigen dokumentarischen Nachweise vorlegen, sofern und soweit der öffentliche Auftraggeber die Bescheinigungen oder die einschlägigen Informationen unter anderem direkt über ein Präqualifizierungssystem erhalten kann. In dieser Hinsicht eröffnet sich ein weiteres Anwendungsfeld der Präqualifizierung und erweitert deren Bedeutungsgehalt, sofern die Präqualifizierungsverzeichnisse europarechtskonform und auftragsbezogen ausgestaltet werden.⁶¹ Ebenso heißt es im Eckpunktepapier des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, dass die Einführung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung so verwirklicht werden soll, dass sie mit den bestehenden Systemen der Präqualifizierung kompatibel ist.⁶²

Darüber hinaus sollte das in der Praxis bestehende System der Differenzierung in PQ-VOB⁶³ und PQ-VOL⁶⁴ Urkunden aufgeben werden. Hintergrund dieses Vorschlags ist der ansonsten

bestimmtes Prüfsystem verwies, hatten die Bieter grundsätzlich keinen Anspruch darauf, den Nachweis der Eignung erbracht zu haben, weil sie in irgendeinem Prüfungssystem aufgeführt waren. Vielmehr stand es dem Auftraggeber frei, ob er den Nachweis mittels Präqualifikation genügen lies, vgl. dazu *Hänsel*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 6 VOL/A Rn. 8; *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 6 VOL/A Rn. 22; *Tugendreich*, NZBau 2011, 467 (471). In einigen Bundesländern wurde allerdings per Erlass oder gar Gesetz geregelt, dass das PQ-VOL Zertifikat von den Auftraggebern anerkannt werden muss, Gemeinsamer Runderlass zum öffentlichen Auftragswesen – Vergabebeschleunigungserlass 2009 v. 1.3.2009, Staatsanzeiger für das Land Hessen Nr. 14), StAnz 14/2009, S. 831; § 3 Abs. 2 SächsVgG; Runderlass des Ministeriums für Wirtschaft und Arbeit des Landes Sachsen-Anhalt v. 21.11.2008 - 41-32570/3, 1. c), Ministerialblatt des Landes Sachsen-Anhalt Nr. 16/2009 v. 11.5.2009; Thüringer Verwaltungsvorschrift zur Vergabe öffentlicher Aufträge v. 16.9.2014, Nr. 7.2, Thüringer Staatsanzeiger Nr. 41/2014 vom 13.10.2014, Seite 1299, Ziffer 7.2., ebenso § 7 Abs. 2 VgG Thür. In anderen Bundesländern wiederum wird empfohlen, das System als Eignungsnachweis allgemein zuzulassen, Erlass des Bayerischen Staatsministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie v. 16.6.2010, Az.: B II 2-G 3/10, All MBI Nr. 7/2010, S. 194; Runderlass des Niedersächsischen Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr v. 11.6.2010, AZ: 24-32573, 32574, Nds. MBI Nr. 22/2010 S. 564.

⁵⁹ *Summa*, NZBau 2012, 729 (734).

⁶⁰ Art. 64 Abs. 4 RL 2014/24/EU.

⁶¹ So auch *Mertens/Baumann*, Eigenerklärung; *Portz*, Die Gemeinde 2015, 197 (198).

⁶² BMWi, Eckpunkte, S. 3.

⁶³ Der Verein für die Präqualifikation von Bauunternehmern e.V. führt auf Grundlage der von sechs Präqualifizierungsstellen zur Verfügung gestellten Daten eine bundesweit einheitliche Liste der präqualifizierten Unternehmen. Nach erfolgreichem Durchlauf des Präqualifikationsverfahrens kommt das Unternehmen auf die Liste der präqualifizierten Unternehmen (PQ-VOB), auf welche die Vergabestellen zugreifen können. Siehe näher zum Präqualifikationsverfahren *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 50 ff.: *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 VOB/A Rn. 111 f. Im Bereich oberhalb der Schwellenwerte ist die Eintragung in ein gleichwertiges Verzeichnis anderer Mitgliedstaaten gem. § 6b Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EU VOB/A ebenfalls als Nachweis zugelassen. Siehe zu den Problemen aufgrund einer mangelnden, vergleichbaren Regelungen für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte nur *Tugendreich*, NZBau 2011, 467 (470 f.).

drohende Ausschluss vom Vergabeverfahren bei Vorlage der „falschen“ PQ-Urkunde. Hier- von zeugen zwei Entscheidungen der Vergabekammern Sachsen-Anhalt⁶⁵ und Südbayern⁶⁶. Zwar sind diese unter Geltung der Rechtslage vor dem 18. April 2016 ergangen. Jedoch dif- ferenzieren die VOB/A und VgV weiterhin zwischen den beiden unterschiedlichen Präqualifi- zierungsurkunden. In den diesen Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalten ging es um die Lieferung und Installation von Küchentechnik bzw. -ausstattung. Die Auftraggeber schrieben den Auftrag europaweit nach der VOB aus und verlangten zum Nachweis der Eignung eine entsprechende Präqualifizierung im PQ-VOB oder eine Eigenerklärung. Die betref- fenden Unternehmen haben sich in beiden Fällen mit einer PQ-VOL Urkunde beworben. Die Vergabekammern führten aus, dass es sich hierbei um einen irreparablen Fehler handle, der zwingend zum Ausschluss des Unternehmens führe. Ein Nachfordern von Nachweisen gem. § 16 Abs. 1 Nr. 3 EG VOB/A a.F. sei nicht möglich sei, da die Unterlagen nicht nur fehlen, sondern inhaltlich ungenügend seien. Der Auftraggeber bestimme mit der Festlegung des Auftragsgegenstandes, ob sich ein Vergabeverfahren nach der VOB/A oder der VOL/A rich- tet. Die Wirtschaftsteilnehmer haben sich darauf einzustellen und entsprechende Nachweise vorzulegen. Entscheidet sich der Auftraggeber für ein Verfahren nach der VOB, könne nur eine PQ-VOB Urkunde den entsprechenden Nachweis bringen.⁶⁷

Die Auffassungen der Vergabekammern übersehen, dass eine nur nach dem Namen der Urkunde zu beurteilende Eignungsprüfung dem Wesen der Präqualifizierung nicht gerecht wird und eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den in den Urkunden genannten Inhalten vermissen lässt. Insofern erledigt sich die Eignungsprüfung als solche nicht durch die Präqualifizierung. Vielmehr stellt diese nur eine „Hilfe“ dar.⁶⁸ Zudem ist der Übergang von der VgV zur VOB fließend und mitunter nicht immer eine eindeutige Abgrenzung des anzuwen- denden Verfahrens möglich, wenn Leistungsgegenstand sowohl die Lieferung als auch die Installation sind. Unternehmen, die beide Leistungen anbieten, mit der Präqualifizierung nach zwei Verfahren zu belasten, ist nicht erforderlich: Denn die Präqualifizierung nach der VgV umfasst auch Bereiche, die dem Baubereich zugeordnet werden können. Für beide Verfah- ren sind im Wesentlichen dieselben Einzelnachweise vorzulegen, denn beide Verfahren ar- beiten im Wesentlichen nach ähnlichen Arbeitsleitlinien und stellen vergleichbare Urkunden aus.⁶⁹ Daneben handelt es sich hierbei unter mittelständischem Blickwinkel um mittelstands- feindliche Entscheidungen.⁷⁰ Aufgrund der nicht einheitlichen Rechtsprechungslinie und der Gefahr des drohenden Ausschlusses bei Vorlage der „falschen“ PQ-Urkunde, sollte daher die strenge Differenzierung der PQ-Urkunden aufgegeben werden.

⁶⁴ § 48 Abs. 8 S. 2 VgV überträgt im Liefer- und Dienstleistungsbereich die Einrichtung eines amtlichen Ver- zeichnisses für präqualifizierte Unternehmen auf die Industrie- und Handelskammern. Dies schließt weiterge- hende amtliche Register durch andere öffentliche Stellen nicht aus, vgl. dazu BTDrucks 87/16, S. 202.

⁶⁵ VK Sachsen-Anhalt, B.v.16.5.2013 - 2 VK LSA 02/13 (zitiert nach Juris).

⁶⁶ VK Südbayern, B.v. 5.12.2013 - Z3-3-3194-1-38-10/13 (zitiert nach Juris).

⁶⁷ VK Südbayern, B.v. 5.12.2013 - Z3-3-3194-1-38-10/13. Rn. 77 ff. (zitiert nach Juris).

⁶⁸ *Glahs*, in: Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB, § 6 VOB/A Rn. 72 ff. m.w.N.; *Maier/Tetzlaff*, NZBau 2010, 283 (285).

⁶⁹ So auch *Trutzel*, Fallstrick.

⁷⁰ So auch *Trutzel*, Fallstrick.

c. Nationale Rechtslage im Bereich der SektVO – Ersatz der Eignungsprüfung im Ganzen

Im Gegensatz zu der in der VOB/A und der VgV angesprochenen Präqualifizierung stellt das in § 48 SektVO⁷¹ genannte Prüf- bzw. Qualifizierungssystem ein eigenständiges, dem Teilnahmewettbewerb entsprechendes Verwaltungsverfahren dar, um die vollständige Eignung der Unternehmen in Hinblick auf nachfolgende Vergabeverfahren festzustellen.⁷² Wird es gem. § 37 SektVO⁷³ als Aufruf zum Wettbewerb bekannt gegeben, kann der Sektorenauftraggeber gem. § 48 Abs. 9 SektVO beim nichtoffenen und Verhandlungsverfahren unmittelbar auf die im Rahmen des Prüfsystems geprüften und als geeignet befundenen Unternehmen zugreifen ohne den Auftrag erneut ausschreiben zu müssen, wenn der Beschaffungsvorgang inhaltlich von dem bekannt gegebenen Prüfsystem erfasst ist.⁷⁴ Hat der Auftraggeber von der Einrichtung eines Prüfsystems Gebrauch gemacht, steht es den Wirtschaftsteilnehmern nicht frei, ihre Eignung auf anderem Weg nachzuweisen.⁷⁵

Gleiches gilt seit dem 1. Oktober 2008 ausweislich des vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung am 17. Januar 2008 veröffentlichten Runderlasses. Danach sind bei Vergaben des Bundeshochbaus im Verfahren der beschränkten Ausschreibung ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb und im Verfahren der freihändigen Vergabe grundsätzlich nur Unternehmen zur Abgabe eines Angebotes aufzufordern, die ihre Eignung durch eine Eintragung in die allgemein zugängliche Liste des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. nachgewiesen haben. Enthält die Liste ausreichend geeignete Bewerber, dürfen nur diese und keine weiteren Unternehmen zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden.⁷⁶ Unter mittelständischem Blickwinkel handelt es sich hierbei um einen „mittelstandsfeindlichen“ Erlass, weil er Unternehmen von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließt, die nicht in der PQ-VOB eingetragen sind. Zwar bezieht sich die Regelung nur auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte. Indes ist sie europarechtswidrig, sofern ein grenzüberschreitendes Interesse an der Auftragsvergabe besteht. Da die Eintragung oder Zertifizierung nur eine Möglichkeit der Nachweiserbringung für die Eignung ist, darf sie gem. Art. 65 Abs. 7 RL 2014/24/EU den Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten nicht zur Bedingung für ihre Teilnahme an einem öffentlichen Auftrag gemacht werden. Ein solches Vorgehen ist gem. Art. 77 Abs. 5 RL 2014/25/EU gerade nur den Sektorenauftraggebern gestattet, sofern sie ein umfangreiches Prüfungssystem eingerichtet haben. Das VOB-Präqualifizierungsverfahren entspricht diesem in Art. 77 RL 2014/25/EU genannten Qualifizierungssystem nicht. Zu dem Ergebnis der Europarechtswidrigkeit des Erlasses gelangt man auch unter Heranziehung der Grundfreiheiten. Daher sollte an diesem Erlass nicht festgehalten werden.

⁷¹ Bzw. § 24 SektVO a.F.

⁷² Siehe dazu nur *Braun/Petersen*, VergabeR 2010, 433 ff.

⁷³ Bzw. § 14 Abs. 1 Nr. 3 SektVO a.F.

⁷⁴ *Bauer*, in: Heiermann/Riedl u.a. (Hrsg.), VOB, § 24 SektVO Rn. 1, 4 ff. Siehe allgemein dazu *Braun/Petersen*, VergabeR 2010, 433 (435 f.).

⁷⁵ Siehe dazu nur *Braun/Petersen*, VergabeR 2010, 433 (438) m.w.N.

⁷⁶ Erlass im Internet abrufbar unter <https://www.pq-verein.de/anlage7557binary> (30.7.2016).

IV. Einzelne konkrete Eignungsanforderungen

Über die generellen Probleme im Rahmen der Eignungsanforderungen hinaus stellen auch einige konkrete Nachweise kaum zu überwindende Hürden für mittelständische Unternehmen dar.

1. Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

Die Forderung eines bestimmten Mindestumsatzes zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit ist für mittelständische Unternehmen bisweilen ein „ungerechtfertigtes Hindernis für die Teilnahme“ am Ausschreibungsverfahren⁷⁷. Die Rechtsprechung stellt diesbezüglich das Erfordernis auf, dass der geforderte Mindestumsatz in einem angemessenen Verhältnis zur Leistung stehen muss.⁷⁸ Allerdings mangelt es an konkreten Begrenzungen bezüglich der Höhe. Die Richtlinien schafften hierfür Klarheit. Gemäß Art. 58 Abs. 3 UAbs. 2 RL 2014/24/EU darf der Auftraggeber von den Wirtschaftsteilnehmern grundsätzlich keinen Mindestjahresumsatz verlangen, der den geschätzten Auftragswert um mehr als das Zweifache übersteigt. Gleiches gilt, wenn der Auftrag in Lose aufgeteilt ist.⁷⁹ Nur in hinreichend begründeten Ausnahmefällen können höhere Anforderungen gestellt werden.⁸⁰ In diesem Fall muss der Auftraggeber die wichtigsten Gründe für eine solche Anforderung in den Auftragsunterlagen oder dem Vergabevermerk angeben. Zwar kommt die Begrenzung allen Unternehmen zu Gute; besondere Auswirkung hat sie aber auf mittelständische Unternehmen. § 45 Abs. 2 VgV bzw. § 6a Nr. 2 lit. c) UAbs. 3 EU VOB/A setzen die Vorgaben in nationales Recht um.

2. Mittelständische Unternehmen und Newcomer

Den Eignungskriterien der Fachkunde und der Leistungsfähigkeit ist eine Bevorzugung erfahrenerer Wirtschaftsteilnehmer immanent, da sie auf vergangenen Vorgängen beruhen.⁸¹ Probleme können für mittelständische Unternehmen – aber auch andere Unternehmen –, die sich erst seit kurzem auf dem Markt betätigen (sog. Newcomer), dann bestehen, wenn sich die geforderten Angaben zur Fachkunde und/oder zur Leistungsfähigkeit auf die letzten drei Geschäftsjahre beziehen müssen.⁸² Mangels geschäftlicher Tätigkeit ist dies den Unternehmen nicht möglich, sodass der Ausschluss vom Verfahren droht. Jedoch wird dieses Risiko und damit einhergehend eine Einschränkung des Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatzes⁸³ bewusst in Kauf genommen, sofern seitens des Auftraggebers ein legitimes Interesse besteht, weil beispielsweise für die Ausführung des Auftrages eine mehrjährige Geschäftstätigkeit und ausreichende Erfahrungen erforderlich sind.⁸⁴ Somit hat der Auftrag-

⁷⁷ Ewgr. 83 RL 2014/24/EU.

⁷⁸ Vgl. nur VK Sachsen-Anhalt, B.v. 10.6.2009 -VK 2 LVwA LSA-13/09 Rn. 70 (zitiert nach Juris).

⁷⁹ Vgl. Art. 58 Abs. 3 UAbs. 4 RL 2014/24/EU.

⁸⁰ Z.B. weil die Auftragsausführung mit hohen Risiken verbunden ist oder eine rechtzeitige und ordnungsgemäße Ausführung von entscheidender Bedeutung ist.

⁸¹ *Dreher/Hoffmann*, NZBau 2008, 545 (545); *Weyand*, VergR, § 97 GWB Rn. 972 m.w.N.

⁸² Vgl. § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV; § 6a Nr. 2 lit. c) EU VOB/A.

⁸³ *Weyand*, VergR, § 97 GWB Rn. 972 m.w.N.

⁸⁴ OLG Düsseldorf, B.v. 2.1.2006 - VII-Verg 93/05 Rn. 49; OLG Frankfurt, B.v. 19.12.2006 - 11 Verg 7/06 Rn. 37; jewls. zitiert nach Juris; *Antweiler*, in: *Dreher/Motzke* (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 42; *Bauer*, in: *Heiermann/Riedl* u.a. (Hrsg.), VOB, § 6 EG VOB/A Rn. 67 f. m.w.N.; *Hänsel*, in: *Ziekow/Völlink* (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 21; *Hausmann/v. Hoff*, in: *Kulartz/Marx* u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 VOB/A Rn. 93 m.w.N.

geber bei der Auswahl und den Anforderungen an die Eignungskriterien zwischen der hohen Wahrscheinlichkeit einer ordnungsgemäßen Auftragsausführung und der hohen Auswahl geeigneter Bewerber abzuwägen.⁸⁵ Anforderungen, die es Newcomern in keiner Art und Weise ermöglichen, einen Zutritt auf den Wettbewerbsmarkt zu erhalten, sind unzulässig.⁸⁶ Diese Grenze ist überschritten, wenn der Auftraggeber z.B. die Möglichkeit ausschließt, Bietergemeinschaften, Nachunternehmer oder eine Eignungsleihe zuzulassen⁸⁷ oder sich der Wirtschaftsteilnehmer für den Nachweis der Fachkunde nicht auf Referenzprojekte und den Nachweis der Leistungsfähigkeit nicht auf Umsätze beziehen kann, die er innerhalb verwandter oder Vorgängerunternehmen⁸⁸ oder in den letzten drei Jahren irgendwann erbracht hat.⁸⁹ Gleiches gilt unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten auch für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte, es sei denn es liegen besondere leistungsbezogene Umstände vor, die eine mindestens dreijährige Tätigkeit auf dem Markt rechtfertigen.⁹⁰ Eine „quantitative Eignungssperre“ für mittelständische Unternehmen und einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz stellt daneben die Forderung eines bestimmten Auftragsvolumens, welches die Bieter in den vorangegangenen Arbeiten erreicht haben müssen, dar.⁹¹ Des Weiteren darf der Ausschluss mangels Eignung nicht damit begründet werden, dass der Wert des zu vergebenden Auftrages das von den Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren eruierte Geschäftsvolumen übersteigt.⁹²

§ 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV legt nunmehr fest, dass der Auftraggeber eine Referenzliste über früher ausgeführte Liefer- und Dienstleistungsaufträge *höchstens* für die letzten drei Jahre fordern kann. Demnach kann der Auftraggeber den Zeitraum auch verringern.⁹³ Soweit keine berechtigten Interessen des Auftraggebers vorliegen, sollte die Auftraggeber hiervon im Sinne des Mittelstandsschutzes vermehrt Gebrauch machen.

3. Frist für die Vorlage der Eignungsnachweise

Die Eignungsnachweise müssen im offenen Verfahren mit dem Angebot, beim nicht offenen und Verhandlungsverfahren mit dem Teilnahmeantrag eingereicht werden.⁹⁴ Die Richtlinien 2014 eröffnen den Mitgliedstaaten gem. Art. 56 Abs. 2 RL 2014/24/EU die Möglichkeit, die

⁸⁵ OLG Frankfurt a.M., B.v. 24.10.2006 - 11 Verg 8/06 und 9/06, NZBau 2007, 468 (469).

⁸⁶ OLG Bayern, B.v. 9.3.2005 - Verg 20/03 Rn. 19 (zitiert nach Juris).

⁸⁷ *Hänsel*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 21; *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 7 EG VOL/A Rn. 50 m.w.N.; *Stolz*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), a.a.O. § 5 VOF Rn. 19 f.; *Weyand*, VergR, § 97 GWB Rn. 975. A.A. *Dreher/Hoffmann*, NZBau 2008, 545 (547), wonach die Möglichkeit, sich als Bietergemeinschaft zusammenzuschließen oder als Nachunternehmer zu beteiligen nicht dazu führt, die die Newcomer diskriminierenden hohen Eignungsanforderungen zu legitimieren.

⁸⁸ VK Bund, B.v. 17.12.2008 - VK 3-167/08 Rn. 64 (zitiert nach Juris). *Hänsel*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 19.

⁸⁹ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 56 m.w.N.; *Bauer*, in: Heiermann/Riedl u.a. (Hrsg.), VOB, § 6 EG VOB/A Rn. 68 m.w.N.; *Dreher/Hoffmann*, NZBau 2008, 545 (546) m.w.N.; *Hänsel*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 21 m.w.N.; *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 VOB/A Rn. 115, 118 f.; *dies.*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 7 EG VOL/A Rn. 49.

⁹⁰ *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 VOB/A Rn. 118.

⁹¹ *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 62.

⁹² *Hänsel*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 19 m.w.N.

⁹³ Siehe hierzu auch BTDrucks. 18/7318, S. 203. § 6a Nr. 3 lit. a) EU VOB/A erweitert den Zeitraum sogar bis zu fünf Jahre. Allerdings ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, diesen bis zu fünf Jahren „auszudehnen“.

⁹⁴ Siehe zur Möglichkeit der Nachforderung § 56 Abs. 2 VgV; § 16a EU VOB/A; BTDrucks. 18/7318, S. 212 ff. Siehe zu den damit einhergehenden Problemen nur *Völlink*, VergabeR 2015, 355 ff.

Prüfungsreihenfolge im offenen Verfahren umzukehren und vor der Eignungsprüfung die Angebote auf ihre Zuschlagswürdigkeit prüfen, sodass die Eignung nur in Bezug auf die Bieter zu prüfen ist, die in die engere Wahl kommen. Dies befreit die Wirtschaftsteilnehmer indes nicht von der Pflicht, bereits bei Angebotsabgabe alle erforderlichen Unterlagen und Eignungsnachweise vorzulegen. Erleichterung besteht für die Wirtschaftsteilnehmer insoweit, als das als vorläufiger Eignungsnachweis Eigenerklärungen ausreichen und zusätzliche Unterlagen erst auf Verlangen des Auftraggebers vorzulegen sind. Daher können die Wirtschaftsteilnehmer zunächst das Angebot erstellen und kalkulieren und in einem weiteren Schritt die Eignungsnachweise zusammenstellen und gegebenenfalls vorlegen. Hierbei handelt es sich vor allem auch für die mittelständischen Unternehmen um eine begrüßenswerte Änderung, da sie die Angebotsfrist nicht mit der Zusammenstellung der Eignungsnachweise „vergeuden“ müssen. Mit § 42 Abs. 3 VgV bzw. § 16b Abs. 2 EU VOB/A ist dies in nationales Recht umgesetzt worden. Da zu kurze Fristen die Gefahr bergen, dass die Angebote fehlerhaft erstellt und ausgeschlossen werden können oder gar müssen, sollten die Auftraggeber vermehrt von der Alternative der Fristverlängerung gem. § 20 Abs. 3 VgV⁹⁵ Gebrauch machen und davon Abstand nehmen, die Möglichkeiten der Fristverkürzung und der Mindestfristen jeweils im vollen Umfang auszuschöpfen. Dies kann mittelständische Unternehmen unter Umständen von der Teilnahme am Vergabeverfahren abhalten.⁹⁶

V. Entschädigungsregelung

Da die Angebotserstellung für die mittelständische Unternehmen, aber auch die anderen Unternehmen, mit Kosten verbunden ist, kann daneben in Betracht kommen, sie zu entschädigen. Gemäß § 77 Abs. 1 VgV und § 8b Abs. 2 Nr. 1 S. 1 EU VOB/A⁹⁷ wird für die Bearbeitung und Ausarbeitung der Bewerbungs- und Angebotsunterlagen keine Entschädigung gewährt bzw. es werden keine Kosten erstattet. Eine Ausnahme besteht nur, wenn der Bewerber Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, statische Berechnungen, Mengenberechnungen oder andere Unterlagen ausarbeitet.⁹⁸ Für diesen Fall ist für alle Bieter einheitlich eine angemessene Entschädigung festzusetzen.⁹⁹ Anspruch auf diese Entschädigung haben alle Wirtschaftsteilnehmer, die ein entsprechendes Angebot mit den geforderten Unterlagen rechtzeitig eingereicht haben. Voraussetzung ist aber, dass der Wirtschaftsteilnehmer Planungs- und Projektleistungen erbracht hat, die nicht nur eine Bearbeitung, sondern eine Ausarbeitung darstellen und der Auftraggeber eine solche Ausarbeitung gefordert hat.¹⁰⁰

⁹⁵ Bzw. § 16 Abs. 3 SektVO; § 10a Abs. 5 EU VOB/A.

⁹⁶ Ebenso *Mundt*, Ausschuss für Wirtschaft und Energie, Wortprotokoll der 68. Sitzung, Protokoll-Nr. 18/68, S. 11.

⁹⁷ Bzw. § 8 Abs. 8 VOB/A bzw. EG VOB/A a.F.; § 13 Abs. 2 VOF a.F.

⁹⁸ § 18 Abs. 10 VgV; § 77 Abs. 2 VgV; § 17 Abs. 10 SektVO; § 3b Abs. 4 Nr. 9 EU VOB/A; § 8b Abs. 2 Nr. 1 S. 2 EU VOB/A bzw. § 8 Abs. 8 Nr. 1 S. 2 VOB/A a.F.; § 3 Abs. 7 Nr. 9 EG VOB/A a.F.; § 3 Abs. 7 lit. f) EG VOL/A a.F.; § 13 Abs. 3 VOF a.F.

⁹⁹ Geschuldet ist nur ein Aufwendungsersatz ohne Gewinnanteil, der sich nach dem voraussichtlich durchschnittlichen Zeitaufwand für die geforderte Bearbeitung richtet, *Hausmann/v. Hoff*, in: *Kulartz/Marx u.a.* (Hrsg.), VOL/A, § 3 EG VOL/A Rn. 141 m.w.N.; *Motzke*, in: *Dreher/ders.* (Hrsg.), VergR, § 8 VOB/A Rn. 214 f.; *Verfürth*, in: *Kulartz/Marx u.a.* (Hrsg.), VOB/A, § 8 VOB/A Rn. 95 ff. m.w.N.; v. *Rintelen*, in: *Kapellmann/Messerschmidt* (Hrsg.), VOB, § 8 VOB/A Rn. 95; *Völlink*, in: *Ziekow/ders.* (Hrsg.), VergR, § 8 VOB/A Rn. 37 m.w.N.

¹⁰⁰ *Kraus*, in: *Ziekow/Völlink* (Hrsg.), VergR, § 13 VOF Rn. 25; *Kulartz*, in: *ders./Marx u.a.* (Hrsg.), VOB/A, § 3 EG VOB/A Rn. 132; *Ritzek-Seidl*, in: *Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), VergR, § 8 VOB/A Rn. 62; *Verfürth*, in: *Ku-*

Über diesen Bereich hinaus könnte eine generelle Entschädigungspflicht bei Angebotserstellung für mittelständische Unternehmen in Betracht kommen. Allerdings handelt es sich bei der Angebotserstellung um eine „Akquisitionleistung auf freiwilliger Basis“. ¹⁰¹ Die Bieter nehmen auf eigenes Risiko am Wettbewerb teil, sodass die Kosten der Angebotserstellung sich nur für diejenigen amortisieren, die den Zuschlag erhalten. ¹⁰² Im Geschäftsverkehr ist es üblich, Angebote unentgeltlich zu erstellen, sodass grundsätzlich keine Entschädigungen gewährt werden. ¹⁰³ Vielmehr handelt es sich um Investitionskosten. ¹⁰⁴ Die Aufforderung zur Angebotsabgabe stellt folglich nur eine nicht kostenersatzpflichtige *invitatio ad offerendum* dar. Ebenso heißt es in § 632 Abs. 3 BGB, dass Kostenanschläge in der Regel nicht zu vergüten sind. Grundgedanke der Forderung in den Vergabeordnungen, die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, ist es, dass alle Bewerber ohne große Mühen ihre Preise nur noch in das Leistungsverzeichnis eintragen sollen und das Angebot ohne umfangreiche Berechnungen und Vorarbeiten erstellen können. ¹⁰⁵ Bei der Angebotserstellung im Vergabeverfahren gilt demnach ebenfalls der werkvertragliche Grundsatz, dass ohne besondere Vereinbarung die im Rahmen der Anbahnung von Geschäftsbeziehungen getätigten Aufwendungen nicht ersetzt werden. Die Angebotserstellung als solche ist daher kein kostenerstattungspflichtiges gesondertes Werk. ¹⁰⁶ Darüber hinaus verdeutlichen die oben genannten Fälle bereits vorgesehener Entschädigungen, dass die Wirtschaftsteilnehmer einen über die normale Angebotserstellung hinausgehenden Verwaltungsaufwand betreiben müssen. Eine generelle Entschädigungspflicht nur zugunsten mittelständischer Unternehmen würde sie über das zulässige Maß bevorteilen und einen vom Auftraggeber nicht hinzunehmenden Verwaltungs- und Kostenaufwand darstellen.

VI. Zusammenfassung

Die Eignungsprüfung und die damit einhergehenden Anforderungen an die vorzulegenden Nachweise können für mittelständische Unternehmen eine schwer zu überwindende Hürde sein. Zwar stellt die Mittelstandszugehörigkeit kein Eignungskriterium dar, sodass mittelständische Unternehmen im Rahmen der Eignung nicht bevorzugt werden dürfen oder ihnen für die Erstellung der Angebote Kostenentschädigungen gewährt werden können. Andererseits fordert Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG allen interessierten Wirtschaftsteilnehmern an dem vom Staat eröffneten Sondermarkt die gleichen Startchancen einzuräumen. Aus § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB folgt die Pflicht zur mittelstandsgerechten Ausgestaltung des Vergabeverfahrens. Aus diesem Zusammenspiel ergibt sich, die Nachweisanforderungen für mittelständische Unternehmen insbesondere in Bezug auf die Leistungsfähigkeit und die Fach-

lartz/Marx u.a. (Hrsg.) a.a.O., § 8 VOB/A Rn. 89 ff. m.w.N.; *Völlink*, in: Ziekow/ders. (Hrsg.), a.a.O. § 8 VOB/A Rn. 33 m.w.N.; v. *Rintelen*, in: Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB, § 8 VOB/A Rn. 92 m.w.N.

¹⁰¹ *Motzke*, in: Dreher/ders. (Hrsg.), VergR, § 8 VOB/A Rn. 204 m.w.N.

¹⁰² *Motzke*, in: Dreher/ders. (Hrsg.), VergR, § 8 VOB/A Rn. 204 m.w.N.

¹⁰³ *Kraus*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), VergR, § 13 VOF Rn. 2 m.w.N.; *Völlink*, in: Ziekow/ders. (Hrsg.), a.a.O. § 8 VOB/A Rn. 31; *Verfürth*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 8 VOB/A Rn. 86.

¹⁰⁴ Die Wirtschaftsteilnehmer investieren in die Chance zur Auftragserhaltung, vgl. *Verfürth*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 8 VOB/A Rn. 86.

¹⁰⁵ *V. Rintelen*, in: Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB, § 8 VOB/A Rn. 90 m.w.N.

¹⁰⁶ *Völlink*, in: Ziekow/ders. (Hrsg.), VergR, § 8 VOB/A Rn. 31 m.w.N.; v. *Rintelen*, in: Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB, § 8 VOB/A Rn. 90 m.w.N.

kunde herabzusetzen sowie Ausgleichsmechanismen wie die Zulassung von Bietergemeinschaften, Nachunternehmen oder der Eignungsleihe vorzunehmen.

Die in Art. 56 Abs. 2 RL 2014/24/EU, § 42 Abs. 3 VgV sowie § 16b Abs. 2 EU VOB/A für das offene Verfahren vorgesehene Möglichkeit der Umkehrung der Prüfungsreihenfolge, wonach die Eignungsprüfung nach der Wertung der Angebote erfolgt, befreit die mittelständischen Unternehmen nicht davon, die entsprechenden Eignungsnachweise mit dem Angebot einzureichen. Als Mittel der Nachweisführung stehen den Wirtschaftsteilnehmern Eigenerklärungen, die Einheitliche Europäische Eigenerklärung, Einzelnachweise und die Präqualifizierung zur Verfügung. Als vorläufigen Nachweis der Eignung fordert der Auftraggeber fortan grundsätzlich Eigenerklärungen, welche auch in Form der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung abgegeben werden können. Hierbei handelt es sich um ein Recht der Wirtschaftsteilnehmer. Zusätzliche aktualisierte Unterlagen sind nur auf Aufforderung des Auftraggebers von den Bietern, denen der Zuschlag erteilt werden soll, vorzulegen. § 50 VgV legt aber in unzulässiger Weise fest, dass eine Anforderung zusätzlicher Unterlagen nur dann erforderlich ist, wenn der Wirtschaftsteilnehmer eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung abgegeben hat. Zudem gilt dies nur in Bezug auf die Bieter, denen der Zuschlag erteilt werden soll. Dies ist zu eng und sollte auf Bieter, die in die engere Wahl kommen, erweitert werden. Aufgrund dessen müssen die §§ 48, 50 VgV neu gefasst werden. Die Richtlinien eröffnen weiterhin die Möglichkeit, bestehende Präqualifizierungssysteme beizubehalten und fortzuführen. Zwar stellt die Präqualifizierungsbescheinigung gem. Art. 64 Abs. 4 RL 2014/24/EU nur eine Eignungsvermutung dar. Hingegen dürfen die Angaben, die den amtlichen Verzeichnissen bzw. der Zertifizierung zu entnehmen sind, nicht ohne Begründung in Zweifel gezogen werden. Eine geschickte Verschränkung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung mit der bereits im nationalen Recht und in der nationalen Praxis durchgeführten Präqualifizierung kommt aufgrund der damit einhergehenden Reduzierung des Kosten- und Verwaltungsaufwands vor allem den mittelständischen Unternehmen zugute und sorgt für entsprechende Erleichterungen im Rahmen der Eignungsprüfung. Hierbei sollte die in der nationalen Praxis bestehende Differenzierung zwischen PQ-VOL und PQ-VOB-Urkunde aufgegeben werden, da die Vorlage einer falschen Urkunde zum Ausschluss führen kann. Regelungen, wonach die Eintragung im Präqualifizierungsverzeichnis zur Bedingung für die Teilnahme am öffentlichen Auftrag gemacht wird, sind mit Ausnahme des in der Sektorenverordnung vorgesehenen Prüfsystems, europarechtlich unzulässig.

§ 14 Einbeziehung dritter Unternehmen – Eignungsleihe, Nachunternehmer

I. Die Einbeziehung dritter Unternehmen

Der Hauptauftragnehmer hat mehrere Möglichkeiten, dritte Unternehmen im Vergabeverfahren heranzuziehen; diese sind allerdings nicht Teilnehmer des Vergabeverfahrens: Zum einen kann der Hauptauftragnehmer dritte Unternehmen bei der Ausführung der konkreten Leistung in Anspruch nehmen (sog. Nachunternehmer). Nicht selten handelt es sich hierbei um mittelständische Unternehmen.¹ Verfügen die Wirtschaftsteilnehmer nicht über die notwendige Eignung, können sie sich zum anderen auf die Fähigkeiten Dritter berufen, um ihre eigene Eignung nachzuweisen, ohne den Dritten in die Auftragsdurchführung einzubeziehen (sog. Eignungsleihe). Dies ist vor allem auch für die mittelständischen Unternehmen eine Option, die Eignungshürde zu überwinden. Zudem kann der Hauptauftragnehmer beide Möglichkeiten kombinieren und sich für den Nachweis der Eignung auf die Ressourcen Dritter beziehen und diese auch als Nachunternehmer zur Erbringung der Leistungen einschalten (sog. qualifizierte Nachunternehmer).² Die Differenzierung zwischen Nachunternehmer und Eignungsleihe wird in der Praxis häufig vernachlässigt und übersehen, dass nicht jeder Nachunternehmer dem Wirtschaftsteilnehmer die Eignung leiht und nicht jede Eignungsleihe zum Nachunternehmereinsatz führt.³ Eine solche Unterscheidung ist aber erforderlich, um die jeweiligen Voraussetzungen für die Einbeziehung und die Nachweispflichten festzulegen.⁴

1. Regelungstechnischer Hintergrund

a. Nachunternehmer

Gem. Art. 71 Abs. 2 RL 2014/24/EU kann der Auftraggeber die Bieter in den Auftragsunterlagen auffordern, in ihren Angeboten den Anteil des Auftrages, den sie gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigen sowie die gegebenenfalls vorgeschlagenen Unterauftragnehmer, anzugeben.

b. Eignungsleihe

Darüber hinaus können sich die Wirtschaftsteilnehmer zum Nachweis ihrer Eignung auf Ressourcen Dritter berufen. Im Oberschwellenbereich ist diese Möglichkeit ausdrücklich geregelt. Gemäß Art. 63 RL 2014/24/EU hat der Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen der Eignungsprüfung die Möglichkeit, zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit und/oder Fachkunde – nicht aber der Zuverlässigkeit – auf die Fähigkeiten anderer Unternehmen zurückzugreifen,

¹ Eine Untersuchung des DIfU kam zu dem Ergebnis, dass bei 30 ausgewählten deutschen PPP-Hochbauprojekten im Durchschnitt ca. 70-80% der Nachunternehmer mittelständische Unternehmen sind, *Grabow/Hollbach-Grömig u.a.*, in: DIfU (Hrsg.), PPP und Mittelstand, S. 10, 62 ff.

² Relevant ist diese Unterscheidung für die vom Hauptauftragnehmer vorzulegenden Unterlagen und Nachweise, *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 EG VOB/A Rn. 101.

³ Siehe dazu *Conrad*, VergabeR 2012, 15 ff.; *Eydner*, IBR 2012, 64; *Probst/v. Holleben u.a.*, CR 2013, 200 ff. Siehe zur erforderlichen Abgrenzung auch OLG Düsseldorf, B.v. 30.6.2010 - VII-Verg 13/10, NZBau 2011, 54 ff.; BTDrucks. 18/7318, S. 193, 204.

⁴ *Conrad*, VergabeR 2012, 15 (18 ff.); *Probst/v. Holleben u.a.*, CR 2013, 200 (203); *Rosenkötter/Bary*, NZBau 2012, 486 (487).

ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen bestehenden Verbindungen. Im Bereich unterhalb der Schwellenwerte mangelt es an einer vergleichbaren Regelung. Allerdings steht den Wirtschaftsteilnehmern auch hier unter denselben Voraussetzungen die Möglichkeit der Eignungsleihe zu.

2. Begriff des Nachunternehmers

Im Hinblick auf die Begrifflichkeiten sind die Vergaberegeln nicht einheitlich. So ist in den Richtlinien die Rede von der Vergabe von Unteraufträgen⁵, im GWB, VgV, SektVO, KonzVgV und VOB/A die des Unterauftrages an Dritte; die VOB/A verwendet daneben die Formulierung des Nachunternehmers. Mitunter ist zudem der Begriff des Subunternehmers zu finden.⁶ Hierbei handelt es sich lediglich um unterschiedliche Synonyme, mit denen inhaltlich dasselbe gemeint ist.⁷ Zwar mangelt es an einer Definition des Nachunternehmerbegriffs. All den Begrifflichkeiten ist aber gemein, dass ein rechtlich selbständiger Dritter direkt vertraglich in die dem Hauptauftragnehmer obliegende Verpflichtung zur Auftragserfüllung einbezogen wird und auf dessen Rechnung und dessen Auftrag selbständig Teilleistungen aus dem zwischen dem Hauptauftragnehmer und dem Auftraggeber geschlossenen Vertrag erbringt, ohne dass der Nachunternehmer Vertragspartei des Auftraggebers oder Teil des Vergabeverfahrens wird.⁸ Abzugrenzen sind die Nachunternehmer von den Dritten, die reine Hilfstätigkeiten oder Hilfsfunktionen ausführen.⁹ Ob ein Nachunternehmer vorliegt oder eine reine Hilfsperson, ist funktional zu bestimmen und hängt von der jeweiligen Ausschreibung ab. Entscheidend ist, ob es sich bei der vom Dritten ausgeführten Tätigkeit um eine abgeschlossene und einen gewissen Grad an Eigenständigkeit und Wesentlichkeit aufweisende sowie im funktionalen, spezifischen Zusammenhang mit der Auftragsleistung stehende Teilleistung handelt.¹⁰

⁵ Art. 71 RL 2014/24/EU.

⁶ BGH, U.v. 10.6.2008 - X ZR 78/07 Rn. 12 (zitiert nach Juris); Müller-Wrede, Anforderungen in: ders. (Hrsg.), Kompendium, § 20 Rn. 9; Burgi, NZBau 2010, 593 (593).

⁷ Burgi, NZBau 2010, 593 (593).

⁸ OLG München, B.v. 10.9.2009 - Verg 10/09 Rn. 68; OLG Naumburg, B.v. 2.7.2009 - Verg 2/09 Rn. 53 f.; OLG Celle, B.v. 5.7.2007 - 13 Verg 8/07 Rn 17; jewls. zitiert nach Juris; Bauer, in: Heiermann/Riedl u.a. (Hrsg.), VOB, Einf. zu § 6 VOB/A Rn. 8 m.w.N.; Burgi, NZBau 2010, 593 (594); Conrad, VergabeR 2012, 15 (18 f.); Hausmann/v. Hoff, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6VOB/A Rn. 175, § 6 EG VOB/A Rn. 99; dies., in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 7 EG VOL/A Rn. 88; Motzke, in: Dreher/ders. (Hrsg.), VergR, § 8 VOB/A Rn. 41; Probst/v. Holleben u.a., CR 2013, 200 (201); v. Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB, § 8 VOB/A Rn. 40; Ritzek-Seidl, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 8 VOB/A Rn. 17; Weyand, VergR, § 97 GWB Rn. 591 f. m.w.N., 596, 605.

⁹ Dies können Stromlieferungen, reine Speditionsleistungen, Gerätemiete, Baustoff- und Baulieferungen, Lieferung von Vorprodukten, sofern es sich um standardisierte Elemente handelt, sein, vgl. nur OLG München, B.v. 10.9.2009 - Verg 10/09 Rn. 68; OLG Naumburg, B.v. 4.9.2008 - 1 Verg 4/08 Rn. 45; VK Bund, B.v. 30.9.2010 - VK 2-80/10 Rn. 133; jewls. zitiert nach Juris. Weniger eindeutig und konsequent OLG Düsseldorf, B.v. 27.10.2010 - VII-Verg 47/10 Rn. 31 f.; OLG Düsseldorf, B.v. 22.7.2008 - VII-Verg 20/07 Rn. 45; jewls. zitiert nach Juris; Bauer, in: Heiermann/Riedl u.a. (Hrsg.), VOB, Einf. zu § 6 VOB/A Rn. 12 m.w.N.; Hausmann/v. Hoff, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 EG VOB/A Rn. 99 m.w.N.; Motzke, in: Dreher/ders. (Hrsg.), VergR, § 8 VOB/A Rn. 42 m.w.N.; v. Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB, § 8 VOB/A Rn. 40 m.w.N.; Ritzek-Seidl, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 8 VOB/A Rn. 17; Weyand, VergR, § 97 GWB Rn. 601 m.w.N.

¹⁰ Burgi, NZBau 2010, 593 (594); Conrad, VergabeR 2012, 15 (19); Hausmann/v. Hoff, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 7 EG VOL/A Rn. 88 m.w.N.; dies., in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 VOB/A Rn. 99 m.w.N.; Weyand, VergR, § 97 GWB Rn. 601 m.w.N.

3. Begriff des Hauptauftragnehmers

Der Hauptauftragnehmer, welcher Nachunternehmer einsetzt, kann als Alleinunternehmer und vor allem im Baubereich als Generalunternehmer oder Generalübernehmer auftreten. Der Alleinunternehmer erbringt die Leistung auf seinem Fachgebiet oder Gewerbegebiet allein und unmittelbar für den Auftraggeber, hierbei gibt er Teile oder die gesamte Leistung an Nachunternehmer ab.¹¹ Im Gegensatz dazu werden alle Gewerke der Leistung – d.h. alle Fachlose – gebündelt an einen Generalunternehmer bzw. -übernehmer vergeben.¹² Der Generalunternehmer erbringt für ein Bauprojekt die für die Herstellung eines Bauwerks erforderlichen Leistungen aller Fachgebiete oder Gewerbegebiete, wobei er einen Teil der Leistung selbst ausführt und für den anderen Teil Nachunternehmer einschaltet. Im Unterschied zu diesem delegiert der Generalübernehmer sämtliche Leistungen an Nachunternehmer.¹³ Die Vergabe an einen Generalunternehmer oder -übernehmer stellt demnach eine Gesamtfachlosvergabe dar, sodass das Vorliegen wirtschaftlicher oder technischer Gründe entgegen der Pflicht zur Losaufteilung eine Gesamtfachlosvergabe erfordern muss.¹⁴ Insofern ist es nicht Zweck der später näher dargestellten Regelung des § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB¹⁵, den Auftraggeber im Fall der Generalvergabe von der Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen der Gesamtvergabe zu befreien.¹⁶

a. Zulässigkeit der Generalübernehmervergabe – Gebot der Selbstausführung

aa. Oberhalb der Schwellenwerte

Lange Zeit war umstritten, ob eine Generalübernehmervergabe zulässig ist. So wurde aus § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A (2006) a.F. und § 7 Abs. 2 Nr. 1 VOL/A (2006) a.F. ein Gebot der Selbstausführung abgeleitet, sodass der Generalunternehmer eine bestimmte Eigenleistungsquote bzw. einen wesentlichen Teil der Leistung selbst erbringen musste, andererseits drohte ihm der Ausschluss vom Vergabeverfahren.¹⁷ Der Europäische Gerichtshof entschied aber in mehreren Entscheidungen, dass ein Selbstausführungsgebot nicht mit dem Unionsrecht vereinbar sei und daher auch Bieter zum Vergabeverfahren zugelassen werden müssen, wenn sie sich für den Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit ausschließlich auf Ressourcen

¹¹ Richter, Generalunternehmer, in: Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Baurecht, I. Teil Kap. D. II. 2 Rn. 189 m.w.N.

¹² Richter, Generalunternehmer, in: Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Baurecht, I. Teil Kap. D. II. 2 Rn. 191 m.w.N.

Auch schlüsselfertige Vergabe genannt, vgl. dazu nur Dähne/Schelle, VOB von A-Z, S. 607.

¹³ OLG Saarbrücken, B.v. 21-4-2004 - 1 Verg 1/04 Rn. 37; Antweiler, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 43 f.; Bauer, in: Heiermann/Riedl u.a. (Hrsg.), VOB, Einf. zu § 6 VOB/A Rn. 21, 31 m.w.N.; Hausmann/v. Hoff, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 EG VOB/A Rn. 98; Tomerius, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 29 m.w.N.; Weyand, VergR, § 97 GWB Rn. 575 ff., 641 ff.

¹⁴ Dreher, NZBau 2005, 427 (433). Daneben besteht auch die Möglichkeit der vertikalen Auftragsteilung an mehrere Generalunternehmer oder -übernehmer. In diesem Fall wird der Auftrag in einzelne Teillose geteilt, welche dann an verschiedene Generalunternehmer oder -übernehmer vergeben werden.

¹⁵ Siehe hierzu Kap. 3 § 19.

¹⁶ Ziekow, GewArch 59 (2013), 417 (422). A.A. Michallik, VergabeR 2011, 683 (689), wonach „[d]ie Vergabe an einen Generalunternehmer oder Generalübernehmer [...] sich aufgrund dieser vergaberechtlichen Bindung [§ 97 Abs. 3 S. 4 GWB] ... als mittelstandsförderndes Instrument zur Verbesserung der Chancengleichheit dar[stellt] [...]“.

¹⁷ U.a. OLG Düsseldorf, B.v. 5.7.2000 - Verg 5/99 (zitiert nach Juris). Weitere Nachweise u.a. bei Hausmann/v. Hoff, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 VOB/A Rn. 59 m. Fn. 106 f., Rn. 60. Siehe zum Umfang der Eigenleistungsquote nur Dreher, NZBau 2005, 427 (433) m.w.N.

anderer Unternehmen beziehen.¹⁸ Dies gilt dann auch für den Fall, dass sie die Leistungsausführung gänzlich an andere Unternehmen delegieren. Der deutsche Gesetzgeber reagierte mit dem Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung Öffentlich Privater Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften vom 1. September 2005¹⁹ sowie mit dem Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009²⁰ auf diese Rechtsprechung und passte die Vorschriften im Bereich oberhalb der Schwellenwerte an diese Vorgaben an.²¹ Ebenso wenig schränkt Art. 71 RL 2014/24/EU den Umfang der an Nachunternehmer zu vergebenden Leistungen ein. Da im Bereich oberhalb der Schwellenwerte somit kein Selbstausführungsgebot besteht²², spielt die Unterscheidung zwischen Generalunternehmer und Generalübernehmer in diesem Bereich keine Rolle mehr²³. Ausgehend hiervon sind die anderslautenden Vorschriften in den Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetzen der Länder, wonach die Weitergabe von Leistungen an Nachunternehmer grundsätzlich nur bis zu einer Höhe von 50% des Auftragswertes und/oder nur mit Zustimmung des Auftraggebers zulässig ist²⁴, im Bereich oberhalb der Schwellenwerte europarechtskonform auszulegen.²⁵

bb. Unterhalb der Schwellenwerte

Da der VOB-Verordnungsgeber an der Formulierung in § 3b Abs. 1 VOB/A²⁶ festgehalten hat und sich die oben genannten Entscheidungen²⁷ und Richtlinien nur auf den Bereich oberhalb der Schwellenwerte beziehen, ist für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte nicht abschließend geklärt, ob eine Generalübernehmervergabe zulässig ist. Teilweise wird aus dem Zusammenspiel des § 8a Abs. 1 VOB/A²⁸ mit § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B ein Gebot der Selbstausführung abgeleitet, da § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B festlegt, dass der Auftragnehmer die Leistungen grundsätzlich im eigenen Betrieb ausführen muss.²⁹ Jedoch gestattet § 4 Abs. 8 VOB/B es dem Auftragnehmer, mit schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers Leistungen an Nachunternehmer zu übertragen. Hinsichtlich des Umfangs der Weitergabe von Leistungen enthält § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B keine Beschränkungen. Lässt der Auftragnehmer Leistungen durch Nachunternehmer erbringen, obwohl sein Betrieb darauf eingerichtet ist, *kann* der Auftraggeber ihm eine angemessene Frist zur Aufnahme der Leistung im eigenen Betrieb setzen und erklären, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entzieht. § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B enthält daher keine unbedingte Verpflichtung zur Ausführung im eigenen Betrieb. Aus diesem Zusammenspiel folgt grundsätzlich kein umfassendes Gebot der

¹⁸ EuGH, U.v. 18.1.2007 - C-220/05; EuGH, U.v. 18.12.1997 - C-5/97; EuGH, U.v. 14.4.1994 - C-389/92; jewl. zitiert nach Juris.

¹⁹ BGBl I 2005, S. 2676.

²⁰ BGBl I 2009, S. 790.

²¹ Vgl. dazu § 4 Abs. 4 VgV a.F. (2005); § 6 Abs. 2 Nr. 2 VgV a.F. (2005) bzw. § 6 Abs. 1 Nr. 1 EG VOB/A a.F.; § 7 EG VOL/A a.F.

²² *Burgi*, NZBau 2010, 593 (593) m.w.N.; *Ziekow*, ÖPP, in: Küpper/Semper (Hrsg.), PPP, S. 129 (208 f.) m.w.N.

²³ So auch *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 7 EG VOL/A Rn. 85.

²⁴ So z.B. § 5 Abs. 1 S. 1 VgG HH; § 6 Abs. 1 S. 2 SächsVgG.

²⁵ *Burgi*, NZBau 2010, 593 (596) m.w.N.

²⁶ Bzw. § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A a.F.

²⁷ Vgl. Fn. 18.

²⁸ Bzw. § 8 Abs. 3 VOB/A a.F.

²⁹ *Bauer*, in: Heiermann/Riedl u.a. (Hrsg.), VOB, Einf. zu § 6 VOB/A Rn. 23, § 6 VOB/A Rn. 16; *Burgi*, NZBau 2010, 593 (596) m.w.N.; *Glahs*, in: Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB, § 6 VOB/A Rn. 44 f. m.w.N.

Selbstaussführung.³⁰ Weil der Auftraggeber sich auch im Unterschwellenbereich die Namen der Nachunternehmer nennen lassen, deren Eignung prüfen und sich einen Verfügbarkeitsnachweis vorlegen zu lassen kann, spricht die Gewährleistung einer effektiven Eignungsprüfung ebenso wenig für ein Verbot der Generalübernehmervergabe.³¹ Handelt es sich zudem um einen Auftrag mit grenzüberschreitendem Interesse, sind die Grundfreiheiten und die aus diesen abgeleiteten Grundsätze zu beachten. Ein Verbot der Generalübernehmervergabe kann die Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit der Generalübernehmer aus anderen Mitgliedstaaten tangieren, da sie keine Möglichkeit haben, sich am nationalen Beschaffungsmarkt unterhalb der Schwellenwerte zu beteiligen.³² Zu diesem Ergebnis gelangt man auch unter Heranziehung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Diskriminierungsverbotes.³³ Folglich besteht für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte kein absolutes Verbot der Generalübernehmervergabe oder ein absolutes Gebot der Selbstaussführung.³⁴ Sofern am Auftrag kein grenzüberschreitendes Interesse besteht, hat der Auftraggeber aber die Möglichkeit, die Generalübernehmervergabe auszuschließen und eine Selbstaussführungsquote festzulegen³⁵.

b. Mittelständische Interessen

Bei einer Generalübernehmervergabe sind daneben stets auch die mittelständischen Interessen zu beachten.³⁶ Für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte ergibt sich dies aus § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB, für den Bereich unterhalb aus den Mittelstandsförderungsgesetzen. Gleiches folgt aus dem Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz, weil die mittelständischen Unternehmen im Fall der Generalübernehmervergabe mangels Kapazitäten von der Teilnahme am Vergabeverfahren faktisch ausgeschlossen sind. Deshalb sind ihre Interessen zumindest auf der zweiten Stufe – Auswahl der Nachunternehmer – zu berücksichtigen.³⁷ Des Weiteren folgt nicht zuletzt aus der Verpflichtung der Losaufteilung, dass der Auftraggeber begründen muss, weshalb er eine Generalübernehmervergabe gewählt hat.³⁸

³⁰ *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 VOB/A Rn. 65; *Stoye*, NZBau 2004, 648 (650).

³¹ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 27; *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 VOB/A Rn. 67 m.w.N.

³² *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 28; *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 VOB/A Rn. 66. A.A. *Glahs*, in: Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB, § 6 VOB/A Rn. 46 f.; *Ziekow*, ÖPP, in: Küpper/Semper (Hrsg.), PPP, S. 129 (209).

³³ *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 VOB/A Rn. 69 m.w.N.; *Zeiss*, Sichere Vergabe, S. 242. A.A. *Glahs*, in: Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB, § 6 VOB/A Rn. 47.

³⁴ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 28 m.w.N.; *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 VOB/A Rn. 65 ff.; *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 37; *Zeiss*, Sichere Vergabe, S. 242. A.A. *Bauer*, in: Heiermann/Riedl u.a. (Hrsg.), VOB, § 6 VOB/A Rn. 16; *Glahs*, in: Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB, § 6 VOB/A Rn. 48 m.w.N.

³⁵ Hierzu sind unterschiedliche Quoten zu finden: vgl. 1/3: OLG Saarbrücken v. 21.4.2004, 1 Verg 1/04 Rn. 38 m.w.N.; OLG Frankfurt a.M., B.v. 16.5.2000 - 11 Verg 1/99 Rn. 106; VK Nordbayern, B.v. 14.8.2001 - 320.VK-3194-25/01 Rn. 70; jewls. zitiert nach *Juris*; 50%: OLG Bremen, B.v. 20.7.2000 - Verg 1/2000 Rn. 29 (zitiert nach *Juris*).

³⁶ So auch *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 VOB/A Rn. 68; *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 36, 39.

³⁷ Siehe hierzu Kap. 3 § 19.

³⁸ *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 6 VOB/A Rn. 38 f.

4. Eignungsleihe

Im Rahmen der Eignungsleihe bezieht sich der Wirtschaftsteilnehmer zum Nachweis seiner technischen und fachlichen und/oder finanziellen und wirtschaftlichen Eignung auf die Ressourcen von Drittunternehmen, ohne dass diese zwangsläufig Nachunternehmer sind. Somit ist der Drittunternehmer bei der Eignungsleihe unabhängig von der Nachunternehmerschaft zu definieren.³⁹ Dritter i.S.d. Eignungsleihe ist jeder, „auf dessen Fähigkeiten sich der Bieter beruft, um seine eigene Eignung zur Erbringung des zu vergebenden Auftrags nachzuweisen.“⁴⁰ Hierbei ist grundsätzlich eine unbegrenzte Eignungsleihe möglich, sodass der Auftraggeber nicht verlangen kann, dass der Wirtschaftsteilnehmer – von der Zuverlässigkeit abgesehen – über einen Eigenleistungsteil verfügen muss.⁴¹ Allerdings entschied der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 10. Oktober 2013⁴² als Ausnahmefall, dass „[e]s [...] Arbeiten geben [mag], die aufgrund ihrer Besonderheiten eine bestimmte Kapazität erfordern, die sich durch die Zusammenfassung kleinerer Kapazitäten mehrerer Wirtschaftsteilnehmer möglicherweise nicht erlangen lässt. In einem solchen Fall wäre der öffentliche Auftraggeber berechtigt, zu verlangen, dass ein einziger Wirtschaftsteilnehmer die Mindestanforderung hinsichtlich der betreffenden Kapazität erfüllt [...] soweit dieses Erfordernis mit dem fraglichen Auftragsgegenstand zusammenhängt und ihm angemessen ist.“ Diese Überlegungen haben Eingang in Art. 63 Abs. 2 RL 2014/24/EU gefunden, wonach der Auftraggeber bei „kritischen Aufgaben“ vorschreiben kann, dass sie direkt vom Bieter selbst ausgeführt werden. In umgekehrter Richtung gilt in Bezug auf die Inanspruchnahme der beruflichen Leistungsfähigkeit wie Ausbildungs- und Befähigungsnachweisen und der einschlägigen beruflichen Erfahrungen gem. Art. 63 Abs. 1 Satz 2 RL 2014/24/EU ähnliches. Diese Fähigkeiten kann der Wirtschaftsteilnehmer mitunter nur „leihen“, wenn die Unternehmen die Leistung erbringen, für die diese Kapazitäten benötigt werden.⁴³ Demzufolge ist die unbegrenzte Eignungsleihe der Regelfall. In Ausnahmefällen kann der Auftraggeber jedoch festlegen, dass bestimmte Eignungskriterien in der Person des Wirtschaftsteilnehmers erfüllt sein müssen – es besteht kein absolutes Verbot von Einschränkungen der Eignungsleihe⁴⁴.

II. Voraussetzungen für die Einbeziehung

Zieht der Hauptauftragnehmer zur Erfüllung von Teilen oder der gesamten Auftragsleistung Dritte heran, hat der Auftraggeber ein berechtigtes Interesse daran zu wissen, wer die Leistung tatsächlich ausführt und ob dieser hierfür die erforderliche Eignung aufweist.⁴⁵ Demgemäß treffen den Hauptauftragnehmer vor allem im Bereich oberhalb der Schwellenwerte bestimmte Angaben- und Nachweispflichten. Die bis zum 17. April 2016 geltenden nationalen Regelungen waren aufgrund der mangelnden Differenzierung zwischen der Nachunterneh-

³⁹ Conrad, VergabeR 2012, 15 (19 f.).

⁴⁰ Conrad, VergabeR 2012, 15 (21).

⁴¹ Vgl. dazu nur EuGH, U.v. 18.1.2007 - C-220/05; EuGH, U.v. 18.12.1997 - C-5/97; EuGH, U.v. 14.4.1994 - C-389/92; jewls. zitiert nach Juris. *Probst/v. Holleben u.a.*, CR 2013, 200 (203) m.w.N.

⁴² EuGH, U.v. 10.10.2013 - C-94/12 Rn. 35 (zitiert nach Juris).

⁴³ Ein solches Verständnis klingt bezüglich der Vorgängerrichtlinien auch bei den Schlussanträgen in der Rechtsache C-324/14 Rn. 31 f. (zitiert nach Juris) vor dem EuGH an.

⁴⁴ Siehe hierzu auch *Stoye/Brugger*, VergabeR 2015, 647 ff. (insbes. 650).

⁴⁵ *Burgi*, NZBau 2010, 593 (596 f.) m.w.N.; *Dittmann*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 16 VOL/A Rn. 28; *Motzke*, in: Dreher/ders. (Hrsg.), VergR, § 8 VOB/A Rn. 41; *Stoye/Hoffmann*, VergabeR 2009, 569 (571) m.w.N.

merschaft und der Eignungsleihe und der fehlenden Aussagekraft in Bezug auf den Zeitpunkt der Benennung der Nachunternehmer⁴⁶, der Vorlage erforderlicher Eignungsnachweise⁴⁷ und der Verfügbarkeitserklärung⁴⁸ nicht mittelstandsfreundlich.

Nicht selten werden mittelständische Unternehmen als Nachunternehmer eingesetzt oder bedienen sich der Eignung anderer Unternehmen, um ihre Nachteile im Bereich der Fachkunde und Leistungsfähigkeit auszugleichen. Jedoch drohte den Wirtschaftsteilnehmern, die sich zum Nachweis ihrer Eignung auf die Ressourcen Dritter berufen und/oder Nachunternehmer einsetzen, in der Praxis mitunter der Ausschluss vom Vergabeverfahren, wenn sie die Angaben, Erklärungen und Nachweise bezüglich der Nachunternehmer oder der Drittunternehmen, deren Eignung sie sich leihen, nicht mit Abgabe des Angebotes oder des Teilnahmeantrages vorlegten.⁴⁹ Ebenso gingen bestehende Zweifel der Eignung grundsätzlich zulasten des Bieters mit der Folge seines Ausschlusses⁵⁰.

⁴⁶ Gem. § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/A bzw. EG VOB/A a.F.; § 8 Abs. 3 SektVO a.F. konnte der Auftraggeber die Bieter auffordern, in ihrem Angebot die Leistungen anzugeben, die sie an Nachunternehmer zu vergeben beabsichtigen. Zwar enthielten die VOL/A a.F. und die VOF a.F. keine vergleichbaren Regelungen, jedoch konnte der Auftraggeber in diesen Verfahren die Angabe gleicher Informationen fordern, vgl. dazu nur *Dittmann*, in: *Kulartz/Marx u.a.* (Hrsg.), VOL/A, § 16 VOL/A Rn. 29 m.w.N. Mit Angebotsabgabe zu benennen waren lediglich die Leistungen, die an Nachunternehmer übertragen werden sollen, nicht hingegen der konkrete Nachunternehmer. In der Praxis verlangten die Auftraggeber aber häufig mit dem Angebot oder dem Teilnahmeantrag zugleich die Vorlage eines Nachunternehmerverzeichnisses oder die namentliche Nennung der Nachunternehmer, vgl. dazu *Motzke*, in: *Dreher/ders.* (Hrsg.), *VergR*, § 8 VOB/A Rn. 41, 44; *Ritzek-Seidl*, in: *Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), *VergR*, § 8 VOB/A Rn. 20; *Verfürth*, in: *Kulartz/Marx u.a.* (Hrsg.), VOB/A, § 8 VOB/A Rn. 25 f. m.w.N.

⁴⁷ Da keine „ungeschriebene Pflicht [bestand], für jeden Nachunternehmer [...] Eignungsnachweis[e] zu erbringen“ (VK Sachsen, B.v. 22.10.2010 - 1/SVK/022-10 Rn. 40 [zitiert nach *Juris*]), musste der Auftraggeber in der Vergabebekanntmachung eindeutig und zweifelsfrei angeben, welche Angaben und Nachweise zur Darlegung der Eignung im Hinblick auf die vom Nachunternehmer auszuführenden Teilleistungen vorzulegen waren, vgl. dazu nur VK Mainz, B.v. 17.11.2009 - VK 2-51/09 Rn. 93 (zitiert nach *Juris*); *Bauer*, in: *Heiermann/Riedl u.a.* (Hrsg.), VOB, Einf. zu § 6 EG VOB/A Rn. 124 m.w.N.; *Burgi*, NZBau 2010, 593 (596 f.) m.w.N.; *Conrad*, *VergabeR* 2012, 15 (19) m.w.N.; *Hausmann/v. Hoff*, in: *Kulartz/Marx u.a.* (Hrsg.), VOB/A, § 6 VOB/A Rn. 177 m.w.N.; *Probst/v. Holleben u.a.*, CR 2013, 200 (203); *Rosenkötter/Bary*, NZBau 2012, 486 (487). Siehe zur zweifelsfreien und eindeutigen Angabe nur *Motzke*, in: *Dreher/ders.* (Hrsg.), *VergR*, § 8 VOB/A Rn. 43; *Verfürth*, in: *Kulartz/Marx u.a.* (Hrsg.), VOB/A, § 8 VOB/A Rn. 28 m.w.N.; v. *Rintelen*, in: *Kapellmann/Messerschmidt* (Hrsg.), VOB, § 8 VOB/A Rn. 43 f. m.w.N. Die Forderung, die Nachunternehmerleistung lediglich zu bezeichnen, blieb dahinter zurück, da es sich hierbei nicht um einen Eignungsnachweis handelte; *Stoye/Hoffmann*, *VergabeR* 2009, 569 (571) m.w.N.; v. *Rintelen*, in: *Kapellmann/Messerschmidt* (Hrsg.), VOB, § 8 VOB/A Rn. 39 m.w.N.

⁴⁸ Daneben musste der Hauptauftragnehmer nachweisen, dass er über die herangezogene Leistungsfähigkeit in Bezug auf die konkrete Leistung verfügt. Dies wurde auf die nicht zwischen der Nachunternehmerschaft und der Eignungsleihe differenzierenden Regelungen der § 6 Abs. 8 EG VOB/A a.F., § 7 Abs. 9 Satz 2 EG VOL/A a.F., § 5 Abs. 6 Satz 2 VOF a.F. und § 20 Abs. 3 Satz 3 SektVO a.F. gestützt. Fraglich war wiederum, wann die Verfügbarkeitserklärung eingereicht werden musste. Eine zeitliche Angabe enthielt lediglich § 5 Abs. 6 Satz 2 VOF a.F., wonach der Auftragnehmer den Nachweis vor der Zuschlagserteilung vorlegen musste. Diese Regelung schloss es nicht aus, den Nachweis schon mit Angebotsabgabe zu fordern und bei mangelnder Vorlage das Angebot auszuschließen, vgl. dazu OLG Düsseldorf, B.v. 28.4.2008 - VII Verg 1/08 Rn. 46; OLG München, B.v. 6.11.2006 - Verg 17/06 Rn. 36; jewls. zitiert nach *Juris*.

⁴⁹ Siehe zum Ausschluss aufgrund mangelnder Vorlage der Eignungsnachweise für den Nachunternehmer bei Angebotsabgabe OLG Naumburg, B.v. 30.9.2010 - 1 U 50/10 Rn. 35, 38 sowie aufgrund mangelnder Vorlage des Verfügbarkeitsnachweises OLG Düsseldorf, B.v. 28.4.2008 - VII Verg 1/08 Rn. 46; OLG München, B.v. 6.11.2006 - Verg 17/06 Rn. 36; jewls. zitiert nach *Juris*.

⁵⁰ Siehe in Bezug auf Nachunternehmer: OLG Schleswig-Holstein, B.v. 30.5.2012 - 1 Verg 2/12 Rn. 20; *Bauer*, in: *Heiermann/Riedl u.a.* (Hrsg.), VOB, Einf. zu § 6 EG VOB/A Rn. 124 m.w.N.; *Dittmann*, in: *Kulartz/Marx u.a.* (Hrsg.), VOB/A, § 6 VOB/A Rn. 200 m.w.N. Siehe in Bezug auf die Eignungsleihe: OLG Schleswig-Holstein, B.v. 30.5.2012 - 1 Verg 2/12 Rn. 20; jewls. zitiert nach *Juris*.

Angesichts dieser vorschnellen Ausschlusspraxis vom Vergabeverfahren, reduzierte sich die Möglichkeit der mittelständischen Unternehmen, am Vergabeverfahren bzw. an der Auftragsdurchführung zu partizipieren. Ebenso gingen dem Auftraggeber potenzielle Angebote verloren.⁵¹ Der Gesetzgeber hat diese Regelungsdefizite und die Verabschiedung der Vergaberichtlinien 2014 zum Anlass genommen und in den Vergabeverordnungen eigenständige Regelungen zur Eignungsleihe und der Nachunternehmerschaft vorgesehen.

1. Nachunternehmer

§ 36 VgV⁵² setzt die Vorgaben des Art. 71 RL 2014/24/EU um und enthält eine eigenständige Regelung zu den Unteraufträgen bzw. der Nachunternehmerschaft. § 36 Abs. 1 VgV⁵³ schafft hinsichtlich des Zeitpunktes der Nachunternehmerbenennung und der Vorlage der erforderlichen Eignungsnachweise sowie Verpflichtungserklärungen Klarheit. Insbesondere fließt der von der Rechtsprechung in Bezug auf die Benennung und die Vorlage der Eignungsnachweise sowie des Verfügbarkeitsnachweises schon seit langem deklarierte Zumutbarkeits- und Verhältnismäßigkeitsmaßstab ein.

Hierzu entschied der Bundesgerichtshof in einem obiter dictum, dass die Angabe des konkreten Nachunternehmers in der Regel erst zu dem Zeitpunkt zwischen Angebotsabgabe und Zuschlagserteilung verlangt werden kann.⁵⁴ Eine wahrheitsgemäße Angabe ist den Bietern bei Angebotsabgabe nicht zuzumuten, da sie sich die Ausführung der Leistung von den ins Auge gefassten Nachunternehmern bindend zusagen lassen müssten, obwohl noch nicht klar ist, ob sie für die Zuschlagserteilung in Betracht kommen. Ein solches Vorgehen steht nicht im „angemessenen Verhältnis zu den Vorteilen dieser Vorgehensweise für die Vergabestelle [...], [da sich diese nur] den zusätzlichen organisatorischen und zeitlichen Aufwand, zu gegebener Zeit nach Angebotsöffnung von einem engeren Kreis der Bieter [...]“ derartige Informationen abzufragen und zu prüfen, erspart.⁵⁵ Gleiches gilt für die Verpflichtung zur Vorlage der Verfügbarkeitserklärung, sofern diese bereits mit Angebotsabgabe gefordert wird. Auch dies stellt eine unverhältnismäßige Belastung der Wirtschaftsteilnehmer dar.⁵⁶ Da der Verfügbarkeitsnachweis aber eine „obligatorische Grundlage für die Vergabeentscheidung“ ist⁵⁷, muss er zwar nicht schon mit Angebotsabgabe, aber spätestens zu dem Zeitpunkt vorliegen, zu dem der Auftraggeber über den Zuschlag entscheiden wollte.⁵⁸ Als Nachweis reichen keine unverbindlichen Zusagen, Absichtserklärungen oder „gentlemen

⁵¹ BGH, U.v. 10.6.2008 - X ZR 78/07 Rn. 14 (zitiert nach Juris).

⁵² Bzw. § 34 SektVO; § 33 KonzVgV.

⁵³ Da die Normen nahezu identisch sind, wird lediglich § 36 VgV als Referenznorm genannt.

⁵⁴ BGH, U.v. 10.6.2008 - X ZR 78/07 Rn. 12 (zitiert nach Juris). Vor dieser Entscheidung mussten Bieter aus Gleichheitsgesichtspunkten ausgeschlossen werden, wenn sie bei Angebotsabgabe trotz Aufforderung keine Nachunternehmerbenennung und keinen Verfügbarkeitsnachweis abgegeben haben, vgl. dazu nur die Nachweise bei *Stoye/Hoffmann*, VergabeR 2009, 569 ff. m.w.N.

⁵⁵ BGH, U.v. 10.6.2008 - X ZR 78/07 Rn. 14 (zitiert nach Juris); *Verfürth*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 8 EG VOB/A Rn. 27. A.A. OLG Celle, B.v. 2.10.2008 - 13 Verg 4/08 Rn. 74; OLG Naumburg, B.v. 30.9.2010 - 1 U 50/10 Rn. 36 ff.; jews. zitiert nach Juris. Siehe zu möglichen Ausnahmen, wonach die Angabe mit Angebotsabgabe zumutbar ist nur *Ritzek-Seidl*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 8 VOB/A Rn. 20 m.w.N. Siehe zur Kritik hieran *Stoye/Hoffmann*, VergabeR 2009, 569 (576 f.).

⁵⁶ BGH, U.v. 10.6.2008 - X ZR 78/07 Rn. 14 (zitiert nach Juris).

⁵⁷ *Stoye/Hoffmann*, VergabeR 2009, 569 (575).

⁵⁸ *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 EG VOB/A Rn. 104 m.w.N.; OLG München, B.v. 22.1.2009 - Verg 26/08 Rn. 49 (zitiert nach Juris).

agreements“ aus.⁵⁹ Vielmehr muss aus der Erklärung verbindlich hervorgehen, dass der Wirtschaftsteilnehmer im Falle des Zuschlags die ihm obliegende Verpflichtung ordnungsgemäß erfüllen kann, weil dem Zugriff auf die vom Dritten zur Verfügung gestellten Ressourcen nichts entgegensteht. Hierbei sind auch Zusagen in Form aufschiebend bedingter Verpflichtungserklärungen, wonach sich der Nachunternehmer für den Fall der Zuschlagserteilung verpflichtet, die jeweiligen Mittel zur Verfügung zu stellen, verbindliche Vorverträge oder rechtlich verbindliche Einverständniserklärungen ausreichend.⁶⁰

Insofern kann der Auftraggeber gem. § 36 Abs. 1 Satz 2 VgV spätestens vor Zuschlagserteilung von den Bietern, deren Angebote in die engere Wahl kommen, verlangen, die Nachunternehmer zu bezeichnen und den Verfügbarkeitsnachweis vorzulegen. Dies ist unter Heranziehung des § 36 Abs. 5 VgV nur konsequent, da der Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung die Eignung und das Vorliegen möglicher Ausschlussgründe in Bezug auf den Nachunternehmer prüfen soll. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass Angebote, die die Nachunternehmer noch nicht bezeichnen oder denen keine Eignungs- und Verfügbarkeitsnachweise beiliegen, nicht ausgeschlossen werden können, solange der Auftraggeber die Bieter nicht aufgefordert hat, entsprechende Nachweise⁶¹ einzureichen. Ebenso wenig dürfen bis zu dieser Aufforderung möglicherweise bestehende Zweifel an der Eignung des Nachunternehmers zu Lasten des Bieters gehen, weil § 36 Abs. 5 Sätze 2 und 3 VgV entsprechende Ersetzungsmöglichkeiten vorsehen, sofern in Bezug auf den Nachunternehmer etwaige Ausschlussgründe vorliegen. Mangels Einschränkungen im Hinblick auf den Umfang der an Nachunternehmer vergebenden Leistungsteile, enthält § 36 VgV zudem die im Oberschwellenbereich bestehende Möglichkeit der Generalübernehmervergabe. In der Verordnungsbeurteilung heißt es hierzu, dass „[i]m Rahmen der Unterauftragsvergabe [...] der gesamte oder ein Teil des Auftrags auf eine dritte Person übertragen [wird].“⁶²

2. Eignungsleihe

§ 47 VgV⁶³ setzt die Vorgaben des Art. 63 RL 2014/24/EU um und widmet der Eignungsleihe eine eigene Regelung. § 47 VgV beseitigt ebenfalls die Rechtsunsicherheiten in Bezug auf die vorzulegenden Nachweise, den Zeitpunkt der Nachweise und dessen Folgen im Fall der Nichtvorlage. Zwar legt § 47 Abs. 2 VgV keinen konkreten Zeitpunkt für das Einreichen der Eignungsnachweise des Drittunternehmens fest. Demgegenüber heißt es in Satz 1, dass der Auftraggeber *im Rahmen der Eignungsprüfung* überprüft, ob die Unternehmen, von denen sich der Wirtschaftsteilnehmer die Eignung leiht, die entsprechenden Eignungskriterien erfüllen und Ausschlussgründe vorliegen. Gemäß § 47 Abs. 1 VgV müssen die Wirtschaftsteilnehmer nachweisen, dass ihnen die erforderlichen Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen. Demnach müssen die Eignungsnachweise sowie der Verfügbarkeitsnachweis spätestens

⁵⁹ Antweiler, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 6a VOB/A Rn. 30 m.w.N.; Hausmann/v. Hoff, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 7 EG VOL/A Rn. 91 f. m.w.N.

⁶⁰ So auch Antweiler, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 6a VOB/A Rn. 30 m.w.N.; Bauer, in: Heiermann/Riedl u.a. (Hrsg.), VOB, Einf. zu § 6 EG VOB/A Rn. 125 m.w.N.

⁶¹ Siehe hierzu BTDrucks. 18/7318, S. 193.

⁶² BTDrucks. 18/7318, S. 193.

⁶³ Bzw. § 47 SektVO; § 25 Abs. 3 KonzVgV; § 6d EU VOB/A. Da die Vorschriften fast identisch sind, wird im Folgenden nur § 47 VgV als Referenznorm genannt.

zum Zeitpunkt der Eignungsprüfung vorliegen.⁶⁴ Denn der Wirtschaftsteilnehmer beruft sich in Bezug auf seine Eignung auf die Leistungsfähigkeit und/oder Fachkunde anderer Unternehmen, sodass die hierfür erforderlichen Eignungsnachweise bereits bei der Eignungsprüfung vorliegen müssen, weil sie für die Eignungsprüfung des Wirtschaftsteilnehmers relevant sind.⁶⁵ In diesem Zusammenhang bilden die Eignungsnachweise und der Verfügbarkeitsnachweis einen untrennbaren Zusammenhang.⁶⁶ Der Auftraggeber muss im Rahmen der Eignungsprüfung des Bieters prüfen, ob ihm die herangezogenen Kapazitäten auch tatsächlich zur Verfügung stehen⁶⁷, andernfalls trifft er seine „Auswahlentscheidung auf einer lückenhaften Tatsachengrundlage“⁶⁸.

Einerseits ist die Eignungsleihe grundsätzlich unbegrenzt möglich.⁶⁹ Andererseits entschied der Europäische Gerichtshof im Jahr 2013⁷⁰, dass es auch Ausnahmefälle geben kann. Diese in Art. 63 Abs. 2 RL 2014/24/EU eingegangene Auffassung wird fortan durch § 47 Abs. 5 VgV umgesetzt. Danach kann der Auftraggeber bei „kritischen Aufgaben“ vorschreiben, dass diese direkt vom Bieter selbst ausgeführt werden. In umgekehrter Richtung gilt ähnliches gem. § 47 Abs. 1 Satz 3 VgV in Bezug auf die Inanspruchnahme der beruflichen Leistungsfähigkeit wie Ausbildungs- und Befähigungsnachweisen und der einschlägigen beruflichen Erfahrungen. Jene kann der Wirtschaftsteilnehmer nur dann „leihen“, wenn die Unternehmen die Leistung erbringen, für die diese Kapazitäten benötigt werden.⁷¹ Folglich besteht auch nach den nationalen Vorschriften kein absolutes Verbot von Einschränkungen der Eignungsleihe⁷². Die gewählte Formulierung „selbst ausführen“ ist aber missverständlich, da sie nahelegt, dass damit zugleich die Möglichkeit der Generalübernahme unterbunden werden kann. Die Vorgabe des § 47 Abs. 5 VgV und deren europarechtliche Grundlage in Art. 63 Abs. 2 RL 2014/24/EU beziehen sich aber lediglich auf die Eignungsleihe und nicht auch auf die in § 36 VgV bzw. Art. 71 RL 2014/24/EU geregelte Nachunternehmerschaft. Dies hat zur Konsequenz, dass die Generalübernahme weiterhin zulässig ist. In Ausnahmefällen, d.h. bei kritischen Aufgaben, kann der Auftraggeber indes festlegen, dass der Wirtschaftsteilnehmer die geforderten Eignungskriterien selbst erfüllt, die gesamte Leistung aber dennoch an Nachunternehmer abgeben kann. Sollte mit der gewählten Formulierung gleichzeitig die Möglichkeit der Generalübernahme unterbunden werden, hätte der Richtlinien- und Ordnungsgeber dies entsprechend zum Ausdruck gebracht. Dieses Verständnis spiegelt sich auch in der der Regelung zugrunde liegenden Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs wider. In der entsprechenden Passage führt der Gerichtshof aus, dass der Auftraggeber verlangen kann, dass „ein einziger Wirtschaftsteilnehmer die Mindestanforderungen hinsichtlich der betreffenden Kapazität erfüllt“⁷³. Hier ist nur die Rede von der Erfüllung der Eignungskriterien in

⁶⁴ BTDrucks. 18/7318, S. 203.

⁶⁵ So auch *Stoye/Hoffmann*, VergabeR 2009, 569 (572 f.).

⁶⁶ *Stoye/Hoffmann*, VergabeR 2009, 569 (573 f.).

⁶⁷ BTDrucks. 18/7318, S. 204.

⁶⁸ *Stoye/Hoffmann*, VergabeR 2009, 569 (578).

⁶⁹ Vgl. dazu Kap. 3 § 14 I. 4.

⁷⁰ EuGH, U.v. 10.10.2013 - C-94/12 Rn. 35 (zitiert nach Juris).

⁷¹ Vgl. Art. 63 Abs. 1 S. 2 RL 2014/24/EU.

⁷² Siehe hierzu auch *Stoye/Brugger*, VergabeR 2015, 647 ff. (insbes. 650).

⁷³ EuGH, U.v. 10.10.2013 - C-94/12 Rn. 35 (zitiert nach Juris).

einer Person, nicht aber davon, dass diese Person den Teil des Auftrages allein ausführen muss.

3. Qualifizierter Nachunternehmer

In den Vergaberegungen findet ferner der qualifizierte Nachunternehmer Berücksichtigung. § 36 Abs. 1 Satz 3 VgV legt fest, dass die Voraussetzungen des § 47 VgV zusätzlich vorliegen müssen, wenn der Hauptauftragnehmer Nachunternehmer einsetzt, auf deren Kapazitäten er sich gleichzeitig beruft.

4. Zwischenergebnis

Der Ordnungsgeber hat die Möglichkeit genutzt, in den Bereichen der Eignungsleihe und der Nachunternehmerschaft Rechtssicherheit und -klarheit zu bringen. Dies kommt nicht zuletzt auch den mittelständischen Unternehmen zugute. Leider wurden in der VOB/A keine vergleichbar detaillierten Vorschriften in Bezug auf die Nachunternehmerschaft geschaffen. Hierin zeigt sich einmal mehr die Diskrepanz zwischen den Regelungen in den Vergabeverordnungen und der Vergabeordnung. Der Vergabeverordnungsgeber sollte daher das Defizit in der VOB/A beseitigen und eine dem § 36 VgV entsprechende Regelung einführen.

III. Regelungen unterhalb der Schwellenwerte

Im Bereich unterhalb der Schwellenwerte mangelt es mitunter gänzlich an Regelungen, die sich mit der Frage auseinandersetzen, ob und was der Hauptauftragnehmer bei einem Einsatz von Nachunternehmern oder der Eignungsleihe nachweisen und vorlegen muss.⁷⁴ Hieran hat sich durch die Modernisierung der Vergaberegungen leider nichts geändert.

IV. Zusammenfassung

Dritte Unternehmen können im Vergabeverfahren in mehrfacher Hinsicht einbezogen werden. Als Hauptauftragnehmer, der dritte Unternehmen heranzieht, können im Bereich oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte Alleinunternehmer, Generalübernehmer und Generalunternehmer in Betracht kommen. Im Bereich oberhalb der Schwellenwerte ist die Generalübernehmervergabe ohne Einschränkungen zulässig. Für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte gilt grundsätzlich das gleiche. Allerdings hat der Auftraggeber die Möglichkeit, die Generalübernehmervergabe auszuschließen und eine bestimmte Selbstausführungsquote festzulegen, sofern am Auftrag kein grenzüberschreitendes Interesse besteht. In jedem Fall müssen bei einer Generalübernehmervergabe aber stets auch die mittelständischen Interessen berücksichtigt werden. Für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte folgt dies aus § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB, für den Bereich unterhalb aus den Mittelstandsförderungsgesetzen sowie aus dem Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz. Darüber

⁷⁴ Einigen landesrechtliche Regelungen sehen vor, dass das Angebot ausgeschlossen werden kann, wenn der Bieter in Bezug auf die Nachunternehmer nicht die erforderlichen Eignungsnachweise und/oder Erklärungen vorlegt, vgl. zur Möglichkeit des Ausschluss z.B. § 7 Abs. 2 VgG HH; § 13 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 15 Abs. 2 VgG LSA; § 6 Abs. 1 S. 4 - 5 SächsVgG; § 8 Abs. 2 TTG SH; § 8 Abs. 2 TVgG NRW; § 15 Abs. 3 TTG Brem. Wobei einige landesrechtliche Regelungen aber wiederum die Möglichkeit eines nachträglichen Wechsels oder einer nachträglichen Einschaltung von Nachunternehmern vorsehen, vgl. dazu nur § 12 Abs. 3 VgG Thür.

hinaus muss der Auftraggeber entsprechend begründen, warum er eine Generalübernehmervergabe gewählt hat. Dies folgt nicht zuletzt aus der Verpflichtung zur Losaufteilung.

Eine Heranziehung dritter Unternehmen ist in Form der Eignungsleihe und der Nachunternehmerschaft sowie in Kombination beider Möglichkeiten denkbar. Die bis zum 17. April 2016 geltenden nationalen Regelungen differenzierten weder zwischen der Nachunternehmerschaft noch der Eignungsleihe und waren teilweise wenig aussagekräftig in Bezug auf den Zeitpunkt der Benennung der Nachunternehmer, der Vorlage erforderlicher Eignungsnachweise und der Verfügbarkeitserklärung. Dies führte zu Rechtsunsicherheit und -unklarheit. Der nationale Gesetzgeber nutzte die Vergaberechtsmodernisierung 2016 erfreulicherweise, um in diesem Bereich mehr Transparenz und Vereinheitlichung zu schaffen. Hierbei widmet er der Eignungsleihe und der Nachunternehmerschaft jeweils eigenständige Regelungen, die die Zeitpunkte der Nachunternehmerbenennung, der Vorlage der erforderlichen Eignungsnachweise sowie der Verpflichtungserklärungen konkretisieren.

Die Nachunternehmerschaft kann für mittelständische Unternehmen unter Umständen die einzige Möglichkeit sein, sich an einem öffentlichen Auftrag zu beteiligen, weil sie allein nicht über die erforderliche Leistungsfähigkeit für die gesamte ausgeschriebene Leistung verfügen.⁷⁵ Aufgrund dessen stellt die Nachunternehmerschaft ein Instrument der Mittelstandsförderung dar.⁷⁶ Die Möglichkeit der Nachunternehmerschaft soll dagegen nicht darüber hinweg täuschen, dass der Auftraggeber auch weitere Maßnahme ergreifen muss, um mittelständischen Unternehmen direkt den Zugang zum Beschaffungsmarkt zu ermöglichen. Denn der Normzweck des § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB und die Forderung einer ausgewogenen Wirtschaftsstruktur erfordern es, mittelständische Unternehmen nicht lediglich in die Rolle als Nachunternehmer zu drängen und sie in die Lage zu versetzen, sich eigenständig für einen Auftrag zu bewerben.⁷⁷ Dementsprechend darf der Auftraggeber nicht deswegen von der Losaufteilung absehen, weil er Bietergemeinschaften oder Nachunternehmer zugelassen hat.⁷⁸ Insofern ersetzt die Zulassung von Nachunternehmern und Bietergemeinschaften die mittelstandsgerechte Verfahrensausgestaltung gem. § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB nicht, sondern steht als vollwertige Alternative neben ihr. Hierfür spricht daneben, dass den Nachunternehmern die Gewinnspannen verloren gehen, die sie im Falle der eigenen Beauftragung hätten erzielen können.⁷⁹

⁷⁵ *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 6 VOB/A Rn. 175 m.w.N.

⁷⁶ *Bultmann*, Beihilfenrecht, S. 159; *Burgi*, NZBau 2010, 593 (593).

⁷⁷ OLG Düsseldorf, B.v. 4.3.2004 - VII-Verg 8/04 Rn. 9 (zitiert nach Juris); *Bultmann*, Beihilfenrecht, S. 159 m. Fn. 52; *Robl*, Mittelständische Interessen, in: FS Franke, S. 291 (293).

⁷⁸ VK Nordbayern, B.v. 19.5.2009 - 21.VK-3194-13/09 Rn. 72 (zitiert nach Juris). *Ziekow*, ÖPP, in: Küpper/Semper (Hrsg.), PPP, S. 129 (222).

⁷⁹ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 43.

§ 15 Pflicht zur Losaufteilung

Mittelständische Unternehmen verfügen häufig nicht über die notwendigen finanziellen, technischen und personellen Kapazitäten, um für den gesamten Auftrag zu bieten.¹ Die im Februar 2014 im Auftrag der Europäischen Kommission erstellte Studie „SMEs' access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU“ kam zu dem Ergebnis, dass der Auftragswert der größte Einflussfaktor in Bezug auf die Auftragserhaltung mittelständischer Unternehmen ist. Überschreitet das Auftragsvolumen einen Wert von durchschnittlich 60.000 Euro, sinkt die Wahrscheinlichkeit, dass ein KMU den Auftrag tatsächlich erhält.² Die Hürde hoher Auftragsvolumen kann unter anderem durch die bereits erörterten Möglichkeiten der Zulassung von Bietergemeinschaften, der Eignungsleihe oder dem Einsatz von Nachunternehmern begegnet werden. Eines der wichtigsten Instrumente zur Überwindung dieser Hürde stellt indes die Losaufteilung dar. Zu diesem Ergebnis kam auch die oben angesprochene Studie.³ So wünschenswert die Teilung des Auftrages in Lose ist, so problematisch gestaltet sie sich oftmals in der Praxis: Besteht eine Pflicht zur Losaufteilung, welche Lose sind wie und wann zu bilden, unter welchen Voraussetzungen kann oder muss gar von der Losaufteilung abgesehen werden und ist die Losaufteilung überhaupt mit höherrangigem Recht vereinbar? Aus diesem Grund beschäftigen sich dieses und die folgenden Kapitel mit dem für die Mittelstandsförderung im Vergabewesen bedeutsamsten Instrument der Losaufteilung.

I. Regelungen in den Richtlinien zur Losaufteilung

Die Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG enthielten keine Pflicht zur Losaufteilung⁴ und setzten diese auch nicht in Bezug zur Mittelstandsförderung. Sie erwähnten die Losaufteilung lediglich im Zusammenhang mit der Bestimmung des Auftragswertes⁵. Anders hingegen die Richtlinien 2014: Anliegen dieser ist es, unter anderem die öffentlichen Auftraggeber zu ermutigen, große Aufträge in Lose zu unterteilen, um die öffentliche Auftragsvergabe an die Bedürfnisse der KMU anzupassen.⁶ Mit Art. 46 RL 2014/24/EU hat das Instrument der Losaufteilung Eingang in die europäischen Richtlinien gefunden.

1. Rechtliche Einordnung

Art. 46 Abs. 1 RL 2014/24/EU stellt die Losaufteilung in das Ermessen der Auftraggeber. Die Auftraggeber können den Auftrag in Lose teilen und Größe und Gegenstand der Lose frei bestimmen. Entscheidet der öffentliche Auftraggeber, dass eine Unterteilung des Auftrages in Lose nicht sinnvoll ist, soll er im Vergabevermerk oder in den Auftragsunterlagen die Hauptgründe für die Entscheidung angeben. Allerdings unterliegt diese Entscheidung keiner

¹ Europäische Kommission, Code of best practice, S. 7.

² PWC, SMEs, S. 6, 62 f., mit Ausnahme des medizinischen Sektors. Dieses Ergebnis spiegelt sich zudem in der Untersuchung des DIfU über 30 ausgewählte Hochbauprojekte wider, vgl. dazu *Grabow/Hollbach-Grömig u.a.*, in: DIfU (Hrsg.), PPP und Mittelstand, S. 89 f.

³ PWC, SMEs, S. 53.

⁴ Antwortschreiben der Kommission v. 5.9.2003 auf eine schriftliche Anfrage E-2379/03 ABI EU v. 6.2.2004, Nr. C 33 E/258; Ewgr. 9 RL 2004/18/EG; Ewgr. 16 RL 2004/17/EG.

⁵ Art. 9 Abs. 5 lit. a), b) RL 2004/18/EG; Art. 17 Abs. 6 lit. a), b) RL 2004/17/EG.

⁶ Ewgr. 78 RL 2014/24/EU.

administrativen oder gerichtlichen Kontrolle, sodass sie nicht justiziabel ist.⁷ Demnach besteht auf Grundlage der Richtlinien 2014 nach wie vor keine Pflicht zur Losaufteilung.

2. Tatbestandvoraussetzungen

Art. 46 Abs. 1 RL 2014/24/EU enthält keine Angaben darüber, welche Losarten gebildet werden können. Vielmehr ist in Art. 46 Abs. 1 RL 2014/24/EU lediglich die Rede von mehreren Losen, deren Größe und Gegenstand der Auftraggeber frei bestimmen kann. Nähere Konkretisierungen enthält Erwägungsgrund 78 RL 2014/24/EU, wonach die Losaufteilung auf quantitativer⁸ oder auf qualitativer Grundlage⁹ erfolgen soll. Auch wenn die Richtlinien die im nationalen Recht gebräuchlichen Begriffe der Fach- und Teillose nicht ausdrücklich verwenden, so sind diese mit der Aufteilung nach qualitativen und quantitativen Kriterien gemeint. Gründe, nach denen von der Auftragssteilung abgesehen werden kann, sind in Art. 46 RL 2014/24/EU nicht aufgeführt. Erwägungsgrund 78 RL 2014/24/EU enthält hierzu wiederum beispielhafte Aufzählungen.¹⁰

Da die Richtlinien keine Pflicht zur Losvergabe beinhalten, bleiben sie hinter ihrem Ziel, die Teilnahme der KMU am Vergabeverfahren zu erleichtern, zurück. Die unterlassene Losaufteilung ist für die Auftraggeber an keinerlei Konsequenzen gebunden und kann nicht gerichtlich überprüft oder gar durchgesetzt werden. Jedoch eröffnen die Richtlinien 2014 den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, in ihren Bemühungen um die Förderung der Teilnahme von KMU am Vergabeverfahren über die in den Richtlinien enthaltenen Regelungen hinaus zu gehen und die Aufteilung in Lose unter bestimmten Bedingungen verbindlich vorzuschreiben.¹¹

II. Nationale Regelungen zur Losaufteilung

Der deutsche Gesetzgeber ist im Hinblick auf die Verankerung der Losaufteilung Vorreiter und auch den Richtlinien 2014 weit voraus. So sahen die „seit Urzeiten geltenden“¹² und schon vor Einführung des § 97 Abs. 3 GWB a.F. bestehenden § 4 Nr. 2 und 3 VOB/A und § 5 VOL/A a.F. bereits vor, dass umfangreiche Leistungen in Teil- oder Fachlose geteilt werden konnten. § 5 Nr. 1 VOL/A a.F. reglementierte sogar ausdrücklich, dass eine Aufteilung erfolgen soll, damit sich auch kleine und mittlere Unternehmen bewerben können. Trotz dieser Programmsätze entschied der Bundesgerichtshof zu § 5 VOL/A a.F., dass die „Paketlösung“ die Regel und die Losaufteilung die begründungspflichtige Ausnahme sei.¹³ Dies sollte sich durch die Einführung des § 97 Abs. 3 GWB a.F. im Jahr 1999 ändern. In der ab dem 1. Januar 1999 geltenden Fassung hieß es, dass „mittelständische Interessen [...] vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen“ sind. Die

⁷ Ewgr. 78 RL 2014/24/EU.

⁸ Wonach die Größe der Einzelaufträge jeweils den Kapazitäten der KMU entsprechen soll.

⁹ Wonach die Lose den verschiedenen involvierten Gewerken und Spezialisierungen entsprechen soll, sodass der Inhalt der Einzelaufträge stärker an die Fachsektoren der KMU angepasst wird.

¹⁰ Bspw. die Befürchtung des Auftraggebers, dass die Aufteilung den Wettbewerb beschränken könnte, die Ausführung des Auftrages technisch übermäßig erschwert oder kostspielig würde, oder dass mit der Notwendigkeit zur Koordinierung der verschiedenen Auftragnehmer für die Lose die ernsthafte Gefahr einer Untergrabung der sachgerechten Ausführung des Auftrages verbunden sein könnte.

¹¹ Ewgr. 78 RL 2014/24/EU; Art. 46 Abs. 4 RL 2014/24/EU.

¹² *Kus*, NZBau 2009, 21 (21).

¹³ BGH, U.v. 17.2.1999 - X ZR 101/97, NJW 2000, 137 (140).

Einführung der Regelung war unter anderem erstrebenswert, um auch im Anwendungsbereich des GWB eine Losaufteilung vorzusehen und damit ein „Leerlaufen“ der Regelungen in der VOB/A und VOL/A zu unterbinden¹⁴, sie abzusichern¹⁵ und aufzuwerten¹⁶. So wünschenswert die Intention des Gesetzgebers mit der Einführung war, so fanden trotz dieses „schlummernden Programmsatzes“ in den seltensten Fällen mittelstandsgerechte (bzw. -freundliche) Auftragsvergaben statt.¹⁷ So beklagten die mittelständischen Unternehmen, dass bei den Auftragsvergaben die Bündelung der Nachfragemacht und die Zusammenfassung teilbarer Leistungen der Regelfall sind¹⁸. Dies nahm der Gesetzgeber zum Anlass und verschärfte im Jahr 2009 durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts¹⁹ die Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB a.F.²⁰, welche seit dem 18. April 2016 unverändert in § 97 Abs. 4 GWB enthalten ist. § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB statuiert, dass die Interessen des Mittelstandes nicht mehr nur angemessen, sondern vornehmlich zu berücksichtigen sind. Satz 2 schreibt die Verpflichtung zur Losvergabe fest. Satz 3 verdeutlicht, dass der Auftraggeber nur noch in begründeten Ausnahmefällen von der Losvergabe absehen kann. Die Pflicht zur Losaufteilung gilt gem. § 5 Abs. 2 VOB/A und § 2 Abs. 2 VOL/A auch für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte. Zwar steht die Losaufteilung hier nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Berücksichtigung mittelständischer Interessen, dennoch verfolgen sie aber das gleiche Ziel.²¹

1. **Rechtliche Einordnung des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB als vergaberechtlicher Grundsatz**

Nicht zuletzt aufgrund seiner Verankerung in § 97 GWB unter der Überschrift „Allgemeine Grundsätze“, stellt § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB „eine[n] weiteren, vom öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zwingend zu beachtenden Grundsatz“²² dar, mit der Folge, dass es sich nicht mehr nur um einen unverbindlichen Programmsatz handelt, sondern § 97 Abs. 4 GWB ein „bieterschützendes Recht im Sinne von § 97 Abs. [6] GWB“ ist.²³ Zur Vorgängerregelung des § 97 Abs. 4 GWB gab es bereits Ansichten, die diesbezüglich ebenfalls von einem „zwingend zu beachtenden Grundsatz“²⁴ und von einem subjektiven

¹⁴ *Kus*, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 117.

¹⁵ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 9 m.w.N.; *Robl*, Mittelständische Interessen, in: FS Franke, S. 291 (294).

¹⁶ *Stickler*, in: Reidt/ders. u.a. (Hrsg.), VergR, 2000, § 97 GWB Rn. 12.

¹⁷ BTDrucks. 16/10117, S. 13; *Egidy*, DÖV 2009, 835 (837); *Köster*, BauR 2009, 1069 (1069). Siehe dazu auch die Ergebnisse der empirischen Untersuchung von *Ruh*, VergabeR 2005, 718 ff.

¹⁸ BTDrucks. 16/10117, S. 15; *Byok*, NVwZ 2009, 551 (552); *Egidy*, DÖV 2009, 835 (837); *Köster*, BauR 2009, 1069 (1069).

¹⁹ BGBl I 2009, S. 790.

²⁰ BTDrucks. 16/10117, S. 15; *Just*, in: Schulte/ders. (Hrsg.), KartellR, § 97 GWB Rn. 21; *Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, 585 (585).

²¹ *Stickler*, in: Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB, § 5 VOB/A Rn. 1.

²² *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 1; *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), KartellR, § 97 GWB Rn. 34 m.w.N.

²³ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 2; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 123 m.w.N.; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 97; *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 59 f. m.w.N., 62; *Müller-Wrede*, in: ders. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 31; *Ortner*, VergabeR 2011, 677 (678) m.w.N.; *Probst/v. Holleben*, CR 2012, 1 (3).

²⁴ *Baumeister/Kirch*, NZBau 2001, 653 (655) m. Fn. 21; *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), VergR, 2000, § 97 GWB Rn. 152.

Recht der mittelständischen Unternehmen auf Auftragsteilung innerhalb bestimmter Grenzen ausgingen²⁵. Dies muss umso mehr für die jetzige Fassung gelten, da der in § 97 Abs. 4 GWB „schlummernde[...]“ Programmsatz über die Pflicht zur Losvergabe zu einer Regel mit Zähnen gemacht [wurde]: In Zukunft ist ein Projekt in mittelstandsverträgliche Fach- und Teillose aufzuteilen.“²⁶ Im Gegensatz zu den Richtlinien 2014 eröffnet § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB den öffentlichen Auftraggebern keinen Ermessensspielraum.²⁷ Es besteht ein Vorrang der Losaufteilung vor der Gesamtvergabe²⁸, welche nur ausnahmsweise zulässig ist und an den Auftraggeber erhöhte Begründungsanforderungen stellt.²⁹ Die Gründe sind abschließend in § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB aufgezählt.³⁰ Durch die Verselbständigung der Verpflichtung zur Losaufteilung in den Sätzen 2 und 3 bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass die Losvergabe nicht „nur“ das „prioritäre Mittel“ der Mittelstandsförderung ist, sondern erhob die Losvergabe selbst zum Grundsatz³¹: Die Losvergabe ist damit der Regelfall.

2. Umsetzung – Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers

Zunächst bestimmt der Auftraggeber, ob und was er beschafft. Hier ist einzig sein Beschaffungsbestimmungsrecht maßgeblich, da es um den Inhalt der zu beschaffenden Leistung geht und nur er entscheiden kann, was er mit welchen Eigenschaften erwerben will.³² Da der Auftraggeber hierbei einen weiten Beurteilungsspielraum hat³³, wird diese Vorbereitungsphase des Vergabeverfahrens teilweise als unreglementiert bzw. „weißer Fleck“³⁴ bezeichnet. Diese Einschätzung trifft allerdings nur für die Entscheidung, „Ob“ etwas und „Was“ beschafft werden soll, zu. Alle anderen ebenfalls in der Vorbereitungsphase zu treffenden Entscheidungen müssen sich in dem von den Vergabevorschriften vorgegebenen Rahmen bewegen. Dies betrifft unter anderem die Wahl des Ausschreibungsverfahrens, die Aufteilung des Auftrages in Lose, die Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien etc. Hat sich der Auftraggeber für eine Beschaffung seines Bedarfs im Wege der Auftragsvergabe entschieden, hat er Art und Umfang festzulegen. Zwar steht dieses Stadium in noch keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der Losaufteilung, andererseits muss er hier schon das Berücksichtigungsgebot des § 97 Abs. 4 Satz 1 und die Losaufteilungspflicht des § 97 Abs. 4

²⁵ VK Bund, B.v. 1.2.2001 - VK 1-1/01 Rn. 32 (zitiert nach Juris); *Baumeister/Kirch*, NZBau 2001, 653 (655 f.) m.w.N.; *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 182 f. m.w.N.

²⁶ BT-Plenarprotokoll 16/197, S. 21383 (C).

²⁷ BTDrucks. 16/10117, S. 15. *Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 55.

²⁸ *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), *KartellR*, § 97 GWB Rn. 36.; *Probst/v. Holleben*, CR 2012, 1 (2).

²⁹ *Byok*, NVwZ 2009, 551 (552); *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 99, 101 m.w.N.; *Maibaum*, in: Hattig/ders. (Hrsg.), *KartellVergR*, § 97 GWB Rn. 130.

³⁰ *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 101.

³¹ BTDrucks. 16/10117, S. 15; *Maibaum*, in: Hattig/ders. (Hrsg.), *KartellVergR*, § 97 GWB Rn. 128; *Roth*, *VergabeR* 2009, 404 (405 f.). So bereits bezüglich der alten Fassung VK Bund, B.v. 1.2.2001 - VK 1-1/01 Rn. 32 (zitiert nach Juris); *Müller-Wrede*, NZBau 2004, 643 (646) m.w.N. A.A. *Ollmann*, *VergabeR* 2008, 447 (448).

³² So auch *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 27.

³³ *Bultmann*, *Beihilfenrecht*, S. 65; *Gers-Grapperhaus*, *Auswahlrechtsverhältnis*, S. 79; *Probst/v. Holleben*, CR 2012, 1 (1). Zu weitgehend die Entscheidung des OLG Düsseldorf, B.v. 17.2.1010 - VII-Verg 42/09 Rn. 31 f., wonach die Entscheidung des Auftraggebers nicht nach den Maßstäben, die für die Ausübung eines Beurteilungsspielraums entwickelt worden sind, zu überprüfen ist. Siehe zur Kritik an der Entscheidung nur *Probst/v. Holleben*, a.a.O. S. 2.

³⁴ *Kaelble*, *Vergabeentscheidung*, S. 187.

Satz 2 GWB im Blick haben. Andernfalls könnte der Auftraggeber die Regelung des § 97 Abs. 4 GWB umgehen³⁵, indem er durch eine abschließende Formulierung die zu beschaffende Leistung als unteilbar definiert, den Auftrag daher von Anfang an der Kategorie des Gesamtauftrages unterwirft und dem Auftrag für die folgenden Verfahrensschritte jegliche Teilbarkeit nimmt.³⁶ Da es sich bei der Losaufteilungspflicht des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB mit den Worten *Ziekows* um ein „Gebot ohne Ermessensspielraum“³⁷ handelt, muss der Auftraggeber von der grundsätzlichen Teilbarkeit der zu beschaffenden Leistungen ausgehen, so dass hinsichtlich des „Ob“ der Losaufteilung kein Ermessensspielraum besteht, sofern die Leistung ihrer Natur nach teilbar ist. In Zweifelsfällen ist der Teilbarkeit der Vorrang einzuräumen.³⁸

Mitunter wird geltend gemacht, dass der Auftraggeber von vornherein von der Losaufteilung absehen kann, wenn sie seiner Bedarfsbestimmung entgegensteht. Ein Teil der Rechtsprechung³⁹ hat hierfür eine Zwei-Stufen-Prüfung konstruiert. Auf einer ersten Stufe sei zu prüfen, „ob das der Ausschreibung zugrunde gelegte Leistungsprofil der Gestaltungsfreiheit der Vergabestelle unterfällt oder ob innerhalb dieses Dispositionsrahmens eine weitere (von der Vergabestelle unterlassene) Zerlegung in Teil- bzw. Fachlose möglich wäre [...]. Maßgebend für diese Abgrenzung sind die mit dem Beschaffungsprojekt verfolgten Ziele und Zwecke im Rahmen einer funktionalen Betrachtung [...]. Ergibt sie, dass die benötigte Leistung auch in Form einer Losvergabe erbracht werden könnte, so ist auf der [zweiten] Stufe der dann erforderlich werdenden Einzelfallabwägung zu untersuchen, ob die Vergabestelle sich ggf. auf besondere – namentlich wirtschaftliche oder technische – Gründe stützen kann, wonach sie zur Vermeidung erheblicher Nachteile dennoch von einer losweisen Vergabe absehen durfte.“⁴⁰ Zur Begründung wird angeführt, dass „den Gegenstand der Leistung [...] ausschließlich die Vergabestelle [bestimmt].“⁴¹ Somit sei vor der eigentlichen Losaufteilung vorab zu prüfen, ob eine Auftragsteilung bei funktionaler Betrachtung sinnvoll und mit dem Beschaffungsvorhaben unter Berücksichtigung des Leistungsbestimmungsrechts des Auftraggebers vereinbar sei oder eine Losaufteilung von vornherein nicht schon deswegen ausscheide, weil sie den „mit dem Beschaffungsprojekt verfolgten (übergeordneten) Zwecken nicht mehr entspr[ече].“⁴² Danach wird das Selbstbestimmungsrecht des Auftraggebers zum Dreh- und Angelpunkt für die Beurteilung der Losaufteilung und der Prüfung des § 97 Abs. 4 Satz 2 und

³⁵ *Probst/v. Holleben*, CR 2012, 1 (3); *Willner/Strohal*, VergabeR 2014, 120 (123). Siehe allgemein zum Umgehungsverbot nur *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, Vorb. zu §§ 97 ff. GWB Rn. 142 ff.

³⁶ *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, 465 (466); *Probst/v. Holleben*, CR 2012, 1 (3); *Willner/Strohal*, VergabeR 2014, 120 (123, 125).

³⁷ *Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 55.

³⁸ *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, 465 (467): „in dubio pro Mittelstandsschutz“; OLG Koblenz, B.v. 4.4.2012 - 1 Verg 2/11 Rn. 31 (zitiert nach Juris).

³⁹ OLG Celle, B.v. 26.4.2010 - 13 Verg 4/10 Rn. 19 ff.; OLG Jena, B.v. 6.6.2007 - 9 Verg 3/07 Rn. 22 ff.; jewls. zitiert nach Juris.

⁴⁰ OLG Jena, B.v. 6.6.2007 - 9 Verg 3/07 Rn. 22. Ebenso OLG Celle, B.v. 26.4.2010 - 13 Verg 4/10 Rn. 19; OLG Brandenburg, B.v. 27.11.2008 - Verg W 15/08 Rn. 71; jewls. zitiert nach Juris. Aus der Literatur *Diehr*, in: Reidt/Stickler u.a. (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 57a; *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 68; *Weyand*, VergR, § 97 GWB Rn. 429.

⁴¹ OLG Jena, B.v. 6.6.2007 - 9 Verg 3/07 Rn. 20; OLG Celle, B.v. 26.4.2010 - 13 Verg 4/10 Rn. 21; jewls. zitiert nach Juris.

⁴² OLG Jena, B.v. 6.6.2007 - 9 Verg 3/07 Rn. 20 (zitiert nach Juris). Sich der Zwei-Stufen-Prüfung anschließend u.a. *Reichling/Scheumann*, GewArch 61 (2015), 193 (195).

3. Der Auftraggeber kann zunächst ohne an die Regeln und Grundsätze des Vergaberechts gebunden zu sein, quasi frei seinen Beschaffungsbedarf in der Art und Weise definieren, dass die nach der Definition zum Tragen kommenden Vergaberegeln der Losaufteilung keinen Einfluss mehr haben – es bestünde ein „schränkenloses Leistungsbestimmungsrecht“^{43, 44}.

§ 97 Abs. 4 GWB impliziert aber das Bestehen einer solchen vorgezogenen und einer das Regel-Ausnahme-Verhältnis umkehrenden Zwei-Stufen-Prüfung nicht.⁴⁵ § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB zählt die Ausnahmegründe, wonach von der Losaufteilungspflicht abgesehen werden kann, abschließend auf. Da es sich um einen Ausnahmetatbestand handelt, ist er eng auszulegen.⁴⁶ Die Konstruktion einer Zwei-Stufen-Prüfung umgeht dies. Ausweislich des Wortlauts des § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB können andere als die genannten Gründe nicht zur Rechtfertigung für ein Absehen von der Losvergabe herangezogen werden. Zwar steht dem Auftraggeber durchaus ein Leistungsbestimmungsrecht zu. Dieses kann aber nur im Rahmen der Beurteilung, ob technische und/oder wirtschaftliche Gründe eine Gesamtvergabe erfordern, Berücksichtigung finden. Eine vom Rechtsboden des § 97 Abs. 4 GWB losgelöste und dem § 97 Abs. 4 GWB lediglich anhand des „konturenlosen Beschaffungsbestimmungsrechts“ vorgelagerte Prüfung höhlt die Vergaberegeln gänzlich aus⁴⁷. Der Auftraggeber könnte durch eine willkürliche Ausübung seines Leistungsbestimmungsrechts die Pflicht zur Losweisen Vergabe umgehen. Dies missachtet die gesetzgeberische Intention des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB.⁴⁸ Bei der Beurteilung der Losaufteilung geht es anders als bei den Fragen „Ob“ und „Was“ beschafft werden soll, bereits um das „Wie“ der Beschaffung, sodass die Vergaberegeln zu beachten sind. Diese geben nichts dafür her, dass das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers ein Abweichen von der Losaufteilung rechtfertigt oder vor der Prüfung der Losaufteilung heranzuziehen ist. Im Gegenteil, der Auftraggeber hat sich bereits entschlossen, dass und was er beschafft. Die Frage der Losaufteilung ändert daran nichts mehr.⁴⁹ Demnach müssen die vom Auftraggeber mit dem Beschaffungsgegenstand verfolgten übergeordneten Zwecke und Ziele außer Betracht bleiben.⁵⁰

3. Probleme im Rahmen der konkreten Losbildung

Ist die Leistung ihrer Natur nach teilbar, muss der Auftraggeber von der Teilbarkeit des Auftrages auszugehen. Hierfür schreibt § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB zwar vor, dass die Leistung in Teil- und Fachlose aufzuteilen ist. Hingegen gibt er nicht vor, welche Größe und welchen Umfang die einzelnen Lose haben sollen.⁵¹ Aufgrund dessen bestehen in der Praxis erhebliche Unsicherheiten, sodass die Losaufteilung nicht selten Gegenstand von Nachprüfungsverfahren ist.

⁴³ Willner/Strohal, VergabeR 2014, 120 (123).

⁴⁴ Kus, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 2 EG VOL/A Rn. 39; Probst/v. Holleben, CR 2012, 1 (3); Willner/Strohal, VergabeR 2014, 120 (123).

⁴⁵ Kus, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 2 EG VOL/A Rn. 40.

⁴⁶ Antweiler, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 3, 27 m.w.N.

⁴⁷ Brückner, LKV 2015, 534 (539); Kus, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 2 EG VOL/A Rn. 40 m.w.N.; Probst/v. Holleben, CR 2012, 1 (3); Willner/Strohal, VergabeR 2014, 120 (123).

⁴⁸ Brückner, LKV 2015, 534 (539).

⁴⁹ Brückner, LKV 2015, 534 (539); Kus, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 2 EG VOL/A Rn. 40.

⁵⁰ So auch Antweiler, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 27.

⁵¹ Vgl. OLG Karlsruhe, B.v. 6.4.2011 - 15 Verg 3/11 Rn. 50 (zitiert nach Juris).

a. Fachlos

Ein Fachlos ist die Aufteilung der Leistung nach Art und Fachgebiet, d.h. eine qualitative Trennung der Leistung nach Gewerbebezweig oder Fachgebiet unter Beachtung der gewerblichen Vorschriften und der allgemeinen oder regional üblichen Abgrenzung, wobei es nicht auf eine Zuordnung zu unterschiedlichen Gewerken oder DIN-Normen ankommt.⁵² Die Fachlosbildung dient auch dem Interesse des Auftraggebers an einer qualitativ hochwertigen Auftragsdurchführung, indem es die Beteiligung möglichst vieler spezialisierter Unternehmen ermöglicht.⁵³ Entscheidend für die konkrete Aufteilung in Fachlose ist, ob sich für die jeweilige Leistung ein eigener Arbeitsmarkt entwickelt hat.⁵⁴ Da dies von den sich ändernden Marktverhältnissen abhängig ist⁵⁵, ist eine starre Abgrenzung nicht möglich. Stattdessen muss dies für jeden Fall unter Berücksichtigung der jeweiligen Marktverhältnisse gesondert festgestellt werden. Zuviel wäre es, vom Auftraggeber jeweils eine detaillierte Marktanalyse zu verlangen, sodass er auch auf seine bisherige Erfahrung zurückgreifen kann.⁵⁶ Der Schluss, eine Gesamtvergabe durchzuführen, weil es besonders viele Unternehmen gibt, die die jeweilige Leistung aus einer Hand anbieten⁵⁷, ist aber verfehlt. Ein solches Vorgehen konterkariert den mit der Losaufteilung verfolgten Zweck.⁵⁸ Da die Vergabe gem. § 97 Abs. 1 GWB im Wettbewerb zu erfolgen hat, muss der Auftraggeber bei der Analyse der konkreten Marktverhältnisse und der Entscheidung über das „Wie“ der Fachlosbildung berücksichtigen, ob nur wenige oder gar nur ein Bieter Angebote einreichen können.⁵⁹ In diesem Zusammenhang wird jedoch die in den Gesetzesunterlagen zu findende Passage, wonach § 97 Abs. 4 GWB keine marktunübliche Trennung verlangt⁶⁰, fehlinterpretiert. Teile der Wissenschaft⁶¹ und der Rechtsprechung⁶² diskutieren die Marktunüblichkeit und die Praxisferne unter dem Prüfungspunkt des Abweichens von der Losvergabe. Hier gehören sie aber nicht hin. Vielmehr muss der Auftraggeber bei der Beurteilung des konkreten „Wie“ des Fachloszuschnitt-

⁵² D.h. bei Bauvorhaben können z.B. die Maurer-, Zimmerer-, Dachdecker-, Elektro- und Fliesenlegerarbeiten getrennt vergeben werden, *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 26 m.w.N.; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 98; *Robl*, Mittelständische Interessen, in: FS Franke, S. 291 (296); *Summa*, in: Heiermann/Blaufuß u.a. (Hrsg.), *JurisPK VergR*, § 97 GWB Rn. 106; *Willner/Strohal*, *VergabeR* 2014, 120 (124); *Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 56a m.w.N.

⁵³ BGH, B.v. 8.2.2011 - X ZB 4/10 Rn. 51; OLG Düsseldorf, B.v. 11.1.2012 - VII-Verg 52/11 Rn. 20; OLG Düsseldorf, B.v. 23.3.2011 - VII-Verg 63/10 Rn. 24; OLG Düsseldorf, B.v. 11.7.2007 - VII-Verg 10/07 Rn. 24; jewls. zitiert nach *Juris*; *Horn*, *NZBau* 2011, 601 (602).

⁵⁴ OLG Düsseldorf, B.v. 1.11.2012 - VII - Verg 52/11 Rn. 20; OLG Düsseldorf, B.v. 8.9.2011 - VII-Verg 48/11 Rn. 19; OLG Düsseldorf, B.v. 23.3.2011 - VII- Verg 63/10 Rn. 24; jewls. zitiert nach *Juris*. *Summa*, in: Heiermann/Blaufuß u.a. (Hrsg.), *JurisPK VergR*, § 97 GWB Rn. 106; *Willner/Strohal*, *VergabeR* 2014, 120 (124); *Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 56a m.w.N.;

⁵⁵ OLG Düsseldorf, B.v. 23.3.2011 - VII-Verg 63/10 Rn. 24 (zitiert nach *Juris*).

⁵⁶ OLG Düsseldorf, B.v. 23.3.2011 - VII-Verg 63/10 Rn. 24, 27 (zitiert nach *Juris*); *Summa*, in: Heiermann/Blaufuß u.a. (Hrsg.), *JurisPK VergR*, § 97 GWB Rn. 107; *Willner/Strohal*, *VergabeR* 2014, 120 (124); *Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 56a.

⁵⁷ So das OLG Düsseldorf, B.v. 23.3.2011 - VII-Verg 63/10 Rn. 24 (zitiert nach *Juris*).

⁵⁸ *Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 56a. A.A. *Summa*, in: Heiermann/Blaufuß u.a. (Hrsg.), *JurisPK VergR*, § 97 GWB Rn. 107 m.w.N.

⁵⁹ OLG Düsseldorf, B.v. 21.3.2012 - VII-Verg 92/11 Rn. 27 (zitiert nach *Juris*).

⁶⁰ *BTDrucks.* 16/11428, S. 33.

⁶¹ *Faßbender*, *NZBau* 2010, 529 (532); *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 102.

⁶² *VK Saarbrücken*, B.v. 7.9.2009 - 3 VK 01/2009. Leitsatz Nr. 2.

tes seinen Beurteilungsspielraum dahingehend ausnutzen zu untersuchen, ob sich für die jeweilige Leistung ein Markt etabliert hat. Ist dies nicht der Fall, wäre eine Aufteilung in ein solches Fachlos marktunüblich und praxisfern und scheidet von vornherein aus. Damit wird die Fachlosvergabe an sich nicht infrage gestellt, sondern nur im Hinblick auf ein konkretes Los. Gleiches gilt für die Praxisferne.⁶³

b. Teillos

Ist eine Aufteilung in Fachlose aufgrund der Einteilung in Fach- und Gewerbebezweige leichter möglich, gestaltet sich die Frage der Teilbarkeit in Teillose schwieriger. Ein Teillos ist die quantitative Aufteilung der Leistung der Menge oder dem Raum nach.⁶⁴ Mangels konkreter Kriterien und angesichts der unterschiedlichen Unternehmensbranchen bestehen im Hinblick auf Größe und Umfang des Teilloses besondere Rechtsunsicherheiten.⁶⁵ Die Auftraggeber sind hier auf sich allein gestellt.

aa. Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie

Dies nahm das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zum Anlass und gab Anfang des Jahres 2013 eine Studie in Auftrag, die ergründen sollte, wie die Pflicht zur Aufteilung in Teillose rechtssicher in der Beschaffungspraxis durchgeführt werden kann.⁶⁶ Die von der Ständigen Konferenz der Auftragsberatungsstellen im Verbund mit der Unternehmensberatung BearingPoint und Orrick Rechtsanwälte erstellte Studie entwickelte hierfür einen Leitfaden sowie eine „Zauberformel“⁶⁷, mittels derer die Vergabestellen ermitteln können, welchen Umfang die Teillose je nach Branche haben müssen, damit sie von einem typisch mittelständischen Unternehmen bedient werden können. Der Leitfaden und die Formel stehen den Auftraggebern in einem Excel-Tool auf der Internetseite des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur Verfügung.⁶⁸

bb. Folgen bei Nichteinhaltung der Zauberformel

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, wenn sich die Auftraggeber nicht an die durch die Formel ermittelte Losaufteilung halten, sondern die Lose umfangreicher oder kleiner zuschneiden oder sich überhaupt nicht an ihr orientieren. Kommt der der Formel nicht entsprechenden Losaufteilung dann eine Indizwirkung für eine fehlerhafte Losaufteilung zu? Anschließend stellt sich die Frage, welche Bindungswirkung die bereitgestellte Formel hat? Könnten mittel-

⁶³ In dieselbe Richtung tendierend OLG Düsseldorf, B.v. 23.3.2011 - VII - Verg 63/10 (zitiert nach Juris); *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, 465 (467). A.A. *Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 55, wonach dem § 97 Abs. 3 GWB keine tatbestandsimmanente Beschränkung des Gebots, wonach eine Losaufteilung praxisfern ist, zu entnehmen ist.

⁶⁴ Indem beispielsweise einzelne Bauabschnitte einer Autobahn vergeben werden, *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), KartellR, § 97 GWB Rn. 36; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 98 m.w.N.

⁶⁵ Siehe dazu nur die im Auftrag des BMWi erstellte Studie *Abst/BearingPoint u.a.*, Teillose.

⁶⁶ *Abst/BearingPoint u.a.*, Teillose. Siehe zur Auswertung der Studie *Theurer/Trutzel u.a.*, VergabeR 2014, 301 ff.

⁶⁷ *Braun*, Dt. AnwaltSpiegel 17/2014, S. 6. Siehe zum Berechnungstool auch *Theurer/Trutzel u.a.*, VergabeR 2014, 301 (304 f.).

⁶⁸ Elektronisches Berechnungswerkzeug, im Internet abrufbar unter <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Wirtschaft/Oeffentliche-Auftraege-und-Vergabe/verfahrensarten.html> (30.7.2016).

ständische Unternehmen sich auf eine Verletzung der Losaufteilungspflicht gem. § 97 Abs. 4 GWB in Verbindung mit der Formel berufen?

§ 97 Abs. 4 Satz 3 GWB überlässt den Vergabestellen hinsichtlich des „Ob“ der Losaufteilung keinerlei Ermessensspielraum. Anders ist es hinsichtlich des „Wie“ der Losgröße. Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen im Sinne des § 97 Abs. 4 GWB beim Loszuschnitt führt grundsätzlich nicht zu einer einzig denkbaren Lösung. Der Auftraggeber hat für den Loszuschnitt einen Gestaltungs- und Ermessensspielraum.⁶⁹ Der Gestaltungs- und Ermessensspielraum wird den Vergabestellen genommen, hält man das Ergebnis der Formel für bindend. Zudem weist das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie ausdrücklich darauf hin, dass mit der Bereitstellung des Excel-Tools „keine verbindliche oder rechtssichere Konkretisierung der gesetzlichen Vorgaben zur mittelstandsgerechten Losaufteilung im Einzelfall gewährleistet“ wird⁷⁰. Darüber hinaus könnten die Vergabestellen bei Annahme der Verbindlichkeit des Excel-Tools nicht mehr die für den jeweiligen Auftrag bestehenden regionalen Besonderheiten berücksichtigen. Die mittelständischen Unternehmen haben folglich keinen Anspruch darauf, dass die Vergabestellen die Lose in die Größen aufteilen, die durch das Excel-Tool ermittelt werden können. Ein solcher Anspruch kann sich allenfalls durch eine entsprechende Selbstbindung der Verwaltung ergeben, wenn die Vergabestelle bei vergleichbaren Aufträgen stets das Excel-Tool zugrunde legt, dann aber von den so ermittelten Losgrößen ohne ersichtlichen Grund abweicht. In diesem Fall kann das Excel-Tool in eine interne Verwaltungsvorschrift erwachsen, die bei entsprechend wiederholter Anwendung auch Außenwirkung entfaltet. In allen übrigen Fällen handelt es sich lediglich um eine Hilfestellung, die die Vergabestellen nicht in Form einer internen Verwaltungsvorschrift bindet.

c. Verhältnis zwischen Teil- und Fachlos

Die Wendung „und“ in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB macht deutlich, dass die Teil- und Fachlosvergabe grundsätzlich kombiniert werden soll und beide Losformen selbständig nebeneinander stehen.⁷¹ Demgemäß kann der Auftraggeber sich nicht darauf berufen, von einer Aufteilung in Fachlose abzusehen, weil er den Auftrag bereits in Teillose geteilt habe.⁷² Gebietslose können daher auch weiter in Fachlose und umgekehrt aufgeteilt werden.

d. Mittelstandsbezug

Bei der Entscheidung über Anzahl und Größe der konkreten Loszuschnitte ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, den Auftrag in kleinstmögliche Lose zu teilen oder so zuzuschneiden,

⁶⁹ OLG Düsseldorf, B.v. 8.9.2011 - VII-Verg 48/11 Rn. 18 ff.; OLG Düsseldorf, B.v. 8.9.2004 - Verg 38/04 Rn. 29; VK Bund, B.v. 27.9.2011 - VK 2 - 100/11 Rn. 66; jewls. zitiert nach Juris.

⁷⁰ BMWi, im Internet abrufbar unter <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Wirtschaft/Oeffentliche-Auftraege-und-Vergabe/verfahrensarten.html> (30.7.2016). Ebenso heißt es in der Begründung zur VergRModVO, BTDrucks. 18/7318, S. 187, dass auf das Excel-Tool zurückgegriffen werden kann, nicht aber muss. In dieselbe Richtung tendierend *Theurer/Trutzel u.a.*, VergabeR 2014, 301 (305).

⁷¹ VK Rheinland-Pfalz, B.v. 13.11.2011 - VK 2-34/11 Rn. 68 (zitiert nach Juris); *Kus*, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 180.

⁷² Und umgekehrt. OLG Koblenz, B.v. 4.4.2012 - 1 Verg 2/11 Rn. 19 (zitiert nach Juris), VergabeR 2012, 778; *Kus*, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 180; *Summa*, in: Heiermann/Blaufuß u.a. (Hrsg.), JurisPK VergR, § 97 GWB Rn. 111; *Weyand*, VergR, § 97 GWB Rn. 417 m.w.N.; *Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 59b m.w.N.

dass es jedem noch so kleinen Unternehmen möglich ist, sich zu bewerben.⁷³ Es genügt aber auch nicht, dass sich durch die Aufteilung lediglich ein mittelständisches Unternehmen angesprochen fühlt.⁷⁴ Der Auftraggeber hat unter Berücksichtigung seines Interesses an einer wirtschaftlichen Beschaffung die Aufteilung so zu wählen, dass sich eine möglichst große Zahl typisch mittelständischer Unternehmen zur Angebotsabgabe ermutigt fühlt ohne auf die Beteiligung in einer Bietergemeinschaft angewiesen zu sein.⁷⁵

4. Ausnahmen von der Losaufteilung

§ 97 Abs. 4 Satz 3 GWB zählt abschließend auf, unter welchen Voraussetzungen von der Losvergabe abgesehen werden kann.⁷⁶ Da es sich um einen Ausnahmetatbestand handelt, ist dieser eng auszulegen.⁷⁷ Vor der Darstellung der einzelnen Gründe ist zunächst die wichtigste durch die Vergaberechtsmodernisierung 2009 erfolgte Änderung zu analysieren. Diesbezüglich gibt es mitunter die Ansicht, die Gesetzesänderung im Jahr 2009 habe zu keiner nennenswerten Modifikation geführt⁷⁸. Allerdings setzt sich dies über den Wortlaut und Sinn und Zweck der Neuregelung hinweg und übersieht die gesetzgeberische Intention.

a. Das Erfordern

Nach der bis zum 23. April 2009 geltenden Altfassung des § 97 Abs. 3 GWB a.F. stand die Losaufteilung unter einem Zweckmäßigkeitserfordernis⁷⁹. Der Gesetz- und Verordnungsgeber hat sich mit seiner Wortwahl bei der ab dem 24. April 2009 geltenden Neufassung bewusst gegen einen solchen entschieden und ihn durch eine strenge Erforderlichkeitsprüfung ersetzt.⁸⁰ Weil die Losregelungen in den Vergabeordnungen an den Wortlaut des § 97 Abs. 4 GWB angepasst wurden, gilt die Erforderlichkeitsprüfung auch für diese. Deswegen ist der in den Begründungen zur Neufassung der Vergabeordnungen 2009 zu findende und auf eine Zweckmäßigkeitserfordernis deutende Hinweis⁸¹ verfehlt.⁸² Es besteht für den Auftraggeber entgegen der verbreiteten vergaberechtlichen Rechtsprechung kein Beurteilungsspielraum⁸³.

⁷³ OLG Karlsruhe, B.v. 6.4.2011 - 15 Verg 3/11 Rn. 68 (zitiert nach Juris); *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 33; *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 72; *Müller-Wrede*, in: ders. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 31 m.w.N.; *Summa*, in: Heiermann/Blaufuß u.a. (Hrsg.), JurisPK VergR, § 97 GWB Rn. 87; *Weyand*, VergR, § 97 GWB Rn. 448.

⁷⁴ *Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 59 f. m.w.N.

⁷⁵ OLG Karlsruhe, B.v. 6.4.2011 - 15 Verg 3/11 Rn. 68; VK Nordbayern, B.v. 19.5.2009 - 21.VK-3194-13/09 Rn. 72; jewls. zitiert nach Juris. *Faßbender*, NZBau 2010, 529 (533); *Theurer/Trutzel u.a.*, VergabeR 2014, 301 (303); *Weyand*, VergR, § 97 GWB Rn. 429, 526 ff.; *Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 59a.

⁷⁶ *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 101.

⁷⁷ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 27.

⁷⁸ Vgl. dazu nur *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 62; *Kus*, NZBau 2009, 21 (22).

⁷⁹ Siehe zum Begriff nur *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), KartellR, § 97 GWB Rn. 37.

⁸⁰ OLG Koblenz, B.v. 4.4.2012 - 1 Verg 2/11 Rn. 20: „Zweckmäßigkeitserwägungen können ein Absehen von einer Losvergabe nicht (mehr) rechtfertigen [...]“ (zitiert nach Juris). *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 28; *Diehr*, in: Reidt/Stickler u.a. (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 57; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 101; *Kus*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 2 VOL/A Rn. 47 f.

⁸¹ Vgl. dazu nur Anhang IV Erläuterung zur VOL/A a.F.

⁸² Siehe dazu auch *Kus*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 2 VOL/A Rn. 47 f.

⁸³ Einen solchen annehmend u.a. OLG Düsseldorf, B.v. 29.7.2015 - VII-Verg 5/15 Rn. 39; OLG Sachsen-Anhalt, B.v. 14.3.2013 - 2 Verg 8/12 Rn. 59; OLG Düsseldorf B.v. 1.8.2012 - VII-Verg 10/12 Rn. 52; OLG Düsseldorf, B.v. 7.3.2012 - VII-Verg 82/11 Rn. 53; VK Brandenburg, B.v. 5.8.2015 - VK 11/15 Rn. 96; jewls. zitiert nach Juris.

Die Annahme eines Beurteilungsspielraums ist nur dann naheliegend, „wenn unbestimmte Rechtsbegriffe [...] so vage und ihre Konkretisierung im Nachvollzug der Verwaltungsentcheidung so schwierig sind, dass die gerichtliche Kontrolle an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stößt.“⁸⁴ Diese Voraussetzungen sind im Rahmen des § 97 Abs. 4 Sätze 2 - 3 GWB nicht gegeben, da der Auftraggeber die Gründe für die Gesamtvergabe dokumentieren muss und es den Vergabenachprüfungsinstanzen ohne weiteres möglich ist, die Wirtschaftlichkeit oder Unwirtschaftlichkeit einer Gesamtvergabe oder das Vorliegen technischer Gründe zu überprüfen.⁸⁵ Die Entscheidung von der Losvergabe abzusehen basiert nicht auf Prognoseerwägungen. Vielmehr müssen die für und gegen eine Losvergabe sprechenden und von der Rechtsprechung hinreichend konkretisierten Anhaltspunkte bei der Entscheidung bereits ermittelt, herangezogen und überprüft werden.⁸⁶ Des Weiteren spricht die Gewährung effektiven Rechtsschutzes gegen die Annahme eines Beurteilungsspielraums. § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB vermittelt ein bieterschützendes Recht gem. § 97 Abs. 6 GWB. Jenes würde ausgehebelt werden, wenn man dem Auftraggeber einen nur beschränkt überprüfba- ren Beurteilungsspielraum einräumt. Insofern prägt § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB die Entscheidung des Auftraggebers vor.⁸⁷

Ausweislich des Dudens kommt dem Begriff erfordern die Bedeutung „als Voraussetzung zur Verwirklichung einer Sache unbedingt notwendig machen“⁸⁸ zu. Gründe, die für und gegen die Losvergabe sprechen, lassen sich stets finden.⁸⁹ Daher genügt das Vorliegen auftrags- bezogener⁹⁰ technischer und/oder wirtschaftlicher Gründe für sich allein nicht. Im Gegenteil, sie müssen eine Gesamtvergabe erzwingen. So weist auch *Dreher* darauf hin, dass sich das Tatbestandsmerkmal erfordern auf das Tatbestandsmerkmal der Gründe bezieht.⁹¹ Der Wortlaut und der mit der Änderung verfolgte Sinn und Zweck des § 97 Abs. 4 GWB geben das Vorhandensein des bis zum 23. April 2009 bestehenden Abwägungs- oder Beurteilungsspielraums nicht mehr her.⁹² Folglich findet keine Interessenabwägung zwischen den für und gegen die Losaufteilung sprechenden Gründen statt, mit der Folge, dass von ihr abgesehen werden kann, wenn mehr Gründe für eine Gesamtvergabe sprechen.⁹³ Hätte der Gesetzge-

⁸⁴ *Brückner*, LKV 2015, 534 (539) m.w.N.

⁸⁵ *Brückner*, LKV 2015, 534 (540).

⁸⁶ *Brückner*, LKV 2015, 534 (540).

⁸⁷ *Brückner*, LKV 2015, 534 (540). Siehe ebenda die Kritik am Vorgehen der Rechtsprechung bei Zugrundelegung eines Beurteilungsspielraums.

⁸⁸ Erfordern, in: Duden.

⁸⁹ *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 152.

⁹⁰ *Frenz*, VergabeR 2011, 13 (15); *ders.*, GewArch 57 (2011), 97 (97); *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, 465 (468); *Müller-Wrede*, NZBau 2004, 643 (644); *ders.*, GWB, § 97 GWB Rn. 25.

⁹¹ Allerdings zieht er daraus den falschen Schluss, indem er davon ausgeht, dass ein Abweichen von der Losvergabe zulässig ist, wenn überwiegende wirtschaftliche und/oder technische Gründe vorliegen, *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 152.

⁹² *Antweiler*, in: *Dreher/Motzke* (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 28; *Brückner*, LKV 2015, 534 (539 f.); *Diehr*, in: *Reidt/Stickler* u.a. (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 57; *Ziekow*, in: *ders./Völlink* (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 65, 69 GWB. Mit ähnlicher Tendenz *Ollmann*, VergabeR 2008, 447 (448). A.A. OLG Sachsen-Anhalt, B.v. 14. 3.2013 - 2 Verg 8/12 Rn. 59; OLG Düsseldorf, B.v. 25.4.2012 - VII-Verg 100/11 Rn. 16; OLG Düsseldorf, B.v. 21.3.2012 - VII-Verg 92/11 Rn. 21; OLG Düsseldorf, B.v. 7.3.2012 - VII-Verg 82/11 Rn. 53; OLG Düsseldorf, B.v. 11.1.2012 - VII-Verg 52/11 Rn. 17 ff.; jews. zitiert nach *Juris*; *Faßbender*, NZBau 2010, 529 (533); *Kus*, in: *Kulartz/ders.* u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 184; *Reichling/Scheumann*, GewArch 61 (2015), 193 (196); *Weyand*, VergR, § 97 GWB Rn. 449 f.

⁹³ *Antweiler*, in: *Dreher/Motzke* (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 28.

ber den Abwägungsspielraum beibehalten wollen, so hätte er dies zum Ausdruck gebracht.⁹⁴ Ebenso wenig spricht die in § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB verankerte vornehmliche Berücksichtigung, aus der eine Abwägung zwischen den für und gegen die Losvergabe sprechenden Gründen geschlossen werden könnte, für einen Abwägungsspielraum im Rahmen der Losaufteilungspflicht. Denn mit der scharfen Trennung zwischen Satz 1 und 2 bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass es sich um zwei eigenständige jeweils für sich zu beurteilende Grundsätze handelt. Funktion des Satz 1 ist es nicht, „den Regelungsgehalt des § 97 Abs. [4] Satz 2 abzuschwächen – die diesbezügliche Ausnahmeregelung ist vielmehr in Satz 3 enthalten“⁹⁵. Aufgrund dessen genügt das Vorliegen vertretbarer oder aner kennenswerter Gründe⁹⁶ nicht.⁹⁷ Aber auch das Vorliegen überwiegender⁹⁸ oder deutlich überwiegender Gründe⁹⁹ rechtfertigt kein Abweichen von der Losaufteilungspflicht.¹⁰⁰ Der Auftrag ist in Lose aufzuteilen, wenn keine „objektiv zwingenden Gründe“ eine Gesamtvergabe erfordern¹⁰¹. Der Begriff des Erforderns kann demnach mit dem Synonym des Erzwingens ersetzt werden. Hierbei wird noch deutlicher, dass ein Abwägungsspielraum nicht mehr besteht. Dem Auftraggeber kommt lediglich eine Einschätzungsprärogative im Hinblick darauf zu, als dass er das Vorliegen technischer und/oder wirtschaftlicher Gründe ermitteln muss. Diese müssen dann jedoch aus Sicht eines objektiven Beobachters eine Gesamtvergabe erzwingen.

b. Technische Gründe

Welchen Inhalt das Begriffspaar „technische Gründe“ hat, bestimmt § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB nicht. Da sich auch in der Literatur und der Rechtsprechung keine Definition herausgebildet hat¹⁰², muss eine Orientierung an den bisher in der Rechtsprechung entschiedenen Einzelfällen erfolgen¹⁰³. Danach liegt ein technischer Grund vor, wenn z.B. durch eine getrennte Vergabe zwar jede Leistung für sich beschaffungskonform ist, in ihrer Gesamtheit aber den

⁹⁴ Indem er die Ausnahme so formuliert hätte: „Von einer Gesamtvergabe kann abgesehen werden, wenn überwiegende technische und/oder wirtschaftlicher Gründe vorliegen.“

⁹⁵ Ziekow, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 65.

⁹⁶ So u.a. OLG Düsseldorf, B.v. 25.11.2009 - VII-Verg 27/09 Rn. 54, 62 ff.; OLG Schleswig, B.v. 14.8.2000 - 6 Verg 2/2000 Rn. 17; jewls. zitiert nach Juris.

⁹⁷ Antweiler, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 28; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 152; ders., NZBau 2005, 427 (429 f.); Kus, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 2 EG VOL/A Rn. 46; Ollmann, VergabeR 2008, 447 (448); Weyand, VergR, § 97 GWB Rn. 432 m.w.N.; Ziekow, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 65.

⁹⁸ OLG Sachsen-Anhalt, B.v. 14.3.2013 - 2 Verg 8/12 Rn. 59; OLG Düsseldorf, B.v. 21.3.2012 - VII-Verg 92/11 Rn. 21; OLG Düsseldorf, B.v. 7.3.2012 - VII-Verg 82/11 Rn. 53; OLG Düsseldorf, B.v. 11.1.2012 - VII-Verg 52/11 Rn. 24; jewls. zitiert nach Juris. Dreher, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 152 m.w.N.; Hailbronner, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 144; Kus, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 5 EG VOB/A Rn. 23, 29 m.w.N.; ders., in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 185; ders., in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 2 EG VOL/A Rn. 46; Reichling/Scheumann, GewArch 61 (2015), 193 (196); Summa, in: Heiermann/Blaufuß u.a. (Hrsg.), JurisPK VergR, § 97 GWB Rn. 112; Weyand, VergR, § 97 GWB Rn. 432 m.w.N.

⁹⁹ Müller-Wrede, in: ders. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 28.

¹⁰⁰ Antweiler, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 28; ders., VergabeR 2011, 306 (322); Ziekow, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 65.

¹⁰¹ Antweiler, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 28; Gabriel, NJW 2009, 2011 (2012).

¹⁰² Antweiler, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 30.

¹⁰³ Damit überholt sich allerdings nicht die Prüfung, ob diese auch ein Absehen von der Losvergabe rechtfertigen, vgl. dazu nur Ziekow, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 66.

Beschaffungsbedarf qualitativ nicht befriedigt¹⁰⁴ oder technische Abhängigkeiten bestehen, die im Fall der Einzelvergabe nicht überwunden werden können¹⁰⁵.

c. Wirtschaftliche Gründe

Was sich hinter dem Begriff „wirtschaftliche Gründe“ verbirgt, hat die Rechtsprechung und die Wissenschaft ebenso wenig abschließend definiert. Allgemein gesagt, liegt ein wirtschaftlicher Grund vor, wenn eine unwirtschaftliche Zersplitterung des Auftrages erfolgt.¹⁰⁶ Dies ist der Fall, wenn die Losvergabe zu einer unverhältnismäßigen bzw. unwirtschaftlichen Verteuerung der Gesamtleistung führt.¹⁰⁷

d. Unverhältnismäßige Verteuerung

Mitunter wird geltend gemacht, dass wirtschaftliche Gründe eine Gesamtvergabe rechtfertigen, wenn „konkrete, einfache, nicht zwingend schon unverhältnismäßige Kostennachteile im Fall einer Auftragsaufteilung in Lose nachgewiesen werden.“¹⁰⁸ Dies wird den Anforderungen an das Erfordern indes nicht gerecht. Zwar ist das Vergaberecht auch ein Mittel, den Beschaffungsbedarf wirtschaftlich zu decken, sodass der Auftraggeber nicht gezwungen ist, unwirtschaftlich zu beschaffen. Allerdings wäre bei Zugrundelegung einer solchen Sichtweise jeder wirtschaftliche Grund, unabhängig von seinen Auswirkungen, ausreichend.¹⁰⁹ Denn streng genommen liegt ein wirtschaftlicher Grund bereits dann vor, wenn ein Kostenvergleich ergibt, dass die bei einer Losvergabe entstehenden Kosten, die Kosten der Gesamtvergabe – wenn auch nur minimal – übersteigen. Ob die Kostensteigerung für die Rechtfertigung der Gesamtvergabe ausreichend ist, ist aber anhand der Anforderungen an das Erfordern zu beurteilen. Wirtschaftliche Gründe erfordern nur dann eine Gesamtvergabe, wenn die Losvergabe zu einer „spürbaren Verteuerung des Gesamtauftrags“ führt, weil die Kosten der Losvergabe unter keinen denkbaren Gesichtspunkten mehr gerechtfertigt werden können.¹¹⁰ Eine Rechtfertigung ist dann nicht mehr denkbar, wenn die Kosten der Losvergabe gegenüber der Gesamtvergabe so hoch sind, dass ein objektiver Beobachter eine Losvergabe nicht mehr vornehmen würde. Somit kommt es auf das Gewicht des wirtschaftlichen Grundes an; die Losvergabe muss zu einer unverhältnismäßigen Kostensteigerung führen. Laut Duden meint unverhältnismäßig „allzu sehr vom normalen Maß abweichend“.¹¹¹ Dies setzt

¹⁰⁴ OLG Koblenz, B.v. 4.4.2012 - 1 Verg 2/11 Rn. 24 (zitiert nach Juris); *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, 465 (467) m.w.N.; *Summa*, in: Heiermann/Blaufuß u.a. (Hrsg.), JurisPK VergR, § 97 GWB Rn. 118 m.w.N.; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 102 m.w.N.

¹⁰⁵ *Kus*, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 191.

¹⁰⁶ *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 102; *Weyand*, VergR, § 97 GWB Rn. 435.

¹⁰⁷ OLG Düsseldorf, B.v. 11.7.2007 - VII-Verg 10/07 Rn. 29; OLG Düsseldorf, B.v. 8.9.2004 - VII Verg 38/04 Rn. 29; VK Rheinland-Pfalz, B.v. 16.8.2013 - VK 1-13/13 Rn. 52; VK Lüneburg, B.v. 29.10.2010 - VgK-52/2010 Rn. 84; VK Münster, B.v. 7.10.2009 - VK 18/09 Rn. 82; jewls. zitiert nach Juris; *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 29; *Faßbender*, NZBau 2010, 529 (532 f.) m.w.N.; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 102 m.w.N.; *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, 465 (468); *Weyand*, VergR, § 97 GWB Rn. 435; *Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 67 m.w.N.

¹⁰⁸ OLG Düsseldorf, B.v. 25.11.2009 - Verg 27/09 Rn. 54; VK Sachsen, B.v. 22.7.2010 - 1/SVK/022/10 Rn. 50; jewls. zitiert nach Juris; *Kus*, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 188 m.w.N.

¹⁰⁹ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 29; *Faßbender*, NZBau 2010, 529 (533); *Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 67a.

¹¹⁰ *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 102 m.w.N.

¹¹¹ Unverhältnismäßig, in: Duden.

voraus, dass der Auftraggeber eine einzelfallbezogene Kalkulation der Kosten vornimmt und gegebenenfalls rechnerisch belegt und dokumentiert, dass die durch die Losvergabe entstehenden Kosten die kalkulierten in so großem Maß übersteigen, dass bei objektiver Betrachtung von einer Losvergabe abgesehen werden muss.¹¹² Abstrakte Zielvorgaben und Erfahrungssätze des Auftraggebers reichen hierfür nicht aus.¹¹³ Genauso wenig genügt die Behauptung, die Gesamtvergabe sei günstiger.¹¹⁴

In der Rechtsprechung und Literatur lassen sich unterschiedliche Werte finden, ab wann unverhältnismäßige Kostennachteile vorliegen. In der Rechtsprechung reichen diese von 50%¹¹⁵, 15%¹¹⁶, 14%¹¹⁷, 10%¹¹⁸ bis zu 8%¹¹⁹. In der Literatur lässt sich zudem der Wert von 6%¹²⁰ finden.¹²¹ Nicht ausreichend seien aber Mehrkosten von 2%.¹²² Legt man zugrunde, dass unverhältnismäßige Kostennachteile vorliegen, wenn sie allzu sehr vom normalen Maß abweichen, stellen Kostensteigerungen von 50% unzweifelhaft eine solche dar. Hingegen ist eine Abweichung von 6% grundsätzlich noch keine übersteigerte Abweichung vom normalen Maß. Die Vergabekammer Sachsen ging bezüglich der bis zum 23. April 2009 geltenden Fassung des § 97 Abs. 3 GWB a.F. bei Mehrkosten in Höhe von 14% bis 15% von unverhältnismäßigen Kostennachteilen aus. Weil die Neufassung die Losvergabe im Jahr 2009 zum vergaberechtlichen Grundsatz erhoben hat und deren Einsatz verstärken will, sollte die Grenze nicht nach unten verschoben werden. Um in diesen Bereich Sicherheit zu schaffen, könnte ein für alle Auftragsvolumen geltender Prozentsatz festgelegt werden, sodass die zumutbare Grenzkostenhöhe für alle Auftragsvergaben gleich ist. Demgegenüber lässt eine Orientierung an starren Prozentgrenzen den jeweiligen Einzelfall unberücksichtigt. Zum einen ist der Nominalwert je nach Auftragsvolumen unterschiedlich. Zum anderen untersucht auch das Haushaltsrecht, ob die im Einzelfall gewählte Lösung sachlich schlechthin unvertretbar ist, weil Kosten in grob unangemessener Höhe entstehen und mit der gesetzlich zugewiesenen Aufgabe erkennbar nicht mehr im Zusammenhang stehen.¹²³ Auch hier wird die Unverhältnismäßigkeit in Abhängigkeit mit der zu bewältigenden Aufgabe beurteilt. Die bisher herangezogenen Prozentgrenzen geben daher lediglich eine Orientierungshilfe. In Abhängigkeit von diesen sollte ein gestaffeltes Begründungserfordernis herangezogen werden, sodass der Begründungsaufwand mit der Zunahme mittelstandsfeindlicher Loszuschnitte

¹¹² *Faßbender*, NZBau 2010, 529 (533) m.w.N.; OLG Koblenz, B.v. 4.4.1012 - 1 Verg 2/11 Rn. 26 (zitiert nach Juris).

¹¹³ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 31 m.w.N.; *Robl*, Mittelständische Interessen, in: FS Franke, S. 291 (297) m.w.N. Nach der nicht zu folgendes Auffassung der VK Münster, B.v. 7.10.2009 - VK 18/09 Rn. 86 (zitiert nach Juris), sei hingegen das Argument, kleine Mengen höhere Preise, nicht sachwidrig.

¹¹⁴ OLG Düsseldorf, B.v. 8.9.2004 - VII-Verg 38/04 Rn. 29; VG Gelsenkirchen, U.v. 4.4.2011 - 11 K 4198/09 Rn. 119 ff.; VK Baden-Württemberg, B.v. 18.2.2011 - 1 VK 02/11 Rn. 64; VK Nordbayern, B.v. 19.5.2009 - 21.VK-3194-13/09 Rn. 80; VK Bund, B.v. 4.3.2009 - VK 2-202/08 Rn. 83; jewls. zitiert nach Juris.

¹¹⁵ OLG Düsseldorf, B.v. 8.9.2011 - VII-Verg 48/11 Rn. 22 (zitiert nach Juris).

¹¹⁶ VK Sachsen, B.v. 2.11.1999 - 1/SVK/19-99 Rn. 293 (zitiert nach Juris).

¹¹⁷ VK Sachsen, B.v. 2.11.1999 - 1/SVK/19-99 Rn. 293 (zitiert nach Juris).

¹¹⁸ OLG Karlsruhe, B.v. 6.4.2011 - 15 Verg 3/11 Rn. 73 (zitiert nach Juris).

¹¹⁹ OLG Karlsruhe, B.v. 6.4.2011 - 15 Verg 3/11 Rn. 73 (zitiert nach Juris).

¹²⁰ *Ax/Sattler*, ZVgR 1999, 231 (233) m.w.N.

¹²¹ Von einem Wert von 10% geht zudem *Faßbender*, NZBau 2010, 529 (533) aus. Von einem Wert von 15% *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 153 m. Fn. 363.

¹²² VK Sachsen, B.v. 2.11.1999 - 1/SVK/19-99 Rn. 293 (zitiert nach Juris).

¹²³ VG Lüneburg, B.v. 7.7.2010 - 3 B 41/10 Rn. 7 (zitiert nach Juris).

steigt. Je geringer die Kostensteigerung ist, desto weniger rechtfertigt sie die Vornahme einer Gesamtvergabe. Demgemäß müssen in diesem Fall weitere Gründe vorliegen. So finden die aufgrund der Losaufteilung verursachten Kosten für Verwaltungs-, Rechnungsprüfungs-, Überwachungs- und Gewährleistungsaufwand gemessen am Einzelfall Berücksichtigung, wenn sie sich in einer wirtschaftlich nicht nur unerheblichen Art und Weise auswirken.¹²⁴ Denn im Rahmen der Kostengegenüberstellung ist zu beachten, dass ein erhöhter Koordinierungs- und Gewährleistungsaufwand durch die Losaufteilung wesenseigen ist. Der damit einhergehende Mehraufwand stellt zwar einen wirtschaftlichen Grund dar. Dieser allein rechtfertigt ein Absehen von der Losaufteilung aber noch nicht, da es sich um Schwierigkeiten handelt, die losgelöst vom konkreten Auftrag hervortreten.¹²⁵ Der Auftraggeber hat den Koordinierungs- und Gewährleistungsmehraufwand angesichts der eindeutigen Pflichtenregelung zugunsten mittelständischer Interessen bis zur Grenze des Zumutbaren hinzunehmen.¹²⁶ Die Grenze ist überschritten, wenn der Mehraufwand infolge mehrerer Vertragspartner und der Gefahr mehrere Nachprüfungsverfahren durchführen zu müssen, unverhältnismäßig ist, weil er über den typischerweise mit der Losvergabe verbundenen Aufwand hinausgeht.¹²⁷ Der Mehraufwand muss ferner konkret ermittelt, tatsächlich bezifferbar, dargelegt und dokumentiert werden.¹²⁸ In diesem Zusammenhang kann der Wegfall des Koordinierungsaufwandes auch zu einem Zeitgewinn und damit einem Kostengewinn führen¹²⁹, sodass zeitliche Verzögerungen einen wirtschaftlichen Grund darstellen können.¹³⁰ Erforderlich ist aber in allen Fällen, dass die Kostennachteile gegenüber den Vorteilen eines breit gefächerten Wettbewerbs deutlich zutage treten.¹³¹ Hierbei kann die Auftragssteilung trotz Vorlie-

¹²⁴ OLG Karlsruhe, B.v. 6.4.2011 - 15 Verg 3/11 Rn. 73; OLG Düsseldorf, B.v. 8.9.2004 - Verg 38/04 Rn. 29; jewls. zitiert nach Juris.

¹²⁵ OLG Koblenz, B.v. 4.4.2012 - 1 Verg 2/11 Rn. 20; OLG Düsseldorf, B.v. 21.3.2012 - VII-Verg 92/11 Rn. 22; OLG Düsseldorf, B.v. 8.9.2004 - VII-Verg 38/04 Rn. 29; jewls. zitiert nach Juris; *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 31 m.w.N. in Fn. 113; *Faßbender*, NZBau 2010, 529 (532); *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, 465 (468) m.w.N.; *Müller-Wrede*, in: ders. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 28; *Robl*, Mittelständische Interessen, in: FS Franke, S. 291 (296 f.); *Weyand*, VergR, § 97 GWB Rn. 436, 444, 447.

¹²⁶ OLG Koblenz, B.v. 4.4.2012 - 1 Verg 2/11 Rn. 20; OLG Düsseldorf, B.v. 21.3.2012 - VII-Verg 92/11 Rn. 22; OLG Düsseldorf, B.v. 8.9.2011 - VII-Verg 48/11 Rn. 17; OLG Düsseldorf, B.v. 11.7.2007 - VII-Verg 10/07 Rn. 29; jewls. zitiert nach Juris; *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 31 m.w.N. in Fn. 112; *Bosen*, VergabeR 2011, 364 (364); *Diehr*, in: Reidt/Stickler u.a. (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 57; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 102; *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 67, 69, 71, jewls. m.w.N.; *Leinemann*, Vergabe, Rn. 928; *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, 465 (468); *Müller-Wrede*, NZBau 2004, 643 (644); *ders.*, GWB, § 97 GWB Rn. 25; *Summa*, in: Heiermann/Blaufuß u.a. (Hrsg.), JurisPK VergR, § 97 GWB Rn. 86, 113, 114; *Weyand*, VergR, § 97 GWB Rn. 436, 444, 447; *Ziekow*, in: *ders./Völlink* (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 67b.

¹²⁷ Siehe zur Verzögerung durch Nachprüfungsverfahren als wirtschaftlichen Grund nur die Nachweise bei *Kus*, in: Kulartz/*ders.* u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 192 m. Fn. 301.

¹²⁸ OLG Düsseldorf, B.v. 8.9.2011 - VII-Verg 48/11 Rn. 23; OLG Düsseldorf, 11.7.2007 - VII-Verg 10/07 Rn. 29; jewls. zitiert nach Juris. *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 153; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 102 m.w.N.; *Kus*, in: Kulartz/*ders.* u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 192.

¹²⁹ OLG Düsseldorf, B.v. 11.7.2007 - VII-Verg 10/07 Rn. 35 f. (zitiert nach Juris); *Kus*, in: Kulartz/*ders.* u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 192; *Ziekow*, in: *ders./Völlink* (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 67 ff. (67b) m.w.N.

¹³⁰ Als Beispiel sei hier nur die Vorgabe eines Realisierungszeitraumes genannt, weil bei einer Überschreitung des Zeitrahmens Fördergelder wegfallen, die Verwirklichung des Projekts aufgegeben werden muss oder der damit verfolgte Nutzen nicht mehr realisiert werden kann, *Kus*, in: Kulartz/*ders.* u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 Rn. GWB 192.

¹³¹ VK Baden-Württemberg, B.v. 18.2.2011 - 1 VK 02/11 Rn. 64 (zitiert nach Juris).

gens eines bezifferbaren Koordinierungsmehraufwands dennoch die attraktivere und günstigere Variante sein, weil im Falle der Gesamtvergabe der Gesamtbieter den Koordinierungsaufwand gegenüber seinen Subunternehmern in den Preis einkalkulieren wird¹³² und bei einer Auftragssteilung das Insolvenzrisiko der Auftragnehmer auf verschiedenen Schultern verteilt wird¹³³.

e. Folgen

Erfordern technische und/oder wirtschaftliche Gründe eine Gesamtvergabe, darf der Auftraggeber mehrere Teil- oder Fachlose zusammen vergeben.¹³⁴ Auf den ersten Blick scheint eine Zusammenfassung aller Lose ausgeschlossen zu sein. Indes war der Zusammenschluss aller Lose auch unter der bis zum 23. April 2009 geltenden Fassung des § 97 Abs. 3 GWB a.F. möglich.¹³⁵ Ebenso heißt es in der Gesetzesbegründung, dass eine Gesamtvergabe – wenn auch als Ausnahme – weiterhin möglich bleibt.¹³⁶ Macht der Auftraggeber von der Ausnahmemöglichkeit des § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB Gebrauch, muss er im Vergabevermerk die entsprechenden technischen und/oder wirtschaftlichen Gründe, die eine Gesamtvergabe erfordern, dokumentieren und aufnehmen.¹³⁷ Des Weiteren muss der Auftraggeber in der Bekanntgabe bzw. in der Aufforderung zur Angebotsabgabe Art, Anzahl und Größe der einzelnen Lose mitteilen, sofern ihm dies möglich ist¹³⁸, sodass die Lose eindeutig und zweifelsfrei abgegrenzt werden können, da dies für die Kalkulation der Unternehmen relevant ist.¹³⁹

III. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Der so verstandene Grundsatz der Losvergabe, vom dem nur abgewichen werden kann, wenn technische und/oder wirtschaftliche Gründe es erfordern, muss sich innerhalb der Grenzen des höherrangigen Rechts halten und mit den Zielvorgaben des Vergaberechts vereinbar sein.

1. Primärrecht

a. Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit

Ein Verstoß der losweisen Vergabe gegen die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit ist nicht ersichtlich.¹⁴⁰ Weder beinhaltet sie eine versteckte Diskriminierung noch eine sonstige Beschränkung. Es steht allen inländischen und ausländischen Unternehmen frei, sich für ein

¹³² *Burgi*, NZBau 2006, 693 (695).

¹³³ Sodass die Gefahr, dass der Gesamtauftragnehmer bei Auftreten von ersten Schwierigkeiten nicht über ausreichende finanzielle Kapazitäten verfügt, insolvent wird und der Auftraggeber die Kosten zu tragen hat, gemindert wird.

¹³⁴ Ein milderer Mittel gegenüber der Gesamtvergabe ist die verkürzte Fachlosbildung, sofern ein Angebot auf die verbleibenden Arbeiten technisch und wirtschaftlich möglich ist und die restliche Leistung hinreichend beschrieben werden kann, OLG Düsseldorf, B.v. 11.7.2007 - VII-Verg 10/07 Rn. 38 (zitiert nach *Juris*).

¹³⁵ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 34; *Kus*, NZBau 2009, 21 (22).

¹³⁶ BT-Plenarprotokoll 16/197, S. 21383 (D).

¹³⁷ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 35.

¹³⁸ § 12 Abs. 1 Nr. 2 lit. h) VOB/A. Siehe dazu auch *Völlink*, in: Ziekow/ders. (Hrsg.), *VergR*, § 12 VOB/A Rn. 18.

¹³⁹ *Völlink*, in: Ziekow/ders. (Hrsg.), *VergR*, § 12 VOB/A Rn. 18.

¹⁴⁰ OLG Düsseldorf, B.v. 8.9.2004 - VII-Verg 38/04 Rn. 25 (zitiert nach *Juris*); *Brandi-Dohrn*, NJW 1998, 857 (859); *Burgi*, NZBau 2006, 693 (696) m.w.N.; *Willems*, *Mittelstandsförderung*, S. 342 ff. (344).

oder mehrere Lose eines Auftrages zu bewerben. Eine Bevorzugung inländischer kleiner und mittlerer Unternehmen ist der Losaufteilung nicht inhärent, da sie nicht an der deutschen Staatsgrenze endet.¹⁴¹ Eine Beschränkung in der Form, dass ausländische Großunternehmen aufgrund der mangelnden wirtschaftlichen Attraktivität der kleinen Aufträge davon abgehalten werden, sich zu bewerben, ist ebenfalls nicht ersichtlich oder bezweckt¹⁴², insbesondere wenn eine Bewerbung für mehrere Lose möglich ist. Zudem haben die Bieter keinen Anspruch auf eine bestimmte Auftragsgröße.¹⁴³ Darüber hinaus eröffnet die Losaufteilung den mittelständischen Unternehmen in bestimmten Fällen überhaupt erst Zugang den zum Beschaffungsmarkt, sodass darin schwerlich eine Beschränkung gesehen werden kann. Vielmehr erweitert die Losaufteilung den Wettbewerb für alle interessierten Unternehmen unter gleichen Bedingungen.¹⁴⁴

b. Beihilfavorschriften

Grundsätzlich tangiert die Losvergabe die Beihilfavorschriften nicht. „Das Fördern der Gelegenheit für den Mittelstand, sich ansonsten unter gleichen Bedingungen wie Großunternehmen an öffentlichen Ausschreibungen zu beteiligen, stellt [...] keine ‚Beihilfe‘ dar.“¹⁴⁵ Den Großunternehmen geht nicht deswegen ein Auftrag verloren, weil sich aufgrund der Losvergabe mehr Unternehmen beteiligen können. Übersteigen die Kosten der Losaufteilung die der Gesamtvergabe, d.h. liegen wirtschaftliche Gründe zwar vor, erzwingen diese aber keine Gesamtvergabe, ist allerdings ein mögliches Spannungsverhältnis zu den Beihilfavorschriften nicht von der Hand zu weisen, da der Auftraggeber sein Beschaffungsvorhaben am Markt möglicherweise günstiger realisieren könnte und ein Unternehmen wegen der Losaufteilung „eine wirtschaftliche Vergünstigung enthält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte“¹⁴⁶. Wie oben festgestellt¹⁴⁷, rechtfertigen nur unverhältnismäßige Kostennachteile ein Absehen von der Losaufteilung. Muss der Auftraggeber den Auftrag in Lose aufteilen, obwohl dies zu einer Kostensteigerung führt, könnte hierin eine Beihilfe liegen, da der Auftragsvergabe in Losen dann eine Begünstigungswirkung zukommen könnte. Jedoch ist in dieser Phase des Vergabeverfahrens¹⁴⁸ fraglich, wer Begünstigter der Maßnahme sein soll. Zu diesem Zeitpunkt steht noch nicht fest, wer sich bewirbt, geschweige denn, wer den Zuschlag erhält. Daneben sind hierbei die im Rahmen des Beihilferechts anerkannten Rechtfertigungs- und Ausnahmetatbestände heranzuziehen. So legen Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV zum einen bestimmte – im vorliegenden Zusammenhang nicht einschlägige – Maßnahmen fest, die mit dem Binnenmarkt vereinbar sind und daher keine Bei-

¹⁴¹ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 15 m.w.N.; *Ruh*, *VergabeR* 2005, 718 (730). Anders gestaltet es sich nur dann, wenn unter dem Deckmantel der Mittelstandsförderung eine Regionalförderung erfolgt; siehe dazu OLG Düsseldorf, B.v. 8.9.2004 - VII-Verg 38/04 Rn. 25 (zitiert nach *Juris*); *Kling*, *Vergabefremde Regelungen*, S. 682 f. m.w.N.; *Willems*, *Mittelstandsförderung*, S. 337 m.w.N.

¹⁴² *Brandi-Dohrn*, *NJW* 1998, 857 (859); *Burgi*, *NZBau* 2006, 693 (696) m.w.N.; *Kling*, *Vergabefremde Regelungen*, S. 683.

¹⁴³ *Brandi-Dohrn*, *NJW* 1998, 857 (859); *Burgi*, *NZBau* 2006, 693 (696) m.w.N.; *Kling*, *Vergabefremde Regelungen*, S. 683; *Willems*, *Mittelstandsförderung*, S. 341.

¹⁴⁴ OLG Düsseldorf, B.v. 8.9.2004 - VII-Verg 38/04 Rn. 25 (zitiert nach *Juris*).

¹⁴⁵ OLG Düsseldorf, B.v. 8.9.2004 - VII-Verg 38/04 Rn. 26 (zitiert nach *Juris*).

¹⁴⁶ EuGH, U.v. 11.7.1996 - C-39/94 Rn. 60 (zitiert nach *Juris*).

¹⁴⁷ Vgl. Kap. 3 § 15 II. 4. d.

¹⁴⁸ Es ist noch keine Ausschreibung erfolgt, der Auftraggeber prüft erst, ob und wie er die Lose bildet.

hilfe darstellen. Zum anderen hat die Kommission in ihrer Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV (sog. De-minimis-Verordnung)¹⁴⁹ festgelegt, dass bestimmte staatliche Zuwendungen nicht als Maßnahme i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV angesehen werden, weil sie nicht alle Tatbestandmerkmale erfüllen. Dies gilt für Leistungen, die den Höchstbetrag von 200.000 Euro, die ein einziges Unternehmen in einem Zeitraum von drei Jahren pro Mitgliedstaat erhält, nicht übersteigen, da diese weder Auswirkung auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben noch den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen. Handelt es sich bei dem im Wege des Vergabeverfahrens zu beschaffenden Auftrag um eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse i.S.d. Art. 106 Abs. 2 AEUV liegt dieser „Freibetrag“ sogar bei 500.000 Euro.¹⁵⁰

Weil zu dem hier maßgeblichen Zeitpunkt weder feststeht, wer sich um den Auftrag bewirbt, wer den Zuschlag erhält noch ob die Gegenleistung des Auftraggebers, die er an ein Unternehmen zahlt, die Grenzwerte der De-minimis Verordnung überschreiten, ist die Losaufteilung trotz Kostensteigerung beihilferechtlich unbedenklich. Eine Beihilfe liegt erst vor, wenn der Auftraggeber den Zuschlag für ein Los erteilt, dessen Leistung er am Markt günstiger bekommen könnte und die zu zahlende Gegenleistung über den genannten Grenzwerten liegt.

2. Sekundärrecht

Die Richtlinien sehen die Möglichkeit der Losaufteilung ausdrücklich vor. Einerseits gehen die deutschen Regelungen über den Regelungsgehalt der Richtlinien hinaus. Andererseits überlassen die Richtlinien den Mitgliedstaaten ein Umsetzungsermessen, wonach sie in ihren Bemühungen um die Förderung der KMU über die Bestimmungen der Richtlinie hinausgehen können.¹⁵¹ Insofern ist die Losaufteilungspflicht nicht richtlinienwidrig und steht nunmehr auf europarechtlich gesichertem Fundament.¹⁵²

3. Vergabegrundsätze

a. Wettbewerb

Die Losaufteilung verbessert die Wettbewerbsmöglichkeiten der mittelständischen Unternehmen, indem sie strukturelle Nachteile der KMU ausgleicht. Der Wettbewerb wird zu gleichen Bedingungen für alle Teilnehmer erweitert und „stimuliert“.¹⁵³ Dies entspricht dem Ziel des Vergaberechts, das öffentliche Beschaffungswesen für einen umfassenden Wettbewerb

¹⁴⁹ ABI EU v. 14.12.2013, Nr. L 325/1.

¹⁵⁰ Art. 2 Abs. 2 der Verordnung (EU) NR. 360/2014 v. 25.4.2012 über die Anwendung der Art. 107 und 108 AEUV auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABI EU v. 26.4.2012, L 114/8.

¹⁵¹ Siehe Ewgr. 78 RL 2014/24/EU; BTDrucks. 18/6281, S. 68.

¹⁵² Siehe zur Vereinbarkeit der Losaufteilung mit den älteren Richtlinien nur *Müller-Wrede*, NZBau 2004, 643 (644); *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 319 m.w.N.

¹⁵³ OLG Düsseldorf, B.v. 8.9.2004 - VII-Verg 38/04 Rn. 26 (zitiert nach *Juris*); *Burgi*, NZBau 2006, 606 (608); *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 90 m.w.N.; *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 59 m.w.N.; *Kus*, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 156; *Michallik*, VergabeR 2001, 683 (683).

zu öffnen¹⁵⁴ und somit einen wirtschaftlichen Einkauf zu gewährleisten.¹⁵⁵ Großunternehmen werden durch den Zutritt weiterer Unternehmen nicht an ihrer Wirtschaftstätigkeit gehindert.¹⁵⁶ In dieser Hinsicht sind die Unternehmen weder verfassungs- noch unionsrechtlich vor Konkurrenz geschützt. Dass größere Unternehmen ihr Potenzial möglicherweise nicht gänzlich entfalten können, da sie aufgrund der Teilung „nur“ kleine Auftragsteile erledigen können¹⁵⁷, führt ebenfalls nicht zur Beeinträchtigung des Wettbewerbsgrundsatzes. Denn dieser aus der Wettbewerbsfreiheit abgeleitete Grundsatz beinhaltet nicht auch das Recht auf Erfolg im Wettbewerb.

b. Gleichbehandlung

Die Losaufteilung gerät nicht in Konflikt mit dem Gleichbehandlungsgebot. Die mittelständischen Unternehmen werden lediglich in die Lage versetzt, sich mit den Großunternehmen zu messen. Es kommt weder zu einer unmittelbaren Bevorzugung der KMU noch werden die Großunternehmen der Möglichkeit beraubt, sich ebenso für einen Auftrag zu bewerben.¹⁵⁸ Aus demselben Grund ist die Losvergabe auch mit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar, da sie auf eine Startchancengerechtigkeit zielt, indem die faktischen Ungleichheiten angeglichen werden.¹⁵⁹ Folglich ist die Losaufteilung eine konsequente Umsetzung des Gleichheitssatzes.¹⁶⁰

c. Wirtschaftlichkeitsgebot

Ferner dient die Aufteilung dem Wettbewerbs- und Wirtschaftlichkeitsgebot des § 97 Abs. 1 und § 127 Abs. 1 GWB, indem sie den Kreis der Bewerber und damit die Möglichkeit, langfristig wirtschaftlicher einzukaufen, vergrößert.¹⁶¹ Andere wiederum befürchten, dass die Auftraggeber im Endeffekt teurer einkaufen¹⁶², sodass sich die mittelstandsgerechte Vergabe mit den Zielsetzungen des Wettbewerbs und der Wirtschaftlichkeit beißt.¹⁶³ Hingegen rüttelt

¹⁵⁴ Differenzierter *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.) GWB, § 97 GWB Rn. 126, wonach dann keine Konkretisierung des Wettbewerbsgrundsatzes erfolgt, wenn es nur um den Schutz von Wettbewerben und nicht um den Schutz des Wettbewerbs an sich geht.

¹⁵⁵ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 3 m. Fn. 10; *Kus*: in Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 2 EG VOL/A Rn. 31.

¹⁵⁶ *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 90 f.; *Kus*, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 156 m.w.N.

¹⁵⁷ So die „Befürchtung“ von *Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, 585 (586) m.w.N.

¹⁵⁸ *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 92; *Kus*, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 156. Mit ähnlicher Tendenz *Baumeister/Kirch*, NZBau 2001, 653 (659); *Kaltenborn*, GewArch 52 (2006), 321 (324). Kritisch *Antweiler*, VergabeR 2006, 637 (642 f.).

¹⁵⁹ OLG Düsseldorf, B.v. 8.9.2004 - VII-Verg 38/04 Rn. 25; VK Bund, B.v. 19.9.2001 - VK 1-33/01 Rn. 113; jewls. zitiert nach *Juris*; *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 17 m.w.N.; *Burgi*, NZBau 2006, 606 (609); *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 90 ff. (92) m.w.N.; *Kling*, Vergabefremde Regelungen, S. 690 ff. (693); *Kus*, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 156; *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 368 ff. A.A. *Werner*, VergabeR 2009, 262 (267 ff.).

¹⁶⁰ So auch *Burgi*, NZBau 2006, 606 (608); *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), 456 (480); *Schaller*, ZfBR 2008, 142 (142).

¹⁶¹ OLG Düsseldorf, B.v. 11.7.2007 - VII-Verg 10/07 Rn. 24; VK Bund, B.v. 19.9.2001 - VK 1-33/01 Rn. 103; jewls. zitiert nach *Juris*; *Burgi*, NZBau 2006, 606 (608); *Kus*, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 156.

¹⁶² So *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 3 m.w.N.; *Burgi*, NZBau 2006, 606 (607); *Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, 585 (586).

¹⁶³ Allgemein dazu *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 3 m.w.N.; *Werner*, VergabeR 2009, 262 (271).

die Losvergabe an diesen nicht. Der Einwand der Verteuerung der Angebote greift zu kurz. Zum einen fehlen bislang empirische Untersuchungen, die dies belegen. Im Gegenteil, die Angaben von *Ruh*¹⁶⁴ zeigen, dass der Auftrag bei einer Losvergabe in der Regel insgesamt günstiger als im Rahmen einer Gesamtvergabe ausfällt.¹⁶⁵ Desgleichen kam eine Untersuchung des Deutschen Instituts für Urbanistik über 30 ausgewählte PPP-Hochbauprojekte zu dem Ergebnis, dass es keinen Zusammenhang zwischen der Aufteilung eines Projekts in kleinere Projekte und den steigenden Kosten gibt. Stattdessen können kleine Projekte mit starker Mittelstands Beteiligung sogar einen hohen Wirtschaftlichkeitsvorteil erzielen.¹⁶⁶ Zum anderen wird durch ein schlichtes Abstellen auf das Wirtschaftlichkeitsgebot verkannt, dass der Zuschlag nach wie vor auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt wird. Die Auswahl erfolgt nur unter den Angeboten, die im Rahmen der mittelstandsgerechten Ausgestaltung des Vergabeverfahrens abgegeben wurden. Zudem werden Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkte im Rahmen eines möglichen Absehens von der Losaufteilung bereits berücksichtigt.¹⁶⁷

4. Haushaltsrecht – Gebot der Wirtschaftlichkeit

Ein weiteres Spannungsverhältnis kann zum haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsprinzip¹⁶⁸ auftreten, wenn der Auftraggeber trotz Kostensteigerung eine Losvergabe vornehmen muss. Das haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot erfordert eine Relation zwischen dem definierten Ziel und dem eingesetzten Mittel.¹⁶⁹ In diesem Bereich spielt § 97 Abs. 4 GWB eine entscheidende Rolle, da der Gesetzgeber mit § 97 Abs. 4 GWB zum Ausdruck bringt, dass das Vergabewesen auch dazu dient, mittelständische Unternehmen zu fördern.¹⁷⁰ Daher ist zu untersuchen, ob der für die Förderung der mittelständischen Unternehmen aufgebrachte Mitteleinsatz in Form der Losaufteilung mit dem Wirtschaftlichkeitsprinzip in einem ausgewogenen Verhältnis steht. Eine rein an den Kosten orientierte Beurteilung würde dazu führen, dass selbst bei geringer Kostensteigerung von der Losvergabe abgesehen werden müsste. Vom Prinzip der Losaufteilung wäre nichts mehr übrig. Insofern ist zu berücksichtigen, dass „die Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit [...] erst verletzt [sind], wenn bei gleicher Effektivität eindeutig wirtschaftlichere Alternativen bestehen oder wenn die konkret gefundene Lösung unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten schlechterdings unvertretbar erscheint.“¹⁷¹ Dies ist bei einer noch nicht die Grenze der Unverhältnismäßigkeit erreichenden Kostensteigerung nicht der Fall. Wirtschaftlichere Alternativen stehen nicht zur Verfügung, weil bei Anwendung des Alles-oder-Nichts-Prinzips von der Losaufteilung nie

¹⁶⁴ *Ruh*, VergabeR 2005, 718 (732), wonach das Finanzministerium Rheinland-Pfalz in einer Vergleichsuntersuchung zu dem Ergebnis kam, dass die Fachlosvergabe ein Bauvorhaben um bis zu 8% vergünstigen kann. Zu demselben Ergebnis kam die Handwerkskammer Trier. Einen ähnlichen Schluss ziehen *Golembiewski/Migalk*, Bauaufträge, S. 85 f. aus der Untersuchung ausgewählter Bauprojekte in Karlsruhe, Mannheim und Heidelberg. Allerdings bezieht sich diese Untersuchung nicht spezifisch auf die Losaufteilung.

¹⁶⁵ *Ruh*, VergabeR 2005, 718 (732).

¹⁶⁶ *Grabow/Hollbach-Grömig u.a.*, in: DfU (Hrsg.), PPP und Mittelstand, S. 102.

¹⁶⁷ *Faßbender*, NZBau 2010, 529 (533); *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 345 (354); *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 455, in Bezug auf die Zulässigkeit vergabefremder Ziele i.R.d. § 97 Abs. 4 GWB, die ebenfalls dem Vorwurf der Verteuerung der Angebote ausgesetzt ist.

¹⁶⁸ Siehe hierzu Kap. 2 § 8 III. 2.

¹⁶⁹ *Kube*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, 2015, Art. 114 GG Rn. 101 m.w.N.

¹⁷⁰ *V. Lewinski/Burbat*, HGrG, § 6 HGrG Rn. 7.

¹⁷¹ *Gröpl*, Wirtschaftlichkeit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. V, § 121 Rn. 33.

etwas übrig bleiben würde, wenn jede Kostensteigerung aus haushaltsrechtlichem Blickwinkel eine Losaufteilung verbieten würde. Darüber hinaus ist das gefundene Ergebnis – Losaufteilung trotz verhältnismäßiger Kostensteigerung – kein schlechterdings unvertretbares Ergebnis. § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB sieht selbst einen Wirtschaftlichkeitsvorbehalt vor. Die „Wirtschaftlichkeit im Sinne des GG [...] [darf] nicht mit dem Streben nach Rentabilität verwechselt werden.“¹⁷² Des Weiteren kann die Losaufteilung auch wirtschaftlich vorteilhafter, da insgesamt günstiger als eine Gesamtvergabe, sein.

Aber selbst wenn man hierin eine Nichteinhaltung des Wirtschaftlichkeitsprinzips erblicken wollen würde, so ist dies wiederum durch andere Verfassungsimpulse gerechtfertigt. Der Staat eröffnet durch das einzelne Vergabeverfahren einen eigenständigen Beschaffungsmarkt in dem jeweiligen relevanten Bereich. Hierbei muss er jedem interessierten Unternehmen Zugang gewähren. Unter Heranziehung des Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG ergibt sich ein Anspruch auf Schaffung von Startchancengleichheit. Ebenso kann aus Art. 109 Abs. 2 GG und dem Staatsziel der Schaffung einer ausgewogenen Unternehmensstruktur eine Rechtfertigung entnommen werden. Gleiches gilt für die den mittelständischen Unternehmen zukommende Stellung, sodass auch die Staatsstrukturprinzipien in Stellung gebracht werden können. Daneben ist die Mittelstandsförderung in einigen Landesverfassungen sogar ein Staatsziel. Damit liegt im Ergebnis kein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsprinzip vor.

IV. Zusammenfassung

Die Losaufteilung stellt eines der wichtigsten Instrumente der mittelstandsgerechten Auftragsvergabe dar. Sowohl die Vergaberichtlinien als auch die nationalen Vergaberegeln sehen die Losaufteilung vor. Unterschiede bestehen im Hinblick auf die Verpflichtungen. Die Richtlinien stellen die Einführung der Losaufteilung gem. Art. 46 Abs. 1 RL 2014/24/EU in das Ermessen der Mitgliedstaaten. Diesbezüglich bleiben die Richtlinien hinter dem verfolgten Ziel, den Zugang der KMU zum Vergabeverfahren zu verbessern, zurück. Die Erfahrungen in Deutschland haben gezeigt, dass die Aufnahme eines Programmsatzes nicht ausreichend ist, die Losvergabe hinreichend ernst zu nehmen und umzusetzen. Daher wäre es wünschenswert gewesen, wenn der Richtliniengeber eine dem deutschen Recht vergleichbare Regelung eingeführt hätte, wonach die Losaufteilung verpflichtend ist. Die nationale Losaufteilungspflicht steht aufgrund der fakultativen Verankerung der Losaufteilung in Art. 46 RL 2014/24/EU und der Möglichkeit, über die in den Richtlinien genannten Maßnahmen hinauszugehen, auf einem europarechtlich gesicherten Fundament. § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB ist in seiner seit dem 24. April 2009 geltenden Fassung ein vergaberechtlicher Grundsatz. Aufträge sind in quantitative Teil- und/oder in qualitative Fachlose zu teilen. Für Art und Umfang der Fachlose sind die konkreten Marktstrukturen unter Heranziehung der Marktüblichkeit und der Praxisferne entscheidend. Im Hinblick auf den Umfang der einzelnen Teillose bringt die Zauberformel des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie Sicherheit, da sie den Auftraggebern eine Orientierungshilfe an die Hand gibt. Der Formel kommt allerdings keine Bindungswirkung zu.

¹⁷² *Siekmann*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, Art. 114 GG Rn. 14 m.w.N.

Ein Absehen von der Losvergabe ist nur dann möglich, wenn technische und/oder wirtschaftliche Gründe aus objektiver Sicht eine Gesamtvergabe erzwingen. Das reine Vorliegen dieser Gründe ist aber nicht ausreichend. Aufgrund der Wortlautänderung prägt § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB die Entscheidung des Auftraggebers vielmehr vor, sodass der Auftraggeber keinen Beurteilungsspielraum hat. Der Auftraggeber kann von der Losvergabe folglich nur absehen, wenn das Vorliegen der Gründe eine Gesamtvergabe erzwingt, weil die Losvergabe aus Sicht eines objektiven Beobachters nicht (mehr) gerechtfertigt wäre. Bei dieser Beurteilung spielen übergeordnete mit der Beschaffung verfolgte Zwecke keine Rolle, weil deren Einbeziehung das Regel-Ausnahme-Verhältnis ins Gegenteil verkehrt. In Bezug auf die wirtschaftlichen Gründe müssen die Kosten der Losvergabe die der Gesamtvergabe unverhältnismäßig übersteigen, d.h. allzu sehr vom normalen Maß abweichen, sodass die Losvergabe aus objektiver Sicht nicht mehr gerechtfertigt ist. Eine starre Grenze gibt es hierfür nicht. Jedoch steigen die Begründungsanforderungen mit geringerer Prozentgröße der Kostensteigerung. Ein mit der Losvergabe typischerweise verbundener Koordinierungsmehraufwand ist bis zur Grenze des zumutbaren hinzunehmen und rechtfertigt für sich allein kein Absehen. Erfordern die Gründe eine Gesamtvergabe, darf der Auftraggeber mehrere Teil- und/oder Fachlose zusammenvergeben, wobei auch eine Gesamtvergabe möglich ist.

Die Losaufteilung stellt keinen Verstoß gegen höherrangiges Recht dar. Sie erweitert den Wettbewerb, stellt Startchancengleichheit her und führt nicht zuletzt zu einer wirtschaftlicheren Vergabe. Ein Festhalten an der Losaufteilung trotz Kostensteigerungen ist bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit auch unter beihilferechtlichem und haushaltsrechtlichem Blickwinkel zulässig.

§ 16 Loslimitierung

Wird der Auftrag in Lose ausgeschrieben, sehen die Ausschreibungsunterlagen teilweise eine Loslimitierung vor. Hierbei gibt es verschiedene Ausführungsvarianten: Zum einen können sich Unternehmen von Anfang an nur auf eine bestimmte Anzahl von Losen bewerben (Angebotslimitierung). Zum anderen wird der Zuschlag auf eine bestimmte Höchstzahl von Losen beschränkt (Zuschlagslimitierung)¹. Beide Möglichkeiten können zudem kombiniert werden. Die bis zum 18. April 2016 geltende Rechtslage enthielt keinerlei Regelungen zur Loslimitierung.² Das Fehlen einer Vorschrift sprach weder für noch ausdrücklich gegen die Zulässigkeit der Loslimitierung. Die Rechtsprechung erachtet die Loslimitierung, im Gegensatz zu einem Großteil der Literatur, ganz überwiegend für zulässig.³ Als Rechtfertigung für die Limitierung werden verschiedene Gründe wie die Risikostreuung, das Erfüllungsinteresse an einer ordnungsgemäßen reibungslosen Vertragsdurchführung, die mittel- und langfristige Sicherung des Wettbewerbs, Versorgungssicherheit, die Verhinderung des Entstehens von Monopolen, die ihr innewohnende Kontrollfunktion etc. angeführt. Inwiefern diese Gründe eine Limitierung rechtfertigen, soll hier nicht näher erörtert werden.⁴ Gegenstand des folgenden Abschnittes ist die Frage, ob die Berücksichtigung mittelständischer Interessen die Loslimitierung ebenfalls rechtfertigen und die Loslimitierung demnach ein Instrument der Mittelstandsförderung sein kann, weil die Loslimitierung auch eine mittelstandsschützende und -fördernde Intentionen hat.

I. Loslimitierung als Maßnahme des Mittelstandsschutzes

Die Vergaberichtlinien 2014 sehen das Instrument der Loslimitierung vor. Gemäß Art. 46 Abs. 2 RL 2914/24/EU muss der Auftraggeber, sofern er den Auftrag in Lose teilt, in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessenbestätigung angeben, ob Angebote für ein Los oder für mehrere Lose oder alle Lose eingereicht werden können. Des Weiteren kann der Auftraggeber für den Fall, dass Angebote für mehrere oder alle Lose ein-

¹ OLG Düsseldorf, B.v. 14.11.2012 - VII-Verg 28/12; OLG Düsseldorf, B.v. 7.11.2012 - VII Verg 24/12; OLG Düsseldorf, B.v. 27.10.2010 - Verg 47/10; LSG Baden-Württemberg, B.v. 23.1.2009 - L 11 WB 5971/08; jewls. zitiert nach Juris; *Manz/Schönwälder*, VergabeR 2013, 852 (852); *Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, 585 (586); *Weyand*, VergR, § 97 GWB Rn. 560.

² § 5 Nr. 2 VOL/A a.F. machte deutlich, dass es ein Recht des Auftraggebers auf Loslimitierung gibt. Eine Pflicht zur Loslimitierung resultiere daraus allerdings nicht, VK Bund, B.v. 30.3.2000 - VK 2/00.

³ Vgl. nur OLG Düsseldorf, B.v. 14.11.2012 - Verg 28/12; OLG Düsseldorf, B.v. 7.11.2012 - VII Verg 24/12; OLG Düsseldorf, B.v. 7.12.2011 - VII-Verg 99/11; LSG Berlin-Brandenburg, B.v. 17.9.2010 - L 1 SF 98/10 B Verg; OLG Dresden, B.v. 12.4.2007 - WVerG 004-07; OLG Düsseldorf, B.v. 15.6.2000 - Verg 6/00; VK Sachsen, B.v. 13.12.2013 - 1/SVK/038-13; VK Sachsen, B.v. 6.12.2013 - 1/SVK/037-13; VK Bund, B.v. 30.11.2012 - VK 2-131/12; VK Bund, B.v. 11.11.2011 - VK 2-133/11; VK Sachsen, B.v. 29.8.2008 - 1/SVK/041-08; VK Sachsen, B.v. 14.3.2007 - 1/SVK/006-07; VK Bund, B.v. 30.3.2000 - Verg 2/00; jewls. zitiert nach Juris. Kritischer VK Südbayern, B.v. 25.6.2010 - Z3-3-3194-1-30-05/10 (zitiert nach Juris).

⁴ Siehe dazu nur die teilweisen kritischen Beiträge von *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 39; *ders.*, VergabeR 2006, 637 (639); *Bultmann*, Beihilfenrecht, S. 158 m.w.N.; *Burgi*, NZBau 2006, 693 (697); *Diehr*, in: Reidt/Stickler u.a. (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 52; *Dreher*, NZBau 2005, 427 (431); *Kus*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 2 EG VOL/A Rn. 33 ff. m.w.N.; *Manz/Schönwälder*, VergabeR 2013, 852 ff.; *Michallik*, VergabeR 2011, 683 (685); *Müller-Wrede*, NZBau 2004, 643 (648); *Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, 585 ff.; *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 5 VOB/A Rn. 19 m.w.N.; *Weyand*, VergR, § 97 GWB Rn. 563; *Ziekow*, GewArch 59 (2013), 417 (420) m.w.N.

gereicht werden können, die Zahl der Lose beschränken, für die ein einzelner Bieter den Zuschlag erhalten kann. Will er davon Gebrauch machen, muss er die Höchstzahl der Lose pro Bieter und die objektiven und nichtdiskriminierenden Kriterien oder Regeln, die er anzuwenden gedenkt, wenn die Anwendung der Zuschlagskriterien dazu führt, dass ein Bieter den Zuschlag für mehr Lose als die Höchstzahl erreichen würde, gleichsam angeben. Als mögliche Gründe für die Loslimitierung zählt Erwägungsgrund 79 RL 2014/24/EU die Wahrung des Wettbewerbs oder die Gewährleistung der Versorgungssicherheit auf. Die Förderung mittelständischer Unternehmen ist hierbei nicht ausdrücklich erwähnt.

II. Anliegen der Limitierung im nationalen Recht

Im nationalen Recht existierten bisher keine konkreten Regelungen zur Loslimitierung. Dennoch wurde sie von einem Großteil der Rechtsprechung für zulässig erachtet.⁵ Zwar dient die Limitierung auch dem Schutz mittelständischer Unternehmen. In diesem Zusammenhang wurde jedoch geltend gemacht, dass es sich lediglich um einen Rechtsreflex handle⁶. Die Vergabekammer Bund entschied im Jahr 2000, dass die Mittelstandsförderung als ein möglicher Grund für die Legitimation der Limitierung nicht in Betracht komme, da die Vergabe in Losen an sich bereits ein Mittel der Mittelstandsförderung sei.⁷

Die Vergaberechtsmodernisierung 2016 brachte diesbezüglich ab dem 18. April 2016 Klarheit, indem auf nationaler Verordnungsebene erstmalig die im Ermessen des Auftraggebers stehende Möglichkeit der Angebots- und Zuschlagslimitierung und das Vorgehen bei einer Loslimitierung in § 30 Abs. 1 und 2 VgV, § 27 Abs. 1 und 2 SektVO, § 5 Abs. 2 EU VOB/A⁸ geregelt sowie die Loslimitierung ausdrücklich zum Instrument der Mittelstandsförderung erklärt wurde.⁹ Der Verordnungsgeber leitet § 30 Abs. 1 VgV mit den Worten „unbeschadet des § 97 Abs. 4 GWB“ ein. § 97 Abs. 4 GWB beinhaltet die Pflicht zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen und zur Losaufteilung. Daher stellt der Gesetzgeber die Limitierung nachdrücklich in den Dienst der Mittelstandsförderung. Deutlich wird dies des Weiteren an der Verordnungsbegründung, wonach es Ziel des § 30 VgV ist, § 97 Abs. 4 GWB zu ergänzen und „insbesondere, die Beteiligung von kleinen und mittleren Unternehmen [...] am Vergabeverfahren zu erleichtern.“¹⁰ Dies schließt es nicht aus, die Limitierung auch losgelöst von der Mittelstandsförderung zur Sicherung des Wettbewerbs und der Versorgungssicherheit vorzunehmen. Indes kann sie fortan direkt als Maßnahme zugunsten mittelständischer Unternehmen herangezogen werden. In diesem Fall muss es aber in Bezug auf den konkreten Auftrag einen für mittelständische Unternehmen relevanten Markt geben, da eine vom potenziellen Bewerberkreis losgelöste Limitierung nicht zulässig ist. Dies hat der Gesetzgeber in § 30 VgV zwar nicht ausdrücklich geregelt. Jedoch nimmt § 30 VgV Bezug auf § 97 Abs. 4 GWB. § 97 Abs. 4 GWB verpflichtet den Auftraggeber, innerhalb seiner Losaufteilungspflicht stets zu untersuchen, ob es für die jeweiligen Lose einen konkreten Markt für

⁵ Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 3.

⁶ So *Manz/Schönwälder*, VergabeR 2013, 853 (856, 857 m. Fn. 43).

⁷ VK Bund, B.v. 30.3.2000 - Verg 2/00 Rn. 75 (zitiert nach Juris). Das OLG Düsseldorf hat diese Entscheidung mit Beschluss vom 15.6.2000 - VII-Verg 06/00 (zitiert nach Juris) aufgehoben, ging in den Entscheidungsgründen auf die Auffassung der VK Bund – Losvergabe kein Mittel des Mittelstandsschutzes – allerdings nicht ein.

⁸ Da der Wortlaut der Normen identisch ist, wird im Folgenden nur § 30 VgV als Referenznorm genannt.

⁹ Europarechtliche Grundlage hierfür ist Art. 46 Abs. 2 RL 2014/24/EU.

¹⁰ BTDrucks. 18/7318, S. 187, 249.

mittelständische Unternehmen gibt. Der Pflichtenkreis erstreckt sich dann auch auf die mit der Losaufteilungspflicht korrespondierende Möglichkeit der Loslimitierung.

III. Loslimitierung zugunsten des Mittelstandes vom Schutzzumfang des § 97 Abs. 4 GWB umfasst?

Fraglich ist aber, ob eine zugunsten mittelständischer Unternehmen erfolgende Loslimitierung gem. § 30 Abs. 1 und 2 VgV vom Schutzzumfang des § 97 Abs. 4 GWB gedeckt ist. Die Limitierungsgegner machen geltend, dass die Loslimitierung über den Schutzzweck des § 97 Abs. 4 GWB hinausgehe¹¹. § 97 Abs. 4 GWB verpflichte den Auftraggeber lediglich dazu, mittelständischen Unternehmen den Zugang zum Ausschreibungsverfahren zu ermöglichen, nicht aber sie aktiv durch die Verschaffung von Zuschlagschancen zu fördern oder zu bevorzugen, sodass § 97 Abs. 4 GWB aufgrund der von der Limitierung ausgehenden mittelstandsbevorzugenden Wirkung keine ausreichende Legitimationsgrundlage darstelle.¹² Die Loslimitierung führe nicht nur zur Auftragssteilung, sondern zur Auftragserteilung.¹³ Wettbewerber werden durch die Limitierung von der Vergabe ausgeschlossen, wenn sie den Zuschlag für die Höchstzahl der Lose erhalten haben oder nicht für alle Lose Angebote einreichen können. Daher können sie nicht mehr ihr gesamtes Potenzial realisieren. Dies führe dazu, dass die mittelständischen Unternehmen bei der Chance um den Erhalt des Auftrages bevorzugt werden.¹⁴

1. § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB

Sehen die Ausschreibungsunterlagen vor, dass sich die Unternehmen für mehrere oder alle Lose bewerben und auch für mehrere oder alle Lose den Zuschlag erhalten können, könnte die Losaufteilung gem. § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB „zur bloßen Farce“¹⁵ werden, wenn die Lose letztendlich mangels Limitierung an einen Bieter gehen.¹⁶ Da § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB einen konkreten Auftrag an den öffentlichen Auftraggeber beinhaltet¹⁷ und sich vom Wortlaut her bis auf die Zuschlagsebene beziehen kann, könnte daraus eine Pflicht zur Loslimitierung folgen, sodass eine Vergabe mehrerer Teil- oder Fachlose an einen Bieter ausgeschlossen ist. § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB stellt eine nähere Konkretisierung der in § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB verankerten Pflicht zur mittelstandsgerechten Verfahrensausgestaltung dar. Allerdings beschränkt sich der Förderaspekt der in Satz 2 verankerten Losvergabe darin, den mittelständischen Unternehmen durch die Teilung des Auftrages die Möglichkeit zu geben, sich

¹¹ VK Baden-Württemberg, B.v. 21.11.2008 - 1 VK 52/08, 1 VK 53/08 Rn. 151 (zitiert nach Juris); *Burgi*, NZBau 2006, 693 (697); *Michallik*, VergabeR 2011, 683 (686); *Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, 585 (592); *Ziekow*, GewArch 59 (2013), 417 (420) m.w.N.

¹² VK Baden-Württemberg, B.v. 21.11.2008 - 1 VK 52/08, 1 VK 53/08 Rn. 151 (zitiert nach Juris); *Burgi*, NZBau 2006, 693 (697); *Manz/Schönwälder*, VergabeR 2013, 853 (855 f.); *Michallik*, VergabeR 2011, 683 (685 f.); *Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, 585 (592 f.). Mit ähnlicher Tendenz *Müller-Wrede*, NZBau 2004, 643 (647).

¹³ *Kus*, in: *Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 2 EG VOL/A Rn. 33; Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, 585 (592) m.w.N.

¹⁴ *Burgi*, NZBau 2006, 693 (697); *Michallik*, VergabeR 2011, 683 (686); *Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, 585 (592); *Ziekow*, GewArch 59 (2013), 417 (420).

¹⁵ *Müller-Wrede*, NZBau 2004, 643 (648).

¹⁶ *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 243.

¹⁷ Zu § 97 Abs. 3 GWB a.F. OLG Düsseldorf, B.v. 25.11.2009 - VII-Verg 27/09 Rn. 52 (zitiert nach Juris); OLG Jena, B.v. 6.6.2007 - 9 Verg 3/07, NZBau 2007, 730 (731); OLG Düsseldorf, B.v. 8.9.2004 - VII-Verg 38/04, NZBau 2004, 688 (689).

am Vergabeverfahren zu beteiligen.¹⁸ § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB begrenzt nur eine Zusammenfassung von Teil- oder Fachlosen im Rahmen der Ausschreibung, schließt es aber nicht aus, dass die einzelnen ausgeschriebenen Lose an ein und denselben Bieter gehen, wenn er das wirtschaftlichste Angebot abgibt.¹⁹ Die Losaufteilungspflicht des Satz 2 wird durch eine mangelnde Limitierung nicht unterlaufen, denn der Auftrag wird – auch wenn die einzelnen Lose möglicherweise an ein Unternehmen gehen – in Losen vergeben. Aufgrund dessen folgt aus der Pflicht zur Losaufteilung nicht die Pflicht zur Limitierung.

2. § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB

Zwar legt § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB die Losaufteilung als das prioritäre Mittel der Förderung mittelständischer Unternehmen fest, andererseits überholt sich damit nicht der in Satz 1 verankerte Förderauftrag. Der Gesetzgeber hat die Pflicht zum Mittelstandsschutz und zur Losaufteilung in zwei eigenständigen Sätzen verselbständigt, sodass die Losaufteilungspflicht nicht obsolet wird, wenn der Auftraggeber den mittelständischen Interessen in anderer Weise Rechnung trägt.²⁰ Daher kann der Auftraggeber neben der Losaufteilung auch andere Maßnahmen, wie möglicherweise die der Loslimitierung ergreifen.²¹

a. Mittelstandsgerechte Vergabe

Die Kritiker der Loslimitierung machen unter anderem geltend, dass die Limitierung zur Freihaltung bestimmter Lose für den Mittelstand²² und nicht zur Schaffung von Chancengleichheit, sondern zur „Ungleichbehandlung der Angebote im Zugang zur losspezifischen Wertung“ führe²³. Demgegenüber verbietet sich eine allzu schnelle Vorverurteilung zur Mittelstandsbevorzugung. Sinn und Zweck des § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB ist die Herstellung von Chancengleichheit, um größenbedingte Nachteile mittelständischer Unternehmen auszugleichen. Zu den Nachteilen zählt zum einen, dass die mittelständischen Unternehmen aufgrund ihrer Größe nicht in der Lage sind, den gesamten Auftrag zu erfüllen und daher keinen Zugang *zum* Beschaffungsmarkt haben. Diesem Nachteil begegnet die Losaufteilung. Zum anderen können die mittelständischen Unternehmen aufgrund ihrer Größe oftmals keine vergleichbar günstigen Angebote abgeben, wodurch ihre Chancen *auf* dem Beschaffungsmarkt wiederum eingeschränkt sind. Dieser Nachteil kann durch eine Limitierung ausgeglichen werden, da damit ebenso nur Chancengleichheit hergestellt wird ohne den mittelständischen Unternehmen einen Anspruch auf den Zuschlag zu vermitteln oder sie auf der Wertungsebene zu bevorzugen. Insofern wird die auf dem Beschaffungsmarkt trotz Losaufteilung bestehende Schieflage zwischen den Großunternehmen und den mittelständischen Unternehmen im Rahmen des Zuschlags angeglichen. Die Verpflichtung des § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB erstreckt sich auch auf die Zuschlagsebene. Der Auftraggeber legt die Regularien für das Ver-

¹⁸ So auch Müller-Wrede, in: ders. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 32.

¹⁹ Frenz, GewArch 57 (2011), 97 (98).

²⁰ Diehr, in: Reidt/Stickler u.a. (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 51; Müller-Wrede, in: ders. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 25; Ziekow, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 55.

²¹ VK Baden-Württemberg, B.v. 21.11.2008 - 1 VK 52/08, 1 VK 53/08 Rn. 151 (zitiert nach Juris).

²² Otting/Tresselt, VergabeR 2009, 585 (592).

²³ Otting/Tresselt, VergabeR 2009, 585 (591). Mit ähnlicher Tendenz Burgi, NZBau 2006, 693 (697); Michallik, VergabeR 2011, 683 (686); Ziekow, GewArch 59 (2013), 417 (420).

fahren fest²⁴, wobei er nicht nur bestimmte Teilnehmer zu bedienen hat. Die Limitierung sorgt dafür, dass nicht nur bestimmte Teilnehmer ihr wirtschaftliches Potenzial ausschöpfen können, sondern alle. Von der anderen Seite her betrachtet, könnte man ebenso argumentieren, dass eine mangelnde Limitierung dazu führt, dass die mittelständischen Unternehmen ihr wirtschaftliches Potenzial nicht ausschöpfen können. Warum und wie durch die Limitierung Lose nur für den Mittelstand freigehalten werden, bleibt fraglich. Die Limitierung gilt gleichermaßen für große, mittlere und kleine Unternehmen²⁵, sodass sich alle Unternehmen unter den gleichen Bedingungen für die Lose bewerben können.²⁶ Die mittelständischen Unternehmen haben trotz Limitierung keinen Vorrang bei der Entscheidung über den Zuschlag, dieser wird weiterhin, unabhängig von der Unternehmensform, auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt.²⁷ So entscheidet auch die Vergabekammer des Bundes, dass es die Loslimitierung nicht vergaberechtswidrig mache, wenn sich der Auftraggeber bei seiner Entscheidung über die Limitierung lediglich mit dem Mittelstand und dessen Wettbewerbsmöglichkeiten auseinandergesetzt hat. Demzufolge wählt er den gesetzgeberischen Auftrag des § 97 Abs. 4 GWB als Ausgangspunkt seiner Entscheidung, was legitim ist.²⁸

b. Pflicht zur Loslimitierung

§ 97 Abs. 4 Satz 1 GWB beinhaltet zwar die Pflicht zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen, hingegen keinen „konkreten Handlungsbefehl“ bezüglich des „Wie“. Der Auftraggeber hat ein Auswahlermessen hinsichtlich der ihm zur Verfügung stehenden Instrumente, sodass aus § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB das Recht zur Loslimitierung, aber keine Pflicht zur Limitierung folgt²⁹.

3. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Loslimitierung ein Instrument der mittelstandsgerechten Auftragsvergabe und demnach vom Schutzzumfang des § 97 Abs. 4 GWB gedeckt ist. Somit stellt § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB eine ausreichende Rechtsgrundlage dar³⁰, welche durch § 30 Abs. 1 und 2 VgV in zulässiger Weise konkretisiert wurde.

IV. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Der Befund, dass die Loslimitierung grundsätzlich eine von § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB umfasste mittelstandsgerechte Ausgestaltung des Vergabeverfahrens darstellt und mit § 30 Abs. 1

²⁴ OLG Düsseldorf, B.v. 17.1.2013 - VII-Verg 35/12 Rn. 45 f.; OLG Düsseldorf, B.v. 7.11.2012 - VII-Verg 24/12 Rn. 33; jewls. zitiert nach Juris.

²⁵ VK Bund, B.v. 11.11.2011 - VK 2-133/11 Rn. 114 (zitiert nach Juris); *Baumeister/Kirch*, NZBau 2001, 653 (659).

²⁶ *Baumeister/Kirch*, NZBau 2001, 653 (659) m.w.N.; *Müller-Wrede*, NZBau 2004, 643 (647) m.w.N.

²⁷ *Müller-Wrede*, NZBau 2004, 643 (647).

²⁸ VK Bund, B.v. 11.11.2011 - VK 2 - 133/11, Rn. 110; den Mittelstandsschutz ebenso erwähnend OLG Düsseldorf, B.v. 14.11.2012 - VII-Verg 28/12 Rn. 28; jewls. zitiert nach Juris.

²⁹ So auch VK Baden-Württemberg, B.v. 27.11.2008 - 1 VK 52/08, 1 VK 53/08 Rn. 149 ff. (zitiert nach Juris); *Manz/Schönwälder*, VergabeR 2013, 853 (855); *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 5 VOB/A Rn. 19 a.E.

³⁰ A.A. *Burgi*, NZBau 2006, 693 (697); *Manz/Schönwälder*, VergabeR 2013, 853 (857 m. Fn. 43); *Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, 585 (593); *Michallik*, VergabeR 2011, 683 (686), der allerdings darauf verweist, dass es dann keiner gesetzlichen Regelung i.S.d. § 97 Abs. 4 GWB bedarf, wenn die zum Mittelstandsschutz verstandene Limitierung lediglich Chancengleichheit schaffe.

und 2 VgV konkret auf Verordnungsebene geregelt ist, entbindet nicht von der Prüfung, ob diese Art der Verfahrensausgestaltung mit den übrigen rechtlichen Regelungen vereinbar ist.

1. Primärrecht

a. Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit

Der freie Waren- und Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten wird durch die Loslimitierung nicht beeinträchtigt. Sie stellt weder eine versteckte Diskriminierung noch eine sonstige Beschränkung dar. Es steht allen inländischen und ausländischen Unternehmen frei, sich für ein oder mehrere Lose eines Auftrages zu bewerben, eine Bevorzugung inländischer kleiner und mittlerer Unternehmen ist damit nicht verbunden. Eine Beschränkung in der Form, dass ausländische Großunternehmen angesichts der mangelnden wirtschaftlichen Attraktivität davon abgehalten werden, sich zu bewerben, ist nicht ersichtlich, weil sie zum einen trotz Limitierung Angebote für die vorgegebene Losanzahl abgeben können und zum anderen keinen Anspruch auf eine bestimmte Auftragsgröße bzw. einen bestimmten Auftragsumfang haben.

b. Beihilfe

Es könnte aber ein Spannungsverhältnis zum Beihilferecht entstehen, wenn der Auftraggeber im Fall der Zuschlagslimitierung den Zuschlag auf das Angebot eines Zweitplatzierten erteilen müsste, da der Erstplatzierte bereits auf die Höchstzahl der Lose den Zuschlag erhalten hat und der Auftraggeber somit ein über dem Marktpreis liegendes Entgelt zahlt.³¹ Anders als die im Rahmen des Vorliegens eines wirtschaftlichen Grundes getätigten Ausführungen³² würde tatsächlich ein Begünstigter vorliegen. Dementgegen sind hier wiederum die im Rahmen des Vorliegens eines wirtschaftlichen Grundes angesprochenen Höchstgrenzen der De-minimis-Verordnung heranzuziehen.³³ Solange der „Mehrpreis“, den der Auftraggeber an den Zweitplatzierten zahlen würde, diese Grenzen nicht erreicht, bestehen keine beihilferechtlichen Bedenken. Zudem liegt bei der Festlegung einer Angebots- und/oder Zuschlagslimitierung in den Ausschreibungsunterlagen keine bewusste Förderung eines bestimmten Unternehmens vor, sodass es sich lediglich um eine verfahrensausschreibungsimmanente Folge handelt.

2. Sekundärrecht

Die Richtlinien eröffnen die Möglichkeit der Loslimitierung gem. Art. 46 Abs. 2 RL 2014/24/EU. Einerseits steht die Limitierung in den Richtlinien 2014 nicht im unmittelbaren Bezug zur KMU-Förderung, sondern sie soll der Sicherung der Versorgungssicherheit und Aufrechterhaltung des Wettbewerbs dienen. Andererseits zielt die Limitierung, auch wenn sie aus Gründen des Mittelstandsschutzes gerechtfertigt wird, auch auf die Erhaltung einer ausgewogenen Unternehmensstruktur und mittel- und langfristig gesehen auf die Aufrechterhal-

³¹ So *Otting/Tresselt*, *VergabeR* 2009, 585 (594).

³² Vgl. dazu Kap. 3 § 15 III. 1. b.

³³ Entgegen der Ansicht von *Otting/Tresselt*, *VergabeR* 2009, 585 (594), wonach die Gruppenfreistellungsverordnung in diesem Fall nicht greife, da die darin enthaltenen Größenbestimmungen der KMU meist nicht eingehalten sind, kommt es auf solche Größenordnung bei Heranziehung der De-minimis-Verordnungen gerade nicht an. Darüber hinaus sind bei Einhaltung der in der Gruppenfreistellungsverordnung genannten Größenordnungen die in der Gruppenfreistellungsverordnung genannten Ausnahmen durchaus heranzuziehen.

tung des Wettbewerbs. Demnach hält sich eine zugunsten des Mittelstandes verstandene Limitierung im Rahmen der Richtlinien.

3. Verfassungsrecht

Weil die Limitierung mit all ihren positiven und negativen Folgen für alle Unternehmen gilt, liegt darin kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Sie führt nicht dazu, dass andere Unternehmen keine Chance mehr auf den Auftrag haben; diese Chance wird lediglich verringert.³⁴ Selbst wenn darin ein Verstoß gesehen werden sollte, wäre er gerechtfertigt. Da die Loslimitierung nicht zur Folge hat, dass andere Unternehmen vom Beschaffungsverfahren ausgeschlossen werden, genügt die Heranziehung der Willkürformel. Die Loslimitierung dient dazu, die Chancen auf dem Beschaffungsmarkt anzugleichen. Mittel- und langfristig gesehen, bleibt dadurch eine ausgewogene Unternehmensstruktur erhalten. Dies entspricht der in Art. 109 Abs. 2 und 3 GG verankerten Staatszielbestimmung, der Aufrechterhaltung eines gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts.

Gleiches gilt für Art. 12 Abs. 1 GG. Da Art. 12 Abs. 1 GG nicht vor Konkurrenz schützt und der Schutzbereich nicht den Erfolg im Wettbewerb garantiert, ist selbst bei Heranziehung der Annahme, dass aufgrund der Limitierung die Großunternehmen ihr Potenzial nicht mehr ausschöpfen können, der Schutzbereich nicht betroffen. Denn sowohl die Angebots- als auch die Zuschlagslimitierung beschränken ihren Zugang zum Beschaffungsmarkt nicht.

4. Vergabegrundsätze

a. Wettbewerb

Der Wettbewerbsgrundsatz verpflichtet den Auftraggeber, das Vergabeverfahren möglichst wettbewerbsoffen zu gestalten.³⁵ Der Wettbewerb ist nicht nur das Ziel, sondern auch das Instrument des Vergaberechts. Dementsprechend ist der Auftraggeber verpflichtet, alle verfügbaren Marktkräfte nutzbar zu machen, um einen wirtschaftlichen Einkauf der öffentlichen Hand zu ermöglichen.³⁶ Die Limitierung gleicht die Nachteile der mittelständischen Unternehmen auf dem Beschaffungsmarkt aus, wodurch sie ihr wirtschaftliches Potenzial ausschöpfen können, sodass die Limitierung ein Mittel zur Nutzbarmachung aller Marktkräfte ist. Dies dient der mittel- und langfristigen Sicherstellung einer nachhaltigen wirtschaftlichen Beschaffung im Wettbewerb³⁷ und der Erhaltung einer ausgewogenen Unternehmensgrößenstruktur.³⁸ Diesbezüglich hat der Auftraggeber nicht nur das konkrete Beschaffungsverfahren im Auge zu behalten, sondern auch zukünftige.³⁹ In bestimmten Marktsegmenten kann es wegen der Beauftragung nur großer Lieferanten zur Bevorteilung und zur Konzentrationsförderung kommen.⁴⁰ Indem sich der Angebotsmarkt nicht nur auf einzelne Unternehmen kon-

³⁴ So auch *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 353.

³⁵ *Müller-Wrede*, in: ders. (Hrsg.), *GWB*, § 97 *GWB* Rn. 6.

³⁶ *Diehr*, in: *Reidt/Stickler* u.a. (Hrsg.), *VergR*, § 97 *GWB* Rn. 14 m.w.N.

³⁷ OLG Düsseldorf, B.v. 7.11.2012 - VII-Verg 24/12 Rn. 33 ff.; OLG Düsseldorf, B.v. 15.6.2000 - Verg 6/00 Rn. 49; jewls. zitiert nach *Juris*; *Weyand*, *VergR*, § 97 *GWB* Rn. 562.

³⁸ *Baumeister/Kirch*, *NZBau* 2001, 653 (658); *Kling*, *Vergabefremde Regelungen*, S. 701; *Weyand*, *VergR*, § 17 *VOL/A* Rn. 107.

³⁹ OLG Düsseldorf, B.v. 7.11.2012 - VII-Verg 99/11 Rn. 19; OLG Düsseldorf, B.v. 15.6.2000 - Verg 6/00 Rn. 49; jewls. zitiert nach *Juris*.

⁴⁰ *VK Bund*, B.v. 11.11.2011 - VK 2-133/11 Rn. 109 (zitiert nach *Juris*); *Weyand*, *VergR*, § 97 *GWB* Rn. 562.

zentriert, wird eine Reduzierung des Anbietermarktes verhindert.⁴¹ Andernfalls könnte sich in diesem Marktsegment kein weiterer Wettbewerb entwickeln.⁴² Dies entspricht wettbewerblichen und vergabekonformen Überlegungen. Deutlich wird dies im Gesundheitsbereich: § 130a Abs. 8 SGB V verpflichtet die Krankenkassen seit der Fassung vom 22. Dezember 2010, der Vielfalt von Anbietern Rechnung zu tragen. Mit dieser Änderung wollte der Gesetzgeber den sich aus der Bildung von Nachfragegemeinschaften ergebenden negativen Folgen für den Wettbewerb Rechnung tragen.⁴³ Diese hinter der Regelung stehende Intention ist auch in anderen Vergabeverfahren fruchtbar zu machen. Folglich führt die Limitierung unter Wettbewerbsgesichtspunkten dazu, „von vornherein einer größeren Zahl von Bietern Chancen für einen Auftrag zu geben“⁴⁴. Dies belebt wiederum den Wettbewerb um die Lose.⁴⁵

b. Gleichbehandlung

In Bezug auf das Gleichbehandlungsgebot wird unter anderem vorgebracht, dass die Loslimitierung zu einer „gleichheitswidrigen Benachteiligung besonders leistungsstarker Bieter“⁴⁶ führe. Bieter, die bereits den Zuschlag für die Höchstzahl der Lose erhalten haben, werden durch die Zuschlagslimitierung in Bezug auf die übrigen Lose jeglicher Zuschlagschance beraubt; Bietern, die sich mit einem weniger wirtschaftlicheren Angebot beworben haben, werde hingegen eine ohne die Zuschlagslimitierung nicht vorhandene Zuschlagschance eröffnet.⁴⁷

Hierbei handelt es sich um eine einseitige Sichtweise, da sie außer Betracht lässt, dass – will man sich der Begriffswahl anschließen – der negative Effekt alle Unternehmen trifft.⁴⁸ Die mittelständischen Unternehmen haben trotz Limitierung keinen Vorrang bei der Entscheidung über den Zuschlag, dieser wird weiterhin unabhängig von der Unternehmensform auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt.⁴⁹ Infolge dessen ist auch das Argument, Großunternehmen würden im Falle der Angebotslimitierung ihrer Möglichkeit beraubt, wirtschaftliche Angebote abzugeben, verfehlt. Es verkehrt die Wertungsebenen und zieht die Wirtschaftlichkeitsprüfung auf einen Zeitraum vor Angebotsabgabe. Darüber hinaus können die Unternehmen in beiden Fällen der Limitierung weiterhin ihr Potenzial ausschöpfen. Denn den Unternehmen ist von Anfang an bekannt, wie viele Angebote sie abgegeben bzw. auf wie

⁴¹ OLG Düsseldorf, B.v. 15.6.2000 - Verg 6/00 Rn. 49; VK Bund, B.v. 11.11.2011 - VK 2-133/11 Rn. 110 f.; VK Sachsen, B.v. 26.3.2008 - 1/SVK/005-08 Rn. 186; jewl. zitiert nach Juris.

⁴² *Manz/Schönwälder*, VergabeR 2013, 852 (853); *Weyand*, VergR, § 97 GWB Rn. 565 m.w.N.

⁴³ OLG Düsseldorf, B.v. 7.12.2011 - VII-Verg 99/11 Rn. 19 m.w.N. (zitiert nach Juris).

⁴⁴ OLG Düsseldorf, B.v. 15.6.2000 - Verg 6/00 Rn. 46, 54 (zitiert nach Juris).

⁴⁵ A.A. *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 40; *Kus*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 2 EG VOL/A Rn. 33; *Ziekow*, in: ders./Völlink, VergR, § 97 GWB Rn. 61.

⁴⁶ *Ziekow*, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 61. Ebenso *Frenz*, VergabeR 2011, 13 (17); *ders.*, GewArch 57 (2011), 97 (98); *Kus*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 2 EG VOL/A Rn. 33; *Michallik*, VergabeR 2011, 683 (685); *Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, 585 (587 ff.). Siehe zur mangelnden Rechtfertigung des Gleichheitsverstößes *Frenz*, a.a.O. S. 98; *Kus*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 5 EG VOB/A Rn. 26; *Otting/Tresselt*, a.a.O. S. 591; *Ziekow*, GewArch 59 (2013), 417 (420). Allgemein dazu *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 40.

⁴⁷ *Kus*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 5 EG VOB/A Rn. 26; *Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, 585 (588 f.) m.w.N.

⁴⁸ *Baumeister/Kirch*, NZBau 2001, 653 (659) m.w.N.; *Müller-Wrede*, NZBau 2004, 643 (647) m.w.N.

⁴⁹ *Müller-Wrede*, NZBau 2004, 643 (647).

viele Angebote sie den Zuschlag erhalten können. Durch mögliche Loskombinationen und Preisnachlässe steht ihnen immer noch ein Spielraum zur Verfügung.

c. Wirtschaftlichkeitsgebot

Daneben wird geltend gemacht, die Loslimitierung verstoße gegen das Gebot der wirtschaftlichsten Auftragsvergabe, da ein wirtschaftlicheres Angebot nicht mehr berücksichtigt wird, weil der Bieter bereits auf die Höchstzahl der Lose den Zuschlag erhalten habe.⁵⁰ Im Endeffekt könnten Bieter zum Zuge kommen, die keine reelle Chance auf den Zuschlag gehabt hätten. Über Erfolg oder Misserfolg eines Bieters entscheide nicht mehr die Wirtschaftlichkeit der Angebote, sondern „nicht wettbewerbliche Erwägungen“⁵¹. Dies entspreche weder dem Gebot der Wirtschaftlichkeit noch dem haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.⁵²

aa. Nicht nur kurzfristige Einsparungen

Zuzugestehen ist dieser Ansicht, dass die Limitierung den Anschein erweckt, der öffentliche Auftraggeber kaufe unwirtschaftlich ein, da mögliche Synergieeffekte verloren gehen.⁵³ Demnach kommt der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz bei der Loslimitierung im konkreten Verfahren möglicherweise nicht gänzlich zur Geltung.⁵⁴ Allerdings übersieht der pauschale Verweis auf die Wirtschaftlichkeit, dass die Gefahr, ein unwirtschaftlicheres Angebot wählen zu müssen, nur im Rahmen der Zuschlagslimitierung besteht, woraus nicht auf die Unzulässigkeit der Limitierung im Ganzen zu schließen ist. Des Weiteren greift dieses Argument aufgrund der zukunftsgerichteten Vielfaltssicherung zu kurz.⁵⁵ Das Zusammenspiel zwischen dem Wettbewerbsgrundsatz, Mittelstandschutz und dem Wirtschaftlichkeitsprinzip zwingt den Auftraggeber, auch langfristige Überlegungen einfließen zu lassen und nicht nur kurzfristige Einsparungen vorzunehmen.⁵⁶

bb. Nicht nur monetäre Kriterien

Im Rahmen der Wirtschaftlichkeit spielen ferner nicht nur monetäre Kriterien eine Rolle.⁵⁷ Die Richtlinien 2014 eröffnen die Möglichkeit, im Rahmen der Wirtschaftlichkeit weitere soziale Aspekte zu berücksichtigen. Als ein solcher ist auch die Mittelstandsförderung anzusehen.⁵⁸ Überdies übersieht die einseitige Fokussierung auf den Preis, dass darin auch Risiken liegen können. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass die Preise zu niedrig kalkuliert sind und dadurch Vertragsdurchführungsprobleme auftauchen können.⁵⁹ Hat ein Unternehmen bereits die Höchstzahl der Lose erhalten, fällt er mit seinen übrigen Angeboten aus der Auswahlent-

⁵⁰ U.a. VK Baden-Württemberg, B.v. 21.11.2008 - 1 VK 52/08, 1 VK 53/08 Rn. 150 (zitiert nach Juris); *Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, 585 (593).

⁵¹ *Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, 585 (588).

⁵² *Bultmann*, Beihilfenrecht, S. 158 m.w.N.; *Müller-Wrede*, NZBau 2004, 643 (648) m.w.N.; *Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, 585 (593).

⁵³ *Manz/Schönwälder*, VergabeR 2013, 852 (853).

⁵⁴ *Weyand*, VergR, § 97 GWB Rn. 563.

⁵⁵ OLG Düsseldorf, B.v. 15.6.2000 - Verg 6/00 Rn. 49 (zitiert nach Juris).

⁵⁶ VK Bund, B.v. 12.12.2008 - VK 2-136/08, II. 1., S. 35.

⁵⁷ *Faßbender*, NZBau 2010, 529 (533) m.w.N.

⁵⁸ Vgl. dazu Kap. 2 § 7 II. 2. e. cc.

⁵⁹ *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 5 VOB/A Rn. 19.

scheidung heraus. Der Auftraggeber hat unter den übrigen Angeboten das wirtschaftlichste zu wählen und hält sich daher an das Wirtschaftlichkeitsgebot im engeren Sinne⁶⁰.

d. Unzulässiger Ausschlussgrund

Die Kritiker weisen außerdem darauf hin, dass es wie ein weiterer Ausschlussgrund wirke, wenn Bieter nur deswegen ausgeschlossen werden, weil sie bereits den Zuschlag auf die Höchstzahl der Lose erhalten haben.⁶¹ Es sei nicht mehr das „freie Spiel der Wettbewerbskräfte“ entscheidend.⁶² Ferner existiere kein Gesetz, wonach der Erfolg bzw. die Berücksichtigung eines Bieters für ein Los vom Misserfolg in Bezug auf ein anderes Los abhängt.⁶³

Diese Auffassung übersieht zum einen, dass es sich um unterschiedliche Prüfungsebenen handelt. Der Bieter wird nicht ausgeschlossen, vielmehr hat er im Verfahren bereits einen Erfolg – Zuschlag – errungen. Der Erfolg eines Bieters hängt immer vom Misserfolg anderer Bieter ab, unabhängig davon, ob der Auftraggeber eine Limitierung vornimmt. Zum anderen handelt es sich bei der Zuschlagslimitierung um ein Auswahlkriterium, an das sich der Auftraggeber halten muss. Durch die Bekanntgabe der Loslimitierung bindet sich der Auftraggeber freiwillig selbst.⁶⁴ Auch wenn ein Bieter auf alle Lose, eine Kombination mehrerer Lose oder im Rahmen eines Gesamtangebotes ein gegenüber den anderen Losangeboten wirtschaftlicheres Angebot unterbreitet, darf der Auftraggeber von der Limitierung nicht einfach abweichen. Dies wäre ein Verstoß gegen das Transparenzgebot gem. § 97 Abs. 1 GWB.⁶⁵ Die Unternehmen haben durch die Bekanntgabe einen Anspruch auf die Einhaltung der Loslimitierung.⁶⁶ Die im Rahmen der Zuschlagslimitierung bestehende Gefahr, dass ein Unternehmen mit seinen wirtschaftlicheren Angeboten auf Lose nur darum nicht mehr berücksichtigt wird, weil er bereits die Höchstzahl an Zuschlägen erhalten hat, ist zwar nicht von der Hand zu weisen.⁶⁷ Demgegenüber legt der Auftraggeber aber die Regularien des Verfahrens und die Auswahlkriterien fest.

5. Haushaltsrecht – Gebot der Wirtschaftlichkeit

Unter haushaltsrechtlichem Blickwinkel ist überdies zu berücksichtigen, dass im Rahmen der Loslimitierung weitere Gesichtspunkte, wie die der mittel- und langfristigen Sicherung des Wettbewerbs und der Erhaltung einer ausgewogenen Unternehmensgrößenstruktur, eine Rolle spielen. Mithin kann die den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz zu beachtende Verwaltungsstelle auch einen gesamtwirtschaftlichen und langfristigen Vergleich aufstellen⁶⁸, sodass kurzfristige Kosteneinsparungen langfristig gesehen nicht die wirtschaftlichere Variante

⁶⁰ *Faßbender*, NZBau 2010, 529 (533).

⁶¹ VK Bund, B.v. 1.2.2011 - VK 3-135/10 Rn. 276 (zitiert nach *Juris*).

⁶² *Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, 585 (588). Ebenso kritisch VK Bund, B.v. 1.2.2011- VK 3-135/10 Rn. 276 (zitiert nach *Juris*).

⁶³ *Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, 585 (593).

⁶⁴ *Dreher*, NZBau 2005, 427 (431).

⁶⁵ OLG Düsseldorf, B.v. 15.6.2000 - Verg 06/00 Rn. 45 m.w.N. (zitiert nach *Juris*); *Müller-Wrede*, NZBau 2004, 643 (648).

⁶⁶ *Müller-Wrede*, NZBau 2004, 643 (648).

⁶⁷ LSG Baden-Württemberg, B.v. 23.1.2009 - L 11 WB 5971/08 Rn. 176 ff.; VK Baden-Württemberg, B.v. 27.11.2008 - 1 VK 52/08, Rn. 150; jews. zitiert nach *Juris*.

⁶⁸ *Gröpl*, Wirtschaftlichkeit, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR Bd. V, § 121 Rn. 50.

sind.⁶⁹ In diesem Zusammenhang zeugen die von *Ruh*⁷⁰ ausgewerteten Studien davon, dass die Losvergabe langfristig zu Kostensenkungen führt. Der Auftraggeber ist also nicht gezwungen, unwirtschaftlich zu beschaffen. Kommt er bei der Wertung zu dem Ergebnis, dass die Losvergabe unverhältnismäßig teuer ist, besteht immer noch die Möglichkeit, die Reißleine der Aufhebung des Vergabeverfahrens wegen unwirtschaftlicher Angebote zu ziehen.⁷¹ Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz fließt folglich mit ein. Aber selbst wenn man hierin einen Verstoß erblicken will, kann dieser gerechtfertigt werden.⁷²

V. Zusammenfassung

Die Bedenken der Limitierungsgegner greifen nicht durch. Die Loslimitierung ist zur Wahrung des Mittelstandsschutzes zulässig und vom Pflichtenumfang des § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB umfasst. Auf Verordnungsebene regelt § 30 Abs. 1 und 2 VgV das Vorgehen bei einer Limitierung und stellt sie ausdrücklich in den Dienst der Mittelstandsförderung. Ebenso sehen die Richtlinien 2014 das Instrument der Loslimitierung vor. Eine Pflicht zur Limitierung besteht indes nicht, vielmehr liegt die Entscheidung im Ermessen des Auftraggebers. Nimmt der Auftraggeber eine Loslimitierung aufgrund des Mittelstandsschutzes vor, muss er analysieren, ob es für den jeweils infrage stehenden Auftrag tatsächlich einen für mittelständische Unternehmen relevanten Markt gibt.⁷³ Eine vom potenziellen Bewerberkreis losgelöste Limitierung ist mit den Grundsätzen des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung nicht zu vereinbaren. In einem solchen Fall mangelt es an einem Adressaten für die Limitierung und somit an einer mit der Limitierung verfolgten Herstellung von Chancengleichheit. Eine zugunsten des Mittelstandes vorgenommene Limitierung verstößt nicht gegen den Grundsatz des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung, da sie der Nutzbarmachung aller Marktkräfte und damit der langfristigen Sicherstellung des Wettbewerbs dient und die Nachteile der mittelständischen Unternehmen auf dem Beschaffungsmarkt ausgleicht. Die mit der Loslimitierung einhergehenden Folgen treffen alle Wirtschaftsteilnehmer, unabhängig von ihrer Herkunft und ihrer Größe. Des Weiteren hält sich die Limitierung an den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz im engeren Sinne, da der Zuschlag unter den übrig gebliebenen Offerten weiterhin auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt wird. Insofern stellt die Limitierung keinen verschleierte Ausschlussgrund dar. Solange die Grenzwerte der De-minimis-Verordnung eingehalten sind, stößt die Limitierung nicht auf beihilferechtliche Bedenken.

⁶⁹ Vgl. hierzu auch das Beispiel von *Gröpl*, Wirtschaftlichkeit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. V, § 121 Rn. 50.

⁷⁰ *Ruh*, VergabeR 2005, 718 (732).

⁷¹ Z.B. § 63 Abs. 1 Nr. 3 VgV; § 57 SektVO; § 32 Abs. 1 Nr. 3 KonzVgV; § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A; § 17 Abs. 1 Nr. 3 EU VOB/A. Siehe zur Rechtslage bis zum 17.4.2016 § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A a.F. bzw. EG VOB/A a.F.; § 17 Abs. 1 lit. c) VOL/A a.F.; § 20 Abs. 1 lit. c) EG VOL/A a.F.

⁷² Vgl. dazu Kap. 2 § 8 III. 2.; Kap. 3 § 17 II. 4. b., d.

⁷³ *Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, 585 (592) m.w.N.; *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), VergR, § 5 VOB/A Rn. 19.

§ 17 Mehrfachbezuschlagung – losübergreifende Wertung vs. losweise Wertung

Hat der Auftraggeber den Auftrag in Lose ausgeschrieben, kann er in den Ausschreibungsunterlagen die Möglichkeit eröffnen, Angebote für ein, mehrere oder alle Lose einzureichen. Sofern keine Zuschlagslimitierung vorgesehen ist, können die Bieter den Zuschlag für mehr als ein Los oder gar alle Lose erhalten, wenn sie für diese das erstplatzierte Angebot abgegeben haben. Oft bieten die Bieter für den Fall, dass sie den Zuschlag für mehrere oder alle Lose erhalten, bedingte Preisnachlässe an. Fraglich ist, wie im Rahmen der Wertung mit den einzelnen Losen und den Preisnachlässen zu verfahren ist. Gemäß § 127 Abs. 1 GWB ist der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen. Ist dieses für jedes Los gesondert zu ermitteln (losweise Wertung), oder müssen die Angebote aufgrund des angebotenen Preisnachlasses losübergreifend gewertet werden; d.h. bedarf es der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes im engen oder im weiten Sinne¹? Diskutiert wird dieser Problemkreis unter den Schlagworten „Verbot der Mehrfachbezuschlagung“². Die Berücksichtigung der Nachlässe kann dazu führen, dass die reelle Chance der mittelständischen Unternehmen, den Auftrag zu erhalten, sinkt, wenn sie nicht in der Lage sind, vergleichbare Nachlässe anzubieten.

I. Preisnachlass

1. Nationale Vorgaben

Preisnachlässe sind prozentuale oder als Euro-Betrag angebotene Abzüge von der Angebots- oder Abrechnungssumme.³ Regelungen zu Preisnachlässen enthält lediglich die VOB/A.⁴ Danach sind Preisnachlässe ohne und mit Bedingung zu unterscheiden. Preisnachlässe ohne Bedingungen liegen vor, wenn der Auftraggeber gegen einen geringeren Preis genau das erhalten soll, was er nach dem Inhalt der Ausschreibung erwartet.⁵ Ein bedingter Preisnachlass liegt vor, wenn die Gewährung des Preisnachlasses vom Eintritt einer Bedingung abhängt. In Betracht können solche Bedingungen kommen, deren Erfüllung im Einflussbereich des Bieters⁶ oder im Einflussbereich des Auftraggebers liegen⁷. Die VgV, die SektVO und KonzVgV sehen zwar keine Regelungen die Preisnachlässe betreffend vor⁸, allerdings kann der Auftraggeber auf Grundlage seines Leistungsbestimmungsrechts solche

¹ *Faßbender*, NZBau 2010, 529 (533).

² *Dreher*, NZBau 2005, 427 (430); *ders.*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 146; *Michallik*, VergabeR 2011, 683 (683).

³ VK Brandenburg, B.v. 21.10.2002 - VK 55/02, II., S. 5 m.w.N.; *Dähne/Schelle*, VOB von A-Z, S. 1023.

⁴ § 13 Abs. 4 VOB/A; § 16d Abs. 4 VOB/A; § 13 Abs. 4 EU VOB/A; § 16d Abs. 4 EU VOB/A. Siehe zu den Vorgängerregelungen § 13 Abs. 4 VOB/A a.F.; § 16 Abs. 9 VOB/A a.F.; § 13 Abs. 4 EG VOB/A a.F.; § 16 Abs. 10 EG VOB/A a.F.

⁵ VK Sachsen, B.v. 10.11.2006 - 1/SVK/96-06, II. 2. c. a), S. 19; *Dähne/Schelle*, VOB von A-Z, S. 1023.

⁶ Siehe dazu *Weyand*, VergR, § 16 VOB/A Rn. 933 ff. Angebote über Preisnachlässe, die von Bedingungen abhängig gemacht werden, deren künftiger Eintritt von der Entscheidung oder Wahl des Bieters/Auftragnehmers abhängt, dürfen nicht gewertet werden; vgl. dazu nur VK Baden Württemberg, B.v. 22.6.2004 - 1 VK 32/04 Rn. 75; VK Baden Württemberg, B.v. 7.3.2003 - 1 VK 11/03 Leitsatz 2; jewl. zitiert nach Juris.

⁷ Voraussetzung für die Berücksichtigung bedingter Preisnachlässe im Einflussbereich des Auftraggebers ist, dass die Bedingung realistisch eintreten kann, OLG Brandenburg, U.v. 14.12.2010 - 11 U 37/10 Rn. 36; VK Baden Württemberg, B.v. 31.10.2001 - 1 VK 36/01 Rn. 46; jewl. zitiert nach Juris.

⁸ Dieser Befund galt auch für die bis zum 17.4.2016 geltenden Fassungen der VOL/A, VOF und SektVO.

ebenfalls in den Ausschreibungsunterlagen vorsehen und ermöglichen, dass die Bieter Angaben zu bedingten und unbedingten Preisnachlässen machen können.⁹ Zudem können die hinter den Preisnachlassregelungen der VOB/A stehenden Rechtsgedanken und Intentionen auf die anderen Vergabeverordnungen übertragen werden.¹⁰ Im Zusammenhang mit der Losvergabe sind folgende Konstellationen denkbar:

- Gewährung eines Preisnachlasses je Los,
- Gewährung eines Preisnachlasses für den Fall der Zuschlagserteilung auf mehrere Lose,
- eine Kombination beider zuvor genannten Möglichkeiten und
- die Gewährung eines Preisnachlasses für den Fall, dass zugleich der Zuschlag für ein im Rahmen einer anderen Ausschreibung abgegebenes Angebot erteilt wird (sog. Kopplungsangebot¹¹).

Hier ist nicht der Ort, die Zulässigkeitsvoraussetzungen und den Rechtscharakter derartiger Preisnachlässe zu analysieren. Von Bedeutung für die vorliegende Untersuchung sind die Preisnachlässe mit Bedingung, da die Rabatte für den Fall gewährt werden, dass der Bieter den Zuschlag für mehr als ein Los erhält. Angesprochen sei hier nur kurz, dass die nationalen Vorschriften keine konkreten Regelungen für die hier relevanten Preisnachlässe enthalten, geschweige denn unter welchen Voraussetzungen sie in die Wertung einbezogen werden können. Weil die Geltung des Rabatts von der Bedingung abhängt, dass der Bieter den Zuschlag für mehrere Lose oder eine bestimmte Loskombination erhält, wird im Folgenden von bedingten Preisnachlässen gesprochen.¹² Nach der hier vertretenen Auffassung stellen sie kein Nebenangebot¹³ und kein Koppelungsangebot dar¹⁴. Da der bedingte Preisnachlass

⁹ Vgl. für den Bereich der VOL/A nur VK Münster, B.v. 14.11.2011 - VK 14/11 Rn. 63 (zitiert nach Juris).

¹⁰ *Lausen*, in: Müller-Wrede (Hrsg.) VOL/A, § 16 EG VOL/A Rn. 98 m. Fn. 115. Mit ähnlicher Tendenz OLG Dresden, B.v. 16.3.2010 - WVerG 0002/10 Rn. 6 (zitiert nach Juris).

¹¹ Derartige Koppelungsangebote sind zulässig, wenn sie mit dem Wettbewerbsgrundsatz vereinbar sind und Manipulationsmöglichkeiten des Bieters auf einen vorangegangenen Wettbewerb ausgeschlossen sind, OLG Saarbrücken, U.v. 24.11.1999 - 5 Verg 1/99 Rn. 56 m.w.N.; VK Nordbayern, B.v. 30.9.2010 - 21.VK-3194-33/10 Rn. 102; jewls. zitiert nach Juris; VK Brandenburg, B.v. 7.5.2002 - VK 14/02, II., S. 7 m.w.N.; *Bauer*, in Heiermann/Riedl u.a. (Hrsg.), VOB, § 16 EG VOB/A Rn. 189, 303; *Dähne/Schelle*, VOB von A-Z, S. 739 f. A.A. *Opitz*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 16 VOB/A Rn. 382 m.w.N.

¹² Diese Begrifflichkeit ebenso verwendend, OLG Brandenburg, U.v. 14.12.2010 - 11 U 37/10 Rn. 36; OLG Brandenburg, B.v. 20.3.2007 - W 12/06 Rn. 81; VK Baden Württemberg, B.v. 22.6.2004 - 1 VK 32/04 Rn. 71. A.A. VK Sachsen, B.v. 22.6.2011 - 1/SVK/024/11 Rn. 50; jewls. zitiert nach Juris.

¹³ OLG Düsseldorf, B.v. 2.11.2011 - VII-Verg 22/11 Rn. 71; OLG Jena, B.v. 21.9.2009 - 9 Verg 7/09 Rn. 69; OLG Brandenburg, B.v. 20.3.2007 - Verg W 12/06 Rn. 80; VK Münster, B.v. 14.11.2011 - VK 14/11 Leitsatz 2; VK Bund, B.v. 10.2.2011 - VK 3-8/11 Rn. 106 ff.; VK Baden Württemberg, B.v. 22.6.2004 - 1 VK 32/04 Rn. 70, 72; jewls. zitiert nach Juris; *Bauer*, in: Heiermann/Riedl u.a. (Hrsg.), VOB, § 16 EG VOB/A Rn. 188; *Dicks*, VergabeR 2012, 318 (319); *Dippel*, in: Heiermann/Blaufuß u.a. (Hrsg.), JurisPK VergR, § 13 VOB/A Rn. 50 m.w.N.; *Gnittke/Hattig*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VOL/A, § 9 EG VOL/A Rn. 72; *Herrmann*, VergabeR 2012, 673 (676); *Motzke*, in: Dreher/ders. (Hrsg.), VergR, § 8 VOB/A Rn. 63; *Opitz*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 16 VOB/A Rn. 379. A.A. wonach es sich um ein (kaufmännisches) Nebenangebot handle, OLG Saarbrücken, U.v. 24.11.1999 - 5 Verg 1/99 Rn. 56; VK Nds, B.v. 5.11.2010 - VgK-54/2010 Rn. 56, 62 m.w.N.; VK Münster, B.v. 21.12.2005 - VK 25/05 Rn. 92; VK Schleswig-Holstein, B.v. 1.4.2004 - VK-SH 05/04 Rn. 81 ff.; jewls. zitiert nach Juris; VK Thüringen, B.v. 17.11.2003 - 216-4002.20-055/03-EF-S; VK Thüringen, B.v. 27.10.2004 - 360-4002.20-016/04-SON Nr. 4.2.1.; *Weyand*, VergR, § 16 VOB/A Rn. 933, § 13 VOB/A Rn. 23.

in der vorliegenden Form kein Nebenangebot ist, greifen die Regelungen der § 16d Abs. 3 VOB/A und § 8 Abs. 2 Nr. 3 EU VOB/A¹⁵ nicht.¹⁶ Weil er auch kein Preisnachlass ohne Bedingung ist, kommen § 16d Abs. 4 Satz 1 VOB/A und § 16d Abs. 4 Satz 1 EU VOB/A¹⁷ gleichfalls nicht zum Tragen.¹⁸ Ferner ist die Bedingung nicht an die Zahlungsfrist geknüpft, mithin also kein Skonto, sodass der Nachlass ebenso wenig in den Anwendungsbereich der § 16d Abs. 4 Satz 2 VOB/A und § 16d Abs. 4 Satz 2 EU VOB/A¹⁹ fallen.²⁰

Gleichwohl werden die bedingten Preisnachlässe für den Fall der Mehrfachbezuschlagung anerkannt und akzeptiert. Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, die Bieter zur Angabe entsprechender bedingter Nachlässe aufzufordern. Tut er dies im Rahmen seines Leistungsbestimmungsrechts und sehen die Ausschreibungsunterlagen entsprechende Stellen für diese Angaben vor, müssen die Wirtschaftsteilnehmer sie auch dort eintragen, damit die bedingten Preisnachlässe Eingang in die Wertung finden.²¹ Fordert der Auftraggeber die Wirtschaftsteilnehmer nicht ausdrücklich auf und ergibt die Auslegung der Ausschreibungsunterlagen aus Sicht eines verständigen Wirtschaftsteilnehmers nicht, dass das Angebot bedingter Preisnachlässe für den Fall der Mehrfachbezuschlagung ausgeschlossen ist, so können die Wirtschaftsteilnehmer die Nachlässe in einem gesonderten Begleitanschreiben von sich aus anbieten.²² Insofern hat der Auftraggeber mit der Möglichkeit, Angebote für ein, mehrere oder alle Lose einreichen zu können, die Grundlage für Preisnachlässe im Fall der Mehrfachbezuschlagung geschaffen.²³ Die Unzulässigkeit des angebotenen Nachlasses führt nicht zum Ausschluss des gesamten Angebotes, sondern nur dazu, dass der Preisnachlass – ob unbedingt oder bedingt – bei der preislichen Wertung des Angebotes unberücksichtigt bleibt.²⁴

¹⁴ VK Baden-Württemberg, B.v. 22.6.2004 - 1 VK 32/04 Rn. 42 (zitiert nach Juris); *Opitz*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 16 VOB/A Rn. 382.

¹⁵ Bzw. § 16 Abs. 8 VOB/A a.F.

¹⁶ OLG Jena, B.v. 21.9.2009 - 9 Verg 7/09 Rn. 70; OLG Brandenburg, B.v. 20.3.2007 - Verg W 12/06 Rn. 81; VK Baden-Württemberg, B.v. 22.6.2004 - 1 VK 32/04 Rn. 71; jewls. zitiert nach Juris.

¹⁷ Bzw. § 16 Abs. 9 S. 1 VOB/A a.F.

¹⁸ OLG Jena, B.v. 21.9.2009 - 9 Verg 7/09 Rn. 70; OLG Brandenburg, B.v. 20.3.2007 - Verg W 12/06 Rn. 81; VK Baden-Württemberg, B.v. 22.6.2004 - 1 VK 32/04 Rn. 71. A.A. VK Nordbayern, B.v. 26.10.2001 - 320.VK-3194-37/0 Rn. 38 ff.; jewls. zitiert nach Juris.

¹⁹ Bzw. § 16 Abs. 9 Satz 2 VOB/A a.F.

²⁰ OLG Jena, B.v. 21.9.2009 - 9 Verg 7/09 Rn. 70; OLG Brandenburg, B.v. 20.3.2007 - Verg W 12/06 Rn. 81; VK Baden-Württemberg, B.v. 22.6.2004 - 1 VK 32/04 Rn. 71; jewls. zitiert nach Juris. Eine analoge Anwendung des § 16 Abs. 9 VOB/A kommt nicht in Betracht, vgl. dazu nur VK Baden-Württemberg, B.v. 22.6.2004 - 1 VK 23/04 Rn. 71 (zitiert nach Juris); *Opitz*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 16 VOB/A Rn. 381.

²¹ BGH, U.v. 20.1.2009 - X ZR 113/07 Rn. 13; OLG Brandenburg, B.v. 20.3.2007 - Verg W 12/06 Rn. 82; VK Südbayern, B.v. 21.4.2009 - Z3-3-3194-1-09-02/09 Rn. 148 f.; VK Thüringen, B.v. 1.8.2008 - 250-4003.20-1952/2008-015_GRZ; VK Nordbayern, B.v. 26.10.2001 - 320.VK-3194-37/0 Rn. 38 ff.; VK Sachsen, B.v. 22.6.2001 - 1/SVK/024/11; jewls. zitiert nach Juris; *Bauer*, in: Heiermann/Riedl u.a. (Hrsg.), VOB, § 16 EG VOB/A Rn. 187 f.

²² VK Baden-Württemberg, B.v. 22.6.2004 - 1 VK 23/04 Rn. 68 ff.; VK Sachsen, B.v. 22.6.2001 - 1/SVK/024/11 Rn. 57 f.; jewls. zitiert nach Juris; *Bauer*, in: Heiermann/Riedl u.a. (Hrsg.), VOB, § 16 EG VOB/A Rn. 188, § 5 VOB/A Rn. 17.

²³ VK Baden-Württemberg, B.v. 22.6.2004 - 1 VK 23/04 Rn. 69 (zitiert nach Juris).

²⁴ OLG Brandenburg, B.v. 20.3.2007 - W 12/06 Rn. 82; VK Nds, B.v. 5.11.2010 - VgK-54/2010 Rn. 64; jewls. zitiert nach Juris; *Dittmann/Dicks*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 13 EG VOB/A Rn. 124, 126 jewls. m.w.N.; *Opitz*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), VergR, § 16 VOB/A Rn. 383 m.w.N.

2. Sekundärrechtliche Vorgaben durch die Richtlinien 2014

An der Möglichkeit, bedingte Preisnachlässe für den Fall der Mehrfachbezuschlagung anzubieten, ohne dass der Auftraggeber die Bieter in den Ausschreibungsunterlagen zur Angabe entsprechender Angebote auffordert, ändern die Richtlinien 2014 grundsätzlich nichts. Diese nutzen den Begriff des bedingten Preisnachlasses und den der Mehrfachbezuschlagung zwar nicht ausdrücklich, allerdings ist diese Fallgestaltung in Art. 46 Abs. 3 RL 2014/24/EU angelegt. Danach können die Mitgliedstaaten bestimmen, dass in Fällen, in denen ein einziger Bieter den Zuschlag für mehr als ein Los erhalten kann, die öffentlichen Auftraggeber Aufträge über mehrere oder alle Lose vergeben können, wenn sie in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung angegeben haben, dass sie sich diese Möglichkeit vorbehalten und die Lose oder Losgruppen angeben, die kombiniert werden können.

Eine Loskombination ergibt sich durch zwei Optionen: Zum einen durch die Abgabe eines entsprechenden Gesamtangebotes für mehrere oder alle Lose. Zum anderen durch die hier interessierende Form des bedingten Preisnachlasses. Dieser bildet quasi die Verbindungskette zwischen den einzelnen Losen mit der Konsequenz, dass die Lose nicht mehr einzeln für sich stehen, sondern in der jeweiligen Kombination eine „Einheit“ bilden. Aus Art. 46 Abs. 3 RL 2014/24/EU könnte zwar der Schluss gezogen werden, dass unaufgefordert angebotene Loskombinationen in Form bedingter Preisnachlässe gänzlich unzulässig sind. Unter Heranziehung des Erwägungsgrundes 79 RL 2014/24/EU ergibt sich aber, dass die Vorbehaltserklärung des Auftraggebers und die konkrete Angabe der Lose oder Losgruppen, die kombiniert werden können, lediglich Auswirkung auf das Vorgehen im Rahmen der Wertung hat.

II. Losübergreifende oder losweise Wertung

1. Wortlaut sowie Sinn und Zweck des § 97 Abs. 4 GWB

Durch die Losaufteilung trägt der Auftraggeber seiner aus § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB und den entsprechenden Regelungen in den Vergabeordnungen verankerten Losaufteilungspflicht Rechnung. Zugleich entspricht dies seiner Mittelstandsförderungspflicht.²⁵ Diese Grundsätze muss er auch im Rahmen der Wertung berücksichtigen und im Rahmen der praktischen Konkordanz zur Geltung bringen²⁶, sodass auf der Wertungsebene vom Optimierungsgebot des Mittelstandsschutzes etwas übrig bleibt. Gemäß § 97 Abs. 4 GWB sind die mittelständischen Interessen „bei der Vergabe“ vornehmlich zu berücksichtigen und Leistungen in Losen „zu vergeben“. Mit diesen Begrifflichkeiten ist auch die Zuschlagsebene angesprochen, wodurch mittelständische Interessen auf der Wertungsebene eine Rolle spielen und jedes Los grundsätzlich gesondert zu betrachten ist.²⁷ Ausweislich der Gesetzesbegründung soll sich die Berücksichtigung auf die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens beziehen. Zum

²⁵ VK Lüneburg, B.v. 6.12.2004 - 203-VgK-50/2004 Rn. 91 (zitiert nach Juris).

²⁶ So die VK Bund, B.v. 7.2.2008 - VK 3-169/07 Rn. 119 (zitiert nach Juris) in Bezug auf die Vorgaben des Vergaberechts und des Sozialrechts. Das OLG Düsseldorf, B.v. 17.4.2008 - VII-Verg 15/08 Rn. 29 (zitiert nach Juris) schloss sich der Ansicht der VK Bund – eine praktische Konkordanz herzustellen – nicht an. Allgemein dazu *Kus*, in: *Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOB/A, § 5 EG VOB/A Rn. 23 m.w.N., 25. A.A. Michallik, VergabeR 2011, 683 (683 f.)*.

²⁷ VK Lüneburg, B.v. 31.1.2012 - VgK-58/11 Rn. 63 (zitiert nach Juris); VK Brandenburg, B.v. 19.1.2006 - 2 VK 76/05, II. 2.2.2., S. 10; *Faßbender, NZBau 2010, 529 (533)*.

Vergabeverfahren zählt alles – vom Beginn der Ausschreibung bis zum Zuschlag.²⁸ Ebenso gab es zu der bis zum 23. April 2009 geltenden Fassung des § 97 Abs. 3 GWB a.F. Ansichten, wonach für jedes Los gesondert der günstigste Bieter ermittelt werden muss.²⁹ Diese Auffassung erhielt mit der Vergaberechtsmodernisierung 2009 eine gesetzliche Stütze, da fortan die Losaufteilung und die Mittelstandsberücksichtigung jeweils eigenständige Grundsätze sind. Die Gründe von einer Losaufteilung abzusehen, sind abschließend in § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB genannt. Dieses System würde unterlaufen werden, wenn auf Zuschlagsebene nicht mehr die einzelnen Lose, sondern die Gesamtangebotssumme entscheidend sind.³⁰ Fraglich ist daher, ob eine nachträgliche Zusammenfassung einzelner oder aller Lose bei einer losweisen Ausschreibung ohne weiteres zulässig ist und der Auftraggeber den Zuschlag auch an einen Bieter erteilen darf, der aufgrund der Gewährung bedingter Preisnachlässe für den Fall der Mehrfachbezuschlagung zwar in der Gesamtschau das insgesamt wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben hat, nicht aber in Bezug auf die einzelnen Lose.

2. Wettbewerb zwischen den Losen oder zwischen der Einzel- und Gesamtvergabe

Im Rahmen der Wertung von auf Loskombinationen oder auf alle Lose angebotenen bedingten Preisnachlässen ist entscheidend, ob der Auftraggeber einen Wettbewerb zwischen den einzelnen Losen oder ausnahmsweise einen solchen zwischen der Gesamt- und Einzelvergabe eröffnet. Letzteres erfolgt durch eine Parallelausschreibung.

3. Parallelausschreibung – losübergreifende Wertung

Der Begriff der Parallelausschreibung ist gesetzlich nicht definiert. Eine solche liegt grundsätzlich vor, wenn über den zu deckenden Bedarf mehrere Ausschreibungen auf der Grundlage von einander unterschiedlichen Bedingungen und in verschiedenen Formen zur gleichen Zeit nebeneinander durchgeführt werden.³¹ Sinn und Zweck ist es, die wirtschaftlichere Variante von zwei oder mehreren Auftragsvergaben für dieselbe Leistung zu ermitteln.³² In der hier vorliegenden Variante ist es Ziel festzustellen, ob die Einzelvergabe oder die Gesamtvergabe mehrerer oder aller Lose wirtschaftlich günstiger ist. Bei dieser Art der Parallelausschreibung wird somit ein Vergabeverfahren nach Losen mit der gleichzeitigen Zulassung einer zusammengefassten Vergabe mehrerer oder aller Lose durchgeführt, sodass ein Wettbewerb zwischen der Gesamtvergabe und der Einzelvergabe stattfindet.³³

²⁸ *Faßbender*, NZBau 2010, 529 (533).

²⁹ U.a. OLG Frankfurt, B.v. 5.3.2002 - 11 Verg 2/01, VergabeR 2002, 394; LG Kreuznach, B.v. 24.10.2008 - 2 O 326/08; VK Saarland, B.v. 12.1.2009 - 1 VK 07/2009; VK Bund, B.v. 7.2.2008 - 3 VK-169/07; VK Bund, B.v. 5.2.2008 - V 3-08/08; jewls. zitiert nach *Juris*; *Roth*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), VOL/A, 2001, § 5 VOL/A Rn. 16.

³⁰ *Faßbender*, NZBau 2010, 529 (533) m.w.N. Mit ähnlicher Tendenz auch *Müller-Wrede*, in: ders. (Hrsg.), GWB, 2009, § 97 GWB Rn. 26.

³¹ *Schranner*, in: Ingenstau/Korbion (Begr.), VOB, § 2 VOB/A Rn. 92 m.w.N.

³² *Dähne/Schelle*, VOB von A-Z, S. 981; *Kaiser*, NZBau 2002, 553 (553).

³³ So auch die Auffassung der VK Thüringen, B.v. 1.8.2008 - 250-4003.20-1952/2008-015/GRZ Rn. 259 (zitiert nach *Juris*).

a. Zulässigkeit der Parallelausschreibung

An der Zulässigkeit dieser Ausschreibungsvariante könnten angesichts der eng auszulegenden Ausnahmemöglichkeit des § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB Zweifel bestehen, da eine zusammengefasste Vergabe von Losen nur möglich ist, wenn technische und/oder wirtschaftliche Gründe dies erfordern. Bestehen Zweifel, ob ein Auftrag als Gesamtauftrag ausgeschrieben werden kann, so ist er in Lose aufzuteilen.³⁴ Durch die Parallelausschreibung bringt der Auftraggeber zum Ausdruck, dass er eine Verwirklichung des Beschaffungsvorhabens auch in Losform für möglich hält, sodass grundsätzlich keine objektiv zwingenden Gründe vorliegen, die eine Gesamtvergabe erfordern.³⁵

aa. Wirtschaftliche Gründe ex-ante – Nachweis

Liegen wirtschaftliche Gründe vor, kann der Auftraggeber den Auftrag von Anfang an als Gesamtauftrag ausschreiben. Voraussetzung dafür ist, dass die Losaufteilung aus ex-ante-Sicht zu konkreten Kostennachteilen führt.³⁶ Diese ex-ante-Feststellung ist nicht immer möglich. Denn allein die Behauptung, die Gesamtvergabe sei wirtschaftlicher, genügt nicht; vielmehr muss dies ausführlich begründet werden.³⁷ Genauso wenig ist die Behauptung, die Gesamtvergabe verursache keine Kostenerhöhung, ausreichend, da durch eine Gesamtvergabe bezifferbare Vorteile eintreten müssen.³⁸ In einem solchen Fall kann sich der Auftraggeber der Parallelausschreibung bedienen.³⁹ Der Auftraggeber entscheidet dann erst bei der Angebotswertung, welches Angebot das wirtschaftlich günstigste i.S.d. § 127 Abs. 1 GWB ist.⁴⁰ Damit hat der Auftraggeber die Möglichkeit, die Wirtschaftlichkeit der einen oder anderen Ausschreibungs- und Auftragsart nachzuweisen.⁴¹ Ein solches Vorgehen ist auch in den Richtlinien 2014 angelegt. So heißt es in Erwägungsgrund 79 RL 2014/24/EU, dass die Auftraggeber „eine vergleichende Bewertung der Angebote durchführen dürfen, um festzustellen, ob die Angebote eines bestimmten Bieters für eine bestimmte Kombination von Losen die Zuschlagskriterien, die gemäß dieser Richtlinie festgelegt worden sind, in Bezug auf

³⁴ Vgl. Kap. 3 § 15 II. 4. a.

³⁵ Ebenso Ziekow, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 67c. A.A. Kaiser, NZBau 2002, 553 (555).

³⁶ Manz/Schönwälder, NZBau 2012, 465 (468).

³⁷ Bauer, in: Heiermann/Riedl u.a. (Hrsg.), VOB, § 5 EG VOB/A Rn. 35 m.w.N.; Heiermann, Parallelausschreibung, in: FS Jagenburg, S. 265 (266) m.w.N.

³⁸ Bauer, in: Heiermann/Riedl u.a. (Hrsg.), VOB, § 5 EG VOB/A Rn. 35.

³⁹ OLG Bremen, B.v. 22.10.2001 - Verg 2/2001 Orientierungssatz; KG Berlin, B.v. 22.8.2001 - KartVerg 3/01; VK Thüringen, B.v. 1.8.2008 - 250-4003.20-1952/2008-015-GRZ; VK Sachsen, B.v. 13.2.2002 - 1/SVK/003-02; Bauer, in: Heiermann/Riedl u.a. (Hrsg.), VOB, § 2 EG VOB/A Rn. 51 f., § 5 EG VOB/A Rn. 35 f.; Dähne/Schelle, VOB von A-Z, S. 983; Kaiser, NZBau 2002, 553 (553 ff.); Kus, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 190 m.w.N.; Pöhlker/Lausen, PdK-VergR, § 2 VOB/A Parallelausschreibung m.w.N.; Schaller, ZfBR 2008, 142 (144); Schraner, in: Ingenstau/Korbion (Begr.), VOB, § 2 VOB/A Rn. 95, 101; Völlink, in: Ziekow/ders. (Hrsg.), VergR, § 2 VOB/A Rn. 30; Weyand, VergR, § 2 VOB/A Rn. 37 m.w.N. Überblick zum Meinungsstand bei VK Thüringen, B.v.20.3.2001 - 216-4003.20-001/01-SHL-S; jewls. zitiert nach Juris. A.A. Glahs, in: Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB, 2010, § 2 VOB/A Rn. 64 ff.; Vavra, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.) VOB/A, § 2 VOB/A Rn. 39; Ziekow, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 67c; ders., GewArch 59 (2013), 417 (421).

⁴⁰ OLG Bremen, B.v. 22.10.2001 - Verg 2/2001 Rn. 8; OLG Bayern, B.v. 21.12.2000 - Verg 13/00 Rn. 26 ff.; VK Sachsen, B.v. 1.2.2002 - 1/SVK/139-01 Rn. 85 ff.; VK Nordbayern, B.v. 23.11.2000 - 320.VK 3194-30/00 Rn. 38 f.; jewls. zitiert nach Juris; Völlink, in: Ziekow/ders. (Hrsg.), VergR, § 2 VOB/A Rn. 30.

⁴¹ Pöhlker/Lausen, PdK-VergR, § 2 VOB/A Parallelausschreibung; Schraner, in: Ingenstau/Korbion (Begr.), VOB, § 2 VOB/A Rn. 95.

diese Lose als Ganzes besser erfüllen als die Angebote für die betreffenden einzelnen Lose für sich genommen.“

bb. Praxisgerechter Interessenausgleich

Die Parallelausschreibung bringt die mittelständischen Interessen, die Losaufteilungspflicht und den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz in ein ausgewogenes Verhältnis. Zweifel am Vorliegen wirtschaftlicher Gründe genügen nicht, um auf die Losaufteilung zu verzichten. Ergibt sich im Rahmen der Angebotswertung aber, dass diese Art der Vergabe unwirtschaftlich ist, müsste der Auftraggeber das Ausschreibungsverfahren aufheben und ein neues durchführen.⁴² Dies ist nicht praxisgerecht, da ein solches Vorgehen nicht nur Zeitverzögerungen, sondern weitere Kostennachteile verursacht. Interessengerechter ist es also, wenn der Auftraggeber den Auftrag in Lose aufteilt, sich die Möglichkeit der Gesamtvergabe bzw. der Vergabe einzelner Loskombinationen vorbehält und die Bieter auffordert, anzugeben, wie sich der Preis bei der Vergabe mehrere oder aller Lose ermäßigt, um im Rahmen der Angebotswertung eine mögliche Gesamtvergabe vorzunehmen.⁴³ Für diese Variante spricht außerdem der Wortlaut des § 97 Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB. Je nachdem ob und welche Einsparungen der Auftraggeber durch eine Zusammenfassung von Losen erzielt, muss er sich aufgrund des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes für die wirtschaftlichere Variante entscheiden. Demgemäß bleibt auch der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz gewahrt.⁴⁴ Darüber hinaus hat der Auftraggeber dadurch den Nachweis für das Vorliegen die zusammengefasste Vergabe rechtfertigender Gründe geführt. Diesbezüglich kann es nicht Sinn und Zweck des § 97 Abs. 4 Sätze 2 und 3 GWB sein, dem Auftraggeber die Führung dieses Nachweises zu verwehren.⁴⁵ Wegen der sogleich näher dargestellten Wertung findet die Losaufteilungspflicht auch im Rahmen der Wertung Berücksichtigung.

b. Voraussetzung für die Durchführung der Parallelausschreibung

aa. Berechtigtes Interesse des Auftraggebers

Damit der Auftraggeber nicht über die Hintertür der Parallelausschreibung seine Pflichten zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen und der Losaufteilung umgehen kann, muss „ein den Ausnahmefall begründendes überwiegendes Interesse des Auftraggebers“⁴⁶ an der Durchführung einer Parallelausschreibung vorliegen. Dies ist der Fall, wenn es dem Auftraggeber nur im Wege der Parallelausschreibung möglich ist, den Nachweis des Vorliegens wirtschaftlicher Gründe, die eine Gesamtvergabe erfordern, zu führen.⁴⁷

bb. Vorbehalt der Gesamtvergabe und Konkretisierung der Loskombinationen

Eine Parallelausschreibung muss die vergaberechtlichen Grundsätze, insbesondere den der Transparenz, wahren und die Bieterinteressen im Hinblick auf den ihnen zumutbaren Ar-

⁴² § 63 Abs. 1 Nr. 3 VgV; § 57 SektVO; § 32 Abs. 1 Nr. 3 KonzVgV; § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A; § 17 Abs. 1 Nr. 3 EU VOB/A.

⁴³ *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, 465 (468); *Müller-Wrede*, in: ders. (Hrsg.), GWB, 2009, § 97 GWB Rn. 26; *Schranner*, in: Ingenstau/Korbion (Begr.), VOB, § 5 VOB/A Rn. 26.

⁴⁴ *Schranner*, in: Ingenstau/Korbion (Begr.), VOB, § 5 VOB/A Rn. 26.

⁴⁵ *Heiermann*, Parallelausschreibung, in: FS Jagenburg, S. 265 (272).

⁴⁶ *Heiermann*, Parallelausschreibung, in: FS Jagenburg, S. 265 (272).

⁴⁷ *Heiermann*, Parallelausschreibung, in: FS Jagenburg, S. 265 (266, 272).

beitsaufwand berücksichtigen.⁴⁸ Der Auftraggeber muss sowohl in der Bekanntmachung als auch im Anschreiben deutlich auf die Durchführung einer Parallelausschreibung hinweisen und bekannt geben, dass er sich eine nachträgliche Zusammenfassung mehrerer oder aller Lose vorbehält.⁴⁹ Dies erfolgt durch die Erklärung eines Vorbehalts der Gesamtvergabe – nicht aber umgekehrt durch einen Vorbehalt der losweisen Vergabe.⁵⁰ Die Angabe, Angebote für ein, mehrere oder alle Lose abzugeben, genügt nicht.⁵¹ Denn sie beinhaltet nicht, dass die Lose zusammengefasst werden können und eine losübergreifende Gesamtwertung vorgenommen wird. Stattdessen eröffnet der Auftraggeber nur die Möglichkeit, Angebote für mehrere oder alle Lose einzureichen und die Zuschläge für mehrere oder alle Lose zu erhalten.⁵² Ein solches Vorgehen muss die Vergabestelle nicht durch Erklärung eines Vorbehalts der Gesamtvergabe ankündigen, da der Auftraggeber einen Bieter mit mehreren oder allen Losen beauftragen kann, indem er den Zuschlag an den jeweils erstplatzierten Bieter erteilt.⁵³ Die Wertung erfolgt in diesem Fall weiterhin für jedes Los gesondert.⁵⁴ Aus der Angabe, Angebote für ein, mehrere oder alle Lose abzugeben, ist daher nicht zu schließen, dass der Auftraggeber mehrere oder alle Lose als Gesamtauftrag vergeben will.⁵⁵

Dieses Ergebnis spiegelt sich auch in der Richtlinien 2014/24/EU wider, die in Art. 46 RL 2014/24/EU zwischen der Angabe, Angebote für ein, mehrere oder alle Lose einzureichen und der Möglichkeit der Loskombination in zwei eigenständigen Absätzen differenziert. Art. 46 Abs. 3 RL 2014/24/EU stellt für den vorliegenden Fall der Parallelausschreibung das Erfordernis auf, dass der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung angeben muss, dass er sich die Möglichkeit vorbehält, mehrere oder alle Lose an einen Bieter zu vergeben und demnach ein Wettbewerb zwischen der Einzel- und Gesamtvergabe erfolgt. Diesbezüglich gibt der Vorbehalt der Gesamtvergabe den entscheidenden Hinweis auf die vom Auftraggeber angestrebte nachträgliche Zusammenfassung mehrerer oder aller Lose und die losübergreifende Wertung. Ohne den Vorbehalt der Gesamtvergabe muss der Auftraggeber losweise werten, sodass die für die jeweiligen Lose abgegebenen Angebote und nicht die durch den bedingten Preisnachlass miteinander kombinierten Losangebote entscheidend sind.⁵⁶ Dies ergibt sich daneben aus Erwägungsgrund 79 der RL 2014/24/EU. Danach ist eine vergleichende Bewertung der Angebote,

⁴⁸ *Heiermann*, Parallelausschreibung, in: FS Jagenburg, S. 265 (276) m.w.N.; *Schranner*, in: Ingenstau/Korbion (Begr.), VOB, § 2 VOB/A Rn. 99 m.w.N.

⁴⁹ So auch *Heiermann*, Parallelausschreibung, in: FS Jagenburg, S. 265 (276) m.w.N.; *Schranner*, in: Ingenstau/Korbion (Begr.), VOB, § 2 VOB/A Rn. 98 m.w.N.; v. *Wietersheim*, in: Ingenstau/Korbion (Begr.), a.a.O., § 12 VOB/A Rn. 14.

⁵⁰ *Schranner*, in: Ingenstau/Korbion (Begr.), VOB, § 5 VOB/A Rn. 24. A.A. VK Thüringen, B.v. 1.8.2008 - 250-4003.20-1952/2008-015-GRZ Rn. 259 (zitiert nach Juris), wonach der Vorbehalt der losweisen Vergabe ausreichend sei.

⁵¹ So angedeutet bei OLG Bremen, B.v. 22.10.2001 - Verg 2/2001 (zitiert nach Juris); *Weyand*, VergR, § 2 VOB/A Rn. 30.

⁵² *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, 465 (468 m. Fn. 40); *Müller-Wrede*, in: ders. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 32 m.w.N.

⁵³ *Schranner*, in: Ingenstau/Korbion (Begr.), VOB, § 5 VOB/A Rn. 24; v. *Wietersheim*, in: Ingenstau/Korbion (Begr.), a.a.O., § 12 VOB/A Rn. 14.

⁵⁴ VK Lüneburg, B.v. 31.1.2012 - VgK-58/2011 Rn. 63 (zitiert nach Juris).

⁵⁵ OLG Brandenburg, B.v. 20.3.2007 - Verg W 12/06 Rn. 74 (zitiert nach Juris).

⁵⁶ OLG Brandenburg, B.v. 20.3.2007 - Verg W 12/06 Rn. 74 ff. (zitiert nach Juris). Mit ähnlicher Tendenz auch *Müller-Wrede*, in: ders. (Hrsg.), GWB, 2009, § 97 GWB Rn. 26.

um festzustellen, ob die Angebote eines bestimmten Bieters für eine bestimmte Kombination von Losen die Zuschlagskriterien, die gemäß dieser Richtlinie festgelegt worden sind, in Bezug auf diese Lose als Ganzes besser erfüllen als die Angebote für die betreffenden einzelnen Lose für sich genommen, nur möglich, wenn der Auftraggeber die Möglichkeit der gemeinsamen Vergabe mehrerer oder aller Lose vorab deutlich genannt hat. Den Anforderungen an den Vorbehalt der Gesamtvergabe genügt es grundsätzlich, wenn der Auftraggeber die Bieter auffordert, bedingte Preisnachlässe für den Fall der Mehrfachbezugung anzugeben. Jedoch legt Art. 46 Abs. 3 RL 2014/24/EU fest, dass der Auftraggeber auch die Lose oder Losgruppen angibt, die kombiniert werden können.

c. Losübergreifende Wertung

Im Rahmen der losübergreifenden Wertung sind die Einzellose zunächst getrennt zu werten und für jedes Einzellos der günstigste Bieter festzustellen. Die Angebotssummen der günstigsten Einzellosangebote sind sodann zu addieren und es ist eine Gesamtsumme über alle Lose zu bilden. Im Anschluss daran ist der Bieter zu ermitteln, der unter Berücksichtigung des bedingten Preisnachlasses für die Gesamtleistung das günstigste Angebot abgegeben hat. Sehen die Ausschreibungsunterlagen für bestimmte Loskombinationen die Möglichkeit eines Gesamtangebotes oder eines bedingten Preisnachlasses vor, ist ein weiterer Zwischenschritt erforderlich. Die so ermittelten Angebotssummen sind gegenüberzustellen und der Zuschlag auf das insgesamt wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen.⁵⁷ Eine Gesamtvergabe mehrerer oder aller Lose ist vorzunehmen, wenn ein Vergleich der addierten Angebotssummen der wirtschaftlichsten Angebote für die Einzellose ergibt, dass sie höher sind als die Gesamtangebotssumme des wirtschaftlichsten Gesamtanbieters.⁵⁸ Entgegen der Auffassung der Vergabekammer Bund in ihrer Entscheidung vom 7. Februar 2008 kann bei der Parallelausschreibung der günstigste Bieter in einem Los durch einen günstigen Rabatt eines Bieters in einem oder mehreren anderen Losen ausgeglichen werden.⁵⁹ Dies ist dem Umstand geschuldet, dass bei einer Parallelausschreibung die Zusammenfassung einzelner Lose durch den bedingten Preisnachlass gewollt ist. In dieser Hinsicht kann es im Rahmen der Wertung keinen Unterschied machen, ob die Bieter Gesamtangebote für mehrere oder alle Lose abgeben und in diese nicht offenkundige Preisnachlässe einbeziehen oder die Angebote der Einzellose mittels eines bedingten Preisnachlasses kombinieren mit der Folge, dass die Einzellose als Einheit anzusehen sind.

⁵⁷ VK Thüringen, B.v. 1.8.2008 - 250-4003.20-1952/2008-015-GRZ Rn. 260 (zitiert nach Juris); *Weyand*, VergR, § 97 GWB Rn. 1578 m.w.N.

⁵⁸ VK Thüringen, B.v. 1.8.2008 - 250-4003.20-1952/2008-015-GRZ Rn. 260 (zitiert nach Juris). Siehe zum Verfahren im Hinblick auf die Eröffnungstermine und die zu verlesenden Inhalt nur *Bauer*, in: Heiermann/Riedl u.a. (Hrsg.), VOB, § 5 EG VOB/A Rn. 36 m.w.N.

⁵⁹ Siehe zur Auffassung der VK Bund den B.v. 7.2.2008 - VK 3-169/07 Rn. 119 (zitiert nach Juris).

Zur Veranschaulichung des Wertungsvorgehens soll folgende Tabelle dienen:

	Los 1	Los 2	Los 3	bedingte Preisnachlässe	Gesamtsumme
Bieter A	10 Mio.€	5 Mio.€	6 Mio.€	keine	21 Mio.€
Bieter B	11 Mio.€	6 Mio.€	8 Mio. €	Für den Fall des Zuschlags für Los 1 und 2 reduziert sich der Gesamtbetrag der Lose 1 und 2 um 4 Mio. €	25 Mio.€ Mit bedingten Preisnachlass 21 Mio.€
Ergebnis ohne bedingten Preisnachlass	A (10 Mio.€)	A (5 Mio.€)	A (6 Mio.€)		21 Mio.€
Ergebnis mit bedingten Preisnachlass	B (Los 1 und Los 2 gesamt 13 Mio.€)		A (6 Mio.€)		19 Mio.€

Tabelle 1: Losübergreifende Wertung

Quelle: eigene Darstellung

Ein Vergleich der Einzellose ergibt, dass Bieter A für jedes Los jeweils das günstigste Angebot abgegeben hat. Da es sich aber um eine zulässige Parallelausschreibung handelt, ist der bedingte Preisnachlass für den Fall der Mehrfachbezuschlagung zu berücksichtigen und ein Gesamtsummenvergleich vorzunehmen. In diesem Fall erhält Bieter B den Zuschlag für die Lose 1 und 2, da der Gesamtsummenvergleich unter Berücksichtigung des bedingten Preisnachlasses ergibt, dass Bieter B für die Lose 1 und 2 das insgesamt günstigere Angebot abgegeben hat.

Ein solches Vorgehen bei der Wertung sehen die Richtlinien ebenfalls vor. Laut Erwägungsgrund 79 der RL 2014/24/EU müssen die Auftraggeber bei einer vergleichenden Betrachtung zunächst ermitteln, welche Bieter die festgelegten Zuschlagskriterien für jedes einzelne Los am besten erfüllen, um dann einen Vergleich mit den Angeboten eines einzelnen Bieters für eine bestimmte Kombination von Losen zusammengenommen anzustellen.

Aus dem Wertungsvorgehen ergibt sich, dass es für die Bieter unter Umständen erfolgversprechender ist, kein Gesamtangebot für alle oder mehrere Lose, sondern einen bedingten Preisnachlass anzubieten. Denn im letzten Fall finden sowohl die einzelnen Lose als auch das bedingte Gesamtangebot Eingang in die Wertung. Geben sie nur ein Gesamtangebot für mehrere oder alle Lose ab, wird nur dieses bei der vergleichenden Betrachtung am Ende berücksichtigt.

4. Losweise Wertung – Wettbewerb zwischen den Einzellosen

Erklärt der Auftraggeber nicht den Vorbehalt der Gesamtvergabe und benennt nicht die Loskombinationen, gestaltet sich die Wertungsmethode anders, wenn die Wirtschaftsteilnehmer

bedingte Preisnachlässe von sich aus anbieten. Abweichend als bei der oben dargestellten Parallelausschreibung findet ein Wettbewerb zwischen den Bietern der einzelnen Lose statt.⁶⁰ Demnach darf die Wertung der bedingten Preisnachlässe für den Fall der Mehrfachbezuschlagung nicht dazu führen, dass das günstigste Angebot eines Bieters für ein Los durch einen günstigeren Rabatt eines anderen Bieters in einem oder mehreren anderen Losen für dieses konkrete Los ausgeglichen wird.⁶¹ Es verbietet sich eine Wertung, wonach die Angebotssummen der Loskombinationen mit den Summen der Angebote der Bestbieter auf diese Lose verglichen werden.⁶² Es ist eine losweise Wertung vorzunehmen.⁶³

Zur Veranschaulichung des Wertungsvorgehens soll folgende Tabelle dienen:

	Los 1	Los 2	Los 3	bedingte Preisnachlässe	Gesamtsumme
Bieter A	10 Mio.€	5 Mio.€	6 Mio.€	keine	21 Mio.€
Bieter B	11 Mio.€ Mit Preisnachlass: 9 Mio.€	6 Mio.€ Mit Preisnachlass: 4 Mio.€	8 Mio.€	Für den Fall des Zuschlags für Los 1 und 2 reduziert sich der Betrag für die einzelnen Lose um jeweils 2 Mio.€	25 Mio.€ Mit bedingten Preisnachlass 21 Mio.€
Ergebnis ohne bedingten Preisnachlass	A (10 Mio.€)	A (5 Mio.€)	A (6 Mio.€)		21 Mio.€
Ergebnis mit bedingten Preisnachlass	B (9 Mio.€)	B (4 Mio.€)	A (6 Mio.€)		19 Mio.€

Tabelle 2: Losweise Wertung

Quelle: eigene Darstellung

Ein Vergleich der Einzellose ohne Berücksichtigung des bedingten Preisnachlasses ergibt, dass Bieter A für jedes Los jeweils das günstigste Angebot abgegeben hat. Zwar handelt es sich nicht um eine Parallelausschreibung, sodass keine losübergreifende Wertung stattfindet.

⁶⁰ A.A. VK Lüneburg, B.v. 6.12.2008 - 203-VgK-50/2004 Rn. 91 (zitiert nach Juris).

⁶¹ LG Kreuznach, B.v. 24.10.2008 - 2 O 326/08; VK Saarland, B.v. 12.1.2009 - 1 VK 07/2009 Rn. 104. Mit ähnlicher Tendenz OLG Düsseldorf, B.v. 17.4.2008 - VII-Verg 15/08 Rn. 29; VK Lüneburg, B.v. 31.1.2012 - VgK-58/2011 Rn. 63; VK Bund, B.v. 7.2.2009 - 3 VK-169/07 Rn. 119; VK Bund, B.v. 27.10.2008 - VK 3-134/08 Rn. 84 f.; VK Thüringen, B.v. 1.8.2008 - 250-4003.20-1952/2008-015-GRZ Rn. 260; VK Brandenburg, B.v. 20.3.2007 - Verg W 12/06 Rn. 74; VK Sachsen-Anhalt, B.v. 13.4.2006 - VK 2-LVwA, LSA-7/06 Rn. 83, 89; jewls. zitiert nach Juris.

⁶² OLG Brandenburg, B.v. 20.3.2007 - Verg W 12/06 Rn. 77 f. (zitiert nach Juris).

⁶³ OLG Düsseldorf, B.v. 17.4.2008 - VII-Verg 15/08 Rn. 29; VK Bund, B.v. 7.2.2009 - 3 VK-169/07 Rn. 119; VK Saarland, B.v. 12.1.2009 - 1 VK 07/2009 Rn. 104. Mit ähnlicher Tendenz VK Lüneburg, B.v. 31.1.2012 - VgK-58/2011 Rn. 63; VK Bund, B.v. 27.10.2008 - VK 3-134/08 Rn. 84 f.; VK Thüringen, B.v. 1.8.2008 - 250-4003.20-1952/2008-015-GRZ Rn. 260; VK Brandenburg, B.v. 20.3.2007 - Verg W 12/06 Rn. 74; VK Sachsen-Anhalt, B.v. 13.4.2006 - VK 2-LVwA, LSA-7/06 Rn. 83, 89; jewls. zitiert nach Juris.

Andererseits führt der angebotene bedingte Preisnachlass dazu, dass Bieter B in den Einzellosen zum wirtschaftlich günstigsten Bieter wird. Voraussetzung hierfür ist aber, dass der bedingte Preisnachlass so angeboten wird, dass er für die einzelnen Lose transparent wird. Dies ist vorliegend der Fall, da Bieter B genau angegeben hat, um wie viel sich sein Angebot pro Los reduziert, wenn er den Zuschlag auf beide Lose erhält.

a. Transparenzgrundsatz

Eine trotz mangelnder Vorbehaltserklärung vorgenommene losübergreifende Wertung, widerspricht dem Transparenzgrundsatz. Das Vergabeverfahren wird intransparent, da die Angebote für die Einzellose nicht mehr aussagekräftig sind⁶⁴ und den Bietern nicht offen gelegt wird, wie die Wertung erfolgt.⁶⁵ Eröffnet der Auftraggeber lediglich die Möglichkeit, Angebote für mehrere oder alle Lose abzugeben, ist für den Bieter nicht erkennbar, dass der Auftraggeber die wirtschaftlichere Ausschreibungsalternative in Form eines Gesamtsummenvergleichs feststellen will. Ebenso eröffnen die Richtlinien nur dann eine vergleichende Bewertung, wenn der Auftraggeber dies vorab deutlich bekannt gegeben hat.

b. Wirtschaftlichkeit, Gleichbehandlung

Teilweise wird geltend gemacht, dass beim Unterbleiben eines Gesamtsummenvergleichs ein Konflikt mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot des § 127 Abs. 1 GWB entstehe, da der Auftraggeber gezwungen ist, den Zuschlag auf das zwar günstigste Einzellos zu erteilen, dadurch aber in der Summe aller Einzellose insgesamt ein wirtschaftlich ungünstigeres Angebot annimmt als bei einer Gesamtvergabe.⁶⁶ Dies bevorteile die mittelständischen Unternehmen über Gebühr, verstoße gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung und verfälsche den Wettbewerb.⁶⁷ Insoweit resultiere aus § 97 Abs. 4 GWB kein Verbot der Mehrfachbezuschlagung, sodass der Zuschlag an den Bieter zu erteilen ist, der unter Berücksichtigung des Nachlasses für den Fall der Mehrfachbezuschlagung das insgesamt günstigste Angebot abgegeben hat. Da nicht nur ein Wettbewerb zwischen den Bietern der einzelnen Lose stattfindet, sei demnach keine ausschließlich losweise Wertung durchzuführen.⁶⁸

aa. Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne

Bei der Einzellosbetrachtung und der Zuschlagserteilung für das wirtschaftlich günstigste Angebot je Los, wird der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz im Hinblick auf die einzelnen Lose ein-

⁶⁴ VK Brandenburg, B.v. 19.1.2006 - 2 VK 76/05 Punkt 2.2.2.

⁶⁵ Problematisch gestaltet sich die Sachlage, wenn die Bieter den bedingten Preisnachlass auf die Gesamtangebotssumme der Loskombination gewähren. In diesem Fall ist eine „Umverteilung“ auf die einzelnen Losangebote nicht möglich. Ein solch bedingter Preisnachlass ist nicht zu berücksichtigen. Daher sollten die Auftraggeber die Ausschreibungsunterlagen entsprechend eindeutig gestalten und vorsehen, dass die Bieter angeben können, um wieviel sich die Angebotssumme der Einzellose verringert, wenn der Zuschlag auf mehrere oder alle Lose erteilt wird.

⁶⁶ *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen u.a. (Hrsg.), KartellR, § 97 GWB Rn. 37 m.w.N.; *Dreher*, NZBau 2005, 427 (430); *ders.*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 146; *Michallik*, VergabeR 2011, 683 (684). Mit ähnlicher Tendenz aber ohne Bezug zum bedingten Preisnachlass BGH, B.v. 17.2.1999- X ZR 101/97; *Kling*, Vergabefremde Regelungen, S. 717 f. m. Fn. 168.

⁶⁷ *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 146; *ders.*, NZBau 2005, 427 (430 f.); *Kling*, Vergabefremde Regelungen, S. 717 f.; *Michallik*, VergabeR 2011, 683 (683 f.) m.w.N.

⁶⁸ *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 146; *ders.*, NZBau 2005, 427 (430 f.); *Michallik*, VergabeR 2011, 683 (683 f.); *Müller-Wrede*, NZBau 2004, 643 (648).

gehalten⁶⁹. Darüber hinaus betrachten die diese Vorgehensweise ablehnenden Ansichten das Problem von hinten. Denn dies setzt voraus, dass der Auftraggeber überhaupt einen Vergleich zwischen den Einzellossummen und der Gesamtvergabesumme vornehmen darf. Gerade weil eine solche Wertung nicht zulässig ist, kann eine unzulässige Wertung auch nicht gegen § 127 Abs. 1 GWB verstoßen. Des Weiteren besteht für den Auftraggeber die Möglichkeit, das Vergabeverfahren aufzuheben, wenn aus den Angeboten ersichtlich wird, dass eine Einzellosvergabe bei einer losweisen Wertung kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt.⁷⁰

bb. Bedingter Preisnachlass bleibt nicht unberücksichtigt

Weiterhin bleiben die bedingten Preisnachlässe nicht unberücksichtigt. Voraussetzung für eine erfolgreiche Berücksichtigung ist, dass der auf die Kombination angebotene Rabatt dazu führt, dass die jeweiligen Einzellosangebote der Kombination zum wirtschaftlich günstigsten Angebot werden.⁷¹ Ein anderes Vorgehen widerspricht der Mittelstandsförderungspflicht des § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB und verkehrt sie ins Gegenteil⁷², wenn für den Fall des Zuschlags auf alle Lose von nur einem Bieter übermäßige Rabatte gewährt und berücksichtigt werden.⁷³ So entschied auch das Oberlandesgericht Sachsen-Anhalt, dass „die Zulassung und Wertung losübergreifender Preisnachlässe [...] u.U. geeignet [wäre], die angestrebten mittelstandsfreundlichen Anreize und Wirkungen einer Losaufteilung zu nivellieren.“⁷⁴

cc. Keine Ungleichbehandlung

Die losweise Wertung der auf die Loskombinationen gewährten Rabatte benachteiligt die anderen Bieter – insbesondere die Großunternehmen – nicht. Führt das Rabattangebot eines Bieters nicht dazu, dass er dadurch in den Einzellosen der Kombination zum wirtschaftlich günstigsten Bieter pro Einzellos der Loskombination wird, folgt daraus keine Nichtberücksichtigung, sondern lediglich eine Erfolglosigkeit des Rabattangebotes. Daneben treffen die Folgen alle Wirtschaftsteilnehmer und nicht nur die Großunternehmen.

c. § 97 Abs. 4 Sätze 2 und 3 GWB

Die Gründe, von einer Losaufteilung abzusehen, sind abschließend in § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB genannt. Dieses System würde unterlaufen werden, wenn auf Zuschlagsebene nicht

⁶⁹ „Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne“, *Faßbender*, NZBau 2010, 529 (533). Ebenso VK Saarland, B.v. 12.1.2009 - 1 VK 07/2008 Rn. 104; VK Bund, B.v. 7.2.2008 - VK 3 -169/07; VK Bund, B.v. 5.2.2008 - VK 3-23/08. So auch die Argumentation der Vergabestelle in dem der Entscheidung der VK Lüneburg, B.v. 25.2.2011 - VgK-70/2010 Rn. 24 f., 52 zugrunde liegenden Sachverhalt; jewls. zitiert nach Juris.

⁷⁰ Siehe zur Aufhebung mangels Erzielung eines wirtschaftlichen Ergebnisses u.a. *Herrmann*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), *VergR*, § 17 VOB/A Rn. 12; *Portz*, in: *Kulartz/Marx u.a.* (Hrsg.), *VOB/A*, § 17 VOB/A Rn. 33 m.w.N.; *ders.*, in: *Kulartz/Marx u.a.* (Hrsg.), *VOL/A*, § 17 VOL/A Rn. 32 ff. m.w.N.; *Weyand*, *VergR*, § 17 VOB/A Rn. 73 ff., § 17 VOL/A Rn. 62 ff., 95.

⁷¹ VK Lüneburg, B.v. 25.2.2011 - VgK-70/2010 Rn. 24 f., 52 (zitiert nach Juris).

⁷² So die Argumentation der Vergabestellen in den Entscheidungen der VK Lüneburg, B.v. 25.2.2011 - VgK-70/2010 Rn. 52; VK Saarland, B.v. 12.1.2009 - 1 VK 07/2008 Rn. 104; jewls. zitiert nach Juris.

⁷³ VK Brandenburg, B.v. 19.1.2006 - 2 VK 76/05 Punkt 2.2.2. Leitsatz: „[D]ie Aufteilung eines Auftrages in Einzellose wirkt nicht mittelstandsfreundlich, wenn Rabatte – hier bis zu 35% – in Abhängigkeit von der Zahl der zugeschlagenen Lose akzeptiert werden.“

⁷⁴ OLG Sachsen-Anhalt, B.v. 14.3.2013 - 2 Verg 8/12 Rn. 68. Mit gleicher Tendenz VK Bund, B.v. 7.2.2008 - VK 3-169/07 Rn. 119; VK Bund, B.v. 5.2.2008 - VK 3-08/08; jewls. zitiert nach Juris.

mehr die einzelnen Lose, sondern die Gesamtangebotssumme einer Loskombination mit Rabatten entscheidend wäre. Die Losaufteilung würde so zur bloßen Farce werden. Im Übrigen kann hier auf die bereits zur Loslimitierung dargestellten Argumente verwiesen werden.⁷⁵ Eine losübergreifende Wertung widerspricht in diesem Fall auch den Anforderungen der Richtlinien 2014.

d. Beihilfe- und Haushaltsrecht

Jedoch kann wiederum ein Spannungsverhältnis zum Beihilferecht auftreten, wenn der Auftraggeber aufgrund der losweisen Wertung ein in der Gesamtsumme teureres Angebot annimmt und sich durch die angebotenen Preisnachlässe abzeichnet, dass er bei einer losübergreifenden Wertung und einem Gesamtsummenvergleich günstigere Angebote erzielen kann.⁷⁶ Anders als bei der Frage des Absehens von der Losaufteilung steht in diesem Fall der Begünstigte fest. Insbesondere entfällt die Begünstigungswirkung nicht deswegen, weil der wirtschaftliche Vorteil Teil des gegenseitigen Vertrages ist und der Auftraggeber für eine synallagmatische Gegenleistung zahlt.⁷⁷ Denn die vom Auftragnehmer im Gegenzug zu tragende Vertragserfüllungspflicht, das zu tragende Insolvenzrisiko, die Gefahr der Vertragsuntreue, des Zahlungsausfalls, der Insolvenz etc. lassen die Begünstigungswirkung nicht entfallen. Allerdings sind hier wiederum die Grenzwerte der De-minimis-Verordnungen heranzuziehen.⁷⁸ Solange der Mehrwert, den der Auftraggeber im Fall der Einzellosvergabe in Bezug auf das konkrete Los zahlen müsste, diese nicht übersteigt, bestehen keine beihilferechtlichen Bedenken.

Gleiches gilt in Bezug auf das haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot. Die den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz zu beachtende Verwaltungsstelle kann im Rahmen der Kosten-Nutzen-Analyse auch einen gesamtwirtschaftlichen und langfristigen Vergleich aufstellen⁷⁹, sodass kurzfristige Kosteneinsparungen langfristig gesehen nicht zwangsläufig die wirtschaftlichere Variante sind.⁸⁰ Der Auftraggeber ist überdies nicht gezwungen, unwirtschaftlich zu beschaffen. Kommt er bei der Wertung zu dem Ergebnis, dass die Losvergabe unverhältnismäßig teuer ist, besteht die Möglichkeit der Aufhebung des Vergabeverfahrens, sodass im Rahmen der Wertung der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz einfließt. Hinzukommend ist im Haushaltsrecht das einseitige Abstellen auf das Preiskriterium nicht gerechtfertigt, da der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz eine ergebnisorientierte Zweckmäßigkeitprüfung erfordert, die eine Abwägung mit der verfolgten Zielsetzung bedarf.

III. Regelungen in den Vergabeordnungen – Regelungsvorschlag

Die bis zum 17. April 2016 geltenden nationalen Vorschriften enthielten keinerlei stichhaltige Regelungen zu Mehrfachbezuschlagungen. Für den Normalfall, dass der Auftrag in mehreren Losen ausgeschrieben wird und die Bieter für mehrere oder alle Lose Angebote abgeben und den Zuschlag für mehr als ein Los erhalten können, ist dies auch unproblematisch.

⁷⁵ Vgl. dazu Kap. 3 § 16 IV.

⁷⁶ *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, 465 (468).

⁷⁷ *Kaelble*, EG-Beihilfenrecht, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 36 Rn. 11 m.w.N.

⁷⁸ Siehe hierzu Kap. 3 § 15 III. 1. b.

⁷⁹ *Gröpl*, Wirtschaftlichkeit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. V, § 121 Rn. 50.

⁸⁰ Vgl. hierzu auch das Beispiel von *Gröpl*, Wirtschaftlichkeit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. V, § 121 Rn. 50.

Schwieriger ist der Umgang mit angebotenen Preisnachlässen, die unter der Bedingung gewährt werden, dass der Zuschlag auf eine bestimmte Loskombination erteilt wird. Hierbei bestehen vor allem im Hinblick auf die Wertung Rechtsunsicherheiten. Die Möglichkeit der Mehrfachbezuschlagung bei Loskombinationen ist aufgrund der Vergaberechtsmodernisierung 2016 in § 30 Abs. 3 VgV, § 27 Abs. 3 SektVO bzw. § 5 Abs. 2 Nr. 3 UAbs. 3 EU VOB/A verankert.⁸¹ Art. 46 Abs. 3 RL 2014/24/EU bietet unter Heranziehung des Erwägungsgrundes 79 hierfür eine europarechtliche Grundlage. Danach kann in Fällen, in denen ein einziger Bieter den Zuschlag für mehr als ein Los erhalten kann, der öffentliche Auftraggeber Aufträge über mehrere oder alle Lose vergeben, wenn er in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung angegeben hat, dass er sich diese Möglichkeit vorbehält und die Lose oder Losgruppen angibt, die kombiniert werden können.

Gleichwohl ist fraglich, ob § 30 Abs. 3 VgV die hier infrage stehende Problematik tatsächlich vollumfänglich abdeckt. Sofern keine Zuschlagslimitierung für ein Los festgelegt wurde und der Wirtschaftsteilnehmer Angebote für mehr als ein Los einreichen kann, besteht stets die Chance, den Zuschlag für mehr als ein Los zu erhalten. Diese Möglichkeit muss der Auftraggeber nicht durch einen Vorbehalt erklären. Daher kann § 30 Abs. 3 VgV diese Fallgruppe nicht gemeint und geregelt haben. Vielmehr muss sich § 30 Abs. 3 VgV auf die Variante beziehen, in denen die Wirtschaftsteilnehmer kombinierte Angebote für mehrere oder alle Lose einreichen können. Nur so ist nachvollziehbar, warum der Auftraggeber die Lose oder Losgruppen angeben muss, die kombiniert werden können. Laut der Verordnungsbegründung dient § 30 Abs. 3 VgV der Umsetzung des Art. 46 Abs. 3 der RL 2014/24/EU. Das Ziel des Art. 46 Abs. 3 RL 2014/24/EU wird durch Erwägungsgrund 79 der RL 2014/24/EU konkretisiert, wonach öffentliche Auftraggeber eine vergleichende Bewertung der Angebote durchführen dürfen, um festzustellen, ob die Angebote eines bestimmten Bieters für eine bestimmte Kombination von Losen die Zuschlagskriterien in Bezug auf diese Lose *als Ganzes* besser erfüllen als die Angebote für die betreffenden *einzelnen Lose* für sich genommen. § 30 Abs. 3 VgV soll demgemäß den Fall der Parallelausschreibung zwischen Einzel- und Gesamtvergabe regeln. Jedoch wird dies aus der gewählten Formulierung nicht deutlich. Denn bei unbefangener Lesart scheint § 30 Abs. 3 VgV die Möglichkeit zu eröffnen, stets in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessenbestätigung darauf hinzuweisen, dass mehrere Lose miteinander kombiniert werden können, ohne dass es der zusätzlichen Voraussetzungen der Parallelausschreibung bedarf. Die Regelung verzichtet darauf klarzustellen, dass eine Parallelausschreibung nur für die Feststellung, welche Ausschreibungsvariante die wirtschaftlich günstigere ist, zulässig ist. Oder anders formuliert, ob die Angebote eines bestimmten Bieters für eine bestimmte Kombination von Losen die Zuschlagskriterien in Bezug auf diese Lose *als Ganzes* besser erfüllen als die Angebote für die betreffenden *einzelnen Lose* für sich genommen.

Der Verordnungsgeber hat Art. 46 Abs. 3 RL 2014/24/EU in § 30 Abs. 3 VgV zwar eins-zu-eins umgesetzt. Dennoch passt dies nicht zu dem in Deutschland bestehenden Vorrang der Losaufteilungspflicht. Da die Losaufteilungspflicht in den Richtlinien nicht verpflichtend ist, bedarf es nach den europäischen Vorgaben keiner weiteren Voraussetzungen für die Anwendung einer Losausschreibung, die unter dem Vorbehalt der Gesamtvergabe steht. Auf

⁸¹ Da der Wortlaut der Normen identisch ist, wird im Folgenden nur § 30 Abs. 3 VgV als Referenznorm genannt.

europäischer Ebene ist Art. 46 Abs. 3 RL 2014/24/EU somit nur konsequent. In die nationalen Vergaberegeln fügt sich § 30 Abs. 3 VgV hingegen nicht ohne weiteres ein, weil eine ohne weitere Voraussetzungen zulässige Ausschreibung in Loskombinationen die Losaufteilungspflicht aus § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB untergräbt. Der Vorbehalt der Gesamtvergabe mehrerer oder aller Lose kann nach den nationalen Vorgaben nur erklärt werden, wenn der Auftraggeber den Nachweis der wirtschaftlicheren Ausschreibungsvariante bloß durch eine Parallelausschreibung nachweisen kann. Gemäß § 30 Abs. 3 VgV ist Voraussetzung für eine gemeinsame Vergabe mehrerer oder aller Lose aber lediglich, dass der Auftraggeber die Losgruppen angibt und den Vorbehalt der Gesamtvergabe erklärt. Damit wird die Losaufteilungspflicht tatsächlich zur „bloßen Farce“. Insofern ist es einerseits erfreulich, dass der Verordnungsgeber sich der Problematik der Mehrfachbezuschlagung bei Loskombinationen angenommen hat, andererseits ist die Umsetzung nicht konsequent. Der Verordnungsgeber sollte § 30 Abs. 3 VgV demzufolge klarstellend folgendermaßen formulieren:

„Um festzustellen, ob die Angebote der Wirtschaftsteilnehmer für mehrere oder alle Lose die Zuschlagskriterien in Bezug auf diese Lose als Ganzes besser erfüllen als die Angebote für die betreffenden einzelnen Lose für sich genommen, muss der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbetätigung angeben, dass er sich diese Möglichkeit, den Auftrag über mehrere oder alle Lose zu vergeben, vorbehält und die Lose oder Losgruppen angeben, die kombiniert werden können.“

IV. Zusammenfassung

Ob eine losübergreifende Wertung und damit eine nachträgliche Zusammenfassung mehrerer oder aller Lose, oder eine losweise Wertung erfolgt, hängt davon ab, ob der Auftraggeber eine Parallelausschreibung vornimmt und dadurch den Wettbewerb zwischen der Einzellos- und der Gesamtvergabe eröffnet. Voraussetzung hierfür ist, dass der Auftraggeber den Vorbehalt der Gesamtvergabe erklärt bzw. die Wirtschaftsteilnehmer auffordert, bedingte Preisnachlässe für den Fall der Mehrfachbezuschlagung anzugeben. Hierzu muss er zudem die Lose oder Losgruppen, die kombiniert werden können, in den Ausschreibungsunterlagen konkret benennen. Die Angabe, Angebote für ein, mehrere oder alle Lose einreichen zu können, genügt nicht. Fehlt eine der genannten Voraussetzungen, macht der Auftraggeber deutlich, dass er den Auftrag nach Losen vergeben will. In diesem Fall muss er losweise werten, sodass die für die jeweiligen Lose abgegebenen Angebote und nicht ein Gesamtangebot ausschlaggebend ist. Die Berücksichtigung eines dennoch angebotenen bedingten Preisnachlasses darf nicht dazu führen, dass der günstigste Bieter in einem Los durch einen günstigen Rabatt eines Bieters in einem oder mehreren anderen Losen ausgeglichen wird; es sei denn, die Einzelangebote des Bieters für die in der Loskombination enthaltenen Lose stellen aufgrund des bedingten Preisnachlasses das jeweils wirtschaftlich günstigste Angebot dar.

Eine losübergreifende Wertung in Form des Gesamtsummenvergleichs ist vorzunehmen, wenn der Auftraggeber eine Parallelausschreibung durchführt. Um den Grundsatz der Mittelförderung, der Losaufteilung und die engen Ausnahmetatbestände für das Absehen von der Losaufteilung nicht zu umgehen, ist die Parallelausschreibung nur zulässig, wenn der Auftraggeber ein berechtigtes Interesse daran hat. Dies ist der Fall, wenn es ihm lediglich

im Wege der Parallelausschreibung möglich ist, den Nachweis für das Vorliegen einer die Gesamtvergabe rechtfertigenden Gründe zu führen. Die Parallelausschreibung stellt einen interessen- und praxisgerechten Ausgleich zwischen den Vergabegrundsätzen der Gleichbehandlung, Losaufteilung, dem Mittelstandsschutz und der Wirtschaftlichkeit dar.

§ 30 Abs. 3 VgV, § 27 Abs. 3 SektVO und § 5 Abs. 2 Nr. 3 UAbs. 3 EU VOB/A regeln fortan das Vorgehen bezüglich der Mehrfachbezuschlagung bei Loskombinationen. Art. 46 Abs. 3 RL 2014/24/EU bietet unter Heranziehung des Erwägungsgrundes 79 hierfür eine europarechtliche Grundlage. Die angestrebte eins-zu-eins Umsetzung fügt sich allerdings nicht ohne weiteres in die nationalen Regelungen zur Losaufteilungspflicht ein. § 30 Abs. 3 VgV zählt zwar die verfahrenstechnischen Voraussetzungen für die Parallelausschreibung auf. Gleichzeitig vermittelt § 30 Abs. 3 VgV aber den Eindruck, als wäre eine nachträgliche, im Rahmen der Wertung erfolgende Gesamtvergabe mehrerer oder aller Lose bei Beachtung dieser Vorgaben stets möglich. Ein solches Vorgehen ist nur zulässig, wenn der Auftraggeber einzig durch eine vergleichende losübergreifende Wertung feststellen kann, dass die Gesamtvergabe mehrerer oder aller Lose die wirtschaftlich günstigere Ausschreibungsvariante ist. Da § 30 Abs. 3 VgV auf diese Klarstellung verzichtet, ist die Umsetzung nicht konsequent.

§ 18 Bevorzugung mittelständischer Unternehmen im Rahmen der Zuschlagsentscheidung

Wie in § 7 des Allgemeinen Teils dargestellt, können mittelständische Interessen auch im Rahmen des Zuschlags berücksichtigt werden.¹ Dies hat zum einen Auswirkung auf die Wertung der Angebote, wenn die Bieter für den Fall der Zuschlagserteilung auf mehrere Lose Rabatte anbieten.² Zum anderen könnten die Angebote mittelständischer Unternehmen aber auch per se zu bevorzugen sein.

I. Grundsätzliches

Anders als die ursprünglichen europarechtlichen Vorgaben hat sich der deutsche Gesetzgeber seit jeher für das Zuschlagskriterium der Wirtschaftlichkeit entschieden³. Art. 53 Abs. 1 RL 2004/18/EG sah hingegen vor, dass der Zuschlag entweder auf das wirtschaftlich günstigste Angebot oder auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen ist. Der Begriff der Wirtschaftlichkeit umfasst nicht nur monetäre Kriterien.⁴ Vielmehr ist der Zuschlag auf das Angebot zu erteilen, welches unter Berücksichtigung aller zuvor bekannt gegebenen Kriterien das beste Preis-Leistungs-Verhältnis darstellt.⁵ Hierfür ist es erforderlich, bestimmte Zuschlagskriterien zuzulassen und festzulegen. Jedoch hatte der deutsche Gesetzgeber es versäumt, gesetzlich zu regeln, welche zusätzlichen Kriterien herangezogen werden können. Dies erfolgte nur auf Verordnungsebene.⁶

Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2016 holte dieses Versäumnis mit dem § 127 GWB nach. Dies ist nicht zuletzt auch auf die Modernisierung der Vergaberichtlinien im Jahr 2014 zurückzuführen. Denn auch auf sekundärrechtlicher Ebene vollzog sich ein Wandel, indem Art. 67 RL 2014/24/EU auf das Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises verzichtet. Gemäß § 127 Abs. 1 Satz 4 GWB können zusätzliche Kriterien wie qualitative, umweltbezogene, innovative oder soziale Aspekte bei der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes Berücksichtigung finden, wobei die Aufzählung der Zuschlagskriterien nicht abschließend ist. Aufgrund dessen bleibt „[d]ie Auswahl der Kriterien, auf die der öffentliche Auftraggeber für die Erteilung des Zuschlags abzustellen beabsichtigt, [...] dessen freiem Ermessen überlassen“⁷. Voraussetzung für die Einbeziehung weiterer Zuschlagskriterien ist aber, dass sie mit dem Auftragsgegenstand sachlich im Zusammenhang stehen. Damit soll die Gefahr unterbunden werden, dass ein weniger wirtschaftliches Angebot aus sachfremden Erwägungen den Zuschlag erhält.⁸ Zudem müssen die Zuschlagskriterien gem. § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen der Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Transparenz entsprechen, sodass der Auftraggeber bei der Zuschlagsentscheidung keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit hat.⁹

¹ Vgl. Kap. 2 § 7 II. 2. e. cc., f. aa.

² Vgl. dazu Kap. 3 § 17.

³ § 127 GWB; § 58 VgV; § 52 SektVO; § 16d Abs. 2 EU VOB/A bzw. § 97 Abs. 5 GWB a.F.

⁴ *Faßbender*, NZBau 2010, 529 (533) m.w.N.

⁵ *Wiedemann*, in: *Kulartz/Kus u.a. (Hrsg.), GWB, § 127 GWB Rn. 24 ff. m.w.N.*

⁶ Vgl. dazu § 16 Abs. 6 EG VOB/A a.F.; §§ 19 Abs. 9; 21 Abs. 1 EG VOL/A a.F.; § 11 Abs. 5 VOF a.F.

⁷ BTDrucks. 18/6281, S. 112.

⁸ BTDrucks. 18/6281, S. 112.

⁹ BTDrucks. 18/6281, S. 112.

II. Mittelstandszugehörigkeit als Zuschlagskriterium

Die Mittelstandszugehörigkeit kann grundsätzlich ein sozialer, im Rahmen der Zuschlagsentscheidung zu berücksichtigender Aspekt sein.¹⁰ Sie steht im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand, da es hierbei um das den konkreten Auftrag ausführende Unternehmen geht. So heißt es in der Gesetzesbegründung zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016, dass ein Zusammenhang mit dem konkreten Auftragsgegenstand auch dann gegeben ist, wenn der Einsatz von Auszubildenden oder Langzeitarbeitslosen bei der Ausführung des konkreten Auftrages festgeschrieben wird.¹¹ Dies muss auch für die Mittelstandszugehörigkeit gelten.

III. Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises

Die mittelständischen Unternehmen beklagen, dass ihre Chance, den Auftrag zu erhalten unter anderem dadurch sinke, dass der Auftraggeber allein auf den Preis abstelle. Wegen ihrer großenbedingten Nachteile sei es ihnen im Vergleich zu den Großunternehmen schwerer möglich, preislich konkurrenzfähige Angebote abzugeben.¹²

Gem. Art. 67 RL 2014/24/EU ist der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen. § 127 Abs. 1 GWB bzw. § 97 Abs. 5 GWB a.F. verzichteten auf diese Variante und legen fest, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen ist. Allerdings schließen die in § 127 Abs. 1 GWB und den Vergabeverordnungen gewählten Formulierungen es nicht aus, dass der Auftraggeber den Zuschlag weiterhin auf das preislich günstigste Angebot erteilen kann.¹³ Insofern hat der deutsche Gesetzgeber die in Art. 67 Abs. 2 UAbs. 3 RL 2014/24/EU vorgesehene Möglichkeit, nicht allein den Preis oder die Kosten als einziges Zuschlagskriterium verwenden zu dürfen oder dies auf bestimmte Arten von Aufträgen zu beschränken, nicht umgesetzt. Darüber hinaus können bei der Wahl dieses Zuschlagskriteriums keine weiteren Aspekte berücksichtigt werden, sodass die Mittelstandszugehörigkeit hier keine Rolle spielt. Des Weiteren kann die Wahl des Preiskriteriums mitunter zu einem „ruinöse[n] Preiskampf zulasten kleiner und mittlerer Firmen“¹⁴ führen.

IV. Zuschlagskriterium der Wirtschaftlichkeit

Anders ist dies bei der Heranziehung des Wirtschaftlichkeitsgebotes, da in dessen Rahmen weitere Kriterien berücksichtigt werden können. Zwar ist auch hierbei gem. Art. 67 Abs. 2 RL 2014/24/EU der Preis nicht gänzlich zu vernachlässigen. Jedoch besteht die Möglichkeit, einen Mehrpreis durch eine Mehrleistung auszugleichen, weil das Preis-Leistungs-Verhältnis zwischen den geforderten Zuschlagskriterien entscheidend ist. Die Wahl des Wirtschaftlichkeitskriteriums ist daher nicht zuletzt auch eine mittelstandsgerechte Verfahrensausgestaltung, da die Einbeziehung weiterer und nicht nur preislicher Kriterien es den mittelständischen Unternehmen ermöglicht, ihre Wettbewerbsvorteile¹⁵ besser auszunutzen.¹⁶

¹⁰ Vgl. dazu Kap. 2 § 7 II. 2. e. cc., f. aa.

¹¹ BTDrucks. 18/6281, S. 114.

¹² Europäische Kommission, Code of best Practice, S. 19 ff.

¹³ BTDrucks. 18/6281, S. 111; Ewgr. 90 RL 2014/24/EU; *Ohrtmann*, Zuschlag, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium, Kap. 23 Rn. 12 m.w.N.; *Wiedemann*, in: Kulartz/Kus u.a. (Hrsg.), GWB, § 127 Rn. 28 ff. m.w.N.

¹⁴ *Robl*, Mittelständische Interessen, in: FS Franke, S. 291 (295).

¹⁵ Siehe dazu Kap. 2 § 4 II.

1. Bevorzugung trotz Abweichung

Da die Mittelstandszugehörigkeit grundsätzlich als Zuschlagskriterium bei der Ermittlung der Wirtschaftlichkeit herangezogen werden kann, könnte in Betracht kommen, dem Angebot eines mittelständischen Unternehmens auch dann den Zuschlag zu erteilen, wenn es zwar nicht das erstplatzierte ist, von diesem aber nur bis zu einer gewissen Höhe abweicht.

a. Vergleichbarkeit mit den Behindertenwerkstätten

Eine vergleichbare Regelung sieht § 3 Nr. 4 der Richtlinien für die Berücksichtigung von Werkstätten für Behinderte und Blindenwerkstätte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vor. Danach ist diesen Werkstätten auch dann der Zuschlag zu erteilen, wenn ihr Angebotspreis den des wirtschaftlichsten Bieters um nicht mehr als 15 vom Hundert übersteigt.

Dies könnte auf mittelständische Unternehmen übertragen werden. Die Forderung des § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB, wonach mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen sind, reicht bis zur Zuschlagsebene.¹⁷ Zwar beinhaltet § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB keine generelle Bevorzugung, eine solche könnte aber unter Heranziehung des § 97 Abs. 2 GWB möglich sein.

Die mittelständischen Unternehmen haben wegen ihrer gesellschaftlichen und sozialen Bedeutung eine besondere Rolle und unterliegen besonderen Nachteilen.¹⁸ Indes genügen diese Gründe nicht, um den mittelständischen Unternehmen bei der Zuschlagsentscheidung auch eine bevorzugte Position einzuräumen. Eine zu den Behindertenwerkstätten vergleichbare Situation liegt bei den mittelständischen Unternehmen nicht vor. Der in § 118 GWB und § 141 SGB IX abgesicherte und durch Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG grundrechtlich verankerte Förderungsanspruch der Behindertenwerkstätten dient der Sicherung des laufenden Betriebs dieser Werkstätten und dem Ausgleich behinderungsbedingter Nachteile.¹⁹ Aufgrund ihrer Funktion als Einrichtungen der beruflichen Teilhabe behinderter Menschen und zur Eingliederung selbiger in das Arbeitsleben unterscheiden sie sich von gewöhnlichen, in der freien Wirtschaft agierenden Unternehmen.²⁰ Die Werkstätten für behinderte Menschen haben gem. § 137 Abs. 1 SGB IX eine Aufnahmepflicht für Menschen mit Behinderung. Deswegen können sie anders als die gewöhnlichen Unternehmen ihre Arbeitnehmer nicht nach bestimmten Fähigkeiten und Fertigkeiten auswählen, sondern müssen den Arbeitsplatz nach der Leistungsfähigkeit der behinderten Menschen ausrichten.²¹ Damit einher geht die Beschäftigungspflicht der Behindertenwerkstätten, die es ihnen nicht ohne weiteres erlaubt, sich von Arbeitnehmern zu trennen.²² Ein gegebenenfalls erzielter Gewinn steht nicht zur freien Verfügung, sondern muss zweckgebunden eingesetzt werden.²³ All dies sind wesentliche Unterschiede zu den Erwerbszwecke verfolgenden gewöhnlichen Wirtschaftsunternehm-

¹⁶ *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 298 m.w.N.

¹⁷ Vgl. dazu Kap. 2 § 7 II. 2. c. aa. (2).

¹⁸ Vgl. Kap. 2 § 4.

¹⁹ *Jabben*, in: Rofls/Kreikebohm u.a. (Hrsg.), BeckOK SGB IX, 2016, § 141 SGB IX Rn. 1; *Kossens*, in: ders./v. d. Heide u.a. (Hrsg.), SGB IX, § 141 SGB IX Rn. 1; *Roth/Lamm u.a.*, DÖV 2011, 545 (546).

²⁰ Vgl. § 136 Abs. 1 SGB IX; *Roth/Lamm u.a.*, DÖV 2011, 545 (546).

²¹ Vgl. dazu nur *Roth/Lamm u.a.*, DÖV 2011, 545 (546) m.w.N.

²² Vgl. dazu nur *Roth/Lamm u.a.*, DÖV 2011, 545 (547) m.w.N.

²³ Vgl. § 12 Abs. 5 WVO.

men. Als Ausgleich für diese behindertenbedingten Nachteile, kommt den Werkstätten unter anderem im Vergabeverfahren eine Sonderrolle zu. Dadurch sollen sie im Vergleich mit den sonstigen Wirtschaftsunternehmen wettbewerbsfähig gemacht und die Beschäftigung behinderten Menschen aufrechterhalten und abgesichert werden. Die mittelständischen Unternehmen sind nicht im gleichen Maße wie die Behindertenwerkstätten auf die Vergabe öffentlicher Aufträge angewiesen. Denn sie unterliegen weder einer Aufnahme- und Beschäftigungspflicht noch ist die Verwendung des erzielten Gewinns zweckgebunden.

b. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Daneben begegnet eine derartige Bevorzugung rechtlichen Bedenken. Eine Bevorzugung der mittelständischen Unternehmen in der hier vorgeschlagenen Art stellt einerseits keinen Verstoß gegen das aus den Grundfreiheiten abgeleitete Diskriminierungsverbot dar, weil sie zugunsten aller mittelständischen Unternehmen, unabhängig ihrer Herkunft wirkt.²⁴ Die Bevorzugung versperrt den übrigen Unternehmen auch nicht den Zugang zum Beschaffungsmarkt, sodass hierin auch kein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG liegt.²⁵ Denn Art. 12 Abs. 1 GG schützt nur den Zugang zum, nicht aber den Erfolg auf dem Beschaffungsmarkt. Demgegenüber begegnet eine solche Bevorzugung beihilferechtlichen Bedenken, da das Angebot eines mittelständischen Unternehmens trotz wirtschaftlich günstigerer Alternativen den Zuschlag erhalten würde. Verstärkt werden diese Bedenken, wenn die in der De-minimis-Verordnung angegebenen Grenzwerte überschritten sind. Ausschlaggebend wäre nicht mehr das wirtschaftlich günstigste Angebot, sondern in wie fern das Angebot der mittelständischen Unternehmen von dem des Erstplatzierten abweicht. Demzufolge ist die Bevorzugung auch aus wettbewerbsrechtlichem Blickwinkel bedenklich. Es entscheidet letztendlich nicht mehr das „freie Spiel der Wettbewerbskräfte“²⁶. In einer solchen Vorgehensweise liegt zudem eine Ungleichbehandlung zwischen den Angeboten der Großunternehmer und der mittelständischen Unternehmen. Erstere kommen trotz wirtschaftlich günstiger Angebote unter Umständen nicht mehr zum Zuge. Den Großunternehmen wird jegliche Chance, den Zuschlag zu erhalten, genommen. Die Bevorzugung verfolgt zwar einen legitimen Zweck – nämlich die Förderung mittelständischer Unternehmen. Sie ist aber nicht mehr angemessen und erforderlich. Anders als bei den Behindertenwerkstätten geht sie über die Erhaltung der Wettbewerbssituation und der Sicherung der Auftragslage hinaus. Demnach ist der Verstoß gegen den verfassungs- und vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nicht gerechtfertigt.

2. Bevorzugung bei wirtschaftlicher Gleichwertigkeit der Angebote

Anders könnte sich die Sachlage aber dann gestalten, wenn den mittelständischen Unternehmen bei Gleichwertigkeit der erstplatzierten Angebote der Vorrang einzuräumen ist.

a. Regelungsbestand und Voraussetzungen

Eine vergleichbare Vorschrift enthielt die bis zum 31. Dezember 2015 geltende Richtlinie des Landes Thüringen zur Mittelstandsförderung und Berücksichtigung Freier Berufe sowie zum

²⁴ So auch *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 339.

²⁵ A.A. *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 380.

²⁶ *Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, 585 (588).

Ausschluss ungeeigneter Bewerber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge²⁷. Gemäß Ziffer 7.3. der Richtlinie ist der Zuschlag auf das Angebot eines kleinen oder mittleren Unternehmens zu erteilen, wenn es ebenso wirtschaftlich wie das eines anderen Bewerbers ist. Einige Vergabegesetze der Länder enthalten ebenfalls Vorschriften dazu, wie mit wirtschaftlich gleichwertigen Angeboten umzugehen ist und welchem der Vorzug einzuräumen ist. Allerdings erwähnen sie die mittelständischen Unternehmen in diesem Zusammenhang nicht. Vielmehr berücksichtigen sie Aspekte wie Umweltbelange, Frauen-, Ausbildungs- und Behindertenförderung oder die Förderung der Chancengleichheit.²⁸ Bei wirtschaftlich gleichwertigen Angeboten erhält derjenige Bieter den Zuschlag, der diese Aspekte berücksichtigt. Über diese verankerten Vorgaben hinaus ist entsprechend der Richtlinie des Landes Thüringen eine Bevorzugung mittelständischer Unternehmen im Falle der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit der Angebote aber dennoch zulässig und vom derzeitigen Regelungsregime gedeckt. Voraussetzung ist, dass die Angebote zunächst wirtschaftlich gleichwertig im Sinne einer vollen wirtschaftlichen und nicht nur annähernden Gleichwertigkeit sind.²⁹ Diese Formulierung macht bereits deutlich, dass es nicht nur um einen preislichen Vergleich der Angebote geht. Sondern das Wirtschaftlichkeitsgebot ist als Optimierungsgebot zu verstehen, mittels dessen unter Heranziehung aller zuvor bekannt gegebenen Kriterien das beste Preis-Leistungs-Verhältnis zu ermitteln ist.³⁰ Auf die Mittelstandszugehörigkeit kommt es bei dieser ersten Ermittlung noch nicht an. Steht aber fest, dass mehrere Angebote wirtschaftlich vollkommen gleichwertig sind, ist zu untersuchen, ob darunter ein Angebot eines mittelständischen Unternehmens ist. Angesichts der Vielfältigkeit der Zuschlagskriterien und der Weite des Wirtschaftlichkeitsbegriffs der Angebote liegen in der Praxis unter Umständen selten wirtschaftlich vollkommen gleichwertige Angebote vor.³¹ Ist dies aber der Fall und handelt es sich bei einem Angebot um das eines mittelständischen Unternehmens, kann der Zuschlag auf dieses Angebot erteilt werden.

b. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Hierbei handelt es sich zwar um eine mittelstandsbevorzugende Maßnahme, die über den Ausgleich größenbedingter Nachteile hinausgeht. Andererseits ist sie zulässig. Ein solcher Stichentscheid bei der Zuschlagserteilung³² verstößt nicht gegen das aus den Grundfreiheiten abgeleitete Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot, da er nicht zur Behinderung mittelständischer Unternehmen anderer Herkunftsländer führt, sondern zugunsten aller mittelständischen Unternehmen wirkt.³³ Ebenso wenig werden dadurch Unternehmen anderer Länder abgeschreckt, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen. Da Art. 12 Abs. 1 GG nicht den Erfolg auf dem Beschaffungsmarkt garantiert, liegt durch ein solches Vorgehen kein Eingriff vor.³⁴

²⁷ Thüringer Staatsanzeiger Nr. 2/2011, S. 36 ff.

²⁸ Vgl. dazu nur § 8 VgG LSA; § 18 Abs. 3 TtG SH; § 18 Abs. 3 TtG Brem; § 13 Abs. 2 VgG Thür.

²⁹ *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 300 m.w.N.

³⁰ *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 180 m.w.N.

³¹ Vgl. dazu auch *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 300 m.w.N.

³² Vgl. zur Wortwahl *Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, S. 56 f.

³³ So auch *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 339.

³⁴ A.A. *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 380.

Der Stichentscheid ist auch unter beihilferechtlichem Blickwinkel zulässig, weil dem mittelständischen Unternehmen nur dann der Vorzug zu gewähren ist, wenn die Angebote der erstplatzierten Bieter wirtschaftlich vollumfänglich gleichwertig sind. Es mangelt folglich an der Begünstigungswirkung, weil die Leistung auf dem Markt nicht günstiger erworben werden kann und der Auftraggeber die Leistung zu marktüblichen Konditionen erhält.³⁵ Daher ist die Bevorzugung mittelständischer Unternehmen wettbewerbsrechtlich unschädlich. Zwar findet hier eine Ungleichbehandlung zwischen Großunternehmen und mittelständischen Unternehmen statt. Jedoch müsste der Auftraggeber im Fall gleichwertiger Angebote sowieso eine Entscheidung treffen. Durch den Vorzug werden die Angebote der mittelständischen Unternehmen nicht besser gestellt. Denn der Auftraggeber nimmt kein weniger wirtschaftliches Angebot an, sodass ihm keine wirtschaftlichen Einbußen drohen. Es findet demzufolge keine wettbewerbsbeschränkende Diskriminierung statt. Die Ungleichbehandlung unter Heranziehung des Differenzierungskriteriums Mittelstand ist gerechtfertigt.³⁶

Aufgrund dessen ist die Bevorzugung bei Gleichwertigkeit der Angebote auch mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar. Einerseits führt sie zu einer Ungleichbehandlung der Großunternehmen und einer direkten Beteiligung mittelständischer Unternehmen am öffentlichen Auftrag³⁷. Andererseits wird dadurch ein legitimes Anliegen verfolgt. Gemessen an der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung sind mittelständische Unternehmen im Vergabeverfahren und bei öffentlichen Aufträgen unterrepräsentiert.³⁸ Wegen ihrer größenbedingten Nachteile sind sie eher auf die Durchführung öffentlicher Aufträge angewiesen als Großunternehmen, die sich angesichts ihrer größenbedingten Vorteile auch an weiteren und mehreren Vergabeverfahren beteiligen können.³⁹ Als milderer Mittel könnte in Betracht kommen, das Los entscheiden zu lassen. Hingegen ist dies nicht gleich wirksam, da das Ziel – die Förderung der Beteiligung mittelständischer Unternehmen an der Durchführung öffentlicher Aufträge – nicht gleich effektiv verwirklicht werden kann. Zudem trifft der Auftraggeber die Entscheidung zugunsten des mittelständischen Unternehmens nur, wenn die Angebote wirtschaftlich vollkommen gleichwertig sind, sodass er dadurch keinen wirtschaftlichen Nachteil erleidet. Demgemäß verstößt das beschriebene Prozedere auch nicht gegen den vergaberechtlichen Wirtschaftsgrundsatz und das haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot. Darüber hinaus ist der praktische Anwendungsbereich relativ gering. Mithin hält sich dieses Vorgehen trotz seiner mittelstandsbevorzugenden Intention im Rahmen des vergaberechtlichen Regimes. § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB für sich allein ist zwar keine ausreichende Rechtsgrundlage, weil er nur mittelstandsgerechte Maßnahmen umfasst. Indes ermöglicht § 97 Abs. 2 GWB Ungleichbehandlungen, sofern sie gesetzlich verankert sind.

V. Zusammenfassung

Die Chance der mittelständischen Unternehmen, den Auftrag zu erhalten, sinkt, wenn der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wird. Die Richtlinien 2004 sahen in Art. 53 Abs. 1 lit. b) RL 2004/18/EG das Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises noch

³⁵ Ebenso *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 353 m.w.N.

³⁶ *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 362.

³⁷ *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 374.

³⁸ Vgl. dazu Kap. 1 § 1 II., III.

³⁹ *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 374 f.

vor. Dieses Zuschlagskriterium haben die Richtlinien 2014 aufgegeben. Der Zuschlag ist, wie bereits vor der Modernisierung der Vergaberichtlinien im deutschen Vergaberecht vorgesehen, auf das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis, d.h. auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen. Dies ermöglicht es, neben dem Preis noch weitere Aspekte im Rahmen der Zuschlagsentscheidung zu berücksichtigen. Die Heranziehung des Wirtschaftlichkeitskriteriums stellt zwar keine spezifisch mittelstandsfreundliche Maßnahme dar, kommt aber auch den mittelständischen Unternehmen zugute. Allerdings schließt es das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht aus, dass der Auftraggeber weiterhin allein den Preis als Zuschlagskriterium wählt. Insofern hat es der deutsche Gesetzgeber versäumt, die ihm gem. Art. 67 Abs. 2 UAbs. 3 RL 2014/24/EU eingeräumte Möglichkeit, die Heranziehung des Preises als alleiniges Zuschlagskriterium auszuschließen, umzusetzen.

Das Wirtschaftlichkeitsgebot ermöglicht es, weitere, auch vergabefremde Aspekte auf Zuschlagsebene heranzuziehen, wenn sie mit dem Auftragsgegenstand im Zusammenhang stehen. In dieser Hinsicht kann die Mittelstandszugehörigkeit als sozialer Aspekt grundsätzlich Eingang in die Wertungsebene finden. Ein Zusammenhang mit dem konkreten Auftragsgegenstand besteht, da es um das den konkreten Auftrag ausführende Unternehmen geht. Über die Berücksichtigung mittelständischer Interesse bei der Wertung der einzelnen Lose hinaus, kann die Zugehörigkeit zum Mittelstand unter bestimmten Voraussetzungen sogar zur Bevorzugung auf der Wertungsebene führen. Eine den Werkstätten für behinderte Menschen vergleichbare Situation besteht bei den mittelständischen Unternehmen nicht, sodass ihnen nicht auch dann der Zuschlag zu erteilen ist, wenn ihr Angebotspreis den des wirtschaftlichsten Bieters um nicht mehr als 15 vom Hundert übersteigt. Dementgegen ist einem mittelständischen Unternehmen aber im Fall einer vollkommenen wirtschaftlichen Gleichwertigkeit von Angeboten der Vorzug zu geben. Auch wenn es sich hierbei um eine mittelstandsbevorzugende Maßnahme handelt, die über den Ausgleich größenbedingter Nachteile hinausgeht, hält sie sich im Rahmen der primär-, verfassungs- und vergaberechtlichen Vorgaben.

§ 19 Weitergabe der Verpflichtung zur mittelstandsgerechten Auftragsvergabe – § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB

Gemäß § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB¹ verpflichtet der Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber ein Unternehmen, das nicht selbst öffentlicher Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber ist, aber mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut ist, bei der Vergabe von Unteraufträgen an Dritte nach § 97 Abs. 4 Satz 1 bis 3 GWB zu verfahren. Adressat des § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB ist der öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber, die durch entsprechende vertragliche Regelungen die Mittelstandsklausel weitergeben müssen.²

I. Inhalt der Verpflichtung

§ 97 Abs. 4 Satz 4 GWB hat im Hinblick auf die vom Hauptauftragnehmer zu ergreifenden Maßnahmen keinen abschließenden Charakter. Vielmehr kann der Auftraggeber den Hauptauftragnehmer zu einem bunten Strauß mittelstandsfreundlicher Maßnahmen verpflichten. Entgegen der weit verbreiteten Ansicht erstreckt sich die aus § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB weiterzureichende Verpflichtung inhaltlich nicht nur auf die Losaufteilungspflicht³, sondern auf § 97 Abs. 4 Satz 1 bis 3 GWB insgesamt. Der vom Auftraggeber an den Hauptauftragnehmer weitergereichte Mittelstandsschutz bezieht sich daher auf die Pflicht zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen als solcher, welche auch verfahrenstechnische Maßnahmen beinhaltet.⁴ Hierzu zählt – wie mitunter in einigen landesrechtlichen Regelungen vorgesehen⁵ – die Verpflichtung, bei der Weitergabe von Leistungen an Nachunternehmer, diesen keine ungünstigeren Bedingungen aufzuerlegen, als zwischen dem Auftragnehmer und dem öffentlichen Auftraggeber vereinbart⁶ sowie mittelständische Unternehmen in angemessenem Umfang oder bevorzugt bei der Untervergabe zu beteiligen⁷. Da diese Verpflichtungen nur greifen, wenn sich der Hauptauftragnehmer zur Einschaltung von Nachunternehmern entschließt, resultiert daraus keine Pflicht zur Untervergabe als solcher. Gleiches gilt auch für § 7 Abs. 2 MFG Rheinland-Pfalz. Danach sind beauftragte Generalunternehmer zu verpflich-

¹ Bzw. § 5 Abs. 2 Nr. 1 Satz 4 EU VOB/A.

² Siehe zu möglichen Rechtsschutzproblemen für den Fall, dass der Auftraggeber die Verpflichtung nicht weitergibt oder sich der Hauptauftragnehmer trotz Weitergabe nicht daran hält, nur *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 58 ff.

³ A.A. *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *GWB*, § 97 GWB Rn. 138; *Müller-Wrede*, in: ders. (Hrsg.), *GWB*, § 97 GWB Rn. 33; *Roth*, *VergabeR* 2009, 404 (406); *Kus*, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), *GWB*, § 97 GWB Rn. 162, wonach § 97 Abs. 4 S. 3 GWB nur zur Anwendung des „alten“ Regel-Ausnahme-Prinzips verpflichtete und damit nur zur Losaufteilung; *ders.*, in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), *VOL/A*, § 11 EG VOL/A Rn. 31, 33; ebenso *Burgi*, *NZBau* 2010, 593 (598).

⁴ Mit ähnlicher Tendenz *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 105.

⁵ Z.B. § 22 Abs. 4 Nr. 4 MFG BW; § 5 Abs. 5 S. 3 MFG Bbg; § 5 Abs. 3 Nr. 4 VgG HH; § 14 Abs. 4 Nr. 4 MFG Nds; § 9 Abs. 3 Nr. 5 TVgG NRW; § 18 Abs. 1 Nr. 4 MFG Saar; § 6 Abs. 2 Nr. 4 SächsVgG, § 13 Abs. 4 Nr. 4 VgG LSA; § 7 Abs. 2 S. 4 HS 2 MFG RhP; § 12 Abs. 4 Nr. 4 VgG Thür.

⁶ Hierbei handelt es sich zwar um keine spezifisch mittelstandsschützende Maßnahme. Allerdings hat eine solche Verpflichtung auch den Schutz mittelständischer Unternehmen im Blick.

⁷ Z.B. § 22 Abs. 4 Nr. 1 MFG BW; § 5 Abs. 5 S. 1 MFG Bbg; § 5 Abs. 3 Nr. 1 VgG HH; § 14 Abs. 4 Nr. 1 MFG Nds; § 18 Abs. 1 Nr. 1 MFG Saar; § 6 Abs. 2 Nr. 1 SächsVgG; § 13 Abs. 4 Nr. 1 VgG LSA; § 4 S. 4 VgG MV; § 12 Abs. 4 Nr. 1 VgG Thür.

ten, in angemessenem Umfang Unteraufträge an Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft zu vergeben, soweit dies der vertragsgemäßen Ausführung nicht entgegensteht. Mitunter wird diesbezüglich geltend gemacht, dass dies Generalunternehmer gegenüber den übrigen Unternehmen, die solch einer Verpflichtung nicht unterliegen, benachteiligt, da die Entscheidung, Unteraufträge zu vergeben oder den Auftrag mit eigenen Mitteln zu erfüllen, nicht mehr zur wirklichen Disposition der Hauptauftragnehmer steht, sodass leistungsfähige Großunternehmen zwangsläufig verpflichtet sind, Unteraufträge zu vergeben.⁸ Hiergegen spricht aber, dass es Wesensmerkmal der Generalunternehmerschaft ist, Teile der oder die gesamte Auftragsausführung an Nachunternehmer weiterzugeben. Auch wenn darin eine Pflicht zur Untervergabe als solcher liegen sollte, ist dies unschädlich, da keine weiteren, als die aus der Natur der Sache folgenden Pflichten statuiert werden.⁹ Folglich mangelt es für einen Gleichheitsverstoß bereits an Vergleichsgruppen, die wesentlich unterschiedlich behandelt werden.¹⁰ § 7 Abs. 2 Satz 4 MFG Rheinland-Pfalz verpflichtet den Generalunternehmer auch nicht, mittelständische Unternehmen tatsächlich als Nachunternehmer einzusetzen.¹¹ Die Auswahl der Nachunternehmer steht unter dem Vorbehalt der Angemessenheit und der vertragsgemäßen Ausführung des Auftrags, sodass auch andere Unternehmen als Nachunternehmer eingesetzt werden können und die Generalunternehmer weiterhin einen Entscheidungs- und Beurteilungsspielraum besitzen.

Des Weiteren muss der Hauptauftragnehmer kein weiteres „eigenes“ Vergabeverfahren durchführen, in dessen Wege der Nachunternehmer ausgewählt wird. Denn der Auftragnehmer müsste dann alle interessierten Unternehmen zu diesem Vergabeverfahren zulassen und wäre unter Umständen gezwungen, mit einem Unternehmen zu kooperieren, das er sich bei „freier Auswahl“ nicht ausgesucht hätte. Zudem müsste ein solches Ausschreibungsverfahren vor Zuschlagserteilung an den Hauptauftragnehmer erfolgen und damit im Laufe eines vom öffentlichen Auftraggeber veranstalteten Vergabeverfahrens. Dies belastet den Hauptauftragnehmer unverhältnismäßig und verzögert das eigentliche Vergabeverfahren unnötig.¹²

II. Anwendungsbereich der Norm

1. Weiter Wortlaut

Trotz dieser weitreichenden und in den landesrechtlichen Regelungen zum Großteil näher gesetzlich ausgestalteten Verpflichtungen, die der Auftraggeber an den Hauptauftragnehmer weiterreichen kann, ist fraglich, ob hierfür in der Praxis tatsächlich ein Anwendungsbereich für alle Vergaben, bei denen Nachunternehmer eingesetzt werden, besteht. Da § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB auf Vorschlag des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie mit dem Ziel, den Mittelstandsschutz auch bei der Vergabe von ÖPP-Projekten sicherzustellen, aufgenommen wurde, wird geltend gemacht, dass die Vorschrift nur die Vergabe im Rahmen eines

⁸ Ziekow, ÖPP, in: Küpper/Semper (Hrsg.), PPP, S. 129 (213).

⁹ So auch Willems, Mittelstandsförderung, S. 342.

¹⁰ So auch Willems, Mittelstandsförderung, S. 376.

¹¹ Willems, Mittelstandsförderung, S. 380 m.w.N.

¹² Ziekow, ÖPP, in: Küpper/Semper (Hrsg.), PPP, S. 129 (213) m.w.N. Mit etwas anderer Tendenz Burgi, NZBau 2006, 693 (695), wonach es zulässig ist, dem Hauptauftragnehmer die Pflicht zur Untervergabe nach „wettbewerblichen Grundsätzen“ aufzuerlegen. Wie sich ein solches Verfahren gestaltet, lässt er allerdings offen.

ÖPP-Projekts umfasse.¹³ Allerdings findet diese gesetzgeberische Intention im Wortlaut keine Stütze.¹⁴ Stattdessen heißt es darin, dass die Verpflichtung bei jeder Beauftragung eines privaten Unternehmens, das nicht öffentlicher Auftraggeber ist, mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe zum Tragen kommt. Einschränkungen dahingehend, dass dies nur bei ÖPP-Projekten gilt, enthält er nicht. Zwar nutzt das Vergaberecht im Übrigen den Begriff der öffentlichen Aufgabe als solchen nicht und definiert ihn auch nicht. Andererseits taucht er unter anderem in § 56 Abs. 1 Satz 1 VwVfG auf. Danach sind öffentliche Aufgaben nicht nur öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeiten i.S.d. § 1 VwVfG, sondern auch die der Daseinsvorsorge und solche, die dem Verwaltungsprivatrecht zugeordnet werden.¹⁵ Der Auftraggeber verfolgt bei der Vergabe öffentlicher Aufträge öffentliche Aufgaben. Die Vergabe dient stets dem Ziel – wenn mitunter auch nur mittelbar –, öffentliche Aufgaben wahrzunehmen, durchzuführen oder zu erfüllen¹⁶, sodass der Auftraggeber die Auftragnehmer, auch im Rahmen der normalen Auftragsvergabe, mit der Wahrnehmung und Durchführung öffentlicher Aufgaben betraut.¹⁷ Die Formulierung der Wahrnehmung und Durchführung öffentlicher Aufgaben ist folglich weit zu verstehen.¹⁸ Hätte der Gesetzgeber lediglich die ÖPP-Vergabe regeln wollen, hätte er § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB folgendermaßen formuliert: Wird einem Unternehmen, das nicht öffentlicher Auftraggeber ist, *teilweise oder vollständig die Erfüllung öffentlicher Aufgaben übertragen*, verpflichtet der öffentliche Auftraggeber das Unternehmen, sofern es Unteraufträge vergibt, nach den Sätzen 1 bis 3 zu verfahren. Daneben sprechen Sinn und Zweck der Norm für eine weite Auslegung, weswegen der Auftraggeber bei jeder Vergabe eine vertragliche Regelung aufnehmen muss, wonach der Hauptauftragnehmer bei der Vergabe von Unteraufträgen an Dritte zur Einhaltung des § 97 Abs. 4 Sätze 1 bis 3 GWB verpflichtet ist.¹⁹

2. Weiter Wortlaut – enge Praxisrelevanz

a. Zeitpunkt der Verpflichtung

Ogleich der weiten Fassung des § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB ist der Anwendungsbereich der Norm in der Praxis für den Großteil der weiterzureichenden Verpflichtungen tatsächlich auf die ÖPP-Vergaben beschränkt und läuft, mit Ausnahme der Verpflichtung, zwischen dem Auftragnehmer und dem Nachunternehmer keine ungünstigeren Vertragsbedingungen zu

¹³ BTDrucks. 16/11428, S. 33. *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 105 m.w.N.; *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 63; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *GWB*, § 97 GWB Rn. 140, der allerdings aufgrund mangelnder praktischer Anwendungsbereiche zu diesem Ergebnis kommt.

¹⁴ So auch *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 37; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *GWB*, § 97 GWB Rn. 138; *Kus*, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), *GWB*, § 97 GWB Rn. 196; *Müller-Wrede*, in: ders. (Hrsg.), *GWB*, § 97 GWB Rn. 34.

¹⁵ *Bonk*, in: Stelkens/ders. u.a. (Hrsg.), *VwVfG*, § 56 VwVfG Rn. 53; *Ramsauer*, in: Kopp/ders. (Hrsg.), *VwVfG*, § 56 VwVfG Rn. 11; *Spieth*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), *BeckOK VwVfG*, 2016, § 56 VwVfG Rn. 52.

¹⁶ *Müller-Wrede*, in: ders. (Hrsg.), *GWB*, § 97 GWB Rn. 34.

¹⁷ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 37; *Müller-Wrede*, in: ders. (Hrsg.) *GWB*, § 97 GWB Rn. 34. A.A. *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *GWB*, § 97 GWB Rn. 140; *Ziekow*, *ÖPP*, in: Kupper/Semper (Hrsg.), *PPP*, S. 129 (211); *ders./Windoffer*, *PPP*, S. 60 ff.

¹⁸ A.A. *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *GWB*, § 97 GWB Rn. 140.

¹⁹ *Antweiler*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *VergR*, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 37; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *GWB*, § 97 GWB Rn. 138; *Müller-Wrede*, in: ders. (Hrsg.), *GWB*, § 97 GWB Rn. 34; *Roth*, *VergabeR* 2009, 404 (406). A.A. *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *VergR*, § 97 GWB Rn. 105.

vereinbaren, als zwischen dem Auftragnehmer und dem Auftraggeber, für die übrigen Vergaben ins Leere.²⁰ Für diese Vergaben verkennt die Vorschrift die Notwendigkeit, sich der Nachunternehmerleistung bereits vor Zuschlagserteilung zu versichern, damit der Hauptauftragnehmer auf Grundlage dessen zum einen ein Angebot kalkulieren und abgeben sowie den Nachunternehmer benennen kann und zum anderen entsprechende Nachweise und Erklärungen vor Zuschlagserteilung abgeben muss.²¹ Dieses Ergebnis mag verwundern, ist aber derzeit im Gesetz so angelegt. Die aus § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB folgenden Verpflichtungen gelten erst ab dem Zeitpunkt, zu dem das private Unternehmen vertraglich mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut wird. Dies ist der Zeitpunkt ab Zuschlagserteilung, sodass das beauftragte Unternehmen erst ab Zuschlagserteilung den Mittelstandsschutz beachten muss. Vor Zuschlagserteilung begründete Vertragsverhältnisse mit Nachunternehmern sind gerade nicht erfasst.²² Der Hauptauftragnehmer kann – insbesondere im Oberschwellenbereich – bei einer erst ab Zuschlagserteilung zu befolgenden Verpflichtung zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen auf die Auswahl, die Person des Nachunternehmers sowie auf die angemessene oder gar bevorzugte Beteiligung von mittelständischen Unternehmen oder eine Bevorzugung dieser bei der Angebotsauswahl kaum noch Einfluss nehmen. Bei Beauftragung des Hauptauftragnehmers stehen die Nachunternehmer bereits fest. Des Weiteren wird der Hauptauftragnehmer zur Kalkulation seines eigenen Angebotes bereits mit Nachunternehmern in Kontakt getreten sein und sich entsprechende Angebote eingeholt haben.²³ Insbesondere entschied auch der Europäische Gerichtshof, dass der Austausch von Nachunternehmern nach Zuschlagserteilung und vor Leistungserbringung teilweise zur Neuausschreibungspflicht führt, wenn die Wahl des Nachunternehmers für die Zuschlagsentscheidung relevant war.²⁴

Im Bereich unterhalb der Schwellenwerte können die landesrechtlichen Regelungen, wonach für den Fall der Weitergabe von Leistungen an Nachunternehmer mittelständische Unternehmen angemessen oder bevorzugt zu beteiligen sind, nur dann Anwendung finden und es ermöglichen, nach Zuschlagserteilung auf die Auswahl des Nachunternehmers Einfluss zu nehmen, wenn die Vergaberegeln nicht ausdrücklich vorsehen, dass die Nachunternehmer schon während des laufenden Vergabeverfahrens zu benennen und entsprechende

²⁰ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 139 f.; Kus, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 198; ders., in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 11 EG VOL/A Rn. 35; Müller-Wrede, in: ders. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 33, 35.

²¹ Michallik, VergabeR 2011, 683 (689); Werner, VergabeR 2010, 328 (335). Siehe hierzu auch Kap. 3 § 14 II. 1. A.A. Burgi, NZBau 2010, 593 (598) insbes. m. Fn. 65, danach sei die aus § 97 Abs. 3 S. 4 GWB die Hauptauftragnehmer treffende Losaufteilungspflicht trotz der Nachweispflichten erfüllbar.

²² Kus, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 198; ders., in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 11 EG VOL/A Rn. 35; Ziekow, in: ders./Völlink (Hrsg.), VergR, § 97 GWB Rn. 76; ders., ÖPP, in: Küpper/Semper (Hrsg.), PPP, S. 129 (211) m.w.N., der zudem darauf verweist, dass auch durch den Zuschlagserhalt aufschiebend bedingte Nachunternehmerverträge oder Vorverträge nicht vom Anwendungsbereich des § 97 Abs. 3 S. 4 GWB erfasst sind.

²³ A.A. Kus, in: Kulartz/ders. u.a. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 198; ders., in: Kulartz/Marx u.a. (Hrsg.), VOL/A, § 11 EG VOL/A Rn. 35.

²⁴ EuGH, U.v. 13.4.2010, Rs. C-91/08 Rn. 30 ff., 39 (zitiert nach Juris). Anders zu beurteilen ist dies dann, wenn es um den Austausch von Nachunternehmern geht, die austauschbare und handelsübliche Leistungen erbringen und demnach für die Angebotswertung nicht ausschlaggebend waren oder sich auf diese auswirken.

Eignungsnachweise und/oder Erklärung in Bezug auf den Nachunternehmer vorzulegen sind.²⁵

b. Losaufteilung

Daneben läuft auch die den Hauptauftragnehmer nach Zuschlagserteilung treffende Verpflichtung zur Losaufteilungspflicht ins Leere.²⁶ Denn es sind kaum Situationen denkbar, in denen der Hauptauftragnehmer zu einer weitergehenden Losaufteilung verpflichtet ist als der Auftraggeber bzw. der Auftraggeber von einer Losaufteilung absehen kann, der Hauptauftragnehmer hingegen nicht.^{27, 28} Deutlich wird dieses Ergebnis auch bei der Generalunternehmer- oder -übernehmervergabe, wenn der Generalunternehmer bzw. -übernehmer gem. § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB zur Losaufteilung verpflichtet wird. Die Generalunternehmer- bzw. -übernehmervergabe ist nur zulässig, wenn ausnahmsweise gem. § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB eine Gesamtfachlosvergabe erfolgen darf. Dies gilt auch für den Fall der vertikalen Aufteilung des Auftrages an mehrere Generalunternehmer bzw. -übernehmer.²⁹ Ist dem Auftraggeber bereits die Gesamtfachlosvergabe gestattet, so wird die an den Generalunternehmer weitergereichte Verpflichtung zur Losaufteilung obsolet. Denn der Maßstab des § 97 Abs. 4 Satz 2 und 3 GWB gilt sowohl für den Auftraggeber als auch den Hauptauftragnehmer und ist demnach für beide gleich.³⁰ Aufgrund dessen ist § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB kein „Institut zur Kompensation der grundsätzlich mittelstandsfeindlichen Gesamtvergabe an ein die Leistung nicht vollständig selbst ausführendes Unternehmen“³¹. Ebenso wenig ist die Generalvergabe ein „mittelstandsförderndes Instrument zur Verbesserung der Chancengleichheit“.³²

²⁵ So z.B. § 4 Abs. 2 BerlAVG; § 8 Abs. 2 VgG Hess; § 6 Abs. 1 S. 4 SächsVgG. Vgl. zur Möglichkeit des Ausschluss bei mangelnder Benennung des Nachunternehmers oder Vorlage entsprechender Nachweise im laufenden Vergabeverfahren § 7 Abs. 2 VgG HH; § 13 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 15 Abs. 2 VgG LSA; § 13 Abs. 2 VgG Nds; § 6 Abs. 1 S. 4 und 5 SächsVgG; § 8 Abs. 2 TTG SH; § 8 Abs. 2 TVgG NRW; § 15 Abs. 3 TTG Brem; § 15 Abs. 2 S. 1 VgG Thür. Allerdings sehen einige dieser landesrechtlichen Regelungen wiederum die Möglichkeit eines nachträglichen Wechsels oder einer nachträglichen Einschaltung von Nachunternehmern vor, vgl. dazu nur § 5 Abs. 2 VgG HH; § 13 Abs. 2 S. 2 VgG Nds; § 15 Abs. 2 S. 2 VgG LSA; §§ 12 Abs. 3, 15 Abs. 2 S. 2 VgG Thür.

²⁶ A.A. *Burgi*, NZBau 2010, 593 (598).

²⁷ *Müller-Wrede*, in: ders. (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 34; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 139, 153 m.w.N., wonach dies auch im umgekehrten Fall gelten kann.

²⁸ Ein anderer Bewertungsmaßstab ist allerdings dann zugrunde zu legen, wenn es sich um die Vergabe von ÖPP-Projekten handelt. Diese unterscheiden sich von der „normalen“ Auftragsvergabe dadurch, dass die öffentliche Aufgabenerfüllung auf den Privaten verlagert und er daher gegebenenfalls mit der Durchführung von Vergabeverfahren betraut wird, sodass der Hauptauftragnehmer hierbei die Mittelstandsklausel und die Losaufteilungspflicht anwenden muss, vgl. dazu *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 140.

²⁹ *Ziekow*, ÖPP, in: Küpper/Semper (Hrsg.), PPP, S. 129 (208) macht diesbezüglich geltend, dass die Frage der Losaufteilung nicht identisch mit der nach der Zulässigkeit der Generalübernehmer- oder -unternehmervergabe sei. Denn eine losweise Aufteilung gem. § 97 Abs. 3 S. 2 GWB liege auch bei einer vertikalen Aufteilung zur Vergabe an mehrere Generalunternehmer vor. Dem ist dem Grunde nach zwar zuzustimmen. Jedoch ist die Entscheidung einen Generalunternehmer oder -übernehmer für eine vertikale Teilleistung einzusetzen ebenso am Maßstab des § 97 Abs. 3 S. 3 GWB zu messen. Demnach kann die Frage der Zulässigkeit der Generalunternehmer- oder -übernehmervergabe auch für den Fall der vertikalen Auftragserteilung nicht losgelöst von § 97 Abs. 3 S. 2 GWB beurteilt werden.

³⁰ *Leinemann*, Vergabe, Rn. 36.

³¹ So aber *Ziekow*, ÖPP, in: Küpper/Semper (Hrsg.), PPP, S. 129 (211).

³² So aber *Michallik*, VergabeR 2011, 683 (689).

3. Regelungsvorschlag

Angesichts des engen praktischen Anwendungsbereichs und der Erwägung, dass der Schutz mittelständischer Interessen vor allem beim Einsatz von Generalunternehmern und -übernehmern nicht obsolet werden soll, ist zu untersuchen, ob der Gesetzgeber eine dem § 10 VOL/A Nr. 2 a.F. (2006)³³ vergleichbare Vorschrift wieder aufnehmen und § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB folgendermaßen ändern sollte:

„In den Vergabeunterlagen ist unter anderem festzuhalten, dass die Bieter für den Fall der Weitergabe von Leistungsteilen oder der Leistung mittelständische Interessen angemessen berücksichtigen und mittelständische Unternehmen in angemessenem Umfang beteiligen, soweit die vertragsgemäße Ausführung dem nicht entgegensteht. Auftragnehmer sind für den Fall der Weitergabe von Leistungen an Nachunternehmer vertraglich zu verpflichten, den Nachunternehmern keine, ungünstigeren Bedingungen aufzuerlegen, als zwischen dem Auftragnehmer und dem öffentlichen Auftraggeber vereinbart sind.“

Eine solche Regelung umfasst alle Vergabeformen, ob ÖPP-Vergabe, Generalvergabe oder die Vergabe von Losen, bei dessen Auftragsausführung der Auftragnehmer Nachunternehmer einsetzt. Die Formulierung der angemessenen Beteiligung und der angemessenen Berücksichtigung mittelständischer Interessen bezieht sich auf alle in Betracht kommenden Maßnahmen sowie die Zeiträume vor und nach Zuschlagserteilung. Einer gesonderten Regelung, wonach den unterbeauftragten Unternehmen keine ungünstigeren Vertragsbedingungen aufzuerlegen sind, als zwischen dem Auftragnehmer und dem öffentlichen Auftraggeber vereinbart, bedürfte es eigentlich nicht, da die Verpflichtung bereits für alle Vergabeformen von der Pflicht zur angemessenen Berücksichtigung mittelständischer Interessen umfasst wäre. Jedoch ist dies eine mittelstandsspezifische Regelung und gilt nicht unmittelbar für alle Unternehmensformen. Soll die Verpflichtung, keine ungünstigeren Vertragsbedingungen zu vereinbaren, aber für alle Unternehmen, unabhängig ihrer Größe, Anwendung finden, bedarf es der hier vorgeschlagenen Klarstellung. Die Weitergabe der Losaufteilungspflicht wäre von der Ausdrucksweise, Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft angemessen zu beteiligen, gleichsam umfasst, sodass es in der empfohlenen Regelung keiner eigenständigen Erwähnung bedarf. Die mit der Vorschrift einhergehenden Verpflichtungen würden bereits im laufenden Vergabeverfahren ihre Wirkung entfalten. Denn sie verpflichtet die Bieter, bei der Suche nach möglichen Nachunternehmern mittelständische Unternehmen und deren Interessen im Blick zu haben und greift nicht erst im Anschluss an das Vergabeverfahren. In diesem Fall würde die angediente Regelung die mangelnde Losaufteilung im Fall der Generalunternehmer- bzw. -übernehmervergabe tatsächlich kompensieren.³⁴ Um ein Leerlaufen im Unterschwellenbereich zu verhindern, könnte die Regelung auch Eingang in die jeweils ersten Teile der Vergabeordnungen finden.

³³ Danach sollte in den Verdingungsunterlagen u.a. festgehalten werden, dass der Auftragnehmer bei der Einholung von Angeboten für Unteraufträge regelmäßig auch kleine und mittlere Unternehmen angemessen beteiligt sowie sich bei Großaufträgen zu bemühen hat, Unteraufträge an kleine und mittlere Unternehmen in dem Umfang zu erteilen, wie er es mit der vertragsgemäßen Ausführung der Leistung vereinbaren kann.

³⁴ Dem in Bezug auf die Regelung des § 97 Abs. 3 S. 4 GWB a.F. zustimmend *Ziekow*, ÖPP, in: *Küper/Semper* (Hrsg.), PPP, S. 129 (211).

III. Rechtliche Einordnung der Verpflichtung – mittelstandsbevorzugend vs. mittelstandsgerecht

Bei den dem Hauptauftragnehmer vom Auftraggeber auferlegten Pflichten handelt es sich um ein Instrument der mittelstandsbevorzugenden Vergabe.³⁵ Dies gilt sowohl für die Weitergabe der Verpflichtungen im Rahmen eines ÖPP-Projekts als auch im Rahmen der normalen Auftragsvergabe. Auch wenn der ÖPP-Projektpartner in einer für die funktionale Privatisierung typischen Nähe zum öffentlichen Auftraggeber steht³⁶ und der Auftraggeber die ihn treffenden Pflichten lediglich an den Hauptauftragnehmer weiterreicht und den Hauptauftragnehmer zu nicht mehr verpflichtet als auch der Auftraggeber zu beachten hätte, entfällt damit nicht die mittelstandsbevorzugende Wirkung.³⁷ Denn die Regelung gibt den möglichen Vertragspartner oder bei der Nachunternehmensuche zugunsten eines bestimmten Unternehmerkreises zu ergreifende Maßnahmen vor.³⁸ Bei den in den vorhergehenden Paragraphen neun bis achtzehn dargestellten Möglichkeiten wird „der Wettbewerb um das beste Angebot des besten Bieters“ auf der „ersten Stufe [...] [lediglich] um das politische Ziel der Mittelstandsförderung angereichert“³⁹. Die hier vorgeschlagene Regelung greift allerdings in die Vertragsprivatautonomie des Hauptauftragnehmers zugunsten eines bestimmten Adressatenkreises ein. Der Hauptauftragnehmer kann das weitere Auswahlverfahren nicht mehr frei gestalten.⁴⁰ Das Privatrecht legt grundsätzlich nur Vorgaben hinsichtlich der Form und des Inhalts von Verträgen fest, nicht aber wer potenzieller Vertragspartner sein oder wie dieser ausgewählt werden soll.⁴¹ Es geht somit nicht mehr „nur“ um die Herstellung von Startchancengleichheit in Bezug auf den vom Staat eröffneten Sondermarkt, sondern darum, den in einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren auszuwählenden Hauptauftragnehmer während dieses Verfahrens und darüber hinaus mit einer zusätzlichen, einen bestimmten Unternehmerkreis im Blick habenden Pflicht zu „belasten“. Es soll also auf der zweiten Stufe – Auswahl des Nachunternehmers – eine Ergebnisgleichheit hergestellt werden.⁴² Zwar könnte man davon ausgehen, dass der Vorbehalt der vertragsgemäßen Ausführung der Leistung die mittelstandsbevorzugende Wirkung entfallen lässt. Jedoch sind hierbei zwei Dinge zu unterscheiden: Zum einen der Tatbestand einer mittelstandsbevorzugenden Maßnahme, zum anderen mögliche Rechtfertigungsgründe und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte. Infolgedessen spielen die Vorbehalte auf der Rechtfertigungs- und Verhältnismäßigkeitsebene eine Rolle mit der Konsequenz, dass die Mittelstandsbevorzugung gegebenenfalls gerechtfertigt sein kann. Der Vorbehalt lässt aber nicht die mittelstandsbevorzugende Wirkung als solche entfallen. Eine Besonderheit stellt die Verpflichtung, den Nachunternehmern keine ungünstigeren Bedingungen aufzuerlegen, als zwischen dem Hauptauftragnehmer und dem öffent-

³⁵ Dies gilt sowohl für die hier vorgeschlagene Regelung als auch für § 97 Abs. 4 S. 4 GWB.

³⁶ So die Begründung von *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 140.

³⁷ So auch in Bezug auf § 10 Nr. 2 VOL/A a.F. (2006) ebenso *Burgi*, NZBau 2006, 693 (695).

³⁸ *Burgi*, NZBau 2006, 693 (695) in Bezug auf § 10 Nr. 2 VOL/A a.F. (2006). A.A. in Bezug auf die Weitergabe der Verpflichtung an Generalunternehmer und -übernehmer *Michallik*, VergabeR 2011, 683 (689), wonach dies zum „mittelstandsfördernden Instrument zur Verbesserung der *Chancengleichheit*“ wird (kursiv nicht im Original).

³⁹ *Burgi*, NZBau 2010, 593 (597).

⁴⁰ So *Burgi*, NZBau 2010, 593 (597); *Roth*, VergabeR 2009, 404 (406 f.) in Bezug auf § 97 Abs. 3 S. 4 GWB.

⁴¹ *Burgi*, NZBau 2010, 593 (597).

⁴² *Burgi*, NZBau 2006, 693 (695).

lichen Auftraggeber vereinbart. Hierbei handelt es sich nicht um eine mittelstandsspezifische Maßnahme, da sie zugunsten aller Unternehmensformen wirkt.

IV. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Soll der Hauptauftragnehmer bei der Einholung von Angeboten für Unteraufträge regelmäßig auch Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft angemessen beteiligen bzw. mittelständische Interessen angemessen berücksichtigen, tangiert dies in der Tat die Vertragsautonomie des Hauptauftragnehmers.⁴³ Fraglich ist daher, ob dies mit höherrangigem Recht vereinbar ist.

1. Europarecht

Mit den europarechtlichen Regelungen ist die Weitergabe mittelstandsbevorzugender Verpflichtungen vereinbar.⁴⁴ Erwägungsgrund 78 der Richtlinie 2014/24/EU legt nahe, dass um den Zugang von kleinen und mittleren Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen zu fördern, Bestimmungen über Unteraufträge vorgesehen werden sollten. Damit könnte zwar lediglich gemeint sein, dass Vorschriften über die Untervergabe als solcher eingeführt werden können, nicht aber, wer als Unterauftragnehmer in Betracht kommt, sodass die Erwägungsgründe nicht das hier in den Fokus gerückte Auswahlverfahren des Hauptauftragnehmers umfassen.⁴⁵ Demgegenüber gehen § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB und die vorgeschlagene Regelung trotz ihrer Mittelstandsbevorzugung hierüber nicht hinaus.⁴⁶ Denn die Richtlinien statuieren kein Verbot, bestimmte Verpflichtungen im Verhältnis Hauptauftragnehmer und Nachunternehmer festzulegen.⁴⁷ Dass dies unter Umständen möglich ist, zeigt z.B. Art. 4 Abs. 7 Satz 4 VO 1370/2007, wonach bei einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag die für die Vergabe von Unteraufträgen geltenden Bedingungen festgelegt werden. Ebenso heißt es in Art. 71 Abs. 1 RL 2014/24/EU, dass die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen dafür treffen sollen, dass auch die Unterauftragnehmer die aus Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU folgenden Verpflichtungen einhalten. Folglich widerspricht es den Richtlinien nicht per se, wenn ein bestimmter Kreis möglicher Nachunternehmer bzw. bei der Auswahl der Nachunternehmer zu beachtende Maßstäbe festgelegt werden.

Inhaltlich sieht die vorgeschlagene Regelung⁴⁸ lediglich eine Beteiligungspflicht vor, die sich nicht zur Pflicht, mittelständische Unternehmen tatsächlich als Nachunternehmer einsetzen zu müssen, verdichtet. Dem Hauptauftragnehmer steht es weiterhin frei, auch andere Unternehmen zur Angebotsabgabe für die infrage stehende Nachunternehmerleistung aufzufordern. Dies gilt auch für die in einigen landesrechtlichen Vorschriften zu findende Verpflichtung der bevorzugten Beteiligung mittelständischer Unternehmen.⁴⁹ Hieraus folgt nicht, dass der Hauptauftragnehmer bevorzugt mittelständische Unternehmen als Nachunternehmer einsetzen muss, sondern dass er sie bevorzugt bei der Auswahl der Nachunternehmer betei-

⁴³ *Burgi*, NZBau 2010, 593 (597); *Roth*, VergabeR 2009, 404 (406 f). Dies gilt auch für § 97 Abs. 4 S. 4 GWB.

⁴⁴ Vgl. u.a. auch *Burgi*, NZBau 2010, 593 (593 ff.); *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 342, 354.

⁴⁵ *Burgi*, NZBau 2010, 593 (598).

⁴⁶ Dies gilt auch für die landesrechtlichen Regelungen, sofern sie anwendbar sind.

⁴⁷ *Burgi*, NZBau 2010, 593 (598).

⁴⁸ Dies gilt auch in Bezug auf § 97 Abs. 4 S. 4 GWB sowie die landesrechtlichen Regelungen.

⁴⁹ § 22 Abs. 4 Nr. 1 MFG BW; § 5 Abs. 5 S. 1 MFG Bbg; § 5 Abs. 3 Nr. 1 VgG HH; § 14 Abs. 4 Nr. 1 MFG Nds; § 18 Abs. 1 Nr. 1 MFG Saar; § 6 Abs. 2 Nr. 1 SächsVgG; § 13 Abs. 4 Nr. 1 VgG LSA; § 12 Abs. 4 Nr. 1 VgG Thür.

ligt. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die mittelständischen Unternehmen die Möglichkeit haben, den Unterauftrag zu erhalten. Weil die Verpflichtung nicht zum Vertragsabschluss führt, sondern lediglich den Kreis möglicher Vertragspartner erweitert, beeinträchtigt sie den Hauptauftragnehmer nicht in seiner Entscheidungs- und Vertragspartnerwahlfreiheit. Es handelt sich zwar um eine mittelstandsbevorzugende, aber gerechtfertigte verfahrenstechnische Ausgestaltung, die nicht als Bevorzugungsregelung im Rahmen der Nachunternehmerauswahlentscheidung als solcher zu verstehen ist.⁵⁰ Alle diese Verpflichtungen stehen unter dem Vorbehalt der Angemessenheit und der ordnungsgemäßen Vertragsausführung, die dem Hauptauftragnehmer noch einen Entscheidungsspielraum überlassen. Überdies gilt die Weitergabe mittelstandsbevorzugender Verpflichtungen für alle Hauptauftragnehmer unabhängig ihrer Herkunft. Des Weiteren erhalten die Nachunternehmer keine marktunübliche Gegenleistung, sodass die Weitergabe mittelstandsbevorzugender Verpflichtung auch beihilferechtlich zulässig ist.⁵¹

2. Gleichheitsgrundsatz

Bezüglich der Verpflichtung, keine ungünstigeren Vertragsbedingungen an den Nachunternehmer weiterzugeben, als zwischen dem Hauptauftragnehmer und dem Auftraggeber vereinbart, liegt kein Verstoß gegen den unions- und grundrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz vor, da die Anordnung für alle Hauptauftragnehmer, unabhängig ihrer Herkunft, und zugunsten aller Nachunternehmer, unabhängig ihrer Unternehmensform und Herkunft, gilt.⁵² Aus dem Blickwinkel des unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes bestehen auch für die übrigen vom Auftraggeber an den Hauptauftragnehmer weitzureichenden mittelstandsbevorzugenden Verpflichtungen keine Bedenken, weil sie ebenso für alle Hauptauftragnehmer und zugunsten aller mittelständischer Unternehmen, unabhängig ihrer Herkunft, gelten und wirken.

Anders könnte dies in Bezug auf den verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz sein. Zwar wird die Gruppe der Hauptauftragnehmer nicht ungleich behandelt. Allerdings sollen sie aber zugunsten einer bestimmten Unternehmergruppe wirkende Maßnahmen ergreifen. Zwischen den in Betracht kommenden Nachunternehmern liegt demgemäß eine Ungleichbehandlung vor. Die Mittelstandszugehörigkeit ist grundsätzlich ein zulässiges Differenzierungskriterium. Ob es in gerechtfertigter Weise herangezogen wird, hängt davon ab, ob es sich um eine sachverhaltsbezogene oder personenbezogene Differenzierung handelt sowie welche Auswirkungen sie im Einzelfall haben kann.⁵³ Die Verpflichtung mittelständische Unternehmen in angemessenem Umfang zu beteiligen, führt nicht zum Ausschluss anderer Unternehmen. Sie eröffnet die Möglichkeit der Teilnahme am Unterauftrag. Vor dem Hintergrund, dass der Hauptauftragnehmer nicht verpflichtet ist, mittelständische Unternehmen tatsächlich als Nachunternehmer einzusetzen, sondern sie lediglich in seine Auswahlentscheidung einbeziehen soll, ist die Ungleichbehandlung gerechtfertigt.

⁵⁰ *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 375; *Burgi*, NZBau 2006, 693 (695) kommt zwar ebenso zu diesem Ergebnis. Bemüht dafür aber eine m.E. nicht notwendige verfassungskonforme Auslegung.

⁵¹ So auch *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 354.

⁵² *Ziekow*, ÖPP, in: *Küpper/Semper* (Hrsg.), PPP, S. 129 (212).

⁵³ Vgl. Kap. 2 § 8 III. 1. e. bb.

3. Verfassungsrecht

Die mittelstandsbevorzugende Weitergabe der Verpflichtungen an den Hauptauftragnehmer stellt keinen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG dar. Zu der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Entscheidungs- und Vertragsgestaltungsfreiheit gehört einerseits die Freiheit, bestimmen zu können, ob und an wen ein Unterauftrag vergeben wird, sodass diese Freiheit zugunsten des Mittelstandsschutzes gesteuert wird. Andererseits sind die Bieter – mit Ausnahme der rheinland-pfälzischen Regelung – nur für den Fall der Weitervergabe an Dritte zur Einhaltung verpflichtet. Die Weitervergabe der Leistung als solche steht weiterhin im Belieben des Hauptauftragnehmers, wodurch es an der Eingriffsqualität fehlt.⁵⁴ Daneben sind mittelständische Unternehmen lediglich in angemessenem Umfang zu beteiligen. Die konkrete Auswahl steht unter dem Vorbehalt der ordnungsgemäßen Vertragsausführung. Dem Hauptauftragnehmer verbleibt ein Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum; er hat weiterhin die freie Wahl des Vertragspartners.⁵⁵ Er ist nicht gezwungen, mit Nachunternehmern zusammenarbeiten zu müssen, die er nicht kennt oder bei denen keine Gewähr dafür besteht, dass sie die Leistung ordnungsgemäß erbringen. Selbst wenn darin ein Eingriff liegen sollte, wäre dieser gerechtfertigt. Unter Heranziehung der Dreistufenlehre handelt es sich hierbei um eine Berufsausübungsregelung, die durch vernünftige Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt ist. Denn der Schutz des Mittelstandes und dessen Teilhabe am Vergabeverfahren ist ein legitimes Ziel. Aufgrund der bestehenden Vorbehalte belastet eine solche Verpflichtung die Hauptauftragnehmer nicht über Gebühr und ist damit erforderlich und angemessen.⁵⁶ Dies gilt auch für § 7 Abs. 2 Satz 4 MFG Rheinland-Pfalz.⁵⁷

Bezüglich der Verpflichtung keine ungünstigeren Vertragsbedingungen zu vereinbaren, liegt zwar ein Eingriff in die Vertragsgestaltungsfreiheit des Hauptauftragnehmers vor.⁵⁸ Der Eingriff ist aber gerechtfertigt. Ziel dessen kann mitunter der Schutz des Mittelstandes sein, vor allem aber geht es um das Interesse des Auftraggebers und der Allgemeinheit, die eingesetzten Nachunternehmer, die mittelbar öffentliche Aufgaben erfüllen, nicht zu unververtretbaren, ungünstigen Bedingungen und Konditionen in die Auftragserfüllung einzubinden. Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ist es den Hauptauftragnehmern zumutbar, die gleichen Vertragsbedingungen, zu denen sie tätig werden, an die Nachunternehmer weiterzureichen.⁵⁹

4. Kartell- und Wettbewerbsrecht

Teilweise werden auch kartell- und wettbewerbsrechtliche Zweifel laut, da mittels vertraglicher Verpflichtungen die zuvor bestehende völlige Entscheidungs- und Handlungsfreiheit der Privaten zugunsten des Mittelstandsschutzes gesteuert wird.⁶⁰ Jedoch steht die Einschaltung von Nachunternehmern im Ermessen des Hauptauftragnehmers. Es könnte erwo-

⁵⁴ So auch *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 380.

⁵⁵ So auch *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 380 m.w.N. A.A. in Bezug auf § 7 Abs. 2 S. 4 MFG RhP *Ziekow*, ÖPP, in: *Küpper/Semper* (Hrsg.), PPP, S. 129 (213).

⁵⁶ So auch *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 383.

⁵⁷ So auch *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 383.

⁵⁸ *Ziekow*, ÖPP, in: *Küpper/Semper* (Hrsg.), PPP, S. 129 (212) m.w.N.

⁵⁹ *Ziekow*, ÖPP, in: *Küpper/Semper* (Hrsg.), PPP, S. 129 (212 f.).

⁶⁰ *Kus*, in: *Kulartz/ders. u.a.* (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 162; *ders.*, in: *Kulartz/Marx u.a.* (Hrsg.), VOL/A, § 11 EG VOL/A Rn. 32.

gen werden, dass einem inländischen Hauptauftragnehmer hauptsächlich inländische mittelständische Unternehmen bekannt sind, welche er zur Angebotsabgabe auffordert. Indes gilt dies im Falle der Zuschlagserteilung an ein ausländisches Unternehmen gleichfalls. Zudem ist ein solches Vorgehen nicht präjudiziert.⁶¹

Dementgegen können die Hauptauftragnehmer die Verträge mit den Nachunternehmern nicht mehr nach ihrem freien Belieben gestalten, wenn sie verpflichtet sind, keine ungünstigeren Vertragsbedingungen mit den Nachunternehmern zu vereinbaren, als zwischen ihnen und dem Auftraggeber. Dies ist aber gerechtfertigt, da die Verpflichtung dem Allgemeininteresse dient, indem die Subunternehmer nicht zu ungünstigen Bedingungen arbeiten sollen.⁶² Demgemäß handelt es sich nicht um eine unzulässige Geschäftsbedingung i.S.d. Art. 102 Abs. 2 lit a) AEUV und § 19 Abs. 1 Nr. 2 GWB.⁶³

V. Vergaberechtliches Normengefüge

Hinsichtlich der Einordnung der weiterzureichenden Verpflichtungen in das vergaberechtliche Normengefüge ist zwischen den den Hauptauftragnehmer nach Zuschlagserteilung und den ihn während des laufenden Vergabeverfahrens treffenden Verpflichtungen zu differenzieren.

1. Verpflichtungen nach Zuschlagserteilung

Gem. § 128 Abs. 2 GWB⁶⁴ kann der Auftraggeber für die Auftragsdurchführung zusätzliche Anforderungen an den Auftragnehmer stellen.⁶⁵ Fraglich ist, ob es sich bei der Verpflichtung, im Fall der Weitergabe von Leistungen an Dritte, mittelständische Interessen zu berücksichtigen, tatsächlich um Ausführungsbedingungen handelt und nicht vielmehr um zusätzliche vom Hauptauftragnehmer zu ergreifende Maßnahmen.⁶⁶ Gegen die Einordnung als zusätzliche Maßnahme spricht, dass die vorgeschlagene Regelung⁶⁷ und, mit Ausnahme der rheinland-pfälzischen Regelung, auch die landesrechtlichen Vorschriften eine Verpflichtung, Unteraufträge an Dritte zu vergeben oder zur Auswahl des Nachunternehmers ein weiteres Vergabeverfahren durchzuführen, nicht festlegen. Erfüllt der Hauptauftragnehmer seine Pflicht aus dem öffentlichen Auftrag indem er Teilleistungen durch Dritte erbringen lässt, vergibt er damit keinen Auftrag i.S.d. Vergaberechts.⁶⁸ Die an den Hauptauftragnehmer weitergereichten Verpflichtungen gelten nur für den Fall, dass er sich seinerseits entschließt, Leistungen an Nachunternehmer weiterzugeben. Demzufolge stellen die an den Hauptauftragnehmer weitergereichten Verpflichtungen, welche er nach Zuschlagserteilung beachten

⁶¹ So auch *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 340.

⁶² *Ziekow*, ÖPP, in: *Küpper/Semper* (Hrsg.), PPP, S. 129 (212 f.).

⁶³ Siehe dazu auch *Willems*, Mittelstandsförderung, S. 360 f. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist ebenfalls nicht verletzt. Zum einen kann an der marktbeherrschenden Stellung des Auftraggebers gezweifelt werden, sofern er nicht über eine Monopolstellung verfügt. Zum anderen wäre aber ein sachlicher Grund – der Ausgleich größenbedingter Nachteile mittelständischer Unternehmen – gegeben.

⁶⁴ Bzw. § 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F.

⁶⁵ Ebenso *Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 142, wonach es sich hierbei um eine Regelung i.S.d. § 97 Abs. 4 S. 2 GWB handelt. A.A. *Burgi*, NZBau 2010, 593 (598 m. Fn. 61); *ders.*, NZBau 2006, 693 (695), der auf § 97 Abs. 4 S. 3 GWB mit dem Erfordernis einer gesetzlichen Regelung abstellt, wobei die landesrechtlichen Regelungen und § 97 Abs. 3 S. 4 GWB allerdings ausreichend seien.

⁶⁶ So *Burgi*, NZBau 2010, 593 (598 m. Fn. 61), der aus diesem Grund die Heranziehung des § 97 Abs. 4 S. 2 GWB ablehnt.

⁶⁷ Kap. 3 § 19 II. 3. Gleiches gilt wiederum für § 97 Abs. 4 S. 4 GWB.

⁶⁸ *Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), GWB, § 97 GWB Rn. 140, § 99 GWB Rn. 56.

muss, zusätzliche Anforderungen für die Auftragsdurchführung i.S.d. § 128 Abs. 2 GWB dar. Ein Zusammenhang mit dem konkreten Auftragsgegenstand ist gegeben, da es hierbei um die die Teilleistung konkret ausführende Person geht.⁶⁹ Die an den Hauptauftragnehmer weitergereichten mittelstandsbevorzugenden Verpflichtungen finden als vergabefremder Aspekt gem. §§ 97 Abs. 2, 128 Abs. 2 i.V.m. § 97 Abs. 4 GWB Eingang ins Vergabeverfahren.

2. Verpflichtungen vor Zuschlagserteilung

Treffen den Bieter während des laufenden Vergabeverfahrens für den Fall der Weitergabe von Leistungen an Dritte mittelstandsbevorzugende Verpflichtungen ist fraglich, wie sich diese in das vergaberechtliche Normengefüge einfügen und vor allem inwiefern derartige Verpflichtungen überprüft werden können. Da die Bieter die Verpflichtung bereits während des Vergabeverfahrens beachten müssen, kann nicht auf § 128 Abs. 2 GWB zurückgegriffen werden. Unabhängig davon, wie eine solche Verpflichtung ins Vergabeverfahren eingeführt werden könnte⁷⁰, ist unklar, auf welcher Stufe des Vergabeverfahrens die Einhaltung der Verpflichtung überprüft werden kann und welche Folgen im Falle des Verstoßes drohen. In Betracht könnte kommen, sie als obligatorischen oder fakultativen Ausschlussgrund auszugestalten, mit der Konsequenz, dass der Bieter im Fall der Untervergabe während des Vergabeverfahrens nachweisen muss, dass er seiner Pflicht zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der Nachunternehmensuche, nachgekommen ist. Dem steht entgegen, dass die Ausschlussgründe in den Richtlinien abschließend genannt sind, weswegen weitergehende als die dort genannten Gründe im derzeitigen Regelungssystem nicht eingeführt werden können.

Des Weiteren könnte die Befolgung der Verpflichtung im Rahmen des Zuschlags berücksichtigt werden, indem die Bieter versichern, den Verpflichtungen nachgekommen zu sein. Demgegenüber wäre eine solche Versicherung aber nur ein reines Lippenbekenntnis und die Einhaltung nicht überprüfbar. Eine Bevorzugung der Bieter, die mittelständische Unternehmen als Nachunternehmer einsetzen, würde über die Hintertür der Zuschlagserteilung eine Pflicht, nur mittelständische Unternehmen als Nachunternehmer einzusetzen, begründen und ist unzulässig.

Somit wäre eine solche hier vorgeschlagene Regelung zwar wünschenswert. Sie ist in der derzeitigen Praxis und dem derzeitigen Regelungsrahmen allerdings nicht umsetzbar. Aufgrund dessen ist es nicht möglich, die Bieter während des laufenden Vergabeverfahrens zu verpflichten, bei der Auswahl der Nachunternehmer mittelständische Interessen zu berücksichtigen, weshalb es bei der Formulierung des § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB und den landesrechtlichen Vorschriften bleiben muss.

VI. Zusammenfassung

Die Verpflichtung des § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB bezieht sich auf alle Auftragsvergaben und nicht nur auf die Vergabe von ÖPP-Projekten. Im Hinblick auf die vom Auftraggeber an den

⁶⁹ A.A. *Burgi*, NZBau 2010, 593 (598) m. Fn. 61.

⁷⁰ Bezüglich der bis zum 17.4.2016 geltenden Rechtslage hätte § 97 Abs. 4 S. 3 GWB a.F. herangezogen werden können (vgl. dazu nur *Burgi*, NZBau 2010, 593 [598]), sodass die hier vorgeschlagene Vorschrift bzw. § 97 Abs. 4 S. 4 GWB sowie die entsprechenden landesrechtlichen Normen eine Regelung i.S.d. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB a.F. hätten sein könnten.

Hauptauftragnehmer weiterreichenden mittelstandsspezifischen Verpflichtungen hat § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB keinen abschließenden Charakter und erstreckt sich nicht nur auf die Losaufteilungspflicht, sondern auf § 97 Abs. 4 Satz 1 bis 3 GWB insgesamt, wodurch eine Pflicht zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen als solcher besteht. Dies kann beinhalten, den Hauptauftragnehmer zu verpflichten, mittelständische Unternehmen in angemessenem Umfang oder bevorzugt bei der Untervergabe zu beteiligen sowie – unternehmensformunabhängig – bei der Weitergabe von Leistungen an Nachunternehmer, den Nachunternehmern keine ungünstigeren Bedingungen aufzuerlegen, als zwischen dem Auftragnehmer und dem öffentlichen Auftraggeber vereinbart sind. Eine Pflicht zur Untervergabe als solcher oder, für die Auswahl der Person des Nachunternehmers ein weiteres Vergabeverfahren durchführen zu müssen, folgt aus § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB hingegen nicht. Trotz der weiten Einsatzmöglichkeiten beschränkt sich der Anwendungsbereich des § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB in der Praxis nur auf Untervergaben im Rahmen von ÖPP-Projekten. Bezüglich der übrigen Vergaben geht er, mit Ausnahme der Verpflichtung, zwischen dem Auftragnehmer und dem Nachunternehmer keine ungünstigeren Vertragsbedingungen zu vereinbaren, als zwischen dem Hauptauftragnehmer und dem Auftraggeber, ins Leere. Da es sich um vertraglich weitergereichte Verpflichtungen handelt, muss der Hauptauftragnehmer sie erst mit Vertragsschluss, d.h. mit Zuschlagserteilung beachten. Zu diesem Zeitpunkt stehen die Nachunternehmer bereits fest, sodass auf die Auswahl des Nachunternehmers kein Einfluss mehr genommen werden kann.

Angesichts des geringen Anwendungsbereichs des § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB wäre eine Regelung empfehlenswert, wonach in den Vergabeunterlagen unter anderem festzuhalten ist, dass die Bieter für den Fall der Weitergabe von Leistungsteilen oder der Leistung mittelständische Interessen angemessen berücksichtigen und mittelständische Unternehmen in angemessenem Umfang beteiligen sollen, soweit die vertragsgemäße Ausführung dem nicht entgegensteht. Eine solche Regelung würde alle Auftragsformen, bei denen Nachunternehmer eingesetzt werden, umfassen und bezieht sich auf die Zeiträume vor und nach Zuschlagserteilung. Weil die Regelung bei der Nachunternehmersuche zugunsten eines bestimmten Unternehmerkreises zu ergreifende Maßnahmen vorschreibt, handelt es sich um ein mittelstandsbevorzugendes Instrument. Es ist mit höherrangigem Recht vereinbar, da die Vorschriften nur eine Beteiligungspflicht, nicht aber die Verpflichtung, den Unterauftrag tatsächlich an ein mittelständisches Unternehmen vergeben zu müssen, beinhalten und unter dem Vorbehalt der vertragsgemäßen Auftragsausführung stehen. Auf der einen Seite ist eine Regelung, die die Bieter verpflichtet, bereits während des laufenden Vergabeverfahrens mittelstandsbevorzugende Maßnahmen bei der Nachunternehmersuche zu ergreifen, wünschenswert. Auf der anderen Seite ist eine Verankerung einer solchen Verpflichtung im derzeitigen vergaberechtlichen Regelungsgefüge nicht durchführbar, weil die Einhaltung der Verpflichtung nicht überprüft werden kann. Eine Ausgestaltung der Pflicht als obligatorischer oder fakultativer Ausschlussgrund scheidet aus, da die Richtlinien die Ausschlussgründe abschließend regeln. Eine Berücksichtigung bei der Zuschlagsentscheidung ist ebenfalls nicht möglich. Denn die Versicherung der Bieter, der Verpflichtung nachgekommen zu sein, ist nur ein reines Lippenbekenntnis. Eine Bevorzugung der Bieter, die mittelständische Unternehmen als Nachunternehmer eingesetzt haben, ist unzulässig. Daher ist es nicht umsetzbar, die Bieter während des laufenden Vergabeverfahrens zu verpflichten, bei der Aus-

§ 19 Weitergabe der Verpflichtung zur mittelstandsgerechten Auftragsvergabe

– § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB

wahl der Nachunternehmer mittelständische Interessen zu berücksichtigen. Dies ist nur für den Zeitraum nach Zuschlagserteilung denkbar, sodass es bei § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB sowie den entsprechenden landesrechtlichen Regelungen bleiben muss. Bei den nach Zuschlagserteilung geltenden, an den Hauptauftragnehmer weitergereichten Verpflichtungen zugunsten mittelständischer Unternehmen handelt es sich um mit höherrangigem Recht vereinbare mittelstandsbevorzugende Maßnahmen. Sie stellen einen vergabefremden Aspekt dar, der als zusätzliche Bedingung für die Auftragsdurchführung gem. §§ 97 Abs. 2, 128 Abs. 2 i.V.m. § 97 Abs. 4 GWB Eingang ins Vergabeverfahren findet.

§ 20 Die Stellung des Nachunternehmers bei der Insolvenz des Hauptauftragnehmers

Wie und ob dritte Unternehmen in das Vergabeverfahren einbezogen werden können, ohne Teilnehmer des Vergabeverfahrens zu werden, wurde in § 14 behandelt. Bei der konkreten Auftragsausführung kann der Hauptauftragnehmer Leistungsteile oder die gesamte Leistung des Auftrages durch Subunternehmer erbringen lassen. Für den Fall des Einsatzes von Nachunternehmern im Bereich der Bauvergaben sehen die derzeitigen nationalen Regelungen in § 16 Abs. 6 VOB/B vor, dass der Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen zu Direktzahlungen an den Nachunternehmer berechtigt ist.¹ Dieses „Baugeld“ stellt für die Auftraggeber und Nachunternehmer eine Möglichkeit dar, die Erfüllung der Vertragspflichten sicherzustellen und den Fortgang des Bauvorhabens auch dann zu ermöglichen, wenn der Hauptauftragnehmer in Zahlungsverzug ist. Da der Auftraggeber in keiner direkten Vertragsbeziehung zum Nachunternehmer steht, hat er ein berechtigtes Interesse daran, Störungen zwischen der Vertragsbeziehung des Hauptauftragnehmers und den Nachunternehmern die auf dem Zahlungsverzug des Hauptauftragnehmers beruhen, zu beseitigen, weil sich die Störung auf den Vertragsablauf des zwischen ihm und dem Hauptauftragnehmer geschlossenen Vertrages auswirken kann.² Gerade bei Großbaustellen, bei denen (Nach-)Unternehmen verschiedener Gewerke zusammenarbeiten und die Fortsetzung der Arbeiten durch den einen von der Fertigstellung der Arbeit durch den anderen abhängt, ist das Baugeld eine Option die Arbeiten voranzutreiben.³ So wünschenswert diese Regelung ist, so problematisch ist sie aus insolvenzrechtlicher Sicht, wenn der Hauptauftragnehmer insolvent wird. Dies ist nicht selten der Fall, da erst der Zahlungsverzug die Direktzahlung des Auftraggebers ermöglicht. Die Vorschrift birgt nicht nur Risiken für den Auftraggeber⁴ und den Hauptauftragnehmer⁵ in sich. Für den Nachunternehmer kann die Zahlung ebenfalls mit unerwünschten Folgen verbunden sein und eine „Anfechtungsfalle“⁶ darstellen.

¹ § 19 Abs. 5, 6 VgG Hess; § 18 Abs. 2 und 3 MFG Saar enthalten vergleichbare Vorschriften.

² Gartz, BauR 2012, 571 (572) m.w.N.; Messerschmidt, in: Kapellmann/ders. (Hrsg.), VOB, § 16 VOB/B Rn. 338.

³ Heiermann/Mansfeld, in: ders./Riedl u.a. (Hrsg.), VOB, § 16 VOB/B Rn. 157.

⁴ Siehe zur Möglichkeit der Vorsatzanfechtung nur Huber, Insolvenz in: Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Baurecht, I. Teil Kap. R, Rn. 110a, mit einer Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung, nach der der Auftraggeber auch als Mittelsperson Anfechtungsgegner sein kann. Zudem haftet der Auftraggeber neben dem Nachunternehmer als Gesamtschuldner, Gartz, BauR 2012, 571 (572 ff.) m.w.N.; Huber, NZBau 2008, 737 ff.; Kandel, in: Preussner/ders. u.a. (Hrsg.), BeckOK VOB/B, 2016, § 16 Abs. 6 VOB/B Rn. 10a. BGH, U.v. 29.11.2007 - IX ZR 121/06 (zitiert nach Juris). Der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt betraf einen Anweisungsfall. Siehe kritisch dazu, ob die Entscheidung des BGH auf VOB/B Verträge übertragen werden kann nur Gartz, a.a.O. S. 574 ff.

⁵ Siehe zur AGB-rechtlichen Unwirksamkeit des § 16 Abs. 6 VOB/B bei isolierter Betrachtung nur Gartz, BauR 2012, 571 (572) m.w.N.; Heiermann/Mansfeld, in: ders./Riedl u.a. (Hrsg.), VOB, § 16 VOB/B Rn. 163. A.A. Messerschmidt, in: Kapellmann/ders. (Hrsg.), VOB, § 16 VOB/B Rn. 359 m.w.N.; Kandel, in: Ganten/Jansen u.a. (Hrsg.), VOB/B, § 16 Abs. 6 VOB/B Rn. 1, 6; ders., in: Preussner/ders. u.a. (Hrsg.), BeckOK VOB/B, 2016, § 16 Abs. 6 VOB/B Rn. 2, es sei denn der Auftragnehmer ist ein Verbraucher.

⁶ Huber, Insolvenz, in: Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Baurecht, I. Teil Kap. R, Rn. 113, 116; ders., EWIR 2009, 151 (152).

I. Voraussetzungen der Direktzahlung

Voraussetzung der Direktzahlung gem. § 16 Abs. 6 VOB/B ist, dass der Nachunternehmer einen fälligen Zahlungsanspruch gegen den Hauptauftragnehmer hat und wegen des Zahlungsverzugs des Hauptauftragnehmers berechtigt ist, die Erbringung weiterer Leistungen zu verweigern und von diesem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch macht. Um das Vorliegen der Voraussetzungen prüfen zu können, ist der Auftraggeber berechtigt (nicht aber verpflichtet⁷), den Hauptauftragnehmer aufzufordern, innerhalb einer vom Auftraggeber gesetzten Frist zu erklären, ob und inwieweit er die Forderung des Nachunternehmers anerkennt.⁸ Äußert sich der Hauptauftragnehmer innerhalb der Frist nicht, so gilt die vom Nachunternehmer geltend gemachte Forderung als anerkannt und der Zahlungsverzug des Hauptauftragnehmers als bestätigt. Der Auftraggeber kann schuldbefreiend an den Nachunternehmer zahlen. § 16 Abs. 6 VOB/B stellt somit die „vorweggenommene Ermächtigung [i.S.d. § 185 BGB] zur Leistung an einen Dritten dar“⁹. Mit der Zahlung an den Nachunternehmer erfüllt der Auftraggeber seine eigene gegenüber dem Hauptauftragnehmer obliegende Zahlungsverbindlichkeit gem. §§ 362 Abs. 2, 185 BGB, sodass der Anspruch des Hauptauftragnehmers gegen den Auftraggeber erlischt; gleiches gilt für den Werklohnanspruch des Nachunternehmers gegen den Hauptauftragnehmer.¹⁰ § 16 Abs. 6 VOB/B vermittelt dem Nachunternehmer jedoch keinen Anspruch gegen den Auftraggeber auf Zahlung; vielmehr hat der Auftraggeber lediglich die Wahl, an den Nachunternehmer zu zahlen.¹¹

II. Insolvenzanfechtung

Problembehaftet ist die Vorgehensweise, wenn der Hauptauftragnehmer insolvent wird. Gemäß § 129 InsO kann der Insolvenzverwalter Rechtshandlungen und damit auch die Direktzahlung anfechten, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind und die Insolvenzgläubiger benachteiligen. Sofern die einzelnen Anfechtungstatbestän-

⁷ *Kandel*, in: Ganten/Jansen u.a. (Hrsg.), VOB/B, § 16 Abs. 6 VOB/B Rn. 27; *Messerschmidt*, in: Kapellmann/ders. (Hrsg.), VOB, § 16 VOB/B Rn. 349. Macht der Auftraggeber von seinem Erkundungsrecht keinen Gebrauch, ist eine dennoch erfolgte Zahlung nicht schuldbefreiend; *Voit*, in: Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Baurecht, III. Teil, § 16 VOB/B Rn. 42.

⁸ Siehe zu Sinn und Zweck des Auskunftsverlangens bzw. der Erklärungspflicht des Hauptauftragnehmers *Heiermann/Mansfeld*, in: ders./Riedl u.a. (Hrsg.), VOB, § 16 VOB/B Rn. 164. Siehe zu den einzelnen Voraussetzungen des § 16 Abs. 6 VOB/B u.a. ebenda; *Kandel*, in: Preussner/ders. u.a. (Hrsg.), BeckOK VOB/B, 2016, § 16 Abs. 6 VOB/B Rn. 13 ff.; *ders.*, in: Ganten/Jansen u.a. (Hrsg.), VOB/B, § 16 Abs. 6 VOB/B Rn. 18 ff.; *Messerschmidt*, in: Kapellmann/ders. (Hrsg.), VOB, § 16 VOB/B Rn. 342 ff. m.w.N.

⁹ *Gartz*, BauR 2012, 571 (572). Ebenso *Heiermann/Mansfeld*, in: ders./Riedl u.a. (Hrsg.), VOB, § 16 VOB/B Rn. 165; *Kandel*, in: Preussner/ders. u.a. (Hrsg.), BeckOK VOB/B, 2016, § 16 Abs. 6 VOB/B Rn. 1; *ders.*, in: Ganten/Jansen u.a. (Hrsg.), VOB/B, § 16 Abs. 6 VOB/B Rn. 5.

¹⁰ *Kandel*, in: Preussner/ders. u.a. (Hrsg.), BeckOK VOB/B, 2016, § 16 Abs. 6 VOB/B Rn. 22; *ders.* in: Ganten/Jansen u.a. (Hrsg.), VOB/B, § 16 Abs. 6 VOB/B Rn. 4 f., 10 ff., 15a m.w.N.; *Messerschmidt*, in: Kapellmann/ders. (Hrsg.), VOB, § 16 VOB/B Rn. 337 m.w.N. Für den Nachunternehmer stellt die Zahlung des Auftraggebers eine Leistung durch Dritte gem. § 267 Abs. 1 BGB dar, vgl. *Gartz*, BauR 2012, 571 (572) m.w.N.; *Huber*, NZBau 2008, 737 ff.

¹¹ BGH, U.v. 3.12.1998 - VII ZR 341/96 Rn. 10 (zitiert nach *Juris*). *Gartz*, BauR 2012, 571 (573) m.w.N.; *Huber*, Insolvenz, in: Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Baurecht, I. Teil Kap. R, Rn. 108; *Kandel*, in: Preussner/ders. u.a. (Hrsg.), BeckOK VOB/B, 2016, § 16 Abs. 6 VOB/B Rn. 1; *Messerschmidt*, in: Kapellmann/ders. (Hrsg.), VOB, § 16 VOB/B Rn. 339.

de nicht ausdrücklich eine Handlung des Insolvenzschuldners erfordern, ist unerheblich, wer die Handlung vorgenommen hat.¹²

1. Zahlung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. bei Verhängung eines allgemeinen Verfügungsverbot

Ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Hauptauftragnehmers oder bei Anordnung eines allgemeinen Verfügungsverbotes gem. § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO geht die Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse auf den Insolvenzverwalter über. Der Auftraggeber kann nicht mehr schuldbefreiend an den Nachunternehmer leisten, da § 16 Abs. 6 VOB/B seine Wirkung verliert. Eine in diesem Zeitraum erfolgte Zahlung bringt den Anspruch des Hauptauftragnehmers gegen den Auftraggeber nicht zum Erlöschen.¹³ Daher besteht gegenüber dem Nachunternehmer kein Anfechtungsrecht. Denn dieses setzt voraus, dass die übrigen Insolvenzgläubiger des Hauptauftragnehmers durch die Zahlung des Auftraggebers benachteiligt wurden, indem die Insolvenzmasse verkürzt wurde. Da die Zahlung nicht mit schuldbefreiender Wirkung erfolgt ist und der Insolvenzmasse somit nichts entzogen wurde, liegen diese Voraussetzungen nicht vor.¹⁴

2. Zahlung bei wirtschaftlicher Krise des Hauptauftragnehmers

Risikoreich für den Nachunternehmer ist es aber, wenn die Zahlung innerhalb der wirtschaftlichen Krise¹⁵, d.h. in den drei Monaten vor Stellung des Insolvenzantrages oder danach bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen wird. In diesem Zeitraum bleibt die Ermächtigung des § 16 Abs. 6 VOB/B bis zur Anordnung eines insolvenzrechtlichen allgemeinen Verfügungsverbotes wirksam. Der Bundesgerichtshof entschied, dass wenn der Auftraggeber unter Berufung auf § 16 Abs. 6 VOB/B mit befreiender Wirkung an den Nachunternehmer eine Zahlung innerhalb des Zeitraums von drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Hauptauftragnehmers vornimmt, die Zahlung nicht insolvenzfest und dem Anfechtungsrisiko gem. der §§ 130 ff. InsO ausgesetzt ist.¹⁶ Welche weiteren Voraussetzungen für eine wirksame Anfechtung vorliegen müssen, richtet sich danach, ob es sich bei der Direktzahlung des Auftraggebers um eine kongruente oder inkongruente Deckung handelt. Liegt eine kongruente Deckung vor, sind die Anfechtungsmöglichkeiten gem. § 130 InsO geringer als bei einer inkongruenten Deckung.

¹² Siehe hierzu auch *Lüke*, ZIP 2001, 1 (2) m.w.N.

¹³ BGH, U.v. 17.6.1999 - IX ZR 176/98 Rn. 8 ff. (zitiert nach *Juris*). *Huber*, Insolvenz, in: Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Baurecht, I. Teil Kap. R, Rn. 109; *Kandel*, in: Preussner/ders. u.a. (Hrsg.), BeckOK VOB/B, 2016, § 16 Abs. 6 VOB/B Rn. 7; *ders.*, in: Ganten/Jansen u.a. (Hrsg.), VOB/B, § 16 Abs. 6 VOB/B Rn. 11; *Lüke*, ZIP 2001, 1 (5 f.) m.w.N.; *Messerschmidt*, in: Kapellmann/ders. (Hrsg.), VOB, § 16 VOB/B Rn. 338, 356 m.w.N.; *Wellensiek*, DZWIR 2009, 126.

¹⁴ BGH, U.v. 17.6.1999 - IX ZR 176/98 Rn. 10 (zitiert nach *Juris*). *Wellensiek*, DZWIR 2009, 126.

¹⁵ Siehe zu diesem nicht-juristischen Begriff auch *Huber*, NZBau 2005, 256 (263); *Schmitz*, BauR 2005, 169 (169).

¹⁶ BGH, U.v. 16.10.2008 - IX ZR 2/05 Rn. 13; BGH, U.v. 10.5.2007 - IX ZR 146/05 Rn. 8 ff.; BGH, B.v. 6.6.2002 - IX ZR 425/99 Rn. 2; BGH, U.v. 16.9.1999 - IX ZR 204/99 Rn. 26; jewls. zitiert nach *Juris*. Mit dem zuerst genannten Urteil setzt der BGH seine bereits unter Geltung der KO bestehende Auffassung der Inkongruenz auch für die InsO fort.

a. Inkongruente Deckung

Die Direktzahlung stellt eine kongruente Deckung dar, wenn der Nachunternehmer die Sicherung oder Befriedigung in der Art und zu der Zeit beanspruchen konnte. Zahlt der Auftraggeber an den Nachunternehmer, erhält er grundsätzlich was ihm zusteht: die Befriedigung seiner fälligen Forderung. Bei Zugrundelegung dieses Grundsatzes läge eine kongruente Deckung vor, die unter dem strengeren Anfechtungsregime des § 130 InsO steht.

Inkongruent ist eine Deckung aber auch dann, wenn dem Gläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht wird, die er nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte. Der Nachunternehmer steht in keiner vertraglichen Beziehung zum Auftraggeber und hat gegen diesen keinen Anspruch auf Zahlung. Demnach erhält er die Zahlung nicht von seinem Vertragspartner – dem Hauptauftragnehmer –, sondern vom Auftraggeber. Auf diese Zahlung hat der Nachunternehmer keinen Anspruch oder zumindest keinen Anspruch in der Art¹⁷, da es sich hierbei um eine „nicht unerhebliche Abweichung vom normalen Zahlungsweg“ handelt¹⁸. Da der für die Anfechtung einer inkongruenten Deckung relevante § 131 InsO keine Rechtshandlung des Insolvenzschuldners verlangt, ist es für die Anfechtbarkeit unerheblich, dass der Auftraggeber die Zahlung vorgenommen hat.

b. Gläubigerbenachteiligung

Eine Gläubigerbenachteiligung aufgrund der Direktzahlung liegt ebenfalls vor. Eine Gläubigerbenachteiligung ist immer dann anzunehmen, wenn die Schuldenmasse aufgrund der Rechtshandlung vermehrt oder das Aktivvermögen verkürzt wird.¹⁹ Letzteres ist auch dann gegeben, wenn eine dem späteren Insolvenzschuldner zustehende Forderung durch eine Zahlung an einen Dritten getilgt wird, sodass sich hierdurch die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger verschlechtern.²⁰ Indem der Auftraggeber schuldbefreiend an den Nachunternehmer zahlt, tilgt er den gegen ihn gerichteten Zahlungsanspruch des Hauptauftragnehmers. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs spielen es für diese Beurteilung keine Rolle, dass dem Auftraggeber im Fall der Nichtzahlung und der verweigerten Leistungsausführung gegen den Hauptauftragnehmer Schadensersatzansprüche zugestanden hätten. Zum einen seien dies hypothetische Kausalverläufe, die außer Acht zu lassen sind.²¹ Zum anderen handle es sich hierbei lediglich um Insolvenzforderungen, die der Auftraggeber zur Insolvenztabelle anmelden müsste. Der ursächliche Zusammenhang zwischen der Rechtshandlung und der Gläubigerbenachteiligung sei demzufolge nur anhand des realen Geschehens zu ermitteln.²²

Diese Auffassung ist nicht unkritisiert geblieben, weil sie im Gegensatz zu dem im Schadensrecht anerkannten und zu berücksichtigenden Institut des hypothetischen Kausalverlaufs

¹⁷ BGH, U.v. 16.10.2008 - IX ZR 2/05 Rn. 13; BGH, B.v. 6.6.2002 - IX ZR 425/99 Rn. 2; jewls. zitiert nach Juris. *Huber*, Insolvenz in: Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Baurecht, I. Teil Kap. R, Rn. 83.

¹⁸ BGH, B.v. 6.6.2002 - IX ZR 425/99 Rn. 2; BGH, U.v. 16.10.2008 - IX ZR 2/05 Rn. 13; jewls. zitiert nach Juris. *Huber*, NZBau 2008, 737 (738) m.w.N.

¹⁹ BGH, U.v. 22.12.1995 - IX ZR 190/02 Rn. 26; BGH, U.v. 11.11.1993 - IX ZR 257/92 Rn. 26; jewls. zitiert nach Juris.

²⁰ BGH, U.v. 16.10.2008 - IX ZR 2/05 Rn. 9 ff. (zitiert nach Juris).

²¹ BGH, U.v. 16.10.2008 - IX ZR 2/05 Rn. 11 (zitiert nach Juris).

²² BGH, U.v. 16.10.2008 - IX ZR 2/05 Rn. 11 (zitiert nach Juris).

steht.²³ Der Bundesgerichtshof hätte die Chance nutzen können, zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen hypothetische Kausalverläufe berücksichtigungsfähig sind, da deren Einbeziehung im Schadensrecht seit langem feststeht.²⁴ Warum dies im Insolvenzrecht anders zu beurteilen ist, legt der Bundesgerichtshof nicht dar.

c. Subjektive Voraussetzungen

Neben den genannten Voraussetzungen kommt ein Zeitmoment hinzu: Abhängig von diesem ist bei der inkongruenten Deckungsanfechtung die Kenntnis des Insolvenzgläubigers von der Gläubigerbenachteiligung erforderlich. Ein erhebliches Risiko besteht vor allem im letzten Monat vor dem Antrag auf Insolvenzeröffnung oder nach diesem Antrag. In dieser Zeit ist für die Anfechtbarkeit nur das objektive Tatbestandsmerkmal der Inkongruenz ausreichend, sodass die Zahlungen ohne Hinzutreten weiterer subjektiver Umstände gegenüber dem Nachunternehmer anfechtbar sind.²⁵ Gleiches gilt für Zahlungen im zweiten oder dritten Monat vor Beantragung der Insolvenzeröffnung, wenn der Hauptauftragnehmer zu diesem Zeitpunkt bereits zahlungsunfähig war. Anlass für das Leistungsverweigerungsrecht des Nachunternehmers und die Zahlung des Auftraggebers ist der Zahlungsverzug des Hauptauftragnehmers, sodass von der Zahlungsunfähigkeit des Hauptauftragnehmers auszugehen ist.

Liegt keine Zahlungsunfähigkeit vor, kommt es auf die subjektive Kenntnis des Nachunternehmers von der Gläubigerbenachteiligung an.²⁶ Gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO ist der Insolvenzverwalter berechtigt, die Direktzahlung anzufechten, ohne dass es auf die Zahlungsunfähigkeit des Hauptauftragnehmers ankommt²⁷, wenn sie innerhalb des zweiten oder dritten Monats vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen wurde und dem Gläubiger zu dieser Zeit bekannt war, dass sie die Insolvenzgläubiger benachteiligt²⁸. Angesichts des Zahlungsverzugs des Hauptauftragnehmers, die Anlass für die Direktzahlung ist, wird der Nachunternehmer das Nichtvorliegen der Kenntnis der gläubigerbenachteiligenden Wirkung kaum bestreiten können. Die Inkongruenz der Direktzahlung hat „eine so erhebliche Indizwirkung, dass der Nachunternehmer faktisch seine Unkenntnis beweisen muss“²⁹. Ebenso entschied der Bundesgerichtshof – zwar zu § 133 InsO –, dass der Gläubiger in der Regel von der Gläubigerbenachteiligung der Rechtshandlung des späteren Insolvenzschuldners weiß, wenn er Kenntnis davon hat, dass der spätere Insolvenzschuldner nicht in der Lage ist oder voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, bestehende Zahlungsverpflichtungen im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.³⁰

²³ Vgl. dazu nur *Ganten*, jurisPR-PrivBauR 4/2009 Anm. 2 m.w.N.; *Schmitz*, EWIR 2004, 35 (36).

²⁴ *Ganten*, jurisPR-PrivBauR 4/2009 Anm. 2.

²⁵ § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

²⁶ Vgl. dazu auch die Darstellung bei *Huber*, Insolvenz in: Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Baurecht, I. Teil Kap. R, Rn. 83.

²⁷ *Kandel*, in: *Ganten/Jansen u.a.* (Hrsg.), VOB/B, § 16 Abs. 6 VOB/B Rn. 13 m.w.N.

²⁸ Gem. § 131 Abs. 2 InsO steht der Kenntnis der Gläubigerbenachteiligung die Kenntnis von Umständen, die zwingend auf die Benachteiligung schließen lassen, gleich. Bei Personen, die dem Schuldner zur Zeit der Handlung nahestanden (vgl. § 138 InsO), wird vermutet, dass sie die Gläubigerbenachteiligung kannten.

²⁹ BGH, B.v. 6.6.2002 - IX ZR 425/99, Orientierungssatz (zitiert nach Juris).

³⁰ BGH, U.v. 20.11.2008 - IX ZR 188/07 Rn. 10 (zitiert nach Juris).

d. Privilegierung gem. § 142 InsO

Aufgrund der Inkongruenz ist eine Privilegierung gem. § 142 InsO, sogenanntes Bargeschäft, nicht möglich.³¹

3. Zahlungen außerhalb der Dreimonatsfrist

Rechtshandlungen, die außerhalb der dreimonatigen Krisenzeit vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen wurden, können gem. § 133 InsO (Vorsatzanfechtung) angefochten werden. Voraussetzung ist, dass der spätere Insolvenzschuldner sie in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat und der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des späteren Insolvenzschuldners kannte. Die Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des späteren Insolvenzschuldners drohte.³² Da der Insolvenzverwalter das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen nachweisen muss, tritt die Rechtsprechung dem damit verbundenem Beweisdefizit entgegen, indem das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen auf Indizien gestützt werden kann.³³ Daher ist im Valutaverhältnis nach ständiger Rechtsprechung die Inkongruenz ebenfalls ein „starkes Beweiszeichen“ für das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen auf beiden Seiten.³⁴ Im Gegensatz zur Deckungsanfechtung verlangt die Vorsatzanfechtung ausdrücklich eine Rechtshandlung des späteren Insolvenzschuldners. Diese kann problematisch sein, da nicht der spätere Insolvenzschuldner (d.h. der Hauptauftragnehmer) zahlt, sondern der Auftraggeber. Jedoch wird die Zahlung des Auftraggebers dem späteren Insolvenzschuldner zugerechnet, sodass es sich um eine mittelbare Zuwendung des Hauptauftragnehmers handelt, bei der der Auftraggeber als Mittelsperson des Hauptauftragnehmers eingeschaltet wird.³⁵

4. Folgen für den Nachunternehmer

Der Insolvenzverwalter kann folglich die Zahlung des Auftraggebers anfechten, weshalb der Nachunternehmer die Zahlung zur Insolvenzmasse zurückzahlen muss; seine Forderung

³¹ BGH, U.v. 13.4.2006 - IX ZR 158/05 Rn. 28; BGH, U.v. 22.1.2004 - IX ZR 39/03 Rn. 36; BGH, U.v. 7.3.2002 - IX ZR 223/01 Rn. 23 ff.; BGH, U.v. 30.9.1993 - IX ZR 227/92 Rn. 33; jews. zitiert nach Juris. *Huber*, NZBau 2008, 737 (738) m.w.N.

³² BGH, U.v. 17.7.2003 - IX ZR 272/02 Rn. 18 (zitiert nach Juris); *Kandel*, in: Ganten/Jansen u.a. (Hrsg.), VOB/B, § 16 Abs. 6 VOB/B Rn. 15a m.w.N. Die Bitte des Schuldners, eine Ratenzahlungsvereinbarung abzuschließen, stellt dann kein ausreichendes Indiz dar, wenn sie sich im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs hält und nicht mit Erklärungen verbunden ist, wonach der Schuldner seine fälligen Verbindlichkeit anders nicht begleichen könne, BGH, B.v. 16.4.2015 - IX ZR 6/14 Rn. 3 f. (zitiert nach Juris).

³³ Siehe zur Kritik am Umgang mit der Rechtsprechung in der Praxis nur *Kirchner*, JurisPR-InsR 17/2015 Anm. 4; BTDrucks. 18/7054, S. 10. Aufgrund dessen will der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz u.a. die Regelung in § 133 InsO ändern, vgl. BTDrucks. a.a.O. Für die hier infrage stehenden Zahlungen bleibt die verankerte Vermutung der Kenntnis des Anfechtungsgegners allerdings bestehen, BTDrucks. a.a.O. S. 18. Siehe zur Kritik an dem Gesetzesvorhaben nur *Bork*, AnwBl 2014, 513 ff.

³⁴ BGH, U.v. 29.11.2007 - IX ZR 121/06 Rn. 33 ff. m.w.N. (zitiert nach Juris). *Huber*, Insolvenz, in: Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Baurecht, I. Teil Kap. R, Rn. 85 m.w.N.; *ders.*, NZBau 2008, 737 (738) m.w.N.

³⁵ *Huber*, NZBau 2008, 737 (738) m.w.N.; *ders.*, Insolvenz, in: Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Baurecht, I. Teil Kap. R, Rn. 110.

kann der Nachunternehmer aber nur zur Insolvenztabelle anmelden³⁶ und steht – drastisch ausgedrückt – trotz Werkleistung ohne Lohn da, insbesondere wenn er nach der Zahlung weitere Leistungen erbracht hat³⁷. Der Zahlungsausfall kann für mittelständische Unternehmen ernsthafte Folgen haben. Vor allem erlischt bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Direktzahlung des Auftraggebers das Leistungsverweigerungsrecht des Nachunternehmers, weswegen er seine Leistungen fortführen muss, um möglichen Schadensersatzansprüchen aus dem Weg zu gehen.³⁸ Darüber hinaus kann der Nachunternehmer die Zahlung des Auftraggebers nicht zurückweisen, weil § 267 Abs. 2 BGB aufgrund der Regelung des § 16 Abs. 6 VOB/B nicht anwendbar ist.³⁹ „Die Vorschrift des § 16 Abs. 6 VOB/B [...] [ist] daher für den Dritten jedenfalls in der wirtschaftlichen Krise des Auftragnehmers vielfach wirtschaftlich massiv nachteilig.“⁴⁰ Der Nachunternehmer, der seine weiteren Leistungen erbringt, da seine fälligen Werklohnforderungen befriedigt wurden, wird im Insolvenzfall des Hauptauftragnehmers um seine Früchte gebracht.⁴¹ § 16 Abs. 6 VOB/B „täuscht eine falsche Rechtssicherheit vor“⁴², die Zahlung des Auftraggebers entpuppt sich als „Danaergeschenk“⁴³. Weil es sich bei der Vorschrift des § 16 Abs. 6 VOB/B um eine zugunsten des Auftraggebers geltende Wahlregelung handelt, erscheint es nicht interessengerecht, den Nachunternehmer mit diesem Risiko zu belasten. Deswegen ist teilweise diesbezüglich die Rede von einer „Anfechtungsfalle“, aus der es kaum ein Entrinnen gibt.⁴⁴ Aufgrund dieser Risiken wird in der Praxis von Direktzahlungen abgeraten.⁴⁵

III. Entrinnen aus der Anfechtungsfalle

Da es sich bei den eingesetzten Nachunternehmern oft um mittelständische Unternehmen handelt, die bei einer Insolvenz des Hauptauftragnehmers jenen Gefahren ausgesetzt sind, ist fraglich, ob es Möglichkeiten gibt, der Insolvenzfalle zu entgehen.

³⁶ Gartz, BauR 2012, 571 (573) m.w.N.; Huber, NZBau 2008, 737 (740); Kandel, in: Preussner/ders. u.a. (Hrsg.), BeckOK VOB/B, 2016, § 16 Abs. 6 VOB/B Rn. 9; ders., in: Ganten/Jansen u.a. (Hrsg.), VOB/B, § 16 Abs. 6 VOB/B Rn. 12.

³⁷ Huber, Insolvenz, in: Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Baurecht, I. Teil Kap. R, Rn. 113; ders., NZBau 2008, 737 (740).

³⁸ Kandel, in: Preussner/ders. u.a. (Hrsg.), BeckOK VOB/B, 2016, § 16 Abs. 6 VOB/B Rn. 8; ders., in: Ganten/Jansen u.a. (Hrsg.), VOB/B, § 16 Abs. 6 VOB/B Rn. 14.

³⁹ Ein Berufen auf § 321 BGB hilft dem Nachunternehmer ebenso wenig, da er die Vermögensverschlechterung des Hauptauftragnehmers nachweisen müsste; vgl. dazu nur Kandel, in: Preussner/ders. u.a. (Hrsg.), BeckOK VOB/B, 2016, § 16 Abs. 6 VOB/B Rn. 10; ders., in: Ganten/Jansen u.a. (Hrsg.), VOB/B, § 16 Abs. 6 VOB/B Rn. 14.

⁴⁰ Huber, Insolvenz, in: Messerschmidt/Voit (Hrsg.), a.a.O. I. Teil Kap. R, Rn. 113; Kandel, in: Ganten/Jansen u.a. (Hrsg.), VOB/B, § 16 Abs. 6 VOB/B Rn. 15; Voit, in: Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Baurecht, III. Teil, § 16 VOB/B Rn. 43.

⁴¹ Cranshaw, jurisPR-InsR 13/2009 Anm. 1: „obsolet“.

⁴² Cranshaw, jurisPR-InsR 13/2009 Anm. 1.

⁴³ Kummer, jurisPR-BGHZivilR 2/2009 Anm. 5.

⁴⁴ Huber, Insolvenz, in: Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Baurecht, I. Teil Kap. R, Rn. 113, 116; ders., EWIR 2009, 151 (152).

⁴⁵ Cranshaw, jurisPR-InsR 13/2009 Anm. 1; Gartz, BauR 2012, 571 (578); Huber, EWIR 2009, 151 (152); Schmitz, EWIR 2000, 253 (254) m.w.N., wonach § 16 Abs. 6 VOB/B gestrichen werden sollte.

1. Dreiseitige Vereinbarungen

Ist noch kein vergütungspflichtiger Leistungsaustausch erfolgt, können die Beteiligten dreiseitige Vereinbarungen schließen und den zugrunde liegenden Bauvertrag ändern.⁴⁶ Zwischen der Zahlung des Auftraggebers und der Leistung des Nachunternehmers wird unter Anrechnung auf seine Verbindlichkeiten gegenüber dem Hauptauftragnehmer ein gleichwertiger Leistungsaustausch hergestellt, mit dem Inhalt, dass die vom Nachunternehmer zu erbringenden Leistungen direkt vom Auftraggeber bezahlt werden. Bei der Zahlung des Auftraggebers handelt es sich dann um eine Leistung an den Nachunternehmer und die Leistung des Nachunternehmers ist eine für den Auftraggeber. Aufgrund dessen zahlt der Auftraggeber nicht auf Anweisung oder Ersuchen des Hauptauftragnehmers, sondern aufgrund der zwischen den Vertragsparteien getroffenen Vereinbarung. Dies hat zur Konsequenz, dass die bestehende Inkongruenz der Direktzahlung in eine Kongruenz umgewandelt wird⁴⁷, wodurch die Privilegierung des Bargeschäftes gem. § 142 InsO zum Tragen kommen kann.⁴⁸ Ein Vorgehen im Wege der dreiseitigen Vereinbarung ist jedoch nur möglich, wenn der Nachunternehmer nicht schon in Vorleistung gegangen ist. In Betracht kommt diese Möglichkeit somit praktisch nur bei einem Werklieferungsvertrag gem. § 651 BGB.⁴⁹ Typischer Anwendungsfall des § 16 Abs. 6 VOB/B ist aber die Verweigerung der weiteren Leistungsausführung durch den Nachunternehmer wegen des Zahlungsverzugs des Hauptauftragnehmers.⁵⁰ Bereits erbrachte Teilleistungen und die auf diese getätigten Direktzahlungen sind trotz der Vereinbarung also nicht vom Anfechtungsrisiko befreit. Demgemäß ist der Abschluss einer dreiseitigen Vereinbarung keine wirkliche Alternative, es sei denn, die Vereinbarung wird direkt nach der Zuschlagserteilung und vor Beginn der Auftragsdurchführung zwischen den Parteien getroffen.⁵¹

2. Sicherungsabtretung

Des Weiteren kann der Hauptauftragnehmer dem Nachunternehmer seine gegen den Auftraggeber bestehenden Ansprüche in Bezug auf die vom Nachunternehmer zu erbringenden Leistungen zur Sicherung abtreten. Normalerweise ist die Abtretung ebenso eine inkongruente Deckung, da der Nachunternehmer auf eine Leistung in dieser Art keinen Anspruch hat, insbesondere wenn der Hauptauftragnehmer statt die Leistung des Nachunternehmers zu bezahlen, dem Nachunternehmer im Wege der Abtretung seines Anspruchs gegen den Auftraggeber eine Sicherheit zur Verfügung stellt, aus der sich der Nachunternehmer befriedi-

⁴⁶ BGH, U.v. 10.5.2007 - IX ZR 146/05 Rn. 8 (zitiert nach Juris). *Huber*, Insolvenz in: Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Baurecht, I. Teil Kap. R, Rn. 116 f. m.w.N.; *Messerschmidt*, in: Kapellmann/ders. (Hrsg.), VOB, § 16 VOB/B Rn. 358.

⁴⁷ BGH, U.v. 10.5.2007 - IX ZR 146/05 Rn. 13 (zitiert nach Juris).

⁴⁸ BGH, U.v. 10.5.2007 - IX ZR 146/05 Rn. 12 f.; *Huber*, Insolvenz, in: Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Baurecht, I. Teil Kap. R, Rn. 116; *ders.*, NZBau 2008, 737 (740). Siehe zu den Voraussetzungen für die Privilegierung gem. § 142 InsO *Huber*, NZBau 2005, 256 (264) m.w.N.; *Leithaus*, in: Andres/ders. (Hrsg.), InsO, § 142 InsO Rn. 4 f. m.w.N.; *Riggert*, in: Braun (Hrsg.), InsO, § 142 InsO Rn. 3 m.w.N.

⁴⁹ *Huber*, NZBau 2008, 737 (740).

⁵⁰ *Huber*, Insolvenz, in: Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Baurecht, I. Teil Kap. R, Rn. 117.

⁵¹ Darauf weist auch *Huber*, EWIR 2009, 151 (152) hin. Handelt es sich um abgrenzbare und genau bewertbare Leistungen gilt die Vereinbarung nur für den noch nicht erbrachten Teil. Siehe zum Problem der Abgrenzbarkeit nur *Schmitz*, BauR 2005, 169 (174).

gen soll.⁵² Der Gläubiger kann eine solche Sicherung nur dann beanspruchen, wenn er einen Anspruch auf eine derartige Sicherung hat, weil sie gesetzlich oder vertraglich begründet wurde. Allein aus dem Zahlungsanspruch des Nachunternehmers gegen den Hauptauftragnehmer folgt kein Anspruch auf Sicherung, weil der Anspruch auf Sicherung nicht als Minus im Anspruch auf Befriedigung enthalten ist.⁵³

Anders ist es aber, wenn der Hauptauftragnehmer seine hinreichend bestimmten Forderungsteile gegen den Auftraggeber erfüllungshalber abtritt, da er zur Abtretung aufgrund einer vorausgegangenen Sicherungsvereinbarung verpflichtet war.⁵⁴ Voraussetzung hierfür ist, dass der Hauptauftragnehmer und der Nachunternehmer einen Vertrag schließen, durch welchen sich letzterer verpflichtet, die dem Hauptauftragnehmer obliegenden Leistungen gegenüber dem Auftraggeber zu erfüllen und die Parteien gleichzeitig einen Sicherungsvertrag schließen, durch welchen sich der Hauptauftragnehmer verpflichtet, seine Ansprüche gegen den Auftraggeber an den Nachunternehmer sicherungshalber abzutreten. Folge dessen ist, dass die Besicherung und die aus der Sicherung folgende Befriedigung kongruent ist, sodass die Sicherungsvereinbarung nicht angefochten und die auf die Sicherungsvereinbarung geleisteten Zahlungen nicht zurück verlangt werden können.⁵⁵ D.h. „[w]ird ein Anspruch auf Sicherung in demselben Vertrag eingeräumt, durch den der gesicherte Anspruch selbst entsteht, liegt in der späteren Gewährung der Sicherheit keine inkongruente Deckung, weil von Anfang an ein Anspruch auf Sicherung bestand“⁵⁶.

Wie bei der dreiseitigen Vereinbarung gilt auch hier etwas abweichendes, wenn eine bereits bestehende Verbindlichkeit nachträglich besichert und die Sicherungsabrede darum erst nachträglich begründet wird.⁵⁷ In diesem Fall können die Sicherungsabrede und eine auf die Sicherungsabrede durch den Auftraggeber geleistete Zahlung anfechtbar sein.⁵⁸ Darüber hinaus ist zu bedenken, dass sich der Hauptauftragnehmer den Nachunternehmer als Vertragspartner aussucht. Erwirbt der Nachunternehmer durch die Abtretung einen direkten Anspruch (auch) gegen den Auftraggeber, so trägt der Auftraggeber das Insolvenzrisiko des Nachunternehmers, obwohl er sich diesen nicht als Vertragspartner ausgesucht hat und sich auch kein Bild von der Liquidität des Nachunternehmers machen kann.⁵⁹ Ferner haben die

⁵² BGH, U.v. 8.10.1998 - IX ZR 337/97 Rn. 29 (zitiert nach Juris).

⁵³ BGH, U.v. 18.3.2010 - IX ZR 57/09 Rn. 16 (zitiert nach Juris). *De Bra*, in: Braun (Hrsg.), InsO, § 131 InsO Rn. 17 f. m.w.N.; *Kayser*, in: Kirchhof/Eidenmüller (Hrsg.), MüKo InsO, § 131 InsO Rn. 19 m.w.N.; *Thole*, in: Kayser/ders. (Hrsg.), InsO, § 131 InsO Rn. 20 m.w.N.

⁵⁴ Vgl. BGH, U.v. 18.11.2004 - IX ZR 299/00 Rn. 14 (zitiert nach Juris).

⁵⁵ BGH, U.v. 7.6.2001 - IX ZR 134/00 Rn. 16 f. (zitiert nach Juris); *Kayser*, in: Kirchhof/Eidenmüller (Hrsg.), MüKo InsO, § 131 InsO Rn. 19 m.w.N.; *Thole*, in: Kayser/ders. (Hrsg.), InsO, § 131 InsO Rn. 20 m.w.N. Problematisch kann dieses Vorgehen dann werden, wenn sich der Nachunternehmer im Sicherungsvertrag bereits eventuelle Werk-lohnanprüche des Hauptauftragnehmers gegen den Auftraggeber aus möglichen, später folgenden Nachtragsaufträgen abtreten lässt, da es sich diesbezüglich um künftige oder bedingte Forderungen handeln kann, vgl. dazu nur *Kummer*, jurisPR-BGHZivilR 21/2005 Anm. 3 a.E. m.w.N. A.A. BGH, U.v. 7.6.2001 - IX ZR 134/00 Rn. 15 f. (zitiert nach Juris).

⁵⁶ BGH, U.v. 11.3.2004 - IX ZR 160/02 Rn. 19 m.w.N. Ebenso BGH, U.v. 18.3.2010 - IX ZR 57/09 Rn. 16; jewl. zitiert nach Juris.

⁵⁷ BGH, U.v. 18.3.2010 - IX ZR 57/09 Rn. 16; BGH, U.v. 11.3.2004 - IX ZR 160/02 Rn. 19 m.w.N.; jewl. zitiert nach Juris. *Thole*, in: Kayser/ders. (Hrsg.), InsO, § 131 InsO Rn. 20.

⁵⁸ BGH, U.v. 11.3.2004 - IX ZR 160/02 Rn. 16 (zitiert nach Juris). *Hirte*, in: Uhlenbruck/ders. u.a. (Hrsg.), InsO, § 131 InsO Rn. 15 m.w.N.; *Kayser*, in: Kirchhof/Eidenmüller (Hrsg.), MüKo InsO, § 131 InsO Rn. 19a.

⁵⁹ *Lüke*, ZIP 2001, 1 (7); *Schmitz*, BauR 2005, 169 (173).

Nachunternehmer in der Praxis häufig Probleme, sich bei Vertragsabschluss mit dem Hauptauftragnehmer überhaupt Sicherheiten einräumen zu lassen.

3. Kündigung und Fortsetzung des Vertrages mit dem Nachunternehmer

Daneben könnte der Auftraggeber die Verträge mit dem insolventen Hauptauftragnehmer kündigen und mit dem Nachunternehmer eine gesonderte Vereinbarung treffen⁶⁰, wonach der Nachunternehmer in die vertragliche Beziehung zwischen dem Auftraggeber und dem Hauptauftragnehmer eintritt, sodass sich ein direkter Zahlungsanspruch des Nachunternehmers gegen den Auftraggeber ergibt.⁶¹ Was im privaten baurechtlichen Bereich möglich ist, ist im Falle des Vergaberechts allerdings unzulässig, da der Auftraggeber dem Nachunternehmer einen Auftrag erteilen würde, ohne ein Vergabeverfahren durchzuführen. Außerdem wären die zum Zeitpunkt der Vertragsänderung auf die bereits entstandenen Verbindlichkeiten geleisteten Zahlungen ebenfalls nicht insolvenzfest.

4. Echter Vertrag zugunsten Dritter

Um eine Kongruenz der Zahlung herzustellen, bestünde die Möglichkeit, dass der Hauptauftragnehmer und der Auftraggeber die Regelung des § 16 Abs. 6 VOB/B in einen echten Vertrag zugunsten Dritter umwandeln. Hierbei verspricht der Schuldner (Auftraggeber) dem Versprechensempfänger (Hauptauftragnehmer), eine Leistung an einen Dritten (Nachunternehmer) zu erbringen mit der Konsequenz, dass der Dritte einen Anspruch gegen den Schuldner erhält. Weil der Zahlungsanspruch des Hauptauftragnehmers gegen den Auftraggeber auf den Nachunternehmer gem. § 328 BGB über geht, fällt er nicht in das Vermögen des Hauptauftragnehmers und steht den Insolvenzgläubigern auch nicht als Insolvenzmasse zur Verfügung.⁶² Der Dritte (Nachunternehmer) wird zwar nicht Vertragspartei des Versprechenden (Auftraggebers), erhält aber ein Forderungsrecht. Konsequenz ist, dass der Nachunternehmer bei der Direktzahlung des Auftraggebers eine Deckung in der Art erhält, wie sie ihm zusteht. Obendrein kann der Auftraggeber dem Nachunternehmer gem. § 334 BGB alle Einwendungen aus dem Deckungsverhältnis zwischen ihm und dem Hauptauftragnehmer entgegen halten. Insofern kann auch durch einen echten Vertrag zugunsten Dritter ein anfechtungsfreier Anspruch auf Sicherung geschaffen werden.⁶³

IV. Regelungsvorschlag

Wie gesehen, sind all die Möglichkeiten davon abhängig, wann die Vereinbarungen getroffen werden und ob sich alle Beteiligten darauf einlassen. In dieser Hinsicht stehen die Nachunternehmer „am kürzeren Hebel“ und haben es in der Praxis häufig schwer, derartige Forderungen durchzusetzen. Die Richtlinien sehen vor, dass es den Mitgliedstaaten frei steht, Regelungen für eine Direktzahlung des Auftraggebers an die Nachunternehmer vorzusehen.⁶⁴

⁶⁰ *Cranshaw*, jurisPR-InsR 13/2009 Anm. 1.

⁶¹ Vgl. dazu nur *Messerschmidt*, in: Kapellmann/ders. (Hrsg.), VOB, § 16 VOB/B Rn. 340 m.w.N.

⁶² Es sei denn, es handelt sich um einen bedingten Übergang, dann bleibt der Anspruch bis zum Bedingungseintritt im Vermögen des Hauptauftragnehmers.

⁶³ *Kayser*, in: Kirchhof/Eidenmüller (Hrsg.), MüKo InsO, § 131 InsO Rn. 19 m.w.N.; *Thole*, in: Kayser/ders. (Hrsg.), InsO, § 131 InsO Rn. 20.

⁶⁴ Vgl. Art. 71 Abs. 7 RL 2014/24/EU; Erwg. 105 RL 2014/24/EU.

Diese Möglichkeit wird im Zusammenhang mit der Förderung der KMU erwähnt.⁶⁵ Eine Direktzahlung ist für alle Vergabebereiche möglich und nicht auf den Fall des Zahlungsverzugs des Hauptauftragnehmers beschränkt. Zugleich können die Mitgliedstaaten gem. Art. 71 Abs. 7 RL 2014/24/EU bezüglich der Regelungen über Direktzahlung an Unterauftragnehmer über das in den Richtlinien genannte hinausgehen, indem z.B. Regelungen über Direktzahlungen an Unterauftragnehmer vorgesehen werden, ohne dass die Unterauftragnehmer die Direktzahlung beantragen müssen. Diese Formulierung macht deutlich, dass dem Unterauftragnehmer ein Forderungsrecht auch gegenüber dem Auftraggeber eingeräumt werden kann. Nimmt man den von den Richtlinien 2014 eingeräumten Regelungsspielraum Ernst, so sollte eine zukünftige Regelung den Nachunternehmern auch einen Zahlungsanspruch gegen den Auftraggeber vermitteln. Durch die Zahlung des Auftraggebers an den Nachunternehmer, auf die dieser nunmehr einen Anspruch hätte, erlischt gleichzeitig der Werklohnanspruch des Nachunternehmers gegen den Hauptauftragnehmer. Die Zahlung des Auftraggebers ist im Falle einer möglichen Insolvenz des Hauptauftragnehmers kongruent. Da es sich um ein Bargeschäft gem. § 142 InsO handelt, wäre dieses nur unter den erschwerten Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar. Demnach nehmen die Richtlinien 2014 es in Kauf, dass der Auftraggeber das Insolvenzrisiko des Nachunternehmers tragen muss. Dies ist interessengerecht, da der Auftraggeber ein erhebliches Bedürfnis daran hat, dass die Auftragsausführung trotz möglicher Zahlungsunfähigkeit des Hauptauftragnehmers fortgesetzt wird. Aus diesen Gründen sollte der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen § 16 Abs. 1 VOB/B aufheben und folgendermaßen fassen:

„Abschlagszahlungen sind auf Antrag in möglichst kurzen Zeitabständen oder zu den vereinbarten Zeitpunkten entweder dem Auftragnehmer oder an seine zur Erbringung der Leistung eingesetzten Nachunternehmer, und zwar in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenden Umsatzsteuerbetrages, zu gewähren. [...] Zahlt der Auftraggeber an die Nachunternehmer des Auftragnehmers, erfolgt dies unter Anrechnung auf die jeweiligen Verbindlichkeiten der Nachunternehmer gegenüber dem Auftragnehmer.“

In diesem Fall würde § 16 Abs. 1 VOB/B eine eigenständige, zugunsten der Nachunternehmer wirkende Zahlungsregelung bereithalten, wonach der Auftraggeber einerseits, unabhängig vom Vorliegen der in § 16 Abs. 6 VOB/B genannten Voraussetzungen, an den Nachunternehmer zahlen und der Nachunternehmer auf der anderen Seite eine Zahlung fordern kann. Weil Art. 71 Abs. 7 RL 2014/24/EU lediglich den Unterauftragnehmern ein besonderes Forderungsrecht gegenüber dem Auftraggeber einräumt, muss für alle übrigen Gläubiger des Hauptauftragnehmers, die keine Nachunternehmer i.S.d. Vergaberechts sind, an der Regelung des § 16 Abs. 6 VOB/B festgehalten werden. Des Weiteren beschränkt Art. 71 Abs. 7 RL 2014/24/EU den Anwendungsbereich nicht auf Bauvergaben, sodass die vorgeschlagene Regelung ebenfalls in den anderen Vergabeordnungen verankert werden kann. Leider hat der Gesetz- und Verordnungsgeber von dem ihm in den Richtlinien 2014 eröffneten Umset-

⁶⁵ ErwG. 78 RL 2014/24/EU.

zungsspielraum keinen Gebrauch gemacht und bei der Vergaberechtsmodernisierung 2016 keine Änderung diesbezüglich vorgenommen.

V. Zusammenfassung

Die Nachunternehmer sind nicht Vertragspartei des Auftraggebers, sondern Vertragspartei des Hauptauftragnehmers. Dies hat im Insolvenzfall des Hauptauftragnehmers weitreichende Konsequenzen für die als Nachunternehmer eingesetzten mittelständischen Unternehmen. Zahlt der Auftraggeber aufgrund des Zahlungsverzugs des Hauptauftragnehmers gem. § 16 Abs. 6 VOB/B direkt an den Nachunternehmer, ist die Zahlung nicht insolvenzfest und kann vom Insolvenzverwalter des Hauptauftragnehmers angefochten werden. Effektive Möglichkeiten dieser Anfechtungsfälle zu entkommen, existieren kaum. Demgemäß sollte der nationale Gesetzgeber die Regelung des § 16 Abs. 6 VOB/B überdenken und den Nachunternehmern über den Baubereich hinaus einen direkten Zahlungsanspruch gegen den Auftraggeber einräumen. Folge dessen ist, dass die dann vom Auftraggeber geleistete Zahlung kongruent ist, dadurch unter dem strengeren Anfechtungsregime des § 130 InsO steht und die Privilegierung des § 142 InsO zum Tragen kommen kann. Hierbei würde es sich zwar nicht um eine spezifisch mittelstandsfördernde, aber um eine vor allem den mittelständischen Unternehmen zugutekommende Regelung handeln.

Kapitel 4: Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Förderungswürdigkeit und die Förderungsfähigkeit mittelständischer Unternehmen ist ein gesamteuropäisches, wirtschaftspolitisches Anliegen (§ 1). Hiervon zeugen zum einen zahlreiche Regelungen im Primär-, Sekundär-, Verfassungs- und einfachgesetzlichem Recht, zum anderen auch die Bedeutung der mittelständischen Unternehmen im wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und sozialen Gefüge. So herrscht innerhalb der Europäischen Union nicht nur der Slogan „Vorfahrt für KMU“ (§ 1 I.), sondern auch die im Frühjahr 2014 verabschiedeten Vergaberichtlinien legen ein besonderes Augenmerk auf die Förderung des Zugangs der KMU zum öffentlichen Beschaffungsmarkt (§ 2 I.). Denn gemessen am Steuerungs- und Lenkungspotenzial der Auftragsvergabe, ihrem Einfluss auf die Innovationstätigkeit der Wirtschaft sowie ihre Auswirkungen auf die Wirtschafts- und Wettbewerbstätigkeit insgesamt auf der einen Seite und dem gesamtwirtschaftlichen Stellenwert der mittelständischen Unternehmen auf der anderen Seite (§ 1 II.), sind mittelständische Unternehmen trotz zahlreicher europäischer und nationaler Initiativen (§ 1 I.) im Vergabeverfahren unterrepräsentiert (§ 1 III.). Neben der undurchsichtigen Regulationsstruktur des deutschen Vergaberechts, unterliegen die mittelständischen Unternehmen vom Beginn bis zum Ende des Vergabeverfahrens besonderen Schwierigkeiten. Dieser Ausgangsbefund wurde zum Anlass genommen, um die Möglichkeiten der Mittelstandsförderung durch Vergaberechtsgestaltung und Vergaberechtspraxis erneut auf den Prüfstand zu stellen.

I. Die Untersuchung des Begriffs der mittelständischen Unternehmen, ihrer Förderungswürdigkeit und Förderungsfähigkeit im Allgemeinen und im Besonderen im Vergabeverfahren sowie der europa-, verfassungs-, haushaltsrechtlichen und einfachgesetzlichen Rahmenbedingungen hat im zweiten Kapitel der Arbeit Folgendes ergeben:

1. Es existiert keine einheitliche rechtsverbindliche Definition bezüglich der mittelständischen Unternehmen (§ 3). Eine wie in der Empfehlung der Europäischen Kommission betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen 2003/361/EG vom 6. Mai 2003 (§ 3 I.) sowie vom Statistischen Bundesamt (§ 3 II. 2. a.) und dem Institut für Mittelstandsforschung Bonn (§ 3 II. 2. b.) an starren, quantitativen Zahlen und Kriterien orientierte Begriffsbestimmung wird den Besonderheiten des jeweiligen Marktes, des jeweiligen Auftrages und dem im Kartell- und Kartellvergaberecht herrschenden Wettbewerbsgedanken nicht gerecht. Die vergaberechtliche Rechtsprechung, die Vergabepaxis und die vergaberechtliche Wissenschaft bestimmen den Begriff des Mittelstandes bzw. der mittelständischen Interessen daher überwiegend relativ anhand der konkreten Marktverhältnisse des jeweils infrage stehenden, relevanten räumlichen und sachlichen Marktes und ziehen die starren, an absoluten Obergrenzen fixierten Kennzahlen lediglich als Orientierungshilfen heran (§ 3 II. 2. c-d.). Die vorliegende Untersuchung favorisiert ebenfalls den quantitative und qualitative Kriterien umfassenden Begriff des Mittelstandes bzw. der mittelständischen Unternehmen (§ 3 III.).

2. Mittelständische Unternehmen haben eine bedeutende gesellschafts-, ordnungs-, wettbewerbs-, beschäftigungs- und wirtschaftspolitische Rolle (§ 4 II.). Gleichzeitig unterlie-

gen sie größenbedingten betrieblichen und zwischenbetrieblichen Nachteilen im Allgemeinen (§ 4 III.) und im Besonderen im Vergabeverfahren. Diese reichen von zu großen Auftragsvolumen, über Informationsdefizite, unverhältnismäßige Eignungsanforderungen bis zur mangelnden Zahlungsmoral der Auftraggeber. Zudem wird ihm Rahmen des Zuschlags zu sehr auf das Preiskriterium abgestellt, weshalb die Möglichkeit der mittelständischen Unternehmen, einen Auftrag zu erhalten, ebenfalls beschränkt ist (§ 4 IV.).

3. Die Begrifflichkeit der kleinen und mittleren Unternehmen, die Berücksichtigung ihrer Interessen sowie deren Förderung in ausgewählten Betätigungsfeldern haben gem. Art. 153 Abs. 2 lit. b) Satz 2, Art. 173 Abs. 1 UAbs. 2, Art. 179 Abs. 2 AEUV Eingang in die primärrechtliche Rechtsordnung gefunden (§ 5 I.). Gleichsam zeugen zahlreiche Bekanntmachungen, Verordnungen und Leitlinien, in denen die KMU besondere Erwähnung finden und unter bestimmten Voraussetzungen von den strengen europarechtlichen Wettbewerbs- und Beihilferegulungen befreit sind, von der Förderungsfähigkeit der KMU im Allgemeinen (§ 5 I. 4.). Eine Rechtsgrundlage, die die Mittelstandsförderung per se legitimiert folgt hieraus indes nicht. Auf nationaler Ebene war die Mittelstandsförderung in Art. 164 WRV verfassungsrechtlich als Programmsatz verankert (§ 5 II. 1.). Das wirtschaftspolitisch neutral ausgestaltete Grundgesetz enthält hingegen keinen konkreten Auftrag und keine ausdrückliche Pflicht, aber eine Kompetenz zur Mittelstandsförderung (§ 5 II. 2.). So spielen vor allem die Wirtschaftsgrundrechte der Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 GG sowie der Art. 3 Abs. 1 GG für den Mittelstand eine zentrale Rolle, indem der Staat die Rahmenbedingungen für einen freiheitlichen und fairen Wettbewerb schaffen muss, schützend eingreifen und zugunsten des Mittelstandes entsprechende Fördermaßnahmen erlassen kann. Denn mitunter liegen zwischen den Unternehmensklassen Unterschiede solcher Art vor, die es erfordern, wesentlich Ungleiches nicht willkürlich gleich zu behandeln, sodass Verfahren und Organisation für mittelständische Unternehmen mangels ausreichender Kapazitäten anders ausgestaltet werden können, um eine faktische Gleichheit zwischen den unterschiedlichen Unternehmensgruppen herzustellen. Die Mittelstandszugehörigkeit kann folglich ein zulässiges Differenzierungskriterium sein (§ 5 II. 2. a.-e.). Die Interessen mittelständischer Unternehmen können bei der Verwirklichung des Staatsziels eines gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts gem. Art. 109 Abs. 2 GG bei finanzpolitischen Entscheidungsprozessen eine Rolle spielen (§ 5 II. 2. g.). In einigen Landesverfassungen ist darüber hinaus eine Mittelstandsklausel als Staatszielbestimmung verankert (§ 5 II. 3.).

4. Auf europäischer Ebene verfolgt das Vergaberecht einen wettbewerbsrechtlichen Ansatz. Zwar reglementiert das Primärrecht das öffentliche Auftragswesen nur lückenhaft bis gar nicht. Allerdings ist das Primärrecht Grundlage und Grenze für die sekundärrechtlichen Vergaberechtssetzungsakte der Union in Form der Vergaberichtlinien (§ 6 II. 1.). Ziel der überarbeiteten und im Frühjahr 2014 neu verabschiedeten Vergaberichtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU war es unter anderem, den Zugang zum Vergabeverfahren für die KMU zu erleichtern sowie das Vergabewesen zur Verwirklichung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele einzusetzen (§ 6 II. 2.). Auf nationaler Ebene besteht eine Zweiteilung des Vergaberechts in unterhalb und oberhalb der Schwellenwerte (§ 6 III. 1.). Im Bereich oberhalb der Schwellenwerte gestaltet sich das nationale Regelungssystem als ein teilweise un-

durchsichtiges, dreistufiges Verweisungs-, Kaskaden- und Schubladenprinzipien, welches trotz der durch die Richtlinien 2014 angestoßenen Modernisierung der deutschen Vergaberegelungen, die am 18. April 2016 in Kraft getreten sind, zum Teil erhalten bleibt (§ 6 III. 2. b.). Unterhalb der Schwellenwerte verweist § 55 BHO und die entsprechende Verwaltungsvorschrift auf die ersten Abschnitte der VOB/A und der VOL/A (§ 6 III. 3.). Demnach ist das Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte im Haushaltsrecht, oberhalb der Schwellenwerte im Wettbewerbsrecht verwurzelt (§ 6 III.).

5. Das Primärrecht erwähnt die KMU und deren besondere Einbeziehung im und durch das Vergabewesen zwar in Art. 179 Abs. 2 AEUV und Art. 173 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV. Demgegenüber folgt hieraus keine umfassende Sonderrolle der KMU im Auftragswesen (§ 7 I. 1.). Gleiches gilt für die Vergaberichtlinien, die einerseits Impulse für eine mittelstandfreundliche Ausgestaltung des Vergabeverfahrens, andererseits keine eigenständige Regelungen zugunsten der KMU beinhalten (§ 7 I. 2.). Im nationalen Recht ist § 97 Abs. 4 GWB die zentrale Norm zur Implementierung mittelständischer Interessen im Vergabeverfahren. Mit der Verschärfung der Mittelstandsklausel im Jahr 2009 erhob der nationale Gesetzgeber § 97 Abs. 4 GWB zu einem zwingend zu beachtenden vergaberechtlichen Grundsatz, der die Auftraggeber verpflichtet, das Vergabeverfahren über die in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB ebenfalls als Grundsatz ausgestaltete Pflicht zu Losaufteilung hinaus im Sinne der mittelständischen Unternehmen zu gestalten (§ 7 II. 2. a.-b.). Hierzu gehören zum einen von der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens bis in die Zuschlagsebene hineinreichende mittelstandsgerechte Maßnahmen, mittels derer größenbedingte strukturelle Nachteile mittelständischer Unternehmen ausgeglichen werden sollen (§ 7 II. 2. c. aa.). Zum anderen zählen auch mittelstandsbevorzugende Maßnahmen, durch die über die Herstellung der Chancengleichheit hinaus mittelständische Interessen berücksichtigt werden können, dazu. Eine mittelstandsbevorzugende Auftragsvergabe löst aufgrund der Ungleichbehandlung aber gem. § 97 Abs. 2 GWB ein Rechtfertigungs- und Legitimationsbedürfnis aus, weil eine mittelstandsbevorzugende Vergabeverfahrensgestaltung neben dem eigentlichen Zweck der Bedarfsdeckung, weitere wirtschafts-, gesellschafts- und sozialpolitische Ziele und damit vergabefremde Ziele verfolgt und somit nicht auf § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB allein gestützt werden kann (§ 7 II. 2. c. bb.). Mittelständische Interessen können als vergabefremder – da mittelstandsbevorzugender – sozialer Aspekt auf Grundlage der Vergaberichtlinien und der nationalen Vergaberegelungen grundsätzlich gem. §§ 97 Abs. 2, 127 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB im Rahmen des Zuschlags und gem. §§ 97 Abs. 2, 128 Abs. 2 i.V.m. § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB als zusätzliche Bedingung für die Auftragsdurchführung berücksichtigt werden (§ 7 II. 2. d.-f.). Auch wenn es an einer rechtsverbindlichen Definition des Begriffs „sozialer Aspekt“ mangelt, legen die in den Richtlinien genannten beispielhaften Aufzählungen eine weite Begriffsbestimmung nahe, die unterschiedliche Bereiche abdeckt und sozial-, gesellschafts- und arbeitsmarktpolitisch motivierte Forderungen und somit auch mittelständische Interessen beinhaltet (§ 7 II. 2. e. cc.). Die weitere, für die Einbeziehung sozialer Aspekte, erforderliche Voraussetzung des Zusammenhangs mit dem Auftragsgegenstand ist ebenfalls erfüllt, da es um das den konkreten Auftrag ausführende Unternehmen geht (§ 7 II. 2. e. cc. [1]).

6. Grundsätzlich stellt die Mittelstandsförderung durch Vergaberechtsgestaltung und Vergaberechtspraxis keine offene oder verdeckte Diskriminierung, und damit kein Verstoß gegen die primärrechtlichen Grundfreiheiten, dar, weil sie nicht an die Staatsangehörigkeit anknüpft. Sofern der Mittelstandsförderung keine Regionalförderung immanent ist, kann es sich allenfalls um eine sonstige Beschränkung handeln, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses, d.h. durch nichtwirtschaftliche und nichtwirtschaftspolitische Interessen, gerechtfertigt sein kann (§ 8 I. 1.). Aufgrund der trägerneutralen und funktionalen Ausrichtung können die primärrechtlichen Wettbewerbsvorschriften eine Rolle spielen. Art. 101 AEUV ist zu beachten, wenn der Auftraggeber Bietergemeinschaften zulässt (§ 8 I. 3. a.). Eine Besonderheit auf nationaler Ebene stellt die Privilegierung der Mittelstandskartelle gem. § 3 GWB dar (§ 8 III. 3.). Da die Auftragsvergabe nicht nur der Bedürfnisbefriedigung des öffentlichen Auftraggebers, sondern vor allem auch der Erfüllung staatlicher Aufgaben dient, ist der wirtschaftliche Charakter der Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand nicht von vornherein ausgeschlossen, sodass der Staat und seine Untergliederung bei der Auftragsvergabe als Unternehmen i.S.d. Art. 102 AEUV angesehen werden können (§ 8 I. 3. b. aa.). Jedoch kommt eine marktbeherrschende Stellung i.S.d. Art. 102 AEUV nur für den Bereich in Betracht, in dem der öffentliche Auftraggeber über eine Monopolstellung verfügt (§ 8 I. 3. b. bb.). Die Auftragsvergabe ist nur dann eine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV, wenn die vom Auftraggeber zu erbringende Gegenleistung – ob mit oder ohne vergabefremden Kriterium – für die konkret angebotene Leistung marktunüblich ist (§ 8 I. 3. c.). Daneben ist der Auftraggeber an die in keinem Stufenverhältnis stehenden vergaberechtlichen Grundsätze gebunden, weshalb ein mittelstandsförderndes Vergabeverfahren die Grundsätze des Wettbewerbs, der Wirtschaftlichkeit, der Gleichheit und Transparenz im Blick haben muss (§ 8 II.). Seit dem 18. April 2016 gilt gem. § 97 Abs. 3 GWB zudem der Grundsatz zur Berücksichtigung strategischer Ziele bei der Beschaffung, wonach in jeder Phase des Vergabeverfahrens qualitative, soziale, umweltbezogene oder innovative (nachhaltige) Aspekte einbezogen werden sollen (§ 8 II. 6.). Des Weiteren ist der Auftraggeber bei der den fiskalischen Hilfstätigkeiten zugeordneten Auftragsvergabe an die Grundrechte gebunden (§ 8 III. 1. a.). Relevanz entfalten vor allem Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG (§ 8 III. 1. b.). Im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Art. 12 Abs. 1 GG im Vergabeverfahren ist zwischen dem Zugang zum vom Staat eröffneten Beschaffungsmarkt und dem Erfolg auf dem Beschaffungsmarkt zu differenzieren. Da der Staat durch das jeweilige Vergabeverfahren einen Sondermarkt eröffnet, schützt Art. 12 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Wettbewerbsfreiheit das Recht, Zugang zu diesem Sondermarkt zu erhalten, um sich konkurrenzwirtschaftlich betätigen und an diesem Wettbewerb teilnehmen zu können, ohne dass es hierfür der Konstruktion eines Teilhaberechts bedarf (§ 8 III. 1. c. aa. [1]). Eine Auftragssperre versagt dem potenziellen Bieter von vornherein den Zugang zum Markt, sodass die Auftragssperre einen – möglicherweise zwar gerechtfertigten – Eingriff in das von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Verhalten darstellt (§ 8 III. 1. c. aa. [2] [b] [bb]). Der Durchsetzungserfolg ist demgegenüber nicht vom Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG umfasst, weswegen ein unterbliebener Zuschlag, unabhängig davon, ob der Staat eine marktbeherrschende oder Monopolstellung innehat, kein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG darstellen kann (§ 8 III. 1. c. aa. [2]). Hinsichtlich des Erfolgs auf dem Markt und damit für die Auswahl- und Verteilungsentscheidung ist Art. 3 Abs. 1 GG relevant (§ 8 III. 1. e.). Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt nicht das Gebot der „neutralen“

Beschaffung, sodass die Mittelstandseigenschaft als Differenzierungskriterium bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens und der Verteilentscheidung dienen kann (§ 8 III. 1. e. aa.). Unter Heranziehung des Art. 3 Abs. 1 GG kann sich daher die Pflicht ergeben, innerhalb der sich aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG ergebenden Grenzen die faktischen Unterschiede zwischen den mittelständischen Unternehmen und den Großunternehmen auszugleichen oder mittelständische Unternehmen zu bevorzugen, um zwischen den Wirtschaftsteilnehmern des vom Staat eröffneten Beschaffungsmarktes eine Startchancengleichheit herzustellen (§ 8 III. 1. e. cc.). Bezüglich der Rechtfertigung kommt es darauf an, wie sich die Differenzierung im Einzelfall auswirkt; es besteht ein System abgestufter Rechtfertigungsanforderungen (§ 8 III. 1. e. bb.). Das haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot gem. Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG verlangt eine Relation zwischen dem definierten Ziel und dem eingesetzten Mittel. Hierbei spielt § 97 Abs. 4 GWB eine entscheidende Rolle, weil der Gesetzgeber die Gesetzesform nutzt, um auch politische Zielvorstellungen zu erreichen und damit die Wirtschaftlichkeit bewusst hinten anzustellen. Darüber hinaus können mögliche Verstöße gegen haushaltsrechtliche Grundsätze durch andere verfassungsrechtliche Belange gerechtfertigt werden (§ 8 III. 2.).

II. Unter Zugrundelegung der im zweiten Teil der Arbeit gefundenen Rechtsgrundlagen und Grenzen der Förderung mittelständischer Unternehmen im Vergabeverfahren ergeben sich im dritten Kapitel der Untersuchung folgende Möglichkeiten der Mittelstandsförderung durch Vergaberechtsgestaltung und Vergaberechtspraxis:

1. Die Vorschriften über die Bekanntmachung von Vergabeverfahren und der Veröffentlichung einer Vorinformation sind zwar nicht gezielt mittelstandsspezifisch, kommen aber vor allem den mittelständischen Unternehmen zugute. Daher sollte die Möglichkeit der Vorinformation verpflichtend in allen Vergabebereichen verankert werden (§ 9 III.). Erleichterungen im Bereich der Kommunikation schaffen die Richtlinien 2014 und das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016, insbesondere für die mittelständischen Unternehmen, durch die verpflichtende Einführung der E-Vergabe im engeren Sinne, wodurch Versand- und Kopierkosten eingespart und personelle Ressourcen geschont werden (§ 9 I. 3.). Im Unterschwellenbereich sollte ein einheitliches und für alle Vergabebereiche geltendes Sucherportal eingerichtet werden sowie die Einführung der E-Vergabe und die Nutzung einer einheitlichen standardisierten Software verpflichtend sein (§ 9 II.).

2. Der Auftraggeber kann den gewünschten Bewerberkreis erhöhen, indem er mittelständische Unternehmen bevorzugt zur Angebotsabgabe bzw. zur Abgabe eines Teilnahmeantrages auffordert (§ 10 IV. 1.). In der jeweils zweiten Phase des nicht offenen Verfahrens, des Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb bzw. der Dialogphase (sog. Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb) verstößt hingegen eine bevorzugte Aufforderung mittelständischer Unternehmen zur Angebotsabgabe gegen den Wettbewerbsgrundsatz, das Diskriminierungsverbot, Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG und ist demnach unzulässig (§ 10 IV. 1. a. bb. [2] [a]). Gleiches gilt für die Einführung einer dem § 118 GWB bzw. dem § 141 SGB XI vergleichbaren Regelung, wonach bestimmte

Aufträge den mittelständischen Unternehmen vorbehalten werden könnten (§ 10 IV. 1. b.). Ebenso wenig ist eine Verringerung des unerwünschten Bieterkreises, indem die mangelnde Zugehörigkeit zum Mittelstand als Ausschlussgrund konzipiert wird, möglich (§ 10 IV. 2.). Als Maßnahme einer mittelstandsgerechten Verfahrensausgestaltung kann der Auftraggeber in der zweiten Phase der Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb jedoch gem. § 97 Abs. 4 Satz 1 GG mittelständische Unternehmen in angemessenem Umfang zur Angebotsabgabe auffordern (§ 10 IV. 1. a. bb. [2] [b]). Da es im Bereich unterhalb der Schwellenwerte an einer dem § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB entsprechenden Regelung fehlt, ist die Einführung einer für alle Vergabearten und Bereiche geltenden Verpflichtung dieser Art empfehlenswert (§ 10 IV. 1. a. bb. [2] [c]).

3. Auftraggeber können sich zu einer zentralen Beschaffungsstelle zusammenschließen, welche als dritte Person für andere öffentliche Auftraggeber Einkäufe tätigt oder Aufträge vergibt (§ 11 I.), sowie ad-hoc im Wege der Sammelbeschaffung mit anderen Auftraggebern eine weniger institutionalisierte Einkaufskooperation gründen (§ 11 II.). All diese Zusammenschlüsse stehen nicht unter dem Vorbehalt der dezentralen Beschaffung (§ 11 III. 1.). Da der Einkaufsbündelung aber ein erhebliches Gefährdungspotenzial für den Zugang mittelständischer Unternehmen zum Beschaffungsmarkt anhaftet, stehen sie gem. § 97 Abs. 4 GWB unter dem Vorbehalt der mittelstandsgerechten Auftragsvergabe (§ 11 III. 2.). Die Richtlinien sehen einen vergleichbaren Vorbehalt der Nachfragebündelung und eine Pflicht zur Losaufteilung nicht vor, sodass die Richtlinien diese mittelstandsspezifische Gefährdungslage unberücksichtigt lassen (§ 11 IV.).

4. Auf Auftragnehmerseite können sich ebenfalls mehrere Unternehmen zur gemeinsamen Planung, Angebotsabgabe und Auftragsdurchführung zu sog. Bietergemeinschaften zusammenschließen. Nach neueren Rechtsprechungstendenzen waren derartige Kooperationen zunächst grundsätzlich gem. § 1 GWB kartellrechtswidrig und eine Verabredung zu einer Bietergemeinschaften nur wettbewerbsunschädlich, sofern die beteiligten Unternehmen ein jedes für sich in objektiver Hinsicht bezüglich des konkreten Auftrages nicht leistungsfähig sind und der Zusammenschluss in subjektiver Hinsicht wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig ist (§ 12 II. 2.). Die pauschale Vorverurteilung der Kartellrechtswidrigkeit einer Bietergemeinschaft verkehrte aber das bestehende Regel-Ausnahme-Verhältnis ins Gegenteil (§ 12 II. 3. a.), unterlies die für die Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit erforderliche Marktanalyse (§ 12 II. 3. b.) und führte eine verschärfte zweistufige Zulässigkeitsprüfung ein, die nicht praxisgerecht und redundant war (§ 12 II. 3. c.). Die hinter der Einführung der zweistufigen Zulässigkeitsprüfung stehende Tendenz der verschärften Nachweisführung ist nur für den Fall zu begrüßen, dass sich an der Bietergemeinschaft in Bezug auf den konkreten Auftrag mindestens ein objektiv leistungsfähiges Unternehmen beteiligt, weil nur dann ein konkretes Verdachtsmoment der Wettbewerbswidrigkeit besteht (§ 12 II. 3. b. dd.). Indes war der Vorgehensweise der neueren Rechtsprechungslinie, wonach die Kartellrechtswidrigkeit nur entfällt, wenn das objektive und subjektive Kriterium zusammen erfüllt sind, auch bei Vorliegen des Verdachtsmoments nicht in vollem Umfang zuzustimmen. Da die an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen lediglich in einer potenziellen Wettbewerbsbeziehung stehen (§ 12 II. 3. b. aa. [2]), darf die Heranziehung der subjektiv-

unternehmerischen Entscheidung, sich an dem jeweils relevanten Markt eigenständig beteiligen zu wollen, nicht vom Vorliegen der objektiven Leistungsunfähigkeit abhängig gemacht werden. Des Weiteren führte die verschärfte zweistufige Zulässigkeitsprüfung zu widersprüchlichen Ergebnissen und per se zur Kartellrechtswidrigkeit von Bietergemeinschaften, an denen sich mindestens ein objektiv leistungsfähiges Unternehmen beteiligte, ohne dass sich die Bietergemeinschaft vom Verdacht der Kartellrechtswidrigkeit exkulpieren konnte (§ 12 II. 3. c.). Dies ist nicht mittelstandsgerecht, weil die Beteiligung an einer Bietergemeinschaft vor allem für mittelständische Unternehmen eine Möglichkeit ist, sich an Vergabeverfahren größeren Volumens zu beteiligen; unter Umständen kann sie den mittelständischen Unternehmen sogar erst die Teilnahme am Vergabeverfahren eröffnen. Insofern ist es zu begrüßen, dass die jüngeren Entscheidungen der Gerichte bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Bietergemeinschaften diese Differenzierung nunmehr wieder aufgegeben und klargestellt haben, dass eine Verabredung zu einer Bietergemeinschaft aus objektiven oder subjektiven Gründen kartellrechtlich unbedenklich sein kann, etwa weil die Unternehmen nicht in der Lage wären, den konkreten Auftrag eigenständig zu erfüllen oder – alternativ – zwar in der Lage wären, der Zusammenschluss aber dennoch objektiv wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig ist (§ 12 II. 3. b. dd., § 12 II. 4.).

Eine vergaberechtlich relevante Änderung in der Zusammensetzung der Bietergemeinschaften – ob insolvenzbedingt oder nicht –, die zum Ausschluss der Bietergemeinschaft vom Vergabeverfahren führen kann, liegt vor, wenn sich durch den Austritt eines Mitgliedes, das Hinzutreten eines Mitgliedes oder den Austausch eines Mitgliedes die rechtliche Identität der Bietergemeinschaft ändert (§ 12 IV. 2. a.-b.). Führt der Bestandswechsel nicht zur Änderung der rechtlichen Identität, muss der Auftraggeber die Eignung der Bietergemeinschaft grundsätzlich erneut prüfen. Die Bietergemeinschaft ist allerdings wegen Umgehung der Eignungsprüfung auszuschließen, wenn sich an der Bietergemeinschaft fortan ein Unternehmen beteiligt, das aufgrund mangelnder Eignung bereits ausgeschlossen wurde oder am Teilnahmewettbewerb nicht teilgenommen hat (§ 12 IV. 2. c.). Ein Ausschluss der Bietergemeinschaft anlässlich einer Mehrfachbeteiligung ist nur gerechtfertigt, wenn ein tatsächlicher Verstoß gegen den Geheimwettbewerb vorliegt (§ 12 IV. 3.). Die Pflicht zur Losaufteilung und die Möglichkeit der Zulassung von Bietergemeinschaften stehen in keinem Alternativverhältnis (§ 12 V.).

5. Wegen der Pflicht zur mittelstandsgerechten Auftragsvergabe gem. § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB und der aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Verpflichtung, allen interessierten Wirtschaftsteilnehmern an dem vom Staat eröffneten Sondermarkt die gleichen Startchancen einzuräumen, sind die Nachweisanforderungen für mittelständische Unternehmen in Bezug auf die Leistungsfähigkeit und die Fachkunde an diese anzupassen (§ 13 IV.). Eine Bevorzugung mittelständischer Unternehmen im Rahmen der Eignung oder die Gewährung einer Kostenentschädigung für die Erstellung der Angebote und das Einreichen der Eignungsnachweise ist hingegen nicht möglich (§ 13 V.). Als Mittel der Nachweisführung stehen den Wirtschaftsteilnehmern Eigenerklärungen, die Einheitliche Europäische Eigenerklärung, die Vorlage von Einzelnachweisen und die Präqualifizierung zur Verfügung (§ 13 III.). Eigenerklärungen können – müssen aber nicht – in Form der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung abgegeben werden (§ 13 III. 1. b. aa.). Da die Eigenerklärung und die

Einheitliche Europäische Eigenerklärung lediglich vorläufige Nachweise der Eignung sind, muss sich der Auftraggeber für die endgültige Eignungsprüfung weitere Unterlagen von den Bietern vorlegen lassen. Bei der Umsetzung der Richtlinien 2014 hat der nationale Gesetz- und Verordnungsgeber die Forderung der Vorlage zusätzlicher aktualisierter Unterlagen – entsprechend der Richtlinien – auf die Bieter beschränkt, denen der Zuschlag tatsächlich erteilt werden soll. Interessengerechter wäre es gewesen, wenn er diese Forderung auch auf die Bieter, die in die engere Wahl kommen, erstreckt hätte (§ 13 III. 1. b. cc.). Die Forderung zusätzlicher Unterlagen erübrigt sich, wenn der Auftraggeber die geforderten Informationen oder Bescheinigungen unter anderem direkt über eine gebührenfreie nationale Datenbank oder aus einem Präqualifizierungssystem erhalten kann oder er bereits im Besitz der Unterlagen ist. Diese Vorgehensweise gilt für alle Formen der Eigenerklärung und ist nicht auf die Einheitliche Europäische Eigenerklärung beschränkt. Daher sollte § 48 VgV wie folgt geändert und § 50 VgV gestrichen werden (§ 13 III. 1. b. dd.):

„(1) In der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung ist neben den Eignungskriterien ferner anzugeben, mit welchen Unterlagen (Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen und sonstige Nachweise) Bewerber oder Bieter ihre Eignung gemäß den §§ 43 bis 47 VgV und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zu belegen haben.

(2) Der öffentliche Auftraggeber fordert als vorläufigen Beleg grundsätzlich die Vorlage von Eigenerklärungen an. Diese können in Form der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung erfolgen.

(3) Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung ist in der Form des Anhangs 2 der Durchführungsverordnung der Kommission (EU) Nr. 7/2016 vom 5. Januar 2016 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (ABI L 3 vom 6.1.2016, S. 16) zu übermitteln. Bewerber oder Bieter können eine bereits bei einer früheren Auftragsvergabe verwendete Einheitliche Europäische Eigenerklärung wiederverwenden, sofern sie bestätigen, dass die darin enthaltenen Informationen weiterhin zutreffend sind

(4) Der öffentliche Auftraggeber kann bei Übermittlung einer Eigenerklärung, unabhängig von ihrer Form, Bewerber oder Bieter jederzeit während des Verfahrens auffordern, sämtliche oder einen Teil der nach den §§ 44 bis 49 VgV geforderten Unterlagen beizubringen, wenn dies zur angemessenen Durchführung des Verfahrens erforderlich ist. Spätestens vor der Zuschlagserteilung fordert der öffentliche Auftraggeber die Bieter, die in die engere Wahl kommen, auf, die geforderten Unterlagen beizubringen.

(5) Ungeachtet von Absatz 4 müssen Bewerber oder Bieter keine Unterlagen beibringen, sofern und soweit die zuschlagerteilende Stelle

1. die Unterlagen über eine für den öffentlichen Auftraggeber kostenfreie Datenbank innerhalb der Europäischen Union, insbesondere im Rahmen eines Präqualifikationssystems, erhalten kann oder

2. bereits im Besitz der Unterlagen ist.

[...].“

Eine geschickte Verschränkung der Eigenerklärung mit der bereits im nationalen Recht und in der nationalen Praxis durchgeführten Präqualifizierung kommt aufgrund der damit einhergehenden Reduzierung des Kosten- und Verwaltungsaufwands vor allem den mittelständischen Unternehmen zugute und sorgt für entsprechende Erleichterungen im Rahmen der Eignungsprüfung (§ 13 III. 2. b., VI.). In diesem Zusammenhang sollte die in der nationalen Praxis bestehende Differenzierung zwischen der Nachweisführung im Wege der PQ-VOL und PQ-VOB-Urkunde aufgegeben werden (§ 13 III. 2. b.).

6. Der Hauptauftragnehmer kann zum einen bei der Ausführung der konkreten Leistung dritte Unternehmen (sog. Nachunternehmer) heranziehen. Zum anderen kann der Auftragnehmer sich, um seine Eignung nachzuweisen, auf die Ressourcen dritter Unternehmen berufen, ohne den Dritten in die Auftragsdurchführung einzubeziehen (sog. Eignungsleihe). Zudem kann der Auftragnehmer beide Möglichkeiten kombinieren (sog. qualifizierter Nachunternehmer). Da die bis zum 17. April 2016 geltenden Vergaberegeln weder zwischen der Nachunternehmerschaft und der Eignungsleihe differenzierten noch konkrete Aussagen über den Zeitpunkt der Benennung der Nachunternehmer, der Vorlage erforderlicher Eignungsnachweise und der Verfügbarkeitserklärung enthielten, drohte den Auftragnehmern, die sich zum Nachweis ihrer Eignung auf die Ressourcen Dritter beriefen und/oder Nachunternehmer einsetzten, in der Praxis mitunter der Ausschluss vom Vergabeverfahren, wenn sie die Angaben, Erklärungen und Nachweise nicht mit Abgabe des Angebotes oder des Teilnahmeantrages vorlegten. Dies war nicht mittelstandsfreundlich, da mittelständische Unternehmen nicht selten als Nachunternehmer fungieren oder sich der Eignung anderer Unternehmen bedienen (§ 14 II.). Mit Ausnahme der VOB/A nutzte der Verordnungsgeber erfreulicherweise die Vergaberechtsmodernisierung 2016 und regelte die Nachunternehmerschaft und die Eignungsleihe jeweils eigenständig in § 36 VgV und § 47 VgV bzw. § 34 SektVO und § 47 SektVO sowie § 25 KonzVgV und § 33 KonzVgV, welche die jeweiligen Spezifika beider Instrumente berücksichtigen und die Zeitpunkte der Vorlage entsprechender Nachweise und Verfügbarkeitserklärungen benennen (§ 14 II. 1.-3.). Im Bereich oberhalb der Schwellenwerte ist die Nachunternehmerschaft unbegrenzt möglich, sodass der Hauptauftragnehmer den gesamten Auftrag auf dritte Unternehmen übertragen kann. Als Hauptauftragnehmer können somit Alleinunternehmer, Generalübernehmer und Generalunternehmer in Betracht kommen. Die Vergabe an einen Generalunternehmer oder -übernehmer stellt aber eine Gesamtfachlosvergabe dar, sodass wirtschaftliche und/oder technische Gründe eine Gesamtfachlosvergabe erfordern müssen (§ 14 I. 3. a. aa.). Im Bereich unterhalb der Schwellenwerte kann der Auftraggeber die Generalübernehmervergabe ausschließen und eine Selbstausführungsquote festlegen, soweit am Auftrag kein grenzüberschreitendes Interesse besteht (§ 14 I. 3. a. bb.). Die Eignungsleihe ist ebenfalls grundsätzlich unbeschränkt möglich. Sofern es sich um kritische Aufgaben handelt, kann der Auftraggeber vorschreiben, dass ein einziger Wirtschaftsteilnehmer die Mindestanforderungen hinsichtlich einer bestimmten Kapazität erfüllen muss und sich hierbei nicht auf die Ressourcen Dritter berufen kann (§ 14 I. 4.). Aufgrund dessen ist die in § 47 Abs. 5 VgV bzw. § 47 Abs. 5 SektVO gewählte Formulierung der „Selbstausführung“ missverständlich, da sie den Eindruck erweckt, eine Generalübernahme wäre unzulässig (§ 14 II. 3.). Die Möglichkeit der Eignungsleihe und die Zulassung von Nachunternehmern und Bietergemeinschaften ersetzt die mittelstandsge-

rechte Verfahrensausgestaltung gem. § 97 Abs. 4 Sätze 1 und 2 GWB im Übrigen nicht (§ 14 IV.).

7. Die Losaufteilung ist das wichtigste Instrument der mittelstandsgerechten Auftragsvergabe und stellt keinen Verstoß gegen höherrangiges Recht dar. Sie erweitert den Wettbewerb (§ 15 III. 3. a.), stellt Startchancengleichheit her (§ 15 III. 3. b.) und führt nicht zuletzt auch insgesamt zu einer wirtschaftlicheren Vergabe (§ 15 III. 3. c., 4.). § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB ist in seiner seit dem 24. April 2009 geltenden Fassung ein vergaberechtlicher Grundsatz, wonach Aufträge in quantitative Teil- und/oder in qualitative Fachlose zu teilen sind (§ 15 II. 1.). Demgegenüber stellen die Vergaberichtlinien die Einführung der Losaufteilung gem. Art. 46 RL 2014/24/EU in das Ermessen der Mitgliedstaaten, weshalb sie hinter ihrem verfolgten Ziel, den Zugang der KMU zum Vergabeverfahren zu verbessern, zurück bleiben (§ 15 I. 1.). Für Art und Umfang der jeweiligen Fachlose sind die konkreten Marktstrukturen und die Praxistauglichkeit entscheidend (§ 15 II. 3. a.). Im Hinblick auf den Umfang der einzelnen Teillose bringt die „Zauberformel“ des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie fortan Sicherheit, da sie den Auftraggebern eine Orientierungshilfe an die Hand gibt. Der Formel kommt jedoch keine Bindungswirkung zu (§ 15 II. 3. b. bb.). § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB prägt die Entscheidung des Auftraggebers vor, sodass der Auftraggeber hinsichtlich der Entscheidung, von der Losaufteilung abzusehen, keinen Beurteilungsspielraum hat (§ 15 II. 4. a.). Genauso wenig spielen übergeordnete, mit der Beschaffung verfolgte Zwecke eine Rolle, da sie das in § 97 Abs. 4 Sätze 2 und 3 GWB bestehende Regel-Ausnahme-Verhältnis ins Gegenteil verkehren (§ 15 II. 2.). Ein Absehen von der Losvergabe ist gem. § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB nur möglich, wenn technische und/oder wirtschaftliche Gründe eine Gesamtvergabe erzwingen, weil die Losvergabe aus objektiver Sicht nicht (mehr) gerechtfertigt wäre (§ 15 II. 4. a.). In Bezug auf die wirtschaftlichen Gründe müssen die Kosten der Losvergabe die der Gesamtvergabe unverhältnismäßig übersteigen. Ein mit der Losvergabe typischerweise entstehender Koordinierungsmehraufwand ist bis zur Grenze des Zumutbaren hinzunehmen. Eine starre Prozentgrenze gibt es nicht. Allerdings steigen die Begründungsanforderungen, desto kleiner die Prozentgröße der Kostensteigerung (§ 15 II. 4. d.). Ein Festhalten an der Losaufteilung trotz Kostensteigerungen ist demgemäß bis zur Schwelle der Unverhältnismäßigkeit auch unter beihilferechtlichem (§ 15 III. 1. b.) und haushaltsrechtlichem Blickwinkel zulässig (§ 15 III. 4.).

8. Eine Angebots- und/oder Zuschlagsloslimitierung ist zur Wahrung des Mittelstandschutzes zulässig und vom Pflichtenumfang des § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB umfasst (§ 16 III. 2). Eine Pflicht zur Limitierung besteht hingegen nicht (§ 16 III. 2. b.). Die Limitierung hält sich an den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz im engeren Sinne (§ 16 IV. 4. c.) und stellt keinen verschleierte Ausschlussgrund dar (§ 16 IV. 4. d.). Solange die Grenzwerte der De-Minimis-Verordnung eingehalten sind, stößt die Limitierung nicht auf beihilferechtliche Bedenken (§ 16 IV. 1. b.). Da die mit der Loslimitierung einhergehenden Folgen alle Wirtschaftsteilnehmer, unabhängig ihrer Herkunft und ihrer Größenordnung, treffen, liegt kein Gleichheitsverstoß vor (§ 16 IV. 4. b.). Eine zugunsten des Mittelstandes vorgenommene Limitierung verhilft dem Wettbewerbsgrundsatz umfassend zur Geltung, weil sie wegen des Ausgleichs der Nachteile mittelständischer Unternehmen auf dem Beschaffungsmarkt der Nutzbarmachung

aller Marktkräfte und damit der langfristigen Sicherstellung des Wettbewerbs dient (§ 16 IV. 4. a.). Hierbei muss der Auftraggeber aber analysieren, ob es für den jeweils infrage stehenden Auftrag tatsächlich einen für mittelständische Unternehmen relevanten Markt gibt. Bislang fehlten Vorschriften bezüglich der Loslimitierung. Auf Grundlage des Art. 46 Abs. 2 RL 2014/24/EU wurden auf nationaler Verordnungsebene mit § 30 Abs. 1 und 2 VgV und § 5 Abs. 2 VOB/A Normen geschaffen, die das Vorgehen bei einer Loslimitierung regeln und die Loslimitierung ausdrücklich in den Dienst der Mittelstandsförderung stellen (§ 16 II.).

9. Schreibt der Auftraggeber den Auftrag in Losen aus und eröffnet die Möglichkeit, für mehr als ein Los Angebote einreichen zu können, offerieren die Bieter mitunter für den Fall der Mehrfachbezuschlagung bedingte Preisnachlässe (§ 17 I.). Eine losübergreifende Wertung in Form des Gesamtsummenvergleichs (§ 17 II. 3. c.) ist nur möglich, wenn der Auftraggeber eine Parallelausschreibung vornimmt und dies in den Ausschreibungsunterlagen durch die Erklärung des Vorbehalts der Gesamtvergabe bzw. durch die Aufforderung, bedingte Preisnachlässe für den Fall der Mehrfachbezuschlagung anzugeben, und der Bekanntgabe, welche Lose oder Losgruppen miteinander kombiniert werden können, kenntlich macht. Die Angabe, Angebote für ein, mehrere oder alle Lose einreichen zu können, genügt nicht (§ 17 II. 3. b.). Um den Grundsatz der Mittelstandsförderung, der Losaufteilung und die engen Ausnahmetatbestände für das Absehen von der Losaufteilung nicht zu umgehen, ist die Parallelausschreibung nur zulässig, wenn der Auftraggeber ein berechtigtes Interesse daran hat, weil es ihm nur im Wege der Parallelausschreibung möglich ist, den Nachweis für das Vorliegen der die Gesamtvergabe rechtfertigender Gründe zu führen (§ 17 II. 3. a. aa., b. aa.). Liegen diese Voraussetzungen vor, stellt die Parallelausschreibung einen interessen- und praxisgerechten Ausgleich zwischen den Vergabegrundsätzen der Gleichbehandlung, Losaufteilung, dem Mittelstandsschutz und der Wirtschaftlichkeit dar (§ 17 II. 3. a. bb.). Mangelt es an einer der Voraussetzungen, muss der Auftraggeber die Angebote losweise werten. Die Berücksichtigung eines dennoch angebotenen bedingten Preisnachlass darf nicht dazu führen, dass der günstigste Bieter in einem Los durch einen günstigen Rabatt eines Bieters in einem oder mehreren anderen Losen ausgeglichen wird; es sei denn die Einzelangebote des Bieters für die in der Loskombination enthaltenen Lose stellen aufgrund des bedingten Preisnachlasses das jeweils wirtschaftlich günstigste Angebot dar (§ 17 II. 4.). Auf Grundlage des Art. 46 Abs. 3 RL 2014/24/EU und unter Heranziehung des Erwägungsgrundes 79 RL 2014/24/EU wurden auf nationaler Verordnungsebene mit § 30 Abs. 3 VgV, § 27 Abs. 3 SektVO und § 5 Abs. 2 Nr. 3 UAbs. 3 EU VOB/A Normen geschaffen, die sich mit den verfahrenstechnischen Voraussetzungen der Parallelausschreibung auseinandersetzen. Diese eins-zu-eins Umsetzung der Richtlinien fügt sich indes nicht ohne weiteres in die nationalen Regelungen zur Losaufteilungspflicht ein, da sie den Anschein erweckt, eine nachträgliche, im Rahmen der Wertung erfolgende Gesamtvergabe mehrerer oder aller Lose sei stets möglich, ohne dass eines für die Durchführung der Parallelausschreibung erforderlichen berechtigten Interesses des Auftraggebers bedarf. Daher sollte der Ordnungsgeber § 30 Abs. 3 VgV, § 27 Abs. 3 SektVO und § 5 Abs. 2 Nr. 3 UAbs. 3 EU VOB/A folgendermaßen klarstellend formulieren (§ 17 III.):

„Um festzustellen, ob die Angebote der Wirtschaftsteilnehmer für mehrere oder alle Lose die Zuschlagskriterien in Bezug auf diese Lose als Ganzes besser erfüllen als

die Angebote für die betreffenden einzelnen Lose für sich genommen, muss der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbetätigung angeben, dass er sich diese Möglichkeit, den Auftrag über mehrere oder alle Lose zu vergeben, vorbehält und die Lose oder Losgruppen angeben, die kombiniert werden können.“

10. Gem. Art. 67 Abs. 1 RL 2014/24/EU ist der Zuschlag auf das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis zu erteilen (§ 18 I.). Da die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes grundsätzlich nicht auf monetäre Kriterien beschränkt ist und demzufolge weitere, auch vergabefremde Aspekte berücksichtigt werden können, sofern sie mit dem Auftragsgegenstand im Zusammenhang stehen, wirkt sich die Heranziehung des Wirtschaftlichkeitskriterium im Rahmen des Zuschlags zugunsten der mittelständischen Unternehmen aus (§ 18 IV.). Dennoch aber schließt das Wirtschaftlichkeitsgebot es nicht aus, dass der Auftraggeber als Zuschlagskriterium weiterhin den günstigsten Preis wählt. In dieser Hinsicht hat der deutsche Gesetzgeber die ihm gem. Art. 67 Abs. 2 UAbs. 3 RL 2014/24/EU eingeräumte Möglichkeit, die Heranziehung des Preises als alleiniges Zuschlagskriterium auszuschließen, leider nicht umgesetzt. Für mittelständische Unternehmen ist dies insofern nachteilig, als dass ihre Chance, den Auftrag zu erhalten, sinkt, wenn der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wird (§ 18 III.). Wählt der Auftraggeber das Wirtschaftlichkeitskriterium kann die Mittelstandszugehörigkeit als sozialer Aspekt grundsätzlich Eingang auf die Wertungsebene finden (§ 18 II.) und zur Bevorzugung mittelständischer Unternehmen im Rahmen der Zuschlagsentscheidung führen. Mangels Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht und mangels Bestehen einer zu den Werkstätten für behinderte Menschen vergleichbaren Situation, können mittelständische Unternehmen den Zuschlag zwar auch dann nicht erhalten, wenn ihr Angebotspreis den des wirtschaftlichsten Bieters um nicht mehr als 15 vom Hundert übersteigt (§ 18 IV. 1.). Demgegenüber ist einem mittelständischen Unternehmen bei einer vollkommenen wirtschaftlichen Gleichwertigkeit der Angebote der Vorzug zu geben. Dies stellt zwar eine mittelstandsbevorzugende Maßnahme dar, die sich aber im Rahmen der primär-, verfassungs- und vergaberechtlichen Vorgaben hält (§ 18 IV. 2.).

11. Die Verpflichtung des § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB bezieht sich auf alle Auftragsvergaben und nicht nur auf die Vergabe von ÖPP-Projekten (§ 19 II. 1.). Im Hinblick auf die vom Auftraggeber an den Hauptauftragnehmer für den Fall der Weitergabe von Leistungen an Nachunternehmer weiterzureichenden mittelstandsspezifischen Verpflichtungen hat § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB keinen abschließenden Charakter und erstreckt sich über die Losaufteilungspflicht hinaus auf § 97 Abs. 4 Satz 1 bis 3 GWB insgesamt, sodass eine Pflicht zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen als solcher, besteht (§ 19 I.). Trotz der weiten Einsatzmöglichkeiten beschränkt sich der Anwendungsbereich des § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB in der Praxis nur auf Untervergaben im Rahmen von ÖPP-Projekten. Bezüglich der übrigen Vergaben geht er, mit Ausnahme der Verpflichtung, zwischen dem Auftragnehmer und dem Nachunternehmer keine ungünstigeren Vertragsbedingungen zu vereinbaren, als zwischen dem Hauptauftragnehmer und dem Auftraggeber, ins Leere, weil es sich um an den Hauptauftragnehmer vertraglich weitergereichte Verpflichtungen handelt, die er erst mit Zuschlagserteilung beachten muss. Zu diesem Zeitpunkt stehen die Nachunternehmer bereits

fest (§ 19 II. 2.). Aufgrund des geringen Anwendungsbereichs des § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB wäre eine Regelung wünschenswert, wonach in den Vergabeunterlagen unter anderem festzuhalten ist, dass die Bieter für den Fall der Weitergabe von Leistungsteilen oder der Leistung mittelständische Interessen in angemessenem Umfang berücksichtigen und mittelständische Unternehmen in angemessenem Umfang beteiligen sollen, soweit die vertragsgemäße Ausführung dem nicht entgegensteht. Eine solche Regelung würde alle Auftragsformen, bei denen Nachunternehmer eingesetzt werden, umfassen und bezieht sich auf die Zeiträume vor und nach Zuschlagserteilung (§ 19 II. 3.). Allerdings ist eine Verankerung einer solchen, auch vor Zuschlagserteilung greifenden Verpflichtung – unabhängig von ihrem mit höherrangigem Recht vereinbaren (§ 19 IV.) mittelstandsbevorzugenden Charakter (§ 19 III.) – im derzeitigen vergaberechtlichen Regelungsgefüge nicht umsetzbar, weil die Einhaltung der Verpflichtung nicht überprüft werden kann. Eine Ausgestaltung der Pflicht als obligatorischer oder fakultativer Ausschlussgrund scheidet aus, da die Richtlinien die Ausschlussgründe abschließend regeln. Eine Berücksichtigung bei der Zuschlagsentscheidung ist ebenfalls nicht möglich. Denn die Versicherung der Bieter, der Verpflichtung nachgekommen zu sein, ist nur ein reines Lippenbekenntnis. Daneben ist eine Bevorzugung der Bieter, die mittelständische Unternehmen als Nachunternehmer eingesetzt haben, unzulässig (§ 19 V. 2.). Demnach muss es bei der Formulierung des § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB sowie den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften bleiben und die Bieter können nur für den Zeitraum nach Zuschlagserteilung verpflichtet werden, für den Fall der Weitergabe von Leistungen oder Leistungsteilen an Nachunternehmer, mittelständische Interessen zu berücksichtigen. Bei den nach Zuschlagserteilung geltenden, auf Grundlage des § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB sowie den landesrechtlichen Normen weitergereichten Verpflichtungen zugunsten mittelständischer Unternehmen, handelt es sich um eine mit höherrangigem Recht vereinbare mittelstandsbevorzugende Maßnahme in Form einer zusätzlichen Bedingung für die Auftragsdurchführung gem. § 128 Abs. 2 GWB. Sie finden als vergabefremder Aspekt gem. §§ 97 Abs. 2, 128 Abs. 2 i.V.m. § 97 Abs. 4 GWB Eingang ins Vergabeverfahren (§ 19 V. 1.).

12. § 16 Abs. 6 VOB/B sieht vor, dass der Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen zu Direktzahlungen an den Nachunternehmer berechtigt ist, wenn der Hauptauftragnehmer in Zahlungsverzug ist (§ 20 I.). Andererseits ist eine unter Berufung auf § 16 Abs. 6 VOB/A vorgenommene Zahlung im Insolvenzfall des Hauptauftragnehmers nicht insolvenzfest und kann vom Insolvenzverwalter gem. der §§ 131 ff. InsO angefochten werden, sodass die Direktzahlung des Auftraggebers für den Nachunternehmer eine Anfechtungsfalle darstellt (§ 20 II.). Effektive Möglichkeiten, der Anfechtungsfalle zu entkommen, existieren kaum (§ 20 III.). Da im Baubereich häufig mittelständische Unternehmen als Nachunternehmer eingesetzt werden, ist dem § 16 Abs. 6 VOB/B eine mittelstandsfeindliche Tendenz nicht abzuspüren. Aus diesem Grund sollte die Regelung des § 16 Abs. 6 VOB/B auf Grundlage des Art. 71 Abs. 7 RL 2014/24/EU wie folgt geändert und den Nachunternehmern über den Baubereich hinaus ein direkter Zahlungsanspruch gegen den Auftraggeber eingeräumt werden, sodass die vom Auftraggeber geleistete Zahlung kongruent wird, dadurch unter dem strengeren Anfechtungsregime des § 130 InsO stünde und die Privilegierung des § 142 InsO zum Tragen kommen kann (§ 20 IV.):

„Abschlagszahlungen sind auf Antrag in möglichst kurzen Zeitabständen oder zu den vereinbarten Zeitpunkten entweder dem Auftragnehmer oder an seine zur Erbringung der Leistung eingesetzten Nachunternehmer, und zwar in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenden Umsatzsteuerbetrages, zu gewähren. [...] Zahlt der Auftraggeber an die Nachunternehmer des Auftragnehmers, erfolgt dies unter Anrechnung auf die jeweiligen Verbindlichkeiten der Nachunternehmer gegenüber dem Auftragnehmer.“

III. Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Mittelstandsförderung ein durch das Vergabeverfahren zu verwirklichendes Ziel ist. Hinsichtlich des „Ob“ der Förderung halten die Vergaberechtsregelungen verschiedene Vorschriften und Impulse bereit. In der Praxis bestehen jedoch mitunter Schwierigkeiten im Hinblick auf das „Wie“. Unter Heranziehung mittelstandsspezifischer Gefährdungslagen im Vergabeverfahren hat die vorliegende Arbeit die wichtigsten, bereits vorhandenen Lösungsmöglichkeiten der Mittelstandsförderung im Vergabeverfahren auf Tauglichkeit und Vereinbarkeit mit dem europäischen Primär- und Sekundärrecht, den Vergabegrundsätzen und den nationalen verfassungs- sowie haushaltsrechtlichen Anforderungen untersucht und auf dieser Grundlage weitergehende Lösungsvorschläge entwickelt. Hierbei finden sich vor allem rechtlich zulässige Stellschrauben, die es den mittelständischen Unternehmen erlauben, im größeren Umfang am Vergabeverfahren zu partizipieren. Eine geschickte Verbindung der einzelnen Maßnahmen trägt zu einer größtmöglichen zulässigen Förderung mittelständischer Unternehmen und der Berücksichtigung ihrer Interessen im Vergabeverfahren bei. Hierbei ist zu beachten, dass sich die einzelnen mittelstandsspezifischen Maßnahmen im Vergabeverfahren nicht überholen und in keinem Stufen- oder Alternativverhältnis zu einander stehen. Stattdessen ergänzen sie sich gegenseitig, weshalb die Auftraggeber in der Praxis den Instrumentenkasten der ihnen zur Verfügung stehenden mittelstandsspezifischen Fördermaßnahmen kreativer ausschöpfen sollten. Vor allem § 97 Abs. 4 GWB eröffnet ein weites Anwendungsfeld und ermöglicht es, über die Losaufteilung hinaus weitere Maßnahmen zu ergreifen. Anliegen der Mittelstandsförderung im Vergabewesen ist es nicht, andere Unternehmen aus dem Markt zu drängen. Vielmehr gilt es, die verschiedenen Möglichkeiten so auszuschöpfen, dass ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen besteht.

LITERATUR- UND QUELLENVERZEICHNIS

- Ahner, Björn*, Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand im Spannungsverhältnis zwischen Kartellrecht, Grundfreiheiten und Grundrechten, Jena 2010 (zitiert als: *Ahner*, Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand).
- Andres, Dirk/Leithaus, Rolf* (Hrsg.), Insolvenzordnung, Kommentar, 3. Aufl. München 2014 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Andres/Leithaus [Hrsg.], InsO).
- Antweiler, Clemens*, Kommentierung zu § 101 GWB, in: Ziekow, Jan/Völlink, Uwe-Carsten (Hrsg.), Vergaberecht: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – 4. Teil, VgV, SektVO, VSVgV, VOB/A, VOL/A, VOF, VO(EG) 1370, 2. Aufl. München 2013 (zitiert als: *Antweiler*, in: Ziekow/Völlink [Hrsg.], VergR).
- Kommentierung zu § 97 Abs. 3 GWB, § 6 VOB/A, § 6a VOB/A, in: Dreher, Meinrad/Motzke, Gerd (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, GWB 4. Teil, VgV, SektVO, VOB Teil A, 2. Aufl. München 2013 (zitiert als: *Antweiler*, in: Dreher/Motzke [Hrsg.], VergR).
 - Bieterrechtsschutz unter Zumutbarkeitsvorbehalt?, VergabeR 2011, S. 306 - 326.
 - Gemeinschaftliche und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Mittelstandsförderung, VergabeR 2006, S. 637 - 651.
- Arrowsmith, Sue*, The E.C. procurement directives, national procurement policies and better governance: the case for a new approach, ELR 2002, S. 3 - 24.
- Astor, Michael/Dorn, Florian/Gerres, Sebastian/Glöckner, Ulf/Hühnermund, Paul/Rammer, Christian/Riesenberg, Daniel/Schindler, Eva*, Untersuchung von Innovationshemmnissen in Unternehmen – insbesondere KMU – bei der Umsetzung von Forschungs- und Entwicklungsergebnissen in vermarktungsfähige Produkte und mögliche Ansatzpunkte zu deren Überwindung, Berlin 2013 (zitiert als: *Astor/Dorn u.a.*, Innovationshemmnisse).
- Ax, Thomas*, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Deutschland und Frankreich, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Wiesbaden 1996 (zitiert als: *Ax*, Rechtsschutz bei der Vergabe).
- Ax, Thomas/Sattler, Dagmar*, Schutzmechanismen für den Mittelstand im deutschen Vergaberecht, ZVgR 1999, S. 231 - 237.
- Axer, Peter*, Kommentierung zu Art. 14 Abs. 1 GG, in: Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, 30. Edition München 2016 (zitiert als: *Axer*, in: Epping/Hillgruber [Hrsg.], BeckOK GG, 2016).
- Badenhausen-Fähnle, Elisabeth*, Die neue Vergabeart der Innovationspartnerschaft – Fünftes Rad am Wagen?, VergabeR 2015, S. 743 - 758.
- Bader, Johann/Ronellenfitsch, Michael* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Verwaltungsverfahrensgesetz, 33. Edition München 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Bader/Ronellenfitsch [Hrsg.], BeckOK VwVfG, 2016).
- Badura, Peter*, Arten der Verfassungsrechtssätze, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, 1. Aufl. 1992, § 159 (zitiert als: *Badura*, Verfassungsrechtssätze, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR VII 1992, § 159).
- Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, AöR Bd. 92 (1967), S. 382 - 407.

- Bär-Bouyssiere, Bertold*, Kommentierung zu Art. 107 AEUV, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. Baden-Baden 2012 (zitiert als: *Bär-Bouyssiere*, in: Schwarze [Hrsg.], EU).
- Bartosch, Andreas*, Vergabefremde Kriterien und Art. 87 I EG: Sitzt das öffentliche Beschaffungswesen in Europa auf einem beihilferechtlichen Pulverfass? *EuZW* 2001, S. 229 - 232.
- Battis, Ulrich/Kersten, Jens*, Die Deutsche Bahn AG als Untersuchungsrichter in eigener Sache? Zur Verfassungswidrigkeit der „Verdachtssperre“ in den Richtlinien der Deutschen Bahn AG zur Sperrung von Auftragnehmern und Lieferanten vom 4.11.2003, *NZBau* 2004, S. 303 - 309.
- Batzer, Erich*, Funktion und Gewicht kleiner und mittlerer Unternehmen im Rahmen der Distribution und Konsumentenversorgung, in: Oppenländer, Karl Heinrich (Hrsg.), Die gesamtwirtschaftliche Funktion kleiner und mittlerer Unternehmen: Referate und Diskussionsbeiträge der Tagung vom 8. - 10. Oktober 1975, München 1976, S. 97 - 117 (zitiert als: *Batzer*, Konsumentenversorgung, in: Oppenländer [Hrsg.], Gesamtwirtschaftliche Funktion, S. 97).
- Bauer, Hartmut*, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, Berlin 1986 (zitiert als: *Bauer*, subjektiv öffentliches Recht).
- Subjektive öffentliche Rechte des Staates, *DVBl* 1986, S. 208 - 219.
- Bauer, Josef*, Kommentierung zu § 5 VOB/A, Einf. zu § 6 VOB/A, § 6 VOB/A, § 2 EG VOB/A, § 5 EG VOB/A, Einf. zu § 6 EG VOB/A, § 6 EG VOB/A, § 16 EG VOB/A, § 24 SektVO, in: Heiermann, Wolfgang/Riedl, Richard/Rusam, Martin (Hrsg.), Handkommentar zur VOB, Teile A und B, SektVO, VSVgV, Rechtsschutz im Vergabeverfahren, 13. Aufl. Wiesbaden 2013, (zitiert als: *Bauer*, in: Heiermann/Riedl u.a. [Hrsg.], VOB).
- Baumann, Marion/Bøggild, Nikolaj/Borkowski, Lukas/Dorschfeldt, Dorian/Gädckens, Charlyn/Michels, Judith/Mutschler-Siebert, Annette/Suchanek, Alexander/Wallau, Frank*, 1. Zwischenbericht, Statistik der öffentlichen Beschaffung in Deutschland – Grundlagen und Methodik (Arbeitstitel), I C 4 - 80 14 34/45, Forschungsvorhaben im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, 2014 (zitiert als: *Baumann/Bøggild u.a.*, Statistik der öffentlichen Beschaffung).
- Baumeister, Hubertus/Kirch, Thomas*, Die Zählung der Global Player im ÖPNV durch das vergaberechtliche Instrument der Mittelstandsförderung – Strategische Optionen der Aufgabenträger zur nachhaltigen Sicherung des Wettbewerbs, *NZBau* 2001, S. 653 - 660.
- Bayrischer Verfassungsrechtshof* (Hrsg.), Verfassung als Verantwortung und Verpflichtung, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Bayrischen Verfassungsgerichtshofs, Stuttgart 1997 (zitiert als: FS 50 Jahre BayVerfGH).
- BearingPoint GmbH*, Bürokratieabbau durch Präqualifikation, 2003, im Internet abrufbar unter <http://oeffentliche-auftraege.de/4-03/praequalifikation-workshop-bmwa-2003-09-11.pdf>, letzter Aufruf am 30.07.2016 (zitiert als: *BearingPoint GmbH*, Präqualifikation).
- Becker, Ulrich*, Kommentierung zu Art. 34 AEUV, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. Baden-Baden 2012 (zitiert als: *Becker*, in: Schwarze [Hrsg.], EU).
- Beckmann, Martin*, Sekundärzwecke/Beschaffungsfremde Kriterien, in: Müller-Wrede, Malte (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts, 2. Aufl. Köln 2013, Kapitel 15 (zitiert als: *Beckmann*, Sekundärzwecke, in: Müller-Wrede [Hrsg.], Kompendium, Kap. 15).
- Belitz, Heike/Eickelpasch, Alexander/Lejpras, Anna*, Volkswirtschaftliche Bedeutung der Technologie- und Innovationsförderung im Mittelstand, Projekt-Nr.: 49/10, in: DWI Berlin (Hrsg.), Projektberatung kompakt, No. 67, Berlin 2012 (zitiert als: *Belitz/Eickelpasch u.a.* Mittelstand, in: DWI Berlin [Hrsg.], Projektberatung kompakt, No. 67).

- Benedict, Christoph*, „Vergabefremde“ Aspekte nach Beentjes und Nord-Pas-de-Calais – Europarechtliche Vorgaben für die Anwendung von § 97 IV GWB, NJW 2001, S. 947 - 949.
- Sekundärzwecke im Vergabeverfahren: öffentliches Auftragswesen, seine teilweise Harmonisierung im EG-/EU-Binnenmarkt und die Instrumentalisierung von Vergaberecht durch vergabefremde Aspekte, Berlin 2000 (zitiert als: *Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren).
- Bernhardt, Ulrich*, Kommentierung zu § 2 VOB/A, in: Ziekow, Jan/Völlink, Uwe-Carsten (Hrsg.), Vergaberecht: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – 4. Teil, VgV, SektVO, VSVgV, VOB/A, VOL/A, VOF, VO(EG) 1370, 2. Aufl. München 2013 (zitiert als: *Bernhardt*, in: Ziekow/Völlink [Hrsg.], VergR).
- Bethge, Herbert*, Kommentierung zu § 90 BVerfGG, in: Maunz, Theodor (Begr.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, Band 2, München 2016 (zitiert als: *Bethge*, in: Maunz [Begr.], BVerfGG Bd. II).
- Beuttenmüller, Ingo*, Vergabefremde Kriterien im öffentlichen Auftragswesen: Vereinbarkeit mit dem europäischen Sekundärrecht und den Grundfreiheiten, Baden-Baden 2007 (zitiert als: *Beuttenmüller*, Vergabefremde Kriterien).
- Beyer, Hans-Joachim*, Mittelstandsförderung in den neuen Bundesländern, Köln 1994 (zitiert als: *Beyer*, Mittelstandsförderung).
- Boesen, Arnold*, Getrennt oder zusammen? – Losaufteilung und Gesamtvergabe nach der Reform des GWB in der Rechtsprechung, VergabeR 2011, S. 364 - 372.
- Vergaberecht, Kommentar zum 4. Teil des GWB, Köln 2000 (zitiert als: *Boesen*, VergR).
 - Die Vereinbarkeit der VOF und der HOAI mit den EG-Vergaberichtlinien, EuZW 1997, S. 41 - 45.
- Bogdandy, Armin von*, Kommentierung von Art. 18 AEUV, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 59. Ergänzungslieferung München 2016 (zitiert als: *v. Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf u.a. [Hrsg.], EU, 2016).
- Bonk, Heinz Joachim*, Kommentierung zu § 56 VwVfG, in: Stelkens, Paul/ders./Sachs, Michael (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 8. Aufl. München 2014 (zitiert als: *Bonk*, in: Stelkens/ders. u.a. [Hrsg.], VwVfG).
- Bork, Reinhard*, Insolvenzrecht: Reform des Anfechtungsrechts?, Warum der Prüfauftrag im Koalitionsvertrag rechtspolitisch ohne Wirkung bleiben sollte, AnwBl 2014, S. 513 - 514.
- Brandi-Dohrn, Anselm*, VOF und GWB – Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen und Vergabepflichten der öffentlichen Hand gegenüber Rechtsanwälten, NJW 1998, S. 857 - 862.
- Braun, Eberhard* (Hrsg.), Insolvenzordnung, Kommentar, 7. Aufl. München 2017 (zitiert als: *Bearbeiter* in: Braun [Hrsg.], InsO).
- Braun, Peter*, Die Zauberformel, Neues Onlinetool ermöglicht Ermittlung von Losgrößen bei öffentlichen Aufträgen, Deutscher AnwaltSpiegel, Ausgabe 17, 2014, S. 6 - 8 (zitiert als: *Braun*, Dt. AnwaltSpiegel 17/2014, S. 6).
- Braun, Peter/Petersen, Zófia*, Präqualifikation und Prüfungssysteme, VergabeR 2010, S. 433 - 441.
- Breuer, Rüdiger*, Freiheit des Berufs, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII, Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Aufl. Heidelberg 2010, § 170 (zitiert als *Breuer*, Beruf, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR Bd. VIII § 170).
- Brinker, Ingo*, Kommentierung zu Art. 101 AEUV, Art. 102 AEUV, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. Baden-Baden 2012 (zitiert als: *Brinker*, in: Schwarze [Hrsg.], EU).

- Brückner, Götz*, Das Vergaberecht und seine Beurteilungsspielräume – verfassungsrechtliche Anforderungen, LKV 2015, S. 534 - 541.
- Brügmann, Klaus/Oppler, Peter Michael/Wenner, Christian* (Hrsg.), Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag, München 2002 (zitiert als: FS Jagenburg).
- Brunner, Otto/Conze, Werner/Koselleck, Reinhart* (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Band IV, Stuttgart 1997 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Brunner/ders. u.a. [Hrsg.], Grundbegriffe Bd. IV).
- Bryde, Brun-Otto*, Artikel 12 Grundgesetz – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, NJW 1984, S. 2177 - 2184.
- Bultmann, Peter Friedrich*, Wirtschaftsverwaltungsrecht im Grenzbereich zwischen wirtschaftlichem und hoheitlichem Handeln, Zur „Privat“-autonomie der Verwaltung, NVwZ 2015, S. 944 - 947.
- Beihilfenrecht und Vergaberecht, Beihilfen und öffentliche Aufträge als funktional äquivalente Instrumente der Wirtschaftslenkung, ein Leistungsvergleich, Tübingen 2004 (zitiert als: *Bultmann*, Beihilfenrecht).
 - Beschaffungsfremde Kriterien: Zur „neuen Formel“ des Europäischen Gerichtshofes, ZfBR 2004, S. 134 - 140.
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie* (Hrsg.), Aktionsprogramm Zukunft Mittelstand, 2015 (zitiert als: BMWi, Aktionsprogramm).
- Zukunft Mittelstand, Gemeinsame Erklärung, Berlin 23.07.2015 (zitiert als: BMWi, Zukunft Mittelstand).
 - Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, Beschluss des Bundeskabinetts, 07.01.2015, S. 5, im Internet abrufbar unter <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/eckpunkte-zur-reform-des-vergaberechts,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>, letzter Aufruf am 30.07.2016 (zitiert als: BMWi, Eckpunkte).
 - German Mittelstand: Motor der deutschen Wirtschaft, Zahlen und Fakten zu deutschen mittelständischen Unternehmen, Mai 2014, im Internet abrufbar unter http://www.midasgruppe.de/uploads/media/German_Mittelstand_Motor_der_deutschen_Wirtschaft_-_BMWi.pdf, letzter Aufruf am 30.07.2016 (zitiert als: BMWi, German Mittelstand).
- Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.*, Stellungnahme zum Entwurf der Kommission zur Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) vom 30.01.2015 (zitiert als: BDI, EEE).
- Bungenberg, Marc*, Kommentierung zu § 97 GWB, in: Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander (Hrsg.), Kartellrecht Kommentar, 2. Aufl. München 2009 (zitiert als: *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen u.a. [Hrsg.], KartellR).
- Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, eine rechtsebenenübergreifende Analyse des Vergaberechts, Tübingen 2007 (zitiert als: *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb).
 - Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NVwZ 2003, S. 314 - 317.
- Bunte, Hermann-Josef*, Der Grundsatz der dezentralen Beschaffung der öffentlichen Hand, BB 2001, S. 2121 - 2126.
- Burgi, Martin*, Ökologische und soziale Beschaffung im künftigen Vergaberecht: Kompetenzen, Inhalte, Verhältnismäßigkeit, NZBau 2015, S. 597 - 602.
- Rechtsregime, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisa-

- tion, 2. Aufl. München 2012, § 18 (zitiert als: *Burgi*, Rechtsregime, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann u.a. [Hrsg.], GVerwR Bd. I, § 18).
- Anwendungsbereich und Governanceregeln der EU-Auftragsvergabereformrichtlinie: Bewertung und Umsetzungsbedarf, NZBau 2012, S. 601 - 608.
 - Nachunternehmerschaft und wettbewerbliche Untervergabe, NZBau 2010, S. 593 - 599.
 - Vergabefremde Kriterien, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Band IV, Sekundärrecht, 40. Ergänzungslieferung München 2009 (zitiert als: *Burgi*, Vergabefremde Kriterien, in: Grabitz/Hilf u.a. [Hrsg.], EU, 2009).
 - Die künftige Bedeutung der Freiheitsgrundrechte für staatliche Verteilungsentscheidungen, GewArch Beilage WiVerw 04/2007, S. 173 - 182.
 - Mittelstandsfreundliche Vergabe, Möglichkeiten und Grenzen (Teil 1), NZBau 2006, S. 606 - 610.
 - Mittelstandsfreundliche Auftragsvergabe, Möglichkeiten und Grenzen (Teil 2), NZBau 2006, S. 693 - 698.
 - Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, NZBau 2001, S. 64 - 72.
- Burmeister, Joachim*, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL Bd. 52 (1993), S. 190 - 247.
- Byok, Jan*, Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts – GWB 2009, NVwZ 2009, S. 551 - 557.
- Byok, Jan/Jaeger, Wolfgang* (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht: Erläuterungen zu den vergaberechtlichen Vorschriften des GWB und der VgV, 3. Aufl. Frankfurt a.M. 2011 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Byok/Jaeger [Hrsg.], VergR).
- Kommentar zum Vergaberecht: Erläuterungen zu den vergaberechtlichen Vorschriften des GWB und der VgV, 1. Aufl. Frankfurt a.M. 2000 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Byok/Jaeger [Hrsg.], VergR, 2000).
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Aufl. München 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Calliess/Ruffert [Hrsg.], EUV/AEUV).
- Carl, Dieter*, Maßnahmen der EU zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen, EuZW 1995, S. 141 - 145.
- Cassel, Dieter* (Hrsg.), 50 Jahre Soziale Marktwirtschaft, Schriften zu Ordnungsfragen der Wirtschaft, Band 57, Stuttgart 1998 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Cassel [Hrsg.], Soziale Marktwirtschaft).
- Coelln, Christian von*, Kommentierung zu Art. 6 GG, in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. München 2014 (zitiert als: *v. Coelln*, in: Sachs [Hrsg.], GG).
- Conrad, Sebastian*, Eignung als Merkmal der Qualität: Zur Neuregelung der Wahl der Zuschlagskriterien durch die Siebte VgV-Änderungsverordnung, DVBl 2014, S. 958 - 963.
- Die vergaberechtliche Unterscheidung zwischen Nachunternehmereinsatz und Eignungsleihe, VergabeR 2012, S. 15 - 21.
- Conze, Werner*, in: Brunner, Otto/ders./Koselleck, Reinhart (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Band IV, Stuttgart 1997 (zitiert als: *Conze*, in: Brunner/ders. u.a. [Hrsg.], Grundbegriffe Bd. IV, Mittelstand).

- Cranshaw, Friedrich L.*, Anfechtung der Direktzahlung des Auftraggebers an vom insolventen Hauptunternehmer beauftragten Subunternehmer, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 16.10.2008 - IX - ZR 2/05, jurisPR-InsR 13/2009 Anm. 1.
- Cremer, Hans-Joachim*, Kommentierung zu Art. 107 AEUV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Aufl. München 2016 (zitiert als: *Cremer*, in: Calliess/Ruffert [Hrsg.], EUV/AEUV).
- Cremer, Wolfram*, Rechtsstaatliche Vorgaben für die Normsetzung im Vergaberecht – insbesondere zur Bedeutung der Freiheitsgrundrechte, in: Pünder, Hermann/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, Hamburger Kolloquium zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht in der Bucerius Law School am 30. September 2004, Köln 2005, S. 29 - 48 (zitiert als: *Cremer*, Rechtsstaatliche Vorgaben, in: Pünder/Prieß [Hrsg.], Vergaberecht im Umbruch, S. 29).
- Dabringhausen, Gerhard/Sroka, Patricia*, Vergaberechtlicher Primärrechtsschutz auch unterhalb der EU-Schwellenwerte durch Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges?, VergabeR 2006, S. 462 - 473.
- Dähne, Horst/Schelle, Hans*, VOB von A - Z, 3. Aufl. München 2001 (zitiert als: *Dähne/Schelle*, VOB von A - Z).
- Dästner, Christian*, Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, Kommentar, Köln 1996 (zitiert als: *Dästner*, VerfNRW).
- Dau, Dirk H./Düwell, Franz Josef/Joussen, Jacob* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch IX, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Lehr- und Praxiskommentar, 4. Aufl. Baden-Baden 2014 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Dau/Düwell u.a. [Hrsg.], SGB IX).
- De Bra, Peter*, Kommentierung zu § 131 InsO, in: Braun, Eberhard (Hrsg.), Insolvenzordnung, Kommentar, 7. Aufl. München 2017 (zitiert als: *De Bra*, in: Braun [Hrsg.], InsO).
- Degenhart, Christoph*, Kommentierung zu Art. 70 GG, in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. München 2014 (zitiert als: *Degenhart*, in: Sachs [Hrsg.], GG).
- Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans-Peter/Stein, Ekkehart* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Alternativkommentar, 3. Aufl. Neuwied 2001, Loseblatt (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Denninger/Hoffmann-Riem u.a. [Hrsg.], AK-GG, 2001).
- Di Fabio, Udo*, Kommentierung zu Art. 2 GG, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.), Grundgesetz Loseblattkommentar, 74. Ergänzungslieferung München 2015, (zitiert als: *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig [Begr.], GG, 2015).
- Grundrechte im präzeptoralen Staat am Beispiel hoheitlicher Informationstätigkeit, JZ 1993, S. 689 - 697.
- Dicks, Heinz-Peter*, Mehrfachbeteiligungen von Unternehmen am Ausschreibungswettbewerb, VergabeR 2013, S. 1 - 12.
- Kommentierung zu § 107 GWB, in: Ziekow, Jan/Völlink, Uwe-Carsten (Hrsg.), Vergaberecht: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – 4. Teil, VgV, SektVO, VSVgV, VOB/A, VOL/A, VOF, VO(EG) 1370, 2. Aufl. München 2013 (zitiert als: *Dicks*, in: Ziekow/Völlink [Hrsg.], VergR).
- Nebenangebote – Erfordern Zulassung, Zulässigkeit, Mindestanforderungen und Gleichwertigkeit inzwischen einen Kompass?, VergabeR 2012, S. 318 - 333.

- Diehr, Matthias*, Kommentierung zu § 97 GWB, in: Reidt, Olaf/Stickler, Thomas/Glahs, Heike (Hrsg.), Vergaberecht, Kommentar, 3. Aufl. Köln 2011 (zitiert als: *Diehr*, in: Reidt/Stickler u.a. [Hrsg.], VergR).
- Diemon-Wies, Ingeborg/Graiche, Stefan*, Vergabefremde Aspekte – Handhabung bei der Ausschreibung gem. § 97 IV GWB, NZBau 2009, S. 409 - 413.
- Dietlein, Johannes/Fandrey, Alexander*, Einleitung Vergaberecht, in: Byok, Jan/Jaeger, Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht: Erläuterungen zu den vergaberechtlichen Vorschriften des GWB und der VgV, 3. Aufl. Frankfurt a.M. 2011 (zitiert als: *Dietlein/Fandrey*, in: Byok/Jaeger [Hrsg.], VergR).
- Dippel, Norbert*, Kommentierung zu § 13 VOB/A, in: Heiermann, Wolfgang/Blaufuß, Jörg/Zeiss, Christopher (Hrsg.), Juris PraxisKommentar, Vergaberecht: GWB, VgV, SektVO, VOB/A, VOL/A, VOF, 4. Aufl. Saarbrücken 2013 (zitiert als: *Dippel*, in: Heiermann/Blaufuß u.a. [Hrsg.], JurisPK VergR).
- Dittmann, Kerstin*, Kommentierung zu § 6 VOB/A, in: Kulartz, Hans-Peter/Marx, Fridhelm/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur VOB/A, 2. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Dittmann*, in: Kulartz/Marx u.a. [Hrsg.], VOB/A).
- Kommentierung zu § 16 VOL/A, in: Kulartz, Hans-Peter/Marx, Fridhelm/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur VOL/A, 3. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Dittmann*, in: Kulartz/Marx u.a. [Hrsg.], VOL/A).
- Dittmann, Kerstin/Dicks, Heinz-Peter*, Kommentierung zu § 13 EG VOB/A, in: Kulartz, Hans-Peter/Marx, Fridhelm/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur VOB/A, 2. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Dittmann/Dicks*, in: Kulartz/Marx u.a. [Hrsg.], VOB/A).
- Dörr, Oliver*, Kommentierung zu § 97 Abs. 2 GWB, in: Dreher, Meinrad/Motzke, Gerd (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, GWB 4. Teil, VgV, SektVO, VOB Teil A, 2. Aufl. München 2013 (zitiert als: *Dörr*, in: Dreher/Motzke [Hrsg.], VergR).
- Vergabeprimärrecht, in: Müller-Wrede, Malte (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts, 2. Aufl. Köln 2013, Kapitel 2 (zitiert als: *Dörr*, Vergabeprimärrecht, in: Müller-Wrede [Hrsg.], Kompendium, Kap. 2).
 - Verfassungsrechtliche Grundlagen des Vergaberechtsschutzes, GewArch Beilage WiVerw 04/2007, S. 211 - 220.
 - Das deutsche Vergaberecht unter dem Einfluss von Art. 19 Abs. 4 GG, DÖV 2001, S. 1014 - 1024.
- Dreher, Meinrad*, Kommentierung zu Vorb. zu §§ 97 ff. GWB, § 97 GWB, § 99 GWB, § 107 GWB, in: Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 5. Aufl. München 2014 (zitiert als: *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], GWB).
- Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 2005, S. 427 - 436.
 - Zur Zulässigkeit beschäftigungspolitischer Zuschlagskriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe, Urteilsanmerkung zu EuGH, Urteil vom 26.09.2000 - C-225/98, JZ 2001, S. 140 - 141.
- Dreher, Meinrad/Haas, Gabriele/Rintelen, Gregor von*, Vergabefremde Regelungen und Beihilferecht, Berlin 2002 (zitiert als: *Dreher/Haas u.a.*, Vergabefremde Regelungen).
- Dreher, Meinrad/Hoffmann, Jens*, Der Marktzutritt von Newcomern als Herausforderung für das Kartellvergaberecht, NZBau 2008, S. 545 - 551.

- Dreher, Meinrad/Motzke, Gerd* (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, GWB 4. Teil, VgV, SektVO, VOB Teil A, 2. Aufl. München 2013 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Dreher/Motzke [Hrsg.], VergR).
- Dreier, Horst* (Hrsg.), GG Grundgesetz Kommentar, Band I, Artikel 1 - 19, 3. Aufl. Tübingen 2013 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Dreier [Hrsg.], GG Bd. I).
- GG Grundgesetz Kommentar, Band III, Artikel 83 - 146, 2. Aufl. Tübingen 2008 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Dreier [Hrsg.] GG Bd. III).
 - Vorbemerkung, Kommentierung zu Art. 1 Abs. 3 GG, in: ders. (Hrsg.), GG Grundgesetz Kommentar, Band I, Artikel 1 - 19, 3. Aufl. Tübingen 2013 (zitiert als: *Dreier*, in: ders. [Hrsg.], GG Bd. I).
- Drügemöller, Albert*, Vergaberecht und Rechtsschutz, der inter- und supranationale Rahmen und seine Ausgestaltung in Deutschland, Berlin 1999 (zitiert als: *Drügemöller*, Vergaberecht).
- Dudenredaktion* (Hrsg.), Duden, Die deutsche Rechtschreibung, Das umfassende Standardwerk auf der Grundlage der amtlichen Regeln, 26. Aufl. Berlin 2013 (zitiert als: Stichwort, in: Duden).
- Dürig, Günter*, Kommentierung zu Art. 3 Abs. 1 GG, in: Maunz, Theodor/ders. (Begr.), Grundgesetz Loseblattkommentar, Grundwerk, (zitiert als: *Dürig*, in: Maunz/ders. [Begr.], GG, Grundwerk).
- Eckstein, Aline/Weisser, Reinhard/Winkelmann, Claudia*, Elektronischer Geschäftsverkehr in Mittelstand und Handwerk 2011, Ergebnisse einer Untersuchung des Netzwerks Elektronischer Geschäftsverkehr, Berlin 2012 (zitiert als: *Eckstein/Weisser u.a.*, Elektronischer Geschäftsverkehr).
- Ede, Christine/Hirte, Heribert*, Kommentierung zu § 131 InsO, in: Uhlenbruck, Wilhelm/ders./Vallender, Heinz (Hrsg.), Insolvenzordnung, Kommentar, 14. Aufl. München 2015 (zitiert als: *Ede/Hirte*, in: Uhlenbruck/ders. u.a. [Hrsg.], InsO).
- Egidy, Stefanie*, Das GWB-Vergaberecht nach der Novelle 2009: Flexibel, europarechtskonform und endlich von Dauer?, DÖV 2009, S. 835 - 844.
- Ehlers, Dirk*, Diskussionsbeitrag VVDStRL Bd. 60 (2001), S. 598 f.
- Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984 (zitiert als: *Ehlers*, Verwaltung).
- Ehrig, Jan*, Die Doppelbeteiligung im Vergabeverfahren, VergabeR 2010, S. 11 - 16.
- Eichenhofer, Eberhard*, Kommentierung zu Art. 153 AEUV, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Aufl. München 2012 (zitiert als: *Eichenhofer*, in: Streinz [Hrsg.], EUV/AEUV).
- Eilmansberger, Thomas*, Kommentierung zu Vor Art. 101 AEUV, Art. 101 AEUV, Art. 102 AEUV, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Aufl. München 2012 (zitiert als: *Eilmansberger*, in: Streinz [Hrsg.], EUV/AEUV).
- Elbel, Thomas*, Gibt es eine Pflicht zur Bedarfsdeckung bei einer zentralisierten Beschaffungsbehörde?, ZögU Bd. 36 (2013), S. 209 - 217.
- Epiney, Astrid*, Kommentierung zu Art. 18 AEUV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Aufl. München 2016 (zitiert als: *Epiney*, in: Calliess/Ruffert [Hrsg.], EUV/AEUV).
- Epping, Volker*, Grundrechte, 6. Aufl. Heidelberg 2014 (zitiert als: *Epping*, Grundrechte).

Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, 30. Edition München 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Epping/Hillgruber [Hrsg.], BeckOK GG, 2016).

Europäische Kommission, Grünbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens vom 27.01.2011, KOM(2011) 15, im Internet abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:DE:PDF>, letzter Aufruf 30.07.2016 (zitiert als: Europäische Kommission, Grünbuch).

- Europäischer Leitfaden für bewährte Verfahren (Code of best Practice) zur Erleichterung des Zugangs kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) zu öffentlichen Aufträgen, vom 25.06.2008, SEC(2008) 2193 (zitiert als: Europäische Kommission, Code of best Practice).
- Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 25.06.2008: Vorfahrt für KMU in Europa, Der „Small Business Act“ für Europa, 25.06.2008, KOM(2008) 394 endg., nicht im Amtsblatt veröffentlicht, im Internet abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0394&from=DE>, letzter Aufruf am 30.07.2016 (zitiert als: Europäische Kommission, Small Business Act).
- Die neue KMU Definition, Benutzerhandbuch und Mustererklärung, 2006, (zitiert als: Europäische Kommission, KMU Benutzerhandbuch).

Eydner, John Richard, Nachunternehmereinsatz und Eignungsleihe: Was ist der Unterschied?, IBR 2012, S. 64.

Faßbender, Kurt, Die neuen Regelungen für eine mittelständische Auftragsvergabe, NZBau 2010, S. 529 - 535.

Fehling, Michael, Kommentierung zu § 97 GWB, in: Pünder, Hermann/Schellenberg, Martin (Hrsg.), Vergaberecht, GWB, VgV, VSVgV, SektVO, VOL/A, VOB/A, VOF, Haushaltsrecht, Öffentliches Preisrecht, Handkommentar, 2. Aufl. Baden-Baden 2015 (zitiert als: *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg [Hrsg.], VergR).

Feldes, Werner, Kommentierung zu § 141 SGB IX, in: ders./Fraunhofer, Bettina/Rehwald, Rainer/Westermann, Bernd/Witt, Harald (Hrsg.), Schwerbehindertenrecht, Basiskommentar zum SGB IX mit Wahlordnung, 12. Aufl. Frankfurt a.M. 2015 (zitiert als: *Feldes*, in: ders./Fraunhofer u.a. [Hrsg.], SGB IX).

Feldes, Werner/Fraunhofer, Bettina/Rehwald, Rainer/Westermann, Bernd/Witt, Harald (Hrsg.), Schwerbehindertenrecht, Basiskommentar zum SGB IX mit Wahlordnung, 12. Aufl. Frankfurt a.M. 2015 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Feldes/Fraunhofer u.a. [Hrsg.], SGB IX).

Figgen, Markus, Die Eignungsprüfung – Fallstricke in der Praxis und aktuelle Rechtsprechung, VergabeR 2009, S. 320 - 327.

Fischer, Almut/Barth, Regine, Europäisches Vergaberecht und Umweltschutz, Zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NVwZ 2002, S. 1184 - 1192.

Fischer, Kristian, Vergabefremde Zwecke im öffentlichen Auftragswesen: Zulässigkeit nach Europäischem Gemeinschaftsrecht, EuZW 2004, S. 492 - 496.

Folz, Hans-Peter, Kommentierung zu Art. 15 GRC, Art. 16 GRC, in: Vedder, Christoph/Heintschel von Heinegg, Wolff (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, EUV/AEUV, Grundrechte-Charta, Handkommentar, Baden-Baden 2012 (zitiert als: *Folz*, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg [Hrsg.], EUV/AEUV).

- Frenz, Walter*, Bildung, Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen nach § 97 Abs. 3 GWB und Europarecht, Gewerbearchiv GewArch Bd. 57 (2011), S. 97 - 99.
- Vorauswahl und Wertung von Aufträgen nach § 97 Abs. 3 bis 5 GWB n.F. im Lichte des Europarechts und aktueller Judikatur, VergabeR 2011, S. 13 - 27.
 - Handbuch Europarecht, Band 3: Beihilfe- und Vergaberecht, Berlin 2007 (zitiert als: *Frenz*, Handbuch Bd. III).
 - Soziale Vergabekriterien, NZBau 2007, S. 17 - 23.
- Fröhler, Ludwig*, Stellung und Funktion des Mittelstandes im demokratischen Rechtsstaat, in: Hengstschläger, Johannes/Köck, Heribert Franz/Korinek, Karl/Stern, Klaus/Truyol y Serra, Antonio (Hrsg.), Für Staat und Recht, Festschrift für Herbert Schambeck, Berlin 1994, S. 199 - 212 (zitiert als: *Fröhler*, Stellung und Funktion, in: FS Schambeck, S. 199).
- Die staatsrechtliche Relevanz des Mittelstandes, München 1968 (zitiert als: *Fröhler*, Staatsrechtliche Relevanz).
- Fuchs, Andreas*, Kommentierung zu § 3 GWB, in: Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EU/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Aufl. München 2012 (zitiert als: *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], EU KartellR).
- Gabriel, Marc*, Bietergemeinschaftsbildung unter Prüfungsvorbehalt: Strengere kartellrechtliche Zulässigkeitsvoraussetzungen qua neuer Rechtsprechungstendenz, VergabeR 2012, S. 555 - 559.
- Neues zum Ausschluss von Bietern und Bietergemeinschaften wegen Mehrfachbeteiligungen: Einzelfallprüfung statt Automatismus, NZBau 2010, S. 225 - 227.
 - Die Vergaberechtsreform 2009 und die Neufassung des vierten Teils des GWB, NJW 2009, S. 2011 - 2016.
- Gabriel, Marc/Voll, Maximilian*, Anmerkung zur Entscheidung des KG Berlin vom 24.10.2013 - Verg 11/13: Zur Frage der vergabe- und kartellrechtlichen Zulässigkeit von Bietergemeinschaften, VergabeR 2014, S. 184 - 188.
- Anmerkung zum Beschluss des OLG Brandenburg vom 16.02.2012 - Verg W 1/12: Zur Frage der grundsätzlichen kartellrechtlichen Zulässigkeit von Bietergemeinschaften, VergabeR 2012, S. 876 - 878.
- Ganten, Hans*, Anfechtung einer Direktzahlung gemäß § 16 Nr. 6 VOB/B, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 16.10.2008 - IX ZR 2/05, jurisPR-PrivBauR 4/2009 Anm. 2
- Ganten, Hans/Jansen, Günther/Voit, Wolfgang* (Hrsg.), Beck'scher VOB-Kommentar, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B, allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen, 3. Aufl. München 2013 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Ganten/Jansen u.a. [Hrsg.], VOB/B).
- Gartz, Benjamin*, Anfechtungsrisiko bei Direktzahlungen des Auftraggebers nach § 16 Abs. 6 VOB/B, BauR 2012, S. 571 - 578.
- Gers-Grapperhaus, Stefan*, Das Auswahlrechtsverhältnis bei Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte, Baden-Baden 2009 (zitiert als: *Gers-Grapperhaus*, Auswahlrechtsverhältnis).
- Gersdorf, Hubertus/Paal, Boris P.* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, 14. Edition München 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Gersdorf/Paal [Hrsg.], BeckOK Informations- und Medienrecht).
- GHK*, Bewertung des Zugangs kleiner und mittlerer Unternehmen zum öffentlichen Auftragswesen in der EU, GD Unternehmen und Industrie, September 2010, im Internet abrufbar unter

http://www.pedz.uni-mannheim.de/daten/edz-h/gdb/10/smes_access_to_public_procurement_final_report_executive_summary_2010_de.pdf, letzter Aufruf 30.07.2016 (zitiert als: GHK, Bewertung des Zugangs).

- Glahs, Heike*, Kommentierung zu § 6 VOB/A, in: Kapellmann, Klaus/Messerschmidt, Burkhard (Hrsg.), Beck'sche Kurzkommentare VOB Teile A und B, Vergabe- und Vertragsordnungen für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV), 5. Aufl. München 2015 (zitiert als: *Glahs*, in: Kapellmann/Messerschmidt [Hrsg.], VOB).
- Kommentierung zu § 6 VOB/A, in: Kapellmann, Klaus/Messerschmidt, Burkhard (Hrsg.), Beck'sche Kurzkommentare VOB Teile A und B, Vergabe- und Vertragsordnungen für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV), 3. Aufl. München 2010 (zitiert als: *Glahs*, in: Kapellmann/Messerschmidt [Hrsg.], VOB, 2010).
- Gnittke, Katja/Hattig, Oliver*, Kommentierung zu § 9 EG VOL/A, in: Müller-Wrede, Malte (Hrsg.), Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, VOL/A, Kommentar, 4. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Gnittke/Hattig*, in: Müller-Wrede [Hrsg.], VOL/A).
- Golembiewski, Wojciech/Migalk, Frank*, Praxis der Vergabe öffentlicher Bauaufträge unter besonderer Berücksichtigung mittelstandspolitischer Zielsetzungen, Mannheim 2005 (zitiert als: *Golembiewski/Migalk*, Bauaufträge).
- Götz, Walter*, Die Zulässigkeit beschaffungsfremder Vergabekriterien nach Europarecht, EuR 1999, S. 621 - 634.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 59. Ergänzungslieferung München 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Grabitz/Hilf u.a. [Hrsg.], EU, 2016).
- Das Recht der Europäischen Union, Band IV, Sekundärrecht, 40. Ergänzungslieferung München 2009 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Grabitz/Hilf u.a. [Hrsg.], EU, 2009).
- Grabow, Busso/Hollbach-Grömig, Beate/Schneider, Stefan/Seidel-Schulze, Antje/Nitzsche, Florian/Riemenschneider, Frank/Strunk, Anke/Gellenbeck, Klaus*, in: Deutsches Institut für Urbanistik (Hrsg.), PPP und Mittelstand, Untersuchung von 30 ausgewählten PPP-Hochbauprojekten in Deutschland, im Auftrag der PPP Task Force im Bundesministerium für Verkehrs-, Bau- und Stadtentwicklung sowie der PPP-Task Force im Finanzministerium des Landes Nordrhein-Westfalen, Berlin 2008, (zitiert als: *Grabow/Hollbach-Grömig u.a.*, in: DIfU [Hrsg.], PPP und Mittelstand).
- Greb, Klaus*, Anmerkung zum Beschluss des OLG Düsseldorf vom 17.02.2014 - VII-Verg 2/14: Zur Zulässigkeit einer Bietergemeinschaft, VergabeR 2014, S. 564 - 566.
- Greifeld, Andreas*, Der Rechnungshof als Wirtschaftlichkeitsprüfer, Ein Beitrag der Verwaltungslehre, München 1981 (zitiert als: *Greifeld*, Rechnungshof).
- Grimm, Dieter/Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Nordrhein-westfälisches Staats- und Verwaltungsrecht, Frankfurt am Main 1986 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Grimm/Papier [Hrsg.] NRW).
- Gröning, Jochem*, Primärer Vergaberechtsschutz außerhalb des Vierten Teils des GWB auf dem Verwaltungsrechtsweg?, ZWeR 2005, S. 276 - 293.
- Die Grundlagen des neuen Vergaberechtsschutzes, ZIP 1999, S. 52 - 59.
- Gröpl, Christoph*, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Aufl. Heidelberg 2007, § 121 (zitiert als: *Gröpl*, Wirtschaftlichkeit, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR Bd. V, § 121).

- Gruher, Wolfram*, Wirtschaftsfaktor Mittelstand: Wesenselement der Marktwirtschaft in West und Ost, 2. Aufl. Köln 1994 (zitiert als: *Gruher*, Wirtschaftsfaktor).
- Grzeszick, Bernd*, Vergaberecht zwischen Markt und Gemeinwohl, DÖV 2003, S. 649 - 657.
- Gundel, Jörg*, Kommentierung zu Art. 107 AEUV, in: Gersdorf, Hubertus/Paal, Boris P. (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, 14. Edition München 2016 (zitiert als: *Gundel*, in: Gersdorf/Paal [Hrsg.], BeckOK Informations- und Medienrecht).
- Günterberg, Brigitte/Wolter, Hans-Jürgen*, in: Institut für Mittelstandsforschung (Hrsg.), Unternehmensgrößenstatistik 2001/2002, Daten und Fakten, IfM-Materialien Nr. 157, Bonn 2003 (zitiert als: *Günterberg/Wolter*, Unternehmensgrößenstatistik).
- Hailbronner, Kay*, Kommentierung zu § 97 GWB, in: Byok, Jan/Jaeger, Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht: Erläuterungen zu den vergaberechtlichen Vorschriften des GWB und der VgV, 3. Aufl. Frankfurt a.M. 2011 (zitiert als: *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger [Hrsg.], VergR).
- Kommentierung zu § 97 GWB, in: Kommentar zum Vergaberecht: Erläuterungen zu den vergaberechtlichen Vorschriften des GWB und der VgV, 1. Aufl. Frankfurt a.M. 2000 (zitiert als: *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger [Hrsg.], VergR, 2000).
- Hamer, Eberhard*: Das mittelständische Unternehmen: Eigenarten, Bedeutung, Risiken u. Chancen, Stuttgart 1987 (zitiert als: *Hamer*, Mittelständische Unternehmen).
- Hänsel, Tobias*, Kommentierung zu § 6 VOB/A, § 20 VOB/A, § 6 EG VOB/A, § 6 VOL/A, § 7 EG VOL/A, in: Ziekow, Jan/Völlink, Uwe-Carsten (Hrsg.), Vergaberecht: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – 4. Teil, VgV, SektVO, VSVgV, VOB/A, VOL/A, VOF, VO(EG) 1370, 2. Aufl. München 2013 (zitiert als: *Hänsel*, in: Ziekow/Völlink [Hrsg.], VergR).
- Hatje, Armin*, Kommentierung zu Art. 6 EUV, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. Baden-Baden 2012 (zitiert als: *Hatje*, in: Schwarze [Hrsg.], EU).
- Hattig, Oliver/Maibaum, Hans-Werner* (Hrsg.), Praxiskommentar Kartellvergaberecht, der 4. Teil des GWB und VgV, Köln 2010 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Hattig/Maibaum [Hrsg.], KartellVergR).
- Hausmann, Friedrich Ludwig/Hoff, Gerung von*, Kommentierung zu § 122 GWB, in: Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. Köln 2016 (zitiert als: *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Kus u.a. [Hrsg.], GWB).
- Kommentierung zu § 6 VOB/A, § 6 EG VOB/A, in: Kulartz, Hans-Peter/Marx, Fridhelm/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur VOB/A, 2. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. [Hrsg.], VOB/A).
 - Kommentierung zu § 3 EG VOL/A, § 7 EG VOL/A, in: Kulartz, Hans-Peter/Marx, Fridhelm/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur VOL/A, 3. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Hausmann/v. Hoff*, in: Kulartz/Marx u.a. [Hrsg.], VOL/A).
- Hausmann, Friedrich Ludwig/Queisner, Georg*, Die Zulässigkeit von Bietergemeinschaften im Vergabeverfahren, NZBau 2015, S. 402 - 405.
- Heiermann, Wolfgang*, Der vergaberechtliche Grundsatz der Unveränderlichkeit der Bietergemeinschaft im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZfBR 2007, S. 759 - 766.
- Die Parallelausschreibung im Vergaberecht, in: Brüggemann, Klaus/Oppler, Peter Michael/Wenner, Christian (Hrsg.), Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag, München 2002, S. 265 - 278 (zitiert als: *Heiermann*, Parallelausschreibung, in: FS Jagenburg, S. 265).

- Heiermann, Wolfgang/Blaufuß, Jörg/Zeiss, Christopher* (Hrsg.), *Juris PraxisKommentar, Vergaberecht: GWB, VgV, SektVO, VOB/A, VOL/A, VOF*, 4. Aufl. Saarbrücken 2013 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Heiermann/Blaufuß u.a. [Hrsg.], *JurisPK VergR*).
- Heiermann, Wolfgang/Englert, Klaus* (Hrsg.), *Baurecht als Herausforderung, Festschrift für Horst Franke zum 60. Geburtstag*, Köln 2009 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: FS Franke).
- Heiermann, Wolfgang/Mansfeld Lutz*, Kommentierung zu § 16 VOB/B, in: ders./Riedl, Richard/Rusam, Martin (Hrsg.), *Handkommentar zur VOB, Teile A und B, SektVO, VSVgV, Rechtsschutz im Vergabeverfahren*, 13. Aufl. Wiesbaden 2013, (zitiert als: *Heiermann/Mansfeld*, in: ders./Riedl u.a. [Hrsg.], VOB).
- Heiermann, Wolfgang/Riedl, Richard/Rusam, Martin* (Hrsg.), *Handkommentar zur VOB, Teile A und B, SektVO, VSVgV, Rechtsschutz im Vergabeverfahren*, 13. Aufl. Wiesbaden 2013, (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Heiermann/Riedl u.a. [Hrsg.], VOB).
- Hengstschläger, Johannes/Köck, Heribert Franz/Korinek, Karl/Stern, Klaus/Truyol y Serra, Antonio* (Hrsg.), *Für Staat und Recht, Festschrift für Herbert Schambeck*, Berlin 1994 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: FS Schambeck).
- Henke, Wilhelm*, *Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts*, DÖV 1980, S. 621 - 633.
- Henkel, Hans Olaf*, *Industrieller Mittelstand – maßgeblicher Faktor der deutschen Industrie*, in: Oetker, Arend (Hrsg.), *Mittelstand in Zeiten struktureller Umbrüche*, München 1997, S. 23 - 30 (zitiert als: *Henkel*, *Industrieller Mittelstand*, in: Oetker [Hrsg.], *Strukturelle Umbrüche*, S. 23).
- Henneke, Hans-Günter*, Kommentierung zu Art. 109 GG, in: Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/ders. (Hrsg.), *GG Grundgesetz Kommentar*, 13. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann u.a. [Hrsg.], GG).
- Henrichs, Joachim/Kleindiek, Detlef/Watrin, Christoph* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bilanzrecht*, Band 2, §§ 228 - 342e HGB, München 2013 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Henrichs/Kleindiek u.a. [Hrsg.], *Bilanzrecht*).
- Henrich, Sabine/Kirsch, Hanno*, *Förderung und Hemmnisse mittelständischer Unternehmen durch öffentliche Institutionen*, Baden-Baden 1994 (zitiert als: *Henrich/Kirsch*, *Förderung und Hemmnisse*).
- Herdegen, Matthias*, Kommentierung zu Art. 1 Abs. 3 GG, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.), *Grundgesetz Loseblattkommentar*, 74. Ergänzungslieferung München 2015, (zitiert als: *Herdegen*, in: Maunz/Dürig [Begr.], GG, 2015).
- Hermes, Georg*, *Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe*, JZ 1997, S. 909 - 915.
- Herrmann, Alexander*, Kommentierung zu § 17 VOB/A, in: Ziekow, Jan/Völlink, Uwe-Carsten (Hrsg.), *Vergaberecht: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – 4. Teil, VgV, SektVO, VSVgV, VOB/A, VOL/A, VOF, VO(EG) 1370*, 2. Aufl. München 2013 (zitiert als: *Herrmann*, in: Ziekow/Völlink [Hrsg.], *VergR*).
- *Rechtsprobleme bei der Zulassung und Wertung von Nebenangeboten im Bereich europaweiter Ausschreibungen*, *VergabeR* 2012, S. 673 - 687.
- Herzog, Roman*, (Hrsg.), *Staat und Recht im Wandel, Einreden zur Verfassung und ihrer Wirklichkeit*, Stockstadt 1993 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Herzog [Hrsg.], *Recht im Wandel*).
- *Vom Wert des Mittelstandes*, in: ders. (Hrsg.), *Staat und Recht im Wandel, Einreden zur Verfassung und ihrer Wirklichkeit*, Stockstadt 1993, S. 159 - 172 (zitiert als: *Herzog*, *Mittelstand*, in: ders. [Hrsg.], *Recht im Wandel*, S. 159).

- Heßhaus, Matthias*, Die Generalklausel in § 97 GWB sowie in § 2 VOL/A und die Bildung von Nachfragemonopolen, ThürVBI 2004, S. 6 - 9.
- Heun, Werner*, Kommentierung zu Art. 114 GG, in: Dreier, Horst (Hrsg.), GG Grundgesetz Kommentar, Band III, Artikel 83 - 146, 2. Aufl. Tübingen 2008 (zitiert als: *Heun*, in: Dreier [Hrsg.] GG Bd. III).
- Kommentierung zu Art. 3 GG, in: Dreier, Horst (Hrsg.), GG Grundgesetz Kommentar, Band I, Artikel 1 - 19, 3. Aufl. Tübingen 2013 (zitiert als: *Heun*, in: Dreier [Hrsg.], GG Bd. I).
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Der Staat Bd. 43 (2004), S. 203 - 233.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard* (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann [Hrsg.], Verwaltungsverfahren).
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl. München 2012 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann u.a. [Hrsg.], GVerwR Bd. I).
- Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 2, Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2. Aufl. München 2012 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann u.a. [Hrsg.], GVerwR Bd. II).
- Höfler, Heiko*, Transparenz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 2010, S. 73 - 78.
- Höfling, Wolfram*, Kommentierung zu Art. 1 GG, in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. München 2014 (zitiert als: *Höfling*, in: Sachs [Hrsg.], GG).
- Hofmeir, Georg*, Mittelstandsförderung in der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebung der Länder, München 1977 (zitiert als: *Hofmeir*, Mittelstandsförderung).
- Holoubek, Michael*, Kommentierung zu Art. 56, 57 AEUV, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. Baden-Baden 2012 (zitiert als: *Holoubek*, in: Schwarze [Hrsg.], EU).
- Holtmann, Everhard/Brinkmann, Heinz-Ulrich/Pehle, Heinrich*, Politik-Lexikon, 2. Aufl. München 1994 (zitiert als: *Holtmann/Brinkmann u.a.*, Politik-Lexikon).
- Hölzl, Franz Josef*, „Assitur“: Die Wahrheit ist konkret!, NZBau 2009, S. 751 - 755.
- Homann, Oliver*, Bietergemeinschaften zwischen Konkurrenzunternehmen: Nur ausnahmsweise zulässig!, IBR 2012, S. 166.
- Hopp, Torsten*, Das Verhältnis des Vergaberechts zum Wettbewerbs- und Kartellrecht am Beispiel des Berliner Vergabegesetzes, DB 2000, S. 29 - 34.
- Horn, Lutz*, Losweise Vergabe – Neue Spielregeln auch für die Gesamtvergabe?, NZBau 2011, S. 601 - 603.
- Hornschild, Kurt*, Innovationsorientierte kleine und mittlere Unternehmen: Ihre Bedeutung für die Volkswirtschaft und Ansätze für eine adäquate Förderpolitik, in: Ridinger, Rudolf (Hrsg.), Gesamtwirtschaftliche Funktionen des Mittelstandes, Band I, Berlin 1997, S. 73 - 90 (zitiert als: *Hornschild*, Innovationsorientierte KMU, in: Ridinger [Hrsg.], Gesamtwirtschaftliche Funktionen, Bd. I, S. 73).
- Huber, Michael*, Insolvenz bei Bauverträgen, in: Messerschmidt, Burckhard/Voit, Wolfgang (Hrsg.), Privates Baurecht, Kommentar zu §§ 631 ff. BGB, Kurzkommentierung zur VOB/B, zur HOAI und zum Bauforderungssicherungsgesetz, mit systematischen Darstellungen zu HOAI, Vergaberecht,

- Bauträgervertrag, Sicherung der Ansprüche aus dem Werkvertrag, internationalen Bau- und Planerverträgen, Insolvenz bei Bau- und Planerverträgen, außergerichtlicher und gerichtlicher Rechtsdurchsetzung, 2. Aufl. München 2012, I. Teil, Systematische Darstellungen, Kapitel R, (zitiert als: *Huber*, Insolvenz, in: Messerschmidt/Voit [Hrsg.], Baurecht, I. Teil Kap. R).
- Zur Insolvenzanfechtung bei Direktzahlung des Bauherrn an den Subunternehmer EWiR 2009, S. 151 - 152.
 - Vorsatzanfechtung einer Direktzahlung auch gegenüber dem Bauherrn in der späteren Insolvenz des Generalunternehmers, NZBau 2008, S. 737 - 741.
 - Grundstrukturen der Abwicklung eines Bauvertrags in der Insolvenz – Teil 2, NZBau 2005, S. 256 - 265.
- Huber, Peter Michael*, Der Schutz des Bieters im öffentlichen Auftragswesen unterhalb der sog. Schwellenwerte, JZ 2000, S. 877 - 882.
- Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der öffentlichen Verwaltung, Tübingen, 1991 (zitiert als: *Huber, P.M.*, Konkurrenzschutz).
- Huelmann, Sonja*, Öffentliche Beschaffungen nach EG-Recht, WTO und dem Deutsch-Amerikanischen Freundschaftsvertrag, unter besonderer Berücksichtigung der Diskriminierung von Drittlandswaren nach der EG-Sektorenrichtlinie, Heidelberg 2000 (zitiert als: *Huelmann*, Öffentliche Beschaffungen).
- Huster, Stefan/Rux, Johannes*, Kommentierung zu Art. 20 GG, in: Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, 30. Edition München 2016 (zitiert als: *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber [Hrsg.], BeckOK GG, 2016).
- Immenga, Ulrich*, Bietergemeinschaften im Kartellrecht – Ein Problem potentiellen Wettbewerbs, DB 1984, S. 385 - 394.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 5. Aufl. München 2014 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], GWB).
- Wettbewerbsrecht, Band 1 EU/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Aufl. München 2012 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], EU KartellR).
- Ingenstau, Heinz/Korbion, Hermann* (Begr.), VOB Teile A und B, Kommentar, 19. Aufl. Köln 2015 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Ingenstau/Korbion [Begr.], VOB).
- Ipsen, Hans Peter*, Über das Grundgesetz, Rede gehalten anlässlich des Beginns des neuen Amtsjahres des Rektors der Universität Hamburg am 17. November 1949, 3. unveränderte Aufl. Hamburg 1969 (zitiert als: *Ipsen*, Über das Grundgesetz).
- Isensee, Josef*, Staatsaufgaben, in: ders./Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, Aufgaben des Staates, 3. Aufl. Heidelberg 2006, § 73 (zitiert als: *Isensee*, Staatsaufgaben, in: ders./Kirchhof [Hrsg.], HStR Bd. IV, § 73).
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl. Heidelberg 2011 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR Bd. IX).
- Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII, Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Aufl. Heidelberg 2010 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR Bd. VIII).

- Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Aufl. Heidelberg 2007 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR Bd. V).
 - Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, Aufgaben des Staates, 3. Aufl. Heidelberg 2006 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR Bd. IV).
 - Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, 1. Aufl. Heidelberg 1992 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR Bd. VII 1992).
- Jabben, Jürgen*, Kommentierung zu § 141 SGB IX, in: Rolfs, Christian/Kreikebohm, Ralf/Giesen, Richard/Udsching, Peter (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 42. Edition München 2016 (zitiert als: *Jabben*, in: Rolfs/Kreikebohm u.a. [Hrsg.], BeckOK SGB IX, 2016).
- Jacobs, Bernward*, Kommentierung zu § 141 SGB IX, in: Dau, Dirk H./Düwell, Franz Josef/Joussen, Jacob (Hrsg.), Sozialgesetzbuch IX, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Lehr- und Praxiskommentar, 4. Aufl. Baden-Baden 2014 (zitiert als: *Jacobs*, in: Dau/Düwell u.a. [Hrsg.], SGB IX).
- Jäger, Martin/Graef, Andreas*, Bildung von Bietergemeinschaften durch konkurrierende Unternehmen, NZBau 2012, S. 213 - 216.
- Jarass, Hans D.*, Vorb. vor Art. 1 GG, Kommentierung zu Art. 114 GG, in: Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 14. Aufl. München 2016 (zitiert als: *Jarass*, in: Jarass/Pieroth [Hrsg.], GG).
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo* (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 14. Aufl. München 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Jarass/Pieroth [Hrsg.], GG).
- Jasper, Ute/Marx, Fridhelm*, Vergaberecht, Textausgabe, 15. Aufl. München 2013 (zitiert als: *Jasper/Marx*, VergR).
- Johannes, Kay Ole*, Mittelstandsförderung im Konflikt zwischen Wirtschaftlichkeit und Wettbewerbsfreiheit – Zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen im neuen Vergabeverfahren, ZVgR 1999, S. 187 - 190.
- Jung, Christian*, Kommentierung zu Art. 102 AEUV, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 59. Ergänzungslieferung München 2016 (zitiert als: *Jung*, in: Grabitz/Hilf u.a. [Hrsg.], EU, 2016).
- Just, Christoph*, Kommentierung zu § 97 GWB, in: Schulte, Josef Lothar/ders. (Hrsg.), Kartellrecht: GWB, Kartellvergaberecht, EU-Kartellrecht, Kommentar, 2. Auflage Köln 2016 (zitiert als: *Just*, in: Schulte/ders. [Hrsg.], KartellR).
- Kaelble, Hendrik*, Verhältnis zum EG-Beihilferecht, in: Müller-Wrede, Malte (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts, 2. Aufl. Köln 2013, Kapitel 36 (zitiert als: *Kaelble*, EG-Beihilfenrecht, in: Müller-Wrede [Hrsg.], Kompendium, Kap. 36).
- Vergabeentscheidung und Verfahrensgerechtigkeit, Zur wirtschaftslenkenden Auftragsvergabe gemessen an der Berufsfreiheit, den Grundfreiheiten und dem Beihilfeverbot, Berlin 2008 (zitiert als: *Kaelble*, Vergabeentscheidung).
- Kaiser, Christoph*, Die Zulässigkeit von Parallelausschreibungen, NZBau 2002, S. 553 - 555.
- Kalkbrenner, Helmut*, Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers, DÖV 1963, S. 41 - 51.

- Kaltenborn, Markus*, Mittelstandsförderung im Konflikt mit europäischem Vergaberecht, *GewArch* Bd. 52 (2006), S. 321 - 326.
- Kämper, Norbert/Heßhaus, Matthias*, Möglichkeiten und Grenzen von Auftraggebergemeinschaften, *NZBau* 2003, S. 303 - 309.
- Kandel, Roland*, Kommentierung zu § 16 Abs. 6 VOB/B, in: Preussner, Mathias/ders./Jansen, Günter (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar VOB/B*, 25. Edition München 2016 (zitiert als: *Kandel*, in: Preussner/ders. u.a. [Hrsg.], *BeckOK VOB/B*, 2016).
- Kapellmann, Klaus/Messerschmidt, Burkhard* (Hrsg.), *Beck'sche Kurzkommentare VOB Teile A und B, Vergabe- und Vertragsordnungen für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV)*, 5. Aufl. München 2015 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Kapellmann/Messerschmidt [Hrsg.], *VOB*).
- *Beck'sche Kurzkommentare VOB Teile A und B, Vergabe- und Vertragsordnungen für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV)*, 3. Aufl. München 2010 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Kapellmann/Messerschmidt [Hrsg.], *VOB*, 2010).
- Kayser, Elke*, Nationale Regelungsspielräume im öffentlichen Auftragswesen und gemeinschaftsrechtliche Grenzen, Zur Vereinbarkeit nationaler Maßnahmen im öffentlichen Auftragswesen zur Sicherung der Wirtschafts- und Sozialordnung mit Gemeinschaftsrecht, Marburg 1999 (zitiert als: *Kayser, Regelungsspielräume*).
- Kayser, Godehard*, Kommentierung zu § 131 InsO, in: Kirchhof, Hans-Peter/Eidenmüller, Horst/Stürner, Rolf (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Band 2, §§ 80 - 216, 3. Aufl. München 2013 (zitiert als: *Kasyer*, in: Kirchhof/Eidenmüller u.a. [Hrsg.], *MüKo InsO* Bd. II).
- Kayser, Godehard/Thole, Christoph* (Hrsg.), *Insolvenzordnung*, 8. Aufl. Heidelberg 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Kayser/Thole [Hrsg.], *InsO*).
- Kempen, Bernhard*, Grundrechtsverpflichtete, in: Merten, Detlef/Papier, Hans J. (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band II: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren I, Heidelberg 2006, § 54 (zitiert als: *Kempen, Grundrechtsverpflichtete*, in: Merten/Papier [Hrsg.], *HbGR* Bd. II, § 54).
- Kern, Hannes*, Neue Vorzeichen für den Ausschluss von Bietergemeinschaften!, *IBR* 2014, S. 36.
- Kingreen, Thorsten*, Kommentierung zu Art. 6 EUV, Art. 34-36 AEUV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), *EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, Kommentar, 5. Aufl. München 2016 (zitiert als: *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert [Hrsg.], *EUV/AEUV*).
- Kirch, Thomas*, Kommentierung zu § 107 GWB, in: Hattig, Oliver/Maibaum, Hans-Werner (Hrsg.), *Praxiskommentar Kartellvergaberecht*, der 4. Teil des GWB und VgV, Köln 2010 (zitiert als: *Kirch*, in: Hattig/Maibaum [Hrsg.], *KartellVergR*).
- Kirch, Thomas/Kues, Jarl-Hendrik*, Alle oder keiner? – Zu den Folgen der Insolvenz eines Mitglieds einer Bietergemeinschaft im laufenden Vergabeverfahren, *VergabeR* 2008, S. 32 - 42.
- Kirch, Thomas/Leinemann, Eva-Dorothee*, Alles neu? Mindestlohnvorgaben und Eigenleistungsquoten nach der Vergabemodernisierung, *VergabeR* 2009, S. 414 - 423.
- Kirchhof, Hans-Peter/Eidenmüller, Horst/Stürner, Rolf* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Band 2, §§ 80 - 216, 3. Aufl. München 2013 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Kirchhof/Eidenmüller u.a. [Hrsg.], *MüKo InsO* Bd. II).

- Kirchner, Sven*, Kenntnis des Gläubigers von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit bei schleppender Zahlung durch den Schuldner, Anmerkung zu AG, Urteil vom 14.05.2015 - 4 C 34/13, jurisPR-InsR 17/2015 Anm. 4.
- Kischel, Uwe*, Kommentierung zu Art. 3 GG, in: Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, 30. Edition München 2016 (zitiert als: *Kischel*, in: Epping/Hillgruber [Hrsg.], BeckOK GG, 2016).
- Klein, Benjamin*, „Formblattchaos“ ade – Zukünftig alles einfacher im Vergaberecht? Zum Entwurf der EU-Kommission für die neue Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE), Vergabeblog.de vom 25/01/2015, Nr. 21389, im Internet abrufbar unter <http://www.vergabeblog.de/2015-01-25/formblattchaos-ade-zukuenftig-alles-einfacher-im-vergaberecht-zum-entwurf-der-eu-kommission-fuer-die-neue-einheitliche-europaeische-eigenerklaerung-eee/#more-21389>, letzter Aufruf am 30.07.2016 (zitiert als: *Klein*, Formblattchaos).
- Kling, Michael*, Zur Zulässigkeit vergabefremder Regelungen: Möglichkeiten und Grenzen einer politischen Instrumentalisierung der Vergabe öffentlicher Aufträge, Mainz 2000 (zitiert als: *Kling*, Vergabefremde Regelungen).
- Kluth, Winfried*, Kommentierung zu Art. 56, 57 AEUV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Aufl. München 2016 (zitiert als: *Kluth*, in: Calliess/Ruffert [Hrsg.], EUV/AEUV).
- Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2006, Baden-Baden 2007 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Kluth [Hrsg.], Jahrbuch 2006).
- Knöbl, Jan*, Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte, Berlin 2009 (zitiert als: Knöbl, Rechtsschutz bei der Vergabe).
- Koenig, Christian/Hentschel, Kristin/Steiner, Ulrike*, Das vergaberechtliche System der Präqualifikation von Bietern auf dem Prüfstand des Kartellverbots des Artikel 81 Abs. 1 EG, VergabeR 2006, S. 691 - 701.
- Köhler, Karsten*, Zum Ausschluss einer Bietergemeinschaft im Vergabeverfahren, Anmerkung zum KG Berlin, Beschluss vom 21.12.2009 - 2 Verg 11/09, VergabeR 2010, S. 508 - 509.
- Kok, Jan de/Vroonhof, Paul/Verhoeven, Wim/Timmermans, Niek/Kwaak, Ton/Snijders, Jacqueline/Westho, Florieke*, Do SMEs create more and better jobs?, EIM Business & Policy Research (Hrsg.), Zoetermeer 2011 (zitiert als: *de Kok/Vroonhof u.a.*, SMEs).
- Kopp, Ferdinand/Ramsauer, Ulrich* (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 17. Aufl. München 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Kopp/Ramsauer (Hrsg.), VwVfG).
- Kossens, Michael*, Kommentierung zu § 141 SGB IX, in: ders./Heide, Dirk von der/Maaß, Michael (Hrsg.), SGB IX, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Kommentar, 4. Aufl. München 2015 (zitiert als: *Kossens*, in: ders./v. d. Heide u.a. [Hrsg.], SGB IX).
- Kossens, Michael/Heide, Dirk von der/Maaß, Michael* (Hrsg.), SGB IX, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Kommentar, 4. Aufl. München 2015 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Kossens/v. d. Heide u.a. [Hrsg.], SGB IX).
- Köster, Bernd*, Die Modernisierung des Vergaberechts – was übrig blieb, BauR 2009, S. 1069 - 1076.
- Krämer, Werner*, Mittelstandsökonomik: Grundzüge einer umfassenden Analyse kleiner und mittlerer Unternehmen, München 2003 (zitiert als: *Krämer*, Mittelstandsökonomik).
- Kranzusch, Peter/Holz, Michael*, in: Institut für Mittelstandsforschung Bonn (Hrsg.), Internationalisierungsgrad von KMU, Ergebnisse einer Unternehmensbefragung, Bonn 2013 (zitiert als: *Kranzusch/Holz*, Internationalisierungsgrad).

- Kraus, Philipp*, Kommentierung zu § 13 VOF, in: Ziekow, Jan/Völlink, Uwe-Carsten (Hrsg.), Vergaberecht: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – 4. Teil, VgV, SektVO, VSVgV, VOB/A, VOL/A, VOF, VO(EG) 1370, 2. Aufl. München 2013 (zitiert als: *Kraus*, in: Ziekow/Völlink [Hrsg.], VergR).
- Krauβ, Katharina*, Kommentierung zu § 1 GWB, in: Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, Deutsches Kartellrecht, 12. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Krauβ*, in: Langen/Bunte [Hrsg.], KartellR Bd. I).
- Krebber, Sebastian*, Kommentierung zu Art. 153 AEUV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Aufl. München 2016 (zitiert als: *Krebber*, in: Calliess/Ruffert [Hrsg.], EUV/AEUV).
- Krohn, Wolfram*, Umweltschutz als Zuschlagskriterium: Grünes Licht für „Ökostrom“, NZBau 2004, S. 92 - 96.
- Krüdewagen, Ute*, Mittelstandsförderung auf EG-, Bundes- und Landesebene, GewArch Bd. 45 (1999), S. 235 - 244.
- Krüsselberg, Hans-Günter*, Marktwirtschaft ohne Mittelstand? – Zur Rolle der unternehmerischen Selbständigkeit in der Sozialen Marktwirtschaft, in: Cassel, Dieter (Hrsg.), 50 Jahre Soziale Marktwirtschaft, Schriften zu Ordnungsfragen der Wirtschaft, Band 57, Stuttgart 1998, S. 605 - 649 (zitiert als: *Krüsselberg*, Marktwirtschaft, in: Cassel [Hrsg.], Soziale Marktwirtschaft, S. 605).
- Kruse, Oliver*, Anforderungen des europäischen Primärrechts an die Vergabe öffentlicher Aufträge, VR 2015, S. 51 - 56.
- Kube, Hanno*, Kommentierung zu Art. 109 GG, Art. 114 GG, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.), Grundgesetz Loseblattkommentar, 74. Ergänzungslieferung München 2015, (zitiert als: *Kube*, in: Maunz/Dürig [Begr.], GG, 2015).
- Kucera, Gustav*, Beitrag des Mittelstandes zur volkswirtschaftlichen Humankapitalbildung unter besonderer Berücksichtigung des Handwerks, in: Ridinger, Rudolf (Hrsg.), Gesamtwirtschaftliche Funktionen des Mittelstandes, Band I, Berlin 1997, S. 57 - 72 (zitiert als: *Kucera*, Humankapitalbildung, in: Ridinger [Hrsg.], Gesamtwirtschaftliche Funktionen Bd. I, S. 57).
- Kühling, Jürgen*, Kommentierung zu Art. 107 AEUV, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Aufl. München 2012 (zitiert als: *Kühling*, in: Streinz [Hrsg.], EUV/AEUV).
- Rechtliche Grenzen der „Ökologisierung“ des öffentlichen Beschaffungswesens, VerwArch Bd. 95 (2004), S. 337 - 358.
- Kulartz, Hans-Peter*, Kommentierung zu § 119 GWB, in: ders./Kus, Alexander/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. Köln 2016 (zitiert als: *Kulartz*, in: ders./Kus u.a. [Hrsg.], GWB).
- Kommentierung zu § 97 GWB, in: ders./Kus, Alexander/Portz, Norbert (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 3. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Kulartz*, in: ders./Kus u.a. [Hrsg.], GWB, 2014).
- Kommentierung zu § 3 EG VOB/A, in: ders./Marx, Fridhelm/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur VOB/A, 2. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Kulartz*, in: ders./Marx u.a. [Hrsg.], VOB/A).
- Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert* (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 3. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Kulartz/Kus u.a. [Hrsg.], GWB, 2014).

- Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim* (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. Köln 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Kulartz/Kus u.a. [Hrsg.], GWB).
- Kulartz, Hans-Peter/Marx, Fridhelm/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim* (Hrsg.), Kommentar zur VOB/A, 2. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Kulartz/Marx u.a. [Hrsg.], VOB/A).
- Kommentar zur VOL/A, 3. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Kulartz/Marx u.a. [Hrsg.], VOL/A).
- Kummer, Joachim*, Anfechtung von Direktzahlungen des Auftraggebers gemäß § 16 Nr. 6 VOB/B an einen Nachunternehmer, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 16.10.2008 - IX ZR 2/05, jurisPR-BGHZivilR 2/2009 Anm. 5.
- Zur Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Bauhauptunternehmers bei vertraglich vereinbarter Abtretung von Werklohnansprüchen gegen den Hauptauftraggeber an den Subunternehmer, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 18.11.2004 - IX ZR 299/00, jurisPR-BGHZivilR 21/2005 Anm. 3.
- Kunert, Franz-Josef*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Öffentliches Recht, Berlin 1977 (zitiert als: *Kunert*, Bedarfsdeckungsgeschäfte).
- Kunnert, Gerhard*, WTO-Vergaberecht: Genese und System sowie Einwirkungen auf das EG-Vergaberegime, Baden-Baden 1998 (zitiert als: *Kunnert*, WTO-Vergaberecht).
- Kunst, Hermann/Grundmann, Siegfried (Begr.)*, Evangelisches Staatslexikon, Band I, 3. Aufl. Stuttgart 1987 (zitiert als: *Bearbeiter*, EVStL Bd. I).
- Küpper, Hans-Ulrich/Semper, Lothar* (Hrsg.), Chancen und Risiken von PPP: Eine Betrachtung aus ökonomischer und juristischer Perspektive, München 2012 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Küpper/Semper [Hrsg.], PPP).
- Kus, Alexander*, Kommentierung zu § 97 GWB, in: Kulartz, Hans-Peter/ders./Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. Köln 2016 (zitiert als: *Kus*, in: Kulartz/ders. u.a. [Hrsg.], GWB).
- Kommentierung zu § 97 GWB, in: Kulartz, Hans-Peter/ders./Portz, Norbert (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 3. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Kus*, in: Kulartz/ders. u.a. [Hrsg.], GWB, 2014).
 - Kommentierung zu § 5 EG VOB/A, in: Kulartz, Hans-Peter/Marx, Fridhelm/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur VOB/A, 2. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Kus*, in: Kulartz/Marx u.a. [Hrsg.], VOB/A).
 - Kommentierung zu § 2 VOL/A, § 2 EG VOL/A, in: Kulartz, Hans-Peter/Marx, Fridhelm/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur VOL/A, 3. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Kus*, in: Kulartz/Marx u.a. [Hrsg.], VOL/A).
 - Losvergabe und Ausführungskriterien, NZBau 2009, S. 21 - 24.
- Lachwitz, Klaus/Schellhorn, Walter/Welti, Felix* (Hrsg.), Handkommentar zum SGB IX, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 3. Aufl. München 2010 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Lachwitz/Schellhorn u.a. [Hrsg.], SGB IX).
- Landesvereinigung der Arbeitgeberverbände Nordrhein-Westfalen e.V./Verband der Metall- und Elektro-Industrie Nordrhein-Westfalen e.V.* (Hrsg.), Festschrift für Jochen F. Kirchhoff, Köln 2002 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: FS Kirchhoff).
- Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, Deutsches Kartellrecht, 12. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Langen/Bunte [Hrsg.], KartellR Bd. I).

- Lausen, Irene*, Kommentierung zu § 16 EG VOL/A, in: Müller-Wrede, Malte (Hrsg.), Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, VOL/A, Kommentar, 4. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Lausen*, in: Müller-Wrede [Hrsg.], VOL/A).
- Leible, Stefan/Streinzi, Thomas*, Kommentierung zu Art. 34 AEUV, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 59. Ergänzungslieferung München 2016 (zitiert als: *Leible/T. Streinzi*, in: Grabitz/Hilf u.a. [Hrsg.], EU, 2016).
- Leinemann, Eva-Dorothee*, Erhöht sich der Prüfaufwand bei Angeboten von Bietergemeinschaften für Vergabestellen?, *VergabeR* 2015, S. 281 - 288.
- Leinemann, Ralf*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, VOB/A, VOL/A, VOF, RPW, SektVO, VgV, GWB, Erläuterungen aller Vergabeordnungen, Nachprüfung von Vergabeverfahren, Vergabestrafrecht, Korruptionsprävention, 5. Aufl. Köln 2011 (zitiert als: *Leinemann*, Vergabe).
- Leithaus, Rolf*, Kommentierung zu § 142 InsO, in: Andres, Dirk/ders. (Hrsg.), Insolvenzordnung, Kommentar, 3. Aufl. München 2014 (zitiert als: *Leithaus*, in: Andres/ders. [Hrsg.], InsO).
- Lerche, Peter*, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, Zu den „nicht erfüllten Gesetzgebungsaufträgen“, *AöR* Bd. 90 (1965), S. 341 - 372.
- Lewinski, Kai von/Burba, Daniela* (Hrsg.), Haushaltsgrundsätzegesetz, Kommentar, Baden-Baden 2013 (zitiert als: *v. Lewinski/Burba*, HGrG).
- Lindner, Josef Franz*, Kommentierung zu Art. 153 BayVerf, in: ders./Möstl, Markus/Wolff, Heinrich Amadeus (Hrsg.), Verfassung des Freistaates Bayern, Kommentar, München 2009 (zitiert als: *Lindner*, in: ders./Möstl u.a. [Hrsg.], BayVerf).
- Sechzig Jahre Bayrische Verfassung – empfiehlt sich eine Revision?, *BayVBI* 2006, S. 1 - 14.
 - Zur grundrechtsdogmatischen Struktur der Wettbewerbsfreiheit, *DÖV* 2003, S. 185 - 192.
- Lindner, Josef Franz/Möstl, Markus/Wolff, Heinrich Amadeus* (Hrsg.), Verfassung des Freistaates Bayern, Kommentar, München 2009 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Lindner/Möstl u.a. [Hrsg.], BayVerf).
- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander* (Hrsg.), Kartellrecht Kommentar, 3. Aufl. München 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Loewenheim/Meessen u.a. [Hrsg.], KartellR, 2016).
- Losch, Alexandra*, Das Legislativpaket im EG-Vergaberecht – Das Ende der vergabefremden Kriterien?, *EuR* 2005, S. 231 - 241.
- Lotz, Dorothee*, Zielorientierte Mittelstandsförderung: Instrumentarium für regionale Fördermaßnahmen, Wiesbaden 1997 (zitiert als: *Lotz*, Zielorientierte Mittelstandsförderung).
- Lücke, Jörg*, Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge, *AöR* Bd. 107 (1982), S. 15 - 60.
- Lücke, Wolfgang*, Anfechtungsrechtliche Probleme bei Dreiecksverhältnissen am Beispiel der Erfüllung durch Dritte, *ZIP* 2001, S. 1 - 9.
- Lurger, Brigitta*, Kommentierung zu Art. 173 AEUV, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Aufl. München 2012 (zitiert als: *Lurger*, in: Streinz [Hrsg.], EUV/AEUV).
- Lux, Johannes*, Gesellschaftliche Veränderungen bei Bietern im Vergabeverfahren, *NZBau* 2012, S. 680 - 684.

- Bietergemeinschaften im Schnittfeld von Gesellschafts- und Vergaberecht, Baden-Baden 2009 (zitiert als: *Lux*, Bietergemeinschaft).
- Mager, Stefan/Lotz, Birgit*, Grundsätzliche Unzulässigkeit von Bietergemeinschaften?, NZBau 2014, S. 328 - 333.
- Maibaum, Hans-Werner*, Kommentierung zu § 97 GWB, in: Hattig, Oliver/ders. (Hrsg.), Praxiskommentar Kartellvergaberecht, der 4. Teil des GWB und VgV, Köln 2010 (zitiert als: *Maibaum*, in: Hattig/ders. [Hrsg.], KartellVergR).
- Maier, Frank/Tetzlaff, Thilo*, Modifizierung der Generalunternehmerhaftung nach § 28e SGB IV – Beauftragung von präqualifizierten Nachunternehmern und das Präqualifizierungsverfahren nach VOB/A 2009, NZBau 2010, S. 283 - 285.
- Malmendier, Bertrand*, Vergaberecht, quo vadis?, DVBI 2000, S. 963 - 969.
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian*, (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, Präambel, Art. 1 - 19, 6. Aufl. München 2010 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. [Hrsg.], GG Bd. I).
- Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, Art. 83 - 146, 6. Aufl. München 2010 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. [Hrsg.], GG Bd. III).
- Mann, Thomas*, Kommentierung zu Art. 12 GG, in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. München 2014 (zitiert als: *Mann*, in: Sachs [Hrsg.], GG).
- Mittelstand und Verfassungsrecht, in: Landesvereinigung der Arbeitgeberverbände Nordrhein-Westfalen e.V./Verband der Metall- und Elektro-Industrie Nordrhein-Westfalen e.V. (Hrsg.), Festschrift für Jochen F. Kirchhoff, Köln 2002, S. 221 - 244 (zitiert als: *Mann*, Mittelstand, in: FS Kirchhoff, S. 221).
- Manssen, Gerrit*, Kommentierung zu Art. 12 Abs. 1 GG, in: Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian, (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, Präambel, Art. 1 - 19, 6. Aufl. München 2010 (zitiert als: *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. [Hrsg.], GG Bd. I).
- Manz, Tobias/Schönwälder, Yannick*, Die vergaberechtliche Gretchenfrage: Wie hältst Du's mit dem Mittelstand? Der Mittelstandsschutz des § 97 III GWB bei der Vergabe von PPP- und Totalunternehmerleistungen, NZBau 2012, S. 465 - 470.
- Martens, Wolfgang*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 7 - 42.
- Martin-Ehlers, Andrés*, Die Unzulässigkeit vergabefremder Kriterien, WuW 1999, S. 685 - 694.
- Marx, Fridhelm*, Einleitung zur VOB/A, in: Kulartz, Hans-Peter/ders./Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur VOB/A, 2. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Marx*, in: Kulartz/ders. u.a. [Hrsg.], VOB/A).
- Einleitung zur VOL/A, in: Kulartz, Hans-Peter/ders./Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur VOL/A, 3. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Marx*, in: Kulartz/ders. u.a. [Hrsg.], VOL/A).
- Freiheitsgrundrechte des GG und Grundfreiheiten der EU im Verhältnis zu mitgliedstaatlichen Einkaufsregeln, GewArch Beilage WiVerw 04/2007, S. 193 - 201.
- Kommentierung zu § 4 VOF, in: Müller-Wrede, Malte (Hrsg.), Kommentar zur VOF, 3. Aufl. Köln 2007 (zitiert als: *Marx*, in: Müller-Wrede [Hrsg.], VOF).
- Kommentierung zu § 97 GWB, in: Motzke, Gerd/Pietzcker, Jost/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Beck'scher VOB-Kommentar, Verdingungsordnungen für Bauleistungen Teil A mit Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 4. Teil: Vergabe öffentlicher Aufträge, München 2001 (zitiert als: *Marx*, in: Motzke/Pietzcker u.a. [Hrsg.], VOB/A).

- Masing, Johannes*, Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl. München 2012, § 7 (zitiert als: *Masing*, Rechtsstatus, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann u.a. [Hrsg.], GVerwR Bd. I, § 7).
- Maunz, Theodor* (Begr.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, Band 2, München 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Maunz [Begr.], BVerfGG Bd. II).
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Begr.), Grundgesetz Loseblattkommentar, 74. Ergänzungslieferung München 2015, (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig [Begr.], GG, 2015).
- Meder, Theodor*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Handkommentar, 4. Aufl. Stuttgart 1992, (zitiert als: *Meder*, BayVerf).
- Mellein, Christine*, Kommentierung zu Art. 173 AEUV, Art. 179 AEUV, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. Baden-Baden 2012 (zitiert als: *Mellein*, in: Schwarze [Hrsg.], EU).
- Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren I, Heidelberg 2006 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Merten/Papier [Hrsg.], HbGR Bd. II).
- Mertens, Susanne/Baumann, Henrik*, Neue EU-Vergaberichtlinie: Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung, Vergabeblog.de vom 14. April 2014, Nr. 18843, im Internet abrufbar unter <http://www.vergabeblog.de/2014-04-14/die-einheitliche-europische-eigenerklärung/>, letzter Aufruf am 30.07.2016 (zitiert als: *Mertens/Baumann*, Eigenerklärung.).
- Messerschmidt, Burkhard*, Kommentierung zu § 16 VOB/B, in: Kapellmann, Klaus/ders. (Hrsg.), Beck'sche Kurzkommentare VOB Teile A und B, Vergabe- und Vertragsordnungen für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV), 5. Aufl. München 2015 (zitiert als: *Messerschmidt*, in: Kapellmann/ders. [Hrsg.], VOB).
- Messerschmidt, Burkhard/Voit, Wolfgang* (Hrsg.), Privates Baurecht, Kommentar zu §§ 631 ff. BGB, Kurzkommentierung zur VOB/B, zur HOAI und zum Bauforderungssicherungsgesetz, mit systematischen Darstellungen zu HOAI, Vergaberecht, Bauträgervertrag, Sicherung der Ansprüche aus dem Werkvertrag, internationalen Bau- und Planerverträgen, Insolvenz bei Bau- und Planerverträgen, außergerichtlicher und gerichtlicher Rechtsdurchsetzung, 2. Aufl. München 2012 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Messerschmidt/Voit [Hrsg.], Baurecht).
- Meyer, Nina*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, zur Zulässigkeit der Verwendung sogenannter „beschaffungsfremder Kriterien“ unter besonderer Berücksichtigung der Tariftreueerklärungen, Berlin 2002 (zitiert als: *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen).
- Michallik, Florian*, Problemfelder bei der Berücksichtigung mittelständischer Interessen im Vergaberecht, VergabeR 2011, S. 683 - 692.
- Möllenkamp, Christian*, Kommentierung zu § 160 GWB, in: Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. Köln 2016 (zitiert als: *Möllenkamp*, in: Kulartz/Kus u.a. [Hrsg.], GWB).
- Molsberger, Josef*, Stichwort: Mittelstandspolitik, in: Kunst, Hermann/Grundmann, Siegfried (Begr.), Evangelisches Staatslexikon, Band I, 3. Aufl. Stuttgart 1987 (zitiert als: *Molsberger*, Mittelstandspolitik, EVStL Bd. I).
- Motzke, Gerd*, Kommentierung zu § 8 VOB/A, in: Dreher, Meinrad/ders. (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, GWB 4. Teil, VgV, SektVO, VOB Teil A, 2. Aufl. München 2013 (zitiert als: *Motzke*, in: Dreher/ders. [Hrsg.], VergR).

- Motzke, Gerd/Pietzcker, Jost/Prieß, Hans-Joachim* (Hrsg.), Beck'scher VOB-Kommentar, Verdingungsordnungen für Bauleistungen Teil A mit Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 4. Teil: Vergabe öffentlicher Aufträge, München 2001 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Motzke/Pietzcker u.a. [Hrsg.], VOB/A).
- Muller, Patrice/Devnani, Shaan/Julius, Jenna/Gagliardi, Dimitri/Marzocchi, Chiara*, in: Europäische Kommission (Hrsg.), Annual Report on European SMEs 2015/2016, SME recovery continues, Europäische Union 2016 (zitiert als: *Muller/Devnani u.a.*, Annual Report).
- Müller, Hans-Peter*, Kommentierung zu § 97 GWB, in: Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. Köln 2016 (zitiert als: *Müller*, in: Kulartz/Kus u.a. [Hrsg.], GWB).
- Müller-Graff, Peter-Christian*, Kommentierung zu Art. 56 AEUV, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Aufl. München 2012 (zitiert als: *Müller-Graff*, in: Streinz [Hrsg.], EUV/AEUV).
- Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, ZHR Bd. 152 (1988), S. 403 - 438.
- Müller-Wenner, Dorothee/Schorn, Ulrich* (Hrsg.), SGB IX Teil 2, Besondere Regelungen zur Teilhabe schwerbehinderter Menschen (Schwerbehindertenrecht), München 2003 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Müller-Wenner/Schorn [Hrsg.], SGB IX Teil 2).
- Müller-Wrede, Malte* (Hrsg.), Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, VOL/A, Kommentar, 4. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Müller-Wrede [Hrsg.], VOL/A).
- GWB-Vergaberecht, Taschenkommentar, 2. Aufl. Köln 2012 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Müller-Wrede [Hrsg.], GWB).
 - Kommentierung zu § 97 GWB, in: ders. (Hrsg.), GWB-Vergaberecht, Taschenkommentar, 2. Aufl. Köln 2012 (zitiert als: *Müller-Wrede*, in: ders. [Hrsg.], GWB).
 - Kompendium des Vergaberechts, systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts, 2. Aufl. Köln 2013.
 - Anforderungen an die Unternehmen, in: ders. (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts, 2. Aufl. Köln 2013, Kapitel 20 (zitiert als: *Müller-Wrede*, Anforderungen, in: ders. [Hrsg.], Kompendium, Kap. 20).
 - GWB-Vergaberecht, Taschenkommentar, 1. Aufl. Köln 2009 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Müller-Wrede [Hrsg.], GWB, 2009).
 - Kommentierung zu § 97 GWB, in: ders. (Hrsg.), GWB-Vergaberecht, Taschenkommentar, 1. Aufl. Köln 2009 (zitiert als: *Müller-Wrede*, in: ders. [Hrsg.], GWB, 2009).
 - Kommentar zur VOF, 3. Aufl. Köln 2007 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Müller-Wrede [Hrsg.], VOF).
 - Grundsätze der Losvergabe unter dem Einfluss mittelständischer Interessen, NZBau 2004, S. 643 - 648.
 - Verdingungsordnung für Leistungen VOL/A, Kommentar, 1. Aufl. Köln 2001 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Müller-Wrede [Hrsg.], VOL/A, 2001).
- Müller-Wrede, Malte/Kaelble, Hendrik*, Allgemeine Verfahrenstypen, in: Müller-Wrede, Malte (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts, 2. Aufl. Köln 2013, Kapitel 17 (zitiert als: *Müller-Wrede/Kaelble*, Verfahrenstypen, in: Müller-Wrede [Hrsg.], Kompendium, Kap. 17).

- Münch, Ingo von/Kunig, Philip*, Kommentierung zu Vorb. Art. 1-19 GG, in: ders./Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, Präambel bis Art. 69 GG, 6. Aufl. München 2012 (zitiert als: *v. Münch/Kunig*, in: ders./ders. [Hrsg.], GG Bd. I).
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, Präambel bis Art. 69 GG, 6. Aufl. München 2012 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Münch/Kunig [Hrsg.], GG Bd. I).
- Murawiek, Dietrich*, Grundrechte als Teilhaberecht, soziale Grundrechte, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl. Heidelberg 2011, § 192 (zitiert als: *Murawiek*, Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR Bd. IX, § 192).
- Nawiasky, Hans/Leusser, Claus*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Systematischer Überblick und Handkommentar, München 1948 (zitiert als: *Nawiasky/Leusser*, BayVerf).
- Neßler, Volker*, Politische Auftragsvergabe durch den Staat? – Zur europarechtlichen Zulässigkeit politischer Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe, DÖV 2000, S. 145 - 152.
- Neumann, Dirk/Pahlen, Ronald/Majerski-Pahlen, Monika* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch IX, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Kommentar, 12. Aufl. München 2010 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Neumann/Pahlen [Hrsg.], SGB IX).
- Neumann, Heinzgeorg*, Die Verfassung der Freien Hansestadt Bremen, Kommentar, Stuttgart 1996 (zitiert als: *Neumann*, BremVerf).
- Neun, Andreas/Otting, Olaf*, Die EU-Vergaberechtsreform 2014, EuZW 2014, S. 446 - 452.
- Niebuhr, Frank*, Kommentierung zu § 97 GWB, in: ders./Eschenbruch, Klaus/Hunger, Kai-Uwe/Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 4. Teil des GWB, Vergabeverfahren, Nachprüfungsverfahren und Schadensersatz, Neuwied 2000 (zitiert als: *Niebuhr*, in: ders./Eschenbruch u.a. [Hrsg.], VergR).
- Niebuhr, Frank/Eschenbruch, Klaus/Hunger, Kai-Uwe/Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert* (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 4. Teil des GWB, Vergabeverfahren, Nachprüfungsverfahren und Schadensersatz, Neuwied 2000 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Niebuhr/Eschenbruch u.a. [Hrsg.], VergR).
- Niemann, Andreas*, Die Mittelstandspolitik der Europäischen Union, Stuttgart 1994 (zitiert als: *Niemann*, Mittelstandspolitik).
- Noch, Rainer*, Vergaberecht kompakt, Handbuch für die Praxis, 7. Aufl. Köln 2016, (zitiert als: *Noch*, VergR kompakt).
- Nordemann, Jan Bernd*, Kommentierung zu § 1 GWB, § 3 GWB, in: Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander (Hrsg.), Kartellrecht Kommentar, 3. Aufl. München 2016 (zitiert als: *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen u.a. [Hrsg.], KartellR, 2016).
- Oetker, Arend* (Hrsg.), Mittelstand in Zeiten struktureller Umbrüche, München 1997 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Oetker [Hrsg.], Strukturelle Umbrüche).
- Ohrtmann, Nicola*, Abschluss des Verfahrens – Zuschlag oder Aufhebung, in: Müller-Wrede, Malte (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts, 2. Aufl. Köln 2013, Kapitel 23 (zitiert als: *Ohrtmann*, Zuschlag, in: Müller-Wrede [Hrsg.], Kompendium, Kap. 23).
- Bietergemeinschaften – Chancen und Risiken –, VergabeR 2008, S. 426 - 446.
- Ölcüm, Ipek*, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, Berlin 2009 (zitiert als: *Ölcüm*, Soziale Belange).

Ollmann, Horst, Die kleine Vergaberechtsreform, *VergabeR* 2008, S. 447 - 458.

Opitz, Marc, Kommentierung zu § 97 Abs. 4 GWB, § 13 VOB/A, § 16 VOB/A, in: Dreher, Meinrad/Motzke, Gerd (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, GWB 4. Teil, VgV, SektVO, VOB Teil A, 2. Aufl. München 2013 (zitiert als: *Opitz*, in: Dreher/Motzke [Hrsg.], *VergR*).

- Das Legislativpaket: Die neuen Regelungen zur Berücksichtigung umwelt- und sozialpolitischer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, *VergabeR* 2004, S. 421 - 430.
- Die Entwicklung des EG-Vergaberechts in den Jahren 2001 und 2002 – Teil 2, Die Rechtsprechung, *NZBau* 2003, S. 252 - 261.
- Der Wirtschaftlichkeitsbegriff im Kartellvergaberecht, *NZBau* 2001, S. 12 - 16.

Oppenländer, Karl Heinrich (Hrsg.), Die gesamtwirtschaftliche Funktion kleiner und mittlerer Unternehmen: Referate und Diskussionsbeiträge der Tagung vom 8. - 10. Oktober 1975, München 1976 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Oppenländer [Hrsg.], *Gesamtwirtschaftliche Funktion*).

- Das Verhalten kleiner und mittlerer Unternehmen im industriellen Innovationsprozeß, in: ders. (Hrsg.), *Die gesamtwirtschaftliche Funktion kleiner und mittlerer Unternehmen: Referate und Diskussionsbeiträge der Tagung vom 8. - 10. Oktober 1975*, München 1976, S. 119 - 142 (zitiert als: *Oppenländer*, *Innovationsprozeß*, in: ders. [Hrsg.], *Gesamtwirtschaftliche Funktion*, S. 119).

Ortner, Roderic, Das Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen, *VergabeR* 2011, S. 677 - 682.

Ossenbühl, Fritz, Die Freiheiten des Unternehmers nach dem Grundgesetz, *AöR* Bd.115 (1990), S. 1 - 32.

Osterloh, Lerke/Nußberger, Angelika, Kommentierung zu Art. 3, in: Sachs, Michael (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 7. Aufl. München 2014 (zitiert als: *Osterloh/Nußberger*, in: Sachs [Hrsg.], *GG*).

Otting, Olaf/Olgemöller, Udo H., Innovation und Bürgerbeteiligung im Wettbewerblichen Dialog, *NVwZ* 2011, S. 1225 - 1230.

Otting, Olaf/Tresselt, Wiland, Grenzen der Loslimitierung, *VergabeR* 2009, S. 585 - 594.

Overbuschmann, Benedikt, Verstößt die Verabredung einer Bietergemeinschaft gegen das Kartellrecht, *VergabeR* 2014, S. 634 - 641.

Pahlen, Ronald, Kommentierung zu § 141 SGB IX, in: Neumann, Dirk/ders./Majerski-Pahlen, Monika (Hrsg.), *Sozialgesetzbuch IX, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Kommentar*, 12. Aufl. München 2010 (zitiert als: *Pahlen*, in: Neumann/ders. u.a. [Hrsg.], *SGB IX*).

Papier, Hans-Jürgen, Kommentierung zu Art. 14 GG, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.), *Grundgesetz Loseblattkommentar*, 74. Ergänzungslieferung München 2015, (zitiert als: *Papier*, in: Maunz/Dürig [Begr.], *GG*, 2015).

Pauka, Marc, Entbürokratisierung oder Mehraufwand? – Die Regelungen der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) in der VKR, *VergabeR* 2015, S. 505 - 509.

Pechstein, Matthias, Kommentierung zu Art. 3 EUV, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), *EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union*, 2. Aufl. München 2012 (zitiert als: *Pechstein*, in: Streinz [Hrsg.], *EUV/AEUV*).

Peine, Franz-Joseph, Öffentliches Wirtschaftsrecht, in: Grimm, Dieter/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), *Nordrhein-westfälisches Staats- und Verwaltungsrecht*, Frankfurt am Main 1986, S. 568 - 586 (zitiert als: *Peine*, *Wirtschaftsrecht*, in: Grimm/Papier [Hrsg.], *NRW*).

Peters, Hans, Die Verfassung von Nordrhein-Westfalen, *DVBl* 1950, S. 449 - 454.

- Peters, Hans-Joachim*, Art. 20a GG – Die neue Staatszielbestimmung des Grundgesetzes, NVwZ 1995, S. 555 - 557.
- Pietzcker, Jost*, Die Richtlinien der Deutschen Bahn AG über die Sperrung von Auftragsnehmern, NZBau 2004, S. 530 - 536.
- Vergaberechtliche Sanktionen und Grundrechte, NZBau 2003, S. 242 - 249.
 - Die Zweiteilung des Vergaberechts, Subjektive Rechte, Rechtsschutz, Reform, Baden-Baden 2001 (zitiert als: *Pietzcker*, Zweiteilung des Vergaberechts).
 - Die neue Gestalt des Vergaberechts, ZHR Bd. 162 (1998), S. 427 - 473.
 - Rechtsbindungen der Vergabe öffentlicher Aufträge, AöR Bd. 107 (1982), S. 61 - 100.
 - Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, Recht und Praxis der Beschaffungsverträge in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1978 (zitiert als: *Pietzcker*, Staatsauftrag).
- Pöcker, Markus*, Das Verfahrensrecht wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Verteilungsentscheidungen: Der einheitliche Verteilungsverwaltungsakt, DÖV 2003, S. 193 - 200.
- Pöhlker, Johannes-Ulrich/Lausen, Irene*, Praxis der Kommunalverwaltung, VOB, VOL, VOF, und GRW Vergabe von Bauleistungen und anderen (Dienst- und Wettbewerbs-) Leistungen, Februar 2011, (zitiert als: *Pöhlker/Lausen*, PdK-VergR).
- Pollmann, Tobias*, Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im öffentlichen Vergaberecht, Berlin 2009 (zitiert als: *Pollmann*, Gleichbehandlungsgrundsatz).
- Portz, Nobert*, Die Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien, Zehn Thesen und Forderungen aus Sicht des DStGB, Die Gemeinde SH 2015, S. 197 - 198.
- Alles einfacher?, Das künftige Vergaberecht, Stadt und Gemeinde 2015, S. 459 - 462.
 - Kommentierung zu § 17 VOB/A, in: Kulartz, Hans-Peter/Marx, Fridhelm/ders./Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur VOB/A, 2. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Portz*, in: Kulartz/Marx u.a. [Hrsg.], VOB/A).
 - Kommentierung zu § 17 VOL/A, in: Kulartz, Hans-Peter/Marx, Fridhelm/ders./Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur VOL/A, 3. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Portz*, in: Kulartz/Marx u.a. [Hrsg.], VOL/A).
- Preis, Ulrich*, Die Verantwortung des Arbeitgebers und der Vorrang betrieblicher Maßnahmen vor Entlassungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 SGB III), Programmsatz oder verbindlicher Rechtssatz?, NZA 1998, S. 449 - 458.
- Preussner, Mathias/Kandel, Roland/Jansen, Günter* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar VOB/B, 25. Edition München 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Preussner/Kandel u.a. [Hrsg.], BeckOK VOB/B, 2016).
- PricewaterhouseCoopers AG*, SMEs' access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU, 2014 (zitiert als: PWC, SMEs).
- Prieß, Hans-Joachim*, Das öffentliche Auftragswesen im Jahre 1996, EuZW 1997, S. 391 - 398.
- Prieß, Hans-Joachim/Gabriel, Marc*, Die Bildung und Beteiligung von Bietergemeinschaften in Vergabe- und Nachprüfungsverfahren, WuW 2006, S. 385 - 392.
- Probst, Peter Michael/von Holleben, Kevin Max*, Bedeutung und Tragweite des vergaberechtlichen Leistungsbestimmungsrechts des Auftraggebers, CR 2012, S. 1 - 5.

- Probst, Peter Michael/von Holleben, Kevin Max/Winters, Fabian*, Paradigmenwechsel bei Nachunternehmerinsatz und Eignungsleihe im Vergaberecht?, Warum zwischen Eignungsleihe bei Dritten und Einsatz von Nachunternehmern zwingend zu unterscheiden ist, CR 2013, S. 200 - 204.
- Probst, Peter Michael/Winters, Fabian*, eVergabe – ein Blick in die Zukunft des elektronischen Vergabewesens!, Eine Definition von „eVergabe“ und ihrer Rahmenbedingungen nach den Vorstellungen des Gesetzgebers, CR 2015, S. 557 - 562.
- Pross, Helge*, Stichwort: Mittelstand, in: Kunst, Hermann/Grundmann, Siegfried (Begr.), Evangelisches Staatslexikon, Band I, 3. Aufl. Stuttgart 1987 (zitiert als: *Pross*, Mittelstand, EVStL Bd. I).
- Puhl, Thomas*, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL Bd. 60 (2001), S. 456 - 512.
- Pünder, Hermann*, Zu den Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge, VerwArch Bd. 95 (2004), S. 38 - 62.
- Die Vergabe öffentlicher Aufträge unter den Vorgaben des europäischen Beihilferechts, NZBau 2003, S. 530 - 539.
- Pünder, Hermann/Prieß, Hans-Joachim* (Hrsg.) Vergaberecht im Umbruch, Hamburger Kolloquium zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht in der Bucerius Law School am 30. September 2004, Köln 2005 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Pünder/Prieß [Hrsg.], Vergaberecht im Umbruch).
- Pünder, Hermann/Schellenberg, Martin* (Hrsg.), Vergaberecht, GWB, VgV, VSVgV, SektVO, VOL/A, VOB/A, VOF, Haushaltsrecht, Öffentliches Preisrecht, Handkommentar, 2. Aufl. Baden-Baden 2015 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Pünder/Schellenberg [Hrsg.], VergR).
- Ramsauer, Ulrich*, Kommentierung zu § 56 VwVfG, in: Kopp, Ferdinand/ders. (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 17. Aufl. München 2016 (zitiert als: *Ramsauer*, in: Kopp/ders. (Hrsg.), VwVfG).
- Kommentierung zu Art. 19 Abs. 4 GG, in: Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans-Peter/Stein, Ekkehart (Hrsg.), Loseblattkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Alternativkommentar, 3. Aufl. Neuwied 2001 (zitiert: *Ramsauer*, in: Denninger/Hoffmann-Riem u.a. [Hrsg.], AK-GG, 2001).
- Rebhahn, Robert/Reiner, Michael*, Kommentierung zu Art. 153 AEUV, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. Baden-Baden 2012 (zitiert als: *Rebhahn/Reiner*, in: Schwarze [Hrsg.], EU).
- Rechten, Stephan*, Die Novelle des EU-Vergaberechts, NZBau 2004, S. 366 - 375.
- Regler, Rainer*, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, Berlin 2007 (zitiert als: *Regler*, Vergaberecht).
- Reichling, Ingrid/Scheumann, Nina Kristin*, Durchführung von Vergabeverfahren (Teil 1) – Entwicklung der Vergabeunterlagen als „Herzstücke“ der Ausschreibung, GewArch Bd. 61 (2015), S. 193 - 200.
- Reidt, Olaf*, Kommentierung zu § 107 GWB, in: ders./Stickler, Thomas/Glahs, Heike (Hrsg.), Vergaberecht, Kommentar, 3. Aufl. Köln 2011 (zitiert als: *Reidt*, in: ders./Stickler u.a. [Hrsg.], VergR).
- Reidt, Olaf/Stickler, Thomas/Glahs, Heike* (Hrsg.), Vergaberecht, Kommentar, 3. Aufl. Köln 2011 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Reidt/Stickler u.a. [Hrsg.], VergR).
- Vergaberecht, Kommentar, 1. Aufl. Köln 2000 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Reidt/Stickler u.a. [Hrsg.], VergR, 2000).

- Rexrodt, Günter*, Wirtschaftspolitik für den Mittelstand, in: Oetker, Arend (Hrsg.), Mittelstand in Zeiten struktureller Umbrüche, München 1997, S. 13 - 21 (zitiert als: *Rexrodt*, Wirtschaftspolitik, in: Oetker [Hrsg.], Strukturelle Umbrüche, S. 13).
- Richter, Thomas*, Generalunternehmer/Subunternehmer, in: Messerschmidt, Burckhard/Voit, Wolfgang (Hrsg.), Privates Baurecht, Kommentar zu §§ 631 ff. BGB, Kurzkommentierung zur VOB/B, zur HOAI und zum Bauforderungssicherungsgesetz, mit systematischen Darstellungen zu HOAI, Vergaberecht, Bauträgervertrag, Sicherung der Ansprüche aus dem Werkvertrag, internationalen Bau- und Planerverträgen, Insolvenz bei Bau- und Planerverträgen, außergerichtlicher und gerichtlicher Rechtsdurchsetzung, 2. Aufl. München 2012, I. Teil, Systematische Darstellungen, Kapitel D. Beteiligte des Bau- und Planungsvertrages, Unternehmereinsatzformen, II. 2 (zitiert als: *Richter*, Generalunternehmer, in: Messerschmidt/Voit [Hrsg.], Baurecht, I. Teil Kap. D. II. 2).
- Ridinger, Rudolf* (Hrsg.), Gesamtwirtschaftliche Funktionen des Mittelstandes, Band I, Berlin 1997 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Ridinger [Hrsg.], Gesamtwirtschaftliche Funktionen).
- Riese, Christoph*, Vergaberecht, Grundlagen, Verfahren, Rechtsschutz, Berlin 1998 (zitiert als: *Riese*, VergR).
- Riggert, Rainer*, Kommentierung zu § 142 InsO, in: Braun, Eberhard (Hrsg.), Insolvenzordnung, Kommentar, 7. Aufl. München 2017 (zitiert als: *Riggert* in: Braun [Hrsg.], InsO).
- Rintelen, Claus von*, Kommentierung zu § 8 VOB/A, in: Kapellmann, Klaus/Messerschmidt, Burkhard (Hrsg.), Beck'sche Kurzkommentare VOB Teile A und B, Vergabe- und Vertragsordnungen für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV), 5. Aufl. München 2015 (zitiert als: *v. Rintelen*, in: Kapellmann/Messerschmidt [Hrsg.], VOB).
- Rittner, Fritz*, Die „sozialen Belange“ i.S. der EG-Kommission und das inländische Vergaberecht, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, Baden-Baden 2000, S. 87 - 96 (zitiert als: *Rittner*, Soziale Belange, in: Schwarze [Hrsg.], Wirtschaftsrecht, S. 87).
- Die „sozialen Belange“ i. S. der EG-Kommission und das inländische Vergaberecht, EuZW 1999, S. 677 - 680.
- Ritzek-Seidl, Simone*, Kommentierung zu § 8 VOB/A, in: Pünder, Hermann/Schellenberg, Martin (Hrsg.), Vergaberecht, GWB, VgV, VSVgV, SektVO, VOL/A, VOB/A, VOF, Haushaltsrecht, Öffentliches Preisrecht, Handkommentar, 2. Aufl. Baden-Baden 2015 (zitiert als: *Ritzek-Seidl*, in: Pünder/Schellenberg [Hrsg.], VergR).
- Rixen, Stephan*, Wettbewerbsfreiheit – ein Leistungsgrundrecht?, Fragen zur Marktzugangs(verhinderungs)freiheit aus Sicht des Sozialwirtschaftsrechts, GewArch Beilage WiVerw 04/2011, S. 219 - 230.
- Robbe, Lars*, Vergaberechtliche Beurteilung der Privilegierung kleinerer und mittlerer sowie ortsansässiger Unternehmen im Rahmen öffentlicher Auftragsvergaben, VR 2005, S. 327 - 333.
- Robl, Karl*, Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der öffentlichen Vergabe, in: Heiermann, Wolfgang/Englert, Klaus (Hrsg.), Baurecht als Herausforderung, Festschrift für Horst Franke zum 60. Geburtstag, Köln 2009, S. 291 - 300 (zitiert als: *Robl*, Mittelständische Interessen, in: FS Franke, S. 291).
- Rogowski, Michael*, Das industrielle Familienunternehmen – Kontinuität im Wandel, in: Landesvereinigung der Arbeitgebervereine Nordrhein-Westfalen e.V./Verband der Metall- und Elektro-Industrie Nordrhein-Westfalen e.V. (Hrsg.), Festschrift für Jochen F. Kirchhoff, Köln 2002, S. 391 - 402 (zitiert als: *Rogowski*, Familienunternehmen, in: FS Kirchhoff, S. 391).

- Röhl, Hans Christian*, Ausgewählte Verwaltungsverfahren, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 2, Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2. Aufl. München 2012, § 30 (zitiert als: *Röhl*, Verwaltungsverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann u.a. [Hrsg.], GVerwR Bd. II, § 30).
- Verwaltung und Privatrecht – Verwaltungsprivatrecht?, VerwArch Bd. 86 (1995), S. 531 - 578.
- Rolfs, Christian/Kreikebohm, Ralf/Giesen, Richard/Udsching, Peter* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 42. Edition München 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Rolfs/Kreikebohm u.a. [Hrsg.], BeckOK SGB IX, 2016).
- Rosenkötter, Annette/Bary, Tarek-Leander*, Eignungsleihe doch nur als Nachunternehmer?, NZBau 2012, S. 486 - 488.
- Roth, Frank*, Änderung der Zusammensetzung von Bietergemeinschaften und Austausch von Nachunternehmern im laufenden Verfahren, NZBau 2005, S. 316 - 319.
- Roth, Frank/Lamm, Regina/Weyand, Kevin*, Zulässigkeit der Bevorzugung von anerkannten Werkstätten für behinderte Menschen im Vergabeverfahren, DÖV 2011, S. 545 - 553.
- Roth, Rudolf*, Reform des Vergaberechts – der große Wurf?, VergabeR 2009, S. 404 - 413.
- Kommentierung zu § 2 VOL/A, § 5 VOL/A, in: Müller-Wrede, Malte (Hrsg.), Verdingungsordnung für Leistungen VOL/A, Kommentar, 1. Aufl. Köln 2001 (zitiert als: *Roth*, in: Müller-Wrede [Hrsg.], VOL/A, 2001).
- Röttinger, Moritz/Weyringer, Claudia* (Hrsg.), Handbuch der europäischen Integration, 2. Aufl. Wien 1996 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Röttinger/Weyringer [Hrsg.], Integration).
- Rozek, Jochen*, „Leipziger Allerlei“: eine Bahnhofseinkaufspromenade, das Ladenschlußrecht und die grundrechtliche Wettbewerbsfreiheit – Zugleich eine Besprechung des Urteils des SächsOVG vom 02.12.1998, SächsVBI 1999, 70, SächsVBI 1999, S. 149 - 157.
- Ruffert, Matthias*, Kommentierung zu Art. 12 GG, in: Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, 30. Edition München 2016 (zitiert als: *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber [Hrsg.], BeckOK GG, 2016).
- Kommentierung zu Art. 173 AEUV, Art. 179 AEUV, in: Calliess, Christian/ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Aufl. München 2016 (zitiert als: *Ruffert*, in: Calliess/ders. [Hrsg.], EUV/AEUV).
- Rüfner, Wolfgang*, Grundrechtsadressaten, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl. Heidelberg 2011, § 197 (zitiert als: *Rüfner*, Grundrechtsadressaten, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HStR Bd. IX, § 197).
- Ruh, Erik*, Mittelstandsbeteiligung an öffentlichen Aufträgen, VergabeR 2005, S. 718 - 736.
- Rust, Ursula*, Die sozialen Kriterien im Vergaberecht – Eine Duplik auf Rittner, EuZW 1999, 677, EuZW 2000, S. 205 - 208.
- GWB-Vergaberecht und soziale Standards, EuZW 1999, S. 453 - 457.
- Ruthig, Josef/Storr, Stefan*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. Heidelberg 2015 (zitiert als: *Ruthig/Storr*, Wirtschaftsrecht).
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. München 2014 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Sachs [Hrsg.], GG).

- Kommentierung zu vor Art. 1 GG, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. München 2014 (zitiert als: *Sachs*, in: ders. [Hrsg.], GG).
- Säcker, Franz Jürgen/Mohr, Jochen*, Die Beurteilung von Einkaufskooperationen gemäß Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV, WRP 2011, S. 793 - 808.
- Schäfer, Peter*, Perspektiven der eVergabe, NZBau 2015, S. 131 - 140.
- Schaller, Hans*, Ein wichtiges Instrument der Mittelstandsförderung: Die Losaufteilung bei öffentlichen Aufträgen, ZfBR 2008, S. 142 - 145.
- Schima, Bernhard*, Wettbewerbliche Regelungen – falsche Signale vom Europäischen Gerichtshof?, NZBau 2002, S. 1 - 7.
- Schlecht, Otto*, Der wirtschaftspolitische Rang kleiner und mittlerer Unternehmen, in: Oppenländer, Karl Heinrich (Hrsg.), Die gesamtwirtschaftliche Funktion kleiner und mittlerer Unternehmen: Referate und Diskussionsbeiträge der Tagung vom 8. - 10. Oktober 1975, München 1976, S. 17 - 30 (zitiert als: *Schlecht*, Wirtschaftspolitische Rang, in: Oppenländer [Hrsg.], Gesamtwirtschaftliche Funktion).
- Schmidt, Manfred Gustav*, Wörterbuch zur Politik, 2. Aufl. Stuttgart 2004 (zitiert als: *Schmidt*, Wörterbuch).
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/ders./Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 2, Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2. Aufl. München 2012, § 27 (zitiert als: *Schmidt-Aßmann*, Verfahrensgedanke, in: Hoffmann-Riem/ders. u.a. (Hrsg.), GVerwR Bd. II, § 27).
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Henneke, Hans-Günter* (Hrsg.), GG Grundgesetz Kommentar, 13. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann u.a. [Hrsg.], GG).
- Schmidt-Preuß, Matthias*, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnissen, Berlin 1992 (zitiert als: *Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen).
- Schmitz, Claus*, Handlungsmöglichkeiten von Auftragnehmer und Auftraggeber in der wirtschaftlichen Krise des Vertragspartners, BauR 2005, S. 169 - 185.
- Zur Direktzahlung des Bauherrn an den Nachunternehmer in der Krise des Generalunternehmers, Anmerkung zu OLG Schleswig, Urteil vom 27.06.2003 - 1 U 165/02, EWiR 2004, S. 35 - 36.
- Direktzahlung des Auftraggebers an den Subunternehmer unmittelbar vor der Insolvenz des Generalunternehmers als anfechtbare Handlung? Anmerkung zu OLG Dresden, Urteil vom 11.11.1999 - 4 U 2045/99, EWiR 2000, S. 253 - 254.
- Schneider, Hans-Helmut*, Kommentierung zu § 3 GWB, in: Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, Deutsches Kartellrecht, 12. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Schneider*, in: Langen/Bunte [Hrsg.], KartellR Bd. I).
- Schneider, Jens-Peter*, Umweltschutz im Vergaberecht, NVwZ 2009, S. 1057 - 1063.
- EG-Vergaberecht zwischen Ökonomisierung und umweltpolitischer Instrumentalisierung, DVBl 2003, S. 1186 - 1191.
- Zur Ökonomisierung von Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, DV Bd. 34 (2001), S. 317 - 345.

- Schnelle, Ulrich/Hübner, Alexander*, Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand: Kartellrechtliche Zulässigkeit und Rechtsweg in das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren, WRP 2003, S. 1205 - 1209.
- Scholz, Rupert*, Kommentierung zu Art. 12 GG, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.), Grundgesetz Loseblattkommentar, 74. Ergänzungslieferung München 2015, (zitiert als: *Scholz*, in: Maunz/Dürig [Begr.], GG, 2015).
- Schorkopf, Frank*, Kommentierung zu Art. 6 EUV, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 59. Ergänzungslieferung München 2016 (zitiert als: *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf u.a. [Hrsg.], EU, 2016).
- Schorn, Ulrich*, Kommentierung zu § 141 SGB IX, in: Müller-Wenner, Dorothee/ders. (Hrsg.), SGB IX Teil 2, Besondere Regelungen zur Teilhabe schwerbehinderter Menschen (Schwerbehindertenrecht), München 2003 (zitiert als: *Schorn*, in: Müller-Wenner/ders. [Hrsg.], SGB IX Teil 2).
- Schoser, Franz*, Die mittelständische Wirtschaft als Rückgrat der deutschen dualen Berufsbildung, in: Landesvereinigung der Arbeitgeberverbände Nordrhein-Westfalen e.V./Verband der Metall- und Elektro-Industrie Nordrhein-Westfalen e.V. (Hrsg.), Festschrift für Jochen F. Kirchhoff, Köln 2002 S. 403 - 406 (zitiert als: *Schoser*, Rückgrat, in: FS Kirchhoff, S. 403).
- Schranner, Urban*, Kommentierung zu § 2 VOB/A, § 5 VOB/A, in: Ingenstau, Heinz/Korbion, Hermann (Begr.), VOB Teile A und B, Kommentar, 19. Aufl. Köln 2015 (zitiert als: *Schranner*, in: Ingenstau/Korbion [Begr.], VOB).
- Schröder, Meinhard*, Kommentierung zu Art. 34 AEUV, Art. 36 AEUV in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Aufl. München 2012 (zitiert als: *Schröder*, in: Streinz [Hrsg.], EUV/AEUV).
- Schulte, Josef Lothar/Just, Christoph* (Hrsg.), Kartellrecht: GWB, Kartellvergaberecht, EU-Kartellrecht, Kommentar, 2. Aufl. Köln 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Schulte/Just [Hrsg.], KartellR).
- Schulte, Julia/Voll, Maximilian*, Das Bietergemeinschaftskartell im Vergaberecht – Drum prüfe, wer sich (ewig) bindet –, ZfBR 2013, S. 223 - 227.
- Schulte, Martin*, Informales Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umwelt- und Gesundheitspflege, DVBI 1988, S. 512 - 520.
- Schulte-Braucks, Reinhard*, Unternehmenspolitik, in: Röttinger, Moritz/Weyringer, Claudia (Hrsg.), Handbuch der europäischen Integration, 2. Aufl. Wien 1996, S. 969 - 994 (zitiert als: *Schulte-Braucks*, Unternehmenspolitik, in: Röttinger/Weyringer [Hrsg.], Integration, S. 969).
- Schulze-Fielitz, Helmuth*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl. München 2012, § 12 (zitiert als: *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann u.a. [Hrsg.], GVerwR Bd. I, § 12).
- Kontrolle der Verwaltung durch Rechnungshöfe, 2. Bericht, VVDStRL Bd. 55 (1996), S. 231 - 277.
- Schumacher, Karl-Heinz*, Die Last des Mittelstandes zwischen Regulierungsdichte und Lohnkosten, in: Oetker, Arend (Hrsg.), Mittelstand in Zeiten struktureller Umbrüche, München 1997, S. 99 -109 (zitiert als: *Schumacher*, Regulierungsdichte, in: Oetker [Hrsg.], Strukturelle Umbrüche, S. 99).
- Schwarz, Kyrill-Alexander*, Kommentierung zu Art. 114 Abs. 2 GG, in: Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian, (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, Art. 83 - 146, 6. Aufl. München 2010 (zitiert als: *Schwarz*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. [Hrsg.], GG Bd. III). - **7. Aufl. 2017**

- Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. Baden-Baden 2012 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Schwarze [Hrsg.], EU).
- Kommentierung zu Art. 15 GRC, Art. 16 GRC, Art. 17 GRC, in: ders. (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. Baden-Baden 2012 (zitiert als: *Schwarze*, in: ders. [Hrsg.], EU).
 - Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, Baden-Baden 2000 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Schwarze [Hrsg.], Wirtschaftsrecht).
 - Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2000, S. 613 - 627.
- Seidel, Ingelore*, EuGH: Kampf gegen Arbeitslosigkeit zulässiges Vergabekriterium, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 26.09.2000 - Rs. C-225/98, EuZW 2000, S. 755 - 763.
- Siekman, Helmut*, Kommentierung zu Art. 109 GG, Art. 110 GG, Art. 114 GG, in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. München 2014 (zitiert als: *Siekman*, in: Sachs [Hrsg.], GG).
- Sodan, Helge*, Vorrang der Privatheit als Prinzip der Wirtschaftsverfassung, DÖV 2000, S. 361 - 371.
- Söllner, René*, Die wirtschaftliche Bedeutung kleiner und mittlerer Unternehmen in Deutschland, in: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Wirtschaft und Statistik, 2014, S. 40 - 51 (zitiert als: *Söllner*, Wirtschaftliche Bedeutung, in: StBA [Hrsg.], Wirtschaft, S. 40)
- Sommermann, Karl-Peter*, Staatsziel „Umweltschutz“ mit Gesetzesvorbehalt?, DVBl 1991, S. 34 - 36.
- Spieth, Wolf Friedrich*, Kommentierung zu § 56 VwVfG, in: Bader, Johann/Ronellenfisch, Michael (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Verwaltungsverfahrensgesetz, 33. Edition München 2016 (zitiert als: *Spieth*, in: Bader/Ronellenfisch [Hrsg.], BeckOK VwVfG, 2016).
- Sprenger, Katja*, Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand, Grenzen der Zulässigkeit, München 2001 (zitiert als: *Sprenger*, Einkaufsgemeinschaften).
- Ständige Konferenz der Auftragsberatungsstellen/BearingPoint/Orrick, Herrington & Sutcliffe*, Wie kann § 97 Abs. 3 GWB hinsichtlich der Pflicht zur Aufteilung eines öffentlichen Auftrags in Teillose rechtssicher in die Beschaffungspraxis überführt werden?, Studie im Auftrag des Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 2014, im Internet abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/Studien/schlussricht-rechtssicherheit-teillose-beschaffungspraxis.property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>, letzter Aufruf am 30.07.2016 (zitiert als: *Abst/BearingPoint u.a.*, Teillose).
- Starck, Christian*, Kommentierung zu Art. 1 Abs. 3 GG, Art. 3 Abs. 1 GG, in: Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/ders. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, Präambel, Art. 1 - 19, 6. Aufl. München 2010 (zitiert als: *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein u.a. [Hrsg.], GG Bd. I).
- Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Wirtschaft und Statistik, 2014 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: StBA [Hrsg.], Wirtschaft).
- Steiff, Jakob*, Vergabefremde Aspekte – eine Zwischenbilanz, VergabeR 2009, S. 290 - 302.
- Steinberg, Philipp*, Die Flexibilisierung des neuen europäischen Vergaberechts, NZBau 2005, S. 85 - 92.
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael* (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 8. Aufl. München 2014 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Stelkens/Bonk u.a. [Hrsg.], VwVfG).
- Stelkens, Ulrich*, Primärrechtsschutz trotz Zuschlagserteilung? – oder: Warum nach wirksamer Zuschlagserteilung trotz § 114 II 1 GWB ein Nachprüfungsverfahren möglich sein kann, NZBau 2003, S. 654 - 661.

- Stemmer, Michael/Aschl, Martina*, Gründung und Handeln kommunaler Gesellschaften und kommunale Zusammenarbeit unter dem Blickwinkel des Vergaberechts, VergabeR 2005, S. 287 - 304.
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, Die einzelnen Grundrechte, Halbband 1, Der Schutz und die freiheitliche Entfaltung des Individuums, München 2006 (zitiert als: *Stern*, Staatsrecht Bd. IV/1).
- Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III, Allgemeine Lehren der Grundrechte 1. Halbband, Grundlagen und Geschichte, nationaler und internationaler Grundrechtskonstitutionalismus, juristische Bedeutung der Grundrechte, Grundrechtsberechtigte, Grundrechtsverpflichtete, München 1988 (zitiert als: *Stern*, Staatsrecht Bd. III/1).
 - Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl. München 1984 (zitiert als: *Stern*, Staatsrecht Bd. I).
- Stickler, Thomas*, Kommentierung zu § 5 VOB/A, in: Kapellmann, Klaus/Messerschmidt, Burkhard (Hrsg.), Beck'sche Kurzkommentare VOB Teile A und B, Vergabe- und Vertragsordnungen für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV), 5. Aufl. München 2015 (zitiert als: *Stickler*, in: Kapellmann/Messerschmidt [Hrsg.], VOB).
- Kommentierung zu § 97 GWB, in: Reidt, Olaf/ders./Glahs, Heike (Hrsg.), Vergaberecht, Kommentar, 1. Aufl. Köln 2000 (zitiert als: *Stickler*, in: Reidt/ders. u.a. [Hrsg.], VergR, 2000).
- Stingl, Josef*, Die Bedeutung kleiner und mittlerer Unternehmen für den Arbeitsmarkt, in: Oppenländer, Karl Heinrich (Hrsg.), Die gesamtwirtschaftliche Funktion kleiner und mittlerer Unternehmen: Referate und Diskussionsbeiträge der Tagung vom 8. - 10. Oktober 1975, München 1976, S. 291 - 301 (zitiert als: *Stingl*, Bedeutung der KMU, in: Oppenländer [Hrsg.], Gesamtwirtschaftliche Funktion, S. 291).
- Stockenhuber, Peter*, Kommentierung zu Art. 101 AEUV, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 59. Ergänzungslieferung München 2016 (zitiert als: *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf u.a. [Hrsg.], EU, 2016).
- Stolz, Bernhard*, Kommentierung zu § 5 VOF, in: Ziekow, Jan/Völlink, Uwe-Carsten (Hrsg.), Vergaberecht: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – 4. Teil, VgV, SektVO, VSVgV, VOB/A, VOL/A, VOF, VO(EG) 1370, 2. Aufl. München 2013 (zitiert als: *Stolz*, in: Ziekow/Völlink [Hrsg.], VergR).
- Storr, Stefan*, Wirtschaftspolitik durch Auftragsvergabe, GewArch Beilage WiVerw 04/2007, S. 183 - 192.
- Der Staat als Unternehmer, öffentliche Unternehmen in der Freiheits- und Gleichheitsdogmatik des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, Jena 2001 (zitiert als: *Storr*, Der Staat als Unternehmer).
- Stoye, Jörg*, Generalübernehmervergabe – nötig ist ein Paradigmenwechsel bei den Vergaberechtlern, NZBau 2004, S. 648 - 651.
- Stoye, Jörg/Brugger, Jakob*, Die Renaissance des Selbstausführungsgebots und seine (Vor)Wirkung bereits vor Umsetzung des neuen Richtlinienpakets, VergabeR 2015, S. 647 - 652.
- Stoye Jörg/Hoffmann, Jens*, Nachunternehmerbenennung und Verpflichtungserklärung im Lichte der neusten BGH-Rechtsprechung und der VOB/A 2009, VergabeR 2009, S. 569 - 585.
- Streinz, Rudolf* (Hrsg.), EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Aufl. München 2012 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Streinz [Hrsg.], EUV/AEUV).

- Kommentierung zu Art. 15, GRC, Art. 16 GRC, Art. 17 GRC, in: ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Aufl. München 2012 (zitiert als: *Streinz*, in: ders. [Hrsg.], EUV/AEUV).
- Streinz, Rudolf/Michl, Walther*, Kommentierung zu Art. 6 EUV, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Aufl. München 2012 (zitiert als: *Streinz/Michl*, in: Streinz [Hrsg.], EUV/AEUV).
- Suchan, Susanne Tiedchen*, Kommentierung zu § 267 HGB, in: Hennrichs, Joachim/Kleindiek, Detlef/Watrin, Christoph (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Bilanzrecht, Band 2, §§ 228 - 342e HGB, München 2013 (zitiert als: *Suchan*, in: Hennrichs/Kleindiek u.a. [Hrsg.], Bilanzrecht).
- Summa, Hermann*, Kommentierung zu § 97 GWB, in: Heiermann, Wolfgang/Blaufuß, Jörg/Zeiss, Christopher (Hrsg.), Juris PraxisKommentar, Vergaberecht: GWB, VgV, SektVO, VOB/A, VOL/A, VOF, 4. Aufl. Saarbrücken 2013 (zitiert als: *Summa*, in: Heiermann/Blaufuß u.a. [Hrsg.], JurisPK VergR).
- Die Entscheidung über die Auftragsvergabe – Ein Ausblick auf das künftige Unionsrecht, NZBau 2012, S. 729 - 737.
- Tettinger, Peter J.*, Kommentierung zu Art. 28 VerfNRW, in: ders./Löwer, Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln 2002 (zitiert als: *Tettinger*, in: ders./Löwer [Hrsg.], VerfNRW).
- Verfassungsrecht und Wirtschaftsordnung – Gedanken zur Freiheitsentfaltung am Wirtschaftsstandort Deutschland, DVBI 1999, S. 679 - 687.
 - Neuer Streit um die „Wirtschaftsverfassung“?, BB 1977, S. 1617 - 1621.
- Tettinger, Peter J./Löwer, Wolfgang*, Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln 2002 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Tettinger/Löwer [Hrsg.], VerfNRW).
- Theurer, Anja/Trutzel, Brigitta/Braun, Peter/Weber, Juliane*, Die Pflicht zur Losaufteilung: Von der Norm zur Praxis – Forschungsgutachten der Auftragsberatungsstellen in Deutschland, VergabeR 2014, S. 301 - 305.
- Thole, Christoph*, Kommentierung zu § 131 InsO, in: Kayser, Godehard/ders. (Hrsg.), Insolvenzordnung, 8. Aufl. Heidelberg 2016 (zitiert als: *Thole*, in: Kayser/ders. [Hrsg.], InsO).
- Tomerius, Stephan*, Kommentierung zu § 5 VOB/A, § 6 VOB/A, § 6 VOL/A, in: Pünder, Hermann/Schellenberg, Martin (Hrsg.), Vergaberecht, GWB, VgV, VSVgV, SektVO, VOL/A, VOB/A, VOF, Haushaltsrecht, Öffentliches Preisrecht, Handkommentar, 2. Aufl. Baden-Baden 2015 (zitiert als: *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg [Hrsg.], VergR).
- Traupel, Tobias*, Eröffnung des Verfahrens – Bekanntmachung (ex-ante Transparenz), in: Müller-Wrede, Malte (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts, 2. Aufl. Köln 2013, Kapitel 19 (zitiert als: *Traupel*, Bekanntmachung, in: Müller-Wrede [Hrsg.], Kompendium, Kap. 19).
- Trute, Hans-Heinrich/Pilniok, Arne*, Kommentierung zu Art. 179 AEUV, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Aufl. München 2012 (zitiert als: *Trute/Pilniok*, in: Streinz [Hrsg.], EUV/AEUV).
- Trutzel, Brigitta*, Achtung: Fallstrick für präqualifizierte Unternehmen mit VOB- und VOL-Leistungsspektrum, Vergabeblog.de vom 18/03/2014, Nr. 18603, im Internet abrufbar unter <http://www.vergabeblog.de/2014-03-18/achtung-fallstrick-fuer-praequalifizierte-unternehmen-mit-vob-und-vol-leistungsspektrum/>, letzter Aufruf am 30.07.2016 (zitiert als: *Trutzel*, Fallstrick).

- Tugendreich, Bettina*, Der Anwendungsbereich von Präqualifikationsverfahren im deutschen Vergaberecht, NZBau 2011, S. 467 - 471.
- Uhlenbruck, Wilhelm/Hirte, Heribert/Vallender, Heinz* (Hrsg.), Insolvenzordnung, Kommentar, 14. Aufl. München 2015 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Uhlenbruck/Hirte u.a. [Hrsg.], InsO).
- Varga, Zsófia*, Berücksichtigung sozialpolitischer Anforderungen nach dem neuen § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB – europakonform?, VergabeR 2009, S. 535 - 543.
- Vater, Alexander*, Kommentierung zu § 141 SGB IX, in: Lachwitz, Klaus/Schellhorn, Walter/Welti, Felix (Hrsg.), Handkommentar zum SGB IX, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 3. Aufl. München 2010 (zitiert als: *Vater*, in: Lachwitz/Schellhorn u.a. [Hrsg.], SGB IX).
- Vavra, Maria*, Kommentierung zu § 2 VOB/A, in: Kulartz, Hans-Peter/Marx, Fridhelm/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur VOB/A, 2. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Vavra*, in: Kulartz/Marx u.a. [Hrsg.], VOB/A).
- Kommentierung zu § 2 VOL/A, in: Kulartz, Hans-Peter/Marx, Fridhelm/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur VOL/A, 3. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Vavra*, in: Kulartz/Marx u.a. [Hrsg.], VOL/A).
 - Kommentierung zu § 16 VOB/A, in: Ziekow, Jan/Völlink, Uwe-Carsten (Hrsg.), Vergaberecht: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – 4. Teil, VgV, SektVO, VSVgV, VOB/A, VOL/A, VOF, VO(EG) 1370, 2. Aufl. München 2013 (zitiert als: *Vavra*, in: Ziekow/Völlink [Hrsg.], VergR).
- Vedder, Christoph*, Kommentierung zu Art. 173 AEUV, in: ders./Heintschel von Heinegg, Wolff (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, EUV/AEUV, Grundrechte-Charta, Handkommentar, Baden-Baden 2012 (zitiert als: *Vedder*, in: ders./Heintschel v. Heinegg [Hrsg.], EUV/AEUV).
- Vedder, Christoph/Heintschel von Heinegg, Wolff* (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, EUV/AEUV, Grundrechte-Charta, Handkommentar, Baden-Baden 2012 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg [Hrsg.], EUV/AEUV).
- Verfürth, Frank*, Kommentierung zu § 8 VOB/A, § 8 EG VOB/A, in: Kulartz, Hans-Peter/Marx, Fridhelm/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur VOB/A, 2. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Verfürth*, in: Kulartz/Marx u.a. [Hrsg.], VOB/A).
- Kommentierung zu § 16 VOL/A, § 19 EG VOL/A, in: Kulartz, Hans-Peter/Marx, Fridhelm/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur VOL/A, 3. Aufl. Köln 2014 (zitiert als: *Verfürth*, in: Kulartz/Marx u.a. [Hrsg.], VOL/A).
- Vergabeblog*, Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE): Durchführungsverordnung veröffentlicht, Vergabeblog.de vom 10/01/2016, Nr. 24560, im Internet abrufbar unter <http://www.vergabeblog.de/2016-01-10/einheitliche-europaeische-eigenerklaerung-eee-durchfuehrungsverordnung-veroeffentlicht/>, letzter Aufruf am 30.07.2016 (zitiert als: Vergabeblog, EEE).
- Völlink, Uwe-Carsten*, Die Nachforderung von Nachweisen und Erklärungen – eine Zwischenbilanz fünf Jahre nach ihrer Einführung, VergabeR 2015, S. 355 - 366.
- Kommentierung zu § 2 VOB/A, § 8 VOB/A, § 12 VOB/A, § 12 EG VOB/A, in: Ziekow, Jan/ders. (Hrsg.), Vergaberecht: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – 4. Teil, VgV, SektVO, VSVgV, VOB/A, VOL/A, VOF, VO(EG) 1370, 2. Aufl. München 2013 (zitiert als: *Völlink*, in: Ziekow/ders. [Hrsg.], VergR).
- Voßkuhle, Andreas*, Strukturen und Bauformen ausgewählter neuer Verfahren, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahren

- rengesetz, Baden-Baden 2002, S. 277 - 347 (zitiert als: *Voßkuhle*, Strukturen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann [Hrsg.], *Verwaltungsverfahren*, S. 277).
- Wallenberg, Gabriela von/Schütte, Michael*, Kommentierung zu Art. 107 AEUV, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 59. Ergänzungslieferung München 2016 (zitiert als: *v. Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf u.a. [Hrsg.], *EU*, 2016).
- Wallerath, Maximilian*, Ladenschutz und Konkurrentenschutz, *NJW* 2001, S. 781 - 789.
- Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, Beschaffung und Leistungserstellung im Staat der Gegenwart, Baden-Baden 1988 (zitiert als: *Wallerath*, Bedarfsdeckung).
- Wegweiser GmbH Berlin, Research & Strategy/Technische Universität Berlin, Fachgebiet Innovationsökonomie, Institut für Technologie und Management/Orrick Hölters & Elsing*, „Einkäufer Staat“ als Innovationstreiber Entwicklungspotenziale und Handlungsnotwendigkeiten für eine innovativere Beschaffung im öffentlichen Auftragswesen Deutschlands, Abschlussbericht, 2009 (zitiert als: *Wegweiser/TU Berlin u.a.*, *Einkäufer Staat*).
- Weiß, Wolfgang*, Kommentierung zu Art. 101 AEUV, Art. 102 AEUV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), *EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, Kommentar, 5. Aufl. München 2016 (zitiert als: *Weiß*, in: Calliess/Ruffert [Hrsg.], *EUV/AEUV*).
- Privatisierung und Staatsaufgaben, Privatisierungsentscheidungen im Lichte einer grundrechtlichen Staatsaufgabenlehre unter dem Grundgesetz, Tübingen 2002 (zitiert als: *Weiß*, *Privatisierung*).
- Wellensiek, Tobias*, Direktzahlungen nach VOB/B § 16 Nr. 6 als inkongruente Deckung, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 16.10.2008 - IX ZR 2/05, *DZWiR* 2009, S. 126 - 127.
- Welter, Friederike/May-Strobl, Eva/Schlömer-Laufen, Nadine/Kranzusch, Peter/Ettl, Kerstin*, in: Institut für Mittelstandsforschung Bonn (Hrsg.), *Das Zukunftspanel Mittelstand, Eine Expertenbefragung zu den Herausforderungen des Mittelstands*, Bonn 2014 (zitiert als: *Welter/May-Strobl u.a.*, *Zukunftspanel*).
- Wendt, Rudolf*, Kommentierung zu Art. 14 GG, in: Sachs, Michael (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 7. Aufl. München 2014 (zitiert als: *Wendt*, in: Sachs [Hrsg.], *GG*).
- Werner, Michael*, Die neue VOB/A aus Sicht der Bauindustrie, *VergabeR* 2010, S. 328 - 336.
- Die Verschärfung der Mittelstandsklausel, *VergabeR* 2009, S. 262 - 272.
- Weyand, Rudolf*, Vergaberecht: Praxiskommentar zu GWB, VgV, SektVO, VSVgV, VOB/A 2012, VOL/A, VOF mit sozialrechtlichen Vorschriften, 4. Aufl. München 2013 (zitiert als: *Weyand*, *VergR*).
- Widmann, Simon Philipp*, Vergaberechtsschutz im Unterschwellenbereich, Rechtsschutzmöglichkeiten unterlegener Bieter im öffentlichen Vergaberecht außerhalb des Geltungsbereichs des vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Baden-Baden 2008 (zitiert als: *Widmann*, *Vergaberechtsschutz*).
- Wiedemann, Jörg*, Kommentierung zu § 127 GWB, § 128 GWB, in: Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), *Kommentar zum GWB-Vergaberecht*, 4. Aufl. Köln 2016 (zitiert als: *Wiedemann*, in: Kulartz/Kus u.a. [Hrsg.], *GWB*).
- Die Bietergemeinschaft im Vergaberecht, *ZfBR* 2003, S. 240 - 243.

- Wiedmann, Ariane*, Die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Lichte des Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden 2006 (zitiert als: *Wiedmann*, Soziale Vergabekriterien).
- Wieland, Joachim*, Kommentierung zu Art. 14 GG, in: Dreier, Horst (Hrsg.), GG Grundgesetz Kommentar, Band I, Artikel 1 - 19, 3. Aufl. Tübingen 2013 (zitiert als: *Wieland*, in: Dreier [Hrsg.], GG Bd. I).
- Wietersheim, Mark von*, Kommentierung zu § 12 VOB/A, in: Ingenstau, Heinz/Korbion, Hermann (Begr.), VOB Teile A und B, Kommentar, 19. Aufl. Köln 2015 (zitiert als: v. *Wietersheim*, in: Ingenstau/Korbion [Begr.], VOB).
- Willems, Heiko*, Die Förderung des Mittelstands, wirtschaftsverfassungsrechtliche Legitimation und vergaberechtliche Realisierung, Köln 2003 (zitiert als: *Willems*, Mittelstandsförderung).
- Willenbruch, Klaus*, Eignungskriterien: Neue Rechtsprechung zu Möglichkeiten und Grenzen in rechtlicher und praktischer Hinsicht, VergabeR 2015, S. 322 - 327.
- Willner, Hajo/Strohal, Stephan*, Modulbau im Spannungsfeld von Leistungsbestimmungsrecht und Mittelstandsschutz, VergabeR 2014, S. 120 - 127.
- Windoffer, Alexander*, Europäische KMU-Politik, Impulse für mehr Gründungsdynamik und Perspektiven für die Kammern?, in: Kluth, Winfried (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2006, Baden-Baden 2007, S. 91 - 115 (zitiert als: *Windoffer*, Europäische KMU-Politik, in: Kluth [Hrsg.], Jahrbuch 2006).
- Wittig, Oliver*, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, Düsseldorf 1999 (zitiert als: *Wittig*, Probleme des Vergaberechts).
- Wittmann, Johann*, Zur Wirtschaftsordnung der Bayerischen Verfassung, in: Bayerischer Verfassungsrechtshof (Hrsg.), Verfassung als Verantwortung und Verpflichtung, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, Stuttgart 1997, S. 297 - 305 (zitiert als: *Wittmann*, Wirtschaftsordnung, in: FS 50 Jahre BayVerfGH, S. 297).
- Wohlfart, Hans*, Industrielle Gemeinschaftsordnung: Innovation zum Nutzen kleiner und mittlerer Unternehmen, in: Oetker, Arend (Hrsg.), Mittelstand in Zeiten struktureller Umbrüche, München 1997, S. 169 - 174 (zitiert als: *Wohlfart*, Industrielle Gemeinschaftsordnung, in: Oetker [Hrsg.], Strukturelle Umbrüche, S. 169).
- Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf/Kluth, Winfried* (Hrsg.), Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. München 2007 (zitiert als: *Wolff/Bachof u.a.*, VerwR I).
- Wollenschläger, Ferdinand*, Verteilungsverfahren, Die staatliche Verteilung knapper Güter: verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen, Verfahren im Fachrecht, bereichsspezifische verwaltungsrechtliche Typen- und Systembildung, Tübingen 2010 (zitiert als: *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren).
- Zacher, Hans F.*, Fünfzig Jahre Bayrische Verfassung, BayVBI 1996, S. 705 - 721.
- Zeise, Markus*, Kommentierung zu § 97 GWB, in: Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. Köln 2016 (zitiert als: *Zeise*, in: Kulartz/Kus u.a. [Hrsg.], GWB).
- Zeiss, Christopher*, Rechtliche Anforderungen an die E-Vergabe, Städte- und Gemeinderat 2015, S. 8 - 11.
- Sichere Vergabe unterhalb der Schwellenwerte, 2. Aufl. Köln 2012 (zitiert als: *Zeiss*, Sichere Vergabe).

- Ziekow, Jan*, Soziale Aspekte in der Vergabe – Von der „Vergabefremdheit“ zur europäischen Regelung –, DÖV 2015, S. 897 - 904.
- Einleitung zum GWB, Kommentierung zu § 97 GWB, in: ders./Völlink, Uwe-Carsten (Hrsg.), Vergaberecht: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – 4. Teil, VgV, SektVO, VSVgV, VOB/A, VOL/A, VOF, VO(EG) 1370, 2. Aufl. München 2013 (zitiert als: *Ziekow*, in: ders./Völlink [Hrsg.], VergR).
 - Das Gebot der vornehmlichen Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – Mittelstandsschutz ernst genommen, GewArch Bd. 59 (2013), S. 417 - 425.
 - Rechtliche Fragen der Öffentlich-Privaten Partnerschaften (ÖPP) für das Handwerk, in: Küpper, Hans-Ulrich/Semper, Lothar (Hrsg.), Chancen und Risiken von PPP: Eine Betrachtung aus ökonomischer und juristischer Perspektive, München, 2012, S. 129 - 241 (zitiert als: *Ziekow*, ÖPP, in: Küpper/Semper [Hrsg.], PPP, S. 129).
 - Einleitung zum GWB, in: ders./Völlink, Uwe-Carsten (Hrsg.), Vergaberecht: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – 4. Teil, VgV, SektVO, VSVgV, VOB/A, VOL/A, VOF, VO(EG) 1370, 1. Aufl. München 2011 (zitiert als: *Ziekow*, in: ders./Völlink [Hrsg.], VergR, 2011).
 - Vergabefremde Zwecke und Europarecht, NZBau 2001, S. 72 - 78.
- Ziekow, Jan/Siegel, Thorsten*, Das Vergabeverfahren als Verwaltungsverfahren, ZfBR 2004, S. 30 - 35.
- Ziekow, Jan/Völlink, Uwe-Carsten* (Hrsg.), Vergaberecht: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – 4. Teil, VgV, SektVO, VSVgV, VOB/A, VOL/A, VOF, VO(EG) 1370, 2. Aufl. München 2013 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Ziekow/Völlink* [Hrsg.], VergR).
- Vergaberecht: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – 4. Teil, VgV, SektVO, VSVgV, VOB/A, VOL/A, VOF, VO(EG) 1370, 1. Aufl. München 2011 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Ziekow/Völlink* [Hrsg.], VergR, 2011).
- Ziekow, Jan/Windoffer, Alexander*, Public Private Partnership, Struktur und Erfolgsbedingungen von Kooperationsarenen, Baden-Baden 2008 (zitiert als: *Ziekow/Windoffer*, PPP).
- Zimmer, Daniel*, Kommentierung zu § 1 GWB, in: Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1 EU/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Aufl. München 2012 (zitiert als: *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], EU KartellR).
- Zöllner, Wolfgang*, Arbeitsrecht unter neuen verfassungsrechtlichen Vorgaben, ZfA 1991, S. 713 - 728.