

Müller-Wrede (Hrsg.)

GWB

**GWB-Vergaberecht
einschließlich WRegG**

Kommentar

2., aktualisierte und
erweiterte Auflage

E-Book

≡ Reguvis

GWB
GWB-Vergaberecht einschließlich WRegG
Kommentar

GWB

GWB-Vergaberecht einschließlich WRegG | Kommentar

herausgegeben von **Malte Müller-Wrede**, Berlin

bearbeitet von

Steffen Amelung

Rechtsanwalt, Frankfurt am Main

Dr. Thorsten Anger

Richter am Oberlandesgericht Düsseldorf

Prof. Dr.

Elisabeth Badenhausen-Fähnle

Hochschule für öffentliche Verwaltung
und Finanzen Ludwigsburg

Dagmar Baecker

Rechtsanwältin, Frankfurt am Main

Hendrik Beiersdorf

Vergabekammer Rheinland-Pfalz

Tobias Birk

Friedrich-Schiller-Universität Jena

Dr. Christian Braun

Rechtsanwalt, Leipzig

Gunnar Conrad

Rechtsanwalt, gematik GmbH, Berlin

Dr. Alexander Csaki

Rechtsanwalt, Düsseldorf

Frederic Delcuvé

Rechtsanwalt, Berlin

Norbert Dippel

Rechtsanwalt, cosinex GmbH, Bochum

Dr. Benjamin Baron von Engelhardt

Bundeskanzleramt

Prof. Dr. Michael EBig

Universität der Bundeswehr München

Dr. Gundula Fehns-Böer

Richterin am Oberlandesgericht Frankfurt
am Main

Dr. Daniel Fülling

Bundesministerium für Wirtschaft und
Klimaschutz

Michael Gaus

Vergabekammer Niedersachsen

Katja Gnittke

Rechtsanwältin, Berlin

Dr. Katrin Hansen

Juristin, DAK-Gesundheit, Hamburg

Oliver Hattig

Rechtsanwalt, Köln

Dr. Hans Heller

Rechtsanwalt, Berlin

Veit Hirsch

Bundesministerium des Innern und für
Heimat

Dr. Andreas Hövelberndt

Rechtsanwalt, Wirtschaftsbetriebe
Duisburg

Jakob Hofmann

Sächsisches Staatsministerium für
Regionalentwicklung

Mirko Jularic

Vertretung des Landes Nordrhein-
Westfalen bei der Europäischen Union

Wiltrud Kadenbach

Vergabekammer des Freistaates Sachsen

Dr. Hendrik Kaelble

Bundesministerium für Wirtschaft und
Klimaschutz

Prof. Dr. Matthias Knauff

Friedrich-Schiller-Universität Jena;
Richter am Thüringer Oberlandesgericht

Dr. Christian Lantermann

Rechtsanwalt, Köln

Sebastian Lischka

Richter am Brandenburgischen
Oberlandesgericht

Dr. Johannes Lux

Vergabekammer des Landes Berlin

Dr. Bettina Maaser-Siemers

Finanzbehörde Hamburg

Rüdiger Meixner

Hessisches Ministerium für Wirtschaft,
Energie, Verkehr und Wohnen

Dr. Ute Mockel

Richterin am Oberlandesgericht Frankfurt
am Main

Hans-Peter Müller

Dipl. Verwaltungswirt, Bonn

Malte Müller-Wrede

Rechtsanwalt, Berlin

Tatyana V. Peshteryanu

Richterin am Amtsgericht Frankfurt am
Main

Dr. Melanie Plauth

Rechtsanwältin, Berlin

Magnus Radu

Richter am Kammergericht

Dr. Robin Ricken

Rechtsanwalt, Stadtwerke Essen AG

Dr. Marc Röbke

Rechtsanwalt, Berlin

Dr. Johanna Schlichting

Rechtsanwältin, Berlin

Annette Schmidt

Ministerium für Wirtschaft, Industrie,
Klimaschutz und Energie des Landes
Nordrhein-Westfalen

Dr. Kai-Uwe Schneevogl

Rechtsanwalt, Frankfurt am Main

Holger Schröder

Rechtsanwalt, Nürnberg

Simon Schwerdtfeger

Bundesministerium für Wirtschaft und
Klimaschutz

Sebastian Spinzig

Vergabekammer Westfalen

Matthias Steck

Vergabekammer Südbayern

Dr. Frank Sterner

Rechtsanwalt, Überlingen

Dr. Jörg Stoye

Rechtsanwalt, Frankfurt am Main

Christian Sudbrock

Verband kommunaler Unternehmen e.V.

Patrick Thomas

Rechtsanwalt, Frankfurt am Main

Dr. Tobias Traupel

Ministerium für Wirtschaft, Industrie,
Klimaschutz und Energie des Landes
Nordrhein-Westfalen

Dr. Bettina Tugendreich

Rechtsanwältin, Berlin

Prof. Dr. Christian-David Wagner

Rechtsanwalt, Leipzig; Hochschule Harz

Phillip Zeller

Bundesamt für Ausrüstung,
Informationstechnik und Nutzung der
Bundeswehr

2., aktualisierte und erweiterte Auflage

 Reguvis

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Reguvis Fachmedien GmbH
Amsterdamer Straße 192
50735 Köln
www.reguvis.de

Beratung und Bestellung:
Tel.: +49 (0) 221 97668-240
Fax: +49 (0) 221 97668-271
E-Mail: vergabe@reguvis.de

ISBN (Print): 978-3-8462-1093-2

ISBN (E-Book): 978-3-8462-1094-9

© 2023 Reguvis Fachmedien GmbH, Köln

Alle Rechte vorbehalten. Das Werk einschließlich seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Dies gilt auch für die fotomechanische Vervielfältigung (Fotokopie/Mikrokopie) und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Hinsichtlich der in diesem Werk ggf. enthaltenen Texte von Normen weisen wir darauf hin, dass rechtsverbindlich allein die amtlich verkündeten Texte sind.

Herstellung: Günter Fabritius

Produktmanagement: Gabriele Heymann-Heß

Lektorat: Rechtsanwalt Frederic Delcuvé und Gabriele Heymann-Heß

Satz: Cicero Computer GmbH, Bonn

Druck und buchbinderische Verarbeitung: Druckerei C. H. Beck, Nördlingen

Printed in Germany

Vorwort

Der Ihnen vorliegende Kommentar in seiner zweiten Auflage folgt der Zielsetzung und Anlage der ersten Auflage. Leitend ist der Gedanke, dass das Recht und die Praxis bei der öffentlichen Auftragsvergabe nah beieinander liegen. Es ist mir daher auch mit dieser Auflage ein Anliegen, dass der Kommentar als eine umfassende, praktisch orientierte und zugleich fachlich fundierte Arbeitshilfe zur Auslegung und Anwendung der kommentierten Vorschriften dient. Er soll damit eine gute Arbeitsgrundlage für Vergabepaxis und Wissenschaft gleichermaßen sein.

Für die Neuauflage gab es Anlass in mehrfacher Hinsicht. Der Gesetzgeber und die Rechtsprechung haben auch in den vergangenen Jahren für eine hochdynamische Entwicklung des Kartellvergaberechts Sorge getragen. Es sind eine Fülle an bedeutsamen Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen ergangen, die für die Auslegung der kommentierten Vorschriften von Bedeutung sind, und zahlreiche Änderungen an den Vorschriften vorgenommen worden, zuletzt durch das GWB-Digitalisierungsgesetz. Mit dem Wettbewerbsregistergesetz ist zudem ein neues Regelwerk auf die Bühne getreten, das für die Vergabepaxis von Bedeutung ist und zahlreiche neue Rechtsfragen aufwirft. In Ansehung der engen Verzahnung dieses Gesetzes mit der Eignungsprüfung nach den kartellvergaberechtlichen Vorschriften erschien es mir förderlich, eine Kommentierung dieses Gesetzes in den Kommentar aufzunehmen.

Der Kommentar beschränkt sich auf die Kommentierung der vergaberechtlichen Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und der Vorschriften des Wettbewerbsregistergesetzes. Wie bereits in der Erstauflage bleibt er damit dem Ansatz treu, die Kommentierung der Vergabevorschriften auf Verordnungsebene eigenständigen Werken zu überlassen. Diese Beschränkung gibt den erforderlichen Raum für eine umfassende und tiefgründige Kommentierung der einzelnen Vorschriften, die alle praxisrelevanten Facetten ausleuchtet.

Die Autorinnen und Autoren stehen für diesen hohen Anspruch. Ihnen gebührt mein herzlicher Dank für das große Engagement und die fachliche Bereicherung dieses Titels. Auch danke ich Frau Gabriele Heymann-Heß für die äußerst engagierte Betreuung vonseiten des Verlages und Herrn Rechtsanwalt Frederic Delcuvé, der mich in meiner Herausgebere Tätigkeit durch die Konzeption, Organisation und Lektorierung dieses Titels unterstützt hat.

Berlin, Oktober 2022

Malte Müller-Wrede

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorinnen und Autoren	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Regelwerkeverzeichnis	XXXI
Literaturverzeichnis	LI

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

Teil 4 Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen

Kapitel 1 Vergabeverfahren

Abschnitt 1 Grundsätze, Definitionen und Anwendungsbereich

§ 97 GWB	Grundsätze der Vergabe	7
§ 98 GWB	Auftraggeber	101
§ 99 GWB	Öffentliche Auftraggeber	105
§ 100 GWB	Sektorenauftraggeber	141
§ 101 GWB	Konzessionsgeber	157
§ 102 GWB	Sektorentätigkeiten	171
§ 103 GWB	Öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen und Wettbewerbe	187
§ 104 GWB	Verteidigungs- oder sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge	227
§ 105 GWB	Konzessionen	239
§ 106 GWB	Schwellenwerte	289
§ 107 GWB	Allgemeine Ausnahmen	297
§ 108 GWB	Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit	339
§ 109 GWB	Ausnahmen für Vergaben auf der Grundlage internationaler Verfahrensregeln	375
§ 110 GWB	Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, die verschiedene Leistungen zum Gegenstand haben	381
§ 111 GWB	Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, deren Teile unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterliegen	393
§ 112 GWB	Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, die verschiedene Tätigkeiten umfassen	413
§ 113 GWB	Verordnungsermächtigung	427
§ 114 GWB	Monitoring und Vergabestatistik	443

Abschnitt 2 Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber

Unterabschnitt 1 Anwendungsbereich

§ 115 GWB	Anwendungsbereich	457
§ 116 GWB	Besondere Ausnahmen	459
§ 117 GWB	Besondere Ausnahmen für Vergaben, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfassen	487
§ 118 GWB	Bestimmten Auftragnehmern vorbehaltenen öffentliche Aufträge	499

Unterabschnitt 2 Vergabeverfahren und Auftragsausführung

§ 119 GWB	Verfahrensarten	513
§ 120 GWB	Besondere Methoden und Instrumente in Vergabeverfahren	547
§ 121 GWB	Leistungsbeschreibung	563

Inhaltsverzeichnis

§ 122 GWB	Eignung	595
§ 123 GWB	Zwingende Ausschlussgründe	633
§ 124 GWB	Fakultative Ausschlussgründe	655
§ 125 GWB	Selbstreinigung	713
§ 126 GWB	Zulässiger Zeitraum für Ausschlüsse	753
§ 127 GWB	Zuschlag	771
§ 128 GWB	Auftragsausführung	845
§ 129 GWB	Zwingend zu berücksichtigende Ausführungsbedingungen	877
§ 130 GWB	Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen	883
§ 131 GWB	Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Personenverkehrsleistungen im Eisenbahnverkehr	901
§ 132 GWB	Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit	921
§ 133 GWB	Kündigung von öffentlichen Aufträgen in besonderen Fällen	949
§ 134 GWB	Informations- und Wartepflicht	963
§ 135 GWB	Unwirksamkeit	999

Abschnitt 3 Vergabe von öffentlichen Aufträgen in besonderen Bereichen und von Konzessionen**Unterabschnitt 1 Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber**

§ 136 GWB	Anwendungsbereich	1043
§ 137 GWB	Besondere Ausnahmen	1049
§ 138 GWB	Besondere Ausnahme für die Vergabe an verbundene Unternehmen	1061
§ 139 GWB	Besondere Ausnahme für die Vergabe durch oder an ein Gemeinschaftsunternehmen	1073
§ 140 GWB	Besondere Ausnahme für unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzte Tätigkeiten	1079
§ 141 GWB	Verfahrensarten	1091
§ 142 GWB	Sonstige anwendbare Vorschriften	1101
§ 143 GWB	Regelung für Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz	1113

Unterabschnitt 2 Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen

§ 144 GWB	Anwendungsbereich	1123
§ 145 GWB	Besondere Ausnahmen für die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen	1127
§ 146 GWB	Verfahrensarten	1143
§ 147 GWB	Sonstige anwendbare Vorschriften	1147

Unterabschnitt 3 Vergabe von Konzessionen

§ 148 GWB	Anwendungsbereich	1155
§ 149 GWB	Besondere Ausnahmen	1181
§ 150 GWB	Besondere Ausnahmen für die Vergabe von Konzessionen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit	1221
§ 151 GWB	Verfahren	1235
§ 152 GWB	Anforderungen im Konzessionsvergabeverfahren	1245
§ 153 GWB	Vergabe von Konzessionen über soziale und andere besondere Dienstleistungen	1267
§ 154 GWB	Sonstige anwendbare Vorschriften	1285

Kapitel 2 Nachprüfungsverfahren**Abschnitt 1 Nachprüfungsbehörden**

§ 155 GWB	Grundsatz	1323
§ 156 GWB	Vergabekammern	1339
§ 157 GWB	Besetzung, Unabhängigkeit	1353
§ 158 GWB	Einrichtung, Organisation	1365
§ 159 GWB	Abgrenzung der Zuständigkeit der Vergabekammern	1375

Abschnitt 2 Verfahren vor der Vergabekammer

§ 160 GWB	Einleitung, Antrag	1395
§ 161 GWB	Form, Inhalt	1429
§ 162 GWB	Verfahrensbeteiligte, Beiladung	1445
§ 163 GWB	Untersuchungsgrundsatz	1459
§ 164 GWB	Aufbewahrung vertraulicher Unterlagen	1471
§ 165 GWB	Akteneinsicht	1479
§ 166 GWB	Mündliche Verhandlung	1495
§ 167 GWB	Beschleunigung	1507
§ 168 GWB	Entscheidung der Vergabekammer	1523
§ 169 GWB	Aussetzung des Vergabeverfahrens	1543
§ 170 GWB	Ausschluss von abweichendem Landesrecht	1565

Abschnitt 3 Sofortige Beschwerde

§ 171 GWB	Zulässigkeit, Zuständigkeit	1571
§ 172 GWB	Frist, Form, Inhalt	1591
§ 173 GWB	Wirkung	1601
§ 174 GWB	Beteiligte am Beschwerdeverfahren	1621
§ 175 GWB	Verfahrensvorschriften	1625
§ 176 GWB	Vorabentscheidung über den Zuschlag	1645
§ 177 GWB	Ende des Vergabeverfahrens nach Entscheidung des Beschwerdegerichts	1663
§ 178 GWB	Beschwerdeentscheidung	1669
§ 179 GWB	Bindungswirkung und Vorlagepflicht	1689
§ 180 GWB	Schadensersatz bei Rechtsmissbrauch	1707
§ 181 GWB	Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens	1725
§ 182 GWB	Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer	1761
§ 183 GWB	Korrekturmechanismus der Kommission	1823
§ 184 GWB	Unterrichtungspflichten der Nachprüfungsinstanzen	1827

Teil 6 Übergangs- und Schlussbestimmungen

§ 187 GWB	Übergangs- und Schlussbestimmungen	1831
-----------	--	------

Gesetz zur Einrichtung und zum Betrieb eines Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen (Wettbewerbsregistergesetz – WRegG)

§ 1 WRegG	Einrichtung des Wettbewerbsregisters	1837
§ 2 WRegG	Eintragungsvoraussetzungen	1849
§ 3 WRegG	Inhalt der Eintragung in das Wettbewerbsregister	1887
§ 4 WRegG	Mitteilungen	1897

Inhaltsverzeichnis

§ 5 WRegG	Gelegenheit zur Stellungnahme vor Eintragung in das Wettbewerbsregister; Auskunftsanspruch	1903
§ 6 WRegG	Abfragepflicht für Auftraggeber; Entscheidung über einen Ausschluss vom Vergabeverfahren	1925
§ 7 WRegG	Löschung der Eintragung aus dem Wettbewerbsregister nach Fristablauf; Rechtswirkung der Löschung	1957
§ 8 WRegG	Vorzeitige Löschung der Eintragung aus dem Wettbewerbsregister wegen Selbstreinigung; Gebühren und Auslagen	1969
§ 9 WRegG	Elektronische Datenübermittlung	1987
§ 10 WRegG	Verordnungsermächtigung	1995
§ 11 WRegG	Rechtsweg	2001
§ 12 WRegG	Anwendungsbestimmungen; Verkündung von Rechtsverordnungen	2009
Stichwortverzeichnis		2015

Autorinnen und Autoren

Steffen Amelung

§§ 120, 130 GWB

Steffen Amelung ist Rechtsanwalt und Counsel im Frankfurter Büro von Clifford Chance. Er ist dort seit 2002 im Bereich des deutschen und europäischen Vergaberechts tätig und leitet seit 2007 die deutsche Vergaberechtspraxis der Sozietät. Er berät und vertritt Bieter ebenso wie öffentliche Auftraggeber schwerpunktmäßig in den Bereichen Öffentlich-Private Partnerschaften, Pharma/Medizintechnik, Energie und ÖPNV. Steffen Amelung ist Lehrbeauftragter an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer auf dem Gebiet der Öffentlich-Privaten Partnerschaften und publiziert regelmäßig in namhaften Fachzeitschriften.

Dr. Thorsten Anger

§§ 178, 179 GWB

Richter am Oberlandesgericht Dr. Thorsten Anger gehörte nach vorausgegangener Tätigkeit im Staatshaftungssenat von Januar 2017 bis Juli 2021 dem Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf an. Im Jahr 2018 übernahm er in diesem Senat den stellvertretenden Vorsitz. Er war zugleich stellvertretender Vorsitzender des u.a. mit Energiekartellsachen befassten 2. Kartellsenats sowie des 27. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf, der für Schadensersatzansprüche aus Vergaberechtsverletzungen zuständig ist. Seit August 2021 ist er stellvertretender Vorsitzender des für Handelssachen zuständigen 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf und seit Anfang April 2020 zudem wissenschaftlicher Mitarbeiter bei dem Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen.

Prof. Dr. Elisabeth Badenhausen-Fähnle

§§ 98, 99 GWB

Elisabeth Badenhausen-Fähnle ist Inhaberin einer Professur für Öffentliches Recht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg. Als Juristin schloss sie ihr Studium an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg ab und arbeitete als Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Öffentliches Wirtschaftsrecht von Herrn Prof. Dr. Matthias Knauff LL.M. Eur. an der Friedrich-Schiller-Universität Jena. Bis 2021 war sie Richterin am Verwaltungsgericht in Stuttgart.

Dagmar Baecker

§§ 2, 6 WRegG

Dagmar Baecker ist als Gruppenleiterin verantwortlich für die fachliche und rechtliche Umsetzung der EFRE-Förderung bei der Wirtschafts- und Infrastrukturbank Hessen (WiBank), rechtlich unselbstständige Anstalt in der Landesbank Hessen Thüringen Girozentrale. Sie studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten in Trier und Heidelberg sowie Finanzbetriebswirtschaft an der Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie in Wiesbaden. Sie ist Rechtsanwältin und verfügt über eine zwanzigjährige Berufserfahrung in der Wirtschaftsförderung. Dagmar Baecker ist Referentin und Trainerin auf Fachveranstaltungen zum Thema Vergaberecht an der Schnittstelle zum Zuwendungsrecht. Im Jahre 2020 veröffentlichte sie als Mitautorin in der Schriftenreihe des forum vergabe e.V. den Band 65 „Vergaberecht bei Zuwendungen“.

Autorinnen und Autoren

Hendrik Beiersdorf

§§ 166, 167 GWB

Hendrik Beiersdorf trat als Volljurist im Jahre 2003 in die Finanzverwaltung Rheinland-Pfalz ein und war dort zunächst in einem Finanzamt tätig. 2004 folgte eine Abordnung an den Landesbetrieb Liegenschafts- und Baubetreuung (LBB), dem die Aufgaben der staatlichen Hochbauverwaltung in Rheinland-Pfalz übertragen sind. Seine Aufgaben bestanden insbesondere in der juristischen Beratung hinsichtlich der Vergabe, Durchführung und Abrechnung von großen Baumaßnahmen für das Land sowie den Bund. Ab 2009 leitete er im LBB die Stabsstelle Recht und Verträge. 2016 folgte der Wechsel zu der Vergabekammer Rheinland-Pfalz in Mainz. Seit Februar 2017 ist Herr Beiersdorf dort Vorsitzender der 2. Vergabekammer.

Tobias Birk

§§ 98, 99 GWB

Seit dem Abschluss des Referendariats nach dem Studium der Rechtswissenschaften ist Tobias Birk wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Öffentliches Wirtschaftsrecht von Herrn Prof. Dr. Matthias Knauff LL.M Eur. an der Friedrich-Schiller-Universität Jena. Neben einem Lehrauftrag an der Fachhochschule Erfurt im Bereich des Baurechts promoviert er zum Thema Landesvergaberecht.

Dr. Christian Braun

§§ 101, 105 GWB

Rechtsanwalt Dr. Christian Braun ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Fachanwalt für Vergaberecht. Er ist Partner der Sozietät Braun & Zwetkow in Leipzig. Zum Vergaberecht ist er über das Verwaltungsrecht gekommen, wobei er gleichermaßen Auftraggeber und Auftragnehmer vertritt. Ein Tätigkeitsschwerpunkt liegt seit vielen Jahren in der forensischen Tätigkeit im Vergabe- und Konzessionsrecht. Er referiert und publiziert zahlreich regelmäßig zu der gesamten Breite dieser Rechtsgebiete. Dr. Christian Braun ist Lehrbeauftragter an der Freien Universität Berlin, zudem Prüfer im Zweiten Juristischen Staatsexamen und Dozent an verschiedenen Fortbildungsakademien. Er ist Mitglied in der Arbeitsgemeinschaft Verwaltungsrecht, der Arbeitsgemeinschaft für Vergaberecht des DAV, Mitgründer und Mitorganisator der Berliner Konzessionsrechtstage.

Gunnar Conrad

§ 124 GWB

Gunnar Conrad ist Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt) und Fachanwalt für Vergaberecht und widmet sich beruflich der Digitalisierung des deutschen Gesundheitswesens. Er leitet den Rechtsbereich der gematik GmbH, der nationalen digitalen Gesundheitsagentur, und verantwortet in diesem Zusammenhang u. a. die vergaberechtliche Beratung des Einkaufs und der Fachbereiche bei den zahlreichen Vergabeverfahren des Unternehmens. Zuvor war er Rechtsanwalt und Salary Partner bei der Sozietät Müller-Wrede & Partner in Berlin. Im Rahmen seiner anwaltlichen Tätigkeit betreute er schwerpunktmäßig vergaberechtliche Beratungs- und Prozessmandate. Er studierte Rechtswissenschaften an der Freien Universität Berlin und der Humboldt-Universität zu Berlin. Bereits während seines Studiums spezialisierte sich Herr Conrad auf das Vergaberecht, unter anderem durch die Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter in mehreren auf das Bau- und Vergaberecht spezialisierten Rechtsanwaltskanzleien. Während seines Referendariats in Berlin absolvierte Herr Conrad zudem mehrere vergaberechtliche Stationen.

Dr. Alexander Csaki

§ 3 WRegG

Dr. Alexander Csaki ist seit August 2007 für Bird & Bird als Rechtsanwalt tätig. Er gehört der Praxisgruppe Öffentliches Wirtschaftsrecht an und ist Mitglied der internationalen Sektorengruppe life science. Er berät sowohl private Unternehmen als auch die öffentliche Hand umfassend in vergabe-, sozial- und europarechtlichen Fragen. Dabei beschäftigt er sich insbesondere mit dem Abschluss von Selektivverträgen durch Gesetzliche Krankenkassen sowie Fragen der Arzneimittelzulassung, der Austauschbarkeit von Arzneimitteln und deren Preisfindung. Herr Dr. Csaki studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten Bayreuth und Münster. Vor und während seines Referendariats arbeitete er im Europäischen Parlament in Brüssel und Straßburg sowie in der Staatskanzlei des Landes Nordrhein-Westfalen. Er promovierte nach Abschluss des Referendariats an der Universität Münster im Europa- und Völkerrecht und arbeitete promotionsbegleitend bei einer internationalen Anwaltssozietät im Vergabe- und Kommunalrecht. Herr Dr. Csaki ist regelmäßig Autor von vergaberechtlichen Beiträgen. Er hält Vorträge zum Vergabe- und Gesundheitsrecht.

Frederic Delcuvé

§§ 97, 107, 127, 154 GWB

Frederic Delcuvé ist seit 2019 Rechtsanwalt in der Praxisgruppe Vergaberecht der Sozietät Müller-Wrede & Partner in Berlin. Nach Abschluss seines Studiums der Rechtswissenschaften an der Universität Potsdam war er zunächst im Vergabereferat der Verwaltung des Deutschen Bundestages und anschließend als wissenschaftlicher Mitarbeiter in der zuvor genannten Praxisgruppe tätig. Das Rechtsreferendariat absolvierte Herr Delcuvé in Berlin mit Stationen bei der Rechtsabteilung der Deutsche Bahn AG und bei dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie.

Norbert Dippel

§§ 104, 146, 147 GWB

Norbert Dippel ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht sowie Justiziar der cosinex GmbH in Bochum. Davor war er zwölf Jahre Leiter der Abteilung Recht und Vergabe der HIL Heeresinstandsetzungslogistik GmbH, jeweils drei Jahre in einer vergaberechtlich spezialisierten Kanzlei sowie bei einem eVergabe-Anbieter tätig. Norbert Dippel ist Autor und Mitherausgeber verschiedener vergaberechtlicher Publikationen (bspw. VSVgV-Kommentar, juris Praxiskommentar zum Vergaberecht, VOB/A-Kommentar). Er hält regelmäßig Seminare zu vergaberechtlichen Themen und ist Mitglied der Praxisgruppe Vergaberecht von Transparency International.

Dr. Benjamin Baron von Engelhardt

§§ 103, 108, 132 GWB

Dr. Benjamin von Engelhardt ist seit 2016 im Bundeskanzleramt für Außenwirtschaft, internationale Wirtschaftspolitik und internationale Wirtschaftsbeziehungen zuständig, zuvor war er Referent im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie. Von 2011 bis 2015 war er abgeordnet an die Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der Europäischen Union in Brüssel und verhandelte dort u.a. die neuen EU-Vergaberechtsrichtlinien und die EU-Strukturfonds-Verordnungen für die Förderperiode 2014 bis 2020 und betreute das Beihilfe- und Wettbewerbsrecht sowie als Rechtsberater Vertragsverletzungsverfahren. Er studierte Rechtswissenschaften mit wirtschaftswissenschaftlicher Zusatzausbildung in Bayreuth, Grenoble und Freiburg. Nach Referendariat in Berlin und New York sowie einem Forschungsaufenthalt an der Harvard Law School wurde er mit einer Arbeit über die World Trade Organization an der Humboldt-Universität zu Berlin promoviert.

Autorinnen und Autoren

Prof. Dr. Michael Eßig

§ 127 GWB

Prof. Dr. Michael Eßig ist seit 2003 Professor für Materialwirtschaft und Distribution sowie Vizepräsident für Forschung an der Universität der Bundeswehr München. Daneben hat er Lehraufträge unter anderem an der University of San Diego sowie der Universität St. Gallen.

Dr. Gundula Fehns-Böer

§§ 97, 118 GWB

Dr. Gundula Fehns-Böer ist Mitglied des Vergabesenats beim Oberlandesgericht Frankfurt am Main.

Dr. Daniel Fülling

§ 133 GWB

Dr. Daniel Fülling ist als Referent im Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz tätig und war mit der Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien in deutsches Recht befasst.

Michael Gaus

§§ 162, 163 GWB

Michael Gaus ist seit 2010 einer der Vorsitzenden der Vergabekammer Niedersachsen beim Niedersächsischen Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Digitalisierung. Zuvor war er acht Jahre Leiter der Außenstelle Lüneburg des Landesliegenschaftsfonds Niedersachsen im Finanzministerium.

Herr Gaus schloss 1988 sein Jurastudium mit den Themenschwerpunkten Umweltrecht und Gesellschaftsrecht an der Justus-Liebig-Universität in Gießen ab. Während und nach seinem Referendariat arbeitete er in einer Celler Kanzlei mit umweltrechtlichem Schwerpunkt. 1991 erhielt er die Zulassung als Rechtsanwalt. 1992 nahm er seinen Dienst bei der Bezirksregierung Lüneburg auf, bis er 2002 in das Finanzministerium wechselte.

Er befasst sich verstärkt mit der Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der öffentlichen Vergabe sowie der Vergabe von Leistungen im Zusammenhang mit der Infrastruktur der Energieversorgung. Daneben hat er sich lange in der Referendarausbildung engagiert. Heute prüft er im Justizprüfungsamt.

Katja Gnittke

§§ 122, 123, 134, 135, 180, 181 GWB

Rechtsanwältin Katja Gnittke ist Partnerin der Kanzlei WMRC Rechtsanwälte Wichert und Partner mbB in Berlin. Ihr Schwerpunkt ist das Vergaberecht. Frau Gnittke ist seit dem Jahr 2000 im Vergaberecht tätig. Zu ihren Mandanten zählen vorwiegend öffentliche Auftraggeber, darunter viele Kommunen und kommunale Gesellschaften aber auch Bundesländer. Sie unterstützt ihre Mandanten bei der Durchführung und Vorbereitung von Vergabeverfahren und vertritt diese in Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren. Die Tätigkeit von Frau Gnittke betrifft eine Vielzahl von Beschaffungsgegenständen (von ÖPNV- und SPNV-Leistungen über Abfallentsorgungsleistungen und freiberufliche Leistungen bis hin zu Leistungen der Subventionsmittlung). Zu den vergaberechtlichen und haushaltsrechtlichen Anforderungen, die sich aus Nebenbestimmungen zum Zuwendungsbescheid ergeben, berät Frau Gnittke Zuwendungsempfänger. Sie nimmt zu aktuellen vergaberechtlichen Themen in Veröffentlichungen und Vorträgen Stellung.

Dr. Katrin Hansen

§ 153 GWB

Dr. Katrin Hansen arbeitet als Juristin bei der DAK-Gesundheit in Hamburg. Nach ihrer Ausbildung zur Sozialversicherungsfachangestellten bei der Techniker Krankenkasse und dem Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg absolvierte sie 2004 ihr erstes juristisches Staatsexamen. Sie promovierte 2008 am Institut für Gesundheits- und Medizinrecht (IGMR) in Bremen über die Anwendbarkeit des Kartell- und Vergaberechts auf ausgewählte Selektivverträge des SGB V, absolvierte 2009 ihr zweites juristisches Staatsexamen und arbeitet seitdem als Juristin bei der DAK-Gesundheit. Ihr berufliches Interesse gilt seit vielen Jahren dem Aufeinandertreffen von staatlich reguliertem Gesundheitssystem und Wettbewerb sowie der daraus resultierenden Frage nach einer sinnvollen und praxisorientierten vergabe-, kartell- und lauterkeitsrechtlichen Regulierung dieses Bereiches.

Oliver Hattig

§§ 122, 123, 134, 135, 180, 181 GWB

Rechtsanwalt Oliver Hattig ist Partner der Sozietät Hattig und Dr. Leupolt Rechtsanwälte in Köln. Zuvor war er im Kölner und Brüsseler Büro einer auf das öffentliche Wirtschaftsrecht spezialisierten Kanzlei tätig sowie wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Öffentliches Recht (Prof. Dr. Jarass) an der Universität Münster. Sein Tätigkeitsschwerpunkt liegt im Vergaberecht. Als Experte für das europäische Vergaberecht ist Oliver Hattig in verschiedenen Projekten der Europäischen Kommission tätig. Er hält regelmäßig Vorträge zu vergaberechtlichen Themen und ist Autor zahlreicher Veröffentlichungen auf diesem Gebiet.

Dr. Hans Heller

§§ 148, 149, 151, 152 GWB

Dr. Hans Heller ist seit 2015 Rechtsanwalt und Partner in der Kanzlei Raue in Berlin. Zu seinen Schwerpunkten gehören das Vergaberecht, Kartellrecht, Energierecht, Europäische Beihilferecht, Europarecht und Öffentliches Recht.

Veit Hirsch

§ 113 GWB

Veit Hirsch ist als Referent im Referat „Öffentliches Auftragswesen, Digitalisierung öffentlicher Einkauf“ im Bundesministerium des Innern und für Heimat u.a. zuständig für die vergaberechtliche Beratung des Ministeriums und seines Geschäftsbereichs. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Leipzig und dem Referendariat in Berlin arbeitete Veit Hirsch mehrere Jahre als Rechtsanwalt in der Kanzlei Müller-Wrede & Partner mit dem Tätigkeitsschwerpunkt Vergaberecht und zuvor in der Praxisgruppe Öffentliches Wirtschaftsrecht einer internationalen Großkanzlei am Standort Frankfurt am Main. Veit Hirsch ist Autor mehrerer Fachveröffentlichungen und hat eine Vielzahl von Schulungen und Vorträge zum Vergaberecht gehalten.

Dr. Andreas Hövelberndt

§§ 110, 111, 112 GWB

Herr Dr. Hövelberndt ist Rechtsanwalt und stellvertretender Leiter des Stabsbereichs Rechts der Wirtschaftsbetriebe Duisburg. In dieser Funktion berät er das Unternehmen und dessen Tochtergesellschaften bei der Konzeption und Durchführung nationaler und europaweiter Vergabeverfahren. Vor seiner Tätigkeit für die Wirtschaftsbetriebe Duisburg war er im Dezernat „Öffentliches Wirtschaftsrecht“ einer im In- und Ausland vertretenen Wirtschaftskanzlei am Standort Düsseldorf tätig. Zuvor promovierte Herr Dr. Hövelberndt an der Ruhr-Universität Bochum unter Betreuung durch Herrn Prof.

Autorinnen und Autoren

Dr. Martin Burgi, an dessen Lehrstuhl er zeitweilig tätig war, zu einer wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Thematik. Herr Dr. Hövelberndt ist Autor diverser Fachveröffentlichungen zu vergabe- und wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Fragestellungen.

Jakob Hofmann

§§ 160, 164 GWB

Jakob Hofmann ist im Sächsischen Staatsministerium für Regionalentwicklung in der Abteilung Stadtentwicklung, Bau- und Wohnungswesen tätig. Zuvor war er Rechtsreferent in der Landesdirektion Sachsen. Bis 2015 war er hauptamtliches Mitglied bei der Vergabekammer des Freistaates Sachsen, seit 2012 auch stellvertretender Vorsitzender. Die Zuständigkeit erstreckte sich auf Verfahren aus sämtlichen Vergabe- und Vertragsordnungen.

Mirko Jularic

§§ 106, 170, 187 GWB

Mirko Jularic hat nach dem rechtswissenschaftlichen Studium in Münster einige Zeit in Österreich und Kroatien verbracht. Im Anschluss an ein Master-Programm zum europäischen Recht mit Schwerpunkt Südosteuropa in Graz (LL.M.) absolvierte er sein Rechtsreferendariat in Münster und war in dieser Zeit als wissenschaftliche Hilfskraft bei Herrn Prof. Dr. Heinrich Dörner mit versicherungsrechtlichen Fragestellungen betraut. Aus dieser Zeit stammen einige versicherungsrechtliche Veröffentlichungen. Auf das Referendariat folgte eine Tätigkeit als Berater der Rechtsabteilung der Deutsch-Kroatischen Industrie- und Handelskammer (AHK Kroatien), welche ihren Schwerpunkt in wirtschaftsbezogenen Fragen des Beitritts Kroatiens zur Europäischen Union hatte. Während dieser Zeit schloss er den Masterstudiengang „Versicherungsrecht“ (LL.M.) in Münster ab. Nach Abschluss der Tätigkeit in Zagreb begann Mirko Jularic seine Tätigkeit im Wirtschaftsministerium Nordrhein-Westfalen. Dort war er zunächst mit Grundsatzfragen der Branchen- und Industriepolitik befasst, bevor er zum Vergaberecht wechselte und u.a. die Vergaberechtsmodernisierung begleitete. Anschließend war er bis zu seinem Wechsel nach Brüssel im Bereich der Außenwirtschaft tätig und betreute neben bilateralen Beziehungen mit europäischen Staaten verschiedene Fragen der Handelspolitik und des Außenwirtschaftsrechts. In Brüssel leitet er bei der Vertretung des Landes Nordrhein-Westfalen bei der Europäischen Union den Fachbereich „Wirtschaft, Innovation, Strukturpolitik und Außenhandel“.

Wiltrud Kadenbach

§§ 168, 169 GWB

Wiltrud Kadenbach ist seit Januar 2006 Vorsitzende der 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen bei der Landesdirektion Sachsen, Dienststelle Leipzig, der sie seit September 2004 angehört.

Zuvor war sie zwischen 1996 und 2003 als Justiziarin in einer kommunalen Wohnungsbaugesellschaft in den Bereichen des Miet-, Bau- und Vergaberechts tätig. 2003 wechselte sie zum Freistaat Sachsen, wo sie zunächst als Referentin im Bereich „Wasserrechtliche Planfeststellungsverfahren, Hochwasserschutz“ tätig war.

Frau Kadenbach referiert regelmäßig zu vergaberechtlichen Themen und ist Mitautorin mehrerer Kommentare zum Vergaberecht.

Dr. Hendrik Kaelble

§§ 103, 108, 132 GWB

Dr. Hendrik Kaelble ist Referatsleiter in der Europaabteilung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie. Er war zuvor Referent im Bundeskanzleramt, Referat für EU-Wirtschafts- und Finanzpolitik, und im Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie im Referat EU-Binnenmarkt sowie Rechtsanwalt in der Kanzlei Müller-Wrede & Partner mit den Tätigkeitsschwerpunkten Vergaberecht,

Public Private Partnerships. Dr. Kaelble promovierte nach seinem Studium der Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin im Bereich des Vergabe- und Beihilfenrechts.

Prof. Dr. Matthias Knauff

§ 119 GWB

Prof. Dr. Matthias Knauff, LL.M. Eur., ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Öffentliches Wirtschaftsrecht, und geschäftsführender Direktor des Instituts für Energiewirtschaftsrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena sowie Richter am Thüringer Oberlandesgericht (Vergabesenat). Nach akademischer Ausbildung an der Universität Würzburg hatte er von 2011 bis 2013 eine Professur an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht in Wiesbaden inne. Seither lehrt und forscht er in Jena. Das Vergaberecht bildet einen seiner Forschungsschwerpunkte.

Dr. Christian Lantermann

§ 1 WRegG

Dr. Christian Lantermann studierte Rechtswissenschaften an der Ruhr-Universität Bochum und promovierte im Anschluss bei Herrn Prof. Dr. Martin Burgi zum Thema „Vergaberegister - Ein rechtmäßiges und effektives Mittel zur Korruptionsbekämpfung?“. Seinen beruflichen Werdegang startete er im Mai 2006 bei der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft KPMG im Bereich „Forensic Services“ und setzte ihn als Mitarbeiter der Abteilung „Recht und Vergabe“ der Heeresinstandsetzungslogistik GmbH in Bonn u.a. als Antikorruptionsbeauftragter ab 2007 fort. Anschließend war er fast neun Jahre für die Generali Deutschland AG im Bereich Anti-Fraud-Management/Compliance tätig und absolvierte 2013 eine Zusatzausbildung zum „Certified Fraud Manager“ an der Frankfurt School of Finance & Management. Aktuell ist er als Chief Compliance Officer für die DEUTZ AG in Köln tätig und ehrenamtlich seit neun Jahren Vorstandsmitglied von Transparency International Deutschland e.V.

Sebastian Lischka

§§ 171, 172 GWB

Sebastian Lischka ist Richter am Brandenburgischen Oberlandesgericht. Er veröffentlicht regelmäßig zu vergaberechtlichen Themen.

Dr. Johannes Lux

§§ 97, 176, 177 GWB

Dr. Johannes Lux ist bei der Senatsverwaltung für Justiz, Vielfalt und Antidiskriminierung tätig und seit 2017 Vorsitzender der Vergabekammer des Landes Berlin, 2. Beschlussabteilung.

Herr Dr. Lux beschäftigt sich bereits seit 2004 mit dem Vergaberecht. Er wurde 2009 mit einer vergaberechtlichen Arbeit promoviert. Seit 2010 ist er Richter im Land Berlin, seit 2014 Richter am Verwaltungsgericht Berlin.

Herr Dr. Lux veröffentlicht regelmäßig zu vergabe- und verwaltungsrechtlichen Themen in Fachzeitschriften und ist u.a. Mitautor mehrerer Kommentare zum Vergaberecht.

Dr. Bettina Maaser-Siemers

§§ 158, 159 GWB

Frau Dr. Maaser-Siemers ist Vorsitzende der Vergabekammer bei der Finanzbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg. Zuvor war sie Abteilungsleiterin der Grundsatzabteilung für Vergaberecht sowie Grundsatzreferentin für das Bauvergaberecht. Vor ihrem Eintritt in den Staatsdienst war Frau Dr. Maaser-Siemers als Anwältin bei einer internationalen Wirtschaftskanzlei und als wissenschaftliche

Autorinnen und Autoren

Mitarbeiterin der Universität Hamburg tätig. Sie ist Mitorganisatorin des Hamburger Vergabetags sowie der Regionalgruppe Nord des forum vergabe e.V., Dozentin beim Fachanwaltskurs Vergaberecht des Hamburger Vergabeinstituts und der Bucerius Law School sowie Referentin bei zahlreichen vergaberechtlichen Fortbildungsveranstaltungen.

Rüdiger Meixner

§§ 5, 9 WRegG

Volljurist (Prädikatsexamina), Ministerialrat, Leiter des Referats „Landeskartellbehörde, Wettbewerbsrecht“ im Hessischen Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen, Autor zahlreicher juristischer Publikationen in verschiedenen Rechtsgebieten, z.T. zitiert in Verfassungsjudikatur (BVerfG) und höchstrichterlicher Rechtsprechung (BVerwG, BGH).

Dr. Ute Mockel

§§ 174, 175 GWB

Dr. Ute Mockel ist Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Frankfurt am Main. Sie war dort 10 Jahre lang Mitglied des Vergabesenates und des Kartellsenates. Seit Ende 2020 ist sie Vorsitzende eines u.a. für Insolvenzrecht und Notarhaftung zuständigen Zivilsenats.

Hans-Peter Müller

§§ 114, 183, 184 GWB

1983 absolvierte er an der Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Mannheim, sein Examen als Dipl. Verwaltungswirt. Im Oktober 1988 wechselte er nach fünfjähriger Abteilungsleiter-tätigkeit beim Kreiswehrrersatzamt Neuwied zum Bundeswirtschaftsministerium. Von dort wurde er von 1996 bis 2001 zur Deutschen NATO-Vertretung, Brüssel abgeordnet und vertrat die Bundesrepublik als Vizepräsident im NATO-Industrieplanungsausschuss (Civil Emergency Planning).

Im August 2001 kehrte er ins Bundeswirtschaftsministerium, Dienstort Bonn, zurück und war seitdem im für die Vergaberechtsgesetzgebung zuständigen Referat für das öffentliche Auftragswesen zuständig, insbesondere für das Sektorenvergaberecht, die Regelungen zur Auftragswertschätzung, Rahmenvereinbarungen, die Vergabe freiberuflicher Leistungen sowie das Preisrecht bei öffentlichen Aufträgen. Seit dem 1. Januar 2021 ist Herr Müller im vorzeitigen Ruhestand. Berufsbegleitend schloss er ein Zusatzstudium Wirtschafts- und Arbeitsrecht an der Fernuniversität Hagen ab und studierte ebenfalls berufsbegleitend Rechtswissenschaften an der Friedrich-Wilhelm-Universität, Bonn. Schließlich ist er Autor diverser Fachveröffentlichungen zum Vergabe- und Preisrecht bei öffentlichen Aufträgen.

Malte Müller-Wrede

§§ 97, 127 GWB

Rechtsanwalt Malte Müller-Wrede ist Fachanwalt für Vergaberecht und Gründungspartner der Sozietät Müller-Wrede & Partner in Berlin. Zu seinen Tätigkeitsschwerpunkten zählen das Vergaberecht, das Recht der öffentlich-privaten Partnerschaften, das Recht des ÖPNV und SPNV, das Architekten- und Ingenieurrecht, das private Baurecht und Vertragsgestaltungen. Er vertritt Auftraggeber und Unternehmen in Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren und hat hierbei zahlreiche vergaberechtliche Grundsatzentscheidungen erstritten. Herr Müller-Wrede ist Vorsitzender des Fachanwaltsausschusses Vergaberecht der Rechtsanwaltskammer Berlin. Er referiert und publiziert regelmäßig zu vergaberechtlichen Themen. Er ist Herausgeber mehrerer vergaberechtlicher Standardwerke und Mitglied des Herausgeberbeirates der Fachzeitschrift Vergaberecht.

Tatyana Peshteryanu

§ 110 GWB

Tatyana W. Peshteryanu ist Richterin am Amtsgericht Frankfurt am Main. Zuvor war sie als Rechtsanwältin und Fachanwältin für Vergaberecht und bei einer nationalen Wirtschaftskanzlei in Frankfurt am Main tätig. Ihr Tätigkeitsbereich umfasste insbesondere die rechtliche Beratung der öffentlichen Hand bei allen Fragen des deutschen und europäischen Vergaberechts sowie des Bau-, Architekten- und Ingenieurrechts. Frau Peshteryanu studierte Rechtswissenschaften an der Universität Mannheim und wurde im Jahr 2012 zur Anwaltschaft zugelassen. Sie veröffentlicht als Autorin regelmäßig Beiträge zu ausgewählten Themen des Vergaberechts.

Dr. Melanie Plauth

§§ 107, 127 GWB

Dr. Melanie Plauth ist Rechtsanwältin und Salary-Partnerin in der Sozietät Müller-Wrede & Partner und verfügt über langjährige Berufserfahrung und vertiefte Kenntnisse im Vergaberecht. Bereits nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Berlin und Bologna arbeitete sie mehrere Jahre promotionsbegleitend als Wissenschaftliche Mitarbeiterin in der Praxisgruppe Vergaberecht der Sozietät Müller-Wrede & Partner. Ihre Dissertation fertigte sie zu einer vergaberechtlichen Fragestellung („Die Rechtspflicht zur Transparenz im europäisierten Vergaberecht“) an. Während des Rechtsreferendariats absolvierte sie unter anderem Stationen bei der Vergabekammer Berlin und im Binnenmarktreferat des Bundeswirtschaftsministeriums. Zu den Tätigkeitsschwerpunkten von Frau Dr. Plauth gehören neben dem Vergaberecht auch hiermit in Zusammenhang stehende Fragestellungen beispielsweise des Zuwendungs- und Europarechts.

Magnus Radu

§§ 125, 126, 128, 129, 182 GWB

Magnus Radu ist seit 2012 Mitglied des für Staats- und Notarhaftungsrecht sowie das Notarkostenrecht zuständigen 9. Zivilsenats des Kammergerichts; seit 2013 ist er zugleich Mitglied des Vergabesenats des Kammergerichts und seit 2014 dort auch als Güterichter tätig.

Er war seit 1997 zunächst als Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft am Landgericht Berlin tätig und dann seit 1999 als Richter am Amtsgericht (Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg) insbesondere mit allgemeinen Zivilsachen und Wohnungseigentumssachen befasst. Von 2007 bis 2011 war er an die Senatsverwaltung für Justiz des Landes Berlin abgeordnet, wo er zunächst als Dezernent im Zivilrechtsreferat und in den Jahren 2010 und 2011 als Leiter des Büros der Senatorin tätig war.

Dr. Robin Ricken

§§ 141, 142 GWB

Dr. Robin Ricken leitet als Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt) den Rechtsbereich der Stadtwerke Essen AG, zu welchem auch die Zentrale Vergabestelle gehört. Die Stadtwerke Essen AG ist ein mehrheitlich kommunal beherrschtes Ver- und Versorgungsunternehmen, welches neben der Versorgung mit Wasser, Strom, Gas und Wärme die Abwasserbeseitigung auf dem Gebiet der Stadt Essen durchführt und den Essener Stadthafen betreibt. Er studierte Rechtswissenschaft an der Ruhr-Universität Bochum und schloss sein Studium 2008 mit der Ersten Prüfung ab. Anschließend arbeitete er als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bochumer Lehrstuhl von Herrn Professor Dr. Martin Burgi und promovierte zum Thema „Beurteilungsspielräume und Ermessen im Vergaberecht“. Nach dem Referendariat am Landgericht Essen und dem Zweiten Staatsexamen, welches er Ende 2014 ablegte, arbeitete Herr Dr. Ricken zunächst als Compliance Officer bei einem kommunalen Unternehmen und im Public Sector Team von Baker Tilly in Dortmund, bevor er im November 2016 als Syndikusrechtsanwalt zur Stadtwerke Essen AG wechselte. Zunächst mit dem Aufbau einer Zentralen Vergabestelle betraut,

Autorinnen und Autoren

übernahm er im Oktober 2017 die Gesamtleitung des Fachbereichs Recht. In dieser Funktion betreut er u.a. europaweite und nationale Ausschreibungen sowohl für die Entwässerungssparte als auch für Sektorentätigkeiten.

Dr. Marc Röbbke

§§ 100, 102, 136, 137, 138 GWB

Dr. Marc Röbbke ist Rechtsanwalt und Partner bei LUTZ | ABEL Rechtsanwalts PartG mbB. Er berät öffentliche Auftraggeber und Unternehmen vergaberechtlich und zu Fragen des Beihilfe- und des Zuwendungsrechts. Dr. Marc Röbbke verfügt über besondere Erfahrung in der Beratung von Projekten des öffentlichen Nahverkehrs, der Verkehrsinfrastruktur und der Energiewirtschaft sowie von IT-Beschaffungsvorhaben. Dr. Marc Röbbke studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten Potsdam und Toulouse, Frankreich und wurde im Jahr 2007 zur Anwaltschaft in Deutschland zugelassen. Vor seinem Wechsel zu LUTZ | ABEL Rechtsanwalts PartG mbB im Jahr 2020 war er in nationalen und internationalen Wirtschaftskanzleien und in der Rechtsabteilung der Deutschen Bahn AG tätig.

Dr. Johanna Schlichting

§ 4 WRegG

Dr. Johanna Schlichting ist seit 2018 als Syndikusrechtsanwältin in der Rechtsabteilung der Deutsche Bahn AG in Berlin tätig. Dort berät sie den Konzerneinkauf bei Beschaffungsvorgängen. Der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit liegt dabei im Sektorenvergaberecht, darüber hinaus ist sie zuständig für vergaberechtliche Grundsatzfragen. Nach ihrem Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Potsdam und der Université Paris Nanterre mit anschließendem Rechtsreferendariat in Berlin verfasste sie eine Dissertation im Vergaberecht. Bevor sie als Senior Legal Counsel in die Rechtsabteilung der Deutsche Bahn AG wechselte, war sie als Rechtsanwältin in Berlin tätig und dort ebenfalls auf das Vergaberecht spezialisiert.

Annette Schmidt

§ 121 GWB

Annette Schmidt ist langjährig mit dem Vergaberecht befasst und leitet das Vergabegrundsatzreferat sowie die Zentrale Vergabestelle im Wirtschaftsministerium Nordrhein-Westfalen. Neben Vortragstätigkeiten im Vergaberecht hat Frau Schmidt Beiträge zu Fachveröffentlichungen im Vergaberecht verfasst. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften war sie in verschiedenen Bereichen des genannten Ministeriums tätig, davon langjährig im Justizariat, welches sie zuletzt auch geleitet hat.

Dr. Kai-Uwe Schneevogl

§§ 115, 116 GWB

Dr. Kai-Uwe Schneevogl ist Partner im Frankfurter Büro der Sozietät GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB. Er ist Fachanwalt für Vergaberecht und ist seit mehr als 20 Jahren im Bereich des deutschen und europäischen Vergaberechts sowie im Immobilien- und Spezialanlagenbau tätig. Er ist spezialisiert auf die Beratung von Bundes- und Landesministerien, Behörden, anderen öffentlichen Auftraggebern sowie Auftragnehmern bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und Realisierung von komplexen Beschaffungsvorhaben. Dr. Kai-Uwe Schneevogl hat zu diesem Themenkreis umfangreich publiziert und hält dazu regelmäßig Vorträge. Ferner ist er Mitmentor und Kommentator an verschiedenen vergaberechtlichen Standardwerken.

Holger Schröder

§§ 131, 143 GWB

Holger Schröder ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht und Partner bei der Rödl GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft, Nürnberg. Herr Schröder verantwortet bei der Rödl GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft den Bereich der vergaberechtlichen Beratung. Er ist seit über 20 Jahren auf den Bereich des Vergaberechts spezialisiert und betreut zahlreiche Verfahren zur Vergabe von Bau-, Dienst- und Lieferleistungen. Er ist Lehrbeauftragter für Vergaberecht an der Hochschule für Wirtschaft und Umwelt Nürtingen-Geislingen (HfWU) und ist ständiges Mitglied im gemeinsamen Fachprüfungsausschuss „Fachanwalt für Vergaberecht“ der Rechtsanwaltskammer Nürnberg und Rechtsanwaltskammer Bamberg. Herr Schröder ist Autor zahlreicher Fachveröffentlichungen und wirkt an Kommentaren sowie Handbüchern zum Vergaberecht, Recht des öffentlichen Personenverkehrs und EU-Behilferechts mit.

Simon Schwerdtfeger

§§ 7, 8 WRegG

Simon Schwerdtfeger ist seit 2016 Referent im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, seit 2019 in dem für das Vergaberecht zuständigen Referat „Öffentliche Aufträge, Immobilienwirtschaft“. Dort ist er unter anderem mit der Umsetzung des Wettbewerbsregisters, Fragen der strategischen Beschaffung und internationalen Bezügen des Vergaberechts befasst. Zuvor war er als wissenschaftlicher Mitarbeiter für eine auf Vergaberecht spezialisierte Rechtsanwaltskanzlei in Berlin tätig. Er studierte Rechts- und Politikwissenschaften in Köln, Paris und Aix-en-Provence. Sein Referendariat absolvierte er in Berlin und New York.

Sebastian Spinzig

§§ 155, 156, 157 GWB

Sebastian Spinzig ist Vorsitzender des 2. Spruchkörpers der Vergabekammer Westfalen. Während des Studiums der Rechtswissenschaften an der Universität Potsdam, welches er 2008 abschloss, arbeitete er in der Vergabestelle der Verwaltung des Deutschen Bundestages. Anschließend absolvierte er ein Auslandspraktikum bei der Honorarkonsulin von Eldorado in Argentinien. Neben dem Referendariat in Berlin war er als wissenschaftlicher Mitarbeiter für eine auf Bau- und Vergaberecht spezialisierte Kanzlei tätig. Nach dem Referendariat war er bei den Landesförderbanken der Länder Nordrhein-Westfalen Hamburg im Bereich der EFRE-Förderung insbesondere für Fragen des Vergaberechts zuständig. Seit Anfang 2015 ist er beim Ministerium für Inneres des Landes Nordrhein-Westfalen beschäftigt und dort seit Ende 2017 in der Vergabekammer Westfalen und ab Anfang 2018 als Vorsitzender des 2. Spruchkörpers tätig.

Matthias Steck

§§ 161, 165 GWB

Matthias Steck ist seit 2012 Vorsitzender der Vergabekammer Südbayern. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften und dem zweiten juristischen Staatsexamen war er seit 2002 als juristischer Staatsbeamter im höheren nichttechnischen Verwaltungsdienst des Freistaats Bayern an verschiedenen Stellen tätig. Neben der Bearbeitung von durchschnittlich 50 bis 60 Nachprüfungsanträgen jährlich tritt Matthias Steck regelmäßig als Referent auf vergaberechtlichen Fortbildungsveranstaltungen auf und ist Mitherausgeber des „Praxiskommentar Vergaberecht“ (Dieckert/Osseforth/Steck) sowie Mitautor weiterer vergaberechtlicher Kommentierungen.

Autorinnen und Autoren

Dr. Frank Sterner

§§ 107, 109, 117, 144, 145, 150 GWB

Dr. Frank Sterner ist Rechtsanwalt und Syndikusrechtsanwalt. Er hat sich u.a. auf das Vergabe- und Vertragsrecht im Verteidigungsbereich spezialisiert. Dr. Frank Sterner berät bei Geschäften mit der Bundeswehr, Systemherstellern, Lieferanten und Kooperationspartnern sowie zu Fragen des Außenwirtschaftsrechts. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Marburg studierte er Europarecht an der Université Libre de Bruxelles (Licence spéciale en droit européen) und promovierte 1996 zum Thema „Rechtsbindungen und Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge“ an der Universität Mannheim, an der er auch als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig war. Dr. Frank Sterner ist Mitherausgeber des Praxiskommentars „VSVgV - Beschaffung im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich“ (2. Auflage 2018) und Vorsitzender des Ausschusses Wirtschaft und Recht im Bundesverband der Sicherheits- und Verteidigungsindustrie.

Dr. Jörg Stoye

§§ 173, 175 GWB

Dr. Jörg Stoye ist Fachanwalt für Vergaberecht und Gesellschafter der Kanzlei HFK Rechtsanwälte. Er berät überwiegend die Auftraggeberseite, aber auch Unternehmen insbesondere bei Verkehrsinfrastrukturprojekten und sonstigen Bauvorhaben sowie in den Bereichen der IT-/TK-Beschaffung und der gebäudenahen Dienstleistungen. Dabei übernimmt Dr. Stoye auch die Federführung in interdisziplinären Beraterteams, etwa im Rahmen von Planfeststellungsverfahren, zu Fragen des Claim-Managements, der Compliance und des Zuwendungsrechts. Ein weiterer Schwerpunkt seiner Tätigkeit ist die Führung von Vergabenachprüfungsverfahren und vergaberechtlichen Schadensersatzprozessen. Er ist Mitglied im Fachwaltsausschuss für Vergaberecht der Rechtsanwaltskammern Frankfurt am Main und Kassel.

Christian Sudbrock

§§ 139, 140, 149 GWB

Christian Sudbrock ist seit 2008 in der Rechtsabteilung des Verbandes kommunaler Unternehmen e. V. (VKU) in Berlin als Fachgebietsleiter Wirtschaftsrecht tätig. Zu den Schwerpunkten seiner Tätigkeit gehört die Beratung kommunaler Unternehmen aus den Bereichen der Energie- und Trinkwasserversorgung, der Abfallwirtschaft und der Abwasserbeseitigung zu Fragen des Vergaberechts und anderen Bereichen des Öffentlichen Wirtschaftsrechts.

Herr Sudbrock hat nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Münster und Referendariat u.a. in Brüssel und in Speyer ein Master of Laws-Studium in Wellington/Neuseeland mit dem Schwerpunkt International Economic Law absolviert.

Patrick Thomas

§§ 173, 175 GWB

Patrick Thomas ist Rechtsanwalt und Partner bei der Ernst & Young Law GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft. Als Fachanwalt für Vergaberecht berät er öffentliche Auftraggeber sowie Unternehmen in allen Fragen des öffentlichen Wirtschaftsrechts und insbesondere des Vergaberechts. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen in der Begleitung komplexer Infrastrukturvorhaben im Verkehrs- und Energiesektor sowie im Bereich Verteidigung und Sicherheit. Zudem führt er regelmäßig Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern und -senaten. Herr Thomas studierte Rechtswissenschaften mit wirtschaftswissenschaftlicher Zusatzausbildung an den Universitäten Bayreuth und Würzburg.

Dr. Tobias Traupel

§ 121 GWB

Dr. Tobias Traupel ist Leiter der für das Vergaberecht zuständigen Abteilung „Europa und Recht“ im Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen. Zuvor leitete er die Abteilung „Standortmarketing und -entwicklung“ im selben Ministerium. Von 2013 bis 2016 betreute das europäische Beihilferecht in der Vertretung des Landes Rheinland-Pfalz bei der Europäischen Union. Dr. Traupel leitete viele Jahre die Gruppe „Wirtschaftsrecht“ im Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk des Landes Nordrhein-Westfalen. Nach einer Tätigkeit als Richter am Landgericht Düsseldorf und einer Abordnung zum Bundesministerium der Justiz, wo er in den völkerrechtlichen Referaten tätig war, war Dr. Traupel seit 1993 in den für Wirtschaft zuständigen Ressorts der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen bis zu seiner Ernennung zum Gruppenleiter u. a. langjährig als Justiziar und zuletzt als Referatsleiter für das materielle Vergaberecht federführend in der nordrhein-westfälischen Landesregierung tätig.

Er war als Experte für das europäische Beihilferecht und PPP in den Twinning-Projekten der Europäischen Union für die Beitrittskandidaten tätig und war mehrere Jahre Vertreter der Bundesländer im Kommissionsgremium „Multilaterale Sitzungen zu beihilferechtlichen Fragen“. Er ist Mitherausgeber der „European Procurement & Public Private Partnership Law Review“ und ist Prüfungsvorsitzender für Wirtschaftsprüfer in Nordrhein-Westfalen.

Dr. Bettina Tugendreich

§§ 148, 149, 151, 152 GWB

Dr. Bettina Tugendreich ist Rechtsanwältin und Partnerin in der Kanzlei RAUE in Berlin. Ihre Tätigkeitsschwerpunkte umfassen das Vergaberecht, Kartellrecht, Energierecht und das allgemeine Öffentliche Wirtschaftsrecht. Ihr Studium absolvierte sie an der Humboldt-Universität zu Berlin sowie der Hofstra University in New York (USA). Sie war wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Europarecht von Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski an der Humboldt-Universität zu Berlin. Im Anschluss an das Referendariat nahm sie ihre anwaltliche Tätigkeit im Berliner Büro der US-amerikanischen Kanzlei Hogan & Hartson RAUE LLP auf, aus der im Jahr 2010 die Kanzlei RAUE hervorging. Sie ist Autorin zahlreicher Veröffentlichungen und war zudem in der Zeit von 2011 bis 2019 Lehrbeauftragte an der Hochschule für Technik und Wirtschaft Berlin (HTW Berlin) im Vergabe- und Beihilfenrecht.

Prof. Dr. Christian-David Wagner

§ 97 GWB

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian-David Wagner ist Fachanwalt für Vergaberecht in eigener Kanzlei und Honorarprofessor für Vergaberecht an der Hochschule Harz mit einem Lehrauftrag für Vergabe und E-Vergabe. Prof. Dr. Wagner ist seit Beginn seiner Berufstätigkeit 2003 auf das Vergaberecht spezialisiert. Weitere Schwerpunkte seiner Beratungstätigkeit sind eng damit verbundene Geschäftsfelder wie das EU-Beihilfe- und staatliche Zuwendungsrecht. Prof. Dr. Wagner berät sowohl Auftraggeber als auch Bieterunternehmen, beginnend bei klassischen Auftraggebern wie Bund, Land und Kommunen, über Forschungs- und staatliche Beteiligungsgesellschaften bis hin zu Unternehmen aus dem ITK-, Bau-, Medizin- und Marketingbereich. Er begleitet seine Mandanten in sämtlichen Phasen des Vergabeverfahrens und vertritt deren Interessen regelmäßig vor den Vergabekammern der Länder und den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte. Darüber hinaus berät Prof. Dr. Wagner Unternehmen und öffentliche Auftraggeber im Rahmen von Umstrukturierungsmaßnahmen oder im Zusammenhang mit der Implementierung von neuen Organisationsstrukturen.

Autorinnen und Autoren

Philipp Zeller

§§ 10, 11, 12 WRegG

Philipp Zeller, LL.B. ist seit 2019 Referent beim Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr (BAAINBw). Als Vergabe- und Vertragsjurist ist er im Bereich der Beschaffung von Informationstechnik tätig. Die im Beitrag dargestellten Rechtsansichten sind persönlicher Natur.

Zeller studierte an den Universitäten Osnabrück und Halle-Wittenberg und schloss an letzterer 2016 das erste Staatsexamen ab. Während seines Referendariats in Sachsen-Anhalt absolvierte er im Jahr 2018 das Ergänzungsstudium zusammen mit der Zusatzausbildung „On the Rhine Studies“ an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer.

Als Autor mehrerer Veröffentlichungen ist er in den Bereichen Verfassungs-, Hochschul- und Vergaberecht tätig gewesen.

Abkürzungsverzeichnis

A

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
Alt.	Alternative
a.M.	anderer Meinung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnwZert BauR	AnwaltZertifikat - Bau- und Architektenrecht (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage

B

BAnz.	Bundesanzeiger
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVerfGH	Bayrischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BR-Drs.	Drucksachen des Bundesrates
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Drucksachen des Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht

bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise

C

ca.	circa
CB	Compliance Berater (Zeitschrift)
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
c.i.c.	culpa in contrahendo
CEN	Comité Européen de Normalisation = Europäisches Komitee für Normung
CENELEC	Europäisches Institut für Elektronische Normung
COVuR	COVID-19 und Recht (Zeitschrift)
CPV	Common Procurement Vocabulary

D

DAWI	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders./dies.	derselbe/dieselbe
d.h.	das heißt
DIN	Deutsches Institut für Normung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
Drs.	Drucksache
DVP	Deutsche Verwaltungspraxis – Fachzeitschrift für die öffentliche Verwaltung

Abkürzungsverzeichnis

E

EFRE	Europäischer Fonds für regionale Entwicklung
EFSF	Europäische Finanzstabilisierungsfazilität
EG	Europäische Gemeinschaft
EN	Europäische Norm
endg.	endgültig
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
EPPPL	European Procurement & PPP Law Review (Zeitschrift)
ESM	Europäischer Stabilitätsmechanismus
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Zeitschrift Europarecht
EURATOM	Europäische Atomgemeinschaft
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	Eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWeRK	Zeitschrift des Instituts für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft e.V.
EWER	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)

F

f.	und die folgende Seite
ff.	und die folgenden Seiten

FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb
Fn.	Fußnote

G

GBI.	Gesetzblatt
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GewA	Gewerbearchiv (Zeitschrift)
GewArch	Gewerbearchiv – Zeitschrift für Wirtschaftsverwaltungsrecht
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GGW	G+G Wissenschaft (Zeitschrift)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	Zeitschrift für Gesellschafts-, Unternehmens- und Steuerrecht
GPA	Agreement on Government Procurement
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)

H

h.M.	herrschende Meinung
Hs.	Halbsatz

I

IBR	Immobilien- & Baurecht (Zeitschrift)
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.w.S.	im weiteren Sinne
ILO	International Labour Organization

IR	InfrastrukturRecht – Energie, Verkehr, Abfall, Wasser (Zeitschrift)
i.S.d.	im Sinne der/des
i.S.v.	im Sinne von
IT	Informationstechnologie
ITRB	Der IT-Rechtsberater (Zeitschrift)
i.V.m.	in Verbindung mit

J

JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
jurisPR	juris PraxisReport (Zeitschrift)
jurisPR-Compl	juris PraxisReport Compliance & Investigations (Zeitschrift)
jurisPR-StrafR	Juris PraxisReport Strafrecht (Zeitschrift)
jurisPR-VergR	Juris PraxisReport Vergaberecht (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung – Zeitschrift für Studium und Referendariat
JZ	JuristenZeitung

K

Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht, Kommanditgesellschaft
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KOM	Europäische Kommission
KommJur	Kommunaljurist – Rechtsberater für Gemeinden, Landkreise, Gemeindeverbände und kommunale Wirtschaftsunternehmen (Zeitschrift)
KommP BY	Kommunalpraxis Bayern (Zeitschrift)
KriPoZ	Kriminalpolitische Zeitschrift

L

LG	Landgericht
lit.	littera(e)
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung – Verwaltungsrechts-Zeitschrift
Ls.	Leitsatz
LT-Drs.	Drucksachen des Landtags

M

m. Anm.	mit Anmerkung
Mio.	Millionen
MMR	MultiMedia und Recht – Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht
Mrd.	Milliarden
m.w.A.	mit weiteren Angaben
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

N

n.F.	neue Fassung
N&R	Netzwirtschaften und Recht – Energie, Verkehr und andere Netzwirtschaften
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NUTS	Nomenclature des Unités Territoriales Statistiques
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht (Zeitschrift)
NZBau	Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

Abkürzungsverzeichnis

NZS Neue Zeitschrift für Sozialrecht
 NZWiSt Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht

O

OHG Offene Handelsgesellschaft
 OLG Oberlandesgericht
 ÖPNV Öffentlicher Personennahverkehr
 ÖPP Öffentlich-private Partnerschaft
 OVG Oberverwaltungsgericht

P

PPP Public Private Partnership

R

RdE Recht der Energiewirtschaft (Zeitschrift)
 RL Richtlinie
 Rn. Randnummer
 RNotZ Rheinische Notar-Zeitschrift
 RPA Zeitschrift für Vergaberecht – Recht und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe
 Rs. Rechtssache(n)
 Rz. Randziffer

S

S. Satz/Sätze, Seite(n)
 s. siehe
 SGb Die Sozialgerichtsbarkeit – Zeitschrift für das aktuelle Sozialrecht
 SIMAP Système d'Information pour les Marchés Publics
 Slg. Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs
 sog. sogenannte(r)

Spiegelstr. Spiegelstrich
 StV Strafverteidiger (Zeitschrift)

T

TED Tenders Electronic Daily
 TS Technische Spezifikation

U

u.a. unter anderem
 UAbs. Unterabsatz
 UBWW Unterrichtsblätter für die Bundeswehrverwaltung (Zeitschrift)
 UN United Nations
 usw. und so weiter

V

v. von/vom
 Var. Variante
 verb. Rs. Verbundene Rechtssachen
 VerfGH Verfassungsgerichtshof
 VergabeR Vergaberecht – Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
 VersorgW Versorgungswirtschaft (Zeitschrift)
 VerwArch Verwaltungsarchiv – Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
 VG Verwaltungsgericht
 VGH Verwaltungsgerichtshof
 vgl. vergleiche
 v.H. von Hundert
 VHB Vergabehandbuch
 VK Vergabekammer
 VO Verordnung
 VO (EG) Verordnung der Europäischen Gemeinschaften

VO (EU)	Verordnung der Europäischen Union
VO (EWG, Euratom)	Verordnung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft
Vorbem.	Vorbemerkung
VPR	Vergabep Praxis & -recht (Zeitschrift)
VR	Verwaltungsrundschau – Zeitschrift für Verwaltung in Praxis und Wissenschaft
VÜA	Vergabeüberwachungsausschuss
VV	Verwaltungsvorschriften

W

wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WTO	World Trade Organisation
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)

Z

ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
z.B.	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Vergaberecht
ZfWG	Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZLW	Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht
ZRFC	Risk, Fraud & Compliance (Zeitschrift)
z.T.	zum Teil
ZVgR	Zeitschrift für deutsches und internationales Vergaberecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Regelwerkeverzeichnis

A

AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz v. 27.12.1993, BGBl. I S. 2378, zuletzt geändert durch Gesetz v. 15.9.2021
AEntG	Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz) v. 20.4.2009, BGBl. I S. 799, zuletzt geändert durch Gesetz v. 12.12.2021
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union v. 9.5.2008, ABl. Nr. C 115 S. 47, zuletzt geändert durch Beschluss v. 11.7.2012
AG GlüStV NRW	Gesetz zur Ausführung des Glücksspielstaatsvertrags NRW v. 13.11.2012, GVBl. S. 524, zuletzt geändert durch Gesetz v. 23.6.2021
AktG	Aktiengesetz v. 6.9.1965, BGBl. I S. 1089, zuletzt geändert durch Gesetz v. 30.6.2021
AO	Abgabenordnung v. 1.10.2002, BGBl. I S. 3866, zuletzt geändert durch Gesetz v. 5.10.2021
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz v. 2.7.1979, BGBl. I S. 853, 1036, zuletzt geändert durch Gesetz v. 5.10.2021
ArbZG	Arbeitszeitgesetz v. 6.6.1994, BGBl. I S. 1170, 1171, zuletzt geändert durch Gesetz v. 22.12.2020
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz v. 3.2.1995, BGBl. I S. 158, zuletzt geändert durch Gesetz v. 18.3.2022

AufenthG	Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz) v. 25.2.2008, BGBl. I S. 162, zuletzt geändert durch Gesetz v. 9.7.2021
AVV Klima	Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung klimafreundlicher Leistungen v. 19.10.2021, BAnz AT B1
AZRG	Gesetz über das Ausländerzentralregister v. 2.9.1994, BGBl. I S. 2265, zuletzt geändert durch Gesetz v. 9.7.2021

B

BADV	Verordnung über Bodenabfertigungsdienste auf Flugplätzen (Bodenabfertigungsdienst-Verordnung) v. 10.12.1997, BGBl. I S. 2885, zuletzt geändert durch Verordnung v. 6.12.2018
BayESG	Gesetz über die Rechtsverhältnisse der nichtbundeseigenen Eisenbahnen und der Seilbahnen in Bayern (Bayerisches Eisenbahn- und Seilbahngesetz) v. 9.8.2003, GVBl. S. 598, BayRS 932-1-B, zuletzt geändert durch Verordnung v. 26.3.2019
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern v. 22.8.1998, GVBl. S. 796, BayRS 2020-1-1-I, zuletzt geändert durch Gesetz v. 9.3.2021
BayRDG	Bayrisches Rettungsdienstgesetz v. 22.7.2008, GVBl. S. 429, zuletzt geändert durch Gesetz v. 22.4.2022

Regelwerkeverzeichnis

BBankG	Gesetz über die Deutsche Bundesbank v. 22.10.1992, BGBl. S. 1782, zuletzt geändert durch Gesetz v. 28.6.2021	BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v. 2.1.2002, BGBl. I S. 42, zuletzt geändert durch Gesetz v. 21.12.2021
BBergG	Bundesberggesetz v. 13.8.1980, BGBl. I S. 1310, zuletzt geändert durch Gesetz v. 14.6.2021	BGebG	Bundesgebührengesetz v. 7.8.2013, BGBl. I S. 3154, zuletzt geändert durch Gesetz v. 10.3.2017 BGBl. I S. 417
BBG	Bundesbeamtengesetz v. 5.2.2009, BGBl. I S. 160, zuletzt geändert durch Gesetz v. 28.6.2021	BGG	Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz) v. 27.4.2002, BGBl. I S. 1467, 1468, zuletzt geändert durch Gesetz v. 2.6.2021
BbgKVerf	Kommunalverfassung des Landes Brandenburg v. 18.12.2007, GVBl. I S. 286, zuletzt geändert durch Gesetz v. 23.6.2021	BHO	Bundeshaushaltsordnung v. 19.8.1969, BGBl. I S. 1284, zuletzt geändert durch Gesetz v. 20.8.2021
BbgVergG	Brandenburgisches Vergabegesetz v. 29.9.2016, GVBl. I S. 16, zuletzt geändert durch Gesetz v. 13.4.2021	BlmSchG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz) v. 17.5.2013, BGBl. I S. 1274, zuletzt geändert durch Gesetz v. 24.9.2021
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz v. 30.6.2017, BGBl. I S. 2097, zuletzt geändert durch Gesetz v. 23.6.2021	BITV 2.0	Verordnung zur Schaffung barrierefreier Informationstechnik nach dem Behindertengleichstellungsgesetz (Barrierefreie-Informationstechnik-Verordnung) v. 12.9.2011, BGBl. I S. 1843, zuletzt geändert durch Verordnung v. 21.5.2019
BEEG	Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz) v. 27.1.2015, BGBl. I S. 33, zuletzt geändert durch Gesetz v. 18.3.2022	BMG	Bundesmeldegesetz v. 3.5.2013, BGBl. I S. 1084, zuletzt geändert durch Gesetz v. 28.3.2021
BeglG Rheinland-Pfalz	Landesgesetz über die Beglaubigungsbefugnis Rheinland-Pfalz v. 21.7.1978, GVBl. S. 597, zuletzt geändert durch Gesetz v. 4.4.2017	BNDG	Gesetz über den Bundesnachrichtendienst v. 20.12.1990, BGBl. I S. 2954, 2979, zuletzt geändert durch Gesetz v. 5.7.2021
BeglV	Beglaubigungsverordnung v. 13.3.2003, BGBl. I S. 361	BNotO	Bundesnotarordnung v. 24.2.1961, BGBl. I S. 97, zuletzt geändert durch Gesetz v. 21.12.2021
BerlAVG	Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz v. 22.4.2020, GVBl. I S. 276		
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz v. 25.9.2001, BGBl. I S. 2518, zuletzt geändert durch Gesetz v. 10.12.2021		
BeurkG	Beurkundungsgesetz v. 28.8.1969, BGBl. I S. 1513, zuletzt geändert durch Gesetz v. 21.12.2021		

BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung v. 1.8.1959, BGBl. I S. 565, zuletzt geändert durch Gesetz v. 1.6.2017				zuletzt geändert durch Gesetz v. 16.7.2021
Bremisches TtVG	Bremisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe (Tariftreue- und Vergabegesetz) v. 30.01.2015, Brem.Gbl. S. 145, zuletzt geändert durch Gesetz v. 1.3.2022	EGovG			Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung (E-Government-Gesetz) v. 25.7.2013, BGBl. S. 2749, zuletzt geändert durch Gesetz v. 16.7.2021
BremKorG	Bremisches Korruptionsregistergesetz v. 18.12.2015, Brem.Gbl. S. 646, zuletzt geändert durch Gesetz v. 18.12.2018	EGV			Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft v. 24.12.2002, Abl. Nr. C 325 S. 1
BuchPrG	Buchpreisbindungsgesetz v. 2.9.2002, BGBl. I S. 3448, zuletzt geändert durch Gesetz v. 26.11.2020	eIDKG			Gesetz über eine Karte für Unionsbürger und Angehörige des Europäischen Wirtschaftsraums mit Funktion zum elektronischen Identitätsnachweis (eID-Karte-Gesetz – eIDKG) v. 21.6.2019 BGBl. I S. 846, zuletzt geändert durch Gesetz v. 5.7.2021
BVergG	Bundesvergabegesetz v. 11.8.1993, BGBl. I S. 1473, zuletzt geändert durch Gesetz v. 20.11.2019	EntgFG			Entgeltfortzahlungsgesetz v. 26.5.1994, BGBl. I S. 1014, 1065, zuletzt geändert durch Gesetz v. 22.11.2019
BZRÄndG	Gesetz zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes v. 18.7.2017, BGBl. I S. 2732, zuletzt geändert durch Gesetz v. 20.11.2019	Entscheidung 2004/73/EG			Entscheidung der Kommission v. 15.1.2004 über einen Antrag Deutschlands das spezielle Regime in Artikel 3 der Richtlinie 93/38/EWG anzuwenden, ABl. Nr. L 16 S. 57
BZRG	Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister (Bundeszentralregistergesetz) v. 21.9.1984, zuletzt geändert 16.6.2021	Entscheidung 93/327/EWG			Entscheidung der Kommission v. 13.5.1993 zur Festlegung der Voraussetzungen, unter denen die öffentlichen Auftraggeber, die geographisch abgegrenzte Gebiete zum Zwecke der Suche oder Förderung von Erdöl, Gas, Kohle oder anderen Festbrennstoffen nutzen, der Kommission Auskunft über die von ihnen vergebenen Aufträge zu erteilen haben, ABl. Nr. L 129 S. 25

D

DRiG	Deutsches Richterrechtsgesetz v. 19.4.1972, BGBl. I S. 713, zuletzt geändert durch Gesetz v. 25.6.2021
------	--

E

EEG	Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz) v. 21.7.2014, BGBl. I S. 1066,
-----	--

EnVKV

Verordnung zur Kennzeichnung von energieverbrauchsrelevanten Produkten mit Angaben über den Verbrauch an Energie und an anderen wichtigen Ressourcen (Energieverbrauchskennzeichnungsver-

Regelwerkeverzeichnis

	ordnung) v. 30.10.1997, BGBl. I S. 2616, zuletzt geändert durch Verordnung v. 19.2.2021		26.11.2014 (ABl. L 54 vom 25.2.2015) m.W.v. 26.2.2015
EnWG	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz) v. 7.7.2005, BGBl. I S. 1970, 3621, zuletzt geändert durch Gesetz v. 26.4.2022	ESMV	Vertrag zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus zwischen dem Königreich Belgien, der Bundesrepublik Deutschland, der Republik Estland, Irland, der Hellenischen Republik, dem Königreich Spanien, der Französischen Republik, der italienischen Republik, der Republik Zypern, dem Großherzogtum Luxemburg, Malta, dem Königreich der Niederlande, der Republik Österreich, der Portugiesischen Republik, der Republik Slowenien, der Slowakischen Republik und der Republik Finnland v. 2.2.2012, BGBl. II S. 982, zuletzt geändert durch Bekanntmachung v. 16.12.2020
ERechV	Verordnung über die elektronische Rechnungsstellung im öffentlichen Auftragswesen des Bundes v. 13.10.2017, BGBl. I S. 3555, zuletzt geändert durch Verordnung v. 19.6.2020		
ERegG	Eisenbahnregulierungsgesetz v. 29.8.2016. BGBl. I S. 2082, zuletzt geändert durch Gesetz v. 9.6.2021		
ERVV	Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) v. 24.11.2017, BGBl. I S. 3803, zuletzt geändert durch Gesetz v. 5.10.2021	EuRAG	Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland v. 9.3.2000, BGBl. I S. 182, 1349, zuletzt geändert durch Gesetz v. 5.10.2021
EuGVVO	Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. L 351 v. 20.12.2012, S. 1), zuletzt geändert durch delegierte Verordnung (EU) 2015/281 der Kommission vom 26. November 2014 zur Ersetzung der Anhänge I und II der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom	EUU	Vertrag über die Europäische Union v. 13.12.2007, Abl. Nr. C 306 S. 1, zuletzt geändert durch EU-Beitrittsakte
F			
		FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17.12.2008, BGBl. I S. 2586, 2587, zuletzt geändert durch Gesetz v. 6.10.2021
		FernstrPriv-FinG	Gesetz über den Bau und die Finanzierung von Bundesfernstraßen durch Private (Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz) v. 6.1.2006, BGBl. I S. 49, zuletzt geändert durch Gesetz v. 20.11.2019

FFV Berlin	Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Förderung von Frauen und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Frauenförderverordnung) v. 19.7.2011, GVBl. S. 362	S. 896, zuletzt geändert durch Verordnung v. 28.4.2022
		GewO Gewerbeordnung v. 22.2.1999, BGBl. I S. 202, zuletzt geändert durch Gesetz v. 10.8.2021
		GG Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949, BGBl. S. 1, zuletzt geändert durch Gesetz v. 29.9.2020
FKVO	Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates v. 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Abl. Nr. L 24 S. 1	GGO Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien v. 1.1.2000, GMBL. S. 526, zuletzt geändert durch Gesetz v. 1.9.2011
FStrG	Bundesfernstraßengesetz v. 28.6.2007, BGBl. I S. 1206, zuletzt geändert durch Gesetz v. 10.9.2021	GKG Gerichtskostengesetz v. 27.2.2014, BGBl. I S. 154, zuletzt geändert durch Gesetz v. 25.6.2021
FüPoG	Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst v. 24.4.2015, BGBl. I S. 642, zuletzt geändert durch Gesetz v. 7.8.2021	GlüStV Staatsvertrag zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag) v. 29.10.2020, GVBl. 2021 S. 325
FVG	Finanzverwaltungsgesetz v. 4.4.2006, BGBl. I S. 846, 1202, zuletzt geändert durch Gesetz v. 25.6.2021	GlüStV NRW Gesetz zur Ausführung des Glücksspielstaatsvertrags v. 13.11.2012, GV NRW S. 524
		GmbHG Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20.4.1892, BGBl. III Nr. 4123-1, zuletzt geändert durch Gesetz v. 10.8.2021
G		
GemO BW	Gemeindeordnung Baden-Württemberg v. 24.7.2000, GBl. S. 698, zuletzt geändert durch Gesetz v. 2.12.2020	GNotKG Gerichts- und Notarkostengesetz v. 23.7.2013, BGBl. I S. 2586, zuletzt geändert durch Gesetz v. 10.8.2021
GemO RP	Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz v. 31.1.1994, GVBl. S. 153, zuletzt geändert durch Gesetz v. 27.1.2022	GO NRW Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen v. 17.10.1994, GV. NW. S. 270
GeschGehG	Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen v. 18.4.2019, BGBl. I S. 466	GO SH Gemeindeordnung Schleswig-Holstein v. 1.4.2001, GVOBl. 2003, S. 57, zuletzt geändert durch Gesetz v. 4.3.2022
GewAbfV	Verordnung über die Bewirtschaftung von gewerblichen Siedlungsabfällen und von bestimmten Bau- und Abbruchabfällen (Gewerbeabfallverordnung) v. 18.4.2017, BGBl. I	GRCh Charta der Grundrechte der Europäischen Union v. 12.12.2007, Abl. Nr. C 303 S. 1

Regelwerkeverzeichnis

GRfW Hamburg	Gesetz zur Einrichtung eines Registers zum Schutz fairen Wettbewerbs v. 1.10.2013, HmbGVbl. Nr. 40 S. 417		zuletzt geändert durch Gesetz am 18.7.2017
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz v. 9.5.1975, BGBl. I S. 1077, zuletzt geändert durch Gesetz v. 7.7.2021	HOAI	Verordnung über die Honorare für Architekten und Ingenieurleistungen (Honorarordnung für Architekten und Ingenieure) v. 10.7.2013, BGBl. I S. 2276, zuletzt geändert durch Verordnung v. 2.12.2020
GVVG-ÄndG	Gesetz zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten v. 12.6.2015, BGBl. I S. 926	HVgG	Hessisches Vergabegesetz v. 25.3.2013, GVBl. S. 121
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 26.6.2013, BGBl. I S. 1750, zuletzt geändert durch Gesetz v. 27.7.2021	HVTG	Hessisches Vergabe- und Tarif-treuegesetz v. 12.7.2021, GVBl. S. 338
GWB-DigitalisierungsG	Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen v. 18.1.2021		

H

HeilBerG NRW	Heilberufsgesetz Nordrhein-Westfalen v. 9.5.2000, GV. NRW S. 403, zuletzt geändert durch Gesetz v. 1.2.2022
HGB	Handelsgesetzbuch v. 10.5.1897, RGBl. S. 219, zuletzt geändert durch Gesetz v. 10.8.2021
HGO	Hessische Gemeindeordnung v. 1.4.2005, GVBl. I S. 142, zuletzt geändert durch Gesetz v. 7.5.2020
HGrG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätzegesetz) v. 19.8.1969, BGBl. I S. 1273, zuletzt geändert durch Gesetz v. 14.8.2017
HmbVgG	Hamburgisches Vergabegesetz v. 13.2.2006, HmbGVbl. S. 57,

I

IFG	Informationsfreiheitsgesetz v. 5.9.2005, BGBl. I S. 2722, zuletzt geändert durch Verordnung v. 19.6.2020
InsO	Insolvenzordnung v. 5.10.1994, BGBl. I S. 2866, zuletzt geändert durch Gesetz v. 10.8.2021

J

JVEG	Gesetz über die Vergütung von Sachverständigen, Dolmetscherinnen, Dolmetschern, Übersetzerinnen und Übersetzern sowie die Entschädigung von ehrenamtlichen Richterinnen, ehrenamtlichen Richtern, Zeuginnen, Zeugen und Dritten (Justizvergütungs- und Entschädigungsgesetz) v. 5.5.2004, BGBl. I S. 718, zuletzt geändert durch Gesetz v. 25.6.2021
------	--

K

KonzVgV	Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeverordnung) v. 12.4.2016, BGBl. I S. 624,
---------	---

	683, zuletzt geändert durch Gesetz v. 10.7.2018	letzt geändert durch Gesetz v. 10.8.2021
Korrupti- onsbG NRW	Gesetz zur Verbesserung der Korruptionsbekämpfung und zur Errichtung und Führung eines Vergaberegisters in Nordrhein-Westfalen (Korruptionsbekämpfungsgesetz) v. 16.12.2004, GV. NRW S. 8, zuletzt geändert durch Gesetz v. 14.9.2021	
2. KostR- MoG	Zweites Gesetz zur Modernisierung des Kostenrechts (2. Kostenmodernisierungsgesetz) v. 23.7.2013, BGBl. I S. 2586	
KRG Berlin	Gesetz über die Einrichtung und Führung eines Registers über korruptionauffällige Unternehmen in Berlin (Korruptionsregistergesetz) v. 19.4.2006, GVBl. S. 358, zuletzt geändert durch Gesetz v. 1.12.2010	
KrWaff- KontrG	Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen v. 22.11.1990, BGBl. I S. 2506, zuletzt geändert durch Gesetz v. 2.6.2021	
KrWG	Kreislaufwirtschaftsgesetz v. 24.2.2012, BGBl. I S. 212, zuletzt geändert durch Gesetz v. 10.8.2021	
KSG	Bundes-Klimaschutzgesetz v. 12.12.2019, BGBl. I S. 2513, zuletzt geändert durch Gesetz v. 18.8.2021	
KV MV	Kommunalverfassung für das Land Mecklenburg-Vorpommern v. 13.7.2011, GVOBl. M-V S. 777, zuletzt geändert durch Gesetz v. 23.7.2019	
KVG LSA	Kommunalverfassungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt v. 17.6.2014, GVBl. LSA S. 288, zuletzt geändert durch Gesetz v. 19.3.2021	
KWG	Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz) v. 9.9.1998, BGBl. I S. 2776, zu-	
L		
LaMiLoG	Mindestlohngesetz für das Land Bremen (Landesmindestlohngesetz) v. 23.7.2012, Brem.Gbl. 2012, S. 300	
LastG	Gesetz zur Lastentragung im Bund-Länder-Verhältnis bei Verletzung von supranationalen oder völkerrechtlichen Verpflichtungen (Lastentragungsgesetz) v. 5.9.2006, BGBl. I S. 2098, 2105	
LHO Berlin	Landeshaushaltsordnung v. 30.1.2009, GVBl. S. 31, 486, zuletzt geändert durch Gesetz v. 2.2.2018	
LKreisO NRW	Landkreisordnung Nordrhein-Westfalen v. 14.7.1994, GV. NW. S. 270, zuletzt geändert durch Gesetz v. 13.4.2022	
LkSG	Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz) v. 16.7.2021, BGBl. I S. 2959	
LSeilbG BW	Gesetz über Seilbahnen, Schleppaufzüge und Vergnügungsbahnen in Baden-Württemberg (Landesseilbahngesetz) v. 20.11.2003, GBl. 2004 S. 10, zuletzt geändert durch Gesetz v. 11.2.2020	
LSeilbG RP	Landesseilbahngesetz Rheinland-Pfalz v. 15.10.2004, GVBl. S. 447, zuletzt geändert durch Gesetz v. 22.12.2015	
LSeilbG Sachsen	Landesseilbahngesetz Sachsen v. 12.3.1998, SächsGVBl. S. 97, 102, zuletzt geändert durch Gesetz v. 24.2.2016	
LTTG Rhein- land-Pfalz	Landesgesetz zur Gewährleistung von Tariftreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben (Landesta-	

Regelwerkeverzeichnis

	<p>rifftreuegesetz Rheinland-Pfalz v. 1.12.2010, GVBl. S. 426, zuletzt geändert durch Gesetz v. 19.3.2016</p>		<p>ger Mittelstandsförderungsgesetz) v. 18.4.2011, GVBl. S. 74</p>
LuftSiG	<p>Luftsicherheitsgesetz v. 11.1.2005, BGBl. I S. 78, zuletzt geändert durch Gesetz v. 22.4.2020</p>	MiLoG	<p>Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz) v. 16.8.2014, BGBl. I S. 1348, zuletzt geändert durch Gesetz v. 10.7.2020</p>
LuftVG	<p>Luftverkehrsgesetz v. 10.5.2007, BGBl. I S. 698, zuletzt geändert durch Gesetz v. 10.4.2021</p>	MiLoV3	<p>Dritte Verordnung zur Anpassung der Höhe des Mindestlohns (Dritte Mindestlohnanpassungsverordnung) v. 9.11.2020, BGBl. I S. 2356</p>
LuftVZO	<p>Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung v. 19.6.1964, BGBl. I S. 370, zuletzt geändert durch Verordnung v. 7.12.2021</p>	MitbestG	<p>Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz) v. 4.5.1976, BGBl. I S. 1153, zuletzt geändert durch Gesetz v. 7.8.2021</p>
LVG LSA	<p>Landesvergabegesetz des Landes Sachsen-Anhalt v. 19.11.2012, GVBl. LSA S. 536, zuletzt geändert durch Gesetz v. 27.10.2015</p>		

M

MediationsG	<p>Mediationsgesetz v. 21.7.2012, BGBl. I S. 1577, zuletzt geändert durch Verordnung v. 31.8.2015</p>
MFG Bremen	<p>Bremisches Gesetz zur Förderung von kleinsten, kleinen und mittleren Unternehmen (Mittelstandsförderungsgesetz) v. 28.3.2006, Brem.Gbl. S. 939, zuletzt geändert durch Gesetz v. 14.12.2021</p>
MFG Nordrhein-Westfalen	<p>Gesetz zur Förderung des Mittelstandes in Nordrhein-Westfalen (Mittelstandsförderungsgesetz) v. 18.12.2012, GV.NRW. S. 673, zuletzt geändert durch Gesetz v. 25.3.2022</p>
MFG Rheinland-Pfalz	<p>Mittelstandsförderungsgesetz Rheinland-Pfalz v. 9.3.2011, GVBl. S. 66, zuletzt geändert durch Gesetz v. 8.4.2022</p>
MFG Thüringen	<p>Thüringer Gesetz zur Förderung und Stärkung kleiner und mittlerer Unternehmen und der Freien Berufe (Thürin-</p>

N

NATO Truppenstatut	<p>NATO-Truppenstatut v. 19.6.1951, BGBl. II S. 1961, 1190, zuletzt geändert durch Verordnung v. 31.8.2015</p>
NKomVG	<p>Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz v. 17.12.2010, Nds. GVBl. S. 191, zuletzt geändert durch Gesetz v. 23.3.2022</p>
NTVergG	<p>Niedersächsisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz) v. 31.10.2012, Nds. GVBl. S. 259, zuletzt geändert durch Gesetz v. 20.11.2019</p>
NWertVO	<p>Verordnung über Auftragswertgrenzen und Verfahrenserleichterungen zum Niedersächsischen Tariftreue- und Vergabegesetz (Niedersächsische Wertgrenzenverordnung) v. 3.4.2020, Nds. GVBl. S. 60, zuletzt geändert durch Verordnung v. 16.3.2021</p>

O		P	
OBG NRW	Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden (Ordnungsbehörden-gesetz Nordrhein-Westfalen) v. 13.5.1980, GV. NRW. S. 234, zuletzt geändert durch Gesetz v. 30.6.2020	PAuswG	Gesetz über Personalausweise und den elektronischen Identitätsnachweis (Personalausweisgesetz – PAuswG) v. 18.6.2009, BGBl. I S. 1346, zuletzt geändert durch Gesetz v. 5.7.2021
OGerG Hessen	Ortsgerichtsgesetz Hessen v. 2.4.1980, GVBl. I S. 114, zuletzt geändert durch Gesetz v. 23.7.2015	PBefG	Personenbeförderungsgesetz v. 8.8.1990, BGBl. I S. 1960, zuletzt geändert durch Gesetz v. 16.4.2021
ÖPNVG Bayern	Gesetz über den öffentlichen Personennahverkehr in Bayern v. 30.7.1996, GVBl. S. 336, zuletzt geändert durch Verordnung v. 26.3.2019	PkwKW- EnVKV	Verordnung über die Verbraucherinformationen zu Kraftstoffverbrauch, CO ₂ -Emissionen und Stromverbrauch neuer Personenkraftwagen v. 28.5.2004, BGBl. I S. 1037, zuletzt geändert durch Verordnung v. 19.6.2020
ÖPNVG Berlin	Gesetz über die Aufgaben und die Weiterentwicklung des öffentlichen Personennahverkehrs im Land Berlin v. 27.6.1995, zuletzt geändert durch Gesetz v. 19.6.2006		
ÖPNVG Brandenburg	Gesetz über den öffentlichen Personennahverkehr im Land Brandenburg v. 26.10.1995, GVBl. I S. 252, zuletzt geändert durch Gesetz v. 14.12.2017		
ÖPNVG NRW	Gesetz über den öffentlichen Personennahverkehr in Nordrhein-Westfalen v. 7.3.1995, GV. NW. S. 196, zuletzt geändert durch Gesetz v. 19.12.2019		
ÖPNVG Sachsen	Gesetz über den öffentlichen Personennahverkehr im Freistaat Sachsen v. 14.12.1995, SächsGVBl. S. 412, 449, zuletzt geändert durch Gesetz v. 27.1.2012		
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten v. 19.2.1987, BGBl. I S. 602, zuletzt geändert durch Gesetz v. 5.10.2021		
OZG	Onlinezugangsgesetz v. 14.8.2017, BGBl. I S. 3122, 3138, zuletzt geändert durch Gesetz v. 28.6.2021		
		R	
		RDG	Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen v. 12.12.2007, BGBl. I S. 2840, zuletzt geändert durch Gesetz v. 10.8.2021
		RDGEG	Einführungsgesetz zum Rechtsdienstleistungsgesetz v. 12.12.2007, BGBl. I S. 2840, 2846, zuletzt geändert durch Gesetz v. 10.8.2021
		RL 71/305/ EWG	Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26.7.1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. Nr. L 185 S. 5
		RL 77/249/ EWG	Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22.3.1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte, ABl. Nr. L 78 S. 17, zuletzt geändert durch Richtlinie v. 13.5.2013
		RL 89/440/ EWG	Richtlinie des Rates vom 18.7.1989 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordination der Verfah-

Regelwerkeverzeichnis

	ren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. Nr. L 210 S. 1	RL 93/36/ EWG	Richtlinie 93/36/EWG des Rates v. 14.6.1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. Nr. L 199 S. 1-53
RL 89/665/ EWG	Richtlinie 89/665/EWG des Rates v. 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. Nr. L 395 S. 33, zuletzt geändert durch Richtlinie v. 26.2.2014	RL 93/37/ EWG	Richtlinie 93/37/EWG des Rates v. 14.6.1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. Nr. L 199 S. 54-83, aufgehoben durch Richtlinie v. 31.3.2004
RL 92/13/ EWG	Richtlinie 92/13/EWG des Rates v. 25.2.1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. Nr. L 76 S. 14, zuletzt geändert durch Richtlinie v. 26.2.2014	RL 93/38/ EWG	Richtlinie 93/38/EWG des Rates v. 14.6.1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. Nr. L 199 S. 84-138, aufgehoben durch Richtlinie v. 31.3.2004
RL 92/50/ EWG	Richtlinie 92/50/EWG des Rates v. 18.6.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. Nr. L 209 S. 1, zuletzt geändert durch Richtlinie v. 31.3.2004	RL 97/52/EG	Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.10.1997 zur Änderung der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge, ABl. Nr. L 328 S. 1-59
RL 93/6/ EWG	Richtlinie 93/6/EWG des Rates v. 15.3.1993 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten, ABl. Nr. L 14 S. 1	RL 98/34/EG	Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.6.1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABl. Nr. L 204 S. 37-48
RL 93/22/ EWG	Richtlinie 93/22/EWG des Rates über Wertpapierdienstleistungen v. 10.5.1993, ABl. Nr. L 141 S. 27-46	RL 1999/62/ EG	Richtlinie 1999/62/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.6.1999 über die Erhebung von Gebühren für die Benutzung bestimmter Verkehrswege durch schwere Nutzfahrzeuge, ABl. Nr. L 187 S. 42-50, zuletzt geändert durch Richtlinie v. 24.3.2022
RL 93/34/ EWG	Richtlinie 93/34/EWG des Rates v. 14.6.1993 über vorgeschriebene Angaben an zweirädrigen oder dreirädrigen Kraftfahrzeugen, ABl. Nr. L 188 S. 38-43	RL 2001/23/ EG	Richtlinie 2001/23/EG des Rates v. 12.3.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die

	Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABl. Nr. L 82 S. 16, zuletzt geändert durch Richtlinie v. 6.10.2015	RL 2009/28/ EG	Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.4.2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG, ABl. Nr. L 140 S. 16, zuletzt geändert durch Richtlinie v. 9.9.2015
RL 2002/21/ EG	Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. Nr. L 108 S. 33, zuletzt geändert durch Richtlinie v. 25.11.2009	RL 2009/29/ EG	Richtlinie 2009/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.4.2009 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Verbesserung und Ausweitung des Gemeinschaftssystems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten, ABl. Nr. L 140 S. 63
RL 2004/17/ EG	Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.3.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste	RL 2009/33/ EG	Richtlinie 2009/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.4.2009 über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge, ABl. Nr. L 120 S. 5, zuletzt geändert durch Richtlinie v. 12.7.2019
RL 2004/18/ EG	Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. Nr. L 134 S. 114, zuletzt geändert durch Verordnung v. 16.12.2015	RL 2009/72/ EG	Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.7.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. Nr. L 211 S. 55
RL 2006/ 123/EG	Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. Nr. L 376 S. 36	RL 2009/73/ EG	Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.07.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. Nr. L 211 S. 94, zuletzt geändert durch Richtlinie v. 3.5.2019
RL 2007/66/ EG	Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.12.2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABl. Nr. L 335 S. 31	RL 2009/81/ EG	Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.7.2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter

Regelwerkeverzeichnis

	Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG, ABl. Nr. L 216 S. 76, zuletzt geändert durch Verordnung v. 11.11.2021		EG über die Erhebung von Gebühren für die Benutzung bestimmter Verkehrswege durch schwere Nutzfahrzeuge, ABl. Nr. L 269 S. 1
RL 2009/125/EG	Richtlinie 2009/125/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.10.2009 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte (Ökodesign-Richtlinie), ABl. Nr. L 285 S. 10, zuletzt geändert durch Richtlinie v. 25.10.2012	RL 2012/27/EG	Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2012 zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinien 2009/125/EG und 2010/30/EU und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/8/EG und 2006/32/EG, ABl. Nr. L 315 S. 1, zuletzt geändert durch Richtlinie v. 5.6.2019
RL 2010/13/EU	Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 10.3.2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste, ABl. Nr. L 95 S. 1	RL 2012/34/EU	Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.11.2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums (Neufassung), ABl. Nr. L 343 S. 32, zuletzt geändert durch Beschluss v. 4.9.2017
RL 2010/30/EG	Richtlinie 2010/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.5.2010 über die Angabe des Verbrauchs an Energie und anderen Ressourcen durch energieverbrauchsrelevante Produkte mittels einheitlicher Etiketten und Produktinformationen (Neufassung), ABl. Nr. L 153 S. 1	RL 2013/34/EU	Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.6.2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, ABl. Nr. L 182 S. 19, zuletzt geändert durch Richtlinie v. 21.11.2014
RL 2010/31/EG	Richtlinie 2010/31/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.6.2010 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden (Neufassung), ABl. Nr. L 153 S. 13, zuletzt geändert durch Verordnung v. 11.12.2018	RL 2014/18/EU	Richtlinie 2014/18/EU Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. Nr. L 94 S. 65, zuletzt geändert durch Verordnung v. 19.12.2017
RL 2011/76/EU	Richtlinie 2011/76/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.9.2011 zur Änderung der Richtlinie 1999/62/	RL 2014/23/EU	Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über

	die Konzessionsvergabe, ABl. Nr. L 94 S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung v. 25.11.2015	RL 2018/957/EU	Richtlinie 2018/957/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 28.6.2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. Nr. L 173 S. 16
RL 2014/24/EU	Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. Nr. L 94 S. 65, zuletzt geändert durch Verordnung v. 25.11.2015	RL 2019/1/EU	Richtlinie 2019/1/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. Nr. L 11 S. 3
RL 2014/25/EU	Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. Nr. L 94 S. 243, zuletzt geändert durch Verordnung v. 25.11.2015	RL 2019/1161/EU	Richtlinie (EU) 2019/1161 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.6.2019 zur Änderung der Richtlinie 2009/33/EG über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge, ABl. Nr. L 188 S. 116
RL 2014/55/EU	Richtlinie 2014/55/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über die elektronische Rechnungsstellung bei öffentlichen Aufträgen, ABl. Nr. L 133 S. 1	RVG	Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz) v. 5.5.2004, BGBl. I S. 718, zuletzt geändert durch Gesetz v. 10.8.2021
RL 2014/65/EU	Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU Text von Bedeutung für den EWR, ABl. Nr. L 173 S. 349		
RL 2016/943/EU	Richtlinie 2016/943/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 8.6.2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl. Nr. L 157 S. 1		

S

SaarKSVG	Saarländisches Kommunal-selbstverwaltungsgesetz v. 27.6.1997, Amtsbl. S. 682, zuletzt geändert durch Gesetz v. 19.6.2019
SaarTTG	Saarländisches Tariftrueugesetz v. 6.2.2013, Amtsbl. I S. 84
SächsBRKG	Sächsisches Gesetz über den Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutz v. 24.6.2004, SächsGVBl. S. 245, 647, zuletzt geändert durch Gesetz v. 25.6.2019

Regelwerkeverzeichnis

SächsGO	Sächsische Gemeindeordnung v. 9.3.2018, SächsGVBl. S. 62, zuletzt geändert durch Gesetz v. 9.2.2022	SGG	Sozialgerichtsgesetz v. 23.9.1975, BGBl. I S. 2535, zuletzt geändert durch Gesetz v. 5.10.2021
SächsStrG	Sächsisches Straßengesetz v. 21.1.1993, SächsGVBl. S. 93, zuletzt geändert durch Gesetz v. 20.8.2019	SigG	Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen (Signaturgesetz) v. 16.5.2001, BGBl. I S. 3074
SächsVergabeG	Sächsisches Vergabegesetz v. 14.2.2013, SächsGVBl. S. 109, zuletzt geändert durch Gesetz v. 5.4.2019	StAG	Staatsangehörigkeitsgesetz v. 22.7.1913, BGBl. III S. 1, zuletzt geändert durch Gesetz v. 12.8.2021
SaubFahrzeuge-BeschG	Gesetz über die Beschaffung sauberer Straßenfahrzeuge (Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz) v. 9.6.2021, BGBl. I S. 1691	StGB	Strafgesetzbuch v. 13.11.1998, BGBl. I S. 3322, zuletzt geändert durch Gesetz v. 22.11.2021
Schwarz-ArbG	Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz) v. 23.7.2004, BGBl. I S. 1842, zuletzt geändert durch Gesetz v. 25.6.2021	StPO	Strafprozessordnung v. 7.4.1987, BGBl. I S. 1074, 1319, zuletzt geändert durch Gesetz v. 25.3.2022
SektVO	Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung) v. 12.4.2016, BGBl. S. 624, 657, zuletzt geändert durch Gesetz v. 9.6.2021	StrÄndG	Sechsfundfünftiges Strafrechtsänderungsgesetz – Strafbarkeit nicht genehmigter Kraftfahrzeugrennen im Straßenverkehr v. 30.9.2017, BGBl. I S. 3532
SGB III	Sozialgesetzbuch Drittes Buch – Arbeitsförderung v. 24.3.1997, BGBl. I S. 594, 595, zuletzt geändert durch Gesetz v. 23.5.2022	SÜG	Gesetz über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes und den Schutz von Verschlussachen (Sicherheitsüberprüfungsgesetz) v. 20.4.1994, BGBl. I S. 867, zuletzt geändert durch Gesetz v. 7.12.2011
SGB IX	Sozialgesetzbuch Neuntes Buch – Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen v. 23.12.2016, BGBl. I S. 3234, zuletzt geändert durch Gesetz v. 23.5.2022	StVG	Straßenverkehrsgesetz v. 5.3.2003, BGBl. I S. 310, zuletzt geändert durch Gesetz v. 12.7.2021
SGB XII	Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch – Sozialhilfe v. 27.12.2003, BGBl. I S. 3022, zuletzt geändert durch Gesetz v. 13.12.2016		

T

TEHG	Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz) v. 21.7.2011, BGBl. I S. 1475, zuletzt geändert durch Gesetz v. 10.8.2021
------	---

ThürKO	Thüringer Kommunalordnung v.28.1.2003, GVBl. S. 41, zuletzt geändert durch Gesetz v. 27.2.2022	VergRModG 2016	Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts v. 17.2.2016, BGBl. I S. 203
ThürVgG	Thüringer Vergabegesetz v. 23.1.2020, GVBl. S. 29	VergRModVO	Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts v. 12.4.2016, BGBl. I S. 624
TKG	Telekommunikationsgesetz v. 23.6.2021, BGBl. I S. 1858, zuletzt geändert durch Gesetz v. 10.9.2021	VergRVÄndG	Gesetz zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit v. 7.12.2011, BGBl. I S. 2570
TrinkwV	Verordnung über die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch (Trinkwasserverordnung) v. 10.3.2016, BGBl. I S. 459, zuletzt geändert durch Verordnung v. 22.9.2021	VergStatVO	Verordnung zur Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen (Vergabestatistikverordnung) v. 12.4.2016, BGBl. I S. 624, 681, zuletzt geändert durch Gesetz v. 25.3.2020
TVgG NRW	Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Mindestlohn bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen) v. 22.3.2018, GV. NRW. S. 173	VerpackG	Verpackungsgesetz – Gesetz über das Inverkehrbringen, die Rücknahme und die hochwertige Verwertung von Verpackungen v. 5.7.2017, BGBl. I S. 2234, zuletzt geändert durch Gesetz v. 22.9.2021
U			
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) v. 9.9.1965, BGBl. I S. 1273, zuletzt geändert durch Gesetz v. 23.6.2021	VgG Bln	Berliner Vergabegesetz v. 9.7.1999, GVBl. S. 369, zuletzt geändert durch Gesetz v. 19.3.2008
UStG	Umsatzsteuergesetz v. 21.2.2005, BGBl. I S. 386, zuletzt geändert durch Gesetz v. 21.12.2021	VgG M-V	Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Mecklenburg-Vorpommern v. 7.7.2011, GVOBl. M-V S. 411, zuletzt geändert durch Gesetz v. 12.7.2018
UVgO	Unterschwelvenvergabeordnung v. 2.2.2017, BAnz AT B1	VgRÄG	Vergaberechtsänderungsgesetz v. 26.8.1998, BGBl. I S. 2512, zuletzt geändert durch Gesetz v. 25.4.2007
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 3.3.2010, BGBl. I S. 254, zuletzt geändert durch Gesetz v. 10.8.2021	VGSH	Vergabegesetz Schleswig-Holstein v. 8.2.2019, GVOBl. S. 40
		VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung) v. 12.4.2016, BGBl. I S. 624, zuletzt geändert durch Gesetz v. 9.6.2021
V			
VergRModG 2009	Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts v. 20.4.2009, BGBl. I S. 790	VkBkmG	Gesetz über die Verkündung von Rechtsverordnungen und Bekanntmachungen (Verkündigungs- und Bekanntma-

Regelwerkeverzeichnis

	<p>chungsgesetz) v. 30.1.1950, BGBl. III Nr. 114-1, zuletzt geändert durch Gesetz v. 11.6.2019</p>	<p>VO (EG) 864/2007</p>	<p>Verordnung (EG) NR. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.7.2007 über das außervertragliche Schuldverhältnis anzuwendende Recht (Rom II), ABl. Nr. L 199 S. 40, zuletzt geändert durch Verordnung v. 11.1.2009</p>
<p>VO (EWG) 1191/69</p>	<p>Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates v. 26.6.1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs, ABl. Nr. L 156 S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung v. 3.12.2007</p>	<p>VO (EG) 1370/2007</p>	<p>Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. Nr. L 315 S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung v. 24.12.2017</p>
<p>VO (EG) 1103/97</p>	<p>Verordnung (EG) Nr. 1103/97 des Rates v. 17.6.1997 über bestimmte Vorschriften im Zusammenhang mit der Einführung des Euro, ABl. Nr. L 162 S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung v. 29.11.2000</p>	<p>VO (EG) 106/2008</p>	<p>Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.1.2008 über ein gemeinschaftliches Kennzeichnungsprogramm für Strom sparende Bürogeräte, ABl. Nr. L 39 S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung v. 1.8.2019</p>
<p>VO (EG) 2580/2001</p>	<p>Verordnung (EG) Nr. 2580/2001 des Rates v. 27.12.2001 über spezifische, gegen bestimmte Personen und Organisationen gerichtete restriktive Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus, ABl. Nr. L S. 70, zuletzt geändert durch Verordnung v. 12.4.2022</p>	<p>VO (EG) 1008/2008</p>	<p>Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.9.2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft, ABl. Nr. L 293 S. 3, zuletzt geändert durch Verordnung v. 18.12.2020</p>
<p>VO (EG) 996/2002</p>	<p>Berichtigung der Verordnung (EG) Nr. 996/2002 der Kommission v. 11.6.2002 zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 1464/95 und (EG) Nr. 779/96 hinsichtlich besonderer Bestimmungen für die Einfuhrlicenzen bei Präferenzzuckereinführen aus bestimmten Ländern des westlichen Balkans, ABl. Nr. L 152 S. 14</p>	<p>VO (EG) 213/2008</p>	<p>Verordnung (EG) Nr. 213/2008 der Kommission v. 28.11.2007 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV) und der Vergaberichtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates 2004/17/EG und 2004/18/EG im Hinblick auf die Überarbei-</p>
<p>VO (EG) 1059/2003</p>	<p>Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.5.2003 über die Schaffung einer gemeinsamen Klassifikation der Gebietseinheiten für die Statistik (NUTS), ABl. Nr. L 154 S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung v. 24.10.2019</p>		

	<p>tung des Vokabulars, ABl. Nr. L 74 S. 1</p>		<p>Anwendungsbestimmungen für die Verordnung (EU, Euratom) Nr. 966/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Union, ABl. Nr. L 362 S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung v. 12.10.2018</p>
VO (EG) 593/2008	<p>Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des europäischen Parlaments und des Rates v. 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. Nr. L 177 S. 6</p>		
VO (EG) 1150/2009	<p>Verordnung (EG) Nr. 1150/2009 der Kommission v. 10.11.2009 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1564/2005 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen im Rahmen von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge gemäß den Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates, ABl. Nr. L 313 S. 3</p>	VO (EU) 651/2014	<p>Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission v. 17.6.2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. Nr. L 187 S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung v. 23.7.2021</p>
VO (EU) 407/2010	<p>Verordnung (EU) Nr. 407/2010 des Rates v. 11.5.2010 zur Einführung eines europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus, ABl. Nr. L 118 S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung v. 8.8.2015</p>	VO (EU) 2015/1986	<p>Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 der Kommission v. 11.11.2015 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen für öffentliche Aufträge und zur Aufhebung der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 842/2011, ABl. Nr. L 296 S. 1</p>
VO (EU, Euratom) 966/2012	<p>Verordnung (EU, Euratom) Nr. 966/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2012 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Union und zur Aufhebung der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates, ABl. Nr. L 298 S. 1</p>	VO (EU) 2015/2170	<p>Delegierte Verordnung (EU) 2015/2170 der Kommission v. 24.11.2015 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren, ABl. Nr. L 307 S. 5</p>
VO (EU) 1215/2012	<p>Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments v. 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. Nr. L 351 S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung v. 26.11.2014</p>	VO (EU) 2015/2172	<p>Delegierte Verordnung (EU) 2015/2172 der Kommission v. 24.11.2015 zur Änderung der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Vergabeverfahren, ABl. Nr. L 307 Nr. 9</p>
VO (EU) 1268/2012	<p>Delegierte Verordnung (EU) Nr. 1268/2012 der Kommission v. 29.10.2012 über die</p>	VO (EU) 2015/2340	<p>Verordnung (EU) 2015/2340 der Kommission v. 15.12.2015 zur Änderung der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und</p>

Regelwerkeverzeichnis

	des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren, ABl. Nr. L 330 S. 14		Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren, ABl. Nr. L 337 S. 21
VO (EU) 2016/7	Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 der Kommission v. 5.1.2016 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung, ABl. Nr. L 3 S. 16	VO (EU) 2017/2367	Verordnung (EU) 2017/2367 der Kommission v. 18.12.2017 zur Änderung der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren, ABl. Nr. L 337 S. 22
VO (EU) 2016/670	Verordnung (EU) 2016/670 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. Nr. 127 S. 2	VO (EU) 2019/1827	Delegierte Verordnung (EU) 2019/1827 der Kommission v. 30.10.2019 zur Änderung der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf den Schwellenwert für Konzessionen, ABl. Nr. L 279 S. 23
VO (EU) 2016/2338	Verordnung (EU) 2016/2338 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.12.2016 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 hinsichtlich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste, ABl. Nr. L 354 S. 22	VO (EU) 2019/1828	Delegierte Verordnung (EU) 2019/1828 der Kommission v. 30.10.2019 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für die Vergabe öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge sowie für Wettbewerbe, ABl. Nr. L 279 S. 25
VO (EU) 2017/2364	Delegierte Verordnung (EU) 2017/2364 der Kommission v. 18.12.2017 zur Änderung der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren, ABl. Nr. L 337 S. 17	VO (EU) 2019/1829	Delegierte Verordnung (EU) 2019/1829 der Kommission v. 30.10.2019 zur Änderung der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge sowie für Wettbewerbe, ABl. Nr. L 279 S. 27
VO (EU) 2017/2365	Delegierte Verordnung (EU) 2017/2365 der Kommission v. 18.12.2017 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren, ABl. Nr. L 337 S. 19	VO (EU) 2019/1830	Delegierte Verordnung (EU) 2019/1830 der Kommission v. 30.10.2019 zur Änderung der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge, ABl. Nr. L 279 S. 29
VO (EU) 2017/2366	Delegierte Verordnung (EU) 2017/2366 der Kommission v. 18.12.2017 zur Änderung der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die		

VO (EWG, Euratom) 1182/71	Verordnung (EWG, Euratom) Nr. 1182/71 des Rates v. 3.6.1971 zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Daten und Termine, ABl. Nr. L 124 S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung v. 8.6.1971	VOL/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A – Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen v. 20.11.2009, BAnz Nr. 196a, zuletzt geändert durch Unterschwellenvergabeordnung v. 2.2.2017
VO PR 30/53	Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen v. 21.11.1953, BAnz. Nr. 244, zuletzt geändert durch Verordnung v. 25.11.2021	VSA	Allgemeine Verwaltungsvorschriften (des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat) zum materiellen Geheimschutz (Verschluss-sachenanweisung) v. 10.8.2018, GMBI. 2018 Nr. 44-47, S. 826
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A v. 31.1.2019, BAnz AT Nr. B2	VSVgV	Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit zur Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.7.2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG v. 12.7.2012, BGBl. I S. 1509, zuletzt geändert durch Gesetz v. 12.11.2020
VOB/A 2012	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A), Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen v. 24.10.2011, BAnz. Nr. 182a		
VOB/A 2016	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A), Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen v. 1.7.2016, BAnz. AT 19.1.2016 B3, 3, zuletzt geändert durch Änderungsbekanntmachung v. 22.6.2016		
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen v. 31.7.2009, BAnz. Nr. 155a, zuletzt geändert durch Bekanntmachung v. 7.1.2016	VV-BHO	Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung v. 14.3.2001, GMBI. Nr. 16/17/18 S. 307, zuletzt geändert durch Rundschreiben v. 9.6.2021
VOB/C	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil C: Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV) – Allgemeine Regelungen für Bauarbeiten jeder Art	VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung v. 19.3.1991, BGBl. I S. 686, zuletzt geändert durch Gesetz v. 8.10.2021
VOF	Vergabeverordnung für freiberufliche Leistungen v. 12.5.1997, BAnz. Nr. 164a, zuletzt geändert durch Verordnung v. 18.11.2009	VwKostG	Verwaltungskostengesetz v. 23.6.1970, BGBl. I S. 281, ersetzt durch Art. 5 I S. 2 des Gesetzes v. 7.8.2013, BGBl. I S. 3154
		VwV Baden-Württemberg	Verwaltungsvorschrift der Landesregierung und der Ministerien zur Verhütung unrechtmäßiger und unlauterer Einwirkungen auf das

Regelwerkeverzeichnis

	Verwaltungshandeln und zur Verfolgung damit zusammenhängender Straftaten und Dienstvergehen (Korruptionsverhütung und -bekämpfung) v. 15.1.2013, GABl. S. 65, zuletzt geändert durch Vorschrift v. 30.11.2021		werbsregistergesetz) v. 18.6.2017, BGBl. S. 2739, zuletzt geändert durch Gesetz v. 10.8.2021
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz v. 23.1.2003, BGBl. I S. 102, zuletzt geändert durch Gesetz v. 25.6.2021	WRegV	Verordnung über den Betrieb des Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen (Wettbewerbsregisterverordnung) v. 16.4.2021, BGBl. I S. 809
		WRV	Weimarer Reichsverfassung v. 11.8.1919, BGBl. III, Gl.Nr. 401-2
W			
WaffRG	Gesetz über das nationale Waffenregister (Waffenregistergesetz) v. 17.2.2020, BGBl. I S. 166, 184		
WHG	Wasserhaushaltsgesetz v. 31.7.2009, BGBl. I S. 2585, zuletzt geändert durch Gesetz v. 18.8.2021		
WRegG	Gesetz zur Einrichtung und zum Betrieb eines Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen (Wettbe-		
		Z	
		ZPO	Zivilprozessordnung v. 5.12.2005, BGBl. I S. 3202, zuletzt geändert durch Gesetz v. 5.10.2021
		ZustVO-Justiz	Verordnung zur Regelung von Zuständigkeiten in der Gerichtsbarkeit und der Justizverwaltung v. 18.12.2009, Nds. GVBl. S. 506, zuletzt geändert durch Verordnung v. 27.1.2022

Literaturverzeichnis

- Abate Die rechtssichere Umsetzung sozialer und ökologischer Zwecke in der Vergabepraxis, KommJur 2012, 41
- Achenbach/Ransiek/Rönnau Handbuch Wirtschaftsrecht, 5. Auflage, Heidelberg 2019
- Adams Die Pflicht zur eVergabe als Herausforderung begreifen, Vergabe-Fokus 2015, 12
- Ahlers Die Zulässigkeit der „konsentierten Videoverhandlung“ vor Vergabekammern, NZBau 2020, 628
- Ahlers/Böhme Die Inhouse-Fähigkeit von Konstellationen mittelbarer gemeinsamer Kontrolle am Beispiel interkommunaler IT-Dienstleister, NZBau 2021, 433
- Alexander Vergaberechtlicher Schadensersatz gemäß § 126 GWB, WRP 2009, 28
- Amelung/Heise Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit für die Überprüfung von Vergabekammer-Entscheidungen, NZBau 2008, 489
- Amelung/Janson Vergabe von Rettungsdienstleistungen: Keine generelle Freistellung vom Vergaberecht, NZBau 2016, 23
- André/Sailer Zwischen Stillstand und Erneuerung – vergabespezifischer Unterschwellenrechtsschutz in der rechtspolitischen Debatte, NZBau 2011, 394
- Antweiler Ausschreibungspflicht und „Bereichsausnahme“ bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen, VergabeR 2015, 275
Anmerkung zu OLG Celle, EuGH-Vorlage v. 17.12.2014 – 13 Verg 3/13, VergabeR 2015, 191
Bieterrechtsschutz unter Zumutbarkeitsvorbehalt, VergabeR 2011, 306
Chancen des Primärrechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte, VergabeR 2008, 352
Erledigung des Nachprüfungsverfahrens i. S. von § 114 II 2 GWB, NZBau 2005, 35
- Appel Bundesfachplanung versus landesplanerische Ziele der Raumordnung, NVwZ 2013, 457
- Aumont/Kaelble Die Vergabe von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse an Private, NZBau 2006, 280
- Ax/Schneider/Bischoff Vergaberecht 2006: Kommentar zu den Regierungsentwürfen vom 18. und 29. März 2005, Berlin 2005
- Bacher/Hempel/Wagner-von Papp BeckOK Kartellrecht, Kommentar, 4. Auflage, München 2022
- Badenhausen/Fähnle Die neue Vergabeart der Innovationspartnerschaft – Fünftes Rad am Wagen?, VergabeR 2015, 743
- Badenhausen/Knauff Die neue Richtlinie über die Konzessionsvergabe, NZBau 2014, 395

Literaturverzeichnis

- Bader/Ronellenfitsch Beck-OK VwVfG, Kommentar, 50. Auflage 2021, 47. Auflage, München 2020
- Bamberger/Roth Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, Kommentar, 3. Auflage, München 2012
- Bannenberg/Schaupensteiner Korruption in Deutschland, 3. Auflage, München 2007
- Bartsch/v. Gehlen Keine zutreffende Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses mit Interpolationsformeln, NZBau 2015, 523
- Bartsch/v. Gehlen/Hirsch Mit Preisgewichtung vorbei am wirtschaftlichsten Angebot?, NZBau 2012, 393
- Bauer Möglichkeiten einer aufgabenorientierten Risikozuweisung bei der Ausgestaltung von Infrastrukturprojekten, NZBau 2018, 647
- Baumann Zertifikate und Gütezeichen im Vergabeverfahren, VergabeR 2015, 367
- Baumbach/Hopt Handelsgesetzbuch: HGB, Kommentar, 40. Auflage, München 2021
- Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann Zivilprozessordnung, Kommentar, 72. Auflage, München 2014
- Bayreuther Konzessionsvergabe im öffentlichen Personenverkehr – Betriebsübergang durch behördliche Anordnung?, NZA 2009, 582
- Bechtold/Bosch Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 8. Auflage, München 2015
- Begenisic/Fritz Angebote mit unterschiedlichen Umsatzsteuersätzen im Vergabeverfahren, VergabeR 2016, 32
- Behrens Zulassung zum Vergabewettbewerb bei vorausgegangener Beratung des Auftraggebers – Zur Projektantenproblematik auf der Grundlage der Neuregelung des § 4 V VgV, NZBau 2006, 752
- Benedict „Vergabefremde“ Aspekte nach Beentjes und Nord-Pas-de-Calais: Europarechtliche Vorgaben für die Anwendung von § 97 IV GWB, NJW 2001, 947
- Beneke Nachhaltige Beschaffung als ganzheitlicher Ansatz, VergabeR 2018, 227
- Berstermann/Petersen Das Preisrecht – Bedeutungsloses Relikt aus dem letzten Jahrtausend oder praxisrelevante Ergänzung des Vergaberechts?, ZfBR 2007, 767
- Best Betrug durch Kartellabsprachen bei freihändiger Vergabe, GA 2003, 157
- Beuttenmüller Vergabefremde Kriterien im öffentlichen Auftragswesen, Baden-Baden 2007
- Bieback Leistungserbringungsrecht im SGB II sowie SGB III und XII – Insbesondere die Verpflichtung zum Einsatz des Vergaberechts, NZS 2007, 505
- Birk Die einheitliche europäische Eigenerklärung als Eignungsnachweis im Vergaberecht, VR 2020, 84
- Bischof Vergaberechtsreform 2016. Ein erster Überblick, ITRB 2015, 211

Literaturverzeichnis

- Die zutreffende Gebotsrechtsprechung des BGH, NZBau 2015, 355
- Anmerkung zu OLG Jena, Beschluss v. 22.7.2015 – 2 Verg 2/15, VergabeR 2015, 793
- Materielle Vorgaben für ein Vergabeverwaltungsrecht, VergabeR 2014, 324
- Die neuen Vergaberichtlinien – Änderungen zum bisherigen Stand, KommunalPraxis Spezial 3/2014, 9
- Anmerkung zu OLG Hamburg, Beschluss v. 31.3.2014 – 1 Verg 4/13, VergabeR 2014, 675
- Anmerkung zu OLG Naumburg, Beschluss v. 22.12.2011 – 2 Verg 10/11, VergabeR 2012, 456
- Zulassung auf Märkten und Veranstaltungen, NVwZ 2009, 747
- Ausschreibungspflichtigkeit des Verkaufs von Gesellschaftsanteilen, VergabeR 2006, 657
- Braun Beschleunigungsgebot und Ablehnungsfiktion im Vergaberegime des GWB, NZBau 2003, 134
- Braun/Buchmann Beleihung als Ausstiegsmöglichkeit aus der Ausschreibungsverpflichtung, NZBau 2007, 691
- Braun/Zwetkow Keine Bestätigung der Bereichsausnahme für Vergaben von Rettungsdienstleistungen, NZBau 2020, 219
- Beschaffungsfreiheit versus Technologieneutralität bei Breitbandausschreibungen, VergabeR 2015, 521
- Brauser/Jung Europäisches Vergaberecht 3.0, VergabeR 2013, 285
- Brockhoff Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit nach den neuen Vergaberichtlinien, VergabeR 2014, 625
- Brosius-Gersdorf Der Gesetzgeber als Verordnungsgeber, Änderungen der Bundespflegegesetzverordnung durch das Beitragssicherungsgesetz zwischen Gesetzesrecht und Parlamentsverordnung, ZG 2007, 305
- Brüggemann/Vogel Wettbewerbsregister und Selbstreinigung im Spannungsfeld zwischen Arbeits- und Vergaberecht – Risiko Fremdpersonaleinsatz, NZBau 2018, 263
- Brüning Interkommunale Zusammenarbeit in der Entsorgungswirtschaft aus vergaberechtlicher Sicht, DVBl. 2009, 1539
- Die Dienstleistungskondition im Nachprüfungsverfahren, NVwZ 2012, 216
- Die Wege des Rechts sind verschlungen – Wettbewerbsrelevante Betätigung der öffentlichen Hand und Rechtsschutz, NVwZ 2012, 671
- Zum Verhältnis von öffentlichem Preisrecht und Vergaberecht, ZfBR 2012, 642
- Brüning/Pfannkuch Neuausschreibungspflicht bei Vertragsänderung, VergabeR 2015, 144
- Büdenbender Der neue Ausschlussgrund des „spekulativen Angebots“ – Vergaberechtlicher Hintergrund und Grenzen, ZfBR 2020, 30

Literaturverzeichnis

- Burgi/Gölnitz Die Modernisierung des Vergaberechts als Daueraufgabe, DÖV 2009, 829
- Byok Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2018, NJW 2019, 1650
Wettbewerbsregister gegen Wirtschaftskriminalität, BB 2017, Heft 26 Umschlagteil I
Reformierter Regelungsrahmen für Beschaffungen im Sicherheits- und Verteidigungssektor, NVwZ 2012, 70
- Byok/Goodarzi Messegesellschaften und Auftragsvergabe, NVwZ 2006, 281
- Byok/Jaeger Vergaberecht, Kommentar, 4. Auflage 2018, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2005
- Callies/Ruffert EUV/AEUV, Kommentar, 6. Auflage, München 2022
- Chen Ist das Zuschlagsverbot des § 169 I GWB europarechtskonform?, VergabeR 2019, 145
- Classen Zur Abgrenzung von Dienstleistungskonzessionen gegenüber Miet- und Pachtverträgen nach der Richtlinie 2014/23/EU, VergabeR 2016, 13
- Conrad Anmerkung zu OLG Rostock, Beschluss v. 1.9.2021 – 17 Verg 2/21, COVuR 2021, 164
Das Konzernprivileg bei Sektorenaufträgen, AnwZert BauR 12/2015 Anm. 2
Rechtsfragen des Vergleichs im Vergabenaachprüfungsverfahren, ZfBR 2014, 658
- Conzelmann Das Wettbewerbsregister beim Bundeskartellamt, ZRFC 2019, 33
- Crass Der öffentliche Auftraggeber, München 2004
- Dabringhausen Die europäische Neuregelung der Inhouse-Geschäfte – Fortschritt oder Flop?, VergabeR 2014, 512
- Dageförde Die Vorabinformationspflicht im Vergaberechtsschutz: Eine unendliche Geschichte, NZBau 2020, 72
- Dageförde/Dross Reform des europäischen Vergaberechts – Umweltkriterien in den neuen Vergaberichtlinien, NVwZ 2005, 19
- Daub/Eberstein VOL/A, Kommentar, 5. Auflage, Düsseldorf 2000
- Däubler/Wedde/Weichert/
Sommer EU-DSGVO und BDSG, Kommentar, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2020
- Deckers Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 18.10.2018 – Rs. C-606/17, VergabeR 2019, 374
- Degenhart Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 13.12.2007 – Rs. C-337/06, JZ 2008, 568
- Delcuvé Schulbenotung von Angeboten – Roma locuta, causa finita?, NZBau 2017, 646
- Deling Kriterien der „Binnenmarktrelevanz“ und ihre Konsequenzen unterhalb der Schwellenwerte – Teil II: Handlungs- und Prüferfordernisse auf Grund der „Unterschwelmitteilung“ sowie auf Grund richterrechtlicher Rechtsfortbildung für die vergaberechtliche Praxis, NZBau 2012, 17

- Kriterien der „Binnenmarktrelevanz“ und ihre Konsequenzen unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2011, 725
- Dicks Ungewöhnliche und unzumutbare Wagnisse, NZBau 2014, 731
Nochmals: Primärrechtsschutz bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte, VergabeR 2012, 531
Die mangelhafte, insbesondere unvollständige Leistungsbeschreibung und die Rechtsfolgen im Vergaberecht, IBR 2008, 1360
- Dieckmann Effektiver Primärrechtsschutz durch Zuschlagsverbote im deutschen Vergaberecht – Reichweite und Regelungsdefizite im Lichte praktischer Erfahrungen, VergabeR 2005, 10
- Diederichs Das Wettbewerbsregister – eine erste Betrachtung, VergabeR 2018, 623
- Diederichs Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten, NZBau 2009, 547
- Diemon-Wies Vergabe von Konzessionen – Überblick über die neuen Regelungen im GWB-Entwurf, VergabeR 2016, 162
Die Vergabe von Busdienstleistungen im ÖPNV nach der VO (EG) 1370/2007, dem GWB oder dem PBefG?, VergabeR 2014, 305
Soziale und ökologische Kriterien in der Vergabepraxis, VergabeR 2010 (Sonderheft 2a), 317
- Diemon-Wies/Graiche Vergabefremde Aspekte – Handhabung bei der Ausschreibung gem. § 97 IV GWB, NZBau 2009, 409
- Diemon-Wies/Hesse Präzisierte Kriterien für die Abgrenzung von Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession, NZBau 2012, 341
- Diercks Beschaffung von Spezialbedarf, VergabeR 2003, 518
- Dierkes/Scharf Die interkommunale Zusammenarbeit – Zum nachträglichen Wegfall ihrer Privilegierungsvoraussetzungen sowie zu den Folgen bei der Einbindung Dritter im Rahmen der Leistungserfüllung, VergabeR 2014, 752
- Dierkes/Skrobanek Neue europäische Vorgaben für Wasserkonzessionen?, Zeitschrift für Wasserrecht 2013, 183
- Dietlein Anmerkung zu VK Düsseldorf, Beschluss v. 21.3.2013 – VK-33/2012-L, NZBau 2013, 536
Anteils- und Grundstücksveräußerungen als Herausforderung für das Vergaberecht, NZBau 2004, 472
Der Begriff des „funktionalen“ Auftraggebers nach § 98 Nr. 2 GWB, NZBau 2002, 136
- Dietlein/Heinemann „Public-private-partnership“ und Vergaberecht im Bereich der Bundeswehr, NVwZ 2003, 1080
- Dietlein/Peters Rechtsfragen des Gebots der Trennung von Sportwetten und Spielhallen nach § 21 Abs. 2 GlüStV 2012, ZfWG 2015, 158
- Dietrich Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Baden-Baden 2012
- Dippel/Sterner/Zeiss VSVgV – Beschaffung im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich, Kommentar, 2. Auflage Köln 2018

Literaturverzeichnis

- Dippel/Zeiss Vergabefremde Aspekte - Rechtsschutz im Vergabenachprüfungsverfahren wegen Verstoßes gegen das EG-Beihilfenrecht, NZBau 2002, 376
- Diringer Die Beteiligung sog. Projektanten am Vergabeverfahren, VergabeR 2010 (Sonderheft 2a), 361
- Dirksen Fristablauf nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB – Muss der Auftraggeber auf die 15-Tage-Frist hinweisen?, VergabeR 2013, 410
- Dittmann Qualität durch Eignungs- und/oder Zuschlagskriterien?, NZBau 2013, 746
- Dobmann Das Verhandlungsverfahren – Eine Bestandsaufnahme, VergabeR 2013, 175
 Perspektiven für die Tariftreuegesetze nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, VergabeR 2007, 167
- Donat/Plauth Anmerkung zu OLG Hamburg, Beschluss v. 1.11.2017 – 1 Verg 2/17, VergabeR 2018, 42
- Donhauser Anmerkung zu OLG Frankfurt, Beschluss v. 16.4.2018 – 11 Verg 1/18, VergabeR 2018, 578
 Förderung des Breitbandausbaus in Bayern – Aktuelle Entwicklungen und neue Herausforderungen, KommP BY 2014, 206
 Ausschreibungspflichten bei Lieferverträgen für Strom und Gas, VergabeR 2013, 531
- Donhauser/Hözlwimmer Die neue Richtlinie über die Konzessionsvergabe und ihre Auswirkungen auf die Vergabe von Wegenutzungskonzessionen nach § 46 EnWG, VergabeR 2015, 509
- Dölling Handbuch der Korruptionsprävention, München 2007
- Dörr Die Vergabe von Planungsleistungen unter der neuen HOAI, ZfBR 2021, 360
 Das deutsche Vergaberecht unter dem Einfluss von Art. 19 IV GG, DÖV 2001, 1014
- Dörr/Hoffjan Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Die Bedeutung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen, 2015
- Dreher Die Open-House-Verfahren – Entwicklung und Stand der vergaberechtsfreien Zulassungsverfahren, NZBau 2019, 275
 Landesvergabegesetze ohne Landeskompetenz, NZBau 2014, 1
 Mietverträge mit Neubau- oder Umbauverpflichtungen im Kartellvergaberecht, NZBau 2009, 542
 Öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften im Kartellvergaberecht – Der Auftraggeberbegriff vor dem Hintergrund von Selbstverwaltung, Rechtsaufsicht und Finanzierung durch Zwangsbeiträge, NZBau 2005, 297
 Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 2005, 427
 Kartellrechtscompliance, ZWeR 2004, 75

- Das In-house-Geschäft – Offene und neue Rechtsfragen der Anwendbarkeit der In-house-Grundsätze, NZBau 2004, 14
- Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht, NZBau 2002, 245
- Die Zukunft des untergesetzlichen Vergaberechts – Zur Neuordnung von Vergabeverordnung und Verdingungsordnungen, NVwZ 1999, 1265
- Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts, DB 1998, 2579
- Dreher/Burkhardt Vergaberechtliche Privilegierung öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit – Extension oder Reduktion?, NZBau 2018, 441
- Dreher/Engel Wettbewerbsregister und wettbewerbliche Vergaben, ZWER 2019, 3
- Dreher/Glöckle Der Vergleich im Vergabenachprüfungsverfahren – Teil 2, NZBau 2015, 529
- Dreher/Hoffmann Die erfolgreiche Selbstreinigung zur Wiedererlangung der kartellvergaberechtlichen Zuverlässigkeit und die vergaberechtliche Compliance, NZBau 2014, 67 (Teil 1), 150 (Teil 2)
- Sachverhaltsaufklärung und Schadenswiedergutmachung bei der vergaberechtlichen Selbstreinigung, NZBau 2012, 265
- Die schwebende Wirksamkeit nach § 101b I GWB, NZBau 2010, 201
- Die Informations- und Wartepflicht sowie die Unwirksamkeitsfolge nach den neuen §§ 101a und 101b GWB, NZBau 2009, 216
- Dreher/Motzke Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage, München 2013
- Dreher/Opitz Die Vergabe von Bank- und Finanzdienstleistungen, WM 2002, 413
- Dreier Grundgesetz, Kommentar, 3. Auflage, Tübingen 2018
- Drügemöller/Conrad Anteilsverkauf und De-facto-Vergabe öffentlicher Aufträge, ZfBR 2008, 651
- Drömann Das Konzernprivileg im Lichte der neuen Sektorenkoordinierungsrichtlinie, NZBau 2015, 202
- Wettbewerblicher Dialog und ÖPP-Beschaffungen – Zur „besonderen Komplexität“ so genannter Betreibermodelle, NZBau 2007, 751
- Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn Handlungsbuch: HGB, Kommentar, 4. Auflage, München 2020
- Egger Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden 2008
- Eichhorn/Mark Das Prinzip Wirtschaftlichkeit, 4. Auflage, Wiesbaden 2015
- Endler Privatisierungen und Vergaberecht, NZBau 2002, 125
- Epping/Hillgruber BeckOK Grundgesetz, Kommentar, 51. Edition, München 2022
- Erman BGB Kommentar, 16. Auflage, Köln 2020

Literaturverzeichnis

- Eschenbruch/Hunger Selbstverwaltungskörperschaften als öffentliche Auftraggeber – Unterliegen Selbstverwaltungsinstitutionen der Freiberufler wie Rechtsanwalts- und Ärztekammern und deren Versorgungseinrichtungen dem Kartellvergaberecht?, NZBau 2003, 471
- Eschenbruch/Opitz/Röwekamp Sektorenverordnung: SektVO, Kommentar, 2. Auflage, München 2019
- Fandrey Direktvergabe von Verkehrsleistungen – Beauftragung ohne Durchführung eines vorherigen Vergabeverfahrens im Bereich straßengebundener Beförderung nach den Vorgaben der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, 2010
- Faßbender Die neuen Regelungen für eine mittelstandsgerechte Auftragsvergabe, NZBau 2010, 529
Die Bindungswirkung technischer Normen der Europäischen Gemeinschaft bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, VergabeR 2003, 381
- Favier/Schüler Etablierte Regeln für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahme-wettbewerb auf dem Prüfstand des neuen Rechts, ZfBR 2016, 761
- Fehling Struktur und Entwicklungslinien des Öffentlichen Wirtschaftsrechts, JuS 2014, 1057
Forschungs- und Innovationsförderung durch wettbewerbliche Verfahren, NZBau 2012, 673
- Fehling/Kastner/Störmer Verwaltungsrecht Handkommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2021
- Fett Die Hauptsacheentscheidung durch die Vergabekammer im Eilverfahren, NZBau 2005, 141
- Fink Vergabe „Stadion Widmannsdorf“ – Eine Einschätzung der Zuständigkeitsfrage, RPA 2005, 158
- Fischer Strafgesetzbuch: StGB, Kommentar, 69. Auflage, München 2022
- Fleckenstein Abhandlungen – Abbau von Hemmnissen für Public Private Partnership: Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz, DVBl. 2006, 75
- Franke/Höfler Die Vergabe von Versicherungsdienstleistungen durch private Sektorenauftraggeber, BB 1998, 433
- Frank-Fahle/Schuldt Geschäftspartner-Compliance und Korruptionsprävention im internationalen Anlagenbau: Rechtliche Rahmenbedingungen, Auswirkungen von Compliance-Verstößen und Schutzmaßnahmen, ZfBR 2018, 419
- Frenz Handbuch Europarecht, Band 3, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 2021
Ökologische und innovative Vergabe in der Kreislaufwirtschaft, VergabeR 2018, 10
Einheitliche Europäische Eigenerklärung, GewA 2018, 184
Mittelstandsförderung in der Auftragsvergabe und Unionsrecht, GewA 2018, 95
Soziale Vergabekriterien im Spiegel aktueller Judikatur von EuGH und BVerfG, NZS 2011, 321

- Vergaberecht und institutionalisierte PPP, NZBau 2008, 673
Neues zu In-House-Geschäften, VergabeR 2007 (Sonderheft 2a), 304
- Freund Korruption in der Auftragsvergabe, VergabeR 2007 (Sonderheft 2a), 311
- Freund/Kallmeyer/Kraft Korruption und Kartelle bei Auftragsvergaben, München 2008
- Friauf Kommentar zur Gewerbeordnung, Stand September 2018, Köln
- Friton/Stein (K)ein Ende der Schulnotenrechtsprechung, NZBau 2017, 267
- Fritz Erfahrungen mit dem Wettbewerblichen Dialog in Deutschland, VergabeR 2008, 379
- Fuchs/van der Hout/Opitz HOAI-Urteil des EuGH: Vertrags. Und vergaberechtliche Konsequenzen, NZBau 2019, 483
- Fülling/Freiberg Das neue Wettbewerbsregister, NZBau 2018, 259
- Funk/Tomerius Aktuelle Ansatzpunkte umwelt- und klimaschützender Beschaffung in Kommunen – Überblick und Wege im Dschungel des Vergaberechts (Teil 2), KommJur 2016, 47
- Gabriel Hilfsmittelverträge mit Beitritt – Vergaberecht ohne Zutritt: Rückschritt, Fortschritt oder Fehltritt?, NZBau 2020, 286
- Offenes Haus, geschlossene Tür: Der Vergaberechtsschutz bei Open-House -Verfahren vor dem Aus, NZBau 2019, 568
- Vergaberechtliche Vorgaben beim Abschluss von Verträgen zur integrierten Versorgung (§§ 140a ff. SGB V), NZS 2007, 344
- Einflussnahme von Unternehmen auf öffentliche Auftragsvergaben: Persuasion, Kollusion oder Korruption?, VergabeR 2006, 173
- Gabriel/Bärenbrinker Der „No Spy“-Erlass des Bundesinnenministeriums: Resümee nach 1,5 Jahren Anwendung und Ausblick für die weitere Praxis, VergabeR 2016, 166
- Gabriel/Krohn/Neun Handbuch des Vergaberechts, 3. Auflage, München 2021
- Gabriel/Mertens/Prieß/Stein BeckOK Vergaberecht, 24. Edition 2022, München
- Gabriel/Voll Das Ende der Inländerdiskriminierung im Vergabe(primär)recht, NZBau 2014, 155
- Ganske/Raffi Neuer Ausschlussbestand vom Vergabeverfahren für sog. Spekulationsangebote, ZfBR 2019, 651
- Gass/Willenbruch Neue Fristen: Chancen und Risiken, BehördenSpiegel 2/2010, 21
- von Gehlen Vertragsnichtigkeit bei unzulässiger De-facto-Vergabe, NZBau 2005, 503
- Geitel BGH: Spekulationsangebote sind auszuschließen! (BGH, Urt. V. 19.06.2018 2018 – X ZR 100/16 – Uferstützmauer), Vergabeblog.de vom 29/10/2018, Nr. 38817
- Geiger Der Abschied von der Gesetzgebungskunst – Am Beispiel des Rechtsmittelbereinigungsgesetzes im Verwaltungsprozess, NJW 2002, 1248

Literaturverzeichnis

- Gentsch Staatliche Beschaffung und Korruptionsprävention, Baden-Baden 2012
- Geppert/Schütz Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, München 2013
- Gerlach Geltung der AEUV-Grundsätze auch bei Inhouse-Vergaben nach der Richtlinie 2014/24/EU, NZBau 2020, 426
Entscheidungsspielräume der Verwaltung – Die Lehre vom einheitlichen administrativen Entscheidungsspielraum und ihre Ausprägungen im Kartellvergaberecht, Baden-Baden 2018
- Gerner Die neue EU-Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe im Bereich sozialer Dienstleistungen und deren Umsetzung in nationales Recht, NZS 2016, 492
- Gesterkamp Rechtsfragen zur Vergabe von Wasserkonzessionen, VergabeR 2020, 705
- Giebler Organisationsfragen der kommunalen Wasserwirtschaft, DÖV 2020, 476
- Gielen Anmerkung zu OLG Rostock, Beschluss v. 1.9.2021 – 17 Verg 2/21, VergabeR 2021, 337
- Giesberts Flughafenparks durch Outsourcing – Anzeige- und Genehmigungspflicht nach LuftVG?, ZLW 2005, 553
- Giesberts/Reinhardt Umweltrecht, 2. Auflage, München 2018
- Göb/Nebel Aktuelle gesellschaftsrechtliche Fragen in Krise und Insolvenz, NZI 2020, 619
- Goldbrunner Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschluss v. 19.6.2013 – VII-Verg 55/12, VergabeR 2014, 167
- Goodarzi Die Vergabe von Postzustellungsdienstleistungen, NVwZ 2007, 396
Ausschreibungspflichtigkeit des Erwerbs von Emissionszertifikaten durch Stadtwerke und andere öffentliche Anlagenbetreiber, NVwZ 2004, 949
- Goodarzi/Junker Öffentliche Ausschreibungen im Gesundheitswesen, NZS 2007, 632
- Goodarzi/Meister Aktuelle Entwicklungen bei der Ausschreibung von Postdienstleistungen, NVwZ 2010, 669
- Goodarzi/Skorbek Vergaberechtlich anfechtbare Versorgungsaufträge durch Krankenkassen und deren Vermarktung, NZS 2014, 804
- Görlich/Conrad Die neuen Kündigungstatbestände für öffentliche Aufträge, VergabeR 2016, 567
- Gottschalk/Lubner Die Einführung des bundesweiten Wettbewerbsregisters – ein komplizierter rechtlicher Dreiklang, NZWiSt 2018, 96
- Grabitz/Hilf/Nettesheim Recht der Europäischen Union, Kommentar, 75. Auflage, München 2022
- Graef Rechtsfragen zur Kommunikation und Informationsübermittlung im neuen Vergaberecht, NZBau 2008, 34
- Graef/Haberstroh Das vergaberechtliche Konzernprivileg für Sektorenauftraggeber, VersorgW 2011, 309

- Graf Ordnungswidrigkeitengesetz: OWiG, Kommentar, München 2022
- Grasböck Anmerkung zu BVA, Bescheid v. 24.11.2004 – 06N-92/04-39, ZVB 2005, 189
- Greb Das Konzernprivileg für Sektorenauftraggeber nach den §§ 138, 139 GWB, VergabeR 2016, 303
Inhouse-Vergabe nach aktuellem und künftigem Recht, VergabeR 2015, 289
Das Konzernprivileg für Sektorenauftraggeber, VergabeR 2009, 140
- Greb/Müller Kommentar zum Sektorenvergaberecht, 2. Auflage, Köln 2017
- Greb/Stenzel Die nachträgliche Vertragsanpassung als vergaberechtsrelevanter Vorgang, NZBau 2012, 404
- Gröning Die Untätigkeitsbeschwerde nach § 172 Abs. 2 GWB – was gilt nach BGH „Fahrscheindrucker“?, VergabeR 2021, 552
Grenzen des Angebotsausschlusses wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen, NZBau 2020, 275
Anwendbarkeit und Ausnahmebestimmungen im künftigen Vergaberecht, NZBau 2015, 690
Die neue Richtlinie für die öffentliche Auftragsvergabe – ein Überblick, VergabeR 2014, 339
Ersatz des Vertrauensschadens ohne Vertrauen? - Zur Dogmatik des vergaberechtlichen Schadensersatzanspruchs auf das negative Interesse, GRUR 2009, 266
Rechtsschutzqualität und Verfahrensbeschleunigung im Entwurf für ein Vergaberechtsänderungsgesetz, ZIP 1998, 370
- von der Groeben/Schwarze/
Hatje Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, München 2015
- Grube/Wahrendorf/Flint SGB XII, Kommentar, 7. Auflage, München 2020
- Grubert Die Zurechnung von Verstößen im Kartell- und Vergaberecht, Berlin 2019
- Gruneberg/Wilden Höhere Hürden für In-House-Geschäfte – Verschärfung des Wesentlichkeitskriteriums, VergabeR 2012, 149
- Gruneberg/Wilden-Beck Möglichkeiten interkommunaler Kooperationen nach der Piepenbrock Entscheidung des EuGH, VergabeR 2014, 99
- Grützner/Helms/Momsen § 299 StGB – Neue und ungelöste Probleme nach Schaffung des Geschäftsherrenmodells, ZIS 2018, 299
- Guckelberger Bundeswehr und Vergaberecht, ZfBR 2005, 34
- Günther Die Auftraggebereigenschaft der Personenverkehrsgesellschaften der Deutschen Bahn AG, ZfBR 2008, 454
- Gyulai-Schmidt Strategische Nutzung des Vergaberechts für mehr Qualität am Beispiel von deutschen, österreichischen und ungarischen Umsetzungsmaßnahmen, ZfBR 2019, 762

Literaturverzeichnis

- Haak Vergaberecht in der Energiewende – Teil I, Energieeffiziente Beschaffung und Ausschreibungsmodelle nach dem EEG 2014, NZBau 2015, 11
- Hagenbruch Anwendbarkeit der VO Nr. 1370/2007 auf die Direktvergabe in Form von Verwaltungsakten und gesellschaftsrechtlichen Weisungen, EuZW 2020, 1019
- Hailbronner Die Anwendbarkeit des öffentlichen Vergaberechts auf die Vergabe von Finanzdienstleistungen durch öffentlich-rechtliche Kreditinstitute, WM 2002, 1674
- von Hammerstein/Heller Anmerkung zu OLG Stuttgart, Urteil v. 26.3.2020 – 2 U 82/19, EWeRK 2020, 130
- Hattenhauer/Butzert Erneuerbare-Energien-Projekte in den Vereinigten Arabischen Emiraten (VAE), ZfBR 2020, 129
Die Wirtschaftlichkeit als treibende Kraft in der historischen Entstehung von Vergabeverfahren und ihre Bedeutung im heutigen Vergaberecht, ZfBR 2018, 229
Die Etablierung ökologischer, sozialer, innovativer und qualitativer Aspekte im Vergabeverfahren, ZfBR 2017, 129
- Hattig/Maibaum Praxiskommentar Kartellvergaberecht, 2. Auflage, Köln 2014
- Hattig/Oest Die Prüfung der Angemessenheit der Angebotspreise durch den Auftraggeber nach Wegfall der verbindlichen Preisspannen in der HOAI, ZfBR 2021, 364
- Hattig/Ruhland Kooperationen der Kommunen mit öffentlichen und privaten Partnern und ihr Verhältnis zum Vergaberecht, VergabeR 2005, 425
- Häublein/Hoffmann-Theinert HGB, Kommentar, Baden-Baden 2017
- Haus/Erne Das Wettbewerbsregister – Ein Grund mehr zur (Vor-)Sorge bei der Vermeidung von Rechtsverstößen im Unternehmen, NZG 2017, 1167
- Hausmann/Queisner Die Zulässigkeit von Bietergemeinschaften im Vergabeverfahren, NZBau 2015, 402
Autonomie trotz mittelbarer staatlicher Finanzierung? Die Rechtsprechung des EuGH zu dem Kriterium der überwiegenden Finanzierung einer Einrichtung durch öffentliche Stellen, VergabeR 2014, 1
- Heiermann Der vergaberechtliche Grundsatz der Unveränderlichkeit der Bietergemeinschaft im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZfBR 2007, 759
Der wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2005, 766
- Heiermann/Englert Baurecht als Herausforderung – Festschrift für Horst Franke, Köln 2009
- Heiermann/Tschäpe Die Dezentralisierung der Energieversorgung durch lokale Windenergieanlagen – Gemeinden und Gemeindebürger werden zu Öffentlichen Auftraggebern, ZfBR Beilage 2012, 110

- Heiermann/Zeiss/Summa Juris PraxisKommentar Vergaberecht, 5. Auflage, Saarbrücken 2016
- Heise Der Begriff des „öffentlichen Auftraggebers“ im neuen Vergaberecht, LKV 1999, 210
- Heiß Die neue EG-Verordnung für den öffentlichen Personenverkehr – ein Überblick unter Berücksichtigung der Situation in Deutschland, VerwArch 2009, 113
- Heller Wasserkonzessionen nach der Vergaberechtsreform, EWeRK 2016, 210
- Henssler/Kilian Das deutsche Notariat im Europarecht, NJW 2012, 481
- Hentschke/Geßner Vermeidung von Manipulationen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, LKV 2005, 425
- Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger Juris PraxisKommentar BGB, 9. Auflage, Saarbrücken 2019
- Hermes Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe, JZ 1997, 909
- Herrlinger/Valdini Das neue Bundeswettbewerbsregister im Überblick, WuW 4/2018, 195
- Herthen-Koch Die Vergabe von Wasserkonzessionen, EWeRK 2013, 248
- Hertwig Praxis des Vergaberechts, 7. Auflage, München 2021
Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 6. Auflage, München 2016
Vergaberecht und staatliche (Grundstücks-)Verkäufe, NZBau 2011, 9
Uneingeschränkte Relevanz des Gemeindewirtschaftsrechts im Vergabenachprüfungsverfahren, NZBau 2009, 355
- Hesshaus Schadenersatzansprüche des Auftraggebers wegen Blockierung der Auftragsvergabe durch Nachprüfungsverfahren, VergabeR 2008, 372
- Hessler/Strohn Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, München 2021
- Hettich Kein Angebotsausschluss trotz Beifügung von Bieter-AGB, NZBau 2020, 80
- Hettich/Soudry Das neue Vergaberecht, Köln 2014
- Heuvels Mittelbare Staatsfinanzierung und Begriff des funktionalen Auftraggebers, NZBau 2008, 166
- Heuvels/Höb/Kuß/Wagner Vergaberecht, Gesamtkommentar zum Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, 2. Auflage, Stuttgart 2021
- Heyne Vergaberechtliche Auftraggebereigenschaft der Kammern trotz „Nein“ des EuGH?, NVwZ 2014, 621
Die Vergaberechtsgebundenheit von Kammern und ihrer Einrichtungen, GewArch 2010, 54
- Hiéramente Die Reform des Geldwäschetatbestands als Allheilmittel bei der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?, jurisPR-StrafR 21/2020 Anm. 1

Literaturverzeichnis

- Hildebrandt/Conrad Rechtsfragen der Rückforderung von Zuwendungen bei Verstößen gegen das Vergaberecht, ZfBR 2013, 130
- Hillen Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht, Baden-Baden 2018
- Höfer/Nolte Das neue EU Vergaberecht und die Erbringung sozialer Leistungen, NZS 2015, 441
- Hofmann/Schulz/Gottberg Zulässige Inhouse-Vergabe im Konzern öffentliche Verwaltung, KommJur 2017, 245
- Hofmann/Zimmermann Rechtsrahmen für die Vergabe von Wegenutzungsverträgen im Energiebereich nach der neuen Konzessionsvergaberichtlinie – Droht eine Fortsetzung der gegenwärtig bestehenden Rechtsunsicherheit?, NZBau 2016, 71
- Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Auflage, München 2012
- Höfler Beschaffung und Betrieb von Waffensystemen im Spannungsfeld von Vergabe- und Beihilfenrecht, NZBau 2015, 736
- Hohensee/Leinemann Stand der Umsetzung der UVgO in den einzelnen Bundesländern, VergabeNews 6/2020, 82
- Hohenstein-Bartholl/Jacob Strom- und Gaskonzessionsverträge vermitteln keine Dienstleistungskonzessionen – Abhandlung aus vergabe- und energiewirtschaftsrechtlicher Sicht, RdE 2017, 454
- Hömke/Metz Vergaberechtlicher Rechtsschutz im Unterschwellenbereich – Neue Entwicklungen zur Informations- und Wartepflicht, IR 2020, 131
- Hooghoff Das neue Wettbewerbsregister beim Bundeskartellamt – Grundlagen und Stand der Aufbauarbeiten, FIW Jahrbuch 2019, 129
- Hopf Korruption und Korruptionsprävention in der öffentlichen Verwaltung, UBWW 2005, 250
- Hopt Handelsgesetzbuch: HGB, Kommentar, 41. Auflage, München 2022
- Holle/Wohlrab Die Delle im Ei des Kolumbus, NZBau 2009, 432
- Hözl Die Ausschreibungspflichtigkeit von Gebäudemietverträgen und die Unionsrechtsfestigkeit bestandskräftiger Entscheidungen, NZBau 2015, 412
- Verhandlungsverfahren: Was geht?, NZBau 2013, 558
- Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 7.6.2012 – Rs. C-615/10, NZBau 2012, 509
- Neu: Der Konkurrent im Sicherheits- und Verteidigungsbereich, VergabeR 2012, 141
- Hözl/Eichler Rechtswege für die Überprüfung der Vergabe von Rabattverträgen – Alea iacta est: Der Gesetzgeber hat gewürfelt, NVwZ 2009, 27
- Hözl/Ritzenhoff Compliance leicht gemacht!, NZBau 2012, 28
- Hörich/Bergmann §§ 98 b, 98 c AufenthG – Ein Beispiel misslungener 1:1-Umsetzung von Richtlinien!, ZAR 2012, 327

- Horn Vergabe von Breitbandkabelnetzen, VergabeR 2013, 337
Ausschreibungspflichten bei Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand, VergabeR 2008, 158
- Horváth/Gleich/Seiter Controlling, 14. Auflage, München 2020
- Hövelberndt Übernahme eines wirtschaftlichen Risikos als Voraussetzung der Dienstleistungskonzession, NZBau 2010, 599
- Hübner Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 7.9.2016 – Rs. C-549/14, EuZW 2016, 871
Öffentliche Lieferaufträge über fair gehandelte und Bio-Produkte, VergabeR 2012, 545
- Huck/Müller VwVfG, Kommentar, 3. Auflage, München 2020
- Hünemörder/Diemieff Anmerkung zu OLG Celle, Beschluss v. 30.1.2020 – 13 Verg 14/19, VergabeR 2020, 651
- Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht, Kommentar, 6. Auflage, München 2021
- Isensee/Kirchhoff Handbuch des Staatsrechts, 3. Auflage, Heidelberg 2014
- Jacob/Schmidt Zur Bereichsausnahme bei Wasserkonzessionen, RdE 2016, 114
- Jaeger Bestätigung der Bereichsausnahme für Vergaben von Rettungsdienstleistungen, NZBau 2020, 7
Und doch: Bestätigung der Bereichsausnahme für Vergaben von Rettungsdienstleistungen, NZBau 2020, 223
Bereichsausnahme für die Vergabe von Rettungsdienstleistungen?, NZBau 2018, 14
Die Vergabe von Rettungsdienstleistungsaufträgen und -konzessionen nach neuem Vergaberecht, ZWeR 2016, 205
Die neue Basisvergaberichtlinie der EU vom 26.2.2014 – ein Überblick, NZBau 2014, 259
Neuerungen zur Rügeobliegenheit (§ 107 III GWB) durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, NZBau 2009, 558
Die Rechtsprechung der OLG-Vergabesenate im Jahre 2000, NZBau 2001, 289
Public Private Partnership und Vergaberecht, NZBau 2001, 6
- Jaeger/Gräf Bildung von Bietergemeinschaften durch konkurrierende Unternehmen, NZBau 2012, 213
- Jansen/Geitel OLG Düsseldorf: Informieren und Warten auch außerhalb des GWB – Pflicht oder Kür auf dem Weg zu einem effektiven Primärrechtsschutz?, VergabeR 2018, 376
- Jarass/Pieroth Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG, Kommentar, 16. Auflage, München 2020
- Jasper Anmerkung zu BGH, Urteil v. 8.9.1998 – X ZR 109/96, VergabeR 2010, 775
- Jauernig BGB, Kommentar, 18. Auflage, München 2020
- Jennert Der Begriff der Dienstleistungskonzession im Gemeinschaftsrecht – Zugleich ein Beitrag zum Entgeltlichkeitsbegriff des Dienstleistungsauftrags, NZBau 2005, 131

Literaturverzeichnis

- Vergabefremde Kriterien - keine Beihilfen, sondern gemeinwirtschaftliche Pflichten, NZBau 2003, 417
- Kaiser Die Wichtigkeit so genannter de-facto-Verträge oder: „In dubio pro submissione publica“, NZBau 2005, 311
- Kalinowsky Der Anspruch der Bieter auf Einhaltung des Vergaberechts nach § 97 Abs. 7 GWB, Berlin 2000
- Kämper/Heßhaus Möglichkeiten und Grenzen von Auftraggebergemeinschaften, NZBau 2003, 303
- Kapellmann/Messerschmidt VOB Teile A und B, Kommentar, 7. Auflage, München 2020
- Kapsa Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozeß, Berlin 1976
- Katz Kommunales Konzessionierungsverfahren am Beispiel der Strom-/Gas- und Wasserkonzessionsverträge, KommJur 2018, 1
- Keller/Hellstern Öffentliches Interesse und Wettbewerb in der Daseinsvorsorge, NZBau 2018, 323
- Keller-Stoltenhoff/Leizen/Ley Handbuch für die IT-Beschaffung, Heidelberg 2017
- Kermel Praxishandbuch der Konzessionsverträge, Berlin 2012
- Kermel/Wagner Rechtsschutz bei Konzessionierungen nach § 46 EnWG – Parallelen zum Kartellvergaberecht?, RdE 2014, 222
- Kern/Brandt Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 22.12.2010 – Rs. C-215/09, EuZW 2011, 259
- Kieselmann/Pajunk Bestätigung der Bereichsausnahme Rettungsdienst, NZBau 2021, 174
- Kingreen Sozialhilferechtliche Leistungserbringung durch öffentliche Ausschreibungen, VergabeR 2007, Sonderheft 2a 354
- Kilian/Heussen Computerrechts-Handbuch, 35. Ergänzungslieferung 2020, München
- Kirchner Zur reformatio in peius bezüglich der Kostenentscheidung (§ 308 Abs. 2 ZPO), NJW 1972, 2295
- Kiser Emissionshandel und Vergaberecht, VergabeR 2004, 683
- Klammer Die Änderung der Vergabeunterlagen und darauf basierende Schadensersatzansprüche, AnwZert BauR 24/2019 Anm. 2
- Klees Welcher Unternehmerbegriff gilt im GWB?, EWS 2010, 1
- Klimisch/Ebrecht Stellung und Rechte der Dialogteilnehmer im wettbewerblichen Dialog, NZBau 2011, 203
- Kling Vergaberecht und Kartellrecht – Eine Analyse der Entscheidungspraxis im Zeitraum 2015 bis 2018, NZBau 2018, 715
- Klipstein/Kuljanin E-Vergabe, Köln 2020
- Klöck Die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Beschaffungen durch die gesetzlichen Krankenkassen, NZS 2008, 178
- Kloepfer Katastrophenrecht: Grundlagen und Perspektiven, Baden-Baden 2008
- Kment Energiewirtschaftsgesetz, 2. Auflage, Baden-Baden 2019

- Kment/Vorwalter Streitfragen der energiewirtschaftlichen Konzession, EnWZ 2015, 387
- Knauff Neuerungen im EU-Verkehrsmarktrecht, N&R 2018, 26
 Strukturfragen des neuen Vergaberechts, NZBau 2016, 195
 Neues zur Inhouse-Vergabe, EuZW 2014, 486
 Das Kaskadensystem im Vergaberecht – ein Regelungsmodell mit Zukunft?, NZBau 2010, 657
 Vertragsverlängerungen und Vergaberecht – Zugleich ein Beitrag zu § 13 S. 6 VgV, NZBau 2007, 347
 Der Kommissionsvorschlag für eine Novelle der VO 1191/69 – Grundaussagen, Probleme und Auswirkungen im ÖPNV, DVBl 2006, 339
 Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership?, NZBau 2005, 249
 Neues europäisches Vergabeverfahrensrecht: Der wettbewerbliche Dialog, VergabeR 2004, 287
 Dispositionsfreiheiten öffentlicher Auftraggeber, Baden-Baden 2004
- Knauff/Badenhausen Die neue Richtlinie über die Konzessionsvergabe, NZBau 2014, 395
- Knispel Zur Bedeutung des europäischen Wettbewerbsrechts für die gesetzliche Krankenversicherung, GGW 2/2001, 7
- Koenig/Hentschel Der Public Private Partnership-Infrastrukturträger als öffentlicher Auftraggeber (§ 98 GWB), ZfBR 2005, 442
 Die Auswahl des Insolvenzverwalters – nationale und EG-vergaberechtliche Vorgaben, ZIP 2005, 1937
- Koenig/Kühling Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Wettbewerbsoffenheit des Ausschreibungsverfahrens – Konvergenz von EG-Beihilfenrecht und Vergaberecht, NVwZ 2003, 779
- Köhler/Bornkamm/Feddersen Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Kommentar, 40. Auflage, München 2022
- Köhler Anmerkung zu OLG München, Beschluss v. 20.3.2014 – Verg 17/13, VergabeR 2014, 714
 Anmerkung zu KG, Beschluss v. 21.12.2009 – 2 Verg 11/09, VergabeR 2010, 508
- Kokew Ärztekammer kein öffentlicher Auftraggeber iSv § 98 Nr. 2 GWB, NZBau 2014, 96
- Kolpatzik „Berater als Bieter“ vs. „Bieter als Berater“, VergabeR 2007, 279
- Körber Kartellrechtlicher Anspruch auf Einräumung von Wegenutzungsrechten für die Verlegung von Fernwärmeleitungen, Jena 2020
 Zukunft der Verteilernetze, Baden-Baden 2020
- Körber/Kühling Ausschreibung von Fernwärmenetzen, Baden-Baden 2016
- Korte Bekämpfung der Korruption und Schutz des freien Wettbewerbs mit den Mitteln des Strafrechts, NSTz 1997, 513

Literaturverzeichnis

- Köster Kommunale Wirtschaftsförderung durch Vergabe öffentlicher Aufträge? – Möglichkeiten und Grenzen im Umgang mit den Vergabeerlassen zur Beschleunigung von Investitionen durch Vereinfachungen im Vergaberecht, NZBau 2010, 473
- Kopp/Ramsauer VwVfG Kommentar, 22. Auflage, München 2021
- Krajewski/Wethkamp Die vergaberechtsfreie Übertragung öffentlicher Aufgaben, DVBl. 2008, 355
- Kramer Abwehrrechte gegen das Marktverhalten interner Betreiber und privilegierter Unternehmer nach der neuen VO (EG) 1370/2007, IR 2010, 80
Gleichbehandlung im Verhandlungsverfahren nach der VOL/A, NZBau 2005, 138
- Krämer Nicht immer leicht zu handhaben, VergabeNavigator 2013, 7
- Krampen-Lietzke Folgen der (Teil-)Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft, RNotZ 2013, 575
- Kratzenberg Der Begriff des „Öffentlichen Auftraggebers“ und der Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, NZBau 2009, 103
- Kraus Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 10.11.2011 – Rs. C-348/10, VergabeR 2012, 171
- Kraus/Bronnen Wie viele Äpfel sind eine Birne?, VergabeR 2017, 559
- Kreßner Die Auftragsperre im Vergaberecht, Köln 2006
- Krist Anmerkung zu OVG Niedersachsen, Urteil v. 29.10.2018 – 10 ME 363/18, VergabeR 2019, 242
Keine regelmäßige Rückforderung von Zuwendungen bei folgenlosen (schweren) Vergabeverstößen, NZBau 2013, 481
- Krohn Vertragsänderungen und Vergaberecht – Wann besteht eine Pflicht zur Neuausschreibung?, NZBau 2008, 619
Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, NZBau 2006, 610
Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 4.12.2003 – Rs. C-448/01, NZBau 2004, 92
- Krönke Sozial verantwortliche Beschaffung nach dem neuen Vergaberecht, VergabeR 2017, 101
Das neue Vergaberecht aus verwaltungsrechtlicher Perspektive, NVwZ 2016, 568
- Krüger/Rauscher Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 6. Auflage, München 2020
- Krutisch Materielle Privatisierung – Wann unterliegen Veräußerungen von Geschäftsanteilen dem Vergaberecht?, NZBau 2003, 650
- Kugele VwVfG, Kommentar, Köln 2014
- Kuhlmann Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozessrecht, Berlin 2010
- Kühn Rügefristen bei nachträglich verlängerter Angebotsfrist, VergabeR 2015, 22

Kühen	Das Verfahren vor dem Vergabesenat, NZBau 2009, 357
Kulartz/Boecker	Vergaberechtsfreie Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber, NZBau 2020, 16
Kulartz/Kus/Portz/Prieb	GWB-Vergaberecht, Kommentar, 4. Auflage, Köln 2016
Kulartz/Scholz	Zuschlagskriterien – Grenzen bei der Gewichtung?, VergabeR 2014, 109
Kullack/Terner	Die neue „klassische“ Vergabekoordinierungsrichtlinie – 1. Teil, ZfBR 2004, 244
Kupczyk	Die Projektantenproblematik im Vergaberecht, NZBau 2010, 21
Kupfer	Die Neufassung des Rechts zur Vergabe von Energiekonzessionen – Novellierung des § 46 EnWG, NVwZ 2017, 428
Kus	Losvergabe und Ausführungskriterien, NZBau 2009, 21 Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog, VergabeR 2006, 851
Landmann/Rohmer	Umweltrecht, 97. Auflage, München 2022 GewO Band 1, 86. Auflage, München 2021
Langen/Bunte	Kartellrecht, 14. Auflage, Köln 2022
Lantermann	Vergaberegister – Ein rechtmäßiges und effektives Mittel zur Korruptionsprävention?, 2007
Latzel	Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU, NZBau 2014, 673
Latzenhofer	„Haltet den Auftraggeber“ – Probleme des Auftraggeberwechsels im Vergabeverfahren, RPA 2005, 147
Laufhütte	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Band 13: §§ 331 bis 358, 12. Auflage 2009
Lausen	Anmerkung zu OLG Celle, Beschluss v. 13.10.2016 – 13 Verg 6/16, jurisPR-Verg 1/2017 Anm. 4 Die Beiladung im Nachprüfungsverfahren, VergabeR 2002, 117
Lausen/Pustal	Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien im Vergabeverfahren, NZBau 2022, 3
Laux	Wirksamkeit der Nutzung von E-Vergabe im Beschaffungsmanagement der öffentlichen Verwaltung – Band 4 von Kasseler Management-Forum, Kassel 2010
Leinemann/Maibaum	Die neue europäische einheitliche Vergabekoordinierungsrichtlinie für Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge – ein Optionsmodell, VergabeR 2004, 275
Leinemann/Kirch	VSVgV, Kommentar, München 2013
Linke	Die Notfalldirektvergabe nach Art. 5 Abs. 5 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 im öffentlichen Personenverkehr – oder: vergaberechtliche Grenzen von Ausnahmetatbeständen, VergabeR 2019, 739

Literaturverzeichnis

- Marktöffnung im öffentlichen Schienenpersonenverkehr – Der neue Ansatz der EU bei der Novellierung der VO (EG) Nr. 1370/2007, NZBau 2017, 331
- VO (EG) 1370 /2007 Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste Kommentar, 2. Auflage, München 2019
- Loewenheim/Meessen/
Riesenkampff Kartellrecht, Kommentar, 2. Auflage, München 2009
- Loewenheim/Meessen/
Riesenkampff/Kersting/Meyer-
Lindemann Kartellrecht, Kommentar, 4. Auflage, München 2020
- Lorbacher Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 24.2.2003 – X ZB 12/02, VergabeR 2003, 428
- Lorff Unterliegen die gesetzlichen Krankenversicherungsleistungen der EU-Ausschreibungspflicht, ZESAR 2007, 104
- Losch „Inhouse in der Klemme? – Wege zur Gestaltung ausschreibungsfreier Auftragsvergaben“, VergabeR 2012, 687
- Lotze/Dierkes Wasserkonzessionen – eine unendliche Geschichte?, RdE 2017, 165
- Luthe Die Vergabe sozialer Dienstleistungen nach § 130 GWB, SGB 2016, 489
- Lux Gesellschaftsrechtliche Veränderungen bei Bietern im Vergabeverfahren, NZBau 2012, 680
- Bietergemeinschaften im Schnittfeld von Gesellschafts- und Vergaberecht, Baden-Baden 2009
- Einführung in das Vergaberecht, JuS 2006, 969
- Maaßen/Schreiber Vergaberechtliche Fragen der Einrichtung von GeoTLDs - Notwendigkeit eines transparenten Auswahlverfahrens, MMR 2011, 363
- Macht/Städler Die Informationspflichten des öffentlichen Auftraggebers für ausgeschiedene Bewerber – Sinn oder Unsinn?, NZBau 2012, 143
- Machwirth Rahmenvereinbarungen nach der neuen VOL/A, VergabeR 2007 (Sonderheft 2a), 385
- Mager Neue Maßgaben zur Inhouse-Vergabe und zu den Anforderungen vergabefreier Vertragsänderungen, NZBau 2012, 25
- Mager/Ganschow Das Aus für den vergabespezifischen Mindestlohn?, NZBau 2015, 79
- Mager/Lotz Grundsätzliche Unzulässigkeit von Bietergemeinschaften?, NZBau 2014, 328
- Mager/Weßler Konkretisierte Kriterien für die Inhouse-Vergabe, NZBau 2017, 342
- von Mangoldt/Klein/Starck Kommentar zum Grundgesetz, 7. Auflage, München 2018
- Manz/Schönwälder (No) Limits in der Vergabe?, VergabeR 2013, 852
- Die vergaberechtliche Gretchenfrage: Wie hältst Du's mit dem Mittelstand?, NZBau 2012, 465
- Marx Vergaberecht für Versorgungsbetriebe, Baden-Baden 2011

- Marx/Hölzl Interimsaufträge – Schneller als das Vergaberecht erlaubt? - Zu den Voraussetzungen und Möglichkeiten der Vergabe von Interimsaufträgen, NZBau 2010, 535
- Matthey Das Recht der Auftragsvergabe in den Sektoren, Baden-Baden 2001
- Maunz/Düring Grundgesetz Kommentar, 91. Ergänzungslieferung April 2020, München
- Maurer Vertragsauslegung, Strategien zu Sach- und Bauzeitnachträgen und Vertragsabwicklung, ZfBR 2019, 659
- Maurer/Waldhoff Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage, München 2020
- Meißner Landesvergabegesetze und (k)ein Ende?, ZfBR 2014, 453
Ökologische und soziale Aspekte der Landesvergabegesetze, VergabeR 2012, 301
- Mellert/Frey Korruption auf kommunaler Ebene – Erscheinungsformen, Ursachen und Präventionsmöglichkeiten, KommJur 2016, 281
- Michallik Problemfelder bei der Berücksichtigung mittelständischer Interessen im Vergaberecht, VergabeR 2011, 683
- Michel Die Projektantenregelung des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes - ein Reparaturfall im „Reparaturgesetz“?, NZBau 2006, 689
Das Vergabeverfahren zwischen Kooperation, Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung: Lösungsansätze für die Projektantenproblematik, 2011
- Mittelsdorf Zur Reichweite individueller strafrechtlicher Verantwortung im Unternehmen für Fehlverhalten von unterstellten Mitarbeitern, ZIS 2011, 123
- Mohr Energiewirtschaftliche Konzessionsverträge und Unionsrecht, RdE 2016, 269
- Momsen/Grützner Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Auflage, München 2020
- Moos/Scheftig/Arning Die neue Datenschutz-Grundverordnung, Berlin/Boston 2018
- Mösinger Die Dienstleistungskonzession: Wesen und Abgrenzung zu ausschreibungsfreien Verträgen, NZBau 2015, 545
Gleichbehandlung der Teilnehmer im Wettbewerblichen Dialog, NZBau 2009, 695
- Mösinger/Juraschek Keine Flucht in Sicherheitsinteressen!, NZBau 2019, 93
- Mösinger/Thomas Verteidigungs- und Sicherheitsvergaben, München 2014
- Motzke/Pietzcker/Prieb Beck'scher VOB-Kommentar, VOB/A, 1. Auflage, München 2002
- Müller Anmerkung zu OLG Rostock, Beschluss v. 1.9.2021 – 17 Verg 2/21, jurisPR-VergR 2/2021 Anm. 1
Anmerkung zu BGH, Urteil v. 8.12.2020 – XIII ZR 19/19, jurisPR-VergR 4/2021 Anm. 2
- Müller Öffentlich-rechtliche Dienstleistungskonzessionen künftig ein Beschaffungsvorgang?, NVwZ 2016, 266
- Müller Das Preisrecht bei öffentlichen Aufträgen- vorbeugendes Instrumentarium gegen Wettbewerbsverstöße, NZBau 2011, 720

Literaturverzeichnis

- Müller/Ernst Elektronische Vergabe ante portas - Übersicht über aktuelle und zukünftige Rechtsfragen, NJW 2004, 1768
- Müller/Klostermann Die neuen Vergaberichtlinien - Besteht eine rechtliche oder faktische Vorwirkung der Richtlinien vor Ablauf der Frist zur Umsetzung durch die Mitgliedsstaaten?, ZfBR 2014, 347
- Müller/Veil Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298
- Müller-Wrede
SektVO einschließlich VergStatVO, Kommentar, 2. Auflage, Köln 2018
VgV/UVgO einschließlich VergStatVO, Kommentar, 5. Auflage, Köln 2017
GWB-Vergaberecht, 1. Auflage, Köln 2016
Die Neuregelung zur In-House-Vergabe, VergabeR 2016, 292
Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – VOL/A, 4. Auflage, Köln 2014
Kommentar zum VOF, 5. Auflage, Köln 2014
Taschenkommentar GWB-Vergaberecht, 2. Auflage, Köln 2014
Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.12.2013 – VII-Verg 22/13, VergabeR 2014, 407
Kompendium des Vergaberechts, 2. Auflage, Köln 2013
Der Architektenwettbewerb, Köln 2012
Nachhaltige Beschaffung, VergabeR 2012, 416
ÖPP- Beschleunigungsgesetz, Köln 2006
Örtliche Präsenz, Ortsnähe und Ortsansässigkeit als Wertungskriterien – eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes?, VergabeR 2005, 32
Grundsätze der Losvergabe unter dem Einfluss mittelständischer Interessen, NZBau 2004, 643
- Müller-Wrede/Braun KonzVgV einschließlich VergStatVO und Sonderregelungen, Kommentar, Köln 2019
- Müller-Wrede/Greb Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 13.1.2005 – Rs. C-84/03, VergabeR 2005, 184
- Müller-Wrede/Lux Die Behandlung von Projektanten im Vergabeverfahren- Zugleich eine Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschl. vom 25.10.2005 - Verg 67/05[2] und VK Bund, Beschl. vom 06.06.2005 - VK 2 - 33/05[3], ZfBR 2006, 327
- Musielak/Voit Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, 18. Auflage, München 2021
- Mutschler-Siebert/Dorschfeldt Die Vergabe von SPNV-Leistungen nach der Vergaberechtsreform, VergabeR 2016, 385
- Mylich Kreditsicherheiten für Gesellschafterdarlehen – Perspektiven und offene Fragen trotz und wegen der zwingenden Anwendung von § 135 I Nr. 1 InsO, ZIP 2019, 2233

- Nettesheim Das neue Dienstleistungsrecht des ÜPNV – Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, NVwZ 2009, 1449
- Neumann/Pahlen/Greiner/
Winkler/Jabben Sozialgesetzbuch IX, Kommentar, 14. Auflage, München 2020
- Neun/Otting Die EU-Vergaberechtsreform 2014, EuZW 2014, 446
- Noch Hinterm Horizont, VergabeNavigator 4/2020, 30
Vergaberecht kompakt, 8. Auflage, Köln 2019
Anmerkung zu OLG Koblenz, Beschluss v. 10.7.2018 – Verg 1/18, VergabeR 2018, 671
Anmerkung zu OLG Dresden, Beschluss v. 18.9.2009 – WVerG 0003/09, VergabeR 2010, 90
Begriff des öffentlichen Auftraggebers, NVwZ 1999, 1083
- Odendahl Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien im öffentlichen Auftragswesen - Rechtslage nach EG- und WTO-Recht -, EuZW 2004, 647
- Ohle/Gregoritz Grenzen des Anwendungsbereichs von Auftragsperren der öffentlichen Hand- am Beispiel der Gesetzes- und Verordnungslage des Landes Berlin, ZfBR 2003, 16
- Ohrtmann Compliance im Beschaffungswesen, VergabeR 2015, 327
Bietergemeinschaften, VergabeR 2008, 426
Vom Vergaberecht befreit – Private Energieerzeuger sind keine Sektorenauftraggeber mehr, VergabeR 2007, 565
Korruption im Vergaberecht – Konsequenzen und Prävention - Teil 2: Konsequenzen und Selbstreinigung, NZBau 2007, 278
- Olfert/Rahn Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, 13. Auflage, Herne 2021
- Ollmann Das Aus für das (bisherige) Verhandlungsverfahren, VergabeR 2016, 413
Die kleine Vergaberechtsreform, VergabeR 2008, 447
Wettbewerblicher Dialog eingeführt – Änderungen des Vergaberechts durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz, VergabeR 2005, 685
Das neue Vergaberecht, VergabeR 2004, 669
- Opheys Effektiver Rechtsschutz im Vergabeverfahren – Die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags bezüglich geplanter De-facto-Vergaben, NZBau 2017, 714
- Opitz Besteht ein Netz für Schienenverkehrsleistungen?, VPR 2019, 115
Die neue Richtlinie über die Konzessionsvergabe, NVwZ 2014, 753
Was bringt die neue Sektorenvergaberichtlinie?, VergabeR 2014, 369
Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog? – Rechtliche und praktische Probleme, VergabeR 2006, 451

Literaturverzeichnis

- Das Eilverfahren, NZBau 2005, 213
- Das Legislativpaket: Die neuen Regelungen zur Berücksichtigung umwelt- und sozialpolitischer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, VergabeR 2004, 421
- Die Entwicklung des EG-Vergaberechts in den Jahren 2001 und 2002 – Teil 1 – Die Rechtstatsachen und der Rechtsrahmen, NZBau 2003, 183
- Vertrauensschutz gegenüber dem relativen Sektorenauftraggeber, NZBau 2002, 19
- Orlowski Zulässigkeit und Grenzen der In-house-Vergabe, NZBau 2007, 80
- Ortner Das Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen im Vergaberecht, VergabeR 2011, 677
- Wirtschaftliche Betätigung des Staates und Vergaberecht, VergabeR 2009, 852
- Ory/Weth Juris PraxisKommentar: Elektronischer Rechtsverkehr, Saarbrücken 2021
- Ossenbühl Der verfassungsrechtliche Rahmen offener Gesetzgebung und konkretisierender Rechtsetzung, DVBl. 1999, 1
- Otting Es gibt keine ungeschriebenen Eignungskriterien!, VPR 2021, 3
- Neues Vergaberegime für Rechtsdienstleistungen, Anwaltsblatt 2014, 304
- Otting/Olgemöller Innovation und Bürgerbeteiligung im Wettbewerblichen Dialog, NVwZ 2011, 1225
- Otting/ Tresselt Grenzen der Loslimitierung, VergabeR 2009, 585
- Otto Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen, § 298 StGB, wistra 1999, 41
- Pache Der Staat als Kunde – System und Defizite des neuen deutschen Vergaberechts, DVBl. 2001, 1781
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, Kommentar, 80. Auflage, München 2021
- Pattar Sozialhilferechtliches Dreiecksverhältnis – Rechtsbeziehungen zwischen Hilfebedürftigen, Sozialhilfeträgern und Einrichtungsträgern – Einführung in die rechtlichen Grundlagen, Sozialrecht aktuell 2012, 85
- Pauka Entbürokratisierung oder Mehraufwand? – Die Regelungen der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) in der VKR, VergabeR 2015, 505
- Ein bisschen „Mehr an Eignung“ – Personenbezogene Zuschlagskriterien nach der 7. ÄVOVgV, NZBau 2015, 18
- Pauka/Chrobot Öffentliches Preisrecht und Vergaberecht, VergabeR 2011, 405
- Pautsch/Hoffmann VwVfG, Kommentar, 2. Auflage, Berlin 2021
- Pechtl Preispolitik: Behavioral Pricing und Preissysteme, 2. Auflage, Stuttgart 2014
- Peshteryanu Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 14.7.2020 – XIII ZB 135/19, jurisPR-VergR 11/2020 Anm. 1

- Peters Die Vergabe ohne Ausschreibung und die vorzeitige Vergabe nach Ausschreibung, NZBau 2011, 7
- Petersen Vergaberechtliche Zulässigkeit personenbezogener Zuschlagskriterien, VergabeR 2015, 8
- Pfannkuch Anmerkung zu OLG Rostock, Beschluss v. 6.2.2019 – 17 Verg 6/18, VergabeR 2020, 219
 Aktuelle Anforderungen an Rahmenvereinbarungen im Vergaberecht, KommJur 2019, 241
 Das bundesrechtliche Wettbewerbsregistergesetz – Überblick und Bedeutung im Vergabeverfahren, ZfBR 2018, 342
 Beihilferechtliche Risiken bei der Inhouse-Vergabe, NZBau 2015, 743
 Landesrechtlicher vergabespezifischer und bundesweiter Mindestlohn im Vergabeverfahren, VergabeR 2015, 631
- Pielow Gewerbeordnung: GewO, Kommentar, 2. Auflage, München 2016
- Pielow/Booz Industrie- und Handelskammern als öffentliche Auftraggeber?, GewArch 2015, 12
- Pieth/Eigen Korruption im internationalen Geschäftsverkehr: Bestandsaufnahme, Bekämpfung und Prävention, Neuwied 1999
- Pietzcker Auf der Suche nach den Grenzen des Vergaberechts, VergabeR 2010, 735
 Grenzen des Vergaberechts, NVwZ 2007, 1225
 Vergabeverordnung und Kaskadenprinzip aus verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Sicht, NZBau 2000, 64
 Die neue Gestalt des Vergaberechts, ZHR 162 (1998), 437
 Bindungswirkung der Entscheidung der Vergabekammer für das Verwaltungsgericht gem. § 179 Abs. 1 GWB, VergabeR 2019, 607
- Plagemann Anwaltshandbuch Sozialrecht, 5. Auflage, München 2018
- Plath BDSG/DSGVO, 3. Auflage 2018
- Pollmann Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im öffentlichen Vergaberecht, Berlin 2009
- Portner/Rechten Das Open-House-Modell – Möglichkeiten für eine praxisgerechte Verfahrensausgestaltung, NZBau 2017, 587
- Portz Kein „pacta sunt servanda“ bei vergaberechtswidrigen Verträgen – Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 18.7.2007 – C-503/04 (Kommission/Deutschland), KommJur 2007, 335
- Poschmann Vertragsänderungen unter dem Blickwinkel des Vergaberechts, Berlin 2010
- Posser/Wolff VwGO, Kommentar, 2. Auflage, München 2014
- Prieß Die Vergabe von Rettungsdienstleistungen nach den neuen Vergaberichtlinien, NZBau 2015, 343

Literaturverzeichnis

- Exclusio corruptoris? – Die gemeinschaftsrechtlichen Grenzen des Ausschlusses vom Vergabeverfahren wegen Korruptionsdelikten, NZBau 2009, 587
- Handbuch des europäischen Vergaberechts, 3. Auflage, Köln 2005
- Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 8.9.2005 – Rs. C-129/04, VergabeR 2005, 751
- Die Leistungsbeschreibung - Kernstück des Vergabeverfahrens (Teil 1), NZBau 2004, 20
- Prieß/Bonitz Das Sonderregime für Schadensersatz bei Vergabefehlern, NZBau 2013, 477
- Prieß/Friton Ausschluss bleibt Ausnahme, NZBau 2009, 300
- Prieß/Gabriel Beendigung des Dogmas durch Kündigung: Keine Bestandsgarantie für vergaberechtswidrige Verträge, NZBau 2006, 219
- Prieß/Hölzl Zulässiges Führen der Berufsbezeichnung „Freier Architekt“, NZBau 2011, 45
- Prieß/Marx/Hölzl Unternehmen des Schienengüterverkehrs: Auftraggeber i.S. von § 98 GWB?, VergabeR 2012, 425
- Kodifizierung des europäischen Rechtes zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nicht notwendig – Überlegungen am Beispiel der europäischen Regeln für die Trinkwasserversorgung, NVwZ 2011, 65
- Prieß/Lau/Kratzenberg Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung: 15 Jahre GWB-Vergaberecht, Festschrift für Fridhelm Marx, München 2013
- Prieß/Simonis Die künftige Relevanz des Primärvergabe- und Beihilfenrechts – Ein Zwischenruf, NZBau 2015, 731
- Prieß/Stein Die neue EU-Konzessionsvergaberichtlinie, VergabeR 2014, 499
- Die neue EU-Sektorenrichtlinie, NZBau 2014, 323
- Nicht nur sauber, sondern rein: Die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit durch Selbstreinigung, NZBau 2008, 230
- Probst/Tews Ausschreibung von (nachrangigen) Sicherheitsdienstleistungen auf deutschen Flughäfen, VergabeR 2011, 818
- Puhl Grundfragen des kartellvergaberechtlichen Auftraggeberbegriffs, Baden-Baden 2012
- Pünder Beschränkungen der In-House-Vergabe im öffentlichen Personenverkehr, NJW 2010, 263
- Die Vergabe von Personenverkehrsdienstleistungen in Europa und die völkerrechtlichen Vorgaben des WTO-Beschaffungsübereinkommens, EuR 2007, 564
- Pünder/Franzius Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, 20
- Pünder/Schellenberg Vergaberecht, Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2019
- Pünder/Prieß Vergaberecht im Umbruch, Köln 2005
- Pünder/Prieß/Arrowsmith Self-Cleaning in Public Procurement Law, Köln 2010

Püstow/Meiners	Vorrang des Unionsrechts bei vergaberechtswidrigen Verträgen, EuZW 2016, 325 Die Innovationspartnerschaft – Mehr Rechtssicherheit für ein innovatives Vertragsmodell, NZBau 2016, 406
Ramsauer	Die Dogmatik der subjektiven öffentlichen Rechte, JuS 2012, 769
Ransiek	Zur strafrechtlichen Verantwortung von Unternehmen, NZWiSt 2012, 45
Rechten	Die Novelle des EU-Vergaberechts, NZBau 2004, 366 Der Auftraggeberbegriff im Wandel, NZBau 2014, 667
Rechten/Röbke	Sozialstandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Berlin und Brandenburg, LKV 2011, 337
Redecker/von Oertzen	VwGO, Kommentar, 17. Auflage, Stuttgart 2021
Redmann	Landesvergaberecht 2.0, LKV 2012, 295
Regler	Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 25.3.2010 – Rs. C-451/08, DNotZ 2010, 528
Reichling/Scheumann	Die Vergabe von IT-Leistungen – Besondere Anforderungen und besondere Flexibilität? (Teil I), GewArch 2019, 7
Reidt/Glahs	Tariftreue- und Mindestentgeltspflichten von Auftragnehmern und Nachunternehmern im Öffentlichen Personenverkehr – beispielhaft dargestellt anhand des Niedersächsischen Tariftreue- und Vergabegesetzes, VergabeR 2015, 641
Reidt/Stickler/Glahs	Vergaberecht, Kommentar, 4. Auflage, Köln 2018
Reimnitz	Der neue Wettbewerbliche Dialog – Eine Alternative zum Verhandlungsverfahren unter Berücksichtigung von Public Private Partnership-Modellen, Frankfurt 2008
Renner/Rubach-Larsen/Sterner	Rechtsschutz bei der Vergabe von Rüstungsaufträgen, NZBau 2007, 407
Rennert	Konzessionen vor dem Verwaltungsgericht, NZBau 2019, 411
Reuber	Kein allgemeines Bewerbungsverbot wegen Vorbefassung, VergabeR 2005, 271
Rhein	Eignung per Datenbank, VergabeNavigator 2015, 9
Rieder/Dammann de Chaptó	Das neue Wettbewerbsregister beim Bundeskartellamt – Ein Anlass für (noch) mehr Compliance in Unternehmen, NZBau 2018, 8
Riese	Vergaberecht – Grundlagen, Verfahren, Rechtsschutz, Berlin 1998
Riese/van den Eikel	Der Handel von Emissionszertifikaten durch Stadtwerke: Ein vergaberechtliches Problem?, NVwZ 2005, 758
Risch	Die Vergabe von Konzessionen im Rettungsdienst – Teil 2, KommJur 2017, 129
Ristelhuber/Deuster	Direktvergaben an kommunale Aktiengesellschaften, VergabeR 2018, 99

Literaturverzeichnis

- Rittwage Vergleichsvereinbarungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 2007, 484
Einzel- und Gesamtrechtsnachfolge bei öffentlichen Aufträgen, VergabeR 2006, 327
- Röbke Unmittelbare Anwendbarkeit des Vergabesekundärrechts gegenüber privatrechtlich organisierten öffentlichen Auftraggebern, NZBau 2014, 609
Hilfsmittel- und Arzneimittelrabattverträgen im Spannungsfeld zwischen GWB und dem Recht der GKV, NZBau 2010, 346
Vergaberechtliche Ausschreibungspflicht für Rettungsdienstleistungen, NZBau 2008, 702
- Rödl Bezifferte Mindestentgeltvorgaben im Vergaberecht, EuZW 2011, 292
- Rogowski Prävention besser als Sanktion, Stadt und Gemeinde 2003, 192
- Römermann Ein Jahr im Zeichen der Compliance: nun auch für mittelständische GmbH, GmbHR 2014, 1
- Rosenkötter Die Innovationspartnerschaft, VergabeR 2016, 196
Die Verteidigungsrichtlinie 2009/81/EG und ihre Umsetzung, VergabeR 2012 (Sonderheft 2a), 267
- Rosenkötter/Plantiko Die Befreiung der Sektorentätigkeiten vom Vergaberechtsregime, NZBau 2010, 78
- Roth Selbstreinigung und Wiedergutmachung im Vergaberecht, NZBau 2016, 672
Private Projektgesellschaften als öffentliche Auftraggeber?, NZBau 2013, 685
Methodik und Bekanntgabe von Wertungsverfahren zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots, NZBau 2011, 75
- Roth/Erben Scientology-Schutzklausel im Vergaberecht, NZBau 2013, 409
- Roth/Lamm Die Umsetzung der Verteidigungsgüter-Beschaffungsrichtlinie in Deutschland
Ein Überblick über die Regelungen des GWB, der VSVgV und des dritten Abschnitts der VOB/A (VOB/A-VS), NZBau 2012, 609
- Roth/Lamm/Weyand Zulässigkeit der Bevorzugung von anerkannten Werkstätten für behinderte Menschen im Vergabeverfahren – Wie effektiv sind die Regelungen in Deutschland für eine sozialorientierte Beschaffung?, DÖV 2011, 545
- Roth/Landwehr Kein „Freibrief“ für Direktvergaben bei pandemiebedingtem Dringlichkeitsbedarf, NZBau 2021, 441
- Röwekamp/Kus/Potz/Prieß GWB-Vergaberecht, Kommentar, 5. Auflage, Köln 2020
- Ruge Schwarze und weiße Liste – Korruptionsbekämpfung im Vergaberecht, DVP 2005, 96
- Ruthig Vergaberechtsfreier Bevölkerungsschutz, NZBau 2016, 3
Vergaberechtsnovelle ohne Gesetzgeber - Zum GWB-Vergaberecht nach Ablauf der Umsetzungsfrist - Teil I, NZBau 2006, 137
- Sachs Grundgesetz: GG, Kommentar, 9. Auflage, München 2021

- Säcker Berliner Kommentar zum Energierecht, 5. Auflage, Frankfurt am Main 2022
- Säcker Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 3 und 4, 3. Auflage, München 2018
- Säcker/Ganske/Knauff Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 3 und 4, 4. Auflage, München 2022
- Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Auflage, München 2021
- Sauer Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, Baden-Baden 2012
Die Vergabe von Wegenutzungsverträgen für die Verlegung und den Betrieb von Fernwärmenetzen, IR 2018, 4
- Saxinger Die Novellierung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und ihre Auswirkungen auf den straßengebundenen ÖPNV, GewArch 2017, 463
- Saxinger/Winnes Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 17. Ergänzungslieferung Stand 12/2018, Köln
- Schäfer/Uechtritz/Zuber Rechtsgestaltung in der kommunalen Praxis, Baden-Baden 2015
- Schäling Fehlerhafte Wahl des Vergabeverfahrens führt zum Widerruf der Zuwendung!, IBR 2013, 294
- Schaller Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung, NZBau 2020, 19
- Scharen Patentschutz und öffentliche Vergabe, GRUR 2009, 345
- Scharf/Dierkes Zur Frage der Ausschreibungspflicht von Anteilskäufen durch die öffentliche Hand, VergabeR 2011, 543
- Schaub/Koch Arbeitsrecht von A-Z, 26. Auflage, München 2022
- Scheffler Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 11.7.2006 – Rs. C-205/03, EuZW 2006, 601
- Schenke/Klimpel Verhandlungsverfahren versus wettbewerblicher Dialog: Neuere Entwicklungen im Vergaberecht Öffentlich Privater Partnerschaften (ÖPP)-Public Private Partnership (PPP), DVBl. 2006, 1492
- Scherer-Leydecker Das Wettbewerbsregister: Die bundesweite schwarze Liste für die Vergabe öffentlicher Aufträge, CB 2017, 261
Verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge – Eine neue Auftragskategorie im Vergaberecht, NZBau 2012, 533
- Schimanek Die Ausschreibungspflicht von Privatisierungen, NZBau 2005, 304
Anmerkung zu VK Ansbach, Beschluss v. 26.7.2018 – RMF-SG21-3194-3-19, jurisPR-VergR 11/2018 Anm. 3
- Schindler Zulässigkeit der Beschränkung der Angebotsabgabe auf elektronische Form durch öffentlichen Auftraggeber, NZBau 2008, 746
- Schlette Der Begriff des „öffentlichen Auftraggebers“ im EG-Vergaberecht – Zur Entscheidung des EuGH in den Fällen Mannesmann Anlagenbau Austria AG und Gemeinde Arnhem, EuR 2000, 119
- Schlichting Die Verfolgung öffentlicher Interessen mithilfe der Vergabesperre, Baden-Baden 2018

Literaturverzeichnis

- Schmidt HOAI 2021 – Was folgt aus dem Wegfall des verbindlichen Preisrechts?, NJW 2021, 2491
- Schmidt Handelsrecht, 6. Auflage, Köln 2014
- Schmidt Wider den Ausschlussautomatismus: Kein zwingender Ausschluss einer Bietergemeinschaft bei Insolvenz eines Mitgliedsunternehmens, NZBau 2008, 41
- Schneider Das Ende der Prüfung der „rechtlichen Leistungsfähigkeit“ im Vergabeverfahren – OLG Düsseldorf gibt bisherige Rechtsprechung auf (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.10.2020 – Verg 36/19), Vergabeblog.de vom 19/11/2020, Nr. 45694
- Schneider Der Wettbewerbliche Dialog im Spannungsfeld der Grundsätze des Vergaberechts, Berlin 2009
- Schneider Die Rechtswidrigkeit der UfAB II Formel im Vergabeverfahren, NZBau 2002, 555
- Schnieders EuGH „Bundesdruckerei“ – Vorbote neuen Ungemachs für die deutsche Tariftreuegesetzgebung?, VergabeR 2015, 136
- Schoch/Schneider/Bier Verwaltungsrecht, Kommentar, 41. Ergänzungslieferung 2021, München
- Schoof/Leinemann Das Wettbewerbsregister nimmt Gestalt an, VergabeNews 2/21, 18
- Schreyer-Leydecker Verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge – Eine neue Auftragskategorie im Vergaberecht, NZBau 2012, 533
- Schröder Das Verfahren zur Vergabe von Wasserkonzessionen, NVwZ 2017, 504
- Schröder Das Konzessionsvergabeverfahren nach der RL 2014/23/EU, NZBau 2015, 351
- Schröder „Grüne“ Zuschlagskriterien, NZBau 2014, 467
- Schröder Rechtlich privilegierte Sektorenauftraggeber nach § 98 Nr. 4 GWB, NZBau 2012, 541
- Schröder Das so genannte Wesentlichkeitskriterium beim In-House-Geschäft, NVwZ 2011, 776
- Schröder Die elektronische Auktion nach § 101 IV 1 GWB – Rückkehr des Lizitationsverfahrens?, NZBau 2010, 411
- Schröder Inhalt, Gestaltung und Praxisfragen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens nach der europäischen ÖPNV-Verordnung, NVwZ 2008, 1288
- Schröder Ausschreibungen bei der Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II), VergabeR 2007 (Sonderheft 2a), 418
- Schröder Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des wettbewerblichen Dialogs in der Vergabep Praxis, NZBau 2007, 216
- Schröder In-house-Vergabe zwischen Teilnehmungsunternehmen der öffentlichen Hand?, NZBau 2005, 127
- Schröder Die vergaberechtliche Stellung des Kommunalunternehmens als Anstalt des öffentlichen Rechts, NZBau 2003, 596

- Schrotz/Ahlhaus Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.7.2011 – VII-Verg 20/11, NVwZ 2012, 63
- Schrotz/Raddatz Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 13.6.2013 – Rs. C-386/11, NVwZ 2013, 933
- Schulte/Just Kartellrecht, Kommentar, 2. Auflage, Köln 2016
- Schulte/Voll Das Bietergemeinschaftskartell im Vergaberecht – Drum prüfe, wer sich (ewig) bindet, ZfBR 2013, 223
- Schütte Verhandlungen im Vergabeverfahren, ZfBR 2004, 237
- Schwab Das neue Arbeitnehmer-Entsendegesetz, NZA-RR 2010, 225
- Schwab/Giesemann Mit mehr Regeln zu mehr Rechtssicherheit?, VergabeR 2014, 351
- Schwabe Forderung nach sozialversicherungspflichtigem Personal in Vergabeverfahren?, NZBau 2013, 753
- Seelinger/Gürer Das neue Wettbewerbsregister – ein Überblick aus kartellrechtlichem Blickwinkel, BB 2017, 1731
- Seidel Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.7.2011 – VII-Verg 20/11, VergabeR 2012, 45
- Shirvani Zur unionsrechtskonformen Auslegung von § 101b GWB, VergabeR 2013, 669
- Siebler/Wellmann Vorzeitige Verlängerung von Wasserkonzessionen?, VersorgW 2015, 172
- Siedler/Zeitler/Dahme/Knopp Wasserhaushaltsgesetz, Abwasserabgabengesetz: WHG, Kommentar, 56. Auflage, München 2021
- Siegel Neue Ziele im Vergaberecht, VergabeR 2022, 14
- Die Konzessionsvergabe im Unterschwellenbereich, NZBau 2019, 353
- Die Ausschreibungspflicht horizontaler öffentlich-öffentlicher Kooperationen, NZBau 2018, 507
- Mindestlöhne im Vergaberecht und der EuGH, EuZW 2016, 101
- Der neue Rechtsrahmen für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, VergabeR 2015, 265
- Wie fair ist das Vergaberecht? – Der faire Handel vor dem EuGH, VergabeR 2013, 370
- Siegel/Wellmann Vorzeitige Verlängerung von Wasserkonzessionen?, VersorgungW 2015, 172
- Sitsen Ist die Zweiteilung des Vergaberechts noch verfassungskonform?, ZfBR 2018, 654
- Die Sektorenauftraggebereignenschaft privater Eisenbahnverkehrsunternehmen nach der Vergaberechtsreform 2016, VergabeR 2016, 553
- Vergaben im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich – Rechtsschutzmöglichkeiten übergangener Bieter, Schriftenreihe forum vergabe e.V. 2012, 118
- Spindler/Schuster Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage, München 2019

Literaturverzeichnis

- Steck Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses, VergabeR 2017, 240
- Steiling Die Auftraggebereignschaft der Ärztekammern, NZBau 2012, 146
- Stein/Friton Internationale Korruption, zwingender Ausschluss und Selbstreinigung, VergabeR 2010, 151
- Stein/Friton/Huttenlauch Kartellrechtsverstöße als Ausschlussgründe, WuW 2012, 38
- Stein/Wolters Gesteigerte Bewertungsanforderungen infolge der „Schulnoten-Rechtsprechung“, NZBau 2020, 339
Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 24.10.2018 – Rs. C-124/17, jurisPR-Compl 2/2019 Anm. 2, 8
- Steinberg Die neue Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen - europarechtliche Genese und nationale Umsetzung, NVwZ 2006, 1349
- Steinicke/Vesterdorf Brussels Commentary on EU Public Procurement Law, München 2018
- Stelkens/Bonk/Sachs Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kommentar, 9. Auflage, München 2018
- Stickler Bedarf die Vergabe von Darlehensverträgen durch die öffentliche Hand einer europaweiten Ausschreibung?, VergabeR 2008, 177
- Stickler/Feske Die In-House-Vergabe von ÖSPV-Dienstleistungen nach der VO (EG) 1370/2007, VergabeR 2010, 1
- Stolz Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung, VergabeR 2016, 155
Die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen nach der Vergaberechtsreform 2016, VergabeR 2016, 351
- Stoye/von Münchhausen Primärrechtsschutz in der GWB-Novelle – Kleine Vergaberechtsreform mit großen Einschnitten im Rechtsschutz, VergabeR 2008, 871
- Stoye/Plantiko Der reine Preiswettbewerb – wann ist der sinnvoll, wann verboten?, VergabeR 2015, 309
- Stoye/Schrammel Die HOAI 2021 als flexibler Rechtsrahmen im Preis- und Leistungswettbewerb um öffentliche Planungsaufträge, NJW 2021, 197
- von Strenge Auftraggebereignschaft wegen Beherrschung durch ausländische Gebietskörperschaften, NZBau 2011, 17
- Stumpf/ Götz Voraussetzungen und Rahmenbedingungen der Dringlichkeitsvergabe, VergabeR 2016, 561
- Sudbrock Wasserkonzessionen, In-House-Geschäfte und interkommunale Kooperationen nach den neuen EU-Vergaberichtlinien, KommJur 2014, 41
- Sule „Rechts auf Wasser“ – Zur ersten der Europäischen Kommission vorgelegten Europäischen Bürgerinitiative nach dem Lissabonner Vertrag, EuZW 2014, 725

Summa	<p>Nachprüfungsantrag abgelehnt – oder doch nicht?, VPR 2020, 235</p> <p>Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde durch BGH?, VPR 2019, 202</p> <p>Austausch des „Eignungsverleihers“ nach Angebotsabgabe?, VPR 2017, 217</p> <p>Vergaberecht und ILO-Kernarbeitsnormen, VergabeR 2016, 147</p> <p>Die Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien – ein erster Eindruck, NZBau 2015, 329</p> <p>Die Entscheidung über die Auftragsvergabe – Ein Ausblick auf das künftige Unionsrecht, NZBau 2012, 729</p>
Tausendpfund	Gestaltungs- und Konkretisierungsmöglichkeiten des Bieters im Vergaberecht, Baden-Baden 2009
Tegeler	Dienstleistungskonzessionen – KonzVgV regelt Vergabeverfahren, VergabeFokus 2016, 16
Terwiesche/Lompa	Neues Vergaberecht – Keine Ausschreibungspflicht der Kommunen für Rechtsberatungsleistungen unterhalb des Schwellenwertes, KommJur 2015, 407
Theurer/Trutzel/Braun/Weber	Die Pflicht zur Losaufteilung: Von der Norm zur Praxis – Forschungsgutachten der auftragsberatungsstellen in Deutschland, VergabeR 2014, 301
Theobald/Kühling	Energierrecht, 115. Auflage, München 2022
Thieme/Corell	Deutsches Vergaberecht zwischen nationaler Tradition und europäischer Integration, DVBl. 1999, 884
Thommen/Achleitner	Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, Wiesbaden 2020
Tomerius	<p>Drittgeschäfte kommunaler Entsorgungsunternehmen und In-house-Fähigkeit, VergabeR 2015, 373</p> <p>Kommunale Flächenentwicklung in öffentlich-privater Partnerschaft und Vergaberecht: Entwicklungslinien in Literatur und Rechtsprechung zwei Jahre nach dem EuGH-Urteil „Helmut Müller“, ZfBR 2012, 332</p>
Trybus	Buying Defence and Security in Europe – The EU Defence and Security Procurement Directive in Context, Cambridge 2014
Tschäpe	Zur Anzahl der Teilnehmer während des Verhandlungsverfahrens, ZfBR 2014, 538
Tugendreich	<p>Mindestlohnvorgaben im Kontext des Vergaberechts, NZBau 2015, 395</p> <p>Strategische Partnerschaften im Zusammenhang mit der Vergabe von Wegenutzungsverträgen nach § 46 EnWG – Möglichkeiten und Grenzen im Lichte des Vergabe-, Energiewirtschafts- und Kartellrecht, ZfBR 2014, 547</p> <p>Der Anwendungsbereich von Präqualifikationsverfahren im deutschen Vergaberecht, NZBau 2011, 467</p>
Tugendreich/Heller	Freistellung vom Vergaberecht für den Strom- und Gaseinzelhandel, NZBau 2017, 387

- Weyand Vergaberecht, 4. Auflage, München 2013
- Wieland Der Abschluss von Konzessionsverträgen als Teil der gemeindlichen Selbstverwaltung, DÖV 2015, 169
- von Wietersheim Legal update: Weitere Entwicklungen im Vergaberecht, jurisPR-VergR 9/2021, Anm. 1
- Vergaben im Bereich Verteidigung und Sicherheit, Köln 2013
- Wilke Das Beschwerdeverfahren vor dem Vergabesenat beim OLG, NZBau 2005, 326
- Willenbruch Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.7.2015 – Verg 11/15, VergabeR 2016, 237
- Eignungskriterien: Neue Rechtsprechung zu Möglichkeiten und Grenzen in rechtlicher und praktischer Hinsicht, VergabeR 2015, 322
- Die Praxis des Verhandlungsverfahrens nach §§ 3a Nr. 1 VOB/A und VOL/A, NZBau 2003, 422
- Willenbruch/Wiedekind Vergaberecht, Kommentar, 4. Auflage, Köln 2017
- Wimmer Zuverlässigkeit im Vergaberecht, Baden-Baden 2012
- Wirth Das neue Wettbewerbsregister, CCZ 2018, 181
- Witte/Wagner Die Gesetzesinitiative Nordrhein-Westfalens zur Einführung eines Unternehmensstrafrechts, BB 2014, 643
- Wittig/Schimanek Sondervergaberecht für Verkehrsdienstleistungen – Die neue EU-Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, NZBau 2008, 222
- Wolf/Wolters Wirkung und Voraussetzungen der freiwilligen ex ante-Transparenzbekanntmachung, NZBau 2019, 560
- Wolters Das Gesetz zur Einführung eines Wettbewerbsregisters, KriPoZ 2017, 244
- Wrede/Klotz Freistellung vom EU-Vergaberecht für die deutsche Energiewirtschaft, RdE 2017, 287
- Würfel Dienstleistungskonzession und Betriebsrisiko, NZBau 2012, 752
- Zeiss Sektorenverordnung verfassungswidrig – Gebührenerhebung durch Bundeskartellamt unzulässig?, NVwZ 2010, 556
- Energieeffizienz in der Beschaffungspraxis, NZBau 2012, 201
- Ziegler Wettbewerb ohne Wettbewerb? – Zur Beschaffung in „defekten“ Märkten, ZfBR 2018, 37
- Ziekow Inhouse-Geschäft und öffentlich-öffentliche Kooperationen: Neues vom europäischen Vergaberecht?, NZBau 2015, 258
- Das Gebot der vornehmlichen Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – Mittelstandsschutz ernst genommen, GewA 2013, 417
- Die Wirkung von Bereichsausnahmen vom Vergaberecht, VergabeR 2007, 711
- Die vergaberechtliche Auftraggebereigenschaft konzernverbundener Unternehmen, NZBau 2004, 181

Literaturverzeichnis

- Ausschreibungspflicht bei Auftragnehmerwechsel, VergabeR 2004, 430
- Beleihung – Ende einer lieb gewonnenen Ausnahme von der Ausschreibungspflicht?, DVBl. 2003, 435
- Der funktionelle Auftraggeberbegriff des § 98 Nr. 2 GWB, VergabeR 2003, 483
- Vergabefremde Zwecke und Europarecht, NZBau 2001, 72
- Ziekow/Völlink Vergaberecht, Kommentar, 4. Auflage, München 2020
- Zimmermann Anmerkung zu OLG Celle, Urteil v. 18.1.2018 – 11 U 121/17, jurisPR-VergR 3/2018 Anm. 1
- Zimmermann Von der EU-Verfassung zum Vertrag von Lissabon – Zu den kommunalen Rechten im EU-Reformvertrag, KommJur 2008, 41
- Zöllner Zehn Jahre 11. September – Zehn Jahre Gesetzgebung zum materiellen Terrorismusstrafrecht in Deutschland, StV 2012, 364
- Zöllner ZPO – Zivilprozessordnung, Kommentar, 34. Auflage, Köln 2022
- Zuber Anm. zu OLG Düsseldorf: Anforderungen an die Vergabe einer Wasserkonzession, IR 2018, 263

Kommentar

**zum Gesetz gegen
Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)**

und

**zum Gesetz zur Einrichtung und zum Betrieb
eines Registers zum Schutz des Wettbewerbs
um öffentliche Aufträge und Konzessionen
(Wettbewerbsregistergesetz – WRegG)**

Kommentar

zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

In der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 19. Juli 2022 (BGBl. I S. 1214) geändert worden ist.

Teil 4

Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen

Kapitel 1 Vergabeverfahren

Abschnitt 1 Grundsätze, Definitionen und Anwendungsbereich

§ 97 GWB

Grundsätze der Vergabe

- (1) Öffentliche Aufträge und Konzessionen werden im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben. Dabei werden die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt.
- (2) Die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind gleich zu behandeln, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet.
- (3) Bei der Vergabe werden Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt.
- (4) Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillöse) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlöse) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlöse dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Wird ein Unternehmen, das nicht öffentlicher Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber ist, mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut, verpflichtet der öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber das Unternehmen, sofern es Unteraufträge vergibt, nach den Sätzen 1 bis 3 zu verfahren.
- (5) Für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren verwenden Auftraggeber und Unternehmen grundsätzlich elektronische Mittel nach Maßgabe der aufgrund des § 113 erlassenen Verordnungen.
- (6) Unternehmen haben Anspruch darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden.

Übersicht	Rn.	Rn.	
A. Allgemeines	1	c) Zuschneiden von Eignungsanforderungen und Leistungsbeschreibung	57
B. Allgemeine Vergabegrundsätze (Abs. 1 und 2)	7	d) Ausschluss von Angeboten	59
I. Wettbewerb, Transparenz, Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit (Abs. 1)	10	e) Angebotsaufklärung, Nachforderung und (Nach-)Verhandlung ...	60
1. Wettbewerb	11	f) Behandlung von Bietergemeinschaften	62
a) Anwendungsfälle	14	2. Rechtsschutz	65
aa) Verfahrensarten	15	C. Strategische Ziele (Abs. 3)	66
bb) Leistungsbeschreibung und Anforderungen an Unternehmen ...	17	I. Allgemeines	66
cc) Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen von Unternehmen	20	1. Terminologie	69
b) Einschränkungen	23	2. Unionsrechtlicher Hintergrund ...	72
c) Rechtsschutz	26	3. Vergleich zur Vorgängerregelung	75
2. Transparenz	28	II. Anwendungsbereich	77
a) Transparente Vergabe	29	III. Regelungsgehalt	78
b) Angebotstransparenz	33	1. Aspekte	79
c) Rechtsschutz	36	a) Die einzelnen Aspekte	81
3. Wirtschaftlichkeit	37	aa) Soziale Aspekte	82
4. Verhältnismäßigkeit	42	bb) Umweltbezogene Aspekte	89
II. Gleichbehandlung (Abs. 2)	46	cc) Aspekte der Innovation	95
1. Anwendungsfälle	52	dd) Aspekte der Qualität	100
a) Bevorzugung ortsansässiger oder einheimischer Unternehmen	53	b) Kein abschließender Charakter ..	103
b) Wissensvorsprünge und Beteiligung von Projektanten	55	c) Öffnungsklausel für die Länder ..	107
		2. Anknüpfungspunkte für die Berücksichtigung der Aspekte ...	108

a)	Leistungsbeschreibung	109	4.	Nichtverschulden	244
b)	Ausschlussgründe/Eignung	114	V.	Verpflichtung von Unterauftrag- nehmern (S. 4)	245
aa)	Ausschlussgründe	115	VI.	Loslimitierung	251
bb)	Eignungskriterien	118	VII.	Koppelungsnachlass	252
c)	Zuschlagskriterien	122	VIII.	Dokumentation	253
d)	Ausführungsbedingungen	127	IX.	Rechtsschutz	257
3.	Verbindung zum Auftrag	131	E.	Grundsatz der elektronischen Kom- munikation (Abs. 5)	260
a)	Grundsätze	131	I.	Allgemeines	260
b)	Einzelne Anknüpfungspunkte	133	1.	Unionsrechtlicher Hintergrund ...	261
4.	Weitere Anforderungen	141	2.	Historie	265
a)	Verhältnismäßigkeit	142	3.	Umsetzung	270
b)	Wirksamer Wettbewerb	145	II.	Anwendungsbereich	275
c)	Transparenz	148	1.	Persönlicher Anwendungsbe- reich	275
d)	Einhaltung der europarechtlichen Grundfreiheiten	152	2.	Sachlicher Anwendungsbereich ..	276
e)	Beihilfeverbot	155	a)	Regel-Ausnahme-Verhältnis	276
f)	Verfassungsrechtliche Grenzen ..	158	b)	Weitere Ausnahmen im Ober- schwelenbereich	278
IV.	Rechtsschutz	159	c)	Ausnahmen im Bereich der nationalen Vergaben	280
D.	Mittelstandsschutz (Abs. 4)	160	d)	Landesrechtliche Ausnahmerege- lungen im Bereich nationaler Vergaben	283
I.	Allgemeines	160	III.	Regelungsinhalt	285
1.	Anwendungsbereich	161	1.	Elektronische Mittel	286
2.	Historie	164	2.	Speichern von Daten	288
3.	Unionsrechtlicher Hintergrund ...	167	IV.	E-Vergabe i.e.S. in der Beschaf- fungspraxis	290
II.	Mittelstandsklausel (S. 1)	173	1.	Bereitstellung der Vergabeunter- lagen	290
1.	Regelungsgehalt	174	2.	Bekanntgabe der Eignungskrite- rien mittels Verlinkung	295
2.	Begriff der mittelständischen Interessen	175	3.	Umgang mit technischen Proble- men	300
a)	Absoluter Mittelstandsbegriff	179	4.	Textform nach § 126b BGB	302
b)	Relativer Mittelstandsbegriff	183	5.	Wahrung des Geheimwettbe- werbs	305
c)	Maßstab für die Berücksichti- gung	186	6.	Zugang des Informationsschrei- ben gemäß § 134 GWB	308
2.	Vornehmliche Berücksichti- gung	187	F.	Anspruch auf Einhaltung der Verga- bebestimmungen (Abs. 6)	309
III.	Grundsatz der Unterteilung in Lose (S. 2)	190	I.	Allgemeines	310
1.	Sinn und Zweck	194	1.	Unionsrechtlicher Hintergrund ...	310
2.	Bestimmungsrecht über den Auftragsgegenstand	198	2.	Historie	311
3.	Teilung in Teillose	201	II.	Anspruch	312
4.	Trennung nach Fachlosen	206	III.	Bestimmungen über das Verga- beverfahren	315
a)	Trennbarkeit nach Art oder Fach- gebiet	207	Anlage		
b)	Rechtsprechung	212	Gesetzesbegründung		
5.	Anzahl der Lose und Loszu- schnitt	220			
a)	Teillose	220			
b)	Fachlose	223			
IV.	Zusammenvergabe von Losen (S. 3)	225			
1.	Maßstab des Erforderns	230			
2.	Wirtschaftliche Gründe	233			
3.	Technische Gründe	239			

A. Allgemeines

- § 97 GWB enthält die wesentlichen Grundsätze des Vergabeverfahrens und ist damit die zentrale Vorschrift des materiellen Vergaberechts.¹ Die Grundsätze sind bei der Anwendung und Auslegung sämtlicher vergaberechtlicher Vorschriften zu beachten. **1**
- Die herausragenden **Grundsätze** des Vergabeverfahrens – Gleichbehandlung, Transparenz, Wettbewerb, Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit – werden in Absatz 1 und Absatz 2 geregelt. Nach Maßgabe des Absatz 3 werden bei der Vergabe strategische Ziele verfolgt. Aus Absatz 4 folgt die Vorgabe einer mittelstandsfreundlichen Ausrichtung des Vergabeverfahrens. Absatz 5 regelt den Grundsatz der elektronischen Kommunikation. Absatz 6 schließlich gibt den Unternehmen ein subjektives Recht auf Einhaltung der Bestimmungen des Vergabeverfahrens. **2**
- § 97 GWB ist bereits seit der Ablösung der sogenannten haushaltsrechtlichen Lösung mit dem **VgRÄG** die Eingangs- und Kernnorm des Teil 4 GWB. Die Vorschrift hat seitdem nur wenige Änderungen erfahren und ist seit dem Inkrafttreten des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes im Jahr 2016 unverändert geblieben. **3**
- § 97 Abs. 4 S. 1 GWB a.F. enthielt zuvor den Grundsatz der Vergabe öffentlicher Aufträge an **geeignete Unternehmen**. Danach waren Aufträge an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreu und zuverlässige Unternehmen zu vergeben. Eine entsprechende Regelung in § 97 GWB gibt es seit dem Inkrafttreten des VergRModG 2016 nicht mehr. Ihr Regelungsgelbalt findet sich vielmehr jetzt in § 122 Abs. 1 GWB wieder.² Die Ausgliederung des Grundsatzes der Vergabe öffentlicher Aufträge an geeignete Unternehmen aus § 97 GWB ist jedoch eine rein gesetzssystematische Entscheidung. Für eine Herabsetzung der Bedeutung dieses Grundsatzes bieten hingegen weder die Gesetzesmaterialien einen Anhaltspunkt noch die Vergaberichtlinien einen Anlass. Die vormals in § 97 Abs. 4a GWB a.F. geregelte Zulassung von Präqualifikationssystemen wird nunmehr insbesondere durch § 122 Abs. 3 GWB in Verbindung mit § 48 Abs. 8 VgV, § 6b EU Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VOB/A, § 48 SektVO fortgeschrieben. **4**
- Nach § 97 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB a.F. konnten Auftraggeber **zusätzliche Anforderungen** an Auftragnehmer stellen, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben; andere oder weitergehende Anforderungen durften nur an Auftragnehmer gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. Eine entsprechende Regelung enthält § 97 GWB nicht mehr. Die Zulässigkeit der Vorgabe von Ausführungsbedingungen richtet sich nunmehr nach § 128 Abs. 2 GWB und § 129 GWB.³ **5**
- § 97 Abs. 6 GWB a.F. enthielt die **Verordnungsermächtigung**. Danach wurde die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates nähere Bestimmungen über das bei der Vergabe einzuhaltende Verfahren zu treffen, insbesondere über die Bekanntmachung, den Ablauf und die Arten der Vergabe, über die Auswahl und Prüfung der Unternehmen und Angebote, über den Abschluss des Vertrages und sonstige Fragen des Vergabeverfahrens. Die Vorschrift wurde durch § 127 GWB a.F. ergänzt, der weitere Details der Verordnungsermächtigung enthielt. § 113 GWB fasst die Verordnungsermächtigung nunmehr in einer zentralen Vorschrift zusammen.⁴ **6**

B. Allgemeine Vergabegrundsätze (Abs. 1 und 2)

- Die in § 97 Abs. 1 und 2 GWB zum Ausdruck kommende Trias von Wettbewerb, Gleichbehandlung und Transparenz bestimmt ganz praktisch jedes Vergabeverfahren. Aber auch die **7**

1 Vgl. Gesetzesbegründung zu § 97 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 67.

2 Vgl. Gesetzesbegründung zu § 97 und § 122 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 67, 100.

3 Vgl. Gesetzesbegründung zu § 128 und § 129 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 113 f.

4 Vgl. Gesetzesbegründung zu § 97 und § 113 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 67, 88.

anderen in Abs. 1 geregelten Grundsätze – Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit – sind von nicht zu unterschätzender Bedeutung.

- 8** § 97 Abs. 1 und 2 GWB sind mit dem **VergRModG 2016** in einigen Punkten verändert worden. Seitdem werden – entsprechend der generellen Ausweitung des Anwendungsbereichs des Vierten Teils des GWB – neben öffentlichen Aufträgen auch Konzessionen ausdrücklich in § 97 Abs. 1 GWB erfasst. Zudem hat der Gesetzgeber die Wahrung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB ausdrücklich aufgenommen. In § 97 Abs. 2 GWB ist darüber hinaus der Begriff der Benachteiligung durch den Begriff der Ungleichbehandlung ersetzt worden, ohne dass dies inhaltlich eine Änderung bedeutete. Denn die Benachteiligung eines Teilnehmers ist zwangsläufig mit der Bevorzugung anderer Teilnehmer und umgekehrt verbunden. Der Begriff der Ungleichbehandlung als Oberbegriff umfasst nunmehr unzweifelhaft von vorneherein beide Konstellationen.
- 9** Dem **europäischen Primärrecht** kann mit den Art. 8, 10 und 18 f. AEUV der Grundsatz der Gleichbehandlung beziehungsweise Nichtdiskriminierung entnommen werden. Die übrigen in § 97 Abs. 1 GWB aufgeführten Grundsätze können dem Primärrecht zwar nicht *expressis verbis* entnommen werden. Jedoch sehen die neuen Vergaberichtlinien neben dem Gleichbehandlungsgebot⁵ auch die Grundsätze des Wettbewerbs⁶, der Transparenz⁷ und der Verhältnismäßigkeit⁸ sowie der Wirtschaftlichkeit⁹ vor.

I. Wettbewerb, Transparenz, Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit (Abs. 1)

- 10** § 97 Abs. 1 GWB kann als Überschrift des modernen Vergaberechts verstanden werden. Denn in Abkehr von der früheren, rein haushaltsrechtlich determinierten und damit häufig wenig wettbewerblichen Vergabe sind öffentliche Aufträge (vgl. die Legaldefinition in § 103 GWB) und nunmehr auch Konzessionen (vgl. § 105 GWB) im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren zu vergeben. Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit sind dabei zu wahren.

1. Wettbewerb

- 11** Nach § 97 Abs. 1 S. 1 GWB werden öffentliche Aufträge und Konzessionen „im Wettbewerb“ vergeben. Was unter **Wettbewerb** zu verstehen ist, definiert das GWB nicht. Einzelnen Vorschriften des GWB ist allerdings zu entnehmen, welche Anforderungen an eine Vergabe im Wettbewerb zu stellen sind. Daraus kann wiederum auf den Wettbewerbsbegriff im Sinne des GWB rückgeschlossen werden, der sich von der allgemeinen Definition nicht unterscheiden dürfte. Danach wird Wettbewerb als Konkurrenz alternativer Anbieter verstanden. Demzufolge ist das Kriterium für das Bestehen von Wettbewerb auf einem bestimmten Markt das Vorhandensein von Alternativen für die Marktgegenseite.¹⁰ Die Vergaberichtlinien und ihre nationale Umsetzung im GWB und den nachrangigen Verordnungen sehen daher eine Ausgestaltung der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen vor, die die Auftraggeber in die Lage versetzen soll, verschiedene Angebote miteinander zu vergleichen und auf Grund objektiver Kriterien das günstigste Angebot auszuwählen.¹¹
- 12** Idealerweise stehen mithin dem Auftraggeber durch die Durchführung von ordnungsgemäßen Vergabeverfahren nach diesen Bestimmungen entstehenden Mehraufwand auch viele **Vorteile** gegenüber: es gibt eine Angebotskonkurrenz, die dem Auftraggeber eine echte

⁵ Vgl. Art. 18 Abs. 1 RL 2014/24/EU; Art. 36 Abs. 1 UAbs. 1 RL 2014/25/EU; Art. 3 Abs. 1 RL 2014/23/EU.

⁶ Vgl. Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/24/EU; Art. 36 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/25/EU; abgeschwächt u.a. in Erwägungsgründen 8 und 51 und Art. 37 Abs. 3 S. 2 RL 2014/23/EU; Erwägungsgrund 15 Abs. 2 und Art. 18 Abs. 2 RL 2009/81/EG.

⁷ Vgl. Art. 18 Abs. 1 RL 2014/24/EU; Art. 36 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/25/EU; Art. 3 RL 2014/23/EU.

⁸ Vgl. Art. 18 Abs. 1 RL 2014/24/EU; Art. 36 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/25/EU; Art. 3 Abs. 1 RL 2014/23/EU.

⁹ Vgl. u.a. Erwägungsgründe 89 ff. und Art. 67 Abs. 1 RL 2014/24/EU; Erwägungsgründe 94 ff. und Art. 82 Abs. 1 RL 2014/25/EU; Erwägungsgrund 73 und Art. 41 Abs. 1 RL 2014/23/EU.

¹⁰ Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, Einl. Rn. 1.3.

¹¹ Vgl. EuGH, Urteil v. 7.10.2004 – Rs. C-247/02 (Sintesi), Rn. 37.

Auswahl unter verschiedenen Lösungen bietet; der Wettbewerbsdruck führt zu besseren Angeboten und insbesondere niedrigeren Preisen; die Abhängigkeit von einzelnen Unternehmen sinkt.¹² Wenngleich diese Stoßrichtung des Wettbewerbsprinzips unzweifelhaft von wesentlicher Bedeutung für die Auftraggeber ist, so dient der Wettbewerb mindestens gleichermaßen auch der Unternehmensseite. Erst durch die mit den Vergaberichtlinien und ihrer nationalen Umsetzung erfolgte wettbewerbliche Öffnung der Beschaffungsmärkte in Abkehr vom sogenannten Hoflieferantentum ist es allen – einschließlich kleinen und mittleren – Unternehmen möglich, sich europaweit um attraktive öffentliche Aufträge zu bewerben.¹³

In der Formulierung des § 97 Abs. 1 S. 1 GWB steckt daher zweierlei: Zum einen wird damit das in den §§ 119 Abs. 2, 141 Abs. 1, 146 S. 1 GWB zum Ausdruck kommende Regel-Ausnahme-System der **Verfahrensarten** begründet, wonach wettbewerbliche Verfahren grundsätzlich Vorrang genießen. Zum anderen soll damit aber ebenfalls deutlich gemacht werden, dass auch innerhalb der jeweiligen **Vergabeverfahren** die Konkurrenz der Unternehmen nicht behindert werden soll.

a) Anwendungsfälle

Im Einzelnen hat der Wettbewerbsgrundsatz unter anderem Einfluss in folgenden Bereichen:¹⁴

aa) Verfahrensarten

Die Betonung des Wettbewerbs findet einen starken Ausdruck darin, dass das Vergaberecht nach Abkehr von der sog. haushaltsrechtlichen Lösung nunmehr im Wettbewerbsrecht verankert ist. Zweifelsohne verlangt der Wettbewerbsgrundsatz dabei zunächst, dass öffentliche Aufträge überhaupt nach den §§ 97 ff. GWB vergeben werden. Damit geht zugleich das Ende des sog. Hoflieferantentums einher.¹⁵ Ein Zwang zur Privatisierung ist damit freilich nicht verbunden.¹⁶ Allerdings muss der Wettbewerbsgedanke bereits dann mitgedacht werden, wenn der **Anwendungsbereich** des Vergaberechts in Frage steht. Dies wirkt sich etwa bei der Anwendung der Ausnahmetatbestände vom Teil 4 GWB (§§ 107 ff. GWB, §§ 116 f. GWB, §§ 137 ff. GWB, § 145 GWB, § 149 f. GWB) aus: diese sind entsprechend des schon durch die Vergaberichtlinien vorgegebenen Ziels der Öffnung der Beschaffungsmärkte grundsätzlich eng auszulegen.¹⁷

Nach dem Willen des Gesetzgebers des GWB soll der Wettbewerbsgrundsatz – sobald sein Anwendungsbereich durch die Entscheidung zur Vergabe eröffnet ist – einen breitestmöglichen Wettbewerb unter den Unternehmen eröffnen.¹⁸ Ausfluss dieser Absicht ist die insbesondere in § 119 Abs. 2 GWB verankerte **Hierarchie der Verfahrensarten**. Danach sind – wenngleich unter Abschwächung der früheren, grundsätzlich das offene Verfahren präferierenden Rechtslage – das offene oder das nicht offene Verfahren mit Teilnahmewettbewerb vorrangig anzuwenden, welche einer unbeschränkten Vielzahl von Unternehmen die Möglichkeit der Teilnahme bieten. Die Anwendbarkeit anderer, in der Regel weniger wettbewerblicher Verfahrensarten steht hingegen unter dem Vorbehalt des Vorliegens der jeweiligen Tatbestandsmerkmale der aufgrund des GWB erlassenen Ausnahmevorschriften.¹⁹ Über diese

12 Zu dem in den letzten Jahren anzutreffenden Phänomen gesättigter bzw. „defekter“ Märkte vgl. allerdings Ziegler, ZfBR 2018, 37.

13 Vgl. EuGH, Urteil v. 27.11.2019 – Rs. C-402/18 (Tedeschi), Rn. 39, 59; Urteil v. 14.9.2017 – Rs. C-223/16 (Casertana Costruzioni), Rn. 31.

14 Im Folgenden findet sich nur eine Auswahl möglicher Einflussbereiche des Wettbewerbsgrundsatzes, zumal eine trennscharfe Abgrenzung zum Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz ohnehin nicht immer möglich ist. Zur auch unter Wettbewerbsgesichtspunkten relevanten Projektanten-Konstellation vgl. unten Rn. 55 f.

15 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 17.11.2008 – VII-Verg 53/08.

16 Vgl. etwa Burgi, NZBau 2005, 208 (210); Pietzcker, NVwZ 2007, 1225 (1227). Zu Konzessionen vgl. nunmehr insbesondere Art. 2 und 4 RL 2014/23/EU.

17 Vgl. EuGH, Urteil v. 8.12.2016 – Rs. C-553/15 (Undis Servizi), Rn. 29 m.w.N.

18 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 17.11.2008 – VII-Verg 53/08. An dieser Absicht hat auch die Gleichstellung von offenem und nicht offenem Verfahren nichts geändert, vgl. Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 1 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 67: „Organisation größtmöglichen Wettbewerbs“.

19 Vgl. dazu im Einzelnen Knauß in § 119 GWB Rn. 50 ff.

13

14

15

16

bereits begrenzten Ausnahmetatbestände hinaus kann aus dem Wettbewerbsgrundsatz wegen dessen bloßer Auffangfunktion²⁰ aber keine Pflicht zu einer möglichst wettbewerblichen Vergabeverfahrensart abgeleitet werden. Öffentliche Auftraggeber sind vielmehr berechtigt, das Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes zur Anwendung des weniger wettbewerblichen Verfahrens zu nutzen, auch wenn es ihnen im konkreten Einzelfall möglich wäre, bspw. ein offenes Verfahren durchzuführen. Selbstverständlich steht es ihnen aber ebenfalls frei, gleichwohl das wettbewerblichere Verfahren zu wählen.²¹ So können auch Planungsleistungen trotz § 74 VgV durchaus im offenen Verfahren vergeben werden.²²

bb) Leistungsbeschreibung und Anforderungen an Unternehmen

- 17** Es liegt auf der Hand, dass die Bestimmung des **Auftragsgegenstandes**, die konkrete Leistungsbeschreibung und die vom Auftraggeber an die Unternehmen gestellten Anforderungen maßgeblichen Einfluss auf die Verwirklichung eines echten Wettbewerbs haben.²³ Denn je enger der Auftraggeber die Anforderungen an den Auftragsgegenstand und die Unternehmen formuliert, desto weniger Unternehmen werden in der Lage sein, diese zu erfüllen.²⁴ Insofern ist allerdings zu bedenken, dass die Bestimmung des Auftragsgegenstandes grundsätzlich das Kernrecht des Auftraggebers darstellt und in dessen souveräne Entscheidungsgewalt fällt.²⁵ Es ist auch nicht der Anspruch des Vergaberechts, Auftraggeber zu verpflichten, die Leistung generell so zuzuschneiden, dass sich stets sämtliche Unternehmen an der Beschaffung beteiligen können.²⁶ Ihre Grenzen findet die Entscheidungsgewalt des Auftraggebers allerdings in den auf dem Diskriminierungsverbot und dem Wettbewerbsgrundsatz beruhenden Regelungen insbesondere zur Gleichwertigkeit angebotener Produkte und zur Produktneutralität der Ausschreibung, die Art. 42 RL 2014/24/EU umsetzen.²⁷ Diese Vorschriften sind entsprechend wettbewerbsfreundlich auszulegen. So hat der EuGH etwa entschieden, dass die vom Auftraggeber verlangten Nachweise der Gleichwertigkeit angebotener Produkte nicht über das hinausgehen dürfen, was notwendig ist, um eine sachgerechte Prüfung der Angebote vorzunehmen, damit die Öffnung der öffentlichen Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindert wird.²⁸
- 18** Gleiches gilt hinsichtlich der Anforderungen an die **Eignung** der Unternehmen. Auch insofern liegt es zunächst im Ermessen des Auftraggebers, welche konkreten auftragsbezogenen (vgl. § 122 Abs. 4 S. 1 GWB) Anforderungen er an die Unternehmen stellt und welche Nachweise er fordert beziehungsweise zulässt.²⁹ Begrenzt wird sein Ermessen allerdings durch die Vorschriften, die sich mit den Anforderungen an die Eignung der Unternehmen beschäftigen und selbst wiederum wettbewerbsfreundlich auszulegen sind. Unter diesem Gesichtspunkt sind insbesondere Mindestanforderungen an Unternehmen kritisch zu beleuchten. Diese sind vergaberechtswidrig, wenn sie nicht sachlich begründet werden, sondern sich als lediglich aus-

20 Vgl. *Burgi*, NZBau 2008, 29 (31 ff.).

21 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 20.10.2008 – VII-Verg 46/08.

22 Vgl. VK Westfalen, Beschluss v. 23.1.2018 – VK 1-29/17; *Sauer*, in: Säcker/Ganske/Knauff, Wettbewerbsrecht, § 74 VgV Rn. 5.

23 Vgl. OLG Naumburg, Beschluss v. 20.9.2012 – 2 Verg 4/12.

24 Vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss v. 9.7.2012 – VII-Verg 18/12.

25 Vgl. OLG Jena, Beschluss v. 25.6.2014 – 2 Verg 2/14; OLG Karlsruhe, Beschluss v. 15.11.2013 – 15 Verg 5/13; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 27.6.2012 – VII-Verg 7/12; sowie besonders anschaulich OLG Koblenz, Beschluss v. 5.9.2002 – 1 Verg 2/02: „*Verlangt ein Aufgabenträger die Ausstattung der Zugtoiletten mit goldenen Armaturen, so ist das mit hoher Wahrscheinlichkeit ein Fall für Aufsichtsbehörde oder Rechnungshof. Vergaberechtlich wäre dagegen nichts einzuwenden, weil allein der Auftraggeber entscheidet, was er haben will und wie er es haben will.*“

26 Vgl. VK Bund, Beschluss v. 19.5.2020 – VK 1-28/20 m.w.N.; Beschluss v. 22.8.2019 – VK 1-51/19; VK Westfalen, Beschluss v. 4.9.2019 – VK 2-22/19.

27 *Antweiler*, VergabeR 2011, 306 (324) weist zu Recht darauf hin, dass nicht der Wettbewerbsgrundsatz durch das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers, sondern umgekehrt das Leistungsbestimmungsrecht durch die vergaberechtlichen Vorschriften wie den Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz eingeschränkt wird.

28 Vgl. EuGH, Urteil v. 12.7.2018 – Rs. C-14/17 (VAR und ATM), Rn. 34.

29 Vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss v. 4.5.2012 – 15 Verg 3/12. Dementsprechend ist auch eine zahlenmäßige Begrenzung einzureichender Referenzen nicht per se vergaberechtswidrig, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.10.2015 – VII-Verg 28/14.

grenzend und damit wettbewerbsbeschränkend erweisen.³⁰ So sieht § 45 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VgV zwar vor, dass ein Auftraggeber einen bestimmten Mindestjahresumsatz zur Sicherstellung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit fordern kann. Dieser darf nach § 45 Abs. 2 S. 1 VgV sogar das Zweifache des geschätzten Auftragswertes überschreiten. Dies bedeutet im Umkehrschluss jedoch nicht, dass der Auftraggeber frei wäre, stets einen Mindestjahresumsatz bis zur Grenze des zweifachen Auftragswertes ohne weitere Anforderungen vorzuschreiben.³¹ Neben Gleichbehandlungs- und Verhältnismäßigkeitsaspekten gilt es hier vielmehr das Verbot nicht gerechtfertigter Wettbewerbsbeschränkungen zu beachten. Denn es ist offenkundig, dass zu hohe Anforderungen in diesem Bereich zu einer Abschottung gegenüber einer Vielzahl von Unternehmen führen können.

Auftraggeber sollten daher bereits bei der Konzeption ihrer Vergabeverfahren ganz grundsätzlich im Blick haben, dass die **Fehlerfolgen** im Bereich der Vergabeunterlagen und der Anforderungen an die Unternehmen häufig drastisch sind. Denn insoweit kann selbst der subjektiv-individuelle Rechtsschutz einzelner Unternehmen – quasi überschießend – objektiv-allgemeine Wirkungen nach sich ziehen. Stellen die Nachprüfungsinstanzen – oder der Auftraggeber selbst – fest, dass beispielsweise Teile der Leistungsbeschreibung ungenau sind oder Mindestanforderungen bestimmte Unternehmen diskriminieren, so wird sich die Frage, ob eine Korrektur des Vergabefehlers im laufenden Vergabeverfahren möglich ist, häufig daran entscheiden, ob sich bei von Anfang an vergaberechtskonformer Gestaltung auch andere Unternehmen für das Vergabeverfahren interessiert hätten. Kann dies im konkreten Fall nicht ausgeschlossen werden, gebietet es der Wettbewerbsgrundsatz in der Regel, das Verfahren mit den geänderten Bestimmungen erneut bekannt zu machen. Eine bloße Korrektur inter partes scheidet dann aus.³²

19

cc) Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen von Unternehmen

Ein breites Anwendungsfeld ergibt sich für den Wettbewerbsgrundsatz im Hinblick auf die Sicherstellung der Konkurrenz unter den Unternehmen vor allem bezüglich wettbewerbswidriger Verhaltensweisen der beteiligten Akteure. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB sieht etwa einen fakultativen Ausschlussgrund für den Fall vor, dass der öffentliche Auftraggeber über hinreichende Anhaltspunkte dafür verfügt, dass ein Unternehmen Vereinbarungen mit anderen Unternehmen getroffen hat, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Ebenso hat der öffentliche Auftraggeber nach § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB gegebenenfalls von ihm mitverursachten Wettbewerbsverzerrungen wegen der Vorbefassung eines Unternehmens durch einen Ausschluss zu begreifen.

20

Im Ergebnis wird damit dem öffentlichen Auftraggeber das Mandat erteilt, Wettbewerbsbeschränkungen unter den Unternehmen vergaberechtlich zu sanktionieren.³³ Letztlich inkorporiert die Vorschrift auf diese Weise auch die allgemeinen kartellrechtlichen Vorgaben (§ 1 GWB) in den Bereich des Vergaberechts.³⁴ Es ergeben sich insofern jedoch gewisse **Einschränkungen**: Zum einen kann ein Ausschluss im Vergabeverfahren unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (§ 97 Abs. 1 S. 2 GWB) nur in Betracht kommen, wenn ein Bezug des wettbewerbswidrigen Verhaltens zum Vergabeverfahren auszumachen ist. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Wettbewerbsbeschränkung gerade im konkreten Vergabeverfahren erfolgt sein müsste. Zu verlangen ist aber, dass zumindest insofern eine Verbindung zum Vergabeverfahren besteht, als die Zuverlässigkeit und Gesetzestreue des betroffe-

21

30 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 27.6.2018 – VII-Verg 4/18; OLG Koblenz, Beschluss v. 13.6.2012 – 1 Verg 2/12.

31 Vgl. auch OLG Jena, Beschluss v. 2.8.2017 – 2 Verg 2/17.

32 Vgl. etwa VK Berlin, Beschluss v. 13.3.2020 – VK-B1-36/19.

33 Zu der damit einhergehenden Frage, welcher Beweismaßstab insoweit gilt, vgl. etwa *Friton*, in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, Vergaberecht, § 124 GWB Rn. 47 ff.

34 Vgl. Gesetzesbegründung zu § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 106; ferner OLG Düsseldorf, Beschluss v. 29.7.2015 – VII-Verg 5/15: „Behauptete Verstöße gegen Kartellrecht sind im Vergabeverfahren und in Nachprüfungsverfahren grundsätzlich zu überprüfen und zwar im Wege einer Inzidenzprüfung innerhalb einer vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm“. Vgl. ferner *Kling*, NZBau 2018, 715 (721).

nen Unternehmens³⁵ aufgrund seines wettbewerbswidrigen Handelns in anderem Zusammenhang auch bezüglich des in Rede stehenden Auftrags zumindest fragwürdig erscheint.³⁶ Zum anderen fordert § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB ausdrücklich eine Vereinbarung, d.h. eine Abrede unter mindestens zwei Unternehmen. Während beispielsweise Preisabsprachen von zwei Unternehmen somit unzweifelhaft von dem Tatbestand erfasst sind, unterfällt ein gegebenenfalls kartellrechtswidrig in Marktverdrängungsabsicht abgegebenes Angebot („Dumping“) schon nach dem Wortlaut nicht der Ausschlussnorm.³⁷

- 22** Gleiches gilt für das Problem der Kenntnis fremder Angebotsinhalte: Erfolgt eine gemeinsame Angebotsabstimmung oder ermöglicht ein Unternehmen einem anderen Unternehmen jedenfalls Kenntnis von seinem Angebot beziehungsweise wesentlichen Angebotsteilen, so stellt dies eine wettbewerbsbeschränkende Abrede dar.³⁸ Erlangt ein Unternehmen hingegen ohne Mitwirkung des anderen Unternehmens auf sonstige Weise – etwa durch Diebstahl – Kenntnis von dem fremden Angebot, so ist der Tatbestand des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht erfüllt. Nichtsdestotrotz liegt hierin ein klarer Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz. Denn Voraussetzung jedes Wettbewerbs ist es, dass die Unternehmen ihre Angebote in Unkenntnis der jeweils anderen Angebote abgeben.³⁹ Dieser als **Geheimwettbewerb** bezeichnete Grundsatz findet in den Vergabevorschriften allerdings keine ausdrückliche Stütze.⁴⁰ Daraus resultiert das Folgeproblem, dass bei bloß einseitigen Verstößen dagegen ein Ausschluss des betreffenden Unternehmens besonders begründet werden muss. Aufhänger dafür könnte beispielsweise eine „schwere Verfehlung“ im Sinne des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB oder eine unzulässige Vorteilsverschaffung nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 lit. b GWB sein.⁴¹

b) Einschränkungen

- 23** Auch wenn es sich um einen der wichtigsten Pfeiler des Vergaberechts handelt, findet auch das Wettbewerbsprinzip nicht uneingeschränkt Anwendung. Zum einen muss der Grundsatz nicht bemüht werden, wenn es **keines** (weiteren) **Wettbewerbs bedarf**. Dies ist etwa bei der Vergabe von Einzelaufträgen auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung mit nur einem Unternehmen (§ 21 Abs. 3 VgV, § 4a EU Abs. 3 und § 4a VS Abs. 3 VOB/A, § 14 Abs. 3 VSVgV) oder in den Konstellationen des § 100 Abs. 2 S. 2 GWB (vorbehaltene Rechte aufgrund eines vorangegangenen wettbewerbslichen Verfahrens) oder des § 140 GWB (unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzte Tätigkeiten) der Fall.
- 24** Auf der anderen Seite wird der Wettbewerbsgrundsatz auch dort eingeschränkt, wo Wettbewerb generell oder zumindest ein breiter **Wettbewerb abträglich** wäre. So soll beispielsweise mit der Regelung des § 118 GWB ermöglicht werden, Werkstätten für Menschen mit Behinderungen oder Integrationsunternehmen öffentliche Aufträge zur Erfüllung ihrer sozialen Aufgaben zu erteilen, die sie in einer Wettbewerbssituation mit Wirtschaftsunternehmen etwa wegen bestehender Effizienzunterschiede nicht erhalten könnten. Auch die Tatbestände zur Anwendbarkeit beispielsweise des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb beruhen vor allem auf dem Gedanken, dass es in diesen Fallgestaltungen eines (breiten) Wettbewerbs nicht bedarf oder jener zumindest gegenüber übrigen Zielen, etwa der Wirtschaftlichkeit der Beschaffung ausnahmsweise abträglich wäre. So kann die Organisation eines breiten Wettbewerbs durch ein offenes oder nicht offenes Verfahren bei besonders dringlichen Beschaffungen (vgl. Art. 32 Abs. 2 lit. c RL 2014/24/EU, § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV, § 3a EU Abs. 3 Nr. 4 und § 3a VS Abs. 2 Nr. 4 VOB/A, § 13 Abs. 2 Nr. 4 SektVO, § 12 Abs. 1 Nr. 1 lit. b VSVgV)

35 Die Begriffe der Zuverlässigkeit und Gesetzzestreue aus § 97 Abs. 4 GWB a.F. werden nunmehr zwar nicht mehr ausdrücklich vom GWB verwendet, finden sich implizit aber in den §§ 123 ff. GWB.

36 Zum Sonderfall der sog. Selbstreinigung vgl. *Radu* zu § 125 GWB sowie Gesetzesbegründung zu § 125 Abs. 1 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 107 f.

37 Vgl. zum Ausschluss unangemessen niedriger Angebote aber BGH, Beschluss v. 31.1.2017 – X ZB 10/16; zu Unterpisangeboten vgl. ferner *Müller-Wrede*, VergabeR 2011, 46.

38 Vgl. etwa VK Bund, Beschluss v. 23.1.2015 – VK 1-122/14.

39 Vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.4.2011 – VII-Verg 4/11; OLG München, Beschluss v. 11.8.2008 – Verg 16/08.

40 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 4.2.2013 – VII-Verg 31/12: „dem Wettbewerbsprinzip immanent“.

41 Vgl. auch *Opitz*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, § 124 GWB Rn. 67.

ausscheiden, um den Beschaffungszweck nicht zu vereiteln. Es liegt auf der Hand, dass etwa bei einer plötzlich auftretenden Pandemie die kurzfristig notwendige Beschaffung von persönlicher Schutzausrüstung für medizinisches Personal zeitlich häufig nicht die Durchführung wettbewerblicher Verfahren erlauben wird.⁴²

Eine nicht unproblematische Einschränkung des Wettbewerbs stellt auch die sog. **Loslimitierung** dar: Dabei gibt der Auftraggeber bei Vergabeverfahren nach Losen vor, dass entweder sich jedes Unternehmen nur an der Vergabe einer begrenzten Anzahl an Losen beteiligen (Angebotslimitierung) oder nur mit einer bestimmten Maximalanzahl von Losen beauftragt werden darf (Zuschlagslimitierung).⁴³ Zu beachten ist, dass verbundene Unternehmen diesbezüglich als ein Unternehmen gewertet werden.⁴⁴ Diese Beschränkung des Wettbewerbs kann sich anbieten, um eine möglichst breite Streuung unter den Auftragnehmern zu erreichen – was insbesondere im Hinblick auf mögliche Insolvenzrisiken o.Ä. sinnvoll sein kann⁴⁵ – und zugleich kleinen und mittleren Unternehmen eine denkbar weitgehende Beteiligungsmöglichkeit einzuräumen.⁴⁶ Aufgrund der mit der Loslimitierung verbundenen Beschränkung des Wettbewerbs sowie der Gefahr einer unwirtschaftlichen Vergabe durch die Verhinderung von Rabatteffekten durch Mehrlos-/Gesamtvergaben ist eine solche allerdings nur zulässig, wenn sie durch sachliche Gründe – etwa die Vermeidung der Abhängigkeit von nur einem Auftragnehmer⁴⁷ – gerechtfertigt ist.⁴⁸ An dieser Anforderung hat auch die auf Art. 46 RL 2014/24/EU und Art. 65 RL 2014/25/EU gestützte ausdrückliche Aufnahme der Loslimitierung in § 30 VgV, § 5 EU Abs. 2 Nr. 3 VOB/A, § 27 SektVO nichts geändert.⁴⁹ Denn auch danach wird die Loslimitierung den Auftraggebern nur als Möglichkeit eröffnet. Die Ermessensentscheidung, ob und gegebenenfalls in welcher Ausgestaltung von einer solchen Gebrauch gemacht wird, bleibt damit insbesondere unter Wettbewerbsgesichtspunkten rechtfertigungsbedürftig und überprüfbar.⁵⁰

25

c) Rechtsschutz

Wettbewerb ist kein Selbstzweck. Indem er die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes ermöglicht, dient er vielmehr den Auftraggebern, effizient zu beschaffen. Spiegelbildlich profitieren aber auch die Unternehmen von einer wettbewerblichen Vergabe, indem sie sich darauf verlassen können, der Marktgegenseite ihr Angebot unter einheitlichen Rahmenbedingungen unterbreiten zu können. Insofern der Wettbewerbsgrundsatz demnach auch die wirtschaftliche Entfaltung der Unternehmen fördert, kommt ihm **unternehmensschützenscharakter** im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB zu.⁵¹ Unternehmen haben demzufolge Anspruch darauf, dass Auftraggeber die aus dem Wettbewerbsgrundsatz resultierenden konkreten Vorgaben einhalten.

26

42 Zur SARS-CoV-2-Pandemie vgl. Leitlinien der Europäischen Kommission zur Nutzung des Rahmens für die Vergabe öffentlicher Aufträge in der durch die COVID-19-Krise verursachten Notsituation, EU-ABI. C 108 I/01 v. 1.4.2020.

43 Zur Abgrenzung, Gestaltungsvarianten und dem Verhältnis von Angebots- und Zuschlagslimitierung vgl. *Kadenbach*, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, § 30 VgV Rn. 6 ff. m.w.N. Vgl. auch *Pilarski*, Vergabeblog.de vom 2.7.2020, Nr. 44386.

44 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.6.2000 – Verg 6/00.

45 Vgl. dazu etwa OLG Düsseldorf, Beschluss v. 7.12.2011 – VII-Verg 99/11.

46 Für eine Zulässigkeit der Loslimitierung unter diesen Gesichtspunkten vgl. schon OLG Karlsruhe, Beschluss v. 25.7.2014 – 15 Verg 4/14; *Müller-Wrede*, NZBau 2004, 643 (647); *Röbke*, NZBau 2010, 346 (350 f.); a.A. *Burgi*, NZBau 2006, 693 (697), demzufolge es an der gesetzlichen Grundlage dafür fehle.

47 Dies entspricht auch dem Ziel des Kartellvergaberechts, Hoflieferantentum zu verhindern, vgl. VK Bund, Beschluss v. 11.11.2011 – VK 2-133/11.

48 Vgl. VK Brandenburg, Beschluss v. 23.2.2010 – VK 8/10; *Dreher*, NZBau 2005, 427 (431); *Ziegler*, ZfBR 2018, 37 (39); in diese Richtung wohl auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 7.11.2012 – VII-Verg 24/12, das allerdings eine Dokumentation dieser Gründe wegen ihrer allgemeinen Bekanntheit „in den mit Vergaberecht befassten Kreisen“ zu Unrecht nicht für notwendig erachtet; a.A. zu Recht VK Südbayern, Beschluss v. 25.6.2010 – Z3-3-3194-1-30-05/10; *Tomerius*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 30 VgV Rn. 5.

49 A.A. *Voppel*, in: *Voppel/Osenbrück/Bubert*, VgV, § 30 Rn. 31 f.

50 Vgl. *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 30 VgV Rn. 5.

51 Vgl. u.a. BGH, Beschluss v. 1.2.2005 – X ZB 27/04; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 4.2.2013 – VII-Verg 31/12; OLG Frankfurt, Beschluss v. 5.3.2012 – 11 Verg 3/12; VK Sachsen, Beschluss v. 4.2.2013 – 1/SVK/039-12.

15

- 27 Klarzustellen ist insoweit allerdings, dass sich dieses Recht stets nur auf ein **Mehr an Wettbewerb** zugunsten des den Anspruch geltend machenden Unternehmens richten kann. Hingegen können Unternehmen sich grundsätzlich nicht auf ein subjektives Recht auf Verengung des Wettbewerbs zu ihren Gunsten berufen – ein Schutz vor Konkurrenz ist einer Marktsituation gerade fremd.⁵² Es ist Unternehmen folglich verwehrt, unter Berufung auf den Wettbewerbsgrundsatz eine Einschränkung desselben zu verlangen, also beispielsweise einem Auftraggeber die Aufstellung von Mindestanforderungen, eine Produktvorgabe oder Loslimitierung diktieren zu wollen. Hat ein Auftraggeber sich jedoch im Rahmen seines Leistungsbestimmungsrechts bereits entschieden, derartige Vorgaben aufzustellen, können Unternehmen sich selbstverständlich nach den oben stehenden Maßstäben auch auf deren Einhaltung berufen.

2. Transparenz

- 28 Nach § 97 Abs. 1 S. 1 GWB sind öffentliche Aufträge und Konzessionen im Wege transparenter Verfahren zu vergeben. Im Bereich der staatlichen Auftraggeber beruht die Verpflichtung zur Transparenz bereits auf dem aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten rechtsstaatlichen Erfordernis der Vorhersehbarkeit und Messbarkeit staatlichen Handelns.⁵³ Dieses überkommene verfassungsrechtliche Prinzip ist durch die europäischen Vorgaben und die Rechtsprechung des EuGH zu einem der bedeutendsten Vergabegrundsätze der letzten Jahre avanciert. Im Wesentlichen soll der Grundsatz der Transparenz die Gefahr einer Günstlingswirtschaft oder willkürlicher Entscheidungen des Auftraggebers ausschließen.⁵⁴ Er erschöpft sich darin jedoch nicht, ihm werden mittlerweile vielmehr zwei Stoßrichtungen zugesprochen: Die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, transparent zu vergeben, wird gespiegelt von der Pflicht der Unternehmen, transparent anzubieten.

a) Transparente Vergabe

- 29 Die Pflicht zur Transparenz richtet sich zuvörderst an den Auftraggeber. Dieser soll sein gesamtes Handeln für die beteiligten Unternehmen sichtbar und nachvollziehbar machen. Dabei wird zwischen Ex-ante- und Ex-post-Transparenz unterschieden.
- 30 Die Verpflichtung zur Herstellung von **Transparenz ex-ante** nimmt die Vorhersehbarkeit des Ablaufs des Vergabeverfahrens in den Blick. Ausfluss dessen sind vor allem die auf Verordnungsebene zu findenden Regelungen zur Bekanntmachungspflicht sowie die Bestimmungen zur Abfrage von Nachweisen und zur Angebotsgestaltung. Kerngehalt dieser Vorschriften ist, dass die Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge und Angebote nur auf solche Kriterien gestützt werden darf, die vorher bekannt gemacht (vgl. §§ 122 Abs. 4 S. 2, 127 Abs. 5 GWB) worden sind.⁵⁵ Auch ein Ausschluss eines Unternehmens wegen fehlender Nachweise darf nur auf eine klare und unmissverständliche Anforderung derartiger Unterlagen gestützt werden.⁵⁶ Denn alle Unternehmen sollen durch die Verlautbarungen des Auftraggebers in die Lage versetzt werden, dessen Forderungen an sie gleich zu verstehen⁵⁷ und ihre Bewerbung beziehungsweise ihr Angebot daran auszurichten.⁵⁸ Insofern ist der Transparenzgrundsatz in erster Linie als Gebot der Klarheit und Widerspruchsfreiheit der Bekanntmachung und der Vergabeunterlagen zu verstehen.⁵⁹ Denn stehen mehrere, in Einzelheiten hinsichtlich der angebotenen Leistung voneinander abweichende Angebote auf der Grundlage missverständlicher Vergabeunterlagen miteinander im Wettbewerb, so kann daraus eine dem Transparenz-

52 Vgl. *Fehling*, JuS 2014, 1057 (1063); *Ramsauer*, JuS 2012, 769 (776).

53 Vgl. dazu BVerfG, Beschluss v. 9.8.1978 – 2 BvR 831/76 m.w.N.

54 Vgl. EuGH, Urteil v. 29.4.2004 – Rs. C-496/99 P (CAS Succhi di Frutta); BGH, Urteil v. 22.7.2010 – VII ZR 213/08.

55 Vgl. schon BGH, Urteil v. 3.6.2004 – X ZR 30/03; VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 20.7.2012 – VK-SH 16/12; VK Bund, Beschluss v. 29.3.2012 – VK 2-175/11.

56 Vgl. BGH, Urteil v. 3.4.2012 – X ZR 130/10; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 31.10.2012 – VII-Verg 17/12.

57 Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil v. 22.6.2010 – 21 U 54/09.

58 Vgl. VK Bund, Beschluss v. 3.3.2015 – VK 1-4/15.

59 Vgl. VK Bund, Beschluss v. 4.7.2011 – VK 2-61/11.

und Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechende Vergabeentscheidung nicht mehr abgeleitet werden.⁶⁰ Allein aus dem Umstand, dass Vergabeunterlagen ausgelegt werden müssen, folgt allerdings noch kein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz, sofern das Ergebnis der Auslegung eindeutig ist.⁶¹

Die Verpflichtung zur Schaffung von **Ex-post-Transparenz** dient demgegenüber insbesondere der Nachprüfbarkeit der Einhaltung der Vergabebestimmungen durch den öffentlichen Auftraggeber.⁶² Dabei sind vor allem zwei Bereiche von überragender Bedeutung. Zum einen ist dies die jetzt in § 134 GWB zu findende Regelung zur Vorabinformation, mit der die Unternehmen über die beabsichtigte Zuschlagserteilung informiert werden und damit überhaupt erst die Möglichkeit erhalten, Primärrechtsschutz zu suchen.⁶³ Auf der anderen Seite wirkt die auf Verordnungsebene geregelte Pflicht zur zeitnahen Dokumentation des Vergabeverfahrens möglichen Manipulationen entgegen.⁶⁴

31

Regelmäßig besteht eine erhebliche **Wechselwirkung** zwischen der Ex-Ante- und der Ex-Post-Transparenz. Verkürzt ließe sich diese so beschreiben, dass die Anforderungen an die Ex-Post-Transparenz sich nach der vom Auftraggeber der Ex-Ante-Transparenz gewidmeten Intensität richten: je mehr der Auftraggeber im Vorfeld festlegt, bekannt macht, mitteilt, dokumentiert etc., umso weniger ausführlich wird er seine Entscheidungen im Nachgang begründen, mitteilen und dokumentieren müssen. Umgekehrt gilt, dass die Anforderungen an die Ex-Post-Transparenz umso mehr steigen, je weniger der Auftraggeber im Voraus getan hat. Besonders plastisch kann dies an der in den letzten Jahren unter dem Begriff Schulnotenrechtssprechung⁶⁵ bekannt gewordenen Entwicklung aufgezeigt werden. Nach längerer, vor zahlreichen Nachprüfungsinstanzen geführter Diskussion hat der BGH im Jahr 2017 zutreffend entschieden, dass – vereinfacht dargestellt – einem Auftraggeber bei qualitativen Wertungskriterien eine Bewertung anhand von Noten oder Punktwerten auch ohne vorherige Bekanntgabe präziser Zielerreichungsmaßstäbe möglich sein muss, wenn er der Gefahr, dass die Offenheit des Wertungsschemas zu einer nicht hinreichend transparenten Vergabe führt, durch eingehende Dokumentation des Wertungsprozesses begegnet.⁶⁶ Diese Dokumentation muss hinsichtlich der für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten so umfänglich und detailliert sein, dass nachvollziehbar ist, welche konkreten qualitativen Eigenschaften eines Angebots mit welchem Gewicht in die Benotung eingegangen sind.⁶⁷

32

b) Angebotstransparenz

Die als Angebotstransparenz bezeichnete Obliegenheit der Unternehmen, ihrerseits den Vergabeunterlagen entsprechende sowie für den Auftraggeber unmissverständliche und damit vergleichbare Angebote einzureichen, ist die Kehrseite der Pflicht des Auftraggebers, für alle Unternehmen gültige Anforderungen aufzustellen, die eine objektive Vergleichbarkeit der Angebote gewährleisten. Besondere Relevanz erlangt die Angebotstransparenz vor allem in den folgenden zwei Bereichen.

33

Zum einen folgt daraus, dass die Unternehmen jeden in der Leistungsbeschreibung vorgesehenen **Preis** so wie gefordert vollständig und mit dem Betrag anzugeben haben, der für die betreffende Leistung beansprucht wird.⁶⁸ Diesen Grundsatz hat der BGH insbesondere zu sog.

34

60 Vgl. BGH, Urteil v. 10.9.2009 – VII ZR 82/08; OLG Frankfurt, Beschluss v. 24.7.2012 – 11 Verg 6/12.

61 Vgl. BGH, Urteil v. 22.7.2010 – VII ZR 213/08; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 5.11.2014 – VII-Verg 21/14.

62 Vgl. etwa EuGH, Urteil v. 11.1.2005 – Rs. C-26/03 (Stadt Halle); Urteil v. 7.12.2000 – Rs. C-324/98 (Telaustria); EuG, Urteil v. 20.5.2010 – T-258/06 (Unterschwellenmitteilung), Rn. 77; Koenig/Kühling, NVwZ 2003, 779 (783).

63 Vgl. schon BGH, Urteil v. 22.2.2005 – KZR 36/03.

64 Vgl. etwa BGH, Beschluss v. 8.2.2011 – X ZB 4/10.

65 Vgl. dazu etwa Delcuvé, NZBau 2017, 646; Fritoni/Stein, NZBau 2017, 267.

66 Vgl. BGH, Beschluss v. 4.4.2017 – X ZB 3/17; Stein/Wolters, NZBau 2020, 339.

67 Vgl. auch VK Bund, Beschluss v. 12.4.2019 – VK 1-11/19.

68 Vgl. BGH, Beschluss v. 18.5.2004 – X ZB 7/04. Die Entscheidung erging allerdings unter der alten Rechtslage, die insbesondere die Möglichkeiten etwa des § 56 Abs. 3 S. 2 VgV oder § 16a EU Abs. 2 S. 3 VOB/A noch nicht kannte.

Mischkalkulationen entwickelt.⁶⁹ Mit einer – in vielen Aspekten fragwürdigen⁷⁰ – neueren Entscheidung zu Preisverlagerungen in Angeboten hat er seine diesbezügliche Rechtsprechung jedoch mit anderer Akzentuierung fortgeschrieben.⁷¹ Den Gesichtspunkt einer intransparenten Änderung der Vergabeunterlagen durch die Bieter in solchen Fallgestaltungen hat er dabei leider nicht aufgegriffen, wenngleich hierin der wesentliche, weil auch verobjektivierbare Aspekt zu sehen ist.⁷²

- 35** Auch bei dem anderen praxisrelevanten Anwendungsfall der Angebotstransparenz, dem Ausschluss von Angeboten, die unter Beifügung eigener **Allgemeiner Geschäftsbedingungen** (AGB) der anbietenden Unternehmen eingereicht werden, hat der BGH mit einer jüngeren Entscheidung⁷³ einige Fragen aufgeworfen.⁷⁴ Bislang war es ganz herrschende Meinung, dass die Beifügung eigener AGB regelmäßig bedeutet, dass das Angebot von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht und schon aus diesem Grund mangels übereinstimmender Willenserklärungen von Auftraggeber und Unternehmen ausgeschlossen werden muss.⁷⁵ Dabei hat das KG – durchaus nachvollziehbar – sogar vertreten, dass es einem Auftraggeber nicht zugemutet werden kann zu überprüfen, inwieweit sich bei der Geltung der AGB eines Bieters tatsächlich Änderungen ergeben beziehungsweise ob diese wirtschaftlich ins Gewicht fallen oder nicht.⁷⁶ Der BGH sieht hingegen nunmehr jedenfalls bei Vorliegen sogenannter Abwehrlauseln – unter Umständen aber auch ohne solche – die Möglichkeit, mit eigenen AGB versehene Angebote im Verfahren zu belassen, wenn nach bloßer Streichung des Hinzugefügten ein dem maßgeblichen Inhalt der Vergabeunterlagen vollständig entsprechendes Angebot vorliegt. Diese Entscheidung führt aufgrund der ihr zugrundeliegenden Fehlannahme, Unternehmen wollten in der Regel ein Angebot entsprechend der Vorgaben des Auftraggebers abgeben,⁷⁷ zu einer die Rechtssicherheit beeinträchtigenden Situation, in der dem Auftraggeber erhebliche Anstrengungen auferlegt werden und im schlimmsten Fall gleichwohl im Ergebnis unklar bleibt, was Vertragsinhalt wird und was nicht. Nur wenn Änderungen an den Vergabeunterlagen ausgeschlossen werden, wird aber ein transparenter und diskriminierungsfreier Wettbewerb der Bieter gewährleistet.⁷⁸

c) Rechtsschutz

- 36** In jeder seiner vorgenannten Gestalten dient das Transparenzgebot vorrangig den Interessen der beteiligten Unternehmen, sodass es selbst sowie seine Ausprägungen in konkreten Vergabevorschriften zu den Bestimmungen gehören, auf deren Einhaltung Unternehmen nach § 97 Abs. 6 GWB einen Anspruch haben.⁷⁹ Zwar mag die sog. Angebotstransparenz vorrangig die Interessen des Auftraggebers an einer wirtschaftlichen Vergabe stützen. Sie dient auf der anderen Seite aber auch dem Schutz der beteiligten Unternehmen vor Wettbewerbsverzerrungen durch intransparente Angebotsgestaltung.

69 Vgl. dazu auch OLG Rostock, Beschluss v. 9.10.2013 – 17 Verg 6/13; OLG Koblenz, Beschluss v. 18.9.2013 – 1 Verg 6/13; VK Niedersachsen, Beschluss v. 10.9.2015 – VgK-32/15.

70 Vgl. unter anderem die Besprechungen von *Büdenbender*, ZfBR 2020, 30; *Ganske/Rafii*, ZfBR 2019, 651; *Geitel*, Vergabeblog.de vom 29.10.2018, Nr. 38817. Kritisch auch *Summa*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, Vergaberecht, § 16 VOB/A Rn. 91.2.

71 Vgl. BGH, Urteil v. 19.6.2018 – X ZR 100/16.

72 Vgl. überzeugend zum Ausschluss von Mischkalkulationen/Spekulationsangeboten unter dem Gesichtspunkt der Änderung der Vergabeunterlagen auch schon *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 16 VOB/A-EU Rn. 81 ff.

73 BGH, Urteil v. 18.6.2019 – X ZR 86/17; dazu *Gröning*, NZBau 2020, 275.

74 Kritische Betrachtungen zu der Entscheidung finden sich etwa bei *Hettich*, NZBau 2020, 80.

75 Vgl. OLG München, Beschluss v. 21.2.2008 – Verg 01/08; VK Bund, Beschluss v. 6.6.2013 – VK 3-35/13.

76 Vgl. KG, Beschluss v. 9.12.2004 – 2 Verg 18/04.

77 Zutreffend OLG Koblenz, Beschluss v. 30.3.2012 – 1 Verg 1/12: „Die Praxis zeigt, dass es auch keinen Erfahrungssatz des Inhalts gibt, dass Unternehmen immer genau das anbieten wollen, was der Auftraggeber über die Leistungsbeschreibung ‚bestellt‘ hat und Abweichungen im Angebot auf einem – vom Auftraggeber als solches erkennbarem – Versehen beruhen.“ Ebenso OLG Düsseldorf, Beschluss v. 22.3.2017 – VII-Verg 54/16; OLG Schleswig, Beschluss v. 11.5.2016 – 54 Verg 3/16; VK Bund, Beschluss v. 27.9.2019 – VK 2-70/19.

78 So zutreffend OLG Naumburg, Beschluss v. 12.9.2016 – 7 Verg 5/15.

79 Vgl. u.a. BGH, Beschluss v. 1.2.2005 – X ZB 27/04; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.10.2015 – VII-Verg 28/14; OLG Naumburg, Beschluss v. 30.4.2014 – 2 Verg 2/14 (mehreutiger Bekanntmachungstext); OLG München, Beschluss v. 20.3.2014 – Verg 17/13 (unklare Vergabeunterlagen); KG, Beschluss v. 24.10.2013 – Verg 11/13 (zum Vergabevermerk); OLG Frankfurt, Beschluss v. 24.7.2012 – 11 Verg 6/12; Beschluss v. 5.3.2012 – 11 Verg 3/12.

3. Wirtschaftlichkeit

Auch wenn mit dem Abschied von der sog. haushaltsrechtlichen Lösung und der Einführung des Kartellvergaberechts⁸⁰ die haushaltsrechtlichen Vorgaben jedenfalls oberhalb der Schwellenwerte etwas in den Hintergrund geraten sind, beanspruchen die in § 6 Abs. 1 HGRG und § 7 Abs. 1 S. 1 BHO sowie den entsprechenden Regelungen der Landeshaushaltsordnungen verankerten Grundsätze der Wirtschaftlichkeit⁸¹ und Sparsamkeit auch in diesem Bereich weiterhin Geltung.⁸² Mit dem VergModG 2016 ist der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit sogar ausdrücklich als solcher in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB aufgenommen und damit hervorgehoben⁸³ worden, während er sich zuvor lediglich in Einzelbestimmungen insbesondere zur Zuschlagserteilung wiederfand.⁸⁴ Insofern etwas konträr deutet jedoch der Sprachgebrauch der Regelung („gewahrt“) darauf hin, dass die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung jedenfalls kein vorrangiges Ziel im Vergabeverfahren darstellen soll.

Naturgemäß ist der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit⁸⁵ insbesondere im Rahmen der **Zuschlagsentscheidung** relevant, die nach § 127 Abs. 1 GWB und den entsprechenden Regelungen der aufgrund des GWB erlassenen Verordnungen auf das wirtschaftlichste Angebot gerichtet sein muss.

Rechtswirkungen entfaltet er aber schon im Vorfeld der Vergabe und kann vor allem auf die Ermittlung des zu vergebenden Bedarfs Einfluss nehmen. Denn wenngleich die Bestimmung des Bedarfs ein Kernrecht des öffentlichen Auftraggebers gegenüber den Bietern darstellt, so befreit sie ihn nicht von seiner haushalterischen Verantwortung, die von dem Bundes- und den Landesrechnungshöfen überprüft wird. So ist beispielsweise die Frage, ob Aufträge konventionell oder als öffentlich-private Partnerschaft (ÖPP) vergeben werden, bereits Gegenstand zahlreicher Untersuchungen und Diskussionen gewesen.⁸⁶ Zumindest im Rahmen der **Bedarfsermittlung** kann daher auch keinesfalls von einem Nachrang des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit etwa gegenüber dem Wettbewerbsprinzip ausgegangen werden. In dieser Phase gilt vielmehr, dass nur im Wettbewerb vergeben werden soll, was auch wirtschaftlich ist. Projekte, die sich die öffentliche Hand aus eigenen Mitteln nicht leisten kann, darf sie sich unter haushalterischen Gesichtspunkten somit ebenso wenig alternativ finanziert über die Vergabe im Wettbewerb in einer ÖPP leisten.⁸⁷

In seiner konkreten Anwendung wirkt das Wirtschaftlichkeitsgebot wie folgt: Das Prinzip der **Wirtschaftlichkeit** im engeren Sinne gebietet, stets die günstigste Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den einzusetzenden Mitteln anzustreben, während nach dem Grundsatz der Sparsamkeit die aufzuwendenden Mittel auf den zur Erfüllung der jeweiligen Aufgaben notwendigen Umfang zu beschränken sind.⁸⁸ Das Handeln staatlicher Stellen soll mithin allgemein danach ausgerichtet sein, die bestmögliche Ausnutzung von Ressourcen zu bewirken.⁸⁹ Jedoch findet sich das Sparsamkeitsgebot in den vergaberechtlichen Vorschriften nicht ausdrücklich wieder, da es sich ausschließlich an die öffentliche Hand richtet. Dagegen ist der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne in mehreren Bestimmungen anzutreffen.

80 Vgl. zur Rechtsentwicklung etwa *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, Einl. Rn. 45 ff.

81 Dieser wird zudem Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG entnommen, vgl. *Hattenhauer/Butzert*, ZfBR 2018, 229.

82 Vgl. etwa *Knauff*, in: Säcker/Ganske/Knauff, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 35 f.; *Bartsch/v. Gehlen/Hirsch*, NZBau 2012, 393 (402); *Zeiss*, NZBau 2012, 201 (203).

83 So ausdrücklich die Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 1 GWB, VergModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 68.

84 Zur historischen Bedeutung vgl. aber *Hattenhauer/Butzert*, ZfBR 2018, 229.

85 Der als Oberbegriff auch des Grundsatzes der Sparsamkeit anzusehen ist, vgl. BVerwG, Urteil v. 13.9.2005 – 2 WD 31/04.

86 Vgl. etwa Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe des Bundes und der Länder, Gemeinsamer Erfahrungsbericht zur Wirtschaftlichkeit von ÖPP-Projekten; Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, Gutachten zu Öffentlich-Privaten Partnerschaften (ÖPP) im Bundesfernstraßenbau; dazu *Diederichs*, NZBau 2009, 547.

87 Vgl. ausdrücklich Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe des Bundes und der Länder, Gemeinsamer Erfahrungsbericht zur Wirtschaftlichkeit von ÖPP-Projekten, S. 43.

88 Vgl. OVG Münster, Beschluss v. 26.10.1990 – 15 A 1099/87 m.w.N.

89 Vgl. ausführlich BVerwG, Urteil v. 13.9.2005 – 2 WD 31/04 m.w.N.

So regelt § 127 Abs. 1 S. 3 GWB ausdrücklich, dass sich das wirtschaftlichste Angebot nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis bestimmt.⁹⁰

- 41 Für sich genommen ist der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit regelmäßig nicht **unternehmensschützend**. Er dient vielmehr allein der haushaltsrechtlichen Verpflichtung der Auftraggeber zu einem wirtschaftlichen Einkauf. Hat die (Un-)Wirtschaftlichkeit der Beschaffung hingegen Rückwirkungen auf den Wettbewerb, so können die Unternehmen daraus in Verbindung mit dem Gleichbehandlungs-, Transparenz- und Wettbewerbsgrundsatz durchaus subjektive Rechte im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB ableiten. Exemplarisch zeigt sich dies an der über Jahre geführten Diskussion über Unterpreisangebote. Die wohl herrschende Auffassung nahm zu Recht einen unternehmensschützenden Charakter der Vorschriften zur Preisprüfung und Wirtschaftlichkeit zumindest im Hinblick auf in Marktverdrängungsabsicht abgegebene Unterpreisangebote an, da dadurch einerseits die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung in Frage steht – der Anbieter könnte infolge des Angebots in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten, die wiederum Rückwirkungen auf den Auftraggeber hätten – und andererseits auch die Gefahr einer – gegebenenfalls kartellrechtswidrigen – Wettbewerbsbeschränkung besteht.⁹¹ Der BGH hat dies bestätigt und ausgeführt, dass sich auch die anderen Teilnehmer am Vergabeverfahren auf die Vorschriften über den Ausschluss unangemessen niedriger Angebote berufen können. Denn solle ein an sich wegen seines zu niedrigen Preises auszuschließendes Angebot den Zuschlag erhalten, gehe es in der Sache um eine Auftragserteilung unter Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz konkretisierende Regelungen, was unmittelbar die Position der übrigen Unternehmen im Wettbewerb betreffe.⁹²

4. Verhältnismäßigkeit

- 42 Bei dem mit dem VergRModG 2016 erstmalig ausdrücklich im GWB-Vergaberecht aufgenommenen Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** handelt es sich um ein sowohl europa- als auch verfassungsrechtlich determiniertes Gebot. Nach der Rechtsprechung des EuGH handelt es sich bei der Verhältnismäßigkeit um einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, wonach vergaberechtliche Maßnahmen nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich ist.⁹³ Dieser Formulierung entspricht die auch als Übermaßverbot aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete verfassungsrechtliche Vorgabe, wonach Grundrechtseingriffe – und um solche handelt es sich regelmäßig bei vergaberechtlichen Maßnahmen öffentlicher (staatlicher) Auftraggeber⁹⁴ – geeignet, erforderlich und angemessen zur Erreichung des angestrebten Zwecks sein müssen.⁹⁵ Naturgemäß spielt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz daher stets dort eine Rolle, wo Auftraggeber nicht gebundene Entscheidungen treffen (etwa bei zwingenden Ausschlussgründen), sondern ihnen ein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum zukommt.⁹⁶
- 43 Besondere Bedeutung hat der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dementsprechend vor allem im Hinblick auf die an die Unternehmen zu stellenden **Anforderungen** und den **Ausschluss** von Unternehmen aus dem Vergabeverfahren. Bei Letzterem handelt es sich um den massivsten Eingriff in die Rechte der beteiligten Unternehmen. Der Auftraggeber ist daher – zumindest bei fakultativen Ausschlussgründen im Sinne von § 124 GWB – stets gehalten, mögliche mildere Maßnahmen zu prüfen, bevor er einen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren aus-

90 Vgl. ausführlich *EBig* zu § 127 GWB Rn. 102 ff.

91 Vgl. etwa OLG Bremen, Beschluss v. 24.5.2006 – Verg 1/06; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 4.9.2002 – Verg 37/02; VK Sachsen, Beschluss v. 18.3.2015 – 1/SVK/001-15; VK Bund, Beschluss v. 19.7.2013 – VK 1-54/13.

92 Vgl. BGH, Beschluss v. 31.1.2017 – X ZB 10/16.

93 Vgl. EuGH, Urteil v. 14.5.2020 – Rs. C-263/19 (T-Systems Magyarorszag) m.w.N.; Urteil v. 23.12.2009 – Rs. C-376/08 (Serrantoni) m.w.N.

94 Vgl. BVerfG, Beschluss v. 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 Rn. 39 f.; *Dörr*, DÖV 2001, 1014.

95 Vgl. etwa *Sachs*, in: *Sachs*, GG, Art. 20 Rn. 149 ff. m.w.N. Ebenso OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.3.2018 – VII-Verg 54/17.

96 Vgl. daher auch zutreffend *Knauff*, in: *Säcker/Ganske/Knauff*, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 42: „Den Vorrang des positiven Rechts kann der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (jedenfalls in seiner vergaberechtlichen Ausprägung) nicht in Frage stellen.“

spricht.⁹⁷ Bezüglich der an die Unternehmen zu stellenden Anforderungen konkretisiert § 122 Abs. 4 GWB den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dahin, dass Eignungskriterien in einem angemessenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen müssen.⁹⁸ Die Forderung nach einem bisherigen Mindestumsatz im Milliardenbereich widerspräche bei einem niedrig siebenstelligen Auftragsvolumen mithin beispielsweise dieser Maßgabe (vgl. auch § 45 Abs. 2 S. 1 VgV).⁹⁹

Von größerer Praxisrelevanz ist schließlich noch, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz selbstverständlich auch im Rahmen des Aufhebungsermessens des Auftraggebers herangezogen wird, weshalb stets zu prüfen ist, ob nicht weniger einschneidende Maßnahmen als Alternative zu einer **Aufhebung** in Betracht kommen und gegebenenfalls als mildere Mittel geboten sind.¹⁰⁰

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat allein die Interessen der beteiligten Unternehmen im Blick, die vor überzogenen Anforderungen der Auftraggeber geschützt werden sollen. Das Verhältnismäßigkeitsgebot ist daher ebenso wie seine konkreten Ausprägungen **individualschützend** im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB.¹⁰¹ Als allgemeiner rechtsstaatlicher Grundsatz bindet es allerdings auch die Nachprüfungsinstanzen selbst.¹⁰² Diese dürfen nur mit Maßnahmen in ein Vergabeverfahren eingreifen, die zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens geeignet, erforderlich und angemessen sind.¹⁰³

II. Gleichbehandlung (Abs. 2)

Nach § 97 Abs. 2 GWB sind die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund des GWB ausdrücklich geboten oder gestattet. Mit dem VergModG 2016 ist dabei der bisherige Begriff der Benachteiligung durch den Begriff der Ungleichbehandlung ersetzt worden, ohne dass dies inhaltlich eine Änderung bedeutete.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist nicht nur europa- und verfassungsrechtlich verankert, er spielt auch im Vergaberecht eine überragende Rolle.¹⁰⁴ Denn er selbst kann zwar auch isoliert herangezogen werden. Jedenfalls die anderen **Vergabegrundsätze** sind ohne ihn aber kaum denkbar. Denn die Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist zum einen Grundvoraussetzung für das Entstehen echten Wettbewerbs,¹⁰⁵ seine Folge zum anderen die Verpflichtung zur Transparenz.¹⁰⁶

Ganz allgemein gebietet der **Gleichbehandlungsgrundsatz**, im Wesentlichen gleich gelagerte Sachverhalte gleich und wesentlich ungleiche Sachverhalte ungleich zu behandeln.¹⁰⁷ Negativ formuliert „*verbiendet der Gleichheitssatz nur, dass wesentlich Gleiches ungleich, nicht dagegen, dass wesentlich Ungleiches entsprechend der bestehenden Ungleichheit ungleich behandelt wird.*“¹⁰⁸ Dementsprechend ist der Gleichbehandlungsgrundsatz „*verletzt, wenn*

97 Vgl. auch *Ohrtmann*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 124 GWB Rn. 2; *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 124 GWB Rn. 2.

98 Vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 27.6.2018 – VII-Verg 4/18.

99 Vgl. auch OLG Jena, Beschluss v. 2.8.2017 – 2 Verg 2/17.

100 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 29.8.2018 – VII-Verg 14/17; VK Thüringen, Beschluss v. 28.2.2020 – 250-4002-21/2020-E-002-K.

101 Vgl. etwa VK Bund, Beschluss v. 7.5.2020 – VK 2-31/20 (Verhältnismäßigkeit einer Aufhebung).

102 Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss v. 26.1.2017 – 11 Verg 1/17; VK Bund, Beschluss v. 30.4.2018 – VK 2-34/18; *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, § 97 Abs. 1 GWB Rn. 66 m.w.N.; *Steck*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 168 GWB Rn. 10.

103 Vgl. etwa VK Berlin, Beschluss v. 13.3.2020 – VK-B1-36/19; VK Bund, Beschluss v. 27.1.2017 – VK 2-131/16.

104 Vgl. etwa EuGH, Urteil v. 24.5.2016 – Rs. C-396/14 (MT Højgaard) m.w.N.: „*Der Gleichbehandlungsgrundsatz und die Transparenzpflicht ... bilden die Grundlage der Unionsvorschriften über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge.*“ Ebenso EuGH, Urteil v. 12.7.2018 – Rs. C-14/17 (VAR und ATM).

105 Vgl. EuGH, Urteil v. 11.5.2017 – Rs. C-131/16 (Archus).

106 Vgl. EuGH, Urteil v. 19.6.2008 – Rs. C-454/06 (presstext) m.w.N.; *Knauff*, in: Säcker/Ganske/Knauff, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 57.

107 Vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss v. 25.7.2014 – 15 Verg 4/14; VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 20.7.2012 – VK-SH 16/12.

108 BVerfG, Urteil v. 23.10.1951 – 2 BvG 1/51.

*eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“.*¹⁰⁹

- 49 Insofern ist § 97 Abs. 2 Hs. 2 GWB, wonach eine **Ungleichbehandlung** nur zulässig ist, wenn sie aufgrund des GWB ausdrücklich geboten oder gestattet ist, missverständlich. Denn dadurch könnte der Eindruck erweckt werden, dass nur, wenn das GWB oder die aufgrund des GWB im Verordnungswege erlassenen Regelungen eine Differenzierung ausdrücklich vorsehen, eine solche zulässig wäre. Dies ist aber mitnichten der Fall und würde anderenfalls auch zu einer unsinnigen Überregulierung führen. Es genügt vielmehr, dass hinreichende tatsächliche Unterschiede bestehen, um eine Ungleichbehandlung von zwei Konstellationen zu rechtfertigen.¹¹⁰ Echte Ungleichbehandlungen, d.h. abweichende Beurteilungen vergleichbarer Sachverhalte, bedürfen hingegen einer Regelung im GWB bzw. in den aufgrund des GWB erlassenen Verordnungen und kommen schon wegen der begrenzenden Wirkung des Verhältnismäßigkeitsgebots nur in Ausnahmefällen in Betracht.¹¹¹ Beispielhaft kann insofern die auf Art. 85 RL 2014/25/EU basierende Regelung in § 55 SektVO zur Diskriminierung von Angeboten von Waren genannt werden, die überwiegend aus Drittländern stammen.¹¹²
- 50 Personell erfasst der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht nur die Unternehmen, die bereits durch die Abgabe eines Teilnahmeantrags oder eines Angebots am Vergabeverfahren beteiligt sind. Er wirkt vielmehr bereits im **Vorfeld** der Beteiligung der Unternehmen – etwa im Hinblick auf die Formulierung der Anforderungen der Bekanntmachung oder der Leistungsbeschreibung – und untersagt dem Auftraggeber, durch diskriminierende Vergabebedingungen bestimmte möglicherweise interessierte Unternehmen ohne sachlichen Grund von vorneherein von einer Beteiligung abzuhalten.¹¹³
- 51 In sachlicher Hinsicht erfasst der Gleichbehandlungsgrundsatz dementsprechend auch sämtliche **Stadien des Vergabeverfahrens**. Dies beginnt mit der Aufstellung der Anforderungen an die Leistung und an die Unternehmen, geht über die Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge und Angebote und mündet schließlich in der Vergabeentscheidung des Auftraggebers.¹¹⁴ Zusammenfassend ist es für den Auftraggeber generell entscheidend, den Unternehmen die gleichen Informationen zukommen zu lassen, gleiche Anforderungen an sämtliche Unternehmen zu stellen, die Teilnahmeanträge und Angebote gleichmäßig zu bewerten und allen Unternehmen die gleichen Fristen einzuräumen.¹¹⁵

1. Anwendungsfälle

- 52 Im Einzelnen sind beispielsweise folgende Konstellationen praxisrelevant:
- a) **Bevorzugung ortsansässiger oder einheimischer Unternehmen**
- 53 Es dürfte offenkundig sein, dass die Bevorzugung ortsansässiger oder einheimischer Unternehmen im diametralen Widerspruch zu dem Ziel der Vergaberichtlinien stünde, eine Öffnung des Marktes öffentlicher Aufträge für sämtliche europäische Unternehmen zu erreichen.¹¹⁶ Es kann mithin **nicht rechtmäßig** sein, eine Vergabeentscheidung zwischen mehreren Unternehmen alleine damit zu rechtfertigen, dass das ausgewählte Unternehmen aus der eigenen

109 BVerfG, Beschluss v. 22.3.2000 – 1 BvR 1136/96 m.w.N.

110 Selbstverständlich bleibt allerdings der Vorbehalt des Gesetzes im Einzelfall zu beachten.

111 Vgl. Dörr, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, § 97 Abs. 2 GWB Rn. 16 ff.

112 Vgl. OLG Brandenburg, Beschluss v. 2.6.2020 – 19 Verg 1/20; Röwekamp, in: Eschenbruch/Opitz/Röwekamp, SektVO, § 55 Rn. 2.

113 Vgl. schon EuGH, Urteil v. 5.10.2000 – Rs. C-16/98 (Kommission/Französische Republik); ferner etwa OLG Karlsruhe, Beschluss v. 25.7.2014 – 15 Verg 4/14; OLG Naumburg, Beschluss v. 16.9.2002 – 1 Verg 2/02; VK Sachsen, Beschluss v. 27.6.2014 – 1/SVK/020-13; Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 20 ff.

114 Vgl. etwa EuGH, Urteil v. 11.5.2017 – Rs. C-131/16 (Archus).

115 Vgl. etwa OLG Frankfurt, Beschluss v. 5.3.2014 – 11 Verg 2/14.

116 Zu tatsächlichen Vorbehalten insbesondere kommunaler Mandatsträger gegen Vergaben an ortsfremde Unternehmen vgl. etwa Köster, NZBau 2010, 473 (475).

Region/dem eigenen Land stammt.¹¹⁷ Gleichermaßen verbieten sich entsprechende Eignungsanforderungen, die ortsansässige Unternehmen bevorzugen und insbesondere auf eine Präsenz vor Ort schon zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe und nicht erst der -ausführung abstellen.¹¹⁸ Insofern ist auch zu berücksichtigen, dass ortsansässige Unternehmen ohnehin vielfach (natürliche) Wettbewerbsvorteile genießen, da sie beispielsweise kürzere Lieferwege haben.

Nichtsdestotrotz gibt es auf der anderen Seite kein generelles Verbot, ortsbezogene Kriterien zu berücksichtigen. Entscheidend ist insofern vielmehr, ob eine bestimmte Anforderung durch den Gegenstand des Auftrags **gerechtfertigt** und **verhältnismäßig** ist.¹¹⁹ So begegnet beispielsweise bei der Vergabe von Serviceverträgen die Forderung nach einer kurzfristigen Verfügbarkeit, die in der Regel nur mit einer Präsenz vor Ort machbar sein wird, keinen Bedenken – bei der Vergabe eines Auftrags zur Wartung, Instandhaltung und gegebenenfalls Reparatur von Fahrstühlen etwa dürfte sowohl die Auftragsbezogenheit als auch die Notwendigkeit einer derartigen Forderung auf der Hand liegen.

54

b) Wissensvorsprünge und Beteiligung von Projektanten

Unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten kann es ebenfalls problematisch sein, wenn einzelne Unternehmen **Wissensvorsprünge** gegenüber anderen Unternehmen haben. Insofern muss allerdings nach der Quelle des Wissensvorsprungs differenziert werden. Hat sich ein Unternehmen beispielsweise durch eigene Forschung einen Technologievorsprung vor anderen Unternehmen erarbeitet, so ist dies Ausdruck des freien Wettbewerbs auf dem Markt und generell erwünscht.¹²⁰ Stammt das überlegene Wissen allerdings aus der Sphäre des Auftraggebers, so stellt dies in der Regel eine nicht gerechtfertigte Benachteiligung anderer Unternehmen dar. Demzufolge hat ein Auftraggeber zuvörderst dafür zu sorgen, dass Informationsvorsprünge gar nicht erst entstehen. Das bedeutet etwa in laufenden Vergabeverfahren, dass Antworten auf Bieterfragen in der Regel allen Unternehmen zeitgleich zur Verfügung gestellt werden müssen.¹²¹ Ist ein Wissensvorsprung eines Unternehmens hingegen schon gegeben, muss der Auftraggeber dafür sorgen, dass dieser ausgeglichen wird, etwa durch entsprechende Information auch der anderen am Vergabeverfahren beteiligten oder interessierten Unternehmen.¹²² Praktisch kann dies auch dann geboten sein, wenn ein Vergabeverfahren aufgrund eines Nachprüfungsverfahrens in ein Stadium vor Angebotsabgabe zurückversetzt wird und (nur) die am Nachprüfungsverfahren beteiligten Unternehmen in dessen Rahmen Wissen erlangt haben, das ihnen Wettbewerbsvorteile bei der neuerlichen Bewerbung oder Angebotsabgabe bringt.¹²³

55

Ein weiteres praktisch besonders relevantes Beispiel ist insofern die Beteiligung von vorbefassten Unternehmen (sog. **Projektanten**) am Vergabeverfahren.¹²⁴ Dabei handelt es sich entsprechend der Legaldefinitionen in § 7 Abs. 1 VgV, § 7 Abs. 1 SektVO um Unternehmen, die den Auftraggeber bereits im Vorfeld der Vergabe unterstützt haben,¹²⁵ etwa durch Erarbeitung des Leistungsverzeichnisses oder Ähnlichem. Naturgemäß wissen diese Unternehmen besonders genau, welche Anforderungen der Auftraggeber dementsprechend erfüllt sehen möchte. Anlass für einen Ausschluss dieser Unternehmen vom Wettbewerb nach § 124 Abs. 1

56

117 Vgl. VK Sachsen, Beschluss v. 21.8.2018 – 1/SVK/016-18; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 14.11.2013 – 1 VK 37/13; VK Bund, Beschluss v. 19.7.2013 – VK 1-51/13; ausführlich *Müller-Wrede*, VergabeR 2005, 32.

118 Vgl. VK Bund, Beschluss v. 23.7.2015 – VK 1-55/15 m.w.N.

119 Vgl. auch EuGH, Urteil v. 22.10.2015 – Rs. C-552/13 (Grupo Hospitalario Quirón); Urteil v. 27.10.2005 – Rs. C-234/03 (Insalud); OLG Koblenz, Beschluss v. 20.4.2016 – Verg 1/16; *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 12.

120 Vgl. VK Bund, Beschluss v. 19.5.2020 – VK 1-28/20; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 6.9.2019 – 1 VK-39/19.

121 Vgl. etwa VK Sachsen, Beschluss v. 24.8.2016 – 1/SVK/017-16.

122 Vgl. OLG München, Beschluss v. 25.7.2013 – Verg 7/13.

123 Vgl. VK Berlin, Beschluss v. 13.3.2020 – VK-B1-36/19.

124 Vgl. etwa VK Niedersachsen, Beschluss v. 27.1.2017 – VgK-49/2016; ausführlich zum Umgang mit Projektanten vgl. *Michel*, Das Vergabeverfahren zwischen Kooperation, Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung, S. 29 ff.

125 Vgl. auch § 10 Abs. 2 VSVgV.

Nr. 6 GWB besteht gleichwohl im Regelfall nicht.¹²⁶ Der Auftraggeber hat die Leistung des Projektanten vielmehr sorgfältig zu überwachen und zu dokumentieren und die Dokumentation sämtlichen interessierten Unternehmen zur Verfügung zu stellen, um den Wettbewerbsvorteil des Projektanten auszugleichen.¹²⁷ Ein Ausschluss kommt dann nur als ultima ratio in Betracht, wenn anders die durch die Vorbefassung bewirkte Wettbewerbsverzerrung nicht beseitigt werden kann.¹²⁸

c) Zuschneiden von Eignungsanforderungen und Leistungsbeschreibung

- 57** Zwar kommt dem Auftraggeber bei der Bestimmung der Anforderungen an die Eignung der Unternehmen und die zu erbringende Leistung ein weiter **Spielraum** zu.¹²⁹ Dieser wird aber sowohl vom Wettbewerbs- und Transparenzgrundsatz als auch vom Gleichbehandlungsgrundsatz begrenzt. Letzterer verlangt, dass der Auftraggeber die Anforderungen nicht so formuliert, dass einzelne Unternehmen bereits dadurch ohne sachlichen Grund bevorzugt oder benachteiligt werden.¹³⁰
- 58** Denkbar ist dies beispielsweise für den Fall eines bis ins Detail auf das Fabrikat eines Anbieters zugeschnittenen **Leistungsverzeichnisses**, ohne dass insofern eine etwa auf Art. 42 Abs. 4 RL 2014/24/EU (Verweis auf bestimmte Marken, Produktionen etc.) gestützte Rechtfertigung nach den aufgrund des GWB erlassenen Verordnungen vorläge.¹³¹ Ebenso sind besondere **Mindestanforderungen** im Bereich der Eignungsnachweise, die ersichtlich nur von einem Unternehmen erfüllt werden können, problematisch.¹³² Insofern ist aber stets zu fragen, ob eine derartige Anforderung gegebenenfalls durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist.¹³³ Dann handelte es sich zwar um eine Ungleichbehandlung der Unternehmen, diese wäre jedoch durch Sachgründe gerechtfertigt.

d) Ausschluss von Angeboten

- 59** Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet, dass der Auftraggeber Ausschlussstatbestände gleichmäßig anwendet.¹³⁴ So kann eine nicht gerechtfertigte Diskriminierung insbesondere darin liegen, dass der Auftraggeber ein Unternehmen wegen des Fehlens eines Nachweises ausschließt und ein anderes Unternehmen mit vergleichbarem Mangel in seinem Angebot im Verfahren belässt.¹³⁵ Denn der Auftraggeber unterliegt im Rahmen des Vergabeverfahrens einer Selbstbindung dahin gehend, dass er die Entscheidung, wem er den Auftrag erteilt, und die hierzu nötigen Wertungen selbst nach einheitlichem Maßstab zu treffen hat.¹³⁶ Dementsprechend ist es ihm versagt, nachträglich auf einzelne in den Ausschreibungsunterlagen verlangte Nachweise zu verzichten und weniger strenge Anforderungen gegenüber bestimmten Unternehmen zu stellen.¹³⁷

126 Vgl. schon EuGH, Urteil v. 3.3.2005 – Verb. Rs. C-21/03 und C-34/03 (Fabricom); Müller-Wredel/Lux, ZfBR 2006, 327 m.w.N. Gleiches gilt für den bisherigen Auftragnehmer einer erneut ausgeschriebenen Leistung, vgl. OLG Bremen, Beschluss v. 9.10.2012 – Verg 1/12.

127 Vgl. OLG München, Beschluss v. 19.12.2013 – Verg 12/13; OLG Brandenburg, Beschluss v. 19.12.2011 – Verg W 17/11; Michel, Das Vergabeverfahren zwischen Kooperation, Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung, S. 124 ff.

128 Vgl. Opitz, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, § 124 GWB Rn. 89.

129 Vgl. oben Rn. 17 ff.

130 Vgl. OLG Celle, Beschluss v. 31.3.2020 – 13 Verg 13/19; OLG Naumburg, Beschluss v. 20.9.2012 – 2 Verg 4/12.

131 Vgl. OLG München, Beschluss v. 26.3.2020 – Verg 22/19; OLG Rostock, Beschluss v. 17.7.2019 – 17 Verg 1/19.

132 Vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss v. 9.7.2012 – VII-Verg 18/12.

133 Vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss v. 27.6.2012 – VII-Verg 7/12.

134 Für die Prüfung von Ausschlussstatbeständen auch bei Nachunternehmern vgl. EuGH, Urteil v. 30.1.2020 – Rs. C-395/18 (Tim SpA).

135 Vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss v. 6.2.2007 – 17 Verg 5/06; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 14.10.2005 – VII-Verg 40/05.

136 Vgl. BGH, Beschluss v. 26.9.2006 – X ZB 14/06.

137 Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss v. 26.10.2011 – 11 Verg 7/11.

e) Angebotsaufklärung, Nachforderung und (Nach-)Verhandlung

Auch im Hinblick auf eine mögliche **Aufklärung** eines unklaren Angebots (vgl. § 15 Abs. 5 S. 1 VgV, § 15 EU VOB/A) sowie bei einer zulässigen **Nachforderung** von Unterlagen (vgl. § 56 Abs. 2 VgV, § 16a EU VOB/A, § 51 Abs. 2 SektVO) ist der Auftraggeber zu einer einheitlichen Handhabung gegenüber allen Unternehmen verpflichtet.¹³⁸ Denn insofern kommt dem Auftraggeber hinsichtlich des Obs der Aufklärung beziehungsweise Nachforderung – jedenfalls außerhalb der VOB/A¹³⁹ – ein Ermessen zu, welches er pflichtgemäß auszuüben hat.¹⁴⁰

Gleiches gilt hinsichtlich möglicher **(Nach-)Verhandlungen**. Soweit diese zulässig sind, hat der Auftraggeber darauf zu achten, stets sämtliche noch beteiligten Unternehmen gleichberechtigt in die Verhandlungen einzubeziehen.¹⁴¹ Dies bedeutet auch im Verhandlungsverfahren, dass es grundsätzlich unzulässig ist, nur einem Unternehmen die Möglichkeit einzuräumen, sein Angebot im Wege von Nachverhandlungen nachzubessern.¹⁴²

f) Behandlung von Bietergemeinschaften

Bietergemeinschaften, d.h. Zusammenschlüsse von zwei oder mehr Unternehmen zur gemeinsamen Bewerbung um den Auftrag, haben ebenso wie andere Unternehmereinsatzformen auch einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Vergabeverfahren.¹⁴³

Nach einer insbesondere früher vielfach auch in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung soll eine **Änderung im Mitgliederbestand** einer Bietergemeinschaft während eines laufenden Vergabeverfahrens allerdings zu einem zwingenden Ausschluss der Bietergemeinschaft führen.¹⁴⁴ Dabei wird jedoch übersehen, dass es sich bei Bietergemeinschaften in der Regel um Gesellschaften bürgerlichen Rechts handelt.¹⁴⁵ Stellt man dies in den Vordergrund, so lässt sich die vorstehend geschilderte Behandlung von Bietergemeinschaften nicht begründen. Denn sie führt zu einer mangels sachlichen Grundes nicht gerechtfertigten Schlechterstellung von Bietergemeinschaften gegenüber anderen Gesellschaften bürgerlichen Rechts.¹⁴⁶ Nach zutreffender Auffassung kommt es vielmehr generell – und damit auch bei Bietergemeinschaften – darauf an, wie der Wechsel im Mitgliederbestand des am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmens genau gestaltet ist. Nur bei einem identitätsändernden Wechsel hat ein Ausschluss vom Vergabeverfahren zu erfolgen.¹⁴⁷

Auch im Hinblick auf die Anforderungen an die **Eignung** der Unternehmen und deren Nachweis sind Bietergemeinschaften anderen Gesellschaften gleichzustellen. Dies bedeutet, dass

138 Vgl. schon EuGH, Urteil v. 10.10.2013 – Rs. C-336/12 (Manova), Rn. 30 ff. m.w.N.; zur Nachforderung vgl. VK Sachsen, Beschluss v. 29.11.2019 – 1/SVK/032-19.

139 Vgl. zu der von den übrigen Regelwerken abweichenden Muss-Regelung in der VOB/A etwa *Steck*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 16a VOB/A-EU Rn. 1, 8 ff.

140 Vgl. OLG München, Beschluss v. 17.9.2015 – Verg 3/15; OLG Karlsruhe, Beschluss v. 23.3.2011 – 15 Verg 2/11; *Dörm*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 15 VgV Rn. 31.

141 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 19.7.2006 – VII-Verg 27/06.

142 Vgl. *Hirsch/Kaelble*, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, § 17 VgV Rn. 79.

143 Zur generellen vergaberechtlichen Zulässigkeit von Bietergemeinschaften vgl. einerseits etwa OLG Düsseldorf, Beschluss v. 17.1.2018 – VII-Verg 39/17; Beschluss v. 17.12.2014 – VII-Verg 22/14; VK Südbayern, Beschluss v. 1.2.2016 – Z3-3-3194-1-58-11/15; andererseits KG, Beschluss v. 24.10.2013 – Verg 11/13; ferner *Hausmann/Queisner*, NZBau 2015, 402; *Mager/Lotz*, NZBau 2014, 328. Zur besonderen Konstellation konzernverbundener Unternehmen als Bietergemeinschaftsmitglieder vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 29.7.2015 – VII-Verg 5/15.

144 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 24.5.2005 – VII-Verg 28/05; Beschluss v. 26.1.2005 – VII-Verg 45/04; VG Köln, Urteil v. 21.11.2013 – 16 K 6287/11; *Prieb*, VergabeR 2005, 751 (754); *Rittwage*, NZBau 2007, 484; *Schmidt*, NZBau 2008, 41.

145 Vgl. ausführlich *Lux*, Bietergemeinschaften im Schnittfeld von Gesellschafts- und Vergaberecht, S. 46 ff.

146 Insoweit kann auch VK Hessen, Beschluss v. 14.5.2020 – 69d-VK-2-22/2020, mit der Auffassung nicht überzeugen, (nur) bei einer Bietergemeinschaft sei es regelmäßig im Interesse des Auftraggebers, eine Erklärung über die gesamtschuldnerische Haftung der Partner zu verlangen.

147 Vgl. OLG Celle, Beschluss v. 5.9.2007 – 13 Verg 9/07; VK Thüringen, Beschluss v. 14.1.2015 – 250-4003-7807/2014-E-011-G; *Heiermann*, ZfBR 2007, 759; *Lux*, NZBau 2012, 680 (682).

nur die Bietergemeinschaft selbst als Subjekt der Eignungsprüfung zu beurteilen ist, nicht hingegen die einzelnen an ihr beteiligten Unternehmen jeweils einzeln.¹⁴⁸ Da die Bietergemeinschaft in der Regel jedoch nur ein Zweckbündnis ohne eigene Ressourcen darstellt, wird sie – das ist ja gerade ihr Gründungsanlass – auf die Ressourcen ihrer Mitglieder zugreifen.¹⁴⁹ Formal betrachtet geschieht dies im Wege der Eignungsleihe. Nichtsdestotrotz bedarf es eines über die Bietergemeinschaftserklärung hinausgehenden weiteren Verfügbarkeitsnachweises im Sinne von § 47 Abs. 1 S. 1 VgV in der Regel nicht, da es bereits der Vereinbarung einer Bietergemeinschaft immanent ist, dass sie über die Kapazitäten ihrer einzelnen Mitglieder tatsächlich verfügen kann.¹⁵⁰ Dies entspricht auch der gesellschaftsrechtlichen Lage, wonach die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts – also auch einer regelhaften Bietergemeinschaft – im Außenverhältnis für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft ohnehin selbst sämtlich gesamtschuldnerisch haften.¹⁵¹ Im Ergebnis kommt es damit gleichwohl regelmäßig auf die Eignung der Mitglieder der Bietergemeinschaft an. Entscheidend ist aber, dass – wie auch in anderen Konstellationen der Eignungsleihe – eine Zusammenrechnung der Ressourcen, also der Fachkunde und Leistungsfähigkeit der beteiligten Unternehmen stattfindet.¹⁵² Insofern dürfen Bietergemeinschaften gegenüber anderen Unternehmen nicht benachteiligt werden. Spiegelbildlich kann allerdings auch das Vorliegen eines Ausschlussatbestands gegenüber nur einem an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen gegebenenfalls – je nach Tatbestand und Zurechnungsnorm – den Ausschluss der Gemeinschaft insgesamt zur Folge haben. Insofern wird vertreten, der Verweis des § 47 Abs. 4 VgV,¹⁵³ wonach die Regelungen zur Eignungsleihe auch auf Bietergemeinschaften Anwendung finden, führe dazu, dass der Bietergemeinschaft nach § 47 Abs. 2 S. 3 VgV Gelegenheit gegeben werden müsse, einen Eignungsmangel bei einem Bietergemeinschaftsmitglied zu beheben, oder den Auftraggeber sogar berechtigt vorzuschreiben, dass das Mitglied der Bietergemeinschaft, bei dem ein fakultativer Ausschlussgrund vorliege, ersetzt werden müsse.¹⁵⁴ Diese Auffassung beruht allerdings auf einem aus der fehlenden Unterscheidung von Bietergemeinschaft und ihren Mitgliedern resultierenden Missverständnis des § 47 Abs. 4 VgV. Dieser stellt lediglich – im Ergebnis jedenfalls im deutschen Recht verzichtbar¹⁵⁵ – klar, dass Bietergemeinschaften auch in dieser Hinsicht mit anderen Unternehmen gleichzustellen sind.¹⁵⁶ Keinesfalls werden damit aber nach den vorstehenden Maßstäben – jedenfalls bei identitätsändernden Mitgliederwechseln – unzulässige Eingriffe in den Bietergemeinschaftsbestand legalisiert.

2. Rechtsschutz

- 65** Das Gebot, alle Teilnehmer am Vergabeverfahren grundsätzlich gleich zu behandeln und nur in dem Vorbehalt des Gesetzes genügenden Ausnahmefällen einzelne Unternehmen zu diskriminieren, ist insgesamt unternehmensschützend im Sinne von § 97 Abs. 6 GWB.¹⁵⁷

148 Vgl. ausführlich *Lux*, Bietergemeinschaften im Schnittfeld von Gesellschafts- und Vergaberecht, S. 127 ff.

149 Vgl. auch *Opitz*, in: Eschenbruch/Opitz/Röwekamp, SektVO, § 50 Rn. 25.

150 Vgl. OLG Naumburg, Beschluss v. 30.4.2007 – 1 Verg 1/07; vgl. auch VK Hessen, Beschluss v. 14.5.2020 – 69d-VK-2-22/2020.

151 Vgl. grundlegend BGH, Urteil v. 29.1.2001 – II ZR 331/00; ferner *K. Schmidt*, in: *K. Schmidt*, HGB, § 128 Rn. 4 m.w.N.

152 Vgl. VK Niedersachsen, Beschluss v. 10.7.2012 – VgK-21/2012.

153 Eine entsprechende Regelung findet sich auch in § 47 SektVO.

154 Vgl. *Mager*, in: *Burgi/Dreher*, Vergaberecht, § 47 VgV Rn. 41 f.

155 In anderen Rechtsordnungen mag eine solche Klarstellung mangels vergleichbarer gesellschaftsrechtlicher Situation hingegen gegebenenfalls sinnvoll sein, vgl. auch Art. 63 Abs. 1 UAbs. 4 RL 2014/24/EU.

156 Richtigerweise fehlt es daher an einer vergleichbaren Regelung auch in § 6d EU VOB/A.

157 Vgl. u.a. BGH, Beschluss v. 1.2.2005 – X ZB 27/04; OLG München, Beschluss v. 26.3.2020 – Verg 22/19; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.6.2017 – VII-Verg 2/17; VGH Kassel, Beschluss v. 23.7.2012 – 8 B 2244/11; OLG Frankfurt, Beschluss v. 5.3.2012 – 11 Verg 3/12; OLG Karlsruhe, Beschluss v. 15.10.2008 – 15 Verg 9/08.

C. Strategische Ziele (Abs. 3)

I. Allgemeines

§ 97 Abs. 3 GWB öffnet der erstmals mit dem VergRModG 2009¹⁵⁸ gesetzlich normierten Möglichkeit einer sog. politikorientierten Vergabe¹⁵⁹ weiteren Raum. Der Gesetzgeber betont mit dieser Vorschrift die erhebliche wirtschaftliche Bedeutung der öffentlichen Beschaffung für die Stärkung und Förderung der in § 97 Abs. 3 GWB aufgeführten politisch motivierten Aspekte. Jährlich werden öffentliche Aufträge mit einem Volumen von ca. 18 % des europäischen Bruttoinlandsprodukts vergeben.¹⁶⁰ Nachhaltigkeit und Innovationen sollen, so der Wille des Richtlinien- und des Gesetzgebers, mit diesem Potenzial durch die öffentlichen Auftraggeber gefördert und weiterentwickelt werden.¹⁶¹ Der öffentlichen Auftragsvergabe werden dabei als marktwirtschaftliches Instrument eine Schlüsselrolle und eine Vorbildfunktion¹⁶² zur Erzielung intelligenten, nachhaltigen und integrativen Wachstums zugemessen.¹⁶³ **66**

§ 97 Abs. 3 GWB wurde als weiterer Baustein zur Verwirklichung der von der Europäischen Kommission erarbeiteten Strategie „**Europa 2020**: Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum“¹⁶⁴ in das GWB integriert und dient nunmehr der Realisierung der in der sog. Agenda 2030 der Vereinten Nationen sowie der in Umsetzung hierzu ergangenen deutschen Nachhaltigkeitsstrategie festgelegten Ziele.¹⁶⁵ **67**

Der **zwingende Charakter** von § 97 Abs. 3 GWB bezieht sich dabei allein auf die – an sich selbstverständliche – Feststellung, bei der Berücksichtigung der aufgeführten Aspekte gemäß den in Teil 4 GWB normierten Regelungen zu verfahren. Sofern die in § 97 Abs. 3 GWB aufgeführten Aspekte nicht bereits Gegenstand von zwingenden Normen¹⁶⁶ oder anderen verpflichtenden Regelungen im Sinne von §§ 128 Abs. 1, 129 GWB sind, bleibt es die gestalterische Entscheidung des einzelnen öffentlichen Auftraggebers, ob und, wenn ja, in welcher Form er diese Aspekte in sein Beschaffungsvorhaben integriert.¹⁶⁷ **68**

1. Terminologie

Der Gesetzgeber verwendet – im Einklang mit der Europäischen Kommission¹⁶⁸ – zur Umschreibung der in § 97 Abs. 3 GWB aufgeführten Aspekte den Begriff der „**strategischen**“ **69**

158 § 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F.: „Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.“

159 Zur Terminologie siehe unter Rn. 69 ff.

160 Presseerklärung des Europäischen Parlaments v. 15.1.2014, <http://www.europarl.europa.eu/news/de/news-room/content/20140110IPR32386/html/%C3%96ffentliche-Auftragsvergabe-Bessere-Qualit%C3%A4t-und-mehr-Leistung-f%C3%BCr-den-Preis> (abgerufen am 29.3.2022).

161 Gesetzesbegründung, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 55 bis 57.

162 Antwort der Bundesregierung auf eine Große Anfrage: Ökologische, soziale und menschenrechtliche Kriterien in der öffentlichen Beschaffung als Beitrag für eine nachhaltige Entwicklung weltweit, BT-Drs. 19/7567, 1; Pressemitteilung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie v. 8.7.2015, <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2015/20150708-gabriel-weg-frei-groesste-reform-vergaberecht-zehn-jahren.html> (abgerufen am 29.3.2022).

163 Erwägungsgrund 3 RL 2014/23/EU; Erwägungsgründe 2 und 95 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 4 RL 2014/25/EU.

164 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission v. 3.3.2010 – Europa 2020, Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, KOM (2010) 2020 endg.

165 Sustainable Development Goals (SDGs) v. 25.9.2015, gemäß des dortigen Nachhaltigkeitsziels 12 für nachhaltige Konsum- und Produktionsmuster soll die nachhaltige, verantwortungsvolle öffentliche Beschaffung gestärkt werden: <https://sdgs.un.org> (abgerufen am 29.3.2022); vgl. auch *Beneke*, VergabeR 2018, 227 (229).

166 Vgl. etwa § 121 Abs. 2 GWB, §§ 67, 68 VgV; Regelungen in den Landesvergabegesetzen siehe tabellarische Auflistung bei *Meißner*, ZfBR 2014, 453, sowie *Kühnast*, in: *Säcker/Ganske/Knauff*, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 207, und außerhalb des Vergaberechts etwa §§ 6 bis 8, 45 KrWG, dazu *Frenz*, VergabeR 2018, 10.

167 Auch *Hattenhauer/Butzert*, ZfBR 2017, 129 (133); *Burgi*, Vergaberecht, § 7 Rn. 21: „*Stärkere Betonung des Dürfens anstatt des Müssens*“.

168 Erwägungsgrund 123 RL 2014/24/EU.

Ziele“.¹⁶⁹ Vergleichbar sind die in der Literatur gebräuchlichen Bezeichnungen als vergaberechtliche „Sekundär-Zwecke“,¹⁷⁰ Ziele einer „politikorientierten Vergabe“¹⁷¹ bzw. „nichtmonetäre Aspekte“.¹⁷² Diese Formulierungen sollen zum Ausdruck bringen, dass es sich um nicht primär an einer sparsamen Mittelverwendung orientierte Zielsetzungen handelt, die gleichwohl mit den vergaberechtlichen Grundsätzen nicht im Widerspruch stehen. Soziale, ökologische und innovative Aspekte sollen vielmehr – nach dem Willen des Gesetzgebers – im Einklang mit dem das Vergaberecht prägenden Wirtschaftlichkeitsgrundsatz gestärkt werden.¹⁷³

70 Die vor Einführung des § 97 Abs. 3 GWB in Rechtsprechung¹⁷⁴ und Literatur¹⁷⁵ häufig verwendete Bezeichnung als sogenannte **vergabefremde Kriterien** dürfte damit überholt sein. Sie bringt jedoch weiterhin die bestehenden Probleme bei der Berücksichtigung dieser Ziele zum Ausdruck.¹⁷⁶ Mit dieser Formulierung soll zwar nicht – mehr¹⁷⁷ – die Frage ihrer rechtlichen Zulässigkeit umschrieben werden. Diese war im Hinblick auf die europarechtlichen Grundlagen¹⁷⁸ und die schon früh hierzu ergangene Rechtsprechung des EuGH¹⁷⁹ auch vor Einführung des § 97 Abs. 3 GWB nicht mehr ernsthaft zu bezweifeln. Der Begrifflichkeit wohnt jedoch eine kritische Konnotation inne.¹⁸⁰ Sie bringt zum einen die Befürchtung zum Ausdruck, dass die Integration der in § 97 Abs. 3 GWB benannten Aspekte in ein Vergabeverfahren zu Zielkonflikten führt: Die Förderung politisch motivierter Aspekte kann insbesondere mit dem Grundsatz der sparsamen Haushaltsführung¹⁸¹ kontrastieren oder aber der Mittelstandsförderung gemäß § 97 Abs. 4 GWB abträglich sein.¹⁸² Die Eingliederung politikorientierter Vorgaben in ein Beschaffungswesen wird zum anderen in vielen Fällen mit einem finanziellen Mehraufwand für den Bieter und erhöhten bürokratischen Prüfungen seitens des Auftraggebers verbunden sein.¹⁸³ Schließlich wird die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung gesehen, sofern im Vergaberecht verdeckt politische Ziele verfolgt werden, statt transparent durch entsprechende Gesetzgebung in die Wirtschaftsabläufe einzugreifen.¹⁸⁴ Schließlich steht im Raum, dass etwa eine Verpflichtung zur Lieferung heimischer Produkte durch die „ökologische Hintertür“ zur Diskriminierung führen kann.¹⁸⁵

169 Bundeskabinett, Beschluss v. 7.1.2015 – Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/E/eckpunkte-zur-reform-des-vergaberechts.html>.

170 *Benedict*, NJW 2001, 947; *Latzel*, NZBau 2014, 673.

171 *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 130.

172 *Opitz*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 10.

173 Bundeskabinett, Beschluss v. 7.1.2015 – Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/E/eckpunkte-zur-reform-des-vergaberechts.html>; auch Erwägungsgrund 3 RL 2014/23/EU, Erwägungsgründe 2 und 92 RL 2014/24/EU, Erwägungsgrund 4 RL 2014/25/EU. *Kau*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 97: „terminologische(r) und normative(r) Neuanfang“; *Wiedemann*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 78; *Hattenhauer/Butzert*, ZfBR 2017, 129 und *Bungenberg/Schelhaas*, WuW 2017, 72 (77) sprechen von „Aufwertung“.

174 Vgl. nur EuGH, Urteil v. 17.9.2002 – Rs. C-513/99 (Concordia), Rn. 57, 64; OLG Koblenz, Beschluss v. 4.2.2015 – 1 Verg 7/13; OLG Rostock, Beschluss v. 30.5.2005 – 17 Verg 4/05; BayObLG, Beschluss v. 20.12.1999 – Verg 8/99; OLG Jena, Beschluss v. 13.10.1999 – 6 Verg 1/99.

175 *Wagner*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 97 GWB Rn. 91; *Latzel*, NZBau 2014, 673; *Odendahl*, EuZW 2004, 647; *Roth/Erben*, NZBau 2013, 409 (412); *Wagner/Pfohl*, Vergaber 2015, 389. Weiterhin für die Begrifflichkeit „vergabefremd“ *Frenz*, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 85. Zur Entstehung des Begriffs ausführlich *Burgi*, NZBau 2001, 64; *Ziekow*, NZBau 2001, 72; zu den Umsetzungsproblemen des § 97 Abs. 3 GWB näher *Hattenhauer/Butzert*, ZfBR 2020, 129 (133 ff).

176 *Wagner*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 97 GWB Rn. 80.

177 Ausführlich zur früheren Rechtslage: *Beuttenmüller*, Vergabefremde Kriterien im öffentlichen Auftragswesen, S. 43 ff.

178 Art. 38 S. 2 RL 2004/17/EG; Art. 26 S. 2 RL 2004/18/EG; nunmehr u.a. Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU; Art. 30 Abs. 3 RL 2014/23/EU und Art. 36 Abs. 2 RL 2014/25/EU.

179 EuGH, Urteil v. 4.12.2003 – Rs. C-448/01 (Wienstrom), Rn 40; Urteil v. 20.9.1988 – Rs. 31/87 (Beentjes), Rn. 30 ff.

180 *Burgi*, NZBau 2015, 597 (598).

181 *Opitz*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 23: Verteuerung des Einkaufs.

182 *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 137.

183 Vgl. auch *Wiedemann*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 94 ff.; *Burgi*, Vergaberecht, § 7 Rn. 5.

184 *Opitz*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 26, sieht ein Verfassungsproblem.

185 *Burgi*, Vergaberecht, § 7 Rn. 5.

Vorzugswürdig erscheinen die Bezeichnungen der in § 97 Abs. 3 GWB aufgeführten Zwecke als strategische Ziele bzw. politikorientierte Vergabegrundsätze.¹⁸⁶ Sie bringen hinreichend zum Ausdruck, dass den Aspekten des § 97 Abs. 3 GWB primär politische Zielsetzungen zugrunde liegen, ohne gleichzeitig eine – negative – Wertung zur Frage der Vereinbarkeit dieser strategischen Aspekte mit den übrigen Grundsätzen des Vergaberechts auszudrücken. Die Aspekte können damit als Ausdruck der staatlichen sozialen und umweltpolitischen Verantwortung verstanden werden, deren Berücksichtigung im Vergabeverfahren zum elementaren Bestandteil einer modernen Vergabepolitik werden könnte.¹⁸⁷ Das gesetzgeberische Ziel, die in § 97 Abs. 3 GWB aufgeführten Aspekte im Einklang mit dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz zu verwirklichen, findet seinen ausdrücklichen Niederschlag in § 127 Abs. 1 S. 1 GWB. Im Hinblick auf die weiten Gestaltungsmöglichkeiten bei der Ermittlung des günstigsten Preis-Leistungs-Verhältnisses¹⁸⁸ erscheint die gleichzeitige Verfolgung strategischer Ziele unter Beibehaltung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes grundsätzlich möglich. Der erstmals in § 97 Abs. 3 GWB normierte Aspekt der Qualität, der auf die Beschaffung hochwertiger und damit prinzipiell auch langlebiger Produkte/Leistungen gerichtet ist, ist in besonderer Weise geeignet, nicht nur das strategische Ziel der Nachhaltigkeit zu fördern, sondern auch dem Ziel der langfristig sparsamen Mittelverwendung zu dienen.¹⁸⁹ Denkbare Konflikte mit anderen vergaberechtlichen Zielsetzungen – etwa dem Mittelstandsschutz – können insbesondere durch die strikte Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entschärft werden.¹⁹⁰ Die unstreitig mit der Einbindung strategischer Ziele erhöhten Anforderungen an die Nachweisführung sollen durch eine großzügige Anwendung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung¹⁹¹ abgemildert werden.

71

2. Unionsrechtlicher Hintergrund

§ 97 Abs. 3 GWB beruht auf der Umsetzung der **allgemeinen Vorgaben** der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (RL 2014/24/EU), der Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (RL 2014/25/EU) und der Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen (RL 2014/23/EU), deren Ziel u.a. darin liegt, arbeitsrechtliche, soziale und ökologische Überlegungen effektiver in die Vergabeverfahren einzubeziehen.¹⁹²

72

Die nunmehr in § 97 Abs. 3 GWB aufgeführten Aspekte sollen in allen relevanten **Phasen des Vergabeverfahrens** Anwendung finden.¹⁹³ Bereits im Rahmen der allgemeinen „Grundsätze über die Auftragsvergabe“ werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, „geeignete Maßnahmen (zu treffen), um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten (...)“;¹⁹⁴ bei der Bestimmung des für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Kriteriums des wirtschaftlich günstigsten Angebots können „qualitative, umweltbezogene und/oder soziale Aspekte“ bewertet werden;¹⁹⁵ schließlich können die besonderen Bedingungen für die Aus-

73

186 Auch *Wiedemann*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß*, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 79; *Kühnast*, in: *Säcker/Ganske/Knauff*, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 81; *Burgi*, Vergaberecht, § 6 Rn. 12; *Bungenberg/Schelhaas*, WuW 2017, 72 (77); *Gyulai-Schmidt*, ZfBR 2019, 762: „Paradigmenwechsel“; *Hattenhauer/Butzert*, ZfBR 2017, 129 (133); *Siegel*, VergabeR 2022, 14.

187 *Fehling*, in: *Pünder/Schellenberg*, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 97; *Kühnast*, in: *Säcker/Ganske/Knauff*, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 84; *Frenz*, VergabeR 2018, 10. *Hattenhauer/Butzert*, ZfBR 2017, 129 (133), verweisen zudem auf die Chance, durch innovatives, ökologisches und soziales Handeln neue Gewerbezweige zu erschließen und Wirtschaftswachstum und Konkurrenzfähigkeit zu verbessern.

188 Gesetzesbegründung zu § 127 Abs. 1 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 111, 112.

189 Siehe auch Erwägungsgrund 94 RL 2014/24/EU zum Zusammenhang zwischen Qualität und wirtschaftlichem Wert.

190 Siehe hierzu unten Rn. 141 ff.

191 Grundlage Art. 59 RL 2014/24/EU; Art. 80 Abs. 3 RL 2014/25/EU; zur erhofften Vereinfachung *Neun/Otting*, EuZW 2014, 446 (450).

192 Erwägungsgrund 55 RL 2014/23/EU; Erwägungsgrund 2 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 52 RL 2014/25/EU.

193 Erwägungsgrund 58 RL 2014/23; Erwägungsgrund 40 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 55 RL 2014/25/EU.

194 Art. 30 Abs. 3 RL 2014/23/EU; Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU; Art. 36 Abs. 2 RL 2014/25/EU.

195 Art. 41 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 RL 2014/23/EU; Art. 67 Abs. 2 RL 2014/24/EU; Art. 82 Abs. 2 RL 2014/25/EU; Art. 41 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 RL 2014/23/EU.

29

führung eines Auftrages „wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange“ umfassen.¹⁹⁶ Von einer grundsätzlichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Berücksichtigung strategischer Ziele wurde im Hinblick auf die unterschiedlichen Ausgangsbedingungen bewusst abgesehen; sektorenweise finden sich allerdings¹⁹⁷ zwingende Vorschriften.

- 74** § 97 Abs. 3 GWB liegt keine **eigenständige Regelung** der Vergabemodernisierungsrichtlinien zugrunde. Die Regelung ist Ausdruck des Bemühens des deutschen Gesetzgebers, das Vergaberecht durch klare Regeln einfacher zu gestalten.¹⁹⁸ Da die in § 97 Abs. 3 GWB genannten Aspekte nunmehr das gesamte Vergaberecht durchziehen, untermauert § 97 Abs. 3 GWB im Rahmen des allgemeinen Teils an prägnanter Stelle und in klaren Worten die grundsätzliche Bedeutung der strategischen Ziele.

3. Vergleich zur Vorgängerregelung

- 75** § 97 Abs. 3 GWB ersetzt formal **§ 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F.**,¹⁹⁹ unterscheidet sich inhaltlich indes weitreichend von § 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F. Mit der Normierung der strategischen Ziele in einem eigenen Absatz korrigiert der Gesetzgeber zunächst die systematisch verfehlte Stellung²⁰⁰ der Berücksichtigungsfähigkeit von „sozialen, umweltbezogenen oder innovativen Aspekten“ im Rahmen der besonderen Auftragsbedingungen gemäß § 97 Abs. 4 S. 2 GWB 2009. § 97 Abs. 4 S. 1 GWB a.F. befasste sich mit der Eignung der Bieter. Die in § 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F. erwähnten Anforderungen betrafen dagegen ausschließlich die Auftragsausführung und standen in keinem Zusammenhang zur Eignungsprüfung.²⁰¹
- 76** Die Stellung innerhalb eines eigenen Absatzes von § 97 GWB betont nunmehr auch die hohe Priorität der strategischen Ziele im Vergaberecht. Die Aspekte des **§ 97 Abs. 3 GWB** erhalten einen vergleichbaren Rang wie die in § 97 Abs. 1 GWB genannten Grundsätze der Transparenz, der Verhältnismäßigkeit und des Wettbewerbsgrundsatzes, des in § 97 Abs. 2 GWB aufgeführten Gebots der Gleichbehandlung sowie des weiterhin in § 97 Abs. 4 GWB normierten Mittelstandsschutzes. Die Formulierung des § 97 Abs. 3 GWB unterstreicht zudem das gesetzgeberische Ziel, den in § 97 Abs. 3 GWB genannten Aspekten **in jeder Phase des Vergabeverfahrens** von der Definition der Leistung über die Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bis hin zur Vorgabe von Ausführungsbedingungen Bedeutung zu verschaffen.²⁰²

II. Anwendungsbereich

- 77** § 97 Abs. 3 GWB findet gemäß seiner Stellung im – neu geschaffenen – allgemeinen Teil der vergaberechtlichen Vorschriften (Abschnitt 1) sowohl auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber (Abschnitt 2) als auch auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen in besonderen Bereichen und von Konzessionen (Abschnitt 3) Anwendung. Neben der Vergabe öffentlicher Aufträge durch öffentliche Auftraggeber i.S.v. §§ 115 ff. GWB gelten die Grundsätze damit auch für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber gemäß §§ 136 ff. GWB sowie für die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen i.S.v. §§ 144 ff. GWB und schließlich die Vergabe von Konzessionen gemäß §§ 148 ff. GWB.

196 Art. 36 RL 2014/23/EU; Art. 70 S. 2 RL 2014/24/EU; Art. 87 RL 2014/25/EU.

197 Gyulai-Schmidt, ZfBR 2019, 762 (765).

198 Gesetzesbegründung, VergModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 1.

199 § 97 Abs. 4 S. 2 GWB diene der Umsetzung von Art. 26 RL 2004/18/EG bzw. Art. 38 RL 2007/17/EG.

200 Zu § 97 Abs. 4 GWB a.F. Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 233.

201 Zu § 97 Abs. 4 GWB a.F. Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 233.

202 Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 3 GWB, VergModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 68.

III. Regelungsgehalt

§ 97 Abs. 3 GWB beschränkt sich auf die Formulierung eines allgemeinen Grundsatzes des Vergabeverfahrens.²⁰³ Die erwähnten Aspekte sollen im Vergabeverfahren Berücksichtigung finden, soweit dies in den nachfolgenden Regelungen – und gemäß § 113 GWB erlassener Rechtsverordnungen – vorgesehen ist.²⁰⁴ § 97 Abs. 3 GWB selbst sind keine eigenständigen Vorgaben zu entnehmen, in welchem Stadium eines Vergabeverfahrens, in welcher Form und unter welchen Voraussetzungen die genannten Aspekte Relevanz erlangen.²⁰⁵ **78**

1. Aspekte

Der Gesetzgeber behält die bereits in § 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F. verwendete – und auf Art. 38 S. 2 RL 2004/17/EG, Art. 26 S. 2 RL 2004/18/EG zurückgehende – Bezeichnung der einzelnen strategischen Ziele als „**Aspekte**“ in § 97 Abs. 3 GWB bei. Diese weite Formulierung verdeutlicht, dass es nicht – nur – um die Beachtung bereits geltender verpflichtender Regelungen gemäß §§ 128 Abs. 1, 129 GWB geht. Den erwähnten Aspekten kann vielmehr aufgrund einer eigenen Gestaltungsentscheidung des öffentlichen Auftraggebers – korrespondierend zur Finanzierungshoheit – im Rahmen des einzelnen Beschaffungsvorhabens Bedeutung verliehen werden. Die Auftraggeber erhalten durch die nunmehrigen Regelungen des Teil 4 GWB das gesamte Vergabeverfahren umfassende Optionen, strategische Ziele unabhängig von parlamentarisch legitimierten Vorgaben individuell auftragsbezogen zu fördern. **79**

Dieser **Spielraum** des Auftraggebers bezieht sich zum einen auf die Möglichkeit, bereits bestehende Regelungen effektiver durchzusetzen. Denkbar wäre etwa, dass ein Auftraggeber Verstöße eines Bieters gegen das MiLoG in der Vergangenheit über die Sollvorgabe einer Vergabesperre gemäß § 19 MiLoG, § 124 Abs. 2 GWB hinaus zum zwingenden Ausschlussgrund erklärt. Zum anderen besteht die Möglichkeit, noch nicht als Verpflichtungen geltende Standards – etwa in Form von umweltbezogenen Anforderungen – in das konkrete Vergabeverfahren zu integrieren.²⁰⁶ **80**

a) Die einzelnen Aspekte

§ 97 Abs. 3 GWB bezieht sich ausdrücklich auf vier konkret bezeichnete Aspekte. Die Reihenfolge der in § 97 Abs. 3 GWB aufgeführten Aspekte wurde gegenüber § 97 Abs. 3 GWB-RefE geändert,²⁰⁷ ohne dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass dies auf eine verschobene inhaltliche Gewichtung zurückzuführen ist. Alle vier Aspekte dürften vielmehr die gleiche Bedeutung genießen.²⁰⁸ **81**

aa) Soziale Aspekte

Die Berücksichtigungsfähigkeit sozialer Gesichtspunkte war Ausgangspunkt der Entwicklung, strategische Ziele in öffentliche Beschaffungsvorhaben zu integrieren.²⁰⁹ Schon 1988 erkannte der EuGH im Rahmen des „Beentjes“-Urteil, dass das Erfordernis der Einstellung von Langzeitarbeitslosen als Kriterium in einem Vergabeverfahren keinen grundsätzlichen Bedenken unterliegt.²¹⁰ Dies bestätigte er mit dem Urteil „Kommission/Frankreich“.²¹¹ Entsprechend **82**

203 *Wagner*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 97 GWB Rn. 82: Praktischer Ertrag der Vorschrift ist überschaubar.

204 Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 3 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 68.

205 Auch *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 94; *Kühnast*, in: Säcker/Ganske/Knauff, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 93; *Wiedemann*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 108: Kein eigener unmittelbarer Anwendungsbefehl. *Opitz*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 12, verweist zudem auf die Begrenzungsfunktion: Außer im Bereich von § 129 GWB ist kein Raum mehr für additives Ländervergaberecht.

206 *Latzel*, NZBau 2014, 673: „Was über „hard law“ nicht erreicht wird, soll wenigstens bei der Vergabe bzw. Ausführung öffentlicher Aufträge gelten.“

207 RefE VergRModG 2016 erwähnte die Aspekte der Qualität und der Innovation hinter den sozialen und umweltbezogenen Aspekten.

208 *Kau*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 98.

209 *Frenz*, NZS 2011, 321; *Beuttenmüller*, Vergabefremde Kriterien, S. 74.

210 EuGH, Urteil v. 20.9.1988 – Rs. 31/87 (Beentjes), Rn. 30 ff., als besondere Ausführungsbedingung.

211 EuGH, Urteil v. 26.9.2000 – Rs. C-225/98 (Kommission/Frankreich), Rn. 50, als Zuschlagskriterium.

konnten gemäß Art. 26 S. 2 RL 2004/18/EG bzw. Art. 38 S. 2 RL 2004/17/EG soziale Kriterien zusätzliche Bedingungen für die Ausführung eines Auftrages bilden. Auch § 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F. nahm bereits auf die Berücksichtigungsfähigkeit sozialer Aspekte Bezug.

- 83** Zu diesen sozialen Aspekten zählen etwa Maßnahmen zum Schutz der **Gesundheit** der am Produktionsprozess beteiligten Arbeitskräfte, zur Förderung der sozialen **Integration** von benachteiligten Personen oder Angehörigen sozial schwacher Gruppen unter dem für die Ausführung des Auftrags eingesetzten Personen oder zur Schulung im Hinblick auf die für den betreffenden Auftrag benötigten Fähigkeiten.²¹² Auch die Umsetzung von Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitslose oder Jugendliche im Zuge der Ausführung des zu vergebenden Auftrags unterfällt dem Bereich der sozialen Aspekte.²¹³
- 84** Eine Ausführungsbedingung, wonach **fair gehandelter** Tee und Kaffee von kleinen Erzeugern aus Entwicklungsländern geliefert werden sollte, kann eine zulässige Berücksichtigung sozialer Aspekte darstellen.²¹⁴ Grundsätzlich wird mit dem am 23. Juli 2021 in Kraft getretenen LkSG die Verbesserung der Menschenrechtslage entlang von Lieferketten bezweckt. Demgegenüber ist die Bevorzugung einheimischer Produkte im Hinblick auf eine den Grundfreiheiten der Europäischen Union zuwiderlaufende Inländerbevorzugung unzulässig.²¹⁵ Den Bereich der sozialen Aspekte tangieren auch die sog. Scientology-Klauseln bzw. **Sektenfilter**.²¹⁶ Hierunter fallen insbesondere Eigenerklärungen der Bieter, mit denen sie sich verpflichten, nicht die „Technologie von L. Ron Hubbard“ zu verwenden.
- 85** Dem sozialen Bereich sind schließlich auch Vorgaben eines Auftraggebers bezogen auf die **Bekämpfung illegalen Verhaltens**²¹⁷ oder die Förderung der Vorgaben aus den acht **ILO-Kernarbeitsnormen**²¹⁸ zuzurechnen.²¹⁹ Hinsichtlich der Länder, die – wie die Bundesrepublik Deutschland²²⁰ – alle Übereinkommen ratifiziert haben, sollen auf die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen bezogene Verpflichtungserklärungen zu einer Effektivierung der tatsächlichen Durchsetzung führen.²²¹ Wird die Einhaltung der Kernarbeitsnormen als besondere Auftragsbedingung formuliert, kann sowohl im Rahmen der Eignungsentscheidung prognostisch erfasst werden, ob der Bieter diese Vorgabe erfüllen wird, als auch bei Auftragsausführung auf vertragliche Mittel zur Durchsetzung und/oder Sanktion zurückgegriffen werden.²²² Durch das LkSG werden zukünftig jedenfalls Unternehmen ab einer bestimmten Größe Sorgfaltspflichten im Hinblick auf die international anerkannten Menschenrechte treffen.
- 86** Ein weiterer Anwendungsbereich für die Einbindung sozialer Aspekte in einen Beschaffungsvorgang sind Fragen des **Mindestlohnes** bzw. der **Tariftrueuerklärungen**. Nach dem MiLoG hat jeder Arbeitnehmer in Deutschland einen Anspruch auf Mindestentgelt, derzeit in Höhe von EUR 10,45 brutto pro Stunde.²²³ § 128 Abs. 1 GWB nimmt ausdrücklich auf diese Verpflichtung Bezug.²²⁴ Soweit in den Landesvergabegesetzen gemäß § 129 GWB eigenstän-

212 Erwägungsgründe 64 und 66 RL 2014/23/EU; Erwägungsgrund 99 RL 2014/24/EU; Erwägungsgründe 98 und 104 RL 2014/25/EU.

213 Erwägungsgrund 66 RL 2014/23/EU; Erwägungsgrund 99 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 104 RL 2014/25/EU; so bereits auch die Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F., VergRModG 2009, BT-Drs. 16/10117, 16 f.

214 EuGH, Urteil v. 10.5.2012 – Rs. C-368/10 (Max Havelaar), Rn. 89 f.

215 VK Bund, Beschluss v. 12.11.2009 – VK 3-208/09.

216 Im Einzelnen *Roth/Erben*, NZBau 2013, 409 (410).

217 *Odendahl*, EuZW 2004, 647.

218 Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes; Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen; Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit; Übereinkommen Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit; Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung; Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf; Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit und Übereinkommen Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit.

219 Siehe dazu *Radu* in § 128 GWB Rn. 40.

220 <http://www.ilo.org/berlin/arbeits-und-standards/kernarbeitsnormen/lang--de/index.htm> (abgerufen am 29.3.2022).

221 *Burgi*, NZBau 2015, 597 (598).

222 Vertragsstrafe, Kündigung, Vergabesperre für künftige Ausschreibungen.

223 § 1 Abs. 2 MiLoG i.V.m. MiLoV3 v. 9.11.2020 (BGBl. 2020 I S. 2356).

224 Siehe dazu im Einzelnen *Radu* in § 128 GWB Rn. 11.

dige Regelungen zum Mindestlohn und/oder zu Tariftreuerklärungen vorhanden sind,²²⁵ ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Vorschriften insbesondere mit den Vorgaben der Arbeitnehmerentsende-Richtlinie²²⁶ und der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 AEUV²²⁷ im Hinblick auf die mit derartigen Regelungen verbundenen prohibitiven Wirkungen – unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes²²⁸ – vereinbar sind.²²⁹

Das auf die Gleichbehandlung von Mann und Frau nach Art. 8 AEUV gestützte Kriterium der **Frauenförderung** fällt ebenfalls unter den Bereich der sozialen Aspekte.²³⁰ Die Kriterien der **Zugänglichkeit** für Personen mit einer Behinderung oder aber eines „Designs für alle“²³¹ können als soziale Anforderung unmittelbar die betreffende Ware oder Dienstleistung charakterisieren.²³² Gemäß § 121 Abs. 2 GWB ist bei der Beschaffung von Leistungen, die zur Nutzung durch natürliche Personen vorgesehen sind, auf die allgemeine Zugänglichkeit zu achten, sofern kein begründeter Ausnahmefall vorliegt.²³³ Dies umfasst etwa die Barrierefreiheit von Gebäuden und Internetauftritten.²³⁴

87

Schließlich berücksichtigt der Gesetzgeber mit **§ 118 GWB** explizit soziale Aspekte, indem er es öffentlichen Auftraggebern ermöglicht, das Recht zur Teilnahme an Vergabeverfahren Werkstätten für Menschen mit Behinderungen oder Sozialunternehmen vorzubehalten oder aber zu bestimmen, dass öffentliche Aufträge im Rahmen geschützter Beschäftigungsverhältnisse durchzuführen sind.

88

bb) Umweltbezogene Aspekte

§ 97 Abs. 3 GWB dient auch der „Ökologisierung“ von Beschaffungsaufträgen.²³⁵ Es geht um nachhaltige, energieeffiziente und ressourcenschonende „grüne“²³⁶ Beschaffung.²³⁷ Umweltbezogene Aspekte i.S.d. § 97 Abs. 3 GWB ermöglichen es unter anderem, Zielvorgaben aus dem „EU-2030-Klima- und Energierahmen“²³⁸ zu berücksichtigen bzw. effektiver anzuwenden, sowie die bereits in Art. 11 AEUV niedergelegte Verpflichtung, die Erfordernisse des Umweltschutzes und einer nachhaltigen Entwicklung zu fördern, umzusetzen.²³⁹

89

Auch dieser Gesichtspunkt ist seit Langem europarechtlich anerkannt. Der **EuGH** hielt es bereits 2002 für zulässig, im Rahmen der Zuschlagsentscheidung für städtische Busverkehrsdienstleistungen Umweltschutzkriterien in Form der Höhe der Stickoxidimmissionen und des Lärmpegels von Bussen zu bewerten.²⁴⁰ Auch die Festlegung eines Zuschlagskriteriums, wonach Strom aus erneuerbaren Energieträgern zu verwenden ist, begegnete keinen Bedenken.²⁴¹ Bereits nach Art. 38 S. 2 RL 2004/17/EG, Art. 26 S. 2 RL 2004/18/EG konnten Ausführ-

90

225 *Wagner*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 97 GWB Rn. 98; *Wagner/Pfohl*, VergabeR 2015, 389 ff.

226 Hierzu EuGH, Urteil v. 3.4.2008 – Rs. C-346/06 (Rüffert), Rn. 20 bis 35.

227 Zur Zulässigkeit von § 3 Abs. 1 LTTG Rheinland-Pfalz nach Art. 26 RL 2004/18/EG EuGH, Urteil v. 17.11.2015 – Rs. C-115/14 (RegioPost); zur Unzulässigkeit von § 4 Abs. 3 TVgG NRW, EuGH, Urteil v. 18.9.2014 – Rs. C-549/13 (Bundesdruckerei), Rn. 36; ähnlich bereits Urteil v. 24.1.2002 – Rs. C-164/99 (Portugalia Construções); alle jedoch vor Inkrafttreten des MiLoG.

228 Siehe dazu § 97 GWB Rn. 142.

229 Siehe dazu *Radu* in § 128 GWB Rn. 48 ff.

230 Erwägungsgrund 65 RL 2014/23/EU; Erwägungsgrund 98 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 98 RL 2014/25/EU: verstärkte Beteiligung von Frauen im Erwerbsleben, Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben, Gleichstellung von Frauen und Männern; siehe hierzu auch *Radu* in § 128 GWB Rn. 40.

231 Definition des „Design für alle“ in Anhang VII RL 2014/24/EU.

232 Erwägungsgrund 67 RL 2014/23/EU; Erwägungsgrund 99 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 84 RL 2014/25/EU.

233 Vgl. auch BITV 2.0.

234 Siehe auch § 31 Abs. 5 VgV.

235 *Haak*, NZBau 2015, 11 (12); im Ergebnis auch *Kau*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 137 (§ 97 Abs. 3 GWB „dient auch“ wie oben ausgeführt der Ökologisierung; ob eine solche Ökologisierung damit tatsächlich einhergeht, bleibt offen).

236 So schon *Wiedemann*, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOL/A, § 16 Rn. 330.

237 Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 3 GWB, VergModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 68; auch *Haak*, NZBau 2015, 11 (13).

238 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Ein Rahmen für die Klima- und Energiepolitik im Zeitraum 2020–2030 – SWD (2017) 15 final.

239 Erwägungsgrund 91 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 96 RL 2014/25/EU.

240 EuGH, Urteil v. 17.9.2002 – Rs. C-513/99 (Concordia), Rn. 57, 64.

241 EuGH, Urteil v. 4.12.2003 – Rs. C-448/01 (Wienstrom), Rn. 40.

rungsbedingungen unter Berücksichtigung von umweltbezogenen Aspekten aufgestellt werden.

- 91** Die nunmehr in § 97 Abs. 3 GWB geregelte Möglichkeit, umweltbezogene Aspekte zu berücksichtigen, erweitert diesen Spielraum. Die Anforderungen können sich auf das **Produkt** selbst oder aber den **Produktionsprozess** beziehen.²⁴² Auch lediglich mittelbar mit dem zu beschaffenden Produkt in Verbindung stehende Lebenszykluskosten²⁴³ können ausdrücklich berücksichtigt werden; neu ist die Bezugnahme auf sog. Klimaleistungstufen.²⁴⁴
- 92** Umweltbezogene Aspekte i.S.d. § 97 Abs. 3 GWB sind bereits Bestandteil zahlreicher europäischer²⁴⁵ und nationaler²⁴⁶ **Regelungen** und Maßnahmen-Pakete zum Thema Energiewende. Verpflichtende Regelungen prägen ein Vergabeverfahren von der Definition des Beschaffungsgegenstands bis zu den maßgeblichen Ausführungsbedingungen gemäß § 128 Abs. 1 GWB. Ihr Ziel ist insbesondere der Wechsel der Bereitstellung von fossilen Brenn- und Kernbrennstoffen auf erneuerbare Energiequellen sowie der Reduktion des Stromverbrauchs durch Energieeffizienz und Energieeinsparung.²⁴⁷ In Umsetzung dieser Vorgaben sehen etwa § 67 VgV, § 8c EU VOB/A und die §§ 58, 59 SektVO vor, dass der Auftraggeber bei energieverbrauchsrelevanten Liefer-, Dienst- oder Bauleistungen in der Leistungsbeschreibung Anforderungen an das höchste Leistungsniveau und die höchste Energieeffizienz stellen sollte; Bieter sollen Angaben zum Energieverbrauch tätigen.²⁴⁸ Mit dem SaubFahrzeugeBeschG wurde die RL (EU) 2019/1161 über die Förderung sauberer Straßenfahrzeuge zur Unterstützung einer emissionsarmen Mobilität umgesetzt.²⁴⁹ Das Gesetz legt Mindestanteile an saubere Fahrzeugen innerhalb der Kategorien der leichten und schweren Nutzfahrzeuge bei der Beschaffung verbindlich fest und dient damit dem Umwelt- und Klimaschutz.²⁵⁰ § 13 KSG verpflichtet zudem die Träger öffentlicher Aufgaben grundsätzlich dazu, bei ihren Planungen und Entscheidungen den Zweck des Klimaschutzgesetzes und die zu seiner Erfüllung festgelegten Ziele zu berücksichtigen.²⁵¹ Das LkSG bezweckt neben der Verbesserung der Menschenrechtsslage entlang von Lieferketten auch die Gestaltung der Globalisierung im Sinne einer nachhaltigen Entwicklung gemäß der Agenda 2030.²⁵² Schließlich sind Bundesbehörden im Sinne des Umweltschutzes gemäß § 45 KrWG verpflichtet, möglichst Erzeugnisse zu beschaffen, die sich durch Langlebigkeit, Reparaturfreundlichkeit und Wiederverwendbarkeit oder -verwertbarkeit auszeichnen.²⁵³
- 93** Zum Bereich der umweltbezogenen Aspekte zählen auch Vorgaben zur **Herstellung** der zu beschaffenden Ware ohne giftige Chemikalien, die Nutzung ökologischer Baustoffe, die **Lie-**

242 Siehe auch *Müller-Wrede/Plauth* in § 127 GWB Rn. 09 ff.; *Gyulai-Schmidt*, ZfBR 2019, 762 (763).

243 Siehe auch *Müller-Wrede/Delcuvé* in § 127 GWB Rn. 133; § 53 SektVO; § 59 VgV.

244 Art. 36 Abs. 1 RL 2014/23/EU.

245 Vgl. etwa RL 2009/28/EG (Erneuerbare-Energien-Richtlinie); RL 2009/29/EG (Emissionshandels-Richtlinie); RL 2009/33/EG (Richtlinie über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge); RL 2009/125/EG (Ökodesign-Richtlinie); RL 2010/30/EU (Energieverbrauchskennzeichnungs-Richtlinie); RL 2010/31/EU (EU-Gebäuderichtlinie EPBD); RL 2012/27/EU (Energieeffizienzrichtlinie); VO (EG) 106/2008 (Energy-Star-Verordnung).

246 Vgl. etwa EEG 2014; EnVKV, PKW-EnVKV Eckpunkte für eine erfolgreiche Umsetzung der Energiewende v. 1.7.2015, <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/E/eckpunkte-energiewende.html>; *Funk/Tomerius*, KommJur 2016, 47 (51).

247 Bundeskabinett, Beschluss v. 7.1.2015 – Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/E/eckpunkte-zur-reform-des-vergaberechts.html>; *Haak*, NZBau 2015, 11.

248 Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 3 GWB, VergRModG 2016, BT-Dr. 18/6281, 68; zu den einzelnen Produktgruppen und dem Stand der Verabschiedung von Durchführungsmaßnahmen für die Ökodesign-Richtlinie (2009/125/EG) und die Energieverbrauchskennzeichnungs-Richtlinie (210/30/EG) vgl. Umweltbundesamt, Übersicht über den Stand der Prozesse zur Verabschiedung von Durchführungsmaßnahmen, Stand März 2018, https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/376/dokumente/erp-rl_uebersicht_ueber_den_stand_der_verabschiedung_von_durchfuehrungsmassnahmen.pdf (abgerufen am 29.3.2022).

249 Aufgehoben werden konnten damit §§ 68 VgV, 59 SektVO, in denen die Beschaffung von Straßenfahrzeugen bislang geregelt war.

250 Siegel, VergabeR 2022, 14 (15).

251 Einzelheiten für die Umsetzung auf Bundesebene regelt die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung klimafreundlicher Leistungen vom 15.9.2021; vgl. näher dazu Siegel, VergabeR 2022, 14 (18 f.).

252 Gesetzesbegründung, LkSG, BT-Drs. 19/28649, 1.

253 Vgl. hierzu auch *Hattenhauer/Butzert*, ZfBR 2017, 129 (130).

ferung oder **Verwendung** fair gehandelter Waren,²⁵⁴ Anforderungen an die Anlieferung, Verpackung und **Entsorgung** von Waren und sowie die Abfallminimierung und Ressourceneffizienz.²⁵⁵ Zwingend einzuhalten ist stets das Regelungsgeflecht der §§ 6 bis 8 KrWG bei der Vorgabe von Entsorgungswegen im Abfallbereich.²⁵⁶ Denkbar sind Verpflichtungen zur Verwendung von Recyclingstoffen, von FSC-zertifizierten Hölzern oder nachhaltig erzeugtem Palmöl zum Schutz der Tropenwälder. Umweltbezogene Aspekte können sich auch darauf beziehen, den Schadstoffausstoß von Dienst- oder Transportfahrzeugen²⁵⁷ zu begrenzen, die Brennstoffzellentechnologie zu fördern oder die Verwendung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen vorzuschreiben.²⁵⁸

Es bleibt abzuwarten, in welchem Umfang die Auftraggeber den Spielraum zu weiteren umweltbezogenen Anforderungen nutzen werden. Bereits jetzt stellt sich das Geflecht der zwingenden Vorgaben als unübersichtlich und kostenintensiv dar. Die Bereitschaft, weitere Anforderungen in ein Beschaffungsvorhaben zu integrieren, dürfte voraussichtlich mit der sinkenden Spürbarkeit der damit bewirkten Erfolge abnehmen.

94

cc) Aspekte der Innovation

Aspekte der Innovation hatte der deutsche Gesetzgeber ebenfalls – über die ausdrücklichen Vorgaben der damals umzusetzenden Richtlinien²⁵⁹ hinaus – bereits in § 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F. integriert.²⁶⁰ An diesem Aspekt hält § 97 Abs. 3 GWB fest. Innovation als Förderung von Neuem²⁶¹ wird seitens des Richtliniengebers als Motor für Veränderungen bezeichnet.²⁶² Insbesondere soll die Beschaffung von Forschungs- und Entwicklungsleistungen für neue Lösungen gestärkt werden.²⁶³

95

Es besteht ein enger Bezug zwischen Innovation und **Nachhaltigkeit**.²⁶⁴ Nachhaltigkeit wiederum bezieht sich häufig auf umweltbezogene oder soziale Kriterien; in den Richtlinienerwägungen werden Begriffskombinationen in Form der „Öko-Innovationen“²⁶⁵ und auch der „sozialen Nachhaltigkeit“²⁶⁶ verwendet. Der in § 97 Abs. 3 GWB enthaltene Aspekt der Innovation weist damit Überschneidungen insbesondere zu den ebenfalls in § 97 Abs. 3 GWB ausdrücklich erwähnten umweltbezogenen und sozialen Aspekten auf.²⁶⁷

96

Innovationen sollen nicht nur zu einem optimalen Preis-Leistungs-Verhältnis beitragen, sondern – so der Wunsch des Richtliniengebers – auch helfen, den „großen gesellschaftlichen Herausforderungen“ zu begegnen.²⁶⁸ Dabei wird unter **Innovation** gemäß Art. 5 Nr. 13 RL 2014/23/EU, Art. 2 Nr. 22 RL 2014/24/EU, Art. 2 Nr. 18 RL 2014/25/EU „die Realisierung von neuen oder deutlich verbesserten Waren, Dienstleistungen oder Verfahren, einschließlich – aber nicht beschränkt auf – Produktions-, Bau- oder Konstruktionsverfahren, eine neue Vermarktungsmethode oder ein neues Organisationsverfahren in Bezug auf Geschäftspraxis, Abläufe am Arbeitsplatz oder externe Beziehungen, unter anderem mit dem Ziel, zur Bewälti-

97

254 EuGH, Urteil v. 10.5.2012 – Rs. C-368/10 (Max Havelaar), Rn. 89 f.; Kühnast, in: Säcker/Ganske/Knauff, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 210: „fair gehandelt“ umfasst insoweit soziale und ökologische Kriterien.

255 Erwägungsgrund 97 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 102 RL 2014/25/EU; hierzu auch: Funk/Tomerius, KommJur 2016, 47 (50); Frenz, Vergaberech 2018, 10 (13).

256 OLG München, Beschluss v. 9.3.2018 – Verg 10/17.

257 OLG Frankfurt, Beschluss v. 29.3.2018 – 11 Verg 16/17; OLG Rostock, Beschluss v. 30.5.2005 – 17 Verg 4/05.

258 Schon Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F., VergRModG 2009, BT-Drs. 16/10117, 16 f.

259 Art. 38 S. 2 RL 2004/17/EG und Art. 26 S. 2 RL 2004/18/EG erwähnten „insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte“.

260 RL 2004/17/EG und RL 2004/18/EG.

261 Erwägungsgrund 47 RL 2014/24/EU, Erwägungsgrund 57 RL 2014/25/EU: „neue Ideen“.

262 Erwägungsgrund 95 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 100 RL 2014/25/EU.

263 Lausen, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, § 116 GWB Rn. 40; deshalb werden diese Dienstleistungen weitestgehend gemäß § 116 Abs. 1 Nr. 2 GWB vom Kartellvergaberecht freigestellt; zur Bedeutung dieser Dienstleistungen allgemein: Püstow/Meiners, NZBau 2016, 406 (411).

264 Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 3 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 68: Hinter der Formulierung der innovativen Aspekte findet sich dort der Klammerzusatz „nachhaltig“.

265 Erwägungsgrund 47 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 57 RL 2014/25/EU.

266 Erwägungsgrund 95 RL 2014/24/EU.

267 Auch Burgi, Vergaberecht, § 7 Rn. 25; Hattenhauer/Butzert, ZfBR 2017, 129 (131).

268 Erwägungsgrund 47 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 57 RL 2014/25/EU.

gung gesellschaftlicher Herausforderungen beizutragen oder die Strategie Europa 2020 für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum zu unterstützen“ verstanden.

- 98** Flankierend zur Förderung von Aspekten der Innovation im Rahmen eines Beschaffungsvorhabens sollen bei der Verfahrensgestaltung „so oft wie möglich“ Varianten, d.h. **Nebenangebote**,²⁶⁹ zugelassen werden.²⁷⁰ Die **funktionale Leistungsbeschreibung** ist ein weiterer Weg, Innovationen zu fördern. Zudem wurde mit der sogenannten **Innovationspartnerschaft** gemäß § 119 Abs. 7 GWB Rechtssicherheit für ein innovatives Vertragsmodell geschaffen,²⁷¹ welches zur Anwendung kommen kann, wenn der Bedarf an der Entwicklung eines innovativen Produkts bzw. einer innovativen Dienstleistung nicht durch bereits auf dem Markt verfügbare Lösungen befriedigt werden kann.²⁷² Zur Förderung innovativer Aspekte ermöglicht zudem § 14 Abs. 3 Nr. 2, Abs. 4 Nr. 4 VgV Durchbrechungen des Grundsatzes nach § 119 Abs. 2 GWB, Aufträge im offenen oder nicht offenen Verfahren mit Teilnahmewettbewerb zu vergeben. Gemäß Art. 41 Abs. 3 RL 2014/23/EU kann schließlich ausnahmsweise die Reihenfolge der Zuschlagsbedingungen geändert werden, um einer nicht vorhersehbaren innovativen Lösung Rechnung zu tragen.
- 99** Integriert der Auftraggeber Aspekte der Innovation in sein Beschaffungsvorhaben, stehen nicht konkrete Beschaffungsgegenstände bzw. Leistungen im Vordergrund der Ausschreibung, sondern die **Entwicklung (teilweiser) neuer Lösungen** bzw. Lösungskonzepte.²⁷³ Je größer dabei der den Bietern eingeräumte Spielraum ist, desto größer kann die Innovationswirkung ausfallen.²⁷⁴ Um die am Markt möglichen Umsetzungsmöglichkeiten zu nutzen, könnte ein Auftraggeber etwa eine Ausschreibung auf die Verpflichtung zur Entwicklung einer Energiedienstleistung für Raumklima beschränken, statt eine konkrete Klimaanlage auszusprechen.²⁷⁵

dd) Aspekte der Qualität

- 100** Neu und ohne weitere nähere gesetzgeberische Begründung wurden in § 97 Abs. 3 GWB die Aspekte der Qualität aufgenommen. Der Gesetzgeber greift mit dieser Formulierung indes ebenfalls auf Zielsetzungen in den Vergabemodernisierungsrichtlinien zurück. Mit der Vergaberechtsreform soll eine stärkere Ausrichtung der öffentlichen Auftragsvergabe auf die Qualität gefördert werden.²⁷⁶
- 101** Dies kann etwa durch die Festlegung angemessener **Qualitätsstandards** in Form von technischen Spezifikationen in der Leistungsbeschreibung, bei den Zuschlagskriterien²⁷⁷ oder durch Bedingungen für die Auftragsausführung erfolgen.²⁷⁸ Ganzheitliche Ansätze bei der Straßeninfrastrukturbetreuung²⁷⁹ oder bei ÖPP-Projekten²⁸⁰ dienen der Sicherstellung eines hohen Qualitätsstandards bei der Auftragsausführung und dem erwünschten Erfolg. Denkbar ist auch die Verknüpfung der Vergütungshöhe mit den Ergebnissen unabhängig gemessener Nutzerzufriedenheit.²⁸¹ Die nicht abschließend aufgeführten möglichen Zuschlagskriterien

269 Art. 45 RL 2014/24/EU; Art. 64 RL 2014/25/EU; *Burgi*, Vergaberecht, § 7 Rn. 28: Chance, Leistungen abzufragen, an die der Auftraggeber nicht gedacht hat.

270 Erwägungsgrund 48 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 58 RL 2014/25/EU; auch § 19 VgV; § 18 SektVO; kritisch *Summa*, in: Heiermann/Zeiss, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 190.

271 Hierzu ausführlich *Badenhausen-Fähle*, VergabeR 2015, 743; *Neun/Otting*, EuZW 2014, 446 (449); *Püstow/Meiners*, NZBau 2016, 406 (406 f.); Grundlage ist Art. 31 RL 2014/24/EU und Art. 49 RL 2014/25/EU.

272 Siehe auch *Knauff* in § 119 GWB Rn. 81 ff.; Erwägungsgrund 49 RL 2014/24/EU.

273 *Opitz*, in: *Burgi/Dreher/Opitz*, Vergaberecht, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 18; *Burgi*, NZBau 2011, 577 (579).

274 *Burgi*, NZBau 2011, 577 (579).

275 *Burgi*, NZBau 2011, 577 (579) mit weiteren Beispielen.

276 Etwa Erwägungsgründe 90, 94 und 104 RL 2014/24/EU; Erwägungsgründe 95 und 97 RL 2014/25/EU. Zur geschichtlichen Einordnung der Qualitätsaspekte: *Opitz*, in: *Burgi/Dreher/Opitz*, Vergaberecht, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 13.

277 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 27.6.2018 – VII Verg 59/17: Qualitätsanforderungen in der Leistungsbeschreibung und Gewichtung der Qualität bei den Zuschlagskriterien.

278 Erwägungsgrund 90 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 95 RL 2014/25/EU.

279 Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss v. 14.5.2018 – 11 Verg 4/15: Verknüpfung von Instandsetzungs- und Betriebsdienstleistungen.

280 Vgl. *Püstow/Meiners*, NZBau 2016, 406 (409): ganzheitliche Verantwortung für Planung, Bau und Betrieb.

281 *Püstow/Meiners*, NZBau 2016, 406 (409).

sollen die Auftraggeber ermutigen, „qualitativ hochwertige“ Leistungen bzw. Produkte zu erhalten.²⁸²

Vorgaben zur Einhaltung eines Qualitätsniveaus bei den im Rahmen der Auftragsausführung eingesetzten **Mitarbeitern** sollen etwa gemäß § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV und § 52 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 SektVO nunmehr unter bestimmten Voraussetzungen ein zulässiges Zuschlagskriterium darstellen können.²⁸³ Zugrunde liegt die Erwägung, dass Erfahrung, Qualifikation und Organisation des bei der Auftragsausführung einzusetzenden Personals das Niveau der Auftragsausführung und damit den wirtschaftlichen Wert der Leistung maßgeblich bestimmen.²⁸⁴ Die Schwierigkeit, dass Anforderungen an die Qualifikation des Personals zur unzulässigen Vermengung von Eignungs- und Zuschlagskriterien führen können,²⁸⁵ bleibt indes bestehen. Im Einzelnen werden die Voraussetzungen, unter denen Aspekte der Qualität in die Vergabeverfahren integriert werden können, im Rahmen der nach § 113 GWB erlassenen Rechtsverordnungen geregelt.²⁸⁶

102

b) Kein abschließender Charakter

Die Aufzählung der konkret benannten vier Aspekte in § 97 Abs. 3 GWB vermittelt den Eindruck der Abgeschlossenheit. Der in § 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F.²⁸⁷ enthaltene Zusatz „insbesondere“ findet sich nicht mehr. Die Erwägungen des Richtlinien- und des Gesetzgebers sowie die Regelungen in Teil 4 GWB sprechen jedoch dafür, dass über die in § 97 Abs. 3 GWB bezeichneten strategischen Ziele hinaus weitere politikorientierte Aspekte in Teil 4 GWB Berücksichtigung finden können.

103

Dies bezieht sich zunächst auf die in § 97 Abs. 3 GWB nicht erwähnten **arbeitsrechtlichen Aspekte**, die zwar Überschneidungen mit den sozialen Aspekten aufweisen, jedoch sowohl aus Sicht des Gesetzgebers²⁸⁸ als auch des EU-Richtliniengabers²⁸⁹ neben diesen Aspekten stehen. Die Vergabemodernisierungsrichtlinien bezwecken u.a. eine sogenannte verschärfte Arbeitsrechtstreue.²⁹⁰ Auch im Rahmen der Gesetzesbegründung wird darauf hingewiesen, dass ein Anreiz geschaffen werden soll, internationale Standards zur Unternehmensverantwortung einzuhalten.²⁹¹ Entsprechend findet sich in § 128 Abs. 1 GWB die explizite Forderung, dass Unternehmen bei der Ausführung des öffentlichen Auftrags die geltenden Verpflichtungen unter anderem im Bereich des Arbeitsrechts einzuhalten haben. Gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GWB können Verstöße gegen arbeitsrechtliche Verpflichtungen zudem zum Ausschluss führen. Denkbar wäre darüber hinaus, dass die Auftraggeber zur Effektivierung der Durchsetzung einen Verstoß gegen arbeitsrechtliche Vorschriften zum obligatorischen Ausschlussgrund erklären.²⁹² Schließlich erstreckt sich die Prüfung ungewöhnlich niedriger Angebote gemäß § 60 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 VgV und § 54 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 SektVO ausdrücklich auch auf die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB, insbesondere der geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften. Soweit die Bundesrepublik Deutschland zudem die in Art. 30 Abs. 3 RL 2014/23/EU, Art. 18 Abs. 2 RL 2014/18/EU, Art. 36 Abs. 2 RL 2014/25/EU ausdrücklich in Bezug genommenen internationalen arbeits-

104

282 Erwägungsgrund 92 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 97 RL 2014/25/EU.

283 Art. 67 Abs. 2 lit. b RL 2014/24/EU; siehe auch Erwägungsgrund 94 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 99 RL 2014/25/EU; so auch schon zu § 97 GWB a.F. *Wagner*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 97 GWB Rn. 64; a.A. *Latzel*, NZBau 2014, 673 (678), wonach es sich weiterhin um ein Eignungskriterium handeln sollte.

284 Erwägungsgrund 94 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 99 RL 2014/25/EU.

285 Hierzu EuGH, Urteil v. 12.11.2009 – Rs. C-199/07 (ERGA OSE), Rn. 56; OLG Celle, Beschluss v. 12.1.2012 – 13 Verg 9/11; grundsätzlich zur Abgrenzung: von *Bechtolsheim*, in: Gabriel/Mertens/Prieb/Stein, Vergaberecht, § 127 GWB Rn. 7; *Lausen*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 58 VgV Rn. 35 bis 37.

286 Etwa §§ 46, 49, 58 Abs. 2 VgV; §§ 49, 52 Abs. 2 SektVO.

287 Entsprechend Art. 38 S. 2 RL 2004/17/EG; Art. 26 S. 2 RL 2004/18/EG.

288 Vgl. § 128 Abs. 2 S. 3 GWB.

289 Vgl. Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU.

290 Gesetzesbegründung, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 1; vgl. auch *Burgi*, NZBau 2015, 597 (600); *Latzel*, NZBau 2014, 673 (680).

291 Gesetzesbegründung, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 1.

292 Vgl. auch *Latzel*, NZBau 2014, 673 (675); Die grundsätzliche Verpflichtung zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen im Rahmen der besonderen Ausführungsbedingungen kann im Hinblick auf den erforderlichen Auftragsbezug dagegen problematisch sein.

rechtlichen Vorschriften gemäß Anhang X (ILO-Kernarbeitsnormen) ratifiziert und in deutsche Gesetze umgesetzt hat, bleibt es erklärtes Ziel, ihre Einhaltung durch die Unternehmen zu verbessern. Es erscheint insoweit wenig kohärent, dass in § 97 Abs. 3 GWB auf einen Verweis des strategischen Ziels der arbeitsrechtlichen Aspekte bzw. einen Hinweis auf den allein beispielhaften Charakter verzichtet wurde.

- 105** Aus § 128 Abs. 2 S. 3 GWB folgt ebenfalls, dass das Gebiet möglicher, in ein Vergabeverfahren zu integrierender strategischer Ziele nicht auf die vier in § 97 Abs. 3 GWB genannten Aspekte beschränkt ist. § 128 Abs. 2 S. 3 GWB nennt als denkbare Regelungsgegenstände der Ausführungsbedingungen über § 97 Abs. 3 GWB hinaus explizit **wirtschaftliche** und **beschäftigungspolitische Belange** sowie den Schutz der **Vertraulichkeit von Informationen**. Zudem verdeutlicht der dort vorhandene „insbesondere“-Zusatz, dass diese Aufzählung – wie bereits in § 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F.²⁹³ – nicht abschließend ist.
- 106** Schließlich eröffnet der in § 97 Abs. 3 GWB genannte Aspekt der **Innovation** Raum für die Einbindung vielfältiger Aspekte. Diesem Aspekt ist keine inhaltliche Beschränkung auf bestimmte Ziele zu entnehmen; einzige Voraussetzung für das Vorliegen eines innovativen Aspekts ist der Bezug auf etwas – teilweise – Neues.²⁹⁴ Der Formulierung kommt damit ein weiter, einer Öffnungsklausel vergleichbarer Anwendungsbereich zu;²⁹⁵ deren Ausformung allerdings im Rahmen der jeweiligen Einzelnormen erfolgt,²⁹⁶ so dass die Frage der abschließenden Aufzählung sich praktisch kaum auswirken dürfte.²⁹⁷

c) Öffnungsklausel für die Länder

- 107** § 97 Abs. 3 GWB enthält keine der früheren Regelung in § 97 Abs. 4 S. 3 GWB entsprechende Öffnungsklausel für ergänzende Regelungen der Länder mehr. Diese Möglichkeit findet sich nunmehr in § 129 GWB im Zusammenhang mit der Formulierung von zwingend zu berücksichtigenden Ausführungsbedingungen.²⁹⁸

2. Anknüpfungspunkte für die Berücksichtigung der Aspekte

- 108** § 97 Abs. 3 GWB bezieht sich auf die Feststellung, dass die genannten Aspekte nach Maßgabe des Teil 4 des GWB Berücksichtigung finden; dies schließt das gesamte – im Ablauf erstmals im GWB skizzierte – Vergabeverfahren von der Bedarfsfestlegung bis zur Auftragsausführung ein. Neben der Möglichkeit, bereits durch Beschränkungen des Bieterkreises gemäß § 118 GWB sozialen Aspekten nach § 97 Abs. 3 GWB Geltung zu verschaffen, bietet sich insbesondere die Einbindung strategischer Aspekte im Rahmen der Leistungsbeschreibung, der Abfassung von Eignungs- und Zuschlagskriterien und der Formulierung besonderer Ausführungsbedingungen an.

a) Leistungsbeschreibung

- 109** Formal eröffnet die Leistungsbeschreibung gemäß § 121 GWB²⁹⁹ den zeitlich ersten Anknüpfungspunkt für die Einbindung strategischer Ziele im Sinne des § 97 Abs. 3 GWB.³⁰⁰ Die Leistungsbeschreibung dient als „*Kernstück der Vergabeunterlagen*“³⁰¹ der Definition der Beschaffenheit bzw. des Ergebnisses der auftragsgegenständlichen Ware oder Leistung.

293 Dazu Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Auflage, § 97 GWB Rn. 86.

294 Kritisch zum Begriff der Innovation Wagner/Pfohl, VergabeR 2015, 389 (391).

295 A.A. Masing, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 77 für abschließenden Charakter.

296 Wiedemann, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 105, insoweit trotz grundsätzlich abschließender Aufzählung für die Möglichkeit der Berücksichtigung weiterer Aspekte in den Einzelregelungen und Verordnungen.

297 Fehling, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 101. Mehr Spielraum: Kühnast, in: Säcker/Ganske/Knauff, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 98.

298 Siehe dazu Radu in § 129 GWB. Die erhoffte Abkehr von der „Kleinstaaterei“ ist damit nur so weit gelungen, wie der Bund unter großzügiger Auslegung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG von seiner Gesetzgebungskompetenz in Teil 4 GWB Gebrauch gemacht hat; vgl. hierzu auch Burgi, NZBau 2015, 567 (599, 601, 602); Summa, NZBau 2015, 329 (330).

299 Siehe dazu Traupel/Schmidt in § 121 GWB.

300 Auch Burgi, Vergaberecht, § 7 Rn. 25; Hattenhauer/Butzert, ZfBR 2017, 129.

301 VK Niedersachsen, Beschluss v. 12.4.2002 – 203-VgK-05/02.

Ihr vorgelagert erfolgt die grundsätzlich der Beschaffungsautonomie des öffentlichen Auftraggebers unterliegende **Festlegung des Beschaffungsgegenstands**,³⁰² die nur in engen Grenzen vergaberechtlich überprüfbar ist.³⁰³ Die Festlegung des Beschaffungsgegenstands selbst kann jedoch bereits in besonderer Weise die in § 97 Abs. 3 GWB erwähnten Aspekte im Rahmen eines Beschaffungsvorgangs berücksichtigen.³⁰⁴ **110**

Der erstmals in das GWB integrierten Regelung zur Leistungsbeschreibung in **§ 121 GWB** lässt sich keine ausdrückliche Bezugnahme auf die Aspekte des § 97 Abs. 3 GWB entnehmen. Die Berücksichtigungsfähigkeit folgt jedoch aus den gemäß § 113 GWB zur Konkretisierung der in Teil 4 GWB verfassten Regelungen erlassenen VergRModVO. **111**

Die in der Leistungsbeschreibung zu formulierenden Merkmale des Auftragsgegenstandes können in Form von **Leistungs-** oder **Funktionsanforderungen**, die sich ausdrücklich auf Umweltmerkmale³⁰⁵ oder die Beschreibung einer zu lösenden Aufgabe (innovative Aspekte) beziehen können, formuliert werden.³⁰⁶ In § 31 Abs. 3 VgV, § 28 Abs. 3 SektVO und § 15 Abs. 2 KonzVgV wird zudem darauf verwiesen, dass – entsprechend § 127 Abs. 3 GWB – die Merkmale der Leistungsbeschreibung keine materiellen Bestandteile der Leistung umschreiben müssen, sondern insbesondere auch den Herstellungsprozess oder Lebenszyklus betreffen können.³⁰⁷ Ausweislich der Gesetzesbegründung dienen diese Regelungen ausdrücklich der Klarstellung, dass bei einer Leistungsbeschreibung auch zusätzliche Kriterien wie etwa soziale,³⁰⁸ umweltbezogene und qualitative Aspekte Berücksichtigung finden können.³⁰⁹ Durch das Instrument der funktionalen Leistungsbeschreibungen (Funktionsanforderungen) werden zudem innovative Konzepte angeregt, da der Bieter selbst Lösungskonzepte für die vorgegebenen Funktionen entwickeln muss.³¹⁰ Dem Willen des Richtliniengebers nach soll – insbesondere zur Förderung der Innovation – gerade das Instrument der funktionalen Leistungsbeschreibung breit angewendet werden.³¹¹ Die geforderten Eigenschaften müssen zudem weiterhin gemäß § 121 Abs. 1 GWB eindeutig und erschöpfend beschrieben werden.³¹² **112**

Ausweislich der Begründung zur VergRModVO ist nunmehr eine **Öffnung der Leistungsbeschreibung** für alle in § 97 Abs. 3 GWB genannten strategischen Aspekte beabsichtigt.³¹³ Die Formulierung, dass in die Leistungsbeschreibung „auch zusätzliche Kriterien wie etwa soziale, umweltbezogene und qualitative Aspekte“³¹⁴ aufgenommen werden können, dürfte zu einer signifikanten Erweiterung des bisherigen Rahmens führen. Bislang³¹⁵ war es lediglich möglich, technische Spezifikationen insbesondere in Form von Leistungs- und Funktionsanforderungen zu formulieren und über dieses Instrument Innovationen zu fördern.³¹⁶ Ausdrücklich geregelt war zudem die Option, technische Spezifikationen hinsichtlich konkret zu benennender Um- **113**

302 Dörr, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, Einl. Rn. 5.

303 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 16.10.2019 – VII-Verg 66/18 (swissphone).

304 Etwa OLG Frankfurt, Beschluss v. 29.3.2018 – 11 Verg 16/17: Anreiz für ortsnahe Errichtung und Betrieb einer Restabfallentsorgungsanlage zur Reduzierung von Transportemissionen und Nutzung der bei der Verbrennung gewonnenen Wärme im Stadtgebiet; OLG München, Beschluss v. 9.3.2018 – Verg 10/17, zur Berücksichtigung ökologischer Zielsetzungen bei der Vorgabe eines Entsorgungskonzepts für Straßenaufbruch. Vgl. auch *Gyulali-Schmidt*, ZfBR 2019, 762 (763).

305 OLG Schleswig, Beschluss v. 13.6.2019 – 54 Verg 2/19, zu unterschiedlichen Vergabebedingungen hinsichtlich des Strompreises bei batteriebetriebenen und wasserstoffbetriebenen Fahrzeugen.

306 § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VgV entsprechend Art. 42 Abs. 3 lit. a RL 2014/24/EU i.V.m. Anhang VII sowie § 28 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SektVO entsprechend Art. 60 RL 2014/25/EU.

307 Entsprechend Art. 36 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/23/EU; Art. 42 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/44/EU; Art. 60 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/25/EU.

308 Hierzu *Krönke*, VergabeR 2017, 101 (106).

309 Gesetzesbegründung zu § 121 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 100.

310 *Burgi*, NZBau 2015, 597 (600).

311 Erwägungsgrund 74 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 83 RL 2014/25/EU.

312 Siehe dazu *Traupel/Schmidt* in § 121 GWB Rn. 24 ff.

313 Verordnungsbegründung, VergRModVO zu § 31 Abs. 3 VgV, VergRModVO, BR-Drs. 87/16, 185.

314 Verordnungsbegründung zu § 31 Abs. 3 VgV, VergRModVO, BR-Drs. 87/16, 185.

315 Ausführlich zur Rechtslage vor Inkrafttreten der Vergaberechtsreform *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 239 und § 99 GWB Rn. 26 ff.

316 Vgl. § 7 EG Abs. 4 Nr. 2 VOB/A 2012; § 8 EG Abs. 2 Nr. 3 VOL/A; näher *Burgi*, NZBau 2011, 577 (581), wonach diese Möglichkeit indes stets unterschätzt wurde.

welteigenschaften³¹⁷ und nutzerbezogene sozialpolitische orientierte Spezifikationen – insbesondere in Form der Zugänglichkeit für Behinderte – aufzustellen.³¹⁸ Auch zukünftig dürften insbesondere Umweltaspekte in der Leistungsbeschreibung Berücksichtigung finden.³¹⁹

b) Ausschlussgründe/Eignung

- 114** Zeitlich nächster Anknüpfungspunkt für die Einbindung strategischer Aspekte gemäß § 97 Abs. 3 GWB in das Vergabeverfahren ist die Prüfung von Ausschlussgründen und der Eignung des Bieters, deren Grundlagen nunmehr in den §§ 122 bis 126 im GWB-Vergaberecht normiert sind. Bedeutung erlangen die Aspekte des § 97 Abs. 3 GWB hier einerseits bei der Prüfung, ob die Eignung eines Bieters infolge eines absoluten oder fakultativen Ausschlussgrundes von vornherein zu verneinen ist, und andererseits bei der Bestimmung positiver Eignungskriterien.

aa) Ausschlussgründe

- 115** Soziale Aspekte werden zunächst über den **zwingenden Ausschlussgrund** des § 123 Abs. 4 GWB bei nachgewiesener Nichterfüllung von Pflichten zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen berücksichtigt.³²⁰ Nach § 123 Abs. 1 Nr. 10 GWB sind Bieter zudem zwingend im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung wegen Kinderarbeit und anderer Formen des Menschenhandels von einem Verfahren auszuschließen. Angeknüpft wird an eine – in der Praxis eher seltene – strafgerichtliche Verurteilung nach § 233 StGB bzw. § 233a StGB.³²¹ Zum 1. Januar 2023 wird zudem ein neuer Ausschlussgrund nach § 22 LkSG in Kraft treten. Unternehmen, die dem LkSG gemäß dessen § 1 unterfallen, sind demnach von der Teilnahme an Vergabeverfahren ausgeschlossen, sofern ein Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten dieses Gesetzes rechtskräftig festgestellt wurde.³²²
- 116** Die in § 97 Abs. 3 GWB genannten Aspekte erlangen schließlich prägnant im Rahmen des **fakultativen Ausschlussgrundes** nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB Bedeutung. Gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB können Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme ausgeschlossen werden, wenn sie nachweislich bei der Ausführung öffentlicher Aufträge gegen umwelt-,³²³ sozial-³²⁴ oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen haben.³²⁵ Derartige Verstöße stellen die zu fordernde Gesetzestreue des Bieters nachhaltig in Frage. Soweit der Wortlaut des § 124 Abs. 1 GWB dem öffentlichen Auftraggeber ein Ermessen einräumt, ob er diesen Verstoß zum Anlass eines Ausschlusses nimmt, ist im Hinblick auf die Forderungen des Richtliniengebers, auf die Einhaltung bestehender Verpflichtungen zu achten,³²⁶ von einem weitgehend gebundenen Ermessen auszugehen. Ein nachgewiesener – jedenfalls schwerwiegender – Verstoß dürfte regelmäßig zum Ausschluss führen.³²⁷ Über § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB können soziale Aspekte etwa durch Verstöße gegen die ILO-Kernarbeitsnormen einen fakultativen Ausschlussgrund bilden.³²⁸ Zum anderen kann gemäß § 124 Nr. 8 GWB ein Bieter vom Verfahren ausgeschlossen werden, wenn er die erforderlichen Nachweise nicht vorlegen kann. Diese Nachweise können sich etwa auf Angaben beziehen, die zur Berücksichtigung von Aspekten des § 97 Abs. 3 GWB aufgestellt wurden.

317 Vgl. Art. 23 Abs. 3 lit. b RL 2004/18/EG nebst Anhang VI Nr. 1 RL 2004/18/EG, Art. 34 Abs. 3 lit. b RL 2004/17/EG; § 8 EG Abs. 5 VOL/A, § 4 Abs. 6 Nr. 1 VgVa.F. verweist auf § 8 EG VOL/A; § 7 EG Abs. 7 VOB/A 2012; auch *Burgi*, NZBau 2015, 597 (600).

318 Art. 23 Abs. 1 RL 2004/18/EG; Art. 34 Abs. 1 RL 2004/17/EG.

319 Vgl. auch *Hattenhauer/Butzert*, ZfBR 2017, 129 (130).

320 Hierzu *Gnitke/Hattig* in § 123 GWB Rn. 47 ff.

321 *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 118; *Krönke*, VergabeR 2017, 101 (111).

322 Näher hierzu Siegel, VergabeR 2022, 14 (21 f.).

323 Erwägungsgrund 43 RL 2014/18/EG erwähnt explizit Umweltstraftaten; vgl. zum Verdacht der illegalen Abfallagerung: OLG Celle, Beschluss v. 13.5.2019 – 13 Verg 2/19, NVwZ 2019, 1460 (1461).

324 Etwa gegen die ILO-Kernarbeitsnormen; vgl. zur Bedeutung sozialer Aspekte im Einzelnen: *Krönke*, VergabeR 2017, 101 (111).

325 *Beneke*, VergabeR 2018, 227 (233); *Hattenhauer/Butzert*, ZfBR 2017, 129 (131).

326 Art. 30 Abs. 3 RL 2014/23/EU; Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU; Art. 36 Abs. 2 RL 2014/25/EU.

327 So schon für § 97 Abs. 4 S. 1 GWB a.F.: *Frenz*, in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 2. Auflage, § 97 GWB Rn. 35; nunmehr auch *Hattenhauer/Butzert*, ZfBR 2017, 129 (131); *Krönke*, VergabeR 2017, 101 (114).

328 *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 119; näher *Krönke*, VergabeR 2017, 101 (112).

Schließlich sind Bieter von einer Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 124 Abs. 2 GWB ausgeschlossen, soweit dies **spezialgesetzlich** geregelt ist. Dies umfasst insbesondere die im Falle eines Verstoßes gegen die Vorgaben der §§ 1, 3 MiLoG in § 19 MiLoG vorgesehene Vergabesperre.³²⁹ **117**

bb) Eignungskriterien

Die Berücksichtigung der in § 97 Abs. 3 GWB genannten Aspekte kann zudem bei der positiven Abfassung der **Eignungskriterien** gemäß § 123 Abs. 2 GWB erfolgen. Eignungskriterien legen fest, welche persönlichen und fachlichen Anforderungen öffentliche Auftraggeber an die Bieter stellen, damit diese sich überhaupt an einem Wettbewerb um öffentliche Aufträge beteiligen können. In Abgrenzung zu den Zuschlagskriterien beziehen sie sich – jedenfalls im Schwerpunkt³³⁰ – auf Eigenschaften des Unternehmers, nicht der Wirtschaftlichkeit der angebotenen Leistung.³³¹ Ebenso wie im Rahmen der Leistungsbeschreibung gemäß § 121 GWB findet sich auch in § 122 GWB kein ausdrücklicher Hinweis auf die in § 97 Abs. 3 GWB genannten Aspekte. **118**

Im Hinblick auf den abschließenden Charakter möglicher Eignungskategorien für die zulässigen Eignungskriterien³³² des § 122 Abs. 2 GWB besteht weiterhin nur beschränkter Raum für die Einbindung strategischer Aspekte in die Eignungsprüfung.³³³ **Anknüpfungspunkte** bieten insbesondere zu formulierende Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit i.S.d. § 122 Abs. 2 Nr. 3 GWB oder umweltbezogene Vorgaben für ein Umweltmanagement.³³⁴ Welche Kriterien konkret zulässig sind, ergibt sich erst aus den gemäß § 113 GWB erlassenen Vergabeerverordnungen.³³⁵ **119**

Qualitative Aspekte gemäß § 97 Abs. 3 GWB soll etwa § 46 Abs. 1 S. 1 VgV aufgreifen, wonach der öffentliche Auftraggeber u.a. Anforderungen stellen kann, die sicherstellen, dass der Bieter über die erforderlichen Mittel und ausreichenden Erfahrungen verfügt, um den Auftrag in angemessener Qualität auszuführen. § 46 Abs. 3 Nr. 2 und 3 VgV sowie § 49 Abs. 1 SektVO beziehen sich auf Anforderungen hinsichtlich der Qualitätskontrolle, Qualitätssicherung sowie entsprechender Qualitätssicherungssysteme.³³⁶ Die Regelungen in § 46 Abs. 3 Nr. 1 und 2 VgV betreffen im Hinblick auf zu fordernde Referenzen u.a. die Erfahrungen und hinsichtlich der Angabe zu technischen Fachkräften die Qualifikationen der Mitarbeiter.³³⁷ Beide Gesichtspunkte werden ausdrücklich – in Umsetzung von Art. 67 Abs. 2 lit. b RL 2014/24/EU, Art. 82 Abs. 2 lit. b RL 2014/25/EU – auch im Rahmen von § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV und § 52 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 SektVO als mögliche Zuschlagskriterien benannt. Die Problematik der Abgrenzung bzw. unzulässigen Vermengung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bleibt damit bestehen.³³⁸ Wesentlich für die Einordnung ist nach der Judikatur des EuGH insbesondere, ob es um das Personal und die Erfahrung der Bieter im Allgemeinen geht (Eignungskriterium), oder aber um das Personal und die Erfahrung der Personen, die ein bestimmtes Team bilden, welche ganz konkret den Auftrag auszuführen haben (Zuschlagskriterien).³³⁹ **120**

329 § 124 Abs. 2 GWB nimmt zudem Bezug auf § 21 AEntG, § 98 AufenthG, § 21 SchwarzArbG.

330 OLG Celle, Beschluss v. 12.1.2012 – 13 Verg 9/11.

331 Zur Abgrenzung auch *Hausmann/van Hoff*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 122 Rn. 6.

332 Grundlegend hierzu bereits EuGH, Urteil v. 20.9.1988 – Rs. 31/87 (Beentjes), Rn. 17.

333 Keinen Raum für soziale und innovative Aspekte: *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 118; *Krönke*, VergabeR 2017, 101 (111).

334 *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 118.

335 Gesetzesbegründung zu § 113 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 88.

336 Vgl. Art. 62 RL 2014/24/EU; zuvor schon § 7 EG Abs. 3 lit. b und c VOL/A; hierzu auch *Hattenhauer/Butzert*, ZfBR 2017, 129 (131).

337 Art. 58 Abs. 4 RL 2014/24/EU.

338 Vgl. EuGH, Urteil v. 26.3.2015 – Rs. C-601/13 (Ambisig), Rn. 35; Urteil v. 12.11.2009 – Rs. C-199/07 (Kommission/Hellenische Republik), Rn. 51 ff.; Urteil v. 24.1.2008 – Rs. C-532/06 (Lianakis), Rn. 26 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 29.4.2014 – VII-Verg 35/14; Beschluss v. 16.5.2011 – VII-Verg 44/11; vgl. auch *Latzel*, NZBau 2014, 673 (678); *Willenbruch*, VergabeR 2015, 322 (326).

339 EuGH, Urteil v. 26.3.2015 – Rs. C-601/13 (Ambisig), Rn. 26.

- 121** Die **umweltbezogenen Eignungskriterien** finden sich in § 46 Abs. 3 Nr. 7 VgV und § 49 Abs. 2 SektVO, wonach Angaben zu Umweltmanagementmaßnahmen,³⁴⁰ die das Unternehmen während der Auftragsausführung anwendet, gefordert werden dürfen. Schließlich verweist § 46 Abs. 3 Nr. 4 VgV durch die dort erwähnten Angaben zu einem Lieferkettenmanagement- und -überwachungssystem darauf, dass neben umweltbezogenen Aspekten auch **soziale Aspekte** die Eignung des Bieters mitbestimmen können. Dies gilt auch für die Forderung nach dem Vorhandensein eines Arbeitsschutzmanagementsystems.³⁴¹
- c) Zuschlagskriterien
- 122** Eine maßgebliche Bedeutung kommt den Aspekten des § 97 Abs. 3 GWB bei der Zuschlagserteilung zu.³⁴² Gemäß § 127 Abs. 1 S. 1 GWB wird der Zuschlag – wie bereits gemäß § 97 Abs. 5 GWB a.F. – auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Grundlage der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots ist die Bewertung, ob und wie weit das Angebot die aufgestellten Zuschlagskriterien erfüllt. Die Aufzählung der Zuschlagskriterien in § 127 GWB ist – dies betont der Gesetzgeber ausdrücklich – nicht abschließend; es bleibt dem freien Ermessen des öffentlichen Auftraggebers überlassen, auf welche Kriterien für die Erteilung des Zuschlags er tatsächlich abstellen möchte.³⁴³
- 123** Gemäß § 127 Abs. 1 S. 4 GWB kann das wirtschaftlichste Angebot, d.h. das beste Preis-Leistungs-Verhältnis im Sinne von § 127 Abs. 1 S. 3 GWB, ausdrücklich unter Berücksichtigung qualitativer, umweltbezogener oder sozialer **Aspekte** ermittelt werden.³⁴⁴ Damit wird erstmals explizit formuliert, dass die genannten strategischen Aspekte die Zuschlagsentscheidung beeinflussen können. So kann nunmehr ein zu beschaffendes Produkt aus fairem Handel im Rahmen der Zuschlagswertung mit einer höheren Punktzahl versehen werden als ein konventionell gehandeltes Produkt.³⁴⁵ Auch hier soll die weitere Konkretisierung auf Ebene der Rechtsverordnungen erfolgen;³⁴⁶ Anknüpfungspunkte sind etwa § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 VgV, § 52 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SektVO, § 31 Abs. 1 KonzVgV.³⁴⁷
- 124** Erstmals³⁴⁸ findet sich in § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 VgV, § 52 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 SektVO und § 16d EU Abs. 2 Nr. 2 S. 2 lit. b VOB/A die Bestimmung, dass die Qualifikation des konkret einzusetzenden **Personals**³⁴⁹ ein zulässiges Zuschlagskriterium darstellt, sofern die Qualität des Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann.³⁵⁰ In – im Einzelfall problematischer – Abgrenzung zu Eignungskriterien dürfte sich dies unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH³⁵¹ nicht auf allgemeine Vorerfahrungen des Bieters, sondern die Qualifikation der tatsächlich nachfolgend mit der Auftragsausführung zu betrauenden Mitarbeiter beziehen. Die Regelung ist nicht dahingehend zu verstehen, dass die Qualifikation der Mitarbeiter stets ein zulässiges Zuschlagskriterium darstellt. Die ausdrückliche Erwähnung im Rahmen der Zuschlagskriterien könnte jedoch zu einer Lockerung der strikten Trennung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien führen.³⁵²
- 125** Im Übrigen beschränken sich § 58 Abs. 2 S. 2 VgV, § 52 Abs. 2 S. 2 SektVO, § 31 Abs. 1 KonzVgV und § 16d EU Abs. 2 Nr. 1 S. 3 VOB/A im Wesentlichen auf eine Wiederholung von

340 Hierzu auch Erwägungsgrund 67 RL 2014/23/EU; Erwägungsgrund 88 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 93 RL 2014/25/EU.

341 VK Bund, Beschluss v. 11.6.2012 – VK 3-51/12.

342 Vgl. auch *Gyulai-Schmidt*, ZfBR 2019, 762 (766); für soziale Aspekte: *Krönke*, VergabeR 2017, 101 (114).

343 Gesetzesbegründung zu § 127 Abs. 1 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 112.

344 Siehe hierzu *Müller-Wrede/Delcuvé* in § 127 GWB Rn. 22 ff.

345 Gesetzesbegründung zu § 127 Abs. 1 und 4 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 111, 112.

346 Gesetzesbegründung zu § 127 Abs. 1 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 111.

347 Hierzu auch *Hattenhauer/Butzert*, ZfBR 2020, 129 (132).

348 Mit sehr eingeschränktem Anwendungsbereich zuvor schon in § 4 Abs. 2 S. 2 bis 4 und § 5 Abs. 1 S. 2 bis 4 VgVa.F.

349 Art. 67 Abs. 2 lit. b RL 2014/24/EU; § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV.

350 Vgl. auch EuGH, Urteil v. 26.3.2015 – Rs. C-601/13 (*Ambisig*), Rn. 26 ausdrücklich zur Zulässigkeit als Zuschlagskriterien, sofern es sich um das im konkreten Auftrag einzusetzende Team handelt; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.10.2015 – VII-Verg 28/14.

351 EuGH, Urteil v. 26.3.2015 – Rs. C-601/13 (*Ambisig*), Rn. 26.

352 *Petersen*, VergabeR 2015, 8 (19).

§ 127 GWB, soweit betont wird, dass „auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden“ können, „insbesondere die Qualität (...), Zugänglichkeit der Leistung insbesondere für Menschen mit Behinderungen, ihrer Übereinstimmung mit Anforderungen des Designs für alle, soziale, umweltbezogener und innovativer Eigenschaften sowie Vertriebs- und Handelsbedingungen“. Es bleibt der **Gestaltungsentscheidung** des einzelnen Auftraggebers überlassen, ob und wie er diese strategischen Aspekte als Zuschlagskriterien berücksichtigen möchte.³⁵³ Der Regelung des § 127 GWB dürfte damit überwiegend klarstellender Charakter zukommen. Schon die in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB a.F. aufgeführten Grundsätze für die Auftragsvergabe umfassten unter Berücksichtigung der Vorgaben in Art. 55 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG, Art. 53 Abs. 1 lit. a RL 2004/18/EG u.a. „Qualität (...), Umwelteigenschaften,³⁵⁴ Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe (...)“. Erwägungsgrund 46 RL 2004/18/EG wies zudem darauf hin, dass Kriterien zur Erfüllung sozialer Anforderungen, etwa in Bezug auf die Bedürfnisse besonders benachteiligter Bevölkerungsgruppen, im Rahmen der Zuschlagserteilung berücksichtigt werden konnten. Gemäß klarstellender Rechtsprechung des EuGH handelte es sich zudem nicht um eine abschließende Auflistung.³⁵⁵

Möglich ist es gemäß § 58 Abs. 2 S. 3 VgV nunmehr auch, die Betrachtung des Preis-Leistungs-Verhältnisses durch die Vorgabe von **Festpreisen** und **Festkosten** so auszugestalten, dass das wirtschaftlichste Angebot ausschließlich nach qualitativen, umweltbezogenen oder sozialen Zuschlagskriterien ermittelt wird.³⁵⁶ Den Aspekten des § 97 Abs. 3 GWB käme auf diese Weise eine große Bedeutung für die Zuschlagsentscheidung zu; es bleibt abzuwarten, inwieweit diese Chance genutzt wird.

126

d) Ausführungsbedingungen

Schließlich besteht ein letzter und wichtiger Anknüpfungspunkt für die Einbeziehung der strategischen Aspekte des § 97 Abs. 3 GWB in der Abfassung besonderer **Ausführungsbedingungen** gemäß § 128 Abs. 2 GWB.³⁵⁷ Diese Bedingungen stellen Verhaltensanweisungen an das ausführende Unternehmen für die Ausführung des Auftrages dar; sie beziehen sich auf die Art und Weise der Durchführung des Auftrages. Regelungstechnisch handelt es sich um Vertragsbedingungen, die dem Auftragnehmer zwingend zur Beachtung und Einhaltung vorgegeben werden.³⁵⁸ Die Abgrenzung zu Leistungsanforderungen i.S.v. § 121 GWB, die ebenfalls die Auftragsausführung betreffen, bleibt im Einzelfall problematisch.³⁵⁹ Gleiches gilt für eine Trennung zum Bereich der Eignungskriterien.³⁶⁰

127

§ 128 Abs. 2 S. 2 GWB erwähnt explizit, dass derartige **besondere Bedingungen** für die Ausführung eines Auftrages „insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange oder den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen umfassen“ können. Dem insoweit deutlichen Wortlaut nach handelt es sich um eine lediglich beispielhafte Aufzählung.³⁶¹ Der Gesetzgeber misst Ausführungsbedin-

128

353 Zu umweltbezogenen Zuschlagskriterien (Transportemissionen): OLG Frankfurt, Beschluss v. 29.3.2018 – 11 Verg 15/17; abstrakte Beispiele: *Funk/Tomerius*, KommJur 2016, 47 (49).

354 Vgl. entsprechend bereits § 19 EG Abs. 9 VOL/A; § 16 EG Abs. 7 VOB/A 2012.

355 EuGH, Urteil v. 10.5.2012 – Rs. C-368/10 (Max Havelaar), Rn. 84.

356 *Beneke*, VergabeR 2018, 227 (234).

357 Nach *Burgi*, Vergaberecht, § 19 Rn. 11, wichtigstes Instrument der Verfolgung strategischer Ziele. Hierzu auch *Hattenhauer/Butzert*, ZfBR 2020, 129 (132).

358 Gesetzesbegründung zu § 128 Abs. 2 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 113.

359 Schon zu § 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F. kritisch *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 261; *Diehr*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 3. Auflage, § 97 GWB Rn. 88 ff.

360 EuGH, Urteil v. 10.5.2012 – Rs. C-368/10 (Max Havelaar), Rn. 103 ff.; VK Bund, Beschluss v. 24.6.2014 – VK 2-39/14, zur sog. „No-Spy-Klausel“ gemäß Erlass des Bundesinnenministeriums vom 30.4.2014, die als Ausführungsbedingung, mangels Bieterbezogenheit jedoch nicht als Eignungskriterium eingeordnet wurde.

361 Gesetzesbegründung zu § 128 Abs. 2 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 114: Insoweit kommt der fehlenden Erwähnung qualitativer Aspekte in § 128 Abs. 2 GWB wohl keine regulative Bedeutung zu; *Hattenhauer/Butzert*, ZfBR 2017, 129 (133) ordnet sie dagegen allein § 128 Abs. 1 GWB zu.

gungen eine „wichtige Steuerungswirkung zu“,³⁶² von der die öffentlichen Auftraggeber durch eigene gestalterische Entscheidungen in weitem Umfang Gebrauch machen können.

- 129** Die Eingliederung der Aspekte nach § 97 Abs. 3 GWB in die Ausführungsbedingungen verschafft dem öffentlichen Auftraggeber – über die vergaberechtliche Möglichkeit eines Ausschlusses im Fall der Verweigerung der entsprechenden Verpflichtungserklärung hinaus³⁶³ – vertragliche **Sanktionsmittel** für den Fall der Nichterfüllung.³⁶⁴ Wird etwa die Beschäftigung eines festgelegten Anteils Langzeitarbeitsloser oder die Umsetzung einer Ausbildungsmaßnahme für Arbeitslose während der Auftragsausführung gefordert, kann sich der Auftraggeber für den Fall der Pflichtverletzung das Fordern einer Vertragsstrafe oder die Ausübungen eines außerordentlichen Kündigungsrechts vorbehalten. Denkbar ist auch eine Vergabesperre für zukünftige Verfahren.
- 130** Der Gesetzgeber knüpft mit § 128 Abs. 2 GWB an die frühere Regelung in **§ 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F.** an. Ausführungsbedingungen boten schon nach Art. 38 S. 2 RL 2004/17/EG und Art. 26 S. 2 RL 2004/18/EG einen Regelungsort für die Berücksichtigung strategischer Ziele.³⁶⁵ Der in § 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F. vorhandene Zusatz „insbesondere“ verdeutlichte dabei auch, dass die ausdrückliche Erwähnung sozialer und umweltbezogener Aspekte nicht abschließend aufzufassen war. Die weitergehende Anregung der Ausschüsse des Bundesrates, öffentliche Auftraggeber zu verpflichten, in besonderen Ausführungsbedingungen allen offensichtlich durch die Ausführung nachteilig berührten umweltbezogenen Belangen im Rahmen des wirtschaftlich Vertretbaren Rechnung zu tragen,³⁶⁶ wurde nicht übernommen.

3. Verbindung zum Auftrag

a) Grundsätze

- 131** Da § 97 Abs. 3 GWB auf die Darstellung der konkreten Anforderungen an die Verfolgung strategischer Ziele innerhalb eines Beschaffungsvorhabens verzichtet, finden sich – anders als in § 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F. – auch keine Angaben, ob eine Verbindung zwischen den Aspekten des § 97 Abs. 3 GWB und dem Auftrag erforderlich ist. Dies ergibt sich jedoch aus den einzelnen Vorschriften, die sich mit Anknüpfungspunkten für die Einbindung der strategischen Ziele befassen.
- 132** Grundsätzlich ist an die Stelle des Bezugs zum Auftrag³⁶⁷/Auftragsgegenstand³⁶⁸ bzw. des sachlichen Zusammenhangs³⁶⁹ der Begriff der **Verbindung** getreten.³⁷⁰ Diese Verbindung muss sich nicht auf das Produkt bzw. die Leistung selbst beziehen; die aus § 97 Abs. 3 GWB abgeleiteten Kriterien müssen insbesondere nicht dazu dienen, die Leistung näher zu bestimmen oder zwingende Voraussetzung für die Erbringung der Leistung sein.³⁷¹ Die strategische Anforderung kann vielmehr auch produktions- bzw. unternehmensbezogen formuliert werden.³⁷² Ausreichend ist jeglicher Bezug zwischen den auf § 97 Abs. 3 GWB gestützten Kriterien und dem Inhalt der ausgeschriebenen Leistung.³⁷³ Mit dieser Erweiterung verliert die frühere Frage, wie weit der Bezug zum Auftragsgegenstand reichen muss, an Bedeutung.³⁷⁴ Ein

362 Gesetzesbegründung zu § 128 Abs. 2 GWB, VergModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 113.

363 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.7.2015 – VII-Verg 11/15.

364 Dazu auch *Hattenhauer/Butzert*, ZfBR 2017, 129 (132).

365 Die Bestimmungen dienen der Kodifizierung des „Beentjes“-Urteils des EuGH v. 20.9.1988 – Rs. 31/87, Rn. 37.

366 Empfehlungen der Ausschüsse, BR-Drs. 367/1/15, 10 f.

367 Art. 26 RL 2004/18/EG bzw. Art. 38 RL 2004/17/EG.

368 Art. 55 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG; Art. 53 Abs. 1 lit. a RL 2004/18/EG.

369 So § 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F.

370 Vgl. nur Art. 36 Abs. 1 UAbs. 2, Art. 41 Abs. 2 RL 2014/23/EU; Art. 43 Abs. 1 lit. a; Art. 58 Abs. 1 S. 4; Art. 67 Abs. 2 S. 1 RL 2014/24/EU; Art. 60 Abs. 1 UAbs. 2, 82 Abs. 2 RL 2014/25/EU sowie §§ 127 Abs. 3 S. 1 GWB, 128 Abs. 2 S. 1 GWB.

371 OLG Rostock, Beschluss v. 6.3.2009 – 17 Verg 1/09.

372 *Frenz*, VergabeR 2018, 10 (11); *Wagner/Pfohl*, VergabeR 2015, 389 (390).

373 Schon OLG Düsseldorf, Beschluss v. 19.11.2014 – VII-Verg 30/14 unter Bezug auf die Vorwirkung der neuen EU-Richtlinien.

374 Im Einzelnen auch *Burgi*, NZBau 2015, 597 (601 f.).

enger, unmittelbarer Zusammenhang der Kriterien zum Auftragsgegenstand selbst ist nicht mehr erforderlich.³⁷⁵

b) Einzelne Anknüpfungspunkte

Im Einzelnen gilt für die Anknüpfungspunkte zur Einbeziehung der strategischen Aspekte Folgendes: **133**

Hinsichtlich der **Leistungsbeschreibung** gemäß § 121 GWB lässt sich § 121 Abs. 1 S. 2 GWB **134** zunächst nur entnehmen, dass sich die Funktions- oder Leistungsanforderungen nicht auf das Produkt selbst, sondern auch auf den Produktionsprozess beziehen können. Den Richtlinienvorgaben gemäß dürfen Anforderungen an den Produktionsprozess und die Produktionsmethoden jedoch nicht losgelöst vom Auftragsgegenstand gefordert werden. Sie sind vielmehr konkret auf den „spezifischen Prozess“ oder die „spezifische Methode zur Produktion“ bezogen zu formulieren;³⁷⁶ die geforderten Merkmale müssen – so die Richtlinienvorgaben³⁷⁷ – „in Verbindung“ mit dem Auftragsgegenstand stehen.³⁷⁸ Begrenzend wirken in der Praxis damit insbesondere das Verbot allgemein unternehmenspolitischer Vorgaben und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.³⁷⁹

Eignungskriterien müssen gemäß § 122 Abs. 4 S. 1 GWB ebenfalls ausdrücklich mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen.³⁸⁰ Auch hier gilt grundsätzlich ein weites Verständnis für die Bestimmung der erforderlichen Verbindung.³⁸¹ **135**

Die zwingenden **Ausschlussgründe** nach § 123 Abs. 1 Nr. 10 und Abs. 4 GWB beruhen auf **136** der Berücksichtigung sozialer Erwägungen, ohne dass ein konkreter Bezug zum Auftragsgegenstand gefordert wird. Der fakultative Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB enthält ebenfalls keinen Verweis auf eine geforderte Verbindung zwischen dem Verstoß des Unternehmens gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrages und dem nunmehr zu vergebenden Auftrag. Folgen aus einem nachgewiesenen Verstoß entsprechend § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB Anhaltspunkte für die Unzuverlässigkeit des Bieters, soll den Erwägungsgründen der Richtlinien gemäß der Ausschluss eines Bieters nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB immer möglich sein, ohne dass es darauf ankommt, ob ein gleichartiger Verstoß erneut zu befürchten ist.³⁸² Gleiches gilt für die Sollvorgabe einer Vergabesperre gemäß § 124 Abs. 2 GWB, § 19 MiLoG und den Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB.

Wird ein Bieter gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB dagegen infolge fehlender Vorlage von **Eignungsnachweisen**, die sich auf die Aspekte des § 97 Abs. 3 GWB beziehen, vom Verfahren ausgeschlossen, liegt zwingend eine Verbindung zum Auftrag vor. Eignungsnachweise dürfen gemäß § 122 Abs. 4 S. 1 GWB nur gefordert werden, wenn sie in Verbindung zum Auftragsgegenstand stehen. **137**

375 So noch für § 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 17.1.2013 – VII-Verg 35/12; OLG Rostock, Beschluss v. 6.3.2009 – 17 Verg 1/09.

376 Art. 36 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/23/EU; Art. 42 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/24/EU; Art. 60 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/25/EU.

377 Art. 36 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/23/EU; Art. 42 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/24/EU; Art. 60 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/25/EU.

378 Demnach dürften weiterhin Bedingungen, unter denen der Lieferant die zu beschaffenden Produkte/Leistungen vom Erzeuger erworben hat, allein über besondere Auftragsbedingungen zu regeln sein; vgl. schon EuGH, Urteil v. 10.5.2012 – Rs. C-368/10 (Max Havelaar), Rn. 70, 74 f.; allgemein zum weiten Verständnis der geforderten Verbindung: Krönke, VergabeR 2017, 101 (103).

379 Krönke, VergabeR 2017, 101 (118).

380 Entsprechend Art. 58 Abs. 1 S. 4 RL 2014/24/EU; unzulässig bleiben dürfte ein Eignungskriterium, welches sich auf die Straffreiheit des einzusetzenden Reinigungspersonals bezieht, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 5.12.2012 – VII-Verg 29/12; siehe im Einzelnen hierzu Gnitke/Hattig zu § 122 GWB Rn. 76 ff.

381 Siehe oben Rn. 125; vgl. auch Beneke, VergabeR 2018, 227 (234): „fast in jedem Fall gegeben“; Funk/Tomerius, KommJur 2016, 47 (48).

382 Erwägungsgrund 70 RL 2014/23/EU; Erwägungsgrund 101 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 106 RL 2014/25/EU.

- 138** Auch die **Zuschlagskriterien** müssen dem eindeutigen Wortlaut des § 127 Abs. 3 S. 1 GWB nach „mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen“.³⁸³ Diese Verbindung ist gemäß § 127 Abs. 3 S. 2 GWB bereits anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf den Herstellungs-, Bereitstellungs- oder Entsorgungsprozess, den Handel mit der Leistung oder ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht.³⁸⁴ In § 127 Abs. 3 S. 2 GWB wird zudem klargestellt, dass die Anforderung sich nicht unmittelbar auf die materielle Eigenschaft des Auftragsgegenstandes auswirken muss.³⁸⁵
- 139** Besondere **Bedingungen für die Auftragsausführung** dürfen schließlich gemäß § 128 Abs. 2 S. 1 GWB ebenfalls nur festgelegt werden, wenn sie mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Hinsichtlich des Vorliegens einer derartigen Verbindung verweist § 128 Abs. 2 S. 1 GWB auf die Regelungen in § 127 Abs. 3 GWB. Die Zulässigkeit von Zuschlagskriterien wird mithin am gleichen Maßstab geprüft wie die Zulässigkeit zusätzlicher Bedingungen für die Auftragsausführung.³⁸⁶ Auch hier tritt der Begriff der Verbindung nunmehr an die Stelle des nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F. geforderten „sachlichen Zusammenhangs“.³⁸⁷
- 140** Grundsätzlich ist demnach die erforderliche Verbindung zwischen den geforderten strategischen Kriterien und dem Auftrag wesentlich weniger restriktiv als zuvor zu verstehen. Abzugrenzen ist aber weiterhin zu – **unzulässigen – Kriterien**, die lediglich die allgemeine Betriebsorganisation betreffen.³⁸⁸ Dem Auftraggeber ist es weiterhin nicht gestattet, von den Bietern eine bestimmte Politik der sozialen oder ökologischen Verantwortung zu verlangen.³⁸⁹ Vom Auftrag losgelöste Vorgaben hinsichtlich allgemeiner Tariftreue,³⁹⁰ zur Gleichstellung von Männern und Frauen festgelegter Beschäftigungsquoten³⁹¹ oder aber grundsätzliche umweltbezogene Organisationsmaßnahmen bleiben unzulässig.³⁹² Nicht das allgemeine Umwelt- und Sozialverhalten eines Bieters oder seine Betriebsorganisation, sondern nur bei der Auftragsausführung eingesetzte Produktionsfaktoren dürfen Berücksichtigung finden.³⁹³ Die **Grenzziehung** zwischen allgemeinen produktbezogenen Anforderungen der Leistungsbeschreibung und zulässigen Anforderungen infolge einer Verbindung zum Auftrag wird in Einzelfällen allerdings problematisch sein: Soll etwa Fisch aus nachhaltiger Fischwirtschaft geliefert werden oder Strom aus erneuerbaren Energien verwendet werden, dürfte ein Bieter kaum allein für den konkreten Auftrag seinen Produktionsprozess entsprechend ausrichten.³⁹⁴ Dennoch lässt sich auch bei einer vollständigen Betriebsumstellung formal ein konkreter Auftragsbezug nicht verneinen lassen: Gerade der konkret zu beschaffende Fisch bzw. die für die Produktion des zu beschaffenden Gegenstandes verwendete Energie müssen den aufgestellten Anforderungen genügen. Zukünftig dürfte nur noch in seltenen Fällen die geforderte Verbindung zum Auftrag fehlen; ein Korrektiv zur Eindämmung weitgefasster strategischer Aspekte bietet jedoch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.³⁹⁵

383 Schon Art. 55 RL 2004/17/EU und Art. 53 RL 2004/18/EG forderten, dass die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen müssen.

384 Siehe hierzu *Müller-Wrede/Plauth* in § 127 GWB Rn. 209 ff.

385 EuGH, Urteil v. 10.5.2012 – Rs. C-368/10 (Max Havelaar), Rn. 89, 91. Nunmehr auch Erwägungsgrund 64 RL 2014/23/EU; Erwägungsgrund 93 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 102 RL 2014/25/EU.

386 *Radu* in § 128 GWB Rn. 28.

387 Vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.7.2015 – VII-Verg 11/15; OLG Schleswig, Beschluss v. 29.4.2010 – 1 Verg 2/08; OLG Saarbrücken, Beschluss v. 13.11.2002 – 5 Verg 1/02.

388 Erwägungsgrund 65 RL 2014/23/EU; Erwägungsgrund 97 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 102 RL 2014/25/EU; entsprechend sind weiterhin Vorgaben unzulässig, die die allgemeine Einkaufspolitik der Bieter betreffen, vgl. schon EuGH, Urteil v. 10.5.2012 – Rs. C-368/10 (Max Havelaar), Rn. 90.

389 Erwägungsgrund 65 RL 2014/23/EU; Erwägungsgrund 97 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 102 RL 2014/25/EU. Auch *Radu* in § 128 GWB Rn. 29.

390 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 30.12.2010 – VII-Verg 24/10.

391 *Opitz*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, § 128 GWB Rn. 25.

392 Schon zu § 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F.: *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 263. Unzulässig ist die Forderung, dass das Produkt selbst in einem energetisch vorteilhaft gebauten Standort hergestellt wurde.

393 *Opitz*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, § 128 GWB Rn. 25.

394 Schon zu § 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F.: *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 33.

395 Vgl. auch *Latzel*, NZBau 2014, 673 (681), regt demgegenüber den Erlass ermessensleitender Regeln an.

4. Weitere Anforderungen

Die Einbindung der strategischen Ziele in einen Beschaffungsvorgang ist zudem an die Einhaltung allgemeiner vergaberechtlicher Grundsätze gebunden. In den Erwägungsgründen der Richtlinien wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Vergabe stets im Einklang mit den „Grundsätzen des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie den sich daraus ableitenden Grundsätzen wie Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitige Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz“ zu erfolgen hat.³⁹⁶ § 97 GWB betont entsprechend die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, des Wettbewerbsgebots und der Transparenz bereits im ersten Absatz; § 97 Abs. 2 GWB verweist auf das Gleichbehandlungsgebot. 141

a) Verhältnismäßigkeit

Der in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB erstmals ausdrücklich erwähnte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz prägt seiner systematischen Stellung nach alle Schritte des Vergabeverfahrens. Im Zusammenwirken mit der Berücksichtigung strategischer Ziele nach § 97 Abs. 3 GWB kommt ihm maßgebliche Bedeutung bei der Bestimmung der erforderlichen Schranken dieser Option zu.³⁹⁷ So betont § 122 Abs. 4 S. 1 GWB ausdrücklich, dass Eignungskriterien im angemessenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen müssen; dies erstreckt sich auch auf das Maß der geforderten Nachweise. Art. 36 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/23/EU, Art. 42 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/24/EU und Art. 60 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/25/EU verweisen explizit darauf, dass technische Spezifikationen zu Wert und Zielen des Auftragsgegenstandes verhältnismäßig sein müssen. 142

Im Rahmen der Einbindung **strategischer Aspekte** ist demnach stets zu prüfen, ob das geforderte Kriterium zur Erreichung des Zwecks geeignet, den Bietern zumutbar und verhältnismäßig im engeren Sinne ist. Fordert der Auftraggeber etwa zur Vermeidung einer Infiltration mit Inhalten der „Technologie von L. Ron Hubbard“ eine Erklärung, dass diese Methoden bei der Auftragsausführung keine Anwendung finden, erscheint dies im Rahmen eines Auftrags zur Ausstattung mit IT-Geräten weder geeignet noch zumutbar, im Rahmen eines auf Beratung oder Schulungsleistungen gerichteten Auftrages dagegen durchaus.³⁹⁸ Mindestlohnklauseln innerhalb der Landesvergabegesetze dürfte es nach Inkrafttreten des bundesweiten Mindestlohngesetzes – unabhängig von Kompetenzfragen – an der Erforderlichkeit fehlen.³⁹⁹ Soweit der EuGH zudem Mindestlohnklauseln und Tariftreuerklärungen in Landesvergabegesetzen in früheren Entscheidungen als nicht geeignetes Mittel eingestuft hat, da das mit ihnen verfolgte Ziel des Arbeitnehmerschutzes nicht erreicht werden könne, sofern derartige Klauseln nur Arbeitnehmer innerhalb öffentlicher Aufträge, nicht jedoch der privaten Wirtschaft erfassen,⁴⁰⁰ hält er daran allerdings offensichtlich nicht mehr fest. Der Vorbildfunktion des öffentlichen Auftraggebers entsprechend sowie gemäß den Regelungen im Rahmen der Vergabemodernisierungsrichtlinien sind demnach – so jüngst der EuGH – auch allein im Rahmen öffentlicher Aufträge anwendbare Regelungen geeignet, das Ziel des Arbeitnehmerschutzes zu fördern.⁴⁰¹ 143

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung erlaubt es auch, bei Konflikten der Einbindung strategischer Aspekte in ein Vergabeverfahren mit **anderen Zielen des Vergaberechts** zu einem Ausgleich zu gelangen.⁴⁰² Eine technische Spezifikation etwa, die auf einen lückenlosen Nachweis der Lieferkette hinsichtlich fair gehandelter Materialien gerichtet ist, dürfte für kleinere und mittlere Unternehmen mit erheblichem Mehraufwand verbunden sein. Eine Abwägung zwi- 144

396 Erwägungsgrund 3 RL 2014/23/EU; Erwägungsgrund 1 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 2 RL 2014/25/EU.

397 *Wiedemann*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht*, § 97 Rn. 108; *Kühnast*, in: *Säcker/Ganske/Knauff, Wettbewerbsrecht*, § 97 GWB Rn. 104; *Burgj*, *Vergaberecht*, § 7 Rn. 16; *Krönke*, *VergabeR* 2017, 101 (103 f.); *Willenbruch*, *VergabeR* 2015, 322 (324).

398 *Roth/Erben*, *NZBau* 2013, 409 (413).

399 So jedenfalls mittelbar EuGH, Urteil v. 17.11.2015 – Rs. C-115/14 (RegioPost), Rn. 62.

400 EuGH, Urteil v. 18.9.2014 – Rs. C-549/13 (Bundesdruckerei), Rn. 32.

401 EuGH, Urteil v. 17.11.2015 – Rs. C-115/14 (RegioPost), Rn. 71 ff.

402 Erwägungsgrund 4 RL 2014/23/EU; Erwägungsgrund 1 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 2 RL 2014/25/EU.

schen den erhofften Vorteilen mit dem Nachteil möglicher mittelstandsunfreundlicher Auswirkungen könnte dazu führen, dass erst ab einem bestimmten Leistungs-/Umsatzvolumen derart umfangreiche Nachweisketten als angemessen anzusehen sind.

b) Wirksamer Wettbewerb

- 145** Zu berücksichtigen ist zudem der allgemeine Wettbewerbsgrundsatz gemäß § 97 Abs. 1 S. 2 GWB.⁴⁰³
- 146** § 127 Abs. 4 S. 1 GWB fordert ausdrücklich, die nach § 97 Abs. 3 GWB aufgestellten Merkmale so festzulegen, dass weiterhin die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird. Der **Zuschlag** muss auf der Grundlage objektiver Kriterien im effektiven Wettbewerb erteilt werden.⁴⁰⁴
- 147** Für die Formulierung **technischer Spezifikationen** normieren dies die Richtlinien bereits ausdrücklich in Art. 36 Abs. 2 RL 2014/23/EU, Art. 42 Abs. 2 RL 2014/24/EU und Art. 60 Abs. 2 RL 2014/25/EU. In der Praxis bedeutet dies insbesondere, dass nicht durch spezielle produkt- oder produktionsspezifische Anforderungen nur noch ein denkbarer Bieter den Zuschlag erhalten kann. Nationale Umsetzung findet dieser Grundsatz im Gebot der produktneutralen Ausschreibung gemäß § 31 Abs. 6 VgV, § 28 Abs. 4 SektVO, § 15 Abs. 8 VSVgV, § 7 EU Abs. 2 und § 7 VS Abs. 2 VOB/A.

c) Transparenz

- 148** Zu beachten ist zudem der Grundsatz der Transparenz gemäß § 97 Abs. 1 S. 1 GWB.⁴⁰⁵ Dieser hat in mehrfacher Weise Auswirkungen auf die Möglichkeiten, strategische Aspekte i.S.d. § 97 Abs. 3 GWB im Vergabeverfahren zu berücksichtigen:
- 149** Der Grundsatz der Transparenz erfordert es, allen Bietern in gleicher Weise **Zugang zu den Informationen**, die sich auf die Einbindung strategischer Aspekte beziehen, zu gewähren.⁴⁰⁶ Entsprechend sind die Leistungsbeschreibung gemäß § 121 Abs. 3 GWB, Eignungskriterien gemäß § 123 Abs. 4 S. 2 GWB, Zuschlagskriterien gemäß § 127 Abs. 5 GWB und besondere Bedingungen für die Auftragsausführungen nach § 128 Abs. 2 S. 2 GWB in der Auftragsbekanntmachung⁴⁰⁷ oder den Vergabeunterlagen bekannt zu machen. Sie sind zudem umfassend und verständlich zu umschreiben.
- 150** Zur Transparenz gehört auch der Grundsatz der **Rückverfolgbarkeit**⁴⁰⁸ und einer möglichen **Überprüfbarkeit** der geforderten strategischen Kriterien. Umweltbezogene, soziale oder sonstige spezifische Merkmale eines Beschaffungsverfahrens dürfen nur auf der Grundlage objektiv überprüfbarer Kriterien und unter Anwendung eines Verfahrens, in dem sich die Akteure beteiligen können, definiert und angenommen werden. Ausdrücklich fordert dies § 127 Abs. 4 S. 1 GWB für die Zuschlagsentscheidung;⁴⁰⁹ dies gilt jedoch auch für die Leistungsbeschreibung und die Eignungskriterien.⁴¹⁰ Zulässig bleiben jedoch Kriterien, bei deren Anwendung ein der Nachprüfung nur begrenzt zugänglicher Beurteilungsspielraum verbleibt.⁴¹¹

403 Auch *Wiedemann*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 108; *Kühnast*, in: Säcker/Ganske/Knauff, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 105.

404 Erwägungsgrund 67 RL 2014/23/EU; Erwägungsgrund 90 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 95 RL 2014/25/EU.

405 Vgl. auch Erwägungsgrund 73 RL 2014/23/EU; Erwägungsgründe 1 und 90 RL 2014/24/EU; Erwägungsgründe 2 und 95 RL 2014/25/EU; zuvor bereits EuGH, Urteil v. 10.5.2012 – Rs. C-368/10 (Max Havelaar), Rn. 62; Urteil v. 4.12.2003 – Rs. C-448/01 (Wienstrom), Rn. 38; Urteil v. 17.9.2002 – Rs. C-513/99 (Concordia), Rn. 62 und 64. Hierzu auch: *Kühnast*, in: Säcker/Ganske/Knauff, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 106.

406 Schon zuvor EuGH, Urteil v. 10.5.2012 – Rs. C-168/10 (Kommission/Niederlande), Rn. 87, 88.

407 Bzw. der Vorinformation gemäß Art. 48 RL 2014/24/EU oder Aufforderung zur Interessenbestätigung; ausdrücklich hierzu auch Erwägungsgrund 104 RL 2014/24/EU im Zusammenhang mit den Ausführungsbedingungen.

408 Erwägungsgründe 67 und 68 RL 2014/23/EU; Erwägungsgründe 75 und 126 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 95 RL 2014/25/EU.

409 Hierzu schon EuGH, Urteil v. 4.12.2003 – Rs. C-448/01 (Wienstrom), Rn. 33; *Diemon-Wies/Graiche*, NZBau 2009, 409 (413).

410 Zur alten Rechtslage bereits *Diemon-Wies/Graiche*, NZBau 2009, 409 (413).

411 Schon OLG München, Beschluss v. 2.11.2012 – Verg 26/12.

Ob **nach** der **Zuschlagserteilung** die gestellten besonderen Ausführungsbedingungen bei der Vertragsdurchführung tatsächlich eingehalten werden, richtet sich dagegen nicht mehr nach dem GWB-Vergaberecht, sondern allgemein zivilrechtlichem Vertragsrecht.⁴¹² **151**

d) Einhaltung der europarechtlichen Grundfreiheiten

Die Kriterien im Sinne von § 97 Abs. 3 GWB dürfen schließlich nicht zu einer Beschränkung der europäischen Grundfreiheiten führen.⁴¹³ Zu achten sind insbesondere die Grundsätze des freien Warenverkehrs, der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit sowie der Nichtdiskriminierung.⁴¹⁴ **152**

Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten oder aus Drittstaaten, die Partei des GPA oder der Freihandelsübereinkommen sind, denen die Union angehört, dürfen nicht unmittelbar oder mittelbar entgegen Art. 18 AEUV diskriminiert werden.⁴¹⁵ Eine unmittelbar an die Staatsangehörigkeit anknüpfende **Diskriminierung** dürfte selten sein; denkbar wäre sie am ehesten bei der Bevorzugung ortsansässiger oder regional verwurzelter Unternehmen.⁴¹⁶ Als versteckte Diskriminierung wäre etwa eine auf soziale Aspekte gestützte Anforderung unzulässig, wonach ein festgelegter Prozentsatz der ausgeschriebenen Arbeiten von Unternehmen mit Sitz im Inland zu erbringen ist.⁴¹⁷ **153**

Zu berücksichtigen ist zudem das Verbot der Beschränkung der **Niederlassungs-** und **Dienstleistungsfreiheit** gemäß Art. 49, 56 AEUV. Grundsätzlich ist jede Anwendung nationaler Regelungen, die – wie im Fall der Einbindung strategischer Aspekte – zusätzliche administrative und wirtschaftliche Kosten und Belastungen verursacht, geeignet, Dienstleistungen von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Personen oder Unternehmen zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen;⁴¹⁸ der Niedriglohnvorteil anderer Mitgliedstaaten kann durch derartige Klauseln eliminiert werden.⁴¹⁹ Der EuGH hat deshalb bereits wiederholt die in zahlreichen Landesvergabegesetzen enthaltenen Regelungen zum Mindestlohn bzw. zur Tariftreue unter dem Gesichtspunkt ihrer Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit überprüft.⁴²⁰ Maßstab ist dabei insbesondere, ob eine derartige Maßnahme durch die Ziele des Arbeitnehmerschutzes – unter Einhaltung der Vorgaben der Arbeitnehmerentsenderichtlinie – gerechtfertigt und verhältnismäßig ist.⁴²¹ **154**

e) Beihilfeverbot

Zu prüfen ist zudem, ob die Berücksichtigung der strategischen Aspekte im Einzelfall mit einer Begünstigung entgegen dem in Art. 107 AEUV verankertem Beihilfeverbot verbunden ist.⁴²² **155**

Der EuGH fasst unter **Beihilfen** alle staatlichen „*Maßnahmen, die in verschiedener Form Belastungen vermindern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat*“.⁴²³ Bedeutung **156**

412 *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 161; *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 149; a.A. *Diemon-Wies/Graiche*, NZBau 2009, 409 (413).

413 Erwägungsgrund 55 RL 2014/23/EU; Erwägungsgrund 1 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 52 RL 2014/25/EU; vgl. auch *Kühnast*, in: *Säcker/Ganske/Knauff*, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 101.

414 Art. 3 Abs. 1 RL 2014/23/EU; Art. 18 Abs. 1 RL 2014/24/EU; Art. 36 Abs. 1 RL 2014/25/EU; zuvor schon EuGH, Urteil v. 10.5.2012 – Rs. C-368/10 (Max Havelaar), Rn. 56; Urteil v. 17.9.2002 – Rs. C-513/99 (Concordia), Rn. 64.

415 Erwägungsgründe 66 und 73 RL 2014/23/EU; Erwägungsgrund 98 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 95 RL 2014/25/EU; vor der Reform schon EuGH, Urteil v. 10.5.2012 – Rs. C-368/10 (Max Havelaar), Rn. 95; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 102 ff.; *Wiedemann*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß*, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 108; *Latzel*, NZBau 2014, 673 (674).

416 *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 13.

417 EuGH, Urteil v. 3.6.1992 – Rs. C-360/89 (Kommission/Italien), Rn. 11; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 25.6.2014 – VII-Verg 38/13 zur Anforderung verbindlicher Lieferzusagen im Fall des Einsatzes von Reimporten.

418 EuGH, Urteil v. 24.1.2002 – Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Rn. 18.

419 EuGH, Urteil v. 17.11.2015 – Rs. C-115/14 (RegioPost), Rn. 69; Urteil v. 18.9.2014 – Rs. C-549/13 (Bundesdruckerei), Rn. 30; Urteil v. 3.4.2008 – Rs. C-306/06 (Rüffert), Rn. 37; näher hierzu *Latzel*, NZBau 2014, 673 (674).

420 EuGH, Urteil v. 17.11.2015 – Rs. C-115/14 (RegioPost); Urteil v. 18.9.2014 – Rs. C-549/13 (Bundesdruckerei); Urteil v. 3.4.2008 – Rs. C-306/06 (Rüffert).

421 EuGH, Urteil v. 17.11.2015 – Rs. C-115/14 (RegioPost), Rn. 70.

422 *Kau*, in: *Byok/Jaeger*, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 106; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 108; *Dippel/Zeiss*, NZBau 2002, 376; *Jennert*, NZBau 2003, 417.

423 EuGH, Urteil v. 23.2.1961 – Rs. 30/59 (De Gezamenlijke Steenkolenmijnen), Rn. 42.

erlangt demnach, ob es an einer äquivalenten Gegenleistung fehlt, d.h. ein Unternehmen eine wirtschaftliche Vergünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.⁴²⁴ Bedenken begegnet dabei die Ansicht, dass jede Beachtung von politischen und sozialen Sekundärzwecken in Höhe der Differenz zu einem Angebot, welches derartige Aspekte nicht berücksichtigt, eine derartige wirtschaftliche Begünstigung beinhaltet.⁴²⁵

- 157** Eine **Begünstigung** im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV dürfte nur vorliegen, wenn es sich um eine marktunübliche Zahlung handelt.⁴²⁶ Verursacht die zu beschaffende Leistung unter Berücksichtigung der strategischen Aspekte eine Mehrvergütung, ist demnach zu prüfen, ob und wieweit es sich um einen finanziellen Ausgleich für die durch die Erfüllung der auferlegten Pflichten entstandenen Mehrkosten handelt.⁴²⁷ Gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV ist zudem eine Vergünstigung jedenfalls dann als mit dem Binnenmarkt vereinbar anzusehen, wenn sie der Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse dient. Hierzu dürften gemäß den Erwägungen der Vergabemodernisierungsrichtlinien die zur Forcierung der Strategie 2020 in ein Vergabeverfahren integrierten Vorgaben zur Berücksichtigung strategischer Aspekte zählen.

f) Verfassungsrechtliche Grenzen

- 158** Die Zulässigkeit der Einbindung strategischer Aspekte kann schließlich am Gleichbehandlungsgebot gemäß Art. 3 GG, § 97 Abs. 2 GWB sowie am Maßstab der Glaubens- und Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG⁴²⁸ sowie der über Art. 9 GG geschützte Vereinigungsfreiheit – insbesondere im Zusammenhang mit den Tarifreueerklärungen – zu prüfen sein.⁴²⁹

IV. Rechtsschutz

- 159** § 97 Abs. 3 GWB kommt kein unternehmensschützender Charakter i.S.d. § 97 Abs. 6 GWB zu.⁴³⁰ Die Vorschrift verweist lediglich allgemein auf die Maßgeblichkeit der Berücksichtigung der strategischen Aspekte in Teil 4 GWB; sie enthält indes keine eigenständigen im Interesse der Unternehmen formulierten Regelungen. Der Rechtsschutz im Zusammenhang mit der Implementierung strategischer Zielsetzungen in ein konkretes Vergabeverfahren richtet sich nach dem jeweiligen Anknüpfungspunkt der Einbindung strategischer Aspekte; insbesondere der Leistungsbeschreibung, der Formulierung der Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie besonderer Ausführungsbestimmungen.

D. Mittelstandsschutz (Abs. 4)

I. Allgemeines

- 160** Nach § 97 Abs. 4 GWB sind mittelständische Interessen bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen vornehmlich zu berücksichtigen. § 97 Abs. 4 S. 1 GWB enthält die sog. Mittelstandsklausel, wonach mittelständische Interessen vornehmlich zu berücksichtigen sind. § 97 Abs. 4 S. 2 bis 4 GWB konkretisiert dies auf das Gebot der losweisen Unterteilung von öffentlichen Aufträgen.

424 EuGH, Urteil v. 26.9.1999 – Rs. C-256/97 (Demenagements-Manutention Transport SA), Rn. 19.

425 So *Dippel/Zeiss*, NZBau 2002, 376 (377 ff.).

426 *Opitz*, in: *Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht*, § 97 Abs. 3 GWB Rn. 23.

427 *Jennert*, NZBau 2003, 417 (419).

428 Siehe für Sektenfilter Rn. 84.

429 Zur Vereinbarkeit von § 1 Abs. 1 S. 2 Berliner Vergabegesetz 1999 mit Art. 9 Abs. 3 GG siehe BVerfG, Beschluss v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00; Vorlage zu Art. 9 Abs. 3 GG vom VG Düsseldorf, Beschluss v. 27.8.2015 – 6 K 2793/13 zum VerfGH NRW (Beschluss v. 21.6.2016 – VerfGH NRW 10/15).

430 Auch *Kühnast*, in: *Säcker/Ganske/Knauff, Wettbewerbsrecht*, § 97 GWB Rn. 99.

1. Anwendungsbereich

§ 97 Abs. 4 S. 1 GWB ist ausweislich seines Wortlauts („Vergabe öffentlicher Aufträge“) ausschließlich auf die Vergabe von **öffentlichen Aufträgen** im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB anzuwenden. Nach § 103 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, welche die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Da auch verteidigungs- oder sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge nach § 104 Abs. 1 GWB als öffentliche Aufträge im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB anzusehen sind, werden auch sie von § 97 Abs. 4 GWB erfasst. Entsprechendes gilt für öffentliche Aufträge über soziale und andere besondere Dienstleistungen nach § 130 GWB und über Personenverkehrsleistungen im Eisenbahnverkehr nach § 131 GWB. Über § 103 Abs. 5 S. 2 GWB gilt die Regelung auch für den Abschluss von Rahmenvereinbarungen. **161**

Der Anwendungsbereich des § 97 Abs. 4 S. 1 GWB markiert auch den Anwendungsbereich von **§ 97 Abs. 4 S. 2 bis 4 GWB**. Ausdrücklich ist dies den Regelungen nicht zu entnehmen, folgt aber aus der inneren Systematik des § 97 Abs. 4 GWB. § 97 Abs. 4 S. 1 GWB bestimmt das Regelungsziel von § 97 Abs. 4 GWB und erfüllt daher eine Klammerwirkung für § 97 Abs. 4 S. 2 bis 4 GWB. **162**

Konzessionen nach § 105 GWB sind demgegenüber keine öffentlichen Aufträge. Im Umkehrschluss ergibt sich hieraus, dass die Vergabe von Konzessionen nicht den Vorgaben des § 97 Abs. 4 GWB unterliegt.⁴³¹ Konzessionsgeber sind gleichwohl nicht daran gehindert, eine Konzession in Lose zu unterteilen. Zwar fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung zur Zulässigkeit der losweisen Unterteilung bei der Konzessionsvergabe. Der Zuschnitt des Konzessionsgegenstands unterliegt jedoch dem Bestimmungsrecht des Konzessionsgebers, der daher auch über eine Unterteilung der Konzession entscheiden kann. Zudem ergibt sich die Zulässigkeit der losweisen Unterteilung implizit aus § 2 Abs. 6 KonzVgV bzw. Art. 8 Abs. 5 und 6 RL 2014/23/EU. **163**

2. Historie

Die ursprüngliche Fassung von § 97 Abs. 4 GWB ist mit dem **VgRÄG** in § 97 Abs. 3 GWB a.F. eingeführt worden. Sie verlangte lediglich, dass „mittelständische Interessen [...] vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen“ sind. Diese Fassung war im Regierungsentwurf⁴³² zunächst nicht vorgesehen, sondern ist erst auf Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft⁴³³ in das Gesetzgebungsverfahren eingeführt worden.⁴³⁴ In der Begründung⁴³⁵ wird im Wesentlichen die Gesetzesfassung repetiert: *„Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sollen mittelständische Interessen angemessen berücksichtigt werden“*. **164**

Die Vorschrift ist durch das **VergRModG 2009** stark verändert worden. Der Gesetzgeber⁴³⁶ konstatierte, dass mittelständische Unternehmen trotz der bisherigen Regelung die vielfach wenig mittelstandsgerechte Ausgestaltung der Auftragsvergaben beklagen würden. Die Bündelung von Nachfragemacht und Zusammenfassung teilbarer Leistungen seien zunehmende Praxis. Auch scheine die Zunahme elektronischer Beschaffungsformen diese Tendenz zu befördern. Gerade bei der öffentlichen Auftragsvergabe, die vielfach mit einer marktstarken Stellung eines Auftraggebers einhergehe, sei es im Interesse der vorwiegend mittelständisch strukturierten Wirtschaft geboten, auf mittelständische Interessen bei der Ausgestaltung der Vergabeverfahren *„besonders zu achten“*, um so die Nachteile der mittelständischen Wirt- **165**

431 Soweit im Folgenden daher von Auftraggebern gesprochen wird, sind damit lediglich öffentliche Auftraggeber nach § 99 GWB und Sektorenauftraggeber nach § 100 GWB gemeint.

432 Gesetzentwurf der Bundesregierung, VgRÄG, BR-Drs. 646/97.

433 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, VgRÄG, BT-Drs. 13/10328, 4.

434 Siehe Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages, VgRÄG, BR-Drs. 372/98, 1.

435 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, VgRÄG, BT-Drs. 13/10328, 28.

436 Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 3 GWB a.F., VergRModG 2009, BT-Drs. 16/10117, 15.

schaft gerade bei der Vergabe großer Aufträge mit einem Volumen, das die Kapazitäten mittelständischer Unternehmen überfordern könnte, auszugleichen. Die Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB a.F. werde daher „in ihrer Wirkung verstärkt. Dies soll dadurch verwirklicht werden, dass eine Losvergabe stattzufinden hat.“ Das Gebot der Unterteilung von öffentlichen Aufträgen ist hierzu in einen eigenen Satz ausgegliedert (§ 97 Abs. 3 S. 2 GWB a.F.) und zu einer Verpflichtung verstärkt worden. In § 97 Abs. 3 S. 1 GWB a.F. ist die Vorgabe verblieben, dass mittelständische Interessen zu berücksichtigen sind. Diese waren indes nicht mehr „angemessen“, wie es noch die Vorgängerregelung forderte, sondern nunmehr „vornehmlich“ zu berücksichtigen. In § 97 Abs. 3 S. 3 GWB a.F. wurde ergänzend geregelt, dass die Zusammenvergabe von Losen zulässig ist, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Ebenfalls neu aufgenommen wurde die Regelung in § 97 Abs. 3 S. 4 GWB a.F., wonach der Auftraggeber ein Unternehmen, das nicht öffentlicher Auftraggeber ist und mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe wird, verpflichtet, nach den § 97 Abs. 3 S. 1 bis 3 GWB a.F. zu verfahren, sofern es Unteraufträge an Dritte vergibt. Der ursprüngliche Gesetzesentwurf sah diese Regelung nicht vor. Sie ist erst auf Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie⁴³⁷ in das Gesetzgebungsverfahren eingegangen, um die „mittelstandsfreundliche Auftragsvergabe auch im Rahmen einer Öffentlich-Privaten-Zusammenarbeit sicherzustellen“.⁴³⁸

- 166** Die Regelungen in § 97 Abs. 3 GWB a.F. wurden vom **VergRModG 2016** im Wesentlichen unverändert in § 97 Abs. 4 GWB übernommen.⁴³⁹ Lediglich in § 97 Abs. 4 S. 4 GWB, der § 97 Abs. 3 S. 4 GWB a.F. entspricht, nennt der Gesetzgeber neben dem öffentlichen Auftraggeber nun auch den Sektorenauftraggeber. Sektorenauftraggeber waren aber auch von der Vorgängerregelung erfasst. Die ausdrückliche Erwähnung in § 97 Abs. 4 S. 3 GWB ist lediglich Folge der Terminologie des § 98 GWB, wonach zwischen öffentlichem Auftraggeber, Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber zu unterscheiden ist.

3. Unionsrechtlicher Hintergrund

- 167** Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen und das Gebot der Aufteilung des öffentlichen Auftrags in Lose waren seit jeher Angelegenheiten des deutschen und weniger des europäischen Vergaberechts.
- 168** Die früher für das allgemeine Auftragsvergaberecht geltende **RL 2004/18/EG** enthält keine zentrale Regelung hierzu. Lediglich aus den Regelungen zur Schätzung des Auftragswerts in Art. 9 Abs. 5 RL 2004/18/EG ist abzuleiten, dass eine losweise Vergabe von Aufträgen unionsrechtlich auf Grundlage dieser Richtlinie zulässig ist. Ein Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen und der losweisen Unterteilung von öffentlichen Aufträgen ließ sich hieraus aber nicht schlussfolgern. Erwägungsgrund 32 RL 2004/18/EG sah lediglich vor, dass Bestimmungen über Unteraufträge vorgesehen werden sollten, um den Zugang von kleinen und mittleren Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen zu fördern. Die Rechtslage der früher für das Sektorenvergaberecht maßgeblichen **RL 2004/17/EG** entspricht derjenigen der RL 2004/18/EG. Auch die RL 2004/17/EG enthält keine zentrale Regelung zur losweisen Unterteilung von öffentlichen Aufträgen, sondern setzt die Zulässigkeit einer solchen Unterteilung lediglich in Art. 17 Abs. 6 RL 2004/17/EG voraus. Auch nach diesem Richtlinienrecht bestand daher weder das Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen noch der losweisen Unterteilung von öffentlichen Aufträgen. Entsprechend zu Erwägungsgrund 32 RL 2004/18/EG sieht auch Erwägungsgrund 43 RL 2004/17/EG lediglich vor, dass es angebracht ist, Bestimmungen über Unteraufträge vorzusehen, um die Beteiligung von kleinen und mittleren Unternehmen an öffentlichen Aufträgen zu fördern.

⁴³⁷ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, VergRModG 2009, BT-Drs. 16/11428, 6.

⁴³⁸ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, VergRModG 2009, BT-Drs. 16/11428, 33.

⁴³⁹ Vgl. Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 4 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 68, wonach die Regelung „wortgleich“ der Vorgängerregelung in § 97 Abs. 3 GWB a.F. entspreche, was für § 97 Abs. 4 S. 3 GWB allerdings nicht zutrifft.

Die nach wie vor geltende **RL 2009/81/EG** zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit entspricht insoweit dem Recht der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG. Eine zentrale Regelung über die losweise Unterteilung von öffentlichen Aufträgen ist auch in dieser Richtlinie nicht zu finden. Lediglich den Regelungen zur Schätzung des Auftragswerts in Art. 9 Abs. 5 RL 2009/81/EG ist zu entnehmen, dass die Richtlinie von der Zulässigkeit der losweisen Unterteilung von öffentlichen Aufträgen ausgeht. Ein Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen und der losweisen Unterteilung von öffentlichen Aufträgen ist hieraus indes nicht abzuleiten. Der deutsche Gesetzgeber geht daher mit den Regelungen in § 97 Abs. 4 GWB über die unionsrechtlichen Vorgaben hinaus. Diese Regelungen stehen mit den unionsrechtlichen Vorgaben nicht im Widerspruch, da sie zu einem breiteren Wettbewerb beitragen.

169

Die gültige **RL 2014/24/EU** enthält eine zentrale Regelung zur „Unterteilung von Aufträgen in Lose“ in Art. 46 RL 2014/24/EU. Diese Vorschrift sieht in Unterabsatz 1 von Absatz 1 vor, dass die öffentlichen Auftraggeber einen Auftrag in Form mehrerer Lose vergeben sowie Größe und Gegenstand der Lose bestimmen können. Nach dem Wortlaut dieser Regelung („können“) steht die Entscheidung über die losweise Unterteilung im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers.⁴⁴⁰ Die RL 2014/24/EU verlangt indes in Art. 46 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/24/EU eine Begründung für den Fall, dass der öffentliche Auftraggeber den öffentlichen Auftrag nicht in Lose unterteilt, und statuiert damit implizit ein Regel-Ausnahme-Verhältnis.⁴⁴¹ Es sind dann die „wichtigsten Gründe“ in den Auftragsunterlagen oder dem Vergabevermerk anzugeben. Nach Art. 46 Abs. 4 S. 1 RL 2014/24/EU können die Mitgliedstaaten der Europäischen Union diese Vorgabe dadurch umsetzen, indem sie die Vergabe von Aufträgen in Form von getrennten Losen unter Bedingungen vorschreiben, die gemäß ihren nationalen Rechtsvorschriften und unter Beachtung des Unionsrechts zu bestimmen sind. Von diesem Spielraum hat der deutsche Gesetzgeber durch die Regelungen in § 97 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB Gebrauch gemacht.⁴⁴² Ein allgemeines Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen, wie es in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB geregelt ist, hat indes keine Grundlage in der RL 2014/24/EU.

170

Die Rechtslage nach der **RL 2014/25/EU** stellt sich weitgehend entsprechend zu derjenigen nach der RL 2014/24/EU dar, die mit Art. 65 RL 2014/25/EU ebenfalls eine zentrale Regelung zur „Unterteilung von Aufträgen in Losen“ enthält. In Entsprechung zu Art. 46 Abs. 1 UAbs. 1 RL 2014/24/EU können Sektorenauftraggeber nach Art. 65 Abs. 1 UAbs. 1 RL 2014/25/EU beschließen, einen Auftrag in Form mehrerer Lose zu vergeben, und Größe und Gegenstand der Lose bestimmen. Ausweislich des Wortlauts („können“) wird auch dem Sektorenauftraggeber ein Ermessensspielraum hierüber eingeräumt. Anders als nach Art. 46 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/24/EU gibt Art. 65 RL 2014/25/EU dem Sektorenauftraggeber keine Begründungspflicht dafür auf, dass er auf die losweise Unterteilung des öffentlichen Auftrags verzichtet. Allerdings räumt Art. 65 Abs. 4 S. 1 RL 2014/25/EU die Möglichkeit ein, im nationalen Recht einen strengeren Maßstab aufzustellen und die Vergabe von Aufträgen in Form von getrennten Losen unter Bedingungen vorzuschreiben, „die gemäß ihren nationalen Rechtsvorschriften und unter Achtung des Unionsrechts anzugeben sind.“ Während Art. 46 Abs. 4 S. 1 RL 2014/24/EU unter Beachtung des Unionsrechts zu „bestimmen“, verlangt Art. 65 Abs. 4 S. 1 RL 2014/25/EU, die Bedingungen „anzugeben“. Hierbei handelt es sich jedoch um ein redaktionelles Versehen, wie der englischen und französischen Sprachfassung zu entnehmen ist, die in beiden Richtlinien nahezu gleichlautend sind („specified“, „définir“ bzw. „définies“). Von dem in Art. 65 Abs. 4 S. 1 GWB eingeräumten Spielraum hat der deutsche Gesetzgeber durch die Regelungen in § 97 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB Gebrauch gemacht. Ein allgemeines Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen, wie es in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB geregelt ist, hat indes keine Grundlage in der RL 2014/25/EU.

171

440 So auch Jaeger, NZBau 2014, 259 (265).

441 Vgl. VK Bund, Beschluss v. 29.1.2018 – VK 2-138/17.

442 Vgl. Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 4 GWB, VergModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 68.

- 172** Die **RL 2014/23/EU** enthält keine zentrale Regelung über die Unterteilung von Konzessionen in Lose. Aus einzelnen Regelungen dieser Richtlinie ist jedoch abzuleiten, dass dies auch nach diesem Richtlinienrecht zulässig ist, vgl. Art. 8 Abs. 5 und 6 RL 2014/23/EU. Ein Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen und der losweisen Unterteilung von Konzessionen lässt sich hieraus aber nicht schlussfolgern.

II. Mittelstandsklausel (§ 1)

- 173** § 97 Abs. 4 S. 1 GWB enthält die sog. Mittelstandsklausel. Danach sind mittelständische Interessen vornehmlich zu berücksichtigen.

1. Regelungsgehalt

- 174** Nach zutreffender Rechtsprechung⁴⁴³ geht der Regelungsgehalt der Vorschrift nicht über den eines Programmsatzes hinaus, der mit dem Gebot der losweisen Unterteilung von öffentlichen Aufträgen nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB eine konkrete Bedeutung erhält und bei der Auslegung dieser Bestimmung zu berücksichtigen ist.⁴⁴⁴ Dies war in der ursprünglichen Fassung der Regelung nach dem VgRÄG noch anders gelegen.⁴⁴⁵ Diese Regelung war dahingehend formuliert, dass die Berücksichtigung mittelständischer Interessen vornehmlich durch die Unterteilung des öffentlichen Auftrags in Lose zu erfolgen hat. Damit enthielt die Regelung eine konkrete Handlungsanweisung. Mit dem VergRModG 2009 wurde diese Handlungsanweisung jedoch aus der Mittelstandsklausel extrahiert und eigenständig in § 97 Abs. 3 S. 2 und 3 GWB a.F. geregelt, welcher der Regelung in § 97 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB entspricht. Ein eigenständiger Rechtsgehalt ist der Regelung in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB nicht verblieben. Die Berücksichtigung von mittelständischen Interessen geht über das Gebot der losweisen Unterteilung von öffentlichen Aufträgen in den Grundsätzen des Wettbewerbs und der Verhältnismäßigkeit nach § 97 Abs. 1 GWB auf. Da der Wettbewerbsgrundsatz einen möglichst umfangreichen Wettbewerb ermöglichen will, sind solche Verfahrensbedingungen, die mittelständischen Unternehmen den Zugang zum Vergabeverfahren bzw. die erfolgreiche Beteiligung am Vergabeverfahren verwehren oder erschweren, an diesem Grundsatz und unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit zu messen. Sofern von der Gegenansicht⁴⁴⁶ etwa angenommen wird, mittelständische Interessen seien auf Grundlage der Mittelstandsklausel bei der Aufstellung der Eignungskriterien zu berücksichtigen, so wird übersehen, dass solche Kriterien – nach den Grundsätzen des Wettbewerbs und der Verhältnismäßigkeit, aber auch explizit nach § 122 Abs. 4 S. 1 GWB – ohnehin zu dem Auftragsgegenstand in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen und daher keine Unternehmen, insbesondere nicht mittelständische Unternehmen aufgrund zu hoher Eignungshürden von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen dürfen, ohne dass dies im Hinblick auf die Anforderungen des Auftragsgegenstands zu rechtfertigen wäre. Der nach Grundsätzen des Wettbewerbs und Verhältnismäßigkeit rechtmäßige Ausschluss mittelständischer Unternehmen vom Vergabeverfahren kann durch den Grundsatz der Berücksichtigung mittelständischer Interessen nicht in Frage gestellt werden. Letztlich geben auch die Gesetzesmaterialien und die bisherige Rechtsprechung keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Regelung eine materielle Bedeutung zukommt. Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf⁴⁴⁷ genügt vielmehr im Ausgangspunkt die Berücksichtigung des Gebots der losweisen Unterteilung von öffentlichen Aufträgen nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB, um mittelständischen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen.

443 VK Bund, Beschluss v. 17.8.2015 – VK 2-35/15. Differenzierend noch VK Bund, Beschluss v. 20.4.2009 – VK 2-36/09, wonach die Regelung nicht lediglich einen Programmsatz enthalte, sich aber in dem Gebot der Aufteilung des öffentlichen Auftrags in Lose erschöpfe. A.A. für die Qualität eines Rechtssatzes OLG Düsseldorf, Beschluss v. 24.11.2011 – VII-Verg 62/11.

444 Siehe auch *Kus*, NZBau 2009, 21 f.; a.A. *Knauff*, in: *Säcker/Ganske/Knauff*, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 220; *Michallik*, VergabeR 2011, 683 (690); *Ortner*, VergabeR, 2011, 677 (679).

445 Vgl. VK Sachsen-Anhalt, Beschluss v. 24.2.2000 – VK Hal 02/00.

446 Siehe beispielsweise *Michallik*, VergabeR 2011, 683 (690); *Ortner*, VergabeR 2011, 677 (679).

447 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.3.2018 – VII-Verg 54/17.

2. Begriff der mittelständischen Interessen

Eine Definition des Begriffs der **mittelständischen Interessen** ist weder § 97 Abs. 4 GWB noch sonstigen vergaberechtlichen Bestimmungen zu entnehmen.⁴⁴⁸ Aus den Gesetzesmaterialien⁴⁴⁹ ist immerhin zu schließen, dass es mittelständische Unternehmen sind, die Träger dieser Interessen sind, und dass diese Interessen darauf gerichtet sind, sich ohne Nachteile an der Vergabe großer Aufträge beteiligen zu können. Interessenverbände sind als geschützte Interessenträger folglich nicht erfasst, da das Kartellvergaberecht nur die Interessenbeziehung zwischen dem Auftraggeber und den Unternehmen reguliert.⁴⁵⁰ **175**

Um dem gesetzlichen Auftrag zur Berücksichtigung dieser Interessen nachzukommen, müssen dem Rechtsanwender die Eigenschaften dieser **mittelständischen Unternehmen** bekannt sein. Hierzu schweigt sich das Gesetz indes aus. Eine einheitliche begriffliche Festlegung des mittelständischen Unternehmens existiert nicht. Eine höchstrichterliche Festlegung ist bislang nicht erfolgt.⁴⁵¹ Teilweise⁴⁵² wird nur von „*kleineren*“ Unternehmen gesprochen. Aus gesetzessystematischen Gründen ist es vorzuzugwürdig, auf den Begriff der kleinen und mittleren Unternehmen (sog. KMU) im Sinne des § 3 Nr. 2 GWB zurückzugreifen.⁴⁵³ **176**

Anhand welcher **Kriterien** der Maßstab eines mittelständischen Unternehmens zu bestimmen ist, wird gesetzlich nicht vorgegeben. Einigkeit herrscht dahingehend, dass wirtschaftliche Kennzahlen von Bedeutung sind. Im Einzelnen sind die Maßstäbe indes nicht einheitlich. Teilweise⁴⁵⁴ wird auf „*die Größe hinsichtlich Umsatz, Beschäftigten, Finanzkraft und [weitere] Merkmale*“ abgestellt. Die herrschende Rechtsprechung⁴⁵⁵ rekurriert – unter Bezugnahme auf die Empfehlung 2003/361/EG der Europäischen Kommission – maßgeblich auf die Mitarbeiterzahl und den Umsatz oder die Bilanzsumme der Unternehmen. Die Europäische Kommission hat in Erwägungsgrund 4 der Empfehlung 2003/361/EG betont, dass das Kriterium der Mitarbeiterzahl „*mit Sicherheit eines der aussagekräftigsten [ist] und [daher] als Hauptkriterium festgeschrieben werden*“ müsse. Demgegenüber hat das OLG Karlsruhe⁴⁵⁶ die Anzahl der Mitarbeiter jedenfalls in einem Verfahren über die Vergabe von Reinigungsleistungen „*keine tragende Rolle*“ zugesprochen, „*da diese jeweils für den gewonnenen Auftrag eingestellt werden*“. Im Schrifttum⁴⁵⁷ werden auch Kriterien wie Produktions- und Forschungskapazitäten, Wertschöpfungstiefe, Eigenkapital und besondere Kundenbeziehung angeführt. **177**

Unterschieden wird in der Bestimmung des mittelständischen Unternehmens zwischen einem absoluten und einem relativen Mittelstandsbegriff. **178**

a) Absoluter Mittelstandsbegriff

Der Gesetzgeber hat von einer Festlegung absoluter Maßstäbe (sog. absoluter Mittelstandsbegriff) im kartellrechtlichen Zusammenhang Abstand genommen, da „*keine eindeutig faßbare Größenvorstellung abgeleitet werden kann*“ und sich „*angesichts der äußerst weit auseinanderliegenden Marktvolumina absolute Größengrenzen wettbewerbspolitisch nicht über-*“ **179**

448 Vgl. VK Bund, Beschluss v. 12.12.2014 – VK 2-101/14.

449 Vgl. Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 3 GWB a.F., VergRModG 2009, BT-Drs. 16/10117, 15.

450 Vgl. *Knauff*, in: Säger/Ganske/Knauff, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 230.

451 Der BGH, Beschluss v. 8.2.2011 – X ZB 4/10, hat offengelassen, wie der Begriff im vergaberechtlichen Sinne zu begreifen ist. Auch das BVerfG, Beschluss v. 11.4.1967 – 1 BvL 25/64, hatte einst eingeräumt, dass „*es schwierig ist, eine zureichend genaue Bestimmung des Begriffs ‚Mittelstand‘ oder ‚Mittelschichten‘ zu finden*“.

452 OLG Brandenburg, Beschluss v. 27.11.2008 – Verg W 15/08; VK Sachsen, Beschluss v. 23.11.2016 – 1/SVK/026-16; VK Südbayern, Beschluss v. 12.8.2013 – Z3-3-3194-1-18-07/13; VK Bund, Beschluss v. 27.9.2011 – VK 2-100/11.

453 Siehe auch VK Sachsen, Beschluss v. 23.11.2016 – 1/SVK/026-16, und VK Bund, Beschluss v. 27.9.2011 – VK 2-100/11.

454 VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 18.2.2011 – 1 VK 02/11.

455 OLG Karlsruhe, Beschluss v. 6.4.2011 – 15 Verg 3/11; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8.9.2004 – VII-Verg 38/04; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 18.2.2011 – 1 VK 02/11; VK Bund, Beschluss v. 4.3.2009 – VK 2-202/08 und 205/08.

456 OLG Karlsruhe, Beschluss v. 6.4.2011 – 15 Verg 3/11.

457 Zu § 3 GWB: Müller, in: Bacher/Hempel/Wagner-von Papp, Kartellrecht, § 3 GWB Rn. 24; *Ellger/Fuchs*, in: Im-menga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 3 GWB Rn. 49.

zeugend rechtfertigen“ lassen.⁴⁵⁸ In der Rechtsprechung,⁴⁵⁹ Verwaltungspraxis und Forschung finden sich gleichwohl absolute Ansätze zur Bestimmung des mittelständischen Unternehmens.

180 Die **Europäische Kommission** hat die Empfehlung 2003/361/EG⁴⁶⁰ betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen veröffentlicht. Nach Art. 2 Abs. 1 dieser Empfehlung in Titel I des Anhangs ist wie folgt zu kategorisieren:

- Kleinstunternehmen: bis zu 9 Beschäftigte und ein Jahresumsatz von bis zu 2 Millionen Euro oder eine jährliche Bilanzsumme von bis zu 2 Millionen Euro
- Kleinunternehmen: bis zu 49 Beschäftigte und ein Jahresumsatz von bis zu 10 Millionen Euro oder eine jährliche Bilanzsumme von bis zu 10 Millionen Euro
- mittlere Unternehmen: bis zu 249 Beschäftigte und ein Jahresumsatz von bis zu 50 Millionen Euro oder eine jährliche Bilanzsumme von bis zu 43 Millionen Euro.

In die Berechnung werden grundsätzlich sog. Partnerunternehmen (Art. 3 Abs. 2 Empfehlung 2003/361/EG) und verbundene Unternehmen (Art. 3 Abs. 3 Empfehlung 2003/361/EG) einbezogen. Nach der Definition der Europäischen Kommission sind Kleinstunternehmen von dem Begriff der KMU ausgenommen, sodass der Begriff nur kleine und mittlere Unternehmen erfasst. Diese Differenzierung wird in Art. 1 Abs. 1 Empfehlung 2003/361/EG und – noch deutlicher – in der englischen Sprachfassung („micro, small and medium-sized enterprises (SMEs)“) erkennbar.

181 Eine Definition des KMU hat auch das **Institut für Mittelstandsforschung** entwickelt.⁴⁶¹ Sie entspricht im Wesentlichen derjenigen der Europäischen Kommission. Danach sei folgendermaßen zu klassifizieren:

- Kleinstunternehmen: bis zu 9 Beschäftigte und ein Jahresumsatz von bis zu 2 Millionen Euro
- Kleinunternehmen: bis zu 49 Beschäftigte und ein Jahresumsatz von bis zu 10 Millionen Euro
- mittlere Unternehmen: bis zu 499 Beschäftigte und ein Jahresumsatz von bis zu 50 Millionen Euro.

Nicht zweifelsfrei ergibt sich aus den Publikationen des Instituts für Mittelstandsforschung, ob Kleinstunternehmen unter den Begriff der KMU fallen.

182 Sowohl der Mittelstandsbegriff des Instituts für Mittelstandsforschung als auch der Europäischen Kommission entfalten keine rechtliche **Bindungswirkung**. Sie können folglich nur als Anhaltspunkt für die Bestimmung des mittelständischen Unternehmens herangezogen werden.⁴⁶²

b) Relativer Mittelstandsbegriff

183 In der Rechtsprechung⁴⁶³ werden die Maßstäbe der Empfehlung 2003/361/EG der Europäischen Kommission ergänzend herangezogen. Maßgeblich sei die Struktur des konkreten

458 Gesetzesbegründung, 5. Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 11/4610, 16.

459 Siehe VK Sachsen-Anhalt, Beschluss v. 24.2.2000 – VK Hal 02/00: „Handwerksunternehmen und Industrieunternehmen mit einem Jahresumsatz bis zu 10 Mio. DM oder bis zu 65 Beschäftigten, Einzelunternehmen mit einem Jahresumsatz bis zu 15 Mio. DM, sonstige Gewerbe mit einem Jahresumsatz bis zu 1 Mio. DM, Freie Berufe mit einem Jahresumsatz bis zu 1 Mio. DM.“

460 Europäische Kommission, Empfehlung der Europäischen Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (2003/361/EG).

461 Siehe <https://www.ifm-bonn.org/definitionen/kmu-definition-des-ifm-bonn> (abgerufen am 26.9.2022).

462 Vgl. zur Empfehlung der Europäischen Kommission OLG Karlsruhe, Beschluss v. 6.4.2011 – 15 Verg 3/11; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8.9.2004 – VII-Verg 38/04; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 18.2.2011 – 1 VK 02/11; VK Bund, Beschluss v. 4.3.2009 – VK 2-202/08 und 205/08.

463 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.3.2012 – VII-Verg 92/11, NZBau 2012, 515 (516 f.); OLG Karlsruhe, Beschluss v. 6.4.2011 – Verg 3/11, NZBau 2011, 567 (571); VK Niedersachsen, Beschluss v. 30.9.2015 – VgK-30/2015; VK Bund, Beschluss v. 12.12.2014 – VK 2-101/14; Beschluss v. 18.10.2012 – VK 2-77/12.

Marktes (sog. **relativer Mittelstandsbegriff**).⁴⁶⁴ Für diesen relativen Ansatz spricht der Sinn und Zweck der Regelung, der ausweislich der Gesetzesbegründung⁴⁶⁵ darin liegt, dass die strukturellen Größennachteile von mittelständischen Unternehmen im Vergabeverfahren ausgeglichen werden sollen. Der Ressourceneinsatz (Kapital, Mitarbeiterzahlen) unterscheidet sich in den verschiedenen Branchen erheblich. Unternehmen, die beispielsweise im Reinigungsgewerbe tätig werden, benötigen hierfür einen anderen Kapitalstock als Unternehmen im Verkehrsgewerbe oder in der Rüstungsindustrie.⁴⁶⁶ Dies muss in der Bestimmung des Mittelstandsbegriffs berücksichtigt werden. Ein Unternehmen mit höheren Umsatzzahlen als den Schwellenwerten der Empfehlung 2003/361/EG kann daher auf einem Markt, auf dem Unternehmen mit noch höheren Umsatzzahlen tätig sind, noch als mittelständisch angesehen werden; umgekehrt können Unternehmen mit Umsätzen noch im Rahmen jener Schwellenwerte aufgrund der konkreten Größenverteilung in einem Markt gegebenenfalls bereits als nicht mehr dem Mittelstand dieses Marktes zuzurechnende „Großunternehmen“ zu betrachten sein.⁴⁶⁷ Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf ist für die Bestimmung des Mittelstandsbegriffs aufgrund des Wettbewerbsgrundsatzes nach § 97 Abs. 1 S. 1 GWB ein weiter Maßstab anzulegen.⁴⁶⁸ Die Rechtsprechung des OLG Karlsruhe⁴⁶⁹ steht mit dem relativen Mittelstandsbegriff nur scheinbar im Widerspruch. Nach dieser Rechtsprechung kann zwar nicht auf die konkrete Marktstruktur abgestellt werden, da der Mittelstandsbegriff „*ein allgemeiner gebräuchlicher volkswirtschaftlicher Begriff*“ sei. Letztlich rekurriert aber auch diese Rechtsprechung – nicht ohne Widerspruch – „*auf die Größe und die Leistungsfähigkeit der Unternehmen des Wirtschaftszweigs*“ ab, sodass eine Divergenz nicht gegeben ist.⁴⁷⁰

Allgemeingültige **Relationswerte**, anhand derer der Mittelstand für den jeweiligen Markt bestimmt werden kann, sind in der Rechtsprechung nicht zu finden. Im Schrifttum werden als grober Richtwert mittlere Unternehmen danach bestimmt, dass sie weniger als 50 % des Gesamtumsatzes vom umsatzstärksten Unternehmen aufweisen.⁴⁷¹ Kleine Unternehmen sollen hingegen solche sein, die 10 % des Jahresumsatzes vom umsatzstärksten Unternehmen aufweisen.⁴⁷²

Aufgrund des Maßstabs der jeweiligen Marktstrukturen ist die bisherige **Rechtsprechung** demgemäß kasuistisch. Für die Gebäudereinigungsbranche hat die VK Bund als mittelständische Unternehmen solche angesehen, die einen Umsatz von bis zu 5 Millionen Euro jährlich erwirtschaften.⁴⁷³ Für die Vergabe von Leistungen des Schienenpersonennahverkehrs hat das OLG Düsseldorf entschieden, dass die üblichen Definitionen für ein mittelständisches Unternehmen in diesem Bereich nicht passen, da der Schienenpersonennahverkehr erhebliche Investitionen und Finanzmittel erfordert.⁴⁷⁴ Es hat daher angenommen, dass sämtliche privaten Konkurrenten der Deutsche Bahn AG bei der Vergabe von Schienenpersonennahverkehrsleistungen als mittelständische Unternehmen anzusehen seien.

184

185

464 Vgl. OLG Schleswig, Beschluss v. 25.1.2013 – 1 Verg 6/12; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.3.2012 – VII-Verg 92/11, NZBau 2012, 515 (516 f.); VK Sachsen, Beschluss v. 26.7.2016 – 1/SVK/014-16.

465 Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 3 GWB a.F., VergRModG 2009, BT-Drs. 16/10117, 15.

466 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.3.2012 – VII-Verg 92/11.

467 Vgl. VK Bund, Beschluss v. 18.10.2012 – VK 2-77/12; siehe auch Bundeskartellamt, Merkblatt des Bundeskartellamtes über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen (Stand März 2007), Rn. 12.

468 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.7.2010 – VII-Verg 19/10.

469 OLG Karlsruhe, Beschluss v. 6.4.2011 – 15 Verg 3/11.

470 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.3.2012 – VII-Verg 92/11.

471 Nordemann/Grave, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, § 3 GWB Rn. 17.

472 Nordemann/Grave, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, § 3 GWB Rn. 17.

473 VK Bund, Beschluss v. 4.3.2009 – VK 2-202/08 und 205/08.

474 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.7.2010 – VII-Verg 19/10.

c) Maßstab für die Berücksichtigung

- 186** Nach hiesiger Auffassung genügt es für die Berücksichtigung von mittelständischen Interessen, wenn das Vergabeverfahren nicht nur Großunternehmen zugänglich ist.⁴⁷⁵ Folglich ist es erforderlich, aber auch ausreichend, dass zumindest die Interessen der größten mittelständischen Unternehmen berücksichtigt sind. Denn § 97 Abs. 4 S. 1 GWB stellt lediglich darauf ab, dass mittelständische Interessen berücksichtigt sind. Aus der Regelung folgt nicht, dass das Vergabeverfahren einer bestimmten Anzahl oder Kategorie von mittelständischen Unternehmen zugänglich sein muss. Demgegenüber wird in der Rechtsprechung darauf abgestellt, dass die Interessen von Kleinunternehmen,⁴⁷⁶ mittleren Unternehmen⁴⁷⁷ oder „*durchschnittlich kleinere[n] oder mittlere[n] Unternehmen*“⁴⁷⁸ zu berücksichtigen sind. Zu Kleinstunternehmen hatte die VK Bund⁴⁷⁹ hingegen entschieden, dass diese außer Acht gelassen werden können.

2. Vornehmliche Berücksichtigung

- 187** Mittelständische Interessen können nur dann berücksichtigt werden, wenn der konkrete Markt überhaupt mittelständische Strukturen aufweist. Es sind daher die jeweiligen Verhältnisse im betroffenen sachlich und räumlich relevanten Markt und damit die jeweils herrschenden wettbewerblichen Rahmenbedingungen zu ermitteln, um Unternehmen im jeweiligen Einzelfall zutreffend als **mittelständische** Unternehmen identifizieren und damit die **Marktstruktur** gegebenenfalls als mittelständisch geprägt qualifizieren zu können.⁴⁸⁰ Wird dabei festgestellt, dass auf dem konkreten Markt keine mittelständischen Unternehmen agieren, gibt es auch keine mittelständischen Interessen, die zu berücksichtigen sein können.
- 188** Die von § 97 Abs. 4 S. 1 GWB geforderte **vornehmliche Berücksichtigung** wird durch den konkreten Handlungsbefehl zur losweisen Unterteilung von öffentlichen Aufträgen nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB umgesetzt. Dieses Verständnis wird bestätigt durch die Gesetzesbegründung zum VergRModG 2016, wonach „*die Interessen mittelständischer Unternehmen vornehmlich zu berücksichtigen [sind], indem öffentliche Aufträge in Form von Losen vergeben werden müssen.*“⁴⁸¹ Die Korrelation zwischen der vornehmlichen Berücksichtigung und dem Losaufteilungsgebot ergab sich aus der ursprünglichen Fassung der Regelung nach dem VgRÄG (§ 106 Abs. 3 GWB a.F.) noch ausdrücklich und ist erst mit dem VergRModG 2009 (§ 97 Abs. 3 GWB a.F.) durch die semantische Separierung von Mittelstandsklausel und Losaufteilungsgebot verunklart worden. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte die Mittelstandsklausel mit dem VergRModG 2009 zwar in ihrer „*Wirkung verstärkt*“ werden. Dies sollte nach den Gesetzmaterialien indes dadurch geschehen, dass die losweise Unterteilung von öffentlichen Aufträgen nunmehr grundsätzlich zwingend zu erfolgen hatte.⁴⁸² Eine verstärkende Wirkung der Mittelstandsklausel außerhalb des Losaufteilungsgebots war daher nicht beabsichtigt. Daher kann dem Begriff „vornehmlich“ eine Bedeutung dahingehend, dass generell mittelständischen Interessen bei Abwägungsentscheidungen ein besonderes Gewicht zukä-

475 Dieser Maßstab findet sich auch bei OLG Schleswig, Beschluss v. 30.10.2012 – 1 Verg 5/12; VK Bund, Beschluss v. 27.9.2011 – VK 2-100/11.

476 VK Sachsen, Beschluss v. 26.7.2016 – 1/SVK/014-16; VK Südbayern, Beschluss v. 12.8.2013 – Z3-3-3194-1-18-07/13.

477 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8.9.2004 – VII-Verg 38/04; VK Bund, Beschluss v. 27.9.2011 – VK 2-100/11; VK Nordbayern, Beschluss v. 19.5.2009 – 21.VK-3194-14/09.

478 VK Bund, Beschluss v. 4.3.2009 – VK 2-202/08 und 205/08; ablehnend auch OLG Karlsruhe, Beschluss v. 6.4.2011 – 15 Verg 3/11.

479 So VK Bund, Beschluss v. 18.10.2012 – VK 2-77/12; offen gelassen noch bei VK Bund, Beschluss v. 4.3.2009 – VK 2-202/08 und 205/08.

480 So wohl auch VK Bund, Beschluss v. 18.10.2012 – VK 2-77/12.

481 Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 4 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 68; siehe auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 16.10.2019 – VII-Verg 66/18; OLG Schleswig, Beschluss v. 30.10.2012 – 1 Verg 5/12; VK Rheinland, Beschluss v. 17.2.2020 – VK 56/19-L: „*Allerdings sind nach § 97 Abs. 4 S. 1 und 2 GWB bei der Vergabe mittelständische Interessen vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen.*“

482 Vgl. Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 3 GWB a.F., VergRModG 2009, BT-Drs. 16/10117, 15.

me⁴⁸³ oder über § 97 Abs. 4 S. 2 GWB hinaus zu berücksichtigen seien,⁴⁸⁴ nicht entnommen werden. Das hiesige Verständnis steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH⁴⁸⁵ zu der gleichlautenden Regelung in § 2 EG Abs. 2 VOL/A. Danach solle mit der Regelung, mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen, „*lediglich betont werden, dass der Mittelstand gerade auch bei den gemeinschaftsweiten Vergaben über eine Losvergabe vornehmlich berücksichtigen werden soll.*“

Aus der programmatischen Vorgabe zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen kann nicht abgeleitet werden, dass eine **Bevorzugung** mittelständischer Unternehmen zulässig ist.⁴⁸⁶ Dies stellt vielmehr einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz dar. Auch die in § 97 Abs. 4 GWB vorgesehene losweise Unterteilung von öffentlichen Aufträgen bedeutet keine Bevorzugung mittelständischer Unternehmen, da es Großunternehmen unbenommen bleibt, sich auf die jeweiligen Lose zu bewerben.

189

III. Grundsatz der Unterteilung in Lose (S. 2)

Nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB sind Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben.

190

Die Regelung konkretisiert den Grundsatz der Berücksichtigung mittelständischer Interessen nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB und enthält das **zwingende Gebot** der Losvergabe („sind [...] zu vergeben“).⁴⁸⁷ Hiervon darf Auftraggeber nur ausnahmsweise abweichen, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe nach § 97 Abs. 4 S. 3 GWB dies erfordern.

191

Das Gebot der losweisen Unterteilung besteht hinsichtlich der **Fach-** und **Teillose** unabhängig voneinander. Der Auftraggeber ist nach dem Wortlaut („und“) daher grundsätzlich verpflichtet, öffentliche Aufträge sowohl in Teil- als auch in Fachlose aufzuteilen.⁴⁸⁸ Die Aufteilung eines öffentlichen Auftrags in Teillose stellt die Trennung in Fachlose daher nicht schon entbehrlich. Begrifflich differenziert das Gesetz zwischen der „Teilung“ in Teillose und der „Trennung“ nach Fachlosen, ohne dass hiermit Unterschiedliches gemeint ist.

192

§ 97 Abs. 4 S. 2 GWB verpflichtet nicht dazu, dass die einzelnen Lose in einem **Vergabeverfahren** ausgeschrieben werden. Auftraggeber können die von den Losen erfassten Leistungen auch gesondert ausschreiben, sodass es sich der Sache nach um einzelne öffentliche Aufträge und nicht um Lose eines öffentlichen Auftrags handelt. Auch hierdurch wird dem Gebot der losweisen Unterteilung von öffentlichen Aufträgen Rechnung getragen.⁴⁸⁹

193

1. Sinn und Zweck

Der Zweck des Grundsatzes der losweisen Unterteilung von öffentlichen Aufträgen ist es ausweislich der Gesetzesbegründung, „*die Nachteile der mittelständischen Wirtschaft gerade bei der Vergabe großer Aufträge mit einem Volumen, das die Kapazitäten mittelständischer Unternehmen überfordern könnte, auszugleichen.*“⁴⁹⁰ Die Regelung dient nach der gesetzgeberischen Intention und ihrer systematischen Stellung nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB dem **Mittelstandsschutz**. Die Aufteilung des öffentlichen Auftrags in Lose soll das Volumen des öffentlichen Auftrags verringern, sodass mittelständische Unternehmen zumindest einen Teil des öffentlichen Auftrags bewältigen und sich daher mit Erfolgsaussichten um diesen Teil bewer-

194

483 So allerdings *Knauff*, in: Säcker/Ganske/Knauff, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 241, wonach „mittelständische Interessen einen die Interessenabwägung prägenden und im Zweifelsfall auch ausschlaggebenden Charakter“ haben sollen.

484 *Kau*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 142.

485 BGH, Beschluss v. 8.2.2011 – X ZB 4/10.

486 Vgl. VK Bund, Beschluss v. 30.1.2003 – VK 1-01/03; siehe auch *Burgi*, NZBau 2006, 606; *Kus*, NZBau 2009, 21 (22); *Michallik*, VergabeR 2011, 683 (691).

487 VK Sachsen, Beschluss v. 22.10.2020 – 1/SVK/023-20.

488 Vgl. OLG Schleswig, Beschluss v. 25.1.2013 – 1 Verg 6/12; OLG Koblenz, Beschluss v. 4.4.2012 – 1 Verg 2/11; VK Sachsen, Beschluss v. 26.7.2016 – 1/SVK/014-16.

489 Vgl. VK Bund, Beschluss v. 4.3.2009 – VK 2-202/08 und 205/08.

490 Vgl. Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 3 GWB a.F., VergRModG 2009, BT-Drs. 16/10117, 15; siehe auch OLG Frankfurt, Beschluss v. 14.5.2018 – 11 Verg 4/18.

ben können.⁴⁹¹ Ungenau ist hingegen der in Rechtsprechung anzutreffende Maßstab, dass die Unterteilung in Lose mittelständische Unternehmen in den Stand versetzen soll, überhaupt Angebote abgeben bzw. sich am Wettbewerb beteiligen zu können.⁴⁹² Die rechtliche Möglichkeit zur Abgabe eines Angebots bzw. Beteiligung am Vergabeverfahren bleibt mittelständischen Unternehmen unbenommen, auch wenn sie nicht in der Lage sein sollten, den Auftrag bewältigen zu können.

- 195** Zweifelhaft ist diejenige Rechtsprechung⁴⁹³, wonach der Zweck der Unterteilung des öffentlichen Auftrags in einer **wirtschaftlichen Beschaffung** liege. Dies wird damit begründet, dass es sich bei dem Gebot der losweisen Unterteilung von öffentlichen Aufträgen um eine „*Ausprägung des [...] Wirtschaftlichkeitsgebots*“ handle.⁴⁹⁴ Für den Baubereich läge dem die Erwägung zugrunde, „*dass ein auf der Grundlage der wirtschaftlichsten Angebote für einzelne Fachlose hergestelltes Bauvorhaben in der Regel insgesamt nach Preis, Qualität und Lebensdauer von höherer Wirtschaftlichkeit ist.*“⁴⁹⁵ Dieser Erfahrungssatz ist weder für die Vergabe von Bau- noch für die Vergabe von Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen allgemeingültig und findet auch in den Gesetzesmaterialien keinen Ansatzpunkt. Das Gesetz geht umgekehrt in § 97 Abs. 4 S. 3 GWB vielmehr davon aus, dass es sich bei den wirtschaftlichen Interessen um solche Interessen handelt, die dem Gebot der Unterteilung von öffentlichen Aufträgen in Lose zuwiderlaufen können und daher nicht durch dieses Gebot gefördert werden.
- 196** Auch diejenige Rechtsprechung⁴⁹⁶ überzeugt nicht, wonach das Gebot der losweisen Unterteilung von öffentlichen Aufträgen dem **Schutz des Wettbewerbs** dient, was wahlweise mit „*Wettbewerbsförderung*“⁴⁹⁷, „*Erhaltung eines breit gestreuten Marktes*“⁴⁹⁸ bzw. „*Beteiligung möglichst vieler Unternehmen*“⁴⁹⁹ paraphrasiert wird. Diese Zwecksetzung des Wettbewerbs-schutzes wird damit begründet, dass es sich bei dem Gebot der Losunterteilung um eine „*Ausprägung des Wettbewerbs[gebots]*“ handle.⁵⁰⁰ Dies lässt jedoch mitnichten den Schluss zu, dass § 97 Abs. 4 S. 2 GWB alle potenziellen Marktteilnehmer schützt. Vielmehr dient § 97 Abs. 4 S. 2 GWB lediglich einem partikularen Wettbewerbsschutz, nämlich eingeschränkt in Bezug auf mittelständische Unternehmen. Sofern ein hierüber hinausgehender Wettbewerbs-schutz bestehen soll, wäre dies auf Grundlage von § 97 Abs. 1 GWB, nicht aber von § 97 Abs. 4 S. 2 GWB zu begründen. Die Beschränkung auf den Mittelstandsschutz wird durch die Systematik und Genese von § 97 Abs. 4 GWB bestätigt. Bei der Mittelstandsklausel in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB auf der einen und dem Gebot der losweisen Unterteilung von öffentlichen Aufträgen nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB auf der anderen Seite handelt es sich zwar um eigenständige Regelungen.⁵⁰¹ Das ändert aber nichts daran, dass § 97 Abs. 4 S. 1 GWB seiner systematischen Stellung und seiner Genese nach den gedanklichen Rahmen für die in § 97 Abs. 4 GWB enthaltenen weiteren Regelungen setzt. Die ursprüngliche Regelung in § 97 Abs. 3 GWB a.F. forderte ausdrücklich, „mittelständische Interessen [...] vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillote [...] zu berücksichtigen“. An dieser Zielsetzung hat sich durch das VergRMdG 2009 nichts geändert, vielmehr sollte die Mittelstandsklausel durch die Statuierung einer Pflicht zur losweisen Unterteilung von öffentlichen Aufträgen „in

491 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.3.2012 – VII-Verg 92/11; VK Sachsen, Beschluss v. 22.10.2020 – 1/SVK/023-20; VK Bund, Beschluss v. 31.10.2016 – VK 1-90/16.

492 So aber OLG Schleswig, Beschluss v. 30.10.2012 – 1 Verg 5/12; OLG Karlsruhe, Beschluss v. 6.4.2011 – 15 Verg 3/11; VK Bund, Beschluss v. 31.10.2016 – VK 1-90/16.

493 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.7.2007 – VII-Verg 10/07; VK Bund, Beschluss v. 10.3.2022 – VK 1-19/22; VK Brandenburg, Beschluss v. 5.8.2015 – VK 11/15; VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 23.11.2011 – VK 2-34/11.

494 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.7.2007 – VII-Verg 10/07.

495 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.7.2007 – VII-Verg 10/07.

496 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.7.2007 – VII-Verg 10/07; VK Brandenburg, Beschluss v. 5.8.2015 – VK 11/15; VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 23.11.2011 – VK 2-34/11; wohl auch OLG Schleswig, Beschluss v. 4.5.2001 – 6 Verg 2/01 („*effektiver Wettbewerb*“); in diese Richtung auch BGH, Beschluss v. 8.2.2011 – X ZB 4/10.

497 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.7.2007 – VII-Verg 10/07.

498 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.7.2007 – VII-Verg 10/07.

499 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.1.2012 – VII-Verg 52/11; siehe auch VK Sachsen, Beschluss v. 23.11.2016 – 1/SVK/026-16.

500 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.7.2007 – VII-Verg 10/07.

501 Hierauf verweisend VK Bund, Beschluss v. 17.08.2015 – VK 2-35/15.

ihre Wirkung verstärkt⁵⁰² werden.⁵⁰³ Entsprechend stellt auch die Gesetzesbegründung zur aktuellen Fassung der Vorschrift⁵⁰⁴ diesen Zusammenhang eindeutig her („sind mittelständische Interessen vornehmlich zu berücksichtigen, indem öffentliche Aufträge in Form von Losen vergeben werden müssen“). Mit der sprachlichen Neuregelung durch das VergRModG 2009 hat der Gesetzgeber daher mitnichten das Gebot der Trennung nach *Fachlosen* von der Zweckbestimmung des § 97 Abs. 4 S. 1 GWB entkoppeln wollen.⁵⁰⁵ Vor diesem Hintergrund überzeugt diejenige Lesart⁵⁰⁶ nicht, die den Sinnzusammenhang zwischen § 97 Abs. 4 S. 1 und 2 GWB negiert und dem Gebot der losweisen Unterteilung wettbewerbs-schützende Funktion zuspricht.

Nichts anderes gilt entgegen der Rechtsprechung⁵⁰⁷ für das Gebot der Trennung von öffentlichen Aufträgen nach **Fachlosen**. Die systemischen und genetischen Argumente gelten uneingeschränkt auch für dieses Gebot. Nur faktisch hat dieses Gebot eine überschießende Wirkung, da von der Trennung auch solche Unternehmen profitieren können, die zwar fachlich spezialisiert, jedoch nicht als mittelständisches Unternehmen anzusehen sind. Das ändert aber nichts an der rechtlichen Bewertung des Normzwecks. Unzutreffend ist ebenfalls die in der Rechtsprechung⁵⁰⁸ anzufindende Zielsetzung, dass das Gebot der Unterteilung in Fachlose einer fachlich hochstehende Auftragsausführung durch spezialisierte Unternehmen diene. Die zu erreichende Qualität der Auftragsausführung ist durch entsprechende Leistungsanforderungen in der Leistungsbeschreibung zu formulieren und durch die Aufstellung angemessener Eignungskriterien sicherzustellen. Den Gesetzesmaterialien sind keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass dem Gesetzgeber mit dem Gebot der Unterteilung in Fachlose an einer Qualitätssicherung gelegen war.

197

2. Bestimmungsrecht über den Auftragsgegenstand

Unmittelbaren Einfluss auf die Frage der Teil- bzw. Trennbarkeit des Auftrags und die Rechtfertigung der Zusammenfassung von Leistungen hat die vorausgehende Ermittlung und **Bestimmung des Beschaffungsbedarfs** durch den Auftraggeber.⁵⁰⁹ Diese Beschaffungsentscheidung ist der vergaberechtlich zu beurteilenden Frage nach der Art und Weise der Beschaffung vorgelagert.⁵¹⁰ Es unterliegt diesem Bestimmungsrecht, welche Qualität und welchen Umfang die zu vergebende Leistung haben soll und aus welchen Bestandteilen sie sich zusammensetzt.⁵¹¹ Mit anderen Worten: „Der [...] Auftraggeber muss als späterer Nutzer der nachgefragten Leistung schließlich am besten wissen, was er braucht.“⁵¹² Die Bestimmung des Beschaffungsbedarfs beinhaltet insbesondere die Festlegung des Umfangs, der Auftragsbestandteile einschließlich der Schnittstellen und das Qualitätsniveau. Damit werden wesentliche Parameter für die Feststellung der Teil- bzw. Trennbarkeit des öffentlichen Auftrags und gegebenenfalls die Rechtfertigung der Zusammenvergabe von Losen nach § 97 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB festgelegt. Das Bestimmungsrecht ist durch die Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt daraufhin überprüfbar, ob die Beschaffungsentscheidung auf sachgerechten und auftragsbezogenen Gründen beruhen.⁵¹³

198

502 Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 3 GWB a.F., VergRModG 2009, BT-Drs. 16/10117, 15.

503 Vgl. auch OLG Celle, Beschluss v. 26.4.2010 – 13 Verg 4/10.

504 Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 4 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 68.

505 Siehe VK Rheinland, Beschluss v. 17.2.2020 – VK 56/19-L; VK Rheinland, Beschluss v. 17.2.2020 – VK 56/19-L; VK Bund, Beschluss v. 17.8.2015 – VK 2-35/15.

506 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.1.2012 – VII-Verg 52/11; VK Bund, Beschluss v. 17.8.2015 – VK 2-35/15; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 18.2.2011 – 1 VK 02/11.

507 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.1.2012 – VII-Verg 52/11; VK Bund, Beschluss v. 17.8.2015 – VK 2-35/15; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 18.2.2011 – 1 VK 02/11.

508 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.1.2012 – VII-Verg 52/11.

509 Vgl. *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, 465.

510 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, 785 (789); Beschluss v. 27.6.2012 – VII-Verg 7/12; Beschluss v. 17.2.2010 – VII-Verg 42/09; OLG München, Beschluss v. 9.9.2010 – Verg 10/10; OLG Celle, Beschluss v. 26.4.2010 – Verg 4/10, *Scharen*, GRUR 2009, 345.

511 VK Rheinland, Beschluss v. 17.2.2020 – VK 56/19-L.

512 VK Bund, Beschluss v. 8.1.2004 – VK 1-117/03.

513 Vgl. zu den zulässigen Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers: OLG Düsseldorf, Beschluss v. 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, 785 (789 f.); Beschluss v. 27.6.2012 – VII-Verg 7/12.

- 199** Da die Beschaffungsentscheidung des Auftraggebers dem Vergabeverfahren vorgelagert ist, muss der Auftraggeber nicht bereits bei der Beschaffungsentscheidung das **Gebot der Losaufteilung** berücksichtigen und seinen Beschaffungsgegenstand möglichst mittelstandsfreundlich zuschneiden. Als Gegenstand der Unterteilung sieht § 97 Abs. 4 S. 2 GWB die „Leistungen“ vor. Diese müssen vom Auftraggeber im Rahmen seiner Beschaffungsentscheidung zunächst festgelegt werden. Erst dann stellt sich die Frage, ob diese Leistungen nach den gesetzlichen Vorgaben aufzuteilen sind.⁵¹⁴
- 200** Umgekehrt erfasst nach Teilen der Rechtsprechung⁵¹⁵ das Bestimmungsrecht des Auftraggebers über den Beschaffungsgegenstand auch die Fragestellung, ob der Auftragsgegenstand überhaupt in einzelne Lose aufgeteilt werden kann. Diese Rechtsprechung vollzieht eine sog. **Zwei-Stufen-Prüfung**. Im Rahmen einer ersten Stufe wird die Prüfung aufgegeben, ob das der Ausschreibung zugrunde gelegte Leistungsprofil der Gestaltungsfreiheit des Auftraggebers unterfällt. Maßgeblich dafür sind die mit dem Beschaffungsprojekt verfolgten Zwecke im Rahmen einer funktionalen Betrachtung.⁵¹⁶ Eine Zerlegung in Teil- oder Fachlose kommt somit nicht in Betracht, wenn diese in ihrer Summe den mit dem Beschaffungsprojekt verfolgten (übergeordneten) Zwecken nicht mehr entsprechen und die Unterteilung in Lose daher „*keinen Sinn macht*“.⁵¹⁷ Erst wenn dies verneint würde, sei in das Prüfungsprogramm nach § 97 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB einzutreten. Die Rechtsprechung hat den „Sinn“ einer losweisen Unterteilung von öffentlichen Aufträgen bei komplexen Dienstleistungsaufträgen verneint, die technische, wirtschaftliche und juristische Beratungsleistungen sowie Projektmanagementleistungen für ÖPP-Projekte umfassen,⁵¹⁸ und bei Bauleistungen, bei denen alle Einzelleistungen in enger räumlicher, technischer und baubetrieblicher Verbindung stehen.⁵¹⁹ Anders wurde hingegen bei Leistungen des Gebäudemanagements entschieden, das sich aus Reinigungsdiensten, Hausmeister- bzw. Wartungsdiensten sowie Gebäudebewachungs- und Empfangsdienstleistungen zusammensetzt, da es an der erforderlichen Verflechtung der Leistungen fehle.⁵²⁰ Mit der Zwei-Stufen-Prüfung führt die Rechtsprechung eine Evidenzkontrolle ein, die sich im Regelungskonzept des § 97 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB indes nicht klar abbilden lässt.⁵²¹ Es ist auch fraglich, ob ein Bedürfnis für eine solche vorgelagerte Prüfungsstufe überhaupt besteht, da sich die von der Rechtsprechung behandelten Sachverhalte wohl auch auf Ebene der Rechtfertigung aus technischen Gründen lösen lassen dürften, wenngleich mit möglicherweise höherem Begründungsaufwand.

3. Teilung in Teillose

- 201** § 97 Abs. 4 S. 2 GWB sieht zunächst die Teilung des öffentlichen Auftrags in **Teillose** vor. Nach der Legaldefinition sind dies Lose, die nach der Menge des Auftrags aufgeteilt sind.
- 202** Die Aufteilung des Auftrags in Teillose setzt voraus, dass der öffentliche Auftrag überhaupt **teilbar** ist. Das verlangt zunächst, dass der Auftragsgegenstand tatsächlich in der Menge aufgeteilt werden kann.⁵²² Die Teilung muss dabei nicht zwingend zu einer qualitativen Identität der Lose führen, insofern dürfte es nur auf eine wesentliche Gleichartigkeit ankommen.⁵²³ Ei-

514 Vgl. OLG Schleswig, Beschluss v. 30.10.2012 – 1 Verg 5/12.

515 OLG Celle, Beschluss v. 26.4.2010 – 13 Verg 4/10; OLG Jena, Beschluss v. 6.6.2007 – 9 Verg 3/07; OLG Brandenburg, Beschluss v. 27.11.2008 – Verg W 15/08; VK Sachsen, Beschluss v. 22.10.2020 – 1/SVK/023-20; VK Südbayern, Beschluss v. 12.8.2016 – Z3-3-3194-1-27-07-16; VK Niedersachsen, Beschluss v. 8.8.2014 – VgK-22/2014; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 29.7.2013 – 1 VK 25/13; wohl auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 16.10.2019 – VII-Verg 66/18; offengelassen von OLG Frankfurt, Beschluss v. 14.5.2018 – 11 Verg 4/18.

516 Vgl. OLG Celle, Beschluss v. 26.4.2010 – 13 Verg 4/10.

517 VK Südbayern, Beschluss v. 12.8.2016 – Z3-3-3194-1-27-07-16; ferner OLG Celle, Beschluss v. 26.4.2010 – 13 Verg 4/10; VK Sachsen, Beschluss v. 22.10.2020 – 1/SVK/023-20; VK Brandenburg, Beschluss v. 5.8.2015 – VK 11/15; VK Niedersachsen, Beschluss v. 8.8.2014 – VgK-22/2014.

518 OLG Celle, Beschluss v. 26.4.2010 – 13 Verg 4/10; OLG Jena, Beschluss v. 6.6.2007 – 9 Verg 3/07.

519 OLG Brandenburg, Beschluss v. 27.11.2008 – Verg W 15/08.

520 Vgl. OLG Jena, Beschluss v. 6.6.2007 – 9 Verg 3/07.

521 *Antweiler*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, § 97 Abs. 4 GWB Rn. 54; *Kus*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 196; *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, 465 (466).

522 Vgl. VK Sachsen-Anhalt, Beschluss v. 24.2.2000 – VK Hal 02/00.

523 So wohl auch *Ziekow*, GewA 2013, 417 (418).

nigkeit herrscht insoweit, dass diese tatsächliche Teilbarkeit des öffentlichen Auftrags nicht bereits genügt, um eine entsprechende Verpflichtung des Auftraggebers zur Aufteilung des öffentlichen Auftrags in Teillöse zu begründen. Die Teilbarkeit des öffentlichen Auftrags ist vielmehr auch normativ zu bestimmen. Die Maßstäbe in der Rechtsprechung sind hierfür indes nicht einheitlich. Teilweise wurde lediglich auf die „Zweckmäßigkeit“ der Aufteilung abgestellt,⁵²⁴ die jedenfalls „bei größere[n] Einzel- oder Gesamtprojekte[n]“ gegeben sei.⁵²⁵ Dieser Maßstab ist indes vage und bietet keine verlässliche Abgrenzungsmöglichkeit. Andere⁵²⁶ bemessen die Teilbarkeit anhand der Marktüblichkeit. Dieser Ansatz kann sich auf die Gesetzesmaterialien stützen, wonach der Grundsatz der Losvergabe „keine marktübliche Trennung in Einzelteile“ verlange.⁵²⁷ Auch dieser Ansatz überzeugt jedoch nicht, da der Maßstab der Marktüblichkeit eine im Schwerpunkt retrospektive Betrachtung einführt, die aktuellen Marktgegebenheiten und damit dem Sinn und Zweck der Regelung nicht gerecht wird. Überzeugender ist es daher, die Teilbarkeit anhand der Leistungsfähigkeit der mittelständischen Unternehmen des konkreten relevanten Marktes zu beurteilen.⁵²⁸ Dabei ist auf die Auslegungsmaßstab nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB zurückzugreifen. Eine Teilbarkeit des öffentlichen Auftrags ist gemäß der hiesigen Auffassung⁵²⁹ erst abzulehnen, wenn das Auftragsvolumen nicht nur von Großunternehmen, sondern zumindest auch von den größten mittelständischen Unternehmen bewältigt werden kann.⁵³⁰ Dies ist abstrakt auf Grundlage einer sorgfältigen Untersuchung des entsprechenden Marktes festzustellen.⁵³¹ Es ist daher unerheblich, dass einzelne mittelständische Unternehmen bei einer Aufteilung des öffentlichen Auftrags möglicherweise bessere Chancen auf die Auftragserteilung hätten.⁵³²

Der Maßstab der Möglichkeit zur erfolgreichen Beteiligung von mittelständischen Unternehmen verlangt nach der überwiegenden Rechtsprechung, dass die mittelständischen Unternehmen in die Lage versetzt werden, sich **eigenständig** mit Erfolgsaussichten zu bewerben. Dem entspreche ein Auftragsvolumen nicht, für das sich mittelständische Unternehmen der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen müssen. Es genügt danach nicht, dass sich die mittelständischen Unternehmen erst durch Eingehung einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft⁵³³ oder durch die Einbindung von Unterauftragnehmer⁵³⁴ mit Erfolgsaussichten am Vergabeverfahren beteiligen könnten. Diese Einschränkung lässt sich dem Wortlaut des § 97 Abs. 4 S. 2 GWB zwar nicht entnehmen. Sie kann sich aber darauf stützen, dass die Instrumentarien zur Überwindung von Kapazitätsgrenzen – Eingehung einer Bewerber- oder Bietergemeinschaft, Einbindung von Unterauftragnehmern und Eignungsverleiher – gesetzlich vorgesehen sind und das Gebot des § 97 Abs. 4 S. 2 GWB daher über diese Maßnahmen hinausgehen dürfte.

In der **Rechtsprechung** haben sich keine festen Maßstäbe entwickelt, anhand derer die Teilbarkeit eines öffentlichen Auftrages zu bemessen ist. Für die Gebäudereinigungsbranche hat

203

204

524 VK Nordbayern, Beschluss v. 19.5.2009 – 21.VK-3194-14/09; VK Sachsen-Anhalt, Beschluss v. 24.2.2000 – VK Hal 02/00.

525 VK Sachsen-Anhalt, Beschluss v. 24.2.2000 – VK Hal 02/00.

526 VK Saarland, Beschluss v. 7.9.2009 – 3 VK 01/2009; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 139; *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, 465 (467).

527 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie (9. Ausschuss), VergRModG 2009, BT-Drs. 16/11428, 33; ablehnend zu diesem Kriterium *Faßbender*, NZBau 2010, 529 (532).

528 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 25.4.2012 – VII-Verg 100/11; VK Sachsen, Beschluss v. 23.11.2016 – 1/SVK/026-16.

529 Siehe oben Rn. 186.

530 Siehe auch OLG Schleswig, Beschluss v. 30.10.2012 – 1 Verg 5/12; VK Bund, Beschluss v. 27.9.2011 – VK 2-100/11; a.A. noch VK Bund, Beschluss v. 4.3.2009 – VK 2-202/08 und 205/08.

531 Siehe den Vorschlag für eine Formel zur Berechnung der optimalen Losgröße: *Theurer/Trutzell/Braun/Weber*, VergabeR 2014, 301.

532 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 25.4.2012 – VII-Verg 100/11.

533 Vgl. OLG Schleswig, Beschluss v. 30.10.2012 – 1 Verg 5/12; OLG Karlsruhe, Beschluss v. 6.4.2011 – 15 Verg 3/11; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8.9.2004 – VII-Verg 38/0; VK Sachsen, Beschluss v. 23.11.2016 – 1/SVK/026-16; VK Bund, Beschluss v. 31.10.2016 – VK 1-90/16; VK Nordbayern, Beschluss v. 19.5.2009 – 21.VK-3194-14/09; a.A. OLG Brandenburg, Beschluss v. 27.11.2008 – Verg W 15/08; OLG Schleswig, Beschluss v. 14.8.2000 – 6 Verg 2/2000.

534 Vgl. VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 29.7.2013 – 1 VK 25/13; VK Nordbayern, Beschluss v. 19.5.2009 – 21.VK-3194-14/09; a.A. OLG Brandenburg, Beschluss v. 27.11.2008 – Verg W 15/08.

die VK Bund eine Reinigungsfläche von 52.000 qm hat die Kammer vor diesem Hintergrund als zu groß angesehen, um mittelständischen Unternehmen den erforderlichen Zugang zu ermöglichen.⁵³⁵ Demgegenüber hat das OLG Karlsruhe eine Reinigungsfläche von 82.000 qm bis 90.000 qm als mittelstandskonform eingeordnet und sogar festgehalten, dass selbst eine zu reinigende Fläche von 255.000 qm von mittelständischen Unternehmen geleistet werden könnte.⁵³⁶ Für Postdienstleistungen hat die VK Sachsen⁵³⁷ ein bundes- und teilweise auch weltweites Versandvolumen von täglich 8.000 Briefen und die VK Bund⁵³⁸ ein jährliches bundesweites Versandvolumen von 52.000 Briefen als für mittelständische Unternehmen leistbar betrachtet. Für die Vergabe von IT-Produkten hat das OLG Düsseldorf⁵³⁹ einen Auftragswert von 570.000 Euro netto als indiziell angesehen, dass der öffentliche Auftrag von mittelständischen Unternehmen erbracht werden kann.

- 205** Die **Feststellung** der konkreten Marktverhältnisse zur Beurteilung der Teilbarkeit des öffentlichen Auftrags bereitet in der Praxis einige Schwierigkeiten. Die Anforderungen an diese Marktanalyse dürfen nicht überspannt werden und müssen sich in einem zumutbaren Rahmen halten.⁵⁴⁰ Eine Sektoruntersuchung nach § 32e GWB ist durch den Auftraggeber allein schon deshalb nicht umsetzbar, dass ihm Ermittlungsbefugnisse entsprechend §§ 57 ff. GWB nicht zustehen. Auch zeigen die Erfahrungen aus der Entscheidungspraxis der Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes, dass sorgfältige Marktermittlungen selbst unter Nutzung der gesetzlichen Ermittlungsbefugnisse der §§ 57 ff. GWB zum Teil mehrere Monate andauern können, was mit dem vergaberechtlichen Beschleunigungsgrundsatz nicht vereinbar wäre.⁵⁴¹ Zumutbar ist Auftraggebern bei der Marktanalyse, vergangene Ausschreibungen auszuwerten und auf der Plattform Tenders Electronic Daily zu recherchieren. Zudem könnte eine Befragung bei den betroffenen Berufsverbänden erfolgen.⁵⁴² Der Aufwand zur Einholung eines umfassenden Gutachtens ist hingegen nicht zumutbar, zumal dieses nicht nur Erkundigungen über die inländischen Verhältnisse, sondern auch derer auf europäischer Ebene einzuholen hätte.⁵⁴³ Die Sachverhaltsaufklärung gilt nach der Rechtsprechung der VK Bund⁵⁴⁴ als vollständig, wenn sie im Ergebnis plausibel und belastbar ist, was bedeuten soll, dass sie „im Vergabeverfahren oder im Vergabenachprüfungsverfahren mit hinreichend überzeugenden Tatsachenfeststellungen belegt und insoweit von Bietern oder Dritten nicht erfolgreich widerlegt werden kann“. Dies ist zweifelhaft. Wenn es am Ende darauf ankommen soll, ob die vom Auftraggeber nach den mit ihm zumutbaren Maßnahmen ermittelten Marktkenntnisse widerlegt werden können, führt dies darauf hinaus, dass Auftraggeber doch eine abschließende Sicherheit über die Marktverhältnisse durch Begutachtungen o.Ä. gewinnen müssten. Dies aber widerspricht den Maßstäben der Zumutbarkeit und Beschleunigung.

4. Trennung nach Fachlosen

- 206** Neben der Teilung des Auftrags in Teillose sieht § 97 Abs. 4 S. 2 GWB die Trennung des öffentlichen Auftrags in Fachlose vor. Dies sind nach der Legaldefinition solche Lose, die nach Art oder Fachgebiet bestimmt werden.
- a) **Trennbarkeit nach Art oder Fachgebiet**
- 207** Die Trennung hat nach **Art** oder **Fachgebiet** stattzufinden. Beide Begriffe stehen ausweislich des Gesetzeswortlauts („oder“) in einem alternativen Verhältnis. Der Auftraggeber erfüllt die Verpflichtung zur Trennung des Auftrags in Fachlose daher bereits, wenn die Trennung entweder nach der Art oder nach dem Fachgebiet erfolgt. Was mit den Begrifflichkeiten jeweils ge-

535 VK Bund, Beschluss v. 4.3.2009 – VK 2-202/08 und 205/08.

536 OLG Karlsruhe, Beschluss v. 6.4.2011 – 15 Verg 3/11.

537 VK Sachsen, Beschluss v. 23.11.2016 – 1/SVK/026-16.

538 VK Bund, Beschluss v. 10.3.2022 – VK 1-19/22.

539 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 25.4.2012 – VII-Verg 100/11.

540 Vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss v. 6.4.2011 – 15 Verg 3/11.

541 Vgl. VK Bund, Beschluss v. 18.10.2012 – VK 2-77/12.

542 OLG Karlsruhe, Beschluss v. 6.4.2011 – 15 Verg 3/11.

543 VK Bund, Beschluss v. 18.10.2012 – VK 2-77/12.

544 Vgl. VK Bund, Beschluss v. 18.10.2012 – VK 2-77/12.

meint ist, wird vom Gesetz nicht erläutert. Die Art einer Leistung bezeichnet das Wesen der Leistung mit ihren grundlegenden Spezifikationen. Demgegenüber stellt das Fachgebiet auf einen bestimmten Arbeitsbereich ab, welcher der Leistung zuzuordnen ist. Beide Begriffe lassen sich kaum trennscharf voneinander abgrenzen, da die bestimmte Art einer Leistung zugleich die Grundlage dafür bildet, dass sich ein entsprechender Arbeitsbereich hierfür entwickelt. Eine klare Abgrenzung ist in der Rechtsanwendung aber auch nicht geboten, da es für die Erfüllung der Verpflichtung zur Trennung des öffentlichen Auftrags nach Fachlosen nicht darauf ankommt, ob die jeweiligen Lose nach der Art oder dem Fachgebiet abgetrennt sind.

Voraussetzung für die Bildung von Fachlosen ist, dass sich einzelne Leistungen der Art oder dem Fachgebiet nach abtrennen lassen. Für die **Trennbarkeit** des öffentlichen Auftrags ist maßgeblich darauf abzustellen, dass für die jeweilige Leistung ein eigener Markt mit spezialisierten Fachunternehmen besteht.⁵⁴⁵ Diese Einordnung findet Rückhalt in den gesetzgeberischen Erwägungen. Hiernach brauche die Aufteilung in Fachlose nur so zu erfolgen, wie dies „marktüblich“ ist.⁵⁴⁶ Allein die tatsächlich-technische Möglichkeit, dass mehrere Abschnitte einer Leistung von Unternehmen erbracht werden können, begründet daher noch nicht das Vorliegen eines Fachloses.⁵⁴⁷ Ob ein eigener Markt mit spezialisierten Fachunternehmen besteht, bestimmt sich nach einer Gesamtschau anhand gefestigter Spezialisierungen und der gewerblichen Vorschriften unter Berücksichtigung der allgemein oder regional üblichen Arbeitsteilung.⁵⁴⁸

208

Bei welcher **Anzahl** an spezialisierten Fachunternehmen von einem „Markt“ gesprochen werden kann, ist nur in Ansehung der Verhältnisse des konkreten Markts zu bewerten. Die bloße Existenz einzelner spezialisierter Fachunternehmen genügt in der Regel nicht bereits für die Annahme, dass sich ein eigener Markt entwickelt hat.⁵⁴⁹ Die VK Niedersachsen⁵⁵⁰ etwa hat eine Anzahl von zwanzig Unternehmen für die Annahme eines etablierten Marktes bezüglich Schleifarbeiten für Estrich nicht ausreichen lassen. Nach der Rechtsprechung⁵⁵¹ kann eine Fachlosvergabe desto eher unterbleiben, „je mehr Unternehmen (noch) Gesamtleistungen aus einer Hand anbieten“.⁵⁵² Teilweise wird auch verlangt, dass eine hinreichend große Anzahl an Fachunternehmen bestehen solle, damit „jeder öffentliche Auftraggeber, der Lose bildet, diese auch jederzeit im Wettbewerb vergeben kann.“⁵⁵³ Dies dürfte indes selten gegeben sein, da nicht nur die Spezialisten, sondern auch die Generalisten sich um kleine Lose bewerben können.

209

Im Speziellen für die Vergabe von **Bauleistungen** kommt es etwa darauf an, ob die jeweiligen Leistungen „von einem bestimmten Handwerks- oder Gewerbebereich ausgeführt werden.“⁵⁵⁴ Regelmäßig liefern „Gewerke“ einen Anhaltspunkt, wie sie etwa im Handwerksrecht bestehen, vgl. Anlage A und B HandwO.⁵⁵⁵ Für Bauleistungen mit besonderen fachlichen Anforderungen z. B. im Denkmalschutz oder bei Restaurierungen sowie bei verschiedenen maschinen- und elektrotechnische Anlagen (Aufzugbau, küchentechnische Anlagen, Medizintechnik) sei nach dem Positionspapier des Deutschen Verdingungsausschuss für Bauleistungen eine Zu-

210

545 Vgl. OLG München, Beschluss v. 9.4.2015 – Verg 1/15; OLG Koblenz, Beschluss v. 16.9.2013 – 1 Verg 5/13; OLG Naumburg, Beschluss v. 14.3.2013 – 2 Verg 8/12; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.1.2012 – VII-Verg 52/11; VK Bund, Beschluss v. 7.12.2015 – VK 2-105/15; VK Brandenburg, Beschluss v. 28.7.2011 – VK 18/11.

546 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie (9. Ausschuss), VergRModG 2009, BT-Drs. 16/11428, 33.

547 OLG Koblenz, Beschluss v. 16.9.2013 – 1 Verg 5/13; VK Niedersachsen, Beschluss v. 8.8.2014 – VgK-22/2014.

548 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.3.2020 – VII-Verg 10/20; OLG Schleswig, Beschluss v. 25.1.2013 – 1 Verg 6/13; OLG Koblenz, Beschluss v. 16.9.2013 – 1 Verg 5/13; VK Bund, Beschluss v. 10.3.2022 – VK 1-19/22; VK Niedersachsen, Beschluss v. 8.8.2014 – VgK-22/2014.

549 OLG Koblenz, Beschluss v. 16.9.2013 – 1 Verg 5/13; VK Niedersachsen, Beschluss v. 8.8.2014 – VgK-22/2014.

550 VK Niedersachsen, Beschluss v. 8.8.2014 – VgK-22/2014.

551 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 23.3.2011 – VII-Verg 63/10.

552 Kritisch hierzu Ziekow, GewA 2013, 417 (418).

553 VK Niedersachsen, Beschluss v. 8.8.2014 – VgK-22/2014.

554 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.7.2007 – VII-Verg 10/07; siehe auch VK Niedersachsen, Beschluss v. 8.8.2014 – VgK-22/2014; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 18.2.2011 – 1 VK 02/11.

555 OLG Schleswig, Beschluss v. 30.10.2012 – 1 Verg 5/12.

sammenfassung mit anderen Fachlosen in der Regel nicht sachgerecht.⁵⁵⁶ Allgemein sei es nach diesem Papier hingegen üblich, Erd-, Maurer-, Beton- und Stahlbetonarbeiten zusammen als ein Fachlos zu vergeben. Bei der Beschaffung von **Lieferleistungen** kommt es für die Feststellung eines eigenen Marktes auf die jeweiligen zu beschaffenden Produkte an. Nach den Gesetzesmaterialien⁵⁵⁷ gilt etwa als marktunüblich, die Beschaffung von Fenstern in Rahmen, Scheiben, Griffe und Beschläge zu trennen. Marktüblich sei es hingegen, die Beschaffung von Computern nach Rechner, Eingabegeräten und Monitor zu trennen. Bei **Dienstleistungen** ergibt sich die Fachlosqualität aus den unterschiedlichen Anforderungen an die Dienstleistung selbst. Dies kann sich insbesondere in unterschiedlichen Ausbildungsanforderungen⁵⁵⁸, Genehmigungserfordernissen⁵⁵⁹ oder an den wettbewerblichen Verhältnissen⁵⁶⁰ ausdrücken. Entscheidend kann es dabei auch sein, an welchem Objekt die Dienstleistung ausgeführt wird.⁵⁶¹

- 211** Die **Feststellung** darüber, ob es sich bei bestimmten Teilen eines öffentlichen Auftrags um Fachlose handelt, kann auftraggeberseitig wegen der dynamischen Entwicklung von Märkten schwierig sein. Eine umfassende Markterforschung und Marktbeobachtung während der Vorbereitung des Vergabeverfahrens kann Auftraggebern aufgrund des Kosten- und Zeitaufwandes hingegen nicht zugemutet werden. Es dürfte daher genügen, dass der Auftraggeber die Marktanalyse auf Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden und angemessen zugänglichen Informationen nachvollziehbar ableitet.⁵⁶² Hierzu dürfte es insbesondere erforderlich sein, die Fachlos-Bekanntmachungen im Supplement der Europäischen Union zu sichten.⁵⁶³ Zutreffend lässt es auch die Rechtsprechung⁵⁶⁴ jedenfalls bei sich im Umbruch befindlichen Marktverhältnissen genügen, wenn sich der Auftraggeber bei der Feststellung davon leiten lässt, wie er nach seinen bisherigen Erfahrungen einen möglichst großen Bieterkreis ansprechen kann.

b) Rechtsprechung

- 212** Eine Auftrennung in Fachlose wird bei **Postdienstleistungen** und damit im Zusammenhang stehenden Leistungen verlangt. So wurden Druck- und Kuvertierungsleistungen zum einen und Versandleistungen zum anderen jeweils als Fachlos eingeordnet, was sich daraus ergebe, dass gesonderte Genehmigungserfordernisse hinsichtlich des Postversands nach § 5 PostG bestünden.⁵⁶⁵ Auch die Versandleistungen können je nach Versandgut in Fachlose zu unterteilen sein. Dies hat die Rechtsprechung⁵⁶⁶ für Leistungen der Paket- und Päckchenbeförderung auf der einen und der Briefbeförderung auf der anderen Seite angenommen. Diese seien aufgrund der unterschiedlichen logistischen und technischen Anforderungen trennbar. Denn die Verbindung der Paket- und Päckchenbeförderung mit modernen Systemen des Versandhandels oder der sonstigen Warendistribution erfordere eine Leistungsstruktur, die sich stark von derjenigen für die Briefbeförderung unterscheide. Weiterhin können unterschiedliche Zustellstrukturen eine Trennbarkeit nach Fachlosen begründen. Die VK Bund⁵⁶⁷ hat in einer Entscheidung die Trennung eines öffentlichen Auftrags für die werktägliche Abholung von Postsendungen zum einen und die einmalige Abholung von Postsendungen verlangt, da diese Leis-

556 Vgl. Deutscher Vergingungsausschuss für Bauleistungen, Erläuterungen zur Zusammenfassung von Fachlosen, Bildung von Teillosen (Stand: 30.8.2000).

557 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie (9. Ausschuss), VergRModG 2009, BT-Drs. 16/11428, 33.

558 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8.9.2011 – VII-Verg 48/11.

559 VK Bund, Beschluss v. 10.3.2022 – VK 1-19/22.

560 Vgl. VK Bund, Beschluss v. 29.1.2018 – VK 2-138/17 („Zustellwettbewerb vs. Konsolidierungswettbewerb“).

561 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 23.3.2011 – VII-Verg 63/10 (für die Reinigung von Räumen und Fenstern); anders OLG Schleswig, Beschluss v. 25.1.2013 – 1 Verg 6/12.

562 Siehe auch Ziekow, GewA 2013, 417 (418): „Vorgehen auf der Grundlage der für ihn erkennbaren Entwicklungen“.

563 Siehe VK Südbayern, Beschluss v. 12.8.2016 – Z3-3-3194-1-27-07-16; VK Brandenburg, Beschluss v. 5.8.2015 – VK 11/15.

564 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 23.3.2011 – VII-Verg 63/10.

565 VK Bund, Beschluss v. 10.3.2022 – VK 1-19/22; Beschluss v. 8.6.2020 – VK 2-41/20.

566 OLG Schleswig, Beschluss v. 25.1.2013 – 1 Verg 6/12.

567 VK Bund, Beschluss v. 29.1.2018 – VK 2-138/17.

tungen unterschiedliche Zustellstrukturen ansprechen und daher jeweils „dem Charakter nach Fachlosen jedenfalls angenähert“ seien.

Bei Leistungen der **Gebäudereinigung** ist nach der Rechtsprechung⁵⁶⁸ davon auszugehen, dass Glasreinigungsleistungen von den Unterhaltsreinigungsleistungen trennbar seien. Die Gebäudereinigung teile sich in organisatorischer Hinsicht, im Hinblick auf Qualifikation und Entlohnung des eingesetzten Personals sowie im Marktauftritt in zwei voneinander getrennte Fachbereiche der Glas- und Unterhaltsreinigung. Das Segment der Unterhaltsreinigung werde im Wesentlichen von den großen Unternehmen der Branche abgedeckt, während mittelständische Unternehmen sich im Allgemeinen auf die Glasreinigung beschränkten. **213**

Leistungen zur **Unterbringung** stehen in der Praxis häufig mit einem Bündel an weiteren Leistungen im Zusammenhang, die jeweils einem eigenen Markt zuzuordnen sein können. So hat die VK Südbayern⁵⁶⁹ einzelne Fachlose jeweils für die Bereiche Management, Reinigung, Catering und Objektbetreuung mit Hausmeistertätigkeit angenommen. **214**

Für **Rettungsdienstleistungen** hat das OLG Naumburg die Trennbarkeit von Leistungen der Notfallrettung und des qualifizierten Krankentransports verneint.⁵⁷⁰ Zwar hätten nach den landesgesetzlichen Regelungen für beide Leistungen unterschiedliche Mindestanforderungen an die technische Ausstattung und personelle Besetzung bestanden. Der Senat erkannte allerdings keine sich aus diesen unterschiedlichen Anforderungen an die technische und personelle Leistungsfähigkeit bei der Losbildung zu berücksichtigende Spezialisierung. **215**

Für Leistungen der **Abfallentsorgung** kann sich ebenfalls die Frage nach einer Losaufteilung stellen. Nach der Rechtsprechung der VK Brandenburg⁵⁷¹ handelt es sich bei der Entsorgung von Sperrmüll zum einen und der Entsorgung von gemischten Siedlungsabfällen nicht um qualitativ abgrenzbare Fachgebiete. Allein die formale Zuordnung von Sperrmüll und gemischten Siedlungsabfällen zu unterschiedlichen Abfallschlüsseln führe nicht zu einer qualitativen Abgrenzbarkeit. Dies folge bereits daraus, dass sowohl gemischte Siedlungsabfälle als auch Sperrmüll Unterformen „anderer Siedlungsabfälle“ nach Abfallschlüssel 20 03 AVV seien. Demgegenüber stellen nach der Rechtsprechung⁵⁷² die Abfallfraktionen Hausmüll, Altpapier, Bioabfall und Sperrmüll jeweils einen eigenen Markt dar und müssen daher durch entsprechende Fachlose abgebildet werden. Nicht jedes Unternehmen könne alle vier Bereiche abdecken und verfüge über die nötige Ausstattung. Die zeitliche Beanspruchung an das Einsammeln der Abfälle sei unterschiedlich, je nachdem ob es um das Sammeln von Sperrmüll gehe oder das in viel kürzeren Abständen erforderliche Sammeln des Restmülls. **216**

Fragen zur Auftrennung des Auftragsgegenstandes stellen sich auch bei der Vergabe von **Straßenbauarbeiten**. Ein eigenes Fachlos hat die Rechtsprechung⁵⁷³ für die Errichtung von Lärmschutzwänden bei dem Ausbau einer Autobahnstrecke angenommen, da sich hierfür ein Markt gebildet habe, auf dem Anbieter solche Arbeiten als eigenständigen Auftrag inklusive aller anfallenden Arbeiten anböten. Es bestehe daher ein baugewerblicher Fachzweig. Auch für Verkehrssicherungsleistungen wird von einem Fachlos ausgegangen.⁵⁷⁴ Für diese Leistungen habe sich ein eigener Markt spezialisierter Fachunternehmen entwickelt, die Lösungen für Verkehrssicherungsmaßnahmen anbieten und solche Arbeiten als eigenständigen Auftrag übernehmen. Es gebe hierfür eine Vielzahl eigens geschaffener technischer Regelwerke, Richtlinien und zusätzlicher technischer Vertragsbedingungen. **217**

568 OLG Koblenz, Beschluss v. 4.4.2012 – 1 Verg 2/11; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.1.2012 – VII-Verg 52/11; Beschluss v. 23.3.2011 – VII-Verg 63/10.

569 VK Südbayern, Beschluss v. 12.8.2016 – Z3-3-3194-1-27-07/16.

570 Vgl. OLG Naumburg, Beschluss v. 14.3.2013 – 2 Verg 8/12 (obiter dictum).

571 VK Brandenburg, Beschluss v. 28.7.2011 – VK 18/11.

572 VK Brandenburg, Beschluss v. 28.7.2011 – VK 18/11; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 18.02.2011 – 1 VK 02/11.

573 OLG München, Beschluss v. 9.4.2015 – Verg 1/15; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.7.2007 – VII-Verg 10/07; VK Sachsen, Beschluss v. 25.9.2009 – 1/SVK/038-09.

574 Vgl. VK Brandenburg, Beschluss v. 5.8.2015 – VK 11/15; wohl auch VK Bund, Beschluss v. 15.7.2021 – VK 2-73/21; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 24.9.2019 – 1 VK 51/19.

- 218** Mit der Einteilung nach Fachgebieten hatte sich die VK Niedersachsen⁵⁷⁵ für das **Verlegen** und das **Schleifen** von Estrich zu befassen. Sie verneinte eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Trennung nach Fachlosen. Die Anzahl von zwanzig Unternehmen, die auf das Schleifen von Estrich spezialisiert seien, sei nicht derartig groß, dass von einem etablierten Schleifermarkt auszugehen sei. Auch existierte für das Schleifen weder eine spezielle DIN noch eine Erwähnung in den Gewerbeverzeichnissen der HandwO.
- 219** Die Anforderungen an **Wartungsleistungen** werden maßgeblich durch den Wartungsgegenstand bestimmt. So hat die Rechtsprechung⁵⁷⁶ eigenständige Fachlose für die Wartung von Rauch-Wärme-Abzugsanlagen zum einen und die Wartung von Brandmeldeanlagen angenommen. Während Brandmeldeanlagen rein elektronisch (fernmelde- und informations-technisch) zu warten seien, komme bei den Lüftungsanlagen eine mechanische Komponente hinzu, was sich entsprechend in den Ausbildungsanforderungen und damit letztlich der Qualifikation des Personals niederschläge.

5. Anzahl der Lose und Loszuschnitt

a) Teillose

- 220** § 97 Abs. 4 S. 2 GWB trifft keine konkreten Vorgaben über die **Anzahl** der zu bildenden Teillose. Die Regelung verlangt lediglich, dass Leistungen nach Losen zu vergeben sind. Anders als es der Wortlaut von § 97 Abs. 4 S. 2 GWB suggeriert, kommt der Auftraggeber dieser Verpflichtung nicht schon dadurch nach, dass er überhaupt den öffentlichen Auftrag in Lose unterteilt. Andererseits kann theoretisch jede einzelne Mengeneinheit eines öffentlichen Auftrags in einem gesonderten Los ausgeschrieben werden. Dies wäre indes nicht praktikabel und ist von Gesetzes wegen nicht gewollt. Die Teilung der Menge muss sich vielmehr an dem Gesetzeszweck orientieren, die mittelständischen Interessen zu schützen.⁵⁷⁷ Sie muss daher insoweit erfolgen, dass eine Losgröße erreicht wird, die von mittelständischen Unternehmen auf dem konkreten Markt bewältigt werden kann. Dabei ist auf den Auslegungsmaßstab nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB zurückzugreifen. Eine weitere Teilung des öffentlichen Auftrags ist daher nach hiesiger Auffassung⁵⁷⁸ nicht erforderlich, wenn das Auftragsvolumen der jeweiligen Lose nicht nur von Großunternehmen, sondern zumindest auch von den größten mittelständischen Unternehmen bewältigt werden kann.
- 221** Vorgaben dazu, wie der öffentliche Auftrag in der Menge zu teilen ist (sog. **Loszuschnitt**), existieren ebenfalls nicht. Der Auftraggeber verfügt daher bezüglich des Loszuschnitts über einen Ermessensspielraum.⁵⁷⁹ Seine Entscheidung ist von den Nachprüfungsinstanzen nur darauf zu überprüfen, ob sie auf vollständiger und zutreffender Sachverhaltsermittlung und nicht auf einer Ermessensfehlbetätigung, namentlich auf Willkür, beruht. Eingeschränkt wird dieser Spielraum durch den Gesetzeszweck, mittelständische Interessen zu berücksichtigen. Der Zuschnitt muss in einer Weise geschehen, dass mittelständische Unternehmen auf dem konkreten Markt das Volumen des jeweiligen Loses bewältigen können.⁵⁸⁰ Dabei ist auf den Auslegungsmaßstab nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB zurückzugreifen. Die Lose sind daher nach hiesiger Auffassung⁵⁸¹ so zuzuschneiden, dass das Auftragsvolumen der jeweiligen Lose nicht nur von Großunternehmen, sondern zumindest auch von den größten mittelständischen Unternehmen des relevanten Marktes bewältigt werden kann. Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, den Loszuschnitt so zu gestalten, dass bestimmte Unternehmen und deren einzel-

575 VK Niedersachsen, Beschluss v. 8.8.2014 – VgK-22/2014.

576 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8.9.2011 – VII-Verg 48/11.

577 Vgl. OLG Schleswig, Beschluss v. 25.1.2013 – 1 Verg 6/12.

578 Siehe hierzu oben Rn. 186.

579 OLG Frankfurt, Beschluss v. 14.5.2018 – 11 Verg 4/18; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.1.2012 – VII-Verg 52/11; OLG Karlsruhe, Beschluss v. 6.4.2011 – 15 Verg 3/11; VK Bund, Beschluss v. 18.10.2012 – VK 2-77/12.

580 Vgl. OLG Schleswig, Beschluss v. 25.1.2013 – 1 Verg 6/12; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.3.2012 – VII-Verg 92/11; VK Nordbayern, Beschluss v. 19.5.2009 – 21.VK-3194-14/09.

581 Siehe hierzu oben Rn. 186.

wirtschaftliche Interessen bedient werden,⁵⁸² und erst Recht nicht, dass die Interessen jedes am konkreten relevanten Markt tätigen mittelständischen Unternehmens berücksichtigt werden.⁵⁸³ Es gibt daher keinen Anspruch der Unternehmen auf einen „*Wunschzuschnitt*“.⁵⁸⁴

Der Auftraggeber kann den Loszuschnitt an **räumliche Gegebenheiten** ausrichten (sog. Gebiets- oder Regionallose).⁵⁸⁵ Bei der Vergabe von Verkehrsdienstleistungen kann die Unterteilung nach Strecken vorgenommen werden.⁵⁸⁶ Entsprechendes gilt für Straßenbauarbeiten, die in Streckenabschnitten unterteilt werden können.⁵⁸⁷ Je nach Auftragsgegenstand und betroffenen Markt kann die räumliche Aufteilung des Auftrags sogar geboten sein. Dies spielt insbesondere bei Postdienstleistungen aufgrund des stark regionalen Marktes eine große Rolle.

222

b) Fachlose

§ 97 Abs. 4 S. 2 GWB gibt keine konkrete **Anzahl**, insbesondere keine Höchst- oder Mindestanzahl der getrennt zu vergebenden Fachlose vor. Sofern für bestimmte Leistungen der Charakter eines Fachloses festgestellt wurde, ist dieses Fachlos nach der Regelung getrennt zu vergeben, unabhängig davon, wie viele Fachlose im Übrigen getrennt vergeben werden.

223

Der Maßstab der Trennung des öffentlichen Auftrags nach Fachlosen hat auch zur Folge, dass der **Loszuschnitt** bereits durch die Feststellung der jeweiligen Fachlose vorgegeben ist. Sofern daher generell⁵⁸⁸ oder spezifisch in Bezug für Fachlose⁵⁸⁹ davon gesprochen wird, dass dem Auftraggeber ein Ermessensspielraum zukommt, ist dies unzutreffend. Der Auftraggeber muss den Loszuschnitt der Fachlose an dem festgestellten Fachcharakter der jeweiligen Leistungen orientieren. Ein Entscheidungsspielraum wird dem Auftraggeber hierüber nicht eröffnet.

224

IV. Zusammenvergabe von Losen (S. 3)

Ist die vom Auftraggeber im Rahmen seiner Gestaltungskompetenz festgelegte Leistung teilbar, so kann unter den Voraussetzungen des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB gleichwohl von einer losweisen Unterteilung des öffentlichen Auftrags abgesehen werden. Nach dem Wortlaut der Vorschrift dürfen mehrere Lose zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Damit statuiert der Gesetzgeber eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Gebot der losweisen Unterteilung des öffentlichen Auftrags.⁵⁹⁰

225

Aufgrund des Ausnahmecharakters der Vorschrift verlangt die Rechtsprechung⁵⁹¹ eine restriktive **Auslegung**. Dem kann nicht gefolgt werden. Eine Auslegungsregel, dass Ausnahmevorschriften stets eng auszulegen seien, gibt es nicht.⁵⁹² Vor dem Hintergrund, dass das Gebot der Losunterteilung einen erheblichen Eingriff in das grundsätzliche Bestimmungsrecht des Auftraggebers über den Auftragsgegenstand darstellt, ist eine restriktive Auslegung der Regelung nicht angezeigt. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass dem Auftraggeber wirtschaftlich unvernünftige oder technisch nicht gewollte Lösungen aufgedrängt werden.

226

582 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.12.2016 – VII-Verg 26/16; OLG Schleswig, Beschluss v. 25.1.2013 – 1 Verg 6/12.

583 OLG Karlsruhe Beschluss v. 6.4.2011 – 15 Verg 3/11.

584 OLG Schleswig, Beschluss v. 25.1.2013 – 1 Verg 6/12.

585 OLG Koblenz, Beschluss v. 16.9.2013 – 1 Verg 5/13; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 23.3.2011 – VII-Verg 63/10; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 18.2.2011 – 1 VK 02/11; vgl. auch VK Sachsen-Anhalt, Beschluss v. 24.2.2000 – VK Hal 02/00.

586 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.7.2010 – VII-Verg 19/10.

587 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie (9. Ausschuss), VergRModG 2009, BT-Drs. 16/11428, 33.

588 Siehe etwa VK Bund, Beschluss v. 18.10.2012 – VK 2–77/12; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 151.

589 Siehe VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 23.11.2011 – VK 2-34/11.

590 Vgl. Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 3 GWB a.F., VergRModG 2009, BT-Drs. 16/10117, 15; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 23.3.2011 – VII-Verg 63/10; VK Sachsen, Beschluss v. 22.10.2020 – 1/SVK/023-20; VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 23.11.2011 – VK 2-34/11.

591 VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 23.11.2011 – VK 2-34/11; VK Brandenburg, Beschluss v. 5.8.2015 – VK 11/15.

592 Vgl. BVerwG, Urteil v. 27.11.2014 – 7 C 20.12.

- 227** Die Regelung berechtigt den Auftraggeber dazu, die Lose **zusammen** zu **vergeben**. Diese Formulierung ist missverständlich. Gemeint ist nicht die bloße gemeinsame Vergabe der Lose innerhalb eines Vergabeverfahrens, was in der Praxis den Regelfall bildet und in den Standardformularen für die Bekanntmachung nach der VO 2015/1986 auch vorgesehen ist, sondern der Verzicht auf die losweise Unterteilung des öffentlichen Auftrags.
- 228** Die in § 97 Abs. 4 S. 3 GWB genannten Arten von **Gründen** – wirtschaftliche oder technischer Art – stehen in einem alternativen, indes nicht einander ausschließenden Verhältnis zueinander. Für die Rechtfertigung der Zusammenvergabe müssen daher nicht sowohl wirtschaftliche als auch technische Gründe vorliegen. Die Formulierung der Regelung spricht dafür, dass diese Aufzählung abschließend ist.⁵⁹³ Andere Gründe als solche wirtschaftlicher oder technischer Art sind daher nicht geeignet, die Zusammenvergabe von Losen zu rechtfertigen. Die wirtschaftlichen und technischen Gründe können jeweils sowohl den Verzicht auf die Teilung in Teillose als auch die Trennung in Fachlose rechtfertigen. Anders als es der Wortlaut mit der Pluralform suggeriert, kann die Zusammenvergabe auch durch einen einzelnen wirtschaftlichen oder technischen Grund gerechtfertigt sein. Ob es sich im Einzelnen um wirtschaftliche oder technische Gründe handelt, ist für die Rechtfertigung der Zusammenvergabe irrelevant, sodass es einer strikten Abgrenzung nicht bedarf. Die jeweiligen Gründe müssen sich auf die konkrete Zusammenfassung der Leistung beziehen, sodass solche Überlegungen, die das gesamte Vorhaben betreffen, nur berücksichtigt werden, wenn sie gerade auch die zusammengefassten Leistungen erfassen.⁵⁹⁴ So trifft die Entscheidung über die Bildung eines Fachloses für ein bestimmtes Fachgewerk keine Aussage darüber, ob Fachlose auch für andere Fachgewerke zu bilden sind, oder ob der „Rest“ des geplanten Projekts zusammen vergeben werden kann.⁵⁹⁵
- 229** Die **Feststellungslast** darüber, dass wirtschaftliche oder technische Gründe vorliegen, die für eine Zusammenvergabe der Lose sprechen, liegt beim Auftraggeber.⁵⁹⁶ Kann der Auftraggeber die Gründe für die Zusammenvergabe nicht plausibel darstellen, geht dies zu seinen Lasten.⁵⁹⁷

1. Maßstab des Erfordernis

- 230** Wirtschaftliche oder technische Gründe müssen die Zusammenvergabe von Losen erfordern. Der Begriff des **Erfordernis** suggeriert, dass es sich um Gründe handeln muss, die eine Zusammenvergabe unausweichlich gebieten. Aus dem Umstand, dass auch wirtschaftliche Gründe die Zusammenvergabe erfordern können, folgt jedoch, dass dies nicht gemeint sein kann.⁵⁹⁸ Umgekehrt können auch nicht bloße Zweckmäßigkeitserwägungen ausreichen.⁵⁹⁹ Die Rechtsprechung legt den Begriff des Erfordernis dahingehend aus, dass die Gründe für eine Zusammenvergabe nicht lediglich aner kennenswert sind, sondern „überwiegen“ müssen.⁶⁰⁰ Dies verlangt, dass den Interessen gegen die losweise Unterteilung des öffentlichen Auftrags ein – wenn auch nur geringfügig⁶⁰¹ – höheres Gewicht beizumessen ist als den mittelständischen

593 Vgl. VK Bund, Beschluss v. 8.6.2020 – VK 2-41/20; Kau, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 57.

594 OLG München, Beschluss v. 9.4.2015 – Verg 1/15; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 24.9.2019 – 1 VK 51/19; VK Südbayern, Beschluss v. 12.8.2016 – Z3-3-3194-1-27-07/16.

595 OLG München, Beschluss v. 9.4.2015 – Verg 1/15.

596 Vgl. OLG Koblenz, Beschluss v. 4.4.2012 – 1 Verg 2/11.

597 Vgl. OLG Koblenz, Beschluss v. 4.4.2012 – 1 Verg 2/11.

598 Siehe im Ergebnis auch OLG Frankfurt, Beschluss v. 14.5.2018 – 11 Verg 4/18; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.12.2016 – VII-Verg 26/16.

599 Vgl. OLG Koblenz, Beschluss v. 4.4.2012 – 1 Verg 2/11; VK Brandenburg, Beschluss v. 5.8.2015 – VK 11/15.

600 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.3.2020 – VII-Verg 10/20; OLG Frankfurt, Beschluss v. 14.5.2018 – 11 Verg 4/18; KG, Beschluss v. 26.3.2019 – Verg 16/16; VK Bund, Beschluss v. 10.3.2022 – VK 1-19/22; Beschluss v. 15.7.2021 – VK 2-73/21; VK Sachsen, Beschluss v. 22.10.2020 – 1/SVK/023-20; VK Brandenburg, Beschluss v. 5.8.2015 – VK 11/15; VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 19.10.2012 – VK-SH 28/12; VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 23.11.2011 – VK 2-34/11; einschränkend („cum grano salis“) für die Teillosbildung VK Sachsen, Beschluss v. 22.10.2020 – 1/SVK/023-20, wobei ungewiss bleibt, worin die Einschränkung liegen soll.

601 Vgl. VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 24.9.2019 – 1 VK 51/19, wonach „bloßes Überwiegen [...] hierbei ausreichend“ ist.

Interessen. Dies sei im Rahmen einer umfassenden Abwägung der widerstreitenden Belange anhand der konkreten Umstände und Interessen des Einzelfalls festzustellen, bei der sich der Auftraggeber mit dem grundsätzlichen Gebot der losweisen Unterteilung des öffentlichen Auftrags einerseits und den im konkreten Fall dagegen sprechenden Gründen andererseits auseinanderzusetzen habe.⁶⁰² Diese Maßstäbe der Rechtsprechung sind indes zweifelhaft. Anders als etwa in §§ 169, 176 GWB hat der Gesetzgeber einen Abwägungsprozess nicht angeordnet.⁶⁰³ Es ist auch im Ausgangspunkt unklar, welches Gewicht den mittelständischen Interessen überhaupt zukommen soll, das überwogen sein muss. Richtigerweise ist die Zusammenvergabe von Losen bereits erforderlich, wenn hierfür sachlich nachvollziehbare Gründe wirtschaftlicher oder technischer Art bestehen. Eine strengere Auslegung ist wegen des Bestimmungsrecht des Auftraggebers über den Beschaffungsgegenstand nicht anzulegen, da dem Auftraggeber keine wirtschaftlich oder technisch nachteiligen Beschaffungen aufgezungen werden dürfen. Aufgrund der Gesetzessystematik sind indes solche Nachteile vom Auftraggeber hinzunehmen, die **teilungsimmanent** sind, das heißt, die zwangsläufig mit einer losweisen Unterteilung eines öffentlichen Auftrags einhergehen. Solche Nachteile können eine Zusammenvergabe von Losen nur begründen, wenn sie über das übliche Maß hinausgehen. Diese Abgrenzung findet sich auch in der Rechtsprechung.⁶⁰⁴ Zu den teilungsimmanenten Nachteilen zählt die Rechtsprechung den Ausschreibungs-, Prüfungs-, Aufsichts- und Koordinierungsaufwand und den höheren Aufwand bei Gewährleistungen.⁶⁰⁵ Es genügt daher beispielsweise zur Begründung der Zusammenvergabe von Leistungen nicht, dass andernfalls mit unterschiedlichen Ansprechpartnern kommuniziert werden müsse⁶⁰⁶ oder die Schlüsselverwaltung bei der Vergabe von Reinigungsdienstleistungen aufwendiger ist.⁶⁰⁷

Bei der Einschätzung steht dem Auftraggeber nach der Rechtsprechung⁶⁰⁸ ein **Beurteilungsspielraum** für die Abwägung zu, der nur beschränkt der Prüfung durch die Nachprüfungsinstanzen zugänglich ist. Die Entscheidung des Auftraggebers für den Verzicht auf eine losweise Unterteilung ist nur darauf zu überprüfen, ob sie auf vollständiger und zutreffender Sachverhaltsermittlung und nicht auf einer Fehlbeurteilung, namentlich auf Willkür, beruhe. Ein solcher Beurteilungsspielraum ist dem Auftraggeber auch nach der hiesigen Auffassung⁶⁰⁹ zuzuerkennen, nach der eine Interessensabwägung nicht zu erfolgen hat.⁶¹⁰ Ob dem Auftraggeber

231

602 OLG Frankfurt, Beschluss v. 14.5.2018 – 11 Verg 4/18; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.3.2012 – VII-Verg 92/11; VK Bund, Beschluss v. 15.7.2021 – VK 2-73/21; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 24.9.2019 – 1 VK 51/19; VK Südbayern, Beschluss v. 12.8.2016 – Z3-3-3194-1-27-07-16; VK Brandenburg, Beschluss v. 5.8.2015 – VK 11/15; VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 23.11.2011 – VK 2-34/11; einschränkend („cum grano salis“) für die Teillosbildung VK Sachsen, Beschluss v. 22.10.2020 – 1/SVK/023-20, wobei ungewiss bleibt, worin die Einschränkung liegen soll.

603 So zutreffend Frenz, GewA 2018, 95 (96).

604 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.3.2020 – VII-Verg 10/20; KG, Beschluss v. 26.3.2019 – Verg 16/16; OLG Frankfurt, Beschluss v. 14.5.2018 – 11 Verg 4/18; OLG München, Beschluss v. 9.4.2015 – Verg 1/15; OLG Koblenz, Beschluss v. 4.4.2012 – 1 Verg 2/11, NZBau 2012, 598 (599); VK Bund, Beschluss v. 10.3.2022 – VK 1-19/22; Beschluss v. 8.6.2020 – VK 2-41/20; VK Südbayern, Beschluss v. 12.8.2016 – Z3-3-3194-1-27-07/16; VK Brandenburg, Beschluss v. 5.8.2015 – VK 11/15; VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 19.10.2012 – VK-SH 28/12; VK Sachsen, Beschluss v. 25.9.2009 – 1/SVK/038-09.

605 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.3.2020 – VII-Verg 10/20; KG, Beschluss v. 26.3.2019 – Verg 16/16; OLG Frankfurt, Beschluss v. 14.5.2018 – 11 Verg 4/18; OLG München, Beschluss v. 9.4.2015 – Verg 1/15; OLG Koblenz, Beschluss v. 4.4.2012 – 1 Verg 2/11, NZBau 2012, 598 (599); VK Bund, Beschluss v. 10.3.2022 – VK 1-19/22; Beschluss v. 8.6.2020 – VK 2-41/20; VK Südbayern, Beschluss v. 12.8.2016 – Z3-3-3194-1-27-07/16; VK Brandenburg, Beschluss v. 5.8.2015 – VK 11/15; VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 19.10.2012 – VK-SH 28/12; VK Sachsen, Beschluss v. 25.9.2009 – 1/SVK/038-09.

606 Vgl. VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 23.11.2011 – VK 2-34/11; VK Sachsen, Beschluss v. 30.4.2008 – 1/SVK/020-08.

607 VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 23.11.2011 – VK 2-34/11.

608 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 24.3.2021 – VII-Verg 10/20; Beschluss v. 1.6.2016 – VII-Verg 6/16 („Einschätzungsspielraum“); OLG München, Beschluss v. 25.3.2019 – Verg 10/18; OLG Frankfurt, Beschluss v. 14.5.2018 – 11 Verg 4/18; OLG Schleswig, Beschluss v. 25.1.2013 – 1 Verg 6/12 („Einschätzungsspielraum“); VK Bund, Beschluss v. 10.3.2022 – VK 1-19/22; Beschluss v. 15.7.2021 – VK 2-73/21; VK Sachsen, Beschluss v. 22.10.2020 – 1/SVK/023-20; VK Saarland, Beschluss v. 7.9.2009 – 3 VK 01/2009; a.A. KG, Beschluss v. 26.3.2019 – Verg 16/16; Frenz, VergabeR 2011, 13 (15).

609 Siehe zuvor Rn. 230.

610 So auch Frenz, GewA 2018, 95 (96); a.A. wohl Knauuff, in: Säcker/Ganske/Knauff, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 254.

ein Beurteilungsspielraum zusteht, richtet sich nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift und unter Berücksichtigung der Eigenart der einschlägigen Materie.⁶¹¹ Der Begriff des Erfordernis ist ein unbestimmter Rechtsbegriff und setzt eine Bewertung des Auftraggebers voraus. Er gibt ihm die Prüfung auf, ob er mit dem konkreten Beschaffungsvorhaben seine wirtschaftlichen und technischen Zielsetzungen auch bei einer Unterteilung des öffentlichen Auftrags im gebotenen Rahmen erreichen kann. Diese Frage kann jedoch nur der Auftraggeber selbst beantworten, wofür ihm ein Beurteilungsspielraum zuzuerkennen ist.

- 232** Nach der Rechtsprechung der VK Bund⁶¹² stehe dieser Beurteilungsspielraum „*indes umso mehr einer Überprüfung offen, je gewichtiger das Ziel des Schutzes und der Förderung des Wettbewerbs auf den betroffenen Märkten ist.*“ Dies gelte namentlich für ehemalige **Monopolmärkte**, für die der Gesetzgeber das Gebot, privaten Wettbewerb zu fördern, ausdrücklich spezialgesetzlich normiert hat. So liege der Fall bei Postdienstleistungen, für die nach Art. 87f Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. § 1 PostG ein grundlegendes Fördergebot gelte, dem auch bei der öffentlichen Auftragsvergabe in Gestalt des Gebots zur losweisen Unterteilung eine besondere Bedeutung zukomme. Die Einführung eines solchen marktspezifischen Beurteilungsspielraums ist indes zweifelhaft. Das tatsächliche Vorliegen einer bestimmten Marktstruktur kann nicht dazu führen, dass sich der rechtliche Prüfungsrahmen der Nachprüfungsinstanzen verschiebt.

2. Wirtschaftliche Gründe

- 233** Die Zusammenfassung mehrerer Lose kann zunächst durch wirtschaftliche Gründe gerechtfertigt sein. Hierunter sind die Aufwände des Auftraggebers zu verstehen, die aufgrund der Unterteilung des öffentlichen Auftrags in Lose entstehen können.
- 234** Da die wirtschaftlichen Gründe nach § 97 Abs. 4 S. 3 GWB eine Zusammenfassung der Lose **erfordern** müssen, genügt nicht schon jeder Aufwand für den Verzicht auf die losweise Unterteilung des öffentlichen Auftrags. Typische Aufwände, die mit einer Unterteilung des öffentlichen Auftrags in Zusammenhang stehen, genügen daher nicht.⁶¹³ Erforderlich ist vielmehr ein „*unverhältnismäßige[r] Aufwand*“⁶¹⁴ bzw. „*unverhältnismäßige Kostennachteile*“⁶¹⁵. Der zusätzliche Aufwand ist umso eher als unverhältnismäßig anzusehen, je mehr Lose der Auftraggeber ohnehin schon gebildet hat und je kleiner ein zusätzliches Los ist.⁶¹⁶ In der Rechtsprechung hat sich für die Unverhältnismäßigkeit bislang kein genereller Maßstab herausgebildet. In Einzelfallentscheidungen wurde eine unverhältnismäßige Teuerung vom OLG Düsseldorf⁶¹⁷ um 50 % und von der VK Bund⁶¹⁸ um 40 % angenommen. Das OLG Frankfurt hat eine Kostensteigerung von 21 % als „*nicht zu vernachlässigenden Wert*“ angesehen, der für eine Zusammenvergabe von Losen sprechen könne.⁶¹⁹
- 235** Dem Auftraggeber ist bei der **Prognose** über die zu erwartenden Aufwände einer losweisen Unterteilung des öffentlichen Auftrags ein Prognosespielraum zuzugestehen, der von den Nachprüfungsinstanzen nur beschränkt überprüfbar ist.⁶²⁰ Die wirtschaftlichen Gründe müssen tatsächengestützt und plausibel sein.⁶²¹ Die allgemeine Berufung auf nach der Erfahrung zu erwartende Kostennachteile wird hierfür ebenso wenig ausreichend sein⁶²² wie bloße Spe-

611 OLG München, Beschluss v. 25.3.2019 – Verg 10/18.

612 VK Bund, Beschluss v. 8.6.2020 – VK 2-41/20.

613 Siehe oben Rn. 230.

614 VK Sachsen, Beschluss v. 22.10.2020 – 1/SVK/023-20.

615 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.7.2007 – VII-Verg 10/07; VK Nordbayern, Beschluss v. 19.5.2009 – 21.VK-3194-14/09; VK Sachsen, Beschluss v. 30.4.2008 – 1/SVK/020-08.

616 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.1.2012 – VII-Verg 52/11; VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 19.10.2012 – VK-SH 28/12.

617 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8.9.2011 – VII-Verg 48/11.

618 VK Bund, Beschluss v. 10.3.2022 – VK 1-19/22.

619 OLG Frankfurt, Beschluss v. 14.5.2018 – 11 Verg 4/18.

620 Vgl. OLG Koblenz, Beschluss v. 4.4.2012 – 1 Verg 2/11.

621 Vgl. OLG Koblenz, Beschluss v. 4.4.2012 – 1 Verg 2/11.

622 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8.9.2004 – VII-Verg 38/04; VK Nordbayern, Beschluss v. 19.5.2009 – 21.VK-3194-14/09; VK Bund, Beschluss v. 4.3.2009 – VK 2-202/08 und 205/08.

kulationen.⁶²³ Die Rechtsprechung verlangt, dass die Kostennachteile konkret zu prüfen und zu berechnen sind.⁶²⁴

Der **berücksichtigungsfähige Mehraufwand** kann in sämtlichen Aufwänden liegen, die ursächlich darauf zurückzuführen sind, dass die Leistungen von unterschiedlichen Auftragnehmern ausgeführt werden. Der Mehraufwand kann vor allem in dem Aufwand für die gesonderte Abwicklung des Vertrages bestehen.⁶²⁵ Dieser kann insbesondere in der gesonderten Einrichtung von technischen Vorkehrungen und Vorhaltung von Kapazitäten sowie der Schulung von Mitarbeitern liegen. Berücksichtigungsfähig ist auch der Aufwand der Durchführung des Vergabeverfahrens für ein weiteres Los.⁶²⁶ Dieser Mehraufwand wird sich vor allem in einem personellen Aufwand ausdrücken. Der Mehraufwand dahingehend, dass der Auftraggeber die Lose in gesonderten Vergabeverfahren ausschreibt, soll hingegen nicht berücksichtigungsfähig sein.⁶²⁷

236

Zu den wirtschaftlichen Gründen kann auch die **Verzögerung** des Gesamtvorhabens zählen.⁶²⁸ Da die wirtschaftlichen Gründe den Verzicht auf die losweise Unterteilung erfordern müssen, wird eine „starke Verzögerung“⁶²⁹ verlangt. Für die Fragestellung, unter welchen Umständen eine solche Verzögerung gegeben ist, haben sich bislang keine konkreten Leitplanken herausgebildet. Jedenfalls bei einer Verzögerung um „mehrere Jahre“ hat die Rechtsprechung dies angenommen.⁶³⁰

237

Nach § 5 Nr. 1 S. 2 VOL/A war vorgesehen, die einzelnen Lose so zu bemessen, dass eine unwirtschaftliche Zersplitterung vermieden wird. Im geltenden GWB-Vergaberecht findet sich diese Regelung nicht wieder. Die Rechtsprechung⁶³¹ geht jedoch zutreffend davon aus, dass Auftraggeber auch ohne eine solche Regelung nicht verpflichtet sind, den öffentlichen Auftrag in **Splitterlose** aufzuteilen. Eine Zersplitterung ist in der Regel anzunehmen, wenn das Volumen des konkreten Loses lediglich einen unerheblichen Anteil an dem Gesamtauftragsvolumen ausmacht, wobei die Rechtsprechung⁶³² darauf abstellt, wie viele Lose – seien es Fach- oder Teillose – ohnehin gebildet sind. Ein einheitlicher Verhältniswert hat sich hierfür bislang nicht herausgebildet. Das OLG Düsseldorf hat bei einer Unterteilung in 16 Gebietslose eine Zersplitterung bei weniger als 10 % des Auftragsvolumens angenommen,⁶³³ bei einer Unterteilung in nur vier Gebietslose einen Anteil von 6 % am Auftragsvolumen jedoch nicht als Splitterlos angesehen.⁶³⁴ Das OLG Koblenz hat eine Zersplitterung bei mindestens rund 7 % des Gesamtvolumens abgelehnt.⁶³⁵ Im Übrigen hat die Rechtsprechung ein Splitterlos bei einem Verhältniswert von jedenfalls 0,7 %⁶³⁶ bis 1 %⁶³⁷ angenommen.

238

623 Vgl. OLG Koblenz, Beschluss v. 4.4.2012 – 1 Verg 2/11.

624 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8.9.2004 – VII-Verg 38/04; VK Nordbayern, Beschluss v. 19.5.2009 – 21.VK-3194-14/09; VK Bund, Beschluss v. 4.3.2009 – VK 2-202/08 und 205/08.

625 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.1.2012 – VII-Verg 52/11; VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 19.10.2012 – VK-SH 28/12.

626 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.1.2012 – VII-Verg 52/11; VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 19.10.2012 – VK-SH 28/12.

627 Vgl. VK Bund, Beschluss v. 4.3.2009 – VK 2-202/08 und 205/08.

628 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.3.2020 – VII-Verg 10/20; OLG München, Beschluss v. 9.4.2015 – Verg 1/15; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 24.9.2019 – 1 VK 51/19.

629 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8.9.2004 – VII-Verg 38/04; VK Nordbayern, Beschluss v. 19.5.2009 – 21.VK-3194-14/09; VK Sachsen, Beschluss v. 30.4.2008 – 1/SVK/020-08.

630 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.3.2020 – VII-Verg 10/20.

631 Vgl. KG, Beschluss v. 26.3.2019 – Verg 16/16; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.12.2016 – VII-Verg 26/16; OLG Schleswig, Beschluss v. 25.1.2013 – 1 Verg 6/12; OLG Koblenz, Beschluss v. 4.4.2012 – 1 Verg 2/11; VK Sachsen, Beschluss v. 30.4.2008 – 1/SVK/020-08.

632 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.12.2016 – VII-Verg 26/16; Beschluss v. 11.1.2012 – VII-Verg 52/11; VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 19.10.2012 – VK-SH 28/12.

633 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.12.2016 – VII-Verg 26/16.

634 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.1.2012 – VII-Verg 52/11.

635 OLG Koblenz, Beschluss v. 4.4.2012 – 1 Verg 2/11.

636 OLG Schleswig, Beschluss v. 25.1.2013 – 1 Verg 6/12.

637 VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 19.10.2012 – VK-SH 28/12.

3. Technische Gründe

- 239** Unter **technischen Gründen** sind solche Gründe zu verstehen, die eine Zusammenvergabe der Lose erforderlich machen, um das mit der Vergabe angestrebte Qualitätsniveau zu erreichen.⁶³⁸ Ob technische Gründe die Unterlassung der Bildung von Losen erfordern, ist anhand des von dem Auftraggeber definierten Bedarfs zu prüfen.⁶³⁹ Maßgeblich ist daher die Frage, ob dieser Bedarf bei einer losweisen Unterteilung auf verschiedene Auftragnehmer in der gleichen Qualität erreicht werden kann. Dies kann etwa aufgrund von zeitlichen, logistischen, bau- oder sicherheitstechnischen Rahmenbedingungen oder system-, herstellungs- oder kooperationsbedingten Strukturen nicht der Fall sein.⁶⁴⁰
- 240** Der Qualitätsmangel kann vor allem darin liegen, dass bei dem Verzicht auf eine losweise Unterteilung weniger Schnittstellen und störungsanfällige Kompatibilitätsprobleme gegeben sind.⁶⁴¹ Eine höhere Anzahl an Schnittstellen kann dazu führen, dass es mehr potentielle Fehlerquellen und mithin mehr potenzielle **Funktionsbeeinträchtigungen** gibt. Das vom Auftraggeber beabsichtigte Qualitätsniveau kann hierdurch nicht mehr erreicht werden. Exemplarisch sind hierzu die folgenden Entscheidungen in der Rechtsprechung zu nennen:
- Vertriebsdienstleistungen für SPNV: Dem Auftraggeber ging es bei der Vergabe von Vertriebsdienstleistungen für den SPNV neben einer reibungslosen Zusammenarbeit der einzelnen Vertriebswege auch um eine Qualitätsverbesserung durch einen kundenfreundlichen Vertrieb. In technischer Hinsicht ging es darum, die Schnittstellen so gering wie möglich zu halten und durch Einsatz eines Vertriebshintergrundsystems, auf das die einzelnen Vertriebswege zugreifen können, ein einheitliches System aufbauen und pflegen zu können. Eine losweise Unterteilung nach Vertriebswegen würde dazu führen, dass jeder Auftragnehmer sein eigenes, auf den von ihm zu betreuenden Vertriebsweg zugeschnittenes Betriebssystem installiert. Diese Vertriebssysteme müssten wegen des erforderlichen Datenaustauschs (z. B. Fahrkartenpreise, Tarife, Fahrpläne) zu einer funktionierenden und kontrollierbaren Einheit zusammengeführt werden. Je mehr Leistungserbringer verschiedene Systeme installieren, desto mehr Schnittstellen müssen eingerichtet werden. Vor diesem Hintergrund hat das OLG Düsseldorf⁶⁴² den Verzicht auf eine losweise Unterteilung zugelassen.
 - Lieferung von Hör- und Sprechanlagen für Schulen: Das OLG Düsseldorf⁶⁴³ hat den Verzicht auf eine losweise Unterteilung bei einer Vergabe über die Lieferung von Hör- und Sprechanlagen zugelassen. Bei einer losweisen Unterteilung hätte die Gefahr bestanden, dass in jeder Schule unterschiedliche Systeme eingesetzt werden müssten. Die Ermöglichung eines Erfahrungsaustauschs zwischen den einzelnen Schulen sowie einheitliche Schulung, leichterer Schulwechsel für Lehrer und Schüler, die Möglichkeit des Austauschs von Anlagen oder Anlagenteilen zwischen den Schulen wäre bei verschiedenen Anbietern nicht möglich. Demgegenüber äußerte die Vorinstanz⁶⁴⁴ im Hinblick auf die enge Auslegung der technischen Gründe noch Zweifel, dass diese Erwägungen als hinreichende technische Gründe anzusehen seien.
 - Druck, Kuvertierung und Versand von Zustellungsurkunden: Für die Vergabe von Druck-, Kuvertierungs- und Versandleistungen von Zustellungsurkunden ließ die VK Bund⁶⁴⁵ die Verringerung von Schnittstellenrisiken indes nicht zur Rechtfertigung der unterbliebenen Losunterteilung ausreichen. Die Kammer erkannte zwar ein berechtigtes Interesse an einer lückenlosen Nachvollziehbarkeit des Verarbeitungsweges der Sendungen an, die durch

638 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 1.6.2016 – VII-Verg 6/16; OLG Koblenz, Beschluss v. 4.4.2012 – 1 Verg 2/11.

639 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 30.11.2009 – VII-Verg 43/09.

640 Vgl. VK Sachsen, Beschluss v. 22.10.2020 – 1/SVK/023-20.

641 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 1.6.2016 – VII-Verg 6/16; OLG Brandenburg, Beschluss v. 27.11.2008 – Verg W 15/08; VK Bund, Beschluss v. 10.3.2022 – VK 1-19/22.

642 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 1.6.2016 – VII-Verg 6/16.

643 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 30.11.2009 – VII-Verg 43/09.

644 VK Münster, Beschluss v. 7.10.2009 – VK 18/09.

645 VK Bund, Beschluss v. 10.3.2022 – VK 1-19/22.

eine Mehrzahl technischer Schnittstellen zwischen dem Auftraggeber und verschiedenen Auftragnehmern sowie gegebenenfalls auch zwischen diesen Auftragnehmern und den daraus womöglich resultierenden Inkompatibilitäten gefährdet werden könnte. Sie fand aber, dass sich der Auftraggeber hätte vertiefter mit den Möglichkeiten zur Verhinderung von Inkompatibilitäten auseinandersetzen müssen, z.B. durch Vorgabe von Standards an die Auftragnehmer oder den Betrieb einer eigenen Plattform.

Bei der Vergabe von sicherheitsrelevanten Leitungen liegt es dem Auftraggeber gerade daran ein möglichst hohes **Sicherheitsniveau** zu erreichen. Die Rechtsprechung hat in solchen Fällen zutreffend darauf erkannt, dass Auftraggeber keine Sicherheitsrisiken aufgrund der losweisen Unterteilung in Kauf nehmen müssen:

241

- Leistungen für digitale Alarmierungssysteme: Für die Errichtung eines digitalen Alarmierungssystems hat die Rechtsprechung⁶⁴⁶ den Verzicht auf eine losweise Unterteilung in die Lieferung von digitalen Meldeempfängern einerseits und sonstige Endgeräte bzw. digitale Sirenensteuerempfänger andererseits aus Gründen der Systemsicherheit und zur Vermeidung von Fehlern bei der Alarmierung für gerechtfertigt angesehen. Im Hinblick auf den Zweck der Gefahrenabwehr und die Zielsetzung, ein Höchstmaß an Betriebssicherheit herzustellen, sei es im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen, dass die Verwendung von Komponenten unterschiedlicher Lieferanten die Fehlersuche und die Behebung etwaiger Störungen erschwere. Nicht als gerechtfertigt angesehen wurde hingegen die unterlassene Bildung von Losen für die Montage der Antennenmasten mit damit verbundenen Blitzschutz- und Elektrikerarbeiten sowie für die Serviceleistungen (Instandhaltung, Wartung und Pflege) an dem Alarmierungssystem.⁶⁴⁷
- Beschaffung und Betrieb eines Notruf-App-Systems: Die VK Rheinland⁶⁴⁸ hat den Verzicht auf die losweise Unterteilung für „App, Sever, Notrufabfrageanwendung“ als gerechtfertigt angesehen. Sie ließ die Begründung hierfür ausreichen, dass es sich um ein System mit kritischer Infrastruktur handelt, das im Hinblick auf den zu gewährleistenden Datenschutz und die Informationssicherheit mit möglichst wenig Anbietern zu bedienen ist, die Funktionsfähigkeit und damit verbundene Ausfallsicherheit stets zu gewährleisten sei sowie bei Systemausfällen ein möglichst schneller Support und ein möglichst reibungsloses Fehlermanagement gewährleistet sein müsse, was bei Einschaltung mehrerer Unternehmen risikobehaftet sei.
- Errichtung von sicherheitstechnischen Anlagen für Fluggastterminal: Das OLG Brandenburg⁶⁴⁹ hat den Verzicht auf die losweise Unterteilung der Errichtung von sicherheitstechnischen Anlagen für Fluggastterminal zugelassen, da alle Einzelleistungen in enger räumlicher, technischer und baubetrieblicher Verbindung stünden und eine Aufspaltung des Fluggastterminals in weitere Gewerke und Bereiche nicht sachgerecht sei, weil Bauteile, Erschließung und technische Anlagen umfassend aufeinander abgestimmt sein müssten und anderenfalls die Funktionsfähigkeit des Fluggastterminals gefährdet wäre. Bei einer losweisen Unterteilung würden erhebliche technische Schnittstellen bestehen und sich daraus wiederum Sicherheitsrisiken ergeben. Es sei ein legitimes Anliegen des Auftraggebers, Sicherheitsrisiken bei einem Verkehrsinfrastrukturprojekt, das Drehscheibe für viele Millionen Passagiere im Jahr sein solle, zu vermeiden, weil nur so die Sicherheitstechnik mit den geringstmöglichen Sicherheitsrisiken erlangt werden könne.
- Erneuerung der Sicherheitstechnik in einer Justizvollzugsanstalt: Das OLG München⁶⁵⁰ hat den Verzicht auf eine losweise Unterteilung der Erneuerung von Sicherheitstechnik in einer Justizvollzugsanstalt in die Erneuerung der Beleuchtung des Sicherheitsstreifens, des Sicherheitszauns, Videoüberwachungsanlage und der Umrüstung von Außenabschluss- und

646 OLG Karlsruhe, Beschluss v. 11.11.2020 – 15 Verg 6/20; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 16.10.2019 – VII-Verg 66/18.

647 OLG Karlsruhe, Beschluss v. 11.11.2020 – 15 Verg 6/20.

648 VK Rheinland, Beschluss v. 17.2.2020 – VK 56/19-L.

649 OLG Brandenburg, Beschluss v. 27.11.2008 – Verg W 15/08.

650 OLG München, Beschluss v. 25.3.2019 – Verg 10/18.

Innentüren angesichts der besonderen Bedeutung einer Videoüberwachungsanlage und der weiteren Sicherheitsanlagen für die sichere Unterbringung von Gefangenen und Untersuchungsgefangenen in der Justizvollzugsanstalt als gerechtfertigt angesehen, da andernfalls die Funktionsweise der Gesamtleistung gefährdet wäre.

- 242** Entsprechendes gilt für **grundlegende Versorgungsleistungen**. Insbesondere für Leistungen der Daseinsvorsorge muss eine reibungslose Kontinuität der Leistungserbringung sichergestellt sein. Risikopotentiale, die mit einer Unterteilung des öffentlichen Auftrags an verschiedene Auftragnehmer einhergehen, sind ein hinreichender Grund für den Verzicht auf die losweise Unterteilung des öffentlichen Auftrags. Zu solchen grundlegenden Versorgungsleistungen gehören auch Leistungen, die wesentliche **staatliche Funktionen** sicherstellen. So hat die VK Hessen⁶⁵¹ im Zusammenhang mit der Durchführung von Wahlen zugelassen, dass die Beförderung und Zustellung von Wahlbenachrichtigungen und Wahlunterlagen sowie die Bereitstellung von Einlieferungsmöglichkeiten nicht losweise vergeben wird. Es diene der Sicherheit der Durchführung der Wahlen und der Gewährung des verfassungsrechtlichen geschützten Rechtsgutes in Bezug auf die Ermöglichung und Durchführung des Wahlrechts. Fehler im Zusammenhang mit der Durchführung der Versendung und Rücksendung von Wahlunterlagen seien geeignet, das Wahlverfahren und die Wahl im Nachhinein zu gefährden, wenn solche Fehler ergebnisrelevant sind und im Rahmen von Wahlanfechtungen dazu führen können, dass Wahlen wiederholt werden müssen.
- 243** Dass eine Mehrzahl von Auftraggebern auch eine Mehrzahl von Gewährleistungsgegnern bedeutet, entspricht dem Wesen einer losweisen Vergabe und wird vom Gesetz hingenommen.⁶⁵² Nach der Rechtsprechung⁶⁵³ genügt ein höherer Aufwand bei **Gewährleistungen** aufseiten des Auftraggebers grundsätzlich nicht. So hat es die VK Rheinland-Pfalz⁶⁵⁴ für die Zusammenfassung von Unterhalts- und Glasreinigung nicht ausreichen lassen, dass Reinigungsspuren, beispielsweise Wischwasserrückstände oder Trittsuren zurückbleiben können und dann die Frage entsteht, welches Reinigungsunternehmen die Verantwortung dafür trägt. Für die VK Schleswig-Holstein⁶⁵⁵ stand es bei der Vergabe von Diktiergeräten einer Trennung in Fachlosen nach Gerätetypen (analog oder digital) nicht entgegen, dass aufseiten des Auftraggebers aufgrund der Mehrzahl an Lieferanten ein Reklamationsaufwand entsteht. Ebenso ist bei Versanddienstleistungen der Aufwand hinzunehmen, den verantwortlichen Auftragnehmer im Falle einer unterbliebenen Zustellung zu ermitteln.⁶⁵⁶ Ausnahmsweise ist der Gewährleistungsaufwand als hinreichender technischer Grund jedenfalls dann anzusehen, wenn die Verursacherermittlung im Falle einer Schlechtleistung aufgrund der Unterteilung des öffentlichen Auftrags derartig schwierig würde, dass dem Auftraggeber die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen „in unzumutbarer Weise erschwert oder im Extremfall sogar unmöglich gemacht wird“.⁶⁵⁷ Die VK Niedersachsen⁶⁵⁸ hat dies für die Trennung von Estricharbeiten in Schleif- und Verlegearbeiten angenommen.

651 VK Hessen, Beschluss v. 19.2.2009 – 69d-VK-01/2009.

652 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.7.2007 – VII-Verg 10/07.

653 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.3.2020 – VII-Verg 10/20; KG, Beschluss v. 26.3.2019 – Verg 16/16; OLG Frankfurt, Beschluss v. 14.5.2018 – 11 Verg 4/18; OLG München, Beschluss v. 9.4.2015 – Verg 1/15; OLG Koblenz, Beschluss v. 4.4.2012 – 1 Verg 2/11, NZBau 2012, 598 (599); VK Bund, Beschluss v. 10.3.2022 – VK 1-19/22; Beschluss v. 8.6.2020 – VK 2-41/20; VK Südbayern, Beschluss v. 12.8.2016 – Z3-3-3194-1-27-07/16; VK Brandenburg, Beschluss v. 5.8.2015 – VK 11/15; VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 19.10.2012 – VK-SH 28/12; VK Sachsen, Beschluss v. 25.9.2009 – 1/SVK/038-09.

654 VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 23.11.2011 – VK 2-34/11.

655 VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 19.10.2012 – VK-SH 28/12.

656 VK Bund, Beschluss v. 10.3.2022 – VK 1-19/22.

657 VK Niedersachsen, Beschluss v. 8.8.2014 – VgK-22/2014; unklar OLG München, Beschluss v. 25.3.2019 – Verg 10/18, wonach der Gewährleistungsaufwand den Verzicht auf die Unterteilung in Lose rechtfertigen können soll, wenn dies „mit konkret projekt- bzw. auftragsbezogenen Gründen“ zusammenhängt.

658 VK Niedersachsen, Beschluss v. 8.8.2014 – VgK-22/2014.

4. Nichtverschulden

Keine Aussage trifft § 97 Abs. 4 S. 3 GWB darüber, ob es für die Rechtfertigung der Zusammenfassung von Leistungen von Schaden ist, dass die jeweiligen technischen oder wirtschaftlichen Gründe durch den Auftraggeber verursacht sind. Nach der Rechtsprechung der VK Brandenburg⁶⁵⁹ dürfen die Gründe nicht durch den Auftraggeber veranlasst sein. Dem ist zu widersprechen. Das Verschuldensprinzip ist kein das Vergaberecht tragender Grundsatz. Ohne eine legislative Entscheidung zur Berücksichtigung dieses Prinzips können Auftraggebern nicht ausdrücklich vorgesehene Rechtspositionen abgesprochen werden. Der Gesetzgeber hat das Verschuldensprinzip nur vereinzelt vorgesehen, vgl. etwa § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV. 244

V. Verpflichtung von Unterauftragnehmern (S. 4)

Nach § 97 Abs. 4 S. 4 GWB verpflichtet der öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber diejenigen Unternehmen, die nicht öffentlicher Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber sind und mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut sind, nach § 97 Abs. 4 S. 1 bis 3 GWB zu verfahren, wenn sie Unteraufträge vergeben. 245

Hintergrund dieser Regelung ist der Wunsch, eine mittelstandsfreundliche Vergabe auch im Rahmen von öffentlich-privaten Partnerschaften sicherzustellen.⁶⁶⁰ 246

Die Regelung beschränkt sich nach dem Wortlaut entgegen der gesetzgeberischen Intention nicht auf **öffentlich-private Partnerschaften**, sondern greift immer dann ein, wenn ein Unternehmen, das nicht öffentlicher Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber ist, mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut wird. 247

Der Begriff der **öffentlichen Aufgabe** ist dem Vergaberecht fremd. Er wird beispielsweise in § 56 Abs. 1 S. 1 VwVfG verwendet. Dort wird ein weites Begriffsverständnis angelegt, wonach die „öffentliche Aufgabe“ nicht auf die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit im Sinne von § 1 VwVfG beschränkt ist, sondern etwa auch Aufgaben der Daseinsvorsorge sowie solche Aufgaben, die zum Verwaltungsprivatrecht gehören und mit privatrechtlichen Formen und Handlungsmitteln im öffentlichen Interesse wahrgenommen werden, erfasst.⁶⁶¹ Angesichts dieser Begriffsbestimmung ist davon auszugehen, dass zumindest öffentliche Auftraggeber auch stets öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Vergaben öffentliche Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag, um ihrer öffentlichen Aufgabe nachzukommen, betrauen sie den Auftragnehmer folglich mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe. Legt man dies zugrunde, so ist nach § 97 Abs. 4 S. 4 GWB stets eine vertragliche Verpflichtung des im Vergabeverfahren ausgewählten Unternehmens zur Einhaltung der Grundsätze der Losvergabe bei der Beauftragung von Unterauftragnehmern anzunehmen. Eine im Bereich der Daseinsvorsorge tätige Behörde, deren öffentliche Aufgabe in der Bereitstellung und Aufrechterhaltung von Infrastruktur besteht, müsste bei der Vergabe von Straßenbauarbeiten demnach den Auftragnehmer verpflichten, bei einer Unterbeauftragung den Grundsatz der Losvergabe anzuwenden. 248

Die Begründung der Verpflichtung zur Unterteilung des Unterauftrages in Lose setzt in **zeitlicher Hinsicht** voraus, dass das Unternehmen bereits mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut ist. Folglich sind solche Unteraufträge, die erst nach Zuschlagserteilung begründet werden, von der Regelung nicht erfasst.⁶⁶² 249

Diese sehr weit gehende Verpflichtung läuft **faktisch** jedoch ins Leere. Denn der öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber ist bereits nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB verpflichtet, den öffentlichen Auftrag in Lose zu unterteilen. Besteht diese Verpflichtung ausnahmsweise 250

⁶⁵⁹ VK Brandenburg, Beschluss v. 5.8.2015 – VK 11/15.

⁶⁶⁰ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie, VergRModG 2009, BT-Drs. 16/11428.

⁶⁶¹ Vgl. nur *Fehling*, in: *Fehling/Kastner/Störmer*, Verwaltungsrecht, § 56 VwVfG Rn. 24; *Huck*, in: *Huck/Müller*, VwVfG, § 56 Rn. 8.

⁶⁶² Siehe auch *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 102.

nicht, so kann auch der Auftragnehmer kaum zu einer solchen verpflichtet sein, da auch er nur dem Maßstab von § 97 Abs. 4 S. 1 bis 3 GWB und damit keinem strengeren Maßstab als der öffentliche Auftraggeber oder der Sektorenauftraggeber unterliegt. Anderenfalls entstünde die paradoxe Situation, dass der dem Auftraggeber zukommende Vorteil einer Gesamtvergabe beispielsweise aus wirtschaftlichen Gründen nicht an den Auftragnehmer weitergegeben wird, was in der Konsequenz wiederum zu einer Verteuerung der Leistung und damit im Ergebnis zu einer unwirtschaftlichen Vergabe führen könnte.

VI. Loslimitierung

- 251** Aus Sicht des Auftraggebers kann es gute Gründe dafür geben, die Anzahl der Lose zu limitieren, um die ein einzelnes Unternehmen sich erfolgreich bewerben kann. Solche Gründe können darin liegen, dass der Auftraggeber die Abhängigkeit zu einzelnen Unternehmen zu meiden oder wirtschaftliche Risiken zu streuen sucht.⁶⁶³ Die Limitierung kann auch einer mittel- und langfristigen Sicherstellung einer wirtschaftlichen Beschaffung im Wettbewerb dienen.⁶⁶⁴ Die Zulässigkeit einer Loslimitierung war nach früherer Rechtslage mangels einer Rechtsgrundlage nicht abschließend geklärt.⁶⁶⁵ Durch die VergModVO hat das Rechtsinstitut der Loslimitierung in § 30 VgV und § 27 SektVO eine rechtliche Grundlage erhalten.

VII. Koppelungsnachlass

- 252** Auch wenn ein öffentlicher Auftrag in Losen ausgeschrieben ist, so zwingt dies den Auftraggeber nicht, den öffentlichen Auftrag an unterschiedliche Unternehmen zu vergeben. Der Auftraggeber hat stets unabhängig von der losweisen Unterteilung das wirtschaftlichste Angebot zu wählen.⁶⁶⁶ Daraus ergibt sich, dass einzelne Interessenten kein subjektives Recht auf eine Beschränkung der Losanzahl je Bieter haben können, wenn dies zu einer unwirtschaftlichen Vergabe führen würde. Die Auftraggeber sind vielmehr berechtigt, die Unternehmen aufzufordern anzugeben, inwieweit sich der Preis bei Beauftragung mehrerer oder aller Lose reduziert (sog. Koppelungsnachlass).⁶⁶⁷ Überwiegend⁶⁶⁸ wird in diesem Zusammenhang vertreten, dass der vom Gesetzgeber verfolgte Mittelstandsschutz es verbiete, ein solches Mehrfachangebot zu bezuschlagen, sofern dieses nicht auch bezogen auf jedes einzelne Los das wirtschaftlichste Angebot sei. Diese Auffassung ist abzulehnen. Die vom Gesetzgeber verfolgte Förderung des Mittelstands durch Herstellung einer Chancengleichheit gegenüber Großunternehmen⁶⁶⁹ gebietet kein Verbot der Bezuschlagung von Mehrfachangeboten. Der Mittelstand erhält durch eine losweise Unterteilung die Möglichkeit, zumindest einen Teil des Auftragsvolumens bewältigen zu können und sich am Vergabeverfahren mit Erfolgsaussicht zu beteiligen. Darauf beschränkt sich der Förderaspekt des Gebots der losweisen Unterteilung aber auch.⁶⁷⁰ Ein Schutz vor Wettbewerb durch Bevorzugung mittelständischer Unternehmen ist nicht zu gewähren. Der Auftraggeber ist angesichts des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes nicht gehalten, ein in der Gesamtschau unwirtschaftlicheres Angebot zu bezuschlagen. Ein

663 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.6.2000 – Verg 6/00; VK Bund, Beschluss v. 30.11.2012 – VK 2-131/12.

664 Vgl. VK Bund, Beschluss v. 11.11.2011 – VK 2-133/11.

665 Für eine grundsätzliche Zulässigkeit *Manz/Schönwalder*, VergabeR 2013, 852 (860); hierfür im Einzelfall OLG Düsseldorf, Beschluss v. 7.11.2012 – VII-Verg 24/12; Beschluss v. 15.6.2000 – Verg 6/00; VK Bund, Beschluss v. 30.11.2012 – VK 2-131/12; Beschluss v. 11.11.2011 – VK 2-133/11; VK Sachsen, Beschluss v. 14.3.2007 – 1/SVK/006-07; hiergegen *Burgi*, NZBau 2006, 693 (697); *Otting/Tresselt*, VergabeR 2009, 585 (594); einschränkend auch VK Südbayern, Beschluss v. 25.6.2010 – Z3-3-3194-1-30-05/10 (wenn keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt); offen gelassen von LSG Baden-Württemberg, Beschluss v. 23.1.2009 – L 11 WB 5971/08.

666 Vgl. BGH, Urteil v. 17.2.1999 – X ZR 101/97, BauR 1999, 736 (740).

667 So auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.3.2018 – VII-Verg 54/17.

668 OLG Frankfurt, Beschluss v. 9.5.2017 – 11 Verg 5/17; VK Saarland, Beschluss v. 12.01.2009 – 1 VK 07/2008; VK Bund, Beschluss v. 5.2.2008 – VK 3-08/08; offenlassend OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.3.2018 – VII-Verg 54/17; OLG Naumburg, Beschluss v. 14.3.2013 – 2 Verg 8/12.

669 Vgl. Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 3 GWB a.F., VergModG 2009, BT-Drs. 16/10117, 15.

670 Siehe bereits *Müller-Wrede*, NZBau 2004, 643 (648).

Zuschlag auf das Gesamtangebot ist gerechtfertigt, wenn das Gesamtangebot im Vergleich zur Summe der wirtschaftlich günstigsten Einzelangebote das wirtschaftlichste Angebot ist.

VIII. Dokumentation

Soweit der Auftraggeber den öffentlichen Auftrag nach Maßgabe von § 97 Abs. 4 S. 2 GWB in Lose unterteilt, bedarf es keiner Dokumentation. Nur für den Fall, dass der Auftraggeber von diesem Prinzip abweicht, sind die Gründe hierfür zu dokumentieren.⁶⁷¹ Dies folgt aus dem Transparenzgrundsatz nach § 97 Abs. 1 S. 1 GWB⁶⁷² und ist untergesetzlich teilweise auch ausdrücklich geregelt, vgl. § 8 Abs. 2 S. 2 Nr. 11 VgV, § 5 EU Abs. 2 Nr. 2 VOB/A. Eine insoweit fehlende Dokumentation hat nach der Rechtsprechung zu Lasten des Auftraggebers die Vermutung des Nichtvorliegens der zu dokumentierenden Tatsache zur Folge.⁶⁷³

Konkrete inhaltliche **Anforderungen** an die Dokumentation der Zusammenvergabe von Losen sind gesetzlich nicht vorgegeben. Die Dokumentation kommt ihrem Zweck zur Herstellung der Verfahrenstransparenz indes nur nach, wenn diejenigen wirtschaftlichen und technischen Gründe angegeben sind, die für eine Zusammenführung der Leistungen angeführt werden. Die Rechtsprechung verlangt „eine ausführliche Begründung des Entscheidungsprozesses mit seinem Für und Wider sowie eine detaillierte Begründung der getroffenen Entscheidung.“⁶⁷⁴

Diese Dokumentationsanforderungen stehen im Einklang mit den **unionalen Vorgaben** und gehen teilweise hierüber hinaus. Für das allgemeine Auftragsvergaberecht sieht Art. 46 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 RL 2014/24/EU vor, dass öffentliche Auftraggeber die wichtigsten Gründe für ihre Entscheidung angeben, keine Unterteilung in Lose vorzunehmen. Diese Begründung wird nach Art. 46 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 RL 2014/24/EU in die Auftragsunterlagen oder den Vergabevermerk nach Art. 84 RL 2014/24/EU aufgenommen. Demgegenüber sind für das Sektorenvergaberecht in Art. 65 RL 2014/25/EU und für das Recht über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit nach der RL 2009/81/EG keine Regelungen zur Dokumentation einer unterbliebenen Losaufteilung vorgesehen.

Die **Nachholung** von Erwägungen zur Zusammenvergabe von Losen im Nachprüfungsverfahren ist nach früherer Rechtsprechung⁶⁷⁵ und Teilen des Schrifttums⁶⁷⁶ unzulässig, „um ein in jeder Hinsicht transparentes Vergabeverfahren zu gewährleisten und zugleich etwaigen Manipulationsmöglichkeiten so weit wie möglich vorzubeugen.“ Nach der zutreffenden Rechtsprechung des BGH⁶⁷⁷ ist es hingegen zulässig, dass der Auftraggeber die Gründe für die Zusammenvergabe von Losen erstmals im Nachprüfungsverfahren vorbringt.⁶⁷⁸ Andernfalls müsste der Auftraggeber das Vergabeverfahren wegen mangelnder Dokumentation aufheben und in einem erneuten Vergabeverfahren zugrunde legen. Dies wäre mit dem vergaberechtlichen Beschleunigungsgrundsatz nicht zu vereinbaren. Eine Wiederholung von Verfahrensabschnitten sollte vielmehr Fällen vorbehalten bleiben, in denen zu besorgen ist, dass die Berücksichtigung der nachgeschobenen Dokumentation lediglich im Nachprüfungsverfahren nicht ausreichen könnte, „um eine wettbewerbskonforme Auftragserteilung zu gewährleis-

671 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 17.3.2004 – VII-Verg 1/04; VK Sachsen, Beschluss v. 22.10.2020 – 1/SVK/023-20; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 24.9.2019 – 1 VK 51/19.

672 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 17.3.2004 – VII-Verg 1/04; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 24.9.2019 – 1 VK 51/19.

673 Vgl. VK Sachsen, Beschluss v. 22.10.2020 – 1/SVK/023-20; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 24.9.2019 – 1 VK 51/19.

674 Vgl. VK Sachsen, Beschluss v. 22.10.2020 – 1/SVK/023-20; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 24.9.2019 – 1 VK 51/19.

675 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 17.3.2004 – VII-Verg 1/04; VK Nordbayern, Beschluss v. 19.5.2009 – 21.VK-3194-14/09.

676 *Antweiler*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, § 97 Abs. 4 GWB Rn. 57; *Knauff*, in: Säcker/Ganske/Knauff, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rn. 255.

677 BGH, Beschluss v. 8.2.2011 – X ZB 4/10.

678 Einschränkung VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 24.9.2019 – 1 VK 51/19; offengelassen von VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 23.11.2011 – VK 2-34/11.

ten“. Nach Teilen der Rechtsprechung⁶⁷⁹ setzt dies voraus, dass die Heilung der Dokumentation nur insoweit möglich ist, wie nur nachvollziehbare Lücken geschlossen werden und nicht ein gänzlich neuer und bislang unbekannter Sachverhalt vorgetragen wird. Das sei gegeben, wenn die Dokumentation keinerlei Befassung mit der Zusammenfassung der fraglichen Leistungen enthält.⁶⁸⁰ Dies überzeugt jedoch nicht. Bringt der Auftraggeber im Nachprüfungsverfahren solche Gründe vor, welche den Verzicht auf eine losweise Unterteilung stützen, bleibt eine wettbewerbskonforme Auftragserteilung weiterhin möglich, unabhängig davon, wieviel er zuvor bereits zu Papier gebracht hat.

IX. Rechtsschutz

- 257** Die Unternehmen haben gemäß § 97 Abs. 6 GWB grundsätzlich einen **Anspruch** darauf, dass der Auftraggeber das in § 97 Abs. 4 S. 2 GWB zum Ausdruck kommende Gebot der Losaufteilung beachtet.⁶⁸¹ Eine subjektive Rechtsposition verleiht die Regelung allerdings nach richtiger Ansicht nur mittelständischen Unternehmen.⁶⁸² Dies gilt sowohl hinsichtlich der Teilung in Teillöse als auch der Trennung in Fachlöse.⁶⁸³ Dies folgt aus dem Zweck der Regelungen in § 97 Abs. 4 GWB, die nach hiesiger Auffassung⁶⁸⁴ ausschließlich dem Mittelstandsschutz dienen. Folglich scheiden Großunternehmen als Anspruchsteller nach zutreffender Rechtsprechung⁶⁸⁵ aus.
- 258** Die Einreichung eines Teilnahmeantrags oder Angebots im Vergabeverfahren ist der Beleg dafür, dass ein Unternehmen ein **Interesse** am Auftrag im Sinne von § 160 Abs. 2 S. 1 GWB hat. Fehlt es an einem solchen Teilnahmeantrag oder Angebot, steht dies der Feststellung des Auftragsinteresses nach der Rechtsprechung⁶⁸⁶ jedoch nicht entgegen. Die Unternehmen können einen vermeintlichen Verstoß gegen die unterbliebene losweise Unterteilung im Nachprüfungsverfahren nur mit der Behauptung erfolgreich geltend machen, dass sie das ausgeschriebene Auftragsvolumen nicht bewältigen können. Von dem Unternehmen könne daher nicht verlangt werden, ein aus seiner Sicht sinnlosen Teilnahmeantrag bzw. sinnloses Angebot abzugeben, nur um sein Interesse am Auftrag zu dokumentieren. Das Auftragsinteresse sei vielmehr darin zu sehen, dass das Unternehmen die unterbliebene Losaufteilung gerügt und mit einem Nachprüfungsantrag beanstandet hat. Vereinzelt⁶⁸⁷ wurde für den Nachweis des Auftragsinteresses hingegen eine erhöhte Darlegungslast und Begründungspflicht angenommen.
- 259** Ist der Verstoß gegen das Gebot der Unterteilung des öffentlichen Auftrags in der Auftragsbekanntmachung erkennbar, obliegt es den Unternehmen diesen Verstoß nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber zu **rügen**. Bei Verstößen gegen das Gebot der Losunterteilung, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, obliegt es den Unternehmen, diese Verstöße nach § 160 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber zu rügen. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass ein durchschnittlich fachkundiger Bieter das in § 97

679 OLG München, Beschluss v. 25.3.2019 – Verg 10/18; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 24.9.2019 – 1 VK 51/19.

680 VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 24.9.2019 – 1 VK 51/19.

681 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.3.2012 – VII-Verg 92/11; VK Baden-Württemberg, 24.9.2019 – 1 VK 51/19; VK Südbayern, Beschluss v. 12.8.2016 – Z3-3-3194-1-27-07/16; VK Sachsen, Beschluss v. 26.7.2016 – 1/SVK/014-16; VK Brandenburg, Beschluss v. 5.8.2015 – VK 11/15.

682 VK Hessen, Beschluss v. 19.2.2009 – 69d VK-01/2009; Müller-Wrede, NZBau 2004, 643 (647); a.A. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.7.2007 – VII-Verg 10/07; VK Sachsen, Beschluss v. 4.2.2013 – 1/SVK/039-12; für die Unterteilung in Teillöse: VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 18.2.2011 – 1 VK 02/11.

683 A.A. für die Trennung in Fachlöse: VK Bund, Beschluss v. 17.8.2015 – VK 2-35/15; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 18.2.2011 – 1 VK 02/11.

684 Siehe hierzu Rn. 194 ff.

685 VK Düsseldorf, Beschluss v. 22.10.2003 – VK-29/2003-L; a.A. VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 23.11.2011 – VK 2-34/11.

686 OLG Schleswig, Beschluss v. 25.1.2013 – 1 Verg 6/12; OLG Jena, Beschluss v. 6.6.2007 – 9 Verg 3/07; VK Sachsen, Beschluss v. 22.10.2020 – 1/SVK/023-20; VK Südbayern, Beschluss v. 27.3.2017 – Z3-3-3194-1-03-02/17; VK Bund, Beschluss v. 29.7.2009 – VK 2-87/09; VK Sachsen, Beschluss v. 7.2.2003 – 1/SVK/007-03.

687 VK Saarland, Beschluss v. 7.9.2009 – 3 VK 01/2009.

Abs. 3 S. 2 GWB enthaltene Gebot zur losweisen Vergabe kennt.⁶⁸⁸ Allerdings sei die Frage, ob der Verzicht auf eine Losunterteilung zulässig ist, „*nicht einfach zu beantworten und dürfte bei lebensnaher und realistischer Betrachtung die Kognitionsmöglichkeiten der Bieter überschätzen.*“

E. Grundsatz der elektronischen Kommunikation (Abs. 5)

I. Allgemeines

Mit der Vergaberechtsreform des Jahres 2016 hat die elektronische Kommunikation im Vergabeverfahren eine neue Bedeutung erlangt. § 97 Abs. 5 GWB verpflichtet gleichermaßen Auftraggeber und Unternehmen, dass sie für „das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren grundsätzlich elektronische Mittel verwenden“.

260

1. Unionsrechtlicher Hintergrund

Die Regelung des § 97 Abs. 5 GWB setzt die unionsrechtlichen Vorgaben aus Art. 22 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 RL 2014/24/EU und Art. 40 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 RL 2014/25/EU um. Danach „gewährleisten die Mitgliedsstaaten, dass die gesamte Kommunikation und der gesamte Informationsaustausch nach dieser Richtlinie, insbesondere die elektronische Einreichung von Angeboten, unter Anwendung elektronischer Kommunikationsmittel gemäß den Anforderungen dieses Artikels erfolgen.“ Der EU-Gesetzgeber sieht in der elektronischen Kommunikation ein wirksames Mittel, Effizienz, Schnelligkeit und Transparenz von Vergabeverfahren zu steigern. Zudem meint er, dass die elektronische Kommunikation die Möglichkeit von Wirtschaftsteilnehmern zur Teilnahme an Vergabeverfahren im gesamten Binnenmarkt stark verbessert.⁶⁸⁹ Auch der nationale Gesetzgeber sieht als vorwiegendes Ziel der nunmehr zwingenden elektronischen Vergabe einerseits die Vereinfachung der Vergabeverfahren und andererseits eine Effizienzsteigerung und Stärkung der Transparenz der Verfahren. Eine medienbruchfreie Auftragsvergabe biete zugleich erhebliche Einsparpotenziale für Unternehmen und Auftraggeber.⁶⁹⁰

261

Anders als die Richtlinien für öffentliche Aufträge und Sektoraufträge wird die verpflichtende Einführung der E-Vergabe für die Vergabe von **Konzessionen** europarechtlich nicht zwingend vorgeschrieben. Nach Art. 29 Abs. 1 RL 2014/23/EU besteht weiterhin eine Wahlfreiheit hinsichtlich der Kommunikationsmittel. Allerdings räumt Art. 29 Abs. 1 RL 2014/23/EU den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit ein, über die Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 und des Art. 34 RL 2014/23/EU die Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel für die Konzessionsvergabe verbindlich vorzuschreiben. Von dieser Möglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber Gebrauch gemacht.⁶⁹¹

262

Dem Ziel einer Effizienzsteigerung sowie Vereinfachung der Vergabeverfahren dienen noch weitere elektronische Instrumente, die der EU-Gesetzgeber mit der Reform der Vergaberichtlinien umgesetzt hat. Zum einen hat der EU-Gesetzgeber mit der Neufassung der Richtlinie für öffentliche Aufträge das Online-Dokumentenarchiv (**e-Certis**) eingeführt. Um grenzübergreifende Ausschreibungen zu erleichtern, müssen die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass die Information über Bescheinigung und andere Formen dokumentarischer Nachweise in dem von der Kommission eingerichteten Online-Dokumentenarchiv kontinuierlich aktualisiert werden.⁶⁹² Der EU-Gesetzgeber sieht darin insbesondere einen Nutzen für KMU. Zum anderen wurde mit der Reform des Jahres 2014 die „Einheitliche Europäische Eigenerklärung“ (**EEE**) eingeführt. Ziel war es, mit der EEE den Verwaltungsaufwand im Zusammenhang mit der Bei-

263

688 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 1.6.2016 – VII-Verg 6/16.

689 Erwägungsgründe 52 ff. RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 74 RL 2014/23/EU; Erwägungsgründe 63 ff. RL 2014/25/EU.

690 Vgl. Gesetzesbegründung, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 1, 56.

691 Siehe Rn. 273; Verordnungsbegründung zu § 7 KonzVgV, VergRModVO, BR-Drs. 87/16, 282.

692 Vgl. Art. 61 Abs. 1 RL 2014/24/EU.

bringung einer Vielzahl von Bescheinigungen oder anderen Dokumenten, die die Ausschluss- und Eignungskriterien betreffen, zu reduzieren.⁶⁹³

- 264** Flankiert werden die europäischen Regelungen zur elektronischen Vergabe zudem von den Regelungen zur elektronischen Rechnungsstellung (sog. **E-Invoicing**).⁶⁹⁴ Gemäß Art. 1 RL 2014/55/EU gilt diese Richtlinie für elektronische Rechnungen, die nach Erfüllung von in den Anwendungsbereich der neuen Vergaberichtlinien (RL 2014/23/EU, RL 2014/24/EU, RL 2014/25/EU sowie RL 2009/81/EG) fallenden öffentlichen Aufträgen ausgestellt wurden. Öffentliche Auftraggeber werden entsprechend verpflichtet, elektronische Rechnungen für öffentliche Aufträge zu akzeptieren. Auf diese Weise soll eine vollständige Digitalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe (sog. end-to-end e-procurement) möglich werden. Der Bund hat die Vorgaben mit Änderung des EGovG und dem Erlass der ERechV für Bundeseinrichtungen umgesetzt. Oberste Bundesbehörden und Verfassungsorgane sowie andere Bundeseinrichtungen sind danach verpflichtet, E-Rechnungen zu empfangen und zu verarbeiten. Seit Ende November 2020 sind darüber hinaus Auftragnehmer verpflichtet, bei Geschäften mit Behörden, die dem Bund zuzurechnen sind, E-Rechnungen zu stellen. Für Einrichtungen auf Landes- und Kommunalebene sind die rechtlichen Umsetzungen der jeweiligen Bundesländer maßgeblich.

2. Historie

- 265** Die Anfänge der nunmehr verbindlichen elektronischen Vergabe sind bereits in der **RL 97/52/EG** zu erblicken. Durch diese wurden die Vorschriften über die Angebotsübermittlung unter anderem insoweit ergänzt, als die Mitgliedstaaten fortan zulassen konnten, dass Angebote auf andere Weise (als die herkömmlich bekannten Arten) übermittelt werden konnten (vgl. Art. 1 Nr. 7, Art. 2 Nr. 5 und Art. 3 Nr. 5 RL 97/52/EG). Nähere Bestimmungen, wie dies konkret auszugestalten sei, enthielt die Richtlinie hingegen nicht.
- 266** National wurde von dieser Möglichkeit durch die Umsetzung in **§ 15 VgVa.F.**⁶⁹⁵ Gebrauch gemacht. § 15 VgVa.F. war als „elektronische Angebotsabgabe“ überschrieben und bildete damit quasi den Grundstein für die nationale E-Vergabe. Inhaltlich enthielt aber auch § 15 VgVa.F. – wie die ihr zugrunde liegende europäische Norm – lediglich die Möglichkeit, Angebote auch in anderer Form als schriftlich per Post oder direkt einzureichen, sofern dabei die Vertraulichkeit der Angebote gewahrt blieb. Konkrete Ausgestaltungen der „anders garteten“ Übermittlung wurden also auch auf nationaler Ebene offengelassen.
- 267** In einem zweiten Schritt führten die **Richtlinien 2004/17/EG** und **2004/18/EG** für Auftraggeber die optionale Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel ein (vgl. Art. 48 RL 2004/17/EG sowie Art. 42 RL 2004/18/EG). Damit wurden elektronische Mittel den klassischen Mitteln zur Kommunikation und Informationsübermittlung erstmals ausdrücklich gleichgesetzt. Ferner wurde die Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel dahin gehend konkretisiert, als die Richtlinien bereits Grundsätzliches zur Ausgestaltung der elektronischen Übermittlung von Informationen regelten (vgl. Art. 42 Abs. 4 RL 2004/18/EG und Art. 48 Abs. 4 RL 2004/17/EG). Parallel zu den Regelungen der Richtlinien 2004/17/EG sowie 2004/18/EG veröffentlichte die Europäische Kommission den „Aktionsplan zur Umsetzung und Anwendung der Rechtsvorschriften über die elektronische Vergabe öffentlicher Aufträge“⁶⁹⁶. Er sollte den Mitgliedstaaten entsprechend seinem Titel quasi als „Leitlinie“ bei der Umsetzung der E-Vergabe-Regelungen der Vergaberichtlinien dienen. Die europäischen Vorgaben hinsichtlich elektronischer Kommunikation und Informationsübermittlung wurden auf nationaler Ebene teilweise im GWB, teilweise in den Vergabeordnungen umgesetzt (vgl. § 13 EG Abs. 2 und 3 VOL/A sowie § 11 EG VOB/A 2012 – die Grundsätze zur Informations-

⁶⁹³ Erwägungsgrund 84 RL 2014/24/EU.

⁶⁹⁴ Vgl. Erwägungsgrund 10 RL 2014/55/EU über die elektronische Rechnungsstellung bei öffentlichen Aufträgen.

⁶⁹⁵ BGBl. I 2001 S. 110.

⁶⁹⁶ Europäische Kommission, Mitteilung der Europäischen Kommission v. 29.12.2004 – Aktionsplan zur Umsetzung und Anwendung der Rechtsvorschriften über die elektronische Vergabe öffentlicher Aufträge (KOM(2004) 841 endgültig).

übermittlung aufstellen). Obwohl der rechtliche Rahmen für die Durchführung elektronischer Vergabeverfahren geschaffen war, verlief die Umsetzung nicht im erhofften Umfang. Gemessen am Gesamtbeschaffungsvolumen wurden im Jahre 2010 wertmäßig weniger als 5 % des gesamten Beschaffungsvolumens auf elektronischem Wege beschafft.⁶⁹⁷ Ursächlich für die schleppende Umsetzung der elektronischen Vergabe waren unter anderen die Formvorgaben betreffend die Einreichung der Angebote. So mussten elektronisch übermittelte Angebote mit einer „fortgeschrittenen elektronischen Signatur“ nach dem SigG und den Anforderungen der Auftraggeber oder mit einer „qualifizierten elektronischen Signatur“ nach dem SigG versehen sein.⁶⁹⁸ Die Schaffung der dafür erforderlichen organisatorischen und technischen Voraussetzungen wurde sowohl von Auftraggeber- als auch Unternehmensseite als unzumutbar angesehen. Vor allem sah man die Gefahr, dass sich Unternehmen aufgrund des damit verbundenen Verwaltungsaufwands nicht mehr an Vergabeverfahren beteiligen würden.

Vor diesem Hintergrund der unzureichenden Umsetzung sah sich die **Europäische Kommission** veranlasst, im Jahre 2010 zunächst das Grünbuch zum Ausbau der e-Beschaffung in der EU⁶⁹⁹ herauszugeben. Dem folgte im Jahre 2012 die Mitteilung „Eine Strategie für die e-Vergabe“⁷⁰⁰. Unter Ziffer 6 dieser Mitteilung zog die Europäische Kommission den Schluss, dass die Umstellung auf die vollständige E-Vergabe vorwiegend keine technische oder technologische Herausforderung sei. Es handele sich dabei vielmehr um eine wirtschaftliche und politische Herausforderung, die ohne ein starkes Engagement auf oberster politischer Ebene nicht zu bewältigen sei. Insbesondere durch die Verabschiedung des überarbeiteten Legislativpakets zum öffentlichen Auftragswesen sollte von den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und dem Europäischen Parlament ein klares politisches Signal ihrer Entschlossenheit, sich der Herausforderung stellen zu wollen, ausgehen. Selbiges wurde schließlich am 28. März 2014 gesetzt, als die neuen europäischen Vergaberichtlinien im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wurden.⁷⁰¹

Auf **nationaler Ebene** hat der Gesetzgeber die Akzeptanzprobleme der elektronischen Kommunikation dadurch erheblich reduziert, dass er die verpflichtende Nutzung der elektronischen Signatur aufgegeben hat. Nach §§ 53 Abs. 1 VgV, 43 Abs. 1 SektVO sowie § 11 EU Abs. 5 VOB/A übermitteln die Unternehmen ihre Interessensbekundungen, Interessensbestätigungen, Teilnahmeanträge und Angebote nunmehr grundsätzlich in Textform nach § 126b BGB. Eine Einreichung mittels einer elektronischen Signatur oder elektronischen Siegels dürfen Auftraggeber nur verlangen, soweit die zu übermittelnden Daten erhöhte Anforderungen an die Sicherheit stellen. Die Beachtung dieses normierten Regel-Ausnahme-Verhältnisses ist insofern von Bedeutung, als dessen Missachtung einen Verstoß gegen das Wettbewerbsprinzip darstellt.

3. Umsetzung

§ 97 Abs. 5 GWB formuliert lediglich den Grundsatz zugunsten der elektronischen Kommunikation. Darüber hinaus hat er keinen eigenen **Regelungsgehalt**. Die konkrete Ausgestaltung erfolgt in den Verordnungen, die auf der Grundlage von § 113 S. 2 Nr. 4 GWB erlassen werden. Dementsprechend werden Art und Umfang und die technischen Anforderungen an die elektronische Kommunikation in der VgV, der SektVO sowie der KonzVgV geregelt.

Hierbei ist die **strukturelle Umsetzung** nahezu gleich gewählt. Zunächst werden in einem jeweils eigenen Zweiten Unterabschnitt „Kommunikation“ zu Abschnitt 1 die Grundsätze der Kommunikation, die Anforderungen sowohl an die verwendeten elektronischen Mittel als auch der Einsatz der elektronischen Mittel im Vergabeverfahren sowie der Einsatz alternativer

697 Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung der Europäischen Kommission v. 20.9.2011 – Grünbuch zum Ausbau der e-Beschaffung in der EU (KOM(2010) 571 endgültig), S. 11.

698 Vgl. nur § 16 EG Abs. 1 VOL/A.

699 Europäische Kommission, Mitteilung der Europäischen Kommission v. 18.10.2010 – Grünbuch zum Ausbau der e-Beschaffung in der EU (KOM(2010) 571 final).

700 Europäische Kommission, Mitteilung der Europäischen Kommission v. 20.4.2012 – Eine Strategie für die e-Vergabe (COM(2012) 179 final).

701 Vgl. ABl. EU Nr. L 94/65, L 94/1 und L 94/243 v. 28.3.2014.

elektronischer Mittel bei der Kommunikation geregelt (vgl. §§ 9 ff. VgV, §§ 9 ff. SektVO, §§ 7 ff. KonzVgV). Im Unterschied zur SektVO kann die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrats gemäß der wortgleichen § 13 VgV sowie § 11 KonzVgV allgemeine Verwaltungsvorschriften über die zu verwendenden elektronischen Mittel sowie über die einzuhaltenden technischen Standards (Basisdienste für die elektronische Auftragsvergabe) erlassen.

- 272** Weitergehende Regelungen finden sich in der VgV im Vierten Unterabschnitt „Veröffentlichung, Transparenz“ (vgl. §§ 37 ff. VgV) und Fünften Unterabschnitt „Einreichung, Form und Umgang mit Angeboten, Teilnahmeanträgen, Interessenbekundungen und Interessenbestätigungen“ (vgl. §§ 52 ff. VgV) zu Abschnitt 2. In der SektVO werden die Anforderungen an die E-Vergabe allein im Vierten Unterabschnitt „Veröffentlichung, Transparenz“ zu Abschnitt 2 geregelt (vgl. §§ 35 ff. SektVO). Die KonzVgV trifft weitergehende Bestimmungen zur Durchführung elektronischer Vergabeverfahren wiederum im Zweiten Unterabschnitt „Vorbereitung des Vergabeverfahrens“ (vgl. § 14 ff. KonzVgV) sowie im Vierten Unterabschnitt „Auswahlverfahren und Zuschlag“ (vgl. § 28 KonzVgV) zu Abschnitt 2.
- 273** Die Regelungen zur E-Vergabe im Rahmen der **KonzVgV** zeigen, dass der Gesetzgeber von der in Art. 29 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/23/EU eröffneten Option Gebrauch gemacht hat, über die dort gemachten Vorgaben hinauszugehen und die Verwendung elektronischer Mittel für die Konzessionsvergabe insgesamt verbindlich vorzuschreiben. Nach Art. 29 Abs. 1 RL 2014/23/EU wäre der nationale Gesetzgeber lediglich verpflichtet gewesen, die elektronische Bekanntmachung und die elektronische Verfügbarkeit von Vergabeunterlagen vorzuschreiben. Ansonsten lässt Art. 29 Abs. 1 RL 2014/23/EU die Wahl zwischen elektronischen Mitteln, Post, Fax, mündlicher Mitteilung oder persönlicher Übermittlung.
- 274** Die Regelungen der Vergabe(ver-)ordnungen enthalten rechtliche Vorgaben hinsichtlich der Bekanntmachung, der Bereitstellung der Vergabeunterlagen, ergänzender Informationen für die Unternehmen, der Kommunikation zwischen Vergabestelle und Unternehmen sowie der Einreichung der Interessensbekundungen, Interessensbestätigungen, Teilnahmeanträgen und Angeboten. Die rechtlichen Vorgaben beschränken sich mithin auf das Vergabeverfahren als solches. Die Regelungen der Vergabe(ver-)ordnungen betreffen weder die internen Prozesse der Auftraggeber vor Durchführung des Vergabeverfahrens noch finden sich verpflichtende Vorgaben zur elektronischen Verarbeitung und Bewertung von Angeboten. Ebenso wenig besteht eine Verpflichtung zur elektronischen Abwicklung des mit dem Zuschlag zustande gekommenen Vertragsverhältnisses. Diese klare Abgrenzung ermöglicht es, zwischen der **E-Vergabe im engeren Sinne**, d.h. der elektronischen Kommunikation zwischen Auftraggeber auf der einen und Unternehmen auf der anderen Seite im laufenden Vergabeverfahren sowie der E-Vergabe im weiteren Sinne, nämlich der darüber hinaus gehenden Unterstützung der internen Prozesse der Vergabestelle, zu unterscheiden.⁷⁰² In Analogie zur Unterscheidung zwischen der E-Vergabe im engeren Sinne auf der einen und der E-Vergabe im weiteren Sinne auf der anderen Seite kann auch zwischen den am Markt gängigen Lösungen unterschieden werden. Für die E-Vergabe im engeren Sinne kommen in der Regel sogenannte Vergabeplattformen bzw. Vergabemarktplätze zur Anwendung. Sofern die technischen Lösungen auch eine Abbildung der internen Prozesse einer Vergabestelle darstellen, wird zumeist von sogenannten Vergabemanagementsystemen gesprochen. Von Vergabeplattformen bzw. Vergabemanagementsystemen zu unterscheiden sind sogenannte Bekanntmachungsportale. Diese gewährleisten keine Kommunikation zwischen den Beteiligten am Vergabeverfahren. Sie beschränken sich allein auf die Bekanntmachung der jeweiligen Beschaffungsmaßnahmen.

II. Anwendungsbereich

1. Persönlicher Anwendungsbereich

- 275** Nach dem Wortlaut des § 97 Abs. 5 GWB werden Auftraggeber, d.h. öffentliche Auftraggeber (vgl. § 99 GWB), Sektorauftraggeber (vgl. § 100 GWB) sowie Konzessionsgeber (vgl.

⁷⁰² *Klippstein*, in: Klippstein/Kuljanin, E-Vergabe, S. 19, 20.

§ 101 GWB) zur elektronischen Vergabe verpflichtet. Betreffend die Konzessionsgeber hat der Gesetzgeber dabei von der Möglichkeit gemäß Art. 29 Abs. 1 RL 2014/23/EU Gebrauch gemacht.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

a) Regel-Ausnahme-Verhältnis

Sachlich betroffen sind von der E-Vergabe im engeren Sinne die Vergaben öffentlicher Aufträge sowie von Konzessionen im Oberschwellenbereich. Die **Wahlfreiheit** der Kommunikationsmittel, wie sie z. B. in § 13 EG VOL/A zum Ausdruck kam, ist damit abgeschafft und zwar unabhängig davon, ob es sich im Einzelfall um eine Liefer- oder Dienstleistung oder eine Bauleistung handelt. Lediglich in Bezug auf die Übersendung des Informationsschreibens gemäß § 134 GWB haben Auftraggeber weiterhin eine echte Wahl zwischen einer postalischen Übersendung des Informationsschreibens und dessen Übersendung auf elektronischem Wege. Dies ist auch zutreffend, als nach Art. 22 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 RL 2014/24/EU und Art. 40 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 RL 2014/25/EU lediglich der Informationsaustausch „nach diese(n) Richtlinie(n)“ unter Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel erfolgen muss. § 134 GWB beruht hingegen auf Art. 2a Abs. 2 RL 89/665/EWG und Art. 2a Abs. 2 RL 92/13/EWG.

276

Für Vergaben im **Verteidigungs- und Sicherheitsbereich** nach der VSVgV besteht hingegen keine Verpflichtung zur elektronischen Kommunikation. Nach § 19 Abs. 1 VSVgV haben Auftraggeber weiterhin ein Wahlrecht hinsichtlich der Kommunikationsmittel. Hintergrund ist, dass die der VSVgV zugrunde liegende RL 2009/81/EG nicht Gegenstand des Reformpaketes aus dem Jahre 2014 war. Es bestand mithin auch keine Notwendigkeit, die Regelungen des § 19 Abs. 1 VSVgV zu ändern. Im Gegenteil wird in der Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 5 GWB ausdrücklich festgehalten, dass mit der grundsätzlichen Vorgabe zur Nutzung elektronischer Mittel Ausnahmen wie z. B. im Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/81/EG erfasst sind.

277

b) Weitere Ausnahmen im Oberschwellenbereich

Bereits der Wortlaut des § 97 Abs. 5 GWB („grundsätzlich“) lässt **Ausnahmen** von der E-Vergabe im engeren Sinne zu. Danach kann von der elektronischen Kommunikation abgesehen werden, wenn die Angebote besonders schutzwürdige Daten enthalten, die bei der Verwendung allgemein verfügbarer oder alternativer elektronischer Mittel nicht angemessen geschützt werden können, oder wenn die Sicherheit der elektronischen Mittel nicht gewährleistet werden kann (vgl. § 53 Abs. 4 VgV). Ausnahmen von E-Vergabe im engeren Sinne sind auch dann möglich, wenn z. B. die Vorlage physischer oder maßstabsgetreue Modelle, die nicht elektronisch vorgelegt werden können, Gegenstand des Vergabeverfahrens sind (vgl. § 53 Abs. 2 VgV).

278

Sofern Auftraggeber von den Ausnahmetatbeständen Gebrauch machen wollen, sind im Vergabevermerk die **Gründe** anzugeben, warum die Angebote mithilfe anderer als elektronischer Mittel eingereicht werden können (vgl. § 53 Abs. 2 S. 3 VgV). Zudem beschränkt sich der Verzicht auf die Verwendung elektronischer Mittel allein auf die Angebotsbestandteile oder Angebote, in denen die Ausnahmeregelung greift. Beispielsweise befreit die Vorlage von Mustern und Modellen nicht von der elektronischen Kommunikation in Gänze. Der verpflichtende Einsatz elektronischer Mittel ist allein bezüglich der Muster und Modelle ausgesetzt.

279

c) Ausnahmen im Bereich der nationalen Vergaben

Bereits aus der Stellung des § 97 Abs. 5 GWB im Teil 4 GWB folgt, dass die elektronische Kommunikation „nur“ für den Oberschwellenbereich verpflichtend vorgegeben wird.

280

Allerdings gelten im Regelungsbereich der **UVgO** für Dienst- und Lieferleistungen weitgehend gleichlautende Vorschriften über die elektronische Kommunikation wie im Bereich der VgV. Mit anderen Worten finde das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Oberschwellenbereichs auch im Rahmen der UVgO Anwendung, sofern die UVgO uneingeschränkt Anwendung findet. Er-

281

weitert werden die Ausnahmeregelungen durch § 38 Abs. 4 UVgO. Danach ist der Auftraggeber zur Akzeptanz oder Vorgabe elektronisch eingereicherter Teilnahmeanträge oder Angebote nicht verpflichtet, wenn der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer 25.000 € nicht überschreitet oder eine Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb oder eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt wird. In der Vergabepraxis hat sich jedoch gezeigt, dass von diesen Ausnahmen nur in begrenztem Umfang Gebrauch gemacht wird.

282 Anders ist dies im unterschweligen Bereich von Bauvergaben. Dort ist die elektronische Vergabe noch immer nicht verpflichtend. Nach §§ 11, 13 Abs. 1 Nr. 1 **VOB/A** kann der öffentliche Auftraggeber frei darüber entscheiden, ob er eine elektronische Kommunikation und/oder elektronische Angebote akzeptiert oder nicht.

d) Landesrechtliche Ausnahmeregelungen im Bereich nationaler Vergaben

283 Im Bereich der nationalen Vergaben folgen weitere Ausnahmen von der verpflichtenden Anwendung der elektronischen Vergabe aus den Landesvergabegesetzen und aus den Verwaltungsvorschriften zum Haushaltvergaberecht. Vor dem Hintergrund, dass für den Bereich der Bauvergaben die Wahlfreiheit bereits in der VOB/A geregelt ist, betreffen die landesrechtlichen Ausnahmen (überwiegend) den Bereich der Liefer- und Dienstleistungen.

284 Eine Sonderstellung nehmen dabei die **Bundesländer** Sachsen sowie Sachsen-Anhalt ein. Da beide Bundesländer noch nicht die UVgO umgesetzt haben, gelten weiterhin die Regelungen des ersten Abschnitts der VOL/A⁷⁰³, der seinerseits die E-Vergabe nicht verpflichtend vorschreibt. Im Übrigen gelten folgende (Ausnahme-)Regelungen, dies sich in Bezug auf Landes- bzw. Kommunalebene teilweise unterscheiden:

Baden-Württemberg	<ul style="list-style-type: none"> Landesebene: Es gelten die UVgO-Regelungen zur E-Vergabe.⁷⁰⁴ Kommunalebene: Es gilt die Empfehlung, Vergabeverfahren mithilfe elektronischer Mittel nach Maßgabe der UVgO durchzuführen.⁷⁰⁵
Bayern	<ul style="list-style-type: none"> Landesebene: Bei Beschränkter Ausschreibung sowie Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb kann die elektronische Kommunikation (einschließlich Angebotsabgabe) grundsätzlich per einfacher E-Mail erfolgen.⁷⁰⁶ Kommunalebene: Es gilt eine Empfehlung zur elektronischen Kommunikation bei Durchführung von Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte.⁷⁰⁷
Berlin	<ul style="list-style-type: none"> Abweichend von § 38 Abs. 4 Nr. 2 UVgO sind Beschränkte Ausschreibungen und Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb grundsätzlich im Rahmen der elektronischen Auftragsvergabe durchzuführen, wenn der voraussichtliche Auftragswert von 25.000 Euro erreicht wird.⁷⁰⁸

703 § 1 Abs. 2 SächsVergabeG; § 1 Abs. 2 LVG LSA, Ziffer 2.2 VV zu § 55 LHO LSA.

704 Ziffer 3 VV zu § 55 LHO Baden-Württemberg i.V.m. Ziffer 7.7 BW VwV Beschaffung.

705 Ziffer 4.1 VergabeVwV (Verwaltungsvorschrift des Innenministeriums über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich).

706 Ziffer 2.3 VV zu § 55 LHO Bayern i.V.m. Ziffer 1.5 VVöA (Verwaltungsvorschrift zum öffentlichen Auftragswesen).

707 Bayerisches Staatsministerium des Innern und für Integration, Ziffer 4.2 der Bekanntmachung „Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich“ v. 31.7.2018, zuletzt geändert durch Bekanntmachung v. 14.12.2021.

708 Ziffer 8.1. und 8.2 der AV zu § 55 LHO Berlin.

Brandenburg	<ul style="list-style-type: none"> Landesebene: E-Vergaben sind grundsätzlich durchzuführen, wobei einige Regelungen der UVgO nicht verpflichtend sind.⁷⁰⁹ Kommunalebene: Die E-Vergabe ist Kommunen weitgehend freigestellt.⁷¹⁰
Bremen	<ul style="list-style-type: none"> Es ist die UVgO ab einem Auftragswert von 50.000 Euro (mit Ausnahme von der Vergabe freiberuflicher Leistungen) anzuwenden.⁷¹¹
Hamburg	<ul style="list-style-type: none"> Die E-Vergabe-Regelungen der UVgO gelten grundsätzlich ab Auftragswert von 100.000 Euro.⁷¹²
Hessen	<ul style="list-style-type: none"> Landes- und Kommunalebene: Die E-Vergabe ist weitgehend freigestellt.⁷¹³
Mecklenburg-Vorpommern	<ul style="list-style-type: none"> Landes- und Kommunalebene: Die UVgO ist ausnahmslos anwendbar.⁷¹⁴
Niedersachsen	<ul style="list-style-type: none"> Landesebene: Grundsätzlich ist die UVgO ausnahmslos anwendbar.⁷¹⁵ Kommunalebene: Es besteht eine Soll-Orientierung am Verfahrensrecht des Gesetzes.⁷¹⁶
Nordrhein-Westfalen	<ul style="list-style-type: none"> Landesebene: Verhandlungsverfahren oder Freihändige Vergaben bis zu einem Auftragswert von 25.000 Euro ohne Umsatzsteuer können per E-Mail abgewickelt werden.⁷¹⁷ Kommunalebene: Es besteht eine Soll-Anwendung der UVgO.⁷¹⁸ Bis zu einem geschätzten Auftragswert von 25.000 Euro können Vergabeverfahren mittels E-Mail abgewickelt werden.⁷¹⁹
Rheinland-Pfalz	<ul style="list-style-type: none"> Landes- und Kommunalebene: Die E-Vergabe-Regelungen der UVgO gelten mit gewissen (zeitlich begrenzten) Einschränkungen.⁷²⁰
Saarland	<ul style="list-style-type: none"> Landesebene: Die UVgO gilt ausnahmslos.⁷²¹ Kommunalebene: Die UVgO wird zur Anwendung empfohlen.⁷²²

709 Ziffer 4.2 VV-LHO zu § 55 LHO Brandenburg (§ 7 Abs. 1, § 28 Abs. 2 Nr. 9 Alt. 1, § 29 Abs. 1 und § 38 Abs. 2 und 3 UVgO insoweit nicht verpflichtend).

710 § 30 Abs. 3 Nr. 1 KomHKV.

711 § 7 Brem TtVG.

712 § 2a Abs. 1 HmbVgG; Ziffer 6 HmbVgRL.

713 Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr, Wohnen, Gemeinsamer Runderlass zum öffentlichen Auftragswesen (Vergabeerlass), Ziffer 2.1 und 2.1.1 lit. a, f und g.

714 § 2 Abs. 1 Nr. 3 VgG M-V.

715 Ziffer 2 VV zu § 55 LHO Niedersachsen; bzw. im Anwendungsbereich des NTVergG § 3 Abs. 1 NTVergG, nach dessen Absatz 3 das zuständige Ministerium Abweichungen zur Verfahrenserleichterung regeln kann.

716 § 28 KomHKVO.

717 Ebenso in Fällen des § 12 Abs. 3 UVgO – Ziff. 3 VV zu § 55 LHO Nordrhein-Westfalen.

718 Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung, Runderlass des Ministeriums für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung, Vergabegrundsätze für Gemeinden nach § 26 der Kommunalhaushaltsverordnung Nordrhein-Westfalen (Kommunale Vergabegrundsätze) – 304-48.07.01/01-169/18, Ziffer 5.1.

719 Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung, Runderlass des Ministeriums für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung, Vergabegrundsätze für Gemeinden nach § 26 der Kommunalhaushaltsverordnung Nordrhein-Westfalen (Kommunale Vergabegrundsätze) – 304-48.07.01/01-169/18, Ziffer 7.

720 Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau, Ministerium der Finanzen und Ministerium des Innern und für Sport, Verwaltungsvorschrift v. 6.9.2021, Ziffer 3.2 und 13.

721 Ziffer 2 VV-LHO zu § 55 LHO Saarland.

722 Bekanntgabe der Vergabegrundsätze für die Gemeinden, Gemeindeverbände, kommunalen Eigenbetriebe und kommunale Zweckverbände (Vergabeerlass 2020) v. 7. April 2020, Ziffer 2.5.

Schleswig-Holstein	<ul style="list-style-type: none"> Landes- und Kommunalebene: Die E-Vergabe gilt (einstweilen) fakultativ.⁷²³
Thüringen	<ul style="list-style-type: none"> Landes- und Kommunalebene: Die UVgO gilt hinsichtlich E-Vergabe ausnahmslos.⁷²⁴

III. Regelungsinhalt

285 § 97 Abs. 5 GWB regelt, dass Auftraggeber und Unternehmen für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren grundsätzlich elektronische Mittel nach Maßgabe der aufgrund des § 113 GWB erlassenen Verordnungen verwenden. § 97 Abs. 5 GWB formuliert damit lediglich den Grundsatz zugunsten der elektronischen Kommunikation. Darüber hinaus hat er keinen eigenen Regelungsgehalt. Die konkrete Ausgestaltung ist vielmehr den Verordnungen überlassen, die auf der Grundlage von § 113 S. 2 Nr. 4 GWB erlassen werden.

1. Elektronische Mittel

286 Der **Begriff** der „elektronischen Mittel“ wird weder im GWB selbst noch in der zugehörigen Gesetzesbegründung⁷²⁵ näher definiert. In der Gesetzesbegründung⁷²⁶ heißt es lediglich, dass mit der Pflicht zur Einführung der elektronischen Kommunikation nicht die Pflicht zur Verwendung spezifischer Programme oder Hilfsmittel verbunden ist, wie zum Beispiel das Programm zur Gebäudedatenmodellierung. Zur Begriffsbestimmung ist daher auf die dem § 97 Abs. 5 GWB zugrunde liegenden Richtlinien zurückzugreifen. Danach sind unter „elektronischen Mitteln“ der nahezu wortgleichen Definitionen der Richtlinien elektronische Vorrichtungen für die Verarbeitung (einschließlich digitaler Kompression) und Speicherung von Daten, die über Kabel, per Funk oder auf optischem oder einem anderen elektromagnetischen Weg übertragen, weitergeleitet und empfangen werden, zu verstehen (Art. 2 Nr. 19 RL 2014/24/EU; Art. 5 Nr. 9 RL 2014/23/EU; Art. 2 Nr. 15 RL 2014/25/EU). Da § 97 Abs. 5 GWB der Umsetzung dieser Richtlinien dient, sind die hier genannten „elektronischen Mittel“ in eben diesem Sinne zu verstehen.

287 Da die **mündliche Kommunikation** in Art. 22 Abs. 2 RL 2014/24/EU eine eigenständige Regelung erfahren hat, werden vom Begriff der „elektronischen Mittel“ keine Geräte erfasst, die im Zusammenhang mit der mündlichen Kommunikation zur Anwendung kommen und zwar selbst dann nicht, wenn das gesprochene Wort über Kabel, per Funk etc. übertragen wird. Daher zählen weder Telefone, einschließlich IP-Telefonie, noch Webcam zu den elektronischen Mitteln im Sinne des § 97 Abs. 5 GWB.⁷²⁷

2. Speichern von Daten

288 § 97 Abs. 5 GWB setzt die Regelungen der Art. 22 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 RL 2014/24/EU sowie Art. 40 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 RL 2014/25/EU nicht eins zu eins um. Während Art. 22 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 RL 2014/24/EU sowie der gleichlautende Art. 40 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 RL 2014/25/EU Auftraggeber lediglich dazu verpflichtet, dass „die gesamte Kommunikation und der gesamte Informationsaustausch [...] unter Anwendung elektronischer Kommunikationsmittel [...] erfolgen“, müssen Auftraggeber nach § 97 Abs. 5 GWB auch für das „Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren [...] elektronische Mittel verwenden“.

289 Fraglich ist, ob § 97 Abs. 5 GWB damit mehr als nur die Pflicht zur E-Vergabe statuiert. Die inhaltliche Erweiterung auf die **Speicherung** von Daten könnte dahin gehend verstanden werden, dass Auftraggeber gemäß § 97 Abs. 5 GWB nunmehr auch verpflichtet sind, eine

⁷²³ § 5 Abs. 1 VGSH i.V.m. § 3 Abs. 2 SHVgVO; Ziff. 2 der VV zu § 55 LHO Schleswig-Holstein.

⁷²⁴ § 1 Abs. 2 ThürVgG.

⁷²⁵ Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 5 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6821, 68 f.

⁷²⁶ Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 5 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6821, 69.

⁷²⁷ So auch *Wichmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 9 VgV Rn. 6.

elektronische Vergabeakte zu führen. In Anlehnung an § 6 S. 1 EGovG ist eine elektronische Akte eine logische Zusammenfassung eines sachlich zusammengehörigen oder verfahrensgleichen Vorgangs und/oder Dokuments, die alle bearbeitungs- und aktenrelevanten E-Mails, sonstigen elektronisch erstellten Unterlagen sowie gescannten Papierdokumente umfasst und so eine vollständige Information über die Geschäftsvorfälle eines Sachverhalts ermöglicht.⁷²⁸ Der vergaberechtlich relevante Inhalt folgt dabei aus § 8 VgV, § 8 SektVO und § 6 KonzVgV. Eine derart weite Auslegung ist jedoch nicht vertretbar. Die elektronische Vergabe betrifft nur das externe Verhältnis zwischen Auftraggeber und den Unternehmen. Interne Verhältnisse sollen gerade nicht von den verpflichtenden Regelungen zur elektronischen Kommunikation erfasst werden.

IV. E-Vergabe i.e.S. in der Beschaffungspraxis

1. Bereitstellung der Vergabeunterlagen

Nach § 41 Abs. 1 VgV ist in der Auftragsbekanntmachung eine Adresse anzugeben, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden könne. Erforderlich hierfür ist eine Internetadresse, unter der die Unterlagen heruntergeladen werden können.⁷²⁹ **290**

Das Merkmal der „**Unentgeltlichkeit**“ ist erfüllt, wenn die Bieter/Bewerber für die Einsicht und den Download der Vergabeunterlagen kein Entgelt zahlen müssen. Etwas anderes gilt, wenn die Unternehmen von den Vergabepattformanbietern Mehrdienste, wie etwa Such- und Benachrichtigungsdienste, in Anspruch nehmen. Für derartige Mehrdienste dürfen Plattformanbieter Entgelte verlangen. **291**

Uneingeschränkte Abrufbarkeit bedeutet, dass die elektronische Adresse einen eindeutig und vollständig beschriebenen medienbruchfreien Weg zu den Vergabeunterlagen enthalten muss. Insofern müssen in der Bekanntmachung alle Informationen angegeben werden, die es Interessenten ohne wesentliche Zwischenschritte und ohne wesentlichen Zeitverlust ermöglichen, mit elektronischen Mitteln an die Vergabeunterlagen zu gelangen.⁷³⁰ **292**

Vollständige Abrufbarkeit setzt voraus, dass sämtliche Vergabeunterlagen, und nicht nur Teile davon, über die angegebene Adresse abgerufen werden können. Für sog. zweistufige Verfahren, wie z. B. das Verhandlungsverfahren, wird dies in Teilen der Rechtsprechung dahingehend eingeschränkt, dass nur diejenigen Vergabeunterlagen bereit gestellt werden müssen, die „erforderlich“ seien, um Bewerbern eine Entscheidung über die Teilnahme am Verfahren zu ermöglichen.⁷³¹ Insbesondere sei es nicht erforderlich, diejenigen Vergabeunterlagen bekanntzumachen, die erst für die Angebotsphase relevant sind.⁷³² Diese Ansicht überzeugt nicht.⁷³³ Zum einen widerspricht sie dem eindeutigen Wortlaut des §§ 41 VgV. Zum anderen ist es mit dem Sinn und Zweck der elektronischen Vergabe nicht in Einklang zu bringen, den Unternehmen die finanziellen und zeitliche Belastung des Teilnahmewettbewerbs aufzubürden und ihnen erst danach diejenigen Tatsachen bekanntzumachen, die aus ihrer Sicht für eine weitere Teilnahme am Vergabeverfahren entscheidend sind. Die Beschaffungspraxis zeigt nämlich, dass Unternehmen ihre Teilnahme am Vergabeverfahren gerade von den vertraglichen Regelungen, wie etwa Haftungsbegrenzungen, Vertragsstrafenregelungen etc. abhängig machen (müssen). Die Unternehmen darüber im Unklaren zu lassen, erhöht den Verwaltungsaufwand anstelle ihn zu reduzieren. **293**

Direkte Abrufbarkeit ist gegeben, wenn sich die Interessenten ohne vorherige Registrierung über die bekanntgemachte öffentliche Auftragsvergaben informieren oder Vergabeunterla- **294**

728 Vgl. Bundesministerium des Inneren, Referat O2, Mini-Kommentar zum Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung sowie zur Änderung weiterer Vorschriften, Art. 1 § 6 Ziff. 1.

729 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.5.2019 – VII-Verg 47/18.

730 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.5.2019 – VII-Verg 47/18.

731 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 17.10.2018 – VII-Verg 26/18.

732 VK Bund, Beschluss v. 4.9.2019 – VK 2 64/19.

733 OLG München, Beschluss v. 13.3.2017 – Verg 15/16.

gen abrufen können (vgl. § 9 Abs. 3 S. 2 VgV). Unternehmen sollten jedoch von der Möglichkeit einer freiwilligen Registrierung Gebrauch machen (vgl. § 9 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 VgV). Gegenüber den registrierten Unternehmen besteht nämlich eine Bringschuld des Auftraggebers. Er muss elektronisch (z. B. per E-Mail) über die Änderung der Vergabeunterlagen oder Antworten auf Bieterfragen informieren. Haben sich Unternehmen nicht registriert, haben diese eine Holschuld. Sie müssen sich selbst über Änderungen informieren.⁷³⁴ Demgegenüber ist das Merkmal der direkten Abrufbarkeit nicht erfüllt, wenn Interessenten erst weiteren „Links“ folgen müssen, um schließlich selbst über eine Recherche in einer Suchmaske auf die relevanten Unterlagen, wie etwa Technische Lieferbedingungen, zu stoßen.⁷³⁵ Zumutbar sind allenfalls zwei Klicks.⁷³⁶

2. Bekanntgabe der Eignungskriterien mittels Verlinkung

- 295** Nach dem Wortlaut des § 122 Abs. 4 S. 2 GWB sind die geforderten Eignungskriterien bereits in der Auftragsbekanntmachung anzugeben. Sinn und Zweck der Regelungen ist, dass Unternehmen bereits aus der Auftragsbekanntmachung die in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht gestellten Anforderungen ersehen können, um anhand dieser Angaben zu entscheiden, ob sie sich an der Ausschreibung beteiligen können und wollen. Nur wenn diese Angaben frei zugänglich und transparent sind, können sie diesem Zweck der Auftragsbekanntmachung gerecht werden.⁷³⁷ Auch wenn es keine gesetzliche Grundlage dafür gibt, ist es in der Vergabepaxis üblich, dass auf die Eignungskriterien über Links verwiesen wird. Eine derartige Verlinkung genügt den Anforderungen des § 122 Abs. 4 S. 2 GWB nicht, wenn
- der Link auf die Startseite einer Vergabeplattform verweist,⁷³⁸
 - der Link auf die Vergabeunterlagen als Ganzes verweist⁷³⁹ oder
 - ein Link, der zwar zu den aufgestellten Unterlagen führt, sich jedoch an einer Stelle der Auftragsbekanntmachung befindet, an der er von potenziellen Bietern übersehen werden kann.⁷⁴⁰
- 296** An einer unzureichenden Bekanntmachung im Sinne des § 122 Abs. 4 S. 2 GWB ändert auch nichts, dass das **Standardformular 2** im Abschnitt III die Möglichkeit enthält, die Textzeile „Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen“ ankreuzen zu können. Dieses Standardformular dient lediglich als Hilfsmittel zur praktischen Umsetzung des Rechts. Geltendes Recht kann es aber weder ändern noch außer Kraft setzen.⁷⁴¹
- 297** Eine dem Sinn und Zweck des § 122 Abs. 4 GWB genügende Verlinkung wird in der Rechtsprechung hingegen dann angenommen, wenn der Link unmittelbar auf das Dokument führt, sog. **Deep-Link**.⁷⁴² Im Falle eines sog. Deep-Link ist gewährleistet, dass man ohne Weiteres die geforderten Eignungskriterien und Eignungsnachweise öffnen und ausdrucken kann.⁷⁴³
- 298** Es ist auch nicht zu beanstanden, wenn der Link nicht dort veröffentlicht wurde, wo auch die Kriterien erwähnt worden sind, sondern zu Beginn des Bekanntmachungstextes. Der Link muss sich nur an einer genügend exponierten **Stelle** befinden, sodass ein interessierter Bürger den Zugang zu den Kriterien finden kann.⁷⁴⁴ Verallgemeinerungswürdig ist diese Ansicht jedoch nicht. Zu Recht fordern andere Stimmen, dass sich der Link dort befinden muss, wo er von potenziellen Bietern erwartet wird, also regelmäßig unter Abschnitt III.1 des Standardformulars.⁷⁴⁵ Es lassen sich keine transparenten Grenzen ziehen, wann noch von einer exponier-

734 VK Südbayern, Beschluss v. 17.10.2016 – Z3-3-3194-1-36-09/16.

735 VK Südbayern, Beschluss v. 5.6.2018 – Z3-3-3194-1-12-04/18.

736 VK Südbayern, Beschluss v. 27.2.2019 – Z3-3-3194-1-44-11/18.

737 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.7.2018 – VII-Verg 24/18; VK Bund, Beschluss v. 4.10.2019 – VK 1-73/19.

738 OLG München, Beschluss v. 25.2.2019 – Verg 11/18.

739 VK Bund, Beschluss v. 4.10.2019 – VK 1-73/19; VK Sachsen, Beschluss v. 5.7.2019 – 1/SVK/011-19.

740 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.7.2018 – VII-Verg 24/18.

741 VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 9.8.2018 – VK 2-11/18.

742 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.7.2018 – VII-Verg 24/18; OLG Naumburg, Beschluss v. 1.3.2021 – 7 Verg 1/21.

743 VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 9.8.2018 – VK 2-11/18.

744 OLG Frankfurt/M., Beschluss v. 30.3.2021 – 11 Verg 18/20.

745 VK Südbayern, Beschluss v. 27.2.2019 – Z3-3-3194-1-44-11/18.

ten Stelle gesprochen werden kann. Zumal das Standardformular hier eine klare Vorgabe macht und die Rechtsprechung zur Verlinkung von Eignungskriterien letztlich ein „Entgegenkommen“ darstellt, das weder dem Wortlaut des § 122 Abs. 4 S. 2 GWB noch dem Wortlaut des § 48 Abs. 1 VgV entnommen werden kann. Vor diesem Hintergrund sollte die Verlinkung auf die Eignungskriterien die absolute Ausnahme sein.

Sofern Auftraggeber dennoch die Möglichkeit einer Verlinkung wahrnehmen, ist darauf zu achten, dass die Verlinkung im Nachhinein, d.h. gegebenenfalls auch während eines Nachprüfungsverfahrens, noch nachvollzogen werden kann. **Funktioniert** der Link nach Ablauf der Angebotsabgabefrist nicht mehr, gehen derartige Unklarheiten zu Lasten des Auftraggebers.⁷⁴⁶ **299**

3. Umgang mit technischen Problemen

Treten beim Betrieb der verwendeten elektronischen Mittel technische Schwierigkeiten auf, z.B. bei der Angebotseinreichung, so ist für deren Folgenbeurteilung zu prüfen, wessen Sphäre sie zuzuordnen sind. Schwierigkeiten auf Auftraggeberseite gehen ebenso zu dessen Lasten, wie vom Bieter zu verantwortende Schwierigkeiten zu Lasten des Bieters gehen.⁷⁴⁷ Der **Verantwortungsbereich** des Auftraggebers beginnt oder endet dabei am Übergabepunkt, also dort, wo die Daten seinen technischen Einflussbereich betreten bzw. verlassen.⁷⁴⁸ **300**

So hat der **Bieter** dafür zu sorgen, dass seine Hard- und Software korrekt installiert ist und auf dem aktuellsten Stand gehalten wird. Ebenso hat der Bieter dafür Sorge zu tragen, dass seine allgemeine Netzwerkumgebung und Internetverbindung leistungsfähig genug sind, die erforderliche Datenmenge zu transportieren und in erforderlichem Maß mit der Vergabeplattform zu kommunizieren.⁷⁴⁹ Ist für das Hochladen der Angebote eine App erforderlich, stellt diese eine Anwendungssoftware dar, die auf dem PC des Nutzers implementiert wird. Entsprechend hat der Auftraggeber auf deren Funktionieren keinen Einfluss, die App liegt in der Sphäre des Bieters. Ein Nicht-Vertreten-Müssen des Bieters wäre in dieser Konstellation nur dann anzunehmen, wenn erwiesenermaßen eine von der Vergabestelle zu vertretende Fehlfunktion des elektronischen Systems vorgelegen hätte.⁷⁵⁰ Die Bieter müssen mithin gewährleisten, dass erstens die von ihnen eingesetzte Technik voll funktionsfähig ist und, dass zweitens die Angebotsabgabe rechtzeitig begonnen wird. Die Übermittlung der Angebote „auf den letzten Drücker“ wird bei technischen Problemen zu Lasten der Unternehmen berücksichtigt.⁷⁵¹ Zwar tragen die Bieter das Risiko dafür, dass die von ihnen zum Einsatz kommende IT-Infrastruktur voll funktionsfähig ist. Allerdings korrespondiert dazu die Verpflichtung der Auftraggeber, den Bieterunternehmen sämtliche notwendigen Informationen über die technischen Parameter der von ihnen ausgewählten Plattform-Software zu übermitteln (vgl. § 11 Abs. 3 Nr. 2 VgV). **301**

4. Textform nach § 126b BGB

Die **Textform** nach § 126b BGB verlangt – als Formerfordernis mit den niedrigsten Vorgaben – eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist und die auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben wird. **302**

Bezüglich der **Nennung der Person** des Erklärenden genügt bei natürlichen Personen jedenfalls die Namensnennung (§ 12 BGB), bei juristischen Personen und Handelsgesellschaften der Firmenname (§ 17 HGB). Auch im vergaberechtlichen Kontext ist es bei juristischen Personen und Handelsgesellschaften nicht erforderlich, neben dem Firmennamen auch noch die den Namen der für die Firma handelnden Person zu benennen.⁷⁵² Es ist nicht nachvollziehbar, **303**

746 VK Südbayern, Beschluss v. 27.2.2019 – Z3-3-3194-1-44-11/18.

747 VK Südbayern, Beschluss v. 14.10.2019 – Z3-3-3194-1-15-05/19.

748 VK Südbayern, Beschluss v. 19.3.2018 – Z3-3-3194-1-54-11/17.

749 VK Sachsen, Beschluss v. 27.2.2020 – 1/SVK/041-19.

750 VK Bund, Beschluss v. 29.5.2020 – VK 2-19/20.

751 VK Bund Beschluss v. 29.5.2020 – VK 2-19/20.

752 So für den Bereich des Verbraucherschutzes BGH, Urteil v. 7.7.2010 – VIII ZR 321/09.

wenn die aus Gründen der Vereinfachung zur Regel gemachte Textform im Sinne des § 126b BGB wieder zunichte gemacht wird, indem der Name der handelnden Person verlangt wird. Es sollte daher auf wenige Fälle beschränkt bleiben, dass bei juristischen Personen und Handelsgesellschaften neben der Firma auch der Name der für die Firma handelnden Person verlangt wird. In Frage kämen z. B. Vergabeverfahren mit einem überdurchschnittlich hohen Auftragswert oder Verfahren, die auf Seiten des Auftraggebers mit einem übermäßigen Aufwand an Personal- und Zeitressourcen verbunden sind. In diesen Fällen ist zumindest nachvollziehbar, dass Auftraggeber Kenntnis darüber haben möchten, wer für das Bieterunternehmen gehandelt hat. Allerdings müsste sich der Auftraggeber dann auch Nachweise über die Vertretungsbefugnis der für die Firma handelnden Person vorlegen lassen. Andernfalls ist die Nennung der handelnden Person nur von geringer Bedeutung und bloße Förmerei.

- 304** Fordert der Auftraggeber einerseits die elektronische Übermittlung der Angebote in Textform nach § 126b BGB und finden sich andererseits auf einzelnen Formularen **Unterschriftenzeilen**, muss der Bieter die auszufüllenden Formblätter nicht ausdrucken, unterschreiben und anschließend wieder einscannen. Den Anforderungen an die Textform ist in diesen Konstellationen genüge getan, wenn die Textfelder auf den Formblättern sämtlich maschinenschriftlich ausgefüllt werden.⁷⁵³

5. Wahrung des Geheimwettbewerbs

- 305** Zum Schutz des Geheimwettbewerbs dürfen Auftraggeber erst nach Ablauf der Angebotsfrist vom Inhalt der Angebote Kenntnis nehmen. Bis zu diesem Zeitpunkt sind Angebote verschlüsselt aufzubewahren (vgl. §§ 54, 55 VgV, § 13 EU Abs. 1 Nr. 2, § 14 EU Abs. 1 VOB/A). Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 13 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A ist die Datenintegrität und Vertraulichkeit nicht nur durch verschlüsselte Aufbewahrung sicherzustellen, vielmehr sind Angebote verschlüsselt zu übermitteln.
- 306** Sofern ein Angebot **unverschlüsselt** übermittelt wird, führt dies zum Ausschluss vom weiteren Verfahren und zwar unabhängig davon, ob den Bieter ein Verschulden trifft. Grundsätzlich kann der Mangel einer unverschlüsselten Angebotseinreichung auch nicht dadurch geheilt werden, dass das Angebot nochmals verschlüsselt eingereicht wird. Das nachfolgend verschlüsselte Angebot ist mit dem Mangel irreversibel „infiziert“.⁷⁵⁴ Zwar finden sich in der Rechtsprechung Stimmen, die eine „Infizierung“ nicht in jedem Fall annehmen. Insbesondere sei ein Angebotsausschluss dann unverhältnismäßig, wenn der Auftraggeber vom ersten, unverschlüsselten Angebot keine Kenntnis genommen hätte und der Bieter das Angebot noch rechtzeitig, mithin vor Ablauf der Angebotsabgabefrist, verschlüsselt eingereicht habe. Eine rein abstrakte Gefährdung des Geheimschutzes sei für einen Angebotsausschluss nicht ausreichend.⁷⁵⁵ Dies mag zwar im Einzelfall zutreffend sein. Allerdings kann dies nur dann gelten, wenn der Auftraggeber ohne Zweifel nachweisen kann, dass er tatsächlich keine Kenntnis vom Angebotsinhalt hatte. Hier sind hohe Anforderungen zu stellen. Zudem ist eine derartige Betrachtung nur im Rahmen der VgV denkbar. Im Bereich der VOB/A steht der eindeutige Wortlaut des § 13 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A dem entgegen. Bieter sollten daher tunlichst vermeiden, ungefragt unverschlüsselte Angebote einzureichen. Dies gilt selbst dann, wenn die Vergabeplattform nicht erreichbar ist. Denn auch im Anwendungsbereich der VgV gilt, dass das Angebot letztendlich verschlüsselt eingereicht werden muss. Das Erfordernis einer verschlüsselten Angebotsübermittlung wird von den Plattformanbietern dergestalt gelöst, dass strukturell zwischen der Abgabe von Angeboten auf der einen und der sonstigen Kommunikation auf der anderen Seite unterschieden wird. Eine solche systematische Trennung ist nicht zu beanstanden. Ein derartiger struktureller Aufbau einer Vergabeplattform ist ausreichend deutlich, um die Unternehmen hinzuleiten, ihre Angebote im Bereich „Angebote“ abzugeben.⁷⁵⁶

⁷⁵³ OLG Naumburg, Beschluss v. 4.10.2019 – 7 Verg 3/19.

⁷⁵⁴ OLG Karlsruhe, Beschluss v. 17.3.2017 – 15 Verg 2/17.

⁷⁵⁵ OLG Frankfurt, Beschluss v. 18.2.2020 – 11 Verg 7/19 (im Bereich der VgV).

⁷⁵⁶ VK Niedersachsen, Beschluss v. 11.12.2018 – VgK-50/2018.

Selbstverständlich müssen auch elektronisch eingereichte **Teilnahmeanträge** verschlüsselt sein. Diese Verpflichtung wird verletzt, wenn der Bewerber seinen Teilnahmeantrag in der für den Auftraggeber jederzeit frei zugänglichen Rubrik „Bieterkommunikation“ im Web-Frontend („Projektraum“) des Vergabeportals einstellt.⁷⁵⁷ **307**

6. Zugang des Informationsschreiben gemäß § 134 GWB

Der Informationspflicht des § 134 GWB war lange Zeit nicht genüge getan, wenn ein Auftraggeber auf der von ihm genutzten E-Vergabeplattform eine Information nach Maßgabe des § 134 GWB einstellt und die Bieter ohne nähere Angabe lediglich per Mail darüber informiert, dass eine Information betreffend das Vergabeverfahren bereitgestellt worden sei.⁷⁵⁸ Zu Recht wird dies inzwischen differenzierter betrachtet. Danach sind die Vorgaben des § 134 GWB erfüllt, sofern die Information **308**

1. den Machtbereich des Sendenden derart verlassen hat, dass sie von diesem nicht mehr gelöscht, verändert oder zurückgerufen werden kann,
2. in Textform, mithin speicherbar und für eine angemessene Dauer verfügbar ist, und
3. in einem nur dem Empfänger zuzurechnenden sicheren Bereich vergleichbar einem Postfach (Benutzerkonto), über das die gesamte Verfahrenskommunikation abgewickelt wird, eingelegt wird.⁷⁵⁹

Unter den vorstehenden Bedingungen vermag das Einstellen einer Vorabinformation in das Postfach des Bieters auf einer Vergabeplattform nunmehr auch die Wartefrist des § 134 Abs. 2 GWB auszulösen. In die Entscheidungen der VK Saarland⁷⁶⁰ und VK Sachsen⁷⁶¹ reiht sich thematisch nun auch ein Beschluss der VK Münster⁷⁶² ein. Danach gilt eine Nachricht, die in das Postfach eines Bieters auf einer Vergabeplattform eingestellt wird, als zugegangen – zumindest dann, wenn es nur auf das Versenden und den Zugang der Nachricht ankommt und darüber hinaus keine weiteren Inhalte oder Formerfordernisse zu beachten sind.

F. Anspruch auf Einhaltung der Vergabebestimmungen (Abs. 6)

Gemäß § 97 Abs. 6 GWB haben die Unternehmen einen Anspruch darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden. **309**

I. Allgemeines

1. Unionsrechtlicher Hintergrund

Die Vorschrift ist die Reaktion des deutschen Gesetzgebers auf die Forderungen der Europäischen Kommission und des EuGH.⁷⁶³ Diese bemängelten die haushaltsrechtliche Lösung, nach der den Unternehmen keine einklagbare Ansprüche auf die Einhaltung der Vergabebestimmungen zustehen sollten.⁷⁶⁴ Der mit den europäischen Vergaberichtlinien beabsichtigte Schutz der Unternehmen werde nicht wirksam erreicht, „wenn der Bieter sich nicht gegenüber dem Auftraggeber auf diese Vorschrift berufen und gegebenenfalls deren Verletzung vor den nationalen Gerichten geltend machen kann.“⁷⁶⁵ **310**

757 VK Niedersachsen, Beschluss v. 11.12.2018 – VgK-50/18.

758 VK Südbayern, Beschluss v. 29.3.2019 – Z3-3-3194-1-07-03/19.

759 VK Saarland, Beschluss v. 22.3.2021 – 1 VK 6/20; VK Sachsen, Beschluss v. 27.8.2021 – 1/SVK/043-20.

760 VK Saarland, Beschluss v. 22.3.2021 – 1 VK 6/20.

761 VK Sachsen, Beschluss v. 27.8.2021 – 1/SVK/043-20.

762 VK Münster Beschluss v. 31.3.2021 – VK 1-09/21.

763 Vgl. dazu EuGH, Urteil v. 11.8.1995 – Rs. C-433/93.

764 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, Zweites Gesetz zur Änderung des Haushaltsgrundsatzgesetzes, BT-Drs. 12/4636, 12.

765 EuGH, Urteil v. 11.8.1995 – Rs. C-433/93, Rn. 19.

2. Historie

- 311** § 97 Abs. 6 GWB entspricht weitestgehend der Vorgängerregelung in § 97 Abs. 7 GWB a.F. Lediglich der Wortlaut hat sich geringfügig dahingehend verändert, dass der Anspruchsinhalt nur noch passivisch formuliert ist und nicht mehr benannt wird, gegen wen die Unternehmen einen Anspruch auf Einhaltung der Vergabebestimmungen haben. Der Hintergrund dieser Änderung ist nicht überliefert. Eine inhaltliche Bedeutung kommt ihr aber offensichtlich nicht zu. Ausweislich der Gesetzesbegründung⁷⁶⁶ geht der Gesetzgeber – irrtümlich – sogar davon aus, die Regelung aus § 97 Abs. 7 GWB a.F. „wortgleich“ übernommen zu haben.

II. Anspruch

- 312** Der Anspruch der Unternehmen auf die Einhaltung der Vergabebestimmungen ist ein **subjektives Recht**. Dieses Recht können Unternehmen unter den Voraussetzungen der §§ 160 ff. GWB vor den Vergabekammern geltend machen. Die Vergabekammer kann im Fall eines festgestellten Verstoßes mittels geeigneter Maßnahmen den Auftraggeber zur Einhaltung der Bestimmungen des Vergabeverfahrens zwingen (§ 168 Abs. 1 S. 1 GWB). Das subjektive Recht ist nach der Gesetzesbegründung konstitutiv.⁷⁶⁷ Der Anspruch der Unternehmen folgt daher nicht aus den objektiven Verfahrenspflichten der Auftraggeber nach den vergaberechtlichen Bestimmungen. Erst § 97 Abs. 6 GWB verleiht den Unternehmen eine subjektive Rechtsposition.
- 313** Nach der Regelung haben die **Unternehmen** einen Anspruch auf die Einhaltung der Vergabebestimmungen. Zur Auslegung des Begriffs kann auf die Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 4 WRRegG zurückgegriffen werden. Danach ist ein Unternehmen jede natürliche oder juristische Person oder eine Gruppe solcher Personen, die auf dem Markt die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von sonstigen Leistungen anbietet.⁷⁶⁸ Hierzu können insbesondere auch öffentliche Einrichtungen gehören, die sich auf dem Markt betätigen.⁷⁶⁹ Anspruchsinhaber sind entgegen der Gesetzesbegründung⁷⁷⁰ nicht allein die Verfahrensteilnehmer. Die formale Stellung eines Unternehmens als Bewerber oder Bieter ist nicht erforderlich.⁷⁷¹ Vielmehr muss der Rechtsschutz durch ein Nachprüfungsverfahren und mithin auch eine subjektive Rechtsposition auch jedem potentiellen Teilnehmer zur Verfügung stehen.⁷⁷²
- 314** § 97 Abs. 6 GWB teilt nicht mit, **gegen wen** das Unternehmen den Anspruch auf Einhaltung der Vergabebestimmungen hat. Die Vorgängerregelung in § 97 Abs. 7 GWB a.F. benannte hierzu noch ausdrücklich den „Auftraggeber“. Der Anspruch richtet sich gegen den jeweiligen Pflichtenträger. Nach §§ 98 ff. GWB sind die Auftraggeber verpflichtet, öffentliche Aufträge und Konzessionen nach den Bestimmungen des Teil 4 des GWB zu vergeben. Hieraus ergibt sich zwanglos, dass der Anspruch gegen den Auftraggeber gerichtet ist, auch wenn dies nicht mehr ausdrücklich geregelt ist. Der Auftraggeber bleibt zur Einhaltung der Vergabebestimmungen auch dann verpflichtet, wenn er sich bei der Verfahrensdurchführung eines Dritten bedient. Der Anspruch ist nicht gegen die Dritten gerichtet.

⁷⁶⁶ Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 6 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 69.

⁷⁶⁷ Vgl. Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 6 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 69.

⁷⁶⁸ Vgl. auch die Bestimmung des Begriffs „Unternehmer“ in Art. 1 Abs. 8 UAbs. 1 RL 2004/18/EG.

⁷⁶⁹ Vgl. zur Frage der Beteiligung solcher Einrichtungen am Vergabeverfahren: EuGH, Urteil v. 6.10.2015 – Rs. C-203/14 (Consorti Sanitari del Maresme); Urteil v. 18.12.2014 – Rs. C-568/13 (Data Medical Service); OLG Düsseldorf, Beschluss v. 7.8.2013 – VII-Verg 14/13.

⁷⁷⁰ So aber die Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 6 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 69.

⁷⁷¹ Vgl. EuGH, Urteil v. 11.1.2005 – Rs. C-26/03 (Stadt Halle), Rn. 40.

⁷⁷² EuGH, Urteil v. 11.1.2005 – Rs. C-26/03 (Stadt Halle), Rn. 40; Urteil v. 24.6.2004 – Rs. C-212/02 (Kommission/Österreich), Rn. 24.

III. Bestimmungen über das Vergabeverfahren

§ 97 Abs. 6 GWB gibt den Unternehmen einen Anspruch auf die Einhaltung der **Bestimmungen über das Vergabeverfahren**. Welche Bestimmungen dies sind, wird vom Gesetz nicht spezifiziert. Die Systematik des Gesetzes streitet dafür, dass es sich hierbei jedenfalls um Bestimmungen handelt, die in Teil 4 GWB enthalten sind. Hierzu sind auch die Regelungen in den Verordnungen zu zählen, die aufgrund von § 113 und § 114 Abs. 2 S. 3 GWB ergangen sind. Dies sind die Bestimmungen in der VgV, SektVO, VSVgV, KonzVgV, VergStatVO und in den Abschnitten 2 und 3 VOB/A, die über § 2 S. 2 VgV bzw. § 2 Abs. 2 S. 2 VSVgV einbezogen sind. Hierüber hinaus sind alle weiteren Bestimmungen erfasst, die den rechtlichen Rahmen der Verfahrensdurchführung betreffen. Dies gilt beispielsweise für die in § 124 Abs. 2 GWB genannten Bestimmungen und die Bestimmungen des WRegG. Unzutreffend, da ungenau ist der Ansatz in der Rechtsprechung⁷⁷³, wonach „*alle Regelungen, die mit dem formellen und materiellen Vergaberecht in Zusammenhang stehen*“, zu den Bestimmungen über das Vergabeverfahren zählen. Dies kann nämlich jedenfalls nicht für solche Bestimmungen gelten, die ausschließlich Vergabeverfahren außerhalb des Anwendungsbereichs von Teil 4 GWB betreffen.

Unerheblich ist, ob es sich hierbei um Bestimmungen handelt, die auf **unionsrechtliche Vorgaben** zurückgehen. Eine Einschränkung auf solche Bestimmungen ist im Gesetzgebungsprozess erwogen, jedoch aufgrund der „*bei einer solchen Zerlegung erhebliche[n] praktische Probleme, die einen schnellen Rechtsschutz bei Vergabeverfahren nicht mehr erwarten ließen*“⁷⁷⁴, verworfen worden. § 97 Abs. 6 GWB ist darüber hinaus unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass auch die Unternehmen einen Anspruch auf die Einhaltung derjenigen Bestimmungen der EU-Vergaberichtlinien haben, denen aufgrund defizitärer Umsetzung eine unmittelbare Wirkung zukommt.

Für Bestimmungen, die nicht das Vergabeverfahren betreffen (sog. **außervergaberechtliche Bestimmungen**), gibt § 97 Abs. 6 GWB e contrario keinen Anspruch auf Einhaltung. Solche Bestimmungen können jedoch als Anknüpfungsnormen im Rahmen einer Inzidentkontrolle zu prüfen sein.⁷⁷⁵ So können etwa Bestimmungen des Umsatzsteuerrechts bei der Prüfung eines ungewöhnlich niedrigen Angebots (z. B. nach § 60 VgV),⁷⁷⁶ entsorgungsrechtliche Bestimmungen bei der Prüfung des Vorliegens einer Bereichsausnahme nach § 116 Abs. 1 Nr. 6 GWB⁷⁷⁷ oder kartellrechtliche Bestimmungen bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Einkaufsgemeinschaft⁷⁷⁸ zu berücksichtigen sein.

Die vom Wortlaut her sehr weit gefasste Norm ist mit der h.M.⁷⁷⁹ nach ihrem Sinn und Zweck zu **begrenzen**. Der in § 97 Abs. 6 GWB festgelegte Anspruch kann nur so weit gehen, wie das jeweilige Unternehmen durch die Missachtung vergaberechtlicher Bestimmungen in seinen berechtigten Belangen nachteilig betroffen ist. Die angebliche Missachtung von Normen, die lediglich Ordnungsfunktion haben oder lediglich den Interessen der Allgemeinheit dienen, können daher nicht zu einer Überprüfung des Vergabeverfahrens führen.⁷⁸⁰ Dies entspricht der gesetzgeberischen Intention, wonach der Anspruch „*nur soweit gehen [können], soweit eine bestimmte vergaberechtliche Vorschrift gerade auch den Schutz des potentiellen Auf-*

773 OLG Karlsruhe, Beschluss v. 1.4.2011 – 15 Verg 1/11.

774 Gesetzesbegründung zu § 106 Abs. 6 GWB-E, VgRÄG, BT-Drs. 13/9340, 14 f.

775 Vgl. BGH, Beschluss v. 18.6.2012 – X ZB 9/11; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 1.8.2012 – VII-Verg 105/11.

776 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 6.2.2013 – VII-Verg 32/12.

777 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 6.2.2013 – VII-Verg 32/12.

778 Vgl. VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 7.1.2003 – 1 VK 68/02; anders VK Düsseldorf, Beschluss v. 31.10.2007 – VK-31/07-L.

779 KG, Beschluss v. 7.8.2015 – Verg 1/15; OLG Karlsruhe, Beschluss v. 22.7.2011 – 15 Verg 8/11; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 17.3.2004 – VII-Verg 3/04; VK Niedersachsen, Beschluss v. 1.2.2016 – VgK-51/2015; Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 110; a.A. OLG Brandenburg, Beschluss v. 3.8.1999 – 6 Verg 1/99; Dörr, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, § 97 Abs. 6 GWB Rn. 35 ff., Bungenberg/Schelhaas, in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 11 ff.; offen gelassen von BGH, Beschluss v. 26.9.2006 – X ZB 14/06.

780 Siehe eingehend zum Anspruch der Bieter: Kalinowsky, Der Anspruch der Bieter auf Einhaltung des Vergaberechts nach § 97 Abs. 7 GWB.

*tragnehmers bezweckt.*⁷⁸¹ Der unternehmensschützende Charakter ist jedenfalls für solche Bestimmungen zu bejahen, welche die vergaberechtlichen Grundsätze aus § 97 Abs. 1 und 2 GWB konkretisieren,⁷⁸² was für die meisten Bestimmungen anzunehmen sein dürfte. Abgelehnt wurde der unternehmensschützende Charakter hingegen in der Rechtsprechung insbesondere für

- die Vorgabe zur Berücksichtigung der Energieeffizienz (§ 4 Abs. 4 bis 6 lit. b VgV a.F.), da diese nicht dem Schutz des Wettbewerbs, sondern allgemeinen umweltpolitischen Zielen diene.⁷⁸³
- die Vorgabe, dass für die Vergabe von Bauleistungen eine einheitliche Ausführung und zweifelsfreie umfassende Haftung für Mängelansprüche erreicht werden soll, weil dies lediglich im Interesse des Auftraggebers an einer reibungslosen Abwicklung des Auftrags liege.⁷⁸⁴
- die Vorgabe, wonach öffentliche Aufträge über Dienstleistungen, für deren Erbringung ein Mindestentgelt durch einen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag festgesetzt ist, nur an Unternehmen vergeben werden dürfen, die bei Angebotsabgabe schriftlich erklären, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung der Leistung mindestens dieses Mindestentgelt nach den dort jeweils vorgesehenen Bedingungen zu zahlen (§ 4 Abs. 1 NTVergG a.F.).⁷⁸⁵
- die Vorgabe, wonach bei der Vergabe von Verträgen zur Hilfsmittelversorgung die Qualität der Hilfsmittel sowie die notwendige Beratung der Versicherten und sonstige erforderliche Dienstleistungen sicherzustellen und für eine wohnortnahe Versorgung der Versicherten zu sorgen ist (§ 127 Abs. 1 S. 2 SGB Va.F.), weil diese allein den Interessen der Versicherten zur Sicherstellung der Qualität der Hilfsmittel, der Beratung und einer wohnortnahe Versorgung sowie im Interesse der Krankenkasse der Förderung des Preiswettbewerbs im Hilfsmittelbereich und damit einer sparsamen Mittelverwendung diene.⁷⁸⁶
- die Vorschriften über die Vergabebekanntmachung.⁷⁸⁷

Darüber hinaus ist der unternehmensschützende Charakter für Regelungen zu Statistikzwecken wie denjenigen der VergStatVO oder allgemein beschaffungssteuernden Vorschriften wie denjenigen des SaubFahrzeugBeschG abzulehnen.

Anlage

Gesetzesbegründung – VergRModG 2016 (BT-Drs. 18/6281)

Seite 67

Zu Beginn des Teils 4 führt § 97 wie bisher in die wesentlichen Grundsätze der Vergabe ein. Dabei wurde die Vorschrift zur Umsetzung der Richtlinie 2014/23/EU um Aspekte der Konzessionsvergabe ergänzt. Im Unterschied zu früher sind die bislang in § 97 Absatz 6 und § 127 GWB enthaltenen Verordnungsermächtigungen und die bislang in § 97 Absatz 4 bis 6 GWB enthaltenen Vorgaben zu Eignung, Zuschlag und Ausführungsbedingungen öffentlicher Aufträge nunmehr in § 113 und §§ 122 ff. geregelt.

781 Gesetzesbegründung zu § 106 Abs. 6 GWB a.F., VgRÄG, BT-Drs. 13/9340, 14.

782 Vgl. auch *Knauff*, in: *Säcker/Ganske/Knauff, Wettbewerbsrecht*, § 97 GWB Rn. 403.

783 Vgl. VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 13.11.2015 – VK 1-16/15.

784 Für § 5 EG Abs. 1 VOB/A KG, Beschluss v. 7.8.2015 – Verg 1/15; siehe zu § 5 EU Abs. 1 VOB/A *Stickler*, in: *Kapellmann/Messerschmidt, VOB*, § 5 EU VOB/A Rn. 32.

785 VK Niedersachsen, Beschluss v. 1.2.2016 – VgK-51/2015.

786 VK Bund, Beschluss v. 17.4.2014 – VK 1-22/14.

787 Vgl. zu § 17 Abs. 1 VOF 2000 OLG Jena, Beschluss v. 16.1.2002 – 6 Verg 7/01; zu § 39 VgV *Conrad*, in: *Müller-Wrede, VgV/UVgO*, § 39 VgV Rn. 76; zu § 38 SektVO *Knauff*, in: *Müller-Wrede, SektVO*, § 38 Rn. 37; *Hofmann*, in: *Müller-Wrede, KonzVgV*, § 21 Rn. 16.

Zu Absatz 1

§ 97 Absatz 1 entspricht zu Wettbewerb und Transparenz der bisherigen Regelung und wurde zum Zwecke der Klarstellung um den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit ergänzt. Gemäß § 97 Absatz 1 Satz 1 werden öffentliche Aufträge und Konzessionen im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben. Nach wie vor gewährleistet die Organisation größtmöglichen Wettbewerbs die breite Beteiligung der Wirtschaft an der Versorgung der öffentlichen Hand und sorgt für einen sparsamen, effizienten und effektiven Einsatz von öffentlichen Mitteln. Die Einhaltung transparenter Verfahren dient zugleich auch der Korruptionsprävention und der Verhinderung anderer unlauterer Verhaltensweisen. In § 97 Absatz 1 Satz 2 wird nunmehr klargestellt, dass bei der Vergabe die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt

Seite 68

werden. Damit wird der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, der bislang im Hinblick auf verschiedene Aspekte der Zuschlagserteilung in § 97 Absatz 5 und § 101 Absatz 6 GWB („wirtschaftlichstes Angebot“) und § 115 Absatz 2 Satz 1, § 118 Absatz 2 Satz 1, § 121 Absatz 1 Satz 2 GWB („wirtschaftliche Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers“) berücksichtigt war, als allgemeiner Grundsatz des Vergabeverfahrens hervorgehoben. Auch Artikel 41 der Richtlinie 2014/23/EU, Artikel 67 der Richtlinie 2014/24/EU, Artikel 82 der Richtlinie 2014/25/EU stellen im Zusammenhang mit dem Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot bzw. auf den wirtschaftlichen Gesamtvorteil ab. Dass öffentliche Auftraggeber bei ihren Beschaffungsaktivitäten auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren müssen, insbesondere bei den Anforderungen an die Leistungsbeschreibung, die Eignung, den Zuschlag und die Ausführungsbedingungen, folgt ausdrücklich aus Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU, Artikel 18 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikel 36 der Richtlinie 2014/25/EU. Durch die klarstellende Aufnahme des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit Blick auf die Anforderungen an das Vergabeverfahren wird das umfassende Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers nicht angetastet; dieser bestimmt auch weiterhin selbst, welche konkrete Leistung seinem Beschaffungsbedarf am besten entspricht.

Zu Absatz 2

§ 97 Absatz 2 greift den Regelungsgehalt des bisherigen § 97 Absatz 2 GWB fast wörtlich auf. Danach gehört die Gleichbehandlung der Bieter zu den elementaren Grundsätzen des deutschen Vergaberechts. Nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz müssen etwa alle am Verfahren beteiligten Unternehmen denselben Zugang zu Informationen haben; an sie sind dieselben Bewertungsmaßstäbe zu legen. Eine Ungleichbehandlung ist nur dann gestattet, wenn sie aufgrund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet ist. Eine Diskriminierung aufgrund der Herkunft eines Bieters ist auszuschließen, wobei nicht zwischen Bietern aus Deutschland, aus EU-Staaten oder aus Nicht-EU-Staaten unterschieden wird.

Zu Absatz 3

Durch die Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU wird die Einbeziehung strategischer Ziele bei der Beschaffung umfassend gestärkt. In jeder Phase eines Verfahrens, von der Definition der Leistung über die Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bis hin zur Vorgabe von Ausführungsbedingungen, können qualitative, soziale, umweltbezogene oder innovative (nachhaltige) Aspekte einbezogen werden. Mit Blick auf die Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Waren oder die Berücksichtigung der Belange von Menschen mit Behinderung bei der Definition der Leistung sind vom öffentlichen Auftraggeber sogar zwingende Vorgaben zu machen. Diesem Umstand trägt § 97 Absatz 3 Rechnung, indem bereits bei den Grundsätzen der Auftragsvergabe auf diese Möglichkeit für den Auftraggeber hingewiesen wird. Die konkrete Ausgestaltung der Möglichkeiten zur Einbeziehung strategischer Ziele erfolgt bei den jeweiligen gesetzlichen Einzelvorschriften sowie in den Rechtsverordnungen, die auf der Grundlage dieses Teils erlassen werden.

Zu Absatz 4

§ 97 Absatz 4 entspricht wortgleich dem bisherigen § 97 Absatz 3 GWB. Danach sind die Interessen mittelständischer Unternehmen vornehmlich zu berücksichtigen, indem öffentliche Aufträge in Form von Losen vergeben werden müssen, sofern nicht eine Gesamtvergabe aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen erforderlich ist. Damit geht Absatz 4 zwar über die von Artikel 46 der Richtlinie 2014/24/EU geforderte bloße Begründungspflicht zur Losaufteilung hinaus. Artikel 46 Absatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU stellt aber klar, dass strengere Anforderungen an die Losaufteilung – wie sie im GWB vorgesehen werden – zulässig sind.

Zu Absatz 5

§ 97 Absatz 5 setzt den Grundsatz der elektronischen Kommunikation im Vergabeverfahren des Artikels 29 Absatz 1 der Richtlinie 2014/23/EU, Artikels 22 Absatz 1 Unterabsatz 1 Satz 1 der Richtlinie 2014/24/EU und Artikels 40 Absatz 1 Unterabsatz 1 Satz 1 der Richtlinie 2014/25/EU um. In jedem Stadium eines Vergabeverfahrens sollen sowohl die Auftraggeber als auch die Unternehmen grundsätzlich elektronische Mittel nutzen. Mit dieser grundsätzlichen Vorgabe zur Nutzung elektronischer Mittel sind Ausnahmen wie zum Beispiel im Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/81/EG ebenso erfasst wie die in den Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU vorgesehenen Übergangsfristen. Die elektronische Kommunikation betrifft insbesondere die elektronische Erstellung und Bereitstellung der Bekanntmachung und der Vergabeunterlagen, die elektronische Angebotsabgabe sowie die elektronische Vorbereitung des Zuschlags.

Die Umstellung auf die elektronische Kommunikation ist zwingend, und zwar unabhängig vom Liefer- oder Leistungsgegenstand, der der Vergabe zugrunde liegt. Es ist im Zusammenhang mit der Einführung der elektronischen Kommunikation unerheblich, ob im Einzelfall eine Bau- oder Dienstleistung oder eine Lieferung vergeben wird.

Seite 69

Mit der Pflicht zur Umstellung auf den Einsatz von IKT im Vergabeverfahren ist nicht die Pflicht zur Verwendung spezifischer Programme oder Hilfsmittel der IKT, wie zum Beispiel Programmen zur Gebäudedatenmodellierung (so genannte BIM-Systeme), verbunden. Die Entscheidung über den Einsatz solcher spezifischer Programme oder Hilfsmittel der IKT treffen allein die Auftraggeber. Die öffentlichen Auftraggeber müssen, von spezifischen Sonderfällen abgesehen, elektronische Kommunikationsmittel nutzen, die nichtdiskriminierend, allgemein verfügbar sowie mit den allgemein verbreiteten Erzeugnissen der Informations- und Kommunikationstechnologien kompatibel sind und den Zugang der Wirtschaftsteilnehmer zum Vergabeverfahren nicht einschränken. Dabei ist den besonderen Bedürfnissen von Menschen mit Behinderungen hinreichend Rechnung zu tragen.

Ab dem 18. April 2016 dürfen EU-weite Bekanntmachungen nur noch elektronisch beim Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union eingereicht werden. Die Bekanntmachungen müssen zwingend eine Internetadresse enthalten, unter der sämtliche Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt und vollständig direkt mithilfe von IKT abgerufen werden können. Ausnahmen gelten ausschließlich für diejenigen Bestandteile der Vergabeunterlagen, die nicht mithilfe allgemein verfügbarer IKT elektronisch abgebildet werden können oder hinsichtlich derer durch die neuen EU-Vergaberichtlinien eng umrissene Sicherheitsbedenken geltend gemacht werden können.

Im weiteren Verfahren ist bis spätestens 18. April 2017 (zentrale Beschaffungsstellen) bzw. 18. Oktober 2018 (andere als zentrale Beschaffungsstellen) auch das Einreichungsverfahren ausnahmslos IKT-basiert auszugestalten. Andere als elektronische Angebote dürfen nach den vorgenannten Stichtagen, außer in wenigen Ausnahmefällen, nicht mehr entgegengenommen und im Vergabeverfahren berücksichtigt werden. Es wird in diesem Zusammenhang nicht zwischen zentralen und anderen als zentralen Beschaffungsstellen auf den verschiedenen Verwaltungsebenen unterschieden.

§ 97 Absatz 5 beschränkt sich auf den Grundsatz der elektronischen Kommunikation, die Ausgestaltung erfolgt in den Verordnungen, die auf der Grundlage von § 113 Satz 2 Nummer 4 erlassen werden. Die unterschiedlichen Umsetzungsfristen für die Einführung der elektronischen Kommunikation,

die die EU-Richtlinien ermöglichen, werden dabei voll ausgeschöpft. Auch die Ausnahmen von der elektronischen Kommunikation werden auf Verordnungsebene geregelt.

Zu Absatz 6

§ 97 Absatz 6 entspricht wortgleich dem bisherigen § 97 Absatz 7 und vermittelt den Verfahrensteilnehmern ein konstitutiv wirkendes subjektives Recht auf Einhaltung der Bestimmungen des Vergabeverfahrens.

§ 98 GWB Auftraggeber

Auftraggeber im Sinne dieses Teils sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99, Sektorauftraggeber im Sinne des § 100 und Konzessionsgeber im Sinne des § 101.

Übersicht	Rn.
A. Allgemeines	1
I. Historie	2
II. Unionsrechtlicher Hintergrund	4
B. Bedeutung und Tragweite der Vorschrift	6
C. Allgemeine Vorgaben	10
D. Rechtsschutz	14
Anlage	
Gesetzesbegründung	

A. Allgemeines

§ 98 GWB ist eine Ausgangsnorm, die den für die Bestimmungen des Teil 4 GWB maßgeblichen Begriff des Auftraggebers definiert. 1

I. Historie

Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers im **nationalen Recht** erfuhr im Rahmen der Entwicklung des Vergaberechts stetige Änderungen. Ausgangspunkt der Definition war zunächst lediglich die Verwirklichung haushaltsrechtlicher Ziele. Eine Außenwirkung in Form einer Rechts- oder Anspruchsgrundlage bestand daher lange Zeit nicht. Erstmals wurde 1993 in § 57a HGRG eine verbindliche Regelung geschaffen. Die Norm enthielt eine Definition des Auftraggeberbegriffs entsprechend der zeitgenössischen Vergaberichtlinie, ein subjektives Recht vermittelte diese Regelung (freilich in Widerspruch zur RL 89/665/EWG) nicht. 1999 wurde der Auftraggeberbegriff erstmals in seiner heutigen Form im GWB normativ fixiert. In den Jahren 2006, 2009 und schließlich 2016 wurde der Begriff mehrmals überarbeitet, um den Anforderungen der jeweils gültigen EU-Richtlinien zu entsprechen. Er umfasst nunmehr auch Sektoren- und Konzessionsauftraggeber. Die historisch dem staatlichen Bereich zugeordneten Anbieter von Telekommunikation- und Postdienstleistungen sind vom Bereich der Norm nicht (mehr) erfasst. Hintergrund ist eine umfangreiche Liberalisierung auf dem Markt. 2

Der **europäische Normgeber** war seit seiner Genese eine treibende Kraft im Hinblick auf die Regelung des Vergaberechts. Eine, wenngleich institutionelle, Definition des Begriffs des öffentlichen Auftraggebers war bereits in Art. 1b der Baukoordinierungsrichtlinie von 1971 enthalten. Im Rahmen der ersten genuinen Vergaberichtlinie RL 89/440 EWG wurde der noch heute gültige funktionelle Auftraggeberbegriff normiert. Bis 2004 existierten im europäischen Vergaberecht drei getrennte Richtlinien für den Bau- (RL 93/37/EWG), Liefer- (RL 93/36/EWG) und Dienstleistungsbereich (RL 92/50/EWG). Erst im Rahmen der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG wurden die bisher getrennten Gebiete einheitlich geregelt. Seit der letzten größeren Überarbeitung des europäischen Vergaberechts in Form der Vergaberichtlinie (RL 2014/24/EU), Sektorenrichtlinie (RL 2014/25/EU) und Konzessionsrichtlinie (RL 2014/23/EU) ist der Begriff des Auftraggebers wiederum dreigeteilt. Das auch hier von einem institutionellen Auftraggeberbegriff ausgegangen wird, ergibt sich aus Erwägungsgrund 10 RL 2014/24/EU. Hier verweist der Richtliniengeber ausdrücklich auf die einen funktionalen Auftraggeberbegriff verwendende Rechtsprechung des EuGH.¹ 3

¹ Etwa EuGH, Urteil v. 12.11.1998 – Rs. C-360-96 (Gemeente Arnhem), Rn. 61.

II. Unionsrechtlicher Hintergrund

- 4 § 98 GWB hat als Ausgangsnorm, die eher der besseren Lesbarkeit des Gesetzes als einer tatsächlichen Regelung dient, keinen direkten europäischen Hintergrund. Hintergrund der **Regelungen** der §§ 99 bis 101 GWB ist Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 RL 2014/24 EU für den „klassischen“ Auftraggeberbegriff, Art. 6 und 7 RL 2014/23/EU bezüglich des Konzessionsgebers sowie Art. 3 und 4 RL 2014/25/EU bezüglich des Sektorauftraggebers.
- 5 Aufgrund des Verweises auf die hergebrachte **Rechtsprechung** des EuGH in Erwägungsgrund 10 RL 2014/24/EU stellen auch richterrechtlich entwickelte Vorgaben bezüglich der Definition des öffentlichen Auftraggebers einen Teil des relevanten europäischen Hintergrundes dar.

B. Bedeutung und Tragweite der Vorschrift

- 6 § 98 GWB enthält als „Ausgangsnorm“ eine übersichtliche Zusammenfassung sämtlicher Auftraggeberbegriffe des GWB. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll so ein einheitlicher Auftraggeberbegriff für den Teil 4 GWB geschaffen werden.² Dieser wird in den folgenden Vorschriften einheitlich verwendet, wenn nicht Sonderregelungen für Sektorauftraggeber oder Konzessionsgeber gelten. Der Auftraggeberbegriff wird abschließend in den §§ 98 bis 101 GWB normiert. Er bestimmt den subjektiven Anwendungsbereich des Vergaberechts. Die den §§ 98 bis 101 GWB unterfallenden Stellen müssen bei Auftrags- oder Konzessionsvergaben (§§ 103 ff. GWB), welche die jeweils einschlägigen Schwellenwerte erreichen oder überschreiten, die Vorschriften des Teil 4 GWB anwenden.
- 7 **Materiellrechtliche Vorgaben** des Auftraggebers finden sich in den Folgevorschriften. Das Gesetz unterscheidet zwischen dem öffentlichen Auftraggeber (§ 99 GWB), dem Sektorauftraggeber (§ 100 GWB) und dem Konzessionsgeber (§ 101 GWB). Die §§ 99 bis 101 GWB enthalten nähere Konkretisierungen und Tatbestandsvoraussetzungen der verschiedenen in § 98 GWB aufgeführten Auftraggeberbegriffe. § 99 GWB bezieht sich ausschließlich auf den „klassischen“ öffentlichen Auftraggeber, wie ihn der EuGH seit der „Beentje“-Entscheidung definiert.³ Regelungen über den Sektorauftraggeber der bestimmte Versorgungsleistungen erbringt und auch von Privaten erfüllt werden kann (§ 102 GWB), finden sich in § 100 GWB. § 101 GWB normiert Vorgaben für den Begriff des Konzessionsgebers, bei dem als Gegenleistung keine Geldleistung, sondern die Gewährung von besonderen oder ausschließlichen Rechten steht.⁴ Die systematische Trennung der Auftraggeberbegriffe in den §§ 99 bis 101 GWB stellt sich als Fortsetzung der Aufteilung in den Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU dar.
- 8 In den dem GWB nachgeordneten **Verordnungen** der VgV, KonzVgV, VSVgV und SektVO wird nicht auf den Begriff des Auftraggebers im Sinne von § 98 GWB verwiesen. Stattdessen wird der persönliche Anwendungsbereich durch einen Verweis auf die mit §§ 99 bis 101 GWB korrespondierenden Auftraggeberbegriffe (öffentlicher Auftraggeber, Sektorauftraggeber und Konzessionsgeber) definiert. § 1 VergStatVO knüpft hingegen direkt an § 98 GWB an. Der persönliche Anwendungsbereich der VergStatVO erstreckt sich auf alle Auftraggeber i.S.d. § 98 GWB. Danach haben Auftraggeber i.S.d. § 98 GWB bei der Vergabe öffentlicher Aufträge oder einer Konzession Informationen im Umfang des § 2 VergStatVO an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zu übermitteln.
- 9 Die **UVgO** verwendet den Begriff des Auftraggebers ebenfalls. Dieser ist allerdings entgegen des ungünstig gewählten Wortlauts nicht zwingend identisch mit dem Auftraggeberbegriff des § 98 GWB. Die Definition des Begriffs des Auftraggebers im Sinne der UVgO bleibt dem individuellen Anwendungsbefehl der einzelnen Länder bzw. dem Bund vorbehalten.⁵

2 Gesetzesbegründung zu § 98 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 69.

3 EuGH, Urteil v. 20.9.1988 – Rs. 31/87 (Beentjes), Rn. 11.

4 Mohr, in: Säcker, Wettbewerbsrecht, § 101 GWB Rn. 56.

5 Amtliche Begründung zur UVgO, BAnz AT 07.02.2017 B2 S. 2.

C. Allgemeine Vorgaben

Die nationalen Behörden und Gerichte sind verpflichtet, die in den **europäischen Richtlinien** definierten Kriterien des Auftraggeberbegriffs europarechtskonform auszulegen. Dabei sind auch der Zusammenhang und die Ziele zu berücksichtigen, die die Regelung verfolgt.⁶ In Übereinstimmung mit der europäischen Rechtsprechung muss gewährleistet sein, dass sich die vom Anwendungsbereich erfassten Auftraggeber bei Beschaffungsvorgängen nicht von anderen als wirtschaftlichen Erwägungen leiten lassen.⁷ **10**

Eine Einordnung zu einem bestimmten Auftraggeberbegriff i.S.d. § 98 GWB hat für den jeweils konkreten Einzelfall und für jedes **Rechtssubjekt** gesondert zu erfolgen.⁸ Als Auftraggeber kommt stets nur ein Rechtssubjekt in Betracht, da für den Abschluss von Beschaffungsverträgen Rechtsfähigkeit vorliegen muss.⁹ Davon unberührt bleibt die Möglichkeit der Auftraggeber, sich zu einer Einkaufskooperation zusammenzuschließen, die selbst kein Rechtssubjekt ist.¹⁰ Eine normative Ausprägung dieses Grundsatzes findet sich etwa in § 120 Abs. 4 GWB, § 4 VgV oder § 4 SektVO. **11**

Unter bestimmten Umständen ist eine **Zurechnung** einer fremden Auftraggebereigenschaft geboten, wenn andernfalls eine Umgehung des Vergaberechts droht. Ein solcher Fall kann bei einer In-House-Vergabe vorliegen, wenn die Tochtergesellschaft Aufträge weitervergift.¹¹ Nach Sinn und Zweck der Vergaberichtlinien, welcher in der Vermeidung der Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Vergabe liegt, ist sie „wie eine eigene Dienststelle“ zu behandeln.¹² Auch bei einer De-facto-Vergabe an ein Gemeinschaftsunternehmen des Auftraggebers mit einem privaten Partner und einer darauffolgenden Weitervergabe ohne Ausschreibung¹³ sowie dem Fall einer mittelbaren Stellvertretung¹⁴ ist eine solche Zurechnung von der Rechtsprechung angenommen worden. Im Rahmen eines Beschaffungsvorgangs ist auch die rechtsgeschäftliche Vertretung öffentlicher Auftraggeber möglich.¹⁵ **12**

Nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 16 und Art. 37 RL 2014/24/EU können die Mitgliedstaaten festlegen, dass die öffentlichen Auftraggeber Lieferungen und/oder Dienstleistungen von **zentralen Beschaffungsstellen** erwerben dürfen, die zentralisierte Beschaffungstätigkeiten nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 14 lit. a RL 2014/24/EU anbieten. Die zentralen Beschaffungsstellen, die für öffentliche Auftraggeber Lieferungen und/oder Dienstleistungen erwerben, öffentliche Aufträge vergeben oder Rahmenvereinbarungen für Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen schließen, sind selbst öffentliche Auftraggeber gemäß Art. 2 Abs. 1 Nr. 16 RL 2014/24/EU, § 120 Abs. 4 S. 1 GWB. Den mit der Etablierung zentraler Beschaffungsstellen in der Praxis verbundenen positiven Effekten der Verbesserung des Wettbewerbs und Rationalisierung des Beschaffungswesens¹⁶ stehen grundsätzlich negative Auswirkungen einer übermächtigen Zentralbeschaffung wie die Verringerung der Chancen für mittelständische Unternehmen gegenüber.¹⁷ Die Zentralisierung von Beschaffungen darf deshalb zu keiner unzulässigen Konzentration des Marktsegments führen. Zentrale Beschaffungsstellen sind nach wie vor nur in den Grenzen des Kartellrechts zulässig. Wettbewerb und Transparenz und die Möglichkeit des **13**

6 EuGH, Urteil v. 4.3.1999 – Rs. C-258/97 (Hospital Ingenieure), Rn. 25.

7 EuGH, Urteil v. 10.4.2008 – Rs. C-393/06 (Fernwärme Wien), Rn. 37; Urteil v. 13.12.2006 – Rs. C-337/06 (Bayerischer Rundfunk), Rn. 36; Urteil v. 22.5.2003 – Rs. C-18/01 (Korhonen), Rn. 52; Urteil v. 27.2.2003 – Rs. C-373/00 (Adolf Truley), Rn. 42 f.; Urteil v. 12.12.2002 – Rs. C-470/99 (Universale-Bau), Rn. 52 f.; Urteil v. 3.10.2000 – Rs. C-380/98 (University of Cambridge), Rn. 17.

8 Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 98 GWB Rn. 19.

9 Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 98 GWB Rn. 24.

10 Zu den Möglichkeiten und Grenzen der Bildung von Einkaufsgemeinschaften *Kämper/Heßhaus*, NZBau 2003, 303 ff.

11 Zur In-House-Vergabe umfassend *Knauff*, EuZW 2014, 486 ff.

12 *Wagner*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 98 GWB Rn. 6.

13 KG, Beschluss v. 27.7.2006 – 2 Verg 05/06; kritisch *Wagner*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 98 GWB Rn. 7.

14 VK Bund, Beschluss v. 15.5.2018 – VK 2 2-30/18; Beschluss v. 8.6.2006 – VK 2-114/05.

15 Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 98 GWB Rn. 26.

16 Vgl. Erwägungsgrund 73 RL 2014/24/EU; Gesetzesbegründung zu § 120 Abs. 4 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 99.

17 *Hailbronner*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, B 6 Rn. 12; *Rechten*, NZBau 2004, 366 (372).

Marktzugangs für KMU sind aufrechtzuerhalten. § 120 Abs. 4 GWB stellt klar, dass die zentrale Beschaffungsstelle unter zwei Gesichtspunkten ins Spiel kommen kann. Einerseits kann diese selbst Liefer- und Dienstleistungen beschaffen und an den öffentlichen Auftraggeber weiterveräußern. Andererseits kann sie als Vermittler auftreten, bei der die Beschaffungsstelle im Namen und auf Rechnung anderer öffentlicher Auftraggeber das Vergabeverfahren durchführt. Sofern die Durchführung der Vergabeverfahren ausschließlich bei der zentralen Beschaffungsstelle liegt, ist auch sie allein für die Rechtmäßigkeit des Verfahrens verantwortlich. Andernfalls bleibt die Verantwortung beim öffentlichen Auftraggeber für Maßnahmen, die er selbst durchführt oder anweist.¹⁸

D. Rechtsschutz

- 14** Mangels materiellem Regelungsgehalt ist gegen eine Einordnung als Auftraggeber im Sinne von § 98 GWB kein Rechtsschutz statthaft. Möglich ist es allerdings, die Einstufung als öffentliche Auftraggeber, Sektorenauftraggeber oder Konzessionsgeber gerichtlich zu überprüfen.¹⁹

Anlage

Gesetzesbegründung – VergRModG 2016 (BT-Drs. 18/6281)

Seite 69

Der neue § 98 definiert als übergeordnete Kategorie den Begriff der Auftraggeber im Sinne des Teils 4. Der Begriff umfasst alle Auftraggeber im Sinne der folgenden §§ 99 bis 101, nämlich öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99, Sektorenauftraggeber im Sinne des § 100 und Konzessionsgeber im Sinne des § 101.

¹⁸ Gesetzesbegründung zu § 120 Abs. 4 GWB, BT-Drs. 18/6281, 99.

¹⁹ Auf die Ausführungen zu den §§ 99 bis 101 GWB wird Bezug genommen.

§ 99 GWB

Öffentliche Auftraggeber

Öffentliche Auftraggeber sind

1. Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen,
2. andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern
 - a) sie überwiegend von Stellen nach Nummer 1 oder 3 einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert werden,
 - b) ihre Leitung der Aufsicht durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 unterliegt oder
 - c) mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 bestimmt worden sind;

dasselbe gilt, wenn diese juristische Person einer anderen juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt, über deren Leitung die Aufsicht ausübt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat,
3. Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen,
4. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht unter Nummer 2 fallen, in den Fällen, in denen sie für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Wettbewerbe von Stellen, die unter die Nummern 1, 2 oder 3 fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 Prozent subventioniert werden.

Übersicht	Rn.		Rn.
A. Allgemeines	1	3. Staatliche Beherrschung	74
I. Historie	2	a) Überwiegende Finanzierung	
II. Unionsrechtlicher Hintergrund	5	(Hs. 1 lit. a.)	80
B. Institutionelle Auftraggeber (Nr. 1)	9	aa) Ausgangspunkt Gesamtfinanzierung	82
I. Gebietskörperschaften	13	bb) Staatliche Leistung	83
II. Sondervermögen	24	cc) Überwiegen der staatlichen Leistung	88
C. Funktionelle Auftraggeber (Nr. 2)	28	b) Aufsicht über die Leitung (Hs. 1 lit. b)	91
I. Entwicklung zum funktionalen Auftraggeberbegriff	28	c) Bestimmung der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organs (Hs. 1 lit. c)	100
II. Änderungen durch das VergRModG 2016	30	IV. Auftraggeber „sui generis“?	105
III. Voraussetzungen	35	V. Mediatisierte Staatsverbundenheit (Hs. 2)	108
1. Rechtspersönlichkeit	41	VI. Praxisentscheidungen	110
a) Juristische Personen des öffentlichen Rechts	44	D. Verbände (Nr. 3)	111
b) Juristische Personen des privaten Rechts	48	E. Subventionierte Auftraggeber (Nr. 4)	116
2. Besonderer Organisationszweck	51	I. Rechtspersönlichkeit	117
a) Besonderer Gründungszweck	52		
b) Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben	57		
c) Nichtgewerblicher Art	66		

II. Geförderte Maßnahme	118	III. Subvention in Höhe von mehr als 50 Prozent	127
1. Tiefbaumaßnahmen oder Errich- tung bestimmter Bauwerke	119	Anlage Gesetzesbegründung	
2. In Verbindung stehende Dienst- leistungen und Wettbewerbe	124		

A. Allgemeines

- 1 § 99 GWB regelt den Begriff des öffentlichen Auftraggebers. Die Vorschrift stellt den ersten Teil der aus den §§ 99 bis 101 GWB bestehenden Normengruppe dar, welche den persönlichen Anwendungsbereich des GWB-Vergaberegimes bestimmen.

I. Historie

- 2 Die Vorschrift stellt den ersten Teil der aus den §§ 99 bis 101 GWB bestehenden Normengruppe dar, welche den persönlichen Anwendungsbereich des GWB Vergaberegimes bestimmen.¹ Bei der Überführung in eine separate Norm im Rahmen der Vergaberechtsreform 2016 ergaben sich für den Begriff des öffentlichen Auftraggebers wenig inhaltliche Änderungen. Im Fokus stand vielmehr die Verbesserung der Lesbarkeit und Verständlichkeit durch eine Verlagerung der Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber in eigene Normen.²
- 3 § 99 GWB normiert den klassischen öffentlichen Auftraggeber wie er in Ansätzen schon in § 57a HGrG normiert war. Dabei hat der **Begriff** des öffentlichen Auftraggebers allerdings seitdem eine Reihe von Änderungen erfahren. Im Rahmen der VergModG 2016 wurden die Nr. 2 und 4 ergänzt bzw. neugefasst. Die Neufassung von Nr. 2 umfasst in Umsetzung von Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 RL 2014/24/EU nun auch das Tatbestandsmerkmal „Aufsicht über die Leitung“. § 99 Nr. 4 GWB weist nunmehr einen sprachlichen Gleichlauf mit Art. 13a RL 2014/24/EU auf und spricht ebenfalls von „subventioniert“ anstatt von finanziert. Diese Unterscheidung ist insofern von Bedeutung, als dass der Begriff der Subvention enger auszulegen ist, weil er eine marktunadäquate Begünstigung voraussetzt.³ Grundlage der aktuellen Regelung ist wie auch schon bei der Vorgängerrichtlinie ein funktionelles Verständnis des Auftraggeberbegriffes. Umfasst sind damit nicht nur institutionelle Auftraggeber wie Bund, Länder und deren Untergliederungen, sondern auch andere juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts, sofern sie ein besonderes Näheverhältnis zum Staat aufweisen. Hintergrund dieser Regelung ist die Bestrebung, eine „Flucht ins Privatrecht“ durch die Auftraggeber zu verhindern.⁴
- 4 Im Vergleich zur Vorgängervorschrift entfallen ist der Auftraggeber kraft **Baukonzession** gemäß § 99 Nr. 6 GWB a.F. Grundlage dieser Vorschrift war Art. 63 Abs. 1 RL 2004/18/EG. Diese Regelung wurde inhaltlich nicht in die aktuelle Richtlinie übernommen und wurde entsprechend auch nicht im § 99 GWB geregelt.

II. Unionsrechtlicher Hintergrund

- 5 Die **Definition** des öffentlichen Auftraggebers findet ihre Grundlage in Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 und 4 und Art. 13 UAbs. 2 RL 2014/24/EU. Seine Definition soll nach dem Willen des Richtliniengebers der vom EuGH entwickelten Definition entsprechen.⁵ Daher kann weiterhin auf die bereits ergangene Rechtsprechung zu dem Begriff zurückgegriffen werden. Ausgangspunkt einer Anwendung der Norm ist zunächst eine Betrachtung aus der Perspektive des Binnen-

1 Bezüglich der Genese wird auf die Ausführungen zu § 98 GWB verwiesen, dort Rn. 1 f.

2 Reider, in: Säcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 2.

3 Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 3.

4 EuGH, Urteil v. 20.9.1988 – Rs. 31/87 (Beentjes).

5 Erwägungsgrund 10 RL 24/2014 EU.

markts.⁶ Bei mehreren möglichen Auslegungsmöglichkeiten ist daher diejenige zu wählen, die einen diskriminierungsfreien europäischen Wettbewerb besser fördert. Ziel des gesamten europäischen Vergaberechts ist es, die Begünstigung von einheimischen Mitbewerbern zu verhindern; der öffentliche Auftraggeber soll sich allein von wirtschaftlichen Erwägungen leiten lassen.⁷

Bei der Anwendung der Norm ist zu beachten, dass der entscheidende Zweck der §§ 98 ff. GWB ist, den europäischen Auftraggeberbegriff umzusetzen.⁸ Mithin ist das schon nach den allgemeinen Regeln zu beachtende Gebot der **richtlinienkonformen Auslegung**, inklusive der schon angesprochenen Rechtsprechung des EuGH, hier von besonderer Bedeutung.⁹ Die Begrifflichkeiten des § 99 GWB sind daher stets funktionell zu betrachten. **6**

Ebenfalls relevant sind die **Vorgängerrichtlinien** (RL 2004/18/EG bzw. 2004/17/EG). In deren informatorischen Anhängen werden exemplarisch diverse öffentliche Auftraggeber in den Mitgliedstaaten aufgeführt. Diese Auflistung entfaltet zwar keine Rechts-, wohl aber eine Indizwirkung.¹⁰ Ist ein Auftraggeber trotz der Aufführung auf dieser Liste der Ansicht, nicht dem Vergaberecht zu unterfallen, sind an die entsprechende Begründung besonders hohe Anforderungen zu stellen. Ist eine richtlinienkonforme Auslegung nicht möglich, setzt sich das Unionsrecht aufgrund des Anwendungsvorrangs durch.¹¹ **7**

Im Verhältnis der RL 2014/24/EU zur RL 2014/25/EU gilt bei Überschneidungen der Anwendungsbereiche ein **Vorrang der RL 2014/25/EU**.¹² Grundlage dieses Vorrangs ist der speziellere Anwendungsbereich der RL 2014/25/EU im Vergleich zur RL 2014/24/EU. Während sich die RL 2014/24/EU auf alle wirtschaftlichen Bereiche bezieht, ist Voraussetzung zur Eröffnung des Anwendungsbereichs der RL 2014/25/EU ein Bezug zu einem besonderen Sektor des Wirtschaftslebens. **8**

B. Institutionelle Auftraggeber (Nr. 1)

Nach § 99 Nr. 1 GWB sind Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen als öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren. Die Regelung normiert unter Anknüpfung an Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 RL 2014/24/EU den klassischen öffentlichen Auftraggeber.¹³ **9**

Die Vorschrift entspricht der **vorherigen Regelung** in § 98 Nr. 1 GWB a.F. Sie ist mit dem VergRModG 2016 unverändert übernommen worden. **10**

§ 99 Nr. 1 GWB knüpft an die Formulierungen der **RL 2014/24/EU** (Art. 2 Abs. 1 Nr. 1), der **RL 2015/25/EU** (Art. 3 Nr. 1) und der **RL 2014/23/EU** (Art. 6 Abs. 1) an, wonach der Staat und die Gebietskörperschaften öffentliche Auftraggeber sind. Die neuen Richtlinien konkretisieren den Begriff der Gebietskörperschaften erstmals näher. Im Sektorenbereich stellt Art. 3 Nr. 2 RL 2014/25/EU klar, dass von den „Gebietskörperschaften“ [...] *alle Behörden der Verwaltungseinheiten [umfasst sind,] die nicht erschöpfend gemäß der Bezugnahme der Verordnung (EG) Nr. 1059/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates unter NUTS 1 und 2 aufgeführt sind.*“ Eine entsprechende Regelung findet sich in Art. 2 Abs. 2 RL 2014/24/EU. Gleiches regelt auch Art. 6 Abs. 2 RL 2014/23/EU für Konzessionsvergaben bei der Erläuterung des Begriffs der „Regionale[n] Gebietskörperschaften“. Nach dessen Abs. 3 sind „Lokale Gebietskörperschaften“ [...] *alle Behörden der Verwaltungseinheiten der NUTS-Ebene 3 und kleinerer Verwaltungseinheiten im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1059/2003.*“ **11**

6 Wiedekind, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 4.

7 EuGH, Urteil v. 13.12.2007 – Rs. C-337/06 (Bayerischer Rundfunk).

8 Gesetzesbegründung zu § 99 GWB, VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 69.

9 Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 7.

10 EuGH, Urteil v. 11.6.2009 – Rs. C-300/07 (Oymans), Rn. 45.

11 Ruffert, in: Callies/Ruffert, EUV/AEU, Art. 1 Rn. 16.

12 Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 100 GWB Rn. 4.

13 Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 6.

- 12 Die Bindung der von § 99 Nr. 1 GWB erfassten klassischen Auftraggeber an das Vergaberecht ergibt sich aus ihrer **institutionellen Zugehörigkeit** zur öffentlichen Hand.¹⁴ Sie ist daher – anders als für Sektorenauftraggeber nach § 100 GWB – nicht auftragsgebunden und besteht daher unabhängig von einer Zwecksetzung.¹⁵

I. Gebietskörperschaften

- 13 Wenn eine **Gebietskörperschaft** als Vergabestelle auftritt, ist diese als öffentlicher Auftraggeber einzuordnen.¹⁶ Der Begriff der Gebietskörperschaften betrifft die territorial bezogenen staatlichen Erscheinungsformen.¹⁷ Zu den Gebietskörperschaften i.S.d. § 99 Nr. 1 GWB zählen die institutionellen, rechtsformabhängigen Auftraggeber wie Bund, Länder, Kreise und Gemeinden.¹⁸ Diese waren durch das Haushaltsrecht schon immer zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet.¹⁹ Innerhalb derselben Gebietskörperschaft kann es eine Vielzahl von Vergabestellen geben, die im Namen des öffentlichen Auftraggebers im Vergabeverfahren auftreten.²⁰ Die Gebietskörperschaften sind abzugrenzen von Realkörperschaften (z. B. Jagd- und Fischereigenossenschaft, Landwirtschaftskammer), Verbandskörperschaft (z. B. Bundesrechtsanwaltskammer oder Gemeindeverbände) und Personalkörperschaften (z. B. Notar- und Rechtsanwaltskammern).
- 14 Für den Begriff der Gebietskörperschaft nimmt die RL 2014/24/EU in Art. 2 Abs. 2 und die RL 2014/25/EU in Art. 3 Nr. 2 und 3 erstmals Bezug auf die VO (EG) 1059/2003 und stellt klar, dass dieser Begriff alle Behörden der Verwaltungseinheiten umfasst, die nicht erschöpfend gemäß der VO (EG) 1059/2003 unter **NUTS** 1 und 2 aufgeführt sind, sowie sämtliche Behörden, die unter NUTS 3 fallen, und kleinere Verwaltungseinheiten i.S.d. VO (EG) 1059/2003. Gleiches regelt Art. 6 Abs. 2 RL 2014/23/EU für Konzessionsvergaben.
- 15 Dabei kann es sich auch um eine Gebietskörperschaft handeln, die nicht im Geltungsbereich des Grundgesetzes angesiedelt, mithin **ausländisch**, ist.²¹ Die Auslegung des Begriffes Gebietskörperschaft ist nicht auf deutsche Gebietskörperschaften beschränkt.²² Einen Begriff, der den Binnenmarkt durch Festlegung einheitlicher Kriterien fördern soll, auf ein nationales Verständnis zu begrenzen, kann nicht mit dem Sinn und Zweck der RL 2014/24/EU in Einklang gebracht werden. Für ein solches Verständnis spricht auch eine Betrachtung von Anhang III RL 2004/18/EG. Die hier aufgeführten juristischen Personen stellen einen öffentlichen Auftraggeber dar, unabhängig von der Frage, in welchem Mitgliedsstaat sie operieren. Ungeklärt ist, ob auch Gebietskörperschaften aus Drittstaaten öffentliche Auftraggeber sein können. Hierfür spricht wohl der Sinn und Zweck der RL 2014/24/EU. Diese soll den Wettbewerb innerhalb der Union fördern. Die Erreichung dieses Ziels wird von staatlichen Akteuren gefährdet, die Aufträge aus anderen als wirtschaftlich ökonomischen Gründen vergeben, unabhängig von ihrer Herkunft.²³ Dieser Gefahr kann begegnet werden, indem auch Gebietskörperschaften aus Drittstaaten dem Vergaberecht unterstellt werden.
- 16 Eine Vergabe durch eine Gebietskörperschaft ist auch dann gegeben, wenn ihre unabhängigen **Staatsorgane** wie die Parlamente sowie die für den Staat handelnden Organe und Untergliederungen wie etwa Ministerien, Behörden, und nicht rechtsfähige Stiftungen – wenn sie nicht Sondervermögen sind – eine Auftragsvergabe durchführen.²⁴

14 Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 5.

15 Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 9.

16 EuGH, Urteil v. 18.11.2004 – Rs. C-126/03 (Heizkraftwerk München), Rn. 18.

17 Reider, in: Säcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 5.

18 Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 7.

19 Für den Bund siehe § 55 Abs. 1 BHO.

20 Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 8.

21 Ausführlich von Strenge, NZBau 2011, 17.

22 VK Niedersachsen, Beschluss v. 27.9.2019, Rn. 63.

23 EuGH, Urteil v. 27.2.2003 – Rs. C-373/00 (Adolf Truley), Rn. 42; Urteil v. 12.12.2002 – Rs. C-470/99 (Universale-Bau), Rn. 52; Urteil v. 3.10.2000 – Rs. C-380/98 (University of Cambridge), Rn. 17.

24 EuGH, Urteil v. 17.9.1998 – Rs. C-323/96 (Kommission/Belgien), Rn. 27; Reider, in: Säcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 6; zur Auftragbereitschaft von Gemeinden bei dem Betrieb von Windenergieanlagen Heiermann/Tschäpe, ZfBR 2010, Sonderausgabe, 110 ff.

- Gleichsam nicht als Gebietskörperschaften anzusehen sind bloße **Verwaltungsgliederungen** wie etwa Regierungsbezirke oder Verwaltungsgemeinschaften. Sie stellen lediglich organisatorische Aufteilungen innerhalb oder zwischen Gebietskörperschaften dar.²⁵ **17**
- Ebenso als Gebietskörperschaften einzuordnende **Gemeindeverbände** werden demgegenüber von dem Auftraggeberbegriff des § 99 Nr. 3 GWB erfasst. **18**
- Auch **Landkreise** werden teils dem Auftraggeberbegriff des § 99 Nr. 3 GWB zugeordnet.²⁶ **19**
 Unter Berücksichtigung, dass die Landkreise zu den Gemeindeverbänden i.S.d. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG zählen, ist dies auf der einen Seite folgerichtig.²⁷ Auf der anderen Seite sprechen die Landkreisordnungen von den Kreisen als Gebietskörperschaften.²⁸ In der Praxis kann eine Einordnung unter § 99 Nr. 1 oder 3 GWB dahinstehen. Die Regelungen des § 99 Nr. 1 und 3 GWB sind gleichrangig und ziehen keine unterschiedlichen Rechtsfolgen nach sich.²⁹
- Keine öffentlichen Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 1 GWB stellen die von den Gebietskörperschaften zu trennenden **Personal-, Real- und Verbandskörperschaften** dar. Der als Bundeskörperschaft einzuordnende Zweckverband leitet seine Rechte von den Mitgliedern ab und ist ebenfalls kein Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 1 GWB.³⁰ **20**
- Die Gebietskörperschaft bleibt auch dann Auftraggeber, wenn sie die Beschaffungsentscheidung selbst trifft, die Durchführung der Auftragsvergabe aber auf ein privates Unternehmen **überträgt**, welches diese im eigenen Namen auf Kosten des Auftraggebers ausführt. Die öffentliche Hand wird nur „mittelbar“ vertreten und bleibt Zahlender der Leistung.³¹ Handelt es sich bei dem „Beauftragten“ ebenfalls um einen öffentlichen Auftraggeber, so kann der dahinterstehende Verwaltungsträger ebenfalls öffentlicher Auftraggeber sein.³² Bei der Zusammenarbeit von mehreren Gebietskörperschaften, die rechtlich nicht zu der Begründung einer neuen Rechtspersönlichkeit führen („**Einkaufskooperationen**“, etwa bei einer Zusammenfassung von Eigenbetrieben mehrerer Gebietskörperschaften in interkommunale Kooperation in Verbänden)³³, bleiben die beteiligten öffentlichen Auftraggeber jeweils eigenständige Auftraggeber. Es handelt sich lediglich um eine verwaltungsorganisatorische Ausgliederung der dem öffentlichen Auftraggeber obliegenden Aufgabe und nicht um einen dem Vergaberecht unterfallenden Beschaffungsvorgang.³⁴ Etwas anderes gilt freilich dann, wenn die Gebietskörperschaft mit einer von ihr formal zu trennenden und mit Entscheidungsautonomie ausgestatteten Einrichtung einen Vertrag abschließt. **21**
- Abzugrenzen ist die einfache Einkaufskooperation von den **zentralen Beschaffungsstellen** gemäß § 120 Abs. 4 GWB. Während im Fall einer Einkaufskooperation die dahinterstehenden juristischen Personen Auftraggeber bleiben, stellt die zentrale Beschaffungsstelle einen eigenen Auftraggeber dar.³⁵ Voraussetzung für die Annahme einer zentralen Beschaffungsstelle ist allerdings die dauerhafte Durchführung von Beschaffungstätigkeiten einschließlich der damit verbundenen Beratungs- und Unterstützungsleistung.³⁶ Insbesondere an dem Merkmal der Dauerhaftigkeit fehlt es bei Einkaufskooperationen. **22**
- Keine Gebietskörperschaften sind **Religionsgemeinschaften**, die als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisiert sind.³⁷ Zwar besteht teilweise eine regional begrenzte Zuständig- **23**

25 Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 27.

26 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 6.7.2011 – VII-Verg 39/11; Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 14.

27 Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 5.

28 § 1 Abs. 2 LKreio NW, § 1 Abs. 1 LKreio ND.

29 Reider, in: Säcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 47.

30 Brünig, DVBl. 2009, 1539 (1540).

31 Vgl. z. B. VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 11.12.2008 – VK 38/08; VK Bund, Beschluss v. 8.6.2006 – VK 2-114/05, Rn. 41; a.A. OLG Dresden, Urteil v. 9.3.2004 – 20 U 1544/03, Rn. 14, wonach ein privates Unternehmen, das eine „Ausschreibung im Auftrag“ und „in enger Abstimmung“ mit einer Gemeinde vorgenommen hat, selbst öffentlicher Auftraggeber ist.

32 Wiedekind, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 5.

33 Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 25.

34 Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 14.

35 Seidel, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 120 GWB Rn. 21.

36 Horn, in: Heiermann/Zeiss/Summa, Vergaberecht, § 120 GWB Rn. 25.

37 OLG Celle, Beschluss v. 25.8.2011 – 13 Verg 5/11.

keit, es fehlt den Religionsgemeinschaften und ihren Untergliederungen allerdings an dem, für die Annahme staatlicher Erscheinungsform nötigen, hoheitlichen Charakter.

II. Sondervermögen

- 24** **Sondervermögen** i.S.d. § 99 Nr. 1 GWB ist das von dem sonstigen Vermögen der Gebietskörperschaften getrennte, im Außenrechtsverhältnis rechtlich unselbstständige,³⁸ aber haushaltsrechtlich und organisatorisch verselbstständigte Vermögen.³⁹ Die Sondervermögen sind Ausdruck einer bloß organisationsrechtlichen Dekonzentration. Die Vergabe von Aufträgen muss daher auch die Gebietskörperschaften binden.⁴⁰ Das Handeln der Sondervermögen ist ihnen rechtlich zuzurechnen.⁴¹
- 25** Die ehemaligen Sondervermögen wie Deutsche Bundesbahn und Deutsche Bundespost stellen nach ihrer **Privatisierung** keine Sondervermögen mehr dar. Etwas anderes gilt für das „Bundeseisenbahnvermögen“, das die nicht bahnnotwendigen Bahnliegenschaften verwaltet.⁴² Hier handelt das Sondervermögen aufgrund eines ausdrücklichen gesetzlichen Auftrags und mit eigenem Marktzugang. Daher ist in diesem Fall das Sondervermögen selbst und nicht die dahinterstehende Körperschaft Auftraggeber.⁴³
- 26** Zu den Sondervermögen der **Länder** zählen etwa deren Bau- und Liegenschaftsbetriebe.⁴⁴ Demgegenüber werden nach Landesrecht ausgestaltete, nicht rechtsfähige („fideuziarische“) Stiftungen als Sondervermögen eingeordnet.⁴⁵
- 27** Auch **Eigen-** und **Regiebetriebe**, wie etwa kommunale Versorgungswerke⁴⁶, zählen zu den Sondervermögen. Bei rechtlicher Verselbstständigung stellen sie jedoch nur öffentliche Auftraggeber dar, wenn sie unter eine der anderen Kategorien des § 99 GWB fallen.⁴⁷ Oberhalb der Schwellenwerte fallen Eigenbetriebe selbst dann in den Anwendungsbereich des § 99 Nr. 1 GWB, wenn das diesem gegenüber niederrangige Kommunalrecht des Landes diese von dem Vergaberecht ausschließt.⁴⁸

C. Funktionelle Auftraggeber (Nr. 2)

I. Entwicklung zum funktionalen Auftraggeberbegriff

- 28** Den Begriff des öffentlichen Auftraggebers unterzogen Rechtsprechung und Gesetzgebung im Laufe der Jahre einem Wandel.⁴⁹ Vorgaben zum Auftraggeberbegriff fanden sich in Deutschland zunächst nur im Haushaltsrecht des Bundes (§ 55 BHO), der Länder (jeweils § 55 LHO) und der kommunalen Gebietskörperschaften.⁵⁰ Ursprünglich fand eine rein **institutionelle Bestimmung** des Auftraggeberbegriffs statt. Erfasst waren lediglich staatliche Institutionen und seine Untergliederungen wie Gebietskörperschaften, sonstige Körperschaften und Einrichtungen des öffentlichen Rechts. Für juristische Personen des Privatrechts bestand keine Pflicht zur Ausschreibung öffentlicher Aufträge und zur Anwendung der Verdingungsverord-

38 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 2.6.2010 – VII-Verg 7/10; Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 10.

39 Vgl. z. B. VK Niedersachsen, Beschluss v. 30.9.2015 – VgK-30/15; Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 9.

40 Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 8.

41 Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 12.

42 Bungenberg/Schelhaas, in: Gabriel/Mertens/Priß/Stein, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 19a.

43 Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 31.

44 VK Düsseldorf, Beschluss v. 29.3.2007 – VK-08/2007-B, Rn. 44.

45 Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 11.

46 Heiermann/Tschäpe, ZfBR Sonderausgabe 2012, 110 (111).

47 Reider, in: Säcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 7.

48 Zeiss, in: Heiermann/Zeiss/Summa, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 14, etwa im Fall des hessischen Eigenbetriebsgesetzes bis 2014.

49 Umfassend zum Wandel des Auftraggeberbegriffs *Rechten*, NZBau 2014, 667 ff.

50 Zur Entwicklungsgeschichte umfassend Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, Einleitung Rn. 43 ff.

nungen.⁵¹ Der Grund für die Beschränkung auf öffentlich-rechtliche Organisationsformen bestand in der Schwierigkeit, eine für alle Mitgliedstaaten passende Regelung zu finden.⁵²

Um einer „Flucht ins Privatrecht“ entgegenzuwirken und eine diskriminierungsfreie Beschaffung zu erreichen, entschied der EuGH im Jahr 1988 in der Rechtssache „Beentjes“, dass der Begriff des „Staates“ in der RL 71/305/EWG **funktional** zu verstehen sei.⁵³ Der funktionale Auftraggeberbegriff findet in § 99 Nr. 2 GWB seinen Niederschlag.⁵⁴ Die vergaberechtliche Bindung erstreckt sich auf privatrechtlich organisierte Stellen, wenn sie zu dem besonderen Zweck gegründet worden sind, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, und eine besondere Staatsverbundenheit aufweisen.⁵⁵

29

II. Änderungen durch das VergRModG 2016

Abgesehen von punktuellen **strukturellen und textuellen Änderungen** zur besseren Lesbarkeit entspricht die Regelung der Vorgängervorschrift des § 98 Nr. 2 GWB a.F. Statt der bisherigen durchgehenden Aufzählung der Tatbestandsmerkmale im Fließtext der Norm werden diese mit Buchstaben (lit. a bis c) optisch voneinander getrennt.

30

§ 98 Nr. 2 S. 2 GWB a.F., der den Fall der **vermittelten Staatsverbundenheit** regelt, bei dem die Beherrschung durch einen öffentlichen Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 Hs. 1 GWB erfolgt, wird ergänzt und erstreckt sich anders als bisher auf den in § 99 Nr. 2 Hs. 1 lit. b GWB enthaltenen Beherrschungstatbestand.

31

Mit Blick darauf, dass Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 RL 2014/24/EU keine Unterscheidung trifft, und zur Angleichung an § 99 Nr. 2 Hs. 1 GWB erfasst der Anwendungsbereich des **§ 99 Nr. 2 Hs. 2 GWB** neben dem Beherrschungstatbestand der „überwiegenden Finanzierung“ (Hs. 1 lit. a) und der Bestimmung der „Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs“ (Hs. 1 lit. c) nun auch das Merkmal „über deren Leitung die Aufsicht ausübt“ (Hs. 1 lit. b).

32

Zugleich wird der Wortlaut dieser Bestimmung klarer gefasst. Die bisherige Nennung der beiden „**Stellen**“ in § 99 Nr. 2 Hs. 2 GWB wird einerseits durch „diese juristische Person“ und andererseits durch „einer anderen juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts“ ersetzt. Damit wird zumindest verdeutlicht, dass die Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 2 GWB gemeint sind, wenngleich es noch klarer gewesen wäre, § 99 Nr. 2 GWB wörtlich zu erwähnen.

33

Auch nach dem VergRModG 2016 weiterhin nicht geregelt ist der Fall, wenn Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 1 und 3 GWB **gemeinsam** eine Beherrschung ausüben. Diesbezüglich sind die Regelungen des VergRModG 2016 unvollständig.

34

III. Voraussetzungen

Die Vorschrift des § 99 Nr. 2 GWB knüpft an den aus den RL 2004/18/EG und 2004/17/EG stammenden Begriff der **Einrichtungen des öffentlichen Rechts** an, der ausdrücklich in Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 RL 2014/24/EU sowie Art. 3 Nr. 1 RL 2014/25/EU beibehalten und in Art. 6 RL 2014/23/EU aufgenommen wird.⁵⁶ Umgesetzt wird der Begriff der Einrichtung des öffentlichen Rechts in § 99 Nr. 2 GWB mit der Wendung „andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts“. Insgesamt stellt die Einordnung als Einrichtung des öffentli-

35

51 Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 9 f.

52 Reider, in: Säcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 3.

53 EuGH, Urteil v. 20.9.1988 – Rs. 31/87 (Beentjes), Rn. 8 und 11.

54 Als projektbezogene Auftraggeber können ebenfalls Private den Bindungen des Vergaberechts unterliegen (§ 99 Nr. 4 GWB).

55 Vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 19.6.2013 – VII-Verg 55/12, Rn. 21; dazu Goldbrunner, VergabeR 2014, 167 ff.

56 Erwägungsgrund 10 RL 2014/24/EU.

chen Rechts i.S.d. EU-Richtlinien aufgrund der unbestimmten Rechtsbegriffe nach wie vor eines der Hauptprobleme im Kartellvergaberecht dar.⁵⁷

- 36** § 99 Nr. 2 GWB übernimmt die drei nach dem EuGH und in Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. a bis c RL 2014/24/EU für das Vorliegen einer Einrichtung des öffentlichen Rechts erforderlichen **Voraussetzungen** der Rechtspersönlichkeit, des besonderen Organisationszwecks und der staatlichen Beherrschung.⁵⁸ Diese müssen kumulativ vorliegen.⁵⁹ Ein Unternehmen wird nicht schon deshalb zum öffentlichen Auftraggeber, wenn es durch die öffentliche Hand finanziert wird oder diese die Mehrheit der Anteile hält.⁶⁰ Es bedarf entsprechend der Richtlinien neben dem einflussbezogenen Kriterium der Beherrschung überdies eines aufgabenbezogenen Kriteriums der Gründung der juristischen Person zu dem Zweck, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen.⁶¹
- 37** Die Zuordnung der Einrichtung des öffentlichen Rechts als öffentlicher Auftraggeber beruht auf dem von dem EuGH in der Rechtssache „Beentjes“⁶² angestoßenen **funktionalen Begriffsverständnis**.⁶³ Der Auftraggeber soll seine Bindung an das Vergaberecht nicht durch die Verlagerung seiner Aufgaben auf selbstständige Rechtsträger insbesondere durch Privatisierung⁶⁴ auf solche in Privatrechtsform umgehen können.⁶⁵ Die Erfüllung der Aufgabe in privatrechtlicher Rechtsform der Einrichtung stellt kein Kriterium dar, das die Einstufung als öffentlicher Auftraggeber entfallen lässt.⁶⁶
- 38** Unter Berücksichtigung der mit den Richtlinien verfolgten Ziele einer Öffnung für den Wettbewerb und der Gewährleistung von Transparenz bei Beschaffungsvorgängen sind die einzelnen Merkmale nach dem EuGH weit **auszulegen**.⁶⁷ Das Vergaberecht soll jede Auftragsvergabe erfassen, bei der sich der Auftraggeber von anderen als wirtschaftlichen und wettbewerblichen Erwägungen leiten lässt.⁶⁸
- 39** Für die Beurteilung der Auftraggebereigenschaft ist auf das zum **Zeitpunkt** der Vergabehandlung des Auftrages maßgebliche Recht abzustellen und zu prüfen, ob der in Zukunft liegende Sachverhalt dem Vergaberecht unterliegt.⁶⁹ Demgegenüber kommt es für das Merkmal der überwiegenden Finanzierung auf den Beginn des jeweiligen Haushaltsjahres an.⁷⁰
- 40** Die nach § 99 Nr. 2 GWB begründete Auftraggebereigenschaft kann während des Vergabeverfahrens – etwa durch materielle Privatisierung – wieder **entfallen**. Bei mehrstufigen Privatisierungsprozessen ist auf den Gesamtvorgang abzustellen.⁷¹ Im Fall von Verschmelzungen, Spaltungen und Umwandlungsvorgängen geht die öffentliche Auftraggebereigenschaft nur

57 *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 8; *Pünder*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 13; *Kratzenberg*, NZBau 2009, 103 (105).

58 EuGH, Urteil v. 16.10.2003 – Rs. C-283/00 (SIEPSA), Rn. 69, 74; Urteil v. 10.11.1998 – Rs. C-360/96 (BFI Holding), Rn. 29.

59 EuGH, Urteil v. 11.6.2009 – Rs. C-300/07 (Oymanns), Rn. 48; Urteil v. 10.4.2008 – Rs. C-393/06 (Fernwärme Wien), Rn. 36; Urteil v. 16.10.2003 – Rs. C-283/00 (SIEPSA), Rn. 69, 74; Urteil v. 22.5.2003 – Rs. C-18/01 (Korhonen), Rn. 32; Urteil v. 10.11.1998 – Rs. C-360/96 (BFI Holding), Rn. 29; Urteil v. 15.1.1998 – Rs. C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau), Rn. 21.

60 EuGH, Urteil v. 15.1.1998 – Rs. C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau), Rn. 39.

61 *Dörr*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 12; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 40, § 98 GWB Rn. 88; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 9.

62 EuGH, Urteil v. 20.9.1988 – Rs. 31/87 (Beentjes), Rn. 11.

63 *Dörr*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 11; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 18; *Dietlein*, NZBau 2002, 136 (137 f.); zu den Voraussetzungen im Überblick *Noch*, NVwZ 1999, 1083 (1084 ff.).

64 Zur Privatisierung und Vergaberecht *Endler*, NZBau 2002, 125 ff.; zur Privatisierung und ÖPP *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 36; zur Privatisierung und Ausschreibungspflicht *Schimanek*, NZBau 2005, 304 (304 ff.); vgl. auch zur Privatisierung und Rekommunalisierung *Burgi*, NdsVBl. 2012, 225 ff.

65 *Reider*, in: Säcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 9.

66 EuGH, Urteil v. 13.1.2005 – Rs. C-84/03 (Kommission/Spanien), Rn. 28; vgl. *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 Rn. 18.

67 EuGH, Urteil v. 15.5.2003 – Rs. C-214/00 (Kommission/Spanien), Rn. 53; *Noch*, NVwZ 1999, 1083 (1085).

68 EuGH, Urteil v. 12.9.2013 – Rs. C-526/11 (Ärztammer Westfalen-Lippe), Rn. 20; Urteil v. 16.10.2003 – Rs. C-283/00 (SIEPSA), Rn. 73; Urteil v. 27.2.2003 – Rs. C-373/00 (Adolf Truley), Rn. 43.

69 *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 40; *Wieddekind*, in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 12.

70 EuGH, Urteil v. 3.10.2000 – Rs. C-380/98 (University of Cambridge), Rn. 44.

71 EuGH, Urteil v. 10.11.2005 – Rs. C-29/04 (Kommission/Österreich), Rn. 38 ff.

dann auf den neuen Rechtsträger über, wenn dieser die Voraussetzungen des § 99 GWB selbst erfüllt.⁷²

1. Rechtspersönlichkeit

Nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. b RL 2014/24/EU bedarf es für das Vorliegen einer Auftraggebereigenschaft einer Einrichtung mit „**Rechtspersönlichkeit**“. Diese ist auch nach deutschem Recht Voraussetzung dafür, dass eine Partei einen mit der Auftragsvergabe gleichbedeutenden Beschaffungsvertrag abschließen kann.⁷³ Das Merkmal der „Rechtspersönlichkeit“ hat der deutsche Gesetzgeber mit der „juristischen Person“ des öffentlichen oder privaten Rechts umgesetzt.⁷⁴ Beide Begriffe sind nicht identisch. Vielmehr ist der Begriff der Rechtspersönlichkeit weiter, da dieser auch die rechtsfähige Personengesellschaft (§ 14 Abs. 2 BGB), die gerade keine juristische Person ist.⁷⁵ Von Bedeutung ist demnach allein die Frage, ob die Einrichtung in der Lage ist, Rechte nach außen im eigenen Namen wahrzunehmen und gleichermaßen Aufträge selbstständig erteilen kann.⁷⁶

Juristische Personen des **öffentlichen** und des **privaten Rechts** unterscheiden sich durch ihre Entstehung. Während Erstere auf einem staatlichen Hoheitsakt beruhen, sind Letztere regelmäßig auf einen privatrechtlichen Gründungsakt zurückzuführen.⁷⁷ Die Form der Errichtung durch formelles Gesetz, verwaltungsrechtliche Vorschriften oder andere Errichtungsakte ist unerheblich.⁷⁸

Nicht von § 99 Nr. 2 GWB erfasst sind **natürliche Personen**, auch wenn diese zur öffentlichen Aufgabenerfüllung etwa als Vertreter ermächtigt sind⁷⁹ oder sich an einer Gesamtausschreibung öffentlicher Auftraggeber mit einem eigenen Los beteiligen.⁸⁰

a) Juristische Personen des öffentlichen Rechts

Neben den Gebietskörperschaften zählen zu den **juristischen Personen des öffentlichen Rechts** die Träger der mittelbaren Staatsverwaltung, d.h. Körperschaften, Anstalten – soweit ihnen Außenrechtsfähigkeit zukommt⁸¹ – und Stiftungen des öffentlichen Rechts⁸². Unter Anstalten sind organisatorische Zusammenfassungen sachlicher und personeller Mittel zu verstehen, die vom sonstigen Behördenaufbau losgelöst und einem bestimmten Nutzungszweck gewidmet sind.⁸³ Als Körperschaften bezeichnet man gemeinschaftlich strukturierte juristische Personen. § 99 Nr. 2 GWB bezieht sich nicht auf die Gebietskörperschaften, da diese bereits unter § 99 Nr. 1 GWB fallen.⁸⁴ Unter Stiftungen des öffentlichen Rechts sind Vermögensbestände zu fassen, die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet sind und einem bestimmten Stiftungszweck dienen.

Eine nicht abschließende Aufzählung verschiedener Kategorien juristischer Personen des öffentlichen Rechts fand sich vormalig in **Anhang III RL 2004/18/EG**. Dazu zählten etwa Einrichtungen wie Hochschulen, Kammern, Wirtschaftsvereinigungen, Sozialversicherungen, Versorgungsanstalten, Kultur-, Wohlfahrts- und Hilfsstiftungen sowie Genossenschaften. Mit der

72 OLG Naumburg, Urteil v. 17.3.2005 – 1 Verg 3/05, Leitsatz.

73 Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 15.

74 Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 9.

75 Kritisch zur in diesem Kontext auch verwendeten Rechtsfigur der Teilrechtsfähigkeit; Krampen-Lietzke, BRNotZ 2013, 575 (578 f.); Schmidt, in: Schmidt, Münchener Kommentar zum HGB, § 105 Rn. 7; Ulmer, ZIP 2001, 585 (588).

76 Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 38.

77 Schöpflin, in: Bamberger/Roth, BGB, § 21 Rn. 4.

78 EuGH, Urteil v. 10.11.1998 – Rs. C-360/96 (BFI Holding), Rn. 59 und 63.

79 Bungenberg/Schelhaas, in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 25; Reider, in: Säcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 25.

80 VK Sachsen, Beschluss v. 16.11.2006 – 1/SVK/97/06.

81 Anderenfalls sind sie „Sondervermögen“ i.S.d. § 99 Nr. 1 GWB; Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 20.

82 VK Niedersachsen, Beschluss v. 25.2.2011 – VgK-70/2010 und VgK-72/2010 (Stiftung des öffentlichen Rechts nach § 55 Niedersächsisches HochschulG).

83 Leuschner, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, BGB, § 89 Rn. 11.

84 Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 16.

Vergaberechtsnovelle ist Anhang III entfallen. Die Auflistung einer Vergabestelle in dem Verzeichnis entbehrte eine Einzelfallprüfung der Auftraggebereigenschaft ohnehin nicht.⁸⁵ Ihr kam lediglich eine Indizwirkung zu.⁸⁶ Künftig bedarf es daher auch weiterhin einer Prüfung der materiellen Kriterien im konkreten Einzelfall.⁸⁷

46 Von praxisrechtlicher Bedeutung im Rahmen des § 99 Nr. 2 GWB sind Kommunalunternehmen in der Rechtsform der **Anstalt des öffentlichen Rechts**.⁸⁸ Zu den rechtsfähigen Anstalten zählen darüber hinaus auch die öffentlichen Rundfunkanstalten.⁸⁹

47 **Religionsgemeinschaften** sind als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisiert. Sie stellen insofern eine juristische Person des öffentlichen Rechts dar. Kirchen sind gleichwohl nicht vom Vergaberecht verpflichtet. Sie sind, anders als gewöhnliche juristische Personen des öffentlichen Rechts, nicht in den Staat eingegliedert.⁹⁰

b) Juristische Personen des privaten Rechts

48 Im Hinblick auf den in der RL 2014/24/EU enthaltenen Wortlaut der Einrichtungen des öffentlichen Rechts erfasst § 99 Nr. 2 GWB auch **juristische Personen des privaten Rechts**. Bei den juristischen Personen des Privatrechts handelt es sich etwa um Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften und eingetragene Vereine.⁹¹

49 Nicht zu den juristischen Personen des Privatrechts zählen die **Handelsgesellschaften** wie OHG, KG und Mischformen wie die GmbH & Co. KG. Im Hinblick auf den Sinn und Zweck der RL 2014/24/EU und unter Berücksichtigung der funktionalen Auslegung des Auftraggeberbegriffs, alle dem Staat zurechenbare Rechtsträger zu erfassen, muss der Begriff der juristischen Person des Privatrechts weit ausgelegt werden.⁹² Die Unterscheidung zwischen juristischen Personen und anderen Rechtsträgern ist eine Besonderheit des deutschen Rechts. Der Begriff der juristischen Person muss dahin gehend verstanden werden, dass auch eine „Teilrechtsfähigkeit“⁹³ bzw. eine „rechtsfähige Personengesellschaft“ nach § 14 Abs. 2 BGB genügt, andernfalls wäre eine einheitliche Auslegung des Unionsrechts gefährdet.⁹⁴ Für die Erfüllung des Merkmals der „juristischen Person“ nach § 99 Nr. 2 GWB reicht es demzufolge aus, wenn der Rechtsträger in der Lage ist, Rechte und Pflichten zu begründen.

50 Auch **Personengesellschaften** können unter ihrer Firma Rechte und Verbindlichkeiten eingehen (§§ 124 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB). Diese ist eine Gesamthand mit der Fähigkeit selbstständiger Rechtsträgerschaft.⁹⁵ Um einer Umgehung des Vergaberechts entgegenzuwirken, sind entgegen des Wortlauts des GWB insofern auch Gesellschaftsformen wie die KG, GmbH & Co. KG etc. von dem Begriff der juristischen Person umfasst.⁹⁶ Häufig bedienen sich die klassischen öffentlichen Auftraggeber gerade solcher Rechtsformen zur Übertragung öffentlicher Aufgaben. In Anlehnung daran sind **Vor- und Gründungsgesellschaften** Adressa-

85 EuGH, Urteil v. 12.9.2013 – Rs. C-526/11 (Ärztammer Westfalen-Lippe), Rn. 18.

86 EuGH, Urteil v. 11.6.2009 – Rs. C-300/07 (Oymanns), Rn. 45; KG, Beschluss v. 11.11.2004 – 2 Verg 16/04, Rn. 21; BayObLG, Beschluss v. 24.5.2004 – Verg 6/04, Rn. 20; Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 18.

87 Zu bisher diskutierten Einzelfällen der öffentlichen Auftraggebereigenschaft Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 114.

88 Zur landesrechtlichen Ausgestaltung der Kommunalunternehmen als Anstalt des öffentlichen Rechts im Überblick Schröder, NZBau 2003, 596 ff.

89 Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 17.

90 OLG Celle, Beschluss v. 25.8.2011 – 13 Verg 5/11; OVG Koblenz, Beschluss v. 23.2.2006 – 2 E 10208/06; VK Ansbach, Beschluss v. 24.7.2001 – 320 BK 2194-21/01; Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 29.

91 Zum eingetragenen Verein VK Brandenburg, Beschluss v. 28.3.2008 – VK 6/08; Beschluss v. 7.4.2008 – VK 7/08.

92 So auch Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 20.

93 Der Begriff der „Teilrechtsfähigkeit“ wird missverständlich verwendet; Wertenbruch, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 105 Rn. 13.

94 Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 31.

95 Roth, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 124 Rn. 1.

96 Vgl. OLG Bremen, Beschluss v. 24.5.2006 – Verg 1/2006, Rn. 80 für eine GmbH & Co. KG; VK Münster, Beschluss v. 24.6.2002 – K 03/02; Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 36; Masing, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 20.

ten des Vergaberechts.⁹⁷ Auf sie findet grundsätzlich das Recht der später eingetragenen Gesellschaft Anwendung.⁹⁸ Sie können bereits Träger von Rechten und Pflichten sein.⁹⁹ Ebenso können **gemischt-wirtschaftliche Unternehmen** als öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB eingestuft werden.¹⁰⁰ Nachdem der BGH die „Rechtsfähigkeit“ der Gesellschaft bürgerlichen Rechts anerkannt hat,¹⁰¹ kann auch diese öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 2 GWB sein.¹⁰² Insofern kommt es auf die konkrete Rechtsform nicht an. Auch in einem anderen EU-Mitgliedstaat gegründete Gesellschaften, deren Rechtsfähigkeit in Deutschland anerkannt werden muss, können daher als Auftraggeber erfasst werden.¹⁰³

2. Besonderer Organisationszweck

Nach § 99 Nr. 2 GWB, welcher auf Art. 2 Nr. 4 lit. a RL 2014/24/EU basiert, bedarf es zusätzlich zu dem Merkmal der Rechtspersönlichkeit auch der Gründung der juristischen Person zu dem Zweck, eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art wahrzunehmen.

51

a) Besonderer Gründungszweck

Ebenso wie das Merkmal der juristischen Person ist das Vorliegen eines besonderen Gründungszwecks nach dem funktionalen Verständnis des Auftraggeberbegriffs weit auszulegen.¹⁰⁴ Die Errichtung des Unternehmens ist also mit der betreffenden Aufgabenerfüllung verknüpft.¹⁰⁵ Diese objektive Ausrichtung auf eine bestimmte Tätigkeit und eine bestimmte Wettbewerbsform erfordert die objektiv nachweisbare Festlegung und Übernahme der Tätigkeiten. Der **Gründungszweck** ist daher auf der Grundlage ausdrücklicher Festlegungen zu folgern, die sich aus einem Gründungsvertrag, einer Satzung, einer Verwaltungsrichtlinie, einem Verwaltungsakt oder einem Gesetz ergeben können.¹⁰⁶

52

Unter Berücksichtigung einer weiten Auslegung des Tatbestandsmerkmals ist auch eine faktische bzw. **tatsächliche Übernahme** ausreichend, sofern diese feststellbar ist.¹⁰⁷ Würde allein eine objektiv nachweisbare Festlegung des Gründungszwecks genügen, bestünde die Gefahr einer Umgehung des Vergaberechts. Es kann jedoch für die Anwendung dessen gerade nicht darauf ankommen, ob der Gründungszweck in dem Errichtungsgesetz, der Satzung oder dem Gesellschaftsvertrag festgelegt wird oder das Unternehmen den Organisationszweck nur tatsächlich ausführt.¹⁰⁸

53

Aus diesem Grund kann die Zwecksetzung auch **nachträglich** erfolgen.¹⁰⁹ Die Auftraggeber-eigenschaft kann dadurch begründet werden, dass das Unternehmen eine Zeit nach seiner Gründung ihren Organisationszweck ändert und eine Gemeinwohlaufgabe wahrnimmt. Dies gilt selbst dann, wenn die ursprüngliche Grundlage der Gründung nicht an den neuen Zweck angepasst wird.¹¹⁰ Ein Vergleich der verschiedenen Sprachfassungen der RL 2014/24/EU er-

54

97 Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 34; Reider, in: Säcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 12; Wiedekind, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 14.

98 Vgl. BGH, Beschluss v. 16.3.2002 – II ZB 17/91, Rn. 4; Urteil v. 29.10.1992 – I ZR 264/90, Rn. 16 f.

99 Vgl. Altmeyden, in: Altmeyden, GmbHG, § 11 Rn. 39; Schäfer, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 11 GmbHG Rn. 7.

100 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 30.4.2003 – VII-Verg 67/02; das OLG Düsseldorf, Beschluss v. 19.6.2013 – VII-Verg 55/12, ordnete auch eine zur Ausführung eines öffentlich ausgeschriebenen ÖPP-Projekts vom privaten Partner gegründete Projektgesellschaft als öffentlichen Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB a.F. ein; kritisch und im Ergebnis ablehnend Roth, NZBau 2013, 685 ff.

101 BGH, Urteil v. 29.1.2001 – II ZR 331/00.

102 OLG Celle, Beschluss v. 14.9.2006 – 13 Verg 3/06; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 6.7.2005 – VII-Verg 22/05, Rn. 17; VK Bremen, Beschluss v. 20.6.2012 – 16 VK 1/12, Rn. 72.

103 Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 22.

104 Bungenberg/Schelhaas, in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 45.

105 Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 29.

106 Masing, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 25; Dietlein, NZBau 2002, 136 (138).

107 EuGH, Urteil v. 12.12.2002 – Rs. C-470/99 (Universale-Bau), Rn. 63; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 9.4.2003 – VII-Verg 66/02, Rn. 11; a.A. Dietlein, NZBau 2002, 136 (138).

108 Vgl. VK Bund, Beschluss v. 21.1.2004 – VK 2 - 126/03, Rn. 63, im Hinblick auf die tatsächliche Wahrnehmung von Gemeinwohlaufgaben durch die Deutsche Bahn.

109 VK Bund, Beschluss v. 8.6.2006 – Verg 2-114/05, Rn. 36; Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 41; Weyand, Vergaberecht, § 98 GWB Rn. 44.

110 EuGH, Urteil v. 12.12.2002 – Rs. C-470/99 (Universale-Bau), Rn. 57.

gibt, dass die inhaltliche Ausgestaltung des Rechtsträgers nicht an einen bestimmten Zeitpunkt anknüpft.¹¹¹ Gleichbedeutend mit einer „Gründung“ bzw. Errichtung eines Unternehmens ist damit auch die Übernahme durch einen Mehrheitsgesellschafter, eine Umfirmierung sowie der Beschluss eines neuen Gesellschaftsvertrages.¹¹²

- 55 Unerheblich ist es für das Vorliegen der Auftraggebereigenschaft, wenn der öffentliche Auftraggeber im Nachhinein **auch gewerbliche Tätigkeiten** wahrnimmt, sofern daneben weiterhin auch im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erbracht werden.¹¹³ Dies gilt selbst dann, wenn die gemeinwohlorientierten Tätigkeiten nur zu einem geringen Teil bestehen bleiben.¹¹⁴ Sobald im Allgemeininteresse liegende Tätigkeiten wahrgenommen werden, wird die Einrichtung „infiziert“.¹¹⁵ Für die Auftraggebereigenschaft spielt es keine Rolle, ob die in Rede stehende Tätigkeit in einem nicht gemeinwohlorientierten Geschäftsfeld vollzogen wird. Auch die nur teilweise Wahrnehmung von gemeinwohlorientierten Tätigkeiten genügt.¹¹⁶ Einer solchen Infektion kann der Auftraggeber nur entgegenwirken, wenn er die Wahrnehmung der Aufgaben rechtlich verselbstständigt und diese von selbstständigen Tochterunternehmen oder sonstigen verbundenen Unternehmen erbracht werden.¹¹⁷ Die Eigenschaft einer juristischen Person färbt mithin nicht auf die anderen juristischen Personen ab.¹¹⁸ Beschränkt sich die Trennung der Aufgabenerfüllung auf den rein internen Bereich, genügt dies jedoch nicht.¹¹⁹ In Bezug auf den Umfang der Aufgabenwahrnehmung ist eine gewisse „Bagatellgrenze“¹²⁰ bzw. „Spürbarkeit“ der Marktverhältnisse¹²¹ zu verlangen.¹²² Anderenfalls käme es zu einer übermäßigen Konzern- und Holdingbildung.
- 56 Problematischer ist der Fall zu behandeln, in dem eine gemeinwohlorientierte Zwecksetzung ausdrücklich erfolgt ist, das Unternehmen jedoch tatsächlich nur **Aufgaben aus anderen Zwecken** erbringt oder der **Gründungszweck nachträglich wegfällt**. Der aufgrund des funktionalen Begriffsverständnisses einzuordnende öffentliche Auftraggeber wird also rein gewerblich tätig. Nach strikter Anwendung der Rechtsprechung des EuGH, die auf die tatsächliche Tätigkeit abstellt, käme es zu einem Wegfall der Auftraggebereigenschaft. Dagegen spricht jedoch der Aspekt der Rechtssicherheit.¹²³ Ohne jegliche Dokumentation und Kenntnis von Außenstehenden könnte der öffentliche Auftraggeber den im Allgemeininteresse liegenden Zweck nach Belieben aufgeben und unter Umgehung des Vergaberechts wieder aufnehmen. Das Vorliegen eines gemeinwohlorientierten Gründungszwecks ist daher rein formal zu betrachten.¹²⁴ Der ursprünglich festgelegte Gründungszweck wird dem Unternehmen zugerechnet.¹²⁵ Entscheidend ist der objektiv niedergelegte Zweck in den Rechtsquellen der Errich-

111 Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 42, in Bezug auf die RL 2004/18/EG. Für die RL 2014/24/EU gilt mangels textueller Änderungen in Art. 2 Nr. 4 RL 2014/24/EU das Gleiche.

112 VUA Bund, Beschluss v. 17.11.1998 – 1 VÜ 15/98.

113 Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 42; Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 43; Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 25.

114 EuGH, Urteil v. 10.4.2008 – Rs. C-393/06 (Fernwärme Wien), Rn. 47; Urteil v. 12.12.2002 – Rs. C-470/99 (Universale-Bau), Rn. 54 f.; Urteil v. 10.11.1998 – Rs. C-360/96 (BFI Holding), Rn. 55; Urteil v. 15.1.1998 – Rs. C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau Austria), Rn. 25; OLG Dresden, Urteil v. 9.3.2004 – 20 U 1544/03 (Stadtreinigung); OLG Düsseldorf, Beschluss v. 30.4.2003 – VII-Verg 67/02 (Bekleidungsmanagement der Bundeswehr); VK Westfalen, Beschluss v. 28.10.2016 – VK 1-33/16 Rn. 93; Zeiss, in: Heiermann/Zeiss/Summa, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 39; Dietlein, NZBau 2002, 136 (138).

115 Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 25.

116 EuGH, Urteil v. 15.1.1998 – Rs. C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau), Rn. 25; Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 44; Crass, Der öffentliche Auftraggeber, S. 78.

117 EuGH, Urteil v. 10.11.1998 – Rs. C-360/96 (BFI Holding), Rn. 56; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 38; Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 38.

118 VK Thüringen, Beschluss v. 7.2.2019 – 250-4003-262/2019-E-001-EIC, Rn. 64.

119 EuGH, Urteil v. 10.4.2008 – Rs. C-393/06 (Fernwärme Wien), Rn. 49 ff.

120 Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 25.

121 Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 45; Crass, Der öffentliche Auftraggeber, S. 78.

122 Kritisch Masing, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 29.

123 Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 37.

124 Vgl. auch KG, Beschluss v. 6.2.2003 – 2 Verg 1/03; Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 41; Crass, Der öffentliche Auftraggeber, S. 77; a.A. Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 26; Reider, in: Säcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 17.

125 Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 40.

tung, zumal dieser nach wie vor wahrgenommen werden kann.¹²⁶ Dem gemeinwohlorientierten Zweck kann sich das Unternehmen ohne weiteres durch förmliche Änderung etwa in der Satzung oder im Handelsregister entledigen.¹²⁷

b) Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben

Der ursprünglich aus der Baukoordinierungsrichtlinie stammende **Begriff** der im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe stellt einen autonomen Rechtsbegriff des Unionsrechts dar und findet sich in Art. 2 Nr. 4 lit. a RL 2014/24/EU sowie § 99 Nr. 2 GWB.¹²⁸ Entsprechend der Ziele der RL 2014/24/EU, Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten zu gewährleisten und Transparenz zu schaffen, ist der Begriff weit auszulegen.¹²⁹ Eine allgemeingültige Definition trifft die RL 2014/14/EU gleichwohl nicht.¹³⁰ Es handelt sich vielmehr – mitunter aufgrund des unterschiedlichen Verständnisses der Mitgliedstaaten – um einen schillernden und schwer greifbaren Begriff.¹³¹

Unter Anwendung systematischer Überlegungen sind Tätigkeiten erfasst, die über private oder Einzelinteressen hinausgehen und der **Befriedigung kollektiver Bedürfnisse** dienen.¹³² Juristische Personen des öffentlichen Rechts werden zur Erfüllung von Gemeinwohlbelangen gegründet und nehmen daher per definitionem im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahr.¹³³ Wenn Gebietskörperschaften privatwirtschaftlich tätig werden, kann auch das Kommunalrecht eine Rolle spielen.¹³⁴ Eine Vielzahl von Kommunal- und Gemeindeordnungen knüpft die Gründung wirtschaftlich geprägter Unternehmen an die Voraussetzung des Vorliegens eines öffentlichen Zwecks,¹³⁵ sodass diese Voraussetzungen auch noch zu prüfen sind.

Die Bestimmung, welche Tätigkeiten im **Einzelfall** als im Allgemeininteresse liegend angesehen werden, bereitet als wohl umstrittenstes Tatbestandsmerkmal Schwierigkeiten.¹³⁶ Wie im Rahmen des Art. 106 Abs. 2 AEUV erschweren auch mitgliedstaatliche Traditionen und Gegebenheiten eine allgemeingültige Definition. Die Bestimmung dessen, was unter das Allgemeininteresse fällt, liegt nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in den Grenzen der Berücksichtigung unionsrechtlicher Vorgaben bei jedem Mitgliedstaat selbst.¹³⁷ Etwas anderes gilt freilich für die durch Unionsrecht harmonisierten Bereiche. Insofern spielen auch im Rahmen des § 99 Nr. 2 GWB nicht selten politische Entscheidungen der Mitgliedstaaten eine Rolle.¹³⁸ Dies bestätigt auch die umfangreiche Spruchpraxis. Anders als im Rahmen des Art. 106 Abs. 2 AEUV weist der EuGH nicht darauf hin, dass die Entscheidung darüber, ob eine Tätigkeit eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse darstellt, dem mitgliedstaatlichen Gericht vorbehalten sei.¹³⁹ Vielmehr befindet der EuGH in dem Urteil

126 A.A. *Masing*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 27.

127 Vgl. KG, Beschluss v. 6.2.2003 – 2 Verg 1/03; *Dörr*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 44.

128 EuGH, Urteil v. 27.2.2003 – Rs. C-373/00 (Adolf Truley), Rn. 45; *Reider*, in: Säcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 15.

129 OLG Brandenburg, Beschluss v. 6.12.2016 – 6 Verg 4/16, Rn. 45; *Bungenberg/Schelhaas*, in: Gabriel/Mertens/Stein/Prieß, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 50; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 42.

130 Umfassende Beispiele, in denen das Allgemeininteresse von der Rechtsprechung bejaht wurde, finden sich bei *Weyand*, Vergaberecht, § 98 GWB Rn. 50; *Wiedekind*, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 22 ff.

131 *Dietlein*, NZBau 2002, 136 (138); *Pietzecker*, ZHR 162 (1998), 437 (445).

132 *Bungenberg/Schelhaas*, in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 52; *Pünder*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 27 f.; *Wiedekind*, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 20.

133 *Heise*, LKV 1999, 210 (211).

134 *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 53.

135 Vgl. § 102 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 GO BW; Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2 und 4 BayGO; § 91 Abs. 2 Nr. 1 und 2, Abs. 3 S. 1 BbgKVerf; § 121 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3 HGO; § 68 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 3 KV MV; § 136 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 3 NKomVG; § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3 GO NRW; § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3 GO RP; § 108 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 SaarLKS VG; § 94a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3 SächsGO; § 128 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3 KVG LSA; § 101 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 GO SH; § 71 Abs. 2 Nr. 1, 2 sowie 4 ThürKO.

136 *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 59; *Schlette*, EuR 2000, 119.

137 *Dietrich*, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, S. 166 f.

138 Vgl. *Pünder*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 27 f.; *Dietlein*, NZBau 2002, 136 (139).

139 EuGH, Urteil v. 19.5.1993 – Rs. C-320/91 (Corbeau), Rn. 19 f.

„Agorà“ in Bezug auf Messeveranstaltungen und im Urteil „BFI-Holding“ hinsichtlich der Behandlung von Haushaltsabfällen selbst über das Vorliegen einer „unbestreitbar“ im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe.¹⁴⁰ Ebenso erkennt er die Beheizung eines städtischen Ballungsgebiets mittels eines umweltfreundlichen Verfahrens und die Aufgaben der gesetzlichen Krankenkassen als im Allgemeininteresse liegende Tätigkeiten an.¹⁴¹ Im Bereich des Vergaberechts sieht der EuGH sich also – zumindest auch – selbst für die Bestimmung des Allgemeininteresses zuständig.¹⁴²

- 60** Nach dem **EuGH** geht es bei den im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben um solche, die „eng mit der öffentlichen Ordnung und dem institutionellen Funktionieren des Staates verknüpft sind“ und eine „Versorgungsgarantie“ verlangen.¹⁴³ Erfasst sind Tätigkeiten, die der Staat „aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte“. ¹⁴⁴ Dies sind im Allgemeinen Aufgaben, die „auf andere Art als durch das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt werden“. ¹⁴⁵ Dazu zählen – ähnlich wie bei Art. 106 Abs. 2 AEUV – insbesondere Aufgaben, die auch dann erfüllt werden müssen, wenn deren Erbringung unwirtschaftlich ist. Von der individuellen Aufgabenerfüllung grenzen sie sich auch durch ihre Zweckverfolgung ab, „nicht nur im Interesse dieses [bestimmten] Personenkreises“ zu stehen, sondern überdies Kollektivinteressen zu verfolgen.¹⁴⁶ Es geht um Aufgaben, für deren Erfüllung der Staat eine besondere Pflicht und bei Privaten eine Gewährleistungsverantwortung trägt, auch wenn deren Ausführung aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten unrentabel ist.¹⁴⁷ Es genügt, wenn zumindest ein Teil des „Ob“ und des „Wie“ der Aufgabenerfüllung im Verantwortungsbereich des Staates liegt.¹⁴⁸ Die Pflicht zur Aufgabenerfüllung kann sich aus der Verfassung, insbesondere aus Grund- und Schutzpflichten ergeben.¹⁴⁹ Nach diesen Erwägungen ist auf im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu schließen, wenn diese auf eine rechtliche Entscheidung des Gemeinwesens zurückzuführen sind.¹⁵⁰ Durch Gesetze wie etwa das Kreislaufwirtschaftsgesetz, das Rundfunkgesetz, die Gemeindeordnungen etc. wird dieser Wille nach außen getragen.
- 61** Für **juristische Personen des öffentlichen Rechts** besteht aufgrund ihres Gründungszwecks und der Anforderungen des Grundgesetzes, der Landesverfassungen, des Haushaltsrechts sowie der Gemeindeordnungen¹⁵¹ bereits eine Vermutung, dass sie gemeinwohlbezogene Tätigkeiten erfüllen.¹⁵² Genuin staatliche Aufgaben liegen damit im Allgemeininteresse.¹⁵³ Eine solche Vermutung gilt auch für Private, wenn der Staat ihnen zur Überwindung des Wettbewerbs- und Gleichheitsprinzips Sonderrechte einräumt.¹⁵⁴ Die Einräumung dieses Sonderstatus kann nur gerechtfertigt werden, wenn diese zur Erbringung von gemeinwohlbezogenen Tätigkeiten erforderlich ist.

140 EuGH, Urteil v. 10.5.2011 – Rs. C-223/99 (Agorà und Excelsior), Rn. 33; Urteil v. 10.11.1998 – Rs. C-360/96 (BFI Holding), Rn. 52.

141 EuGH, Urteil v. 11.6.2009 – Rs. C-300/07 (Oymanns), Rn. 49; Urteil v. 10.4.2008 – Rs. C-393/06 (Fernwärme Wien), Rn. 39.

142 Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 40.

143 EuGH, Urteil v. 15.1.1998 – Rs. C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau), Rn. 24.

144 EuGH, Urteil v. 10.5.2011 – Rs. C-223/99 (Agorà und Excelsior), Rn. 37; Urteil v. 27.2.2003 – Rs. C-373/00 (Adolf Truley), Rn. 50; Urteil v. 10.11.1998 – Rs. C-360/96 (BFI Holding), Rn. 51.

145 EuGH, Urteil v. 10.5.2011 – Rs. C-223/99 (Agorà und Excelsior), Rn. 37; Urteil v. 27.2.2003 – Rs. C-373/00 (Adolf Truley) Rn. 50.

146 EuGH, Urteil v. 10.5.2011 – Rs. C-223/99 (Agorà und Excelsior), Rn. 33 f.; Masing, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 33.

147 VK Münster, Beschluss v. 22.6.2002 – VK 03/02; Ziekow, NZBau 2004, 181 (182).

148 Vgl. BayObLG, Beschluss v. 10.9.2002 – Verg 23/02, Rn. 8.

149 Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 27.

150 Dietlein, NZBau 2002, 136 (139).

151 Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 51; Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 28.

152 So schon VUA Bund, Beschluss v. 12.4.1995 – 1 VÜ 1/95; BayObLG, Beschluss v. 10.9.2002 – Verg 23/02; Beschluss v. 21.10.2004, Verg 17/04, Rn. 12; sowie etwa Wiedekind, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 20; Puhl, Grundfragen des kartellvergaberechtlichen Auftraggeberbegriffs, S. 64 f.; Dreher, DB 1998, 2579 (2582).

153 Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 54; Weyand, Vergaberecht, § 98 GWB Rn. 46.

154 Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 49.

Ohne Bedeutung für die Frage, ob eine Tätigkeit in der Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben liegt, ist das Vorliegen **weiterer Motive** oder Beweggründe auf Seiten des Auftraggebers. Selbst utilitaristische Motive wie Gewinnstreben werden, wenn überhaupt, erst im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der Nichtgewerblichkeit geprüft.¹⁵⁵ **62**

Kriterien für die Einordnung einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe können daher sein, wenn: **63**

- die Einrichtung hoheitlich handelt,
- die Einrichtung Aufgaben der Daseinsvorsorge erfüllt,
- es um Aufgaben geht, die über Privatinteressen hinausgehen,
- die Aufgabe eng mit dem institutionellen Funktionieren des Staates und der öffentlichen Ordnung verknüpft ist,
- mit den Aufgaben Belange des Staates wahrgenommen werden oder
- der Staat sich bei der Aufgabenerfüllung eine Einflussnahme vorbehalten will.¹⁵⁶

Die Erbringung einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe ist für jedes selbstständige **Rechtssubjekt** zu prüfen.¹⁵⁷ Die „Infizierungstheorie“ findet auf dieses tätigkeitsbezogene Merkmal in Bezug auf ein anderes Rechtssubjekt keine Anwendung.¹⁵⁸ Dies bedeutet, dass ein Unternehmen, das von einem öffentlichen Auftraggeber gegründet wurde, nicht bereits aus diesem Umstand zum öffentlichen Auftraggeber wird. Das Tochter- oder Schwesterunternehmen muss selbst im Allgemeinwohl liegende Aufgaben erfüllen.¹⁵⁹ Letzteres ist zu bejahen, wenn die Muttergesellschaft ihre Pflicht zur Erbringung gemeinwohlbezogener Aufgaben auf die Tochtergesellschaft überträgt. **64**

Mangels einer Tätigkeit im Allgemeininteresse stellen öffentlich-rechtliche **Kirchengemeinschaften** keine öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB dar.¹⁶⁰ Ihnen kommt gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV ein erhebliches Selbstbestimmungsrecht zu. Dieses Selbstbestimmungsrecht in Verbindung mit der Religionsfreiheit und der staatskirchenrechtlichen Neutralität verhindert, dass der Staat durch das Vergaberecht Einfluss auf die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften nimmt. Keine andere Bewertung ist angezeigt, weil der Staat die Kirche durch die Kirchensteuer finanziert. Die Kirchensteuer ist eine kirchliche Abgabe, die lediglich durch den Staat eingezogen wird.¹⁶¹ Ob eine Tätigkeit im nicht originär kirchlichen Bereich, also etwa im Schul-, Gesundheits- oder Sozialwesen von § 99 Nr. 2 GWB umfasst ist, ist umstritten.¹⁶² Für eine Unterwerfung dieser Tätigkeit unter das Vergaberecht kann angeführt werden, die Tätigkeit sei zwar religiös motiviert, diene aber hauptsächlich einem weit verstandenen Allgemeininteresse. Dagegen muss allerdings gesagt werden, dass im Ergebnis wohl alle Handlungen der Religionsgemeinschaften zumindest mittelbar religiös motiviert und damit vom Geltungsbereich des Vergaberechts ausgeschlossen sind. Eine Ausnahme kann demnach nur gemacht werden, wenn ein Beschaffungsvorgang selbst mittelbar evident nicht religiös motiviert ist. **65**

155 Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 58.

156 Masing, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 33; Wiedekind, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 20.

157 Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 31.

158 Eschenbruch, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 67.

159 EuGH, Urteil v. 15.1.1998 – Rs. C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau), Rn. 39; siehe zur vergaberechtlichen Auftraggebereigenschaft konzernverbundener Unternehmen auch Ziekow, NZBau 2004, 181 ff.

160 VK Ansbach, Beschluss v. 30.1.2019 – RMF-SG-21-3194-3-40; VK Niedersachsen, Beschluss v. 25.4.2018 – VgK-07/2018.

161 Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 29.

162 Ablehnend Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 29; Wiedekind, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 23; zustimmend OLG Brandenburg, Beschluss v. 30.11.2004 – Verg W 10/04; Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 19, 90.

c) Nichtgewerblicher Art

- 66** Das Merkmal der **Nichtgewerblichkeit** nach § 99 Nr. 2 GWB geht auf Art. 2 Nr. 4 lit. a RL 2014/24/EU zurück. Während der EuGH zunächst das Merkmal „nichtgewerblicher Art“ mit demjenigen der „im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe“ zusammen geprüft hatte, stellte er im Urteil „Korhonen“ ausdrücklich fest, dass es sich um selbstständig zu prüfende Tatbestandsmerkmale handelt.¹⁶³ Im Gegensatz zum tätigkeitsbezogenen Merkmal der im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe ist die Nichtgewerblichkeit objektiv zu bestimmen und bezieht sich auf die Wettbewerbsstellung des Unternehmens im Hinblick auf die gemeinwohlbezogene Aufgabe.¹⁶⁴ Das Merkmal der Nichtgewerblichkeit dient der Präzisierung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe.¹⁶⁵
- 67** Für die Frage der Nichtgewerblichkeit ist eine **Gesamtbetrachtung** anzustellen, im Rahmen derer „*alle erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte, wie etwa die Umstände, die zur Gründung der betreffenden Einrichtung geführt haben, und die Voraussetzungen, unter denen sie ihre Tätigkeit ausübt, zu berücksichtigen [sind]*“.¹⁶⁶ Die Gesamtbetrachtung ist auf das wirtschaftliche Umfeld, d.h. den Sektor, für den die Gesellschaft gegründet wurde, zu richten.¹⁶⁷ Für die Beurteilung, ob das Unternehmen eine nichtgewerbliche Tätigkeit ausführt, kann es alternativ oder kumulativ auf die drei Kriterien der Gewinnerzielung, des Vorliegens eines entwickelten Wettbewerbs und der Übernahme eines wirtschaftlichen und finanziellen Risikos ankommen.¹⁶⁸ Es handelt sich um eine Einzelfallprüfung, die entsprechend einer teleologisch-europarechtlichen Auslegung des Merkmals der „Nichtgewerblichkeit“ durchzuführen ist.¹⁶⁹ Bei der Auslegung des Begriffs ist auch die Frage zu berücksichtigen, ob es sich bei der zu bewertenden Tätigkeit um einen finanz- und investitionsstarken Bereich handelt, welcher für die Bevorzugung regionaler Anbieter prädestiniert ist.¹⁷⁰ In einem solchen Fall muss § 99 Nr. 2 GWB zum Schutz des Wettbewerbs weit ausgelegt werden.¹⁷¹
- 68** Entsprechend dem **Sinn und Zweck** der Vergaberichtlinien soll die Bevorzugung inländischer Unternehmen bei der öffentlichen Auftragsvergabe vermieden und zudem verhindert werden, dass „*eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder sonstigen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt.*“¹⁷² Nur solche Einrichtungen, die sich an Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien nicht orientieren, gefährden eine wettbewerbsorientierte und transparente Auftragsvergabe.¹⁷³ In Erwägungsgrund 10 RL 2014/24/EU wird klargestellt, dass eine Einrichtung, die „*gewinnorientiert ist und die mit der Ausübung ihrer Tätigkeit einhergehenden Verluste trägt, nicht als ‚Einrichtung des öffentlichen Rechts‘ angesehen werden sollte, da die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben, zu deren Erfüllung sie geschaffen oder mit deren Erfüllung sie beauftragt worden ist, als von gewerblicher Art anzusehen sind.*“
- 69** Nichtgewerblichkeit erfordert mithin ein Tätigwerden ganz oder zumindest teilweise außerhalb der **Marktmechanismen**.¹⁷⁴ Dies ist entsprechend der Argumentation des EuGH der Fall, wenn der Staat einerseits die Erbringung der Tätigkeit aus Gründen des Allgemeininteresses entweder selbst erfüllen oder bei dieser einen entscheidenden Einfluss behalten möchte

163 EuGH, Urteil v. 22.5.2003 – Rs. C-18/01 (Korhonen), Rn. 40.

164 Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 60 f.; Weyand, Vergaberecht, § 98 GWB Rn. 53.

165 Wieddekind, in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 23.

166 EuGH, Urteil v. 10.4.2008 – Rs. C-393/06 (Fernwärme Wien), Rn. 41.

167 EuGH, Urteil v. 10.4.2008 – Rs. C-393/06 (Fernwärme Wien), Rn. 43; VK Sachsen, Beschluss v. 27.5.2021 – 1/SVK/004-21, juris Rn. 148.

168 VK Düsseldorf, Beschluss v. 21.3.2013 – VK-33/2012-L; Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 60.

169 Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 63.

170 OLG Rostock, Beschluss v. 2.10.2019 – 17 Verg 3/19.

171 Zeiss, in: Heiermann/Zeiss/Summa, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 21.

172 EuGH, Urteil v. 27.2.2003 – Rs. C-373/00 (Adolf Truley), Rn. 42; Urteil v. 12.12.2002 – Rs. C-470/99 (Universale-Bau), Rn. 52; Urteil v. 3.10.2000 – Rs. C-380/98 (University of Cambridge), Rn. 17.

173 Bungenberg/Schelhaas, in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 62; Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 37; Wieddekind, in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 27.

174 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 30.4.2003 – VII-Verg 67/02 (Bekleidungsmanagement der Bundeswehr), Rn. 27; Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 36; Zeiss, in: Heiermann/Zeiss/Summa, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 41; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 63.

und diese andererseits auf andere Art als durch das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt.¹⁷⁵ An dem Merkmal eines Wettbewerbs kann es fehlen, wenn dem Unternehmen eine Sonderstellung auf dem Markt oder sonstige Privilegien eingeräumt werden, die den Wettbewerb verfälschen.¹⁷⁶ Eine Wettbewerbsbeschränkung kann etwa bei der Einräumung von ausschließlichen Rechten zur Leistungserbringung vorliegen.¹⁷⁷ Bei dem Bestehen eines Monopols, das jegliche Konkurrenz ausschließt, ist das Merkmal der Nichtgewerblichkeit jedenfalls anzunehmen.¹⁷⁸ Übt die Einrichtung die Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen aus, so kann dies auf der anderen Seite darauf hinweisen, dass es sich um eine gewerbliche Tätigkeit handelt.¹⁷⁹ Allein das Vorliegen eines Wettbewerbs genügt jedoch nicht, die Tätigkeit als gewerblich einzuordnen.¹⁸⁰ Die Existenz eines Wettbewerbs zieht lediglich eine Indizwirkung in Bezug auf das Bestehen einer gewerblichen Tätigkeit nach sich.¹⁸¹

Unter Berücksichtigung der anzustellenden Gesamtbetrachtung schließt allein das Vorhandensein einer **Gewinnerzielungsabsicht** der juristischen Person die Nichtgewerblichkeit nicht von vornherein aus, sondern lässt diese lediglich weniger wahrscheinlich werden.¹⁸² Ebenso wenig lässt aber das Fehlen einer Gewinnorientierung auf eine nichtgewerbliche Tätigkeit schließen.¹⁸³ Als einziges Kriterium ist das Merkmal der Gewinnerzielung mitunter auch schon deshalb untauglich, weil bei privatwirtschaftlichem Handeln, etwa in Form einer GmbH, eine Gewinnerzielung regelmäßig zu bejahen sein wird.¹⁸⁴ Die Gewinnerzielungsabsicht kann dann keine Rolle spielen, wenn diese nicht Hauptziel, sondern allenfalls mittelbarer Unternehmenszweck sein soll.¹⁸⁵ An ihr fehlt es auch, wenn das Unternehmen mit der Tätigkeit unmittelbar gemeinnützige und mildtätige Motive verfolgt.¹⁸⁶ Relevanter Faktor für die Feststellung einer Gewinnerzielungsabsicht ist die Aufgabe, die im Allgemeininteresse erfüllt werden soll, nicht die juristische Person als Ganzes.¹⁸⁷

Das dritte Indiz zur Bejahung der Nichtgewerblichkeit stellt die **Übernahme des wirtschaftlichen Risikos** durch die öffentliche Hand dar.¹⁸⁸ Dieses ist in jedem Einzelfall gesondert zu prüfen.¹⁸⁹ An einem Insolvenz- und Verlustrisiko für die öffentliche Einrichtung und damit der Gewerblichkeit fehlt es, wenn dieses durch Verlustausgleich oder Patronatserklärungen durch den Staat aufgefangen wird.¹⁹⁰ Gleiches gilt, wenn die Satzung der Einrichtung für deren Verluste Ausgleichsmechanismen festlegt.¹⁹¹

70

71

175 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.8.2007 – VII-Verg 16/07 (Endlager Konrad), Rn. 10.

176 OLG Hamburg, Beschluss v. 25.1.2007 – 1 Verg 5/06; KG, Beschluss v. 27.7.2006 – 2 Verg 5/06; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 19.4.2005 – 1 VK 11/05; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 64.

177 Vgl. z. B. für die Endlagerung radioaktiver Abfälle OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.8.2007 – VII-Verg 16/07 (Endlager Konrad), Rn. 10.

178 EuGH, Urteil v. 10.4.2008 – Rs. C-393/06 (Fernwärme Wien), Rn. 44; *Bungenberg/Schelhaas*, in: Gabriel/Mertens/Prieb/Stein, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 63a.

179 EuGH, Urteil v. 22.5.2003 – Rs. C-18/01 (Korhonen), Rn. 49; Urteil v. 10.11.1998 – Rs. C-360/96 (BFI Holding), Rn. 49.

180 EuGH, Urteil v. 22.5.2003 – Rs. C-18/01 (Korhonen), Rn. 50.

181 *Masing*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 42; *Wiedekind*, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 26.

182 EuGH, Urteil v. 10.5.2011 – Rs. C-223/99 (Agorà und Excelsior), Rn. 39 f.; Urteil v. 16.10.2003 – Rs. C-283/00 (SIEPSA), Rn. 82; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.8.2007 – VII-Verg 16/07 (Endlager Konrad), Rn. 10; *Wiedekind*, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 25; *Goldbrunner*, VergabeR 2014, 167.

183 EuGH, Urteil v. 10.5.2011 – Rs. C-223/99 (Agorà und Excelsior), Rn. 40; unklar insofern EuGH, Urteil v. 11.6.2009 – Rs. C-300/07 (Oymanns), Rn. 49.

184 Missverständlich *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 62, 65.

185 EuGH, Urteil v. 16.10.2003 – Rs. C-283/00 (SIEPSA), Rn. 88 ff.; OLG Rostock, Beschluss v. 2.10.2019 – 17 Verg 3/19, Rn. 70.

186 BayObLG, Beschluss v. 10.9.2002 – Verg 23/02 (Bayerisches Rotes Kreuz), Rn. 9; VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 17.6.2011 – 1 VK 29/11 (Kreisklinik), Rn. 81.

187 OLG Rostock, Beschluss v. 2.10.2019 – 17 Verg 3/19, Rn. 70.

188 *Wiedekind*, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 27.

189 *Braun*, VergabeR 2014, 674 (675); *Goldbrunner*, VergabeR 2014, 167 (168).

190 EuGH, Urteil v. 10.5.2011 – Rs. C-223/99 (Agorà und Excelsior), Rn. 40; Urteil v. 16.10.2003 – Rs. C-283/00 (SIEPSA), Rn. 91; Urteil v. 22.5.2003 – Rs. C-18/01 (Korhonen), Rn. 51; OLG Hamburg, Beschluss v. 25.1.2007 – 1 Verg 5/06, VergabeR 2007, 358 – (Messegesellschaft Hamburg); *Pünder*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 35; *Reider*, in: Säcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 16.

191 *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 65.

- 72** Nicht entscheidend für das Vorliegen der Nichtgewerblichkeit ist, ob die Tätigkeit dem klassischen **Gewerbe**begriff des Verwaltungsrechts entspricht, als gemeinnützig einzuordnen ist oder als Gewerbebetrieb oder gemeinnütziger Betrieb in steuerrechtlicher Hinsicht anzusehen ist. Dies ergibt sich schon daraus, dass es sich bei diesen Aspekten um aus der deutschen Rechtsordnung stammende Begrifflichkeiten handelt, die aufgrund der autonomen und einheitlichen Auslegung des Unionsrechts nicht ohne Weiteres herangezogen werden können. Unerheblich für die Beurteilung der Gewerblichkeit ist überdies, ob die Tätigkeit auch von einem Privatunternehmen durchgeführt werden kann.¹⁹²
- 73** Bei dem Merkmal der Nichtgewerblichkeit kommt die „**Infizierungstheorie**“ zur Anwendung. Dies bedeutet, dass es für das Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmals genügt, wenn das Unternehmen in einem Bereich nichtgewerblich tätig wird.¹⁹³ Dabei ist für die Annahme einer nichtgewerblichen Tätigkeit schon ausreichend, dass ein relativ kleiner Teil des Unternehmens nichtgewerblich handelt und das Unternehmen ansonsten mit Gewinnerzielungsabsicht unter Marktbedingungen tätig ist.¹⁹⁴ Eine solche nichtgewerbliche Tätigkeit bleibt nur außer Acht, wenn sie dermaßen untergeordnet ist, dass die Ziele des EU-Vergaberechts erkennbar nicht berührt werden. Unerheblich ist, ob die die gewerbliche Tätigkeit ausführende juristische Person mit einer anderen juristischen Person verbunden ist.¹⁹⁵ Für jede juristische Person ist das Kriterium der Nichtgewerblichkeit gesondert festzustellen.¹⁹⁶

3. Staatliche Beherrschung

- 74** Als weitere Voraussetzung der Auftraggebereigenschaft verlangt § 99 Nr. 2 GWB eine besondere Staatsverbundenheit der Rechtsträger.¹⁹⁷ Es sollen solche Einrichtungen erfasst werden, auf die der Staat bei vergaberechtlichen Entscheidungen einen besonderen Einfluss ausüben kann.¹⁹⁸ Eine potenzielle Einflussnahme ist ausreichend.¹⁹⁹
- 75** Die in § 99 Nr. 2 GWB genannten **Voraussetzungen** stellen dabei nicht lediglich Regelbeispiele oder Indizien für eine staatliche Beherrschung dar. Sind sie nicht erfüllt, kann eine staatliche Beherrschung nicht angenommen werden, selbst wenn ein staatlicher Einfluss sich aus anderen Anhaltspunkten ergeben könnte.²⁰⁰ Die Voraussetzung der staatlichen Beherrschung knüpft an Art. 2 Nr. 4 RL 2014/24/EU an, der drei Fallgestaltungen der engen Beziehung der staatlichen Einrichtung mit der staatlichen Sphäre kennt.²⁰¹ Eine enge Verbundenheit kann sich alternativ²⁰² aus einer überwiegenden Finanzierung (lit. a), einer Aufsicht über die Leitung (lit. b) oder durch eine mehrheitliche Organbesetzung (lit. c) der Einrichtung ergeben. Das Vorliegen einer der Tatbestandsvariante führt zu einer unwiderleglichen Vermutung im Hinblick auf die vergaberechtliche Zurechnung der Einrichtung zum Staat.²⁰³
- 76** Insgesamt muss bei jedem Tatbestandsmerkmal der **Einfluss** gleichrangig sein. Dies erfordert eine Kausalität zwischen dem Einfluss auf die Auftragsvergabe und der besonderen Verbundenheit zwischen Staat und Einrichtung.²⁰⁴

192 EuGH, Urteil v. 10.5.2011 – Rs. C-223/99 (Agorà und Excelsior), Rn. 38.

193 *Eschenbruch*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 99 Rn. 67.

194 OLG Brandenburg, Beschluss v. 6.12.2016 – 6 Verg 4/16.

195 EuGH, Urteil v. 10.11.1998 – Rs. C-360/96 (BFI Holding), Rn. 57.

196 *Wiedekind*, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 28.

197 *Dörr*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 46; *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 66.

198 EuGH, Urteil v. 1.2.2001 – Rs. C-237/99 (Kommission/Frankreich), Rn. 48.

199 *Dreher*, NZBau 2005, 297 (302); vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 30.4.2003 – VII-Verg 67/02 (Bekleidungsmanagement der Bundeswehr).

200 VK Thüringen, Beschluss v. 7.2.2019 – 250-4003-262/2019-E-001-EIC, Rn. 54

201 EuGH, Urteil v. 27.2.2003 – Rs. C-373/00 (Adolf Truley), Rn. 68; Urteil v. 3.10.2000 – Rs. C-380/98 (University of Cambridge), Rn. 20; Urteil v. 15.1.1998 – Rs. C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau), Rn. 20.

202 EuGH, Urteil v. 27.2.2003 – Rs. C-373/00 (Adolf Truley), Rn. 68; Urteil v. 1.2.2001 – Rs. C-237/99 (Kommission/Frankreich), Rn. 44.

203 *Pünder*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 63.

204 *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 78.

Entsprechend dem Sinn und Zweck der Vergaberichtlinien ist auch dieses Tatbestandsmerkmal **funktional** und autonom auszulegen.²⁰⁵ **77**

Als dem Anwendungsbereich des § 99 Nr. 2 GWB unterfallende öffentliche Auftraggeber sind daher auch von Gebietskörperschaften **anderer Mitgliedstaaten** der Europäischen Union beherrschte Einrichtungen anzusehen.²⁰⁶ Zwar ist dies dem Wortlaut nicht explizit zu entnehmen, die europarechtlichen Vorgaben beschränken sich in ihrem Wortlaut jedoch nicht auf die Körperschaften des jeweiligen Mitgliedstaats.²⁰⁷ **78**

Anders als das Merkmal der Gewerblichkeit ist die Staatsgebundenheit nicht **tätigkeitsbezogen**, sondern bezieht sich auf den Aufgabenträger als solchen.²⁰⁸ **79**

a) Überwiegende Finanzierung (Hs. 1 lit. a.)

Nach § 99 Nr. 2 Hs. 1 lit. a GWB liegt ein Beherrschungstatbestand vor, wenn die Einrichtung überwiegend von Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert wird. In Anknüpfung an das Urteil des EuGH in der Rechtssache „University of Cambridge“ setzt dieser Beherrschungstatbestand voraus, dass mehr als die Hälfte der Finanzmittel der Einrichtung von der öffentlichen Hand stammen.²⁰⁹ **80**

Durch die Finanzierung muss kein über die Finanzierung selbst hinausgehender **Einfluss** ausgeübt werden. Die Finanzierung selbst konstituiert die Auftraggebereigenschaft.²¹⁰ Ob der Staat entweder durch vertragliche Vereinbarung oder im Rahmen der tatsächlichen Gegebenheiten weiteren Einfluss ausüben kann, ist ohne Bedeutung. **81**

aa) Ausgangspunkt Gesamtfinanzierung

Ausgangspunkt der Berechnung ist die Gesamtfinanzierung des potentiellen Auftragnehmers. Dabei sind alle finanziellen Ressourcen zu berücksichtigen, die einer Institution zur Verfügung stehen, unabhängig davon, ob sie aus öffentlichen Quellen oder gewerblichem Tätigwerden stammen.²¹¹ Der Begriff der „Finanzierung“ ist entsprechend der funktionalen Auslegung weit zu verstehen. Er umfasst jeden „Transfer von Finanzmitteln [...], der ohne spezifische Gegenleistung mit dem Ziel vorgenommen wird, die Tätigkeiten der betreffenden Einrichtung zu unterstützen.“²¹² Hierunter können jegliche finanzielle Vorteile, die zur Sicherstellung des Geschäftsbetriebs der Einrichtung beitragen, fallen, wie etwa Darlehen,²¹³ verlorene Zuschüsse, indirekte Zuwendungen,²¹⁴ Bürgschaften, Garantien oder auch unentgeltliche Überlassungen von Personal oder Sachmitteln.²¹⁵ **82**

bb) Staatliche Leistung

Umstritten ist, ob die von § 99 Nr. 2 GWB erfassten Finanzmittel sich auch auf **Subventionen** erstrecken oder diese bereits von § 99 Nr. 4 abgedeckt werden. Mit Blick darauf, dass § 99 Nr. 4 GWB die Einbeziehung von privaten Personen und juristischen Personen, die keine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben wahrnehmen, bezweckt, sind auch Subventionen öffentlicher Auftraggeber als Finanzquellen i.S.d. § 99 Nr. 2 GWB einzubeziehen.²¹⁶ **83**

205 Reider, in: Säcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 50; vgl. auch EuGH, Urteil v. 13.12.2006 – Rs. C-337/06 (Bayerischer Rundfunk), Rn. 40, zum Merkmal der überwiegenden Finanzierung.

206 Umfassend von *Strenge*, NZBau 2011, 17 (18 ff.).

207 *Wiedekind*, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 49.

208 *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 68.

209 EuGH, Urteil v. 3.10.2000 – Rs. C-380/98 (University of Cambridge), Rn. 27 ff.; ein Berechnungsmodell findet sich bei *Zeiss*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 61.

210 EuGH Urteil v. 13.12.2007 – Rs. C-337/06 (Bayerischer Rundfunk); *Zeiss*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 56; *Wiedekind*, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 34.

211 EuGH, Urteil v. 3.10.2000 – Rs. C-380/98 (University of Cambridge), Rn. 36.

212 EuGH, Urteil v. 12.9.2013 – Rs. C-526/11 (Ärzttekammer Westfalen-Lippe), Rn. 22.

213 *Dörr*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 50.

214 EuGH, Urteil v. 3.10.2000 – Rs. C-380/98 (University of Cambridge), Rn. 22.

215 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 30.4.2003 – VII-Verg 67/02 (Bekleidungsmanagement der Bundeswehr), Rn. 35; *Dietlein/Heinemann*, NVwZ 2003, 1080 ff.; *Wagner/Wiegand*, NZBau 2003, 369 ff., näher *Dietlein*, NZBau 2002, 136 (140).

216 *Dietlein*, NZBau 2002, 136 (140).

- 84** Voraussetzung dieses Tatbestandsmerkmals ist stets, dass die Finanzierung der Einrichtung ohne spezifische **Gegenleistung** erfolgt.²¹⁷ Bei Leistungen, die auf eine Gegenleistung bezogen sind, wie etwa solche der Krankenversicherung an private Leistungserbringer, ist diese Anforderung gerade nicht erfüllt.²¹⁸ Für die Feststellung des Vorliegens einer Gegenleistung bietet sich ein Rückgriff auf die im europäischen Beihilferecht bekannte Prüfung eines auf dem Markt adäquaten Entgelts an.²¹⁹ Erhält die Einrichtung ein Entgelt, das über demjenigen eines marktadäquaten liegt, fehlt es an einer spezifischen Gegenleistung.²²⁰ Gleiches gilt, wenn der Beitrag unabhängig von der Inanspruchnahme der Leistung erfolgt.²²¹
- 85** Eine Gegenleistung und damit keine überwiegende Finanzierung soll dann vorliegen, wenn die juristische Person Mittel im Rahmen einer **Leistungsvereinbarung** gemäß §§ 75 ff. SGB XII erhält.²²² Gegenstand einer solchen Leistung ist gerade, dass die Einrichtung eine Gegenleistung für die Bezahlung erbringt, auch wenn die Leistung im Wesentlichen durch die Regeln des SGB determiniert ist.
- 86** Umstritten war lange Zeit, ob eine staatliche Finanzierung auch dann gegeben ist, wenn die Finanzmittel auf gesetzlicher Grundlage beruhen und unmittelbar von den Bürgern durch Zwangsbeiträge erbracht wurden. Gegen eine solche Form der **mittelbaren Finanzierung** wandten Stimmen aus der Literatur²²³ ein, es fehle an einer Kontrolle über die Vergabeentscheidung und der unmittelbaren Herkunft der Finanzmittel aus dem staatlichen Haushalt entsprechend der unionsrechtlichen Vorgaben für die Bestimmung von Beihilfen.²²⁴ Für die Erfassung auch mittelbarer Finanzierungen spricht jedoch, dass die Möglichkeit der direkten Einflussnahme des Staates auf die Vergabeentscheidung für das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals der Finanzierung durch den Staat nach § 99 Nr. 2 GWB unerheblich ist.²²⁵ Das Ausreichen einer indirekten Finanzierung für § 99 Nr. 2 GWB hat der EuGH in dem Urteil zu den deutschen Rundfunkgebühren nunmehr ausdrücklich anerkannt. Danach genügt es für die Bejahung einer Zurechnungsbasis, wenn die Garantie der Finanzierung durch gesetzlich eingeführte hoheitliche Zwangsmittel sichergestellt wird.²²⁶ Entsprechend können auch die Beitragsfinanzierung der gesetzlichen Krankenkassen²²⁷ sowie die Zwangsbeiträge berufsständischer Kammern²²⁸ eine für § 99 Nr. 2 Hs. 1 lit. a GWB ausreichende mittelbare Finanzierung darstellen. Voraussetzung ist jedoch, dass bei einer mittelbaren Finanzierungsweise noch eine ausreichend „**enge Verbindung**“ zu einer staatlichen Stelle besteht, die es ihr ermöglicht, die Beschaffungsentscheidungen der betreffenden Einrichtung zu beeinflussen, und die Möglichkeit eröffnet, dass diese sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt.²²⁹ Für die Frage einer engen Verbindung kommt es maßgeblich auf den Einfluss der staatlichen Stelle bei der Finanzierung bzw. bei der Bestimmung der Beiträge und Gebühren der Einrichtung an. Ein ausreichender Einfluss ist nach dem Urteil des EuGH zu den Rundfunkanstalten jedenfalls zu bejahen, wenn die Einziehung der Gebühr durch hoheitliche Befugnisse erfolgt und Grund

217 EuGH, Urteil v. 11.6.2009 – Rs. C-300/07 (Oymanns), Rn. 53; Urteil v. 13.12.2006 – Rs. C-337/06 (Bayerischer Rundfunk), Rn. 45; Urteil v. 3.10.2000 – Rs. C-380/98 (University of Cambridge), Rn. 21.

218 OLG Naumburg, Beschluss v. 17.3.2005 – 1 Verg 3/05, Rn. 34; VK Nordbayern, Beschluss v. 23.7.2009 – 21.VK-3194-25/09, Rn. 58.

219 Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 51.

220 Vgl. auch Puhl, Grundfragen des kartellvergaberechtlichen Auftraggeberbegriffs, S. 130 ff.; Koenig/Hentschel, ZfBR 2005, 442 ff.

221 EuGH, Urteil v. 13.12.2006 – Rs. C-337/06 (Bayerischer Rundfunk), Rn. 45.

222 VK Südbayern, Beschluss v. 4.9.2017 – Z3-3-3194-1-31-06/17, Rn. 177.

223 Vgl. Buhr, Die Richtlinie 2004/18/EG und das deutsche Vergaberecht, S. 84; Dreher, NZBau 2005, 297 (301 f.); Eschenbruch/Hunger, NZBau 2003, 471 (474 f.); vgl. aber Opitz, NVwZ 2003, 1087 (1090). Für Nachweise aus der Spruchpraxis Weyand, Vergaberecht, § 98 GWB Rn. 85.

224 EuGH, Urteil v. 13.3.2001 – Rs. C-379/98 (Preussen-Elektra), Rn. 58.

225 EuGH, Urteil v. 13.12.2006 – Rs. C-337/06 (Bayerischer Rundfunk), Rn. 52.

226 EuGH, Urteil v. 13.12.2006 – Rs. C-337/06 (Bayerischer Rundfunk), Rn. 41 ff.; hierzu Degenhart, JZ 2008, 568 ff.; Heuvels, NZBau 2008, 166 ff.

227 EuGH, Urteil v. 11.6.2009 – Rs. C-300/07 (Oymanns), Rn. 50 ff.; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 23.5.2007 – VII-Verg 50/06.

228 Steiling, NZBau 2012, 146 (148).

229 EuGH, Urteil v. 12.9.2013 – Rs. C-526/11 (Ärztammer Westfalen-Lippe), Rn. 20.

und Höhe der Gebühr, d.h. die Finanzierung der Einrichtung, gesetzlich festgelegt sind.²³⁰ In dem Urteil zu den Krankenkassen ging der EuGH im Hinblick auf die Beteiligung der Einrichtung bei der Beitragsfestsetzung noch weiter.²³¹ Einer Staatsverbundenheit steht es danach nicht entgegen, wenn die zwangsweise eingezogenen Beiträge von der Einrichtung selbst und nicht von dem öffentlichen Auftraggeber festgelegt werden, sofern jedoch dem Beitragsempfänger bei der Bestimmung der Beitragshöhe nur ein geringer Spielraum verbleibt und die Festlegung des Beitrags der staatlichen Genehmigung bedarf.²³² Entscheidend ist insofern, dass der Spielraum des Beitragsempfängers bei der Bestimmung des Leistungsumfanges „äußerst begrenzt“ ist. Dies ist anzunehmen, wenn der Gebührensatz in „gewissem Umfang“ gesetzlich vorgegeben ist.²³³ Von einer solchen engen Verbindung ist nach dem EuGH in dem Urteil zur Ärztekammer Westfalen-Lippe demgegenüber nicht mehr auszugehen, wenn die Aufgaben der Einrichtung zwar im Gesetz aufgezählt sind, ihr dieses jedoch eine erhebliche Autonomie bei der „Bestimmung des Wesens, des Umfangs und der Durchführungsmodalitäten der von ihr zur Erfüllung ihrer Aufgaben ausgeübten Tätigkeiten, somit bei der Festsetzung des dafür erforderlichen Haushalts und infolgedessen bei der Festlegung der Höhe der Beiträge einräumt, die sie von ihren Mitgliedern erhebt.“²³⁴ An der fehlenden Verbindung ändere auch die notwendige Genehmigung der Beitragssetzung durch die Aufsichtsbehörde nichts, da diese lediglich prüfe, ob der Haushalt ausgeglichen sei. Damit schränkt der EuGH das Tatbestandsmerkmal der überwiegenden Finanzierung ein, indem er für die Staatsverbundenheit ein „qualifiziertes Näheverhältnis“ fordert. Erforderlich ist, dass der öffentliche Auftraggeber die Vergabeentscheidung entsprechend dem Sinn und Zweck der Vergaberichtlinien dahin gehend beeinflussen kann, dass diese sich von anderen als wirtschaftlichen Erwägungen leiten und damit der Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe einen Boden bereiten kann. Dabei ist eine tatsächliche Einflussnahme nicht notwendig. Vielmehr genügt die Gefahr einer solchen. Ausreichend ist danach, dass die Einrichtung eine durch vergabefremde Zwecke geprägte Haltung einnimmt.²³⁵ Eine organisatorische und haushaltsrechtliche Autonomie der Einrichtung steht einer Staatsverbundenheit jedoch entgegen.²³⁶ Mit dem Urteil „Ärztekammer Westfalen-Lippe“ erteilt der EuGH einer formellen Prüfung der Staatsverbundenheit eine Absage. Vielmehr muss in jedem Einzelfall materiell geprüft werden, ob der Institution bei einem staatlich eingeführten Finanzierungssystem eine Autonomie bei der Ausgestaltung der Beitragssetzung zukommt.²³⁷ Eine solche Autonomie kann dann angenommen werden, wenn die Einrichtung zwar aufgrund staatlicher Gestattung zur Beitragserhebung verpflichtet ist, aber frei bei der Festlegung der Höhe der Beiträge ist.²³⁸ Unter Anwendung der Rechtsprechung des EuGH können nunmehr auch andere, durch staatlich festgelegte **Zwangsbeiträge** finanzierte Einrichtungen unter den Auftraggeberbegriff des Art. 99 Nr. 2 Hs. 1 lit. a GWB fallen.²³⁹ Dabei ist jedoch auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH in jedem Einzelfall zu prüfen, ob es sich um eine hoheitliche Beitragsbemessung handelt, die das Maß an Selbstbestimmung der Einrichtung zumindest einschränkt. Im Hinblick auf Kammerorganisationen wird eine jeweils gesonderte Prüfung er-

230 EuGH, Urteil v. 13.12.2006 – Rs. C-337/06 (Bayerischer Rundfunk), Rn. 48.

231 Im Überblick *Hausmann/Queisner*, VergabeR 2014, 1 (4).

232 EuGH, Urteil v. 11.6.2009 – Rs. C-300/07 (Oymanns), Rn. 48; vgl. auch KG, Beschluss v. 29.2.2012 – Verg 8/11, im Hinblick auf die Finanzierung eines kommunalen Versorgungsunternehmens durch gesetzlich angeordnete Zwangsbeiträge für Straßenanlieger.

233 Vgl. § 6 Abs. 4 HeilBerG NRW.

234 EuGH, Urteil v. 12.9.2013 – Rs. C-526/11 (Ärztekammer Westfalen-Lippe), Rn. 27; dazu *Hausmann/Queisner*, VergabeR 2014, 1 ff.; *Heyne*, NVwZ 2014, 621 ff.; *Kokew*, NZBau 2014, 96 ff.; zuvor *Steiling*, NZBau 2012, 146 ff.

235 *Hausmann/Queisner*, VergabeR 2014, 1 (3).

236 EuGH, Urteil v. 12.9.2013 – Rs. C-526/11 (Ärztekammer Westfalen-Lippe), Rn. 27.

237 Zur Einordnung der Rechtsanwaltskammern und IHKs als öffentliche Auftraggeber nach den Kriterien des EuGH-Urteils zu den Ärztekammern *Hausmann/Queisner*, VergabeR 2014, 1 (6 ff.); zu IHKs auch *Pielow/Bootz*, GewArch 2015, 12 ff.

238 EuGH, Urteil v. 12.9.2013 – Rs. C-526/11 (Ärztekammer Westfalen-Lippe), Rn. 25.

239 *Wagner/Raddatz*, NZBau 2010, 731 (733 f.).

forderlich sein, wohingegen Sozialversicherungsträger die Kriterien einer mittelbaren staatlichen Finanzierung regelmäßig erfüllen werden.²⁴⁰

- 87** Die Finanzierung muss **zugunsten des Rechtsträgers** erfolgen, d.h. bei privaten Rechtsträgern gesellschaftsbezogen sein.²⁴¹ Die besondere Staatsnähe wird nicht schon durch die Finanzierung eines konkreten Auftrags begründet, sondern muss an die Aktivitäten der juristischen Person als Ganzes anknüpfen.²⁴² Eine Finanzierung einzelner Aufgabenbereiche genügt gerade nicht.²⁴³

cc) Überwiegen der staatlichen Leistung

- 88** Entsprechend Erwägungsgrund 10 RL 2014/24/EU ist nach der Rechtsprechung des EuGH²⁴⁴ unter „**überwiegend**“ finanziert „*eine Finanzierung in Höhe von mehr als der Hälfte zu verstehen [...], worunter auch Zahlungen von Nutzern fallen können, die nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts auferlegt, berechnet und erhoben werden.*“ Für die Berechnung der Finanzierung des laufenden Betriebs der Einrichtung ist die Gesamtheit der Mittel einzubeziehen, über die die Einrichtung verfügt. Die aus gewerblicher Tätigkeit stammenden Mittel werden eingeschlossen.²⁴⁵

- 89** Als **Berechnungszeitraum** ist auf das Wirtschaftsjahr abzustellen, in dem der Auftrag erteilt wird.²⁴⁶ Unter den Gesichtspunkten der Rechtssicherheit und Transparenz sind die zu Beginn des Haushaltsjahres veranschlagten Finanzierungsgrundlagen der Berechnung zugrunde zu legen.²⁴⁷ Dies gilt auch dann, wenn die Finanzierungsbeiträge sich später ändern oder die Laufzeit des Auftrags über das Wirtschaftsjahr hinausgeht.²⁴⁸

- 90** Im Fall der Gesellschafterstellung öffentlicher Auftraggeber muss der staatliche **Gesellschaftsanteil** mehr als 50 % ausmachen.²⁴⁹ Eine öffentliche Stammeinlage von genau 50 % ist nicht genügend.²⁵⁰ Aus Gründen des eindeutigen Wortlauts sowie der praktischen Wirksamkeit ist auch eine Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand ausreichend, wenn die Einrichtung in sonstiger Weise durch privates Kapital finanziert wird.²⁵¹

b) Aufsicht über die Leitung (Hs. 1 lit. b)

- 91** Eine besondere Staatsnähe ist auch dann gegeben, wenn die Leitung der Einrichtung einer Aufsicht durch Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB unterliegt. Das Merkmal ist funktional und damit unabhängig von den formellen Modalitäten seiner Anwendung zu verstehen.²⁵²

- 92** Voraussetzung ist, dass die öffentliche Hand durch die Ausübung von Aufsichtsbefugnissen auf das Vergabeverhalten des Unternehmens einwirken kann.²⁵³ Für die Frage der Aufsicht ist auf den Rechtsträger selbst und nicht auf die einzelne, von der juristischen Person durchgeführte Vergabe abzustellen.²⁵⁴ Besonders in dieser Variante muss der **Einfluss** gleichwertig zu den im Rahmen der anderen Tatbestandsmerkmale der „Finanzierung“ oder „überwiegenden

240 *Wieddekind*, in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 67.

241 *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 80.

242 VK Nordbayern, Beschluss v. 31.7.2014 – 21.VK-3194-25/14, Rn. 56; *Masing*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 50.

243 BayObLG, Beschluss v. 10.9.2002 – Verg 23/02 (Bayerisches Rotes Kreuz), Rn. 10.

244 EuGH, Urteil v. 13.12.2006 – Rs. C-337/06 (Bayerischer Rundfunk), Rn. 33; Urteil v. 3.10.2000 – Rs. C-380/98 (University of Cambridge), Rn. 33.

245 EuGH, Urteil v. 3.10.2000 – Rs. C-380/98 (University of Cambridge), Rn. 36; *Wieddekind*, in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 34.

246 VK Nordbayern, Beschluss v. 23.7.2009 – 21.VK-3194-25/09; VK Düsseldorf, Beschluss v. 18.6.2007 – VK-14-2007-L; *Masing*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 54.

247 EuGH, Urteil v. 3.10.2000 – Rs. C-380/98 (University of Cambridge), Rn. 41.

248 EuGH, Urteil v. 3.10.2000 – Rs. C-380/98 (University of Cambridge), Rn. 42 ff.; *Pünder*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 47.

249 *Dörr*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 54.

250 Vgl. VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 16.12.2009 – 1 VK 63/09, Rn. 39.

251 *Dörr*, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 55.

252 EuGH, Urteil v. 1.2.2001 – Rs. C-237/99 (Kommission/Frankreich), Rn. 43.

253 *Werner*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 75.

254 VK Südbayern, Beschluss v. 27.3.2014 – 23-3-3194-1-01-01/14, Rn. 167.

Organbesetzung“ erlangten Verbindungen sein.²⁵⁵ Schon die Möglichkeit der staatlichen Einflussnahme durch die konkrete Gestaltung der staatlichen Aufsicht impliziert eine ständige Kontrolle und die Einwirkung auf die Beschaffungsentscheidungen.²⁵⁶

An einer solchen Einflussnahme in Bezug auf öffentliche Aufträge fehlt es im Fall einer **nachträglichen Überprüfung**.²⁵⁷ Eine Einwirkung auf die Beschaffungsentscheidungen ist dann nicht mehr möglich.²⁵⁸ Die öffentliche Hand muss eigene Entscheidungen gerade auch gegen den Willen der unternehmerischen Entscheidungsträger durchsetzen können.²⁵⁹ Erforderlich sind Aufsichtsrechte über „die laufende Gebarung auf ihre ziffernmäßige Richtigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit“.²⁶⁰

Die **Fachaufsicht** erfüllt diese Vorgaben in der Regel unproblematisch, da sie eine aktive Gestaltung der Leitung der beaufsichtigten juristischen Person und der Erteilung von Zweckmäßigkeitserwägungen getragenen Weisungen ermöglicht.²⁶¹ Demgegenüber ist bei der **Rechtsaufsicht** nur die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Entscheidungen möglich. Die Aufsicht beschränkt sich auf eine nachträgliche Rechtmäßigkeitskontrolle oder die Verhinderung von rechtswidrigen Handlungen. Mangels einer gestaltenden Wirkung auf unternehmerische Entscheidungen wird die erforderliche Staatsgebundenheit bei dem Vorliegen einer Rechtsaufsicht teils per se verneint.²⁶² Allerdings ist die Einordnung als Fach- oder Rechtsaufsicht für die Bejahung des Tatbestandsmerkmals nicht entscheidend, da es auf eine autonome unionsrechtliche Auslegung ankommt und auf das konkrete Aufsichtsverhältnis unter Berücksichtigung aller zur Verfügung stehenden Aufsichtsmittel abzustellen ist.²⁶³ Eine qualifizierte Rechtsaufsicht kann genügen, sofern diese sich auf die Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung erstreckt und durch Eingriffsmöglichkeiten eine laufende Einflussnahme eröffnet.²⁶⁴ Sogar eine einfache Rechtsaufsicht wurde in der Vergangenheit als ausreichend erachtet, wenn die von ihr kontrollierten Regelungen eine hohe Detaildichte aufweisen und die Handlungsmöglichkeiten des Auftraggebers erheblich eingrenzen.²⁶⁵ Umgekehrt kann eine ausreichende Aufsicht über die Leitung auch bei einer Fachaufsicht fehlen.²⁶⁶ Die Voraussetzung einer tatsächlichen Einflussmöglichkeit ist folglich anhand einer Gesamtbetrachtung im Einzelfall festzustellen. Der Unterscheidung zwischen Fach- und Rechtsaufsicht kommt hierbei allenfalls Indizcharakter zu.²⁶⁷

255 EuGH, Urteil v. 27.2.2003 – Rs. C-373/00 (Adolf Truley), Rn. 69; Urteil v. 1.2.2001 – Rs. C-237/99 (Kommission/Frankreich), Rn. 49.

256 EuGH, Urteil v. 1.2.2001 – Rs. C-237/99 (Kommission/Frankreich), Rn. 56.

257 EuGH, Urteil v. 12.9.2013 – Rs. C-526/11 (Ärztekammer Westfalen-Lippe), Rn. 29; Urteil v. 27.2.2003 – Rs. C-373/00 (Adolf Truley), Rn. 70; Urteil v. 1.2.2001 – Rs. C-237/99 (Kommission/Frankreich), Rn. 53 ff.; BayObLG, Beschluss v. 24.5.2004 – Verg 6/04 (AOK Bayern); Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 85; Dietlein, NZBau 2002, 136 (141).

258 EuGH, Urteil v. 27.2.2003 – Rs. C-373/00 (Adolf Truley), Rn. 70.

259 Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 57; Reider, in: Säcker Wettbewerbsrecht, § 99 GWB Rn. 20.

260 EuGH, Urteil v. 27.2.2003 – Rs. C-373/00 (Adolf Truley), Rn. 73.

261 Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 82; Bungenberg/Schelhaas, in: Gabriel/Mertens/Stein/Prieß, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 82; Zeiss, in: Heiermann/Zeiss/Summa, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 69 f.; Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 58; Wiedekind, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 41.

262 BayObLG, Beschluss v. 24.5.2004 – Verg 6/04; Dietlein, NZBau 2002, 136 (141); wohl auch Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 98 GWB Rn. 82 f.; a.A. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 6.7.2005 – VII-Verg 22/05.

263 Heyne, GewArch 2010, 54 (56); Steiling, NZBau 2012, 146 (148); dagegen jedoch noch Dreher, NZBau 2005, 297 (299); Eschenbruch/Hunger, NZBau 2003, 471 (474).

264 Vgl. z. B. für die gesetzlichen Krankenkassen OLG Düsseldorf, Beschluss v. 23.5.2007 – VII-Verg 50/06; vgl. VK Bund, Beschluss v. 26.5.2009 – VK 2-30/09; Gabriel, NZS 2007, 344 (347); Klöck, NZS 2008, 178 (181 f.); a.A. BayObLG, Beschluss v. 24.5.2004 – Verg 6/04; für Rentenversicherungsträger z. B. BayObLG, Beschluss v. 21.10.2004 – Verg 17/04; für Unfallversicherungsträger OLG Düsseldorf, Beschluss v. 22.6.2005 – VII-Verg 22/05.

265 Dörr, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 58.

266 Werner, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 82.

267 VK Südbayern, Beschluss v. 27.3.2014 – Z3-3-3194-1-01-01/14, Rn. 163 f.; Zeiss, in: Heiermann/Zeiss/Summa, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 150; Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 59; Wiedekind, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, § 99 GWB Rn. 43.