

# Einleitung und Orientierung

Dokument wurde zuletzt aktualisiert am: 01.10.2016

## Gliederung

A. Die wirtschaftliche Bedeutung öffentlicher Aufträge	Rn. 1
B. Der Begriff des Vergaberechts	Rn. 3
C. Die Entwicklung des nationalen Vergaberechts im Überblick	Rn. 7
I. Vom Haushaltsrecht zum Wettbewerbsrecht mit Rechtsschutz	Rn. 7
II. Vom Wettbewerbsrecht zum Instrument der Umwelt- und Sozialpolitik	Rn. 19
D. Die Binnenmarktrelevanz	Rn. 31
E. Das Kaskadenprinzip und der Flickenteppich	Rn. 42
I. Schwellenwertvergaben	Rn. 42
1. Das Kaskadenprinzip	Rn. 42
2. Der Flickenteppich	Rn. 58
II. Unterschwellenvergaben	Rn. 62
F. Das seit dem 18.04.2016 geltende Vergaberecht	Rn. 64
I. Schwellenwertvergaben	Rn. 64
II. Unterschwellenvergaben	Rn. 72
G. Ausblick in die nahe Zukunft (Stand 30.09.2016)	Rn. 73
H. Exkurs (WTO und GPA)	Rn. 79

## A. Die wirtschaftliche Bedeutung öffentlicher Aufträge

- 1 Öffentliche Aufträge sind ein sehr wichtiger Wirtschaftsfaktor. Es gibt zwar (noch) keine exakten Zahlen; seriöse Schätzungen gehen aber davon aus, dass in Deutschland jährlich ca. 160.000 öffentliche Aufträge mit einem Gesamtvolumen von mindestens 400 Mrd. Euro (etwa 12,5% des Bruttoinlandsprodukts) vergeben werden. Innerhalb der EU geben öffentliche Auftraggeber mindestens 1.500 Mrd. pro Jahr für die Beschaffung von Waren und Leistungen aus. Im Durchschnitt liegen dabei die Ausgaben für öffentliche Beschaffungen in den EU-Mitgliedstaaten bei etwa 13% des jeweiligen Bruttonettoprodukts.
- 2 Auf Auftragnehmerseite gibt es Branchen, wie insbesondere den Tiefbau, deren Existenz eng mit der Vergabe öffentlicher Aufträge verknüpft ist. Aber auch für Unternehmen, die sowohl im öffentlichen als auch im privaten Sektor tätig sind, sind öffentliche Aufträge attraktiv. Öffentliche Auftraggeber stehen zwar - weitgehend zu Unrecht - in dem Ruf, Zahlungen zu verzögern. Die meisten können aber auch nicht insolvent werden, was dem Auftragnehmer eine gewisse Sicherheit gibt.

## B. Der Begriff des Vergaberechts

- 3 Das heutige Vergaberecht umfasst als Oberbegriff zwei Elemente, nämlich
  - die Gesamtheit aller Regeln, die öffentliche Auftraggeber bei der **Beschaffung** von Waren und Leistungen aller Art (= Vergabe von öffentlichen Aufträgen) beachten müssen,

- die Regelungen, nach denen an einem öffentlichen Auftrag interessierte Unternehmen um **Primärrechtsschutz** wegen der Verletzung der vom Auftraggeber zu beachtenden Regelungen nachsuchen können.
- 4 Ein **Beschaffungsvorgang** (vgl. auch die Kommentierung zu § 97 GWB Rn. 12 f.) liegt immer vor, wenn ein Auftraggeber nach Abschluss des internen Entscheidungsprozesses nach außen tätig wird, um sich zur Deckung seines eigenen Bedarfs Wirtschaftsgüter (Waren, Bau- oder Dienstleistungen) gegen Entgelt zu besorgen (vgl. auch § 103 Abs. 1 GWB). Der Grund für den Bedarf ist unerheblich, ebenso, ob er wirklich besteht oder nur irrtümlich angenommen wird. Es spielt auch keine Rolle, ob die Beschaffung hoheitlichen Aufgaben dient und fiskalisches Handeln betrifft. Die Übertragung der Durchführung der Abfallentsorgung auf ein Privatunternehmen ist genauso ein Beschaffungsvorgang wie der Einkauf von Papier für Drucker und Kopierer.
  - 5 **Primärrechtsschutz** gibt einem Unternehmen die Möglichkeit, dadurch auf das Vergabeverfahren einzuwirken, dass es mit Hilfe eines Gerichts oder einer anderen mit entsprechenden Befugnissen ausgestatteten staatlichen Einrichtung den Auftraggeber zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen zwingt (vgl. auch § 156 Abs. 2 GWB).
  - 6 Nicht zum Vergaberecht gehört der erst nach Abschluss eines Vergabeverfahrens zum Tragen kommende **Sekundärrechtsschutz** in Gestalt von Schadensersatz (vgl. die Kommentierung zu § 126 GWB).

## C. Die Entwicklung des nationalen Vergaberechts im Überblick

### I. Vom Haushaltsrecht zum Wettbewerbsrecht mit Rechtsschutz

- 7 Die meisten öffentlichen Aufträge werden von den „klassischen“ öffentlichen Auftraggebern vergeben, also von Bund, Ländern und Gemeinden. Diese Gebietskörperschaften sowie bestimmte Körperschaften des öffentlichen Rechts und Sondervermögen (vgl. z.B. §§ 105, 113 BHO) unterliegen dem **Haushaltsrecht**; sie sind also verpflichtet, die ihnen zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel wirtschaftlich und sparsam zu verwenden. Ein Mittel zur Erreichung dieses Zwecks ist die sich aus dem Haushaltsrecht (z.B. § 55 Abs. 1 BHO) ergebende Verpflichtung, einen Auftrag grundsätzlich nur in einem Verfahren zu vergeben, in dem mehrere potentielle Leistungserbringer konkurrieren.
- 8 Um diesen Wettbewerb in geordnete Bahnen zu lenken, wurden auf nationaler Ebene zunächst die VOB/A und die VOL/A geschaffen. Die Verpflichtung der Auftraggeber zu deren Beachtung diente in erster Linie der Durchsetzung haushaltsrechtlicher Grundsätze; einklagbare Rechte der am Auftrag interessierten Unternehmen waren lange Zeit nicht gewollt und wurden insbesondere von Vertretern der Kommunen vehement abgelehnt.
- 9 Mit der - in Deutschland sehr zögerlichen - Umsetzung der Vergaberichtlinien der EU durch das am 01.01.1999 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgRÄG)<sup>1</sup> kam es zu einem **Systemwechsel**. Das Haushaltsrecht wurde um eine wettbewerbsrechtliche Komponente ergänzt, was wiederum Einfluss auf den Rechtsschutz

<sup>1</sup> BGBl I 1998, 2512.

hatte. Dieser Systemwechsel schlug sich in der Schaffung des Vierten Teils des GWB (§§ 97 f.) und einer grundlegenden Änderung der untergesetzlichen Regelwerke zum Vergabeverfahren nieder.<sup>2</sup>

- 10** U.A. wurde der Kreis der zur Anwendung des Vergaberechts verpflichteten Auftraggeber auch auf nicht dem Haushaltsrecht unterworfenen „Ableger“ von Bund, Ländern und Gemeinden<sup>3</sup>, auf bestimmte Subventionsempfänger<sup>4</sup> sowie auf Sektorauftraggeber<sup>5</sup> erweitert. Diese Erweiterung diente in erster Linie dem Zweck, die Beschaffungsmärkte in den einzelnen EU-Staaten für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten vollständig zu öffnen<sup>6</sup> und Umgehungen durch den Aufbau privatrechtlich organisierter „staatlicher“ Konzerne vorzubeugen.
- 11** Zudem wurde jedem an einem öffentlichen Auftrag interessierten Unternehmen ein **einklagbarer Anspruch** darauf eingeräumt, dass ein dem Vergaberecht unterliegender Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren beachtet (vgl. § 97 Abs. 6 GWB).
- 12** Dieser Systemwechsel hatte zur Folge, dass letztlich aus dem Primärrecht der EU wie der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV = ex-Art. 49 EGV), dem freien Warenverkehr (Art. 34 AEUV = ex-Art. 28 ff. EGV) und der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV = ex-Art. 43 ff. EGV) abgeleitete **Grundprinzipien des Vergaberechts**, nämlich
- das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit,
  - das Gleichbehandlungsgebot,
  - das Transparenzgebot,
- Eingang in das nationale Vergaberecht fanden.
- 13** Von besonderer Bedeutung ist das **Diskriminierungsverbot**. Unternehmen, die aus anderen EU-Mitgliedstaaten stammen, dürfen nicht schlechter behandelt werden als einheimische Unternehmen. Somit darf nicht unmittelbar an den Sitz oder die Herkunft einer natürlichen oder juristischen Person angeknüpft werden, um eine Ungleichbehandlung gegenüber einheimischen Unternehmen zu rechtfertigen (offene Diskriminierung). Verboten ist aber auch eine verdeckte Diskriminierung. Eine für ein ausländisches Unternehmen negative vergaberechtliche Entscheidung darf nie an Merkmalen oder Umständen festgemacht werden, die - wie beispielsweise die Anmeldung bei der Berufsgenossenschaft - nur von inländischen Unternehmen erfüllt werden können (vgl. auch Rn. 41).
- 14** Außerdem erforderte der Systemwechsel zwangsläufig die Einführung eines **vergabespezifischen Primärrechtsschutzsystems**.<sup>7</sup> Seit dem 01.01.1999 gibt es Vergabekammern<sup>8</sup> und auf Vergabesachen spezialisierte Zivilsenate bei den Oberlandesgerichten<sup>9</sup>, die dazu berufen sind, Unternehmen, die sich durch Handlungen eines Auftraggebers im Zusammenhang mit einer konkreten Auftragsvergabe benachteiligt fühlen, Rechtsschutz zu gewähren.

<sup>2</sup> Der an der weiteren Entwicklung interessierte Leser wird auf die online weiterhin einsehbaren Einleitungen zu den Voraufgaben hingewiesen (Zeiss in: jurisPK-VergR, 2. Aufl. 2008, Einleitung Rn. 5 f.; 3. Aufl. 2011, Rn. 7 f.; 4. Aufl. 2013, Rn. 11 f.).

<sup>3</sup> Ein Beispiel von vielen ist die Stadtwerke GmbH, deren einziger Gesellschafter die Stadt ist. Wegen der Einzelheiten vgl. § 99 Nrn. 2, 3 GWB.

<sup>4</sup> Vgl. § 99 Nr. 4 GWB.

<sup>5</sup> Vgl. § 100 GWB.

<sup>6</sup> Entgegen einer teilweise (z.B. unter der Kampagne „Wasser ist ein Menschenrecht“) verbreiteten Ansicht ließen und lassen die Vergaberichtlinien das Recht einer Kommune, selbst darüber zu entscheiden, welche Tätigkeit sie selbst ausführen oder in Auftrag geben will, unberührt. Gleiches gilt auch für Freihandelsabkommen wie CETA.

<sup>7</sup> Das heute in den §§ 160 f. GWB geregelt ist.

<sup>8</sup> Heute: §§ 155-159 GWB.

<sup>9</sup> Heute: § 171 Abs. 3 GWB.

- 15 Allerdings erfasst dieser Systemwechsel bis heute nur einen kleinen Teil der öffentlichen Aufträge, nämlich die sog. (Ober-)Schwellenwertvergaben. Gemeint sind Aufträge, deren geschätzte Werte die Schwellenwerte erreichen oder übersteigen, die sich nunmehr aus § 106 Abs. 2 GWB i.V.m. den dort aufgeführten Richtlinien bzw. den regelmäßigen Änderungsverordnungen ergeben (vgl. die Kommentierung zu § 106 GWB Rn. 17 f.). So ist beispielsweise die Nachprüfung des Verfahrens zur Vergabe eines Bauauftrags nur möglich, wenn dessen geschätzter Wert mindestens 5.225.000 € beträgt.
- 16 Bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte gibt es keinen Primärrechtsschutz durch Vergabekammern und Vergabesenate. Unternehmen haben allerdings die Möglichkeit, mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen den Auftraggeber um Primärrechtsschutz bei einem Zivilgericht<sup>10</sup> nachzusuchen. Diese Form des Primärrechtsschutzes ist zwar nicht so effektiv wie das Nachprüfungsverfahren nach §§ 160 f. GWB, wurde (und wird) aber durch die Rechtsprechung im Rahmen des rechtlich Möglichen stetig verbessert (wegen der Einzelheiten wird auf die Kommentierung zu § 155 GWB Rn. 9 f. verwiesen). Hinzu kam, dass die nationale Rechtsetzung vergaberechtliche Grundsätze wie das Transparenzgebot, die ihre Wurzeln im Primärrecht der EU haben, in das nationale Recht integrierte.<sup>11</sup>
- 17 Es ist nicht zu erwarten, dass sich daran auf Bundesebene etwas ändern wird, auch weil der politische Wille zur Einführung eines bundeseinheitlichen vergabespezifischen Primärrechtsschutzes fehlt.
- 18 Die Länder Thüringen, Sachsen-Anhalt und Sachsen haben ein - unterschiedlich ausgestaltetes - **Nachprüfungsverfahren light** eingeführt (vgl. die Kommentierung zu § 155 GWB f.).

## II. Vom Wettbewerbsrecht zum Instrument der Umwelt- und Sozialpolitik

- 19 Getragen von dem Gedanken, insbesondere die klassischen öffentlichen Auftraggeber (in Deutschland Bund, Länder und Kommunen) hätten eine Vorbild- und Leitfunktion, fanden zunehmend Aspekte Eingang in das Vergaberecht, die vor einigen Jahren noch als vergabefremd bezeichnet wurden, heute aber als strategische Ziele oder Nachhaltigkeitsaspekte in das Vergabeverfahren integriert sind.
- 20 Den Anfang machten die Landesgesetzgeber; die Spanne reicht von der Frauenförderung über die Forderung nach Tariftreue bis hin zur Einbindung der sog. ILO-Kernarbeitsnormen. Die Sinnhaftigkeit solcher Regelungen ist nicht immer offenkundig.<sup>12</sup>
- 21 Der nächste Schritt war die Umsetzung der RL 2009/33/EG<sup>13</sup> durch Regelungen zur Förderung **energieeffizienter Beschaffungen** im Jahre 2011 in den früheren §§ 4 Abs. 7-10 VgV, § 7 Abs. 5, 6 SektVO (heute §§ 67, 68 VgV, §§ 58, 59 SektVO).
- 22 Seit dem 18.04.2016 sind (soziale und ökologische) **Nachhaltigkeitsaspekte**, unionsrechtlichen Vorgaben folgend, umfassend in das Vergaberecht des Bundes einbezogen.

<sup>10</sup> Den Irrungen des Verwaltungsgerichts Koblenz (v. 31.01.2005 - 6 L 2617/04) und des OVG Rheinland-Pfalz (v. 25.05.2005 - 7 B 10356/05), die beide durch Anwendung einer „Zwei-Stufen-Theorie“ den Verwaltungsrechtsweg als gegeben ansahen, hat das BVerwG (v. 06.07.2005 - 3 B 77/05) zu Recht ein Ende gesetzt.

<sup>11</sup> Vgl. § 2 Abs.1 Nr. 1 VOB/A, wonach Bauleistungen in einem **transparenten Vergabeverfahren** zu vergeben sind.

<sup>12</sup> Zur Kritik vgl. *Summa*, VergabeR 2016, 147.

<sup>13</sup> Richtlinie 2009/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2009 über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge (ABL. L 120 vom 15.05.2009).

- 23** Zu den Funktions- oder Leistungsanforderungen, die in der Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB) bezeichnet werden müssen, gehören nach § 31 Abs. 3 VgV auch soziale und umweltbezogene Aspekte.<sup>14</sup> Neu ist, dass sich diese Aspekte nicht mehr auf die materielle Beschaffenheit beziehen müssen. Sie können sich auch auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstands einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen.
- 24** Nach § 127 Abs. 1 Satz 3 GWB kann der Auftraggeber bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots auch umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigen. Auch insoweit ist nur noch ein sehr lockerer Bezug zum Auftragsgegenstand erforderlich (§ 127 Abs. 3 GWB).
- 25** Zudem darf der Auftraggeber umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange zum Gegenstand von Ausführungsbedingungen machen (§ 128 Abs. 2 GWB), die ebenfalls nur noch wenig mit dem Auftragsgegenstand zu tun haben müssen (vgl. auch die Kommentierung zu § 128 GWB Rn. 30 f.).
- 26** In letzter Konsequenz hat dies zur Folge, dass der haushaltsrechtliche Begriff der Wirtschaftlichkeit an Bedeutung verliert. In den Vordergrund rückt die politisch korrekte Beschaffung, die dann so wirtschaftlich wie möglich umgesetzt werden soll. Dies kann dazu führen, dass auch die Beschaffung einer Ware, die objektiv das schlechteste Preis-Leistungs-Verhältnis aufweist, „wirtschaftlich“ im Sinne der Vergabeunterlagen eines konkreten Beschaffungsverfahrens ist.
- 27 Beispiel:**  
Nach allem, was wir heute wissen oder zu wissen glauben, ist Kaffee nicht allein deshalb qualitativ (geschmacklich) besser, weil er ökologisch angebaut oder fair gehandelt wurde. Er ist allerdings wesentlich teurer als Standardware. Mit Blick auf die Eigenschaften, die dem Kaffee anhaften, hat sozialpolitisch korrekter Kaffee somit ein deutlich schlechteres Preis-Leistungs-Verhältnis. Haushaltsrechtlich wäre seine Beschaffung unwirtschaftlich, bei der Wahl entsprechender Zuschlagskriterien kann sie aber wirtschaftlich im Sinne des Vergaberechts sein.
- 28** Zudem kann insbesondere die Berücksichtigung ökologischer Kriterien eine Gratwanderung sein, weil die Grenze zur unzulässigen Ungleichbehandlung fließend ist.
- 29** So dürfen bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen Energieverbrauch und Schadstoffausstoß zu Leistungsmerkmalen oder Zuschlagskriterien gemacht werden (§ 68 VgV). Wenn dann einige Hersteller das Nachsehen haben, weil ihre Modelle die Grenzwerte nicht einhalten, können sie sich nicht auf eine unzulässige Benachteiligung berufen.
- 30** Unzulässig wäre es jedoch, den CO<sup>2</sup>-Ausstoß für die Fahrt zwischen dem Betriebsgelände eines Bieters und der künftigen Baustelle oder den Lieferweg von Baumaterialien zum Zuschlagskriterium zu machen, weil damit der lokale oder regionale Protektionismus gefördert würde.

---

<sup>14</sup> Die in § 121 Abs. 2 GWB geforderte Barrierefreiheit hat im engeren Sinne nichts mit Nachhaltigkeit zu tun, sondern regelt etwas, was heute eine Selbstverständlichkeit sein sollte: Anschaffungen, die der Öffentlichkeit zugänglich oder für Mitarbeiter bestimmt sind, sollen nach Möglichkeit so beschaffen sein, dass sie auch von einem möglichst breiten Spektrum von Menschen mit Behinderung benutzt werden können (vgl. die Kommentierung zu § 121 GWB Rn. 74 f.).

## D. Die Binnenmarktrelevanz

- 31** Vor dem Hintergrund, dass es Aufträge gibt, die die Schwellenwerte entweder erreichen oder nicht, wird oft von einer **Zweiteilung des Vergaberechts** gesprochen. Tatsächlich gibt es aber eine **Dreiteilung**, weil die Kommission<sup>15</sup> und der EuGH<sup>16</sup> die **Aufträge mit Binnenmarktrelevanz** „erfunden“ haben. Gemeint sind Aufträge, die nicht unter eine der Vergaberichtlinien der EU und damit in Deutschland auch nicht unter den Vierten Teil des GWB fallen, aber wegen Besonderheiten des Einzelfalls nicht nur für inländische Unternehmen von Interesse sind (sog. **grenzüberschreitendes Interesse**).
- 32** Liegt ein grenzüberschreitendes Interesse vor, hat der Auftraggeber neben dem jeweils einschlägigen nationalen Vergaberecht auch die aus dem Primärrecht der EU abgeleiteten Grundprinzipien (vgl. Rn. 12) zu beachten.
- 33** Insbesondere Auftraggeber, die ihren Sitz in der Nähe der Grenze zu einem anderen Mitgliedstaat haben, müssen im Grunde genommen immer prüfen, ob Binnenmarktrelevanz vorliegt. Sie müssen dafür eine Prognose darüber anzustellen, ob der Auftrag nach den konkreten Marktverhältnissen, das heißt mit Blick auf die angesprochenen Branchenkreise und ihre Bereitschaft, Aufträge gegebenenfalls in Anbetracht ihres Volumens und des Ortes der Auftragsdurchführung auch grenzüberschreitend auszuführen, für ausländische Anbieter interessant sein könnte.<sup>17</sup> Wichtige Beurteilungskriterien sind somit
- die Art des Auftragsgegenstands,
  - die Höhe des Auftragswerts und
  - die Grenznähe des Ortes der Leistungserbringung.
- 34** In grenznahen Regionen (vgl. z.B. [www.saarlorlux.biz](http://www.saarlorlux.biz), abgerufen am 30.09.2016) wird **ein grenzüberschreitendes Interesse** oft schon bei relativ niedrigen Auftragswerten anzunehmen sein.
- 35** Aus der Rechtsprechung des EuGH und der Entscheidungspraxis der EU-Kommission lässt sich auf folgende Faustregel schließen: Bei Liefer- und Dienstleistungen liegt Binnenmarktrelevanz regelmäßig ab etwa 10% des EU-Schwellenwerts vor<sup>18</sup>; bei Bauleistungen kann sogar schon 1% ausreichen.
- 36** Auch Auftraggeber wie privatrechtlich organisierte Stadtwerke oder Verkehrsbetriebe, die nicht dem Haushaltsrecht unterliegen und deshalb ohne anderslautende landesrechtliche Regelung im Unterschwellenbereich auch grundsätzlich „vergaberechtsfrei“ sind, haben bei Aufträgen mit Binnenmarktrelevanz die aus dem Primärrecht der EU abgeleiteten vergaberechtlichen Grundprinzipien zu beachten.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen (2006/C 179/02).

<sup>16</sup> Z.B. EuGH v. 23.12.2009 - C-376/08 - VergabeR 2010, 469.

<sup>17</sup> BGH v. 30.08.2011 - X ZR 55/10 - VergabeR 2012, 26.

<sup>18</sup> EuGH v. 16.04.2015 - C-278/14: Beschaffung von PC im Wert von 58.000 €; Europäische Kommission, Stellungnahme in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wg. Planungsleistungen in Waren (Müritz) im Wert von 6.000 € und 26.500 €, v. 13.12.2006 - IP/06/1786.

<sup>19</sup> Zeiss, Sichere Vergabe, 3. Aufl. 2016, S. 48 ff.

- 37** Ein Auftraggeber, der diese Grundprinzipien bei einem Unterschwellenauftrag mit Binnenmarktrelevanz ignoriert, muss zwar kein Nachprüfungsverfahren fürchten. Er riskiert aber zumindest die Peinlichkeit, sich als Auslöser eines gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Vertragsverletzungsverfahrens nicht nur kurzzeitig in der Tagespresse wiederzufinden, sondern - wie Köln und Niederrhein - auch auf Dauer in die vergaberechtliche Literatur einzugehen.
- 38** Wer als Auftraggeber eine Binnenmarktrelevanz nicht sicher ausschließen kann, sollte sowohl die Bekanntgabe der Vergabeabsicht als auch die Vergabebedingungen so gestalten, dass insbesondere der Vorwurf der **Benachteiligung von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten** redlicherweise nicht erhoben werden kann.
- 39** Die Vergabeabsicht sollte zumindest über das **Internet** bekanntgemacht werden, weil sich nur so die notwendige EU-weite Transparenz sicherstellen lässt. Allerdings werden Bekanntmachungen nur auf der eigenen Homepage des Auftraggebers oder einem bloß regionalen Vergabeportal wohl nicht ausreichen. Auf jeden Fall auf der sicheren Seite ist der Auftraggeber mit einer freiwilligen und unabhängig vom Auftragswert kostenlosen **Bekanntmachung in TED**.
- 40** Im Übrigen sollten die Vergabebedingungen so gestaltet sein, dass sie potentielle Interessenten aus anderen Mitgliedstaaten weder abschrecken noch ausgrenzen.

**41 Beispiel:**

Nach § 1 Abs. 1 HwO ist der selbständige Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks als stehendes Gewerbe nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften gestattet. Grundsätzlich wird in die Handwerksrolle nur eingetragen, wer in dem zu betreibenden Handwerk die Meisterprüfung bestanden hat. Handwerksrolle und Meisterprüfung sind aber Besonderheiten im deutschsprachigen EU-Raum; dem deutschen Recht vergleichbare Regelungen gibt es noch in Österreich und Luxemburg. Die nach inländischem Recht u.U. berechtigte Forderung der Stadt Aachen nach dem Nachweis der Eintragung in der Handwerksrolle als Beweis für die Berechtigung zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung kann ein in Maastricht oder Eupen ansässiges Unternehmen nicht erfüllen. Die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) gibt aber einem Unternehmen, das nach dem Recht seines Herkunftslandes eine bestimmte Tätigkeit legal ausüben darf, grundsätzlich die Befugnis, dies auch in einem anderen EU-Staat zu tun. Die Forderung sollte also mit dem Zusatz verbunden werden, dass ein Bewerber oder Bieter aus einem anderen Mitgliedstaat seine Berechtigung zur Ausübung der ausgeschriebenen Tätigkeit mit dem Mittel nachweisen kann, das nach dortigen Recht vorgesehen ist.

## E. Das Kaskadenprinzip und der Flickenteppich

### I. Schwellenwertvergaben

#### 1. Das Kaskadenprinzip

- 42** In Deutschland gab und gibt es leider kein Vergabegesetzbuch, in dem das gesamte Vergaberecht kodifiziert ist. Vielmehr sind die Vorschriften über das Vergabeverfahren auf mehrere Regelwerke aufgeteilt. Dies hängt zum einen mit der nationalen vergaberechtlichen Tradition, zum anderen mit dem Föderalismus zusammen.
- 43** Für (Ober-) **Schwellenwertvergaben** (vgl. Rn. 15) folgt die Regelungssystematik seit dem 01.01.1999 dem sog. **Kaskadenprinzip**.

- 44** Die **oberste Stufe** des nationalen Rechts ist das GWB, in dem die - überwiegend aus den EU-Vergaberichtlinien übernommenen - Grundsätze des Vergabeverfahrens und der Rechtsschutz geregelt sind.
- 45** Mit § 113 (§§ 97 Abs. 6, 127 a.F.) enthält das GWB eine **Verordnungsermächtigung**, die der Bundesregierung das Recht gibt, mit Zustimmung des Bundesrates die Einzelheiten zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen sowie zur Ausrichtung von Wettbewerben zu regeln.
- 46** Auf dieser Grundlage wurden seit 1999 zunächst die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV), die Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (SektVO) und die Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) erlassen.
- 47** Während die SektVO das von Sektorenauftraggebern zu beachtende Vergaberecht abschließend regelte, war die frühere VgV, von einigen wenigen Regelungen (etwa zur Schätzung des Auftragswerts) abgesehen, für die meisten Vergabeverfahren anderer Auftraggeber nur die **mittlere Kaskadenstufe**. Die **untere und wichtigste Stufe** bestand bis zum 17.04.2016 aus den Vergabeordnungen<sup>20</sup> VOB/A (Abschnitt 2), VOL/A (Abschnitt 2) und VOF.
- 48** Die Vergabeordnungen<sup>21</sup> waren - isoliert betrachtet - keine Gesetze im materiellen Sinne, denn sie wurden von Gremien ohne Gesetzgebungskompetenz erarbeitet. Die Geschichte dieser Gremien reicht zurück bis in das Jahr 1926.
- 49** Für die **VOB/A** war (und ist) der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) zuständig.<sup>22</sup> Es handelt sich um einen nicht rechtsfähigen Verein; zu den Mitgliedern gehören Vertreter von öffentlichen Auftraggebern, Bundes- und Landesministerien, kommunalen Spitzenverbänden und Spitzenorganisationen der Wirtschaft und der Technik.
- 50** Die **VOL/A** wurde von dem ähnlich organisierten Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Lieferungen und Dienstleistungen (DVAL) geschaffen.
- 51** Die Vergabe freiberuflicher Leistung fiel nie unter den Anwendungsbereich der VOL/A und war lange Zeit völlig unregelt, ein Missstand, dem zunächst Kammern und Berufsverbände durch Hinweis und Empfehlungen entgegenwirken wollten. Erst im Zuge der - zunächst missglückten - Umsetzung der Vergaberichtlinien 92/50/EWG und 93/38/EWG wurde im Jahre 1997 von dem Hauptausschuss zur Erarbeitung der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen die - inzwischen wieder weggefallene - VOF geschaffen.
- 52** Vergabeordnungen sind nicht schon allein deshalb anzuwenden, weil sie existieren. Vielmehr müssen Gesetz- oder Ordnungsgeber den Anwendungsbefehl geben.
- 53** Für Schwellenwertvergaben war der Anwendungsbefehl bis zum 17.04.2016 in den §§ 4-6 VgV zu finden (zum neuen Recht vgl. Rn. 67).
- 54** Eine Besonderheit gab und gibt es für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge. Die VSVgV enthält ein **abschließendes** Regelungsnetzwerk für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen. Für Bauaufträge gelten gemäß § 2 Abs. 2 VSVgV nur einige wenige Bestimmungen dieser Verordnung; im Übrigen ist der Abschnitt 3 der VOB/A anzuwenden.

<sup>20</sup> Auch als Verdingungsordnungen bezeichnet.

<sup>21</sup> Von denen nur die VOB/A übriggeblieben ist.

<sup>22</sup> Weitergehende Informationen sind auf der Webseite des DVA [www.bmub.bund.de/themen/bauen/bauwesen/bauauftragsvergabe/vergabe-und-vertragsausschuss-dva/](http://www.bmub.bund.de/themen/bauen/bauwesen/bauauftragsvergabe/vergabe-und-vertragsausschuss-dva/) (abgerufen am 30.09.2016) zu finden.



- 55** Das Kaskadenprinzip bedingt zugleich eine **Normenhierarchie**. Bei Widersprüchen zwischen Regelungen auf unterschiedlichen Ebenen hat insbesondere der Teil 4 des GWB Vorrang. Bei der Auslegung von Normen unterhalb des GWB müssen immer die Vergabegrundsätze beachtet werden, die in dem übergeordneten Gesetz niedergelegt sind.
- 56** Bei der **Auslegung** nationaler Vergaberechtsnormen ist zudem immer zu beachten, dass über ihnen die Vergaberichtlinien der EU schweben. Nationales Recht muss immer unionsrechtskonform ausgelegt werden. Dabei ist auch zu beachten, dass Begriffe, die ausgehend von einer Richtlinie Eingang in das nationale Vergaberecht fanden, nicht zwangsläufig die Bedeutung haben müssen, die ihnen üblicherweise im Inland beigemessen wird.

**57 Beispiel:**

Nach § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB setzt eine vergaberechtsfreie In-House-Vergabe voraus, dass mehr als 80% der Tätigkeiten des Auftragnehmers der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen er von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, **betraut** wurde. Im Inland wird das Verb „betrauen“ oft mit der Übertragung hoheitlicher Aufgaben („Betrauungsakt“) gleichgesetzt. Daraus darf aber nicht der Schluss gezogen werden, bei der Berechnung der „In-House-Quote“ dürften nur Tätigkeiten des Auftragnehmers berücksichtigt werden, die auf eine hoheitliche Aufgabe des Auftraggebers zurückzuführen sind. Dieses nationale Verständnis liegt dem unionsrechtlichen Begriff „betrauen“ nicht zu Grunde. Er wird z.B. in Art. 5 Abs. 1 lit. b) der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe auch bei der Definition der Dienstleistungskonzession verwendet, ohne dass daraus der Schluss gezogen werden kann, Dienstleistungskonzessionen kämen nur im Zusammenhang mit hoheitlichen Aufgaben des Konzessionsgebers in Betracht.

## 2. Der Flickenteppich

- 58** Die EU verfolgt mit den Vergaberichtlinien auch das Ziel, das Vergaberecht zu harmonisieren - auch und gerade im Interesse der Unternehmen, denen durch eine weitgehende Angleichung der vergaberechtlichen Regelungen in allen Mitgliedstaaten der grenzüberschreitende Zugang zu öffentlichen Aufträgen erleichtert werden soll.
- 59** Leider geben sich viele Landesgesetzgeber alle erdenkliche Mühe, dieses Ziel zu konterkarieren. Sie erlassen - oft unter dem Einfluss von Gewerkschaften und Nichtregierungsorganisationen und nicht selten ohne den notwendigen Sachverstand bzw. die notwendige Seriosität - auch für Schwellenwertvergaben geltende Vergabe- und/oder Tariftrüegesetze. Bisher<sup>23</sup> hat nur Bayern keinen Beitrag dazu geleistet, dass Deutschland der einzige Mitgliedsstaat der Union ist, der sich einen mittelstandsfeindlichen vergaberechtlichen **Flickenteppich** mit von Bundesland zu Bundesland unterschiedlichen Regelungen leistet.
- 60** An der immer wieder beklagten Bürokratie ist somit weniger „Brüssel“ schuld. Die Bürokratie ist weitgehend hausgemacht. Ein namhafter Vergaberechtler brachte es einmal auf den Punkt: „**Das wahre Brüssel liegt in Düsseldorf.**“
- 61** Für jemanden, der wie der Verfasser dieser Zeilen regelmäßig an vergaberechtlichen Veranstaltungen teilnimmt, ergibt sich insoweit ein merkwürdiges Bild. Von Landesregierungen in Auftrag gegebene Evaluierungen führen offiziell regelmäßig zu dem Ergebnis, dass alle Betroffenen im Großen und Ganzen mit den Vergabe- und Tariftrüegesetzen zufrieden sind und allenfalls Kleinigkeiten zu bemängeln haben. Dazu in krassem Widerspruch stehen persönliche Äußerungen

<sup>23</sup> Stand 30.09.2016.

der Mitarbeiter von Vergabestellen und Unternehmen, aber auch von Beratern, die sich bitter über Inkompetenz des Gesetzgebers, das Fehlen jeglichen Gespürs für die Bedürfnisse der Praxis und eine zu wuchernder Bürokratie führende Überregulierung beklagen.

## II. Unterschwellenvergaben

- 62** Der vom DVA bzw. DVAL für Unterschwellenvergaben geschaffene Abschnitt 1 der VOB/A bzw. der VOL/A wurde in den Ländern durch Vergabegesetze oder Verwaltungsvorschriften für anwendbar erklärt, wobei es von Land zu Land unterschiedliche Modifikationen, z.B. zu Wertgrenzen für bestimmte Verfahrensarten und ergänzende Regelungen, z.B. in Mittelstandsförderungsgesetzen, geben kann. Es gibt Länder wie Niedersachsen, die den Anwendungsbefehl auch auf privatrechtlich organisierte Ableger der Gebietskörperschaften erstrecken, während andere Länder davon absehen.
- 63** Weil sich das Landesrecht von Bundesland zu Bundesland unterscheidet und sich zudem ständig ändert, wird von einer weitergehenden Darstellung im Rahmen dieses Kommentars Abstand genommen.<sup>24</sup>

## F. Das seit dem 18.04.2016 geltende Vergaberecht

### I. Schwellenwertvergaben

- 64** Am 17.04.2014 traten drei neue Vergaberichtlinien in Kraft, die bis zum 18.04.2016 in nationales Recht umgesetzt werden mussten. Es handelt sich um
- die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (kurz: RL 2014/24/EU);
  - die Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 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 (kurz: RL 2014/25/EU);
  - die Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe (kurz: RL 2014/23/EU).
- 65** Während die beiden erstgenannten Richtlinien auf Vorgängern aufbauen, wurde mit der RL 2014/23/EU erstmals ein eigener unionsrechtlicher Rahmen für die Vergabe von Konzessionen abgesteckt. Dies ging einher mit der Einbeziehung von **Dienstleistungskonzessionen** in das Vergaberecht.
- 66** Bei der Umsetzung in das nationale Recht wurde das **Kaskadenprinzip** (vgl. Rn. 42) beibehalten, d.h. es gibt nach wie vor eine Verteilung der vergaberechtlichen Vorschriften auf unterschiedliche Regelungswerke.
- 67** Allerdings ist für Liefer- und Dienstleistungen mit dem Abschnitt 2 der VOL/A und der VOF die untere Stufe der Kaskade weggefallen. Die dreistufige Kaskade gibt es nur noch für die Vergabe von Bauleistungen. Der Anwendungsbefehl für die VOB/A Abschnitt 2 ist in § 2 VgV enthalten.

<sup>24</sup> Zu einzelnen Landesvergabegesetzen gibt es spezielle Werke, z.B. *Zeiss*, Landesvergaberecht NRW, 1. Aufl. 2015.

68 Somit ergibt sich derzeit unter Einbeziehung der EU-Richtlinien folgendes Bild:



69 Im Vergleich zu dem Recht, das bis zum 17.04.2016 galt, enthält das neue Recht zahlreiche strukturelle und inhaltliche Änderungen. Die wichtigsten sind:

- Die von der Rechtsprechung (des EuGH) entwickelten Grundsätze zur Vergaberechtsfreiheit bestimmter Formen innerstaatlicher Aufgabenerfüllung wurden weiterentwickelt und kodifiziert (§ 108 GWB).
- Die Bereichsausnahmen wurden auf Rettungsdienstleistungen (§ 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB) und bestimmte Rechtsdienstleistungen (§ 116 Abs. 1 Nr. 1 GWB) ausgedehnt.
- Das offene Verfahren und das nicht offene Verfahren mit Teilnahmewettbewerb sind gleichberechtigt; der Auftraggeber kann frei wählen (§ 119 Abs. 2 Satz 1 GWB).
- Die Grundsätze zur Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB), zur Eignung (§ 122 GWB) und zum Zuschlag (§ 127 GWB) sind erstmals in einem formellen Gesetz (Parlamentsgesetz) geregelt.
- In den §§ 123, 124 GWB sind die unternehmensbezogenen zwingenden und fakultativen Ausschlussgründe abschließend aufgeführt.
- Die Aufteilung in prioritäre Dienstleistungen (A-Leistungen) und nicht prioritäre Dienstleistungen (B-Leistungen) gibt es nicht mehr. Stattdessen wurde die Gruppe der sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen geschaffen (§ 130 GWB), für die ein relativ hoher Schwellenwert von 750.000 € (bzw. 1.000.000 € im Sektorenbereich) gilt.
- Auch die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen unterliegt jetzt dem Vergaberecht, allerdings erst - wie bei Baukonzessionen - ab einem Vertragswert von 5.225.000 €. Zudem wurde mit der KonzVgV ein eigenständiges Regelwerk für die Vergabe von Konzessionen geschaffen.
- Der Baukonzessionär selbst ist nicht mehr öffentlicher Auftraggeber.
- Den Abschnitt 2 der VOL/A gibt es nicht mehr; er wurde durch die VgV ersetzt.
- Mit § 132 GWB gibt es erstmals eine Regelung, die sich mit Auftrags- bzw. Vertragsänderungen nach Auftragserteilung befasst.

70 Leider hat es der nationale Gesetzgeber an vielen Stellen versäumt, die eigentümliche und oft kryptische Sprache, die sich in den Richtlinien findet, in eine für den inländischen Normadressaten verständliche Sprache zu übersetzen. Ein Beispiel von vielen ist der rätselhafte § 43 Abs. 2 Satz 3 VgV.

**71** Auf der Internetseite des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie<sup>25</sup> ist zu lesen, durch die Vergaberechtsreform 2016 sei „der Rechtsrahmen für die Vergabe öffentlicher Aufträge oberhalb der sog. EU-Schwellenwerte reformiert, modernisiert, vereinfacht und anwenderfreundlicher gestaltet“ worden. Insbesondere die angebliche Anwenderfreundlichkeit ist angesichts der zahlreichen Rätsel, die in dem neuen Recht enthalten sind, ein Euphemismus.

## II. Unterschwellenvergaben

**72** Im Unterschwellenbereich hat sich am 18.04.2016 nichts geändert; die VOL/A Abschnitt 1 und die VOB/A Abschnitt 1 bleiben weiterhin anwendbar (vgl. aber Rn. 74). Der Abschnitt 1 der VOB/A in der Fassung vom 22.06.2016 enthält allerdings einige Änderungen, auf die in den Kommentierungen eingegangen wird.

## G. Ausblick in die nahe Zukunft (Stand 30.09.2016)

**73** Nach der Reform ist vor der Reform. Wer im Vergaberecht tätig ist, dem ist es kaum vergönnt, wenigstens ein paar Jahre mit unveränderten Regelwerken zu arbeiten.

**74** Die nächste anstehende Änderung ist die **Ersetzung des Abschnitts 1 der VOL/A** durch eine Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung - UVgO), die wahrscheinlich auch die Vergabe freiberuflicher Leistungen einschließen wird. Anfang September 2016 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie einen ersten Entwurf online gestellt.<sup>26</sup> Die UVgO soll nach den derzeit vorliegenden Informationen frühestens um die Jahreswende 2016/2017 in Kraft treten.

**75** Änderungsbedarf besteht auch noch im Abschnitt 2 der VOB/A, weil die bisher vorgenommenen Anpassungen an die RL 2014/24/EU suboptimal sind. Dies gilt insbesondere für den sinnfreien § 16 EU Nr. 4 Satz 2 sowie für § 16a EU, der auf dem Stand vor der jüngsten Reform eingefroren wurde. Zudem fehlt in der VOB/A bisher eine Regelung für energieverbrauchsrelevante technische Geräte, die z.B. in Gestalt von Heizungen oder Klimaanlage auch bei der Errichtung „schlüssel-fertiger“ Gebäude im Rahmen der Ausführung eines Bauauftrags verwendet werden.

**76** Auf der Ebene des Unionsrechts stehen möglicherweise Überarbeitungen der Rechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG an. Die EU-Kommission hatte insoweit im April 2015 eine Konsultation zur Evaluierung eingeleitet.

**77** Ebenfalls einer Evaluierung unterzogen wurde die VS-Richtlinie 2009/81/EG.

**78** In beiden Fällen ist noch unbekannt<sup>27</sup>, ob die Kommission einen Änderungsbedarf erkannt hat.

## H. Exkurs (WTO und GPA)

**79** Wegen der Bedeutung des WTO-Beschaffungsabkommens „Agreement on Government Procurement“ (GPA) für das Vergaberecht der Union und das abgeleitete nationale Recht wird auf die Voraufgabe hingewiesen.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> [www.bmwi.de/DE/Themen/Wirtschaft/Oeffentliche-Auftraege-und-Vergabe/reform-des-vergaberechts.html](http://www.bmwi.de/DE/Themen/Wirtschaft/Oeffentliche-Auftraege-und-Vergabe/reform-des-vergaberechts.html) (abgerufen am 30.09.2016).

<sup>26</sup> [www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/diskussionsentwurf-zur-unterschwellenvergabeordnung-ugvo,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf](http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/diskussionsentwurf-zur-unterschwellenvergabeordnung-ugvo,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf) (abgerufen am 04.10.2016).

<sup>27</sup> Stand 30.09.2016.

<sup>28</sup> Zeiss in: jurisPK-VergR, 4. Aufl. 2014, VT zu Einleitung VergR.