

Kommentar zum Vergaberecht

Vergaberechtliche Vorschriften des GWB

Herausgegeben von

Dr. Jan Byok, LL.M.
Rechtsanwalt, Düsseldorf

und

Wolfgang Jaeger
Vorsitzender Richter am OLG Düsseldorf a. D.,
Rechtsanwalt, Essen

Bearbeitet von

Guido **Bormann**, Rechtsanwalt, Düsseldorf • Univ.-Prof. Dr. Christoph **Brüning**,
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel • Dr. Jan **Byok**, LL.M., Rechtsanwalt,
Düsseldorf • Dr. Alexander **Csaki**, Rechtsanwalt, München • Univ.-Prof. Dr.
Johannes **Dietlein**, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf • Dr. Alexander **Fandrey**,
Rechtsanwalt, Düsseldorf • Bernhard **Fett**, Leitender Regierungsdirektor, Dresden •
Gregor **Franßen**, EMLE, Rechtsanwalt, Essen • Dr. Ramin **Goodarzi**, Rechtsanwalt,
Düsseldorf • Wolfgang **Jaeger**, Vorsitzender Richter am OLG Düsseldorf a. D.,
Rechtsanwalt, Essen • Dr. Johannes **Jansen**, Vorsitzender Richter am LSG NRW,
Essen • Prof. Dr. Marcel **Kau**, LL.M., außerplanmäßiger Professor an der Universität
Konstanz • Prof. Dr. Jürgen **Kühnen**, Vorsitzender Richter am OLG Düsseldorf, Lehr-
beauftragter an der Universität zu Köln • Hans-Martin **Müller**, Ministerialrat, Refe-
ratsleiter, Düsseldorf • Dr. Rainer **Noch**, Rechtsanwalt, Unkel/Rh. und
München • Alexander **Ockenfels**, Rechtsanwalt, Essen • Dr. Nicola **Ohrtmann**,
Rechtsanwältin, Essen • Dr. Ansgar **Suermann**, LL.M., Rechtsanwalt, Bielefeld,
Unternehmensjurist, Duisburg und Frankfurt a. M. • Michael Jürgen **Werner**, LL.M.,
Rechtsanwalt, Brüssel, Lehrbeauftragter am Europa-Institut der Universität des
Saarlandes • Jörg **Wiedemann**, Richter am OLG Naumburg

4., überarbeitete und umfassend ergänzte Auflage 2018

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

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.

ISBN 978-3-8005-1662-9

dfv Mediengruppe

© 2018 Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satzkonvertierung: Lichtsatz Michael Glaese GmbH, 69502 Hemsbach

Druck und Verarbeitung: Kösel GmbH & Co. KG, 87452 Altusried-Krugzell

Printed in Germany

Einleitung

A. Systematische Einführung

Schrifttum: *Adam*, Öffentliche Auftragsvergabe und culpa in contrahendo, Diss. Freiburg 2004, Berlin 2005; *Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, Diss. Heidelberg 1998/1999, Berlin 2000; *Beutinger*, Das Submissionswesen, 1915; *Boesen*, Vergaberecht, Kommentar zum 4. Teil des GWB, 2000; *Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 2004; *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, Habil.-Schr. Jena 2005/2006, Tübingen 2007; *Broens/Glock/Grosse*, Best Practices bei der Beschaffung ausgewählter Bedarfe, 2015; *Bürsch/Funken*, Kommentar zum ÖPP-Beschleunigungsgesetz, 2007; *Denzin/Siederer/von Bechtolsheim*, Vorgabe von Sozialstandards in Ausschreibungen von ÖPNV-Leistungen (Rechtsgutachten), 2008; *Dittmer*, Öffentliche Unternehmen und der Begriff des öffentlichen Auftraggebers, Diss. Berlin 2007, Baden-Baden 2008; *Dobmann*, Die Tariftreuerklärung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Diss. Berlin 2005, Baden-Baden 2007; *Dörner*, Kommunale Submissionspolitik, 1908; *Dreier*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004; *Ehlers/Krebs* Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts, 2000; *Enchelmaier*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2005; *Fandrey*, Direktvergabe von Verkehrsleistungen, Diss. Düsseldorf 2009, Langenfeld 2010; *Feuchtwanger*, Staatliche Submissionspolitik in Bayern, Diss. München 1910, Stuttgart 2010; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. III, 2007; *Gabriel/Krohn/Neun*, Handbuch Vergaberecht, 2014; *Gandenberger*, Die Ausschreibung, Diss., Heidelberg 1961; *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt-Ausgabe, Bd. I, II und III: München, Stand: 2010; Bd. VI und VI: München, Stand: 25. Erg.-Lfg., Januar 2005; *Grimm/Grimm*, Deutsches Wörterbuch, 1854–1960; *Heinemann*, Die Erbringung sozialer Dienstleistungen durch Dritte nach deutschem und europäischem Vergaberecht, Diss. Osnabrück 2008, Baden-Baden 2009; *Heller, Marie*, Das Submissionswesen in Deutschland, 1907; *Heller, Robert F.*, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 1998; *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 4. Aufl. 2009; *Huber, Franz Karl*, Das Submissionswesen, Tübingen 1885; *Huber, Peter M.*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der öffentlichen Verwaltung, Habil., Tübingen 1991; *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 4. Aufl. 2007; *Irmer*, Sekundärrechtsschutz und Schadenersatz im Vergaberecht, Diss. Berlin 2004, Frankfurt a. M. 2004; *Jansen*, Sozialgerichtsgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2009; *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 10. Aufl. 2009; *Jüngel*, Shame Sanctions – Wiedergeburt der Schandstrafe?, Diss. Düsseldorf 2010, Langenfeld 2010; *Klein*, Veräußerung öffentlicher Unternehmen und Vergaberecht, Diss. Düsseldorf 2004, Frankfurt a. M. 2005; *Köhler/Bornkamm*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb., 34. Aufl. 2016; *Kramer*, Tariftreue im europäischen Vergaberecht, Bd. I und II, Diss. Osnabrück 2005, Hamburg 2006; *Kulartz/Kus/Portz/Prieß*, GWB, 4. Aufl. 2016; *Lampe-Helbig*, Überprüfung der Vergabeverfahren der öffentlichen Auftraggeber, in: Festschrift für Carl Soergel, Stamsried 1993, S. 151; *Lantermann*, Vergaberegister – Ein rechtmäßiges und effektives Mittel zur Korruptionsbekämpfung?, Diss. Bochum 2007, Hamburg 2007; *Linke*, Die Gewährleistung des Daseinsvorsorgeauftrags im öffentlichen Personennahverkehr, Diss., Baden-Baden 2010; *Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, Habil.-Schr. Hamburg 2006, Tübingen 2008; *Merten/Papier*, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 2, München 2006; *Müller*, Staatliche Preislenkung bei öffentlichen Aufträgen, Diss. Göttingen 1970, Köln/Berlin/Bonn/München 1970; *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, (Hrsg. Säcker/Rixecker), Bd. 5, 5. Aufl. 2009 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm-BGB); *Neumann/Nielandt/Philipp*, Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht?, 2004; *Noelle/Rogmans*, Öffentliches Auftragswesen, 3. Aufl. 2002; *Noll*, Haushalt und Verfassung, 2000; *Ortner*, Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, Diss. Köln 2007, Köln 2007; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998; *Pastor*, Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986, 1986; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 23. Aufl. 2007; *Pietzcker*, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, Habil.-Schr. Tübingen 1978, Tübingen 1978; *Pietzcker*, Änderungen des Rechtsschutzes bei der Auftragsvergabe, in: Bender/Breuer/Ossenbühl/Sendler (Hrsg.), Rechtsstaat

Einl. A. Systematische Einführung

zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz, Festschrift für Konrad Redeker, 1993, S. 501; *Pietzcker*, Die Zweiteilung des Vergaberechts, Subjektive Rechte, Rechtsschutz, Reform, 2001; *Reichert*, Vergaberechtlicher Zwang zur Zahlung von Tariflöhnen, Diss. Bielefeld 2006, Berlin 2007; *Reimnitz*, Der neue Wettbewerbliche Dialog, Diss. Köln 2008, Frankfurt a. M. 2009; *Ries*, Bauverträge im römischen Recht, Diss. München 1989, München 1989; *Röwekamp/Fandrey*, Die Binnenmarktrelevanz öffentlicher Auftragsvergaben, 2. Aufl. 2015; *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, Diss., Baden-Baden 2006; *Sachs*, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2009; *Saxinger/Winnes*, Recht des öffentlichen Personenverkehrs (Loseblatt), 2017; *Schardt*, Öffentliche Aufträge und das Beihilferegime des Gemeinschaftsrechts, Diss. Jena 2002, Stuttgart 2003; *Scharpenack*, Sekundärzwecke im Vergaberecht, Diss. Frankfurt a. M. 2004, Frankfurt a. M. 2005; *Schmidt*, Wirtschaftlichkeit in der öffentlichen Verwaltung, 6. Aufl. 2002; *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf*, Grundgesetz, Kommentar, 11. Aufl. 2008; *Schneider*, Der wettbewerbliche Dialog im Spannungsfeld der Grundsätze des Vergaberechts, Diss., Berlin 2009; *Sieg*, Quellenkritische Studien zur Bessergebotsklausel (in diem addictio) im römischen Kaufrecht, Diss. Hamburg 1933, Hamburg 1933; *Sormani-Bastian*, Vergaberecht und Sozialrecht, Diss. Frankfurt a. M. 2006, Frankfurt a. M. 2007; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988; *Summann*, Vergabegrundsätze und Vergabeverfahren im Rechtsvergleich, Diss. Bochum 2007, Baden-Baden 2007; *Walz*, Die Bau- und Dienstleistungskonzession im deutschen und europäischen Vergaberecht, Diss. Hamburg 2009, Köln 2009; *Widmann*, Vergaberechtsschutz im Unterschwellenbereich, Diss. Mainz 2008, Baden-Baden 2008; *Wiedmann*, Die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Lichte des Gemeinschaftsrechts, Diss. München 2006, Baden-Baden 2007.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Die Bedeutung des Vergaberechts	1	III. Die „kartellrechtliche Lösung“ für	
1. Der wirtschaftliche Einfluss der		Aufträge oberhalb der Schwellenwerte	42
öffentlichen Auftragsvergabe	2	1. Einführung in die deutsche Kaska-	
2. Verfolgte Zwecke	4	denlösung	43
3. „Das Vergaberecht“ und „das Ver-		2. Der Anwendungsbereich und	
gaberecht außerhalb des Vergabe-		Aufbau des GWB	46
rechts“	9	3. Die allgemeinen Grundsätze der	
II. Die bisherige Entwicklung des Ver-		Auftragsvergabe	53
gaberechts	12	4. Die Vergabeverfahren und deren	
1. Die Ursprünge des Vergaberechts in		Ablauf	54
der Antike	13	a) Die einzelnen Vergabeverfahren .	54
2. Die Entwicklung vom Hoflieferan-		b) Der Ablauf von Vergabeverfah-	
tentum zum Submissionsverfahren .	14	ren	59
3. Die Weiterentwicklung des Submis-		5. Ansprüche und Möglichkeiten	
sionswesens durch den Zirkular-		benachteiligter Interessenten	61
Erlass von 1885	18	a) Primärrechtliche Ansprüche der	
4. Die Entstehung der Verdingungsord-		Interessenten	62
nungen	20	aa) Das Nachprüfungsverfahren	
5. Die Fortführung der haushaltsinter-		vor der Vergabekammer	65
nen Verdingungslösung in der		bb) Die sofortige Beschwerde	
Bundesrepublik	24	zum Oberlandesgericht	70
6. Der Einfluss des Europarechts auf		cc) Vorlagepflicht zum Bundes-	
das deutsche Vergaberecht	27	gerichtshof	73
a) Das europäische Sekundärrecht		dd) Vorabentscheidungsverfahren	
als Ausgangspunkt	28	beim Europäischen Gerichts-	
b) Die Umsetzung der Richtlinien		hof	74
in deutsches Recht	34	b) Schadensersatzansprüche	75

aa) Schadensersatz bei Rechtsmissbrauch	76
bb) Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschaden	77
cc) Weitergehende Schadensersatzansprüche	78
c) Weitere nationale sowie unionsrechtliche Rechtsbehelfe	79
6. Aktuelle Reformbestrebungen	82
IV. Die fortbestehende Rechtslage bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte	84
1. Einführung in die Unterschwellenproblematik	84
a) Die haushaltsrechtliche Konstruktion des Unterschwellenbereichs	85
b) Der Sinn dieser „Grenzziehung“	88
c) Die wirtschaftliche Bedeutung von Unterschwellenaufträgen	89
2. Das geltende Regelungssystem und seine Überlagerungen durch höherrangiges Recht	90
a) Vergaberecht als Haushaltsrecht	91
b) Geltung der Grundrechte im Haushaltsvergaberecht?	93
c) Überlagerung des Haushaltsrechts durch europäisches Primärrecht	97
d) Ergänzung des Haushaltsrechts durch Landesvergaberecht	98
3. Ansprüche und Möglichkeiten benachteiligter Interessenten	99
a) Primärrechtliche Ansprüche der Interessenten?	100
aa) Zivilrechtliche Ansprüche auf Durchführung eines Vergabeverfahrens?	101
bb) Zivilrechtliche Ansprüche bei Durchführung eines Vergabeverfahrens?	102
cc) Ansprüche aus Kartell- und Wettbewerbsrecht	104
dd) Ansprüche aus Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung	106

I. Die Bedeutung des Vergaberechts **Einl.**

b) Sekundärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte	111
aa) Kein Anspruch aus Amtshaftung	112
bb) Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss	113
cc) Ansprüche aus Delikt	118
dd) Ansprüche aus dem GWB	121
c) Andere (öffentlich-rechtliche) Rechtsbehelfe	122
4. Reformbestrebungen	124
a) Fortbestehende Notwendigkeit einer Reform	125
b) Die Mitteilung der Kommission zu Unterschwellenaufträgen	126
c) Die primärrechtlichen Vorgaben nach der Auslegung des EuGH	130
d) Nationale Reformbestrebungen im Unterschwellenbereich	135
V. Die weitere Entwicklung des Vergaberechts	138
1. Die Rolle des Vergaberechts im Wandel	141
2. Ausdehnung des vergaberechtlichen Gedankens auf neue Felder und Implementierung von Sondervergaberecht?	143
a) Dienstleistungskonzessionen	145
b) Die Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht	149
c) Die Vergabe von Verkehrsleistungen	150
d) Der Rechtsrahmen im Rüstungssektor	151
e) Der Einkauf von Strom an der European Energy Exchange (EEX)	154
3. Kaum vertikale Ausdehnung des Vergaberechts	155
a) Staatliche Verteilungsentscheidungen ohne Beschaffungsbezug	156
b) Regelungen im Unterschwellenbereich	157
c) Pflichten bei „staatsinternen Beschaffungsvorgängen“	158

I. Die Bedeutung des Vergaberechts

Der Staat bedarf zur Erfüllung seiner Aufgaben vielfältiger Wirtschaftsgüter und Leistungen. Will oder kann er seinen Bedarf nicht im Wege der Eigenregie decken, muss er sich an Dritte wenden. Schon aus grundrechtlichen Gründen kann der Staat zu diesem Zwecke

Einl. A. Systematische Einführung

grundsätzlich nicht auf Zwang (etwa Enteignungen) zurückgreifen, vielmehr muss er primär auf die konsensuale Beschaffung dieser Güter und Leistungen setzen. Dieser Beschaffungsvorgang wird von zahlreichen Regeln und Vorschriften detailliert geregelt, die der Staat, seine Behörden und bestimmte andere Einrichtungen beim „Einkauf am Markt“ zu beachten haben. Diese Rechtsmaterie, die sich aus deren Gesamtheit zusammensetzt, wird im weitesten Sinne als **Vergaberecht** bezeichnet (zur Unterscheidung zwischen Vergaberecht im engeren und weiteren Sinne sogleich 3.). Begrifflich darf aus dem Wort der „Vergabe“ nicht auf eine freiwillige, gar mildtätige Übergabe geschlossen werden.¹ Angesichts der mit der öffentlichen Auftragsvergabe verbundenen wirtschaftlichen Bedeutung für den Markt und auch für den staatlichen Haushalt (dazu sogleich 1.) wäre eine solche Sinnzuschreibung verfehlt. Der Beschaffungsvorgang ist ein schlichter ökonomischer Prozess, der entgegen weit verbreiteter Vorstellungen zuvörderst nach wirtschaftlichen Kriterien erfolgen sollte. Andere (sog. sekundäre bzw. vergabefremde bzw. strategische²) Zwecke treten hierhinter zurück (dazu sogleich 2.).

1. Der wirtschaftliche Einfluss der öffentlichen Auftragsvergabe

- 2 Die Schätzungen schwanken, der Befund bleibt: Dem Staat kommt als öffentlicher Auftraggeber ein enormes Nachfragepotenzial auf dem Markt zu. So liegt das jährliche Beschaffungsvolumen der Mitgliedstaaten nach Schätzungen der Europäischen Kommission bei rund 1.800 Mrd. Euro bzw. 16% des EU-BIP.³ Als Größenordnung für Deutschland wird hier auf die Schätzung verwiesen, die der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie in seiner Stellungnahme vom 12.5.2007⁴ nennt: etwa 360 Mrd. Euro pro Jahr zzgl. etwa 60 Mrd. Euro pro Jahr für Beschaffungen von öffentlichen Unternehmen.
- 3 Zugleich steht die öffentliche Hand weitgehend außerhalb der klassischen Marktmechanismen, sodass sie weder durch Gewinnerzielungsabsichten geleitet wird noch – vergleichbar zu Privaten – zum wirtschaftlichen und sparsamen Umgang mit den ihr zur Verfügung gestellten Mitteln tatsächlich⁵ gezwungen ist. Nicht selten wurden öffentliche Aufträge daher

1 Vgl. Stichwort „Vergaben“ in Deutsches Wörterbuch von *Jacob Grimm* und *Wilhelm Grimm*, Leipzig, 1854–1960.

2 Alle drei Adjektive beschreiben letztlich dieselben Regelungen.

3 Diese Schätzungen für das Jahr 2006 stützen sich auf Daten aus den VGR-Mitteilungen der nationalen Statistikämter an das Statistische Amt der Europäischen Union (Eurostat) bzw. für die Versorgungswirtschaft auf Daten aus Jahresberichten und anderen Quellen, zitiert nach den Angaben im Arbeitsdokument der Kommission SEC 2193, S. 4.

4 Nach Angaben von *Waldmann*, *VergabeR* 2010, 298, 300, werden in Deutschland ca. 2,4 Mio. Vergabeverfahren durchgeführt, die wiederum etwa 19 Mrd. Euro Prozesskosten jährlich verursachen.

5 Freilich ist der Staat bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen rechtlich an das Haushaltsrecht gebunden. Gemäß § 6 Abs. 1 HGrG (ebenso § 7 Abs. 1 BHO und etwa § 7 Abs. 1 LHO NRW) sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Der Staat soll sorgsam mit dem ihm zur Verfügung stehenden Mitteln umgehen und versuchen, die günstigste Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den einzusetzenden Mitteln zu erzielen, vgl. *Noll*, *Haushalt und Verfassung*, 2000, S. 65; *Schmidt*, *Wirtschaftlichkeit in der öffentlichen Verwaltung*, 2002, S. 19 ff.; *Heller*, *Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden*, 1998, S. 116. Hier wird die Schnittstelle des Vergaberechts zum Zuwendungsrecht deutlich. Das Vergaberecht dient bei der Verteilung von Fördermitteln als sinnvolles Instrument, um den wirtschaftlichen und sparsamen Einsatz der zur Verfügung gestellten Mittel zu gewährleisten.

in der Vergangenheit ohne Rücksicht auf die Wirtschaftlichkeit als Instrument der nationalen Wirtschaftspolitik eingesetzt. Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung bedarf es aber eines engen rechtlichen Korsetts, das die öffentliche Auftragsvergabe in geordnete Bahnen lenkt.

2. Verfolgte Zwecke

Vergaberecht ist mehr als nur ein **Mittel zur haushaltsschonenden Beschaffung**. Zugleich dient es dem Staat dazu, **Marktübersicht** zu erlangen.⁶ Für einen Großteil der Beschaffungsgegenstände gibt es keinen fixen bzw. „objektiven“ Marktpreis, sei es wegen der hohen Komplexität der nachgefragten Leistung, der benötigten Menge oder aufgrund des Umstandes, dass ein derartiges Produkt bisher noch nicht existiert. Häufig ist der Weg über ein Ausschreibungsverfahren die wirtschaftlichste und transparenteste Möglichkeit, erst den Markt für das konkrete Beschaffungsvorhaben zu schaffen. **4**

Darüber hinausgehend präsentieren sich formale Ausschreibungsverfahren als weniger anfällig für Willkür, Korruption und Parteilichkeit als freihändige Vergaben. **Vergabefremde Einflussnahmen** durch Dritte werden minimiert, sobald sich der Ausschreibende in das Licht der Öffentlichkeit begibt. Die gerade durch die Bekanntmachung entstehende Transparenz und die Beachtung der Vorgaben zur Gleichbehandlung sind daher als die wichtigsten Instrumente anzusehen, um gegen unlautere und wettbewerbsverzerrende Verhaltensweisen vorzugehen. Dabei gilt es, die (im Übrigen strafbare) Bestechung der zuständigen Mitarbeiter ebenso zu verhindern wie die politische Einflussnahme auf konkrete Beschaffungsvorhaben oder wettbewerbswidrige Absprachen zwischen Bietern. **5**

Ganz im Sinne der europäischen Binnenmarktkezeption dient das Vergaberecht der **Markttöffnung** und der damit verbundenen Schaffung des grenzüberschreitenden Wettbewerbs.⁷ Unternehmen aus allen Mitgliedstaaten sollen im Wege öffentlicher Ausschreibungen Zugangsmöglichkeiten zu bislang meist geschützten Märkten erlangen. Die Europäische Kommission⁸ sieht das Vergabewesen daher zutreffend als „Schlüsselbereich des Binnenmarktes“ an. **6**

Zuletzt ist festzustellen, dass das Vergaberecht auch als **Instrument der Wirtschaftspolitik** eingesetzt werden kann.⁹ Während die Förderung nationaler Unternehmen („buy national“) nicht in Einklang zu bringen ist mit den Zielen des Vergaberechts, verknüpfte der nationale Gesetzgeber in der Vergangenheit häufiger Sekundärzwecke mit Ausschreibungsverfahren:¹⁰ Zuvörderst zu nennen sind in diesem Zusammenhang die Einführung sog. „Tarifreue-Erklärungen“ der ersten Generation,¹¹ in denen Bieter sich verpflichten mussten, **7**

⁶ Hierzu und zum Folgenden *Hertwig*, Auftragsvergabe, Rn. 4.

⁷ Hierzu *Hailbronner*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 2009, B 1 Einl. Rn. 3.

⁸ Mitteilung der Kommission zur Binnenmarktstrategie, KOM(2003), 238 endg., S. 18.

⁹ Hierzu und zum Folgenden *Hertwig*, Auftragsvergabe, Rn. 7 ff.

¹⁰ Auch bezeichnet als „vergabefremde Zwecke“ bzw. neuerdings auch „strategische Ziele“, allgemein hierzu *Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, Diss., 2000; *Burgi*, NZBau 2001, 64 ff.; *Dietlein*, in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/1, 2006, S. 1866 f.; *Scharpenack*, Sekundärzwecke im Vergaberecht, Diss., 2005; *Storr*, WiVerw 2007, 183 ff.

¹¹ Diese haben sicherlich den größten Raum in der Diskussion der vergangenen Jahre eingenommen. Die Verpflichtung zur Abgabe einer solchen wurde vom Bundesverfassungsgericht aufgrund höherrangiger Gemeinwohlgründe (Schutz tariflicher Regelungen und Bekämpfung der Massenar-

Einl. A. Systematische Einführung

die lokal geltenden tarifvertraglichen Bestimmungen einzuhalten, die „Tariftreue-Erklärungen“ der zweiten Generation,¹² die Förderung des Mittelstands¹³ etwa durch die Bildung von Teil- und Fachlosen, die Korruptionsbekämpfung¹⁴ sowie die Betonung umweltpolitischer¹⁵ und sozialpolitischer Aspekte.¹⁶ Die Verankerung derartiger, neuerdings unter dem Label „strategische Ziele“ gefasster Zwecke hat mit der Zunahme der Landesvergabe-gesetze seit ca. 2011 erheblich an Bedeutung gewonnen. Kein Bundesland verzichtet auf vergaberechtliche Vorgaben auf Landesebene – größtenteils in Form eigener Landesvergabe-gesetze und ergänzt durch diverse Erlasse. Die Landesregierungen haben erkannt, dass sie durch die Betonung einzelner strategischer Zwecke über eine Möglichkeit verfügen, politische Ziele zu verfolgen und auf die Gesellschaft einzuwirken, ohne in besonderem Maße selbst Haushaltsmittel hierfür einstellen zu müssen. Eine Aussage einer NRW-Landtagsabgeordneten aus der ersten Lesung zum Tariftreue- und Vergabegesetz NRW von 2012 bringt es zutreffend auf den Punkt: „Man muss sich einmal klarmachen, worum es eigentlich geht: 50 Mrd. Euro werden in Nordrhein-Westfalen im Einkauf umgesetzt: vom Land, von den Kommunen, von den Landschaftsverbänden. Wir haben damit einen enormen Hebel in der Hand, mit dem wir etwas tun können, wenn wir ihn richtig einsetzen.“¹⁷

beitslosigkeit) akzeptiert, vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006, 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 202, 223 f. – Berliner Tariftreuegesetz. Der EuGH hat in seinem Urt. v. 3.4.2008, C-346/06, Slg. 2008, I-1989 = NZBau 2008, 332 ff. – Rüffert, jedoch einer solchen Vorgabe widersprochen, soweit nicht zugleich die Voraussetzungen der Entsenderichtlinie 96/71/EG erfüllt sind. Ferner verlangt die Dienstleistungsfreiheit ein kohärentes Regelungssystem. Ein solches liegt nicht vor, wenn in den betreffenden Sektoren Arbeitnehmer, die im Rahmen einer privaten Beauftragung tätig werden, ohne plausiblen Grund einen geringeren Schutz genießen als Arbeitnehmer, die im Rahmen öffentlicher Beauftragungen tätig werden. Insofern bestehen gegen einige der neuen landesrechtlichen Tariftreueerregelungen durchaus Bedenken. Vgl. zum Ganzen statt Vieler die Doktorarbeiten von *Dobmann*, Die Tariftreueerklärung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Diss., 2007; *Kramer*, Tariftreue im europäischen Vergaberecht, Bd. I und II, Diss., 2006; *Reichert*, Vergaberechtlicher Zwang zur Zahlung von Tariflöhnen, Diss., 2007; ferner *Frenz*, VergabeR 2009, 563 ff.; *Steiff/Andre*, NZBau 2008, 364 ff.; *Klumpp*, NJW 2008, 3473 ff.

12 Gemeint ist die Verpflichtung des Auftragnehmers, während der Ausführung des öffentlichen Auftrags den für den Auftrag eingesetzten Beschäftigten einen sog. vergabespezifischen Mindestlohn in einer konkret definierten Höhe zu zahlen.

13 Vgl. die Kommentierung zu § 97 GWB. Siehe ferner *Antweiler*, VergabeR 2006, 637 ff.; *Dreher*, NZBau 2005, 427 ff.; *Johannes*, ZVgR 1999, 187 ff.; *ders.*, LKV 2000, 235 ff.; *Kaltenborn*, GewArch 2006, 321 ff.; *Schaller*, ZfBR 2008, 142 ff.; ausführlich zu den Möglichkeiten der mittelstandsfreundlichen Vergabe *Burgi*, NZBau 2006, 606 ff., sowie *ders.*, NZBau 2006, 693 ff.

14 *Byok*, NJW 2006, 2076, 2083; *Gabriel*, VergabeR 2006, 173 ff.; *Lantermann*, Vergaberegister – Ein rechtmäßiges und effektives Mittel zur Korruptionsbekämpfung?, Diss., 2007. Die Erfahrungen mit dem nordrhein-westfälischen Korruptionsbekämpfungsgesetz wurden zwischenzeitlich ausgewertet, vgl. die Zusammenfassung bei *Lantermann*, ZRP 2009, 6 ff.

15 *Diemon-Wies/Graiche*, NZBau 2009, 409 ff.; *Frenz*, NuR 2007, 107 ff.; *Griem*, NVwZ 1999, 1171 ff.; *Otting*, CuR 2009, 44 ff.; zur möglichen „Ökologisierung“ der öffentlichen Auftragsvergabe vgl. *Wegener*, NZBau 2010, 273 ff.

16 Vgl. *Diemon-Wies/Graiche*, NZBau 2009, 409 ff.; *Wiedmann*, Die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Lichte des Gemeinschaftsrechts, Diss., 2007; zu den Verhaltensweisen, die unterstützt werden, gehören etwa die Förderung von Frauen, die Ausbildung von Lehrlingen und die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen. Speziell zur Frauenförderung *Böttger*, AuA 1996, 148 ff.; speziell zu Verkehrsausschreibungen *Denzin/Siederer/von Bechtolsheim*, Vorgabe von Sozialstandards in Ausschreibungen von ÖPNV-Leistungen (Gutachten im Auftrag von ver.di und Transnet), 2008.

17 So MdL *Daniela Schneckenberger*, MdL, Plenarprotokoll Nr. 15/40 vom 22.7.2011, S. 4031.

Die Verfolgung derartiger Sekundärzwecke ist ein zweiseitiges Schwert und mit vielfältigen rechtlichen Unsicherheiten verbunden. Unabhängig hiervon lässt das europäische wie auch das nationale Vergaberecht die Berücksichtigung zusätzlicher Bedingungen für die Ausführung des Auftrags zu und auch in § 128 Abs. 2 GWB wird den Vergabestellen diese Option eröffnet, wenn die Anforderungen im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ergeben. **8**

3. „Das Vergaberecht“ und „das Vergaberecht außerhalb des Vergaberechts“

Der Begriff „Vergaberecht“ lässt sich in unterschiedlichen Zusammenhängen begreifen und erfasst hiervon abhängig unterschiedliche Rechtsmaterien. Der vorliegende Kommentar umfasst die Erläuterungen zu den vergaberechtlichen Vorschriften, die – mehr aus traditionellen als aus systematischen Gründen noch immer – im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) niedergelegt sind. Insoweit wird vom sog. **Kartellvergaberecht** gesprochen. Im Detail wird es ergänzt durch die zahlreichen Regelungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A (VOB/A), der Vergabeverordnung (VgV), der Sektorenverordnung (SektVO), der Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) sowie der Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV). Das sog. Kartellvergaberecht steht nicht nur im Blickfeld dieses Kommentars, sondern ist auch gemeint, wenn gemeinhin von Vergaberecht gesprochen wird. Bei genauer Betrachtung wird von „dem“ Vergaberecht aber deutlich mehr erfasst, als das – im Übrigen stark europarechtlich geprägte – Kartellvergaberecht. **9**

Die hier ansetzende Aufzählung beginnt mit Aufträgen, deren Volumen unterhalb bestimmter Wertschwellen (sog. Schwellenwerte, vgl. § 106 GWB) liegt. Diese Beschaffungen richten sich grundsätzlich nur nach deutschem Haushaltsrecht in Kombination mit Landesvergaberecht. Das Sammelsurium an Regeln und Vorschriften, die ein Träger öffentlicher Verwaltung bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen, die er zur Aufgabenerfüllung benötigt, zu beachten hat, reicht weiter. In zahlreichen Vorschriften sind Pflichten statuiert, nach denen die öffentliche Hand eine Ausschreibung durchführen muss. So existieren eigene Ausschreibungsregeln für Bodenabfertigungsdienste wie auch für Personenbeförderungsleistungen im Schienen- und straßengebundenen Personennahverkehr,¹⁸ oder im Bereich der Trinkwasserkonzessionen. Auch im Sozialsektor kam es in den letzten Jahren zu großen Änderungen und im Bereich der EEG-Förderung werden eigene Vergabeverfahren für die Verteilung der Fördergelder etabliert. Zudem ergeben sich aus dem europäischen Primärrecht Ausschreibungspflichten in Bezug auf Aufträge unterhalb der Schwellenwerte und aus dem Beihilfenrecht. Im Rahmen des Letzteren kann ein Vergabeverfahren als Nachweis dafür dienen, dass das beauftragte/bezuschusste/etc. Unternehmen nach Marktregeln ausgesucht wurde und keine Bevorzugung erhalten hat, der nicht zugleich eine marktangemessene Gegenleistung gegenübersteht. So empfiehlt es **10**

¹⁸ Vgl. die Umsetzung im AEG und im PBefG sowie die europäische Verordnung 1370/2007; zu Letzterer ausführlich *Fandrey*, Direktvergabe von Verkehrsleistungen, Diss., 2010; *Linke*, Die Gewährleistung des Daseinsvorsorgeauftrags im öffentlichen Personennahverkehr, Diss., 2010; vgl. ferner die Kommentierung von *Saxinger/Winnes*, Recht des öffentlichen Personenverkehrs (Loseblatt).

Einl. A. Systematische Einführung

sich bereits aus diesem Grund, dem Verkauf von Grundstücken durch die öffentliche Hand ein öffentliches Ausschreibungsverfahren vorangehen zu lassen.¹⁹ Und auch die Wahl eines privaten (Mit-)Gesellschafters für ein öffentliches Unternehmen soll im Wettbewerb erfolgen, wenngleich hier nur noch schwerlich von „Beschaffung“ gesprochen werden kann.²⁰

- 11 In der Folge hat sich ein weites Feld an Ausschreibungspflichten entwickelt, das zutreffend als „**Vergaberecht außerhalb des Vergaberechts**“ bezeichnet werden kann. Diese Verfahren werden von denselben Ideen getragen wie das Kartellvergaberecht. Auch hier geht es letztlich um die diskriminierungsfreie Öffnung des (zumeist Beschaffungs-)Marktes zugunsten privater Unternehmen. Dass im Detail häufig weniger (form)strenge Regeln greifen als im Vergaberegime des Kartellvergaberechts, ist nicht nur als Nachteil anzusehen. So verbleibt auf Seiten der Vergabestellen ein größerer Spielraum, der es ihnen ermöglicht, neue Verfahrenskonzepte zu testen und Anpassungen im Kleinen vorzunehmen. Bewährt sich eine Regelung in dieser „kleinen“ Praxis, so kann über den Transfer in die formalen Vergaberichtlinien nachgedacht werden.

II. Die bisherige Entwicklung des Vergaberechts

- 12 Die Grundgedanken, die dem heutigen Vergaberecht zugrunde liegen, sind keineswegs neu. Als roter Faden ziehen sich das Primat der Wirtschaftlichkeit und das formelle Verfahren als Mittel zur Marktübersicht durch die Geschichte.

1. Die Ursprünge des Vergaberechts in der Antike

- 13 Bereits im antiken Griechenland und zu Zeiten der römischen Republik wurde auf formalisierte Verfahren mit Bekanntmachung zurückgegriffen, um möglichst preiswerte Angebote einzuholen.²¹ Insbesondere bei Bau- und Beschaffungsvorhaben nutzten die Römer das Po-

19 In Folge der sog. „Ahlhorn“-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (vgl. NZBau 2007, 530 ff. = VergabeR 2007, 634 ff.) war ein heftiger Streit um die Ausschreibungspflicht von Grundstücksveräußerungen ausgebrochen, vgl. nur *Kulartz*, VergabeR 2009, 282 ff.; *Ziekow*, VergabeR 2008, 151 ff.; *Gartz*, NZBau 2010, 293 ff. Zwischenzeitlich hat der EuGH in der Rechtssache C-451/08 (Urt. v. 25.3.2010, NZBau 2010, 321 ff.) ein Machtwort gesprochen und entschieden, dass die bloße Wahrnehmung städtebaulicher Regelungszuständigkeiten keine Vergabepflicht begründet. Notwendig ist vielmehr, dass die Leistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt. Es bleiben aber beihilferechtliche Überlegungen, die ein „Investorenauswahlverfahren“ gebieten. Die Europäische Kommission hat hierzu in der sog. Grundstücksmitteilung („Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand“, Amtsblatt Nr. C 209 vom 10/7/1997 S. 0003 – 0005) ausgeführt: Sofern der Verkäufer ein hinreichend publiziertes, allgemeines und bedingungsfreies Bietverfahren durchführt, stellt die darauf folgende Veräußerung an den meistbietenden oder den einzigen Bieter grundsätzlich einen Verkauf zum Marktwert dar und enthält damit keine staatliche Beihilfe (Art. 1). Es spielt dann auch keine Rolle, ob vor dem Bietverfahren eine andere Bewertung des Gebäudes oder des Grundstücks existierte, z. B. für Buchungszwecke oder um ein beabsichtigtes erstes Mindestangebot bereitzustellen.

20 Vgl. *Klein*, Veräußerung öffentlicher Unternehmen und Vergaberecht, Diss., 2005; *Dietlein*, NZBau 2004, 472 ff.

21 Vgl. die Ausführungen bei *Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, Habil., 2008, S. 273 f.; *Ries*, Bauverträge im römischen Recht, 1989; *Noelle/Rogmans*, Öffentliches Auftragswesen, S. 21.

II. Die bisherige Entwicklung des Vergaberechts **Einkl.**

tenzial öffentlicher Vergabeverfahren. Der Termin wurde zusammen mit der *leges locationes* bekannt gemacht, die eine Beschreibung des Vorhabens sowie die weiteren Vertragsbestimmungen (über Abnahme, Fertigstellung, Entgelt) enthielt. Die Angebote wurden im Rahmen eines öffentlichen, mündlichen Absteigerungstermins²² abgegeben, bei dem sich die interessierten Bieter gegenseitig unterboten, bis sich schlussendlich keiner mehr fand, der bereit war, ein niedrigeres Angebot abzugeben. Zugleich bestand aber die Möglichkeit, eine sog. Besserungsklausel²³ in der *leges locationes* zu verankern, die dem Staat ermöglichte, sich von dem Zuschlag innerhalb einer bestimmten Frist zu lösen, wenn er ein besseres Gebot erhielt. Möglicher Vetterwirtschaft wurde begegnet durch das Verbot für Inhaber öffentlicher Ämter und ihre Verwandten, sich an Vergabeverfahren direkt oder als Partner von Bauunternehmen zu beteiligen.

2. Die Entwicklung vom Hoflieferantentum zum Submissionsverfahren

Eine zunehmende Verbreitung des Vergabegedanken lässt sich ab dem Ende des 17. Jahrhunderts feststellen. Hier wurde noch auf kein schriftliches Verfahren zurückgegriffen, sondern auf die sog. Lizitation. Diese entstand unter dem Einfluss des – bereits seit dem Spätmittelalter bestehenden – französischen und des niederländischen Vergaberechts.²⁴ Die Aufträge wurden in einem mündlich durchgeführten Unterbietungsverfahren erteilt. Zu deren Nachteilen gehörte es jedoch, dass die Bieter in der Erregung des Versteigerungskampfes nicht selten übermäßig niedrige und auch verlustbringende Angebote abgaben. „Selbst dem kühl und leidenschaftslos rechnenden Geschäftsmann wurde es außerordentlich erschwert, in der Hast der Versteigerung richtig kalkulierte Angebote zu stellen.“²⁵

Im 18. Jahrhundert wurde gerade in Preußen die Vergabeidee aufgegriffen und König Friedrich Wilhelm I., der als Begründer „preußischer Sparsamkeit“ agierte, befahl den „Bau-Directores nebst denen Bau-Inspectores so viel thunlich, mit ein und anderem Entrepreneur überhaupt, auch dem Befinden nach mit denen Handwerks-Leuten, insbesondere, Verdinge zu machen“.²⁶ Er wendet sich damit ab von dem bisherigen Hoflieferantentum und der Indienstnahme der Pächter. Friedrich der Große folgte dem Weg seines Vaters und legte fest, dass Bauleistungen „dem wenigst fordernden anzuverdingen“ und Baumaterialien beim Anbieter mit dem „landesüblichen wohlfeilsten Preiß“ zu beschaffen seien.²⁷

22 Dieser Gedanke findet sich heute wieder im Rahmen sog. reverse auctions, dazu *Noelle*, NZBau 2002, 197 ff.

23 Dazu *Sieg*, Quellenkritische Studien zur Bessergebotsklausel (in diem addictio) im römischen Kaufrecht, 1933; *Ries*, Bauverträge im römischen Recht, 1989, S. 56.

24 Hierzu und zum Folgenden *Schubert*, FS Korbion, 1986, S. 389, 391–393; *Heller*, Das Submissionswesen in Deutschland, 1907, S. 2, weist aber darauf hin, dass in Hamburg bereits 1617 – und damit vor der Einführung in Frankreich zwischen 1665 und 1670 – die Bauhofs-Ordnung eine Verdingungspflicht vorsah.

25 *Dörner*, Kommunale Submissionspolitik, 1908, S. 15 f.

26 Bau-Reglement vor die Churmärkische Kriegs- und Domänen-Cammer, wie es bey Führung des Baues und Rechnung bey denen Aemtern zu halten (vom 10.2.1724), *Corpus Mylii*, Bd. I, Abteilung II, S. 169–172, zitiert nach *Heller*, Das Submissionswesen in Deutschland, 1907, S. 4 f.

27 Bau-Reglement, wonach künftig bey denen Domainen-Gbäuden im Cleveschen, auch Meursischen und Märkischen verfahren werden soll. Geh. Königl. Staatsarchiv zu Berlin, Tit. LXIII. Bau-sachen der Städte und des platten Landes. Nr. 1, § 3, S. 48, zitiert nach *Heller*, Das Submissionswesen in Deutschland, 1907, S. 5.

Einl. A. Systematische Einführung

- 16** Trotz der Proteste von Seiten der in Zünften organisierten Handwerker setzte sich das Lizitationsverfahren in den deutschen Gebieten zu Beginn des 19. Jahrhunderts durch.²⁸ Zunehmend wurden sich die Herrschenden aber der Gefahren bewusst, die mit einem mündlichen Absteigerungsverfahren verbunden waren, und gingen nach und nach zum schriftlichen Ausschreibungsverfahren über,²⁹ das sich ab 1850 fast allgemein durchsetzte.
- 17** Antrieb für diese erste Phase der modernen öffentlichen Auftragsvergabe – für die noch zu Beginn dieses Jahrhunderts der Begriff „Submission“ verwendet wurde und die zu den bedeutsamsten Errungenschaften des Liberalismus des 19. Jahrhunderts gezählt wird³⁰ – waren die allgemeinen wirtschaftlichen und politischen Entwicklungen. Der Staat ging, u. a. bedingt durch den Eisenbahnbau und der Ausweitung des Straßenbaus, verstärkt dazu über, seinen Bedarf „am Markt“ zu decken und beseitigte durch die Einführung eines Vergabeverfahrens die mit einer freihändigen Vergabe verbundene Willkür in der bestehenden Vergabepraxis.³¹ Die Idee fand zugleich Unterstützung in der Wirtschaft. Gerade die Möglichkeit, auf diesem Wege Willkür, Korruption und Parteilichkeit zu verhindern, motivierte diese, sich für die allgemeine Einführung der Submission einzusetzen.³²

3. Die Weiterentwicklung des Submissionswesens durch den Zirkular-Erlass von 1885

- 18** Die mit der Submission verbundene Hoffnung auf eine dauerhafte Lösung, die für alle Seiten befriedigend ist, erfüllte sich zunächst nicht. Die frühen Regelungen waren geprägt durch eine Unausgewogenheit zwischen den Rechten des Staates und den Pflichten des Auftragnehmers.³³ Zugleich machten sich die Nachteile der Vergabe öffentlicher Aufträge an den Niedrigstbietenden um 1870 mit dem Aufkommen von Großbetrieben und einem Überangebot an Waren und Werkleistungen bemerkbar. Die an Leistungsfähigkeit und Haltbarkeit gestellten Ansprüche wurden nur noch notdürftig erfüllt. Materialfälschung und Verschlechterung der Arbeit bildeten sich bei der Übernahme öffentlicher Aufträge zu weit verbreiteten Praktiken heran.³⁴
- 19** An dem Vergabewesen mit seinen vorgenannten Konsequenzen wurde daher unter drei Gesichtspunkten Kritik geübt:³⁵ Erstens sollte in wirtschaftspolitischer Hinsicht ein gesunder Wettbewerb wiederhergestellt und die Existenz mittelständischer Gewerbe- und Handwerksbetriebe gesichert werden. Insbesondere die Handwerksverbände forderten eine Einschränkung des freien Wettbewerbs durch die Abschaffung des Mindestpreissystems und verlangten ein Vergabeverfahren, das einen Mittelpreis oder einen annehmbaren bzw. ge-

²⁸ Vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Heller*, Das Submissionswesen in Deutschland, 1907, S. 4 ff., sowie *Huber*, Das Submissionswesen, 1885, S. 6.

²⁹ Vgl. die Beispiele bei *Adam*, Öffentliche Auftragsvergabe und culpa in contrahendo, Diss., 2005, S. 20.

³⁰ *Gandenberger*, Die Ausschreibung, 1961, S. 23 f., und eingehend *Huber*, Das Submissionswesen, 1885, S. 3–6.

³¹ *Schubert*, FS Korbion, S. 389, 393, und *Lampe-Helbig*, FS Korbion, S. 249, 249.

³² *Schubert*, FS Korbion, S. 389, 393.

³³ *Schubert*, FS Korbion, S. 389, 393.

³⁴ Eine umfangreiche Auflistung der Missstände findet sich bei *Huber*, Das Submissionswesen, 1885, S. 6–17.

³⁵ Vgl. hierzu und zum Folgenden *Schubert*, FS Korbion, S. 389, 394 f.

II. Die bisherige Entwicklung des Vergaberechts **Einl.**

rechten Preis bevorzugte. Zweitens wurde die Forderung nach Gestaltung der Vergabebedingungen auf Basis der Gleichberechtigung und Gegenseitigkeit erhoben.³⁶ Drittens wurde schließlich unter sozialpolitischen Gesichtspunkten gefordert, die Unternehmen zu arbeitnehmerfreundlichem Verhalten zu verpflichten. Diesen drei Anliegen kamen die „Allgemeinen Bestimmungen, betreffend die Vergabung von Leistungen und Lieferungen“ des preußischen Arbeitsministeriums – ein Verwaltungserlass – vom 17.7.1885 nach.³⁷ Sie gaben zwar den Wettbewerbsgedanken des Submissionsrechts nicht auf, schränkten ihn aber dergestalt ein, dass das niedrigste Angebot als solches bei der Zuschlagserteilung nicht ausschlaggebend war: „Die niedrigste Geldforderung als solche ist bei der Zuschlagserteilung keineswegs vorzugsweise zu berücksichtigen. Der Zuschlag darf nur auf ein in jeder Beziehung annehmbares, die tüchtige und rechtzeitige Ausführung der betreffenden Arbeit oder Lieferung gewährleistendes Gebot erteilt werden. Ausgeschlossen von der Berücksichtigung sind solche Angebote (. . .) welche eine in einem offenbaren Missverhältnis zu der betreffenden Leistung (. . .) stehende Preisforderung enthalten, sodass nach dem geforderten Preise an und für sich eine tüchtige Ausführung nicht erwartet werden kann.“³⁸ Zugleich wurden die Grundsätze der Gleichberechtigung beider Seiten sowie der kulanten und rücksichtsvollen Behandlung der Unternehmer anerkannt. Der Erlass enthielt zugleich Standardverträge und administrativ-geschäftliche Geschäftsbedingungen (etwa bzgl. Vertragsstrafen, Kautionen, Schiedsgerichten, Zahlungsweisen, Leistungsänderungen) und sah die Vergabe von Teillosten und Gewerbegattungen vor, wobei vorzugsweise die als zuverlässig bekannten örtlichen Handwerker, die auch gegenüber ihren Handwerkern und Arbeitern die erforderliche Sicherheit boten, berücksichtigt werden sollten.³⁹

4. Die Entstehung der Verdingungsordnungen⁴⁰

Auch um die Jahrhundertwende beschäftigte die öffentliche Auftragsvergabe die Beteiligten. Lange Zeit standen Kompetenzfragen einer reichseinheitlichen Regelung des Vergaberechts entgegen, stand dieser Komplex doch im Schnittpunkt zwischen Verwaltungsrecht und dem zivilen Vertragsrecht.⁴¹ Zurückgehend auf einen Entwurf eines Reichssubmissionsgesetzes, den eine private Vereinigung von Gewerbetreibenden (Hansa-Bund für Gewerbe, Handel und Industrie) 1911 vorlegte, beschloss der Reichstag 1913, eine entsprechende Kommission einzusetzen. Diese legte einen eigenen, aber weitestgehend auf dem

36 So kam den Behörden eine deutliche Übermacht zu, die sich etwa an der Möglichkeit des Rücktritts manifestierte. Vgl. dazu *Feuchtwanger*, Staatliche Submissionspolitik in Bayern, 1910, S. 48: „Der Staat hat ein Recht des Rücktritts ohne Grund, der Bieter nicht einmal mit Grund. Er hat nur ein bedingtes Recht auf den Zuschlag, eine unbedingte Pflicht den Zuschlag anzunehmen, wenn er einmal geboten.“

37 Hierzu ausführlich *Huber*, ZStW 43 (1887), 474 ff.; *Adam*, Öffentliche Auftragsvergabe und culpa in contrahendo, Diss., 2005, S. 26 ff. Der gesamte Erlass ist abgedruckt bei *Huber*, Das Submissionswesen, 1885, S. 449 ff.

38 So Abschnitt II Nr. 7 des preußischen Zirkular-Erlasses von 1885, zitiert nach *Huber*, ZStW 43 (1887), 474, 482.

39 Siehe *Huber*, ZStW 43 (1887), 474, 483 f.

40 Hierzu ausführlich *Gandenberger*, Die Ausschreibung, 1961, S. 27 f.; *Schubert*, FS Korbion, S. 389, 395 ff.; *Adam*, Öffentliche Auftragsvergabe und culpa in contrahendo, Diss., 2005, S. 33 ff.; *Lampe-Helbig*, FS Korbion, S. 249, 249 f.

41 Zu diesen Fragen *Beutinger*, Das Submissionswesen, 1915, S. 205 ff.

Einl. A. Systematische Einführung

Entwurf des Hansa-Bundes beruhenden Entwurf vor.⁴² Infolge des Ausbruchs des Ersten Weltkriegs konnte der Reichstag indes die Ergebnisse nicht mehr debattieren.

- 21 Ein zweiter Anlauf begann 1921 mit der Einberufung eines „Reichsverdingungsausschusses“, der sich aus sachkundigen Vertretern des Reiches, (später auch) der Länder, der Städte und Kreise sowie der Spitzenverbände der Wirtschaft und des Handwerks zusammensetzte, um „für die Vergabungen von Lieferungen und Leistungen einheitliche Grundsätze für Reich und Länder zu schaffen“.⁴³ Nach einer Beschränkung der Zuständigkeit auf das baugewerbliche Verdingungswesen und jahrelangen Diskussionen verabschiedete die Vollversammlung des Reichsverdingungsausschusses am 6.5.1926 die „Verdingungsordnung für Bauleistungen“ (VOB). Diese bestand aus drei Teilen, deren Systematik noch heute Bestand hat: Teil A enthielt die Vorschriften zur Vergabe (VOB/A), Teil B die Bedingungen des Vertrags als Ergänzung des BGB (VOB/B) und Teil C technische Vorschriften (VOB/C). Diese Verdingungsordnung umfasste u. a. Regelungen über den Geltungsbereich der Verdingungsordnung, Arten und Formen der Vergabe, Vorschriften für die Vergabe, Ausschreibung, Angebote und Zuschlag. Die Grundlage des Vergabeverfahrens bildete der Wettbewerb. Maßgeblich für die Erteilung des Zuschlags war aber – wie bei der Regelung in Preußen – nicht ausschließlich das niedrigste Gebot.
- 22 Erstmals in Deutschland beruhten damit die Verdingungsregeln auf einem durch Vertreter von Unternehmern und Behörden entwickelten Regelwerk. Diesem kam zwar zunächst nur Modellwirkung zu. Schnell wurde dessen Anwendung jedoch durch Verwaltungsvorschriften zur Pflicht erklärt.
- 23 Nach der Ausarbeitung der VOB wandte sich der Reichsverdingungsausschuss einer Verdingungsordnung für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen – (VOL) zu, deren Teil A zehn Jahre später eingeführt wurde.⁴⁴ Während des Dritten Reiches galten beide Verdingungsordnungen weitgehend unverändert fort. Die Vergabe öffentlicher Aufträge wurde aber verstärkt zur Wirtschaftslenkung eingesetzt⁴⁵ und die Verdingungsordnungen büßten ihre Relevanz weitgehend ein. Maßgeblich für die Erteilung eines Auftrags waren vornehmlich Erwägungen der Arbeitsbeschaffung, aber auch der Förderung des mittelständischen Handwerks und der regionalen Strukturpolitik. Mit der Preisstoppverordnung⁴⁶ trat im Herbst 1936 hinsichtlich öffentlicher Aufträge schließlich der Selbstkostenpreis⁴⁷ an die Stelle des Wettbewerbspreises und es entstand eine Zentralverwaltungswirtschaft.

42 Entwurf eines Reichs-Gesetzes betreffend das öffentliche Verdingungswesen in der von der 15. Kommission des Reichstags festgestellten Fassung. Der Entwurf wird dargestellt bei *Adam*, Öffentliche Auftragsvergabe und culpa in contrahendo, Diss., 2005, S. 34.

43 Verhandlungen des Reichstags, I. Wahlperiode, Bd. 365, S. 1088, 1173, zitiert nach *Schubert*, FS Korbion, 1986, S. 389, 396.

44 Teil B wurde bereits 1932 vorabveröffentlicht, dazu *Gandenberger*, Die Ausschreibung, 1961, S. 29.

45 Ausführlich hierzu *Noelle/Rogmans*, Öffentliches Auftragswesen, S. 24.

46 Verordnung über das Verbot von Preiserhöhungen, RGBl. 1936 I, 955.

47 Vgl. *Gandenberger*, Die Ausschreibung, 1961, S. 29; ausführlich hierzu und zur Ausgestaltung der Preisregelungen im öffentlichen Auftragswesen nach 1933 allgemein *Müller*, Staatliche Preislenkung bei öffentlichen Aufträgen, 1970, S. 30 ff.