



---

## Infobrief

---

### Grundzüge des Vergaberechts

Hanno Menke

## Grundzüge des Vergaberechts

Verfasser: Regierungsrat Hanno Menke, LL. M. (University of Auckland)  
Aktenzeichen: WD 7 - 3000 - 107/21  
Abschluss der Arbeit: 6. Dezember 2021  
Fachbereich: WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Bau und Stadtentwicklung  
Telefon: 030 227-38638

**Inhaltsverzeichnis**

<b>1.</b>	<b>Einleitung</b>	<b>4</b>
<b>2.</b>	<b>Zweiteilung des Vergaberechts</b>	<b>5</b>
<b>3.</b>	<b>Kartellvergaberecht</b>	<b>8</b>
3.1.	Grundsätze	8
3.2.	Rechtsschutz	10
3.3.	Anwendungsbereich und Systematik	12
3.3.1.	Öffentliche Aufträge	12
3.3.1.1.	Sachlicher Anwendungsbereich	12
3.3.1.2.	Persönlicher Anwendungsbereich	13
3.3.2.	Konzessionen	14
3.3.3.	Konkretisierende Rechtsverordnungen	15
3.4.	Ausnahmen vom Anwendungsbereich	17
3.4.1.	Allgemeine Ausnahmetatbestände	17
3.4.1.1.	Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit („Inhouse-Geschäft“)	17
3.4.1.2.	Weitere Ausnahmetatbestände	18
3.4.2.	Spezielle Ausnahmetatbestände	19
3.4.3.	Sondersystematik im Bereich der Verteidigung und Sicherheit	19
<b>4.</b>	<b>Haushaltsvergaberecht</b>	<b>20</b>
4.1.	Grundsätze und Rechtsschutz	20
4.2.	Anwendungsbereich und Systematik	21
4.3.	Ausnahmen vom Anwendungsbereich	22
<b>5.</b>	<b>Das Erfordernis der Durchführung eines Vergabeverfahrens</b>	<b>23</b>
5.1.	Kartellvergaberecht	24
5.2.	Haushaltsvergaberecht	27
5.2.1.	Liefer- und Dienstleistungsaufträge (UVgO)	28
5.2.2.	Bauleistungen (VOB/A-BHO)	29
5.2.3.	Die Bedeutung von Wertgrenzen	30
5.2.3.1.	Reguläre Wertgrenzen	30
5.2.3.2.	Sonderwertgrenzen im Zuge der COVID-19-Pandemie	31

## 1. Einleitung

Zur Erfüllung der durch die Rechtsordnung zugewiesenen Aufgaben bedarf die öffentliche Hand vielfältiger Ressourcen. So beträgt das gesamte Beschaffungsvolumen durch öffentliche Stellen in Deutschland jährlich geschätzt **mindestens 300 Milliarden Euro oder mehr als 10 % des Brutto-inlandsprodukts (BIP)**.<sup>1</sup> Der Bedarf reicht dabei vom alltäglichen Büromaterial bis hin zu komplexen technischen Gerätschaften im Bereich der Bundeswehr. Viele solcher Güter können dabei bereits aus praktischen Gründen nicht selbst hergestellt werden, sondern müssen auf dem Markt von privaten Akteuren erworben werden. In manchen Teilmärkten, wie etwa dem für Verteidigungsgüter, spielen staatliche Institutionen als Nachfrager sogar eine **dominierende Rolle**.<sup>2</sup>

In Konsequenz kann die Existenz ganzer Märkte von der Intensität staatlicher Nachfrage abhängen. Gleichzeitig steht die nachfragende öffentliche Hand **jedoch außerhalb wichtiger Marktmechanismen**: So können sich etwa Bund, Länder und Kommunen ohne Insolvenzrisiko verschulden.<sup>3</sup> Dementsprechend sind sie jedenfalls rein faktisch weniger zu wirtschaftlichem Umgang mit finanziellen Ressourcen genötigt.<sup>4</sup> Hiermit gehen verschiedene volkswirtschaftliche und gesellschaftliche Risiken einher, wie eine **ineffiziente Verwendung von Haushaltsmitteln, fehlender Wettbewerb und die Begünstigung von Korruption**.<sup>5</sup>

In dieser Gemengelage kommt das **Vergaberecht** als **bedeutender Ordnungsrahmen** ins Spiel: Es umfasst die Gesamtheit derjenigen Regeln und Vorschriften, die dem Staat, seinen Untergliederungen oder sonstigen einbezogenen Auftraggebern bestimmte Vorgehensweisen beim Einkauf von Gütern oder bei der Inanspruchnahme sonstiger Leistungen am Markt mittels eines entgeltlichen Vertrags vorschreiben.<sup>6</sup> Umrisshaft ist das Rechtsgebiet eine unmittelbare Reaktion auf die beschriebenen Risiken.<sup>7</sup> Im Detail handelt es sich jedoch – wie noch zu sehen sein wird – um ein

1 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi), Monitoring-Bericht der Bundesregierung zur Anwendung des Vergaberechts 2021, 13. Oktober 2021, S. 23, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Europa/monitoring-bericht-der-bundesregierung-zur-anwendung-des-vergaberechts-20211.html> (letzter Abruf dieser und aller weiteren Internetquellen: 6. Dezember 2021).

2 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament über die Ergebnisse der Konsultation zum Grünbuch über die Beschaffung von Verteidigungsgütern und über künftige Initiativen der Kommission, 6. Dezember 2005, KOM(2005) 626 endgültig, S. 3, abrufbar unter: <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/05af82af-9c15-49de-b041-f27a8db926ed/language-de/format-PDF/source-170676956>.

3 Vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 1 Insolvenzordnung (InsO) und die erläuternden Bemerkungen zu Kommunen bei Hirte, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 15. Auflage 2019, Band 1, § 12 InsO, Randnummer 8.

4 Dietlein/Fandrey, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht – Vergaberechtliche Vorschriften des GWB, 4. Auflage 2018, Einleitung, Randnummer 3.

5 Hierzu ausführlich Dörr, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar (Band 1), 3. Auflage 2017, Einleitung, Randnummern 8 ff.

6 Vgl. Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, Einleitung, Randnummer 1 mit weiterem Nachweis.

7 Vgl. hierzu bereits Fußnote 5.

komplexes und ausdifferenziertes System, in dem auch zunehmend andere, allgemeinpolitische Erwägungen an Bedeutung gewinnen.

**Ziel** des Infobriefs „Grundzüge des Vergaberechts“ ist es, einen **parlamentsgerecht aufbereiteten Einstieg für Juristen wie Nichtjuristen** in dieses wichtige Rechtsgebiet zu vermitteln. Entsprechend liegt der Schwerpunkt auf einer überblickshaften Darstellung wesentlicher Grundgedanken und der generellen Systematik dieses Rechtsgebiets. Ausdrücklich **nicht** intendiert ist hingegen eine allumfassende Abhandlung des Vergaberechts; insbesondere erhebt die Arbeit **keinen Anspruch darauf, eine praxisgerechte Anleitung für die Durchführung konkreter Vergabeverfahren zu sein.**

Vorliegend steht die **grundlegende Sensibilisierung für vergaberechtliche Themen** im Vordergrund, die bei Bedarf mithilfe der weitergehenden Verweise vertieft werden bzw. als Ausgangspunkt für eine weitergehende Auseinandersetzung mit diesem Rechtsgebiet dienen kann. Ein näher herausgearbeiteter **Schwerpunkt** liegt gleichwohl auf dem Aspekt, in welchen Konstellationen es keines bzw. eines nur vereinfachten Vergabeverfahrens bedarf. Denn hierbei handelt es sich insbesondere in der fachpolitischen Debatte auf Bundesebene um einen besonders relevanten Problemkreis, der in Konsequenz die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages in verschiedenen Ausprägungen regelmäßig befasst.

## 2. Zweiteilung des Vergaberechts

Das Vergaberecht ist seit dem Ende der 1990er Jahre von einer Zweiteilung gekennzeichnet: Für einen Teil der vergaberechtlichen Verfahren gilt das Haushaltsrecht des Bundes und der Länder („**Haushaltsvergaberecht**“), das zuvor im Wesentlichen für alle Vergaben Anwendung gefunden hat.<sup>8</sup> Auf Basis europarechtlicher Vorgaben richten sich andere Verfahren nach dem erweiterten Regelungskanon des vierten Teils (§§ 97 bis 184) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)<sup>9</sup> – dem „**Kartellvergaberecht**“.<sup>10</sup> Der Begriff „Kartellvergaberecht“ bedeutet nicht, dass diese Ausprägung des Vergaberechts Teil des Kartellrechts ist. Während das Kartellrecht, das ebenfalls maßgeblich im GWB (Teile 1 bis 3) geregelt ist, den Schutz des Wettbewerbs an sich bezieht, schützt das Vergaberecht die Wettbewerber unmittelbar.<sup>11</sup> Nichtsdestotrotz verdeutlicht die Eingliederung des Vergaberechts in das GWB dessen Verankerung im Wettbewerbsprinzip.<sup>12</sup>

8 Dietlein/Fandrey, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht – Vergaberechtliche Vorschriften des GWB, 4. Auflage 2018, Einleitung, Randnummern 24 ff.

9 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 10 Absatz 2 des Gesetzes vom 27. Juli 2021 (BGBl. I S. 3274) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/>.

10 Die Zweiteilung wurde formal begründet durch das Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz – VgRÄG) vom 26. August 1998 (BGBl. 1998 I S. 2512), abrufbar unter:

[https://www.bgblerichterstattung.de/xaver/bgblerichterstattung?start=/%5B@attr\\_id=%27bgb198s2512.pdf%27%5D%2F%2F%5B%40attr\\_id%3D%27bgb198s2512.pdf%27%5D%201634026059390](https://www.bgblerichterstattung.de/xaver/bgblerichterstattung?start=/%5B@attr_id=%27bgb198s2512.pdf%27%5D%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgb198s2512.pdf%27%5D%201634026059390).

11 Cassardt, in: Creifelds, Rechtswörterbuch, 26. Edition 2021, Stichwort: „Kartellvergaberecht“.

12 Ebenda.

---

Der Begriff „Kartellvergaberecht“ hat sich mittlerweile in der wissenschaftlichen Diskussion durchgesetzt, weswegen er auch im Folgenden für das Vergaberecht des GWB verwandt wird.

Das Haushalts- und das Kartellvergaberecht haben einen **grundsätzlich sich nicht überschneidenden Anwendungsbereich**. Die Abgrenzung ergibt sich unmittelbar aus dem Recht der Europäischen Union (EU). Sie erfolgt nach dem geschätzten Nettoauftragsvolumen, den „**Schwellenwerten**“.<sup>13</sup> Ziel solcher Werte ist es, die EU-Binnenmarktrelevanz eines Auftrags, die eine Ausgestaltung durch EU-Vorschriften rechtfertigt, abstrakt festzulegen.<sup>14</sup> Die Schwellenwerte werden alle zwei Jahre durch die EU-Kommission überprüft und gegebenenfalls neu festgesetzt.<sup>15</sup> Die aktuellen Wertgrenzen bestehen seit dem 1. Januar 2020 und werden zum 1. Januar 2022 teilweise geringfügig erhöht.<sup>16</sup> Sie lauten zusammengefasst und auf die deutsche Behördenstruktur bezogen wie folgt:

---

13 Vergleiche § 106 GWB, in dessen Absatz 2 auf mehrere, die öffentliche Auftragsvergabe regulierende EU-Richtlinien in deren jeweils geltender Fassung verwiesen wird.

14 Greb, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 106 GWB, Randnummer 1.

15 Nachweise zu Verankerung in den entsprechenden Richtlinien bei Eichler, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Vergaberecht, 21. Edition (Stand: 31. Januar 2021), § 106 GWB, Randnummern 13, 17, 20 und 23.

16 Vollständige Zusammenstellung der aktuellen Schwellenwerte mit Nachweisen zu den jeweiligen Rechtsgrundlagen bei BMWi, Internetauftritt, Artikel: „Öffentliche Aufträge – Übersicht und Rechtsgrundlagen auf Bundesebene“, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/vergabe-uebersicht-und-rechtsgrundlagen.html>. Überblick zu den angepassten Schwellenwerten beim Ministerium der Finanzen des Landes Nordrhein-Westfalen, Internetportal „vergabe.NRW“, EU-Schwellenwerte ab 01.01.2022, Stand: 16. November 2021, abrufbar unter: <https://www.vergabe.nrw.de/wirtschaft/eu-schwellenwerte-ab-01012022>.

Auftragsart	Schwellenwert*
Öffentliche Bauaufträge	5 350 000 Euro (5 382 000 Euro)
Konzessionen	5 350 000 Euro (5 382 000 Euro)
Öffentliche Dienstleistungsaufträge betreffend soziale und andere besondere Dienstleistungen <sup>17</sup>	750 000 Euro
Öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit (EU-Richtlinie [RL] 2009/81 EG <sup>18</sup> ) und der „Sektoren“ (z. B. Wasser- und Energieversorgung [RL 2014/25/EU <sup>19</sup> ])	428 000 Euro (431 000 Euro)
Allgemeine öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge	214 000 Euro (215 000 Euro)
Allgemeine öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge für oberste, obere Bundesbehörden und vergleichbare Bundeseinrichtungen	139 000 Euro (140 000 Euro)

\*Klammerzusätze: Schwellenwerte ab 1. Januar 2022

Soweit das geschätzte Volumen der jeweiligen Auftragsart den betreffenden Schwellenwert erreicht oder überschreitet, wird auch vom sogenannten „**Oberschwellenbereich**“ gesprochen, bei

17 Etwa Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens oder im Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe. Vollständige Liste im Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (Abl. 2014 L 94 S. 65), zuletzt geändert durch Delegierte Verordnung (EU) 2019/1828 der Kommission vom 30. Oktober 2019 (Abl. 2019 L 279 S. 25), abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:32014L0024>.

18 Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 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 (Abl. 2009 L 216 S. 76), zuletzt geändert durch Delegierte Verordnung (EU) 2019/1830 der Kommission vom 30. Oktober 2019 (Abl. 2019 L 279 S. 29), abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02009L0081-20200101>.

19 Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG [„Sektorenrichtlinie“] (Abl. 2014 L 94 S. 243), zuletzt geändert durch Delegierte Verordnung (EU) 2019/1829 der Kommission vom 30. Oktober 2019 (Abl. 2019 L 279 S. 27), abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:02014L0025-20200101>.

dessen Unterschreiten vom „**Unterschwellenbereich**“.<sup>20</sup> Dabei entfallen **etwa 90 % aller Auftragsvergaben** dem Unterschwellenbereich.<sup>21</sup> Der Anteil des Unterschwellenbereichs am gesamten **Auftragsvolumen** liegt geschätzt bei **ca. 75 %**.<sup>22</sup>

### 3. Kartellvergaberecht

#### 3.1. Grundsätze

Bei Überschreitung des einschlägigen Schwellenwertes sind grundsätzlich die kartellvergaberechtlichen Regelungen der §§ 97 ff. GWB anwendbar. Deren aktuelle Ausgestaltung basiert maßgeblich auf der Vergaberechtsreform von 2016, die primär die RL 2014/24/EU (allgemeine Vergabe),<sup>23</sup> RL 2014/23/EU (Konzessionsvergabe)<sup>24</sup> und RL 2014/25/EU (Sektorenvergabe) umgesetzt hat.<sup>25</sup> Zentral für die Auftragsvergabe in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit ist hingegen weiter die RL 2009/81/EG, die ebenfalls im GWB in deutsches Recht überführt wurde.<sup>26</sup>

Die europarechtlichen Vorgaben haben dem Kartellvergaberecht umfangreiche Schutzzwecke beigefügt.<sup>27</sup> Nunmehr sind in § 97 GWB für den Oberschwellenbereich die „Grundsätze der Vergabe“ statuiert. Dort heißt es unter anderem:

„(1) <sup>1</sup>Öffentliche Aufträge und Konzessionen werden im **Wettbewerb** und im Wege **transparenter Verfahren** vergeben. <sup>2</sup>Dabei werden die Grundsätze der **Wirtschaftlichkeit** und der **Verhältnismäßigkeit** gewahrt.

20 Eichler, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Vergaberecht, 21. Edition (Stand: 31. Januar 2021), § 106 GWB, Randnummer 5.

21 BMWi, Monitoring-Bericht (Fußnote 1), S. 37. So auch schon Gabriel, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 82, Randnummer 2 mit weiteren Nachweisen.

22 BMWi, Monitoring-Bericht (Fußnote 1), S. 30.

23 Siehe bereits Fußnote 17.

24 Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. 2014 L 94 S. 1), zuletzt geändert durch Delegierte Verordnung (EU) 2019/1827 der Kommission vom 30. Oktober 2019 (ABl. 2019 L 279 S. 23), abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:02014L0023-20200101>.

25 Vergleiche Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG) vom 17. Februar 2016 (BGBl. 2016 I S. 203), abrufbar unter: [https://www.bgbli.de/xaver/bgbli/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBl&start=//%255B@attr\\_id=%27bgbli116s0203.pdf%27%255D#\\_bgbli\\_%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbli116s0203.pdf%27%5D\\_1634027039124](https://www.bgbli.de/xaver/bgbli/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//%255B@attr_id=%27bgbli116s0203.pdf%27%255D#_bgbli_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbli116s0203.pdf%27%5D_1634027039124). Siehe auch weitergehende Erläuterungen in Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, 16. Dezember 2015, Bundestagsdrucksache (BT-Drs.) 18/7086, S. 1, abrufbar unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/070/1807086.pdf>.

26 BT-Drs. 18/7086 (Fußnote 25), S. 1.

27 Ausführliche Nachzeichnung bei Dietlein/Fandrey, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht – Vergaberechtliche Vorschriften des GWB, 4. Auflage 2018, Einleitung, Randnummern 29 ff.

(2) Die **Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind gleich zu behandeln**, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet.

[...].“<sup>28</sup>

Hierdurch werden zentrale Maximen des Kartellvergaberechts festgeschrieben, nämlich der **Wettbewerbsgrundsatz**, der **Transparenzgrundsatz**, der **Gleichbehandlungsgrundsatz**, der **Wirtschaftlichkeitsgrundsatz** als auch der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**. Die Gesetzesbegründung zu dieser Norm hebt dabei insbesondere die Wettbewerbsgewährleistung und die Transparenz als zentral für eine **breite Wirtschaftsbeteiligung**, den **sparsamen, effizienten und effektiven Einsatz von öffentlichen Mitteln** und die **Korruptionsprävention** hervor.<sup>29</sup> Ihnen kommt eine Leitfunktion bei der weiteren Ausformung des Oberschwellenvergaberechts zu, insbesondere bei den auf dem GWB basierenden untergesetzlichen Verordnungen.<sup>30</sup> Schließlich spielen die Grundsätze auch eine gewichtige Rolle bei der **Auslegung** vergaberechtlicher Vorschriften.<sup>31</sup>

Über die beschriebenen Zwecke noch weiter hinaus gehen neuere Ansätze des Verständnisses der Vergabe als **Instrument für allgemeinpolitische Zwecke**. Im Sinne dieser weitergehenden Zielsetzung heißt es erstmals in dem 2009<sup>32</sup> eingeführten § 97 Abs. 3 GWB:

„(3) Bei der Vergabe werden Aspekte der Qualität und der Innovation sowie **soziale und umweltbezogene Aspekte** nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt.“<sup>33</sup>

Die von der EU auch unter den Oberbegriff „**strategische Beschaffung**“<sup>34</sup> gefassten Zwecke nehmen insofern eine Sonderstellung ein, als dass sie nicht, wie herkömmlich im Vergaberecht, die staatliche Marktmacht zu begrenzen versuchen. Stattdessen billigt die Norm die Nutzung einer solchen Machtposition zur Verfolgung von als wünschenswert erachteten Gemeinwohlzielen.

28 § 97 Abs. 1 und 2 GWB [Hervorhebungen diesseits].

29 Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), 8. Oktober 2015, BT-Drs. 18/6281, S. 67, abrufbar unter: <https://dserv.bundestag.de/btd/18/062/1806281.pdf>.

30 Weiner, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 1, Randnummer 5; Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 97 GWB, Randnummer 1. Vgl. zu den auf Basis des GWB erlassenen Verordnungen noch näher unter 3.3.3.

31 Aktuell Weiner, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 1, Randnummer 5. Siehe auch bereits Bundesgerichtshof (BGH), Beschluss vom 1. Dezember 2008 – X ZB 31/08 –, Randnummer 22 mit weiterem Rechtsprechungsnachweis (zitiert nach juris).

32 Vergleiche den gemäß Art. 1 Abs. 2 Buchstabe a) des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009 (BGBl. 2009 I S. 790) eingeführten § 97 Abs. 4 Satz 2, 3 GWB alte Fassung, abrufbar unter: [https://www.bgbli.de/xaver/bgbli/start.xav?start=/%2A%5B%40attr\\_id=%27bgbli109s0790.pdf%27%5D%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbli109s0790.pdf%27%5D\\_1634027486758](https://www.bgbli.de/xaver/bgbli/start.xav?start=/%2A%5B%40attr_id=%27bgbli109s0790.pdf%27%5D%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbli109s0790.pdf%27%5D_1634027486758).

33 § 97 Abs. 3 GWB [Hervorhebungen diesseits].

34 RL 2014/24/EU (Fußnote 23), Erwägungsgrund 123.

Konkrete diesbezügliche Möglichkeiten und Pflichten für Beschaffungsstellen ergeben sich allerdings erst aus den hierauf basierenden **vergaberechtlichen Einzelvorschriften**.<sup>35</sup>

Wiederum hiervon zu unterscheiden ist der ebenfalls in § 97 GWB aufgeführte Zweck der **Mittelstandsförderung**:

„(4) <sup>1</sup>Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen.“<sup>36</sup>

### 3.2. Rechtsschutz

Zudem sollten im traditionellen Haushaltsvergaberecht einzelne Bieterparteien aus einer Verletzung der (haushalts-)vergaberechtlichen Grundsätze grundsätzlich keine Rechte ableiten können.<sup>37</sup> Das Vergaberecht des GWB weicht auch hiervon ab, indem es ein „konstitutiv wirkendes **subjektives Recht** auf Einhaltung der Bestimmungen des Vergabeverfahrens“<sup>38</sup> gewährt. Ein subjektives Recht bedeutet allgemein, dass der durch dieses Begünstigte einen Rechtsanspruch auf ein bestimmtes Tun oder Unterlassen erhält, der notfalls gerichtlich durchsetzbar ist.<sup>39</sup> § 97 Abs. 6 GWB sieht entsprechend vor:

„(6) Unternehmen haben **Anspruch** darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden.“<sup>40</sup>

Dabei sind nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und juristischer Literatur nicht alle Bestimmungen über das Vergabeverfahren justizierbar, sondern nur diejenigen, die dem **Schutz der am Erhalt des Auftrags oder der Konzession Interessierten** dienen.<sup>41</sup> Dies ist für jede Vorschrift einzeln zu prüfen.<sup>42</sup> Der ebenfalls leicht misszuverstehende Wortlaut „Unternehmen“ ist

35 Überblick zu den Einzelvorschriften bei Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021, § 97 GWB, Randnummer 138. Vgl. für einen Anwendungsfall der strategischen Beschaffung bereits Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, „Bio-Regionalität“ in der Gemeinschaftsverpflegung – Verankerung im Vergabeverfahren, Ausarbeitung vom 18. Juni 2021, WD 7 - 3000 - 064/21, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/852838/3a01bfb5f0c3dc8f42f564e9079f1742/WD-7-064-21-pdf-data.pdf>.

36 § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB [Hervorhebungen diesseits].

37 Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz - VgRÄG), 3. Dezember 1997, BT-Drs. 13/9340, S. 12, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/13/093/1309340.pdf>.

38 BT-Drs. 18/6281 (Fußnote 29), S. 69 [Hervorhebungen diesseits].

39 Weber, in: Creifelds, Rechtswörterbuch, 26. Edition 2021, Stichwort: „Subjektives öffentliches Recht“.

40 § 97 Abs. 6 GWB [Hervorhebungen diesseits].

41 Vgl. statt vieler Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 97 GWB, Randnummer 110 mit Rechtsprechungsnachweisen. Siehe auch bereits Entwurfsbegründung einer früheren Fassung von § 97 Abs. 6 GWB (BT-Drs. 13/9340 [Fußnote 37], S. 14).

42 Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 97 GWB, Randnummer 112.

im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben im Vergaberecht funktional auszulegen.<sup>43</sup> Erfasst sind **alle Teilnehmer am wirtschaftlichen Verkehr**, gleich ihrer Rechtsform, Struktur oder Absicht.<sup>44</sup>

Unbeschadet der Prüfungsmöglichkeiten von Aufsichtsbehörden erfolgt die unmittelbare gerichtliche Durchsetzung der subjektiven Rechte der Unternehmen in einem **zweistufigen Nachprüfungsverfahren** (§§ 155 ff. GWB). Hierbei handelt es sich um einen **besonderen Rechtsweg**, der sich in seiner Ausgestaltung vom zivil- und verwaltungsgerichtlichen Instanzenzug unterscheidet: **Erstinstanzlich** zuständig sind die **Vergabekammern**. Dies sind keine Gerichte im eigentlichen Sinn, sondern gerichtsähnliche Spruchkörper in Verwaltungsbehörden.<sup>45</sup> In Bezug auf Vergaben des Bundes sind dies die beiden Vergabekammern des Bundes beim Bundeskartellamt mit Sitz in Bonn, für Vergaben der Länder die Vergabekammern der einzelnen Länder.<sup>46</sup> Die eine oder die mehreren Vergabekammern der Länder sind dabei je nach landesinterner Organisation meist unmittelbar oder mittelbar bei der Landesregierung angesiedelt.<sup>47</sup> Gegen Entscheidungen der Vergabekammern ist in **zweiter Instanz** die sofortige Beschwerde vor den **Vergabesenaten** der jeweils örtlich zuständigen Oberlandesgerichte (OLG) statthaft.<sup>48</sup> Beschwerdeinstanz der Vergabekammern des Bundes ist das OLG Düsseldorf.<sup>49</sup> In bestimmten Fällen sich widersprechender Rechtsprechung der Oberlandesgerichte untereinander bzw. von einem Oberlandesgericht mit der des Bundesgerichtshofs (BGH) kann anstatt der Oberlandesgerichte zweitinstanzlich der BGH zur Entscheidung berufen sein.<sup>50</sup>

Soweit das Rechtsschutzbegehren nicht auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet ist (**Primärrechtsschutz**), sondern auf den Ersatz eines eventuell hierdurch entstandenen Schaden (**Sekundärrechtsschutz**), ist wie auch sonst die ordentliche Gerichtsbarkeit, konkret die Zivilgerichtsbarkeit zuständig.<sup>51</sup> Dies gilt auch für die speziellen

43 Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 103 GWB, Randnummer 65. Der Unternehmensbegriff in § 97 Abs. 6 GWB ist mit demjenigen aus § 103 GWB identisch (ebenda, § 97 GWB, Randnummer 109).

44 Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 103 GWB, Randnummer 65 mit weiteren Nachweisen.

45 Formulierung in Anlehnung an Neun, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 40, Randnummer 8.

46 Vgl. nähere Regelungen zu etwa der Zuständigkeit und Besetzung von Vergabekammern in §§ 156 bis 159 GWB.

47 Übersicht bei Bundeskartellamt, Internetauftritt, Artikel: „Vergabekammern der Länder“, abrufbar unter: [https://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/LinksundAdressen/Vergabekammern\\_der\\_L%C3%A4nder/Ver gabekammern\\_artikel.html](https://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/LinksundAdressen/Vergabekammern_der_L%C3%A4nder/Ver gabekammern_artikel.html).

48 § 171 Abs. 1 und 3 GWB.

49 Neun, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 40, Randnummer 25.

50 § 179 Abs. 2 GWB.

51 § 156 Abs. 2 und 3 GWB. Vgl. zur ordentlichen Gerichtsbarkeit näher Groh, in: Creifelds, Rechtswörterbuch, 26. Edition 2021, Stichwort: „Ordentliche Gerichtsbarkeit“.

vergaberechtseigenen Schadensersatzansprüche aus § 180 GWB (Schadensersatz bei Rechtsmissbrauch) und § 181 GWB (Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens).<sup>52</sup>

### 3.3. Anwendungsbereich und Systematik

Wie sich aus der bereits unter 3.1. zitierten Grundnorm des Kartellvergaberechts, 97 Abs. 1 GWB, ergibt, ist das Kartellvergaberecht nur bei der Vergabe von „**öffentlichen Aufträgen und Konzessionen**“ anwendbar.<sup>53</sup>

#### 3.3.1. Öffentliche Aufträge

##### 3.3.1.1. Sachlicher Anwendungsbereich

**Öffentliche Aufträge** definiert das GWB in § 103 Abs. 1 GWB:

„Öffentliche Aufträge sind **entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenaufraggebern und Unternehmen** über die Beschaffung von Leistungen, die die **Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen** zum Gegenstand haben.“<sup>54</sup>

Hierbei handelt es sich um rein **objektive Kriterien**.<sup>55</sup> Ob der Auftraggeber rechtsirrig davon ausgeht, dass es sich bei dem beabsichtigten Vertrag um einen öffentlichen Auftrag handelt oder sich **freiwillig** an das Vergaberecht binden will und deshalb ein Vergabeverfahren unter Einhaltung der vergaberechtlichen Anforderungen durchgeführt („Selbstbindung“), ist demgegenüber unerheblich.<sup>56</sup>

Im Zuge der objektiven Beurteilung können sich etwa unter dem Merkmal der „Entgeltlichkeit“ Abgrenzungsprobleme in Vergleich zu zweckgerichteten **staatlichen Zuwendungen** ergeben. Entgeltlich meint in diesem Zusammenhang die **Entstehung eines gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnisses bei der Beschaffung** („Synallagma“) durch jeweils aufeinander bezogene Leistungsverpflichten.<sup>57</sup> Bei den sich nach dem Haushaltrecht richtenden staatlichen Zuwendungen muss

52 Stockmann, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021, § 156 GWB, Randnummer 30.

53 Auf die Sonderkonstellationen der „Rahmenvereinbarungen“ (§ 103 Abs. 5 GWB) und „Wettbewerbe“ (§ 103 Abs. 6 GWB), die dem Kartellvergaberecht ebenfalls unterfallen, wird vorliegend nicht näher eingegangen.

54 § 103 Abs. 1 GWB [Hervorhebungen diesseits].

55 Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 103 GWB, Randnummer 7.

56 Ebenda unter Bezugnahme auf Oberlandesgericht (OLG) des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 17. Juni 2016 – 7 Verg 2/16 –. Vgl. auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 12. August 2002 – 2 Verg 9/02 –, Randnummern 25 ff. Andere Ansicht wohl Vergabekammer bei der Bezirksregierung Lüneburg, Beschluss vom 22. November 2011 – VgK-51/2011 –, Randnummer 77 (alle zitiert nach juris).

57 Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021, § 103 GWB, Randnummer 41. Vgl. zum Begriff „Synallagma“, Schmidt, in: Creifelds, Rechtswörterbuch, 26. Edition 2021, Stichwort: „Gegenseitiger Vertrag“.

---

der Zuwendungsempfänger dagegen **keine Gegenleistung** für den Erhalt der Zuwendungen erbringen.<sup>58</sup>

„Beschaffung“ meint daneben gemäß der Definition **nicht den Erhalt irgendeiner Gegenleistung**, sondern konkret Warenlieferungen („Lieferaufträge“<sup>59</sup>), die Ausführung von Bauleistungen („Bauaufträge“<sup>60</sup>) oder die Erbringung von Dienstleistungen („Dienstleistungsaufträge“<sup>61</sup>). An einem solchen „**Beschaffungszweck**“<sup>62</sup> fehlt es regelmäßig etwa bei der Veräußerung von Gütern.<sup>63</sup>

Einen Spezialfall mit eigenem Regelungsregime stellen die „**Verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträge**“ (§ 104 GWB) dar, vor allem relevant im militärischen Bereich. Dort gelten die **§§ 144 ff. GWB**. Nähere Informationen zur Vergabe mit militärischem Bezug finden sich in einem bereits veröffentlichten Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste.<sup>64</sup>

### 3.3.1.2. Persönlicher Anwendungsbereich

In Bezug auf den **persönlichen Anwendungsbereich** der öffentlichen Aufträge bestimmt das GWB auch die in der gesetzlichen Definition auftauchenden Auftraggebergruppen der „öffentlichen Auftraggeber“<sup>65</sup> und der „Sektorenauftraggeber“<sup>66</sup>. Öffentliche Auftraggeber, Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber bilden im Übrigen zusammen die übergeordnete Gruppe der „Auftraggeber“.<sup>67</sup>

**Öffentliche Auftraggeber** (§ 99 GWB) sind zusammengefasst zum einen Gebietskörperschaften (Bund, Länder und Gemeinden oder deren Zweckverbände), zum anderen juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts oder Verbände hiervon, die entweder staatlich beherrscht

---

58 Vgl. §§ 23, 44 BHO in Verbindung mit § 23 Nr. 1.2.4 Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsoordnung (VV-BHO), abrufbar unter: [https://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund\\_14032001\\_DokNr20110981762.htm](https://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_14032001_DokNr20110981762.htm)

59 Vgl. nähere Definition in § 103 Abs. 2 GWB.

60 Vgl. nähere Definition in § 103 Abs. 3 GWB.

61 Vgl. nähere Definition in § 103 Abs. 4 GWB.

62 Begriff etwa bei Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 103 GWB, Randnummern 44 ff.

63 Näher hierzu Fandrey, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 4, Randnummern 37 ff.

64 Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Die Teilnahme ausländischer Unternehmen an Vergabeverfahren mit militärischem Bezug – Rechtliche Einschränkungen in Bezug auf Geheimhaltungsinteressen, Ausarbeitung vom 7. September 2020, WD 7 - 3000 - 097/20, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/re-source/blob/799240/d60d2cff78947f36e2dbc9ccc5d9c597/WD-7-097-20-pdf-data.pdf>.

65 § 99 GWB.

66 § 100 GWB.

67 § 98 GWB.

sind oder überwiegend staatlich finanziert werden.<sup>68</sup> Auch andere Personen, die bestimmte Bau- und Dienstleistungen in Bezug auf Einrichtungen im öffentlichen Interesse erbringen (z. B. Krankenhäuser oder Schulgebäude) und hierfür von öffentlichen Auftraggebern Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 Prozent subventioniert werden, fallen unter den öffentlichen Auftraggeberbegriff.<sup>69</sup>

**Sektorenauftraggeber** (§ 100 GWB) sind daneben Auftraggeber, die eine der in § 102 GWB näher beschriebenen Sektorentätigkeiten (speziell in den Bereichen Wasser, Elektrizität, Gas und Wärme, Verkehrsleistungen<sup>70</sup>, Häfen und Flughäfen oder fossile Brennstoffe) ausüben und – falls nicht ohnehin selbst öffentliche Auftraggeber – in besonderer Beziehung zu öffentlichen Auftraggebern stehen oder ihre Tätigkeit auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen, von einer Behörde gewährten Rechten ausüben.<sup>71</sup> Sie werden gesondert neben öffentlichen Auftraggebern aufgeführt, um insbesondere vergaberechtliche Regeln auch auf **nicht-öffentliche Auftraggeber**, die in besonders gemeinwohlsensiblen und zur Marktabschottung neigenden Sektoren tätig sind, anwenden zu können.<sup>72</sup> Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber gelten die Spezialregelungen der **§§ 136 ff. GWB**.

### 3.3.2. Konzessionen

Daneben kennt das Kartellvergaberecht noch die besondere Auftraggebergruppe der **Konzessionsgeber**. Das sind öffentliche oder Sektorenauftraggeber, die eine Konzession vergeben.<sup>73</sup> **Konzessionen** nach § 105 GWB sind im Wesentlichen entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragen (Baukonzessionen) oder mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen beauftragen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen bestehen (Dienstleistungskonzessionen).<sup>74</sup> In Abgrenzung zur Vergabe öffentlicher Aufträge besteht die Gegenleistung nicht (alleine)

68 Vereinfachte Definition im Wesentlichen übernommen von Grützner/Jakob, in: Grützner/Jakob, Compliance von A – Z, 2. Auflage 2015, Stichwort: „Öffentliche Auftraggeber“.

69 § 99 Nr. 4 GWB.

70 Im Bereich der öffentlichen Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße geht gegebenenfalls die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vor, aktuelle Fassung abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02007R1370-20171224>.

71 Definition im Wesentlichen übernommen von Cassardt, in: Creifelds, Rechtswörterbuch, 26. Edition 2021, Stichwort: „Öffentliche Aufträge“.

72 Burgi, Vergaberecht – Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung, 3. Auflage 2021, § 23, Randnummer 2.

73 § 101 GWB.

74 Ausführliche Definition in § 105 GWB.

in der Zahlung eines Entgelts, sondern im **Erwerb des Nutzungsrechts** der Bauleistung bzw. Verwertungsrecht der Dienstleistung.<sup>75</sup> Zudem geht bei Konzessionen das **Betriebsrisiko** für die Nutzung des Bauwerks oder für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer über.<sup>76</sup> Besonderheiten bei der Vergabe von Konzessionen ergeben sich aus den **§§ 148 ff. GWB**.

Die Behandlung von **Mischformen** zwischen öffentlichen Aufträgen und Konzessionen richtet sich nach den **§§ 110 ff. GWB**.

### 3.3.3. Konkretisierende Rechtsverordnungen

§ 113 GWB ermächtigt die Bundesregierung, durch **Rechtsverordnungen** mit Zustimmung des Bundesrates die Einzelheiten zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen zu regeln.<sup>77</sup> Auf dieser Ermächtigungsgrundlage basieren mehrere Rechtsverordnungen mit näheren Regelungen:<sup>78</sup> Einzelheiten zur Vergabe von öffentlichen **Liefer- und Dienstleistungsaufträgen** bestimmt die **Vergabeverordnung (VgV)**<sup>79</sup>. Bei Vergaben im Sektorenbereich gilt im Weiteren die **Sektorenverordnung (SektVO)**<sup>80</sup>. Das Konzessionsvergabeverfahren ist in der **Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV)**<sup>81</sup> näher ausgestaltet. Für verteidigungs- oder sicherheitsspezifische **Liefer- und Dienstleistungen** gilt daneben die **Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV)**<sup>82</sup>.

Für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber als **Bauleistungen** hat der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) – ein Gremium aller

75 § 105 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 2 und Nr. 2 Halbsatz 2 GWB.

76 § 105 Abs. 2 Satz 1 GWB.

77 § 113 Abs. 1 Satz 1 GWB.

78 Nachweise im Einzelnen bei Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021, § 113 GWB, Randnummern 6 f.

79 Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 9. Juni 2021 (BGBl. I S. 1691) geändert worden ist, abrufbar unter: [https://www.gesetze-im-internet.de/vgv\\_2016/](https://www.gesetze-im-internet.de/vgv_2016/).

80 Sektorenverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624, 657), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 9. Juni 2021 (BGBl. I S. 1691) geändert worden ist, abrufbar unter: [https://www.gesetze-im-internet.de/sektvo\\_2016/](https://www.gesetze-im-internet.de/sektvo_2016/).

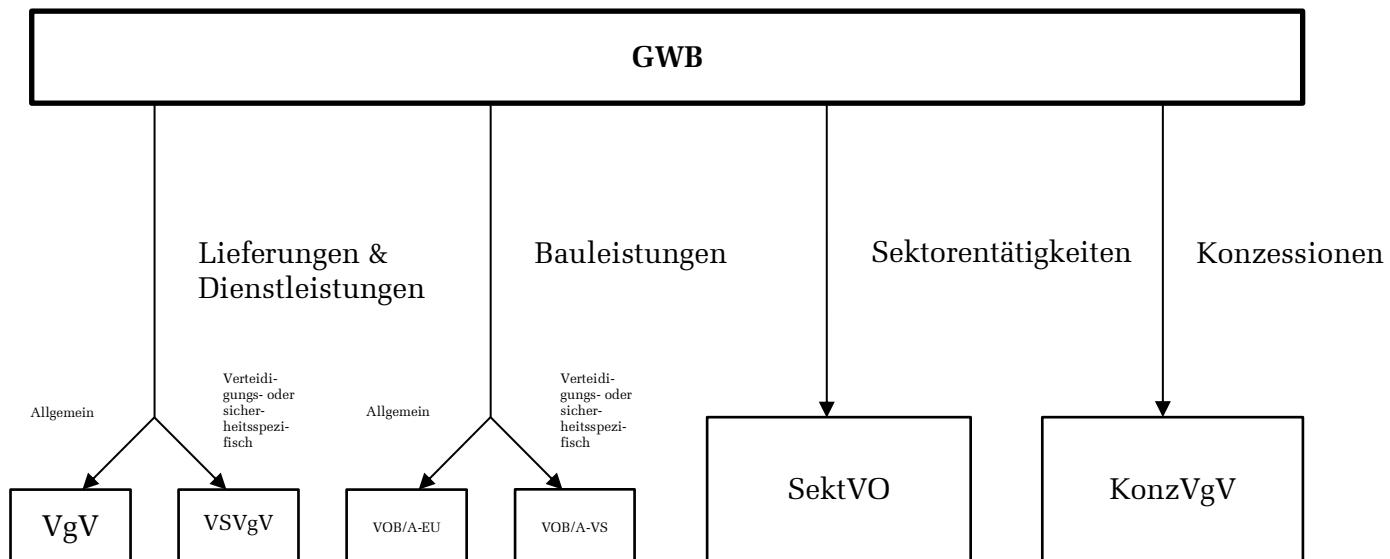
81 Konzessionsvergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. 2016 I S. 624, 683), die zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 10. Juli 2018 (BGBl. 2018 I S. 1117) geändert worden ist, abrufbar unter: <http://www.gesetze-im-internet.de/konzvgv/>.

82 Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit vom 12. Juli 2012 (BGBl. I S. 1509), die zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 12. November 2020 (BGBl. I S. 2392) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/vsvgv/>.

wichtigen öffentlichen Bauauftraggeber und Spitzenorganisationen der Wirtschaft und der Technik<sup>83</sup> – mit der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) Spezialregelungen ausgearbeitet.<sup>84</sup> Durch einen entsprechenden Verweis in VgV und VSVgV gehen für die Vergabe von allgemeinen Bauaufträgen durch öffentliche Auftraggeber der **Abschnitt 2 der VOB/A (VOB/A-EU)**<sup>85</sup> und bei verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Bauaufträgen **Abschnitt 3 der VOB/A (VOB/A-VS)**<sup>86</sup> jeweils **teilweise** vor.<sup>87</sup> Durch die statische Verweisung auf die verschiedenen Abschnitte der VOB/A erhalten diese insoweit selbst den Rang einer **Rechtsverordnung des Bundes**.<sup>88</sup> Die VOB/A wird für die Vergabepraxis des Bundes durch das **Vergabe- und Vertragshandbuch für die Baumaßnahmen des Bundes (VHB)**<sup>89</sup> des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat (BMI) mittels Formblättern und Richtlinien ergänzt.<sup>90</sup>

Die komplexe Regelungsstruktur des Kartellvergaberechts lässt sich wie folgt auch – vereinfacht – grafisch darstellen:

- 
- 83 Näher BMI, Internetauftritt, Artikel: „Bauauftragsvergabe“, abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/bauen-wohnen/bauen/bauwesen/bauauftragsvergabe/bauauftragsvergabe-artikel.html>.
- 84 BMI, Bekanntmachung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) – Ausgabe 2019 –, 31. Januar 2019, BAnz AT 19. Februar 2019 B2, S. 1, abrufbar unter: <https://www.bundesanzeiger.de/pub/publication/6rfv3CSFBPsvWR5ErQ/content/6rfv3CSFBPsvWR5ErQ/BAnz%20AT%2019.02.2019%20B2.pdf?inline>.
- 85 Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen – Abschnitt 2 – Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU (VOB/A-EU), Ausgabe 2019, 31. Januar 2019, BAnz AT 19. Februar 2019 B2, abrufbar unter: [http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvvbund\\_31012019\\_BWI781063060120180001604634.htm](http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvvbund_31012019_BWI781063060120180001604634.htm).
- 86 Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen – Abschnitt 3 – Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/81/EG (VOB/A-VS), 31. Januar 2019, Ausgabe 2019, BAnz AT 19. Februar 2019 B2, abrufbar unter Verweis in Fußnote 85.
- 87 Vgl. § 2 VgV und § 2 Abs. 2 VSVgV.
- 88 Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021, § 113 GWB, Randnummer 7.
- 89 BMI, Vergabe- und Vertragshandbuch für die Baumaßnahmen des Bundes (VHB 2017), Stand 2019, abrufbar unter: <https://www.fib-bund.de/Inhalt/Vergabe/VHB/>.
- 90 BMI, Internetauftritt, Artikel: „Bauauftragsvergabe“, abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/bauen-wohnen/bauen/bauwesen/bauauftragsvergabe/bauauftragsvergabe-artikel.html>.



### 3.4. Ausnahmen vom Anwendungsbereich

Das Kartellvergaberecht enthält verschiedene Regelungen, die Ausnahmen von seinem Anwendungsbereich festlegen.

#### 3.4.1. Allgemeine Ausnahmetatbestände

In §§ 107 bis 109 GWB finden sich **allgemeine Ausnahmetatbestände vom GWB-Vergaberecht für alle Vergabarten**.<sup>91</sup> Diese sind **abschließend** und **eng auszulegen**.<sup>92</sup>

##### 3.4.1.1. Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit („Inhouse-Geschäft“)

Die wohl bedeutendste Ausnahme stellt die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit („**Inhouse-Geschäft**“) dar, § 108 GWB. Denn ausgehend vom weiten, funktionalen Unternehmensbegriff im Kartellvergaberecht (siehe bereits unter 3.13.2.) unterfällt auch die Vergabe von öffentlichen Aufträgen oder Konzessionen durch öffentliche Auftrag- bzw. Konzessionsgeber an rechtlich selbstständige Hoheitsträger prinzipiell dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts.

§ 108 GWB befreit verschiedene Formen der Zusammenarbeit zwischen verschiedenen Hoheitsträgern von der Einhaltung des Kartellvergaberechts: § 108 Abs. 1, 2, 4 und 5 GWB betreffen – vereinfacht – Fälle, in denen Aufträge zwar nicht innerhalb eines Verwaltungsrechtsträgers, sondern von diesem alleine oder unter Mitbeteiligung anderer öffentlicher Auftraggeber an eine andere juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts vergeben werden, letztere aber faktisch in einem ähnlichen Abhängigkeitsverhältnis zum Auftraggeber bzw. den Auftraggebern

<sup>91</sup> Reichling, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 82, Randnummer 2 mit weiteren Nachweisen.

<sup>92</sup> Ebenda, § 2, Randnummer 34 mit Rechtsprechungsnachweisen.

steht wie eine eigene untergeordnete Dienststelle.<sup>93</sup> Die gleiche Befreiung vom Kartellvergaberecht gilt gemäß § 108 Abs. 3 Satz 1 GWB zusammengefasst für die Auftragsvergabe eines öffentlichen Auftraggebers an den ihn kontrollierenden, hier auftragnehmenden öffentlichen Auftraggeber oder an eine von letzterem kontrollierte andere juristische Person.<sup>94</sup> Ersteres kann etwa bei der Auftragsvergabe von Tochter- an Muttergesellschaften der Fall sein, letzteres bei der Auftragsvergabe zwischen Schwestergesellschaften.<sup>95</sup>

Schließlich stellt § 108 Abs. 6 GWB die Leistungsbeziehungen zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern ohne Bestehen eines Über- oder Unterordnungsverhältnisses unter den dort näher aufgeführten Voraussetzungen von den Anforderungen des Kartellvergaberechts frei („**In-State-Geschäft**“).<sup>96</sup> Ein Praxisbeispiel ist etwa die gemeinsame Erfüllung kommunaler Aufgaben durch zwei oder mehrere Gebietskörperschaften im Wege der interkommunalen Zusammenarbeit auf vertraglicher Grundlage.<sup>97</sup>

#### 3.4.1.2. Weitere Ausnahmetatbestände

Nach § 107 Abs. 1 GWB unterfallen zudem nicht dem Vergaberecht:

- Schiedsgerichts- und Schlichtungsdienstleistungen,<sup>98</sup>
- der Erwerb, die Miete oder die Pacht von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichem Vermögen sowie Rechten daran, ungeachtet ihrer Finanzierung,<sup>99</sup>
- Arbeitsverträge,<sup>100</sup>
- grundsätzlich Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen.<sup>101</sup>

93 Ebenda, Randnummern 10 f.

94 Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021, § 108 GWB, Randnummern 48 ff.

95 König, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 6, Randnummer 45.

96 Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021, § 108 GWB, Randnummer 70; Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 108 GWB, Randnummern 72 ff.

97 Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021, § 108 GWB, Randnummer 65.

98 § 107 Abs. 1 Nr. 1 GWB.

99 § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

100 § 107 Abs. 1 Nr. 3 GWB.

101 Vgl. näher § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB.

---

Des Weiteren bestehen nach § 109 Abs. 1 GWB Ausnahmen für Vergaben auf der Grundlage bestimmter internationaler (völkerrechtlicher) Verfahrensregeln.

### 3.4.2. Spezielle Ausnahmetatbestände

Daneben bestimmen die §§ 116 f. GWB zusätzliche Ausnahmen von der Anwendung des Kartellvergaberechts bei der Vergabe von **öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber**.<sup>102</sup> Beispiele sind etwa **verschiedene Rechts-, Medien- oder Finanzdienstleistungen**.

Grundsätzlich gelten diese speziellen Ausnahmen **nicht** für Konzessionen oder Sektorentätigkeiten.<sup>103</sup> In den für letztere geltenden Vergabarten geltenden Sonderregelungen (§§ 136 ff. und §§ 148 ff. GWB) sind eigene Ausnahmetatbestände geregelt, die wiederum teilweise auf § 116 GWB rückverweisen.<sup>104</sup>

### 3.4.3. Sondersystematik im Bereich der Verteidigung und Sicherheit

Vergaben im Bereich der Verteidigung und Sicherheit weisen im Vergleich zu den bereits behandelten Ausnahmen eine **eigene Systematik** auf. Für den unter 3.3.1.1. bereits benannten Verteidigungs- oder Sicherheitsspezifischen öffentlichen Auftrag (§ 104 GWB) als Spezialfall des öffentlichen Auftrags sind im Rahmen des ihn besonders regelnden Unterabschnitts (§§ 144 ff. GWB) zuerst die in § 145 GWB aufgelisteten Ausnahmen zu beachten. Für öffentliche Aufträge von öffentlichen Auftraggebern, die zwar Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfassen, ohne aber Verteidigungs- oder Sicherheitsspezifische Aufträge zu sein, gelten die Ausnahmen des § 117 GWB. Für Konzessionen in den Bereichen der Verteidigung und Sicherheit kommen die besonderen Ausnahmen aus § 150 GWB hinzu.

Ungeachtet der Verteidigungs- und Sicherheitsspezifität im Sinne von § 104 GWB gilt für alle öffentlichen Aufträge und Konzessionen zudem der allgemeine Ausschlussgrund vom Kartellvergaberecht zur **Wahrung wesentlicher staatlicher Sicherheitsinteressen**, § 107 Abs. 2 GWB.

Bei der komplexen Regelungsstruktur ist zu berücksichtigen, dass sich insbesondere im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich Ausnahmegründe teilweise **überschneiden**.<sup>105</sup> Eine nähere Darstellung der Thematik findet sich in einem bereits veröffentlichten Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste.<sup>106</sup>

---

102 § 116 GWB.

103 BT-Drs. 18/6281 (Fußnote 29), S. 92.

104 Siehe insbesondere § 137 und § 149 GWB.

105 Vgl. etwa den Wortlaut von § 107 Abs. 2 Nr. 1, § 117 Nr. 1 und § 150 Nr. 1 GWB.

106 Siehe bereits Fußnote 64.

## 4. Haushaltsvergaberecht

### 4.1. Grundsätze und Rechtsschutz

Ausgangspunkt des für den Unterschwellenbereich weiter maßgeblichen Haushaltsvergaberechts ist der für Bund und Länder gleichsam geltende § 30 Satz 1 Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG).<sup>107</sup> Hiernach müssen dem **Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen verschiedenartige „Ausschreibungen“ vorausgehen**, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen.<sup>108</sup>

Die Verankerung im Haushaltsrecht zeigt die **Betonung der Haushaltsdisziplin** im Unterschwellenbereich, während das Kartellvergaberecht auch weiteren Zwecken dient.<sup>109</sup> Es gelten die allgemeinen haushälterischen Grundsätze der **Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit**.<sup>110</sup> Auch im Haushaltsvergaberecht ist jedoch stets der **Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG** zu berücksichtigen; insbesondere dürfen staatliche Stellen nicht willkürlich handeln.<sup>111</sup> Falls an dem Auftrag trotz des Nichterreichens der EU-Schwellenwerte ein „eindeutig grenzüberschreitendes Interesse“ besteht, fordert der Europäische Gerichtshof (EuGH) auch in diesen Fällen in ständiger Rechtsprechung die **Berücksichtigung der Grundfreiheiten** der EU-Verträge sowie die daraus folgenden **Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz**.<sup>112</sup>

Anders als im Kartellvergaberecht (3.1.) können Dritte aus haushaltsvergaberechtlichen Regelungen **keine subjektiven Rechte** ableiten.<sup>113</sup> Entsprechend können unterlegene Bieter die Rechtmäßigkeit von Vergaben im Wege des Primärrechtsschutzes **nicht** gerichtlich überprüfen lassen.<sup>114</sup> Unter Umständen können jedoch Dritte über die **Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes durch die Zivilgerichte** die Zuschlagserteilung vorläufig verhindern, wobei Einzelheiten in Rechtswissenschaft und gerichtlicher Praxis stark umstritten sind.<sup>115</sup> Auch der Zuspruch zivilrechtlichen

107 Haushaltsgrundsätzegesetz vom 19. August 1969 (BGBl. 1969 I S. 1273), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 14. August 2017 (BGBl. 2017 I S. 3122) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/hgrg/>.

108 Die Geltung des HGrG in den Ländern ergibt sich aus § 1 HGrG. Der Erlass gemeinsamer Grundsätze für das Haushaltsrecht in Bund und Ländern beruht auf Art. 109 Abs. 4 Grundgesetz (GG), vgl. Mertens, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 87, Randnummer 1.

109 BT-Drs. 13/9340 (Fußnote 37), S. 12.

110 § 6 Abs. 1 HGrG.

111 Ausführlich Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss vom 13. Juni 2006 – 1 BvR 1160/03 –, Randnummern 64 ff. (zitiert nach juris).

112 Zuletzt EuGH, Urteil vom 4. April 2019 – C-699/17 –, Randnummer 49 mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen (zitiert nach juris).

113 Burgi (Fußnote 72), § 26, Randnummer 1.

114 Ebenda.

115 Vgl. ausführlich ebenda, Randnummern 12 ff.

---

Schadensersatzes im Wege des Sekundärrechtschutzes nach rechtswidriger Nichtberücksichtigung ist nicht von vornherein ausgeschlossen.<sup>116</sup>

#### 4.2. Anwendungsbereich und Systematik

Im Haushaltsvergaberecht des Bundes gilt über das HGrG hinaus konkretisierend § 55 Abs. 1 Satz 1 der Bundeshaushaltssordnung (BHO).<sup>117</sup> Danach muss – gleichlautend wie in § 30 Satz 1 HGrG – dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine Form der „Ausschreibung“ vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen.<sup>118</sup>

§ 55 BHO verpflichtet zuvorderst die öffentlich-rechtlich verfassten Stellen, die an die bundeshaushaltssrechtlichen Bestimmungen gebunden sind („**öffentlicht-rechtliche Haushaltsträger**“<sup>119</sup>).<sup>120</sup> Die Länder haben im Rahmen ihrer Haushaltssouveränität (Art. 109 Abs. 1 Grundgesetz [GG]<sup>121</sup>) weitestgehend eigene haushaltsvergaberechtliche Regelungen für die ihnen unterstehenden Haushaltsträger getroffen. Eine vertiefte landesrechtliche Betrachtung kann im Rahmen des Zuständigkeitsbereichs der Wissenschaftlichen Dienste jedoch nicht erfolgen.<sup>122</sup>

§ 55 BHO bindet die öffentlich-rechtlichen Haushaltsträger nur bei **haushaltsrelevanten Handlungen**.<sup>123</sup> Dafür müssen Leistungen des Unternehmers zumindest teilweise aus Haushaltssmitteln **vergütet** werden.<sup>124</sup> Hieran kann es beispielsweise bei Dienstleistungskonzessionen fehlen.<sup>125</sup>

---

116 Ausführlich Mertens, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 89, Randnummern 23 ff.

117 Bundeshaushaltssordnung vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284), die zuletzt durch Artikel 21 des Gesetzes vom 20. August 2021 (BGBl. I S. 3932) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/bho/>.

118 § 55 Abs. 1 Satz 1 BHO.

119 Begriff bei Butler, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 11, Randnummer 6.

120 Vgl. näher Groß, in: Gröpl, Bundeshaushaltssordnung/Landeshaushaltssordnungen, 2. Auflage 2019, § 55 BHO, Randnummer 38; Pache, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 55 BHO, Randnummern 87 ff.

121 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 und 2 Satz 2 des Gesetzes vom 29. September 2020 (BGBl. 2020 I S. 2048) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/>.

122 Überblick über die entsprechenden Regelungen in den Landeshaushaltssordnungen bei Pache, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 55 BHO.

123 Ebenda, Randnummer 103; Siegel, Die Konzessionsvergabe im Unterschwellenbereich, Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 2019, S. 353.

124 Im Ergebnis Siegel (Fußnote 123), S. 353 f.

125 Pache, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 55 BHO, Randnummer 103.

Gemäß § 55 Abs. 2 BHO hat das Verfahren beim Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen nach „**einheitlichen Richtlinien**“ abzulaufen. Die hierzu erlassenen Einzelheiten des haushaltrechtlichen Vergabeverfahrens des Bundes ergeben sich anders als beim Kartellvergaberecht **nicht** aus allgemeinverbindlichen **Rechtsverordnungen**, **sondern** aus speziellen, unmittelbar lediglich verwaltungsintern wirkenden **Verwaltungsvorschriften**. Deren Geltung sehen die vom Bundesministerium der Finanzen (BMF) herausgegebenen allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur BHO (VV-BHO)<sup>126</sup> vor.<sup>127</sup> Bei der Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge ist die Verwaltungsvorschrift der **Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)**<sup>128</sup> maßgeblich; bei der Vergabe von Bauleistungen ist dies entsprechend der **Abschnitt 1 der VOB/A (VOB/A-BHO**<sup>129</sup>), ergänzt durch das **VHB**<sup>130</sup>. Trotz prinzipiell eigener Rechtssetzungskompetenz haben sich auch viele Länder für die Anwendung der UVgO und der VOB/A-BHO bzw. jeweils Teilen hiervon entschieden.<sup>131</sup> Die beiden Verwaltungsvorschriften **orientieren sich** inhaltlich und strukturell **an den Bestimmungen des Kartellvergaberechts**.<sup>132</sup>

#### 4.3. Ausnahmen vom Anwendungsbereich

Auch beim Haushaltvergaberecht existieren grundlegende Ausnahmen von dessen Anwendungsbereich. So sieht § 1 Abs. 2 UVgO für Liefer- und Dienstleistungsaufträge vor, dass die kartellvergaberechtlichen Ausnahmeregelungen der **§§ 107, 108, 109, 116, 117 und 145 GWB** auch die Anwendung der UVgO mit ihren konkreten Vorgaben für die Durchführung von Vergabeverfahren ausschließen. Damit wird dem für die UVgO verantwortlichen Bundesministerium für

126 Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltordnung vom 14. März 2001 (GMBL 2001 Nr. 16/17/18, S. 307) in der Fassung des BMF-Rundschreibens vom 7. Mai 2021 - II A 3 - H 1012-6/19/10003 :003 - 2021/0524501 -, berichtigt durch BMF-Rundschreiben vom 9. Juni 2021 - II A 3 - H 1012-6/19/10003 :003 - 2021/0644338, abrufbar unter: [https://www.verwaltungsvorschriften-im-inter.net.de/bsvwvbund\\_14032001\\_DokNr20110981762.htm](https://www.verwaltungsvorschriften-im-inter.net.de/bsvwvbund_14032001_DokNr20110981762.htm).

127 § 55 Nr. 2 VV-BHO.

128 Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO), Ausgabe 2017, BAnz AT 7. Februar 2017 B1, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/underschwellenvergabeordnung-uvgo.html>.

129 Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen – Abschnitt 1 – Basisparagrafen (VOB/A-BHO), Ausgabe 2019, BAnz AT 19. Februar 2019 B2, abrufbar unter: [http://www.verwaltungsvorschriften-im-inter.net.de/bsvwvbund\\_31012019\\_BWI781063060120180001604634.htm](http://www.verwaltungsvorschriften-im-inter.net.de/bsvwvbund_31012019_BWI781063060120180001604634.htm).

130 Siehe bereits Fußnote 89.

131 Umfassender Überblick zu den Landesvergabegesetzen bei Mertens, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 88.

132 BMWi, UVgO, Bekanntmachung, BAnz AT 7. Februar 2017 B1, S. 1, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/U/underschwellenvergabeordnung-uvgo.html>.

Wirtschaft und Energie (BMWi) zufolge klargestellt, dass in Konsequenz auch das Unterschwellenvergaberecht nicht angewendet werden muss.<sup>133</sup> Bei **binnenmarktrelevanten öffentlichen Aufträgen** kann sich aber die Verpflichtung zur Einhaltung der **Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung** aus dem primären europäischen Gemeinschaftsrecht ergeben.<sup>134</sup> Auch die **Vergabe von freiberuflichen Leistungen** ist von den Verpflichtungen der UVgO befreit.<sup>135</sup> Dabei ist allerdings so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist.<sup>136</sup>

Für die Vergabe von Bauleistungen enthält die VOB/A-BHO **keine vergleichbaren Ausnahmen**.<sup>137</sup>

## 5. Das Erfordernis der Durchführung eines Vergabeverfahrens

Sofern der **Anwendungsbereich des Kartell- oder Haushaltsvergaberechts eröffnet** ist, hat dies in nahezu allen Fällen die Notwendigkeit der Durchführung eines **Vergabeverfahrens** zur Folge. Dabei gibt es nicht „das“ Vergabeverfahren. Das Vergaberecht kennt stattdessen sehr verschiedene Vergabeverfahren mit jeweils unterschiedlichen Abläufen und Anforderungen, die nicht frei miteinander kombinierbar sind („**Typenzwang**“).<sup>138</sup> Die Spannbreite reicht von aufwendigen mehrstufigen Verfahren bis hin zu direkten Vertragsverhandlungen.

In der Regel ist die Absicht der Auftragsvergabe im Sinne des Wettbewerbs- und Transparenzgrundsatzes einem **unbeschränkten Bieter- bzw. Bewerberkreis bekanntzumachen** – im Oberwie im Unterschwellenbereich.<sup>139</sup> Die Auftragsbekanntmachungen werden **veröffentlicht**: Die Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung im Kartellvergaberecht weist durch die notwen-

133 BMWi, UVgO, Erläuterungen, S. 2, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/U/unterschwellenvergabeordnung-uvgo-erlaeuterungen.html>.

134 Ebenda.

135 Ebenda, S. 14.

136 § 50 Satz 2 UVgO.

137 Rahm/Stapel-Schulz, in: Scheller, Kommentar zum Haushaltsrecht und der Vorschriften zur Finanzkontrolle, 74. Lieferung (Stand: 1. November 2020), § 55 BHO, Randnummer 20.

138 Mutschler-Siebert/Baumann, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Vergaberecht, 21. Edition (Stand: 30. April 2021), § 119 GWB, Randnummern 1 ff.

139 Vgl. §§ 37 f. VgV/§ 12 Abs. 3 VOB/A-EU für den Oberschwellenbereich bzw. § 27 UVgO/§ 12 VOB/A-BHO für den Unterschwellenbereich. Näher zum Zusammenhang mit dem Wettbewerbs- und Transparenzgrundsatz, Ohlerich, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 23, Randnummer 5.

dige Veröffentlichung auf der Online-Plattform Tenders Electronic Daily (TED), einem Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union,<sup>140</sup> einen EU-weiten Fokus auf.<sup>141</sup> Im Haushaltsvergaberecht ist bei Liefer- und Dienstleistungen die Ermittelbarkeit von Auftragsbekanntmachungen über das Verwaltungsportal des Bundes („bund.de“) zu gewährleisten, bei Bauleistungen ist dies fakultativ.<sup>142</sup>

Die Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung wird zuweilen im allgemeinen Sprachgebrauch mit dem **Begriff der „Ausschreibung“** gleichgesetzt oder synonym zum Begriff „Vergabeverfahren“ gebraucht. Hierzu ist anzumerken: Soweit der Begriff der „Ausschreibung“ im Vergaberecht überhaupt noch Erwähnung findet – in den EU-rechtlich harmonisierten Bestimmungen der §§ 97 ff. GWB ist das nicht mehr der Fall – sind hiermit nur ganz bestimmte Vergabeverfahren gemeint (z. B. die „Öffentliche Ausschreibung“ oder die „Beschränkte Ausschreibung“).<sup>143</sup> Die (Veröffentlichung der) Auftragsbekanntmachung ist ohnehin in aller Regel lediglich der Beginn und somit Teilschritt eines übergeordneten Vergabeverfahrens.<sup>144</sup> Die **pauschale Verwendung von Begriffen wie „Ausschreibung“ oder „Ausschreibungspflicht“** ist somit in jedem Fall missverständlich und **nicht zu empfehlen**.

**Nur in einzelnen Fallgestaltungen** kommen **Vergabeverfahren ohne vorgeschaltete öffentliche Bekanntmachung** aus bzw. bedarf es überhaupt **keines Vergabeverfahrens**. Dabei ergeben sich zwischen dem Kartell- und dem Haushaltsvergaberecht Unterschiede. Die folgende Darstellung beschränkt sich der Übersichtlichkeit halber auf „reguläre“ öffentliche Aufträge nach Bundesrecht, deren Vergabe im Oberschwellenbereich durch die ersten beiden Abschnitte der VgV und der VOB/A-EU und im Unterschwellenbereich durch die ersten beiden Abschnitte der UVgO und VOB/A-BHO näher ausgestaltet ist. **Thematische Sonderregime** wie Sektorenvergaben, Konzessionen oder soziale und andere besondere Dienstleistungen unterliegen speziellen Regelungen.<sup>145</sup>

### 5.1. Kartellvergaberecht

Die verschiedenen Verfahrensarten des Kartellvergaberechts sind in § 119 GWB aufgeführt. Danach erfolgt die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im „**offenen Verfahren**“<sup>146</sup>, im „**nicht offenen**

140 Vgl. TED-Startseite, abrufbar unter: <https://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>.

141 Vgl. näher zur Veröffentlichung der Bekanntmachungen im allgemeinen Kartellvergaberecht, § 40 VgV/§ 12 Abs. 3 VOB/A-EU und Schneevogl, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Vergaberecht, 21. Edition (Stand: 31. Januar 2021), § 40 VgV, Randnummern 8 ff.

142 § 28 Abs. 1 Satz 3 UVgO/§ 12 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 2 VOB/A-BHO.

143 Vgl. zu den Unterschwellenvergabeverfahren noch näher unter 5.2.

144 Ohlerich, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 23, Randnummern 6 f.

145 Vgl. im Sektorenbereich etwa §§ 13 ff. SektVO, für Konzessionen §§ 12 ff. KonzVgV und für weitere Sonderverfahren die Abschnitte 3 bis 6 der VgV und Abschnitt 3 der UVgO.

146 Vgl. zum Ablauf näher § 15 VgV/§ 3b Abs. 1 VOB/A-EU.

**Verfahren**<sup>147</sup>, im „**Verhandlungsverfahren (mit oder ohne Teilnahmewettbewerb)**“<sup>148</sup>, im „**wettbewerblichen Dialog**“<sup>149</sup> oder in der „**Innovationspartnerschaft**“<sup>150</sup>.<sup>151</sup> Öffentliche Auftraggeber können im allgemeinen Vergabeverfahren grundsätzlich lediglich zwischen dem offenen und dem nicht offenen Verfahren wählen.<sup>152</sup> Die anderen Verfahrensarten stehen nur zur Verfügung, soweit dies durch vergaberechtliche Bestimmungen ausdrücklich gestattet ist.<sup>153</sup>

Das einzige Verfahren, bei dem eine **Auftragsbekanntmachung unterbleiben** kann, ist das **Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb**.<sup>154</sup> Statt einer öffentlichen Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen (wie beim Teilnahmewettbewerb) erfolgt eine Aufforderung zur Abgabe von Erstangeboten an die vom öffentlichen Auftraggeber ausgewählten Unternehmen.<sup>155</sup> Damit entfällt auch die Pflicht der EU-weiten Auftragsbekanntmachung.<sup>156</sup> Dabei besteht allerdings weitgehend Einigkeit, dass auch hier grundsätzlich **mindestens drei Bewerber** zur Angebotsabgabe aufzufordern sind, um dem weiter geltenden Wettbewerbsgrundsatz Rechnung zu tragen.<sup>157</sup> Zudem gilt für den Angebotseingang im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb der allgemeine **vergabeverfahrensrechtliche Grundsatz der angemessenen Fristsetzung**.<sup>158</sup> Insofern kann auch dieses vergleichsweise flexible Vergabeverfahren nicht mit einer **gänzlich formlosen Direktbeauftragung** gleichgesetzt werden. Eine solche ist **im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts nicht vorgesehen**.<sup>159</sup>

Die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb richtet sich nach § 14 Abs. 4 VgV bzw. § 3a Abs. 3 VOB/A-EU. Als Ausnahmetatbestände, die durch den fehlenden

147 Vgl. zum Ablauf näher § 16 VgV/§ 3b Abs. 2 VOB/A-EU.

148 Vgl. zum Ablauf näher § 17 VgV/§ 3b Abs. 3 VOB/A-EU.

149 Vgl. zum Ablauf näher § 18 VgV/§ 3b Abs. 4 VOB/A-EU.

150 Vgl. zum Ablauf näher § 19 VgV/§ 3b Abs. 5 VOB/A-EU.

151 § 119 Abs. 1 in Verbindung mit § 119 Abs. 5 GWB.

152 § 119 Abs. 2 Satz 1 GWB.

153 Vgl. § 119 Abs. 2 Satz 2 GWB und etwa § 14 Abs. 2 VgV/§ 3a Abs. 1 VOB/A-EU.

154 Völlink, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 37 VgV, Randnummern 3 f.

155 § 17 Abs. 5 in Verbindung mit § 17 Abs. 1 Satz 1 VgV/§ 3b Abs. 3 Nr. 4 VOB/A-EU.

156 § 37 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 17 Abs. 5 VgV/§ 12 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/A-EU.

157 Vgl. etwa Butler, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 10, Randnummer 80; Pünder/Klafki, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 17 VgV, Randnummer 19.

158 § 20 Abs. 1 Satz 1 VgV. Bei Bauaufträgen ist sogar grundsätzlich eine Mindestfrist von zehn Kalendertagen vorgesehen, § 10c Abs. 2 Satz 1 VOB/A-EU.

159 Vgl. im Unterschied dazu den „Direktauftrag“ im Haushaltsvergaberecht (siehe zum Direktauftrag noch unter 5.2.3.).

---

Teilnahmewettbewerb vergaberechtliche Prinzipien wie den Transparenz- und Wettbewerbsgrundsatz einschränken, sind diese **eng auszulegen**.<sup>160</sup> Wichtige Fallgruppen sind zusammengefasst etwa:

- Wenn in einem offenen oder einem nicht offenen Verfahren keine oder keine geeigneten Angebote oder keine geeigneten Teilnahmeanträge abgegeben worden sind,<sup>161</sup>
- wenn der Auftrag aus abschließend aufgezählten Gründen nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann, etwa weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist,<sup>162</sup>
- wenn **äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der betreffende öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte und ihm nicht zuzurechnen sind**, es nicht zulassen, die Mindestfristen anderer Vergabeverfahrensarten einzuhalten,<sup>163</sup>
- wenn eine Lieferleistung beschafft werden soll, die ausschließlich zu Forschungs-, Versuchs-, Untersuchungs- oder Entwicklungszwecken hergestellt wurde<sup>164</sup> oder
- wenn – unter bestimmten Umständen – zusätzliche Leistungen des ursprünglichen Auftragnehmers beschafft werden sollen.<sup>165</sup>

Eine detaillierte Darstellung von Konstellationen ohne notwendigen Teilnahmewettbewerb würde den Umfang dieser Darstellung übersteigen. Beispielhaft sei darauf hingewiesen, dass im Zuge der COVID-19-Pandemie und der Flutkatastrophe in Teilen Deutschlands im Juli 2021 insbesondere der im dritten Spiegelstrich dargestellte Ausschlussgrund der **äußerst dringlichen, zwingenden Gründe** (§ 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV/§ 3a Abs. 3 Nr. 4 VOB/A-EU) in den Blick geraten ist.

---

160 Vgl. statt vieler Butler, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 10, Randnummer 6 mit Rechtsprechungsnachweisen.

161 § 14 Abs. 4 Nr. 1 VgV/§ 3a Abs. 3 Nrn. 1 und 2 VOB/A-EU.

162 § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV/§ 3a Abs. 3 Nr. 3 VOB/A-EU.

163 § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV/§ 3a Abs. 3 Nr. 4 VOB/A-EU.

164 § 14 Abs. 4 Nr. 4 VgV.

165 § 14 Abs. 4 Nr. 5 und 9 VgV/§ 3a Abs. 3 Nr. 5 VOB/A-EU.

Nach in diesbezüglichen Rundschreiben geäußerter Auffassung des BMWi sind jedenfalls im Anwendungsbereich der VgV **auch sehr kurze Fristsetzungen bis hin zu null Tagen** für die Angebotsabgabe oder die Verhandlung mit lediglich einem Unternehmen denkbar.<sup>166</sup>

Im Ergebnis ist jedoch auch innerhalb einer Notsituation die Anwendung dieser Fallgruppe auf Ausnahmen beschränkt, die unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes der **Notwendigkeit des Verzichts auf einen Teilnahmewettbewerb in der spezifischen Vergabesituation** Rechnung tragen.<sup>167</sup> Vom Bestehen einer allgemeinen Krisensituation darf **nicht automatisch** auf den Wegfall eines Teilnahmewettbewerbs und mithin einer EU-weit zu veröffentlichten Auftragsbekanntmachung geschlossen werden.<sup>168</sup> Nähere Informationen zu Dringlichkeitsausnahmen im Lichte der COVID-19-Pandemie und der Flutkatastrophe vom Juli 2021 finden sich in bereits veröffentlichten Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste.<sup>169</sup>

## 5.2. Haushaltsvergaberecht

Das Haushaltsvergaberecht kennt für alle Vergaben die Vergabeverfahren der „**Öffentlichen Ausschreibung**“<sup>170</sup> und der „**Beschränkten Ausschreibung mit oder ohne Teilnahmewettbewerb**“<sup>171</sup>. Im Anwendungsbereich der UVgO (Liefer- und Dienstleistungen) ist wie im Kartellvergaberecht die „**Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb**“<sup>172</sup> vorgesehen, in der VOB/A-BHO (Bauleistungen) stattdessen die „**Freihändige Vergabe**“<sup>173</sup>. Daneben ermöglicht das

166 BMWi, Rundschreiben zur Anwendung des Vergaberechts bei der Beschaffung von Leistungen zur Bewältigung der Notlage in den Hochwasserkatastrophengebieten, 17. August 2021, S. 3 f., abrufbar unter: [rundschreiben-anwendung-vergaberecht.pdf?blob=publicationFile&v=6](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/rundschreiben-anwendung-vergaberecht.pdf?blob=publicationFile&v=6).

167 Siehe zu Ausnahmen im Rahmen der Hochwasserkatastrophe im Juli 2021, BMWi-Rundschreiben Hochwasser (Fußnote 166), S. 2 f.

168 Formulierung in Anlehnung an Siegel, Verwaltungsrecht im Krisenmodus, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2020, S. 577, 583.

169 Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Einzelfragen zur Durchführung eines vergaberechtlichen Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb, Sachstand vom 14. Juli 2020, WD 7 - 3000 - 086/20, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/709640/a5ab5033beb90a964d713853c67dc9ac/WD-7-086-20-pdf-data.pdf>. Dieselben, Zu der Frage des Verzichts auf europaweite Ausschreibung und der beschleunigten Durchführung von Vergabeverfahren vor dem Hintergrund der Hochwasserkatastrophe vom Juli 2021, Sachstand vom 31. August 2021, WD 7 - 3000 - 089/21, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/866104/1f162eda074eb1c1958a2ab139ec6ea5/WD-7-089-21-pdf-data.pdf>.

170 Vgl. zum Ablauf näher § 9 UVgO/§ 3b Abs. 1 VOB/A-BHO.

171 Vgl. zum Ablauf näher §§ 10 f. UVgO/§ 3b Abs. 2 ff. VOB/A-BHO.

172 Vgl. zum Ablauf näher § 12 UVgO.

173 § 3 Nr. 3 VOB/A-BHO.

---

Haushaltsvergaberecht Beschaffungen mit geringfügigen Auftragswerten als „**Direktauftrag**“ ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens.<sup>174</sup>

Auch bei Vergabeverfahren des Bundes im Unterschwellenbereich sind zu veröffentlichte Auftragsbekanntmachungen die gesetzliche Regel. Sie sind konkret erforderlich bei den Haushaltsvergabeverfahren der öffentlichen Ausschreibung, der beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb oder einer Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb.<sup>175</sup> Eine **Auftragsbekanntmachung entfällt somit auch im Unterschwellenbereich nur in Vergabeverfahren ohne Teilnahmewettbewerb** bzw. bei der **freihändigen Vergabe**. Auch bei den Vergabeverfahren ohne Teilnahmewettbewerb sind allerdings mehrere, **grundsätzlich mindestens drei Unternehmen**, zur Abgabe eines Angebots aufzufordern.<sup>176</sup> Anders als es der Name vermuten lässt, handelt es sich zudem bei der **freihändigen Vergabe** für Bauleistungen lediglich um ein „vereinfachtes“<sup>177</sup> Vergabeverfahren und **nicht** um eine direkte Beauftragung.<sup>178</sup> Die VOB/A-BHO macht für eine freihändige Vergabe zwar geringere Vorgaben, es gelten jedoch weiter die vergaberechtlichen Grundsätze wie Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung.<sup>179</sup> Dabei ist **in der Regel auch hier mit mehreren Bieter zu verhandeln**, soweit nicht nur die Beauftragung von einem Bieter in Betracht kommt.<sup>180</sup>

### 5.2.1. Liefer- und Dienstleistungsaufträge (UVgO)

Bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, und somit im Anwendungsbereich der UVgO, stehen dem Auftraggeber zur freien Wahl nur die öffentliche Ausschreibung oder die beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb.<sup>181</sup> Andere Verfahrensarten – insbesondere solche ohne Teilnahmewettbewerb – sind nur zulässig, sofern die **Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen**.<sup>182</sup> Wann dies der Fall ist, wird **für Liefer- und Dienstleistungsaufträge** in § 8 Abs. 3 und 4 UVgO und **für Bauleistungen** in § 3a Abs. 3 VOB/A-BHO näher

---

174 Siehe hierzu noch unter 5.2.3.

175 § 27 Abs. 1 UVgO/§ 12 Abs. 1 und 2 VOB/A-BHO.

176 Vgl. für die beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb, § 11 Abs. 1 UVgO; für die Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb, § 12 Abs. 2 UVgO.

177 § 3 Nr. 3 VOB/A-BHO.

178 Die freihändige Vergabe ist insbesondere vom „**Direktauftrag**“ zu unterscheiden (siehe zu letzterem noch unter 5.2.3.).

179 Stickler, in: Kapellman/Messerschmidt, VOB-Kommentar – Teile A und B, 7. Auflage 2020, § 3b VOB/A-BHO, Randnummern 25 f.; Völlink, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 3 VOB/A-BHO, Randnummer 20.

180 BMI, Erlass betreffend Auslegung von einzelnen Regelungen betreffend die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A, 26. Februar 2020, S. 1, abrufbar unter: [https://www.abst-brandenburg.de/wp-content/uploads/2020/02/2020\\_02\\_26\\_BWI7\\_70421\\_21\\_Auslegungserlass-VOB-A-2019.pdf](https://www.abst-brandenburg.de/wp-content/uploads/2020/02/2020_02_26_BWI7_70421_21_Auslegungserlass-VOB-A-2019.pdf).

181 § 55 Abs. 1 Satz 1 BHO.

182 Ebenda.

---

bestimmt. Wie im Oberschwellenbereich ist auch im Haushaltsvergaberecht eine **enge Auslegung** angezeigt.<sup>183</sup>

Nach § 8 Abs. 3 UVgO ist eine beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb möglich, wenn eine öffentliche Ausschreibung kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat oder eine öffentliche Ausschreibung oder eine beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb für den Auftraggeber oder die Bewerber oder Bieter einen Aufwand verursachte, der zu dem erreichten Vorteil oder dem Wert der Leistung im Missverhältnis stände. Eine Verhandlungsvergabe (mit oder) ohne Teilnahmewettbewerb kommt gemäß § 8 Abs. 4 UVgO nur bei Erfüllung mindestens einer von **mehr als 17 verschiedenen Fallgruppen** in Betracht. Teilweise ähneln die festgesetzten Ausnahmen den bereits dargestellten Fallgruppen in der VgV, an deren Struktur sich die UVgO ohnehin orientiert.<sup>184</sup> In § 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO ist beispielsweise eine dem Kartellvergaberecht ähnliche Dringlichkeitsausnahme geregelt. In diesen und in den § 8 Abs. 4 Nrn. 10 bis 14 UVgO beschriebenen Fällen kann auch **nur ein Unternehmen** unmittelbar zur Angebotsabgabe oder Verhandlungsaufnahme aufgefordert werden.<sup>185</sup> Gemäß dem BMWi kommt deren Annahme gleichsam wie im Kartellvergaberecht im Rahmen von Katastropheneignissen wie der Hochwassernotlage im Juli 2021 in Betracht.<sup>186</sup>

### 5.2.2. Bauleistungen (VOB/A-BHO)

Bei Bauleistungen, folglich im Anwendungsbereich der VOB/A-BHO, bestehen unterschiedliche Voraussetzungen zur Durchführung einer beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb und einer freihändigen Vergabe.<sup>187</sup>

Eine **beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb** kann erfolgen, wenn eine öffentliche Ausschreibung oder eine beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb kein annehmbares Ergebnis gehabt hat oder wenn die öffentliche Ausschreibung oder die beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb aus anderen Gründen (z. B. Dringlichkeit, Geheimhaltung) unzweckmäßig ist.<sup>188</sup>

Daneben reicht für die Annahme einer **freihändigen Vergabe** bereits aus, dass eine öffentliche oder beschränkte Ausschreibung „**unzweckmäßig**“ ist, § 3a Abs. 3 Satz 1 VOB/A-BHO. Darauffolgend zählt der Wortlaut der Norm verschiedene Fallgruppen auf, bei denen dies „besonders“ der

---

183 Butler; in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 11, Randnummer 8.

184 Siehe bereits Fußnote 132.

185 § 12 Abs. 3 UVgO.

186 BMWi-Rundschreiben Hochwasser (Fußnote 166), S. 5.

187 § 3a Abs. 2 und 3 VOB/A-BHO.

188 § 3a Abs. 2 Nrn. 2 und 3 VOB/A-BHO.

Fall sei.<sup>189</sup> Im Ergebnis ähneln die Fälle den übrigen Ausschlussgründen von Teilnahmewettbewerben im Ober- wie im Unterschwellenbereich. Beispielhaft ist auch hier eine freihändige Vergabe zulässig, wenn die **(Bau-)Leistung besonders dringlich** ist.<sup>190</sup> Im Unterschied zu Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, bei denen nur der Grundsatz der angemessenen Fristsetzung gilt (§ 13 UVgO), sieht die VOB/A-BHO dagegen auch bei Dringlichkeit eine **starre Mindestfrist von zehn Kalendertagen** für die Bieter zur Bearbeitung und Einreichung der Angebote (Angebotsfrist) vor.<sup>191</sup>

### 5.2.3. Die Bedeutung von Wertgrenzen

Anders als im Oberschwellenbereich ist im Unterschwellenbereich zudem der Ausschluss eines Teilnahmewettbewerbs bei **Unterschreiten einer Wertgrenze** möglich, wobei zur Bewältigung der wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Pandemie **zurzeit teilweise Sonderregeln** in Kraft sind.

#### 5.2.3.1. Reguläre Wertgrenzen

Bei Liefer- und Dienstleistungen kann der Auftraggeber Aufträge im Wege der Verhandlungsvergabe mit, aber auch **ohne Teilnahmewettbewerb** vergeben, soweit dies durch Ausführungsbestimmungen eines Bundes- oder Landesministeriums zugelassen ist.<sup>192</sup> Bei Bauleistungen existieren Pauschalbeträge: Eine freihändige Vergabe ist bis zu einem Auftragswert von 10 000 Euro netto zulässig,<sup>193</sup> für beschränkte Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb gelten folgende Maximalgrenzen:

- 50 000 Euro netto für Ausbaugewerke (ohne Energie- und Gebäudetechnik), Landschaftsbau und Straßenausstattung,<sup>194</sup>
- 150 000 Euro netto für Tief-, Verkehrswege- und Ingenieurbau,<sup>195</sup>

189 § 3a Abs. 3 Satz 1 VOB/A-BHO.

190 § 3a Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VOB/A-BHO.

191 § 10 Abs. 1 VOB/A-BHO.

192 § 8 Abs. 4 Nr. 17 Halbsatz 1 UVgO. Eine Zusammenstellung verschiedener Wertgrenzen in Bund und Ländern finden sich in einer Tabelle der Ständigen Konferenz der Auftragsberatungsstellen (StKA) [der Industrie- und Handelskammern und der Handwerkskammern], Stand: 1. Januar 2021, abrufbar unter: <https://www.erfurt.ihk.de/blueprint/servlet/resource/blob/5052316/3f62099319dc840e08ed390619180e6d/wertgrenzen-bundeslaender-2021-data.pdf>.

193 § 3a Abs. 3 Satz 2 VOB/A-BHO.

194 § 3a Abs. 2 Nr. 1a VOB/A-BHO.

195 § 3a Abs. 2 Nr. 1b VOB/A-BHO.

- 
- 100 000 Euro netto für alle übrigen Gewerke,<sup>196</sup>

Ebenfalls ohne Entsprechung im Kartellvergaberecht ist der **Direktauftrag**.<sup>197</sup> Hiernach können Liefer- und Dienstleistungen bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert von 1 000 Euro ohne Umsatzsteuer (Bauleistungen bis zu 3 000 Euro), **ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens** beschafft werden.<sup>198</sup> Der Auftraggeber soll aber zwischen den beauftragten Unternehmen wechseln.<sup>199</sup> Der Direktauftrag kann somit losgelöst von einem Vergabeverfahren und den dieses regelnden Vorschriften, wie festzulegende Fristen oder die Erstellung von Vergabeunterlagen, erteilt werden.<sup>200</sup> Insbesondere muss der Auftraggeber den oder die in Betracht kommenden Leistungsanbieter nicht zur Abgabe von Angeboten auffordern, sondern er kann eine **Leistung unmittelbar für den dafür geforderten Preis beschaffen**.<sup>201</sup> Insofern kommt der Direktauftrag einem klassischen, formlosen Austauschgeschäft zwischen Privatpersonen am nächsten. Die öffentlich-rechtlichen Haushaltsträger haben jedoch weiter die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu berücksichtigen.<sup>202</sup>

#### 5.2.3.2. Sonderwertgrenzen im Zuge der COVID-19-Pandemie

Zwecks **Beschleunigung investiver Maßnahmen zur Bewältigung der wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Pandemie** hat die Bundesregierung insbesondere im Unterschwellenbereich verschiedene Erleichterungen bei der Auftragsvergabe in Form von „verbindlichen Handlungsleitlinien für die Bundesverwaltung“<sup>203</sup> beschlossen. Diese gelten bis zum 31. Dezember 2021.<sup>204</sup> In dieser Zeit gehen die Handlungsleitlinien unter anderem §§ 8, 14 UVgO und §§ 3a, 10 VOB/A-BHO vor.<sup>205</sup>

---

196 § 3a Abs. 2 Nr. 1c VOB/A-BHO.

197 § 14 UVgO/§ 3a Abs. 4 VOB/A-BHO.

198 § 14 Satz 1 UVgO/§ 3a Abs. 4 Satz 1 VOB/A-BHO.

199 § 14 Satz 2 UVgO/§ 3a Abs. 4 Satz 2 VOB/A-BHO.

200 Völlink, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 14 UVgO, Randnummer 1 mit weiterem Nachweis.

201 Dieckmann, in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV – UvgO, 2. Auflage 2019, § 14 UVgO, Randnummer 4.

202 § 14 Satz 1 UVgO/§ 3a Abs. 4 Satz 1 VOB/A-BHO.

203 Bundesregierung, Verbindliche Handlungsleitlinien für die Bundesverwaltung für die Vergabe öffentlicher Aufträge zur Beschleunigung investiver Maßnahmen zur Bewältigung der wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Pandemie, 8. Juli 2020, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/H/handlungsleitlinien-vergr-corona.pdf?blob=publicationFile&v=4>

204 Ebenda, I. 4.

205 Ebenda, Fußnoten 1 und 2.

In Bezug auf **Liefer- und Dienstleistungsaufträge** können Vergabestellen aktuell bis zu einem geschätzten Auftragswert von 100 000 Euro (ohne Umsatzsteuer) auf Vergabeverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zurückgreifen – unabhängig von einer pandemiebedingten Dringlichkeit.<sup>206</sup> Ab einem geschätzten Auftragswert von 25 000 Euro netto sind jedoch die beabsichtigten Aufträge auf dem Verwaltungsportal des Bundes („bund.de“) in angemessener Zeit vor der Entscheidung über die Auftragsvergabe von den Vergabestellen selbständig zu **veröffentlichen**, sofern Sicherheitsinteressen nicht entgegenstehen.<sup>207</sup> Abweichend von § 14 UVgO können Direktaufträge ebenso bis zu einem Auftragswert von 3 000 (statt 1 000) Euro netto vergeben werden.<sup>208</sup> In allen Fällen bleiben die Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz, der Gleichbehandlung sowie der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit jedoch unberührt.<sup>209</sup>

Bei **Bauaufträgen** gilt abweichend von den bereits beschriebenen Wertgrenzen die Möglichkeit der Durchführung einer beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb pauschal bei einem geschätzten Auftragswert von 1 000 000 Euro ohne Umsatzsteuer (statt 50 000/100 000 bzw. 150 000 Euro), bei freihändiger Vergabe von 100 000 Euro statt von 10 000 Euro netto.<sup>210</sup> Ein Direktauftrag kann bei Aufträgen bis zu 5 000 (statt 3 000) Euro netto vergeben werden.<sup>211</sup> Zudem ist die ansonsten in § 10 Abs. 1 Satz 1 VOB/A-BHO vorgesehene Mindestangebotsfrist für die Bearbeitung und Einreichung der Angebote für die Bieter von zehn Kalendertagen ausgesetzt, so weit eine im Einzelfall ausreichende Fristbemessung gewährleistet wird.<sup>212</sup>

\* \* \*

206 Ebenda, I 1. a).

207 Ebenda, I 1. b).

208 Ebenda, I 1. c).

209 Ebenda, I 1. d).

210 Ebenda, I 2. a) und b).

211 Ebenda, I 2. d).

212 Ebenda, I 2. e).