



Herausragende Masterarbeiten

Autor*in

Lukas Nagel

Studiengang

Wirtschaftsrecht für die Unternehmenspraxis, LL.M.

Masterarbeitstitel

**Auswirkungen der Änderungen der
Vergabeverordnung im Rahmen der
eForms-Verordnung am Beispiel des § 3 VII 2 VgV**

R
TU
P

Distance and Independent
Studies Center
DISC

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| Abbildungsverzeichnis..... | III |
| A. Ziel der Arbeit..... | 1 |
| B. Vergaberechtliche Grundlagen | 3 |
| I. Begriff und Gegenstand des Vergaberechts..... | 3 |
| II. Historische Entwicklung des Vergaberechts..... | 4 |
| III. Zweigeteiltes Vergaberecht | 6 |
| 1. Die Schwellenwerte | 7 |
| 2. Oberschwellenbereich | 9 |
| 3. Unterschwellenbereich..... | 10 |
| IV. Auftragsarten..... | 11 |
| C. Schätzung des Auftragswerts gemäß § 3 VgV | 12 |
| I. Richtlinienumsetzung in nationales Recht..... | 12 |
| 1. Der funktionale Auftragsbegriff..... | 13 |
| a) Rechtssache Kommission/Frankreich | 14 |
| b) Rechtssache Autalhalle Niedernhausen..... | 16 |
| c) Nationale Rechtsprechung zum funktionalen Auftragsbegriff..... | 20 |
| d) Fazit zum funktionalen Auftragsbegriff | 21 |
| 2. Umgehungsverbot | 22 |
| 3. Auftragswert von Bauleistungen | 23 |
| 4. Auftragswert bei der Vergabe in Losen..... | 25 |
| a) Die Berechnung nach nationalem Verständnis | 28 |
| b) Die Berechnung nach europäischem Verständnis | 29 |
| c) Fazit zu beiden Berechnungsmethoden..... | 32 |
| 5. Die „80/20-Regel“ | 33 |
| II. Die Folgen des Wegfalls aus Sicht der Verbände und Kammern..... | 34 |
| 1. Berechnungsbeispiel: Nationales Verständnis..... | 34 |
| 2. Berechnungsbeispiel: Europäisches Verständnis | 35 |
| III. Zwischenfazit..... | 36 |

| | | |
|------|--|----|
| D. | Konsequenzen der eForms-Verordnung | 37 |
| I. | Existenzgefährdung der deutschen mittelstandsgeprägten Planungswirtschaft | 38 |
| II. | Anstieg von bürokratischem und personellem Aufwand | 40 |
| 1. | Erhöhung der Schwellenwerte | 42 |
| 2. | Die „bayerische Sonderlösung“ | 43 |
| 3. | Altes Schema neu gedacht | 44 |
| 4. | Die funktionale Herangehensweise | 45 |
| 5. | Das alternative Beschaffungskonzept..... | 49 |
| III. | Zwischenfazit..... | 52 |
| E. | Fazit..... | 53 |
| | Literaturverzeichnis..... | 55 |
| | Eidesstattliche Erklärung | |

Abbildungsverzeichnis

| | |
|--|----|
| Abbildung 1: EU-Schwellenwerte für den Zeitraum 01.01.2024 - 31.12.2025..... | 9 |
| Abbildung 2: Aufbau des Kartellvergaberechts..... | 10 |
| Abbildung 3: Aufbau des Vergaberechts im Unterschwellenbereich | 11 |
| Abbildung 4: § 3 I VgV..... | 13 |
| Abbildung 5: § 3 II VgV..... | 22 |
| Abbildung 6: § 3 VI VgV | 23 |
| Abbildung 7: § 3 VII VgV a.F..... | 25 |
| Abbildung 8: § 3 IX VgV a.F..... | 33 |
| Abbildung 9: Vergabe von Planungsleistungen mit § 3 VII 2 VgV a.F. | 34 |
| Abbildung 10: Vergabe von Planungsleistungen ohne § 3 VII 2 a.F..... | 35 |

A. Ziel der Arbeit

Am 16.02.2023 wurde erstmals eine für Architekten und Ingenieure bedeutsame vergaberechtliche Regelung zur Disposition gestellt. An diesem Tag wurde seitens der Bundesregierung ein Referentenentwurf mit dem vermeintlich harmlosen Titel „Entwurf einer Verordnung zur Anpassung des Vergaberechts an die Einführung neuer elektronischer Standardformulare („eForms“) für EU-Bekanntmachungen und an weitere europarechtliche Anforderungen“ veröffentlicht (sogenannte eForms-Verordnung). Hinter der eher unscheinbar lautenden Formulierung „und an weitere europarechtliche Anforderungen“ steckt aus Sicht der die Architekten und Ingenieure vertretenden Kammern und Verbände eine dermaßen gravierende Neuregelung, dass mit weitreichenden bürokratischen und wirtschaftlichen Folgen zu rechnen ist. Diese Bedenken werden auch von der Auftraggeberseite geteilt.

Der Referentenentwurf sah Änderungen in allen Verordnungen vor, die für eine Vergabe oberhalb des EU-Schwellenwerts den rechtlichen Rahmen bilden. Namentlich wurden die Vergabeverordnung (VgV), die Sektorenverordnung (SektVO), die Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) sowie die Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) geändert. Gegenstand der geplanten Änderungen war unter anderem die Aufhebung des „Planerprivilegs“ durch die ersatzlose Streichung des § 3 VII 2 VgV sowie der wortgleichen Vorschriften der SektVO, VSVgV und KonzVgV.

Mit Verkündung der Verordnung zur Anpassung des Vergaberechts an die Einführung neuer elektronischer Standardformulare („eForms“) für EU-Bekanntmachungen und an weitere europarechtliche Anforderungen am 23.08.2023 im Bundesgesetzblatt, traten die im Entwurf angekündigten Änderungen am Tag nach der Verkündung in Kraft.

Die Masterthesis befasst sich mit den Auswirkungen der eForms-Verordnung auf die VgV. Das Hauptaugenmerk liegt hierbei auf der ersatzlosen Streichung des § 3 VII 2 VgV alte Fassung (a.F.)¹ und dessen Auswirkungen. Die Auswirkungen werden hierbei in zweierlei Hinsicht untersucht. Auf der ersten Ebene wird untersucht, welche Auswirkungen die Streichung auf die bisher gelebte Praxis der Schätzung des Auftragswerts bei losweiser Vergabe von Planungsleistungen hat. Auf der nächsten Ebene wird dargestellt, ob die von den Kammern und Verbänden vermuteten negativen Auswirkungen der ersatzlosen Streichung ihre Berechtigung haben.

¹ Die a.F. bezieht sich auf die Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624).

Im ersten Teil der vorliegenden Masterarbeit werden zunächst diejenigen vergaberechtlichen Grundlagen erläutert, die zum grundlegenden Verständnis der Arbeit beitragen. Insbesondere wird hierbei auf die Teilung des Vergaberechts in Ober- und Unterschwellenbereich hingewiesen.

Im darauffolgenden Teil wird die Schätzung des Auftragswerts gemäß § 3 VgV dargestellt. Den Schwerpunkt bildet der funktionale Auftragsbegriff, welcher anhand europäischer und nationaler Rechtsprechung erläutert wird. Zum Abschluss des Kapitels werden anhand praxisrelevanter Berechnungsbeispiele die Änderungen der ersatzlosen Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F. aufgezeigt.

Das vorletzte Kapitel befasst sich mit den von den Kammern und Verbänden befürchteten Auswirkungen. Es wird zunächst untersucht, ob durch die Streichung eine Existenzgefährdung der deutschen mittelstandsgeprägten Planungswirtschaft eintritt. Anschließend wird der befürchtete Anstieg von bürokratischem und personellem Aufwand untersucht.

Abschließend werden die im Rahmen dieser Arbeit erlangten Erkenntnisse zusammengefasst.

B. Vergaberechtliche Grundlagen

Zum besseren Verständnis und um den Einstieg in das Thema zu erleichtern, wird dem Leser zunächst ein allgemeiner Überblick über die Begrifflichkeit und die Besonderheiten des Vergaberechts vermittelt.

I. Begriff und Gegenstand des Vergaberechts

Da der Staat zur Wahrnehmung seiner Aufgaben auf Güter und Dienstleistungen angewiesen ist, die er häufig nicht selbst erbringen kann, gibt das Vergaberecht ihm das notwendige Rüstzeug an die Hand, um seine Bedarfe zu decken. Das Vergaberecht ist somit zwingendes Werkzeug zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben und trägt maßgeblich zur Funktionsfähigkeit des Staates bei.²

Das Vergaberecht, das synonym auch als Recht der öffentlichen Auftragsvergabe bezeichnet wird, ist kein abschließender Gesetzestext, wie bspw. GG, BGB oder GmbHG. Es umfasst vielmehr die Gesamtheit aller Rechtsvorschriften, die ein Träger öffentlicher Verwaltung bei der Beschaffung von Gütern und Leistungen zu beachten hat.³ Aus der zuvor angeführten Definition lässt sich sowohl der Adressatenkreis als auch der Anwendungszweck des Vergaberechts entnehmen. Adressiert werden alle „Träger öffentlicher Verwaltung“. Der Zweck des Vergaberechts liegt definitionsgemäß in der Beschaffung von Gütern und Leistungen.

Der Adressatenkreis lässt sich unter dem Auftraggeberbegriff zusammenführen. Dieser wird durch § 98 GWB legal definiert. Folglich sind Auftraggeber im Sinne des GWB öffentliche Auftraggeber (§ 99 GWB), Sektorenauftraggeber (§ 100 GWB) und Konzessionsgeber (§ 101 GWB). Die Gliederung des Auftraggeberbegriffs ist auf die Umsetzung der Artikel (Art.) 6 und 7 der Richtlinie (RL) 2014/23/EU⁴ zurückzuführen.

Sobald der Staat, also Bund, Länder und Gemeinden sowie bestimmte Körperschaften des öffentlichen Rechts und Sondervermögen, zur Bedarfsdeckung den Markt betritt, fungiert er als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 GWB. Die Bedarfsdeckung erfolgt durch den Abschluss eines wechselseitigen und entgeltlichen Vertrags, wobei das Vergaberecht mit seinen diversen Regelungen die Vorgehensweise zum Vertragsabschluss beschreibt.⁵

Das volkswirtschaftliche Ausmaß aller vergaberechtlich relevanter Vertragsabschlüsse ist in der Vergabestatistik des statistischen Bundesamts erfasst. Aus der

² *Weiner*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage 2024, § 1 Grundsätze des Vergaberechts, Rn. 1, beck-online; *Koenig/Haratsch*, NJW 2003, 2637 (2637).

³ *Naumann*, Grundzüge der öffentlichen Auftragsvergabe, 2. Auflage 2022, S.3; BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 – 1 BvR 1160/03 –, BVerfGE 116, 135-163.

⁴ Richtlinie 2014/23/EU vom 26.02.2014, ABl. L 94 vom 28.03.2014, S. 1–64.

⁵ *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 1. Auflage 2018, § 1 Bedeutung im Gefüge des Unionsrechts, Rn. 1.

aktuellsten „Vergabestatistik Deutschland“⁶ lässt sich entnehmen, dass im gesamten Jahr 2022 insgesamt 188.916 öffentliche Aufträge und Konzessionen vergeben wurden. Das Auftragsvolumen umfasst hierbei einen Betrag in Höhe von 131.649.739.000,00 €.

II. Historische Entwicklung des Vergaberechts

Um das im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten sehr junge Vergaberecht besser verstehen zu können, empfiehlt sich ein Rückblick auf seine Entstehungsgeschichte sowie seine Prägungen.

Den Grundstein der öffentlichen Auftragsvergabe legt das nationale Haushaltsrecht.⁷ Das Haushaltsrecht verpflichtet die „typischen“ öffentlichen Auftraggeber, die ihnen zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel (Steuergelder) wirtschaftlich und sparsam zu verwenden (zum Beispiel: § 6 I HGrG und § 7 BHO).⁸ Das Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit wird im Haushaltsrecht unter anderem dadurch gewährleistet, dass der Abschluss von Verträgen anhand einheitlicher Richtlinien⁹ erfolgen muss.¹⁰ Diese Richtlinien verfolgen den Zweck, dass ein Auftrag grundsätzlich derart zu vergeben ist, dass die potentiellen Leistungserbringer miteinander konkurrieren.¹¹ Bis 1999 prägte das haushaltsrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit die öffentliche Auftragsvergabe.¹²

Das Haushaltsrecht, als bisher alleinige gesetzliche Grundlage zur Vergabe öffentlicher Aufträge, hatte einen entscheidenden Nachteil. Es begründete durch seine reine verwaltungsinterne Bindung weder subjektive Rechte, noch gewährte es gerichtlichen Rechtsschutz.¹³ Erst mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgRÄG) wurde der traditionelle verwaltungsinterne Ansatz aufgegeben. Durch die mit dem Gesetz verbundene Umsetzung von insgesamt sechs EU-Vergaberichtlinien¹⁴ sowie Rechtsprechung

⁶ Statistisches Bundesamt, Ergebnis 79994-0001.

⁷ *Naumann*, Grundzüge der öffentlichen Auftragsvergabe, 2. Auflage 2022, S 8.

⁸ *Summa*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage, Einleitung VergR (Stand: 15.09.2022), Rn. 7, juris.

⁹ Z.B.: Richtlinie für die Vergabe von Aufträgen über Lieferungen und Leistungen durch die saarländische Landesverwaltung (Beschaffungsrichtlinien) vom 5. November 2020, in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. November 1999 (Amtsbl. 2000 S. 194), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. April 2019 (Amtsbl. I S. 446).

¹⁰ *Weiner*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage 2024, § 1 Grundsätze des Vergaberechts, Rn. 2, beck-online.

¹¹ *Summa*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage, Einleitung VergR (Stand: 15.09.2022), Rn. 7.

¹² *Weiner*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage 2024, § 1 Grundsätze des Vergaberechts, Rn. 8, beck-online.

¹³ *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 4. Auflage 2022, Einleitung, Rn. 46, beck-online.

¹⁴ Richtlinie 89/665/EWG vom 21.12.1989, ABl. L 395 vom 30.12.1989, S. 33–35; Richtlinie 92/13/EWG vom 25.02.1992, ABl. L 76 vom 23.03.1992, S. 14–20; Richtlinie 92/50/EWG vom 18.06. 1992, ABl. L 209 vom 24.07.1992, S. 1–24; Richtlinie 93/36/EWG vom 14.06.1993, ABl. L

des EuGH hinsichtlich des Rechtsschutzes bei öffentlichen Aufträgen¹⁵, wurde das bisherige Haushaltsrecht um eine wettbewerbsrechtliche Komponente ergänzt. Die wettbewerbsrechtliche Komponente wurde erstmalig im eigens dafür geschaffenen vierten Teil des Kartellrechts (§§ 97 ff GWB) kodifiziert. Man spricht daher vom sogenannten Kartellvergaberecht.¹⁶

Das am 01.01.1999 in Kraft getretene VgRÄG führte zu einem Systemwechsel. Erstmals wird Unternehmen, die Interesse an einem öffentlichen Auftrag bekunden, ein einklagbarer Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingeräumt, nach § 97 VII GWB in der Fassung vom 26.08.1998. Man spricht vom Primärrechtsschutz, welcher vor den seither eingeführten Vergabekammern geltend gemacht werden kann. Allerdings erfasst dieser Systemwechsel bis heute nur einen kleinen Teil der öffentlichen Aufträge, nämlich die sogenannte (Ober-)Schwellenwertvergaben. Gemeint sind Aufträge, deren geschätzte Werte die Schwellenwerte erreichen oder übersteigen, die sich nunmehr aus § 106 II GWB in Verbindung mit den dort aufgeführten Richtlinien bzw. den regelmäßigen Änderungsverordnungen ergeben.¹⁷

Des Weiteren hatte der Systemwechsel zur Folge, dass Grundprinzipien des Vergaberechts aus dem Primärrecht der EU abgeleitet werden und in nationalen Gesetzen geregelt werden.¹⁸ Allgemeine Grundsätze – die wichtigsten Grundprinzipien – lassen sich seitdem aus dem gleichnamigen § 97 GWB in der Fassung vom 26.08.1998 ableiten.

Mit der jüngsten Vergaberechtsmodernisierung aus dem Jahr 2016¹⁹ wurden die allgemeinen Grundsätze des § 97 GWB überarbeitend ergänzt. Seither lassen sich aus § 97 GWB folgende Grundsätze der Vergabe entnehmen:

Absatz 1 enthält gleich zwei Grundsätze. Zum einen wird in Satz 1 der Wettbewerbs- und Transparenzgrundsatz angeführt. Zum anderen wird in Satz 2 die Wahrung der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit vorgeschrieben. Absatz 2 enthält das Diskriminierungsverbot. In Absatz 3 werden die Berücksichtigung von Aspekten der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte bei der Vergabe vorgeschrieben. Absatz 4 verpflichtet zur vornehmlichen Berücksichtigung

199 vom 09.08.1993, S. 1–53; Richtlinie 93/37/EWG vom 14.06.1993, ABl. L 199 vom 09.08.1993, S. 54–83; Richtlinie 93/38/EWG vom 14.06.1993, ABl. L 199 vom 09.08.1993, S. 84–138.

¹⁵ BR-Drucks. 646/97, S.1.

¹⁶ *Naumann*, Grundzüge der öffentlichen Auftragsvergabe, 2. Auflage 2022, S. 8.

¹⁷ *Summa*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage, Einleitung VergR (Stand: 15.09.2022), Rn. 15, juris.

¹⁸ *Summa*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage, Einleitung VergR (Stand: 15.09.2022), Rn. 12 ff, juris.

¹⁹ Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergR-ModG) vom 17. Februar 2016 (BGBl. I S. 203 – 232).

mittelständischer Interessen. Durch Absatz 5 wird die elektronische Kommunikation („E-Vergabe“²⁰) zwischen Auftraggeber und Unternehmen als Grundsatz aufgenommen. Absatz 6 schließt mit dem bereits zuvor erwähnten subjektiven Recht der Unternehmen auf Einhaltung der Vergabebestimmungen.²¹

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sieht § 97 IV GWB die „vornehmlich[e]“ Berücksichtigung mittelständischer Interessen vor. Mittelständische Interessen sollen durch die Aufteilung öffentlicher Aufträge in Teil- und Fachlose besonders berücksichtigt werden, sofern nicht eine Gesamtvergabe des Auftrages aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen erforderlich ist. Die Entscheidung zur Gesamtvergabe eines Auftrags, also ohne Untergliederung in kleinere Einheiten (Lose)²², stellt die absolute Ausnahme dar und ist hinreichend zu dokumentieren.²³

Nebst einer grundsätzlich erforderlichen Losbildung, hat der öffentliche Auftraggeber die Pflicht, weitere geeignete Maßnahmen zur Mittelstandförderung ausfindig zu machen. Hierzu zählen insbesondere die Wahl der Vergabeart, die Festlegung der Eignungskriterien sowie die Festsetzung von Fristen im Verfahren. Durch die Berücksichtigung zuvor genannter Aspekte sollen möglichst attraktive Maßnahmenpakete geschnürt werden, welche mittelständische Unternehmen zur Teilnahme am Vergabeverfahren ermutigen und deren Erfolgchancen steigern sollen.²⁴

Aus dem Grundsatz der Berücksichtigung mittelständischer Interessen lässt sich keine vorrangige Berücksichtigung mittelständischer Unternehmen bei der Angebotswertung ableiten. Ein solcher Vorrang würde gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 II GWB verstoßen.²⁵ Die in § 97 GWB enthaltenen Grundsätze der Vergabe sind ineinander verzahnt.

III. Zweigeteiltes Vergaberecht

Wie bereits aus Kapitel B.II ersichtlich, lässt sich das Vergaberecht in zwei Blöcke aufteilen. Der erste Block beschäftigt sich mit dem Kartellvergaberecht. Der zweite Block behandelt das Haushaltsvergaberecht.

²⁰ Naumann, Grundzüge der öffentlichen Auftragsvergabe, 2. Auflage 2022, S. 13.

²¹ Ganske/Ludwig, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, § 97 GWB, Rn. 189, juris.

²² Naumann, Grundzüge der öffentlichen Auftragsvergabe, 2. Auflage 2022, S. 13.

²³ Schneevogl, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage, § 97 GWB (Stand: 15.09.2022), Rn. 107, juris; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 22. Mai 2017 – 4 ZB 16.577 –, Rn. 15, juris.

²⁴ Antweiler, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 4. Auflage 2022, GWB § 97 Abs. 4, Rn. 45, beck-online.

²⁵ Vgl. Faßbender, NZBau 2010, 529 (533).

Die Aufteilung in Kartell- und Haushaltsvergaberecht erfolgt „anhand definierter Wertgrenzen, die durch die europäischen Vergaberichtlinien²⁶ vorgegeben werden.“²⁷ Die durch die Richtlinien vorgegebenen Wertgrenzen werden als Schwellenwerte bezeichnet. Der jeweilige Schwellenwert wird als Indikator für die Anwendbarkeit des Kartell- bzw. Haushaltsvergaberecht herangezogen. Bei Erreichen bzw. Überschreiten des Schwellenwerts findet Kartellvergaberecht, bei Unterschreitung des Schwellenwerts findet Haushaltsvergaberecht Anwendung.²⁸ Kartell- bzw. Haushaltsvergaberecht werden aufgrund ihrer Abhängigkeit von den jeweiligen Schwellenwerten auch als Vergabe im Ober- bzw. Unterschwellenbereich bezeichnet.²⁹

Im Folgenden wird zunächst das Zustandekommen des Schwellenwerts erläutert. Im Anschluss wird näher auf die Bedeutung einer Vergabe im Ober- bzw. Unterschwellenbereich eingegangen.

1. Die Schwellenwerte

Gemäß § 106 I GWB findet Teil 4 des GWBs „Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen“ nur dann auf die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen Anwendung, wenn die jeweils festgelegten Schwellenwerte erreicht oder überschritten werden. Die jeweiligen Schwellenwerte ergeben sich aus den in § 106 II Nr. 1 bis 4 GWB genannten Richtlinien in der jeweils geltenden Fassung.

Aus der RL 2014/24/EU lässt sich entnehmen, dass die festgelegten Schwellenwerte dieser Richtlinie derart angepasst werden, dass sie den Euro-Äquivalenten der in dem Übereinkommen der Welthandelsorganisation über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) entsprechen.³⁰

Das GPA ist ein völkerrechtliches Abkommen, welches zur Rechtsordnung der Welthandelsorganisation (WTO) zählt. Durch das Abkommen werden vergaberechtliche Standards bei den Vertragsparteien gesetzt.³¹ Da das GPA als sogenanntes plurilaterales Abkommen nur für diejenigen Mitglieder der WTO verbindlich ist, welche es

²⁶ Richtlinie 2014/24/EU vom 26.02.2014, ABl. L94 vom 28.03.2014, S. 65 –242; Richtlinie 2014/25/EU vom 26.02.2014, ABl. L 94 vom 28.03.2014, S. 243 –374, Richtlinie 2009/81/EG vom 13.07.2009, ABl. L 216 vom 20.08.2009, S. 76–136; Richtlinie 2014/23/EU vom 26.02.2014, ABl. L 94 vom 28.03.2014, S 1–64.

²⁷ *Naumann*, Grundzüge der öffentlichen Auftragsvergabe, 2. Auflage 2022, S. 4.

²⁸ *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 6. Auflage 2024, § 9. Das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge, Rn. 5.

²⁹ *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 1. Auflage 2018, § 5 Nationales Recht, Rn. 306; *Siegel*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, 10. Auflage 2023, § 54 VwVfG, Rn. 155, beck-online.

³⁰ Erwägungsgrund 18, RL 2014/24/EU.

³¹ *Krajewski/Krämer*, Die Auswirkungen des revidierten WTO-Übereinkommens über öffentliche Beschaffung („Government Procurement Agreement“, GPA) von 2012 auf soziale und arbeitnehmerfreundliche Beschaffungsentscheidungen, S 6.

unterzeichnet haben,³² ist das GPA derzeit für 22 Vertragsparteien gültig. Von diesen 22 Vertragsparteien sind 49 WTO-Mitglieder, wobei die EU und ihre 27 Mitgliedstaaten als eine Vertragspartei gezählt werden.³³

„Ziel des GPA ist es, einen multilateralen Rahmen ausgewogener Rechte und Pflichten in Bezug auf öffentliche Aufträge zu schaffen, um den Welthandel zu liberalisieren und auszuweiten.“³⁴ Sowohl GPA als auch das EU-Vergaberecht³⁵ dienen der Wahrung eines fairen und chancengleichen internationalen Handels, beeinflussen sich dabei gegenseitig, teilen viele Grundprinzipien und Gemeinsamkeiten.³⁶ Die für eine Vergabe im Ober- bzw. Unterschwellenbereich relevanten Schwellenwerte werden alle zwei Jahre auf Übereinstimmung mit dem GPA durch die Europäische Kommission überprüft. Die Überprüfung und die eventuell erforderliche Neuanpassung der Schwellenwerte erfolgt anhand im GPA festgelegter Berechnungsmethoden, gemäß Art. 6 I RL 2014/24/EU.

Sofern die Schwellenwerte der EU-Vergaberichtlinie angepasst werden müssen, erfolgt dies durch den Erlass eines delegierten Rechtsakts gemäß Art. 290 AEUV. Bei den delegierten Rechtsakten handelt es sich um Rechtsakte ohne Gesetzescharakter. Diese dienen der Ergänzung bzw. Änderung bereits bestehender Vorschriften.³⁷

Seit dem 01.01.2024 gelten für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen sowie die Ausrichtung von Wettbewerben die folgenden Schwellenwerte:

³² Dörr, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 4. Auflage 2022, Einleitung, Rn. 226, beck-online.

³³ WTO, Parteien und Beobachter; von Wietersheim, jurisPR-VergR 4/2024 Anm. 1, U. Neuigkeiten bezüglich des GPA, I. GPA-Beitritt Nordmazedoniens.

³⁴ Erwägungsgrund 17, RL 2014/24/EU.

³⁵ Bestehend aus den zuvor genannten Vergaberichtlinien.

³⁶ Weiß, NZBau 2016, 198 (198), beck-online.

³⁷ Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 290 AEUV [Delegierte Rechtsetzung], Rn. 2, beck-online.

| Auftragsart | Schwellenwerte |
|---|-----------------------|
| Liefer- und Dienstleistungsaufträge für oberste, obere Bundesbehörden und vergleichbare Bundeseinrichtungen | 143.000,00 € |
| Liefer- und Dienstleistungsaufträge für alle anderen Auftraggeber | 221.000,00 € |
| Bauaufträge | 5.538.000,00 € |
| Verteidigungs- und sicherheitsrelevante Liefer- und Dienstleistungsaufträge | 443.000,00 € |
| Verteidigungs- und sicherheitsrelevante Bauaufträge | 5.538.000,00 € |
| Konzessionen | 5.538.000,00 € |
| Liefer- und Dienstleistungsaufträge von Sektorenauftraggebern | 443.000,00 € |
| Bauaufträge von Sektorenauftraggebern | 5.538.000,00 € |

Abbildung 1: EU-Schwellenwerte für den Zeitraum 01.01.2024 - 31.12.2025³⁸

Die aufgeführten Schwellenwerte werden netto, also ohne Mehrwertsteuer, ausgewiesen. Dies dient der besseren Vergleichbarkeit, aufgrund der unterschiedlichen Mehrwertsteuersätze innerhalb der EU.³⁹

2. Oberschwellenbereich

Ab dem Erreichen bzw. Überschreiten der Schwellenwerte finden gemäß § 106 I 1 GWB die §§ 97 ff GWB Anwendung. Wie bereits erwähnt, wurden in den §§ 97 ff GWB die EU-Vergaberichtlinien in nationales Recht umgesetzt. Folglich sind die Regelungen der §§ 97 ff GWB bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen oder Konzessionen, im Sektorenbereich und bei verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Beschaffungen zu beachten. Darüber hinaus existieren, aufgrund entsprechender Ermächtigungen im GWB, vier Verordnungen, welche innerhalb ihres Anwendungsbereichs abschließende Regelungen enthalten.⁴⁰

Die beiden Verordnungen VgV und VSVgV enthalten für die Vergabe von Bauaufträgen zusätzlich Verweise auf weitere Bestimmungen der VOB/A. Gemäß § 2 Satz 2 VgV und § 2 II 2 VSVgV treffen Abschnitt 2 sowie 3 der VOB/A ergänzende Regelungen für die Vergabe von Bauaufträgen. Zur besseren Unterscheidung innerhalb der VOB/A wird den entsprechenden Paragraphen des zweiten Abschnitts das Kürzel

³⁸ Quelle: Eigene Darstellung; BAnz AT 12.12.2023 B1.

³⁹ Hertwig, in: Hertwig, Praxis des Vergaberechts, 7. Auflage 2021, Teil 1. Grundstrukturen des Vergaberechts, Rn. 88, beck-online.

⁴⁰ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 6. Auflage 2024, § 9. Das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge, Rn. 8.

VOB/A-EU und des dritten Abschnitts das Kürzel VOB/A-VS angehängt.⁴¹ Der zunehmende Grad an Konkretisierung von GWB bis zur VOB/A-EU bzw. VOB/A-VS wird auch als Kaskadenprinzip bezeichnet.⁴²

Zur Verdeutlichung des Aufbaus innerhalb des Kartellvergaberechts dient die folgende Abbildung:

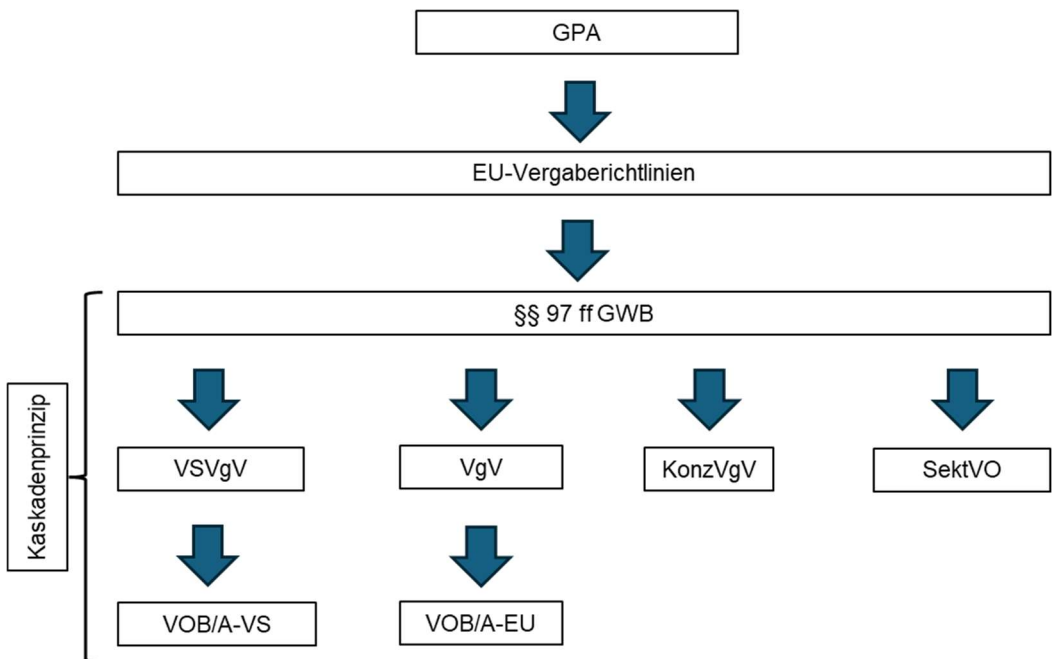


Abbildung 2: Aufbau des Kartellvergaberechts⁴³

3. Unterschwellenbereich

Bei Auftragsvergaben, bei denen der Schwellenwert unterschritten wird, findet das Haushaltsrecht der jeweiligen Körperschaft Anwendung. Gemäß VV Nr. 2 zu § 55 BHO sind für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen die Regelungen der UVgO und für die Vergabe von Bauleistungen Abschnitt 1 der VOB/A anzuwenden. Vereinzelt Bundesländer haben eigene Landesvergabegesetze eingeführt, welche vorrangig zur jeweiligen Haushaltsordnung gelten.⁴⁴ Des Weiteren haben vereinzelt Bundesländer Beschaffungsrichtlinien erlassen, welche die VV zu § 55 der jeweiligen Haushaltsordnung ergänzen.⁴⁵

Am Beispiel des § 55 BHO wird in folgender Abbildung der Aufbau des Vergaberechts im Unterschwellenbereich verdeutlicht:

⁴¹ VOB/A, Inhaltsübersicht.

⁴² Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, Einleitung, Rn. 25, beck-online.

⁴³ Quelle: Eigene Darstellung.

⁴⁴ Z.B. BerlAVG, LVG LSA und SächsVergabeG.

⁴⁵ Z.B. Richtlinie für die Vergabe von Aufträgen über Lieferungen und Leistungen durch die saarländische Landesverwaltung (Beschaffungsrichtlinien) vom 5. November 2020, in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. November 1999 (Amtsbl. 2000 S. 194), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. April 2019 (Amtsbl. I S. 446).

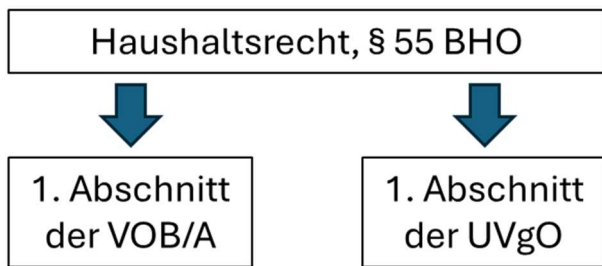


Abbildung 3: Aufbau des Vergaberechts im Unterschwellenbereich⁴⁶

IV. Auftragsarten

Aus den oben aufgeführten Abbildungen 1 bis 3 wird deutlich, dass Auftrag nicht gleich Auftrag ist. Vielmehr wird zwischen Bauaufträgen sowie Liefer- und Dienstleistungsaufträgen unterschieden.

Gemäß § 103 II GWB sind Lieferaufträge Verträge zur Beschaffung von Waren, die insbesondere Kauf oder Ratenkauf oder Leasing, Mietverhältnisse oder Pachtverhältnisse mit oder ohne Kaufoption betreffen. Aus der Formulierung „insbesondere“ wird deutlich, dass keine abschließende Aufzählung vorliegt.⁴⁷ Der Lieferauftrag ist sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich identisch definiert.⁴⁸

Baufträge im Oberschwellenbereich sind gemäß § 103 III GWB Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung bestimmter Bauleistungen und Bauwerke sowie über die Bauleistungen durch Dritte. Bauaufträge schulden in der Regel einen Erfolg und sind nach deutschem Zivilrecht regelmäßig als Werkverträge gemäß § 631 BGB zu klassifizieren.⁴⁹ Für eine Klassifizierung der Auftragsart kommt es aber nicht auf die Einordnung nach nationalem Recht an, sondern vielmehr auf den funktionalen Zusammenhang mit dem Bauvorhaben.⁵⁰ Auf die in § 1 VOB/A für den Unterschwellenbereich geltende Definition eines Bauauftrages darf nur zurückgegriffen werden, wenn sie nicht im Widerspruch zum Unionsrecht steht.⁵¹

Nach § 103 IV GWB sind Dienstleistungsaufträge Aufträge, die weder Liefer- noch Bauauftrag sind. Es handelt sich demnach um eine Negativdefinition mit Auffangtatbestandscharakter.⁵² Auch der Dienstleistungsauftrag ist im Ober- und Unterschwellenbereich identisch definiert.⁵³

⁴⁶ Quelle: Eigene Darstellung.

⁴⁷ Stein, in: BeckOK Vergaberecht, 33. Edition, Stand: 01.05.2024, § 103 GWB, Rn. 63, beck-online.

⁴⁸ Gerlach, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage, § 1 UVgO (Stand: 15.09.2022), Rn. 118, juris.

⁴⁹ Stein, in: BeckOK Vergaberecht, 33. Edition, Stand: 01.05.2024, § 103 GWB, Rn. 69, beck-online.

⁵⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.7.2000 – Verg 5/99 –, juris; Fandrey, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage 2024, § 4 Öffentliche Aufträge, Rn. 55, beck-online.

⁵¹ Fandrey, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage 2024, § 4 Öffentliche Aufträge, Rn. 55, beck-online.

⁵² Stein, in: BeckOK Vergaberecht, 33. Edition, Stand: 01.05.2024, § 103 GWB, Rn. 92f, beck-online.

⁵³ Gerlach, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage, § 1 UVgO (Stand: 15.09.2022), Rn. 120, juris.

C. Schätzung des Auftragswerts gemäß § 3 VgV

Die Ausführungen im vorherigen Kapitel lassen eines deutlich werden: Die jeweiligen Schwellenwerte sind maßgeblicher Indikator dafür, ob eine Auftragsvergabe im Ober- oder Unterschwellenbereich erfolgt. Eine Vergabe im Oberschwellenbereich hat die Anwendung europäisch geprägter nationaler Normen zur Folge.⁵⁴ Des Weiteren haben nach § 97 VI GWB die Bieter bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte ein Recht auf Einhaltung der Bestimmungen des Vergabeverfahrens. Der Primärrechtsschutz wird über das sogenannte Nachprüfungsverfahren (§§ 155 ff GWB) vor Zuschlagserteilung gewährleistet. Vergaben im Unterschwellenbereich erfolgen nach reinem Haushaltsrecht.⁵⁵ Hier fehlt es an einer speziellen Rechtsschutzregelung. Um einen Zuschlag dennoch verhindern zu können, müsste der Bieter die Erteilung des Auftrags durch einstweilige Verfügung (§§ 935, 940 ZPO) verbieten lassen.⁵⁶ Ob eine Auftragsvergabe im Ober- oder Unterschwellenbereich durchzuführen ist, hängt gemäß § 106 I GWB davon ab, ob der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer die jeweils festgelegten Schwellenwerte erreicht oder überschreitet.

Die Schätzung eines Auftragswerts erfolgt nach den gesetzlichen Bestimmungen des § 3 VgV⁵⁷. Daher werden nachfolgend die – im Kontext mit dieser Arbeit – wichtigsten Absätze zur Schätzung des Auftragswerts erläutert. Die vorliegende Arbeit befasst sich mit den Auswirkungen der Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F. Um im Anschluss die Frage zu beantworten, welche Auswirkungen die Streichung auf die bisher gelebte Schätzung des Auftragswerts bei losweiser Vergabe von Planungsleistungen hat, werden § 3 VII und IX VgV in der Fassung vom 12.04.2016 dargestellt.

Wie einleitend erwähnt, besitzen sowohl § 3 VSVgV, § 2 KonzVgV als auch § 2 SektVO eigene Regelungen zur Schätzung des Auftrags- bzw. Vertragswerts. Durch Art. 2 Nr. 2 und Art. 3 Nr. 2 der eForms-VO wurden auch in der VSVgV und der SektVO Änderungen an der Schätzung des Auftragswerts vorgenommen. Die vorliegende Arbeit bezieht sich ausschließlich auf die Änderungen in der VgV.

I. Richtlinienumsetzung in nationales Recht

Mit § 3 VgV wird Art. 5 RL 2014/24/EU in nationales Recht umgesetzt.⁵⁸ Art. 5 RL 2014/24/EU bietet verschiedene „Methoden zur Berechnung des ge-

⁵⁴ vgl. hierzu Abbildung 2: Aufbau des Kartellvergaberechts.

⁵⁵ vgl. hierzu Abbildung 3: Aufbau des Vergaberechts im Unterschwellenbereich.

⁵⁶ OLG München, Beschluss vom 19. Juni 2017 – 21 W 314/17 –, Rn. 6, juris.

⁵⁷ Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), die zuletzt durch Art. 1 der Verordnung vom 7. Februar 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 39) geändert worden ist.

⁵⁸ *Greb*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, § 3 VgV, Rn. 2, beck-online.

geschätzten Auftragswerts“. Ziel des Richtliniengebers ist es, die Schätzung des Auftragswerts europaweit einheitlich zu gestalten. Die Vereinheitlichung soll zur positiven Funktionsweise des europäischen Binnenmarkts beitragen.⁵⁹

Im Folgenden wird auf die im Zusammenhang mit dieser Arbeit stehenden wichtigsten Absätze des § 3 VgV eingegangen. Zunächst wird durch Abbildungen der Vergleich mit Art. 5 RL 2014/24/EU aufgezeigt. Dabei werden § 3 VII und IX VgV noch in der Fassung vom 12.04.2016 dargestellt. Im Anschluss werden die Methoden der Berechnung des geschätzten Auftragswerts anhand europäischer und nationaler Rechtsprechung sowie Kommentarliteratur erläutert.

1. Der funktionale Auftragsbegriff

| Art. 5 RL 2014/24/EU | § 3 VgV in der Fassung vom 07.02.2024 |
|---|---|
| <p>Abs. 1: Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswerts ist der vom öffentlichen Auftraggeber geschätzte zahlbare Gesamtbetrag ohne MwSt., einschließlich aller Optionen und etwaigen Verlängerungen der Aufträge, die in den Auftragsunterlagen ausdrücklich geregelt sind.</p> <p>Wenn der öffentliche Auftraggeber Prämien oder Zahlungen an Bewerber oder Bieter vorsieht, hat er diese bei der Berechnung des geschätzten Auftragswerts zu berücksichtigen.</p> | <p>Abs. 1: Bei der Schätzung des Auftragswerts ist vom voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistung ohne Umsatzsteuer auszugehen. Zudem sind etwaige Optionen oder Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen. Sieht der öffentliche Auftraggeber Prämien oder Zahlungen an den Bewerber oder Bieter vor, sind auch diese zu berücksichtigen.</p> |

Abbildung 4: § 3 I VgV⁶⁰

Gemäß § 3 I 1 VgV ist bei der Schätzung des Auftragswerts vom voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistung auszugehen. § 3 VgV steht somit unter dem Grundsatz der schätzweisen Gesamtwertermittlung⁶¹ bzw. dem Maximalschätzungsprinzip.⁶² Dies hat zur Folge, dass auch optionale Leistungen bei der Auftragswertschätzung zu berücksichtigen sind, § 3 I 2 VgV.

Was zu dem Auftrag, unter Zuhilfenahme der schätzweisen Gesamtwertermittlung, gehört, ist anhand einer funktionalen Betrachtungsweise zu ermitteln.⁶³ Die funktionale Betrachtungsweise bzw. der funktionale Auftragsbegriff gehen maßgeblich auf die EuGH-Entscheidungen in der Rechtssache Kommission/Frankreich⁶⁴ sowie in der Rechtssache Autalhalle Niedernhausen⁶⁵ zurück. Zur Verdeutlichung der Auswirkungen der beiden Urteile werden die wichtigsten Erkenntnisse im Folgenden dargestellt.

⁵⁹ *Kau*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 2, 3. Auflage 2019, § 3 VgV, Rn. 6, beck-online.

⁶⁰ Quelle: Eigene Darstellung.

⁶¹ *Kau*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 2, 3. Auflage 2019, § 3 VgV, Rn. 22, beck-online.

⁶² *Greb*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, § 3 VgV, Rn. 6, beck-online.

⁶³ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 28. Januar 2021 – 54 Verg 6/20 –, Rn. 58, juris.

⁶⁴ EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2000 – C-16/98 –, juris.

⁶⁵ EuGH, Urteil vom 15. März 2012 – C-574/10 –, juris.

a) **Rechtssache Kommission/Frankreich**

Zunächst ist hervorzuheben, dass das Urteil aus dem Jahr 2000 stammt und demnach weit vor dem Inkrafttreten der § 3 VgV zugrundeliegenden RL 2014/24/EU liegt. In dem Urteil befasste sich der EuGH bei der zugrundeliegenden Vergabe von Elektrifizierungs- und Straßenbeleuchtungsarbeiten mit der Frage, ob ein einziges Bauwerk im Sinne des Art. 14 X Unterabsatz 1 und XIII RL 93/38/EWG künstlich in mehrere Aufträge aufgeteilt wurde.⁶⁶ Nach Art. 14 X Unterabsatz 1 RL 93/38/EWG wird der Wert eines Bauauftrags auf der Grundlage des Gesamtwertes des Bauwerkes berechnet. Das Bauwerk wird im Folgesatz als das Ergebnis der Gesamtheit von Hoch- und Tiefbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche und technische Funktion erfüllen soll, definiert. Zwar findet sich in der aktuellen Vergaberichtlinie⁶⁷ die zuvor aufgeführte Definition des Bauwerks in ihrem exakten Wortlaut nur noch im Rahmen des Art. 2 I Nr. 7 RL 2014/24/EU wieder und wird nicht mehr in direktem Zusammenhang mit dem Bauauftrag genannt. Allerdings ist dies nur auf redaktionelle Ungenauigkeiten bei der Übersetzung der RL 2014/24/EU vom Englischen ins Deutsche zurückzuführen.⁶⁸

Art. 2 I Nr. 6 b) RL 2014/24/EU definiert den öffentlichen Bauauftrag als öffentlichen Auftrag, der die Ausführung oder sowohl die Planung als auch die Ausführung eines Bauvorhabens zum Ziel hat. Die Begrifflichkeit des „Bauvorhabens“ wurde vorliegend nicht korrekt übersetzt. Aus Art. 2 I Nr. 6 b) RL 2014/24/EU in der englischen Fassung lässt sich folgende Definition übernehmen. „the execution, or both the design and execution, of a work.“ Die Begrifflichkeit „a work“ wurde in den deutschen Fassungen der Baukoordinierungsrichtlinie⁶⁹, der Sektorenkoordinierungsrichtlinie⁷⁰ und der Vergaberichtlinie aus 2004⁷¹ stets mit „Bauwerk“ übersetzt. Bei konsistenter Übersetzung müsste die Begrifflichkeit des „Bauvorhabens“ aus Art. 2 I Nr. 6 b) RL 2014/24/EU durch „Bauwerk“ ersetzt werden.

Verinnerlicht man sich den Austausch des „Bauvorhabens“ durch „Bauwerk“, wird schnell klar, dass das Bauwerk weiterhin in unmittelbarem Zusammenhang mit dem öffentlichen Bauauftrag genannt wird. Folglich ist die Rechtsprechung der 2000er des EuGHs weiterhin zu beachten und nicht durch Richtlinienänderungen dem Lauf der Zeit unterlegen.

⁶⁶ EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2000 – C-16/98 – Rn. 28, juris.

⁶⁷ RL 2014/24/EU.

⁶⁸ *Kaiser*, NZBau 2024, 3 (4), beck-online.

⁶⁹ RL 93/37/EWG.

⁷⁰ RL 93/38/EWG.

⁷¹ RL 2004/18/EG.

Der EuGH macht in seiner Entscheidung deutlich, dass es bei der Frage, ob ein Bauwerk vorliegt oder nicht, auf die Definition des Art. 14 X Unterabsatz 1 RL 93/38/EWG ankommt. Demzufolge ist das Ergebnis der betreffenden Arbeiten anhand seiner wirtschaftlichen und technischen Funktion zu beurteilen.⁷² Im zugrundeliegenden Rechtsstreit wurde die wirtschaftliche und technische Funktion der Stromversorgungs- und Straßenbeleuchtungsnetze wie folgt beurteilt.

Zunächst widerlegt der EuGH die Ansicht der Kommission, dass es sich dann um die Herstellung eines einzigen Bauwerks handelt, wenn Aufträge so untereinander verknüpft sind, dass „ein Unternehmen der Gemeinschaft sie als ein und denselben wirtschaftlichen Vorgang ansehen und sich für ihre gemeinsame Ausführung bewerben könne.“⁷³ Dem Vorhandensein eines einzigen Bieters kann aber regelmäßig nur Indizwirkung zukommen. Denn wäre die Bieteranzahl einziges Kriterium des Bauauftrags, hätte dies zur Folge, dass den vom Richtliniengeber festgelegten Funktionskriterien des Art. 14 X Unterabsatz 1 RL 93/38/EWG gänzlich zuwidergelaufen wird. Überzeugend lässt sich das Vorliegen eines Bauwerks nur anhand der wirtschaftlichen und technischen Funktion (Funktionskriterien) des Ergebnisses der jeweils in Rede stehenden Arbeiten beurteilen.⁷⁴

Im Folgenden wurde durch den EuGH geprüft, ob ein Funktionsunterschied zwischen dem Stromversorgungs- und dem Straßenbeleuchtungsnetz besteht bzw. ob die Stromversorgungs- und Straßenbeleuchtungsnetze in sich selbst ein einheitliches Bauwerk darstellen.

Der EuGH stellte fest, dass ein Stromversorgungsnetz auf technischer Ebene dazu bestimmt ist, den jeweiligen Endverbraucher mit dem vom Lieferanten erzeugten Energie zu beliefern. Auf wirtschaftlicher Ebene ist der Endverbraucher dazu verpflichtet, dem Lieferanten das vom Stromverbrauch abhängige Entgelt zu entrichten.⁷⁵

Da ein Straßenbeleuchtungsnetz in technischer Hinsicht dazu bestimmt ist, öffentliche Orte unter Verwendung der durch das Stromversorgungsnetz bereitgestellten Energie zu beleuchten, und in wirtschaftlicher Hinsicht die Kosten von der für die Straßenbeleuchtung zuständigen Stelle selbst getragen werden, besteht kein funktionaler Zusammenhang zwischen dem Straßenbeleuchtungs- und Stromversorgungsnetz. Die beiden Netze bilden somit kein einheitliches Bauwerk.⁷⁶

⁷² EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2000 – C-16/98 – Rn. 38, juris.

⁷³ EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2000 – C-16/98 – Rn. 41, juris.

⁷⁴ EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2000 – C-16/98 – Rn. 42, juris.

⁷⁵ EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2000 – C-16/98 – Rn. 52, juris.

⁷⁶ EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2000 – C-16/98 – Rn. 53 und 54, juris.

Bei seiner Beurteilung, ob es sich bei den Stromversorgungsnetzen um ein einheitliches Bauwerk handelt, stellt der EuGH fest, dass die Netze in sich verbundfähig sind und dazu dienen, die hergestellte elektrische Energie an die Endverbraucher weiterzuleiten (technische Ebene) und zu verkaufen (wirtschaftliche Ebene). Mithin besteht funktionaler Zusammenhang zwischen den Netzen, welche somit als einheitliches Bauwerk zu werten sind.⁷⁷

In der Gesamtbetrachtung der Straßenbeleuchtungsnetze kommt der EuGH zu dem Ergebnis, dass kein einheitliches Bauwerk, mithin kein funktionaler Zusammenhang zwischen den Netzen, besteht. Der EuGH begründet seine Entscheidung damit, dass Straßenbeleuchtungsnetze durch bebaute Sektoren beschränkt werden können, ein Verbund der Netze somit nicht zwingend vorliegt. Demzufolge besteht kein zwingender technischer Zusammenhang. Auch ein wirtschaftlicher Zusammenhang konnte nicht zweifelsfrei belegt werden. So ist es grundsätzlich möglich, dass die für die Beleuchtung zuständigen Stellen die anfallenden Netzbetrieblasten tragen.⁷⁸

Zusammenfassend lässt sich dem Urteil folgendes entnehmen. Die Höhe des zu vergebenen Bauauftrages richtet sich nach dem Gesamtwert des Bauwerks. Bei der Frage, ob ein einheitliches Bauwerk vorliegt oder nicht, ist maßgeblich darauf abzustellen, ob in „wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität“⁷⁹ besteht, wobei die einzelnen Arbeiten zunächst ihrem Wesen nach beurteilt und im Anschluss nach ihrer wirtschaftlichen und technischen Funktion zusammengefasst werden. Anderen Umständen kommt lediglich Indizwirkung zu. Der EuGH orientiert sich somit bei der Beurteilung eines einheitlichen Bauwerks streng an der Definition des Art. 14 X Unterabsatz 1 RL 93/38/EWG und legt den Auftragsbegriff im Lichte der Ziele des Unionsrechts aus.⁸⁰

b) Rechtssache Autalhalle Niedernhausen

In der zuvor besprochenen Rechtssache Kommission/Frankreich wurde durch den EuGH klargestellt, dass bei der Bewertung, ob ein einheitliches Bauwerk vorliegt, eine funktionelle Betrachtungsweise heranzuziehen ist. Sofern ein einheitliches Bauwerk vorliegt, ist für die Schätzung des zu vergebenen Bauauftrags der Gesamtwert des Bauwerks heranzuziehen.

⁷⁷ EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2000 – C-16/98 – Rn. 64, juris.

⁷⁸ EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2000 – C-16/98 – Rn. 69, juris.

⁷⁹ *Kokew*, NZBau 2012, 749 (750), beck-online.

⁸⁰ *Kaiser*, NZBau, 2024, 3 (6), beck-online; *Kokew*, NZBau 2012, 749 (750), beck-online.

In der Rechtssache Autalhalle Niedernhausen geht es aber nicht um einen Bauauftrag. Vorliegend befasste sich der EuGH mit der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (hier: Architektenleistungen). Er beschäftigte sich mit der Frage, ob die abschnittsweise Beauftragung von Planungsleistungen für dasselbe Bauvorhaben einen einheitlichen Dienstleistungsauftrag darstellt. Demnach könnte die in der Rechtssache Kommission/Frankreich entwickelte funktionelle Betrachtungsweise der öffentlichen Bauaufträge auch auf Dienstleistungsaufträge Anwendung finden.⁸¹

Zwar liegt die vorliegende Entscheidung ebenfalls vor dem Inkrafttreten der § 3 VgV zugrundeliegenden RL 2014/24/EU, allerdings hat sich die Definition des öffentlichen Dienstleistungsauftrags nicht wesentlich geändert. So definiert die der Entscheidung des EuGHs zugrundeliegende RL 2004/18/EG öffentliche Dienstleistungsaufträge als öffentliche Aufträge über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Anhang II, die keine öffentlichen Bau- oder Lieferaufträge sind (Art. 1 II d) RL 2004/18/EG). In der § 3 VgV zugrundeliegenden Vergaberichtlinie⁸² wird der öffentliche Dienstleistungsauftrag als öffentlicher Auftrag über die Erbringung von Dienstleistungen, bei denen es sich nicht um die in Nummer 6 (öffentlicher Bauauftrag) genannten handelt, definiert (Art. 2 I Nr. 9 RL 2014/24/EU). Die beiden Definitionen sind überwiegend inhaltsgleich. In der aktuellen Vergaberichtlinie⁸³ ist der öffentliche Dienstleistungsauftrag nur noch als negative Abgrenzung zum öffentlichen Bauauftrag geführt. Auf einen separaten Anhang mit benannten Dienstleistungen wurde verzichtet. Die Rechtssache Autalhalle Niedernhausen ist demzufolge auch gegenwärtig zu beachten.

Bei der geplanten Sanierung der Sport- und Veranstaltungshalle (Aualhalle) in der Gemeinde Niedernhausen wurde ein örtliches Planungsbüro mit der Bestandsaufnahme, dem Sanierungskonzept sowie der Erstellung einer Kostenschätzung beauftragt. Bereits im Herbst 2006 wurde vom Gemeindevorstand beabsichtigt, das Planungsbüro in sämtlichen Leistungsphasen der Objektplanung zu beauftragen. Aus der angefertigten Kostenschätzung ergaben sich Gesamtkosten der Sanierung in Höhe von 1,95 Millionen Euro netto. Darin enthalten war das kalkulierte (Planungs-) Architektenhonorar von circa 273.000 Euro netto⁸⁴. Damit lag das Honorar über dem damals maßgeblichen Schwellenwert in Höhe von 206.000 Euro netto.⁸⁵ Aufgrund der angespannten Haushaltslage der Gemeinde Niedernhausen, wurden die Kosten für Bau- und Architektenleistungen über die Haushaltsjahre 2007 bis

⁸¹ EuGH, Urteil vom 15. März 2012 – C-574/10 – Rn. 19 ff., juris.

⁸² RL 2014/24/EU.

⁸³ RL 2014/24/EU.

⁸⁴ EuGH, Urteil vom 15. März 2012 – C-574/10 – Rn. 9 f., juris.

⁸⁵ Gemäß § 1 II VOF 2009 in der Fassung vom 18.11.2009 in Verbindung mit § 2 Nr. 2 VgV in der Fassung vom 23.10.2006.

2011 verteilt. Die Gemeinde schloss mit dem örtlichen Planungsbüro im Jahr 2008 und in den Folgejahren drei separate Verträge. Aus einer der Gemeindevorlagen lässt sich entnehmen, dass das örtliche Planungsbüro seit 2008 mit der Gesamtsanierungsmaßnahme Autalhalle beauftragt wurde. Das Gesamtvolumen der Verträge belief sich letztlich auf 291.000 Euro netto und wurde nicht europaweit ausgeschrieben.⁸⁶

Ende 2010 erhob die Kommission Klage vor dem EuGH. Sie beantragte unter anderem festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen das Umgehungsverbot des Art. 9 III RL2004/18/EG verstoßen habe, indem sie die (Planungs-) Architektenleistungen nicht europaweit ausgeschrieben hat.⁸⁷

Der EuGH musste sich mit der Kernfrage auseinandersetzen, ob „das vom Gericht im Urteil Kommission/Frankreich zu Bauaufträgen entwickelte Kriterium des einheitlichen Charakters auf Dienstleistungsaufträge übertragbar ist“,⁸⁸ demnach die getrennte Beauftragung von (Planungs-) Architektenleistungen einen einheitlichen Dienstleistungsauftrag darstellen.

Aus Sicht der Beklagten Bundesrepublik Deutschland lässt sich das zu den Bauaufträgen entwickelte Urteil des EuGHs nicht auf den vorliegenden Sachverhalt anwenden. Gegen eine Übertragung des Urteils auf den vorliegenden Sachverhalt spricht die unterschiedliche Rechtsnatur der beiden Auftragsarten. Die unterschiedliche Rechtsnatur wird zum einen aus der Negativabgrenzung der Definitionen zum Dienstleistungs- und Bauauftrag und zum anderen aus der Formulierung des 22. Erwägungsgrunds der RL 92/50/EWG abgeleitet. Des Weiteren spricht gegen eine Übertragbarkeit, dass sich die Planung unterschiedlicher Teile desselben Bauvorhabens sachlich trennen lässt. Bei Bauvorhaben sind sämtliche Teilleistungen notwendigerweise aufeinander abzustimmen. Ebenso spricht der Sperrvermerk im Haushaltsplan 2008 gegen eine Übertragbarkeit des Urteils auf den Sachverhalt. Wäre der funktionale Auftragsbegriff auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar, würden die unionsrechtlichen Vorschriften die Gemeinde Niedernhausen in die Überschuldung zwingen. Abschließend spreche gegen eine Anwendbarkeit, dass das Umgehungsverbot des Art. 9 III RL 2004/18/EG eine subjektive Umgehungsabsicht voraussetzt. Vorliegend sei die Unterteilung anhand sachlicher Gründe erfolgt und nicht in der Absicht, die geltenden Vergaberegeln zu umgehen.⁸⁹

⁸⁶ EuGH, Urteil vom 15. März 2012 – C-574/10 – Rn. 11 bis 14, juris.

⁸⁷ EuGH, Urteil vom 15. März 2012 – C-574/10 – Rn. 1, juris.

⁸⁸ EuGH, Urteil vom 15. März 2012 – C-574/10 – Rn. 39, juris.

⁸⁹ EuGH, Urteil vom 15. März 2012 – C-574/10 – Rn. 26 bis 32, juris.

Der EuGH folgte den Ausführungen der Bundesrepublik Deutschland nicht. Vielmehr gibt er zu verstehen, dass auch bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen der funktionelle Auftragsbegriff anzuwenden ist. So wurde die funktionelle Betrachtungsweise bereits 2001 und 2007 zur Begriffsbestimmung des öffentlichen Auftraggebers⁹⁰ und der Einrichtung des öffentlichen Rechts⁹¹ herangezogen. Bereits hieraus ist zu erkennen, dass sich eine funktionale Betrachtungsweise nicht ausschließlich auf die Vergabe von Bauaufträgen beschränkt. Des Weiteren lässt sich aus der Negativabgrenzung des Dienstleistungsauftrags keine Rechtfertigung zur Abweichung von den allgemeingültigen Grundsätzen und Zielen des Unionsrechts entnehmen. Vorliegend ist eine sachliche Trennung der Planungsleistungen nicht gegeben, da es sich stets um typische inhaltsgleiche (Planungs-) Architektenleistungen handelt. Neben den Leistungen bleiben auch die Modalitäten für die Vergütung immer gleich. Die Leistungen weisen demnach unter wirtschaftlicher und technischer Betrachtungsweise eine innere Kohärenz und funktionelle Kontinuität auf. Auch der haushaltsrechtliche Sperrvermerk spricht nicht gegen eine Anwendung des Urteils auf den vorliegenden Sachverhalt. So hätte die Gemeinde Niedernhausen den gesamten Planungsauftrag in mehrere Lose unterteilen können, welche zu verschiedenen Zeitpunkten vergeben worden wären. Ein Finanzierungsvorbehalt bei der Losvergabe hätte eine gezwungene Überschuldung verhindert. Ferner ist eine subjektive Umgehungsabsicht nicht erforderlich, da das Verfahren nach Art. 258 AEUV auf die objektive Feststellung eines Verstoßes eines Mitgliedsstaates abzielt.⁹²

Der EuGH stellt in seiner Entscheidung somit klar, dass auch der Dienstleistungsauftrag einer funktionellen Betrachtungsweise zu unterziehen ist. Er ist – ebenso wie der Bauauftrag – im Lichte der Ziele des Unionsrechts zu betrachten. Folgerichtig sind mehrere Dienstleistungsaufträge, die in einem funktionellen Zusammenhang stehen, bei der Schätzung des Auftragswerts zusammenzurechnen.⁹³

Abschließend ist den beiden EuGH-Urteilen zu entnehmen, dass ein einheitlicher Auftragsgegenstand immer dann vorliegt, wenn die zu erbringende Leistung im Hinblick auf ihre funktionale, wirtschaftliche und technische Funktion einen einheitlichen Charakter aufweist.⁹⁴ Nur durch diese Betrachtung kann dem Zweck der Vergaberichtlinien, nämlich im Hinblick auf die Vergabe eines öffentlichen Auftrags eine Bevorzugung einheimischer Bieter auszuschließen und die spätere Auftragsvergabe

⁹⁰ EuGH, Urteil vom 1. Februar 2001 – C-237/99 –, juris.

⁹¹ EuGH, Urteil vom 13. Dezember 2007 – C-337/06 –, juris.

⁹² EuGH, Urteil vom 15. März 2012 – C-574/10 – Rn. 34 bis 49, juris.

⁹³ *Kokew*, NZBau 2012, 749 (752), beck-online.

⁹⁴ EuGH, Urteil vom 15. März 2012 – C-574/10 – Rn. 45, juris; EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2000 – C-16/98 – Rn. 38, juris.

durch den öffentlichen Auftraggeber ausschließlich unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten erfolgen zu lassen, Rechnung getragen werden.⁹⁵

c) Nationale Rechtsprechung zum funktionalen Auftragsbegriff

Seit der Prägung des funktionalen Auftragsbegriffs durch den EuGH, beurteilen auch die nationalen Gerichte der Bundesrepublik Deutschland das Vorliegen eines einheitlichen Auftragsgegenstands einzelfallbezogen anhand des funktionalen, wirtschaftlichen und technischen Zusammenhangs der zu erbringenden Leistungen. Im Laufe der Zeit haben sich aus der Rechtsprechung der nationalen Gerichtsbarkeiten bestimmte Kriterien abgeleitet, welchen Indizwirkung bei der Beurteilung, ob ein einheitlicher Auftragsgegenstand vorliegt oder nicht, zukommt.⁹⁶ Diese Kriterien werden im Folgenden besprochen.

Das OLG Brandenburg beschloss, dass einzelne Bauabschnitte einer Entlastungsstraße eine unterschiedliche wirtschaftliche und technische Funktion erfüllen, da keine technische und praktische Einheit besteht, solange jeder Bauabschnitt für sich in verkehrstechnischer Sicht einer sachgerechten Nutzung unterzogen werden kann.⁹⁷

Bei den Umbauarbeiten einer Mensa in Berlin beschloss das KG Berlin in zweiter Instanz, dass die vom Auftraggeber vergebenen Einzelaufträge als einheitlicher Auftragsgegenstand zu werten sind. Mithin besteht zwischen Beton-, Fliesen- und Malerarbeiten sowie der Gestaltung der Küchentechnik, Produktionsanlage und Spültechnik und der Gestaltung der Essensausgabeeinrichtung ein wirtschaftlicher und funktionaler Bezug.⁹⁸

Sowohl das OLG Brandenburg als auch das KG Berlin bestimmen den funktionalen Auftragsbegriff des EuGHs unter Zuhilfenahme des Kriteriums der Vollständigkeit und Benutzbarkeit des jeweiligen (Teil-) Bereichs, welches durch das KG Berlin als nicht gegeben angesehen wurde.⁹⁹

Weitere Indizwirkung kommt dem zeitlichen Zusammenhang zu. So beschloss die VK Rheinland-Pfalz, dass die Sanierung sowie der Umbau eines Gebäudes und die Errichtung einer Hubschrauberlandeplattform in dem zu entscheidenden Fall ein zusammengehöriges Bauvorhaben darstellen. Sowohl Umbau und Sanierung als auch

⁹⁵ EuGH, Urteil vom 13. Dezember 2007 – C-337/06 – Rn. 36, juris; *Rechtsprechung*, NZBau 2008, 130 (133), beck-online.

⁹⁶ *Knossalla*, IR 2023, 254 (255), beck-online.

⁹⁷ Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 20. August 2002 – Verg W 4/02 –, Rn. 71, juris.

⁹⁸ KG Berlin, Beschluss vom 13. Mai 2013 – Verg 10/12 –, Rn. 13, juris.

⁹⁹ *Knossalla*, IR 2023, 254 (256), beck-online.

die Errichtung der Landeplattform verliefen in zeitlicher Hinsicht weitestgehend parallel ab und stehen in technischem Zusammenhang, da die Errichtung der Landeplattform nicht ohne den vorherigen Umbau des Gebäudes möglich gewesen wäre.¹⁰⁰

Nach dem Beschluss des OLG Rostock fehlt es an einem zeitlichen Zusammenhang bei der Erweiterung einer Kläranlage, wenn „die unterschiedlichen baulichen Anlagen ohne Beeinträchtigung ihrer Vollständigkeit und Benutzbarkeit auch getrennt voneinander errichtet werden können.“¹⁰¹ Die entsprechenden Bauabschnitte waren jeweils technisch allein funktionsfähig sowie sinnvoll und weisen keinen zeitlichen Zusammenhang auf. Folglich handelt es sich nicht um ein Gesamtbauwerk, weshalb die jeweiligen Bauabschnitte nicht zusammengerechnet werden mussten.¹⁰²

Als weiteres Kriterium mit Indizwirkung kann die Ausschreibung durch denselben Auftraggeber herangezogen werden. Das OLG Celle stellte in seinem Beschluss vom 12.07.2007 fest, dass Aufträge verschiedener öffentlicher Auftraggeber bei der Ermittlung des Auftragswerts grundsätzlich nicht zusammenzurechnen sind. Auch dann nicht, wenn zwischen den Aufträgen sachlicher Zusammenhang besteht. Sofern sich die beiden Auftraggeber aus technischen oder sonstigen Gründen dazu entschließen das Vergabeverfahren zu koordinieren und ein gemeinsames Angebot einzuholen, stellt der Abschluss zweier gesonderter Verträge eine unzulässige Aufteilung dar, sofern keine nachvollziehbare Erklärung vorliegt.¹⁰³

Ein letztes Kriterium mit Indizwirkung wurde vom OLG Naumburg herausgearbeitet. Demnach ist der Gesamtwert derjenigen Leistungen zu ermitteln, die auf ein und demselben Klinikstandort erbracht werden. Es handelt sich um einen Gesamtkomplex, welcher einen einheitlichen Auftrag darstellt.¹⁰⁴

d) Fazit zum funktionalen Auftragsbegriff

Der EuGH stellt in den beiden oben beschriebenen Urteilen klar, dass es bei der Beantwortung der Frage, ob ein einheitlicher Auftrag vorliegt oder nicht, ausschließlich darauf ankommt, ob die einzelnen Arbeiten in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität bilden. Diese Frage lässt sich nie pauschal, sondern ausschließlich einzelfallbezogen beantworten. Bei der Ermittlung des Beschaffungsbedarfs ist demnach stets eine umfassende Würdi-

¹⁰⁰ VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 6. April 2005 – VK 9/05 – S. 9; dejure.org.

¹⁰¹ OLG Rostock, Beschluss vom 20. September 2006 – 17 Verg 8/06 –, Rn. 55, juris.

¹⁰² OLG Rostock, Beschluss vom 20. September 2006 – 17 Verg 8/06 –, Rn. 56, juris.

¹⁰³ OLG Celle, Beschluss vom 12. Juli 2007 – 13 Verg 6/07 –, Rn. 38, juris.

¹⁰⁴ Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 14. März 2014 – 2 Verg 1/14 –, Rn. 42, juris.

gung der einzelnen Arbeiten vorzunehmen und zu dokumentieren. Von der nationalen Rechtsprechung entwickelte Aspekte können bei der Einzelfallprüfung des Gesamtauftragswerts als Indiz herangezogen werden. Eine abschließende und europarechtskonforme Beurteilung lässt sich aber ausschließlich durch die Auslegung des Auftragsbegriffs im Lichte der Ziele des Unionsrechts vornehmen. Diese Auslegung beschränkt sich nicht auf die Vergabe von Bauaufträgen, sondern ist ausnahmslos bei allen Vergaberichtlinien anzuwenden.

2. Umgehungsverbot

| Art. 5 RL 2014/24/EU | § 3 VgV in der Fassung vom 07.02.2024 |
|---|--|
| Abs. 3: Die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts darf nicht in der Absicht erfolgen, die Anwendung dieser Richtlinie zu umgehen. Eine Auftragsvergabe darf nicht so unterteilt werden, dass sie nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, es sei denn, es liegen objektive Gründe dafür vor. | Abs. 2: Die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts darf nicht in der Absicht erfolgen, die Anwendung der Bestimmungen des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder dieser Verordnung zu umgehen. Eine Auftragsvergabe darf nicht so unterteilt werden, dass sie nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder dieser Verordnung fällt, es sei denn, es liegen objektive Gründe dafür vor, etwa wenn eine eigenständige Organisationseinheit selbstständig für ihre Auftragsvergabe oder bestimmte Kategorien der Auftragsvergabe zuständig ist. |

Abbildung 5: § 3 II VgV¹⁰⁵

Damit sich ein Auftraggeber dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts nicht entzieht, hat der Ordnungsgeber ein allgemeines Umgehungsverbot eingeführt. Dieses wurde in § 3 II VgV übernommen. Das allgemeine Umgehungsverbot soll der Missbrauchs- und Umgehungsgefahr bei der Methodenwahl zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts vorbeugen, welche der Ordnungsgeber als groß einschätzt.¹⁰⁶

„Eine Umgehungsart ist die Unterteilung des Auftrags, um so den Schwellenwert zu unterschreiten.“¹⁰⁷ Eine solche unzulässige Unterteilung lag in den Rechtssachen Kommission/Frankreich und Autalhalle Niedernhausen vor. Neben der Nichtanwendung des Kartellvergaberechts und dem daraus resultierenden geringfügigen Bieterschutz, kann eine Umgehung die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens sowie die Klageerhebung vor dem EuGH wegen Nichteinhaltung des EU-Rechts zur Folge haben.¹⁰⁸

Die Missachtung des funktionalen Auftragsbegriffs kann folglich zur Umgehung des Kartellvergaberechts führen. Sofern der EuGH im Vertragsverletzungsverfahren ein

¹⁰⁵ Quelle: Eigene Darstellung.

¹⁰⁶ Kau, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 2, 3. Auflage 2019, § 3 VgV, Rn. 32, beck-online.

¹⁰⁷ Greb in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, § 3 VgV, Rn. 14, beck-online.

¹⁰⁸ Mitteilung der Kommission, EU-Recht: Bessere Ergebnisse durch bessere Anwendung, 2017/C 18/02, S. 9.

Verstoß gegen europäisches Recht per Urteil feststellt und dies durch den Mitgliedstaat nicht umgesetzt wird, können Sanktionen in Form von Zwangsgeld oder Pauschalbetrag verhängt werden.¹⁰⁹

Neben dem allgemeinen Umgehungsverbot des § 3 II VgV führt bereits § 3 I 2 und 3 VgV ein konkretes Umgehungsverbot, indem Vertragsverlängerungen und Prämien oder Zahlungen an den Bewerber oder Bieter bei der Schätzung des Auftragswerts zu berücksichtigen sind.¹¹⁰

Eine ähnliche Regelung findet sich auch in § 111 V GWB. Danach darf der Auftraggeber sein Wahlrecht gemäß § 111 I GWB nicht dazu missbrauchen, die anwendbaren Vergabevorschriften zu unterlaufen. § 111 V GWB und § 3 II VgV verfolgen mithin den selben Regelungszweck.¹¹¹

3. Auftragswert von Bauleistungen

| Art. 5 RL 2014/24/EU | § 3 VgV in der Fassung vom 07.02.2024 |
|---|--|
| Abs. 7: Bei der Berechnung des geschätzten Auftragswerts von öffentlichen Bauaufträgen wird außer dem Wert der Bauleistungen auch der geschätzte Gesamtwert der vom öffentlichen Auftraggeber dem Auftragnehmer zur Verfügung gestellten Lieferungen und Dienstleistungen berücksichtigt, sofern diese für die Ausführung der Bauleistungen erforderlich sind. | Abs. 6: Bei der Schätzung des Auftragswerts von Bauleistungen ist neben dem Auftragswert der Bauaufträge der geschätzte Gesamtwert aller Liefer- und Dienstleistungen zu berücksichtigen, die für die Ausführung der Bauleistungen erforderlich sind und vom öffentlichen Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden. Die Möglichkeit des öffentlichen Auftraggebers, Aufträge für die Planung und die Ausführung von Bauleistungen entweder getrennt oder gemeinsam zu vergeben, bleibt unberührt. |

Abbildung 6: § 3 VI VgV¹¹²

§ 3 VI VgV konkretisiert die allgemeine Regelung zur Schätzung des voraussichtlichen Gesamtwerts des Auftrags gemäß § 3 I 1 VgV für den Anwendungsbereich der Bauleistungen. Die Konkretisierung erfolgt durch die Vorgabe, dass sich der geschätzte Gesamtwert des Auftrags aus der Summe der Bauaufträge und die mit der Ausführung der Bauleistungen erforderlichen Liefer- und Dienstleistungen ergibt.¹¹³ Durch die erfolgte Konkretisierung wird durch den Normgeber verdeutlicht, dass zur Umsetzung von Bauleistungen grundsätzlich auch Liefer- und Dienstleistungen erbracht werden müssen. Eine isolierte Betrachtung dieser Leistungen ist in der Regel sinnfrei.¹¹⁴

Baufträge sind gemäß § 103 III GWB Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung von Bauleistungen, die im Zusammenhang

¹⁰⁹ *BMW*, Schlaglichter der Wirtschaftspolitik – Monatsbericht August 2018, S. 20.

¹¹⁰ *Kau*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 2, 3. Auflage 2019, § 3 VgV, Rn. 32, beck-online.

¹¹¹ *Jahn*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage, § 111 GWB (Stand: 15.09.2022), Rn. 43f, juris.

¹¹² Quelle: Eigene Darstellung.

¹¹³ *Fülling*, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 3, VergabeR I, 4. Auflage 2022, § 3 VgV, Rn. 25, beck-online.

¹¹⁴ *Lausen*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage, § 3 VgV (Stand: 12.12.2023), Rn. 73, juris; *Kau*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 2, 3. Auflage 2019, § 3 VgV, Rn. 51, beck-online; BT-Drucks. 18/7318, S. 148.

mit einer der Tätigkeit, die in Anhang II der Richtlinie 2014/24/EU genannt sind, stehen. Zu den Bauaufträgen gehören auch Verträge über die Ausführung oder gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauwerks für den öffentlichen Auftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll. Somit folgt aus der Definition des Bauauftrags die Anwendung des funktionalen Auftragsbegriffs für die Schätzung des Auftragswerts bei Bauleistungen. Aus dem funktionalen Auftragsbegriff lässt sich in Bezug auf Liefer- und Dienstleistungen ableiten, dass diejenigen Liefer- und Dienstleistungen zu berücksichtigen sind, die zur Ausführung der Bauleistung erforderlich sind. Die Bauleistung muss aber zwingend Hauptgegenstand des Auftrags gemäß § 110 I GWB sein. Die Konkretisierung des § 3 I 1 VgV führt nicht zur Verdrängung der Anwendung des funktionalen Auftragsbegriffs.¹¹⁵ Anhaltspunkte über die zu berücksichtigenden Kosten beim Hochbau liefert DIN 276.¹¹⁶

Bei der Vergabe von Bauaufträgen steht dem Auftraggeber ausweislich der Formulierung des § 103 III 1 GWB („oder“) ein Wahlrecht zu. Das Wahlrecht besteht darin, ausschließlich die Ausführung von Bauleistungen (§ 103 III 1 Nr. 1 GWB) bzw. von Bauwerken (§ 103 III 1 Nr. 2 GWB) oder sowohl die Ausführung als auch die Planung eben dieser zu vergeben. Aus Sicht des europäischen Richtliniengebers folgt das Wahlrecht aus der die öffentlichen Bauaufträgen kennzeichnenden Vielfalt und äußert sich dergestalt, öffentliche Bauaufträge gemeinsam oder getrennt zu vergeben.¹¹⁷

Gemäß § 3 VI 2 VgV bleibt die Möglichkeit (Wahlrecht) des öffentlichen Auftraggebers, Aufträge für Planung und die Ausführung von Bauleistungen entweder getrennt oder gemeinsam zu vergeben, unberührt. Diese Formulierung stammt nicht direkt aus Art. 5 VII RL 2014/24/EU, wird hingegen durch Art. 2 I Nr. 6 RL 2014/24/EU sowie durch den zweiten Absatz des Erwägungsgrunds 8 der zuvor genannten Richtlinie europarechtlich legitimiert.¹¹⁸

¹¹⁵ *Lausen*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage, § 3 VgV (Stand: 12.12.2023), Rn. 75 und 85, juris.

¹¹⁶ *Lausen*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage, § 3 VgV (Stand: 12.12.2023), Rn. 83, juris.

¹¹⁷ Erwägungsgrund 8 RL 2014/24/EU.

¹¹⁸ Erwägungsgrund 8 RL 2014/24/EU.

4. Auftragswert bei der Vergabe in Losen

| Art. 5 RL 2014/24/EU | § 3 VgV in der Fassung vom 12.04.2016 |
|--|--|
| Abs. 8: Kann ein Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung von Dienstleistungen zu Aufträgen führen, die in mehreren Losen vergeben werden, so ist der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose zu berücksichtigen. Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose den in Artikel 4 bestimmten Schwellenwert, so gilt die Richtlinie für die Vergabe jedes Loses. | Abs. 7: Kann das beabsichtigte Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung einer Dienstleistung zu einem Auftrag führen, der in mehreren Losen vergeben wird, ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen. <u>Bei Planungsleistungen gilt dies nur für Lose über gleichartige Leistungen.</u> Erreicht oder überschreitet der geschätzte Gesamtwert den maßgeblichen Schwellenwert, gilt diese Verordnung für die Vergabe jedes Loses. |

Abbildung 7: § 3 VII VgV a.F.¹¹⁹

Wie bereits unter B.II erläutert, sind gemäß § 97 IV 1 GWB mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Um diese Interessen bei der Vergabe entsprechend zu berücksichtigen, ist eine Aufteilung der Leistung in Teil- bzw. Fachlose vorzunehmen (§ 97 IV 2 GWB). Die gebildeten Lose sind getrennt voneinander zu vergeben, sofern keine wirtschaftlichen oder technischen Gründe dagegenstehen (§ 97 IV 3 GWB).

Damit die Berücksichtigung mittelständischer Interessen durch die Bildung von Teil- bzw. Fachlosen nicht zur Umgehung des Kartellvergaberechts führt – die Norm ist mithin ebenfalls als Umgebungsverbot zu klassifizieren –, enthält § 3 VII VgV a.F. konkrete Regelungen zur Schätzung des Auftragswerts bei der losweisen Vergabe von Bauvorhaben bzw. Dienstleistungen. Demnach ist gemäß § 3 VII 1 VgV a.F. bei der losweisen Vergabe von Bauvorhaben bzw. Dienstleistungen der geschätzte Gesamtwert aller Lose bei der Ermittlung des Auftragswerts zugrunde zu legen.¹²⁰

Im direkten Vergleich zu § 3 VI VgV fällt auf, dass nicht die Bauleistung, sondern das Bauvorhaben im Fokus steht. Wie unter C.I.1.a) festgestellt, ist die Begrifflichkeit des Bauvorhabens bei konsistenter Übersetzung durch den Begriff Bauwerk (Art. 2 I Nr. 7 RL 2014/24/EU) zu ersetzen. Demnach umfasst § 3 VII 1 VgV a.F. das Ergebnis einer Gesamtheit von Hoch- oder Tiefbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll und ist weiter gefasst als die Addition einzelner Bauleistungslose. Die Fertigstellung eines Bauwerks kann somit mehrere Bauleistungen sowie Liefer- und Dienstleistungen zum Gegenstand haben, was bei der Zusammenrechnung aller Lose zu berücksichtigen ist.¹²¹

Sofern der gemäß § 3 VII 1 VgV a.F. geschätzte Gesamtwert aller Lose den jeweils maßgeblichen Schwellenwert erreicht oder überschreitet, finden die Regelungen der VgV nach § 3 VII 3 VgV a.F. für die Vergabe jedes Loses Anwendung.

¹¹⁹ Quelle: Eigene Darstellung.

¹²⁰ Lausen, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage, § 3 VgV (Stand: 12.12.2023), Rn. 91, juris.

¹²¹ Lausen, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage, § 3 VgV (Stand: 12.12.2023), Rn. 93, juris.

§ 3 VII 2 VgV a.F. setzt eine von Absatz 1 abweichende Sonderregelung für Planungsleistungen fest, man spricht vom „Planerprivileg“.¹²² Bei Architekten- und Ingenieurleistungen, welche unter dem Oberbegriff Planungsleistungen zusammengefasst werden,¹²³ werden die geschätzten Auftragswerte der Lose gemäß § 3 VII 2 VgV a.F. nur dann zusammengerechnet, wenn es sich dabei um gleichartige Leistungen handelt.

Vergleicht man die drei Sätze des § 3 VII VgV a.F. mit Art. 8 VIII RL 2014/24/EU, fällt auf, dass lediglich Satz 1 und 3 dem Regelungstext der Richtlinie entsprechen. Mit Satz 2 entsteht durch die Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinie¹²⁴ eine nationale Sonderregelung für Planungsleistungen, welche keinen direkten Ursprung im zugrundeliegenden europäischen Sekundärrecht findet.¹²⁵ Dieser Umstand führte dazu, dass gegen die Bundesrepublik Deutschland zwei Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet wurden.¹²⁶ Das erste Vertragsverletzungsverfahren wurde bereits im Jahr 2016 eingestellt, da die zugrundeliegenden Aufträge bereits vollständig abgewickelt waren. Die Kommission verdeutlichte, dass sie die getrennte Betrachtung der verschiedenen Planungsleistungen bei der Auftragswertermittlung alsbald erneut aufgreifen wird.¹²⁷ Dies geschah durch die Einleitung des zweiten Vertragsverletzungsverfahrens, welches zur Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F. im Rahmen der eForms-Verordnung führte.¹²⁸

Bereits gegen die Veröffentlichung des Referentenentwurfs der Bundesregierung vom 16.02.2023, welcher die Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F. erstmalig thematisierte,¹²⁹ regte sich erheblicher Widerstand:

Der Zentralverband des Deutschen Handwerks forderte den Erhalt des § 3 VII 2 VgV a.F., da eine Streichung der Norm die ohnehin schon überlasteten Kommunen weiter belasten würde. Dies hätte zur Folge, dass die Kommunen vermehrt zu Totalunternehmervergaben greifen würden. Diese Vergabeart werde dazu führen, dass die Fach- und Teilloosvergabe erheblich vernachlässigt wird und somit kleineren und mittleren Unternehmen die Teilnahme am Wettbewerb verwehrt wird.

¹²² *Voppel*, in: *Voppel/Osenbrück/Bubert*, VgV, 4. Auflage 2018, § 3 VgV, Rn. 42, beck-online; *Leinemann/Mertel* VergabeNews 2024, 18 (18).

¹²³ *Fülling*, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 3, VergabeR I, 4. Auflage 2022, § 3 VgV, Rn. 30, beck-online.

¹²⁴ Richtlinie 2014/24/EU vom 26.02.2014, ABI. L94 vom 28.03.2014, S. 65 –242.

¹²⁵ *Schneider*, in: *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB-Kommentar, Teil A/B, 8. Auflage 2022, § 3 VgV, Rn. 64, beck-online; *Dieckmann*, in: *Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal*, VgV, UVgO, 3. Auflage 2022, § 3 VgV, Rn. 35, beck-online.

¹²⁶ INFR(2015)4228; INFR(2018)2272.

¹²⁷ *Voppel*, in: *Voppel/Osenbrück/Bubert*, VgV, 4. Auflage 2018, § 3 VgV, Rn.47, beck-online.

¹²⁸ BT-Drucks. 20/6118, S. 21.

¹²⁹ Art. 1 Nr. 2 des Referentenentwurfs der Bundesregierung vom 16.02.2023.

Die Einschränkung des Wettbewerbs könne die Wirtschaftlichkeit der angebotenen Preise beeinflussen.¹³⁰

Auch die Stellungnahme der Kammern und Verbände der planenden Berufe sowie des Bundesverbandes der Freien Berufe zum Referentenentwurf vom 16.02.2023 teilt die Einschätzung des Zentralverbands des Deutschen Handwerks in Bezug auf die Überlastung kommunaler Vergabestellen. Darüber hinaus werden die Folgen der Totalunternehmervergabe derart gravierend eingeschätzt, dass die Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F. „eine Existenzgefährdung für die mittelstandsgeprägte Planungswirtschaft in Deutschland“¹³¹ zur Folge hätte. Des Weiteren wird kritisiert, dass eine Streichung wenig bis gar keine Binnenmarktrelevanz habe. Demnach stehen den erwarteten negativen Auswirkungen der Streichung keine erkennbaren positiven Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes gegenüber. Bereits in der Vergangenheit haben ausländische Bieter wenig Interesse an deutschen Planungsaufträgen gehabt. Bei der Vergabe von Planungsleistungen im Oberschwellenbereich wurden im Zeitraum 2015 bis 2019 im Durchschnitt 0,48% der Aufträge an Unternehmen im europäischen Ausland erteilt. Diese niedrige Zahl kann sowohl auf das zugrundeliegende unterschiedliche Rechtssystem als auch auf fehlende Sprachkenntnisse zurückgeführt werden. Beide Hindernisse werden durch die Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F. nicht beseitigt. Abschließend wird kritisiert, dass der Verstoß des § 3 VII 2 VgV a.F. gegen europäisches Recht nicht abschließend durch den EuGH festgestellt wurde. Die Bundesrepublik Deutschland zeige zu wenig Anreiz, die Rechtmäßigkeit der nationalen Regelung gegenüber der EU-Kommission vor dem EuGH zu verteidigen. Widerstand gegen das Vertragsverletzungsverfahren scheint nicht aussichtslos, da der EuGH nicht zwingend im Sinne der EU-Kommission entscheidet.¹³²

Die zuvor dargelegten negativen Auswirkungen werden auch von kommunaler Seite geteilt. Gerade die deutliche Mehrbelastung durch die erheblich bürokratischeren Vergabeverfahren oberhalb des Schwellenwerts steht aus kommunaler Sicht im Vordergrund der geplanten Aufhebung des § 3 VII 2 VgV a.F.¹³³

Um den Dissens zwischen Streichung und Erhalt des § 3 VII 2 VgV a.F. am besten nachvollziehen zu können, wird im Folgenden zunächst die Berechnung des geschätzten Gesamtauftragswerts nach dem nationalen Verständnis des

¹³⁰ Zentralverband des Deutschen Handwerks, Stellungnahme „eForms“-Verordnung, 01.03.2023, S. 2.

¹³¹ Stellungnahme der Kammern und Verbände der planenden Berufe sowie des Bundesverbandes der freien Berufe, 01.03.2023, S. 2.

¹³² Stellungnahme der Kammern und Verbände der planenden Berufe sowie des Bundesverbandes der freien Berufe, 01.03.2023, S. 2 f.

¹³³ Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände, 17.02.2023, S.8.

§ 3 VII 2 VgV a.F. vor seiner Streichung dargestellt. Im Anschluss wird das Berechnungsverfahren nach europäischem Verständnis dargelegt. In Kapitel C.II werden abschließend die von den Verbänden und Kammern befürchteten Folgen des Wegfalls von § 3 VII 2 VgV a.F. dargestellt.

a) Die Berechnung nach nationalem Verständnis

Dreh- und Angelpunkt in der Debatte um den Erhalt bzw. die Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F. ist das unterschiedliche Verständnis der Gleichartigkeit einer Leistung. Denn gemäß § 3 VII 2 VgV a.F. sind bei Planungsleistungen die geschätzten Auftragswerte der Teilaufträge nur dann zusammenzurechnen, wenn es sich um gleichartige Leistungen handelt.

Bereits bei der Betrachtung früherer nationaler Regelungen zur Auftragswertermittlung bei freiberuflichen Leistungen – zu welchen die Planungsleistungen gehören – fällt auf, dass eine ähnliche Formulierung gewählt wurde. So sieht bereits § 3 III VOF 2006 eine Addition des geschätzten Gesamtwerts bei der Aufteilung zu vergebener Leistungen nur dann vor, wenn eine Teilung in mehrere Teilaufträge derselben freiberuflichen Leistung vorliegt. § 3 III VOF 2006 wurde derart ausgelegt, dass „unterschiedliche Planungsleistungen grundsätzlich nicht dieselben freiberuflichen Leistungen darstellten und folglich nicht zusammengerechnet werden mussten.“¹³⁴ Aus dieser Auslegung folgte, dass als Maßstab für die Unterschiedlichkeit von Planungsleistungen die HOAI herangezogen wurde. Demnach handelt es sich um dieselben freiberuflichen Leistungen, wenn die Leistung demselben HOAI-Leistungsbild entspringt. Diese Leistungen wurden addiert. Keine Addition bedurfte es demnach bei Leistungen, die durch verschiedene HOAI-Leistungsbilder abgebildet werden.¹³⁵ An dieser Interpretation und praktischen Umsetzung wurde auch mit der Einführung des § 3 VII 2 VgV a.F. festgehalten. Die Gleich- bzw. Verschiedenartigkeit einer Leistung bemisst sich an den Leistungsbildern der HOAI.¹³⁶

Exkurs zur HOAI

Die HOAI 2021 gilt nach § 1 HOAI 2021 für Honorare für Ingenieur- und Architektenleistungen und umfasst die in der Verordnung genannten Leistungen. Es handelt sich um reines Preisrecht, wobei die zwingende Wirkung des Preisrahmenrechts der HOAI a.F. wegen Europarechtswidrigkeit durch den EuGH¹³⁷ gekippt wurde. Den-

¹³⁴ *Matuschak*, NZBau 2016, 613 (614), beck-online.

¹³⁵ *Matuschak*, NZBau 2016, 613 (614), beck-online.

¹³⁶ *Voppel*, in: *Voppel/Osenbrück/Bubert*, VgV, 4. Auflage 2018, § 3 VgV, Rn.44, beck-online; *Matuschak*, NZBau 2016, 613 (617), beck-online; VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 11.1.2006 – VK – SH 28/05 –, juris.

¹³⁷ EuGH, Urteil vom 4. Juli 2019 – C-377/17 –, juris.

noch richten sich die Honorare von Architekten und Ingenieuren in der Praxis weiterhin nach den Regelungen der HOAI 2021.¹³⁸ Nach § 3 I 2 HOAI 2021 enthalten die Leistungsbilder Grundleistungen, welche zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrags allgemein erforderlich sind. Die Leistungsbilder gliedern sich in Leistungsphasen, welche als kleinste Einheit mit bestimmten Prozentpunkten bewertet werden, wobei sich die Gliederung nach den Regelungen der Teile 2 bis 4 sowie Anlage 1 richtet, § 3 I 3 HOAI 2021. So regelt Teil 2 „Flächenplanung“ der HOAI 2021 in seinem ersten Abschnitt sowohl das Leistungsbild für den Flächennutzungsplan (§ 18 HOAI 2021) als auch für den Bebauungsplan (§ 19 HOAI 2021). Gemäß § 18 I 1 Nr. 1 bis 3 HOAI 2021 sind die Grundleistungen bei Flächennutzungsplänen in drei Leistungsphasen unterteilt, wobei Anlage 2 der HOAI 2021 die Grundleistungen der Leistungsphasen umfasst.

Exkurs Ende

Für eine Berechnung nach nationalem Verständnis, also die Beurteilung der Gleichartigkeit anhand der Leistungsbilder der HOAI, spricht demnach sowohl der Wortlaut als auch die Entstehungsgeschichte des § 3 VII 2 VgV a.F.¹³⁹

b) Die Berechnung nach europäischem Verständnis

Neben dem am 11.12.2015 eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland in der Sache „Freibad Stadt Elze“¹⁴⁰ beanstandete das OLG München – als erstes nationales Gericht – die Berechnung nach nationalem Verständnis.¹⁴¹ Zwar setzt sich das OLG München mit der Regelung des § 2 VII 2 SektVO a.F. auseinander, aufgrund des identischen Wortlauts kann die Rechtsprechung des OLG Münchens auf die Regelung des § 3 VII 2 VgV a.F. problemlos übertragen werden.¹⁴²

Im zugrundeliegenden Beschluss beabsichtigte die Auftraggeberin die Errichtung eines Verwaltungsgebäudes für ihre Mitarbeiter. Ausweislich der Bekanntmachung werden für die Errichtung unter anderem die Leistungen der Tragwerksplanung gemäß § 49 HOAI Leistungsphasen 1 bis 6 benötigt. Des Weiteren werden Planungsleistungen in Form der technischen Ausrüstung, der thermischen Bauphysik und der Objektplanung benötigt. Da die Auftraggeberin beim Neubau im höchsten Maß Wert

¹³⁸ *Manteufel*, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 10. Auflage 2024, § 1 HOAI, Rn. 6f, beck-online.

¹³⁹ OLG München, Beschluss vom 13. März 2017 – Verg 15/16 –, Rn. 61, juris.

¹⁴⁰ INFR(2015)4228.

¹⁴¹ OLG München, Beschluss vom 13. März 2017 – Verg 15/16 –, juris.

¹⁴² *Portz*, NZBau 2017, 408 (408), beck-online.

auf Energieeffizienz und CO₂-Reduktion legt, müssen die zuvor genannten Planungsdisziplinen lückenlos aufeinander abgestimmt und optimiert werden. Sie bilden dabei eine Einheit ohne Schnittstellen.¹⁴³

Nach der Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung, wurde von einem Architekturbüro, welches keinen Teilnahmeantrag abgegeben hatte, ein Nachprüfungsantrag bei der VK Nordbayern gestellt. Der Nachprüfungsantrag wurde vom VK Nordbayern mit der Begründung als unzulässig verworfen, dass der Auftragswert der Tragwerksplanung in Höhe von 385.380 € netto nicht zu beanstanden sei und somit den Schwellenwert von 418.000 € für Sektorenauftraggeber nicht überschreitet. Gegen den Beschluss der VK Nordbayern legte das Architekturbüro am 22.12.2016 Beschwerde ein. Nach der Auffassung des Büros ist § 2 VII 2 SektVO, wonach nur gleichartige Planungsleistungen addiert werden müssen, europarechtswidrig. Dies hätte zur Folge, dass die Kosten der Tragwerksplanung nicht separat betrachtet, sondern mit den verbleibenden Planungsleistungen hätten addiert werden müssen. Bei der Addition aller Planungsleistungen ergeben sich geschätzte Kosten von mehr als drei Millionen Euro. Der Schwellenwert wäre somit weit überschritten.¹⁴⁴

Das OLG München teilt in seinem Beschluss die europarechtlichen Bedenken bezüglich § 2 VII 2 SektVO. Das Gericht begründet die Bedenken zum einen mit dem mangelnden Einklang zwischen § 2 VII 2 SektVO und Art. 16 VIII RL 2014/25/EU. Danach handelt es sich nach Ansicht des Gerichts um eine nationale Einschränkung, welche vom Richtliniengeber im Zusammenhang mit Dienstleistungen nicht gewollt ist.¹⁴⁵ Zum anderen ist nach der Entscheidung des EuGHs in der Rechtssache Autalhalle Niedernhausen¹⁴⁶ „für die Frage, ob es sich um einen Dienstleistungsauftrag handelt, der nur in getrennte Lose (oder Abschnitte) aufgeteilt, aber für die Berechnung des Schwellenwerts als ein Auftrag zu behandeln ist, eine funktionelle Betrachtung maßgeblich.“¹⁴⁷ Demnach bedarf es der Beurteilung, ob die zu vergebende Leistungen in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und funktionelle Kontinuität aufweisen.¹⁴⁸ Des Weiteren werden die europarechtlichen Bedenken aus Sicht des OLGs München durch das mittlerweile eingestellte Vertragsverletzungsverfahren¹⁴⁹ gestützt. Auch bei der Sanierung des Freibads in der Stadt Elze wurden Planungsleistungen der Objektplanung, Tragwerksplanung

¹⁴³ *Rechtsprechung*, NZBau 2017, 371, (372), beck-online.

¹⁴⁴ *Portz*, NZBau 2017, 408, (408), beck-online; OLG München, Beschluss vom 13. März 2017– Verg 15/16 –, Rn. 31, 33f und 67, juris.

¹⁴⁵ OLG München, Beschluss vom 13. März 2017– Verg 15/16 –, Rn. 62, juris.

¹⁴⁶ EuGH, Urteil vom 15. März 2012 – C-574/10 –, juris.

¹⁴⁷ OLG München, Beschluss vom 13. März 2017– Verg 15/16 –, Rn. 63, juris.

¹⁴⁸ EuGH, Urteil vom 15. März 2012 – C-574/10 –, Rn. 45, juris.

¹⁴⁹ INFR(2015)4228.

und Planung der technischen Gebäudeausrüstung aufgrund der unterschiedlichen HOAI-Leistungsbilder nicht addiert. Nach Ansicht der Kommission liegt unter Zugrundelegung des funktionalen Auftragsbegriffs Additionspflicht vor.¹⁵⁰

Ob diese Bedenken dazu führen, dass eine Addition der Leistungen für Objekt- und Tragwerksplanung sowie der Planung der technischen Gebäudeausrüstung in jedem Fall zu erfolgen hat, wird durch das OLG München allerdings nicht entschieden. Vielmehr stellt das Gericht im vorliegenden Einzelfall darauf ab, dass aus der Formulierung der Bekanntmachung, dass die Planungsleistungen lückenlos aufeinander abgestimmt und optimiert werden müssen, durch die Auftraggeberin die funktionale, wirtschaftliche und technische Einheit der Leistungen dokumentiert wurde. Demnach sind die Planungsleistungen des vorliegenden Sachverhalts additionspflichtig.¹⁵¹

Der Beschluss scheint zunächst wenig Auswirkungen auf die Praxis zu haben, da durch das OLG München auf einen konkreten Einzelfall abgestellt wurde. Durch die selbst gewählten Formulierungen der Auftraggeberin wurde vom Gericht ein funktionaler Zusammenhang der Planungsleistungen bestätigt, welcher die Addition der Leistungen zur Folge hatte. Nun liegt der Gedanke nahe, man könne bei den Bekanntmachungsunterlagen allein durch eine geschickte Art und Weise bei der Formulierung eine Additionspflicht umgehen. Eine solche Interpretation des Beschlusses ist zu kurz gegriffen. Der Beschluss des OLGs München hat weitreichende, die gängige Praxis beeinflussende, Auswirkungen. Denn bei der Vergabe von Planungsleistungen, welche sich auf ein Bauvorhaben beziehen, folgt es aus der Natur der Sache, dass die verschiedenen Planungszweige lückenlos aufeinander abgestimmt und optimiert werden müssen und folglich eine Einheit ohne Schnittstellen bilden. Der Zusammenhang zwischen den Planungskategorien folgt somit nicht erst aus seiner ausdrücklichen Nennung in den Vergabeunterlagen, sondern bereits aus sich selbst heraus.¹⁵² „Wer als Auftraggeber eine lückenlose Abstimmung mehrerer Planungsdisziplinen will – und das dürfte der selbstverständliche Normalfall sein – kommt [...] um eine Addition der Planungsleistungen nicht herum.“¹⁵³

Der Beschluss des OLGs München ist dahingehend zu kritisieren, dass eine abschließende Beurteilung der Europarechtswidrigkeit des § 2 VII 2 SektVO durch die

¹⁵⁰ Portz, NZBau 2017, 408, (409), beck-online.

¹⁵¹ OLG München, Beschluss vom 13. März 2017 – Verg 15/16 –, Rn. 66, juris.

¹⁵² *Rechtsprechung*, NJW-Spezial 2017, 268 (269), beck-online; *Rechtsprechung*, VergabeR 2017, 469 (481), Werner Verlag.

¹⁵³ Portz, NZBau 2017, 408 (410), beck-online.

unterbliebene Vorlage beim EuGH nicht möglich ist.¹⁵⁴ Allerdings findet die VK Westfalen im Jahr 2019 deutlichere Worte bezüglich der Richtlinienvereinbarkeit des im Rahmen dieser Arbeit besprochenen § 3 VII 2 VgV a.F. und folgerichtig für den vom OLG München besprochenen § 2 VII 2 SektVO.

Dem Beschluss der VK Westfalen lag ein Sachverhalt zugrunde, bei dem die Auftraggeberin den Neubau eines Feuerwehrgerätehauses plante. Die Kostenschätzung des Neubaus wies ca. 3.400.000 € netto Baukosten und ca. 340.000 € netto¹⁵⁵ Planungsleistungen (Leistungsphasen 1 bis 9) aus. Da die Planungsleistungen den damaligen Schwellenwert überschritten, war seitens der Auftraggeberin eine europaweite Vergabe geplant. Im April 2019 hatte sich die Auftraggeberin dazu entscheiden, vorerst die Leistungsphasen 1 bis 4 zu vergeben. Da deren Wert den damaligen Schwellenwert unterschritt, wurden die Leistungsphasen national vergeben.¹⁵⁶

Die VK Westfalen stellt im Ergebnis fest, dass das von der Auftraggeberin gewählte Vorgehen vergaberechtswidrig war. Es stellt klar heraus, dass § 3 VII 2 VgV a.F. mit seiner einschränkenden Formulierung (gleichartige Leistungen) nicht mit Art. 5 VIII RL 2014/24/EU übereinstimmt und folglich nicht mit dem europäischen Recht in Einklang zu bringen ist. Des Weiteren unterstreicht die VK Westfalen die Auffassung des EuGHs, nach der Leistungen nur dann in einzelne Abschnitte aufgeteilt werden dürfen, wenn diese in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht weder innere Kohärenz noch eine funktionelle Kontinuität aufweisen. Auch können haushaltsrechtliche Gründe nicht zur Teilung der Leistungen angeführt werden. Die Begründung wird aus Sicht der VK Westfalen durch das am 24.01.2019 eingelegte Vertragsverletzungsverfahren bekräftigt. Darin macht die Kommission geltend, dass § 3 VII 2 VgV a.F. eine Sonderregelung enthalte, die in der Richtlinie nicht vorgesehen ist.¹⁵⁷

c) Fazit zu beiden Berechnungsmethoden

Von der Berechnungsmethode nach nationalem Verständnis ist frühestens nach dem Beschluss des OLGs München und spätestens nach dem Beschluss der VK Westfalen Abstand zu nehmen. Während das OLG München seine europarechtlichen Bedenken andeutet und aufgrund des ausschließlichen Bezugs auf den zugrundeliegenden Sachverhalt im Ergebnis offen lässt, trifft die VK Westfalen eine klare Entscheidung. Aus dem Beschluss der VK Westfalen folgt für die Praxis, dass

¹⁵⁴ Portz, NZBau 2017, 408 (409), beck-online.

¹⁵⁵ Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster, Beschluss vom 18. Dezember 2019 – VK 1 - 34/19 –, Rn. 27, juris.

¹⁵⁶ Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster, Beschluss vom 18. Dezember 2019 – VK 1 - 34/19 –, Rn.1 bis 5, juris.

¹⁵⁷ Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster, Beschluss vom 18. Dezember 2019 – VK 1 - 34/19 –, Rn.28 bis 32, juris; INFR(2018)2272.

das Gleichartigkeitserfordernis des § 3 VII 2 VgV a.F. nicht weiter zu beachten ist. Demnach sind Planungsleistungen fortan bei der Auftragswertberechnung zu addieren und nicht mehr getrennt zu betrachten.¹⁵⁸ Die Berechnung des geschätzten Auftragswerts nach nationalem Verständnis ist fortan nicht mehr haltbar.

5. Die „80/20-Regel“

| Art. 5 RL 2014/24/EU | § 3 VgV in der Fassung vom 12.04.2016 |
|--|--|
| Abs. 10: Ungeachtet der Absätze 8 und 9 können öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe einzelner Lose von den Bestimmungen dieser Richtlinie abweichen, wenn der geschätzte Wert des betreffenden Loses ohne MwSt. bei Lieferungen oder Dienstleistungen unter 80 000 EUR und bei Bauleistungen unter 1 000 000 EUR liegt. Allerdings darf der kumulierte Wert der in Abweichung von dieser Richtlinie vergebenen Lose 20 % des kumulierten Werts sämtlicher Lose, in die das Bauvorhaben, der vorgesehene Erwerb gleichartiger Lieferungen oder die vor gesehene Erbringung von Dienstleistungen unterteilt wurde, nicht überschreiten. | Abs. 9: Der öffentliche Auftraggeber kann bei der Vergabe einzelner Lose von Absatz 7 Satz 3 sowie Absatz 8 abweichen, wenn der geschätzte Nettowert des betreffenden Loses bei Liefer- und Dienstleistungen unter 80 000 Euro und bei Bauleistungen unter 1 Million Euro liegt und die Summe der Nettowerte dieser Lose 20 Prozent des Gesamtwertes aller Lose nicht übersteigt. |

Abbildung 8: § 3 IX VgV a.F.¹⁵⁹

Durch das in § 3 IX VgV a.F. verankerte Wahlrecht, von den Regelungen der vorherigen Absätze abzuweichen, räumt der Gesetzgeber den öffentlichen Auftraggebern eine gewisse – vom Richtliniengeber gewollte – Flexibilität im Rahmen ihrer Beschaffungsvorgänge ein. Nach § 3 IX VgV a.F. können öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von einzelnen Losen von den Regelungen der vorrangegangenen Absätze abweichen, wenn – je nach zu vergebener Leistung – sowohl der geschätzte Nettowert des betreffenden Loses unter 80.000 €¹⁶⁰ bzw. 1.000.000 €¹⁶¹ liegt als auch die Summe der Nettowerte dieser Lose 20 % des Gesamtwertes aller Lose nicht übersteigt. Sofern der Gesamtauftragswert einer Leistung den jeweiligen EU-Schwellenwert überschreitet und der öffentliche Auftraggeber sich für die Ausübung seines Wahlrechts nach § 3 IX VgV a.F. entscheidet, werden 80 % der zu erbringenden Leistung europaweit – unter Anwendung des Kartellvergaberechts – und die verbleibenden 20 % bundesweit – nach den haushaltsrechtlichen Regelungen – ausgeschrieben.¹⁶² Man spricht daher von der sogenannten „80/20-Regel“.¹⁶³

Des Weiteren steht den öffentlichen Auftraggebern ein Wahlrecht bei der Zuordnung der Lose in das 20 %-Kontingent zu.¹⁶⁴ Ferner ist der Auftraggeber nicht an eine sukzessive Vorgehensweise bei der Vergabe gebunden.¹⁶⁵ § 3 IX VgV a.F. verpflichtet die Auftraggeber nicht dazu, zuerst 80 % des Gesamtauftragswerts europaweit

¹⁵⁸ *Rechtsprechung*, IBR 2020, 148 (148), beck-online; Müller, jurisPR-VergR 4/2020 Anm. 6, juris.

¹⁵⁹ Quelle: Eigene Darstellung.

¹⁶⁰ Nettowert für Liefer- und Dienstleistungen.

¹⁶¹ Nettowert für Bauleistungen.

¹⁶² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Februar 2009 – VII-Verg 69/08 –, Rn. 25, juris.

¹⁶³ Lausen, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage, § 3 VgV (Stand: 12.12.2023), Rn. 102, juris; BR-Drucks. 87/16, S. 159.

¹⁶⁴ Schneider, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 8. Auflage 2022, § 3 VgV Rn. 71, beck-online.

¹⁶⁵ Schneider, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 8. Auflage 2022, § 3 VgV Rn. 73, beck-online.

auszuschreiben, bevor er die verbleibenden 20 % national vergibt.¹⁶⁶ Um einer Umgehung des Kartellvergaberechts vorzubeugen, werden im Rahmen der Bekanntmachung diejenigen Lose festgelegt, welche dem 20 %-Kontingent zuzuordnen sind. Durch diese ex ante-Zuordnung können nachträgliche Änderungen an den Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.¹⁶⁷

II. Die Folgen des Wegfalls aus Sicht der Verbände und Kammern

Im vorangegangenen Kapitel C.I.4 wurde sowohl die Berechnung des geschätzten Gesamtwerts von Bauvorhaben und Dienstleistungen, bei denen ein Auftrag in mehreren Losen vergeben wird, nach nationalem als auch europäischem Verständnis dargestellt. In diesem Kapitel werden Kostenberechnungen zweier Projekte betrachtet. Zunächst wird die Berechnungsmethode nach bisherigem nationalem Verständnis des § 3 VII 2 VgV a.F. betrachtet. Im Anschluss wird die von europäischen und nationalen Gerichten befürwortete Berechnungsmethode dargestellt. Im Anschluss erfolgt die Gegenüberstellung der beiden Berechnungsbeispiele.

1. Berechnungsbeispiel: Nationales Verständnis

| Projekt 1: | | Projekt 2: | |
|-------------------------------|-----------------------|-------------------------------|-----------------------|
| Kosten KG 300 | 3.000.000,00 € | Kosten KG 300 | 750.000,00 € |
| Kosten KG 400 | 1.000.000,00 € | Kosten KG 400 | 250.000,00 € |
| Summe Kosten | 4.000.000,00 € | Summe Kosten | 1.000.000,00 € |
| Architekt | 300.000,00 € | Architekt | 115.000,00 € |
| Tragwerksplaner | 120.000,00 € | Tragwerksplaner | 40.000,00 € |
| HLS-Planer | 150.000,00 € | HLS-Planer | 45.000,00 € |
| E-Planer | 65.000,00 € | E-Planer | 30.000,00 € |
| SiGeKo | 25.000,00 € | SiGeKo | 5.000,00 € |
| Baugrundgutachter | 20.000,00 € | Baugrundgutachter | 5.000,00 € |
| Vermesser | 30.000,00 € | Vermesser | 5.000,00 € |
| Sonstige Berater | 20.000,00 € | Sonstige Berater | 2.500,00 € |
| Summe Planungsleistung | 730.000,00 € | Summe Planungsleistung | 247.500,00 € |

Abbildung 9: Vergabe von Planungsleistungen mit § 3 VII 2 VgV a.F.¹⁶⁸

Abbildung 9 zeigt eine vereinfachte Darstellung einer Kostenschätzung nach DIN 276. Die Bauwerkskosten von Projekt 1 werden auf 4.000.000 € netto und von Projekt 2 auf 1.000.000 € netto geschätzt. Die Auftragswerte der jeweiligen Planungsleistungen ergeben sich auf der gerundeten Basis des Mittelsatzes der HOAI.¹⁶⁹ Für Projekt 1 werden demnach 730.000 € netto und für Projekt 2 247.500 € netto Planungsleistungen angesetzt.

Nach dem nationalen Verständnis der Rechtslage des § 3 VII 2 VgV a.F.¹⁷⁰ müssen bei Planungsleistungen nur Lose über gleichartige Leistungen zusammengerechnet

¹⁶⁶ Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 27. April 2001 – Verg 5/01 –, Rn. 14, juris.

¹⁶⁷ Lausen, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage, § 3 VgV (Stand: 12.12.2023), Rn. 105f, juris.

¹⁶⁸ Quelle: Übelacker/Kalte/Petschulat, Deutsches Ingenieurblatt, Ausgabe 07-08/2023, S. 32.

¹⁶⁹ Übelacker/Kalte/Petschulat, Deutsches Ingenieurblatt, Ausgabe 07-08/2023, S. 32.

¹⁷⁰ Siehe Ausführungen unter C.I.4.a).

werden. Da es sich bei den Planungsleistungen in Projekt 1 und 2 jeweils um Leistungen eines anderen Leistungsbilds der HOAI handelt, handelt es sich nicht um gleichartige Leistungen. Folglich besteht keine Additionspflicht. Dies hat zur Folge, dass in Projekt 1 ausschließlich das Los „Architektenleistungen“ (300.000 € netto) europaweit vergeben werden muss, da es den aktuell geltenden Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungen (221.000 € netto¹⁷¹) überschreitet. In Projekt 2 müssen keine Lose europaweit vergeben werden.

2. Berechnungsbeispiel: Europäisches Verständnis

| Projekt 1: | | Projekt 2: | |
|-------------------------------|-----------------------|-------------------------------|-----------------------|
| Kosten KG 300 | 3.000.000,00 € | Kosten KG 300 | 750.000,00 € |
| Kosten KG 400 | 1.000.000,00 € | Kosten KG 400 | 250.000,00 € |
| Summe Kosten | 4.000.000,00 € | Summe Kosten | 1.000.000,00 € |
| Architekt | 300.000,00 € | Architekt | 115.000,00 € |
| Tragwerksplaner | 120.000,00 € | Tragwerksplaner | 40.000,00 € |
| HLS-Planer | 150.000,00 € | HLS-Planer | 45.000,00 € |
| E-Planer | 65.000,00 € | E-Planer | 30.000,00 € |
| SiGeKo | 25.000,00 € | SiGeKo | 5.000,00 € |
| Baugrundgutachter | 20.000,00 € | Baugrundgutachter | 5.000,00 € |
| Vermesser | 30.000,00 € | Vermesser | 5.000,00 € |
| Sonstige Berater | 20.000,00 € | Sonstige Berater | 2.500,00 € |
| Summe Planungsleistung | 730.000,00 € | Summe Planungsleistung | 247.500,00 € |

Abbildung 10: Vergabe von Planungsleistungen ohne § 3 VII 2 a.F.¹⁷²

Abbildung 10 zeigt die Befürchtungen der Verbände und Kammern nach Streichung von § 3 VII 2 VgV a.F.¹⁷³ Demnach ist nach der Streichung von § 3 VII 2 VgV a.F. die jeweilige Gesamtsumme der Planungsleistungen ausschlaggebend. In beiden Projekten übersteigt die Summe der Planungsleistungen den aktuell geltenden Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungen.¹⁷⁴ Die Anzahl der europaweit durchzuführenden Vergaben kann durch Anwendung der „80/20-Regel“¹⁷⁵ reduziert werden. Nach § 3 IX VgV können Lose bis 20 % des Gesamtauftragswerts, aber maximal 80.000 € netto pro Los, national vergeben werden. Unter Anwendung dieser Regelung können in Projekt 1 (20%-Grenze liegt bei 146.000 €) insgesamt vier Lose europaweit (rote Markierungen) und vier Lose bundesweit (grüne Markierungen) vergeben werden. In Projekt 2 (20%-Grenze liegt bei 49.500 €) werden drei der acht Lose europaweit und die verbleibenden national vergeben.

Der direkte Projektvergleich der beiden Berechnungsbeispiele zeigt, dass ohne eine Berechnung nach nationalem Verständnis für die Projekte 1 und 2 zusammen betrachtet das Siebenfache an europaweiten Ausschreibungen durchzuführen ist. Aus

¹⁷¹ Siehe Abbildung 1.

¹⁷² Quelle: *Übelacker/Kalte/Petschulat*, Deutsches Ingenieurblatt, Ausgabe 07-08/2023, S. 32.

¹⁷³ Siehe Ausführungen unter C.I.4.b).

¹⁷⁴ Siehe Abbildung 1.

¹⁷⁵ Siehe Ausführungen unter C.I.5.

Sicht der Kammern und Verbände wird teilweise prognostiziert, dass eine mittelgroße Kommune in Zukunft jeden Monat ein europaweites Vergabeverfahren zu betreuen habe. Der Verwaltungsaufwand stelle sich als enorm dar.¹⁷⁶ Das Außerkraftreten des „Planerprivilegs“ führt aus Sicht der Kammern und Verbände zu einer massiven Wettbewerbsverzerrung auf dem Planermarkt, welcher bis hin zur Existenzgefährdung der mittelständischen Planungswirtschaft führen könne. Des Weiteren werden personelle Mehrbelastungen und ein drastischer Anstieg an Bürokratie befürchtet.¹⁷⁷

III. Zwischenfazit

§ 3 VII 2 VgV a.F. wurde am 24.08.2023 mit Inkrafttreten der Verordnung zur Anpassung des Vergaberechts an die Einführung neuer elektronischer Standardformulare („eForms“) für EU-Bekanntmachungen und an weitere europarechtliche Anforderungen ersatzlos gestrichen.¹⁷⁸ Aus der dazugehörigen Begründung ist zu entnehmen, dass die Bewertung der Gleichartigkeit von Planungsleistungen stets am funktionalen Auftragsbegriff des EuGHs zu messen war. § 3 VII 2 VgV a.F. kam ausschließlich deklaratorische Wirkung zu, weshalb es mit der Streichung nicht zu einer Änderung des Rechtsrahmens kommt.¹⁷⁹ Der Gesetzgeber stellt unmissverständlich klar, dass der geschätzte Gesamtwert aller Lose zusammenzurechnen ist, sofern diese in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität zueinander aufweisen. Diese Ansicht wird durch die obigen Ausführungen der europäischen und nationalen Rechtsprechung gestützt. Folglich hätte die Schätzung des Auftragswerts stets, frühestens nach dem Beschluss des OLGs München¹⁸⁰ und spätestens nach dem Beschluss der VK Westfalen¹⁸¹, nach dem unter C.II.2 dargestellten Modell erfolgen müssen und keineswegs erst mit der Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F. Ob die Berechnungsmethode nach europäischem Verständnis zwingend zu den befürchteten Folgen der Kammern und Verbände führt, zeigt das folgende Kapitel.

¹⁷⁶ *Übelacker/Kalte/Petschulat*, Deutsches Ingenieurblatt, Ausgabe 07-08/2023, S. 32.

¹⁷⁷ Stellungnahme der Kammern und Verbände der planenden Berufe sowie des Bundesverbandes der freien Berufe, 01.03.2023, S. 2.

¹⁷⁸ BGBl 2023 I Nr. 222, S. 1 – 9.

¹⁷⁹ BT-Drucks. 20/6118, S. 28.

¹⁸⁰ OLG München, Beschluss vom 13. März 2017 – Verg 15/16 –, juris.

¹⁸¹ Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster, Beschluss vom 18. Dezember 2019 – VK 1 - 34/19 –, juris.

D. Konsequenzen der eForms-Verordnung

Im vorangegangenen Kapitel wurde die Schätzung des Auftragswerts nach § 3 VgV dargelegt. Insbesondere in Teil C.I.4. wurde dem Leser der Unterschied zwischen der Berechnungsmethode nach bisherigem nationalem und europäischem Verständnis vermittelt. Des Weiteren wurden die Bedenken aus Sicht der Kammern und Verbände bezüglich der ersatzlosen Streichung aufgezeigt.

In diesem Kapitel werden die Konsequenzen der eForms-Verordnung bezüglich der ersatzlosen Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F. untersucht. Der Schwerpunkt liegt dabei auf den zuvor beschriebenen Stellungnahmen der Kammern und Verbänden. Folglich wird nachfolgend untersucht, ob die beiden größten Befürchtungen der Kammern und Verbände, nämlich die Existenzgefährdung der deutschen mittelstandsgeprägten Planungswirtschaft und der Anstieg von bürokratischem und personellem Aufwand, berechtigt sind.

Grundsätzlich sind die Stellungnahmen der Kammern und Verbände kritisch zu betrachten, da nach Auffassung des Begründungstexts der eForms-Verordnung die in § 3 VII 2 VgV a.F. getroffene Feststellung, dass nur die Werte von Planungsleistungen zusammenzurechnen sind, die gleichartig sind, lediglich deklaratorisch erfolgt. Folglich hätte die Bewertung der Gleichartigkeit von Planungsleistungen bereits am Maßstab des funktionalen Auftragsbegriffs gemessen werden müssen.¹⁸² Somit könnte man aus der Begründung schlussfolgern, dass die Bedenken der Kammern und Verbänden – aus Sicht des Gesetzgebers – aus einer Missinterpretation des geltenden Rechts resultieren. Demnach führt die Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F. nicht zu einer Änderung der Rechtslage.¹⁸³

Eine solche Ansicht verdrängt die bisherige Praxis vollkommen. Bis zur Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F. wurde die Schätzung des Auftragswerts bei losweiser Vergabe regelmäßig anhand der Berechnungsmethode nach nationalem Verständnis der Norm vorgenommen. Folgerichtig muss sich mit den Befürchtungen der Kammern und Verbände auseinandergesetzt werden, um Klarheit für die künftige Vorgehensweise zu schaffen. Demnach werden in diesem Kapitel die „Ängste“ der Kammern und Verbände aufgegriffen und auf Berechtigung überprüft.

¹⁸² BT-Drucks. 20/6118, S. 28; BT-Drucks. 18/7318, S. 148.

¹⁸³ BT-Drucks. 20/6118, S. 28.

I. Existenzgefährdung der deutschen mittelstandsgeprägten Planungswirtschaft

Die Kammern und Verbände fürchten eine Existenzgefährdung für die deutsche mittelstandsgeprägte Planungswirtschaft. Begründet wird die Existenzgefährdung damit, dass der befürchtete Anstieg der europaweiten Vergaben für Planungsleistungen auf Seiten der Auftraggeber dazu führt, dass die planungsspezifischen Auftragsvergaben durch Totalunternehmervergaben ersetzt werden. Der Totalunternehmer übernimmt im Rahmen des Bauvertrags auch die Planungsleistungen.¹⁸⁴

Es scheint aber äußerst fraglich, ob die Vergabe an einen Totalunternehmer problemlos möglich ist. Ein Totalunternehmer verpflichtet sich gegenüber dem Auftraggeber, alle Bau- und Planungsleistungen zu erbringen, die zur Herstellung eines Bauwerks erforderlich sind.¹⁸⁵ Kennzeichnend für den Totalunternehmer ist, dass die Realisierung des Bauvorhabens aus einer Hand erfolgt, demnach die schlüsselfertige Errichtung im Vordergrund steht.¹⁸⁶ Dem Auftraggeber steht ein einziger Auftragnehmer gegenüber, welcher für die Umsetzung des Vorhabens verantwortlich ist. Es liegt ein „1:1-Verhältnis“, eine sogenannte Gesamt- oder zusammenfassende Vergabe ohne die Aufteilung in Lose, vor.¹⁸⁷

Vergleicht man die Totalunternehmervergabe mit der unter C.II.1 dargelegten Berechnungsmethode, ist festzustellen, dass pro Projekt dem „1:1-Verhältnis“ ein „1:8-Verhältnis“ gegenübersteht, da sich potenziell ein Auftragnehmer pro Los bewerben und beauftragt werden kann. Folglich kann nur dann von einer Existenzgefährdung der mittelstandsgeprägten Planungswirtschaft in Deutschland ausgegangen werden, wenn die Vergabe an einen Totalunternehmer den neuen Regelfall bildet. Dies würde – diesen Regelfall vorausgesetzt – zu einer deutlich geringeren Anzahl von Auftragnehmern führen, was bei der Vielzahl dann nicht mehr zum Zuge kommender Unternehmen mit wirtschaftlichen Einbußen einherginge.

In Teil B dieser Arbeit wurden die allgemeinen Vergabegrundsätze des § 97 GWB dargestellt. Demnach folgt aus § 97 IV 1 GWB die Vorgabe, mittelständische Interessen bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen vorrangig zu berücksichtigen. Eben dieses Gebot könnte gegen die Totalunternehmervergabe als neuen Regelfall

¹⁸⁴ Stellungnahme der Kammern und Verbände der planenden Berufe sowie des Bundesverbandes der freien Berufe, 01.03.2023, S. 2.

¹⁸⁵ Richter, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Auflage 2022, I. Teil D. Beteiligte des Bau- und Planervertrages, Unternehmereinsatzformen, Rn. 251, beck-online; LG Stuttgart, Urteil vom 20. November 2015 – 3 O 201/15 –, Rn. 31, juris.

¹⁸⁶ Thierau, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 8. Auflage 2022, Anhang VOB/B Baubeteiligte und Unternehmereinsatzformen, Rn. 8, beck-online.

¹⁸⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. März 2011 – VII-Verg 63/10 –, Rn. 20, juris.

sprechen und die „Angst“ der Kammern und Verbände vor der Existenzgefährdung entkräften.

Dem Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen wird unter anderem durch die Aufteilung der Leistung in Teil- und Fachlose Rechnung getragen.¹⁸⁸ Nur in wirtschaftlich oder technisch begründbaren Ausnahmefällen darf eine Gesamtvergabe erfolgen, § 97 VI 3 GWB. Folglich ist eine Vergabe in Losen die Regel, eine Gesamtvergabe stellt die Ausnahme dar (Regel-Ausnahme-Verhältnis).¹⁸⁹ Da bei der Gesamtvergabe nicht nur mehrere, sondern alle Teil- oder Fachlose zusammen vergeben werden, steigt der Begründungsaufwand des Vorliegens von wirtschaftlichen oder technischen Ausnahmefällen. Hierbei muss eine Rechtfertigung zur Abkehr von der losweisen Vergabe für jedes einzelne Gewerk erfolgen.¹⁹⁰

Technische Gründe, die eine Gesamtvergabe rechtfertigen würden, scheinen aus Sicht der Kammern und Verbände nicht der Grund für die Existenzbedrohung der Planungswirtschaft zu sein und lassen sich nicht aus der Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F. ableiten. Durch die Streichung des „Planerprivilegs“ entstehen keine Probleme hinsichtlich der „Integration aller Leistungserbringungsschritte [aus] einer Hand zur Erreichung des vom Auftraggeber angestrebten Qualitätsniveaus.“¹⁹¹ Vielmehr wird befürchtet, dass von nun an vermehrt Bauaufträge – aufgrund ihres höheren Schwellenwerts – ausgeschrieben werden und die Planungsleistungen im Rahmen eines Bauvertrages durch einen Totalunternehmer wahrgenommen werden, da sich dieses Verfahren aus Sicht der Auftraggeber als wirtschaftlicher herausstellen könnte.

Der von den Kammern und Verbänden herangezogene Aspekt der Wirtschaftlichkeit ist aber nicht deckungsgleich mit dem wirtschaftlichen Rechtfertigungsgrund des § 97 IV 3 GWB. Ein wirtschaftlicher Rechtfertigungsgrund nach § 97 IV 3 GWB liegt vor, wenn „eine Aufteilung in Lose zu einer unverhältnismäßigen Verteuerung der Gesamtleistung oder einer deutlichen Verzögerung des Gesamtvorhabens führen würde.“¹⁹² Die Berechnungsmethode nach europäischem Verständnis führt zu einer Vielzahl von europaweiten Ausschreibungen.¹⁹³ Kammern und Verbände befürchten daher vermehrt Totalunternehmervergaben, welche sich gegenüber einem Vergabeverfahren mit mehreren Teil- oder Fachlosen wirtschaftlich mit zeit- und kapazitäts-

¹⁸⁸ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, § 97 GWB, Rn. 72, beck-online.

¹⁸⁹ Fehling, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 97 GWB, Rn. 136, beck-online; Manz/Schönwälder, NZBau 2012, 465 (467), beck-online.

¹⁹⁰ Michaels, IR 2008, 154 (156), beck-online; Fuchs, NZBau 2014, 409 (414), beck-online.

¹⁹¹ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, § 97 GWB, Rn. 94, beck-online.

¹⁹² Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, § 97 GWB, Rn. 89, beck-online.

¹⁹³ Siehe Ausführungen unter C.II.2.

mäßigen Einsparungen bei den Vergabeverfahren der Auftraggeber begründen ließen. Hierbei handelt es sich aber um allgemeine Zweckmäßigkeitsvorteile, die nicht als wirtschaftliche Gründe nach § 97 IV 3 GWB herangezogen werden können. Kostenaufwändigere Vergabeverfahren sind vom Auftraggeber grundsätzlich hinzunehmen und rechtfertigen keine Gesamtvergabe.¹⁹⁴

Einzig und allein bei auftragsbezogenen Besonderheiten, wie bspw. ein eilbedürftiges Vorhaben, können zeitliche Aspekte eine Gesamtvergabe rechtfertigen.¹⁹⁵ Hierbei handelt es sich aber weitestgehend um Einzelfälle und keinesfalls um die Regel. Im Allgemeinen scheint es wenig plausibel, weshalb die jahrelang praktizierte Losvergabe durch die Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F. nicht mehr möglich sein soll, denn auf die Komplexität der durchzuführenden Bauvorhaben hat die Streichung keinerlei Auswirkungen.

Abschließend ist festzuhalten, dass die Gesamtvergabe in Gestalt der Totalunternehmervergabe weiterhin die Ausnahme und keinesfalls die Regel darstellt. Demnach ist die seitens der Kammern und Verbänden befürchtete Existenzgefährdung der deutschen mittelstandsgeprägten Planungswirtschaft weitestgehend unbegründet. Ausschließlich in zu begründenden Einzelfällen kann auf eine Totalunternehmervergabe zurückgegriffen werden. Folglich ist unter diesem Gesichtspunkt der Begründung des Gesetzgebers zu folgen, nach der die Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F. keine Änderung der Rechtslage nach sich zieht.¹⁹⁶

II. Anstieg von bürokratischem und personellem Aufwand

Neben der Existenzgefährdung der deutschen mittelstandgeprägten Planungswirtschaft befürchten die Kammern und Verbände einen deutlichen „Mehr an Bürokratie samt Folgekosten.“¹⁹⁷ Um diese Bedenken nachvollziehen zu können, empfiehlt sich ein Vergleich zwischen einem Vergabeverfahren im Ober- mit einem im Unterschwellenbereich.

Architekten- und Ingenieurleistungen werden im Oberschwellenbereich nach den Regelungen der §§ 73 ff VgV vergeben. Man spricht von VgV-Verfahren.¹⁹⁸ Die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen im Unterschwellenbereich wird durch das jeweils geltende Haushaltsrecht geprägt. In der Regel findet die UVgO

¹⁹⁴ *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, 465 (468), beck-online; *Faßbender*, NZBau 2010, 529 (532), beck-online; *Dreher*, NZBau 2005, 427 (230), beck-online.

¹⁹⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2007 – VII-Verg 10/07 –, juris;

¹⁹⁶ BT-Drucks. 20/6118, S. 28.

¹⁹⁷ Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände, 17.02.2023, S.8.

¹⁹⁸ *Übelacker/Kalte/Petschulat*, Deutsches Ingenieurblatt, Ausgabe 07-08/2023, S. 31.

Anwendung. Die Regelungen der UVgO können durch Verwaltungsvorschriften der Länder ergänzt werden.¹⁹⁹

Nach § 50 UVgO sind Architekten- und Ingenieurleistungen (freiberufliche Leistungen²⁰⁰) grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben. Um dem Wettbewerbsgedanken Folge zu leisten, sind regelmäßig drei Vergleichsangebote einzuholen.²⁰¹ Aufgrund der geringen Anforderungen kann ein solches Verfahren binnen weniger Wochen durchgeführt werden.

Demgegenüber steht die Vergabe im Oberschwellenbereich, die bereits durch ihre gesetzlich vorgeschriebenen Fristen eine Durchführung binnen weniger Wochen unmöglich erscheinen lässt. Nach Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F. ist davon auszugehen, dass Architekten- und Ingenieurleistungen nach § 74 alt. 1 VgV in der Regel im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vergeben werden. Bei der Durchführung eines solchen Verfahrens sind die Teilnahmefrist (mindestens 30 Tage, gemäß § 17 II VgV), die Angebotsfrist (30 Tage bzw. 25 Tage, nach §§ 17 VI, IX VgV) und die Frist für das Versenden der Absageschreiben (15 Tage bzw. 10 Tage, gemäß §§ 134 II 1, 2 GWB) zu beachten. Demnach ist, allein durch die zuvor beschriebenen gesetzlichen Fristen, von einer durchschnittlichen Verfahrensdauer von mehreren Monaten auszugehen. Rechnet man die administrativen Arbeiten wie die Erstellung sämtlicher Formblätter, das Einrichten der Vergabeplattform, die Beantwortung der Bieterfragen und Nachforderung entsprechender Unterlagen hinzu, kann ein halbjähriges Vergabeverfahren schnell zur Regel werden.²⁰²

Auch der Vergleich des tatsächlichen Zeitaufwands auf Seiten des Auftraggebers verdeutlicht die Beschwerlichkeit des VgV-Verfahrens gegenüber einem Verfahren im Unterschwellenbereich. Sofern sich der Auftraggeber im Unterschwellenbereich für die Durchführung einer Verhandlungsvergabe (§ 12 UVgO) entscheidet, benötigt er im Median 39 Stunden für ein solches Verfahren.²⁰³ Der Betreuungsaufwand eines VgV-Verfahrens wird von der Vorbereitung bis zum Abschluss des Verfahrens auf einen Zeitraum zwischen 125 Stunden und 185 Stunden geschätzt.²⁰⁴

¹⁹⁹ Z.B. Richtlinie für die Vergabe von Aufträgen über Lieferungen und Leistungen durch die saarländische Landesverwaltung (Beschaffungsrichtlinien) vom 5. November 2020, in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. November 1999 (Amtsbl. 2000 S. 194), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. April 2019 (Amtsbl. I S. 446).

²⁰⁰ *Schneevogl/Hofmann*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage, § 50 UVgO (Stand: 15.09.2022), Rn. 10, juris.

²⁰¹ Nr. 11.10 Richtlinie für die Vergabe von Aufträgen über Lieferungen und Leistungen durch die saarländische Landesverwaltung (Beschaffungsrichtlinien) vom 5. November 2020, in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. November 1999 (Amtsbl. 2000 S. 194), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. April 2019 (Amtsbl. I S. 446).

²⁰² *Bulla*, KommunalPraxis spezial 2023, 75 (76), Carl Link Kommunalverlag.

²⁰³ *Redaktion*, 139 Stunden: So aufwendig ist eine öffentliche Ausschreibung für Auftraggeber.

²⁰⁴ Bayerische Architektenkammer/Bayerische Ingenieurkammer-Bau/BDA/BDB/bdia/VBI, Vergabe freiberuflicher Leistungen nach der VgV – Ein Leitfaden für kommunale Auftraggeber, S. 20.

Folglich übersteigen sowohl der bürokratische als auch der personelle Aufwand des VgV-Verfahrens die Anforderungen im Unterschwellenbereich um ein Vielfaches. Demnach scheinen die Bedenken der Kammern und Verbände grundsätzlich berechtigt. In den folgenden Unterkapiteln werden bereits vorgebrachte Lösungsansätze dargestellt, die das drohende „Mehr an Bürokratie samt Folgekosten“²⁰⁵ verhindern bzw. einschränken wollen. Nachdem diese Ansätze dargestellt wurden, werden diese kritisch auf ihre Praxistauglichkeit überprüft.

1. Erhöhung der Schwellenwerte

Ein erster Lösungsversuch setzt bei den Schwellenwerten an. Bereits im November 2022 stellte der Freistaat Bayern beim Bundesrat einen Antrag bezüglich der Anhebung der Schwellenwerte der Europäischen Union im Vergaberecht. Der Antrag enthält zusammengefasst drei Handlungsoptionen. Zunächst wird eine allgemeine inflationsbedingte Erhöhung der EU-Schwellenwerte und somit auch dem für Liefer- und Dienstleistungen gefordert. Des Weiteren wird ein Sonderschwellenwert für Planungsleistungen gefordert, um dem Wertungswiderspruch zwischen dem unverhältnismäßig höheren Schwellenwert für Bauleistungen gegenüber dem für Planungsleistungen entgegenzutreten. Sollte ein solcher Sonderschwellenwert für Planungsleistungen nicht überzeugen können, wird als dritte Handlungsoption beantragt, dass die Bundesregierung sich dafür einsetzt, die freiberuflichen Planungsleistungen den sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen gleichzusetzen. Dies hätte zur Folge, dass ein Schwellenwert von 750.000 € netto statt 221.000 € netto zugrundeliegend würde.²⁰⁶ Nachdem auch das Bundesland Nordrhein-Westfalen dem bayerischen Antrag beigetreten ist, wurde dieser am 10.02.2023 in der 1030. Sitzung des Bundesrates beschlossen.²⁰⁷ Auch die Kammern und Verbände unterstützen den Antrag der Länder.²⁰⁸

Wie bereits unter B.III.1 ausgeführt, gehen die Schwellenwerte auf das GPA zurück, weshalb eine rein europäische Lösung ausscheidet. Demnach können den oben dargestellten Lösungsansätzen kein kurz- oder mittelfristiger Erfolg zugerechnet werden. Ähnlich führt es die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zum Beschluss des Bundesrates vom 10.02.2023 aus. Die Bundesregierung begrüßt zunächst den Vorschlag, bei der Berechnung der Schwellenwerte nicht nur die Sonderziehungsrechte (Art. 6 I RL 2014/24/EU), sondern auch inflationsbedingte

²⁰⁵ Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände, 17.02.2023, S.8.

²⁰⁶ BR-Drucks. 602/22, S. 3.

²⁰⁷ BR-Drucks. 602/22 (Beschluss), Beschluss des Bundesrates, S. 1.

²⁰⁸ Stellungnahme der Kammern und Verbände der planenden Berufe sowie des Bundesverbandes der freien Berufe, 01.03.2023, S. 4.

Aspekte zu berücksichtigen und möchte diesen Vorschlag „im gebotenen völkerrechtlichen Rahmen und innerhalb der handelspolitischen Zuständigkeit der Europäischen Union mit entsprechender Mandatierung der Europäischen Kommission“²⁰⁹ vorbringen. Die beiden verbleibenden Lösungsvorschläge werden von der Bundesregierung verworfen. Sie begründet dies mit Verweis auf die Systematik der völkerrechtlichen Regeln, wonach weder ein spezieller Schwellenwert für Planungsleistungen noch eine Zuordnung zu den sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen in Frage kommen.²¹⁰

Da sich der beschriebene Lösungsansatz nicht in absehbarer Zeit realisieren lässt, sind durch ihn keine positiven Auswirkungen zu erwarten, um die Befürchtungen der Kammern und Verbände auszuräumen. Inwiefern eine nicht absehbare inflationsbereinigte Anhebung der Schwellenwerte dem befürchteten Anstieg an Bürokratie entgegenwirkt, kann derzeit nicht eingeschätzt werden.

2. Die „bayerische Sonderlösung“

Neben dem bisher erwähnten Antrag im Bundesrat, hat der Freistaat Bayern nach erfolgter Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F. eine weitere Lösungsmöglichkeit erarbeitet. Am 18.12.2023 veröffentlichte das Bayerische Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr ein Rundschreiben, in dem es zunächst über den vom EuGH entwickelten funktionalen Auftragsbegriff informierte. Allerdings wird im Rundschreiben vom engen funktionalen Zusammenhang gesprochen. Demnach hat eine Addition nur dann zu erfolgen, „wenn ein enger funktionaler Zusammenhang zwischen den Planungsleistungen besteht.“²¹¹ Diese Herangehensweise kann bei Baumaßnahmen, die aus Haushaltsmitteln des Freistaates Bayern bezuschusst werden, zweifelsfrei gewählt werden. Ein Vergabefehler unter diesem Aspekt wird nur bei einer unzulässigen Direktvergabe geahndet. Nur bei Vorhaben, die aus Mitteln der EU gefördert werden, sollten alle Planungsleistungen zusammengerechnet werden, um Auflagenverstößen vorzubeugen.²¹²

Der Interpretation des Freistaats Bayern, hin zu einem engen funktionalen Zusammenhang, sollte nicht gefolgt werden. Dies zeigt schon die unterschiedliche Handhabung bezüglich des Zuwendungsgebers. Eine solche Betrachtungsweise seitens der Vergabestellen im Freistaat Bayern kann regelmäßig zu dem Ergebnis führen,

²⁰⁹ Zu BR-Drucks. 602/22 (Beschluss), S. 4.

²¹⁰ Zu BR-Drucks. 602/22 (Beschluss), S. 4.

²¹¹ Bayerisches Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr, Schreiben vom 18.12.2023, StMB-23-4001-4-6-18.

²¹² Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration, Schreiben vom 31.01.2024, B3-1512-32-12.

dass „die Objektplanung, die Tragwerksplanung und die technische Gebäudeaus-
rüstung als technisch unterschiedliche Planungen anzusehen sind.“²¹³ Die jeweili-
gen Auftragswerte würden weiterhin getrennt betrachtet werden. Sofern es sich hier-
bei um eine Fördermaßnahme des Freistaates Bayern handelt, hätte der Zuwen-
dungsempfänger keine zuwendungsrechtlichen Repressionen zu erwarten. Aller-
dings können Verfahren vor den Vergabegerichten, aufgrund des bieterschützenden
Charakters des Vergaberechts, nicht ausgeschlossen werden. So können Unterneh-
men – nach § 160 I GWB – auf Antrag ein Nachprüfungsverfahren vor der zuständi-
gen Vergabekammer stellen. Ein solches ist auch bei durchgeführten Vergaben un-
terhalb des Schwellenwerts zulässig, wenn statt einem europaweiten Verfahren eine
nationale Ausschreibung gewählt wurde.²¹⁴ Das zuständige Gericht kann im Rah-
men der Zulässigkeit über die Richtigkeit der Schwellenwertberechnung entschei-
den.²¹⁵ Zwar könnte man argumentieren, dass der Adressatenkreis einer nationalen
Ausschreibung – je nach Verfahrensart – nicht sonderlich groß und die Gefahr eines
Nachprüfungsantrags demzufolge verhältnismäßig klein ist, getreu dem Motto „wo
kein Kläger, da kein Richter.“ Allerdings zeigen die im Laufe dieser Arbeit bespro-
chenen Gerichtsentscheidungen, dass ein Nachprüfungsverfahren nicht vollends
ausgeschlossen werden kann und zur Streichung gesetzlicher Bestimmungen füh-
ren kann.²¹⁶

Die Zuwendungsnehmer im Freistaat Bayern sind zwar von zuwendungsrechtlichen
Repressionen, aber nicht vor Gerichtsverfahren befreit. Inwiefern dieses Vorgehen
bürokratische Aufwendungen und personelle Ressourcen schonen soll, ist nicht er-
sichtlich. Der Lösungsansatz vermag nicht zu überzeugen. Weitere Bundesländer
sollten sich dem Vorgehen nicht anschließen.

3. Altes Schema neu gedacht

Wie unter C.I.4.a) dargelegt, folgte die Trennung von Losen über Planungsleistun-
gen anhand der Grenzen der Leistungsbilder der HOAI. Dr. Julia Kaiser publizierte
Anfang 2024 einen Aufsatz, in dem Sie anhand ihrer persönlichen Rechtsauffassung
einen Lösungsvorschlag darbietet. Nach ihrer Auffassung liegt regelmäßig kein funk-
tionaler Zusammenhang in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht vor, wenn sich
weiterhin an den Leistungsbildern der HOAI orientiert wird.²¹⁷ Dr. Kaiser unterstützt

²¹³ Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr, Schreiben vom 05.04.2017, IIZ-4001-4-2; *Portz*, NZBau 2017, 408 (410), beck-online.

²¹⁴ Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster, Beschluss vom 18. Dezember 2019 – VK 1 - 34/19 –, Rn. 15, juris.

²¹⁵ OLG München, Beschluss vom 13. März 2017 – Verg 15/16 –, Rn. 59, juris; KG Berlin, Beschluss vom 13. Mai 2013 – Verg 10/12 –, Rn. 12, juris; VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 6. April 2005 – VK 9/05 – S. 9; dejure.org.

²¹⁶ *Portz*, NZBau 2017, 408 (410), beck-online.

²¹⁷ *Kaiser*, NZBau 2024, 3 (8), beck-online.

– wissentlich oder unwissentlich – die Ansicht der Kammern und Verbände, die eine Miss- bzw. Überinterpretation des Aulhallen-Urteils bezüglich der Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F. formulierten.²¹⁸

Nach Ansicht von Dr. Kaiser erfüllen die Berufsgruppen, welche in den Leistungsbildern der HOAI abgebildet werden, eine eigene Funktion – „z.B. die Gebäudehülle zu gestalten, den Schallschutz zu gewährleisten, die Statik eines Gebäudes sicherzustellen oder Außenanlagen zu gestalten“²¹⁹ – und müssen bei der Auftragswertberechnung nicht zusammengerechnet werden.

Grundsätzlich bestehen keine Einwände gegen den Vorschlag von Dr. Kaiser, die Leistungsbilder der HOAI als Orientierung heranzuziehen. Eine Orientierung sollte aber nur dergestalt erfolgen, dass anhand der Leistungsbilder der HOAI die Teilung in Fachlose erfolgen sollte, da es sich bei den Regelungen der HOAI nur noch um reines Preisrecht mit ausrichtendem Charakter handelt.²²⁰ Nach Ansicht des EuGHs dienen unterschiedliche Planungsleistungen inhaltlich immer demselben Zweck. Planungs- und Architektenleistungen dienen der Konzeption und Planung der durchzuführenden Arbeiten sowie deren Beaufsichtigung. Demnach dienen solche Leistungen stets der Durchführung eines einheitlichen Bauvorhabens.²²¹

Entgegen der Darstellung von Dr. Kaiser dürfte nach Auffassung des EuGHs bei der Gestaltung der Gebäudehülle und der Statik des Gebäudes regelmäßig ein funktionaler Zusammenhang vorliegen, da die Durchführung eines einheitlichen Bauvorhabens im Vordergrund steht. Zwar empfiehlt Dr. Kaiser die Dokumentation der Beurteilung, ob im Einzelfall ein funktionaler Zusammenhang gegeben ist. Der damit verbundene Dokumentationsaufwand und die verbleibende Rechtsunsicherheit führen im Zweifel aber zu einem mehr an Bürokratie sowie personellem Aufwand und wirken diesen nicht entgegen.

4. Die funktionale Herangehensweise

Die bisherigen Lösungsvorschläge fanden ihren Ansatz darin, die bisherigen rechtlichen Rahmenbedingungen an die Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F. anzupassen, um die befürchteten Folgen abzdämpfen bzw. zu umgehen²²² oder die alten Gepflogenheiten durch neue Interpretation beizubehalten.²²³

²¹⁸ Stellungnahme der Kammern und Verbände der planenden Berufe sowie des Bundesverbandes der freien Berufe, 01.03.2023, S. 3.

²¹⁹ Kaiser, NZBau 2024, 3 (8), beck-online.

²²⁰ Siehe Ausführungen unter C.I.4.

²²¹ EuGH, Urteil vom 15. März 2012 – C-574/10 –, juris.

²²² Siehe Ausführungen unter D.II.1.

²²³ Siehe Ausführungen unter D.II.2 bzw. D.II.3.

Ein von Prof. Dr. Simon Bulla publizierter Ansatz, der Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F. verstärkt mit der funktionalen Ausschreibung entgegenzutreten²²⁴, entspringt dem geltenden Recht und bedarf keiner Änderungen oder Anpassungen.

Grundsätzlich geht der Gesetzgeber davon aus, dass die öffentliche Hand die benötigte Bauleistung im Wege der Einzellosvergabe, anhand einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis, beschafft. Die zur Umsetzung benötigten Planungsleistungen werden vom Auftraggeber vorgenommen. Man spricht von einer konventionellen Ausschreibung. Hierbei wird der Leistungsgegenstand vom Auftraggeber eindeutig und erschöpfend in der Leistungsbeschreibung erfasst. Das zu erreichende Ziel und der einzuschlagende Weg werden vom Auftraggeber definiert.²²⁵ Abweichend von diesem Grundsatz ermöglicht § 7c I EU VOB/A 2019 bzw. § 7c I VOB/A 2019 die gemeinsame Vergabe von Planung und Bauausführung, wenn dies unter Abwägung aller Umstände zweckmäßig ist. Es handelt sich um eine funktionale Ausschreibung, sofern sowohl das grob beschriebene Bauvorhaben als auch die Entwurfsplanungsleistungen an den Auftragnehmer übergeben werden. Im Regelfall wird eine teil-funktionale Ausschreibung vorgenommen, bei der die Leistungsphasen 1 bis 4 noch selbst vom Auftraggeber bzw. einem Planungsbüro erbracht werden. Vom Auftraggeber wird das Ziel und nicht der zu beschreitende Weg vorgegeben. Die zusammengefasste Vergabe erfolgt an einen Totalunternehmer.²²⁶

Unter D.I. wurde zu Recht festgestellt, dass eine Totalunternehmervergabe gegen das Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen aus § 97 IV 1 GWB verstößt. Dieser Denkweise liegt eine konventionelle Ausschreibung zugrunde. Wesen der (teil-) funktionalen Ausschreibung ist, dass der Auftraggeber den Weg zum Ziel nicht abschließend kennt und somit auch keine Losaufteilung vornehmen kann. Da sich der Mittelstandsgedanke nicht ausschließlich auf Losaufteilung beschränkt, sollte mit dem Totalunternehmer eine Vereinbarung getroffen werden, welche ihn dazu verpflichtet, mittelstandsfreundlich Subunternehmer in die Ausführung zu involvieren.²²⁷ Auf diesem Weg wird der Mittelstand in gleichem Maße eingebunden wie bei der konventionellen Ausschreibung mit Losvergabe.

Eine funktionale Ausschreibung setzt sowohl im Unterschwellen- (§ 7c I VOB/A 2019) als auch im Oberschwellenbereich (§ 7c I EU VOB/A 2019) die zweckmäßige

²²⁴ Bulla, KommunalPraxis spezial 2023, Ausgabe 2, 75 (80), Carl Link Kommunalverlag.

²²⁵ Hänzel, NJW-Spezial 2019, 108 (108), beck-online; Von dem Knesebeck, in: BeckOK Vergaberecht, 33. Edition, Stand 01.02.2023, VOB/A § 7bEU, Rn. 2.

²²⁶ Bulla, KommunalPraxis spezial 2023, Ausgabe 2, 75 (80), Carl Link Kommunalverlag; Von dem Knesebeck, in: BeckOK Vergaberecht, 33. Edition, Stand: 01.02.2023, § 7bEU VOB/A, Rn. 2, beck-online; Markus, in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 8. Auflage 2022, § 7c VOB/A, Rn. 19, beck-online.

²²⁷ Hänzel, NJW-Spezial 2019, 108 (109), beck-online; Ziekow, in: Ziekwo/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, § 97 GWB, Rn. 72, beck-online.

Abwägung aller Umstände voraus, um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechteste Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln. Diese Voraussetzungen sind regelmäßig bei Holzbau, System- bzw. Modulbauweise gegeben²²⁸, da bei ihrer Umsetzung eine sehr enge Abstimmung der Planung der einzelnen Gewerke erfolgen muss.²²⁹ So können Systembauten wie Kindergärten, Sporthallen und Parkgaragen sowie technisch komplexe Anlagen wie Schwimmbäder, Fußballstadien, Heizkraftwerke, Müllverbrennungs- und Abfallentsorgungsanlagen sowie Konzerthallen und Theater im Rahmen einer Funktionalausschreibung vergeben werden.²³⁰ Solche Bauten werden im Rahmen der Daseinsvorsorge von öffentlichen Auftraggebern – vor allem Kommunen – benötigt. Unter diesem Aspekt passt die funktionale Ausschreibung ideal zu den Bedürfnissen der öffentlichen Auftraggeber.

Inwiefern eine funktionale Ausschreibung im Oberschwellenbereich einem steigenden bürokratischen und personellen Aufwand entgegenwirken kann, scheint fraglich. Die funktionale Ausschreibung erspart es dem Auftraggeber, seine Bauvorhaben bis ins kleinste Detail zu planen. Des Weiteren kommt es zur Zeitersparnis bei der Vorbereitung der Vergabeunterlagen, da der Auftraggeber die zur Umsetzung benötigten Baumaterialien nicht im Detail im Leistungsverzeichnis dokumentieren muss. Bei der funktionalen Ausschreibung wird – als Bestandteil der Vergabeunterlagen – eine Projektbeschreibung gefordert, „aus welcher der Zweck der fertigen Leistung, die vom Bieter zu erbringenden Planungsleistungen und die technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen und funktionsbedingten Anforderungen sowie die örtlichen Gegebenheiten so eindeutig und erschöpfend zu entnehmen sein müssen, dass vergleichbare Angebote eingereicht werden.“²³¹ Allerdings könnte die Zeitersparnis in der Vorbereitung des Ausschreibungsprozesses schnell eingeholt werden. So ist den Auftragnehmern je nach Schwierigkeitsgrad des Bauvorhabens eine Angebotsfrist zwischen sechs und acht Wochen einzuräumen.²³² Damit übersteigt die festzusetzende Angebotsfrist die gesetzliche Standardfrist von 30 Tagen (§§ 10b II, 10 c I EU VOB/A 2019) deutlich. Erhöhter Arbeitsaufwand könnte ebenfalls durch die Bewertung der Zuschlagskriterien drohen. Es ist denkbar, dass die Bieter verschiedene Modelle zur Ausführung des Bauvorhabens anbieten. Den Zuschlag einzig und allein

²²⁸ VHB-Bund Ausgabe 2017, Stand 2019, Formblatt 100, Nr. 4.4.1.1; VHB Bayern Ausgabe Oktober 2019, Stand September 2021, Anhang 9, C.

²²⁹ Bulla, KommunalPraxis spezial 2023, Ausgabe 2, 75 (80), Carl Link Kommunalverlag.

²³⁰ GPA-Mitteilung Kommunales Bauwesen 1/2023, Funktionalausschreibung (Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm), S. 12; Markus, in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 8. Auflage 2022, § 7c VOB/A, Rn. 6, beck-online.

²³¹ Bulla, KommunalPraxis spezial 2023, Ausgabe 2, 75 (81), Carl Link Kommunalverlag.

²³² Bulla, KommunalPraxis spezial 2023, Ausgabe 2, 75 (81), Carl Link Kommunalverlag.

auf den günstigsten Preis zu erteilen, scheidet daher aufgrund der Nichtvergleichbarkeit der Modelle aus. Demnach müssen neben dem Preis qualitative Zuschlagskriterien zur Vergleichbarkeit der Angebote herangezogen werden. So können die Umsetzung des Gesamtkonzepts, die Qualifikation der Projektleitung oder die Planungsqualität geeignete Kriterien darstellen.²³³ Die Zuschlagsbegründung ist demnach zeitaufwendiger als der Vergleich verschiedener Angebotssummen.

Sofern sich wider Erwarten aufgrund der Komplexität des Bauvorhabens eine zeitliche Ersparnis herausstellen sollte, ist zu beachten, dass eine funktionale Ausschreibung sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich eine angemessene Entschädigung aller Bieter fordert. Dieser Anspruch begründet sich durch den Mehraufwand, der durch die Ausarbeitung von Entwürfen, Plänen, Zeichnungen, statischen Berechnungen, Mengenermittlungen oder andere Unterlagen auf Seiten der Bieter entsteht, gemäß § 8b EU VOB/A 2019 sowie § 8b VOB/A 2019. Dementsprechend ist bei der Verfahrenswahl darauf zu achten, dass entweder das Nicht-Offene Verfahren oder das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zu wählen sind, um den Bieterkreis und die damit einhergehende Entschädigungshöhe einzugrenzen.²³⁴

Abschließend lässt sich der Lösungsansatz von Prof. Dr. Bulla wie folgt zusammenfassen: Die verstärkte Durchführung funktionaler Ausschreibungen begünstigt eine Totalunternehmervergabe, ohne die mittelstandsgeprägte deutsche Planungsirtschaft zu gefährden. Des Weiteren können innovative Bauvorhaben umgesetzt werden, da die Umsetzung maßgeblich durch den Auftragnehmer bestimmt wird und lediglich das Ziel vom Auftraggeber vorgegeben wird. Allerdings stehen diesen positiven Aspekten der nicht abschätzbare bürokratische Aufwand, welcher zu steigen droht, und der Anspruch auf angemessene Entschädigung aller Bieter gegenüber. Aufgrund der ohnehin angespannten Haushaltslage deutscher Kommunen²³⁵ und dem vermuteten Anstieg an Bürokratie, eignet sich der Lösungsvorschlag von Prof. Dr. Bulla nicht bedingungslos, die Bedenken der Kammern und Verbände vollends zu entkräften, wenngleich die funktionale Herangehensweise eine praktikable Lösung zur konventionellen Ausschreibung darstellt. Sofern einzelne Kommunen über die finanziellen und personellen Mittel verfügen, kann dieser Lösungsansatz durchaus verfolgt werden.

²³³ Bulla, KommunalPraxis spezial 2023, Ausgabe 2, 75 (82), Carl Link Kommunalverlag.

²³⁴ Bulla, KommunalPraxis spezial 2023, Ausgabe 2, 75 (81), Carl Link Kommunalverlag.

²³⁵ AKS, AK-Fakten 2023, S. 7.

5. Das alternative Beschaffungskonzept

Einen neuartigen Lösungsansatz bietet das alternative Beschaffungskonzept, welches auf einer konventionellen Ausschreibung basiert. Das alternative Beschaffungskonzept wurde in der Begründung des Verordnungsentwurfs der Bundesregierung vom 22.03.2023²³⁶ zur Folgenabschwächung der ersatzlosen Streichung der § 3 VII 2 VgV a.F. angedacht. Gegenstand des alternativen Beschaffungskonzepts ist die gemeinsame Vergabe von Planungs- und Bauleistungen als Bauauftrag. Diese Vorgehensweise steht – aus Sicht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) – im Einklang mit Art. 2 I Nr. 6 RL 2014/24/EU sowie Erwägungsgrund 8 der RL 2014/24/EU.²³⁷ „Für die gemeinsame Vergabe von Ausführung und Planung der Bauleistung bzw. Bauvorhaben als ein Bauauftrag gilt der jeweils aktuelle EU-Schwellenwert für Bauaufträge.“²³⁸ Sofern sich der Ansatz des alternativen Beschaffungskonzepts in der Praxis durchsetzt – bisher herrscht die getrennte Vergabe von Planungs- und Bauleistungen vor – profitieren öffentliche Auftraggeber vom wesentlich höheren Schwellenwert für Bauaufträge, weshalb weniger Vorhaben europaweit vergeben werden müssten als bei einer getrennten Vergabe von Planungs- und Bauleistungen.²³⁹

In dem im Februar 2024 erschienenen Rechtsgutachten von Prof. Dr. Burgi²⁴⁰ wird die gemeinsame Vergabe von Aufträgen für Planungs- und Bauleistungen zu Funktionsweise und Rechtskonformität des alternativen Beschaffungskonzepts bewertet. Dabei wird zunächst das vom BMWK vorgebrachte alternative Beschaffungskonzept in zwei Teile unterteilt. Auf der ersten Stufe wird untersucht, ob eine Zusammenführung – gemeinsame Vergabe – der Planung und Ausführung von Bauleistungen bzw. Bauwerken zu einem Bauauftrag statthaft ist.²⁴¹ Die zweite Stufe befasst sich mit der Prüfung der Statthaftigkeit der Unterteilung der Bau- und Planungsleistungen in Fachlose sowie der weiteren Bildung von Fachlosen innerhalb der Planungsleistungen.²⁴²

In Bezug auf die erste Stufe des alternativen Beschaffungskonzepts kommt Prof. Dr. Burgi zu dem Ergebnis, dass „eine gemeinsame Vergabe von Aufträgen für die Planung und die Ausführung [...] mithin statthaft [ist].“²⁴³ Begründet wird die Statthaftigkeit mit der ausdrücklichen normativen Legitimation der § 103 III 1 GWB und § 3 VI 2 VgV, wonach dem Auftraggeber explizit erlaubt wird, Aufträge für die Planung

²³⁶ BT-Drucks. 20/6118, S. 28 f.

²³⁷ BMWK, Schreiben vom 23.08.2023, IB3 – 20611/002, S. 3.

²³⁸ BT-Drucks. 20/6118, S. 29.

²³⁹ Siehe Ausführungen unter C.II.2.

²⁴⁰ Burgi, Februar 2024, Rechtsgutachten.

²⁴¹ Burgi, Februar 2024, Rechtsgutachten, E.I.

²⁴² Burgi, Februar 2024, Rechtsgutachten, E.II.

²⁴³ Burgi, Februar 2024, Rechtsgutachten, E.I.5.

und die Ausführung von Bauleistungen getrennt oder gemeinsam zu vergeben und zu einem Bauauftrag zusammen zu führen. Des Weiteren verweist Prof. Dr. Burgi ebenfalls auf die europarechtliche Grundlage des Art. 2 I Nr. 6 RL 2014/24/EU sowie Erwägungsgrund 8 RL 2014/24/EU. Dem Auftraggeber wird folglich hinsichtlich einer getrennten oder gemeinsamen Vergabe Ermessen eingeräumt. Die Ermessenswahl kann unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit getroffen werden und bedarf keiner besonderen Rechtfertigung. Ferner wird festgestellt, dass bei einer gemeinsamen Vergabe der Schwellenwert für Bauaufträge und nicht der für Dienstleistungen heranzuziehen ist, § 112 III 1 GWB. Abschließend wird die Statthaftigkeit damit begründet, dass die gemeinsame Vergabe nicht gegen die Umgehungsverbote der §§ 111 V GWB und 3 II VgV verstößt.²⁴⁴

Auch die zweite Stufe des alternativen Beschaffungskonzepts stellt sich als statthaft dar. Sofern Planungs- und Bauleistungen gemeinsam vergeben werden sollen, kann sowohl eine Fachlosbildung bezüglich der Planungs- und Bauleistungen vorgenommen werden – Hauptgruppe – als auch eine weitere Fachlosbildung innerhalb der Hauptgruppe der Planungsleistungen – Untergruppen – durchgeführt werden. Zur Losbildung innerhalb der Planungsleistungen können die Leistungsbilder der HOAI herangezogen werden. Die gebildeten Lose können unter Zuhilfenahme der „80/20-Regel“ vergeben werden.²⁴⁵

Sofern der geschätzte Auftragswert den Schwellenwert für Bauaufträge erreicht bzw. überschreitet, sind nach der Einschätzung von Prof. Dr. Burgi die Regelungen der §§ 73 ff. VgV „auf die Vergabe der die Planungsleistungen betreffenden Lose anzuwenden.“²⁴⁶ Für das Fachlos der Bauleistung sind nach § 2 VgV die Regelungen der VOB/A-EU anzuwenden. Nach Einschätzung von Prof. Dr. Burgi ist den vergaberechtlichen Regelungen im Oberschwellenbereich nicht zu entnehmen, dass für alle Lose das gleiche Rechtsregime anzuwenden ist.²⁴⁷ In Bezug auf die „80/20-Regel“ stellt Prof. Dr. Burgi klar, dass nicht der für Liefer- und Dienstleistungen geltende Nettowert des betreffenden Loses von 80.000 €, sondern der Nettowert von 1.000.000 € für Bauleistungen zugrunde zu legen ist, da die Formulierung des § 3 IX VgV „bei“ (Liefer- und Dienstleistungen bzw. Bauleistungen) nicht auf das einzelne Los abzielt, sondern auf das Regime des gesamten Auftrags. Da es sich beim alternativen Beschaffungskonzept um einen Bauauftrag nach § 103 III 1 GWB handelt, ist das Kontingent von 1.000.000 € netto bei Bauleistungen einschlägig.²⁴⁸

²⁴⁴ Burgi, Februar 2024, Rechtsgutachten, E.I.1. – E.I.4.

²⁴⁵ Burgi, Februar 2024, Rechtsgutachten, E.II.1.

²⁴⁶ Burgi, Februar 2024, Rechtsgutachten, F.I.1.a).

²⁴⁷ Burgi, Februar 2024, Rechtsgutachten, F.I.1.a).

²⁴⁸ Burgi, Februar 2024, Rechtsgutachten, F.I.1.b).

Projiziert man das beschriebene alternative Beschaffungskonzept auf die unter C.II.2 dargelegte Berechnungsmethode nach europäischem Verständnis, kommt es zu folgendem Ergebnis: Auf der ersten Stufe des Konzepts entscheidet sich der Auftraggeber, sowohl die Planungs- als auch die Bauleistungen gemeinsam zu vergeben und diese zu einem Bauauftrag zusammenzuführen. Demnach ergeben sich aus § 3 I 1 VgV in Verbindung mit § 3 VI 1 VgV²⁴⁹ für die beiden Projekte geschätzte Auftragswerte von 4.730.000 € netto bzw. 1.247.500 € netto. In beiden Projekten wird der Schwellenwert für Bauaufträge weder erreicht noch überschritten. Daraus folgt auf der zweiten Stufe, dass aus § 97 V GWB „keine Maßstäbe zur Beurteilung der Statthaftigkeit der Teilung in Fachlose entnommen werden können.“²⁵⁰ Die Planungsleistungen der beiden Projekte werden nach dem Unterschwellenvergabe-recht, also dem Haushaltsrecht des öffentlichen Auftraggebers, vergeben. In der Regel werden die Planungsleistungen nach der Sonderregel des § 50 UVgO vergeben.²⁵¹

Auf den ersten Blick scheint das von Prof. Dr. Burgi untersuchte alternative Beschaffungskonzept alle von den Kammern und Verbänden prognostizierten Probleme zu beseitigen. Durch die gemeinsame Vergabe in einem Bauauftrag nach § 103 I 1 GWB kann der wesentlich höhere Schwellenwert für Bauaufträge herangezogen werden. Dies hat zur Folge, dass weitaus mehr Planungsleistungen national vergeben werden können als bei einer getrennten Vergabe, bei der für die Planungsleistungen ein geringerer Schwellenwert gilt. Sofern der Schwellenwert für Bauaufträge erreicht bzw. überschritten wird, können die meisten Planungsleistungen durch Fachlosbildung und Anwendung der „80/20-Regel“ weiterhin im Unterschwellenbereich vergeben werden. Besonders praktisch erscheint dabei, dass die Planungsleistungen – trotz ihrer Zugehörigkeit zum Bauauftrag – nicht nach den Regelungen der VOB/A-EU, sondern nach den spezifischen Regelungen der §§ 73 ff VgV vergeben werden. Obwohl die Planungsleistungen nach den §§ 73 ff VgV vergeben werden – also nach den speziellen Regelungen für Dienstleistungen – darf bei Anwendung des § 3 IX VgV der Nettowert des betreffenden Loses von 1.000.000 €, welcher bei Bauleistungen heranzuziehen ist, angesetzt werden.

An diesem Punkt ist das dargestellte alternative Beschaffungskonzept aus hiesiger Sicht nicht schlüssig und überzeugt nicht abschließend. Zwar stellt Prof. Dr. Burgi nicht ohne Begründung fest, dass die Planungsleistungen nach den §§ 73 ff VgV zu vergeben und im Falle der Anwendung des § 3 IX VgV mit dem höheren Nettowert von 1.000.000 € zu bewerten sind. Nach persönlicher Einschätzung scheint es nicht

²⁴⁹ Siehe Ausführungen unter C.I.1 bzw. C.I.3.

²⁵⁰ *Burgi*, Februar 2024, Rechtsgutachten, E.II.2.

²⁵¹ *Burgi*, Februar 2024, Rechtsgutachten, F.I.2.

plausibel, weshalb es zulässig sein soll, dass die im Bauauftrag enthaltenen Planungsleistungen, die nach den speziellen Regelungen für Architekten- und Ingenieurleistungen vergeben werden, dann bei der losweisen Betrachtung des § 3 IX VgV als Bauleistungen betrachtet werden können. Schließlich handelt es sich um ein und dieselben Planungsleistungen. Das von Prof. Dr. Burgi beschriebene Vorgehen erinnert stark an die von ihm selbst beschriebene – und vermeintlich ausgeschlossene – „Rosinenpickerei.“²⁵² Das alternative Beschaffungskonzept wäre nach persönlicher Einschätzung stringenter und überzeugender, wenn sämtliche Fachlose eines Bauauftrags nach den für Bauaufträge geltenden Regelungen vergeben würden. Folglich wären die Regelungen der VOB/A-EU bzw. VOB/A für die Vergabe der Fachlose heranzuziehen. Da weder der erste noch der zweite Abschnitt der VOB/A spezielle Regelungen für die Vergabe von Planungsleistungen kennen, würden sich weniger Bieter auf ein solch unbekanntes Verfahren einlassen. Diese Bedenken stehen einer stringenten Vorgehensweise beim alternativen Beschaffungskonzept nicht entgegen. Das beschriebene alternative Beschaffungskonzept nach VOB/A-Vergabe bietet weiterhin mehr Vorteile und stellt eine echte Lösung dar, um dem „mehr an Bürokratie samt Folgekosten“²⁵³ entgegenzuwirken.

III. Zwischenfazit

Abschließend lässt sich festhalten, dass die Sorgen und Befürchtung der Kammern und Verbände hinsichtlich der ersatzlosen Streichung der § 3 VII 2 VgV a.F. unbegründet erscheinen. Die befürchtete Existenzgefährdung der deutschen mittelstandgeprägten Planungswirtschaft durch Totalunternehmervergaben wurde entkräftet. Dem befürchteten Anstieg von bürokratischem und personellem Aufwand wirkt das um oben genannten Vorschlag modifizierte alternative Beschaffungskonzept entgegen. Zwar ist hierbei zu berücksichtigen, dass es noch keine Entscheidungen von Vergabesenaten oder des EuGHs gibt und mithin nicht von vollumfänglicher Rechtssicherheit ausgegangen werden kann. Die von Prof. Dr. Burgi vorgebrachten Argumente sind aber derart plausibel, dass die Bundesingenieurkammer sowie weitere Kammern und Verbände die Anwendung des Konzepts empfehlen. Die im Rahmen dieser Arbeit empfohlene Modifizierung dürfte zu weiterer Rechtssicherheit beitragen.

²⁵² Burgi, Februar 2024, Rechtsgutachten, F.I.1.

²⁵³ Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände, 17.02.2023, S.8.

E. Fazit

Nach Ansicht der Kammern und Verbände wurde mit der am 23.08.2023 verkündeten und am 24.08.2023 in Kraft getretenen eForms-Verordnung, mit der auch § 3 VII 2 VgV a.F. ersatzlos gestrichen wurde, der bisher gängigen Praxis der Schätzung des Auftragswerts bei der Vergabe in Losen endgültig ein Riegel vorgeschoben. Die befürchteten Folgen der Streichung reichen von der wirtschaftlichen Existenzbedrohung der deutschen mittelstandsgeprägten Planungswirtschaft bis hin zu einem massiven Anstieg des bürokratischen und personellen Aufwands.

Im Rahmen dieser Masterthesis wurde untersucht, ob die von den Kammern und Verbänden vorgebrachten Zweifel und Ängste hinsichtlich der ersatzlosen Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F. nachvollziehbar bzw. begründet sind. Auf der ersten Ebene wurde untersucht, ob die bisher gelebte Praxis, nämlich die Gleichartigkeit von Planungsleistungen nach § 3 VII 2 VgV a.F. ausschließlich innerhalb der Leistungsbilder der HOAI anzunehmen, erst nach der ersatzlosen Streichung der Passage oder bereits vorher obsolet wurde. Durch Vorbringen europäischer und nationaler Rechtsprechung wurde der Wille des europäischen Richtliniengebers widerspiegelt, welcher die Ermittlung des geschätzten Gesamtwerts des zu vergebenden Auftrags stets anhand des funktionalen Auftragsbegriffs vornimmt. Folglich kommt es darauf an, dass die einzelnen Arbeiten in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität bilden. Dieser funktionale Auftragsbegriff ist ebenfalls bei der losweisen Vergabe anzuwenden. Dies hat zur Folge, dass Planungsleistungen bei der Auftragswertberechnung – unabhängig von ihrer Gleichartigkeit – zu addieren sind. Die bisher gängige Praxis der Addition bei Gleichartigkeit der Planungsleistungen ist folgerichtig frühestens seit dem Beschluss des OLGs München und spätestens nach dem Beschluss der VK Westfalen nicht mehr anwendbar. § 3 VII 2 VgV a.F. ist nach hiesiger Auffassung europarechtswidrig. Somit hätte nicht erst die ersatzlose Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F., sondern bereits seine Unvereinbarkeit mit den europäischen Vergaberichtlinien zur Abkehr von der bisherigen Praxis führen müssen.

Nachdem auf der ersten Ebene festgestellt wurde, dass sich theoretisch keine Änderungen durch die Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F. ergeben, fand auf der zweiten Ebene eine Auseinandersetzung mit der praktischen Seite statt. De facto hat die Praxis an der Addition gleichartiger Planungsleistungen bei der Ermittlung des geschätzten Auftragswerts festgehalten. Somit sind künftig Anpassungen vorzunehmen, deren Auswirkungen zu Befürchtungen bei Kammern und Verbänden führen. Demzufolge wurde sich mit diesen Befürchtungen auseinandergesetzt. Zunächst

wurde festgestellt, dass die Existenz der deutschen mittelstandsgeprägten Planungswirtschaft nicht wie befürchtet durch einen Anstieg von Totalunternehmervergaben gefährdet ist, da diese weiterhin die Ausnahme statt die Regel darstellen dürften. Abschließend wurde der befürchtete Anstieg von bürokratischem und personellem Aufwand anhand mehrerer Lösungsansätze untersucht. Hierbei wurde festgestellt, dass sich sowohl die funktionale Herangehensweise als auch das alternative Beschaffungskonzept dazu eignen, dem steigenden bürokratischen und personellen Aufwand entgegenzuwirken. Die funktionale Herangehensweise ist für finanzstarke öffentliche Auftraggeber geeigneter als für finanzschwache. Das alternative Beschaffungskonzept sollte unter der Modifizierung angewendet werden, dass auch die Planungsleistungen nach den einschlägigen Regelungen der VOB/A vergeben werden.

Die vorliegende Masterthesis kommt zu dem Ergebnis, dass die ersatzlose Streichung des § 3 VII 2 VgV a.F. in der Theorie keine Änderungen zur Folge hat. Da die Theorie vorliegend nicht der gelebten Praxis entspricht, wurden die befürchteten Auswirkungen der Streichung anhand verschiedener Lösungsansätze untersucht, mit dem Ergebnis, dass auch in praktischer Hinsicht keine gravierenden Änderungen zu befürchten sind. Die Bedenken der Kammern und Verbände konnten demnach ausgeräumt werden.

Literaturverzeichnis

- Arbeitskammer des Saarlandes*, AK-Fakten 2023, Wenig finanzieller Spielraum für die Transformation des Saarlandes, Saarbrücken 2023 (zitiert als: AKS, AK-Fakten 2023).
- Bayerische Architektenkammer (Hrsg.)*, *Bayerische Ingenieurekammer-Bau (Hrsg.)*, *Bund Deutscher Architekten (Hrsg.)*, *Bund Deutscher Baumeister (Hrsg.)*, *Bund Deutscher Innenarchitekten (Hrsg.)*, *Verband Beratender Ingenieure (Hrsg.)*, Vergabe freiberuflicher Leistungen nach der VgV – Ein Leitfaden für kommunale Auftraggeber, München 2017 (zitiert als: Bayerische Architektenkammer/Bayerische Ingenieurekammer-Bau/BDA/BDB/bdia/VBI, Vergabe freiberuflicher Leistungen nach der VgV – Ein Leitfaden für kommunale Auftraggeber).
- Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr*, Schreiben vom 05.04.2017, Aktenzeichen IIZ-4001-4-2.
- Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration*, Schreiben vom 31.01.2024, Aktenzeichen B3-1512-32-12.
- Bayerisches Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr*, Schreiben vom 18.12.2023, Aktenzeichen StMB-23-4001-4-6-18.
- Bulla, Simon*, Die funktionale Ausschreibung, Generalplanervergabe und abgespeckte VgV-Verfahren als Retter in der Not?, *KommunalPraxis spezial* 2023, S. 75 – 83.
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Schlaglichter der Wirtschaftspolitik – Monatsbericht August 2018, Stand 25. Juli 2018, München 2018 (zitiert als: BMWi, Schlaglichter der Wirtschaftspolitik – Monatsbericht August 2018).
- Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz*, Schreiben vom 23.08.2023, Aktenzeichen IB3 – 20611/002.
- Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände*, Stellungnahme, Öffentliche Konsultation zur Transformation des Vergaberechts – Vergabetransformationspaket, 17.02.2023 (zitiert als: Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände, 17.02.2023).
- Burgi, Martin (Hrsg.) / Dreher, Meinrad (Hrsg.) / Opitz, Marc (Hrsg.)*, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 4. Auflage 2022, München 2022 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 4. Auflage 2022).
- Burgi, Martin*, Gemeinsame Vergabe von Aufträgen für Planungs- und Bauleistungen, kombiniert mit Fachlosbildung: Funktionsweise und Rechtskonformität eines alternativen Beschaffungskonzepts (v.a. bei kommunalen Investitionsvorhaben für Klimaschutz, sozialer Infrastruktur, Sanierung etc.) nach Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV, Rechtsgutachten, Februar 2024 (zitiert als: *Burgi*, Februar 2024, Rechtsgutachten).
- Calliess, Christian (Hrsg.) / Ruffert, Matthias (Hrsg.)*, EUV / AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 6. Auflage 2022, München 2022 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Auflage 2022).
- Dieckmann, Martin (Hrsg.) / Scharf, Jan Peter (Hrsg.) / Wagner-Cardenal, Kersten (Hrsg.)*, VgV – UvGO, 3. Auflage 2022, München 2022 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, UVGO, 3. Auflage 2022).
- Dreher, Meinrad*, Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, *NZBau* 2005, S. 427 – 436.
- Faßbender, Kurt*, Die neuen Regelungen für eine mittelstandsgerechte Auftragsvergabe, *NZBau* 2010, S. 529 – 535.
- Frenz, Walter*, Vergaberecht EU und national, 1. Auflage 2018, Berlin 2018.
- Fuchs, Heiko*, Großversagen der Auftraggeber?, *NZBau* 2014, S. 409 – 415.
- Gabriel, Marc (Hrsg.) / Krohn, Wolfram (Hrsg.) / Neun, Andreas (Hrsg.)*, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage 2024, München 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage 2024).
- Gabriel, Marc (Hrsg.) / Mertens, Susanne (Hrsg.) / Stein, Roland M. (Hrsg.) / Wolf, Florian*, Beck'scher Online-Kommentar Vergaberecht, 33. Edition, Stand 01.08.2024, München 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK Vergaberecht, 33. Edition).

- Gemeindeprüfungsanstalt Baden-Württemberg*, GPA-Mitteilung Kommunales Bauwesen 1/2023, Funktionalausschreibungen (Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm), 25.04.2023.
- Hänsel, Tobias*, Generalunternehmervergaben durch öffentliche Auftraggeber, NJW-Spezial 2019, S. 108 – 109.
- Heiermann, Wolfgang (Hrsg.) / Zeiss, Christopher (Hrsg.) / Summa, Hermann (Hrsg.)*, juris PraxisKommentar Vergaberecht, 6. Auflage 2022, Stand 15.09.2022 Saarbrücken 2022 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage).
- Hertwig, Stefan (Hrsg.)*, Vergaberecht, Systematik, Verfahren, Rechtsschutz, 7. Auflage 2021, München 2021 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Hertwig, Praxis des Vergaberechts, 7. Auflage 2021).
- Kaiser, Julia*, Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen, NZBau 2024, S. 3 – 8.
- Kammern und Verbände der planenden Berufe sowie des Bundesverbandes der freien Berufe*, Stellungnahme zur Aufhebung des § 3 Abs. 7 Satz 2 der Vergabeverordnung (VgV) und der vergleichbaren Vorschriften in der Sektorenverordnung (SektVO) und der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV), 01.03.2023.
- Kapellmann, Klaus D. (Hrsg.) / Messerschmidt, Burkhard (Hrsg.) / Markus, Jochen*, VOB Teil A und B, 8. Auflage 2022, München 2022 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 8. Auflage 2022).
- Knossalla, Marie Luise*, Die Auftragswertschätzung bei Großprojekten, IR 2023, S. 254 – 257.
- Koenig, Christian / Haratsch, Andreas*, Grundzüge des deutschen und des europäischen Vergaberechts, NJW 2003, S. 2637 – 2642
- Kokew, Christian P.*, Keine Umgehung des Vergaberechts bei der Beauftragung von Architektenleistungen, NZBau 2012, S. 749 – 752.
- Korbion, Hermann (Begr.) / Mantscheff, Jack (Begr.) / Vygen, Klaus (Begr.) / Korbion, Claus-Jürgen (Hrsg.)*, Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI), 10. Auflage 2024, München 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 10. Auflage 2024).
- Krajewski, Markus / Krämer, Rike*, Die Auswirkungen des revidierten WTO-Übereinkommens über öffentliche Beschaffungen ("Government Procurement Agreement", GPA) von 2012 auf soziale und arbeitnehmerfreundliche Beschaffungsentscheidungen, Februar 2013.
- Leinemann, Eva-Dorothee / Mertel, Niko*, Die Vergabe von Planungsleistungen nach Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV a.F., VergabeNews 2024, S. 18 – 21.
- Manz, Tobias / Schönwälder, Yannick*, Die vergaberechtliche Gretchenfrage: Wie hältst Du´s mit dem Mittelstand?, NZBau 2012, S. 465 – 470.
- Matuschak, Holger*, Auftragswertermittlung bei Architekten- und Ingenieurleistungen nach neuem Vergaberecht, NZBau 2016, S. 613 – 619.
- Messerschmidt, Burkhard (Hrsg.) / Voit, Wolfgang*, Privates Baurecht, 4. Auflage 2022, München 2022 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Auflage 2022).
- Michaels, Sascha*, Die Modernisierung des Vergaberechts – ein neuer Anlauf, IR 2008, S. 154 – 158.
- Müller, Jan Peter*, Planungsleistungen sind wertmäßig zu addieren und europaweit auszusprechen, soweit der sogenannte Schwellenwert für Dienstleistungen überschritten wird, jurisPR-VergR 4/2020, Anmerkung 6.
- Naumann, Daniel*, Vergaberecht – Grundzüge der öffentlichen Auftragsvergabe, 2. Auflage 2022, Wiesbaden 2022.
- Portz, Norbert*, Addition verschiedener Planungsleistungen zur Wertermittlung, NZBau 2017, S. 408 – 410.
- Pünder, Hermann / Schellenberg, Martin (Hrsg.)*, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, Baden-Baden 2019 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019).

- Rechtsprechung*, Alle Planungsleistungen sind bei der Auftragswertberechnung zu addieren, IBR 2020, S. 148.
- Rechtsprechung*, EuGH: Bundesdeutsche Rundfunksender als öffentliche Auftraggeber – „Rundfunkanstalten“, NZBau 2008, S. 130 – 134.
- Rechtsprechung*, OLG München: Gesamtauftragswert auch bei abschnittsweiser Ausschreibung – Planungsleistungen, NZBau 2017, S. 371 – 377.
- Rechtsprechung*, SektVO; Planungsleistungen; Auftrag zum Zweck der Ausübung einer Sektorentätigkeit; neutrales Hilfsgeschäft; Schwellenwert; Lose über gleichartige Leistungen; funktionaler Zusammenhang; Bereitstellung der Vergabeunterlagen in zweistufigen Verfahren; Eignungsanforderungen; Auswahlkriterien; Gewichtung; Referenzen; Antragsbefugnis; Rüge; Erkennbarkeit, VergabeR 2017, S. 469 – 482.
- Rechtsprechung*, Vergabe von Fachlosen bei Planungsleistungen, NJW-Spezial 2017, S. 268 – 269.
- Redaktion*, 139 Stunden: So aufwendig ist eine öffentliche Ausschreibung für Auftraggeber, cosinex blog, Art. vom 27.10.2022, <https://blog.cosinex.de/2022/10/27/139-stunden-so-aufwendig-ist-eine-oeffentliche-ausschreibung-fuer-auftraggeber/>, zuletzt abgerufen am 06.10.2024 (zitiert als: *Redaktion*, 139 Stunden: So aufwendig ist eine öffentliche Ausschreibung für Auftraggeber).
- Reidt, Olaf (Hrsg.) / Stickler, Thomas (Hrsg.) / Glaß, Heike (Hrsg.)*, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, Köln 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Reidt/Stickler/Glaß, Vergaberecht, 5. Auflage 2024).
- Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.) / Ganske, Matthias (Hrsg.) / Knauff, Matthias (Hrsg.)*, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 3, VergabeR I, 4. Auflage 2022, München 2022 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 3, VergabeR I, 4. Auflage 2022).
- Statistisches Bundesamt*, Genesis-Online, Ergebnis 79994-0001, <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online?sequenz=tabelleErgebnis&selectionname=79994-0001#abreadcrumb>, zuletzt abgerufen am 06.10.2024 (zitiert als: Statistisches Bundesamt, Ergebnis 79994-0001).
- Stelkens, Paul (Begr.) / Bonk, Joachim (Begr.) / Leonhardt, Klaus (Begr.) / Sachs, Michael (Hrsg.) / Schmitz, Heribert (Hrsg.) / Stelkens, Ulrich (Hrsg.)*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Auflage 2023, München 2023 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, 10. Auflage 2023).
- Übelacker, Davina / Kalte, Peter / Petschulat, Alexander*, 10-mal mehr VgV-Verfahren für Planungsleistungen Die Additionspflicht kommt, Deutsches Ingenieurblatt Ausgabe 07-08/2023, S. 31 – 33.
- Von Wietersheim, Mark*, Legal Update – Fortentwicklung des Vergaberechts, jurisPR-VergR 4/2024 Anmerkung 1.
- Voppel, Reinhard (Hrsg.) / Osenbrück, Wolf (Hrsg.) / Bubert, Christoph (Hrsg.)*, VgV, 4. Auflage 2018, München 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Voppel/Osenbrück/Bubert, VgV, 4. Auflage 2018).
- Weiß, Wolfgang*, Die Bedeutung des WTO-Übereinkommens über öffentliche Beschaffung für das EU-Vergaberecht und seine Umsetzung, NZBau 2016, S. 198 – 204.
- World Trade Organization*, Übereinkommen über öffentliche Beschaffungen, Parteien und Beobachter, https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm, zuletzt abgerufen am 06.10.2024 (zitiert als: WTO, Parteien und Beobachter).
- Zentralverband des Deutschen Handwerks*, Stellungnahme „eForms“-Verordnung, 01.03.2023, Berlin 2023.
- Ziekow, Jan (Hrsg.) / Völlink, Uwe-Carsten (Hrsg.)*, Vergaberecht, 5. Auflage 2024, München 2024 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Auflage 2024).
- Ziekow, Jan*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 6. Auflage 2024, München 2024.

Eidesstattliche Erklärung

Hiermit versichere ich, **Lukas Nagel**, dass ich die Masterarbeit (bei einer Gruppenarbeit gemäß § 14 Absatz 8 StuPrO den entsprechend gekennzeichneten Teil der Arbeit) selbstständig verfasst und weder diese Arbeit noch Teile davon an anderer Stelle zu Prüfungszwecken eingereicht habe, sowie keine anderen als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel benutzt habe.

Auersmacher, 21.10.2024

Lukas Nagel

Ort, Datum Unterschrift