

# Vergaberecht

Ziekow / Völlink

4., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2020  
ISBN 978-3-406-74711-3  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

*Knauff*, Neues europäisches Vergabeverfahrensrecht: Rahmenvereinbarungen, VergabeR 2006, 24; *Müller-Wrede*, Der Architektenwettbewerb, 2012; *Portz*, Rahmenvereinbarungen – Flexible Beschaffungsmöglichkeiten im Vergaberecht, KommunalPraxis spezial 2011, 78; *Portz*, Flexible Vergaben durch Rahmenvereinbarungen: Klarstellungen durch die EU-Vergaberichtlinie 2014, VergabeR 2014, 523; *Segeth*, Rahmenvereinbarungen, 2010; *Stolz*, Die Vergabe von Architekten- und Ingenieursleistungen nach der Vergaberechtsreform 2016, VergabeR 2016, 351; *Wichmann*, Die Vergabe von Rahmenvereinbarungen und die Durchführung nachgelagerter Wettbewerbe nach neuem Recht, VergabeR 2017, 1.

## Übersicht

	Rn.
I. Bedeutung der Vorschrift .....	1
II. Begriff des öffentlichen Auftrags (Abs. 1) .....	6
1. Struktur .....	6
2. Durchführung eines Auswahlverfahrens .....	10
3. Vorliegen eines entgeltlichen Vertrages .....	11
a) Abschluss eines Vertrages .....	12
aa) Beiderseits verbindliches Rechtsgeschäft .....	13
bb) Wahl öffentlich-rechtlicher Handlungsformen .....	19
cc) Inhaltliche Gestaltungsfreiheit des Auftraggebers .....	24
dd) Vertragsdauer .....	26
ee) Kein Schriftformerfordernis .....	37
ff) Entgeltlichkeit .....	38
b) Verfolgung eines Beschaffungszwecks .....	44
aa) Grundsätze .....	44
bb) Veräußerungsgeschäfte der öffentlichen Hand .....	50
cc) Organisationsmaßnahmen öffentlicher Auftraggeber, insbes. Privatisierungen .....	61
4. Vertragspartner .....	63
a) Öffentlicher Auftraggeber .....	64
b) Unternehmen .....	65
c) Verträge zwischen verschiedenen öffentlichen Stellen .....	66
III. Arten öffentlicher Aufträge (Abs. 2–6) .....	68
1. Lieferaufträge (Abs. 2) .....	70
2. Bauauftrag (Abs. 3) .....	74
a) Begriffe .....	77
b) Verträge über die Ausführung oder über die Planung und Ausführung von Bauleistungen (§ 103 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 2 GWB) .....	83
c) Bauleistung durch Dritte (§ 103 Abs. 3 S. 2 GWB) .....	89
aa) Hinweise auf die Rechtslage .....	96
bb) Vertragliche Regelungen .....	100
3. Dienstleistungsauftrag (Abs. 4) .....	107
4. Rahmenvereinbarungen (Abs. 5) .....	110
a) Festlegung von Bedingungen für die Auftragsvergabe .....	112
b) Laufzeit .....	117
c) Beteiligte der Rahmenvereinbarung .....	118
5. Wettbewerbe (Abs. 6) .....	124

## I. Bedeutung der Vorschrift

§ 103 GWB enthält **Vorschriften zum Anwendungsbereich des Vergaberechts** in zweierlei Richtungen: Zum einen ergänzt er die den persönlichen Anwen-

## **GWB § 103** Öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen und Wettbewerbe

dungsbereich des Kartellvergaberechts betreffende Bestimmung des § 98 GWB durch eine Regelung zum Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers, muss es sich doch ausweislich des § 103 Abs. 1 GWB (ebenso wie nach § 105 Abs. 1 GWB bei Konzessionen) dabei um ein „Unternehmen“ handeln (→ Rn. 65). Zum anderen – und in erster Linie – regelt § 103 GWB den **sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts** – mit Ausnahme der Konzessionsvergaben – durch den Begriff des öffentlichen Auftrags.

- 2 Allerdings ergibt sich dieser sachliche Anwendungsbereich nicht allein aus § 103 GWB, sondern erst im **Zusammenwirken mit anderen Vorschriften**: Liegen die Voraussetzungen des § 103 GWB vor, so sind die besonderen Vorschriften der §§ 97 ff. GWB – mit Ausnahme der die Konzessionen betreffenden Vorschriften – der VgV, der SektVO, der VSVG und der EU-Paragraphen der VOB/A (zur Regelungssystematik → Einl. § 97 Rn. 20 ff.) gleichwohl nur anwendbar, wenn die in § 106 GWB festgelegten Schwellenwerte erreicht oder überschritten sind. Weiterhin dürfen keine Ausnahmen nach §§ 107, 116 GWB einschlägig sein sowie kein Inhouse- oder Instate-Geschäft iSv § 108 GWB und keine Konzession iSv § 105 GWB vorliegen.
- 3 Ähnlich wie § 99 GWB beruht auch die Anwendung des § 103 GWB auf einer **funktionalen Betrachtung**. Die gesamte Rspr. des EuGH zur Vergaberechtsfreiheit der sog. In-house-Geschäfte beruht auf einem funktionalen Auftragsbegriff: Wird eine Aufgabe auf eine im Rahmen einer Organisationsprivatisierung gegründete rechtlich selbständige Eigengesellschaft eines öffentlichen Auftraggebers übertragen, so kommt bei rein formeller Betrachtungsweise ein Vertrag zustande und es läge ein Auftrag iSd § 103 Abs. 1 GWB vor. Sofern die Gesellschaft vom Auftraggeber „beherrscht“ wird, ist dies jedoch bei funktionaler Betrachtungsweise der Aufgabenwahrnehmung durch eine Dienststelle gleichzusetzen (→ § 108 Rn. 8 ff.). Der funktionale Auftragsbegriff stellt ein **Korrektiv** dar, um Konstellationen gerecht zu werden, die zwar dem Wortlaut der Vorschriften nach dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterfallen würden, dies jedoch zur Erreichung des Hauptziels der unionsrechtlichen Vergaberichtlinien, einen freien Dienstleistungsverkehr und die Öffnung für einen unverfälschten und möglichst umfassenden Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten zu gewährleisten (→ § 97 Rn. 2 ff.), nicht geboten ist. Der Sache nach handelt es sich beim funktionalen Auftragsbegriff um eine teleologische Auslegung.
- 4 § 103 GWB setzt die Begriffsbestimmungen des Art. 2 Abs. 1 Nr. 5–9, Art. 21 VRL in nationales Recht um. Zwar weicht der Wortlaut teilweise von den unionsrechtlichen Vorgaben ab, ohne dass damit jedoch Umsetzungsdefizite verbunden wären. Verbleibende Unklarheiten sind durch eine unionsrechtskonforme Auslegung zu beseitigen. Im Übrigen ist die **Vorschrift als abschließend zu verstehen**. Andere Rechtsgeschäfte als die in § 103 GWB benannten eröffnen nicht den sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts.
- 5 § 103 Abs. 1 GWB enthält eine **Legaldefinition** der Rechtsgeschäfte, die als öffentliche Aufträge einzuordnen sind. Die Abs. 2–6 differenzieren diese Definition in **einzelne Auftragsarten**. Gemischte Aufträge, die Elemente mehrerer Auftragsarten aufnehmen, werden durch § 110 GWB jeweils nur dem für eine Auftragsart geltenden Rechtsregime zugewiesen.

## **II. Begriff des öffentlichen Auftrags (Abs. 1)**

### **1. Struktur**

- 6 § 103 Abs. 1 GWB definiert den öffentlichen Auftrag als entgeltlichen Vertrag zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen, der entweder Liefer- oder Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand hat.

Der Begriff des öffentlichen Auftrags wird mithin **durch verschiedene Dimensionen konstituiert**:

- Das Erfordernis des Vorliegens eines entgeltlichen Vertrages auf der Grundlage der Durchführung eines Auswahlverfahrens bezieht sich auf die **Art des Rechtsverhältnisses und dessen Merkmale**, nämlich die vertragliche Bindung und die Entgeltlichkeit.
- Auf den **zulässigen Inhalt** eines öffentlichen Auftrags bezieht sich die Festlegung der möglichen Vertragsgegenstände auf Liefer-, Bau- und Dienstleistungen.
- Schließlich wird der öffentliche Auftrag durch die **an dem Vertragsverhältnis beteiligten Parteien** konstituiert. Dabei muss es sich auf der einen Seite um einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber bzw. Sektorenauftraggeber und auf der anderen Seite um ein oder mehrere Unternehmen handeln.

Die Kriterien des § 103 Abs. 1 GWB müssen **bei objektiver Betrachtung erfüllt** 7 sein, damit der Anwendungsbereich der für öffentliche Aufträge geltenden Vorschriften der §§ 97 ff. GWB eröffnet ist. Ob der öffentliche Auftraggeber rechtsirrig davon ausgeht, dass es sich bei dem beabsichtigten Vertrag um einen öffentlichen Auftrag handelt, oder sich freiwillig an das Vergaberecht binden will und deshalb ein Vergabeverfahren unter Einhaltung der vergaberechtlichen Anforderungen durchführt hat, ist demgegenüber unerheblich.<sup>1</sup>

Bei der Anwendung dieser Merkmale ist die **Zwecksetzung** des für Aufträge ab Erreichen der Schwellenwerte geltenden spezifischen Rechtsregimes zu beachten. Die **Herstellung eines unverfälschten und möglichst umfassenden Wettbewerbs** auf den Beschaffungsmärkten der Mitgliedstaaten stellt das integrierende Ziel des EU-Vergaberechts dar.<sup>2</sup> Erwägungsgrund 1 der VRL betont ausdrücklich, dass die koordinierten Verfahrensbestimmungen des Unionsrechts die Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb garantieren sollen. Das Vergaberecht ist daher nur dann einschlägig, wenn der betreffende Vorgang überhaupt eine Marktberührung aufweist, ein öffentlicher Auftraggeber also auf einem Beschaffungsmarkt tätig wird, und zwar nicht als Anbieter, sondern als Nachfrager.

Die häufig aufgestellte weitergehende Forderung, dass der öffentliche Auftraggeber gerade ebenso wie *Privater* am Markt auftreten muss, verkennt die **Eigenrationalität des öffentlichen Sektors**. Anders als ein Privater kann sich die öffentliche Hand wegen ihrer Verpflichtung, ihre Allgemeinwohlaufgaben zu erfüllen, auch dann nicht Beschaffungsnotwendigkeiten entziehen, wenn sie unter ökonomischem Blickwinkel fallen zu lassen wären; dieses Phänomen wird als „**Zwangsbedarf**“ beschrieben.<sup>3</sup> Darüber hinaus werden auch die Inhalte der Beschaffung häufig von Gemeinwohlerwägungen, bspw. Umwelt- oder sozialen Gesichtspunkten, determiniert, die ein privates Unternehmen nicht berücksichtigt.

## 2. Durchführung eines Auswahlverfahrens

Ist Ziel des EU-Vergaberechts die Verhinderung der Ungleichbehandlung der Bieter aus anderen Mitgliedstaaten (→ § 97 Rn. 9 ff.), so ist diese Gefahr in erster Linie mit der vom öffentlichen Auftraggeber im Vergabeverfahren vorgenommenen **Auswahl unter mehreren Angeboten** verknüpft.<sup>4</sup> Art. 1 Abs. 2 VRL hebt ausdrücklich hervor, dass die Auftragsvergabe durch eine Auswahl von Wirtschaftsteilnehmern durch den öffentlichen Auftraggeber gekennzeichnet ist. Daher ist das

<sup>1</sup> OLG Naumburg 17.6.2016 – 7 Verg 2/16, IBRRS 2016, 2590 = BeckRS 2016, 12548.

<sup>2</sup> Vgl. nur EuGH Urt. v. 13.12.2007 – C-337/06, NZBau 2008, 130 Rn. 39 – Bayerischer Rundfunk; EuGH Urt. v. 28.1.2016 – C-50/14, NZBau 2016, 177 Rn. 55 – CASTA.

<sup>3</sup> Regler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, 2007, S. 67 f.

<sup>4</sup> EuGH Urt. v. 2.6.2016 – C-410/14, NZBau 2016, 441 Rn. 36 – Dr. Falk; EuGH Urt. v. 1.3.2018 – C-9/17, NZBau 2018, 366 Rn. 30 – Tirkkonen.

Verfahren der Auswahl eines Angebots und damit verbunden des Bieters, der das Angebot abgegeben hat, ein essentielles Element eines öffentlichen Auftrags.<sup>5</sup> Verfahren (wie das sog. Open House-Modell), in denen eine öffentliche Einrichtung Verträge mit allen Unternehmen schließt, die die vorgegebenen Bedingungen erfüllen und dem entsprechenden Leistungserbringungssystem beigetreten sind, stellen dementsprechend keinen öffentlichen Auftrag dar.<sup>6</sup> Gleiches gilt, wenn sich der öffentliche Auftraggeber einen Pool von Unternehmen schafft, die bestimmte Eignungskriterien erfüllen müssen, die Auswahl des konkret beauftragten Unternehmens jedoch noch nicht nach diesen Kriterien, sondern erst später nach weiteren (Zuschlags-)Kriterien erfolgt.<sup>7</sup>

### 3. Vorliegen eines entgeltlichen Vertrages

- 11 Das an die **Art des Rechtsverhältnisses** anknüpfende Element der Definition des öffentlichen Auftrags stellt das Merkmal des Vorliegens eines entgeltlichen Vertrags dar. Die Prüfung dieses Merkmals ist voraussetzungsreicher als es der Wortlaut der Vorschrift erkennen lässt. So sind neben den Fragen, ob zwischen den Beteiligten überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist, und der Entgeltlichkeit dieses Vertrages ua zu erörtern, ob der Vertrag einer bestimmten Teilrechtsordnung zuzuordnen sein muss, welchen Grenzen seine inhaltliche Ausgestaltung unterliegt, welche Bedeutung Änderungen des Vertrags haben und ob der Vertrag zur Erfüllung spezifischer Zwecke des einen Vertragspartners – des öffentlichen Auftraggebers – dienen muss.
- 12 **a) Abschluss eines Vertrages.** Kern des Begriffs des öffentlichen Auftrags ist der Abschluss eines Vertrags zwischen öffentlichem Auftraggeber und Unternehmen. Dabei ist zu beachten, dass die Anwendung des Vergaberechts nicht auf dem bereits erfolgten Abschluss eines Vertrags beruht, sondern gerade das **zum Vertragsschluss führende Verfahren**, die Entscheidung des Auftraggebers, wem ein Auftrag erteilt werden soll, erfasst.<sup>8</sup> Da bereits zum Beginn dieses Vergabeverfahrens die von § 103 Abs. 1 GWB geforderte Entscheidung zu treffen ist, ob der sachliche Anwendungsbereich des (Kartell-)Vergaberechts eröffnet ist, bezieht sich die Prüfung des § 103 Abs. 1 GWB darauf, ob das Verhalten des Auftraggebers darauf gerichtet ist, mit Hilfe einer vertraglichen Bindung eine Beschaffung durchzuführen.<sup>9</sup>
- 13 **aa) Beiderseits verbindliches Rechtsgeschäft.** Ein Vertrag wird nach allgemeinen Grundsätzen durch die **durch übereinstimmende Willenserklärungen herbeigeführte Willenseinigung** zweier Rechtssubjekte geschlossen. Hieran fehlt es, wenn das Rechtsverhältnis einseitig-hoheitlich bestimmt ist, selbst wenn der andere Teil mit dieser einseitigen Festsetzung einverstanden ist (zB beim sog. konsentierten Verwaltungsakt).<sup>10</sup> Hiervon zu unterscheiden ist die Situation, dass der Auftragnehmer ein Angebot abgegeben hat und der Akt der Beauftragung durch Verwaltungsakt erfolgt.<sup>11</sup> Denn in diesem Fall liegen beidseitige Erklärungen von

<sup>5</sup> EuGH Urt. v. 2.6.2016 – C-410/14, NZBau 2016, 441 Rn. 38 – Dr. Falk; OLG Düsseldorf Beschl. v. 31.10.2018 – VII-Verg 37/18, NZBau 2019, 327 Rn. 30; OLG Düsseldorf Beschl. v. 19.12.2018 – VII-Verg 40/18, NZBau 2019, 332 Rn. 34.

<sup>6</sup> EuGH Urt. v. 2.6.2016 – C-410/14, NZBau 2016, 441 Rn. 42 – Dr. Falk; OLG Düsseldorf Beschl. v. 31.10.2018 – VII-Verg 37/18, NZBau 2019, 327 Rn. 30 ff.; OLG Düsseldorf Beschl. v. 19.12.2018 – VII-Verg 40/18, NZBau 2019, 332 Rn. 34 ff.; OLG Düsseldorf Beschl. v. 20.3.2019 – Verg 65/18, BeckRS 2019, 8280 Rn. 35 f.

<sup>7</sup> EuGH Urt. v. 1.3.2018 – C-9/17, NZBau 2018, 366 Rn. 35 ff. – Tirkkonen.

<sup>8</sup> EuGH Urt. v. 11.1.2005 – C-26/03, NZBau 2005, 111 Rn. 52 – Stadt Halle.

<sup>9</sup> KKPP/Eschenbruch GWB § 103 Rn. 12.

<sup>10</sup> EuGH Urt. v. 18.12.2007 – C-220/06, NVwZ 2008, 177 Rn. 54 – AP.

<sup>11</sup> VK Sachsen Beschl. v. 8.4.2011 – 1/SVK/002-11, ZfBR 2011, 604 (607).

Auftraggeber und Auftragnehmer vor (→ § 103 Rn. 20). Gleiches gilt, wenn die Leistungsgewährung nicht auf der Grundlage eines freiwilligen Vertragsschlusses beruht, sondern durch eine Rechtsnorm vorgeschrieben ist.

Die **Willenserklärung des öffentlichen Auftraggebers** wird durch den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot abgegeben. Ob hierdurch der Vertrag mit dem Bieter geschlossen wird, hängt von der jeweiligen Konstellation ab:

- Ein **Zuschlag**, der **vor Ablauf der Zuschlagsfrist** erfolgt und das vom Bieter abgegebene Angebot nicht abändert, enthält die **Annahme des Angebots des Bieters**, welches dessen Willenserklärung darstellt, und bringt den Vertrag zustande. Mit der Erteilung des Zuschlags ist das Vergabeverfahren beendet.
- Anders verhält es sich, wenn der **Zuschlag nach Ablauf der Zuschlagsfrist** oder unter Änderung des Angebots des Bieters erteilt wird. In diesem Fall nimmt der Auftraggeber nicht das Angebot des Bieters an, sondern unterbreitet diesem selbst ein **neues Angebot**, über dessen Annahme (oder Nichtannahme) sich der Bieter unverzüglich erklären muss (§ 18 EU Abs. 2 VOB/A).

An einem auf den **Abschluss eines verbindlichen Rechtsgeschäfts** gerichteten Willen des Auftraggebers fehlt es insbes., wenn der Auftraggeber noch nicht sicher ist, ob er überhaupt einen Beschaffungsvorgang einleiten will, sondern zunächst einmal im Wege der **Markterkundung** eruiert, ob der Markt eine Lösung für das sich ihm stellende Problem bereit hält. So fällt das Interessenbekundungsverfahren nach § 7 Abs. 2 S. 3 BHO ebenso wenig unter § 103 Abs. 1 GWB wie bloße Vorstudien, die sich im Rahmen rein interner Überlegungen des Auftraggebers halten.<sup>12</sup> Für Markterkundungen regelt § 28 VgV ausdrücklich, dass sie sich in der Phase *vor* Einleitung eines Vergabeverfahrens bewegen. Dies ändert allerdings nichts daran, dass auch die Phase der Markterkundung **Vorwirkungen** auf das Vergabeverfahren mit Blick auf die Bindung des öffentlichen Auftraggebers an die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz erzeugen kann.<sup>13</sup>

Wie die Beispiele der Markterkundung und des Interessenbekundungsverfahrens zeigen, wird der sachliche Anwendungsbereich des Vergaberechts noch nicht dadurch eröffnet, dass der Auftraggeber Kontakt zu Marktteilnehmern aufnimmt. Umgekehrt ist nicht erforderlich, dass der Auftraggeber ein förmliches Vergabeverfahren einleitet. Nach den Grundsätzen des **materiellen Beschaffungsbegriffs** ist die Grenze zu einem auf die Durchführung einer Beschaffung und damit auf den Abschluss eines verbindlichen Rechtsgeschäfts gerichteten Verhalten des Auftraggebers vielmehr dann überschritten, wenn der öffentliche Auftraggeber

- sich entschlossen hat, Waren, Bau- oder Dienstleistungen zu beschaffen,
- diesbzgl. organisatorische und/oder planerische Schritte ergreift,
- um die Art und Weise der Beschaffung,
- deren gegenständliche Leistungsanforderungen und
- den Weg der Ermittlung und Auswahl des Erbringers der Leistung zu regeln.<sup>14</sup>

**bb) Wahl öffentlich-rechtlicher Handlungsformen.** In der Vergangenheit wurde teilweise die Ansicht vertreten, dass **öffentlich-rechtliche Verträge** von vornherein nicht dem Vergaberecht unterlägen.<sup>15</sup> Diese Ansicht konnte sich insbes. auf die amtliche Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Vergaberechts-

<sup>12</sup> Vgl. für Vorstudien EuGH Urt. v. 11.1.2005 – C-26/03, NZBau 2005, 111 Rn. 35 – Stadt Halle; OLG München Beschl. v. 7.6.2005 – Verg 4/05, VergabeR 2005, 620 (622).

<sup>13</sup> Willenbruch VergabeR 2018, 103 (105).

<sup>14</sup> OLG Düsseldorf Beschl. v. 20.6.2001 – Verg 3/01, NZBau 2001, 696 (698 ff.); Beschl. v. 22.5.2002 – Verg 6/02, NZBau 2002, 583 (584); OLG Jena Beschl. v. 22.11.2000 – 6 Verg 8/00, VergabeR 2001, 52 (54).

<sup>15</sup> So etwa OLG Celle Beschl. v. 24.11.1999 – 13 Verg 7/99, NZBau 2000, 299 (300); Dreher DB 1998, 2579 (2587).

änderungsgesetzes stützen.<sup>16</sup> Vor dem Hintergrund der Rspr. des EuGH<sup>17</sup> hat sich jedoch zunehmend die Erkenntnis durchgesetzt, dass die **Zuordnung der Handlungsförm insoweit unbeachtlich** ist, vielmehr auch öffentlich-rechtliche Verträge als Aufträge im Sinne des Vergaberechts einzustufen sind, sofern die weiteren Voraussetzungen des § 103 GWB erfüllt sind.<sup>18</sup> Denn zum einen kann die Abgrenzung zwischen zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträgen im Einzelfall sehr komplex sein; zum anderen sind nationale Zuordnungen bei ansonsten unveränderten Rahmenbedingungen für den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien nicht maßgebend.

- 20 Hingegen liegt **kein Vertrag** iSv § 103 Abs. 1 GWB vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber **einseitig einen Privaten zur Aufgabenerfüllung heranzieht**,<sup>19</sup> selbst wenn dieser dafür eine Entschädigung erhalten sollte. Denn in diesem Fall wird weder seitens des Auftraggebers noch seitens des Unternehmens eine auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung abgegeben. Anderes wird aber zu gelten haben, wenn die hoheitliche Heranziehung des Privaten für den Auftraggeber einen Beschaffungsvorgang darstellt. In diesem Fall würde es eine Umgehung des spezifischen Pflichtenregimes des Vergaberechts bedeuten, würde der Vorgang nicht als öffentlicher Auftrag nach § 103 Abs. 1 GWB bewertet.<sup>20</sup>
- 21 Kein öffentlicher Auftrag ist anzunehmen, wenn ein Auftraggeber einem Privaten im Wege der **Beleihung** die Befugnis zu hoheitlichem Handeln überträgt.<sup>21</sup> Auch insoweit ist aber zu beachten, dass die Beleihung **häufig nur instrumentellen Charakter** hat, also als Mittel eingesetzt wird, das zur Erfüllung einer bestimmten Aufgabe benötigt wird.<sup>22</sup> Handelt es sich bei der Aufgabenerfüllung durch den Belehenden für den öffentlichen Auftraggeber um einen Beschaffungsvorgang, so wird dieser nicht durch die Kombination mit einer Beleihung der Anwendung des Vergaberechts entzogen.
- 22 Ebenfalls kein Vertrag im Sinne des Begriffs des öffentlichen Auftrags liegt bei der **Gewährung einer haushaltsrechtlichen Zuwendung** vor. Die Legaldefinition des § 23 BHO versteht unter Zuwendungen Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Bundesverwaltung zur Erfül-

<sup>16</sup> BT-Drs. 13/9340, 15.

<sup>17</sup> EuGH Urt. v. 12.7.2001 – C-399/98, Slg. 2001, I-5409 Rn. 73, NZBau 2001, 512 – Teatro alla Bicocca; EuGH Urt. v. 20.10.2005 – C-264/03, ZfBR 2006, 69 Rn. 36; EuGH Urt. v. 18.1.2007 – C-220/05, NZBau 2007, 185 Rn. 40 – Stadt Roanne; EuGH Urt. v. 29.4.2010 – C-160/08, NZBau 2010, 450 Rn. 90.

<sup>18</sup> Siehe nur BGH Beschl. v. 1.12.2008 – X ZB 31/08, NZBau 2009, 201 (203); BayObLG Beschl. v. 28.5.2003 – Verg 7/03, VergabeR 2003, 563 (565); OLG Brandenburg Beschl. v. 17.2.2005 – Verg W 11/04, VergabeR 2005, 99 (102); OLG Dresden Vorlagebeschl. v. 4.7.2008 – W Verg 3/08, NZBau 2008, 594 (595); OLG Düsseldorf Beschl. v. 11.3.2002 – Verg 43/01, NZBau 2003, 55 (58); OLG Düsseldorf Beschl. v. 5.5.2004 – VII-Verg 78-03, NZBau 2004, 398 (399); OLG Düsseldorf Beschl. v. 22.9.2004 – VII Verg 44/04, NZBau 2005, 652; OLG Düsseldorf Beschl. v. 5.4.2006 – VII-Verg 7/06, NZBau 2006, 595 (596); OLG Düsseldorf Beschl. v. 13.6.2007 – VII-Verg 2/07, VergabeR 2007, 634 (637); OLG Düsseldorf Beschl. v. 6.11.2013 – VII-Verg 39/11, VergabeR 2014, 169; OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 7.9.2004 – 11 Verg 11/04, VergabeR 2005, 80 (86); OLG Koblenz Beschl. v. 14.5.2019 – Verg 1/19, NZBau 2019, 534 Rn. 24; OLG Naumburg Beschl. v. 3.11.2005 – 1 Verg 9/05, NZBau 2006, 58 (60); OLG Naumburg Beschl. v. 22.12.2011 – 2 Verg 10/11, NZBau 2012, 258 (260).

<sup>19</sup> EuGH VergabeR 2008, 197 (202).

<sup>20</sup> KKPP/*Eschenbruch* GWB § 103 Rn. 200; iErg auch VK Sachsen Beschl. v. 8.4.2011 – 1/SVK/002-11, ZfBR 2011, 604 (607).

<sup>21</sup> BGH Beschl. v. 12.6.2001 – X ZB 10/01, DÖV 2001, 1006.

<sup>22</sup> Zur Vergaberechtsneutralität der Beleihung *Spilok*, Die Anwendbarkeit des Kartellvergaberichts auf Beleihungskonstellationen, 2012, S. 179.



lung bestimmter Zwecke. Ausweislich der Nr. 2 zu § 23 VV-BHO werden Zuwendungen in zwei verschiedenen Arten, nämlich der Projektförderung und der institutionellen Förderung gewährt. Vorliegend geht es vor allem um den Typus der Projektförderung, dh die Gewährung von Zuwendungen zur Deckung von Ausgaben des Zuwendungsempfängers für einzelne abgegrenzte Vorhaben (Nr. 2.1 zu § 23 VV-BHO). Nach in der zuwendungsrechtlichen Lit. ganz herrschender Auffassung erfolgt die Abgrenzung zwischen einer haushaltsrechtlichen Zuwendung einerseits und einem vergaberechtlichen Auftrag andererseits anhand des Nichtvorliegens einerseits bzw. Vorliegens andererseits eines Austauschverhältnisses, dh das Bestehen einer Gegenleistungspflicht desjenigen, der die Leistung der öffentlichen Hand erhält.<sup>23</sup> Als weitere Abgrenzungskriterien werden genannt die Verfolgung wirtschafts- oder gesellschaftspolitischer Interessen<sup>24</sup> sowie die Förderung der Erfüllung fremder Aufgaben durch den Bund mit der Gewährung von Zuwendungen.<sup>25</sup> Diese Abgrenzungskriterien sind zwar im Ansatz zutreffend, bedürfen allerdings für die praktische Handhabarmachung der Präzisierung.

Nach der weiterhin maßgeblichen Rspr. des EuGH muss die **Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung „einklagbar“** sein.<sup>26</sup> An einer solchen Einklagbarkeit einer primären Leistungspflicht fehlt es bei der Überantwortung von Mitteln als Zuwendung zur Bewirtschaftung durch den Zuwendungsempfänger in aller Regel.<sup>27</sup> Es besteht keine selbständig durchsetzbare Verpflichtung gegenüber dem Zuwendungsgeber, einen bestimmten Erfolg zu erreichen. Vielmehr besteht eine Sicherung des mit der Mittelüberantwortung verbundenen Zwecks lediglich in der Möglichkeit zur Rückforderung der Zuwendung nach Aufhebung des Zuwendungsbescheids mit Verzinsungspflicht des Zuwendungsempfängers (vgl. Nr. 8 der Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung – ANBest-P), was zur Begründung einer durchsetzbaren Gegenleistungspflicht nicht ausreicht.<sup>28</sup> Erwägungsgrund 4 zur VRL stellt ausdrücklich klar, dass „Finanzhilfen, von Tätigkeiten, die häufig mit der Verpflichtung verbunden ist, erhaltene Beträge bei nicht bestimmungsgemäßer Verwendung zurückzuzahlen“, keine öffentlichen Aufträge darstellen. Darüber hinaus fehlt es dem Zuwendungsgeber an dem für das Vorliegen eines ausschreibungspflichtigen Auftrags erforderlichen unmittelbaren eigenen wirtschaftlichen Interesse hinsichtlich der Zurverfügungstellung der Mittel sowie der Zweckverfolgung. Dass der Zuwendungsempfänger Leistungen erbringt, die der Verwirklichung öffentlicher Interessen dienen, genügt insoweit nicht.<sup>29</sup>

Aus dem Vergaberecht – auch nicht aus dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz<sup>30</sup> – ergibt sich grundsätzlich auch **keine Pflicht, statt einer Zuwendung**

<sup>23</sup> Endell/Frömgren, Förderhandbuch Nordrhein-Westfalen, 2009, Kap. I A, S. 3; Heuer/Engels/Eibelshäuser/Hugo/Sandfort, Kommentar zum Haushaltsrecht, 2006, BHO § 23 Rn. 12; Piduch/Nebel, Bundeshaushaltsrecht, 2. Aufl. 2007, BHO § 23 Rn. 4; Gröpl/Rossi, BHO/LHO, 2. Aufl. 2019, BHO § 23 Rn. 18.

<sup>24</sup> Piduch/Nebel, Bundeshaushaltsrecht, 2. Aufl. 2007, BHO § 23 Rn. 4.

<sup>25</sup> Heuer/Engels/Eibelshäuser/Hugo/Sandfort, Kommentar zum Haushaltsrecht, 2006, BHO § 23 Rn. 12.

<sup>26</sup> EuGH Urt. v. 25.3.2010 – C-451/08, NVwZ 2010, 565 Rn. 62 – Müller; krit. Fandrey NZBau 2019, 362 (363); Kühling NVwZ 2010, 1257 (1259 f.).

<sup>27</sup> Zutreffend OLG Düsseldorf Beschl. v. 11.7.2018 – VII-Verg 1/18, NZBau 2018, 628 (629 f.).

<sup>28</sup> Müller/Richter/Ziekow E Rn. 56. AM Fandrey NZBau 2019, 362 (363).

<sup>29</sup> IE Ziekow FS Marx, 2013, 885.

<sup>30</sup> AM Lipinsky/Plauth VergabeR 2019, 1 (6); Ohrtmann VergabeR 2019, 261 (264 f.). Entgegen einer in Deutschland verbreiteten Auffassung hat sich der EuGH erfreulicherweise in vielen Entscheidungen einer Auflösung der Grenzen des Vergaberechts durch Berufung auf den Effektivitätsgrundsatz widersetzt.



**nach Haushaltsrecht die Form eines öffentlichen Auftrags** nach Vergaberecht zu wählen, sofern dies im Einzelfall möglich ist. Die Entscheidung einer öffentlichen Stelle darüber, ob sie sich die Mittel zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben aus eigenen Kapazitäten, durch Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen, durch Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder auf andere Weise verschafft, wird durch das Vergaberecht nicht reguliert, sondern liegt der Anwendbarkeit des Vergaberechts voraus. Nur dann, wenn die öffentliche Stelle als Auftraggeber iSv § 98 GWB sich die Mittel durch Vergabe eines öffentlichen Auftrags iS § 103 GWB (oder einer Konzession) verschaffen will, ist das vergaberechtliche Regime einschlägig.<sup>31</sup> Anderes kann allenfalls für äußerste Ausnahmefälle eines offensichtlichen Formenmissbrauchs gelten.

- 24 cc) Inhaltliche Gestaltungsfreiheit des Auftraggebers.** Seine sog. **Beschaffungsfreiheit** gesteht dem Auftraggeber ein Ermessen hinsichtlich der Auswahl zu, welche Art von Leistung mit welchen Merkmalen er nachfragen will. Sofern die Auswahl nach sachbezogenen Kriterien erfolgt, kann ihm die Nachprüfungsinstanz keine andere Leistung aufzwingen (iE → § 127 Rn. 6 ff.).
- 25** Allerdings ist diese Beschaffungsfreiheit nicht unbegrenzt. Erforderlich ist vielmehr ein **Bezug** der vom Auftraggeber verlangten Leistungsmerkmale **zum Auftragsgegenstand** (→ § 127 Rn. 15 ff.). Dass dem Auftraggeber auch iÜ keine Privatautonomie zukommt, sondern er durch die vergaberechtlichen Regelungen in zahlreichen Richtungen beschränkt wird – von der Auswahl des Partners (→ § 127 Rn. 45 ff.) bis hin zur inhaltlichen Ausgestaltung des Vertrags zB hinsichtlich der Frage der Vertragslaufzeit (→ Rn. 26 ff.) –, ergibt sich aus der Überlagerung zivilrechtlicher Grundsätze durch das Vergaberecht (→ Einl. § 97 Rn. 35).
- 26 dd) Vertragsdauer.** Ausdrückliche Bestimmungen, die allgemein die Laufzeit von öffentlichen Aufträgen betreffen, finden sich nicht. Das Unionsrecht verbietet nicht den Abschluss von **öffentlichen Aufträgen auf unbestimmte Dauer**.<sup>32</sup> Sofern die Ausschreibung dies berücksichtigt, ist es dem Auftraggeber nicht verwehrt, auch unbefristete Verträge zu schließen.<sup>33</sup> Die Regelungen zur Berechnung des geschätzten Wertes von öffentlichen Aufträgen bestätigen dies: Art. 5 Abs. 12 VRL unterscheidet für bestimmte öffentliche Lieferaufträge zwischen Aufträgen mit höchstens zwölf Monaten und solchen mit einer unbestimmten Laufzeit. Eine entsprechende Regelung für Dienstleistungsaufträge enthält Art. 5 Abs. 14 VRL. Auf nationaler Ebene unterscheidet § 3 Abs. 11 VgV für die Schätzung der Auftragswerte zwischen zeitlich begrenzten und unbefristeten Verträgen.
- 27 Laufzeitregelungen** sind vielmehr **nur für bestimmte Verfahren** vorgesehen: So darf eine Rahmenvereinbarung – von Sonderfällen abgesehen – die Laufzeit von vier Jahren nicht überschreiten (Art. 33 Abs. 1 UAbs. 3 VRL; § 21 Abs. 6 VgV).

<sup>31</sup> OLG Düsseldorf Beschl. v. 11.7.2018 – VII-Verg 1/18, NZBau 2018, 628 (630). Vgl. auch EuGH Urt. v. 11.1.2005 – C-26/03, NVwZ 2005, 187 Rn. 48 – Stadt Halle; EuGH Urt. v. 13.10.2005 – C-458/03, NVwZ 2005, 1407 Rn. 61 – Parking Brixen; EuGH Urt. v. 13.11.2008 – C-324/07, NZBau 2009, 54 Rn. 48 – Coditel Brabant; EuGH Urt. v. 9.6.2009 – C-480/06, NZBau 2009, 527 Rn. 45 – Stadtreinigung Hamburg; EuGH Urt. v. 22.12.2010 – C-215/09, EuZW 2011, 257 Rn. 31 – Oulun kaupunki; EuGH Urt. v. 8.12.2016 – C-553/15, NZBau 2017, 109 Rn. 30 – Undis Servizi; EuGH Urt. v. 25.10.2018 – C-260/17, NZBau 2019, 189 Rn. 36 – Anodiki. Ablehnend *Grams* VergabeR 2019, 473 (477): Vorrang des Vergaberechts.

<sup>32</sup> EuGH Urt. v. 19.6.2008 – C-454/06, NVwZ 2008, 865 Rn. 74 – presstext; OLG Düsseldorf 4.2.2013 – VII-Verg 31/12, NZBau 2013, 321; vorbehaltlich eng begrenzter Ausnahmen aM VK Bund Beschl. v. 9.4.2015 – VK 2-19/15, ZfBR 2015, 600 (603).

<sup>33</sup> VK Arnsberg Beschl. v. 18.7.2000 – VK 2-07/2000, VPRRS 2013, 0985, langjährige Dienstleistungsverträge in Form von Dauerschuldverhältnissen ... lässt das Vergaberecht grundsätzlich zu“; Priß EurVergabeR-HdB S. 110; *Ziekow* VergabeR 2004, 430 (432).