

Benedikt Gasteiger
Hochgernstraße 3
83278 Traunstein
Matrikelnummer: 3465943

Traunstein, den 17.01.2023

Masterarbeit im Studiengang
Baurecht und Baubegleitung -
von der Projektentwicklung bis zur Streitbeilegung (LL.M)
- Jahrgang 2020 -

Addition von Planungsleistungen bei der Schätzung des Auftragswerts

Bewertung des § 3 Abs. 7 VgV vor dem Hintergrund der RL 2014/24/EU
des Europäischen Parlaments und des Rates

bei
Prof. Dr. Michael Kling

an der Philipps-Universität Marburg

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	II
Internetquellen.....	III
Abbildungsverzeichnis	III
A. Einleitung	1
I. Möglicher Entfall des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV	1
II. Gesetzgebung der Europäischen Union: Richtlinie und Vertragsverletzung	2
B. § 3 Abs. 7 VgV und RL 2014/24/EU	3
I. Kaskadenprinzip im deutschen Kartellvergaberecht.....	3
II. Primärrechtsschutz im Kartellvergaberecht	5
III. Schätzung des Auftragswerts.....	6
C. Rechtliche Einordnung.....	8
I. Vergleich der RL 2014/24/EU und des § 3 Abs. 7 VgV.....	8
1. Regelungsinhalt des Art. 5 RL 2014/24/EU und des § 3 Abs. 7 VgV	8
2. Alte Fassung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV und aktuelle Vergabepaxis	11
3. Entwurf der RL 2014/24/EU und des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV	13
II. Vertragsverletzungsverfahren und Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs....	15
1. Departement Vendée – Elektrifizierungsarbeiten.....	15
2. Gemeinde Niedernhausen – Autalhalle	16
3. Stadt Elze – Sanierung Freibad.....	19
III. Rechtsprechung nationaler Oberlandesgerichte.....	20
1. Stadt Regensburg – Bau eines Verwaltungsgebäudes	20
2. Kongresszentrum – Mobile Trennwandanlagen.....	22
IV. Einordnung der Entscheidungen – Was bedeutet „gleichartig“?	25
D. „Gleichartigkeit“ im Kartellvergaberecht	27
I. § 97 Abs. 4 S. 2 GWB – Losbildung zur Mittelstandsförderung	27
II. § 97 Abs. 4 S. 1 GWB – Mittelständische Interessen	28
III. Einordnung des Begriffs „Gleichartigkeit“	29
E. Folgen des möglichen Entfalls von § 3 Abs. 7 S. 2 VgV.....	30
I. Auftraggeber	30
II. Bieter und Auftragnehmer	31
F. Europarecht und Binnenmarkt.....	32

Literaturverzeichnis

Baden-Württemberg, Landesbetrieb Vermögen und Bau. 2016.

IWB – Informationsstelle Wirtschaftliches Bauen. Freiburg : s.n., 2016.

(zitiert: VBBW, 2016, IWB).

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie. 2021.

Monitoring-Bericht der Bundesregierung zur Anwendung des Vergaberechts. Berlin : s.n., 2021.

S. 25. (zitiert: BMWi, Monitoring VgR 2021).

Burgi, Martin und Dreher, Meinrad, [Hrsg.]. 2019.

Beck'scher Vergaberechtskommentar. 3. Auflage. München : C. H. Beck, 2019. Bd. II,

(zitiert: Beck VergabeR/Verfasser, 3. Aufl. 2019).

Burgi, Martin, Dreher, Meinrad und Opitz, Marc, [Hrsg.]. 2022.

Beck'scher Vergaberechtskommentar. 4. Auflage. München : C. H. Beck, 2022. Bd. I,

(zitiert: Beck VergabeR/Verfasser, 4. Aufl. 2022).

Charta der Europäischen Identität. Deutschland, Europa-Union, [Hrsg.]. 1995.

Lübeck : s.n., 1995. S. 2. (zitiert: Charta der Europäischen Identität, 1995, 2).

Görres-Gesellschaft und Verlag Herder, [Hrsg.].

Staatslexikon - Recht - Wirtschaft - Gesellschaft. 8. Auflage. Freiburg, Basel, Wien : Herder. Bd.

I, (zitiert: Görres-Gesellschaft/Verfasser, Staatslexikon, Demokratie, 8. Aufl. 2017).

Gsell, Beate; Krüger, Wolfgang; Lorenz, Stephan; Reymann, Christoph, [Hrsg.]. 2022.

beck-online.Großkommentar - BGB. München : C.H.Beck, 2022.

(zitiert: BeckOGK/Verfasser, Ausg. 01.10.2022, BGB).

Kalte, Peter, Überlacker, Davina und Zimmermann, Eric. 2017.

Niedernhausen, Elze, München - Stationen auf dem Weg nach Luxemburg. *Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht.* 2017, S. 647-650.

(zitiert: Kalte/Überlacker/Zimmermann, ZfBR 2017, 647).

Kapellmann, Klaus D., Messerschmidt, Burkhard und Markus, Jochen, [Hrsg.]. 2022.

Beck'sche Kurz-Kommentare VOB Teile A und B. 8. Auflage. München : C.H.Beck, 2022. Bd.

58, (zitiert: Kapellmann/Messerschmidt/Verfasser, 8. Aufl. 2022).

Matuschak, Holger. 2016. Auftragswertermittlung bei Architekten- und Ingenieurleistungen nach

neuem Vergaberecht. *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht.* 2016, S. 613-619.

(zitiert: Matuschak, NZBau 2016, 613).

Messerschmidt, Burkhard und Voit, Wolfgang, [Hrsg.]. 2022.

Privates Baurecht. 4. Auflage. München : C.H.Beck, 2022.

(zitiert: Messerschmidt/Voit/Verfasser, PrvBauR, 4. Aufl. 2022).

Pechstein, Matthias, Nowak, Carsten und Häde, Ulrich, [Hrsg.]. 2017.

Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV. 1. Auflage. Tübingen : Mohr Siebeck, 2017.

Bd. I, (zitiert: FFKomm/Verfasser, 1. Aufl. 2017).

Pünder, Hermann und Schellenberg, Martin, [Hrsg.]. 2019.

Vergaberecht Handkommentar. 3. Auflage. Baden-Baden : Nomos, 2019.

(zitiert: Pünder/Schellenberg/Verfasser, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019).

Rechten, Stephan und Röbbke, Marc, [Hrsg.]. 2021.

Basiswissen Vergaberecht. 3. Auflage. Köln : Reguvis Fachmedien, 2021.

(zitiert: Rechten/Röbbke Basiswissen VergabeR, 3. Aufl. 2021).

Resolution zum Vertragsverletzungsverfahren Auftragswertberechnung.

Bundesarchitektenkammer, Deutscher Städtetag, Deutscher Landkreistag, Deutscher Städte- und Gemeindebund, [Hrsg.]. 14.12.2022. Berlin : s.n., 14.12.2022.

(zitiert: Resolution zur Vertragsverletzung, 14.12.2022).

Säcker, Franz Jürgen, Ganske, Matthias und Knauff, Matthias, [Hrsg.]. 2022.

Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht. 4. Auflage. München : C.H.Beck, 2022. Bd. III

VergabeR I, (zitiert: MüKoEuWettbR/Verfasser, 4. Aufl. 2022).

Schaller, Hans. 2018. Die Auftragswertschätzung im öffentlichen Auftragswesen.

Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht. 2018, S. 342-346.

(zitiert: Schaller, NZBau 2018, 342).

Internetquellen

Europäische Kommission, Vertretung in Deutschland. 2021. Presseartikel 15 Juli 2021. [Online] 15. Juli 2021. [Zitat vom: 30. Dezember 2022.] (zitiert: KOM-D, Presseartikel 15.07.2021). https://germany.representation.ec.europa.eu/news/vertragsverletzungsverfahren-kommission-leitet-drei-fallen-rechtliche-schritte-gegen-deutschland-ein-2021-07-15_de.

—, 2019. Presseartikel 24 Januar 2019.

[Online] 24. Januar 2019. [Zitat vom: 30. Dezember 2022.] (zitiert: KOM-D, Presseartikel 24.01.2019) . https://germany.representation.ec.europa.eu/news/vertragsverletzungsverfahren-im-januar-entscheidungen-zu-deutschland-2019-01-24_de.

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Struktur des Kartellvergaberechts und in dieser Arbeit behandelter Teil	4
Abbildung 2: Struktur des Haushaltsvergaberechts	6
Abbildung 3: Anzahl der Vergabeverfahren und Auftragsvolumen im 4. Quartal 2020.....	31

A. Einleitung

I. Möglicher Entfall des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV

"Wenn die Einwohner Europas begreifen lernen, dass es sich nicht um ein bürokratisches Monstrum handelt, das ihre Eigenständigkeit einschränken oder gar leugnen möchte, sondern lediglich um einen neuen Typus von Gemeinschaft, der ihre Freiheit vielmehr wesentlich erweitert, dann braucht der Europäischen Union um ihre Zukunft nicht bange zu sein."¹ Der tschechische Staatspräsident Václav Havel in einer Rede vor dem Europäischen Parlament am 8. März 1994. Die Rede des Staatspräsidenten Havel liegt nun knapp 29 Jahre zurück. Sie befasste sich mit Europäischer Identität. Vor dem Hintergrund der derzeitigen Debatte über den § 3 Abs. 7 VgV darf allerdings bezweifelt werden, dass die Europäische Union nicht weithin als Bürokratieungeheuer wahrgenommen wird. In der Bundesrepublik Deutschland sind die Planenden Berufe maßgeblich im Bund Deutscher Baumeister, der Bundesarchitektenkammer, der Bundesingenieurkammer und weiteren Verbänden organisiert. In einer gemeinsamen Resolution wenden sie sich zusammen mit den kommunalen Spitzenverbänden an das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz sowie an das Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen. Sie befürchten durch eine Anpassung des § 3 Abs. 7 VgV erhebliche negative Auswirkungen auf ihre Disziplinen. Im zugehörigen Schreiben vom 14.12.2022 ist zu lesen: "Wir appellieren hiermit eindringlich an die Bundesregierung, nicht im voreuseilenden Gehorsam den Argumenten der EU-Kommission zu folgen, sondern eine Klärung durch den Europäischen Gerichtshof herbeizuführen, um die sich ohnehin abzeichnende schwierige wirtschaftliche Lage im Planungs- und Bausektor nicht zusätzlich durch wirkungslose, aber aufwendige bürokratische Verfahren auf europäischer Ebene zu erschweren."² In der Resolution heißt es: „Die Bundesregierung wird daher aufgefordert, der unverhältnismäßigen Forderung der EU-Kommission nicht nachzugeben und ggf. die Klärung der Rechtslage durch den EuGH abzuwarten. Die Landesregierungen werden aufgefordert, im Bundesrat einer möglichen Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV nicht zuzustimmen.“³ Stein des Anstoßes ist der mögliche ersatzlose Entfall des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV. Hintergrund ist die Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU in nationale Gesetzgebung der Bundesrepublik Deutschland. Die Europäische

¹ Charta der Europäischen Identität, 1995, 1

² Resolution zur Vertragsverletzung, 14.12.2022, Anschreiben

³ Resolution zur Vertragsverletzung, 14.12.2022, 1

Kommission sieht in der Umsetzung der Richtlinie eine Verletzung von Unionsrecht.

II. Gesetzgebung der Europäischen Union: Richtlinie und Vertragsverletzung

Art. 288 AEUV beinhaltet die Rechtsakte der Europäischen Union als sekundäres Unionsrecht. Richtlinien im Sinne des Unionsrechts entfalten nicht unmittelbar ihre Rechtswirkung, sondern müssen durch die Gesetzgebungsorgane des jeweiligen Mitgliedsstaats in nationales Recht überführt werden. Art. 288 Abs. 3 AEUV lautet: "Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel." Richtlinien werden regelmäßig auf Vorschlag der Europäischen Kommission vom Rat der Europäischen Union und dem Europäischen Parlament nach dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren gemeinsam erlassen. Jede Richtlinie enthält eine Frist für die Umsetzung in nationales Recht, die durch die Mitgliedsstaaten einzuhalten ist. Die Europäische Kommission ist unabhängiges Exekutivorgan der Europäischen Union und wacht als „Hüterin der Verträge“⁴ über die vollständige und fristgerechte Umsetzung in nationales Recht sowie die ordnungsgemäße Anwendung in den Mitgliedsstaaten. Die Kommission kann ein förmliches Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 ff. AEUV einleiten, wenn ein Mitgliedsstaat die Maßnahmen zur vollständigen Umsetzung einer Richtlinie nicht mitteilt oder einen mutmaßlichen Verstoß gegen das EU-Recht nicht behebt. Leitet die Kommission das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV ein, beginnt das Vorverfahren damit, dass die Kommission den Mitgliedsstaat anhört. Sie gibt ihm Gelegenheit zur Stellungnahme und setzt hierfür eine Frist. Nach Ablauf dieser Frist nimmt die Kommission ihrerseits begründet Stellung. An dieser Stelle wird wiederum eine Frist gesetzt, in der dem Mitgliedsstaat die Gelegenheit gegeben wird, die Verletzung abzustellen. Kommt der Staat dieser Stellungnahme innerhalb der von der Kommission gesetzten Frist nicht nach, so kann die Kommission nach Art. 258 Abs. 2 den Gerichtshof der Europäischen Union anrufen. Im Vertragsverletzungsverfahren ergeht ein Feststellungsurteil durch den EuGH nach Art. 260 Abs. 1 AEUV.⁵ Es erfolgt also keine unmittelbare

⁴ FFKomm/Haratsch, EUV Art. 17 Rn. 5

⁵ Vgl. FFKomm/Pechstein, AEUV Art. 260 Rn. 4

Aufhebung einer mitgliedstaatlichen Maßnahme. Der EuGH kann aber auf Antrag der Kommission nach Art. 260 Abs. 2 einen Pauschalbetrag oder ein Zwangsgeld festsetzen.⁶ Ein ebensolches Vertragsverletzungsverfahren wurde durch die Europäische Kommission am 24.01.2019 gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet.⁷ Es richtet sich gegen § 3 Abs. 7 S. 2 VgV und betrifft damit die Schätzung des Auftragswerts bei Planungsleistungen. Die neuen Vorschriften der Richtlinie 2014/24/EU mussten durch die Mitgliedstaaten bis zum 18.04.2016 in nationales Recht umgesetzt werden. Am 15.07.2021 wurde durch die Kommission eine mit Gründen versehene Stellungnahme an die Bundesrepublik übermittelt.⁸ Der EuGH wurde bisher nicht angerufen. Derzeit gehen die berufsständischen Vertretungen und beispielsweise das Bayerische Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr davon aus, dass § 3 Abs. 7 S. 2 VgV in der Folge ersatzlos entfallen wird. Die vorliegende Arbeit soll eine fundierte Bewertung des § 3 Abs. 7 VgV im Verhältnis zur RL 2014/24/EU vornehmen und einen Ausblick auf die möglichen Folgen einer Neufassung geben.

B. § 3 Abs. 7 VgV und RL 2014/24/EU

I. Kaskadenprinzip im deutschen Kartellvergaberecht

Die RL 2014/24/EU erhält keine unmittelbare Rechtswirkung in der Bundesrepublik Deutschland und muss zunächst in nationales Recht überführt werden. Eine Besonderheit stellt dabei das Kaskadenprinzip im deutschen Kartellvergaberecht dar. Die EU-Richtlinie wird im Geltungsbereich nicht in ein einzelnes Regelwerk überführt. Zunächst stellt § 113 GWB die Ermächtigungsgrundlage für die Bundesregierung dar, mittels Rechtsverordnung das Vergabeverfahren durch den Erlass weiterer Bestimmungen zu konkretisieren.⁹ Auf der nächsten Stufe der Kaskade macht die Bundesregierung davon Gebrauch und erlässt die Vergabeverordnung (VgV). Sie regelt die öffentliche Auftragsvergabe für Liefer- und Dienstleistungen. Im Bereich der öffentlichen Vergabe von Bauleistungen verweist sie in § 2 VgV auf die VOB/A-EU. Damit tritt für Bauleistungen eine dritte Kaskadenstufe hinzu. Die Kaskade wird ergänzt durch Landesvergabege-

⁶ Vgl. FFKomm/Pechstein, AEUV Art. 260 Rn. 11

⁷ Vgl. KOM-D, Presseartikel 24.01.2019

⁸ Vgl. KOM-D, Presseartikel 15.07.2021

⁹ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Schneider, VOB/A vor § 1 Rn. 32

setze der Bundesländer und Verwaltungsvorschriften. Sonstige rechtliche Vorgaben in Rechtsvorschriften gelten unabhängig davon im jeweiligen Regelungskontext.

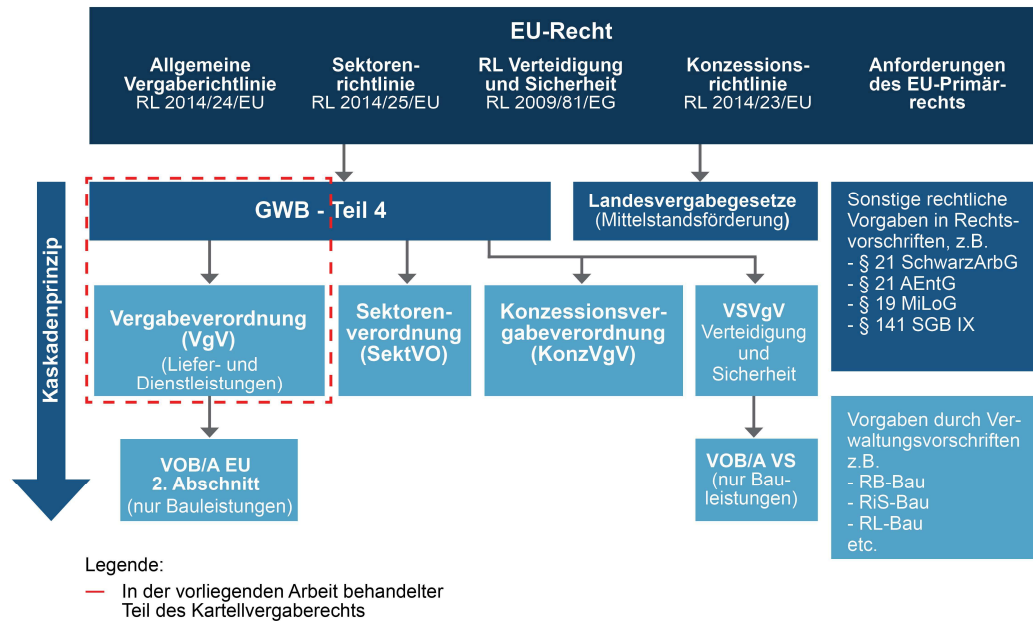


Abbildung 1: Struktur des Kartellvergaberechts und in dieser Arbeit behandelter Teil
 Quelle: Modifizierte Darstellung in Anlehnung an BMWi, Monitoring VgR 2021, 25

Die EU-Richtlinien können allerdings nur eine Teilharmonisierung des nationalen Rechts erreichen. Die Regelungskompetenz der Europäischen Union ist begrenzt. Sie beschränkt sich auf öffentliche Auftragsvergaben, bei denen eine Binnenmarktrelevanz zugrunde gelegt werden kann.¹⁰ Dem wird über die Definition von Schwellenwerten Rechnung getragen. Das Kartellvergaberecht ist ausschließlich ab Erreichen der Schwellenwerte für den öffentlichen Auftraggeber nach § 99 GWB bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, von Rahmenvereinbarungen und Wettbewerben nach § 103 GWB einschlägig. § 106 Abs. 1 GWB legt die Gültigkeit des Teils 4 GWB für das Erreichen oder Überschreiten des jeweiligen Schwellenwerts fest. Damit sind auch die nachgeordneten Kaskadenstufen nur dann einschlägig. In § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB erfolgt schließlich der dynamische Verweis auf Art. 4 RL 2014/24/EU. Hier sind die jeweils gültigen Schwellenwerte für Bauaufträge, Liefer- und Dienstleistungsaufträge sowie öffentliche Dienstleistungsaufträge betreffend soziale und andere besondere

¹⁰ Vgl. Beck VergabeR/Dörr, 4. Aufl. 2022, Einleitung: Vergaberecht in Deutschland – Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe im Stufenbau der Rechtsordnung Rn. 18

Dienstleistungen festgelegt. Sie werden alle zwei Jahre durch die Europäische Kommission geprüft und durch delegierte Verordnung angepasst. Zuletzt am 01.01.2022. Die Prüfung der Kommission erfolgt auf Grundlage des WTO-Beschaffungsübereinkommens. Die Schwellenwerte sind hier in Sonderziehungsrechten (SDR) ausgedrückt und werden durch die Kommission unter Einbeziehung des Wechselkurses in Euro umgerechnet.¹¹ Der für diese Arbeit relevante Schwellenwert beträgt nach Art. 4 lit. c RL 2014/24/EU derzeit ohne Mehrwertsteuer 215.000,- Euro für öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge und damit auch für Planungsleistungen. Der unter Art. 4 lit. b RL 2014/24/EU genannte Schwellenwert für öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge, die von zentralen Regierungsbehörden vergeben werden, findet lediglich für die Obersten und Oberen Bundesbehörden sowie vergleichbare Bundeseinrichtungen Anwendung.¹²

II. Primärrechtsschutz im Kartellvergaberecht

§ 97 GWB beinhaltet die Grundsätze der Vergabe oberhalb des jeweiligen Schwellenwerts. Aus § 97 Abs. 6 GWB haben Unternehmen subjektiven Rechtsanspruch darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren durch den öffentlichen Auftraggeber eingehalten werden. Ihnen steht das Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 155 ff. GWB zur Durchsetzung ihrer primären Rechte aus § 97 GWB, der VgV sowie aus der VOB/A-EU offen. Sie haben damit unter den Voraussetzungen der §§ 107 und 108 GWB die Möglichkeit, in das noch nicht beendete Vergabeverfahren zur Wahrung Ihrer Rechte einzugreifen und so ihre Chancen auf einen möglichen Zuschlag zu erhalten.¹³ Der Primärrechtsschutz ist auf Vergaben ab Erreichen des Schwellenwerts, also auf das Kartellvergaberecht, beschränkt. "Faktisch sind die erfolglosen Bewerber um eine Auftragsvergabe unterhalb des Schwellenwertes [...] in aller Regel vom Primärrechtsschutz ausgeschlossen."¹⁴ Hierauf richtete sich eine Verfassungsbeschwerde, die im Jahr 2006 als unbegründet zurückgewiesen wurde. "Danach verstößt die unterschiedliche Ausgestaltung der Rechte und Rechtsschutzmöglichkeiten oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte weder gegen

¹¹ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Schneider, 8. Aufl. 2022, VgV § 1 Rn. 26-31

¹² Vgl. Beck VergabeR/Kau, 4. Aufl. 2022, GWB § 106 Rn. 26

¹³ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Schneider, 8. Aufl. 2022, VgV § 3 Rn. 21-23

¹⁴ BVerfGE Erster Senat Beschluß v. 13 Juni 2006, 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135 Rn. 141

Art. 3 Abs. 1 GG noch gegen Art. 20 Abs. 3 GG.¹⁵ Begründet wurde die Entscheidung mit der gebotenen Wirtschaftlichkeit der jeweiligen Verfahren gemessen an der Höhe des Aufwands zur Einhaltung der strengeren Vergaberegeln im Oberschwellenbereich.¹⁶ Die klare Grenze des Auftragswerts, die sich im EU-Schwellenwert niederschlägt, führt damit zu einer Zweiteilung des Vergaberechts in der Bundesrepublik Deutschland. Unterhalb des Schwellenwerts findet das jeweilige Haushaltsrecht in Verbindung mit Verwaltungsvorschriften sowie der UVgO, VOL/A oder VOB/A Anwendung.¹⁷ Sonstige rechtliche Vorgaben in Rechtsvorschriften gelten auch hier unabhängig davon im jeweiligen Regelungskontext. Der Begriff des Haushaltsvergaberechts prägt die unterschwellige Vergabe öffentlicher Aufträge.



Abbildung 2: Struktur des Haushaltsvergaberechts
Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an BMWi, Monitoring VgR 2021, 25 und Rechten/Röbke Basiswissen VergabeR, 3. Aufl. 2021, 27

III. Schätzung des Auftragswerts

Sowohl für die Anwendung materiellen als auch formellen Rechts durch den öffentlichen Auftraggeber ist es entscheidend, ob der Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert aus Art. 4 RL 2014/24/EU erreicht. § 106 Abs. 1 GWB wie in der Folge auch § 3 Abs. 1 VgV verweisen auf die "Schätzung" des Auftragswerts. In einer frühen Phase der Projektentwicklung kann jede noch so präzise durchgeführte Berechnung oder sonstige Ermittlung nur eine "Schätzung" im besten Sinne sein. Üblicherweise wird hier insbesondere bei Bauleistungen auf datenbankbasierte Hilfsmittel zurückgegriffen. Die Informationsstelle Wirtschaftliches Bauen (IWB) der Staatlichen Vermögens- und Hochbauverwaltung

¹⁵ Kapellmann/Messerschmidt/Schneider, 8. Aufl. 2022, VgV § 3 Rn. 22

¹⁶ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Schneider, 8. Aufl. 2022, VgV § 3 Rn. 22

¹⁷ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Schneider, 8. Aufl. 2022, VgV § 3 Rn. 12

des Landes Baden-Württemberg ist Zentralstelle für bundeseinheitliche Kompetenzen und Informationen des wirtschaftlichen Planens, Bauens und Betriebs.¹⁸ Sie erstellt länderübergreifende einheitliche Verfahren, Kennwerte und Softwarelösungen für die Kostenplanung und Projektsteuerung. Die im Rahmen der Bauministerkonferenz entwickelten Kostenplanungsverfahren werden von den Bauverwaltungen aller Bundesländer und des Bundes genutzt.¹⁹ Ziel sind länderübergreifend einheitliche Verfahren und Kennwerte für die Kostenplanung. Die IWB veröffentlicht unter anderem die Richtlinien für die Baukostenplanung RBK-Module. Mit Hilfe der Softwarelösung können für ein Projekt bereits auf Grundlage des Raumprogramms die Programmkosten für verschiedene Bauaufgaben ermittelt werden. Es handelt sich um ein bewährtes Berechnungsmodell, das auf Nutzungscodes, Kostenflächenarten und Kostenkennwerten basiert. Grundlage der Kostenplanung sind Flächen- und Kostendaten abgerechneter Baumaßnahmen, welche die IWB in der Baukostendatenbank der Bundesländer kontinuierlich erfasst. Sie dienen als Basis für die Kennwertbildung in den Kostenplanungsverfahren der IWB.²⁰ Bei Planungsleistungen werden regelmäßig die Honorarermittlungsmethoden der HOAI und in Einzelfällen des AHO zugrunde gelegt. Die HOAI ist eine Rechtsnorm. Die Verordnung regelte bis 31.12.2020 das verbindliche Preisrecht für Architekten und Ingenieurverträge. Heute dient sie der Preisorientierung ohne verbindlichen Charakter. Sie enthält zudem Leistungsbilder für die wesentlichen Planungsleistungen, die sie inhaltsbezogen voneinander abgrenzt. Sie bietet einen Orientierungsrahmen für den zu erreichenden werkvertraglichen Erfolg der jeweils vereinbarten Planungsleistung. Die Schätzung des Auftragswerts zählt zu den Grundsätzen der Vergabe nach § 97 Abs. 6 GWB und unterliegt der Nachprüfung. Für den öffentlichen Auftraggeber besteht das Gebot zur pflichtgemäßen und objektiven Schätzung²¹. Sie entscheidet über die Anwendbarkeit des Teils 4 des GWB und damit auch über das Bestehen des vergaberechtlichen Rechtsschutzes im Kartellvergaberecht.²² Bei der Schätzung des Auftragswerts ist nach § 3 Abs. 1 VgV vom „voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistung“ auszugehen. Die Umsatzsteuer wird dabei explizit nicht berücksichtigt. Etwaige Optionen oder Vertragsverlängerungen, wie zum Beispiel bei stufenweiser Beauftragung, sind zu berücksichtigen. Prämien oder Zahlungen an

¹⁸ Vgl. VBBW, 2016, IWB, 22, 23

¹⁹ Vgl. VBBW, 2016, IWB, 27

²⁰ Vgl. VBBW, 2016, IWB, 40-45

²¹ Vgl. Pünder/Schellenberg/Alexander, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, VgV § 3 Rn. 18

²² Vgl. MüKoEuWettbR/Fülling, 4. Aufl. 2022, VgV § 3 Rn. 1

den Bewerber oder Bieter, wie Bonusregelungen, sind ebenfalls zu berücksichtigen. § 3 Abs. 2 VgV setzt Art. 5 Abs. 3 RL 2014/24/EU um. Er enthält das allgemeine Umgehungsverbot mit zwei wesentlichen Verbotstatbeständen. Zum einen darf die Schätzung des Auftragswerts nicht in der Absicht vorgenommen werden, den Auftrag der Anwendung des Kartellvergaberechts zu entziehen. Zum anderen ist eine Unterteilung des Auftrags in selbiger Absicht verboten.²³ "Gegen § 3 Abs. 2 [VgV] verstößt deswegen nicht nur jede missbräuchliche Schätzung oder Aufteilung eines Auftrags, sondern letztlich jede Manipulation, die sich direkt oder indirekt auf die Höhe des Auftragswerts auswirkt."²⁴ § 3 Abs. 1 VgV bringt in Verbindung mit dem Unterteilungsverbot des § 3 Abs. 2 S. 2 VgV den Willen des Ordnungsgebers nach einer regelmäßig umfassenden Schätzung des Auftragswerts zum Ausdruck. Unterteilungen sind im Ausnahmefall möglich und bedürfen der objektiven Begründetheit.²⁵ § 3 Abs. 3 VgV regelt den Zeitpunkt der Schätzung. Demnach ist der Tag der Absendung der Auftragsbekanntmachung oder der sonstigen Einleitung des Vergabeverfahrens für die Schätzung maßgeblich. Die Beschaffungsreife muss erreicht sein, das heißt die notwendigen Haushaltsmittel müssen zur Verfügung stehen.²⁶ § 3 Abs. 7 VgV regelt die Schätzung des Auftragswerts für die losweise Vergabe von Dienstleistungen. Bei der Schätzung des Auftragswerts ist der Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen. § 3 Abs. 7 S. 2 VgV enthält eine Ausnahme für Planungsleistungen. Sie hat erhebliche Auswirkungen auf die Einordnung des Vergabeverfahrens in das unterschwellige Haushaltsvergaberecht oder das überschwellige Kartellvergaberecht. Im Geltungsbereich des Kartellvergaberechts hat das Recht der Europäischen Union harmonisierende Wirkung und muss in nationale Gesetzgebung überführt werden.

C. Rechtliche Einordnung

I. Vergleich der RL 2014/24/EU und des § 3 Abs. 7 VgV

1. Regelungsinhalt des Art. 5 RL 2014/24/EU und des § 3 Abs. 7 VgV

Die Allgemeine Vergaberichtlinie RL 2014/24/EU wird in der Kaskade des deutschen Rechtssystems über § 103 GWB in den Verordnungstext der Vergabe-

²³ Vgl. MüKoEuWettbR/Fülling, 4. Aufl. 2022, VgV § 3 Rn. 13

²⁴ Pünder/Schellenberg/Alexander, 3. Aufl. 2019, VgV § 3 Rn. 28

²⁵ Vgl. Beck VergabeR/Kau, 3. Aufl. 2019, VgV § 3 Rn. 55-58

²⁶ Vgl. Schaller in NZBau 2018, 342

verordnung umgesetzt. Beim Vergleich beider Texte sind zunächst die Gemeinsamkeiten und sinnhaften Übereinstimmungen augenfällig. Insbesondere die Frage nach einem gemeinsamen Verständnis der Grundbegriffe der Auftragsvergabe ist hier entscheidend, um die Übereinstimmung der Regelwerke und damit die Europarechtskonformität des § 103 GWB und insbesondere des § 3 Abs. 7 VgV zu beurteilen. § 3 Abs. 1 VgV spricht vom „voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistung“, der bei der Schätzung des Auftragswerts zugrunde zu legen ist. Dieser Wert wird durch § 3 Abs. 6 - 8 VgV für Bauleistungen, Dienstleistungen und Lieferleistungen konkretisiert. Es sind jeweils spezifische Vorgehensweisen für jede Leistungsart zur Schätzung des Gesamtwerts der Leistung enthalten. Das entspricht der Logik des § 103 Abs. 1 GWB, der bei der Definition des öffentlichen Auftrags auch zwischen der Ausführung von Bauleistungen und der Erbringung von Dienstleistungen und der Lieferung von Waren unterscheidet. Wäre eine umfassende Auftragsvergabe im funktionalen Sinn gemeint, bedürfte es der Unterscheidung nicht. In § 3 Abs. 6 VgV sind explizit „Baufträge“ im Plural erwähnt, das spricht für eine getrennte Beauftragung mehrerer Aufträge. Mit § 3 Abs. 6 - 8 VgV ist eine klare Trennung von Bauleistungen einerseits und Dienstleistungen andererseits sowie von Lieferleistungen vorgenommen. § 3 Abs. 9 VgV gibt für das 20%-Kontingent, also den Vergabeanteil, der auch im Oberschwellenbereich national vergeben werden darf, eigene Schwellenwerte vor. Ein Schwellenwert definiert Liefer- und Dienstleistungen, der andere Bauleistungen. Die Allgemeine Vergaberichtlinie 2014/24/EU enthält diese Bestimmungen inhaltsgleich. Das spricht für eine sorgfältige Umsetzung der europäischen Richtlinie in deutsches Recht. In Art. 5 Abs. 1 RL 2014/24/EU entspricht der „geschätzte zahlbare Gesamtbetrag“ in Verbindung mit der Benennung des Art. 5 als „Methoden zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts“ dem deutschen Pendant. Ebenso entspricht die spezifische Unterscheidung des Art. 5 Abs. 7 - 9 RL 2014/24/EU zur Schätzung des Auftragswerts für Bauleistungen, Dienstleistungen und Lieferleistungen der des § 3 Abs. 6 - 8 VgV. Art. 5 Abs. 7 RL 2014/24/EU entspricht mit der Formulierung „Baufträgen“ § 3 Abs. 6 VgV. Zudem kann in Art. 5 Abs. 8 RL 2014/24/EU ein „Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung von Dienstleistungen zu Aufträgen“ führen. Damit geht hier die Richtlinie kleinteiliger vor, als die Vergabeverordnung. In § 3 Abs. 7 VgV „kann das beabsichtigte Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung einer Dienstleistung zu einem Auftrag führen“. Der Regelungsgehalt des Art. 5 Abs. 10 RL 2014/24/EU für das 20%-Kontingent entspricht dem des § 3 Abs. 9 VgV. Insgesamt gehen sowohl der

Art. 5 RL 2014/24/EU als auch § 3 VgV von einer getrennten Vergabe von Bauleistungen, Dienstleistungen und Lieferleistungen aus. Das wird auch in der Ausformulierung der einzelnen Schwellenwerte für die drei Auftragsarten in Art. 4 lit. a - d RL 2014/24/EU deutlich. § 106 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 - 4 GWB verweist hierauf. § 1 Abs. 1 VgV übernimmt sie schließlich in den Geltungsbereich der VgV. Eine vollfunktionale Betrachtungsweise, die alle drei Leistungsarten umfasst, kann für beide Texte nicht gelesen werden. Es gibt aber dennoch Unterschiede, die für den Regelungsgehalt der jeweiligen Formulierungen relevant sind. Zunächst ist § 3 Abs. 12 VgV auffällig. Er hat insgesamt keine Entsprechung in der RL 2014/24/EU. Es geht um die Auftragswertschätzung für das Auslobungsverfahren von Planungswettbewerben nach Abschnitt 5 und 6 VgV. Diese werden nach § 69 VgV „insbesondere auf den Gebieten der Raumplanung, des Städtebaus und des Bauwesens oder der Datenverarbeitung“ durchgeführt. Sie erfolgen in der Regel vor einem Vergabeverfahren oder ohne dieses. Diese Ergänzung durch den deutschen Verordnungsgeber hat keine gravierenden Auswirkungen auf die Vergabepaxis. Ein weiterer Unterschied besteht in § 3 Abs. 6 S. 2 und Abs. 7 S. 2 VgV. § 3 Abs. 6 regelt die Auftragswertschätzung bei Bauleistungen für den Fall, dass durch den Auftraggeber zusätzlich Dienstleistungen zur Verfügung gestellt werden, sofern sie für die Ausführung der Bauleistungen erforderlich sind. Der Verordnungsgeber schafft mit Satz 2 für den öffentlichen Auftraggeber explizit die Möglichkeit, Planungs- und Bauleistungen getrennt oder gemeinsam zu vergeben. Die Ergänzung von § 3 Abs. 7 S. 2 ist ungleich gravierender. Bei der Schätzung des Auftragswerts müssen nach § 3 Abs. 7 S. 2 VgV bei "Planungsleistungen [...] Lose über gleichartige Leistungen" addiert werden. Die Richtlinie 2014/24/EU enthält diese Einschränkung nicht. Art. 5 Abs. 8 RL 2014/24/EU lautet: "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." § 3 Abs. 7 S. 2 VgV findet in Art. 5 Abs. 8 RL 2014/24/EU keine Entsprechung. Er wurde in der Umsetzung der Richtlinie in nationale Gesetzgebung durch den deutschen Verordnungsgeber ergänzt. Es ist lediglich in § 3 Abs. 7 S. 2 VgV von "Planungsleistungen" die Rede, im weiteren Text des § 3 VgV findet sich der Begriff nicht mehr. Planungsleistungen unterfallen den Dienstleistungen, sie werden im Verordnungstext allerdings explizit hervorgehoben. Insgesamt ist in der Formulierung des § 3 Abs. 7 VgV eine Absicht zur

Abgrenzung von Planungsleistungen gegenüber den übrigen Dienstleistungen festzustellen. Dadurch kommt es zu einer Privilegierung, wenngleich für § 3 Abs. 7 S. 2 VgV lediglich eine deklaratorische Wirkung beabsichtigt war.²⁷ Der deutsche Verordnungsgeber trägt damit der Realität des Bauens in der Bundesrepublik Deutschland Rechnung: zuerst wird geplant, dann wird gebaut. Die Gesamtvergabe von Leistungen in der Klammer einer ausschließlich funktionalen Betrachtungsweise entspricht bisher der Ausnahme in einem begrenzten Anwendungsbereich. Sie findet sich im Schlüsselfertigbau oder bei der Funktionalen Leistungsbeschreibung wieder. Die Additionspflicht nach § 3 Abs. 7 S. 2 VgV betrifft bei Planungsleistungen ausschließlich Lose über „gleichartige Leistungen“. In diesem Begriff konzentriert sich die gesamte Frage nach dem EU-Schwellenwert. Entscheidend ist dabei die Einordnung des Verfahrens in das Kartellvergaberecht oder das Haushaltsvergaberecht mit allen Konsequenzen für den Bieterschutz und die Verfahrenseffizienz. Da das Unionsrecht den Begriff „gleichartige Leistungen“ in dieser Form nicht kennt, muss er hieraus abgeleitet werden.²⁸ Er ist entscheidend bei der Beurteilung der Europarechtskonformität des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV und damit der derzeit angewandten Praxis bei der Schätzung des Auftragswerts. Die Ansichten des deutschen Verordnungsgebers und der Europäischen Kommission gehen weit auseinander. Die Kommission dehnt den Auftragsbegriff auf eine umfassende funktionale Lesart aus, die Bauleistungen, Lieferleistungen und Dienstleistungen zusammenfassen will. Die deutsche Vergabepaxis liest § 3 Abs. 7 S. 2 so, dass lediglich Leistungen aus ein und demselben Leistungsbild der HOAI zu addieren sind. Bevor unter anderem die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs betrachtet wird, soll zunächst die Entwicklung des § 3 Abs. 7 S. 2 in der nationalen Verordnung und die Entstehung des Art. 5 RL 2014/24/EU nachvollzogen werden.

2. Alte Fassung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV und aktuelle Vergabepaxis

Die aktuelle Fassung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV existiert seit Inkrafttreten der Vergaberechtsmodernisierungsverordnung am 18.04.2016 unverändert. Die Vorgängerregelung § 3 Abs. 7 S. 3 VgV (2011) lautete: „Soweit eine zu vergebende freiberufliche Leistung nach § 5 in mehrere Teilaufträge derselben frei-

²⁷ Vgl. Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drs. 18/7318, 148

²⁸ Vgl. Beck VergabeR/Kau, 3. Aufl. 2019, VgV § 3 Rn. 57

beruflichen Leistung aufgeteilt wird, müssen die Werte der Teilaufträge zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes addiert werden.²⁹ Für die Addition waren demnach „Teilaufträge derselben freiberuflichen Leistung“ maßgebend. Damit konnte bei der Abgrenzung der Leistungen auf die Leistungsbilder der HOAI zurückgegriffen werden. Eine Addition für verschiedene Leistungsbilder der HOAI sowie Leistungen außerhalb der HOAI war nicht erforderlich. Handelte es sich um Leistungen aus demselben Leistungsbild, mussten sie bei der Schätzung des Auftragswertes zusammengerechnet werden.³⁰ Dem Grunde nach entspricht das der heute üblichen Vorgehensweise. Der Rückgriff auf die Leistungsbilder der HOAI ist damit im bundesdeutschen Vergabewesen historisch verankert. Allerdings ist in § 3 Abs. 7 S. 3 VgV (2011) ein deutlicherer Bezug zur HOAI ablesbar. Er spricht von der „freiberuflichen Leistung“ und verweist damit auf Architekten- und Ingenieurleistungen. Das ist nicht verwunderlich. Die erste Fassung der HOAI löste zum 1. Januar 1977 die Gebührenordnung für Architekten aus dem Jahr 1950 und die Gebührenordnung der Ingenieure aus dem Jahr 1956 ab. Sie beinhaltete ein verbindliches Preisrecht für beide Berufsstände.³¹ Die Mindest- und Höchstsätze in der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure stellten einen Verstoß gegen die Europäische Dienstleistungsrichtlinie in Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 lit. g und Abs. 3 der RL 2006/123/EG dar.³² Um die nationale Rechtsordnung an die Vorgaben des EuGH-Urteils anzupassen, wurde das Gesetz zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen, welches die Bundesregierung in § 1 ArchLG zum Erlass der HOAI ermächtigt, mit Wirkung zum 19. November 2020 geändert und in der Folge auch die HOAI zum 1. Januar 2021.³³ Das verbindliche Preisrecht entfiel mit dem neuen Verordnungstext der HOAI. Honorare können seitdem frei vereinbart werden. Allerdings werden die Leistungsbilder der HOAI mangels zielführender Alternativen weiterhin zur Abgrenzung der Leistungen verwendet. Die aktuelle Vergabepaxis in der Bundesrepublik Deutschland stellt zur Beurteilung nach der "Gleichartigkeit" von Planungsleistungen auf die Indizwirkung der HOAI ab.³⁴ Damit entstand de facto durch die Umsetzung der RL

²⁹ Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge in der Fassung der Bekanntmachung vom 12.05.2011 (BGBl. I S. 800), die zuletzt durch Artikel 1 - Vierte Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung sowie der Sektorenverordnung vom 09.05.2011 (BGBl. I S. 724) geändert worden ist.

³⁰ Vgl. Matuschak in NZBau 2016, 613, 614

³¹ Vgl. BeckOGK/Bernhard, Ausg. 01.10.2022, BGB § 650q Rn. 130

³² Vgl. EuGH, Urteil vom 4. Juli 2019 - Rs. C-377/17, Rn. 96

³³ Vgl. Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen und anderer Gesetze vom 12. November 2020, BGBl. I S. 2392

³⁴ Vgl. OLG München Beschl. v. 13.3.2017 – Verg 15/16, BeckRS 2017, 105111 Rn. 26

2014/24/EU keine grundlegend neue Situation bei der Schätzung des Auftragswerts für gleichartige Planungsleistungen.³⁵ § 3 Abs. 7 S. 2 VgV entfernt sich aber von der HOAI. Er spricht von „Planungsleistungen“ und „gleichartigen Leistungen“. Der Bezug zur HOAI ist nunmehr weniger direkt. Es kommt bei der Additionspflicht auf die „Gleichartigkeit“ der Leistungen an. Die Formulierung ist deutlich auslegungsbedürftiger als in der Fassung von 2011.

3. Entwurf der RL 2014/24/EU und des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV

Die Europäische Kommission lehnt eine Anknüpfung an die Leistungsbilder der HOAI ab.³⁶ Sie interpretiert in Art. 5 Abs. 8 RL 2014/24/EU im Zusammenhang mit § 3 Abs. 7 S. 2 VgV ein breiteres Verständnis des Auftrags im funktionalen Sinn. Diese Tatsache wird bei einem Blick auf die Entstehung der Richtlinie bestätigt. Der Entwurf der Kommission für die RL 2014/24/EU enthielt im Art. 1 für Gegenstand und Anwendung der Richtlinie eine Konkretisierung in diesem Sinn. Art. 1 Nr. 2 UAbs. 2 RL 2014/24/EU-KomE lautete: „Die Gesamtheit der Bauleistungen, Lieferungen und/oder Dienstleistungen - auch wenn sie im Rahmen verschiedener Aufträge beschafft werden - stellt eine einzige Auftragsvergabe im Sinne dieser Richtlinie dar, sofern die Aufträge Teil eines einzigen Projekts sind.“³⁷ Der Begriff der „Auftragsvergabe“ wird hier vollfunktional umgesetzt. Bauleistungen, Lieferleistungen und Dienstleistungen werden, selbst bei Beschaffung in verschiedenen Aufträgen, zusammengezogen. Voraussetzung dafür ist, dass sie „Teil eines einzigen Projekts“ sind. Die in der derzeit gültigen RL 2014/24/EU enthaltene Trennung von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen ist nicht vorhanden. Die funktionale Betrachtungsweise gilt auch für Dienstleistungen und damit für Planungsleistungen. Die Regelungsabsicht der Kommission bestand ursprünglich in einem vollumfänglichen Auftragsbegriff, der sich auf das Ziel der Beschaffung richtet, ähnlich einer Funktionalen Leistungsbeschreibung oder dem Schlüsselfertigbau. Der Entwurf wurde im weiteren Gesetzgebungsprozess durch das Europäische Parlament nicht angenommen. Er macht aber die Haltung der Europäischen Kommission deutlich, die dem Begriff der „Gleichartigkeit“ von Planungsleistungen in der heutigen Herleitung eine umfassend funktionale Komponente beimisst. Diese Haltung der

³⁵ Vgl. Matuschak, NZBau 2016, 613, 617

³⁶ Vgl. Beck VergabeR/Kau, 3. Aufl. 2019, VgV § 3 Rn. 57

³⁷ Matuschak, NZBau 2016, 613, 618 (Sekundärzitat, Primärquelle nicht mehr verfügbar)

Kommission tritt auch bei der Entstehung des § 3 VgV zum Ausdruck. Der Referentenentwurf entsprach einer Sinngemäßen Umsetzung des Art. 1 Nr. 2 UAbs. 2 RL 2014/24/EU-KomE. § 3 Abs. 1 VgV-RefE des Bundeswirtschaftsministeriums lautete: „Bei der Schätzung des Auftragswerts ist vom voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistung ohne Umsatzsteuer auszugehen. Dabei ist der Wert der Leistungen, die in einem funktionalen Zusammenhang stehen, bei der Auftragswertberechnung zusammenzurechnen.“³⁸ Er beinhaltet eine Additionspflicht für Leistungen in einem „funktionalen Zusammenhang“. Das heißt, auch bei diesem Entwurf steht der funktionale Aspekt der Leistung im Vordergrund. Der Auftragsgegenstand bildet den Kern der Beauftragung, nicht aber der Weg dorthin, in Form einer Planungsleistung. Auch hier sind Bauleistungen, Lieferleistungen und Dienstleistungen zusammen zu betrachten. Der Begriff der „Auftragsvergabe“ wird hier analog zum Art. 1 Nr. 2 UAbs. 2 RL 2014/24/EU-KomE vollfunktional begriffen. In diesem Zusammenhang ist auch der § 3 Abs. 7 S. 3 VgV (2011) mit seiner Einschränkung der Additionspflicht für „freiberufliche Leistungen“ hinfällig. Die Begründung des § 3 Abs. 1 VgV-RefE bezog sich auf eine Entscheidung des EuGH zum Urteil im Fall Gemeinde Niedernhausen – Aulhalle, der in dieser Arbeit unter Punkt C.II.2. behandelt wird. „Mit Ausnahme der Streichung des bisherigen § 3 VII 3 der Vergabeverordnung, der in Teilaufträgen vergebene freiberufliche Leistungen betraf, entspricht § 3 VII weitestgehend dem bisherigen § 3 VII VgV. Die Streichung ist vor dem Hintergrund der Entscheidung ‚Aulhalle‘ des EuGH zu sehen und stellt klar, dass die vom EuGH bislang lediglich in Bezug auf Bauaufträge angewandte funktionale Betrachtungsweise auch für Dienstleistungen gilt.“ Auch der Referentenentwurf zu § 3 Abs. 1 VgV-RefE wurde in dieser Form in der Beteiligung der weiteren Fachministerien nicht von Bundestag und Bundesrat angenommen. Insbesondere die Begründung zu § 3 Abs. 1 VgV-RefE bestätigt die Haltung der Europäischen Kommission und ihr umfassendes funktionales Verständnis der Auftragsvergabe. Allerdings ist auch der gegenteilige Regelungswille des deutschen Verordnungsgebers in der Tatsache erkennbar, dass die heute gültige Regelung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV eine Einschränkung bei der Additionspflicht für gleichartige Planungsleistungen enthält. Bei Betrachtung des Art. 5 RL 2014/24/EU und des § 3 Abs. 7 VgV tritt ein deutliches Spannungsverhältnis zwischen der vollfunktionalen Betrachtungs-

³⁸ Matuschak, NZBau 2016, 613, 615 (Sekundärzitat, Primärquelle nicht mehr verfügbar)

weise des Auftrags der Europäischen Kommission einerseits und des deutschen Ordnungsgebers andererseits zu Tage. Es kulminiert im Vertragsverletzungsverfahren, das die Europäische Kommission am 24.01.2019 gegen die Bundesrepublik eingeleitet hat. Die Europarechtskonformität des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV wird durch die Kommission in Frage gestellt. Um die Aussichten des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV im weiteren Verfahren einschätzen zu können, ist zunächst ein Blick auf die bisherige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Schätzung des Auftragswerts nötig.

II. Vertragsverletzungsverfahren und Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

1. Département Vendée – Elektrifizierungsarbeiten

Eine wegweisende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs stellt das Urteil im Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Frankreich aus dem Jahr 2000 dar. Hier hatte der Europäische Gerichtshof seine funktionale Betrachtungsweise bei der Schätzung des Auftragswerts entwickelt, auf die er in späteren Urteilen verweist. Das Syndicat départemental d'électrification de la Vendée, in dem auf Départementsebene die einzelnen Zweckverbände im Bereich der Elektrifizierung zusammengeschlossen sind, hatte im Dezember 1994 Elektrifizierungsaufträge und Straßenbeleuchtungsaufträge ausgeschrieben. Es ging um 37 Einzelaufträge, davon wurden nur die sechs wichtigsten nach dem Kartellvergaberecht behandelt und im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft veröffentlicht. Der Gesamtwert aller Aufträge erreichte und überschritt den Schwellenwert und somit unterfielen alle 37 Einzelaufträge dem Kartellvergaberecht. Nach Ansicht der Kommission stellten die streitigen Aufträge Lose eines einzigen Bauwerks dar.³⁹ Die Kommission erkannte in dem Verfahren einen Verstoß gegen die damals einschlägige EG-Auftragsvergabekoordinierungsrichtlinie in Art. 4 Abs. 2, 14 Abs. 1, Abs. 10 und 13, 21 Abs. 1 und 5, 24 Abs. 1 und 2 und 25 Abs. 5 der Richtlinie. Der EuGH urteilte in diesem Sinne. Das betreffende Bauwerk wurde sowohl in technischer Hinsicht als auch in geografischer Hinsicht unzulässig aufgeteilt. Damit wurden im Ergebnis die betreffenden Bauaufträge dem EG-Vergaberecht entzogen.⁴⁰ Besonders relevant für spätere Urteile und zum Verständnis des Europäischen Gerichtshofs und der Kommission einer funktionalen Betrachtung des Auftrags ist Art. 14 Abs. 10

³⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 05.10.2000, C-16/98, IBRRS 2003, 0760, Sachverhalt

⁴⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 05.10.2000, C-16/98, IBRRS 2003, 0760, Rn. 113

RL 93/38/EWG. „Für die Anwendung des Absatzes 1 wird der Wert eines Bauauftrags auf der Grundlage des Gesamtwertes des Bauwerkes berechnet. Ein Bauwerk ist das Ergebnis einer Gesamtheit von Hoch- und Tiefbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche und technische Funktion erfüllen soll.“⁴¹ „Im vorliegenden Fall geht es um eine Reihe einzelner Wartungs- und Erweiterungsarbeiten, die bestehende Stromversorgungs- und Straßenbeleuchtungsnetze betreffen und deren Ergebnis - nach ihrer Ausführung - unmittelbar der durch diese Netze erfüllten Funktion dient.“⁴² Das Gericht begründete in der „wirtschaftlichen und technischen Funktion“ eine Einheit des Bauauftrags. Die Leistungen sind also in einem zeitlichen und räumlichen Zusammenhang untereinander zu sehen, der die Funktionalität der Leistung insgesamt ermöglicht. Damit sind für die Addition der Leistungen zur Schätzung des Auftragswerts alle Einzelaufträge relevant. Im Urteil verweist das Gericht zudem auf den Normzweck der Richtlinie RL 93/38/EWG zur Binnenmarktintegration, die Märkte dem Wettbewerb in der Gemeinschaft zu öffnen.⁴³

2. Gemeinde Niedernhausen – Autalhalle

Die Argumentation aus dem Urteil vom 05.10.2000 greift der Europäische Gerichtshof beim Urteil im Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland aus dem Jahr 2012 wieder auf. Er konkretisiert hier seine funktionale Betrachtungsweise im Bezug auf Planungsleistungen. Die Gemeinde Niedernhausen beauftragte im Oktober 2006 ein Architekturbüro zur Sanierung der gemeindeeigenen Autalhalle. Die Halle ist eine Mehrzweckhalle und wurde als Sport- und Veranstaltungshalle genutzt. Zunächst wurden eine Bestandsaufnahme und die Kostenschätzung für die Sanierung beauftragt. Die Maßnahme wurde in drei Sanierungsabschnitte unterteilt. Dasselbe Architekturbüro erhielt zeitlich gestaffelt über mehrere Haushaltsjahre die Aufträge der Gemeinde Niedernhausen über die nötigen Architektenleistungen nach der HOAI. Im Jahr 2008 wurden die Leistungen für die erste Sanierungsphase beauftragt, im Jahr 2009 für die zweite und schließlich im Jahr 2010 für die dritte Phase.⁴⁴ Die Gesamtkosten der Planungsleistungen erreichten und überschritten den EU-Schwellenwert, sie waren damit nach Kartellvergaberecht auszuschreiben.

⁴¹ RL 93/38/EWG zuletzt geändert durch Anh. II 1. I. 5. EU-Beitrittsakte 2003 aufgehoben durch Art. 73 ÄndRL 2004/17/EG mit Wirkung vom 30.4.2004

⁴² EuGH, Urteil vom 05.10.2000, C-16/98, IBRRS 2003, 0760, Rn. 37

⁴³ Vgl. EuGH, Urteil vom 05.10.2000, C-16/98, IBRRS 2003, 0760, Rn. 108

⁴⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 15.03.2012, C-574/10 IBRRS 2012, 0993, Sachverhalt

Die Europäische Kommission sah in der getrennten Vergabe von Planungsleistungen zur Realisierung eines Bauwerks an nur ein einziges Architekturbüro einen Verstoß gegen Art. 2, 9 und 20 i. V. mit den Art. 23-55 RL 2004/18/EG der damals gültigen Vergaberichtlinie.⁴⁵ In den Augen der Kommission sei die für öffentliche Bauaufträge entwickelte „funktionelle Betrachtungsweise“ bei der Schätzung des Auftragswerts auf die Planungsleistungen anzuwenden. Der Begriff „funktionell“ ist dabei auf eine Übersetzungsungenauigkeit aus dem Französischen zurückzuführen. Beim Vergleich der Randnummer 5 des Urteils zum Fall Département Vendée – Elektrifizierungsarbeiten, ist der Begriff auf Deutsch mit „funktional“ und im Englischen mit „functional“ aus dem Französischen „fonctionnelle“ übersetzt. Es kommt damit im weiteren vorliegenden Urteil zu einer leichten Bedeutungsverschiebung des Begriffs. Funktional meint im Deutschen auf die Funktion gerichtet. Funktionell heißt: Etwas tut, was es soll. Es funktioniert. Der Begriff wird in der weiteren Urteilsbegründung durch das Gericht mit der Bedeutung auf die Funktion gerichtet im Sinne von „funktional“ verwendet. Die Kommission bezog sich in ihrer Argumentation auf das Urteil Département Vendée – Elektrifizierungsarbeiten.^{46 47} „Das Kriterium der technischen und wirtschaftlichen Einheitlichkeit der Architektenleistungen sei vorliegend erfüllt, da es sich um ein Gesamtkonzept für die Sanierung eines einzigen Gebäudes handle.“⁴⁸ Der Europäische Gerichtshof folgte der Argumentation der Kommission. „Im vorliegenden Fall ist der streitige Auftrag ein Auftrag über Architektendienstleistungen, die von einem einzigen Auftraggeber vergeben worden sind und ein Gesamtanierungsprojekt für ein und dasselbe öffentliche Gebäude betreffen, dessen Ausführung aus haushaltsrechtlichen Gründen in verschiedene Abschnitte aufgeteilt wurde.“⁴⁹ Das Gericht sah in den beauftragten Planungsleistungen „in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität“.⁵⁰ Damit mussten bei der Schätzung des Auftragswerts alle vier Einzelaufträge zugrunde gelegt werden. Es bestand insofern Additionspflicht für die an das Architekturbüro separat vergebenen Planungsleistungen nach der HOAI. Es ging in der Sache ausschließlich um Architektenleistungen, die an ein Architekturbüro vergeben worden waren, und damit auch um die Leistungen des Architekten bei der Koordination der Fachplaner.

⁴⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 15.03.2012, C-574/10 IBRRS 2012, 0993, Rn. 52

⁴⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 15.03.2012, C-574/10 IBRRS 2012, 0993, Rn. 20, 37

⁴⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 05.10.2000, C-16/98, IBRRS 2003, 0760

⁴⁸ EuGH, Urteil vom 15.03.2012, C-574/10 IBRRS 2012, 0993, Rn. 21

⁴⁹ EuGH, Urteil vom 15.03.2012, C-574/10 IBRRS 2012, 0993, Rn. 42

⁵⁰ EuGH, Urteil vom 15.03.2012, C-574/10 IBRRS 2012, 0993, Rn. 45

Eine über das Leistungsbild des Architekten hinausgehende Additionspflicht auch für die Fachplanungsleistungen kann in der Urteilsbegründung nicht gelesen werden.⁵¹ Die „innere Kohärenz“ und die „funktionelle Kontinuität“ beziehen sich auf die Aufgaben des Architekten in seinem Leistungsbild mit wechselnden Koordinierungsleistungen bei der Begleitung der Fachplaner über den Gesamtzeitraum der Beauftragung. Das Gericht sieht „typische Architektenleistungen“⁵² in der Konzeption, der Planung, der Bauaufsicht und der Baubegleitung. Die Begriffe „wirtschaftlich“ und „technisch“ beziehen sich auf die vorgebrachte Trennung des Auftrags in Haushaltsjahre und in Bauabschnitte.⁵³ Die Begriffe „wirtschaftlich“ und „technisch“ sind in selbigem Zusammenhang im Urteil Département Vendée – Elektrifizierungsarbeiten⁵⁴ verwendet. Die Einzelaufträge wurden auch in diesem Fall zeitlich und räumlich getrennt. Das Gericht stellt zudem fest, dass Bauleistungen und Planungsleistungen im vorliegenden Fall getrennt voneinander zu betrachten sind.⁵⁵ Eine Additionspflicht wird dahingehend nicht gesehen. Der durch den Europäischen Gerichtshof entwickelte „funktionelle“ Begriff der Leistung entwickelt sich im vorliegenden Urteil weiter, erhält sich aber eine klare Stringenz in der Lesart. Der räumliche und zeitliche Zusammenhang der Bauleistungen aus dem Urteil zu den Elektrifizierungsarbeiten wird in Abgrenzung zum räumlichen und zeitlichen Zusammenhang der geistigen Dienstleistung um diesen erweitert. Der Architekt begleitet die Bauleistung kontinuierlich und kohärent mit dem Ziel der Funktionalität des Gebäudes. „Funktionell“ meint hier in der Verschiebung der Bedeutung auf die Funktion gerichtet und nicht im Sinn von „funktional“ die Funktion betreffend. Es geht um die Zielvorgabe der Funktionalität. Das mag in der englischen und französischen Fassung des Urteils schon immer der Sinn gewesen sein, da in beiden Sprachen diese Differenzierung nicht existiert. Eine vollfunktionale Betrachtungsweise, wie sie die Europäische Kommission verfolgt, kann aus dem vorliegenden Urteil nicht hergeleitet werden. Vielmehr ist eine Trennung von Bauleistung und Planungsleistung, ja sogar eine getrennte Betrachtung der Fachplanungsleistungen zu erkennen. Hierin mag die Lesart des Europäischen Gerichtshofs für den Begriff der Gleichartigkeit im Sinne des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV zu suchen sein.

⁵¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 15.03.2012, C-574/10 IBRRS 2012, 0993, Rn. 42, 43, 44

⁵² EuGH, Urteil vom 15.03.2012, C-574/10 IBRRS 2012, 0993, Rn. 44

⁵³ Vgl. EuGH, Urteil vom 15.03.2012, C-574/10 IBRRS 2012, 0993, Rn. 21, 27

⁵⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 15.03.2012, C-574/10 IBRRS 2012, 0993, Rn. 37

⁵⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 15.03.2012, C-574/10 IBRRS 2012, 0993, Rn. 51

3. Stadt Elze – Sanierung Freibad

Betrachtet man die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs der letzten Jahre, ist das derzeit reine Spekulation. Eventuell hat aber auch die Europäische Kommission erkannt, dass der Europäische Gerichtshof ein Verständnis gleichartiger Planungsleistungen entwickelt hat, das von ihrer eigenen Interpretation abweicht. Die Kommission ließ im Fall der Stadt Elze – Sanierung Freibad viel Zeit verstreichen, ehe sie das Vertragsverletzungsverfahren für abgeschlossen erklärte ohne es dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorzulegen. Mit Schreiben vom 10.12.2015 leitete sie ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV gegen die Bundesrepublik Deutschland ein und forderte in der ersten Stufe des Verfahrens zur Stellungnahme im Fall Stadt Elze – Sanierung Freibad auf.⁵⁶ Die Stadt Elze hatte in den Jahren 2013 und 2014 für die Sanierung des städtischen Freibads Planungsleistungen aus verschiedenen Leistungsbildern ausgeschrieben. Es ging um Architektenleistungen, Tragwerksplanung, Planung der technischen Ausrüstung und um Planung der Wassertechnik. Für sich genommen blieben die Einzelaufträge unter dem einschlägigen Schwellenwert und wurden national nach Haushaltsvergaberecht vergeben. Die Europäische Kommission sah einen Verstoß gegen die gültige Vergaberichtlinie in Art. 7 und 20 i.V.m. Art. 28 und 35 RL 2004/18/EG. Nach Lesart der Kommission besteht bei der Schätzung des Auftragswerts Additions-pflicht für alle Planungsleistungen. Sie stützte ihre Argumentation auf das Urteil Gemeinde Niedernhausen – Aulhalle, wonach sich die Aufträge allesamt „auf das einheitliche Bauvorhaben der Sanierung des örtlichen Freibades“⁵⁷ bezögen. Es wären „typische Architektenleistungen“⁵⁸ zu erbringen. Die Kommission „ist der Auffassung, dass die Berechnung des geschätzten Auftragswerts [...] [sich] an der Vergütung für die Gesamtplanung des auszuführenden Bauvorhabens zu orientieren hat. Dass die Dienstleistungen unterschiedliche Spezialisierungen erfordern und Gegenstand unterschiedlicher Preisregeln sind, ändert nichts an der Tatsache, dass es sich bei allen diesen Dienstleistungen um Planungsleistungen für ein Bauvorhaben handelt, das eine einzige wirtschaftliche und technische Funktion erfüllt.“⁵⁹ Die Kommission stellt hier auf die „wirtschaftliche und technische Funktion“ des Bauwerks ab und dehnt damit in ihrer Sichtweise den zeitlichen und räumlichen Zusammenhang der Bauleistungen, wie in

⁵⁶ Vgl. KOM, Aufforderungsschreiben (Nr. 2015/4228) v. 10. 12. 2015

⁵⁷ KOM, Aufforderungsschreiben (Nr. 2015/4228) v. 10. 12. 2015, 2

⁵⁸ KOM, Aufforderungsschreiben (Nr. 2015/4228) v. 10. 12. 2015, 2

⁵⁹ KOM, Aufforderungsschreiben (Nr. 2015/4228) v. 10. 12. 2015, 2

den beiden Urteilen Departement Vendée – Elektrifizierungsarbeiten und Gemeinde Niedernhausen – Autalhalle durch den Europäischen Gerichtshof hergeleitet, stumpf auch auf die Planungsleistungen aus. Der geistig planerische Anteil geht dabei im Aufforderungsschreiben verloren. Zudem ignoriert sie die Differenzierung des Europäischen Gerichtshofs aus dem Urteil Gemeinde Niedernhausen – Autalhalle hinsichtlich der unterschiedlichen Leistungsbilder der HOAI und geht von einer „Gesamtplanung“ aus. Es waren dort aber lediglich die Architektenleistungen aus diesem einen Leistungsbild mit Blick auf die Koordinierungsleistungen für die weiteren Fachplaner zu addieren. Zu einer Entscheidung des EuGH kam es im vorliegenden Fall nicht. „Am 17. November 2016 informierte die Europäische Kommission, dass das Verfahren abgeschlossen sei und daher eingestellt ist.“⁶⁰ Nach der eingehenden Betrachtung des Urteils Gemeinde Niedernhausen – Autalhalle bleibt zu bezweifeln, dass der Europäische Gerichtshof im Sinne der Kommission entschieden hätte. Die „innere Kohärenz und funktionelle Kontinuität in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht“ bezieht sich eben nicht auf die vollfunktionale Betrachtung des Bauwerks im Sinne der Kommission, sondern auf die Architektenleistungen, die in dem Fall gegenständlich waren und für die eine Additionspflicht bei der Schätzung des Auftragswerts bestand. Es geht nicht um das funktionale Ergebnis des Planens und Bauens, sondern den Weg dorthin. Diesen beschreiten die Fachplaner getrennt voneinander aber mit einem gemeinsamen Ziel.

Da keine der beiden Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs und auch nicht der Fall Stadt Elze – Sanierung Freibad eine endgültige Klärung zur allgemeinen Additionspflicht von gleichartigen Planungsleistungen beinhaltet, wird nunmehr die nationale Rechtsprechung mit einbezogen.

III. Rechtsprechung nationaler Oberlandesgerichte

1. Stadt Regensburg – Bau eines Verwaltungsgebäudes

Die Frage nach der Additionspflicht von Planungsleistungen behandelte auch das Oberlandesgericht München in einem Urteil aus dem Jahr 2017. Es ging um einen Sektorenauftrag nach §§ 102 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3, 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. b, Abs. 3 Nr. 1 GWB zur Errichtung eines durch die Auftraggeberin genutzten Verwaltungsgebäudes. Das Unternehmen ist im Bereich Strom-, Erdgas-, Trinkwasser- und Wärmeversorgung tätig. Die Stadt Regensburg hält

⁶⁰ Kalte/Übelacker/Zimmermann, ZfBR 2017, 647, 648

64,52 % der Gesellschaftsanteile.⁶¹ Die Auftraggeberin führte zur Vergabe von Planungsleistungen für die Tragwerksplanung ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach § 15 SektVO durch. Schlusstermin zur Abgabe eines Teilnahmeantrags war der 06.10.2016. Der Bekanntmachungstext lautete: „Gegenstand dieses Vergabeverfahrens ist die stufenweise Beauftragung der Leistungen für die Tragwerksplanung gem. § 49 HOAI [...] [Es ist] Ziel den Neubau des eigenen Verwaltungsgebäudes in höchstem Maß auf die Werte Energieeffizienz und CO² - Reduktion auszurichten. Die Planungsdisziplinen der Tragwerksplanung, der technischen Ausrüstung, der thermischen Bauphysik und nicht zuletzt der Objektplanung müssen daher lückenlos aufeinander abgestimmt und optimiert werden. Sie bilden eine Einheit ohne Schnittstellen [...]“⁶² Die Antragstellerin im Nachprüfungsantrag vor der Vergabekammer sah sich im Vergabeverfahren diskriminiert und die Grundsätze der Vergabe verletzt. „Die Bekanntmachung widerspreche den Regelungen des GWB zur Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren nach § 97 Abs. 6 GWB“⁶³ Das Gericht behandelte in seiner Entscheidung unter anderem die Frage, ob eine Additionspflicht über verschiedene Leistungsbilder der HOAI bestand. Im vorliegenden Fall ist die Sektorenrichtlinie 2014/25/EU und der § 2 Abs. 7 S. 2 SektVO einschlägig. Der Wortlaut von § 2 Abs. 7 SektVO ist identisch mit dem des § 3 Abs. 7 VgV. Also ist analog die „Gleichartigkeit der Leistungen“ entscheidend für das Bestehen einer Additionspflicht bei der Schätzung des Auftragswerts. Das Gericht verweist auf die angewandte Vergabep Praxis, wonach zur Beurteilung der Gleichartigkeit von Planungsleistungen die HOAI Indizwirkung hat und verschiedene Leistungsbilder nach § 2 Abs. 7 S. 2 SektVO nicht zu addieren sind.⁶⁴ ⁶⁵ Das Gericht äußert Bedenken zur Vereinbarkeit der europäischen Sektorenrichtlinie und der deutschen Sektorenverordnung. „Eine Einschränkung wie in § 2 Abs. 7 Satz 2 SektVO, dass nur gleichartige Planungsleistungen zu addieren sind, findet sich in der RiLi 2014/25/EU nicht.“⁶⁶ Damit besteht auch bei Sektorenaufträgen ein Spannungsverhältnis zwischen der Haltung der Europäischen Kommission und des deutschen Verordnungsgebers. Im vorliegenden Einzelfall sollte keine Vorlage an den EuGH nach Art. 267 AEUV erfolgen, da es der Entscheidung über die Gleichartigkeit der Leistungen und

⁶¹ Vgl. OLG München Beschl. v. 13.3.2017 – Verg 15/16, BeckRS 2017, 105111 Rn. 21

⁶² OLG München Beschl. v. 13.3.2017 – Verg 15/16, BeckRS 2017, 105111 Rn. 2

⁶³ OLG München Beschl. v. 13.3.2017 – Verg 15/16, BeckRS 2017, 105111 Rn. 4

⁶⁴ Vgl. OLG München Beschl. v. 13.3.2017 – Verg 15/16, BeckRS 2017, 105111 Rn. 26

⁶⁵ Vgl. Matuschak, NZBau 2016, 613, 615

⁶⁶ OLG München Beschl. v. 13.3.2017 – Verg 15/16, BeckRS 2017, 105111 Rn. 27

wonach diese zu beurteilen sei nicht bedurfte.⁶⁷ Die Sektorenauftraggeberin hatte im Auslobungstext formuliert: „Die Planungsdisziplinen der Tragwerksplanung, der technischen Ausrüstung, der thermischen Bauphysik und nicht zuletzt der Objektplanung müssen [...] lückenlos aufeinander abgestimmt und optimiert werden. Sie bilden eine Einheit ohne Schnittstellen [...].“⁶⁸ Damit mussten die Leistungen aus den verschiedenen Planungsdisziplinen addiert werden. Das Gericht sah für die Dienstleistungen eine „innere Kohärenz und funktionale Kontinuität in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht“⁶⁹ auf Grundlage des Auslobungstextes als gegeben an. Mit seiner Formulierung bezog sich das Gericht in seiner Wortwahl auf das Urteil Gemeinde Niedernhausen – Autalhalle. Die Additionspflicht begründete sich im vorliegenden Fall mit der im Auslobungstext ausgedrückten Absicht, eine einheitliche Planung zu erhalten. Dabei sollten die explizit genannten verschiedenen Leistungsbilder eine „Einheit ohne Schnittstellen“ bilden. Hätte der Auslobungstext diese Einheit nicht explizit herausgestellt, kann angenommen werden, dass das Gericht den Fall dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorgelegt hätte. Es wäre dann auf die allgemeine Pflicht zur Addition von Planungsleistungen bei der Schätzung des Auftragswerts angekommen und nicht auf die spezielle Additionspflicht im Einzelfall.

2. Kongresszentrum – Mobile Trennwandanlagen

Auch das Oberlandesgericht Schleswig hatte sich in einem relevanten Urteil aus dem Jahr 2021 mit dem tatsächlichen Umfang der beauftragten Leistung zu befassen und setzte sich dabei mit der funktionalen Betrachtungsweise bei der Schätzung des Auftragswerts nach den §§ 3 Abs. 1 sowie 6 und 7 VgV auseinander. Die Auftraggeberin betreibt ein Messegelände. Auf dem Messegelände befindet sich ein Kongresszentrum. Es sollte einen Anbau erhalten und erweitert werden. Am 17.04.2020 erfolgte im Amtsblatt der Europäischen Union die Bekanntmachung über den Auftrag „Mobile Trennwandanlagen“. Es handelt sich um eine Bauleistung, der einschlägige EU-Schwellenwert für die Schätzung des Auftragswerts wurde nicht erreicht. Es wurde dennoch ein offenes Verfahren durchgeführt. Die zweitplatzierte Bieterin meinte, Vergabeverstöße erkannt zu haben und strengte ein Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer an. Diese wies die Beschwerde mit der Begründung zurück, dass der

⁶⁷ Vgl. OLG München Beschl. v. 13.3.2017 – Verg 15/16, BeckRS 2017, 105111 Rn. 33

⁶⁸ OLG München Beschl. v. 13.3.2017 – Verg 15/16, BeckRS 2017, 105111 Rn. 2

⁶⁹ OLG München Beschl. v. 13.3.2017 – Verg 15/16, BeckRS 2017, 105111 Rn. 31

Schwellenwert für den betreffenden Auftrag nicht erreicht sei und damit nach § 106 Abs. 1 GWB, der 4. Teil des GWB und das Nachprüfungsverfahren nicht anwendbar sei.⁷⁰ Hierauf wandte die Antragstellerin ein, das Kongresszentrum sei Teil eines bereits 2009 begonnenen Vorhabens zur Modernisierung und Erweiterung des Messegeländes mit einem geschätzten Bauvolumen deutlich über dem Schwellenwert.⁷¹ Bei der Schätzung des Auftragswerts seien zudem die Kosten für Planung und Bauherrenaufgaben zu berücksichtigen, auch sie würden den Auftragnehmern zur Verfügung gestellt.⁷² Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin hat im Ergebnis keinen Erfolg.⁷³ In seiner Urteilsbegründung erläutert das Gericht die Grenzen der funktionalen Betrachtungsweise. Maßgebend hierfür sind „organisatorische, inhaltliche, wirtschaftliche und technische Zusammenhänge zu berücksichtigen.“ Dabei dürfen zudem „räumliche und zeitliche Zusammenhänge“⁷⁴ nicht außer Acht gelassen werden. Es genügt nach dieser Maßgabe nicht, dass das Kongresszentrum auf dem Messegelände liegt und, wie die Messehallen, durch die Auftraggeberin betrieben wird. Es kommt auf den funktionalen Zusammenhang an. Die Messehallen und das Kongresszentrum können unabhängig voneinander betrieben werden. Sie erfüllen ihre jeweilige Funktion eigenständig.⁷⁵ Es handelt sich damit um zwei getrennte Aufträge. Das Gericht verweist in diesem Zusammenhang auf den weiten Ermessensspielraum des öffentlichen Auftraggebers bei der Organisation seines Beschaffungswesens.⁷⁶ Dabei ist relevant, ob mit der Aufteilung des Auftrags gegen das Umgehungsverbot nach § 3 Abs. 2 VgV verstoßen wurde. Das wird im vorliegenden Fall nicht gesehen, da der Bedarf für das Kongresszentrum erst nach Abschluss der Modernisierung und Erweiterung des Messegeländes im Jahr 2016 erkannt wurde. Das Sanierungskonzept aus dem Jahr 2010/11 sah noch kein Kongresszentrum vor.⁷⁷ Das Gericht verwies zum Umgehungsstatbestand auf das Urteil Gemeinde Niedernhausen – Autalhalle. In Abgrenzung zum vorliegenden Fall ging es dort um ein Gesamtkonzept für die Sanierung eines einzigen Gebäudes, bei dem die Planungsleistung unzulässig zeitlich aufgeteilt wurde. Der Gesamtbedarf war dem öffentlichen Auftraggeber also bereits zu Beginn der Planung bekannt. Das Gericht erkannte damit im vorliegenden Fall

⁷⁰ Vgl. OLG Schleswig Beschl. v. 28.1.2021 – 54 Verg 6/20, BeckRS 2021, 1212 Rn. 1, 36

⁷¹ Vgl. OLG Schleswig Beschl. v. 28.1.2021 – 54 Verg 6/20, BeckRS 2021, 1212 Rn. 3

⁷² Vgl. OLG Schleswig Beschl. v. 28.1.2021 – 54 Verg 6/20, BeckRS 2021, 1212 Rn. 6

⁷³ Vgl. OLG Schleswig Beschl. v. 28.1.2021 – 54 Verg 6/20, BeckRS 2021, 1212 Rn. 36

⁷⁴ OLG Schleswig Beschl. v. 28.1.2021 – 54 Verg 6/20, BeckRS 2021, 1212 Rn. 44

⁷⁵ Vgl. OLG Schleswig Beschl. v. 28.1.2021 – 54 Verg 6/20, BeckRS 2021, 1212 Rn. 45, 46

⁷⁶ Vgl. OLG Schleswig Beschl. v. 28.1.2021 – 54 Verg 6/20, BeckRS 2021, 1212 Rn. 47

⁷⁷ Vgl. OLG Schleswig Beschl. v. 28.1.2021 – 54 Verg 6/20, BeckRS 2021, 1212 Rn. 48, 49

keine Umgehung im Sinn des § 3 Abs. 2 VgV.⁷⁸ Für die Schätzung des Auftragswerts ist lediglich der Auftrag über das Kongresszentrum relevant. Der Schwellenwert ist damit nicht erreicht. In der weiteren Begründung wird das Verhältnis von § 3 Abs. 6 und 7 VgV erläutert. Die Antragstellerin meinte, für die Schätzung des Auftragswerts seien auch „Kosten für Planung und Bauherrenaufgaben zu berücksichtigen, auch sie würden den Auftragnehmern zur Verfügung gestellt.“⁷⁹ Damit bezieht sich die Antragstellerin auf § 3 Abs. 6 S. 1 VgV. Das Gericht legt in seiner Urteilsbegründung dar, dass die zur Verfügung gestellten Leistungen mit Blick auf Planungsleistungen in engen Grenzen zu sehen sind. Die einzubeziehenden Liefer- oder Dienstleistungen müssen zur Ausführung des Bauauftrags unmittelbar erforderlich sein und in einem engen Zusammenhang dazu stehen.⁸⁰ Das ist für Planungsleistungen im Sinne der Leistungsbilder der HOAI regelmäßig nicht der Fall.⁸¹ Ein funktionaler Leistungsbegriff wird aufgrund der Einschränkung des § 3 Abs. 6 für einzubeziehende Planungsleistungen nicht gesehen.⁸² Eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof hält das Gericht nicht für erforderlich, da hinsichtlich der Addition von Bauleistungen Europarechtskonformität besteht.⁸³ Es vollzieht im Weiteren die Rechtssystematik des § 103 GWB und § 3 Abs. 6 und 7 VgV nach und verweist auf den übereinstimmenden Regelungsinhalt des Art. 5 Abs. 7 und 8 RL 2014/24/EU.⁸⁴ Das Gericht stellt abschließend fest: „Streit herrscht nur über die Frage, ob verschiedene Planungsleistungen als gleichwertig anzusehen sind, sodass ihr Wert nach § 3 Abs. 7 S. 2 VgV zusammenzurechnen ist bzw. ob diese Abweichung gegenüber Art. 5 Abs. 8 RL 2014/24/EU europarechtskonform ist.“⁸⁵ Das Gericht verwendet den Begriff „gleichwertig“. Es ist davon auszugehen, dass dieser im Sinn des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV als „gleichartig“ zu verstehen ist. Im vorliegenden Urteil entwickelt das Gericht den Umfang des zu schätzenden Auftragswerts in der funktionalen Betrachtungsweise an den bereits bekannten Begriffen aus den Urteilen Département Vendée – Elektrifizierungsarbeiten und Gemeinde Niedernhausen – Autalhalle. Die Funktionalität

⁷⁸ Vgl. OLG Schleswig Beschl. v. 28.1.2021 – 54 Verg 6/20, BeckRS 2021, 1212 Rn. 49

⁷⁹ OLG Schleswig Beschl. v. 28.1.2021 – 54 Verg 6/20, BeckRS 2021, 1212 Rn. 6

⁸⁰ Vgl. Pünder/Schellenberg/Alexander, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, VgV § 3 Rn. 55

⁸¹ Vgl. OLG Schleswig Beschl. v. 28.1.2021 – 54 Verg 6/20, BeckRS 2021, 1212 Rn. 81

⁸² Vgl. OLG Schleswig Beschl. v. 28.1.2021 – 54 Verg 6/20, BeckRS 2021, 1212 Rn. 75

⁸³ Vgl. OLG Schleswig Beschl. v. 28.1.2021 – 54 Verg 6/20, BeckRS 2021, 1212 Rn. 83

⁸⁴ Vgl. OLG Schleswig Beschl. v. 28.1.2021 – 54 Verg 6/20, BeckRS 2021, 1212 Rn. 75, 83

⁸⁵ OLG Schleswig Beschl. v. 28.1.2021 – 54 Verg 6/20, BeckRS 2021, 1212 Rn. 88

des Bauwerks wird durch „wirtschaftliche und technische Zusammenhänge“ ergänzt durch „räumliche und zeitliche Zusammenhänge“⁸⁶ erreicht. Hinzu treten nun „organisatorische“ und „inhaltliche Zusammenhänge“.⁸⁷ Sie drücken den Ermessensspielraum aus, der dem öffentlichen Auftraggeber bei der Organisation seines Beschaffungswesens zusteht. Das ist der Kern des vorliegenden Falls. Der Auftragsbegriff konnte nicht über den gebotenen Ermessensspielraum des öffentlichen Auftraggebers hinaus erweitert und auf das gesamte Messegelände ausgedehnt werden.

IV. Einordnung der Entscheidungen – Was bedeutet „gleichartig“?

Die Frage nach der Gleichartigkeit von Planungsleistungen konnte in keinem der behandelten Urteile abschließend geklärt werden, da es sich bei den gegenständlichen Leistungen zumeist um Bauleistungen handelte. Im Fall Stadt Elze – Sanierung Freibad wurde das Vertragsverletzungsverfahren eingestellt und im Urteil Stadt Regensburg – Bau eines Verwaltungsgebäudes wurde durch den öffentlichen Auftraggeber gewollt funktional ausgeschrieben. Bei der eingehenden Betrachtung der Urteile kann aber in ihrem Zusammenspiel das Vokabular einer funktionalen Betrachtungsweise hergeleitet werden. Auf den ersten Blick stehen sich die funktionale Wahrnehmung des Begriffs durch die Europäische Kommission und der Bundesrepublik Deutschland unvereinbar gegenüber. Die Kommission begreift den Auftrag vollfunktional und umfänglich, wohingegen der deutsche Verordnungsgeber eine Aufteilung des Auftrags in Anlehnung an die Leistungsbilder der HOAI verfolgt. Dieses Spannungsverhältnis sollte nicht als Widerspruch verstanden werden, denn die funktionale Betrachtungsweise hilft bei der Herausarbeitung des Begriffs „Gleichartig“ im Sinn des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV. „Gleichartigkeit“ ist ein komplexes Konstrukt, das mit jedem der bearbeiteten Fälle um einen Aspekt erweitert und dabei konkretisiert wird. „Wirtschaftliche und technische Zusammenhänge“ in „räumlicher und zeitlicher Abhängigkeit“ beschreiben das Bauwerk und sein Entstehen im Bauprozess. Sie bezeichnen die Bauleistung.⁸⁸ Hinzu treten die Planungsleistungen, die sich in ihrer „inneren Kohärenz und funktionellen Kontinuität“ auf das Bauwerk beziehen. Die Planungsleistung begleitet die Bauleistung kontinuierlich und kohärent mit dem Ziel der Funktionalität.⁸⁹ Sie ist immer kontinuierlich, kann

⁸⁶ OLG Schleswig Beschl. v. 28.1.2021 – 54 Verg 6/20, BeckRS 2021, 1212 Rn. 44

⁸⁷ OLG Schleswig Beschl. v. 28.1.2021 – 54 Verg 6/20, BeckRS 2021, 1212 Rn. 45

⁸⁸ Vgl. Abschnitt C.II.1 Departement Vendée – Elektrifizierungsarbeiten, 15

⁸⁹ Vgl. Abschnitt C.II.2 Gemeinde Niedernhausen – Autalhalle, 16

aber nur in sich selbst kohärent sein. Eine Abgrenzung der kohärenten Leistungsbilder der HOAI bietet sich damit auf die Frage nach der „Gleichartigkeit“ von Planungsleistungen im Sinn des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV an. Konkret bedeutet das: Der Architekt begleitet ein Bauwerk und die dort räumlich und zeitlich stattfindenden zugehörigen Bauleistungen über einen kontinuierlichen Zeitraum in seiner kohärenten Planungsleistung. Stellt man eine Fachplanungsleistung zur Abgrenzung gegenüber, entspricht sie dem, kann aber nur für sich selbst eine Kohärenz als Fachplanung aufweisen. Die Koordination der Fachplaner ist ein Alleinstellungsmerkmal des Architekten, das in seinem Leistungsbild kohärent ist. Es gibt also Schnittstellen unter den einzelnen Planungsleistungen, die sich auf ein Bauwerk richten. Soll eine Planung ohne Schnittstellen entstehen, muss das dem ausdrücklichen Willen des öffentlichen Auftraggebers entsprechen. Er muss die Planungsleistung als „Einheit ohne Schnittstellen“ als Ziel definieren.⁹⁰ Ihm steht das Recht zu, zum Zweck seines Beschaffungswesens „organisatorische“ und „inhaltliche Zusammenhänge“ der Leistung vorzugeben.⁹¹ Die deutschen Oberlandesgerichte greifen den durch den Europäischen Gerichtshof vorgegebenen Grundwortschatz auf und entwickeln ihn in ihrer eigenen Rechtsprechung zweckmäßig weiter. Eine eindimensionale vollfunktionale Betrachtung des Leistungsbegriffs, wie ihn die Europäische Kommission entwickelt, ist indessen abzulehnen.⁹² Diese vom Ergebnis her gedachte Sichtweise entspricht eher einem Produkt, als einem Bauwerk und der zugehörigen Planung. Planung ist komplex und lebt von der Schnittstelle. An der Schnittstelle entsteht Innovation, nicht im Versandkatalog. Die Frage nach der Europarechtskonformität des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV stellt sich in Betrachtung der Systematik der RL 2014/24/EU und der beiden Urteile des Europäischen Gerichtshofs nach Meinung des Verfassers dieser Arbeit nicht. § 3 Abs. 7 S. 2 VgV ist europarechtskonform. Dieses Ergebnis nimmt der Europäische Gerichtshof bereits in den Urteilen Département Vendée – Elektrifizierungsarbeiten und Gemeinde Niedernhausen – Aulhalle vorweg. Er definiert sehr elegant die Bauleistung und die auf sie abzielende Planungsleistung. Damit ist der § 3 Abs. 7 S. 2 VgV die konsequente Fortführung dieses Gedankengangs. Die Kohärenz im Sinne der „Gleichartigkeit“ einer Planungsleistung ist im Einzelfall herzuleiten. Es ist folgerichtig, hierzu die HOAI als Orientierungsrahmen heranzuziehen, da sie in

⁹⁰ Vgl. Abschnitt C.III.1 Stadt Regensburg – Bau eines Verwaltungsgebäudes, 20

⁹¹ Vgl. Abschnitt C.III.2 Kongresszentrum – Mobile Trennwandanlagen, 22

⁹² Vgl. Abschnitt C.II.3 Stadt Elze – Sanierung Freibad, 19

sich kohärente Leistungsbilder beschreibt und diese inhaltlich voneinander abgrenzt. Der Entfall des § 3 Abs. 7 S. 2 wäre ein Rückschritt in der Rechtsentwicklung.

D. „Gleichartigkeit“ im Kartellvergaberecht

I. § 97 Abs. 4 S. 2 GWB – Losbildung zur Mittelstandsförderung

Die Planungsleistungen müssen als in sich kohärente Einheiten wahrgenommen werden. Das führt zwangsweise zu einer Aufteilung der Gesamtleistung. Diese erfolgt aber nicht etwa in marktprotektionistischer Absicht, sondern aus der baufachlichen Erfordernis heraus. Die verschiedenen Planungsdisziplinen haben sich, wie die Handwerkszweige, über die Zeit in Abgrenzung zueinander entwickelt. Die HOAI bildet sie lediglich ab. Sie sind spezialisierte Einheiten. In der Folge sind bei der Beauftragung „gleichartige“ Lose zu bilden. Die Grundsätze der Vergabe nach § 97 GWB sind durch den öffentlichen Auftraggeber nach § 97 Abs. 6 GWB einzuhalten. § 97 Abs. 4 GWB formuliert das Gebot zur Teil- und Fachlosvergabe mit dem Ziel der „vornehmlichen“ Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.⁹³ Eine ausschließliche Berücksichtigung mittelständischer Interessen wird demnach nicht verfolgt. Sie würde nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz in § 97 Abs. 2 GWB zu einer Diskriminierung von großen Unternehmen führen.⁹⁴ „Leistungen sind danach in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben.“⁹⁵ Aufgrund seiner Stellung in der Normenhierarchie ist § 97 Abs. 4 GWB nicht nur auf Bauleistungen, sondern auf alle dem GWB unterfallenden Beschaffungen anzuwenden und damit auch auf Planungsleistungen. Teilplanungen erscheinen möglich aber nicht zweckmäßig. Wohingegen Fachplanungen im Sinne einer „inneren Kohärenz und funktionellen Kontinuität“⁹⁶ der gelebten Baupraxis entsprechen. Nach dem Wortlaut von § 97 Abs. 4 GWB ist die Losvergabe der Regelfall. Eine Gesamtvergabe mehrerer Leistungen ist zulässig, „wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.“ Wenn es also die konkrete Bauaufgabe in sich erfordert. Eine Abwei-

⁹³ Vgl. MüKoEuWettbR/Knauff, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Rn. 228

⁹⁴ Vgl. MüKoEuWettbR/Knauff, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Rn. 222

⁹⁵ Messerschmidt/Voit/Ohler, PrvBauR, 4. Aufl. 2022 I. Teil. D. Beteiligte des Bau- und Planervertrages, Unternehmereinsatzformen Rn. 26

⁹⁶ Vgl. Abschnitt C.II.2 Gemeinde Niedernhausen – Autalhalle, 16

chung ist damit nicht nur begründungsbedürftig, sondern bedarf der sachgerechten Abwägung nach den Primärzielen des Vergaberechts⁹⁷: Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit, Wettbewerb, Transparenz und Nichtdiskriminierung. Der Regelungsgehalt des § 97 Abs. 4 GWB hat seinen europarechtlichen Ursprung in Art. 46 RL 2014/24/EU. Er sieht eine Unterteilung von Aufträgen in Lose vor, ohne den Mittelstand zu erwähnen. Unter Einbeziehung der Erwägungsgründe lässt sich aber eine „befürwortende Position bezüglich des Schutzes mittelständischer Interessen“⁹⁸ herleiten. Im 2. Erwägungsgrund zur RL 2014/24/EU wird unter anderem als Ziel der Vergaberechtsmodernisierung formuliert, dass „die Teilnahme insbesondere kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) an öffentlichen Vergabeverfahren erleichtert“ wird. Bei Art. 46 RL 2014/24/EU handelt es sich nicht um eine verbindliche Regelung. Die Richtlinie lässt in der nationalen Umsetzung eine Verpflichtung zu.⁹⁹ In Verbindung mit der Zielformulierung des 2. Erwägungsgrundes kann eine Tendenz zur Verpflichtung gesehen werden. Regelmäßig sehen also beide Normen die losweise Vergabe von Leistungen vor, wobei sie § 97 Abs. 4 GWB verpflichtend mit der Einschränkung „vornehmlich“ ausformuliert. Unter diesem Gesichtspunkt läuft der allgemeine umfassende Ansatz der Europäischen Kommission bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ins leere. Auch bei der Vergabe von Planungsleistungen greift das Gebot zur Losvergabe. Diese Lose müssen nach sachgerechter Abwägung zu „gleichartigen“ Fachplanungslosen im Sinn des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV zusammengefasst werden.

II. § 97 Abs. 4 S. 1 GWB – Mittelständische Interessen

Der Grundsatz der Losvergabe dient dem Schutz mittelständischer Interessen. Der Begriff des zu schützenden Mittelstands ist im GWB nicht definiert. Er bezieht sich aber nach § 160 Abs. 2 und Abs. 3 auf das konkrete am Verfahren beteiligte Unternehmen. Nur dieses fällt in den Schutzbereich des § 97 Abs. 4 S. 1 und erhält nach § 97 Abs. 6 einen Anspruch auf Einhaltung des Vergabegrundsatzes der Mittelstandsförderung.¹⁰⁰ Der Normadressat ist damit durch § 97 Abs. 4 S. 1 GWB offen formuliert und muss hergeleitet werden. Im harmonisierten Geltungsrahmen des Kartellvergaberechts nach § 106 GWB ist hier auf

⁹⁷ Vgl. Messerschmidt/Voit/Ohler, PrvBauR, 4. Aufl. 2022, I. Teil. D. Beteiligte des Bau- und Planervertrages, Unternehmereinsatzformen Rn. 26

⁹⁸ MüKoEuWettbR/Knauff, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Rn. 227

⁹⁹ Vgl. Beck VergabeR/Antweiler, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Abs. 4 Rn. 11

¹⁰⁰ Vgl. MüKoEuWettbR/Knauff, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Rn. 230, 231

den Anhang I der beihilferechtlichen Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (EU) Nr. 651/2014 Art. 1 abzustellen.¹⁰¹ Die Europäische Kommission definiert dort kleine und mittlere Unternehmen, „die weniger als 250 Personen beschäftigen und die entweder einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. Euro erzielen oder deren Jahresbilanzsumme sich auf höchstens 43 Mio. Euro beläuft.“¹⁰²

Damit fallen Planungsbüros regelmäßig in die Kategorie der kleinen und mittleren Unternehmen und ihre Interessen sind schutzwürdig. Bei der Losbildung durch den öffentlichen Auftraggeber genügt es den mittelständischen Interessen nicht, dass den Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt wird, sich als Bietergemeinschaft zu bewerben. Nach § 43 Abs. 2 S. 1 VgV sind Bietergemeinschaften Einzelunternehmen gleichzustellen. Die Bildung einer Bietergemeinschaft stellt einen zusätzlichen zeitlichen und organisatorischen Aufwand dar, den die Einzelunternehmen zu schultern hätten, um sich am Verfahren beteiligen zu können.¹⁰³ Die Interessen mittelständischer Bieter werden daher nur dann „vornehmlich“ berücksichtigt, wenn „sie die Wahl haben, sich eigenständig an der Ausschreibung zu beteiligen.“¹⁰⁴ Eine Zusammenfassung von Losen über Leistungsbilder im Sinn der HOAI hinweg, würde zu genau diesem benachteiligenden Szenario führen. Sie würde dem Vergabegrundsatz der Mittelförderung zuwiderlaufen. Die einzelnen Fachplaner müssten sich zu Bietergemeinschaften zusammenschließen, um alle Leistungen erbringen zu können. Eine eigenständige Teilnahme am Vergabeverfahren wäre ihnen damit nicht möglich. Damit ist eine „gleichartige“ Losbildung nach § 3 Abs. 7 S. 2 VgV denklogisch. Eine funktionale Losbildung würde nicht zu mehr, sondern zu weniger Wettbewerb im Binnenmarkt führen und zugleich Fachplaner als Einzelbieter benachteiligen.

III. Einordnung des Begriffs „Gleichartigkeit“

Der Begriff der Gleichartigkeit von Planungsleistungen ist im Unionsrecht bereits angelegt. Die Konkretisierung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV bietet einen Rahmen für die Beurteilung nach der sinnhaften Zusammenfassung von Leistungen als in sich kohärente Einheiten, die der Markt abbilden kann. Insofern stellt der § 3

¹⁰¹ Vgl. MüKoEuWettbR/Knauff, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Rn. 233, 237

¹⁰² allgemeine Definition der Kommission für kleine und mittlere Unternehmen, Empfehlung 2003/361/EG

¹⁰³ Vgl. MüKoEuWettbR/Knauff, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Rn. 242

¹⁰⁴ MüKoEuWettbR/Knauff, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Rn. 242

Abs. 7 S. 2 VgV nicht nur eine europarechtskonforme Umsetzung des Art. 5 RL 2014/24/EU dar, sondern wäre sogar eine sinnvolle Weiterentwicklung dessen. Eine regelungsgleiche Übernahme des § 3 Abs. 7 S. 2 in Art. 5 RL 2014/24/EU würde im unionsrechtlichen Rahmen Sinn ergeben.

E. Folgen des möglichen Entfalls von § 3 Abs. 7 S. 2 VgV

I. Auftraggeber

Ein Entfall des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV würde zu einer Additionspflicht bei Planungsleistungen führen, die sich nicht mehr an der kohärenten Gleichartigkeit des Satzes 2 orientieren würde. Es müssten bei der Schätzung des Auftragswerts alle Dienstleistungen addiert werden. Eine Bezugnahme auf die Indizwirkung der HOAI zur Abgrenzung der Leistungen wäre nicht mehr möglich. Es müssten Fachplanungsleistungen sowie Fachgutachten und weitere planungsbegleitende Dienstleistungen zusammengerechnet werden. Der Schwellenwert des § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 lit. c RL 2014/24/EU würde in der Folge überschritten. Der Geltungsbereich des Kartellvergaberechts würde deutlich erweitert, da ihm mehr Verfahren unterfielen als zuvor. Der öffentliche Auftraggeber hätte mehr Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach § 74 i.V.m. § 17 VgV durchzuführen. Vor dem Hintergrund der angespannten Personalsituation im öffentlichen Dienst eine schwer zu bewältigende Aufgabe. Die Verfahrensbegleitung ihrerseits würde durch den öffentlichen Auftraggeber vergeben. Das bereits existierende Berufsbild der Verfahrensbetreuung würde eine gesteigerte Nachfrage erfahren. Auch diese Dienstleistung müsste im Kartellvergaberecht beschafft werden, da sie in den Geltungsbereich des § 3 Abs. 7 VgV fällt. In diesem Zusammenhang würde sich eine Rahmenvereinbarung anbieten. Der öffentliche Auftraggeber würde unter diesen Bedingungen verstärkt das 20%-Kontingent nach § 3 Abs. 9 VgV für planungsbegleitende Dienstleistungen sowie Fachplanungen nutzen. Das wäre auch für die Verfahrensbetreuung möglich. Die zeitliche Effizienz der Verfahren müsste gesteigert werden. Hierzu könnten für Planungsleistungen verstärkt offene Verfahren nach § 15 VgV durchgeführt werden. Der Teilnahmewettbewerb entfielen damit, was eine Zeitersparnis zur Folge hätte. Komplexe Planungen bedürften wohl dennoch eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb nach § 17 VgV. Durch die Ausweitung des Geltungsbereichs würde im Kartellvergaberecht auch die Zahl der Nachprüfungsverfahren nach §§ 155 ff. GWB zunehmen und eine Belastung für Vergabekammern und -Senate darstellen. Insgesamt dürfte

die Effizienz der öffentlichen Beschaffung abnehmen. Abbildung 3 bietet eine Übersicht zur öffentlichen Beschaffung. Es wird nicht nach Beschaffungsarten differenziert. Die Grafik bietet aber einen Überblick zur Einordnung des verhältnismäßigen Anteils des Kartellvergaberichts und des Haushaltsvergaberichts in der öffentlichen Beschaffung bundesweit. Setzt man für das vierte Quartal 2020 die absolute Anzahl an Vergabeverfahren in Relation zum Auftragsvolumen, wird deutlich, dass im unter-schweligen Bereich des Haushaltsvergaberichts beinahe neunmal so viele Verfahren durchgeführt wurden wie im ober-schweligen Bereich. Dabei lag das gesamte Auftragsvolumen lediglich bei einem Viertel der Gesamtsumme. Der öffentliche Auftraggeber sieht sich im unter-schweligen Bereich mit einer Vielzahl an Verfahren konfrontiert, die ein vergleichbar geringes Auftragsvolumen darstellen.

Anzahl und Auftragsvolumen der Vergaben (differenziert nach Maßgabe der EU-Schwellenwerte)				
Art	Anzahl Vergaben		Auftragsvolumen	
	absolut	Anteil in Prozent	in Mio. Euro	Anteil in Prozent
Ober-schwelle	4.138	10,48	17.896,1	74,48
Unter-schwelle	35.363	89,52	6.130,8	25,52
Gesamt	39.501	100,00	24.026,9	100,00

Abbildung 3: Anzahl der Vergabeverfahren und Auftragsvolumen im 4. Quartal 2020
Quelle: BMWi, Monitoring VgR 2021, 37

Dieses Missverhältnis verdeutlicht das Dilemma, vor dem die öffentlichen Verwaltungen bei einer Ausweitung des Kartellvergaberichts durch einen Entfall des § 3 Abs. 7 S. 2 stehen würden. Erhöhte Anforderungen hinsichtlich der Einhaltung der strengeren Vergaberegeln im Oberschwellenbereich treffen auf die Notwendigkeit einer effizienten wirtschaftlichen Beschaffung.

II. Bieter und Auftragnehmer

Die Ausdehnung des Kartellvergaberichts hätte für die Bieter eine Ausweitung des Primärrechtsschutzes zur Folge. Sie könnten verstärkt vor der Bezuschlagung in die Vergabeverfahren eingreifen. In der Folge würden die Verfahren in die Länge gezogen. Die Notwendigkeit der Standardisierung der Vergabeverfahren sowohl für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb als

auch für das offene Verfahren würde insbesondere kleine und junge Planungsbüros vor Herausforderungen stellen. Kleinere Planungsbüros haben ebenso wie Berufsanfänger die Hürde der Eignung zu nehmen. Da die standardisierten Verfahren eher an den am Markt etablierten Büros ausgerichtet sind, würde ihnen der Zugang zum Wettbewerb zusätzlich erschwert. Zwar haben sie ein einklagbares subjektives Recht aus § 75 Abs. 4 S. 2 VgV, das sie grundsätzlich vor struktureller Benachteiligung schützt. Das steht aber unter dem Vorbehalt, dass sich die Planungsaufgabe auch für sie eignet. Sobald die konkrete Aufgabe besondere Anforderungen rechtfertigt, dürfen diese auch durch den öffentlichen Auftraggeber gefordert werden. Es können dann Bürogröße und Umsatz ausschlaggebend sein.¹⁰⁵ Der öffentliche Auftraggeber möchte sein Risiko bei der Auftragsvergabe möglichst gering halten und wird die Eignungskriterien entsprechend der Komplexität der Planungsaufgabe ansetzen.¹⁰⁶ Der Entfall des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV würde nicht zu einer Zunahme des Wettbewerbs im Binnenmarkt führen. Es wären lediglich andere Vergabemechanismen, die zum Auftrag führen. Offene Verfahren und Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb würden die Verhandlungsvergabe nach leistungsbezogenem Wettbewerb nach UVgO und Haushaltsrecht im weiteren Geltungsbereich des Kartellvergaberechts ersetzen. Die Bieter hätten zwar mehr Rechtsschutz, die Verfahrensdauer wäre aber entsprechend länger. Weiterreichende Dokumentationsanforderungen und die Begleitung von Nachprüfungsverfahren würden Kapazitäten seitens der Auftraggeber und Auftragnehmer binden. Die Verwaltungen würden in der Folge weniger Vergabeverfahren durchführen. Das könnte zu einem Rückgang der öffentlichen Auftragsnachfrage führen, die sich in den Auftragsbüchern der Planungsbüros niederschlagen würde.

F. Europarecht und Binnenmarkt

Der Europäische Binnenmarkt ist sicher die größte Errungenschaft der Europäischen Union. Er war und ist ein Erfolgsgarant für die einzelnen Mitgliedsstaaten. Art. 26 AEUV definiert die vier Grundfreiheiten. Sie sind die Basis des Binnenmarkts. Art. 26 AEUV: „Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und

¹⁰⁵ Vgl. Pünder/Schellenberg/Martini, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, VgV § 75 Rn. 51

¹⁰⁶ Vgl. Pünder/Schellenberg/Martini, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, VgV § 75 Rn. 49

Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist.“ Der Binnenmarkt muss stetig weiterentwickelt werden. In seiner ständigen Evolution muss er die globale Wettbewerbsfähigkeit der Union erhalten. Die Entwicklung des gemeinsamen Marktes muss dabei behutsam und überlegt erfolgen. Aufgabe der Europäischen Kommission ist es, die Integration des Marktes voranzutreiben. Dabei hat sie einen vollfunktionalen Begriff des Auftrags entwickelt, der vom Ergebnis her gedacht ist. Sie differenziert in ihrer Haltung nicht mehr zwischen Bauleistungen, Lieferungen sowie Dienstleistungen und schon gar nicht bei Planungsleistungen.¹⁰⁷ In der Konsequenz ist für sie der § 3 Abs. 7 S. 2 VgV europarechtswidrig. Er stellt eine differenzierte Betrachtung der Kategorie Dienstleistungen dar. Ein Entfall des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV wäre ein erster Schritt in Richtung vollfunktionaler Auftrag. Die Haltung der Kommission geht am Markt vorbei. Der Auftrag muss differenziert begriffen werden. Er bildet in sich kohärente „gleichartige“ Leistungen ab. Der Markt kann regelmäßig eben das leisten. Dem wird die Konstruktion des Art. 46 RL 2014/24/EU und des § 97 Abs. 4 GWB ebenso gerecht, wie die des Art. 5 RL 2014/24/EU und des § 3 Abs. 7 VgV. § 3 Abs. 7 S. 2 VgV stellt eine Weiterentwicklung des Art. 5 RL 2014/24/EU dar. Er fügt sich denkllogisch in dessen Regelungsinhalt ein und wird der Zielsetzung der Mittelstandsförderung des 2. Erwägungsgrundes der RL 2014/24/EU gerecht. Er ist damit europarechtskonform. Eine regelungsgleiche Ergänzung des Art. 5 RL 2014/24/EU wäre sinnfällig. Europa braucht nicht weniger Integration, sondern mehr. Aber nicht im Sinn eines Eurokratismus, vor dem schon Václav Havel 1994 gewarnt hatte. Die Kommission geht bei der weiteren Marktintegration vielleicht etwas zu forsch vor. Den Auftrag bildet nicht das fertige Gebäude ab, sondern den Weg dorthin. Sie muss begreifen, was sie regeln möchte, und dabei in die Mitgliedsstaaten hineinhorchen. Europäisches Recht muss sich nicht immer von oben übergestülpt entwickeln. Eine Entwicklung kann im demokratischen Gesetzgebungsprozess auch aus den Mitgliedsstaaten kommen. Im Sinn der ursprünglichen Idee „Demos kratein“, die Partizipation und Teilhabe an der politischen Willensbildung lebt.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Vgl. Abschnitt C.I.3 Entwurf der RL 2014/24/EU und des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV, 13

¹⁰⁸ Vgl. Görres-Gesellschaft/Schmidt, Staatslexikon, 8. Aufl. 2017, Demokratie, II Politikwissenschaftlich