

Die Berücksichtigung von Mittelstandsinteressen im Vergabeverfahren – Rechtliche Rahmenbedingungen

I. Zielkonflikt

Das Vergaberecht hat zwei zentrale Ziele: Zum einen dient es dazu, das öffentliche Auftragswesen für den gemeinschaftsweiten Wettbewerb zu öffnen [1]; zum anderen soll es zu einer wirtschaftlichen Beschaffung beitragen [2]. Mittelstandsförderung ist kein vorrangiges Ziel des Vergaberechts, sondern ein grundsätzlich vergabefremder Aspekt [3], der in einem Zielkonflikt zu Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit steht. Dennoch betont die Wirtschaftspolitik seit langem die Bedeutung öffentlicher Aufträge für den Mittelstand; sie verlangt, dass mittelständische Interessen im Vergabeverfahren besonders beachtet werden [4]. In der Koalitionsvereinbarung zur Bildung der Landesregierung in Nordrhein-Westfalen wird z.B. ausgeführt: „Wir werden sicherstellen, dass bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Nordrhein-Westfalen in Zukunft das Vergaberecht strikt eingehalten wird. Öffentliche Aufträge sind mittelstandsfreundlich in Teil- und Fachlose aufzuteilen. Die Koalitionspartner ermutigen die mittelständischen Unternehmen, sich im Rahmen von Bietergemeinschaften verstärkt an öffentlichen Ausschreibungen zu beteiligen“ [5].

Zahlreiche Vorschriften betonen die Bedeutung mittelständischer Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Dabei ist zwischen verschiedenen Normgruppen zu unterscheiden: Die „vergaberechtlichen Mittelstandsklauseln“ finden sich im GWB und in den Verdingungsordnungen; hinzu kommen die „mittelstandsrechtlichen Mittelstandsklauseln“ in den Mittelstandsgesetzen einiger Länder. Beide Normgruppen gebieten jeweils unmittelbar die Berücksichtigung oder Förderung

mittelständischer Interessen im Vergabeverfahren. Schließlich gibt es Vorschriften, die indirekt auf eine mittelstandsfördernde Ausgestaltung des Vergabeverfahrens abzielen, ohne mittelständische Unternehmen ausdrücklich zu erwähnen; bei ihnen handelt es sich gewissermaßen um „mittelbare Mittelstandsklauseln“. Zu diesen Vorschriften zählen innerhalb des Vergaberechts z.B. Bestimmungen über die Loslimitierung [6] oder das Gebot der Gleichsetzung von Bietergemeinschaften mit Einzelbietern [7]; außerhalb des Vergaberechts sind insbesondere landesrechtliche Tariffreueklauseln [8] zu nennen.

[*] Der Autor ist Partner bei RWP Rotthege Wassermann & Partner (www.rwp.de; c.antweiler@rwp.de).

[1] Vgl. z.B. EuGH, Urteil v. 11.1.2005 – C-26/03 –, NZBau 2005, 111, 114, Rdnr. 44 u. 47 („Stadt Halle“).

[2] Bei Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte ist die wirtschaftliche Beschaffung wegen der haushaltsrechtlichen Einordnung des Vergabeverfahrens nach wie vor das vorrangige Ziel; vgl. Marx, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, 2001, Vor § 97 GWB Rdnr. 3 ff.; Müller-Wrede, in: Ingenstau/Korbion, VOB, 15. Aufl. 2004, § 97 GWB Rdnr. 31; Pietzcker, ZHR 162 (1998), 427 ff.

[3] Vgl. BGH, Urteil v. 17.2.1999 – X ZR 8/96, NJW 2000, 137; Bechtold, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 3. Aufl. 2002, § 97 Rdnr. 14; Thieme, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl. 2001, § 97 GWB Rdnr. 12; Hailbronner, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl. 2005, § 97 Rdnr. 219; Ziekow, NZBau 2001, 72. A.A. Kullack, in: Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 10. Aufl. 2003, § 97 GWB Rdnr. 33; Marx, in: Motzke/Pietzcker/Prieß (o. Fußn. 2), § 97 GWB Rdnr. 27; nicht eindeutig Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, S. 954 ff.

[4] Vgl. z.B. „Richtlinien der Bundesregierung v. 1.6.1976 zur angemessenen Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen in Handwerk, Handel und Industrie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Verdingungsordnung für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen – (VOL)“, Beilage 16/76 zum BAnz. Nr. 111 v. 16.6.1976; vgl. dazu Johannes, LKV 2000, 235, 236.

[5] Koalitionsvereinbarung von CDU und FDP zur Bildung einer neuen Landesregierung in Nordrhein-Westfalen v. 16.6.2005, www.cdu-nrw.de/media/Koalitionsvereinbarung-entwurf.pdf.

[6] § 17 Nr. 1 Abs. 2 f) VOB/A, § 5 Nr. 2 VOL/A; vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.6.2000 – Verg 6/00, NZBau 2000, 440; Baumeister/Kirch, NZBau 2004, 688 ff.

[7] § 25 Nr. 6 VOB/A; vgl. Hailbronner, in: Byok/Jaeger (o. Fußn. 3), § 97 GWB Rdnr. 225.

[8] Vgl. dazu BGH, Urteil v. 18.1.2000 – KVR 23/98, NZBau 2000, 189; Antweiler, Der Nahverkehr 5/2002, S. 32 ff.; Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 2. Aufl. 2003, S. 327 ff.; Löwisch, DB 2001, 1090 ff.; Ziekow, NZBau 2001, 72, 78.

Diese letzte Kategorie mittelstandsfördernder Regelungen bleibt hier außer Betracht.

Über die rechtlichen Grenzen der Mittelstandsförderung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge wird viel diskutiert [9]. Für die Praxis relevant ist das Thema in letzter Zeit vor allem bei der Ausschreibung von Leistungen des Gebäudemanagements und der Gebäudebewirtschaftung. Zwei neuere Fälle machen das deutlich:

Das *OLG Düsseldorf* hatte in einem Beschluss vom 8.9.2004 über ein Vergabeverfahren für Gebäudemanagementleistungen zu entscheiden. Der Auftraggeber wollte diese Leistungen für 172 Gebäude in einem einzigen Vergabeverfahren vergeben. Um Kosten einzusparen, hatte er nur zwei Lose gebildet; ein Los betraf das technische Gebäudemanagement, d.h. Wartungs- und Inspektionsdienstleistungen sowie Instandsetzungsleistungen für technische Anlagen; Gegenstand des zweiten Loses waren Dienstleistungen des infrastrukturellen Gebäudemanagements (Reinigungsdienstleistungen, Sicherheits- und Empfangsdienstleistungen, Pflegedienstleistungen in den Außenanlagen sowie Hausmeisterleistungen). Nach Auffassung des *OLG Düsseldorf* war die Bildung des zweiten Loses fehlerhaft; mittelständische Interessen seien nicht ausreichend berücksichtigt worden [10].

Vor kurzem hat die Bundesvereinigung Bauwirtschaft die zusammengefasste Ausschreibung von Dienstleistungen der Gebäudebewirtschaftung durch die Berliner Charité kritisiert: Das Berliner Beispiel zeige, „dass durch die Vergabe von Aufträgen in Größenordnungen bis zu 700 Mio. € an einen einzelnen Auftragnehmer der Mittelstand völlig auf der Strecke bleibt“ [11]. Diese Aussage ist sicher zutreffend.

Man darf aber nicht übersehen, dass Mittelstandsklauseln die zentralen Ziele des Vergaberechts – Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit – gefährden können. Denn erstens schränken sie den Wettbewerb zugunsten kleiner und mittlerer Unternehmen ein; zweitens führen sie i.d.R. dazu, dass öffentliche Aufträge teurer werden [12].

Um so wichtiger ist es, den Rahmen zulässiger Mittelstandsförderung genauer abzugrenzen. Dabei stellen sich vor allem folgende Fragen: Welchen Inhalt haben die Mittelstandsklauseln (s.u., II.)? Wer fällt unter den Begriff des Mittelstandes (s.u., III.)? Sind die Mittelstandsklauseln mit Gemeinschaftsrecht vereinbar (s.u., IV.)? In welchem Verhältnis steht das Kartellrecht zur Mittelstandsförderung (s.u., V.)? Wie wirken die Mittelstandsklauseln (s.u., VI.)? Welche Rechtsschutzmöglichkeiten gibt es, wenn der Auftraggeber gegen eine Mittelstandsklausel verstößt (s.u., VII.)?

II. Mittelstandsklauseln

1. Vergaberecht

Die vergaberechtlichen Mittelstandsklauseln haben unterschiedliche Inhalte. Nach §97 Abs.3 GWB sind mittelständische Interessen „vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen“. Die Vorschrift ist eine Ermächtigungsgrundlage für mittelstandsfördernde Regelungen in den Verdingungsordnungen sowie eine Verhaltensanweisung für öffentliche Auftraggeber [13]. Eine generelle Privilegierung mittelständischer Unternehmen bei der Auftragsvergabe wird damit nicht gestattet. Deshalb wäre es auch im Hinblick auf §97 Abs.3 GWB nicht zulässig, wenn ein öffentlicher Auftraggeber bei der Auftragsvergabe mittelständische Unternehmen gegenüber größeren Unternehmen stets bevorzugte [14]. Bei der Zuschlagserteilung darf es keine Rolle spielen, ob das Unternehmen mit dem wirtschaftlichsten Angebot zum Mittelstand gehört oder nicht. Denn die Verfolgung wirt-

[9] Vgl. z.B. Kling (o. Fußn. 8), S. 683 ff.; Willems, Die Förderung des Mittelstandes, 2003, S. 151 ff.; Müller-Wrede, NZBau 2004, 643 ff.; Dreher, NZBau 2005, 427 ff.; Baumeister/Kirch, NZBau 2001, 653 ff.

[10] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8.9.2004 – VII-Verg 38/04, NZBau 2004, 699 ff.

[11] Vgl. Pressemitteilung der Bundesvereinigung Bauwirtschaft v. 27.7.2005 „Öffentliche Hand grenzt Mittelstand bei der Auftragsvergabe aus! – Schwarzbuch gegen Vergabeverstöße gefordert“, forum vergabe, Monatsinfo 7-8/2005, Anlage 9.

[12] Vgl. Antwort der Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage, BT-Drucks. 13/10726, S. 23, wonach die Aussage, dass die Mitberücksichtigung anderer gesellschaftspolitischer Ziele den Einkauf prinzipiell verteuert, unmittelbar einsichtig ist.

[13] Vgl. VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 20.9.2000 – VK-SH 10/00; Marx, in: Motzke/Pietzcker/Prieß (o. Fußn. 2), § 97 GWB Rdnr. 26.

[14] Vgl. VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 20.9.2000, VK-SH 10/00; Kling (o. Fußn. 8), S. 707; Kullack (o. Fußn. 3), § 97 GWB Rdnr. 36; Stöckler, in: Reidt/Stöckler/Glahs, Vergaberecht, 2. Aufl. 2003, § 97 GWB Rdnr. 13.

schaftspolitischer Ziele gehört nicht zu den Kriterien, auf die eine Vergabeentscheidung gestützt werden kann [15].

Die Verdingungsordnungen konkretisieren die allgemeine Vorgabe des §97 Abs. 3 GWB: Gemäß §4 Nr. 2 VOB/A sollen umfangreiche Bauleistungen möglichst in Lose geteilt und nach Losen vergeben werden (Teillose). Bauleistungen verschiedener Handwerks- oder Gewerbebezweige sind nach §4 Nr. 3 VOB/A i. d. R. nach Fachgebieten oder Gewerbebezweigen getrennt zu vergeben (Fachlose); Ausnahmen davon kommen aus „wirtschaftlichen oder technischen Gründen“ in Betracht. §5 Nr. 1 Satz 1 VOL/A verpflichtet den Auftraggeber, „in jedem Falle, in dem dies nach Art und Umfang der Leistung zweckmäßig ist“, diese in Lose zu zerlegen, damit sich auch kleine und mittlere Unternehmen um Lose bewerben können; dabei ist eine „unwirtschaftliche Zersplitterung“ zu vermeiden. Zurückhaltender sind die mittelstandsfördernden Regelungen der VOF: Dort ist der Grundsatz der Losvergabe nicht ausdrücklich festgehalten; die Möglichkeit der Teilung eines Auftrags in Lose wird aber in §3 Abs. 3 VOF vorausgesetzt. §4 Abs. 5 VOF bestimmt immerhin, dass kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger „angemessen beteiligt“ werden sollen.

Wenn §97 Abs. 3 GWB davon spricht, dass mittelständische Interessen „vornehmlich“ durch Bildung von Losen zu berücksichtigen sind, folgt daraus, dass der Mittelstand nicht zwingend im Wege der Losvergabe gefördert werden muss. Vielmehr kommen auch andere Maßnahmen in Betracht, z. B. die Zulassung von Bietergemeinschaften [16], eine Loslimitierung – d. h. die Festlegung einer Höchstgrenze für die an einen einzelnen Bieter zu vergebenden Lose [17] – oder Vorgaben im Hinblick auf die Erteilung von Unteraufträgen. Die Bedeutung des §97 Abs. 3 GWB liegt darin, dass der Mittelstandsförderung Gesetzesrang und damit ein höherer Stellenwert bei der Vergabe öffentlicher Aufträge eingeräumt wird [18].

2. Mittelstandsrecht

Auf landesrechtlicher Ebene finden sich in den Mittelstands- und Mittelstandsförderungsgesetzen Vorschriften über die Betei-

gung mittelständischer Unternehmen an öffentlichen Aufträgen [19]. Einige Länder beschränken sich auf abstrakt formulierte Zielvorgaben, schreiben aber keine konkreten Maßnahmen zur Mittelstandsförderung vor. Ein Beispiel dafür ist Art. 12 des Bayerischen Mittelstandsförderungsgesetzes [20] (BayMfG). Dort wird nur verlangt, kleine und mittlere Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge „angemessen zu beteiligen“; die Bildung von Fach- oder Teillosen ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Die meisten Länder treffen konkretere Regelungen als Bayern. Typischerweise wird angeordnet, dass

- bei der Vergabe öffentlicher Aufträge „neben dem Vergaberecht“ die Grundsätze und Ziele des Mittelstandsförderungsgesetzes zu beachten sind,
- Leistungen, soweit es die wirtschaftlichen und technischen Voraussetzungen zulassen, so in Lose nach Art oder Menge zu zerlegen sind, dass sich Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft bewerben können,
- die Zusammenfassung mehrerer oder sämtlicher Fachlose bei Bauvorhaben nur zulässig ist, wenn dies aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen Vorteile bringt,
- Angebote von Arbeitsgemeinschaften grundsätzlich unter den gleichen Bedingungen wie solche von einzelnen Bietern zuzulassen sind,
- Auftragnehmer für den Fall der Weitergabe von Leistungen an Nachunternehmer

[15] So im Zusammenhang mit §5 Nr. 1 VOL/A BGH, Urteil v. 17.2.1999 – X ZR 8/96, NJW 2000, 137, 140.

[16] Vgl. OLG Schleswig, Beschluss v. 14.8.2002 – 6 Verg 2/00, SchlHA 2001, 38; ebenso Kullack (o. Fußn. 3), §97 GWB Rdnr. 37; Müller-Wrede, NZBau 2004, 643, 646; Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs (o. Fußn. 14), §97 GWB Rdnr. 13.

[17] Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.6.2000 – Verg 6/00, NZBau 2000, 440.

[18] Vgl. Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, §97 Rdnr. 74.

[19] Vgl. die Übersichten bei Kling (o. Fußn. 8), S. 726 und Willems (o. Fußn. 9), S. 401 f.

[20] Gesetz über die Förderung der kleinen und mittleren Unternehmen sowie der Freien Berufe (Mittelstandsförderungsgesetz – MfG) v. 8.10.1974, GVBl., 494, geändert durch Art. 8 des Gesetzes über Zuständigkeiten zum Vollzug wirtschaftsrechtlicher Vorschriften v. 12.7.1986, GVBl., 126.

vertraglich zu verpflichten sind, bevorzugt Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft zu beteiligen [21].

Die Mittelstandsgesetze unterscheiden nicht zwischen Aufträgen ober- und unterhalb der Schwellenwerte. Offenbar sind die Landesgesetzgeber davon ausgegangen, dass die landesrechtlichen Mittelstandsklauseln in beiden Fällen gelten sollen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist das problematisch: Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte folgt aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 11 und Nr. 16 GG [22]. Danach erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung auf das Recht der Wirtschaft. Gemäß Art. 72 Abs. 1 GG haben die Länder die Gesetzgebungskompetenz im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung nur, solange und soweit der Bund von seiner Zuständigkeit keinen Gebrauch gemacht hat. Für öffentliche Aufträge oberhalb der Schwellenwerte wird man annehmen müssen, dass der Bund mit dem Vierten Teil des GWB eine erschöpfende Regelung treffen wollte; deshalb bleibt in diesem Bereich kein Raum für landesrechtliche Regelungen. Die landesrechtlichen Mittelstandsklauseln sind daher nur auf die Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte anwendbar.

III. Mittelstandsbegriff

Im Vergabeverfahren führt die Anwendung der Mittelstandsklauseln teilweise zu erheblichen Problemen. Ursache dafür ist, dass Mittelstandsförderung mit den vorrangigen Zielen des Vergaberechts – Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit – nicht ohne weiteres vereinbar ist. Auch der Gesetzgeber dürfte dies erkannt haben; wohl deshalb hat er sich darauf beschränkt, in § 97 Abs. 3 GWB ein inhaltlich kaum näher konkretisiertes Gebot der angemessenen Berücksichtigung mittelständischer Interessen auszusprechen.

Die praktischen Schwierigkeiten im Umgang mit den Mittelstandsklauseln beginnen beim Begriff des Mittelstandes. Das *BVerfG* hat schon früh festgestellt, es sei kaum möglich, eine zureichend genaue Bestimmung des Mittelstandsbegriffs zu finden [23]. § 97 Abs. 3 GWB spricht von mittelständischen Interessen, § 5 Nr. 1 VOL/A von kleinen und mittleren

Unternehmen. In § 4 Nr. 2 und 3 VOB/A bzw. in § 4 Abs. 5 VOF wird keiner dieser Begriffe verwendet. Welche Zielgruppe konkret angesprochen ist, bleibt offen. Unbestritten ist nur, dass der Begriff der mittelständischen Unternehmen dieselbe Bedeutung hat wie der der kleinen und mittleren Unternehmen [24].

In der „Empfehlung der Kommission vom 6.5.2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmer sowie der kleinen und mittleren Unternehmen“ [25] heißt es, kleine und mittlere Unternehmen seien solche Unternehmen, die weniger als 250 Personen beschäftigen und entweder einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. € erzielen oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 43 Mio. € haben. Im Beihilferecht gilt eine andere Definition: Anhang I der „Verordnung (EG) Nr. 70/2001 der Kommission vom 12.1.2001 über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen“ [26] nennt zwar ebenfalls eine Höchstgrenze von 250 Beschäftigten; die Höchstgrenzen für Jahresumsatz und Jahresbilanzsumme liegen mit 40 Mio. € bzw. 27 Mio. € aber niedriger als nach der Kommissionsempfehlung. Ebenfalls auf einen Jahresumsatz von höchstens 40 Mio. € und eine Jahresbilanzsumme von höchstens 27 Mio. € stellt das baden-württembergische Mittelstandsgesetz ab [27].

Ohne Angabe bestimmter Höchstgrenzen kommt das nordrhein-westfälische Mittelstandsgesetz aus. Danach sind Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft „konzernunabhängige kleine und mittlere Unternehmen, vor allem solche, die eigentümer- und inhabergeführt sind, die Freien Berufe und Existenzgründerinnen und -gründer, unabhängig von der gewählten Rechtsform“ [28]. Dieser Mittelstandsbegriff orientiert sich damit nicht

[21] Vgl. z. B. § 21 des nordrhein-westfälischen Gesetzes zur Förderung und Stärkung des Mittelstandes (MG NRW) v. 8.7.2003, GV NRW, 421; § 22 des baden-württembergischen Gesetzes zur Mittelstandsförderung (MfG BW) v. 19.12.2000, GBl., S. 745.

[22] Vgl. Thieme, in: Langen/Bunte (o. Fußn. 3), Vor § 97 ff. GWB Rdnr. 53.

[23] BVerfG, Beschluss v. 11.4.1967 – 1 BvL 15/64, BVerfGE 21, 292, 299.

[24] Vgl. z. B. Baumeister/Kirch, NZBau 2001, 653, 655; Dreher, NZBau 2005, 427, 428.

[25] ABI. L 124 v. 20.5.2003, S. 36; vgl. dazu Förster, EWS 2005, 4.

[26] ABI. L 10 v. 13.1.2001, S. 33.

[27] § 4 MfG BW.

[28] § 3 MG NRW.

an formellen Kriterien wie Umsatz- oder Mitarbeiterzahlen, sondern ausschließlich an materiellen Kriterien, wobei diese nicht im Einzelnen bestimmt sind.

Auch in der vergaberechtlichen Rechtsprechung und Literatur wird vertreten, formelle Kriterien hätten für die Frage der Zuordnung eines Unternehmens zum Mittelstand nur untergeordnete Bedeutung; in erster Linie komme es auf die Struktur des jeweiligen Marktes an. Die Einordnung müsse letztlich auf Grund eines Vergleichs zu anderen Marktteilnehmern im Sinne einer Einzelfallentscheidung erfolgen. Dabei allerdings seien Umsatz, Finanzkraft, Mitarbeiterzahl und andere Kriterien mit einer am konkret betroffenen Markt orientierten Gewichtung zu berücksichtigen [29]. Im allgemeinen Kartellrecht hat der *BGH* z.B. bei der Qualifizierung kleiner und mittlerer Unternehmen i.S. des § 4 Abs. 2 GWB auf strukturelle Gesichtspunkte abgestellt [30].

Entscheidender Nachteil materieller oder struktureller Kriterien ist, dass der Mittelstand damit weniger scharf abgegrenzt werden kann als mit formellen Kriterien: Wenn es von den Besonderheiten des jeweiligen Marktes abhängen soll, wer zum Mittelstand zählt, kann der Auftraggeber vor der Vergabe eines Auftrags nicht zuverlässig beurteilen, welche Unternehmen durch die Mittelstandsklauseln geschützt werden. Rechtsicherheit haben Auftraggeber und Bewerber bzw. Bieter nur, wenn der Begriff des mittelständischen Unternehmens unabhängig von eventuellen Besonderheiten des jeweiligen Marktes anhand abstrakter Umsatz- bzw. Mitarbeiterzahlen bestimmt wird.

Das *OLG Düsseldorf* hat den Rückgriff auf formelle Kriterien bei der Definition des Mittelstandes mit der Begründung abgelehnt, die Kommissionsempfehlung vom 6. 5. 2003 habe keine Rechtssatzqualität [31]. Dieser Hinweis trifft als solcher zu: Kommissionsempfehlungen sind keine Rechtsnormen; deshalb sind sie nicht verbindlich. Das folgt unmittelbar aus Art. 249 Abs. 5 EG. Anders verhält es sich mit der Verordnung (EG) Nr. 70/2001. Bei dieser handelt es sich um eine Verordnung i.S. des Art. 249 EG; sie ist gemäß Art. 249 Abs. 2 Satz 2 EG in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Gemäß

ihrem Art. 1 Abs. 1 ist die Verordnung (EG) Nr. 70/2001 auf „Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen“ anwendbar, wobei unter Beihilfen alle Maßnahmen zu verstehen sind, die die Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 1 EG erfüllen [32].

Für die Abgrenzung des Mittelstandsbegriffs nach formellen Kriterien lässt sich anführen, dass die Mittelstandsförderung im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge beihilferechtlich relevant sein kann. Denn der Begriff der Beihilfe i.S. des Art. 87 Abs. 1 EG ist weit zu verstehen; erfasst sind nicht nur unmittelbare, sondern auch mittelbare Begünstigungen, für die der Empfänger keine gleichwertige Gegenleistung erbringen muss [33]. Es ist grundsätzlich denkbar, dass mittelstandsfördernde Maßnahmen zu einer Begünstigung mittelständischer Unternehmen im Sinne des Beihilferechts führen können. Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht muss die Vereinbarkeit der vergaberechtlichen Mittelstandsklauseln mit dem Beihilferecht sichergestellt werden. Das spricht dafür, beim Begriff des Mittelstandes grundsätzlich die formelle Definition der Verordnung (EG) Nr. 70/2001 zu Grunde zu legen.

Bei Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte kann es nicht von den strukturellen Besonderheiten des jeweiligen lokalen Marktes abhängen, wer zum Mittelstand gehört: Wo gemeinschaftsweiter Wettbewerb um öffentliche Aufträge erwünscht ist, muss sich der Mittelstandsbegriff nach der gemeinschaftsrechtlich maßgeblichen formellen Definition richten. Zum Mittelstand zählen deshalb nicht nur deutsche Unternehmen; erfasst ist vielmehr jedes Unternehmen, das seinen Sitz in der Gemeinschaft hat, höchstens 250 Mitarbeiter beschäftigt und einen Jahresumsatz von

[29] So Dreher, NZBau 2005, 427, 428; Müller, in: Daub/Eberstein, VOL/A, 5. Aufl. 2000, § 5 Rdnr. 19; Kullack (o. Fußn. 3), § 97 GWB Rdnr. 34; vgl. auch Baumeister/Kirch, NZBau 2001, 653, 655; Willems (o. Fußn. 9), S. 208; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8. 9. 2004 – VII-Verg 38/04, NZBau 2004, 688, 690.

[30] BGH, Urteil v. 12. 11. 2002 – KZR 11/01, BGHZ 152, 347 = NVwZ 2003, 1012.

[31] Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8. 9. 2004 – VII-Verg 38/04, NZBau 2004, 688, 690.

[32] Art. 2 a) der Verordnung (EG) Nr. 70/2001.

[33] Vgl. EuGH, Urteil v. 24. 7. 2003 – C-280/00, Slg. 2003, I-7747 = NZBau 2003, 503, 507 („Altmark Trans“) m. w. N.; näher zu beihilferechtlichen Fragen bei vergabefremden Kriterien Bartosch, EuZW 2001, 229 ff.; Ziekow, NZBau 2001, 72, 78.

höchstens 40 Mio. € oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 27 Mio. € erzielt.

Unterhalb der Schwellenwerte sind abweichende Definitionen möglich. Denn dort ist das für öffentliche Aufträge maßgebliche Sekundärrecht, welches auf Marktöffnung im Bereich des öffentlichen Auftragswesens abzielt, nicht anwendbar. Soweit die Länder den Begriff des Mittelstandes unterhalb der Schwellenwerte nach materiellen Kriterien definieren, bestehen dagegen keine Bedenken.

IV. Gemeinschaftsrecht

1. Sekundärrecht

Für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit mittelstandsfördernder Maßnahmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge wird teilweise geltend gemacht, die Vergabekoordinierungsrichtlinien enthielten Vorschriften über die losweise Vergabe von Aufträgen [34]. Daran ist richtig, dass die Bildung von Losen nach Gemeinschaftsrecht erlaubt ist. Das folgt aus den Vorschriften über die Berechnung des Auftragswertes. Art. 17 Abs. 6 a) der Richtlinie 2004/17/EG [35] sowie Art. 9 Abs. 5 a) der Richtlinie 2004/18/EG [36] bestimmen jeweils, dass im Fall der Bildung von Losen der geschätzte Gesamtwert aller Lose zu Grunde zu legen ist. Entsprechende Vorschriften finden sich bereits in den alten Vergabekoordinierungsrichtlinien [37]. Allerdings fehlen Vorschriften, die eine Losvergabe gerade zur Mittelstandsförderung gestatten. Aus Sicht des europäischen Vergaberechts ist die Förderung mittelständischer Unternehmen deshalb grundsätzlich ein Fremdkörper [38].

Das Gemeinschaftsrecht sieht nicht in der Bildung von Losen, sondern in der Beteiligung an Unteraufträgen das entscheidende Mittel zur Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen. Im 43. Erwägungsgrund zur Richtlinie 2004/17/EG und im 32. Erwägungsgrund zur Richtlinie 2004/18/EG heißt es beispielsweise, um den Zugang von kleinen und mittleren Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen zu fördern, sei es angebracht, „Bestimmungen über Unteraufträge“ vorzusehen [39]. Auch die Kommission spricht nur davon, mit der neuen Richtlinie werde „den Vergabebehörden

den die *Möglichkeit* eingeräumt, einen Auftrag in kleinere Lose aufzuteilen, die sich eher für eine Vergabe an kleine Unternehmen eignen“ [40]. Von einer gemeinschaftsrechtlichen *Verpflichtung* zur Losvergabe ist nicht die Rede.

Vorschriften über die Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sind auf sekundärrechtlicher Ebene in erster Linie am vergaberechtlichen Diskriminierungsverbot zu messen. Art. 10 der Richtlinie 2004/17/EG und Art. 2 der Richtlinie 2004/18/EG fordern jeweils, dass öffentliche Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nicht diskriminierend behandeln. Dieses Gleichbehandlungsgebot dient insbesondere dazu, die Entwicklung eines echten Wettbewerbs zu fördern [41].

Wenn man in § 97 Abs. 3 GWB einen verbindlich und ohne Ausnahme wirkenden Zwang zur Losvergabe sehen würde, wäre das im Hinblick auf Art. 2 der Richtlinie 2004/18/EG kritisch: Der Auftraggeber wäre dann verpflichtet, in diesem Punkt ausschließlich auf die Interessen kleiner und mittlerer Unternehmen abzustellen. Die Interessen größerer Unternehmen blieben ebenso außer Betracht wie Wirtschaftlichkeitsinteressen des Auftraggebers selbst. Zugunsten kleiner und mittlerer Unternehmen müsste der Auftraggeber zwingend auf eine Gesamtvergabe verzichten und die Preisnachteile einer Aufteilung in mehrere Lose in Kauf nehmen. Größeren Unternehmen ginge somit der Wettbewerbsvorteil verloren, den sie hätten, wenn sich der öffentliche Auftraggeber allein an Wirtschaft-

[34] So z. B. Kling (o. Fußn. 8), S. 691.

[35] RL 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.3.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. L 134 v. 30.4.2004, S. 1.

[36] RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge; ABl. L 134 v. 30.4.2004, S. 114.

[37] Vgl. Art. 6 Abs. 3 BKR, Art. 5 Abs. 4 LKR, Art. 7 Abs. 4 DKR.

[38] Vgl. Dreher, in: Immenga/Mestmäcker (o. Fußn. 18), § 97 Rdnr. 76; Hailbronner, in: Byok/Jaeger (o. Fußn. 3), § 97 GWB Rdnr. 219; Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 3. Aufl. 2005, S. 276 ff.; Ziekow, NZBau 2001, 72.

[39] Vgl. auch Art. 37 der RL 2004/17/EG und Art. 25 der RL 2004/18/EG.

[40] Antwortschreiben der Kommission v. 5.9.2003 auf die schriftliche Anfrage E-2379/03 ABl. Nr. C 33 E/258 v. 6.2.2004.

[41] Vgl. EuGH, Urteil v. 17.9.2002 – C-513/99, Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 81 = NZBau 2002, 618 („Concordia Bus Finland“).

lichkeitskriterien orientieren und für eine Gesamtvergabe entscheiden würde. Diese Ungleichbehandlung entfällt nicht deshalb, weil sich auch größere Unternehmen um einen in Lose aufgeteilten Auftrag bewerben können [42]. Denn bei einer Losvergabe ist es mittelständischen Unternehmen möglich, zumindest für einzelne Lose ein Angebot abzugeben; dagegen wäre der Bieterkreis bei einer zusammengefassten Vergabe von vornherein auf größere Unternehmen beschränkt. Ein ausnahmsloser Zwang zur Losvergabe würde deshalb zu einer Ungleichbehandlung größerer Unternehmen gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen führen.

Zulässig kann diese Ungleichbehandlung nur dann sein, wenn auftragsbezogene Gründe vorliegen [43]. Ob das der Fall ist, muss in erster Linie der öffentliche Auftraggeber selbst entscheiden. Denn bei der Auswahl des Auftragsgegenstandes ist er frei; seine Wahlfreiheit wird durch die Vergabekoordinierungsrichtlinien nicht eingeschränkt. In der neueren Literatur und Rechtsprechung wird das zutreffend betont. So heißt es etwa, das gemeinschaftsrechtliche Vergaberecht verhalte sich hinsichtlich der Wahl des Auftragsgegenstandes durch den öffentlichen Auftraggeber im Grundsatz neutral; es regelt nicht, „was die öffentlichen Auftraggeber beschaffen dürfen, sondern *von wem* sie es beschaffen“ [44]. Besonders anschaulich hat das *OLG Koblenz* formuliert: „Überspitzt ausgedrückt: Verlangt ein Aufgabenträger die Ausstattung der Zugtoiletten mit goldenen Armaturen, so ist das mit hoher Wahrscheinlichkeit ein Fall für Aufsichtsbehörde oder Rechnungshof. Vergaberechtlich wäre dagegen nichts einzuwenden, weil allein der Auftraggeber entscheidet, *was* er haben will und *wie* er es haben will“ [45]. Diese Aussagen heben zu Recht die Entscheidungsfreiheit des Auftraggebers bei der Bestimmung des Gegenstands der Beschaffung hervor. Etwas präziser lässt sich sagen, dass das Vergaberecht allein regelt, *in welchem Verfahren* ein öffentlicher Auftrag vergeben werden muss; was Gegenstand der Beschaffung ist und welchen Inhalt der öffentliche Auftrag hat, ist eine Frage der Privatautonomie, nicht des Vergaberechts [46]. Allein der öffentliche Auftraggeber entscheidet darüber, „welche Waren oder Leistungen welcher Art und Indivi-

dualität und mit welchen Eigenschaften beschafft werden sollen“ [47]. Deshalb muss man dem öffentlichen Auftraggeber auch bei der Entscheidung über die Aufteilung eines Auftrags in Lose weitgehende Entscheidungsfreiheit zubilligen [48]: Hält er die Bildung von Losen aus auftragsbezogenen Gründen für sachgerecht, ist das in Ordnung. Ein Verstoß gegen das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot liegt dann nicht vor, auch wenn sich die Aussichten mittelständischer Unternehmen auf Erteilung des Zuschlags gerade wegen der Teilung des Auftrags in Lose erhöhen. Die Begünstigung des Mittelstandes ist in diesem Fall nur Folge, nicht aber Ziel der Entscheidung des Auftraggebers über den konkreten Beschaffungsgegenstand.

2. Primärrecht

Der EG-Vertrag erwähnt kleine und mittlere Unternehmen an mehreren Stellen: Gemäß Art.137 Abs.2 EG kann der Rat zur Verwirklichung der sozialpolitischen Ziele des Art.136 EG Richtlinien erlassen. Art.137 Abs.2 b) Satz2 EG verlangt, dass diese Richtlinien „keine verwaltungsmäßigen, finanziellen oder rechtlichen Auflagen vorschreiben, die der Gründung und Entwicklung von kleinen und mittleren Unternehmen entgegenstehen“. Nach Art.157 Abs.1 Unterabs.2 EG zielt die Industriepolitik der Gemeinschaft u.a. auf die „Förderung eines für die Initiative und Weiterentwicklung der Unternehmen in der gesamten Gemeinschaft, insbesondere der kleinen und mittleren Unternehmen, günstigen Umfelds“ ab. Art.163 Abs.2 EG verpflichtet die Gemeinschaft, „die Unternehmen – einschließlich der kleinen und mittleren Unternehmen“ – bei ihren Bemühungen auf dem Gebiet der Forschung und technologischen Entwicklung von hoher Qualität zu unterstützen. Diese Vorschriften lassen erkennen, dass die Förderung

[42] A.A. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8.9.2004 – VII-Verg 38/04, NZBau 2004, 688, 689.

[43] Vgl. EuGH, Urteil v. 17.9.2002 – Rs. C-513/99, Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 59 = NZBau 2002, 618 („Concordia Bus Finland“).

[44] Opitz, VergabeR 2004, 421, 422.

[45] OLG Koblenz, Beschluss v. 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, NZBau 2002, 699, 703.

[46] Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 14.4.2005 – VII-Verg 93/04, NZBau 2005, 532, 533.

[47] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 14.4.2005 – VII-Verg 93/04, NZBau 2005, 532, 533.

[48] Ähnlich im Ergebnis BGH, Urteil v. 17.2.1999 – X ZR 101/97, NJW 2000, 137.

kleiner und mittlerer Unternehmen in bestimmten Bereichen grundsätzlich erwünscht ist. Ihre Aussagekraft ist jedoch begrenzt: Sie erlauben die Schaffung eines für kleine und mittlere Unternehmen günstigen Umfelds; eine Bevorzugung dieser Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge lässt sich damit nicht begründen [49].

Primärrechtliche Maßstäbe für die Beurteilung der Zulässigkeit von Mittelstandsklauseln sind vor allem die Warenverkehrsfreiheit (Art. 23 EG) und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG). Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG wird bei der Vergabe öffentlicher Aufträge von den aus den Grundfreiheiten abgeleiteten speziellen Diskriminierungsverboten verdrängt [50]. Gemäß Art. 28 EG sind mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung verboten. Art. 49 EG untersagt Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft und gewährleistet einen grenzüberschreitenden Austausch von Dienstleistungen. Aus beiden Vorschriften folgt ein umfassendes Beschränkungsverbot, das direkten und indirekten Diskriminierungen entgegensteht [51].

Eine direkte Diskriminierung ist gegeben, wenn Regelungen ausdrücklich auf Grund der Staatsangehörigkeit unterscheiden. Die Mittelstandsklauseln knüpfen nicht an die Staatsangehörigkeit der Bewerber oder Bieter an, sondern gelten für alle Teilnehmer am Vergabeverfahren gleichermaßen. Damit fehlt es jedenfalls an einer unmittelbaren Diskriminierung. Für eine mittelbare Diskriminierung genügt es, dass eine Regelung, die unterschiedslos für in- und ausländische Unternehmen gilt, geeignet ist, Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten zu behindern [52]. Auch das ist bei den Mittelstandsklauseln des deutschen Vergabe- bzw. Mittelstandsrechts nicht zu befürchten: Kleine und mittlere Unternehmen werden durch diese Vorschriften unabhängig davon gefördert, ob sie ihren Sitz im Inland oder in einem anderen Mitgliedstaat haben. Es ist nicht erkennbar, dass die Mittelstandsklauseln des deutschen Rechts zu besonderen Schwierigkeiten für ausländische Bewerber oder Bieter führen oder dass ihnen dadurch besondere Kosten entstehen. Eine Mittelstandsförderung, die sich auf kleine und

mittlere Unternehmen innerhalb der gesamten Gemeinschaft erstreckt, ist deshalb im Hinblick auf die Grundfreiheiten des EG-Vertrages unbedenklich [53].

Im Gegensatz zur Mittelstandsförderung verletzt die Regionalförderung regelmäßig die Grundfreiheiten des EG-Vertrages. Kennzeichnend für Maßnahmen der Regionalförderung ist, dass sie den Bewerber- oder Bieterkreis von vornherein auf Unternehmen aus einer bestimmten Region beschränken. Daraus resultiert i. d. R. eine mittelbare Diskriminierung von Bietern aus anderen Regionen [54]. Deshalb verstößt die Regionalförderung gegen die Warenverkehrsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit [55]. Unbedenklich sind nur Ausschreibungsbedingungen, die den Bewerber- oder Bieterkreis aus auftragsbezogenen Gründen einschränken, z. B. dann, wenn zur sachgerechten Ausführung des konkreten Auftrags im Einzelfall eine besondere Ortsnähe erforderlich ist [56].

Am problematischsten ist die Vereinbarkeit mittelstandsfördernder Regelungen mit dem Beihilfeverbot (Art. 87 Abs. 1 EG). Das Verhältnis des Beihilfeverbots zu den Grundfreiheiten im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge ist bisher nicht abschließend geklärt. Der *EuGH* hat angenommen, der Umstand, dass eine einzelstaatliche Maßnahme möglicherweise als Beihilfe betrachtet werden könne, stelle keinen Grund dar, sie vom Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen (Art. 28 EG) auszunehmen [57]. Daraus lässt

[49] Ebenso Willems (o. Fußn. 9), S. 112 ff.

[50] Vgl. Boesen, Vergaberecht, 2000, Einl. Rdnr. 27; Willems (o. Fußn. 9), S. 345.

[51] Vgl. *EuGH*, Urteil v. 26. 9. 2000 – C 225/98, Slg. 2000, I-7445 = NZBau 2002, 584 Rdnr. 81 f. („Nord-Pas-de-Calais“); Kluth, in: Calliess/Ruffert, Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 50 EGV m. w. N.; Mestmäcker/Schweitzer (o. Fußn. 3), S. 91 f.; Prieß (o. Fußn. 38), S. 8 ff.

[52] Vgl. Prieß (o. Fußn. 38), S. 9 ff.; Ziekow, NZBau 2001, 72, 77.

[53] So ausdrücklich Kling (o. Fußn. 8), S. 688; ebenso im Ergebnis Willems (o. Fußn. 9), 2003, S. 342 ff.

[54] Vgl. z. B. *EuGH*, Urteil v. 20. 3. 1990 – C-21/88 –, Slg. 1990, I-889 („Du Pont de Nemours Italiana“).

[55] Ebenso Glahs, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, 2003, § 8 VOB/A Rdnr. 13; Thieme, in: Langen/Bunte (o. Fußn. 3), § 97 GWB Rdnr. 8; Kling (o. Fußn. 8), S. 263 ff.

[56] Ausführlich dazu Müller-Wrede, VergabeR 2005, 32 ff.; vgl. auch Müller-Wrede, in: Ingenstau/Korbion (o. Fußn. 2), § 8 Nr. 1 VOB/A Rdnr. 11; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker (o. Fußn. 18), § 97 GWB Rdnr. 105. Zu den Grenzen vgl. *EuGH*, Urteil v. 27. 10. 2005 – C-234/03 („Contse SA“).

[57] *EuGH*, Urteil v. 20. 3. 1990 – C-21/88, Slg. 1990, I-889, Rdnr. 20 – („Du Pont de Nemours Italiana“).

sich schließen, dass das Beihilfeverbot grundsätzlich neben den Grundfreiheiten anwendbar ist [58]. Das *OLG Düsseldorf* hat die Vereinbarkeit von § 97 Abs. 3 GWB mit Art. 87 Abs. 1 EG bejaht: Der Wettbewerb werde durch eine Losaufteilung lediglich erweitert, wobei alle Teilnehmer die gleichen Verhältnisse vorfinden. Den großen Unternehmen gehe kein Auftrag schon deshalb verloren, weil sich kleinere Unternehmen am Wettbewerb beteiligten. Das „Fördern der Gelegenheit für den Mittelstand, sich ansonsten unter gleichen Bedingungen wie Großunternehmen an öffentlichen Ausschreibungen zu beteiligen“, stelle keine Beihilfe dar [59].

Diese Argumentation greift zu kurz. Sie übersieht, dass ein ausnahmslos verstandener Zwang zur Losvergabe steuernd in den Wettbewerb eingreift, und zwar zugunsten mittelständischer Unternehmen. Die Aufteilung eines Auftrags in Lose kann als Beihilfe zu qualifizieren sein, nämlich dann, wenn ein marktwirtschaftlich handelnder Auftraggeber auf die Bildung von Losen verzichten würde [60]. Schließlich ist es grundsätzlich auch denkbar, dass mittelstandsfördernde Regelungen den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Denn die Anforderungen an die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals sind gering: Weder der verhältnismäßig geringe Umfang einer Beihilfe noch die verhältnismäßig geringe Größe des begünstigten Unternehmens schließen von vornherein die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten aus [61]. Deshalb kann die Teilung eines Auftrags in Lose grundsätzlich Beihilfecharakter haben. Entscheidend ist immer, ob dem begünstigten Unternehmen – d. h. dem Bieter, der den Zuschlag erhält – ein Vorteil gewährt wird, den er unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte [62]. Ob das der Fall ist, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab.

V. Kartellrecht

Mittelständische Interessen können gefährdet werden, wenn öffentliche Auftraggeber ihr Nachfrageverhalten bündeln und sich zu Auftraggebergemeinschaften zusammenschließen. Auftraggebergemeinschaften sind aus kartellrechtlicher Sicht problematisch; es ist

denkbar, dass sie gegen das Kartellverbot des § 1 GWB verstoßen. Die grundsätzliche Anwendbarkeit des allgemeinen Kartellrechts auf Auftraggebergemeinschaften der öffentlichen Hand ist weitgehend anerkannt [63]. Dem wird nur vereinzelt widersprochen: Der Vierte Teil des GWB sei eigenständig und stelle eine in sich geschlossene Regelung gegenüber den übrigen Teilen des GWB dar [64]. Gegen diese Auffassung spricht insbesondere die hohe Bedeutung des Wettbewerbsprinzips im öffentlichen Auftragswesen [65]. Gemäß § 97 Abs. 1 GWB haben öffentliche Auftraggeber Waren, Bau- und Dienstleistungen „im Wettbewerb“ zu beschaffen. Sie müssen sich deshalb auch an den allgemeinen Vorschriften messen lassen, die den freien Wettbewerb vor Wettbewerbsbeschränkungen schützen. Aus diesem Grund sind das Vergaberecht und das allgemeine Kartellrecht nebeneinander anwendbar [66].

Es gibt in der Literatur Versuche, im Vergaberecht einen „Grundsatz der dezentralen Beschaffung der öffentlichen Hand“ zu etablieren; zur Begründung wird auf die §§ 1, 97 Abs. 3 GWB verwiesen [67]. Dagegen ist einzuwenden: Einen Grundsatz der dezentralen Beschaffung gibt es weder im europäischen noch im nationalen Vergaberecht. Im Gegenteil – Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG ermächtigt die Mitgliedstaaten ausdrücklich, festzulegen, dass öffentliche Auftraggeber Bauleistungen, Waren oder Dienstleistungen durch „zentrale Beschaffungsstellen“ erwerben dürfen. Daraus folgt, dass die Nachfrage-

[58] So auch Bartosch, *EuZW* 2001, 229 ff.; Hailbronner, in: Byok/Jaeger (o. Fußn. 3), § 97 GWB Rdnr. 257; Ziekow, *NZBau* 2001, 72, 78.

[59] *OLG Düsseldorf*, Beschluss v. 8. 9. 2004 – VII Verg 38/04, *NZBau* 2004, 688, 689.

[60] Vgl. zu diesem Maßstab *EuGH*, Urteil v. 13. 7. 2002 – C-482/99, *NVwZ* 2003, 461 Rdnr. 70 („Frankreich/Kommission“).

[61] *EuGH*, Urteil v. 24. 7. 2003 – C-280/00, Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 81 = *NZBau* 2003, 503 („Altmark Trans“).

[62] Allgemein dazu *EuGH*, Urteil v. 11. 7. 1996 – C-39/94, Slg. 1996, I-3547 Rdnr. 60 = *EuZW* 1996, 564 („SFEI“).

[63] Vgl. *BGH*, Urteil v. 12. 11. 2002 – KZR 11/01, *BGHZ* 152, 347 = *NVwZ* 2003, 1012; Dreher, *NZBau* 2005, 427, 433; Kämper/Hesshaus, *NZBau* 2003, 303, 307 ff.; Westermann, *ZWeR* 2003, 481.

[64] Vgl. Schwab, *NZA* 2001, 701, 704; Däubler, *ZfP* 2000, 681, 684; Burgbacher, *VergabeR* 2001, 169, 172; Rust, *NJW* 2001, 113, 114.

[65] Vgl. Hopp, *DB* 2000, 29, 32; Seifert, *ZfA* 2001, 1, 10.

[66] Vgl. Seifert, *ZfA* 2001, 1, 10; Rieble, *NZA* 2000, 226, 233; Karenfort/von Koppenfeld/Siebert, *BB* 1999, 825, 828; Knipper, *WuW* 1999, 677, 681.

[67] Vgl. insbesondere Bunte, *BB* 2001, 2121 ff.; Willems (o. Fußn. 9), S. 232 ff.

bündelung auf Auftraggeberseite aus vergaberechtlicher Sicht grundsätzlich zulässig ist.

In zwei Beschlüssen vom 3.6.2004 hat das *OLG Düsseldorf* mittelstandsfördernde Maßnahmen eines privaten Auftraggebers aus kartellrechtlicher Sicht gebilligt: Ein privater Auftraggeber wollte Verträge zum Sammeln, Sortieren bzw. Entsorgen von Leichtverpackungen und Glas vergeben. Dabei stellte er die Bedingung, dass sich umsatzstarke Unternehmen mit einem Jahresumsatz aus Entsorgungsleistungen von mehr als 50 Mio. € weder als Mitglied einer Bietergemeinschaft noch als Haupt- oder Subunternehmer an der Ausschreibung beteiligen dürfen. Nach Auffassung des *OLG Düsseldorf* verstieß diese Bestimmung nicht gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot (§§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB): Zwar würden durch die Ausschreibungsbedingungen umsatzstarke Unternehmen gegenüber anderen Entsorgungsdienstleistern ungleich behandelt. Für die Ungleichbehandlung bestehe aber ein sachlicher Grund, denn durch den Ausschluss der umsatzstarken Entsorgungsbetriebe verbessere der Auftraggeber den Wettbewerb auf der Bieterseite [68].

Diese Aussage ist schon für private Auftraggeber nicht unproblematisch: Sie begrüßt die angebliche Verbesserung des Wettbewerbs, ignoriert aber, dass die Forderung nach Einhaltung einer bestimmten Umsatzgrenze gerade zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führt, nämlich zu einem Ausschluss umsatzstarker Bieter. Auf öffentliche Auftraggeber lassen sich die Beschlüsse des *OLG Düsseldorf* vom 3.6.2004 erst recht nicht übertragen. Sicher: Die Beteiligung umsatzstarker Bieter am Vergabeverfahren kann nachteilige Auswirkungen auf die Marktstruktur haben; es ist nicht ausgeschlossen, dass es dadurch zu einem Verdrängungswettbewerb kommt. Fehlentwicklungen im Wettbewerb sind aber in erster Linie von den Kartellbehörden zu bekämpfen, nicht von öffentlichen Auftraggebern. Diese müssen Bewerber und Bieter unabhängig von bestimmten Umsatzgrößen zum Wettbewerb zulassen [69]. Im Vergabeverfahren wäre es deshalb nicht möglich, den Bewerber- oder Bieterkreis von vornherein auf kleine und mittlere Unternehmen zu beschränken.

VI. Wirkung der Mittelstandsklauseln

1. Vergaberecht

a) Mittelstandsförderung als Optimierungsgebot

§ 97 Abs. 3 GWB verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber nicht zwingend zur Aufteilung eines Auftrages in Lose, sondern lässt auch andere Maßnahmen der Mittelstandsförderung zu [70]. Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen, nicht die Aufteilung der Aufträge in Lose, ist das zentrale Gebot dieser Norm. Auf welchem Weg mittelständische Interessen im Rahmen eines konkreten Vergabeverfahrens berücksichtigt werden, bleibt grundsätzlich dem jeweiligen öffentlichen Auftraggeber überlassen.

Das allgemeine Gebot, mittelständische Interessen angemessen zu berücksichtigen, hat Parallelen zu planungsrechtlichen Optimierungsgeboten. Für diese ist charakteristisch, dass sie eine möglichst weit gehende Beachtung bestimmter Belange fordern [71]. Typisches Beispiel ist § 50 BImSchG. Danach sind bei raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen die für eine Nutzung vorgesehenen Flächen einander so zuzuordnen, dass schädliche Umwelteinwirkungen auf schutzbedürftige Gebiete „soweit wie möglich vermieden werden“. Optimierungsgebote enthalten eine Abwägungsdirektive: Die genannten Zielvorgaben haben im Rahmen der Abwägung besonderes Gewicht; sie sind aber der Abwägung nicht entzogen und können deshalb überwunden werden [72]. Aus § 50 BImSchG folgt die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die ausschließlich oder überwiegend dem Wohnen dienenden Gebiete sowie auf sonstige schutzbedürftige Gebiete. Immissionschutzrechtliche Gesichtspunkte müssen in die planerische Abwägung erkennbar eingehen und dort mit dem ihnen zukommenden besonderen Gewicht beachtet werden.

[68] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 3.6.2004 – W(Kart) 13/04 und W(Kart) 14/04.

[69] Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 3.6.2004 – W(Kart) 14/04.

[70] Vgl. Gröning, ZIP 1999, 52, 54 ff.; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker (o. Fußn. 18), § 97 Rdnr. 80; Kling (o. Fußn. 8), S. 723.

[71] Vgl. BVerwG, Urteil v. 22.3.1985 – 4 C 73/82, BVerwGE 71, 163, 164 f.

[72] Vgl. BVerwG, Urteil v. 23.3.1985 – 4 C 73/82, BVerwGE 71, 163, 165; Ziekow, in: Ziekow, Praxis des Fachplanungsrechts, 2004, Rdnr. 689 ff.

Es gibt aber keinen generellen Vorrang der schutzbedürftigen Nutzung [73].

Die Wirkung des § 97 Abs. 3 GWB ist mit der Wirkung planungsrechtlicher Optimierunggebote vergleichbar: Der Auftraggeber muss sich bei der Vorbereitung der Beschaffungsentscheidung mit der Frage auseinandersetzen, wie mittelständische Interessen angemessen berücksichtigt werden können. Er kann sich aus diesem Grund z. B. für eine Bildung von Losen entscheiden, darf aber aus sachlichen Gründen davon abweichen.

b) Losvergabe

§ 97 Abs. 3 GWB, § 4 Nr. 2 und Nr. 3 VOB/A sowie § 5 Nr. 1 Satz 1 VOL/A normieren jeweils die Losvergabe als Grundsatz. Die Gesamtvergabe ist die Ausnahme; sie bedarf deshalb einer besonderen Begründung. Die Ausnahmebestände von der Losvergabe werden regelmäßig eng interpretiert. Es wird gefordert, dass der Auftraggeber die überwiegenden Gründe für die Gesamtvergabe im konkreten Einzelfall nachweist [74].

Besonders hohe Anforderungen hat das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 8. 9. 2004 gestellt. Es war der Auffassung, die zusammengefasste Vergabe von Leistungen des infrastrukturellen Gebäudemanagements zu einem einzigen Los verstoße gegen § 97 Abs. 3 GWB und § 5 Nr. 1 VOL/A: Das Vorliegen einer unwirtschaftlichen Zersplitterung i. S. des § 5 Nr. 1 VOL/A setze „mehr als nur gewisse, nach der Erfahrung zu erwartende Kostennachteile“ voraus; der Auftraggeber habe nicht dargelegt, „dass der Kostenaufwand völlig aus dem Rahmen fallen würde“ [75].

Mit diesen Ausführungen werden die Anforderungen an die Zulässigkeit der Gesamtvergabe überdehnt. § 97 Abs. 3 GWB und die vergleichbaren Vorschriften der Verdingungsordnungen gehen – mit unterschiedlichen Formulierungen – davon aus, dass eine Losbildung dann nicht erforderlich ist, wenn diese unzweckmäßig oder unwirtschaftlich wäre. Grund dafür ist, dass das Vergaberecht auch dem öffentlichen Interesse an einer im Hinblick auf die anfallenden Kosten optimalen Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand dient [76]. Ob ein konkretes Beschaffungs-

vorhaben zweckmäßig ist, entscheidet in erster Linie der Auftraggeber; es ist nicht Aufgabe der Nachprüfungsinstanzen, diese Frage zu beantworten. Deshalb steht dem Auftraggeber bei der Entscheidung über eine Gesamt- oder Losvergabe ein weiter Beurteilungsspielraum zu [77].

Der Beurteilungsspielraum des Auftraggebers ist in der VOB/A geringer als in der VOL/A: Für Bauleistungen wird „in der Regel“ die Teilung in Fachlose verlangt (§ 4 Nr. 3 VOB/A); Teillose „sollen möglichst“ gebildet werden (§ 4 Nr. 2 VOB/A). Da § 4 Nr. 3 VOB/A als Sollvorschrift formuliert ist, kommen Ausnahmen im Fall von Teillosen eher in Betracht als bei Fachlosen [78]. Zu § 5 Nr. 1 VOL/A wird vertreten, dort seien ebenso strenge Anforderungen zu stellen wie bei § 4 Nr. 3 VOB/A [79]; Mehrbelastungen des Auftraggebers durch eine losweise Vergabe seien wegen der Entscheidung des Vergaberechts für eine Losvergabe hinzunehmen [80]. Damit wird übersehen, dass § 5 Nr. 1 VOL/A die Bildung von Losen nicht generell fordert, sondern nur dann, wenn dies „nach Art und Umfang der Leistung zweckmäßig ist“. Dieser Wortlaut legt es jedenfalls nahe, dass der Auftraggeber bei Auftragsvergaben nach der VOL/A zunächst über die grundsätzliche Zweckmäßigkeit der Losbildung zu entscheiden hat [81]; erst danach stellt sich die Frage nach möglichen Ausnahmen von der Losvergabe. Im Bereich der VOF ist der Beurteilungsspielraum des Auftraggebers noch größer, da die Losvergabe dort nicht ausdrücklich gefordert wird [82].

c) Bietergemeinschaften

Mittelständische Interessen lassen sich auch über die Zulassung von Bietergemeinschaft-

[73] Vgl. Schulze-Fielitz, in: Koch/Scheuing, GK-BImSchG, Stand: Mai 2005, § 50 Rdnr. 162 m. w. N.

[74] Müller-Wrede, NZBau 2004, 643, 645; Dreher, NZBau 2005, 427, 429.

[75] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8. 9. 2004 – VII-Verg 38/04, NZBau 2004, 688, 689f.; zustimmend Dreher, NZBau 2005, 427, 430.

[76] Vgl. BGH, Urteil v. 17. 2. 1999 – X ZR 101/97, NJW 2000, 137, 140.

[77] S.o., IV.1.

[78] Vgl. VK Leipzig, Beschluss v. 2. 11. 1999 – 1/SVK/1/19-99; ebenso Müller-Wrede, NZBau 2004, 643, 645.

[79] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8. 9. 2004 – VII-Verg 38/04, NZBau 2004, 688; Baumeister/Kirch, NZBau 2001, 657; Müller-Wrede, NZBau 2004, 643, 645.

[80] Dreher, NZBau 2005, 427, 429.

[81] A. A. VK Arnsberg, Beschluss v. 31. 1. 2001 – VK 2-01/2001.

[82] Ebenso Müller-Wrede, NZBau 2004, 643, 646.

ten fördern. Gemäß §25 Nr.6 VOB/A sind Bietergemeinschaften Einzelbieter grundsätzlich gleichzusetzen. Vergleichbare Regelungen treffen §7 Nr.1 Abs.2 VOL/A und §7 Nr.1 VOF. Mit diesen Regelungen soll erreicht werden, dass mittelständische Unternehmen ihre Kräfte mit anderen mittelständischen Unternehmen bündeln können, um am Wettbewerb um größere Aufträge teilzunehmen [83].

Umstritten ist, ob öffentliche Auftraggeber auf die Teilung eines Auftrags in mehrere Lose mit der Begründung verzichten dürfen, mittelständische Unternehmen hätten die Möglichkeit, sich über Bietergemeinschaften am Vergabeverfahren zu beteiligen. Das *OLG Schleswig* hat diese Frage in einem Beschluss vom 14.8.2000 bejaht: Auch bei einer zusammengefassten Vergabe bleibe eine Auftragsvergabe an mittelständische Unternehmen möglich; soweit einzelne Unternehmen nach ihrem Zuschnitt nicht den gesamten Bereich der ausgeschriebenen Leistung abdecken könnten, stehe es ihnen frei, mit anderen Unternehmen eine Bietergemeinschaft zu bilden [84]. Anderer Auffassung ist das *OLG Düsseldorf*: Das Argument, kleine und mittlere Unternehmen hätten die Möglichkeit, sich zu Bietergemeinschaften zusammenzuschließen, werde dem Schutzzweck des §97 Abs.3 GWB nicht gerecht; danach sei mittelständischen Unternehmen grundsätzlich die Möglichkeit zur eigenständigen Beteiligung am Bieterwettbewerb einzuräumen [85].

Die Auffassung des *OLG Düsseldorf* ist nicht überzeugend. Da §97 Abs.3 GWB nicht zwingend die Förderung mittelständischer Interessen über die Teilung von Aufträgen in Lose verlangt, muss es öffentlichen Auftraggebern jedenfalls im Grundsatz möglich sein, von einer Losbildung mit der Begründung abzusehen, mittelständische Unternehmen könnten sich über Bietergemeinschaften am Vergabeverfahren beteiligen.

d) „Selbstauführungsgebot“ und Generalübernehmervergabe

Mittelständische Unternehmen wehren sich häufig gegen die Vergabe öffentlicher Aufträge an Generalübernehmer. Kennzeichnend für den Generalübernehmer ist, dass er keine

Teilleistungen selbst erbringt, sondern die gesamte Leistung durch Subunternehmer ausführen lässt [86]. Zwar können mittelständische Unternehmen bei einer Generalübernehmervergabe als Subunternehmer zum Zuge kommen; dann gehen ihnen aber die Gewinnspannen verloren, die sie im Falle einer unmittelbaren Beauftragung hätten.

Die Nachprüfungsinstanzen haben bisher aus §8 Nr.2 Abs.1 VOB/A und §7 Nr.2 Abs.1 VOL/A ein „Selbstauführungsgebot“ abgeleitet. Nach beiden Vorschriften dürfen nur solche Unternehmen am Vergabeverfahren teilnehmen, „die sich gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen“. Daraus wurde geschlossen, Generalübernehmer dürften sich nicht um öffentliche Aufträge bewerben [87]. Die Vereinbarkeit des „Selbstauführungsgebots“ mit Gemeinschaftsrecht war zweifelhaft, seitdem der *EuGH* entschieden hatte, dass ein Bieter auch dann zugelassen werden muss, wenn er den Nachweis seiner Leistungsfähigkeit durch Referenzen anderer Unternehmen erbringt [88]. Im Jahr 2004 hat der *EuGH* nochmals betont, dass er an dieser Rechtsauffassung festhält: Eine Person dürfe nicht allein deshalb vom Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages ausgeschlossen werden, weil sie zur Ausführung des Auftrags Mittel einzusetzen beabsichtige, die sie nicht selbst besitze [89]. Mittlerweile hat der Gesetzgeber die Konsequenzen aus dieser Rechtsprechung gezogen und ausdrücklich klargestellt, dass es im deutschen Vergaberecht kein „Selbstauführungsgebot“ mehr gibt: Das ÖPP-Beschleuni-

[83] Vgl. Zdzieblow, in: Daub/Eberstein, Kommentar zur VOL/A, 5. Aufl. 2000, §7 Rdnr.32ff.; Baumeister/Kirch, NZBau 2001, 653, 659.

[84] OLG Schleswig, Beschluss v. 14.8.2000 – 6 Verg 2/00, SchlHA 2001, 38; zustimmend Kullack, in: Heiermann/Riedl/Rusam (o. Fußn. 3), §97 GWB Rdnr. 47; Müller-Wrede, NZBau 2004, 643, 646.

[85] OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8.9.2004 – VII-Verg 38/04, NZBau 2004, 688, 690.

[86] Vgl. Zerhusen, Mandatspraxis Privates Baurecht, 2. Aufl. 2002, Rdnr. 810 ff.

[87] Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 5.7.2000 – Verg 5/99, NZBau 2001, 106; OLG Frankfurt, Beschluss v. 16.5.2000 – 11 Verg 1/99, NZBau 2001, 101.

[88] *EuGH*, Urteil v. 18.12.1997 – C-5/97, Slg. 1994, I-1289 („Ballast Nedam I“); *EuGH*, Urteil v. 2.12.1999 – C-176/98, Slg. 1997, I-7549 („Ballast Nedam II“); *EuGH*, Urteil v. 2.12.1999 – C-176/98, Slg. 1999, I-8607 = NZBau 2000, 149 ff. („Holst Italia“).

[89] *EuGH*, Urteil v. 18.3.2004 – Rs. C-114/01, NZBau 2004, 340 („ARGE Telekom“); vgl. dazu Schneevogel, NZBau 2004, 418 ff.; Stoye, NZBau 2004, 648 ff.; Hausmann/Wendenburg, NZBau 2004, 315 ff.

gungsgesetz [90] hat § 8 Nr.2 Abs.1 VOB/A und § 7 Nr.2 Abs.1 VOL/A modifiziert. Allerdings wurden die Veränderungen nicht unmittelbar in der VOB/A bzw. VOL/A vorgenommen, sondern in der Vergabeverordnung: § 4 Abs.4 VgV n.F. und § 6 Abs.2 Nr.2 VgV n.F. bestimmen für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte, dass sich der Auftragnehmer bei der Erfüllung der Leistung der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen kann. Oberhalb der Schwellenwerte gibt es somit kein „Selbstausführungsgebot“ mehr; die Generalübernehmervergabe ist zulässig. Die damit verbundene Beeinträchtigung mittelständischer Interessen nimmt der Gesetzgeber in Kauf.

2. Mittelstandsrecht

Die Mittelstandsgesetze der Länder sind nur bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte von Bedeutung [91]. Sie schreiben zunächst allgemein vor, dass bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die in den Mittelstandsgesetzen genannten Grundsätze und Ziele zu beachten sind [92]; „insbesondere“ sind Leistungen in Lose zu zerlegen [93]. Aus diesen Formulierungen folgt, dass auch bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte die Teilung eines Auftrages in Lose nicht die einzige Möglichkeit ist, um mittelständische Interessen zu fördern. Das Gebot der Losvergabe gilt nicht ausnahmslos, sondern nur, „soweit es die wirtschaftlichen und technischen Voraussetzungen zulassen“ [94]. Der Auftraggeber darf deshalb von einer Losbildung absehen, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe entgegenstehen. An den Nachweis dieser Voraussetzungen dürfen keine überspannten Anforderungen gestellt werden.

Die Mittelstandsgesetze der Länder zielen darauf ab, die Förderung mittelständischer Unternehmen außerdem über eine Beteiligung an Unteraufträgen sicher zu stellen. Der Auftraggeber muss seinen Auftragnehmer vertraglich dazu verpflichten, dass dieser bei einer Beauftragung von Nachunternehmern bevorzugt Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft beteiligt. Auch diese Anforderungen greifen nur ein, „soweit es mit der vertragsgemäßen Ausführung des Auftrages zu vereinbaren ist“ [95].

VII. Rechtsschutz

1. Subjektive Bieterrechte

Für die Effektivität der Mittelstandsförderung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ist es von entscheidender Bedeutung, ob mittelständische Unternehmen Verstöße gegen § 97 Abs.3 GWB oder die mittelstandsfördernden Vorschriften der Verdingungsordnungen mit einem Nachprüfungsantrag angreifen können. Ganz überwiegend wird heute angenommen, dass § 97 Abs.3 GWB, § 4 Nr.2 bzw. Nr.3 VOB/A und § 5 VOL/A bieterschützende Wirkung haben [96]. Aus § 97 Abs.3 GWB folgt aber nur ein Recht auf angemessene Berücksichtigung mittelständischer Interessen; i.d.R. ergibt sich daraus kein Anspruch auf Teilung eines Auftrags in bestimmte Lose. Das Gebot der Mittelstandsförderung zwingt öffentliche Auftraggeber nicht dazu, Lose so zu bilden, dass sich auch tatsächlich jedes am Markt vorhandene mittelständische Unternehmen am Vergabeverfahren beteiligen kann [97]. Einen Anspruch auf Teilung eines Auftrags in Lose oder auf Bildung kleinerer Lose können Bieter deshalb nur im Falle einer Ermessensreduzierung auf Null geltend machen [98]. In der Entscheidungspraxis wird das teilweise nicht beachtet [99].

Weniger klar ist, ob die Mittelstandsklauseln in den Mittelstandsgesetzen der Länder subjektive Rechte begründen. Der *VGH Baden-Württemberg* hat diese Frage verneint: Das baden-württembergische Mittelstandsförderungsgesetz verleihe mittelständischen Unternehmen kein subjektives Recht auf eine bestimmte Form der Auftragsvergabe [100]. Einige Länder bestimmen sogar ausdrück-

[90] Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich-Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich-Private Partnerschaften v. 1.9.2005, BGBl. I, 2676.

[91] S.o. II.2.; ebenso im Ergebnis Willems (o. Fußn. 9), 2003, S. 252.

[92] Vgl. z.B. § 21 Abs.1 Satz 1 MG NRW.

[93] Vgl. z.B. § 21 Abs.1 Satz 2 MG NRW.

[94] Vgl. z.B. § 21 Abs.1 Satz 2 MG NRW.

[95] Vgl. z.B. § 21 Abs.4 Nr.1 MG NRW.

[96] VK Darmstadt, Beschluss v. 27.2.2003 – 69 d VK-70/2002 –; Hailbronner, in: Byok/Jaeger (o. Fußn. 3), § 97 GWB Rdnr. 225; Müller-Wrede, NZBau 2004, 643, 646; Dreher, NZBau 2005, 427, 435.

[97] Vgl. BKartA, Beschluss v. 8.1.2004 – VK 1-117/03; ebenso Kullack (o. Fußn. 3), § 97 GWB Rdnr. 37.

[98] So zutreffend Baumeister/Kirch, NZBau 2001, 653, 656.

[99] Vgl. z.B. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8.9.2004 – VII-Verg 38/04, NZBau 2004, 688.

[100] VGH Baden-Württemberg, GewArch 1999, 295 f.

lich, dass kein Anspruch auf bestimmte Maßnahmen der Mittelstandsförderung besteht [101]. Auf die Mittelstandsgesetze anderer Länder lassen sich die Aussagen des *VGH Baden-Württemberg* nicht ohne weiteres übertragen: Ob eine Rechtsnorm subjektive Rechte vermittelt, ist durch Auslegung zu ermitteln [102]; deshalb hängt es entscheidend vom Wortlaut, der Zielsetzung und dem jeweiligen systematischen Zusammenhang mit anderen Vorschriften ab, ob die landesrechtlichen Mittelstandsklauseln subjektive Rechte für mittelständische Unternehmen begründen. Generalisierende Aussagen sind hier nicht möglich.

Der „Lenkwaffen“-Beschluss des *OVG Rheinland-Pfalz* vom 25.5.2005 [103] könnte auf den ersten Blick so verstanden werden, dass Bieter auch bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte umfassender Rechtsschutz zusteht. Nach diesem Beschluss können Beschaffungsvorhaben, die nicht in den Anwendungsbereich der §§ 97 ff. *GWB* fallen, im Verwaltungsrechtsweg überprüft werden. Begründet wurde das damit, dass die *VOL/A* über Art. 3 GG subjektive Rechte verleihe; aus Art. 3 Abs. 1 GG folge für das Vergabeverfahren ein Willkürverbot. Konsequenz des „Lenkwaffen“-Beschlusses ist in erster Linie, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge grundsätzlich auch dort gerichtlich überprüft werden kann, wo das Nachprüfungsverfahren (§ 102 ff. *GWB*) nicht statthaft ist, z. B. bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte.

Ob für diese gerichtliche Überprüfung die Verwaltungsgerichte oder die ordentlichen Gerichte zuständig sind, ist dabei nach wie vor offen [104]. Aus dem „Lenkwaffen“-Beschluss folgt aber nicht, dass jede Rechtsnorm, die Anforderungen an das Vergabeverfahren bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte stellt, subjektive Bieterrechte verleiht. Entscheidend für den subjektiv-rechtlichen Charakter einer Rechtsnorm ist immer, ob sie nicht nur im öffentlichen Interesse erlassen wurde, sondern – zumindest auch – dem Schutz der Interessen Einzelner dient; es kommt also auf den gesetzlich bezweckten Interessenschutz an [105]. Deshalb ist es nach wie vor möglich, dass landesrechtliche Mittelstandsklauseln nach ihrem jeweiligen Normzweck nicht bieterschützend sind.

2. Grenzen

Gemäß § 107 Abs. 2 Satz 2 *GWB* muss der Antragsteller darlegen, dass ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Ein Schaden ist nur dann zu befürchten, wenn der jeweilige Bewerber oder Bieter einen Anspruch darauf hat, dass die Lose so klein aufgeteilt werden, dass gerade er eine Aussicht auf Zuschlagserteilung für ein bestimmtes Los hat. Wenn ein Bieter meint, eine zusammengefasste Vergabe verstoße gegen § 97 Abs. 3 *GWB*, § 4 Nr. 2 bzw. Nr. 3 *VOB/A* oder § 5 Nr. 1 *VOL/A*, muss er deshalb im Nachprüfungsantrag konkret darlegen, ab welcher Losgröße er – ggf. in Bietergemeinschaft mit anderen Bietern – in der Lage wäre, ein Angebot abzugeben [106]. Nicht ausreichend ist dagegen die pauschale Behauptung, die gebildeten Lose seien mittelstandsfeindlich oder zu groß.

Die Antragsbefugnis setzt ein Interesse am Auftrag voraus (§ 107 Abs. 2 Satz 1 *GWB*). Dieses ergibt sich i. d. R. aus der Beteiligung an einem konkreten Vergabeverfahren. Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn ein Unternehmen auf Grund des gerügten Verfahrensfehlers an der Erstellung oder der Abgabe eines Angebotes gehindert war. Denn im offenen Verfahren erfordert die Teilnahme am Wettbewerb zwingend die Abgabe eines Angebotes; der dafür erforderliche erhebliche Zeitaufwand soll einem Unternehmen dann nicht zugemutet werden, wenn es gerade wegen einer zusammengefassten Vergabe nicht in der Lage zur Abgabe eines Angebotes war. Allerdings muss der Antragsteller dann zum einen die Gründe der Verhinderung substantiiert darlegen; zum anderen muss er im Einzelnen vortragen, welches Angebot er bei ungehindertem Ablauf abgege-

[101] Vgl. § 6 Abs. 3 *MfG Rheinland-Pfalz*; § 5 Abs. 3 *MfG Schleswig-Holstein*; § 5 Abs. 3 *MfG Thüringen*.

[102] Vgl. *OVG Nordrhein-Westfalen*, Beschluss v. 13.8.2003 – 15 B 1137/03, *NVwZ* 2003, 1520, 1521; vgl. dazu *Antweiler*, *NVwZ* 2003, 1466.

[103] *OVG Rheinland-Pfalz*, Beschluss v. 25.5.2005 – 7 B 10356/05.OVG –, *NZBau* 2005, 411; vgl. dazu *Prieß/Hölzl*, *NZBau* 2005, 367, 373; *Ruthig*, *NZBau* 2005, 497 ff.

[104] Für den Verwaltungsrechtsweg *OVG Rheinland-Pfalz*, Beschluss v. 25.5.2005 – 7 B 10356/05.OVG, *NZBau* 2005, 411; für den ordentlichen Rechtsweg *VG Leipzig*, Beschluss v. 6.9.2005 – 5 K 1008/05.

[105] Vgl. *Wahl*, in: *Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner*, *VwGO*, Band I, Stand: September 2004, Vorb. § 42 Abs. 2, Rdnr. 95 m. w. N.

[106] In diesem Sinne auch *Kullack* (o. Fußn. 3), § 97 *GWB* Rdnr. 37.

ben hätte [107]. Auf das nichtoffene Verfahren lassen sich diese Grundsätze nicht übertragen: Dort hängt die Antragsbefugnis immer von der Stellung eines Teilnahmeantrages ab, und zwar auch dann, wenn das Unternehmen meint, die Losbildung sei fehlerhaft [108].

VIII. Fazit

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ist Mittelstandsförderung aus auftragsbezogenen Gründen zulässig. Mittelständische Unternehmen haben aber nur ein subjektives Recht auf angemessene Berücksichtigung mittelständischer Interessen; es gibt keinen Anspruch auf bestimmte mittelstandsfördernde Maßnahmen im Vergabeverfahren. Die Möglichkeiten der Mittelstandsförderung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sind damit begrenzt: §97 Abs.3 GWB kann für mittelständische Unternehmen nicht das leisten, was der Gesetzgeber mit der Vorschrift auf

den ersten Blick suggeriert, zumal nicht nur der deutsche Mittelstand geschützt ist, sondern mittelständische Unternehmen in der gesamten Gemeinschaft. Auch wenn immer wieder betont wird, §97 Abs.3 GWB sei kein bloßer Programmsatz, gibt die Vorschrift für die Praxis im Ergebnis nicht viel her. Der Gesetzgeber selbst gefährdet die Verhaltensanweisung des §97 Abs.3 GWB durch die – nach der Rechtsprechung des *EuGH* allerdings gebotene – Zulassung der Generalübernahme im ÖPP-Gesetz. Letztendlich fügen sich die Mittelstandsklauseln in das wettbewerbsorientierte Vergaberecht nicht richtig ein. Deshalb sollte der Gesetzgeber darüber nachdenken, ob es nicht besser wäre, §97 Abs.3 GWB ausdrücklich auf einen bloßen Programmsatz zu reduzieren.

[107] Vgl. OLG Koblenz, Beschluss v. 25.5.2000 – 1 Verg 1/00, NZBau 2000, 445; OLG Rostock, Beschluss v. 24.9.2001 – 17 W 11/01, VergabeR 2002, 193 ff.

[108] Näher dazu Antweiler, VergabeR 2004, 702 ff.; a.A. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 8.9.2004 – VII-Verg 38/04, NZBau 2004, 699.