Gutachten

zu vergaberechtlichen Fragen der systematischen Benachteiligung der Berufsgruppe der Innenarchitekten/innen bei der öffentlichen Auftragsvergabe, insbesondere bei Entwurfswettbewerben, erstellt für den Bund Deutscher Innenarchitekten BDIA e.V.

Verfasser: Rechtsanwalt Thomas Maibaum, SNP Schlawien Partnerschaft mbB

Inhalt

I. Problemstellung
II. Einführung in die Sach- und Rechtslage
III. Besteht ein Anspruch auf eine getrennte Vergabe von Leistungen aus den Bereichen Architektur und Innenarchitektur?

1. Der Grundsatz der Berücksichtigung mittelständischer Interessen im GWB

a) Werden Freiberufliche Leistungen im Bereich Innenarchitektur vom Mittelstandsförderungsgrundsatz erfasst?

b) Schranken des Mittelstandsförderungsgrundsatzes

c) Mittelstandsförderungsgrundsatz und Losvergabe

aa) Teil- und Fachlose

bb) Fachlosvergabe versus Bietergemeinschaft

cc) Ausnahmen von der Losvergabe

dd) Separate Ausschreibungen für Leistungen aus dem Bereich Innenarchitektur: Wirtschaftlichkeitserwägungen

2. Der Grundsatz der Losvergabe im Europäischen Recht

3. Die Neufassung des deutschen Vergaberechts

IV. Ergebnis

I. Problemstellung:

Öffentliche Hochbauprojekte beinhalten regelmäßig Aufgabenstellungen, für die die Fachrichtung der Innenarchitekten/innen ein besonders hohes Maß an spezifischen Qualifikationen mitbringen. Zudem haben Leistungen des Berufsbilds Innenarchitektur aus wirtschaftlicher Sicht in den vergangenen Jahren erheblich an Bedeutung gewonnen. Das Verhältnis von Neubauleistungen zu Bauleistungen im Bestand hat sich in den letzten zwei Jahrzehnten kontinuierlich in Richtung der Leistungen im Bestand verschoben, diese machen heute den überwiegenden Teil der Gesamtleistungen im Bau- und Planungssektor aus. Leistungen aus dem Bereich Innenarchitektur spielen daher naturgemäß eine immer größere Rolle im Baugeschehen.

Dies findet in der Ausschreibungspraxis jedoch kaum Niederschlag. Nur in Ausnahmefällen werden Leistungen des Berufsbilds Innenarchitektur separat ausgeschrieben (sei es mit oder ohne Rückgriff auf den Entwurfswettbewerb) und beauftragt. Auch Bietergemeinschaften zwischen Architekten/innen und Innenarchitekten/innen werden bei der Festlegung der im Verfahren zugelassenen Berufsgruppen nur selten adressiert.

II. Einführung in die Sach- und Rechtslage

Das Studium der Innenarchitektur wird in Deutschland an 16 Fachhochschulen, Kunstakademien und Hochschulen angeboten.

Die Innenarchitektur befasst sich mit der Planung und Gestaltung von Innenräumen. Diese Fachrichtung verbindet Elemente aus den Bereichen Architektur, Gebäudetechnik und Design. Innenarchitekten achten nicht nur auf ästhetische Aspekte, auch wirtschaftliche, soziale und ökologische Faktoren müssen bedacht werden. Die Innenarchitektur besteht zudem aus zahlreichen Teilgebieten. Der Innenausbau befasst sich hauptsächlich mit Baumaßnahmen, der Bereich Raumklima befasst sich mit Faktoren wie Luftfeuchtigkeit und Temperatur. Weitere Teilbereiche sind beispielsweise Beleuchtung, Facility Management, Ausstattung und Raumakustik. Auch die Gestaltung von Möbelstücken oder anderen Einrichtungsgegenständen gehört in den Aufgabenbereich eines Innenarchitekten. Da Innenarchitekten häufig mit anderen am Bau Beteiligten zusammenarbeiten, benötigen sie zudem ein hohes Maß an sozialer Kompetenz. In den ersten Semestern werden den Studierenden vor allem grundlegende Kenntnisse vermittelt, dazu gehören etwa Baugeschichte, darstellende Geometrie, Gebäudelehre und Architekturtheorie. Später werden Bereiche wie Bauphysik, Gebäudetechnik, Innenausbau, Möbelstilgeschichte und ökologisches Bauen behandelt. Zudem können Wahlfächer aus dem Bereich Sozialwissenschaft belegt werden, einige Studiengänge ermöglichen zudem das Erlernen von Fremdsprachen. An den meisten Universitäten kann man sich im Laufe des Studiums auf bestimmte Themenbereiche spezialisieren, dabei geht es etwa um Gebäudetechnik, Lichtplanung, integraler Ausbau und Konstruktionssysteme. Die meisten

Hochschulen legen großen Wert auf eine praxisnahe Ausbildung, daher verfügen sie über eigene Werkstätten und Arbeitsräume, wo die Studierenden ihre eigenen Projekte auch praktisch umsetzten können (Quellen: www.bdia.de, www.studieren-studium.com).

Nach den Architektengesetzen der Länder gehört die Bezeichnung „Innenarchitekt / Innenarchitektin" zu den in der Bundesrepublik Deutschland gesetzlich geschützten Berufsbezeichnungen (für alle beispielhaft: § 1 Abs. 2 ArchG BW– Berufsaufgaben der Architekten und Stadtplaner: „Berufsaufgabe des Innenarchitekten ist die gestaltende, technische und wirtschaftliche Planung von Innenräumen." in Verbindung mit § 2 Abs. 1 ArchG BW – Berufsbezeichnung: „ Die Berufsbezeichnung »Architekt« oder »Architektin«, »Innenarchitekt« oder »Innenarchitektin«, »Landschaftsarchitekt« oder »Landschaftsarchitektin«, »Stadtplaner« oder »Stadtplanerin« darf nur führen, wer unter der entsprechenden Bezeichnung in die Architektenliste eingetragen oder wer zum Führen dieser Berufsbezeichnung nach § 8 berechtigt ist.")

Damit lässt sich zunächst festhalten, dass die Bundesrepublik Deutschland im Bereich der Gestaltung und Planung ein ausdifferenziertes Bildungssystem mit entsprechenden Berufsprofilen entwickelt hat. Letztere sind, auch im Bereich Innenarchitektur, über die Titelschutzvorschriften der Landesarchitektengesetze mittelbar auch hinsichtlich der Berufsausübung geschützt.

Auf dem Markt ist die Berufsgruppe der Innenarchitektinnen und Innenarchitekten fest etabliert. In der Bundesrepublik Deutschland sind rund 5.500 Berufsträger bei den Architektenkammern eingetragen, davon ist etwa die Hälfte freischaffend tätig (Bundeskammerstatistik 2014, Quelle: Bundesarchitektenkammer e.V., www.bak.de). Dies müsste sich in der Vergabepraxis widerspiegeln, was allerdings nicht der Fall ist. Gemessen an den im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe potentiell zu vergebenden Leistungen aus dem Bereich Innenarchitektur sind derartige Aufträge außerordentlich selten. Die Ursachen hierfür liegen entweder in einer nicht sachgerechten Ausgestaltung der vergaberechtlichen Vorgaben für öffentliche Auftraggeber oder einer nicht sachgerechten Anwendung des Vergaberechts. Diesen Fragen wird nachzugehen sein.

Bis zur Neufassung des europäischen Vergaberechts im Jahr 2014 (insbesondere durch die Richtlinie 24/14/EU) hat sich der Gemeinschaftsgesetzgeber weit gehend aus der Frage herausgehalten, wie ein öffentlicher Auftrag inhaltlich auszugestalten ist (Stichworte: „Vergabefreiheit", „Beschaffungsautonomie"). Ob der Auftraggeber Aufträge als Totalübernehmerauftrag, im Bereich der Planung als Generalplanerauftrag oder in Form von Teilaufträgen (Fach- und / oder Teillose, also beispielsweise auch getrennt zwischen Hochbau- und Innenarchitektenleistungen) vergibt, war auf Grund der seinerzeit eingeschränkten Regelungskompetenz der Europäischen Gemeinschaften allein den Mitgliedstaaten überlassen. Vor diesem Hintergrund scheiterte bei der letzten europäischen Vergaberechtsreform im Jahre 2004 auf Intervention der Europäischen Kommission und des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments ein Versuch des europäischen Dachverbands der Architekten ACE (Architects' Council of Europe), eine strikte gesetzliche Trennung der Vergabe von Planungs- und Bauausführungsleistungen durchzusetzen.

Die Situation stellt sich im deutschen und auch europäischen Vergaberecht heute anders dar.

Eine grundsätzliche Verpflichtung zur Losvergabe ist bereits im Zuge der letzten Vergaberechtsreform im Jahr 2009 in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB, dort: § 97 Abs. 3) aufgenommen worden. Eine ähnliche Regelung ist nunmehr auch in die neuen europäischen Vergaberegeln (Richtlinie 24/2014/EU, dort: Art. 46) eingefügt worden.

Beide Regelungen bieten ernstzunehmende Anhaltspunkte dafür, dass das systematische Übergehen einer im Rechtssystem und im Markt etablierten Fachplanungsleistung unzulässig ist. Ob und in wie weit dies der Fall ist und welche Möglichkeiten zur Änderung der Vergabepraxis sich hieraus ergeben, soll im Folgenden untersucht werden.

III. Besteht ein Anspruch auf eine getrennte Vergabe von Leistungen aus den Bereichen Architektur und Innenarchitektur?

Ein Anspruch auf eine separate Vergabe von Leistungen aus dem Bereich Innenarchitektur könnte sich aus den Auftragsteilungsvorschriften des GWB in Verbindung mit dem allgemeinen Grundsatz der Berücksichtigung mittelständischer Interessen (hierzu unten 1.) und den neuen Auftragsteilungsvorschriften der Vergaberichtlinie 24/14/EU ergeben (hierzu unten 2.).

1. Der Grundsatz der Berücksichtigung mittelständischer Interessen im GWB

Nach § 97 Abs. 3 GWB sind „mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern."

§ 97 Abs. 3 GWB enthält neben dem in Satz 1 normierten allgemeinen Mittelstandsförderungsgrundsatz in den folgenden Sätzen 2 und 3 spezifische operative Vorgaben, die als konkretes Instrument zur Förderung mittelständischer Interessen dienen. Der dort geregelte Grundsatz der Losvergabe ist ein herausgehobenes, aber nicht exklusives Mittel zur Zweckerreichung und steht insofern in einem untrennbaren Verhältnis zum allgemeinen Mittelstandsförderungsgrundsatz.

Zu prüfen ist zunächst, ob und in welchem Umfang die Mittelstandsschutzregelung des § 97 Abs. 3 GWB auch die Berufsgruppe der Innenarchitektinnen und Innenarchitekten erfasst. Anschließend wird der Frage nachzugehen sein, welche konkreten Rechtsfolgen sich hieraus für die Vergabe von Leistungen aus dem Bereich Innenarchitektur ergeben.

a) Werden Freiberufliche Leistungen im Bereich Innenarchitektur vom Mittelstandsförderungsgrundsatz erfasst?

Für die Definition der Gruppe der von der Mittelstandsförderungsregelung begünstigten Kreise bedarf es zunächst einer Festlegung des in der „Generalklausel" in § 97 Abs. 3 Satz 1 GWB verwendeten Mittelstandsbegriffs. Eine rechtliche Definition des Begriffs Mittelstand und der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) fehlt bisher im deutschen Recht. Dies führt zwangsläufig zu Divergenzen bei der Auslegung des hier zu untersuchenden Rechtsgrundsatzes.

Kontrovers ist insofern insbesondere beurteilt worden, ob von einem Mittelstandsbegriff auszugehen ist, der rein quantitativ zu definieren ist oder ob dieser flexibel mit Blick auf die Struktur des jeweiligen Marktes ermittelt werden muss.

Eine gegenüber einer flexiblen Definition restriktive Haltung hat das OLG Karlsruhe eingenommen: „Der Begriff des Mittelstands ist ein allgemein gebräuchlicher volkswirtschaftlicher Begriff, der kleine und mittlere Unternehmen im Unterschied zu (den Kleinstunternehmen und) den Großunternehmen – bzw. nach Leitung und Verantwortlichkeit des Eigentümers (sog. Familienunternehmen) – beschreibt, ohne eine exakte Abgrenzung vorzunehmen. (...) Die EU-Kommission definiert – zum Zweck der Zuteilung von Fördermitteln – die kleinen und mittleren Unternehmen nach Umsatz und Anzahl der Mitarbeiter: weniger als 250 Mitarbeiter und Jahresumsatz bis 50 Mio. Euro bzw. Bilanzsumme bis 43 Mio. Euro. Dafür, dass in § 97 Abs. 3 Satz 1 GWB der Mittelstandsbegriff nicht in dem gebräuchlichen Sinn zu verstehen ist, sondern eigenständig zu definieren ist, gibt es keine Anhaltspunkte." (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 6.04.2011, 15 Verg 3/11).

Nach diesem engen Mittelstandsbegriff würden große Teile des deutschen Mittelstands von der Regelung nicht erfasst, da der Anbietermarkt in vielen Bereichen – etwa im Handwerk sehr kleinteilig strukturiert ist. Die Durchschnittsgröße eines deutschen Handwerksbetriebs beläuft sich auf unter 10 Mitarbeiter (Quelle: Wirtschaftsbericht 2014, Statistisches Bundesamt, S. 521, im Bereich freiberuflicher Leistungen ebenso, siehe Wirtschaftsbericht 2014, S. 509). Es dominieren in wichtigen Wirtschaftszweigen mithin Kleinstunternehmen. Als solche gelten dabei alle Unternehmen, in denen weniger als 10 Beschäftigte tätig sind und deren Jahresumsatz unter 2 Mill. Euro liegt (die Definition basiert auf einer Empfehlung (2003/361/EG) der Europäischen Kommission vom 6.5.2003).

Dies ist der Grund dafür, dass die überwiegende Auffassung in Richtung eines anderen Modells tendiert, welches den Spezifika des deutschen Anbietermarktes besser gerecht wird.

Ganz anders wird die Vorschrift deshalb etwa vom OLG Düsseldorf ausgelegt. Das Gericht möchte – gerade wegen des Ziels einer wettbewerblichen Vergabe, die – die konkreten Marktverhältnisse berücksichtigt wissen (Beschlüsse vom 21.07.2010, VII Verg 19/10 und vom 21.03.2012, VII Verg 92/11; siehe auch VK Bund, Beschluss vom 04.03.2009, VK 2 – 202/08 sowie Dreher, NZBau 2005, 427 f). Dies soll hinsichtlich der hier noch später zu behandelnden Frage nach der Reichweite der Verpflichtung zur Fachlosvergabe auch zu der Frage gelten, ob sich „für die betreffende Tätigkeit ein eigener Markt herausgebildet" hat (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.01.2012, VII Verg 52/11).

In der Gesamtschau besteht denn auch weitgehend Einigkeit darüber, dass der Mittelstand nur relativ, in Abhängigkeit von der Marktstruktur bestimmt werden kann (im Ergebnis neben dem OLG Düsseldorf auch OLG Schleswig v. 25.1.2013 – 1 Verg 6/12, NZBau 2013, 395, 397; Ehricke, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht) 1. Auflage 2011, GWB § 97 Rn. 83ff; Pünder / Schellenberg, Vergaberecht, 1. Auflage 2011, § 97 Rn. 97; Hattig / Maibaum, Praxiskommentar Kartellvergaberecht, 2. Aufl. 2014, § 97 Rn. 134 ff).

Damit liegt es nahe, auch freiberufliche Leistungen unter den Mittelstandsbegriff der Vorschrift zu subsumieren. Hier ist allerdings zu berücksichtigen, dass das deutsche Vergaberecht die Mittelstandsförderungsregelung in das Regelwerk für freiberufliche Leistungen nicht unmittelbar aufgenommen hat.

Die insoweit vom Wortlaut des GWB und der anderen Vergabeordnungen abweichende Formulierung in § 2 Abs. 4 VOF sieht insoweit vor, dass „kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger angemessen beteiligt werden sollen." Hierin liegt jedoch keine Einschränkung, sondern eine partielle Konkretisierung des Mittelstandsschutzes mit Blick auf die besondere Marktstruktur im Bereich der freiberuflichen Leistungen, welche von „Mikrounternehmen" geprägt ist. Die allgemeinen Vergabegrundsätze des GWB sind als übergeordnete Normen unmittelbar anzuwenden. Das Ziel des Mittelstandsschutzes gilt auch in dem Bereich der freiberuflichen Leistungen (Immenga / Mestmäcker / Dreher, GWB, Stand 2014, § 97 Rn. 135).

Die gebotene Orientierung des Vergleichsmaßstabs an der Marktstruktur führt für den Planungssektor zu dem Ergebnis, dass es auch in diesem Markt erforderlich ist, zwischen unterschiedlich großen Anbietern zu unterscheiden. Sonst wären etwa Architekturbüros nahezu ausnahmslos dem Mittelstand zuzuordnen, was bei bestimmten freiberuflichen Leistungen gar keine Differenzierung mehr erlaubte. Letztlich sind Unternehmen gemeint, die in der Struktur des jeweiligen Beschaffungsmarktes nach Größe, Umsatz, Beschäftigten und Finanzkraft zu den „kleineren" gehören (so zutreffend Pünder / Schellenberg, Vergaberecht, 1. Auflage 2011, § 97 Rn. 97). Eine mangelnde Differenzierung innerhalb eines spezifischen Sektors würde letztlich zu einem Leerlaufen des Mittelstandsförderungsgrundsatzes führen. Aus diesen Gründen ist eine Differenzierung sowohl nach Anbietergröße als auch nach Fachrichtung geboten.

Unter Berücksichtigung der etablierten Marktposition der Innenarchitektinnen und Innenarchitekten ist davon auszugehen, dass auch diese Berufsgruppe unter den Mittelstandsbegriff des § 97 Abs. 3 GWB und damit in den Schutzbereich der Vorschrift fällt und dass sie selbst Adressatin der mittelstandsschützenden Regelungen des GWB ist.

b) Schranken des Mittelstandsförderungsgrundsatzes

Zur Einschätzung der Rechtswirkungen des Mittelstandförderungsgrundsatzes ist vorab darauf hinzuweisen, dass dieser Beschränkungen unterliegt, die sich aus dem Zusammenspiel mit den weiteren im GWB verankerten Vergabegrundsätzen ergeben.

Bei dem Grundsatz zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen handelt es sich um eine Vorgabe des Gesetzgebers, mit der nicht mehr unmittelbar die im Haushaltsrecht wurzelnde beschaffungsrechtliche Zielsetzung des wirtschaftlichen Einkaufs, sondern allgemeine wirtschaftspolitische Ziele verfolgt werden. Der Grundsatz weist daher Konfliktpotenzial insbesondere mit dem Wettbewerbs- und dem Gleichbehandlungsgrundsatz auf. Zumindest vom Gleichbehandlungsgrundsatz sind nach Art. 97 Abs. 2 GWB Abweichungen möglich. Abweichungen vom Wettbewerbsgrundsatz sind demgegenüber ausdrücklich nicht vorgesehen. Das Problem relativiert sich allerdings dadurch, dass die Sätze 2 und 3 des Abs. 3 die Regelung in Satz 1 mit der Verpflichtung zur Losvergabe konkretisieren und der Grundsatz seine Wirkung deshalb in erster Linie im Vorfeld des Vergabeverfahrens im engeren Sinn, nämlich im Stadium der Definition des Auftrags, entfaltet (Leinemann, Das neue Vergaberecht, 2010, S. 16 m.w.N.).

Allerdings hat auch Ausgestaltung des Auftrags Auswirkungen, die vergaberechtlich durchaus relevant sind. Bei der Losvergabe kann es nämlich potentiell zu einer Kollision des Mittelstandsförderungsgrundsatzes mit dem Grundsatz zur wirtschaftlichen Beschaffung kommen, da die Wirtschaftlichkeit von Los- und Gesamtvergaben sich in der Regel unterschiedlich darstellt. Diese Problematik hat der Gesetzgeber jedoch versucht , mit der Ausnahmeregelung in § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB zu lösen, nach der mehrere Lose gemeinsam werden dürfen, wenn technische oder wirtschaftliche Gründe dies erfordern.

Im Ergebnis können Ansprüche aus dem Mittelstandsförderungsgrundsatz daher nur relativ, aber nicht absolut sein. Diese Frage gilt es im Weiteren einer genaueren Prüfung zu unterziehen.

c) Mittelstandsförderungsgrundsatz und Losvergabe

Mit den im Jahr 2009 in § 97 Abs. 3 GWB neu eingefügten Sätzen 2 bis 4 verstärkt der Gesetzgeber das im bisherigen Absatz 3 angelegte Regel-/Ausnahmeverhältnis von losweiser bzw. Gesamtvergabe wegen der Tendenz seitens der Vergabestellen, diese Regel umzukehren. Gleichzeitig zeigt sich aber, dass mit den Vorschriften des Abs. 3 S. 2 und S. 3 keineswegs ein neuer Regelungsansatz in das Vergaberecht eingeführt wurde. Vielmehr ist das nunmehr in diesen Vorschriften zu findende Regel-Ausnahme-Verhältnis bereits von den Gerichten zum früheren Recht entwickelt worden. Nach Satz 2 sind Leistungen grundsätzlich in quantitativer Hinsicht als Teillose und in qualitativer Hinsicht als Fachlose getrennt zu vergeben. Fachlose können unter Umständen auch in weitere Teillose aufzuteilen sein. Ausnahmsweise darf die Vergabestelle von der losweisen Vergabe absehen, wenn sie sich auf „wirtschaftliche oder technische Gründe“ stützen kann (dazu siehe unten d)).

Mit der Neuregelung wurde klargestellt, dass mittelständische Interessen nicht mehr „angemessen“, sondern „vornehmlich“ zu berücksichtigen sind und dass zum anderen die Losvergabe nicht mehr nur prioritäres Mittel zur Umsetzung des Grundsatzes bleiben sollten, sondern dass diese selbst zum Grundsatz erhoben wird. Begründet hat der Gesetzgeber dies wie folgt (BT-Drucks. 16/10117, S. 15):

„Der bisherige § 97 Abs. 3 verpflichtet jeden Auftraggeber bei der Vergabe eines Auftrages oberhalb der EG-Schwellenwerte mittelständische Interessen angemessen zu berücksichtigen. Dies soll bislang

vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose geschehen. Trotz dieser Regelung beklagen mittelständische Unternehmen die vielfach wenig mittelstandsgerechte Ausgestaltung der Auftragsvergaben. Bündelung von Nachfragemacht und Zusammenfassung teilbarer Leistungen seien zunehmende Praxis. Auch scheint die Zunahme elektronischer Beschaffungsformen diese Tendenz zu befördern. Gerade bei der öffentlichen Auftragsvergabe, die vielfach mit einer marktstarken Stellung eines Auftraggebers einhergeht, ist es im Interesse der vorwiegend mittelständisch strukturierten Wirtschaft geboten, auf mittelständische Interessen bei der Ausgestaltung der Vergabeverfahren besonders zu achten, um so die Nachteile der mittelständischen Wirtschaft gerade bei der Vergabe großer Aufträge mit einem Volumen, das die Kapazitäten mittelständischer Unternehmen überfordern könnte, auszugleichen. Die Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 wird daher in ihrer Wirkung verstärkt. Dies soll dadurch verwirklicht werden, dass eine Losvergabe stattzufinden hat. Nur in begründeten Ausnahmefällen kann davon abgewichen werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Verfahren öffentliche Auftraggeber nach dieser Vorschrift, so haben sie aktenkundig zu begründen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. "

Die Vorschrift bringt den mittelständischen Unternehmen ein subjektives Recht auf eine Einteilung eines Auftrags in Lose, soweit eine Aufteilung noch angemessen ist oder nicht überwiegende Gründe für eine einheitliche Auftragsvergabe sprechen[1]. In dem Umfang, in dem § 97 Abs. 3GWB den Auftraggeber zu bestimmten Maßnahmen mit mittelstandsschützendem Charakter zwingt, schränkt er dessen Beschaffungsfreiheit oder Nachfrageautonomie ein. Dies gilt etwa für den Zwang, die Gesamtleistung in einzelnen Tranchen, d. h. Losen nachzufragen. § 97 Abs. 3 GWB ist nicht lediglich ein Programmsatz, zur sondern gehört zu den materiellen Vergaberechtsgrundsätzen, auf deren Einhaltung die Bewerber und Bieter Anspruch haben (herrschende Meinung, siehe nur Immenga/Mestmäcker/Dreher GWB, Stand 2014, § 97 Rn. 121 ff; Loewenheim / Meessen / Riesenkampff / Bungenberg GWB, Stand 2009, § 97 Rn. 35 ff).

aa) Teil- und Fachlose

Zu unterscheiden ist zwischen Teil- und Fachlosen. Die Differenzierung entstammt ursprünglich dem Bauvergaberecht, in dessen Rahmen es hier auch weiterführende Definitionsansätze gegeben hat.

Nach der Legaldefinition in § 5 Abs. 2 Satz 1 VOB/A sind „Bauleistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben". Erläuterungen zu der Frage, wie weit unter den „Fachgebieten" zu differenzieren ist, hat der Deutsche Vertrags- und Vergabeausschuss DVA veröffentlicht. Diese beziehen sich zwar auf Bauleistungen, sind aber gleichwohl wichtig zur Beantwortung der Frage, welche Differenzierungsansätze herangezogen werden. Auf dieser Grundlage ist dann zu beantworten, ob unter einem „Fachgebiet" nur Architektenleistungen generell (d.h. Hochbau + Fachrichtungen) zu verstehen sind oder ob eine weitere Differenzierung geboten ist. Danach sind Fachlose Teile einer nach Art oder Fachgebiet

[1] Unterstreichungen und Hervorhebungen im Text durch den Verfasser.

aufgeteilten Gesamtleistung. Sie enthalten Bauleistungen, die von einem bestimmten Handwerks- oder Gewerbezweig ausgeführt werden. Die Fachgebiete können den Leistungsbereichen (sog. Gewerke) der VOB/C entsprechen. Die Leistungsbereiche sind aber nicht das entscheidende Abgrenzungskriterium für die Fachlose. So ist es z. B. allgemein üblich, Erd-, Maurer-, Beton- und Stahlbetonarbeiten zusammen auszuschreiben, obwohl sie verschiedenen Leistungsbereichen der VOB/C angehören. Fachlose sind vielmehr Bauleistungen, die von einem baugewerblichen Fachzweig erbracht werden. Das Fachlos entspricht damit der Struktur der mit der Ausführung von Bauleistungen befassten Bauunternehmen (vgl. DVA, Erläuterungen zur Zusammenfassung von Fachlosen, Bildung von Teillosen, Stand: 30.08.2000, BauR 2000,1793).

Diesem Definitionsansatz sind die Rechtsprechung und auch die Literatur weitestgehend gefolgt. Zusammenfassend ist hierzu ausgeführt worden: „Bei der Bildung von Fachlosen wird die zur Vergabe anstehende Leistung nach Art oder Fachgebiet, d. h. qualitativ, aufgeteilt. Sie orientiert sich an der Tätigkeitsstruktur der potenziellen Bieterunternehmen unter Berücksichtigung des – auch regional – Üblichen. Von Relevanz ist insoweit auch, ob ein eigener Markt für spezielle Arbeiten existiert“ (OLG Düsseldorf NZBau 2011, 369, 370; OLG Düsseldorf NZBau 2012, 324, 325., Ziekow/Völlink/Ziekow GWB § 97 Rn. 56 a).

Bestätigt wird dieser Art der Auslegung durch die Rechtsprechung. Danach bilden beispielsweise Lärmschutzwandarbeiten bei Straßenbauarbeiten ein abgrenzbares Gewerk. Begründet wird dies damit, dass sich bei Lärmschutzwandarbeiten ein sachlich eigenständiger und nach den Umständen bundesweit abzugrenzender Angebotsmarkt entwickelt hat. Vergaberechtlich gesehen hätten die Lärmschutzwandarbeiten demnach, so dasOLG Düsseldorf, als Fachlos ausgeschrieben werden können (Beschluss vom 25.11.2009 - Az.: VII-Verg 27/09).

Überträgt man diese Rechtsgedanken auf das Verhältnis zwischen Hochbauarchitekten, Innenarchitekten und Landschaftsarchitekten, erschließt sich eine durchaus brauchbare Argumentationsgrundlage für die generelle Forderung nach einer getrennten Vergabe nach Fachrichtung.

bb) Fachlosvergabe versus Bietergemeinschaft

Teilweise ist zum früheren Recht die Auffassung vertreten worden, dem Schutzzweck des Mittelstandsschutzes sei bereits dann Genüge getan, wenn die Vergabestelle den Unternehmen die Möglichkeit einräume, sich als Bietergemeinschaft zu bewerben. Dem ist jedenfalls unter Zugrundelegung des neuen Rechts nicht zu folgen. Nach den Europäischen Vergaberichtlinien haben öffentliche Auftraggeber unabhängig von der Frage einer Losaufteilung Bietergemeinschaften zuzulassen, so dass es sich bei der Zulassung der Bietergemeinschaft nicht um ein besonderes Element zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge handelt. Schließlich spricht gegen eine besondere Berücksichtigung mittelständischer Interessen allein durch die Zulassung von Bietergemeinschaften auch, dass die Bildung solcher Bietergemeinschaften in der Regel einen zusätzlichen zeitlichen und organisatorischen Aufwand

erfordert (...). Nicht selten ist in der Praxis zu beobachten, dass vor dem Hintergrund solcher Schwierigkeiten und den damit verbundenen Kosten sowie wegen gegenläufiger wirtschaftlicher Interessen Bietergemeinschaften bereits in ihrer Gründungsphase scheitern. Diese nicht unerheblichen Probleme, die mit der Bildung einer Bietergemeinschaft für mittelständische Unternehmen einhergehen, sprechen gerade dagegen, anzunehmen, ihre Interessen seien hinreichend gewahrt, wenn der öffentliche Auftraggeber Bietergemeinschaften zulässt. Im Gegenteil wird man die mittelständischen Interessen nur dann „vornehmlich" berücksichtigen, wenn man das Vergabeverfahren so ausgestaltet, dass sie die Wahl haben, sich eigenständig an der Ausschreibung zu beteiligen oder in Form einer Bietergemeinschaft an dem Vergabeverfahren teilzunehmen (Ehricke, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht) 1. Auflage 2011, GWB § 97 Rn. 83 ff).

Dies wurde von der Rechtsprechung teilweise bereits sogar unter weniger strikten Rechtslage vor der Vergaberechtsreform im Jahr 2009 ebenso beurteilt. Die VK Nordbayern hat beispielsweise unterstrichen, dass eine für den Mittelstand angemessene Losteilung durch ein Zulassen von Bietergemeinschaften und der Möglichkeit eines Einsatzes von Nachunternehmen nicht ersetzt werden könne. Mittlere Unternehmen müssten nach dem Normzweck des Abs. 3 (Grundsatz der Losaufteilung) in geeigneten Fällen in die Lage versetzt werden, sich eigenständig zu bewerben (so auch bereits das OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4.3.2004, VII-Verg 8/04). Nach der VK Nordbayern hatte nach § 5 Nr. 1 VOL/A 2006 (a.F. der Regelung zur Losvergabe) der 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 könnten (Beschluss vom 19.5.2009, 21.VK-3194-14/09).

Anders als nach dem anders gefassten § 97 Abs. 3 GWB a. F. kann der Auftraggeber nun erst recht nicht mehr darauf verweisen, er habe den mittelständischen Interessen in anderer Weise als durch Losaufteilung, z. B. durch die Einräumung der Möglichkeit zur Bildung von Bietergemeinschaften oder die Einbeziehung als Nachunternehmer, Rechnung getragen. Die Losaufteilung hat mittelständische Unternehmen vielmehr gerade in die Lage zu versetzen, sich eigenständig und nicht nur in Bietergemeinschaften zu bewerben. Die genannten Überlegungen werden dem Auftraggeber nunmehr durch § 97 Abs. 3 S. 1 GWB n.F. zusätzlich zur Losaufteilung abverlangt (dazu Ziekow/Völlink/Ziekow, GWB, § 97 Rn. 53 f.). Diese Regeln gelten uneingeschränkt im Anwendungsbereich von VOB/A (§ 5 Abs. 2 EG VOB/A) und VOL/A (§ 2 Abs. 2 Sätze 2 und 3 EG VOL/A) sowie unmittelbar im Sektorenbereich, während die Bestimmung in § 2 Abs. 4 VOF, dass kleinere Büroorganisationen (und Berufsanfänger) angemessen beteiligt werden sollen, abweichend gefasst ist (Ziekow/Völlink/Ziekow, GWB, § 97 Rn. 55). Die abweichende Formulierung in der VOF geht darauf zurück, dass die Losvergabe historisch gesehen aus dem Baubereich stammt. Als bestimmender gesetzlich übergeordneter Grundsatz verlangt das Gebot der Losvergabe jedoch eine Auslegung der Regelung der VOF, die dem Grundgedanken dieses Grundsatzes gerecht wird. „Übersetzt" man diesen für den Bereich freiberuflicher Leistungen, ergeben sich eine ganze Reihe von praktischen Umsetzungsmöglichkeiten insbesondere hinsichtlich einer Fachlosvergabe an unterschiedliche Fachrichtungen. Die Vergabe von Generalplanungsverträgen wird damit bereits zu

einer besonders zu begründenden Ausnahme (siehe hierzu Hattig / Maibaum, Kommentar zum Kartellvergaberecht, § 97 Rn. 129).

Diese Überlegung ist auch durchaus auf eine mögliche getrennte Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Hochbau und Innenarchitektur übertragbar. Das gesetzgeberische Ziel, den Mittelstandsschutz zu verbessern, würde verfehlt, wenn eine Übernahme der zu § 97 Abs. 3 GWB a. F. entwickelten Grundsätze das neu eingeführte Stufenverhältnis zwischen Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 einebnen würde. Die vom Gesetzgeber beabsichtigte Verschärfung kommt durch die Verwendung des Begriffs „erfordern" klar zum Ausdruck (dazu Ziekow/Völlink/Ziekow GWB § 97 GWB Rn. 69).

Hiergegen kann auch nicht darauf verwiesen werden, dass nach § 97 Abs. 3 Satz 1 GWB mittelständische Interessen „nur »vornehmlich«" zu berücksichtigen seien, was eine Abwägung der für und gegen eine Losaufteilung sprechenden Gründe impliziere. Die systematische Funktion des § 97 Abs. 3 Satz 1 GWB besteht nicht darin, den Regelungsgehalt des § 97 Abs. 3 Satz 2 abzuschwächen – die diesbezügliche Ausnahmeregelung ist vielmehr in Satz 3 enthalten –, sondern enthält ein zusätzliches Gebot, auch über die Losaufteilung hinaus Möglichkeiten zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen in den Blick zu nehmen.

Die Verpflichtung zur Aufteilung der Leistung in Lose ist damit also als „Mindestanforderung" an den Mittelstandsschutz im Vergaberecht zu verstehen (Ehricke, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), 1. Auflage 2011, GWB § 97 Rn.85).

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass grundsätzlich ein Anspruch auf losweise Vergabe besteht. Die Verweisung auf die Möglichkeit zur Bildung von Bietergemeinschaften ist keine gleichwertige und damit generell zulässige Alternative, sondern lediglich ein Parallelinstrument zur Mittelstandsförderung. Alternativ darf es nur dann ausnahmsweise eingesetzt werden, wenn die gesetzlich zugelassenen Ausnahmen von der Losvergabe Anwendung finden.

cc) Ausnahmen von der Losvergabe

Nach § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB dürfen mehrere Teil- oder Fachlose zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.

Zur Begründung dieser Regelung wurde im Gesetzgebungsverfahren unter anderem Folgendes ausgeführt (BT-Drucks. 16/11428 vom 17.12.2008, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie, 9. Ausschuss):

„Die Losvergabe verlangt keine marktunübliche Trennung der Aufträge in Einzelteile. Die Aufteilung in Fachlose braucht selbstverständlich von vorneherein nur so zu erfolgen, wie dies marktüblich ist. Marktunüblich wäre es beispielsweise, Fenster in Rahmen, Scheiben, Griffe und Beschläge zu trennen. Marktüblich ist die Aufteilung von Autobahnen in Streckenabschnitte. Computer können marktüblich getrennt nach Rechner, Eingabegeräten und Monitor beschafft werden."

Der Gesetzgeber stellt hier also nicht auf die Frage ab, was im Beschaffungsmarkt üblich ist, sondern darauf, was (generell) marktüblich ist. Dies ist völlig konträr zur Vergabepraxis, wo eine eigenständige Ausschreibung von Leistungen aus dem Bereich der Innenarchitektur nur selten vorkommt, obgleich Innenarchitektinnen und Innenarchitekten mit ihren spezifischen Leistungen auf dem Markt präsent und auch etabliert sind.

Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zu § 97 Abs. 3 GWB (Beschluss vom 21.3.2012, VII-Verg 92/11;Beschluss vom 25.11.2009 - VII-Verg 27/09 m.w.N.; s. auch Beschluss vom 08.09.2011 - VII-Verg 48/11, jeweils die Frage einer Fachlosvergabe betreffend) ist von folgenden Grundsätzen auszugehen, die auch hier von Interesse sind:

„Eine Fachlosvergabe hat im Sinn eines an den öffentlichen Auftraggeber gerichteten bieterschützenden und justiziablen vergaberechtlichen Gebots die Regel zu sein. Eine Gesamt- oder zusammenfassende Vergabe darf nach dem Willen des Gesetzgebers nur in Ausnahmefällen stattfinden. Kommt eine Ausnahme aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen in Betracht, hat sich der Auftraggeber in besonderer Weise mit dem Gebot einer Fachlosvergabe und dagegen sprechenden Gründen auseinanderzusetzen. Im Rahmen der dem Auftraggeber obliegenden Entscheidung bedarf es einer umfassenden Abwägung der widerstreitenden Belange, als deren Ergebnis die für eine zusammenfassende Vergabe sprechenden Gründe nicht nur anerkennenswert sein, sondern überwiegen müssen.

Für das Maß eines Überwiegens lassen sich keine allgemeinen Regeln aufstellen. Der mit einer Fachlosvergabe allgemein verbundene Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsmehraufwand sowie ein höherer Aufwand bei Gewährleistungen können eine Gesamtvergabe für sich allein nicht rechtfertigen, weil es sich dabei um einen Fachlosvergaben immanenten und damit typischerweise verbundenen Mehraufwand handelt, der nach dem Zweck des Gesetzes grundsätzlich in Kauf zu nehmen ist.

Grund für eine Gesamtvergabe kann auch sein, eine unwirtschaftliche Zersplitterung der Auftragsvergabe zu vermeiden (vgl. Senat, Beschluss vom 22.10.2009 - VII-Verg 25/09). Je mehr Lose bei der Ausschreibung einer Gesamtmaßnahme gebildet werden, desto größer wird erfahrungsgemäß der Aufwand für die gesonderte Wertung der Angebote, des Vertragsabschlusses sowie die Vertragsdurchführung und desto vielfältiger werden die Schwierigkeiten bei der Koordinierung mit und die Abgrenzung zu den anderen Losen, insbesondere bei der Zuordnung der Gewährleistung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.3.2012, VII-Verg 92/11).“

Der aus einer Losvergabe resultierende Koordinationsaufwand sowie die sich an Schnittstellen ergebenden Risiken sind als wirtschaftliche Aspekte in die Entscheidung über eine ausnahmsweise Gesamtvergabe einzubeziehen. Zwar ist ein gewisser Mehraufwand mit der Aufteilung in Lose fast zwangsläufig verbunden und zugunsten des Vorrangs der Losvergabe hinzunehmen, doch existiert eine Grenze des Zumutbaren. Aus wirtschaftlichen wie technischen Gründen darf es nicht zu einer derartigen Zersplitterung der Leistung kommen, dass eine einheitliche Gesamtleistung nur noch mit unverhältnismäßigem Aufwand herzustellen ist oder die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen unzumutbar erschwert wird. Insgesamt sollen zweckmäßige Lose

gebildet werden – dies ist nicht erreicht, „wo Art und Umfang des Loses unwirtschaftliche Angebote erwarten lassen", VK Nordbayern v. 19.5.2009, 21 VK 3194-13/09, ZfBR 2009, 614 (3. LS).) Die Entstehung einer neuer Schnittstellen bei der getrennten Vergabe von Innenarchitekturleistungen schafft auch keine erheblichen technischen Hindernisse, die unzumutbar wären.

Die Anzahl und die Größe der Lose, in die die Leistung aufgeteilt wird, stehen dem öffentlichen Auftraggeber zwar grundsätzlich frei. Der Zuschnitt muss dabei allerdings immer den sachlichen Gegebenheiten entsprechen und darf nicht gezielt zu einer Ausschaltung bestimmter Unternehmensgruppen führen (Ehricke, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht) 1. Auflage 2011, GWB § 97 Rn.87; VK Bund, Beschl. v. 8. 1. 2004 – VK 1-117/03; VK Bund VergabeR 2002, 72; Willenbruch / Bischoff / Frenz RdNr. 21). Genau dies ist aber der Fall, wenn Innenarchitekturleistungen bei der Ausschreibung als eigenständige Leistungskategorie generell außer Betracht gelassen werden.

Unabhängig von dem Verstoß gegen Abs. 3 S. 1 würde dies zudem auch den Wettbewerb in unzulässiger Weise einschränken. Es ist indes nicht erforderlich, die Anzahl und Größe der Lose stets so zu gestalten, dass sich alle potenziellen Bewerber an dem Ausschreibewettbewerb beteiligen können. Allerdings kann sich im Einzelfall ein solches Erfordernis aus der im Rahmen von Abs. 3 S. 1 geforderten Interessenabwägung zugunsten der Berücksichtigung mittelständischer Interessen ergeben. Der Umstand, dass sich keine oder nur wenige kleine und mittlere Unternehmen auf eine in Lose aufgeteilte Teilleistung bewerben, zeigt für sich genommen allerdings noch nicht, dass der Zuschnitt der Lose gegen Abs. 3 S. 1 verstößt. Abs. 3 gebietet hingegen nicht, dass die Losvergabe so ausgestaltet wird, dass sie zu einer wirtschaftlichen oder technischen Atomisierung von Aufträgen führt (Ehricke, a.a.O.). Von einer derartigen „Atomisierung" kann mein bei der Trennung zwischen Architekturleistungen und Fachrichtungsleistungen sicherlich nicht sprechen.

Auch nach der Vergaberechtsnovelle 2009 steht dem Auftraggeber im Rahmen der Interessensabwägung der Gründe, die für eine Gesamtvergabe sprechen, ein Beurteilungsspielraum zu (vgl. zur alten GWB-Fassung: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. September 2004, Verg 38/04).

Eine Überprüfung dieser Ausnahmegründe kann nur dahingehend stattfinden, ob der Auftraggeber bei seiner Einschätzung die rechtlichen Grenzen des ihm insofern zustehenden Beurteilungsspielraums überschritten hat. Dies wäre dann der Fall, wenn der Auftraggeber bei seiner Entscheidung mittelständische Interessen gänzlich unberücksichtigt gelassen, ihr einen unzutreffenden Sachverhalt zugrunde gelegt oder sachwidrige Erwägungen in seine Überlegungen hätte einfließen lassen. (...) Zwar können aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen bestehende Schwierigkeiten, die nach Art und Ausmaß typischerweise, also nicht bezogen auf das konkrete Projekt, mit der Vergabe von Fachlosen verbunden sind, eine Gesamtvergabe nicht rechtfertigen. An sich plausible Gründe, wie etwa die reine Entlastung des Auftraggebers von der Koordinierung, der Vorzug nur einen Vertragspartner zu haben oder die einfachere Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen sind nicht geeignet, einen Ausnahmefall zu begründen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.7.2007, Verg 10/07; VK Bund vom 4.11.2009, VK 3-190/09; Kus, in: Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, 2. Aufl., § 97 Rn. 84;weitere Nachweise bei Hattig / Maibaum, Praxiskommentar Kartellvergaberecht, § 97 Rn. 140 ff).

In diese Richtung tendiert auch die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 21.3.2012, VII-Verg 92/11): „Der Maßstab der rechtlichen Kontrolle ist beschränkt. Die Entscheidung des Auftraggebers ist von den Vergabenachprüfungsinstanzen nur darauf zu überprüfen, ob sie auf vollständiger und zutreffender Sachverhaltsermittlung und nicht auf einer Fehlbeurteilung, namentlich auf Willkür, beruht. Dabei ist von den Vergabenachprüfungsinstanzen auch zu beachten, dass das Vergaberecht nicht nur Bieterechte eröffnen, sondern auch eine wirtschaftliche Leistungsbeschaffung gewährleisten soll. Der öffentliche Auftraggeber als Nachfrager hat durch seine Ausschreibungen nicht bestimmte Märkte oder Marktteilnehmer zu bedienen. Vielmehr bestimmt allein der Auftraggeber im Rahmen der ihm übertragenen öffentlichen Aufgaben den daran zu messenden Beschaffungsbedarf und die Art und Weise, wie dieser gedeckt werden soll. Am Auftrag interessierte Unternehmen haben sich darauf einzustellen. Nicht aber hat der öffentliche Auftraggeber - abweichend von den allgemeinen Gepflogenheiten - Ausschreibungen so zuzuschneiden, dass sich bestimmte Unternehmen - auch wenn dies für sie von wirtschaftlichem Vorteil ist - daran beteiligen können."

Die Frage nach den Grenzen des Beurteilungsspielraums hinsichtlich der ausnahmsweisen Gesamtvergabe bedarf hier also einer genaueren Untersuchung.

Wie der bereits oben zitierten Rechtsprechung zu entnehmen ist, setzt ein Abweichen von der Losvergabe eine besondere Rechtfertigung des Auftraggebers im Hinblick auf überwiegende wirtschaftliche oder technische Gründe voraus (so auch Immenga / Mestmäcker/ Dreher, GWB, Stand 2014, § 97, Rn. 136).

Bei diesem Nachweis darf sich die Vergabestelle nicht auf die allgemeine Angabe von Vorteilen oder auf ebenso allgemeine Zweckmäßigkeitserwägungen beschränken. Sie muss den Ausnahmefall vielmehr einzelfallbezogen begründen. Dem muss eine ebenso einzelfallbezogene Abwägung der Nachteile des Auftraggebers bei einer Losvergabe des konkreten Auftrags mit den nachteiligen Auswirkungen seiner Losvergabe auf den Mittelstand vorhergehen. Die Abwägung hat im Lichte der Losvergabe als Regel und der Gesamtvergabe als Ausnahme zu erfolgen.

Die Gründe, die im Ergebnis für eine Gesamtvergabe sprechen, wurden schon vor der Reform des § 97 Abs. 3 im Jahr 2009 teilweise, aber zu Unrecht unter Berufung auf den Wortlaut der Vergabe- und Vertragsordnungen, die § 97 Abs. 3 allerdings nicht modifizieren konnten, auf lediglich „vertretbare" Gründe reduziert. Dies ist heute, nach der Neufassung des § 97 Abs. 3 GWB mit der Akzentuierung des Mittelstandsschutzes erst recht nicht mehr akzeptabel. Maßgeblich ist daher, dass die Gesamtvergabe als Ausnahme von der Regel der Losvergabe nur zulässig ist, wenn dafür überwiegende Gründe sprechen. Denn nur in diesem Fall „erfordern" die Gründe eine Gesamtvergabe i. S. v. § 97 Abs. 3 Satz 3GWB. Gründe für oder gegen eine Gesamt- bzw. Losvergabe lassen sich in jedem Fall finden. Dass wirtschaftliche oder technische Gründe eine Gesamtvergabe erfordern, ohne dass sich Gegengründe geltend machen lassen, ist kaum vorstellbar. Und auch das Tatbestandsmerkmal „erfordern" in § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB bezieht sich ausdrücklich auf das Tatbestandsmerkmal „Gründe". Ersteres prägt letzteres dann konsequent durch die Vorgabe des Begründungsniveaus in Form des Überwiegens. In Betracht kommt ein Abweichen von der Losvergabe, wenn überwiegende wirtschaftliche oder technische Gründe dies rechtfertigen.

So kann die zusammenfassende Wertung eines Angebots auf mehrere Lose zu einem wirtschaftlicheren Angebot führen oder können die technischen Besonderheiten eines Auftrags bei getrennter Vergabe Sicherheitsrisiken bzw. zusätzlichen erheblichen Aufwand bei Interpretation unterschiedlicher IT-Komponenten mit sich bringen. Dagegen ist der Hinweis auf zusätzliche Koordinationsschwierigkeiten und Mehraufwand im Verwaltungsbereich der Vergabestelle bei der Einzellosvergabe – auch im Zusammenhang mit einem bestimmten Termindruck für die Ausführung der Leistung – schon deshalb im Regelfall unerheblich, weil § 97 Abs. 3 GWB und das europäische Vergaberecht diese aus Gründen des Mittelstandsschutzes hinnehmen. (...) Nicht zu beanstanden ist hingegen, wenn der Auftraggeber wegen des geringen Umfangs eines bestimmten Teilauftrags aus wirtschaftlichen Gründen von einer überdies marktunüblichen Aufteilung in weitere Lose absieht (Loszersplitterung). (...) Vereinzelt wurde angenommen, eine Ausnahme von der Losvergabe lasse sich mit dem Vorteil einer einheitlichen Gewährleistung begründen. Der Auftraggeber könne den Nachweis eines Mangels „erheblich leichter führen, wenn in dem fraglichen Gewerk nur ein Auftraggeber tätig war." Dieser Nachteil ist der Losvergabe, die von § 97 Abs. 3 GWB im Interesse des Mittelstands beabsichtigt ist, jedoch immanent. Die leichtere Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen stellt daher keine Rechtfertigung für ein Abweichen von der Losvergabe dar. Ausnahmsweise kommt eine Gesamtvergabe aber dann in Betracht, wenn die Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen über den typischen Mehraufwand bei der Losvergabe hinausgehend, im Sinne einer wirtschaftlichen Unverhältnismäßigkeit erheblich erschwert ist (Ehricke a.a.O.,Rn. 152ff).

Eine tatbestandsimmanente Beschränkung des Gebots, wenn „die Aufteilung der Leistung schlichtweg praxisfern wäre", ist § 97 Abs. 3 GMB nicht zu entnehmen. Auf die zu § 97 Abs. 3 GWB a. F. entwickelten Grundsätze kann allerdings hinsichtlich der Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen des Vorliegens wirtschaftlicher oder technischer Gründe zurückgegriffen werden: Wirtschaftliche Gründe, die eine Abweichung vom Grundsatz der losweisen Vergabe zu tragen vermögen, liegen vor, wenn eine Aufteilung in Lose zu einer unverhältnismäßigen Verteuerung der Gesamtleistung oder einer deutlichen Verzögerung des Gesamtvorhabens führen würde. Die vom OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 25.11.2009 vorgenommene Relativierung, es genügten auch einfache Kostennachteile oder Verzögerungen, wenn sie in einer Interessenabwägung die mit einer Losaufteilung erzielbaren Vorteile überwiegen, war schon nach § 97 Abs. 3 GWB a. F. problematisch und ist jedenfalls auf die vom Gesetzgeber bewusst zugunsten einer Losaufteilung und zu Lasten der Entscheidungsspielräume des öffentlichen Auftraggebers vorgenommene Verschärfung durch die Neufassung der Mittelstandsklausel nicht übertragbar (Ziekow / Völlink / Ziekow GWB § 97 Rn.55, 65 ff).

Nicht außer Acht gelassen werden darf allerdings, dass dieser Grundsatz der Losvergabe seinerseits mit dem Grundsatz der wirtschaftlichen Beschaffung in Art. 97 Abs. 5 GWB in Einklang gebracht werden muss. Bereits die frühere Rechtsprechung liefert hierfür zumindest Orientierungspunkte. Dass insofern auch nach der neuen Rechtslage durchaus noch Spielraum für die Zusammenfassung von Losen besteht, zeigt eine Entscheidung der VK Saarland (vom 7.9.2009, 3 VK 01/2009), die hierzu Folgendes ausführt:

„§ 97 Abs. 3 GWB soll (in der ab 24.4.2009 gültigen Fassung) durch seine Neuformulierung grundsätzlich den Mittelstand stärken, bedarf aber der Auslegung und einer praktischen Anwendung bezogen auf das konkrete Ausschreibungsprojekt: Der in § 97 Abs. 3 Satz 2 GWB vorgesehene Zwang zur losweisen Vergabe kollidiert mit § 97 Abs. 5 GWB. Primäres Ziel der öffentlichen Beschaffung ist der wirtschaftliche Einkauf der öffentlichen Hand und die sparsame Verwendung von Steuergeldern. Die Aufteilung in Fachlose braucht von vorneherein nur zu erfolgen, wenn dies marktüblich ist. Die Gesamtvergabe kann von Anfang an ins Auge gefasst werden, wenn berechtigte wirtschaftliche und technische Gründe dafür sprechen. Der Grundsatz des Mittelstandschutzes und der Chancengleichheit kleinerer Unternehmen stößt da an seine Grenzen, wo der öffentliche Auftraggeber zumindest solche eigenen Interessen nicht zu opfern braucht, die er nur in Gestalt einer Gesamtvergabe zu erreichen vermag. Der Auftraggeber hat dabei die Interessen des Mittelstands mit seinem eigenen Interesse an einer wirtschaftlichen Vergabe abzuwägen.

Dem Bieter steht danach kein absoluter Anspruch auf losweise Vergabe zu; er hat lediglich einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber von dem ihm auf Grund der Allgemeinen Grundsätze des § 97 GWB eingeräumten Beurteilungs- und Ermessensspielraum in ermessensfehlerfreier Weise Gebrauch macht. Bei der Beurteilung der Vorschrift des § 97 Abs. 3 GWB sind nach der VK Bund (Beschluss vom 4.11.2009, VK 3-190/09) auch parallel stattfindende weitere Ausschreibungsverfahren zu beachten, sofern diese gemeinsam mit dem streitgegenständlichen Verfahren der Realisierung eines Gesamtvorhabens dienen.

Auf der anderen Seite kann aber festgehalten werden, dass im konkreten Fall gewichtige Gründe vorliegen müssen, wenn eine Abweichung vom Grundsatz der Losvergabe erfolgen soll. Die Vergabestelle hat sich bei ihrer Entscheidung auch damit auseinanderzusetzen, ob und inwieweit die Belange des Mittelstands zu beachten sind. Fehlerhaft sind jedenfalls Entscheidungen der Vergabestelle, in denen eine derartige Auseinandersetzung gänzlich unterblieben ist.

dd) Separate Ausschreibungen für Leistungen aus dem Bereich Innenarchitektur: Wirtschaftlichkeitserwägungen

Einer getrennten Vergabe eines Fachloses „Innenarchitekturleistungen“ könnten möglicherweise wirtschaftliche Gründe im Sinne des § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB entgegenstehen. Unwirtschaftlich ist eine Losvergabe insb. dann, wenn dies zu einer spürbaren Verteuerung des Gesamtauftragszur führt und damit dem Gesamtziel des Vergaberechts, wirtschaftlich zu beschaffen, zuwider läuft (Pünder / Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB, 1. Auflage 2011, Rn. 102).

Problematisch ist insofern die „Rabattklausel“ des § 37 Abs. 2 HOAI. Grundsätzlich sind zwar Honorare für unterschiedliche Objekte im Sinne des § 2 Abs. 1 HOAI i.V.m. § 11 Abs. 1 HOAI getrennt zu berechnen. Gebäude und Innenräume sind in § 2 Abs. 1 HOAI auch als eigenständige Objekte aufgeführt. Werden jedoch Grundleistungen für Innenräume in Gebäuden, die neu gebaut, wiederaufgebaut, erweitert oder umgebaut werden, einem Auftragnehmer übertragen, dem auch Grundleistungen für dieses Gebäude nach § 34 übertragen werden, so sind die Grundleistungen für

Innenräume im Rahmen der festgesetzten Mindest- und Höchstsätze bei der Vereinbarung des Honorars für die Grundleistungen am Gebäude zu berücksichtigen. Ein gesondertes Honorar nach § 11 Absatz 1 darf für die Grundleistungen für Innenräume nicht berechnet werden. Dies führt im Ergebnis zu einem geringeren Honorar gegenüber der Einzelvergabe von Fachlosen „Architekturleistungen" und „Innenarchitekturleistungen".

Legt man für den Vergleich einer separaten und einer gemeinsamen Berechnung von Leistungen Gebäude und Innenräume die einschlägige Honorartafel des § 35 HOAI zu Grunde, ergeben sich dabei Honorarunterschiede, die deutlich unter 5% liegen. Mit Blick auf die Gesamtplanungskosten fällt der Honorarunterschied mithin gering aus. Dazu kommt, dass bei einer Gesamtvergabe der Leistungen aus den Bereichen Hochbauplanung und Innenarchitektur eine Kostenerhöhung stattfinden soll, die diesen Unterschied noch weiter relativiert, wie sich aus der Amtlichen Begründung zu der Neufassung der Vorschrift im Jahr 2013 zeigt:

„In § 37 Absatz 2 wird die Regelung des § 25 Absatz 1 HOAI 2002 wieder aufgenommen. Die Regelung dient der Klarstellung, dass der Grundsatz der getrennten Honorarberechnung des § 11 Absatz 1 Satz 1 auch dann nicht greift, wenn derselbe Auftragnehmer für ein Objekt sowohl Gebäude- als auch Innenraumleistungen erbringt. Durch diese Regelung soll eine Mehrfachhonorierung vermieden werden. Die erhöhten Anforderungen sind im Rahmen der für die Grundleistungen am Gebäude festgesetzten Mindest- und Höchstsätze zu berücksichtigen." (Bundesratsdrucksache 334/13 vom 25.04.13).

Eine unzumutbare Kostenerhöhung, die mit Blick auf den ebenfalls zu berücksichtigenden Wirtschaftlichkeitsgrundsatz eine separate Ausschreibung der Leistungen aus dem Bereich Innenarchitektur per se ausschließen würde, ist hier deshalb nicht gegeben.

2. Der Grundsatz der Losvergabe im Europäischen Recht

Nach der Neufassung des EU-Vergaberechts findet sich nun auch in der Vergaberichtlinie 24/14/EU (Amtsblatt der Europäischen Union L 94/79 vom.28.3.2014) eine Vorschrift zur Losvergabe. Nach Artikel 46 unterliegt nach der Neufassung der Richtlinie, die bis zum 18. April 2016 in Deutsches Recht umzusetzen ist, eine Begründungspflicht bei einer Abweichung vom Gebot der Losvergabe. Zur Begründung wird in den Erwägungsgründen (EG 78 f) folgendes ausgeführt:

„Die öffentliche Vergabe sollte an die Bedürfnisse von KMU angepasst werden. Den öffentlichen Auftraggebern sollte empfohlen werden, auf den Leitfaden für bewährte Verfahren zurückzugreifen, der im Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen vom 25. Juni 2008 mit dem Titel „Europäischer Leitfaden für bewährte Verfahren zur Erleichterung des Zugangs kleiner und mittlerer Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen" wiedergegeben ist und Vorgaben enthält, wie sie die Vergabevorschriften so anwenden können, dass die Beteiligung von KMU erleichtert wird. Zu diesem Zweck und um den Wettbewerb zu stärken, sollten öffentliche Auftraggeber insbesondere ermutigt

werden, große Aufträge in Lose zu unterteilen. Eine solche Unterteilung könnte auf einer quantitativen Grundlage erfolgen, so dass die Größe der Einzelaufträge jeweils der Kapazität der kleineren oder mittleren Unternehmen besser entspricht, oder auf einer qualitativen Grundlage gemäß den verschiedenen involvierten Gewerken und Spezialisierungen, so dass der Inhalt der Einzelaufträge stärker an die Fachsektoren der KMU angepasst wird, oder gemäß den unterschiedlichen aufeinander folgenden Projektphasen.

Die Größe und der Gegenstand der Lose sollten durch den öffentlichen Auftraggeber frei bestimmt werden, dem es — im Einklang mit den einschlägigen Regeln zur Berechnung des Schätzwerts der Beschaffung — auch gestattet sein sollte, einige der Lose ohne Anwendung der Verfahren dieser Richtlinie zu vergeben. Der öffentliche Auftraggeber sollte zur Prüfung der Frage verpflichtet sein, ob die Aufteilung von Aufträgen in Lose sinnvoll ist, wobei es ihm freistehen soll, darüber selbständig zu entscheiden und seine Entscheidung nach eigenem Ermessen zu begründen, ohne dass er einer administrativen oder gerichtlichen Kontrolle untersteht. Entscheidet der öffentliche Auftraggeber, dass eine Unterteilung des Auftrags in Lose nicht sinnvoll wäre, so sollten im Vergabevermerk oder in den Auftragsunterlagen die Hauptgründe für die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers angegeben werden. Derartige Gründe könnten beispielsweise sein, dass eine Aufteilung nach Auffassung des öffentlichen Auftraggebers den Wettbewerb beschränken könnte oder mit der Gefahr verbunden wäre, dass die Ausführung des Auftrags technisch übermäßig erschwert oder kostspielig würde, oder dass mit der Notwendigkeit zur Koordinierung der verschiedenen Auftragnehmer für die Lose die ernsthafte Gefahr einer Untergrabung der sachgerechten Ausführung des Auftrags verbunden sein könnte.

Es sollte den Mitgliedstaaten überlassen bleiben, in ihren Bemühungen um Förderung der Teilnahme von KMU am öffentlichen Beschaffungsmarkt hierüber noch hinauszugehen, indem sie den Geltungsbereich der Verpflichtung zur Prüfung der Frage, ob eine Aufteilung von Aufträgen in Lose sinnvoll ist, dadurch auf kleinere Aufträge ausdehnen, dass sie öffentliche Auftraggeber verpflichten, die Entscheidung, Aufträge nicht in Lose aufzuteilen, zu begründen, oder dass sie eine Aufteilung in Lose unter bestimmten Bedingungen verbindlich vorschreiben. Zu demselben Zweck sollte es Mitgliedstaaten auch freistehen, Direktzahlungen an Unterauftragnehmer vorzusehen.

Werden Aufträge in Lose unterteilt, so sollten die öffentlichen Auftraggeber beispielsweise zur Wahrung des Wettbewerbs oder zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit die Zahl der Lose, für die ein Wirtschaftsteilnehmer ein Angebot unterbreiten kann, begrenzen dürfen; ebenso sollten sie die Zahl der Lose begrenzen dürfen, die an einen einzigen Bieter vergeben werden können.

Wenn die öffentlichen Auftraggeber jedoch verpflichtet wären, den Auftrag auch dann Los für Los zu vergeben, wenn dadurch wesentlich ungünstigere Lösungen im Vergleich zu einer gemeinsamen Vergabe mehrerer oder aller Lose akzeptiert werden müssten, so könnte sich dies negativ auf das Ziel auswirken, den Zugang der KMU zu öffentlichen Aufträgen zu erleichtern. Sofern die Möglichkeit der Anwendung einer solchen Methode vorab deutlich genannt worden ist, sollten öffentliche Auftraggeber daher eine vergleichende Bewertung der Angebote durchführen dürfen, um festzustellen, ob die Angebote eines bestimmten Bieters für eine bestimmte Kombination von Losen die Zuschlagskriterien, die gemäß dieser Richtlinie festgelegt worden sind, in Bezug auf diese Lose als

Ganzes besser erfüllen als die Angebote für die betreffenden einzelnen Lose für sich genommen. Ist dies der Fall, so sollte es dem öffentlichen Auftraggeber gestattet sein, dem betreffenden Bieter einen Auftrag in Kombination der betreffenden Lose zu erteilen. Es sollte klargestellt werden, dass öffentliche Auftraggeber bei einer solchen vergleichenden Bewertung zunächst ermitteln sollten, welche Bieter die festgelegten Zuschlagskriterien für jedes einzelne Los am besten erfüllen, um dann einen Vergleich mit den Angeboten eines einzelnen Bieters für eine bestimmte Kombination von Losen zusammengenommen anzustellen."

Über die Regelung in § 97 Abs. 3 GWB geht dieser Ansatz zwar nicht hinaus, stärkt letztlich aber den im deutschen recht bereits – auch in Form einer generellen Pflicht zur Losvergabe – bereits enthaltenen Mittelstandsförderungsgrundsatz.

3. Die Neufassung des deutschen Vergaberechts

Die Reform des europäischen Vergaberechts zieht automatisch eine Überarbeitung des deutschen Vergaberechts nach sich. Im zur anstehenden Vergaberechtsreform verabschiedeten Eckpunktepapier der Bundesregierung (Kabinettsbeschluss vom 7. Januar 2015) heißt es hierzu mit Blick auf den Schutz des Mittelstands unter Punkt „7. Mittelstandsfreundliche Vergabe gewährleisten":

„Ein wichtiges Ziel der EU-Vergabemodernisierung ist es, für kleine und mittlere Unternehmen den Zugang zu öffentlichen Aufträgen zu erleichtern. Bei der Ausgestaltung der Vergabeverfahren liegt es im Interesse unserer Wirtschaft, mittelständische Interessen besonders zu beachten. Hohe Auftragsvolumina und unangemessene Anforderungen an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit können kleine und mittlere Unternehmen im Vergabeverfahren überfordern. Wir wollen den im GWB verankerten Grundsatz beibehalten, wonach Aufträge verpflichtend in Lose aufzuteilen sind. Kleinen und mittleren Unternehmen soll der Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erleichtert werden. Soweit ein Mindestumsatz zum Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verlangt wird, werden wir dafür eine Höchstgrenze setzen.

Den Erfordernissen bei der Vergabe von freiberuflichen Dienstleistungen, wie etwa den bestehenden Honorarregeln und der Bedeutung qualitativer Kriterien bei der Bewertung von Angeboten, werden wir Rechnung tragen. Auch kleinere Büros und Neueinsteiger müssen eine reale Chance haben, Aufträge zu erhalten."

Dieser Beschluss der Bundesregierung bietet prospektiv Möglichkeiten zum „Andocken" mit Forderungen zu einer stärkeren Berücksichtigung der Fachrichtung Innenarchitektur.

IV. Ergebnis

Im Ergebnis lässt sich ein Anspruch auf eine getrennte Vergabe von Leistungen aus den Bereichen Architektur und Innenarchitektur bereits aus dem derzeit geltenden Vergaberecht ableiten.

Ebenfalls zulässig, wenn auch mit Blick auf den Grundsatz der Fachlosvergabe nicht unbedingt ausreichend, ist die Zulassung von entsprechenden Bietergemeinschaften.

Die systematische und regelmäßig unreflektierte Ausgrenzung des Berufsstands der Innenarchitektinnen und Innenarchitekten aus der öffentlichen Auftragsvergabe stellt sich als vergaberechtlich unzulässig dar.

Berlin, den 1. März 2015

Thomas Maibaum