

# Einführung

## I. Ausgangslage

Die ökonomische Bedeutung öffentlicher Vergaben ist enorm. In der 1998 veröffentlichten Ausgabe des Binnenmarktanzeigers schätzte die Europäische Kommission den Umfang öffentlicher Aufträge auf mehr als 720 Mrd. ECU jährlich.<sup>1</sup> Dies entsprach in etwa 11 Prozent des damaligen BIP der EU. Schätzungen aus dem Jahr 2015 gehen von einer Steigerung dieser Werte auf 2 bis 2,4 Billionen Euro aus.<sup>2</sup>

Obwohl 99,8 Prozent aller Unternehmen in Europa dem Mittelstand angehören und somit von essentieller Bedeutung für den europäischen Binnenmarkt sind, wurden zwischen 2009 und 2011 nur rund 55 Prozent der öffentlichen Aufträge über dem Schwellenwert an mittelständische Unternehmen vergeben.<sup>3</sup> Der Schutz und die Förderung des Mittelstandes sind jedoch elementare Bestandteile der europäischen Vergabestrategie und als solche ebenfalls im nationalen Recht verankert.<sup>4</sup> So heißt es in §97 Abs. 4 S. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB):

„Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen.“

Die in der Norm verwendeten Ausdrücke werfen eine Reihe von Fragen auf, die bisher nur unzureichend beantwortet wurden.

## II. Mit der Arbeit verfolgte Ziele

Die Ziele der Arbeit lassen sich verschiedenen Ebenen zuordnen. Zentrales Ziel der Arbeit ist, den Bedeutungsgehalt der Ausdrücke „Mittelständische Interessen“, „Vergabe öffentlicher Aufträge“ und „sind [...] vornehmlich zu berücksichtigen“ zu bestimmen. Das erste Teilziel besteht in der Benennung der einzelnen Tatbestandsmerkmale. Das zweite Teilziel besteht darin, anhand des Wortsinns, der Systematik, der Historie oder des Normzwecks des § 97 Abs. 4 S. 1 GWB mittelständische Unternehmen durch geeignete Kriterien zu charakterisieren und sie von Großunternehmen abzugrenzen. Bestehende Definitionsansätze aus Literatur und Rechtsprechung sind miteinzubeziehen. Im Zuge dessen ist ebenfalls zu klären, ob sich mittelständische Unternehmen nach unten zu Kleinunternehmen abgrenzen lassen. Eine Unterfrage ist, ob und inwiefern die Begriffe „mittelständische Unternehmen“ und „kleine und

---

<sup>1</sup> Mitteilung der Kommission– Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union vom 11.03.1998.

<sup>2</sup> Frenz, Vergaberecht EU und national, S. 1.

<sup>3</sup> Gunnar Wessel Thomassen et al., (S. 5).

<sup>4</sup> Rosenkötter, Schnelleinstieg in das neue Vergaberecht, S. 16.

mittlere Unternehmen“ (KMU) synonym verwendet werden können. Das dritte Teilziel ist die Beantwortung der Frage, wie sich Interessen mittelständischer Unternehmen im Kontext der Vergabe öffentlicher Aufträge definieren lassen. Das nächste Teilziel der Arbeit besteht darin, den genauen Bedeutungsgehalt der vornehmlichen Berücksichtigung zu erarbeiten. Dabei besteht ein Unterziel in der Untersuchung der Bedeutung des Begriffs „vornehmlich“. Im Anschluss ist zu prüfen, ob und inwiefern eine solche vornehmliche Berücksichtigung mit den anderen vergaberechtlichen Vorschriften in Konflikt gerät.

Von der Untersuchung ausgeschlossen ist die Frage nach der Sinnhaftigkeit der losweisen Vergabe. Sie wird vom Gesetzgeber in § 97 Abs. 4 S. 2 GWB als das primäre Mittel zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen genannt. Zur Beantwortung dieser Frage sind tiefergehende baubetriebliche Überlegungen anzustellen, welche den Rahmen dieser Arbeit überträfen. Die Arbeit konzentriert sich vielmehr auf die juristische Auslegung von § 97 Abs. 4 S. 1 GWB.

### **III. Methodische Überlegungen und Gang der Arbeit**

Rechtsnormen bedürfen aufgrund ihrer sprachlichen Vielschichtigkeit und Komplexität häufig einer Auslegung, um ihren Bedeutungsgehalt bestimmen zu können. Zu diesem Zweck wird streng rechtssystematisch mit Hilfe der juristischen Auslegungsregeln herausgearbeitet, was die einzelnen Tatbestandsmerkmale in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB bedeuten. In Anlehnung an die klassische Methodenlehre, wird in der vorliegenden Arbeit über eine grammatikalische, eine systematische und eine historische Auslegung der Sinninhalt herausgearbeitet. Ergänzend werden teleologische Auslegungsansätze herangezogen. Auch wenn die vornehmliche Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB eine vergaberechtliche Vorschrift darstellt, handelt es sich in der Sache nicht um ein ausschließlich rechtliches Problem. Wesentliche Ursachen hierfür sind die Unbestimmtheit des in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB verwendeten betriebs- und volkswirtschaftlichen Begriffs des Mittelstandes sowie fehlende Vorgaben wie deren Interessen zu definieren sind. Erschwerend kommt die Frage hinzu, ob die losweise Vergabe nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB mittelständischen Interessen dienlich ist. Eine Beantwortung dieser Frage setzt tiefergehende baubetriebliche Kenntnisse voraus und geht über das Ziel dieser Arbeit hinaus. Im Mittelpunkt dieser Arbeit steht daher vielmehr die Interpretation von § 97 Abs. 4 S. 1 GWB.

Die Arbeit beginnt in Abschnitt A mit einer Realanalyse. Die in der Einleitung der Arbeit in Kürze bereits thematisierte Ausgangslage wird durch Darstellung der Bedeutung mittelständischer Unternehmen weiter ausgeführt. Es wird unterschieden in Bedeutung mittelständischer Unternehmen im volkswirtschaftlichen Kontext (A.I) und in die Bedeutung mittelständischer Unternehmen im Vergabewesen (A.II). Mittelstand wird dabei zunächst den

entsprechenden Quellen nach verstanden. Eine kritische Auseinandersetzung mit dem Begriff erfolgt im Rahmen der weiteren Arbeit. Darüber hinaus wird in A.III bis A.VII die für das weitere Verständnis der Arbeit notwendigen Kenntnisse vermittelt. Dazu gehören Kenntnisse über den Begriff, die Struktur und die Historie des Vergaberechts, über die Rechtsnatur des zugrundeliegenden Rechtsgebiets, über die verschiedenen Vergabearten und Kenntnisse über den Ablauf des Vergabeverfahrens. Die Realanalyse endet mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse.

Mit Abschnitt B beginnt der Hauptteil der Arbeit. Zentrales Ziel der Arbeit ist es, den Bedeutungsgehalt der Ausdrücke „Mittelständische Interessen“, „Vergabe öffentlicher Aufträge“ und „sind [...] vornehmlich zu berücksichtigen“ zu bestimmen. Diese drei Ausdrücke sind zunächst als die zu untersuchende Tatbestandsmerkmale von § 97 Abs. 4 S. 1 GWB zu benennen. Die Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale erfolgt streng hierarchisch. Eine solche Auslegung beginnt mit der Interpretation des Wortlauts, auch sprachlich-grammatikalische Auslegung genannt. Die Interpretation des Wortlauts ist immer dann von Bedeutung, wenn ein Teil des Sachverhaltes nicht vollständig unter einen bestimmten Begriff der Norm subsumiert werden kann.<sup>5</sup> Auf die sprachlich-grammatikalische Auslegung folgt die systematische Auslegung. Sie betrachtet das Verhältnis von § 97 Abs. 4 S. 1 GWB zu den anderen Normen. Der Aufbau der Norm, die Überschrift des Abschnittes unter den die Norm zu finden ist und ihre Stellung zu den benachbarten Vorschriften können Hinweise darauf sein, wie der Gesetzgeber seine Regelung verstanden haben möchte.<sup>6</sup> An die systematische Auslegung schließt, falls notwendig, die historisch-genetische Auslegung von § 97 Abs. 4 S. 1 GWB. Sofern auch nach der historisch-genetischen Auslegung kein abschließendes Ergebnis vorliegt, wird die Interpretation auf den Normzweck ausgeweitet. Grundsätzlich ist bei der teleologischen Interpretation zwischen dem objektiven und dem subjektiven Ansatz zu unterscheiden. Im Kern will der objektive Ansatz, anstatt den Willen des historischen Gesetzgebers, den des Gesetzes ermitteln und muss sich also objektiven Ziel- und Gerechtigkeitsvorstellungen, anstatt an den persönlichen derer, die am Gesetzesbeschluss beteiligt waren, bedienen.<sup>7</sup> Somit kann das Gesetz andere Bedeutungen als die, an die die Verfasser gedacht haben, annehmen, womit eine objektive und damit vielleicht andere Bedeutung rechtlich maßgeblich würde.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, S. 64.

<sup>6</sup> Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, S. 66.

<sup>7</sup> Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 22.

<sup>8</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 35.

Die Auslegung des ersten Tatbestandsmerkmals „Mittelständische Interessen“ erfolgt in B.I. Sie beginnt mit der wörtlichen Auslegung der zwei Ausdrücke „mittelständische“ und „Interessen“. Es wird zunächst angestrebt, deren Bedeutung über ein Bedeutungswörterbuch wie den Duden zu erschließen. Durch eine wörtliche Interpretation des Mittelstandsbegriffs kann zunächst konkretisiert werden, wessen Interessen nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB bei der Vergabe öffentliche Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen sind (B.I.1.b). Die wörtliche Auslegung des Begriffs „Interessen“ erfolgt in B.I.1.c. Im Rahmen der systematischen Auslegung wird zunächst das nähere Umfeld von § 97 Abs. 4 S. 1 GWB betrachtet. Dazu gehören die weiteren Sätze von § 97 Abs. 4 GWB, die weiteren Absätze von § 97 GWB und die weiteren Regelungen des GWB. Anschließend wird das weitere Umfeld der Norm untersucht. Dazu gehören die untergesetzlichen und landesrechtlichen Vorschriften wie die Mittelstandsrichtlinie der Bundesregierung von 1976 (B.I.2.c) und die Mittelstandsförderungsgesetze der Bundesländer (B.I.2.d). Darüber hinaus wird der Mittelstands begriff auf europarechtlicher Ebene untersucht, indem auf die Empfehlung der Europäischen Kommission vom 6.5.2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen eingegangen wird (B.I.2.e). Die Definition der europäischen Kommission ist gemäß Art. 288 Abs. 5 AEUV nicht rechtlich bindend. Eine priorisierte Betrachtung des höher geltenden Rechts ist aus diesem Grund nicht zwingend erforderlich. An die systematische Auslegung folgt die historisch-genetische Auslegung (B.I.3). Das GWB wurde mehrfach novelliert. Die für die Auslegung von § 97 Abs. 4 S. 1 GWB relevanten Veränderungen sind das Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG) vom 26.8.1998, das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (VergRModG) vom 20.4.2009 und das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 17.2.2016. Als letzter Auslegungsschritt schließt sich die teleologische Auslegung an. Durch die Auslegung des Normzweckes kann möglicherweise erschlossen werden, worin die Interessen mittelständischer Unternehmen liegen (B.I.4).

Die Auslegung des zweiten Tatbestandsmerkmals „Vergabe öffentlicher Aufträge“ erfolgt in B.II. Die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmal nimmt im Rahmen der Arbeit nur eine untergeordnete Rolle ein. Sofern nach der wörtlichen Auslegung ein Deutungsspielraum gegeben ist, wird die Untersuchung auf die Systematik und die Historie ausgeweitet. Aufgrund der vorhandenen Legaldefinition der Termini, erscheinen weitere Auslegungsschritte nicht notwendig.

Die Auslegung des dritten Tatbestandsmerkmals „sind [...] vornehmlich zu berücksichtigen“ erfolgt in B.III. Sie beginnt mit der wörtlichen Interpretation des Ausdruckes „sind [...] zu berücksichtigen“ und des Wortes „vornehmlich“ (B.III.1). Daran schließt sich in B.III.2 die systematische Auslegung an. Wie auch bei der systematischen Auslegung des ersten

Tatbestandsmerkmals wird zunächst das nahe Umfeld herangezogen. Dies ist bei der Auslegung des dritten Tatbestandsmerkmal insbesondere das Gebot der losweisen Vergaben nach § 97 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB. Darüber hinaus sind die weiteren in § 97 GWB verankerten Vergabegrundsätze heranzuziehen. Dies sind namentlich der Grundsatz des Wettbewerbs (B.III.2.c.aa), der Transparenzgrundsatz (B.III.2.c.bb) und der Grundsatz der Gleichbehandlung (B.III.2.c.cc). Darüber hinaus werden, falls notwendig, die in § 97 Abs. 3 GWB genannten vergabefremde Kriterien (B.IV.2.c.dd), das Gebot der eVergabe nach § 97 Abs. 5 GWB (B.III.2.c.ee) und der Rechtsschutz des Bieters nach § 97 Abs. 6 GWB (B.III.2.c.ff) zur Untersuchung herangezogen. Ergibt sich darüber hinaus noch Deutungsspielraum, wird die Auslegung der Historie und des Normzwecks ergänzend angeführt. Diese ergeben sich aber bereits durch die entsprechenden Auslegungsschritte des ersten Tatbestandsmerkmals.

Im Abschnitt C wird die Konformität der vorgenommenen Auslegung mit Art. 3 GG geprüft. Die Arbeit schließt mit einer Schlussbetrachtung (D) und einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Arbeit (E).