

Ermunterung zur methodengerechten Argumentation: Impulse aus dem Vergaberecht

Dipl.-Jur. Ole Lührs, Hannover*

I. Einleitung	1
II. Erfordernis einer Gesamtvergabe	3
1. Überblick: Klassische Auslegungsmethoden.....	4
2. Auslegung des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB	5
a) Auslegung nach dem Wortlaut.....	5
b) Auslegung nach der Historie	6
c) Auslegung nach der Systematik.....	8
d) Auslegung nach dem Telos	10
e) Auslegungsergebnis	11
III. Angabe der Höchstgrenze von Rahmenvereinbarungen	11
1. Überblick: Richtlinienkonforme Auslegung.....	12
2. Richtlinienkonforme Auslegung von § 21 Abs. 1 S. 2 VgV	12
IV. Nachforderung wertungsrelevanter Unterlagen	14
1. Überblick: Teleologische Reduktion.....	15
2. (Keine) Teleologische Reduktion von § 16a EU Abs. 1 VOB/A	15
V. Auslegung der Vergabeunterlagen	17
1. Überblick: Analogieschluss	18
2. §§ 133, 157 BGB analog	18
VI. Fazit.....	19

I. Einleitung

Die Herausforderung juristischer Klausuren und Hausarbeiten, nicht nur im öffentlichen Recht, ist es, den Korrektor¹ von der eigenen Bearbeitung zu überzeugen. Bekannt ist, dass eine solche Bearbeitung auch voraussetzt, dass die im Sachverhalt angelegten Probleme vertretbar gelöst werden. Hierfür müssen die Argumente, die der Bearbeiter „im Kopf hat“, gut strukturiert vorgetragen werden.²

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter in einer auf das öffentliche Wirtschaftsrecht spezialisierten Kanzlei und promoviert an der Leibniz Universität Hannover zu einer verwaltungsrechtlichen Fragestellung mit Bezügen zum Vergaberecht.

¹ Da Rechtsbegriffe im Normtext i.d.R. im generischen Maskulin formuliert sind (z.B. „Mitarbeiter“ in § 6 Abs. 1 VgV), verzichtet der Verf. im Interesse der terminologischen Einheitlichkeit auf eine gendergerechte Sprache. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

² Siehe nur *Hielscher/Knichala*, HanLR 2025, 76 (77).

Bearbeitern wird dabei regelmäßig angeraten, die Argumente in den Bahnen der juristischen Methodenlehre zu finden.³ Die Orientierung an den hergebrachten Argumentationsfiguren hat zwei Vorteile: Schon in der Klausur- bzw. Examensvorbereitung hilft es, die in Lehrbüchern, Aufsätzen oder Skripten gelesenen Argumente zu ordnen und sich diese besser einzuprägen.⁴ In Bearbeitungen selbst ist es essenziell, dass Argumente methodengerecht, ggf. auch unter ausdrücklicher Nennung der jeweiligen Argumentationsfigur, gefunden werden.⁵ Vor diesem Hintergrund ist dazu zu ermuntern, die eigenen Materialien bereits in der Vorbereitung methodengerecht aufzubereiten und die Anwendung der Methoden im Rahmen von Fallbearbeitungen zu trainieren, um entsprechende Argumentationen verfassen zu können. Wie dies mit niedrigschwierigen und gut lernbaren Anpassungen der üblichen Formulierungen und Aufbauten gelingt, zeigen etwa *Trinh*⁶ sowie *Wolff* und *Wiederrick*⁷. Dieser Beitrag soll mithilfe eines zusätzlichen Ansatzes dazu motivieren, sich frühzeitig mit dem Feld der methodengerechten Argumentation auseinanderzusetzen.

Die Fähigkeit, unter Zuhilfenahme der juristischen Methodenlehre überzeugend argumentieren zu können, endet nicht mit der juristischen Ausbildung und an den Grenzen des Pflichtfachstoffes, sondern beschäftigt gerade auch den Absolventen als Rechtsanwender im späteren Berufsleben.⁸ Ziel des Beitrages ist es deshalb nicht, die in der Ausbildung üblicherweise in Bezug genommenen Argumentationsfiguren – über einen Überblick hinaus – vorzustellen. Hierzu wird an gegebener Stelle auf entsprechende Ausbildungsliteratur bzw. die Standardwerke zur Methodenlehre verwiesen. Vielmehr soll das methodengerechte Arbeiten an praxisrelevanten Fragestellungen aus dem Vergaberecht illustriert werden. Hierunter sind die Regeln zu verstehen, die die öffentliche Hand beim Einkauf von Gütern oder der Inanspruchnahme von sonstigen Leistungen zu beachten hat.⁹ Um darzustellen, dass sich der Mehrwert von methodengerecht gewonnenen Argumenten nicht auf die Ausbildung bzw. den Pflichtfachstoff beschränkt, eignet sich dieses Rechtsgebiet besonders: Zum einen spielt es an den Universitäten eine untergeordnete Rolle – dies schafft neue Perspektiven. Zum anderen hält das Rechtsgebiet eine Vielfalt an Eigenarten vor. Es ist auf den Abschluss von Verträgen gerichtet,¹⁰ adressiert aber die öffentliche Hand – so ergeben sich Schnittmengen zum Vertrags-, aber auch zum Verwaltungsrecht. Die Materie beruht zudem (teilweise) auf EU-Richtlinien. Außerdem wird das Rechtsgebiet regelmäßig reformiert. Der Kreis der typischen Argumentationsfiguren lässt sich damit ideal mithilfe von Beispielen aus dem Vergaberecht veranschaulichen.¹¹

Die Auswahl der Beispiele umfasst aktuelle bzw. wiederkehrende Fragen aus der vergaberechtlichen Praxis: So erfolgt eine Interpretation des Merkmals „erfordern“ i.S.d. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB anhand der klassischen Auslegungsmethoden (II.). Im Anschluss werden eine richtlinienkonforme Auslegung von § 21 Abs. 1 S. 2 VgV (III.), die teleologische Reduktion von § 16a EU Abs. 1 VOB/A (IV.)

³ *Hielscher/Knichala*, HanLR 2025, 76 (77); *Trinh*, ZJS 2022, 516 (520 f.); *Weißberg*, ZJS 2020, 648 (655 ff.); *Beaucamp*, JA 2018, 757 (758 f.); vgl. auch *Früh*, JuS 2021, 905 (905 f.).

⁴ Siehe *Meier/Jocham*, JuS 2015, 490 (490), die das Potenzial ausmachen, „wiederkehrende Muster zu erkennen“; eing. zum sog. Methodenwissen auch *Wolff*, JuS 2023, 1089 (1090 f.).

⁵ Siehe nur *Hielscher/Knichala*, HanLR 2025, 76 (77).

⁶ *Trinh*, ZJS 2022, 516 (520 ff.).

⁷ *Wolff/Wiederrick*, JuS 2023, 711 (714).

⁸ So auch *Meier/Jocham*, JuS 2015, 490 (490).

⁹ *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Einl. Rn. 1; im Überblick dazu *Delcuvé*, JuS 2020, 1128; *Schütte*, ZJS 2020, 1; *Probst/Winters*, JuS 2019, 1157.

¹⁰ Vgl. *Wollenschläger*, in: *Burgi/Dreher/Opitz*, Vergaberecht, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, GWB § 105 Rn. 35 m.w.N. zum Streitstand bzgl. des vergaberechtlichen Vertragsbegriffes.

¹¹ Vgl. auch *Meßerschmidt/Ojak*, DStR 2023, 289 zur Auslegung im Steuerrecht.

sowie die analoge Anwendung der §§ 133, 157 BGB auf die Auslegung der sog. Vergabeunterlagen (V.) diskutiert.

II. Erfordernis einer Gesamtvergabe

Im Vergaberecht gilt gem. § 97 Abs. 4 S. 2 GWB das Gebot der Losvergabe: Hiernach sind „Leistungen [...] in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben“. Dieser Grundsatz dient dazu, auch kleinen und mittelständischen Unternehmen die Teilnahme an Vergabeverfahren zu ermöglichen, um damit den Zweck einer mittelstandsfreundlichen Vergabe zu fördern.¹² Ist eine Leistung teilbar, ist sie demnach grundsätzlich aufzuteilen.¹³ Möchte eine Gemeinde etwa Unterhalts- und Glasreinigungsarbeiten für ihre Liegenschaften vergeben, dürfte es deshalb z.B. angezeigt sein, diese Leistung in Liegenschaften (Teillose) und jeweils in Unterhalts- und Glasreinigungsarbeiten (Fachlose) aufzuteilen.¹⁴

Von diesem Gebot darf gem. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB abgewichen werden, d.h. es dürfen „mehrere Teil- oder Fachlose zusammen vergeben werden [sog. Gesamtvergabe]¹⁵“, soweit wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.“¹⁶ Die Systematik von § 97 Abs. 4 S. 3 und S. 2 GWB lässt hierbei unschwer ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der losweisen Vergabe erkennen.¹⁷ Dass es für öffentliche Auftraggeber¹⁸ attraktiv ist, eine Gesamtvergabe vorzunehmen, leuchtet ein. So ist es für die losweise Vergabe typisch, dass der Auftraggeber bereits in der Phase der Durchführung der Vergabe durch die Ausschreibung mehrerer Lose zeitaufwändige Parallelprozesse durchführen muss; hierzu zählt u.a. der Prüfungsmehraufwand bei der Auswertung der Angebote.¹⁹ Auch in der Phase der Auftragsdurchführung koordiniert i.d.R. nicht der Auftragnehmer, sondern der Auftraggeber selbst die Teilaufträge, wodurch der Auftraggeber auch hier mit einem erhöhten Aufwand,²⁰ etwa der

¹² OLG Rostock, Beschl. v. 10.1.2025 – 17 Verg 4/24 = ZfBR 2025, 187 (190); für kleine(re) Unternehmen bliebe ansonsten nur die Möglichkeit, sich in einer Bietergemeinschaft oder als Nachunternehmer zu bewerben, siehe Jauch, jurisPR-VergR 7/2023 Anm. 6 m.w.N.; grdl. dazu Burgi, NZBau 2006, 606; ders., NZBau 2006, 693.

¹³ Entscheidend hierfür sind die Marktverhältnisse für den nachgefragten Leistungsmarkt, siehe etwa VK Nordbayern, Beschl. v. 23.3.2023 – RMF-SG21-3194-8-6, wobei insbesondere die Tätigkeitsstruktur der potenziellen Bieter und regionale Besonderheiten zu berücksichtigen sind, siehe VK Bund, Beschl. v. 15.7.2021 – VK 1 – 54/21 = IBRRS 2021, 2700; dazu Kopco, jurisPR-VergR 11/2021 Anm 4.

¹⁴ Siehe Mager/Lotz, ZfBR 2015, 758 (759) unter Bezug auf den Sachverhalt, der der Entscheidung OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.1.2012 – VII-Verg 52/11 = ZfBR 2012, 389 zugrunde lag.

¹⁵ Gesamtvergabe meint hierbei nicht (nur) die Zusammenfassung aller Leistungseinheiten, sondern jede zusammengefasste Vergabe, z.B. bereits die Zusammenfassung von zwei Gewerken.

¹⁶ Aktuell steht in Rede, die Vorschriften zur Losvergabe zu reformieren: Der Regierungsentwurf zum Vergabebeschleunigungsgesetz sieht in § 97 Abs. 4 S. 4 GWB-E vor, dass bei großvolumigen, sondervermögenfinanzierten Vorhaben auch zeitliche Gründe eine Gesamtvergabe erfordern dürfen, siehe BT-Drs. 21/1934, S. 8. Diskutiert werden gleichwohl umfangreichere Reformen: So fordert der Bundesrat, dass zeitliche Gründe immer ausreichend sein sollen und verlangt, dass die Gründe die Gesamtvergabe nicht „erfordern“, sondern nur „rechtfertigen“ müssen, siehe BR-Drs. 380/25(B), S. 2; dazu unter II. 2. c). Die Bundesratsausschüsse schlugen sogar die Zulassung von „sachlichen Gründen“ vor, siehe BR-Drs. 380/1/25, S. 1 f. Krit. zu diesen Reformbemühungen Eßig/Burgi, Mittelstand und Wettbewerb in der öffentlichen Beschaffung: Zum Umgang mit dem Losgrundsatz im geplanten Vergabebeschleunigungsgesetz, erstattet am 6.10.2025; im Überblick zu der Reform allg. Ortega Sawal/Bringmann/v. Lucius, BB 2025, 2379; DAV, VergabeR 2025, 525. Derzeit (Stand: 14.1.2026) stehen (noch) die 2. und 3. Lesung des Regierungsentwurfs sowie die Beschlussfassung im Bundestag aus.

¹⁷ Siehe bereits BT-Drs. 16/10117, S. 15; BayObLG, Beschl. v. 10.9.2025 – Verg 6/25e = BeckRS 2025, 23261 Rn. 44; vertiefend dazu Gerlach, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 239 f.

¹⁸ Wird nachfolgend von Auftraggebern gesprochen, meint dies öffentliche Auftraggeber i.S.d. Vergaberechts.

¹⁹ BT-Drs. 20/2353, S. 15; vgl. auch Stöß/Zech, GSZ 2022, 209 (210); Buhr, VergabeR 2018, 207 (209).

²⁰ BT-Drs. 20/2353, S. 15; Krohn, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 4. Aufl. 2024, § 60 Rn. 47.

Einbindung zusätzlicher personaler Ressourcen,²¹ belastet wird. Das Gebot der losweisen Vergabe vergrößert aufgrund dieses Ausschreibungs-, Koordinierungs- und Prüfungsmehraufwands²² z.B. bei Großprojekten das Risiko einer Verzögerung.²³ Vor diesem Hintergrund wird das Gebot der Losvergabe als „Hemmschuh“ für die innovationsoffene Beschaffung von Leistungen verstanden, da z.B. das modulare bzw. serielle Bauen und Sanieren bei der Aufspaltung in einzelne Leistungen nur erschwert möglich ist.²⁴

Im Lichte dieser gegenläufigen Interessenlage der am (Teil-)Auftrag interessierten Unternehmen und der Auftraggeber liegt es nahe, dass sich regelmäßig gestritten wird,²⁵ ob die vom Auftraggeber vorgebrachten Gründe eine Gesamtvergabe i.S.d. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB tatsächlich erfordern. So rügte jüngst ein mittelständisches, auf die Errichtung von Schutzwänden spezialisiertes Unternehmen, dass das Gewerk der Errichtung von Lärmschutzwänden bei dem Neubau einer Brücke nicht als eigenes Los ausgeschrieben wurde – laut Auftraggeber aus baubetrieblichen und technischen Gründen.²⁶ Das entscheidende Merkmal „erfordern“ bleibt hierbei ohne Legaldefinition,²⁷ sodass es auslegungsbedürftig ist.²⁸

1. Überblick: Klassische Auslegungsmethoden

Um Tatbestandsmerkmale zu interpretieren, bedienen sich Rechtsprechung²⁹ und das Schrifttum der klassischen Auslegungsmethoden³⁰: Hierunter sind die Argumente zu verstehen, die sich aus der Auslegung des Wortlauts, der Historie, der Systematik und der Teleologie ergeben. Der Wortlaut meint den Wortsinn eines Merkmals; dieser ist der Ausgangspunkt und die Grenze einer zulässigen

²¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.8.2024 – Verg 6/24 = ZfBR 2024, 762 (765); vgl. Buhr, VergabeR 2018, 207 (209).

²² So zusammenfassend BayObLG, Beschl. v. 10.9.2025 – Verg 6/25e = BeckRS 2025, 23261 Rn. 54; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.8.2024 – Verg 6/24 = ZfBR 2024, 762 (765); vgl. dazu Probst, Vergabeblog v. 23.9.2024 Nr. 66639; Poschen, VergabeR 2024, 719 (728); Delcuvé, JuS 2020, 1128 (1128 f.); siehe instruktiv zu möglichen Nachteilen einer Gesamtvergabe für den Auftraggeber Siegismund, VergabeR 2023, 289 (292 f.).

²³ Burgi/Nischwitz/Zimmermann, NVwZ 2022, 1321 (1327). § 9 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 LNGG sahen deshalb vor, dass das Gebot der losweisen Vergabe für die in § 2 LNGG genannten Vorhaben im Zusammenhang mit dem Aufbau der LNG-Infrastruktur nicht gilt, da dies einer schnellstmöglichen Umsetzung der Vorhaben entgegenstehe, siehe BT-Drs. 20/1742, S. 25 f., siehe dazu Mädler, ZWeR 2025, 123 (134). Vgl. auch § 3 Abs. 1 S. 1 BwBBG, in welchem die wirtschaftlichen und technischen um zeitliche Gründe ergänzt werden; eine wortgleiche Regelung war überdies auch für § 97 Abs. 4 S. 3 GWB n.F. i.S.d. der Entwürfe zum VergRTransfG vorgesehen, siehe BT-Drs. 20/14344, S. 10 – hiermit soll bzw. sollte eine beschleunigte Vergabe ermöglicht werden, siehe BT-Drs. 20/1742, S. 25; BT-Drs. 20/14344, S. 57.

²⁴ So Müller, jurisPR-VergR 4/2025 Anm. 1; siehe auch BT-Drs. 20/14344, S. 57 zum gescheiterten § 97 Abs. 4 S. 3 GWB n.F. des VergRTransfG; vertiefend zu den wirtschaftlichen u. technischen Vorteilen der Gesamtvergabe einer Bauleistung aufgrund der Modulbauweise aber Tenner/Brousse, VergabeR 2024, 253 (260 ff.).

²⁵ Siehe nur Pustal, jurisPR-VergR 5/2024 Anm. 4, der von einer „höchst praxisrelevanten Frage“ spricht.

²⁶ VK Niedersachsen, Beschl. v. 29.11.2024 – VgK-29/2024 = ZfBR 2025, 314 (314 f.).

²⁷ Dieses Schicksal teilen auch die „wirtschaftlichen Gründe“, zur sehr aktuellen Frage, ob hierunter auch (allein) volkswirtschaftliche Nachteile fallen können, siehe OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.8.2024 – Verg 6/2024 = ZfBR 2024, 762 (766 f.); VK Bund, Beschl. v. 29.2.2024 – VK 2-17/24 = NZBau 2024, 645 (646 Rn. 44 ff.); eing. dazu Mädler, ZWeR 2025, 123; Pustal, jurisPR-VergR 5/2024 Anm. 4.

²⁸ Meckler, NZBau 2019, 492 (493); vgl. Ganske/Ludwig, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, GWB § 97 Rn. 159.

²⁹ Siehe nur die schulmäßige Begründung, so Jahn, JuS 2024, 568 (569), in BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23 = NJW 2024, 1050 (1050 Rn. 5 ff.).

³⁰ BGH, Beschl. v. 20.3.2017 – AnwZ (Brfg) 33/16 = NJW 2017, 1681 (1682 Rn. 19); dort wird zwar für die historische Auslegung kein Oberbegriff verwendet, bzgl. der „anerkannten Methoden des Gesetzesauslegung“ die „Gesetzesauslegung [...] aus den Gesetzmaterien“ sowie der solchen „aus der Entstehungsgeschichte“ aber singulär in Bezug genommen; vgl. auch Weinmann, JA 2023, 183 (184); Früh, JuS 2021, 905 (907).

Auslegung.³¹ Die historische Auslegung zielt auf die Entwicklung einer Norm, d.h. der Vergleich zu vorherigen Fassungen,³² sowie die Entstehung, mithin die Heranziehung der Materialien, um den Willen des Gesetzgebers zu ermitteln.³³ Unter der systematischen Auslegung ist die Untersuchung der Stellung der Norm bzw. des Merkmals im System zu diesem Regelungsgegenstand zu verstehen, Prämissen ist hierbei die einheitliche bzw. widerspruchsfreie Rechtsordnung.³⁴ Die teleologische Auslegung wird nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift vorgenommen; hier können z.B. widerstreitende Interessen oder Rechtsprinzipien, die sich in der Norm abbilden, herangezogen werden.³⁵

2. Auslegung des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB

a) Auslegung nach dem Wortlaut

Ausgehend von dem Wortlaut „erfordern“ ist sich dem möglichen Wortsinn zu nähern. Das Wort „erfordern“ meint für sich genommen „als Voraussetzung zur Verwirklichung einer Sache unbedingt notwendig machen“³⁶. Nicht ausreichend sind damit reine Zweckmäßigkeitswägungen.³⁷

In Zusammenschau mit der vorangestellten Wortfolge „[...] dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern“, die als Bestandteil der Satzverbindung Berücksichtigung finden darf,³⁸ kann die Wendung „dürfen [...], wenn [...] erfordern“ so verstanden werden, dass dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zuerkannt wird.³⁹ Nach dieser Lesart wäre eine Abwägungsentscheidung des Auftraggebers angezeigt, in der die von diesen Begriffen eingeklammerten „wirtschaftlichen oder technischen Gründe“ eingestellt werden müssten.⁴⁰ Dass die wirtschaftlichen oder technischen Gründe das Absehen von der Losaufteilung „unbedingt notwendig machen“, wäre dann so zu verstehen, dass diese Gründe in der Abwägung überwiegen müssen. Abgesehen von dieser Lesart, kann „erfordern“ auch – ohne Zugriff auf die vorangestellte Wortfolge – so interpretiert werden, dass hierin keine Abwägung angelegt ist,⁴¹ sondern das „unbedingt

³¹ BGH, Beschl. v. 20.3.2017 – AnwZ (Brfg) 33/16 = NJW 2017, 1681 (1682 Rn. 19); eing. Möllers, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2025, § 4 Rn. 40 ff.; vgl. auch Spitzlei, JuS 2022, 315 (316); Meier/Jocham, JuS 2015, 490 (491); siehe zu der außerhalb des Wortlauts zu verortenden Rechtsfortbildung unter IV. 1. und V. 1.

³² BGH, Beschl. v. 29.11.2023 – 6 StR 191/23 = NJW 2024, 1050 (1050 Rn. 7); vertiefend Möllers, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2025, § 4 Rn. 153 ff.

³³ BGH, Beschl. v. 13.5.1982 – 1 StR 118/82 = NJW 1982, 2009 (2009); eing. Möllers, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2025, § 4 Rn. 160 ff.; vgl. auch die Kritik von Weinmann, JA 2023, 183; Spitzlei, JuS 2022, 315.

³⁴ Vertiefend Möllers, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2025, § 4 Rn. 95 ff., siehe dort zu üblichen Argumentationsfiguren, z.B. der Vergleich der Tatbestandsmerkmale, vgl. BGH, Beschl. v. 28.6.2022 – II ZB 8/22 = NJW-RR 2022, 1270 (1272 Rn. 18 – „Binnensystematik“), die Stellung innerhalb der Gliederung des Gesetzes, die singularia non sunt extendenda-Regel, Kollisionsregeln sowie die wertungsmäßige Widerspruchsfreiheit, siehe auch Schäfers, JuS 2015, 875 (878).

³⁵ Vertiefend Möllers, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2025, § 5 Rn. 2 ff.

³⁶ Dudenredaktion (8.1.2026); siehe auch Boesen, VergabeR 2011, 364 (366, 368).

³⁷ Theurer, in: BeckOK Vergaberecht, Stand: 1.2.2023, GWB § 97 Abs. 4 Rn. 14; Antweiler, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Abs. 4 Rn. 51.

³⁸ Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 142.

³⁹ Gerlach, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 239.

⁴⁰ Gerlach, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 239 f.

⁴¹ Brückner, LKV 2015, 534 (540); ders., Die Mittelstandsförderung im Vergaberecht, 2015, S. 182; Ziekow, GewA 2013, 417 (421).

notwendig machen“ schlicht eine zu bejahende Lage meint, in der das Beschaffungsvorhaben nur durch das Absehen von der Losaufteilung realisiert werden kann.⁴²

Der Wortlaut lässt damit mehrere Interpretationsmöglichkeiten zu: Nach der letztgenannten Lesart ist das Merkmal „erfordern“ als herkömmliches Tatbestandsmerkmal zu verstehen. Möglich ist aber auch, dass dem Auftraggeber mit diesem ein Beurteilungsspielraum zuerkannt wird.⁴³ Zur Ermittlung des Bedeutungsgehalts sind somit die übrigen Auslegungsmethoden heranzuziehen.

b) Auslegung nach der Historie

§ 97 Abs. 4 S. 3 GWB ist sich im Wege der historischen Auslegung zu nähern.⁴⁴ Zunächst soll hierbei die Entwicklung des Ausnahmegrundes betrachtet werden. Die Vorgängervorschrift § 97 Abs. 3 GWB a.F. sah noch den Wortlaut „Mittelständische Interessen sind vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen“ vor. Das Merkmal „angemessen“ zeigte hierbei eine vorzunehmende Abwägung an.⁴⁵ Die dieses Merkmal nicht mehr vorsehende Neufassung kann als Abkehr von dem dort mit der Abwägung bisher angelegten Beurteilungsspielraum verstanden werden.⁴⁶ Gegen dieses Diskontinuitätsargument ist einzuwenden, dass das in der Neufassung nun verankerte Regel-Ausnahme-Verhältnis erkennbar die vorherige Praxis abbildet.⁴⁷ So waren es auch bisher überwiegend wirtschaftliche und technische Gründe, die in Abwägungen zugunsten von Gesamtvergaben eingestellt wurden.⁴⁸ Insofern liegt die Beibehaltung von Abwägung und Beurteilungsspielraum nahe.

Dazu sind die Materialien einzusehen: In der Begründung zum wortgleichen § 97 Abs. 3 S. 2 GWB a.F. wird zum Ziel erklärt, ein mittelstandsfreundlicheres Vergaberecht zu erhalten.⁴⁹ Mit der Neuregelung der Losvergabe soll überdies der Mittelstandsschutz verstärkt werden.⁵⁰ Hieraus ist aber nicht zwingend ein restriktiveres Verständnis zulasten der bisher angelegten Abwägung zu lesen.⁵¹ Vielmehr zeigt die Gesamtschau mit den übrigen Passagen zu § 97 Abs. 3 S. 2 GWB a.F., dass die

⁴² Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 5. Aufl. 2024, GWB § 97 Rn. 95; Antweiler, in: Burgi/Dreher/Oppitz, Vergaberecht, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Abs. 4 Rn. 51; Brückner, LKV 2015, 534 (540); Ziekow, GewA 2013, 417 (421); vgl. auch Knauff, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Rn. 253.

⁴³ Siehe zu dieser Figur im Verwaltungsrecht (vgl. § 35a VwVfG) Kment/Vorwalter, JuS 2015, 193 (195); vertiefend Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 7 Rn. 26 ff. – dieser bedient sich die vergaberechtliche Rechtsprechung offen, siehe nur BayObLG, Beschl. v. 13.6.2022 – Verg 6/22 = BeckRS 2022, 19038 Rn. 53 („Bei der [...] Prüfung handelt es sich um eine Bewertung mit prognostischem Charakter, bei der dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zusteht“), siehe dazu Herrmann, NZBau 2022, 443 (444 f.); Probst/Winters, VergabeR 2014, 115; grdl. Gerlach, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 182 ff.; Knauff, Dispositionsfreiheiten öffentlicher Auftraggeber nach der Ausschreibung öffentlicher Aufträge, 2004, S. 37 ff.; krit. Willenbruch, in: FS Marx, 2009, S. 852 ff. Mit z.B. VGH München, Beschl. v. 22.10.2014 – 4 ZB 14.1260 = BeckRS 2014, 58940 Rn. 9 sind auch verwaltungsgerichtliche Entscheidungen auffindbar, in denen vergaberechtliche Beurteilungsspielräume anerkannt wurden, so etwa auch OVG Münster, Beschl. v. 16.1.2017 – 12 A 833/16 = BeckRS 2017, 108267 Rn. 16 f. für die Begründung einer Gesamtvergabe.

⁴⁴ In Klausuren stehen die Materialien bzw. Vorgängernormen i.d.R. nicht zur Verfügung. In der Ausbildung beschränkt sich die Relevanz der historischen Auslegung damit auf Hausarbeiten sowie ggf. anzufertigende Arbeiten im universitären Teil, vgl. Weinmann, JA 2023, 183 (183).

⁴⁵ OLG Jena, Beschl. v. 6.6.2007 – 9 Verg 3/07 = NZBau 2007, 730 (731).

⁴⁶ So Knauff, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Rn. 254.

⁴⁷ Boesen, Vergaber 2011, 364 (365 f.); Gabriel, NJW 2009, 2011 (2012); Kus, NZBau 2009, 21 (22).

⁴⁸ Ganske/Ludwig, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, GWB § 97 Rn. 158 m.w.N.

⁴⁹ BT-Drs. 16/10117, S. 13.

⁵⁰ BT-Drs. 16/10117, S. 15.

⁵¹ Kus, NZBau 2009, 21 (22).

Stärkung allein in einer restriktiveren Pflicht zur Begründung und Dokumentation liegt.⁵² Dies stützt die Annahme der Beibehaltung eines Beurteilungsspielraums.

Nach der Begründung des Gesetzentwurfes soll die Gesamtvergabe nur „in begründeten Ausnahmefällen“ vorgenommen werden dürfen.⁵³ Im Folgesatz wird zudem angeordnet, dass es zur Inanspruchnahme der Ausnahme notwendig ist, „aktenkundig zu begründen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind“.⁵⁴ Ersichtlich wird, dass der Gesetzgeber besonderen Wert auf die Einhaltung der Begründungs- und Dokumentationspflicht zur Entscheidung zur Gesamtvergabe legt.⁵⁵ Gesteigerte Dokumentationspflichten – wie diese – charakterisieren Beurteilungsspielräume.⁵⁶ Eine Dokumentation ist schließlich unverzichtbar, um die rechtmäßige Inanspruchnahme von Beurteilungsspielräumen zu überprüfen.⁵⁷ Dass die Entscheidung für die Gesamtvergabe nicht nur dokumentiert, sondern sogar eingehend begründet werden muss,⁵⁸ untermauert die Annahme eines Beurteilungsspielraums: Eine Begründung von Entscheidungen kann „naturgemäß“ nur für die Fälle erfolgen, in denen dem Auftraggeber ein Entscheidungsspielraum zusteht, z.B. in Gestalt eines Beurteilungsspielraums.⁵⁹ Der in den Gesetzgebungsmaterialien gesetzte Schwerpunkt legt damit nahe, dass der Gesetzgeber⁶⁰ von einem in dem Merkmal angelegten Beurteilungsspielraum ausgeht. Nach alledem sprechen die im Wege der historischen Auslegung gewonnenen Argumente dafür, dass das Merkmal „erfordern“ einen Beurteilungsspielraum einräumt.

Ausgehend von einer – hiernach naheliegenden – Abwägung stellt sich die Folgefrage, ob sich mithilfe von historischen Argumenten auch ein notwendiges *Maß des Überwiegens* ermitteln lässt, das dargelegt werden muss, damit die wirtschaftlichen oder technischen Gründe die Gesamtvergabe „erfordern“. Aus dem Umstand, dass § 97 Abs. 3 S. 2 GWB a.F. neugefasst wurde, um die Mittelstandsklausel zu stärken,⁶¹ kann geschlossen werden, dass die für die Gesamtvergabe streitenden Gründe ein ganz erhebliches Gewicht aufweisen müssen, um zu Überwiegen. Dieses Verständnis stützt die Gesetzesbegründung, indem sie den gegenläufigen mittelständischen Interessen ein erhebliches

⁵² Gabriel, NJW 2009, 2011 (2012).

⁵³ BT-Drs. 16/10117, S. 15.

⁵⁴ BT-Drs. 16/10117, S. 15.

⁵⁵ Gabriel, NJW 2009, 2011 (2012); ähnl. Kus, NZBau 2009, 21 (22).

⁵⁶ BayObLG, Beschl. v. 7.5.2025 – Verg 8/24 e = BeckRS 2025, 9814 Rn. 81; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.9.2019 – VII-Verg 10/19 = NZBau 2020, 613 (616 Rn. 44); vgl. dazu Herrmann, NZBau 2022, 443 (448), der die „Proportionalität von Spielraumweite und Dokumentation“ bespricht.

⁵⁷ Vgl. bereits BT-Drs. 18/7318, S. 152 zu § 8 VgV („Die Dokumentation [...] dient dazu, die Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers nachvollziehen und rechtlich prüfen zu können.“); siehe auch Stein/Wolters, NZBau 2020, 339 (339 f.), die m.w.N. für die Angebotswertung und Zuschlagsentscheidung feststellen, dass der „vollständigen Dokumentation erhebliche Bedeutung zu[kommt]. Sie ist Voraussetzung dafür, dass nachgeprüft werden kann, ob der Auftraggeber die Grenzen seines Beurteilungsspielraums eingehalten hat.“ Instruktiv zur prozeduralen Kompensation von Auswahlspielräumen durch Dokumentationspflichten im Vergaberecht Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, S. 594; zust. Rauber, Kompensation durch Verfahren, 2024, S. 170 f.; vgl. auch Gerlach, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 230 f.

⁵⁸ Die Begriffe „Dokumentation“ und „Begründung“ sind nicht deckungsgleich zu verstehen. So umfasst die Dokumentation Textfassungen unterschiedlicher inhaltlicher Tiefe, zu denen sowohl detailreiche Begründungen als auch weniger detailreiche (Tatsachen-)Feststellungen zählen, siehe dazu Brauser-Jung, in: Röwekamp u.a., VgV, Kommentar, 2. Aufl. 2022, § 21 Rn. 11 ff., 21; Müller, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2022, VgV § 8 Rn. 16; vgl. i.Ü. bereits die Bandbreite der Mindestangaben in § 8 Abs. 2 VgV.

⁵⁹ Hillmann, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, VgV § 8 Rn. 23 f.

⁶⁰ Dass die derart strenge Begründungs- und Dokumentationspflicht kein Vorbild in Art. 84 bzw. Art. 46 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2014/24/EU findet und deshalb als „nationales Eigengewächs“ – so Fett, in: BeckOK Vergaberecht, Stand: 15.5.2025, VgV § 8 Rn. 5 – zu begreifen ist, stützt diese Erwägung; vgl. auch Petersen, in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, UVgO, Kommentar, 3. Aufl. 2022, VgV § 8 Rn. 10, 41.

⁶¹ BT-Drs. 16/10117, S. 13, 15.

Gewicht zuerkennt.⁶² Die Aussagekraft dieser Interpretation beschränkt sich damit aber auf das abstrakte Gewicht der Belange sowie die Notwendigkeit, dass die für die Gesamtvergabe streitenden Belange überhaupt überwiegen müssen. Ein konkretes Maß des Überwiegens erschließt sich hieraus nicht.⁶³

c) Auslegung nach der Systematik

Des Weiteren ist die systematische Stellung der Norm zu untersuchen. In § 97 Abs. 4 S. 1 GWB wird angeordnet, dass mittelständische Interessen vornehmlich zu berücksichtigen sind. Die Wendung „vornehmlich“ lässt darauf schließen, dass diese Interessen nicht absolut gelten, sondern in eine Abwägung eingestellt werden müssen.⁶⁴ Da sich sämtliche Regelungen von § 97 Abs. 4 GWB auf die Förderung des Mittelstands beziehen, könnte daraus zu schließen sein, dass auch das Gebot der Losvergabe deshalb unter dem Vorbehalt einer Abwägung steht.⁶⁵ Gegen diesen Schluss ist aber einzuwenden, dass der Gesetzgeber die vormals einheitliche Vorschrift seit der Neufassung von § 97 Abs. 3 GWB a.F. in zwei voneinander unabhängige Regelungen aufgeteilt hat: Die Pflicht aus § 97 Abs. 4 S. 1 GWB ist damit als eigenständige Pflicht gegenüber § 97 Abs. 4 S. 2 GWB zu begreifen.⁶⁶ Die nunmehr angelegte Trennung der *leges specialis* zur Losvergabe in § 97 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB und der *lex generalis* in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB verbietet es folgerichtig, ohne weitere Anhaltspunkte Wertungen zwischen beiden Regelungssystemen zu übertragen.

Für das Regelungsgefüge zur Losvergabe gilt dies folgerichtig nicht, sodass die Einbettung von § 97 Abs. 4 S. 3 GWB in ein Regel-Ausnahme-Verhältnis mit § 97 Abs. 4 S. 2 GWB zur Auslegung heranziehbar ist. Zum einen gilt, dass § 97 Abs. 4 S. 3 GWB als Ausnahme eng auszulegen ist.⁶⁷ Dieser Maßgabe genügen beide Lesarten. Zum anderen ist aber die Entscheidung des Gesetzgebers, die Losvergabe mithilfe der Regelungstechnik des Regel-Ausnahme-Verhältnisses abzubilden, an dieser Stelle auszuwerten: Mit der klaren Zuordnung des Regel- und des Ausnahmefalls lässt sich aus der Systematik der § 97 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB herauslesen, dass der Gesetzgeber die Losvergabe bevorzugt. Die Frage, ob Gründe die Gesamtvergabe „erfordern“, ist deshalb gerade in Ansehung der widerstreitenden Zwecke, die den Regelfall tragen, zu beantworten. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis legt damit nahe, dass die mittelständischen Interessen mit erheblichem Gewicht bei der Anwendung des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB einbezogen werden müssen.⁶⁸ Außerdem wird auch den gegenläufigen Interessen zuerkannt, grundsätzlich berücksichtigungsfähig zu sein. Hieraus lässt sich schließen,⁶⁹ dass ein Interessenausgleich im Wege einer Abwägung vorgenommen werden muss. Das in der Regelungstechnik angelegte Erfordernis, die mittelständischen Interessen mit erheblichem Gewicht einzubeziehen, bedeutet in diesem Zusammenhang, dass eine entsprechende Abwägungsdirektive vorliegt: Mittelständische Interessen müssen also zwingend mit diesem erheblichen Gewicht in die Abwägung eingestellt werden.⁷⁰ Vor diesem Hintergrund liegt ein Beurteilungsspielraum nahe.

⁶² Vgl. Lausen, in: *juris PraxisKommentar Vergaberecht*, 7. Aufl. 2024, VOB/A § 5 EU Rn. 40 ff.

⁶³ Strenger Antweiler, in: *Burgi/Dreher/Otitz, Vergaberecht, Kommentar*, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Abs. 4 Rn. 51.

⁶⁴ Ganske/Ludwig, in: *Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht*, 5. Aufl. 2024, GWB § 97 Rn. 154.

⁶⁵ Vgl. VK Saarland, Beschl. v. 7.9.2009 – 3 VK 01/2009 = BeckRS 2014, 55422; abl. Ziekow, *GewA* 2013, 417 (420).

⁶⁶ Knauff, in: *MüKo-Wettbewerbsrecht*, Bd. 3, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Rn. 240; unklar insoweit BT-Drs. 18/6281, S. 68.

⁶⁷ Pinkenburg/Zawadke, *NZBau* 2017, 651 (653).

⁶⁸ Zum Ganzen grdl. Gerlach, *Entscheidungsspielräume der Verwaltung*, 2018, S. 239 f.

⁶⁹ Vgl. Müller, in: *MüKo-Wettbewerbsrecht*, Bd. 3, 4. Aufl. 2022, VgV § 8 Rn. 16; Herrmann, *NZBau* 2022, 443.

⁷⁰ Gerlach, *Entscheidungsspielräume der Verwaltung*, 2018, S. 239 f.; zust. Jauch/Manzke, *jurisPR-VergR* 12/2024 Anm. 2; ähnl. Kus, in: Röwekamp u.a., *Kommentar zum GWB-Vergaberecht*, 6. Aufl. 2026, § 97 Rn. 221.

Der rechtliche Rahmen der Entscheidung für die Gesamtvergabe wird innerhalb des Vergaberechts⁷¹ auch von § 8 Abs. 2 S. 2 Nr. 11 VgV bestimmt. Hiernach sind „die Gründe, aufgrund derer Teil- oder Fachlose zusammen vergeben wurden,“ in den Vergabevermerk aufzunehmen. Der Vergabevermerk ist als Teil⁷² bzw. Regelfall⁷³ der Dokumentation nach § 8 Abs. 1 VgV zu verstehen. Dass der Verordnungsgeber die Entscheidung für die Gesamtvergabe dort ausdrücklich erfasst und die Gründe hierfür dokumentiert sehen will, spricht dafür, dass in der VgV von einem Beurteilungsspielraum bei dieser Entscheidung ausgegangen wird.⁷⁴

Zur Beantwortung der Folgefrage, inwieweit auch ein notwendiges Maß des Überwiegens ermittelt werden kann, ist sich § 3 Abs. 1 BwBBG zuzuwenden, der die Losvergabe bei näher bezeichneten Beschaffungsmaßnahmen für die Bundeswehr regelt.⁷⁵ Dort müssen die Gründe für die Gesamtvergabe diese nicht „erfordern“, sondern „rechtfertigen“. Hieraus kann eine niedrigere Schwelle für die Gesamtvergabe gelesen werden.⁷⁶ Wenn „rechtfertigen“ eine weniger strenge Anwendung anzeigt und dazu im Sinne eines einfachen Überwiegens als Abwägungsergebnis verstanden wird,⁷⁷ ließe sich daraus schlussfolgern, dass das Merkmal „erfordern“ gerade kein einfaches Überwiegen der Gründe für die Gesamtvergabe ausreichen lässt, sondern strenger, z.B. im Sinne eines Überwiegens mit erheblichem Gewicht,⁷⁸ zu verstehen ist.⁷⁹ Hier wird also ein Rückschluss von der neueren lex specialis, die in Ansehung der lex generalis geschaffen wurde,⁸⁰ auf die Auslegung der lex generalis vorgenommen. Da ansonsten ein Wertungswiderspruch droht,⁸¹ überzeugt die Erwägung, den Begriffen „erfordern“ und „rechtfertigen“ keine deckungsgleiche Bedeutung zuzumessen.⁸² Dies zwingt aber nicht dazu, den Unterschied in dem Maß des Überwiegens zu suchen: Vielmehr soll sich die weniger strenge Anwendung nach der Gesetzesbegründung daraus ergeben, dass den Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen bereits in der Abwägung ein stärkeres Gewicht gegenüber den mittelständischen Interessen eingeräumt wird.⁸³ Dies deutet an, dass die Erleichterung nicht im Wege eines von § 97 Abs. 4 S. 3 GWB abweichenden Maß des Überwiegens erfolgen soll, sondern die für die Gesamtvergabe in die Abwägung einstellbaren Gründe – aufgrund der damit in Verbindung stehenden Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen – in einer Abwägung i.S.d. § 3 Abs. 1 S. 1 BwBBG relativ höher zu gewichten sind als in einer solchen i.S.d. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB. Hierdurch ist einfacher zu begründen, dass sich die für die Gesamtvergabe sprechenden Gründe gegenüber den mittelständi-

⁷¹ Siehe zum Normbestand *Burgi*, Vergaberecht, 4. Aufl. 2025, § 4 Rn. 14 ff.; ausgehend von § 113 GWB sind die GWB- und untergesetzlichen Vorschriften als ein System zu begreifen, vgl. auch BT-Drs. 18/7318, S. 2.

⁷² BR-Drs. 87/16, S. 162.

⁷³ Weiner, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 4. Aufl. 2024, § 1 Rn. 34.

⁷⁴ Siehe II. 2. b); dazu *Hillmann*, in: *juris PraxisKommentar Vergaberecht*, 7. Aufl. 2024, VgV § 8 Rn. 23 f.; *Conrad*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 4. Aufl. 2024, § 36 Rn. 50; vgl. *Müller*, in: *MüKo-Wettbewerbsrecht*, Bd. 3, 4. Aufl. 2022, VgV § 8 Rn. 16; *Schubert*, *Die Beschaffung sauberer Fahrzeuge*, 2024, S. 210.

⁷⁵ Siehe zum Anwendungsbereich gem. § 2 BwBBG im Überblick *Stöß/Zech*, GSZ 2022, 209 (209 f.).

⁷⁶ *Busz/Rosenkötter*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, Kommentar, 5. Aufl. 2024, BwBBG Rn. 18; *Schmidt/Kirch*, *VergabeNews* 2022, 146 (147); *Stein/Ebel*, *VergabeR* 2022, 709 (715) unter Hinweis auf BT-Drs. 20/2353, S. 15; i.d.S. auch *Schneevogl*, in: *juris PraxisKommentar Vergaberecht*, 7. Aufl. 2024, GWB § 97 Rn. 183.

⁷⁷ *Krohn*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 4. Aufl. 2024, § 60 Rn. 47.

⁷⁸ Siehe dazu II. 2. b).

⁷⁹ Vgl. die Ausführungen bei *Jauch/Manzke*, *jurisPR-VergR* 12/2024 Anm. 2 zum diesbzgl. wortgleichen § 97 Abs. 4 S. 3 GWB n.F. i.S.d. Entwürfe zum VergRTransfG, siehe BT-Drs. 20/14344, S. 10.

⁸⁰ BT-Drs. 20/2353, S. 15.

⁸¹ Argumente dieser Art nicht zulassend OLG Rostock, Beschl. v. 10.1.2025 – 17 Verg 4/24 = ZfBR 2025, 187 (191).

⁸² Missverständlich insofern etwa BayObLG, Beschl. v. 10.9.2025 – Verg 6/25e = BeckRS 2025, 23261 Rn. 53, wenn dort – bzgl. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB – festgestellt wird, dass die vom Auftraggeber vorgetragenen Erwägungen eine Gesamtvergabe nicht „rechtfertigen“.

⁸³ BT-Drs. 20/2353, S. 15; vgl. auch *Bartetzky-Olbermann*, UKuR 2022, 340 (341).

schen Interessen im Einzelfall durchsetzen.⁸⁴ Für Rückschlüsse auf ein Maß des Überwiegens in § 97 Abs. 4 S. 3 GWB ist damit aber kein Raum.

d) Auslegung nach dem Telos

Zuletzt ist sich dem Bedeutungsgehalt anhand teleologischer Erwägungen zu nähern. Zweck des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB ist es, eine Ausnahme zugunsten der Situation zu schaffen, in der die bedarfsgerechte Auftragsdurchführung eine Gesamtvergabe verlangt – hierzu werden wirtschaftliche und technische Gründe zugelassen.⁸⁵ Fraglich ist, ob dieser Zweck einen Beurteilungsspielraum anzeigt. Zu der hinter § 97 Abs. 4 S. 3 GWB stehenden Interessenlage gehören auch die mittelständischen Interessen.⁸⁶ Denkbar ist deshalb, den Interessenkonflikt zugunsten dieser Interessen zu lösen und objektive Gründe zu verlangen, nach denen eine Gesamtvergabe zwingend ist.⁸⁷ Diese sehr strenge Lesart führt aber dazu, dass der vorstehende Zweck nur in sehr wenigen Fällen realisiert werden kann. Dazu spricht gegen die vorgeschlagene Lösung, dass der Charakter des Erfordernisses der Gesamtvergabe nicht hinreichend berücksichtigt wird: Die Entscheidung, inwieweit der Bedarf in Leistungseinheiten abgebildet werden kann,⁸⁸ d.h. ob die Leistungsbestimmung eine Aufteilung in Lose zulässt – oder nicht, beinhaltet komplexe und in die Zukunft gerichtete, mithin prognostische Überlegungen.⁸⁹ So sind z.B. Aspekte der Bauausführung und Bauabläufe stark einzelfallabhängig.⁹⁰ Ob diese zu einer Gesamtvergabe zwingen, setzt folgerichtig eine hierauf gerichtete Prognose im Lichte der Leistungsbestimmung durch den Auftraggeber voraus.⁹¹ Diese notwendige Prognose sowie der Umstand, dass in die Entscheidungsfindung das Gebot aus § 97 Abs. 4 S. 2 GWB einzustellen ist,⁹² sodass es eine Abwägung braucht,⁹³ legen nahe, dass ein Beurteilungsspielraum zuzerkennen ist.⁹⁴ Auf den ersten Blick scheint dieser Interessenausgleich einseitig zugunsten des vorstehenden Zwecks vorgenommen zu werden. Dem ist entgegenzuhalten, dass das Verkennen des besonderen Gewichts der mittelständischen Interessen als Abwägungsfehleinschätzung zu qualifizieren ist, da die Norm eine entsprechende Abwägungsdirektive vorsieht.⁹⁵ Mit „erfordern“ eine Abwägung zu verlangen, überzeugt folgerichtig auch aus teleologischen Gesichtspunkten.

⁸⁴ Ähnl. Stöß/Zech, GSZ 2022, 209 (210 f.).

⁸⁵ Stickler, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Kommentar, 9. Aufl. 2025, VOB/A § 5 Rn. 26.

⁸⁶ Siehe zur Herleitung II. 2. c).

⁸⁷ Antweiler, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, GWB § 97 Abs. 4 Rn. 51.

⁸⁸ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 29.4.2022 – 15 Verg 2/22 = NZBau 2023, 200 (205 Rn. 45).

⁸⁹ Schneevogl, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, GWB § 97 Rn. 114; Ganske, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 4, 4. Aufl. 2022, VOB/A § 5 EU Rn. 44.

⁹⁰ Ganske, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 4, 4. Aufl. 2022, VOB/A § 5 EU Rn. 44; vgl. Rauber, Kompensation durch Verfahren, 2024, S. 68, der die Beschaffungsbedürfnisse als divers und damit kontextabhängig einordnet; i.d.S. auch Manzke, KlimR 2025, 130 (130).

⁹¹ OLG München, Beschl. v. 25.3.2019 – Verg 10/18 = NZBau 2019, 538 (541 Rn. 46); ähnl. Müller-Wrede/Delcuvé, in: Müller-Wrede, GWB, 2. Aufl. 2023, § 97 Rn. 231.

⁹² Siehe dazu II. 2. b) und c).

⁹³ Müller, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2022, VgV § 8 Rn. 16.

⁹⁴ Vgl. Herrmann, NZBau 2022, 443 (443); Voll, Sicherheit als Argument im Vergaberecht, 2020, S. 90, sieht das Einräumen von Beurteilungsspielräumen im Vergabeverfahren sogar als „notwendige Folge“ eines Betroffenseins des Leistungsbestimmungsrechts; dazu allg. Dageförde, Nachhaltigkeit im öffentlichen Vergabeverfahren, 2. Aufl. 2025, Rn. 210 f.; zum Leistungsbestimmungsrecht im Überblick Krönke, Die Verwaltung 52 (2019), 65 (74 ff.); monografisch Ahlers, Grundlagen und Grenzen der Beschaffungsautonomie, 2023.

⁹⁵ Vgl. II. 2. c); siehe zur Abwägungsfehleinschätzung Gerlach, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, 2018, S. 239 f.; Jauch/Manzke, jurisPR-VergR 12/2024 Anm. 2.

Hieran schließt sich die aufgeworfene Folgefrage an, inwieweit ein Maß des Überwiegens im Wege der Auslegung ermittelt werden kann. An dieser Stelle ist damit zu erörtern, ob der Interessenausgleich ein einfaches Überwiegen ausreichen lässt oder ein gesondert gewichtetes Verhältnis geboten ist. Hierbei ist zu erinnern, dass die zugunsten der Gesamtvergabe eingestellten Belange *in ihrem Gewicht* die solchen zugunsten der losweisen Vergabe, denen ein erhebliches Gewicht zuzusprechen ist, überhaupt überwiegen müssen. Da sich der Interessenausgleich in dieser Ausgangslage erschöpft, ist es teleologisch nicht geboten, dazu (auch) das Abwägungsergebnis selbst unter den Vorbehalt eines Überwiegens in einem gesondert gewichteten Verhältnis zu stellen. Damit lassen sich auch aus teleologischer Sicht keine Anhaltspunkte für ein besonderes Maß des Überwiegens herleiten, sodass ein einfaches Überwiegen als ausreichend zu erachten ist.⁹⁶

e) Auslegungsergebnis

Mit dem Merkmal „erfordern“ wird eine Abwägung statuiert und dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zuerkannt; es genügt hierbei, dass die für die Gesamtvergabe streitenden Gründe einfach überwiegen. Im Beispiel muss der Auftraggeber dies für die baubetrieblichen und technischen Gründe begründen und dokumentieren.

III. Angabe der Höchstgrenze von Rahmenvereinbarungen

Benötigt ein Auftraggeber wiederkehrend Leistungen, kann er von der Ausschreibung eines Einzelauftrags absehen und sein Beschaffungsvorhaben stattdessen auf den Abschluss einer Rahmenvereinbarung richten. Für diese sieht § 103 Abs. 5 S. 1 GWB eine Legaldefinition vor.⁹⁷ Typisch sind Rahmenvereinbarungen, die die Belieferung mit Ausstattung, Verbrauchsmaterialien oder Zubehör (Toner, Tausalz, Medikamente) zum Inhalt haben,⁹⁸ Wartungsverträge, etwa im IT-Segment⁹⁹ oder wiederkehrende Dienstleistungen, z.B. Postlieferungen.¹⁰⁰ Grundsätzlich werden diese gem. § 103 Abs. 5 S. 2 GWB im Rahmen eines herkömmlichen Vergabeverfahrens vergeben, dazu treten wenige untergesetzliche Spezialvorschriften zu den Rahmenvereinbarungen.¹⁰¹

Nach § 21 Abs. 1 S. 2 VgV ist bei Rahmenvereinbarungen das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben. Hierunter wird nach herkömmlicher Lesart die sog. Schätzmenge bzw. der Schätzwert verstanden, mithin die nach sorgfältiger Schätzung zu erwartenden Aufträge.¹⁰² Damit können potenzielle Bieter ihre Angebote etwas belastbarer kalkulieren und ein aus ihrer Perspektive (voraussichtlich) wirtschaftliches Angebot abgeben, schließlich haben diese i.d.R. Kosten für z.B. die Vorproduktion, Lagerung oder Bereitstellung von Logistikkapazitäten zu tragen.¹⁰³ Für den Auftraggeber bedeutet dies nach dem Wortlaut *auf den ers-*

⁹⁶ So auch VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 24.9.2019 – 1 VK 51/19 = BeckRS 2019, 54447 Rn. 38 unter Hinweis auf Meckler, NZBau 2019, 492 (493); siehe zul. etwa Jauch/Manzke, jurisPR-VergR 12/2024 Anm. 2.

⁹⁷ Siehe nur Lausen, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, VgV § 3 Rn. 59.

⁹⁸ Hillmann, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, VgV 21 Rn. 3; vgl. auch EuGH, Urt. v. 14.7.2022 – C-274/21, C-275/21 = NZBau 2022, 670, dort wurde um die Vergabe eines Auftrags über die Lieferung von COVID-19-Antigentests gestritten.

⁹⁹ Brauser-Jung, in: Röwekamp u.a., VgV, Kommentar, 2. Aufl. 2022, § 21 Rn. 8.

¹⁰⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.9.2023 – VII-Verg 16/24 = NZBau 2025, 322 (327 f. Rn. 52).

¹⁰¹ Stein/Terbrack, in: BeckOK Vergaberecht, Stand: 1.2.2023, GWB § 103 Rn. 154.

¹⁰² Siehe nur Wichmann, in: BeckOK Vergaberecht, Stand: 1.5.2023, VgV § 21 Rn. 10 f.; dazu z.B. VK Bund, Beschl. v. 30.12.2024 – VK 2 – 103/24 = BeckRS 2024, 40194 Rn. 41.

¹⁰³ Büdenbender, in: Leinemann u.a., VgV, UVgO, Kommentar, 2024, VgV § 21 Rn. 56; vgl. dazu OLG Karlsruhe, Beschl. v. 31.7.2025 – 15 Verg 9/25 = BeckRS 2025, 21306 Rn. 45.

ten Blick eine komfortable Ausgangslage: Insofern die Schätzung sorgfältig erfolgt,¹⁰⁴ können während der Vertragslaufzeit auch deutlich umfassendere Einzelaufträge, z.B. zur Lieferung von Tausalz, abgerufen werden, als ursprünglich geschätzt.¹⁰⁵ Die Kalkulationssicherheit interessierter Unternehmen fördert dies nicht.

Eine Pflicht zur zusätzlichen Angabe einer höchstmöglich abrufbaren Menge, welche die Kalkulationssicherheit als Höchstgrenze erhöhen würde,¹⁰⁶ ergibt sich aber nicht ohne Weiteres aus dem Normtext von § 21 Abs. 1 S. 2 VgV.¹⁰⁷ Die Vorschrift beruht aber auf europäischem Richtlinienrecht,¹⁰⁸ sodass die Vorgaben des Unionsrechts entscheidend bei der Auslegung miteinzubeziehen sind.

1. Überblick: Richtlinienkonforme Auslegung

Richtlinien der EU i.S.v. Art. 288 Abs. 3 AEUV sind darauf angelegt, in nationales Recht umgesetzt zu werden. Das der Richtlinienumsetzung dienende nationale Recht ist vor dem Hintergrund des Art. 288 Abs. 3 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV – soweit möglich¹⁰⁹ – im Lichte der Richtlinienvorgaben auszulegen.¹¹⁰ Diese Methode verlangt damit zwei Schritte: Zunächst ist die Richtlinienbestimmung auszulegen.¹¹¹ Das gefundene Auslegungsergebnis, d.h. die Richtlinienvorgabe, ist dann im Wege der Auslegung der nationalen Norm zu realisieren.¹¹² Innerhalb der nach den klassischen Auslegungsmethoden möglichen Interpretationsvarianten ist deshalb diejenige zu wählen, die der Vorgabe der Richtlinie (am ehesten) entspricht.¹¹³

2. Richtlinienkonforme Auslegung von § 21 Abs. 1 S. 2 VgV

Dass die Angabe einer Schätzmenge und/oder eines Schätzwertes sowie die Angabe einer Höchstmenge und/oder eines Höchstwerts (sog. Höchstgrenze) für den Auftraggeber unionsrechtlich verpflichtend ist, entsprach bereits der Auffassung des EuGH zur vorherigen Vergabерichtlinie

¹⁰⁴ Eine sorgfaltswidrige Schätzung kann gleichwohl Schadensersatzansprüche auslösen, siehe nur Mey, in: Heuvels u.a., Vergaberecht, Gesamtkommentar, 2. Aufl. 2021, VgV § 21 Rn. 16; die Teilnahme am Vergabeverfahren begründet schließlich ein vorvertragliches Schuldverhältnis mit dem Auftraggeber, siehe OLG Naumburg, Beschl. v. 17.1.2025 – 6 U 1/24 = ZfBR 2025, 411 (414), sodass dieser bei Sorgfaltspflichtverletzungen u.U. aus culpa in contrahendo haftet.

¹⁰⁵ Vgl. Fischer/Schleper, NZBau 2019, 762 (763).

¹⁰⁶ Graef, NZBau 2005, 561 (566).

¹⁰⁷ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 31.7.2025 – 15 Verg 9/25 = BeckRS 2025, 21306 Rn. 44; Mädler, in: Müko-Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2022, VgV § 21 Rn. 7; Jürschik/Jasinskaite, EuZW 2021, 1001 (1006); Schneevogl, jurisPR-VergR 8/2021 Anm. 1; i.d.S. auch VK Westfalen, Beschl. v. 21.2.2024 = BeckRS 2024, 6454 Rn. 62.

¹⁰⁸ BT-Drs. 18/7318, S. 165.

¹⁰⁹ Vertiefend zu der zulässigen richtlinienkonformen Rechtsfortbildung und der Abgrenzung zur unzulässigen Rechtsfortbildung contra legem Heeresthal, JuS 2014, 289 (292 f.); dazu erweist sich die Begründung in BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 = NJW 2009, 427 (428 Rn. 21 ff.) als besonders instruktiv.

¹¹⁰ Siehe nur EuGH, Urt. v. 5.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01 = NJW 2004, 3547 (3549 Rn. 113).

¹¹¹ Vgl. Köhler, JuS 2014, 865 (867) zu Art. 27 VRRL.

¹¹² BGH, Urt. v. 12.10.2016 – VIII ZR 103/15 = NJW 2017, 1093 (1095 f. Rn. 28); siehe auch Kühling, JuS 2014, 481 (486).

¹¹³ Möllers, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2025, § 12 Rn. 46 f.; Kühling, JuS 2014, 481; siehe Wietfeld, JZ 2020, 485 zur richtlinienkonformen Auslegung als Zielvorgabe – in Abgrenzung zur Einstufung als Auslegungsmittel; so aber die in der Vergangenheit bei Vergabekammern und -senaten beliebte richtlinienbezogene Auslegung, die es ermöglicht, RL-Inhalte voreiligend zu berücksichtigen, im Überblick Lührs, JuWissBlog v. 7.11.2025 Nr. 102/2025; vertiefend Kubitsch, EuZW 2016, 691; Maultzsch, RabelsZ 79 (2015), 323 (322 ff.); Wagner/Schrotz, EuZW 2015, 157 (159 ff.); Schnitzler, WuW 2015, 992; Renner/Siebler, VergabeR 2015, 198 (201 ff.); Müller/Klostermann, ZfBR 2014, 347.

RL 2004/18/EG.¹¹⁴ Ausweislich der Rechtsprechung des EuGH gilt dies auch für die Auslegung der aktuellen Vergaberichtlinie RL 2014/24/EU.¹¹⁵ Dies war zwischenzeitlich sehr umstritten.¹¹⁶ Hierbei stützt sich der EuGH nur bedingt auf den Wortlaut des zuvorderst einschlägigen Art. 33 RL 2014/24/EU zur Rahmenvereinbarung, sondern im Wesentlichen auf die in Art. 18 Abs. 1 RL 2014/24/EU verankerten Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz.¹¹⁷ Diese verlangen hinreichend bestimmte Vergabeunterlagen – auch bei Rahmenvereinbarungen.¹¹⁸ Dazu stellt der EuGH fest, dass es zur Wahrung dieser Grundsätze notwendig ist, Unternehmen gerade die Höchstmenge und/oder den Höchstwert mitzuteilen, damit sie ihre eigene Leistungsfähigkeit beurteilen können, ansonsten liefe das bezuschlagte Unternehmen sehenden Auges Gefahr, bei Nichterfüllung der Rahmenvereinbarung vertraglich haftbar gemacht zu werden.¹¹⁹ Es ist deshalb als Vorgabe des Unionsrechts zu verstehen, dass eine Angabe der Höchstmenge und/oder des Höchstwerts erfolgen muss.¹²⁰

Im Schrifttum wird deshalb zu Recht vorgeschlagen, § 21 Abs. 1 S. 2 VgV als Norm des nationalen Rechts, mit der Art. 33 RL 2014/24/EU umgesetzt werden soll, unionsrechtskonform auszulegen.¹²¹ Dies ist auch geboten: Die bisher (auch) von der Rechtsprechung angelegte Lesart des § 21 Abs. 1 S. 2 VgV¹²² steht im Widerspruch zum Unionsrecht. Dieser Widerspruch ist aufzulösen. Hierzu ist die Auslegung des nationalen Rechts nach dem Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, mithin das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen.¹²³

Eine Auslegung i.S.d. soeben vorgestellten Vorgabe des Unionsrechts erlaubt der Wortlaut des § 21 Abs. 1 S. 2 VgV:¹²⁴ Die Wortfolge „[...] braucht aber nicht abschließend festgelegt zu werden“

¹¹⁴ EuGH, Urt. v. 19.12.2018 – C-216/17 = NZBau 2019, 116 (120 Rn. 57 ff.); dazu *Friton/v. Rummel*, jurisPR-VergR 3/2019 Anm. 1; eing. zu der argumentativen Herleitung *Fischer/Schleper*, NZBau 2019, 762 (764); ähnl. *Wolters*, in: BeckOK Vergaberecht, Stand: 15.8.2024, VSVgV § 14 Rn. 16.

¹¹⁵ EuGH, Urt. v. 17.6.2021 – C-23/20 = NZBau 2021, 541 (545 f. Rn. 54 ff.); fortgeschrieben mit EuGH, Urt. v. 14.7.2022 – C-274/21, C-275/21 = NZBau 2022, 670 (673 Rn. 66 ff.), siehe *Siebler/Hamm*, NZBau 2023, 85 (87); *Ott*, EuZW 2022, 870 (879).

¹¹⁶ Dafür, dass die Rechtsprechung zur RL 2004/18/EG auf die aktuelle Rechtslage unter der RL 2014/24/EU übertragen werden kann, stritten etwa *Ortner*, VergabeR 2019, 359 (368); *Fischer/Schleper*, NZBau 2019, 762 (766); *Csaki/Winkelmann*, NZBau 2019, 758 (762); *Pfannkuch*, KommJur 2019, 241 (243 f.); in diese Richtung auch VK Bund, Beschl. v. 29.7.2019 – VK 2-48/19 = BeckRS 2019, 25575 Rn. 36; VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 27.8.2019 – VK 1-13/19, BeckRS 2019, 28920 Rn. 64. Anders z.B. KG, Beschl. v. 20.3.2020 – Verg 7/19 = BeckRS 2020, 52745 Rn. 41 f. bzgl. § 19 Abs. 1 S. 2 SektVO; VK Bund, Beschl. v. 19.7.2019 – VK 1-39/19 = VergabeR 2020, 71 (78); aus dem Schrifttum *Probst/Donhauser*, VergabeR 2020, 71 (81); *Koch*, MMR 2020, 213 (215); *Schwabe*, IBR 2019, 148; *Hildebrandt*, Vergabeblog v. 7.10.2019 Nr. 42174; offen gelassen bei *Orf/Gesing*, VergabeNews 2020, 18 (20).

¹¹⁷ EuGH, Urt. v. 17.6.2021 – C-23/20 = NZBau 2021, 541 (546 Rn. 61 f.).

¹¹⁸ Krit. dazu noch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.2.2013 – Verg 44/22 = NZBau 2013, 392 (394); VK Sachsen, Beschl. v. 17.5.2013 – 1/SVK/016-13 = BeckRS 2013, 19483.

¹¹⁹ EuGH, Urt. v. 17.6.2021 – C-23/20 = NZBau 2021, 541 (546 Rn. 63 f.); dazu *Schröck/Kraus*, NZBau 2022, 12 (13 f.); vertiefend auch *Kafedeži/Graichen*, in: *juris PraxisKommentar Vergaberecht*, 7. Aufl. 2024, VgV § 23 Rn. 14 f.

¹²⁰ So – im Anschluss an den EuGH – auch OLG Karlsruhe, Beschl. v. 31.7.2025 – 15 Verg 9/25 = BeckRS 2025, 21306 Rn. 47; OLG Koblenz, Beschl. v. 12.12.2022 – Verg 3/22 = BeckRS 2022, 37797 Rn. 37 f.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.9.2022 – VII Verg 2/22 = NZBau 2024, 494 (499 Rn. 59 f.).

¹²¹ So ausdr. *Mädler*, in: *MüKo-Wettbewerbsrecht*, Bd. 3, 4. Aufl. 2022, VgV § 21 Rn. 9; *Fischer/Schleper*, NZBau 2019, 762 (765 f.); vgl. *Friton/v. Rummel*, jurisPR-VergR 3/2019 Anm. 1 („unionsrechtskonform enger zu verstehen“).

¹²² KG, Beschl. v. 20.3.2020 – Verg 7/19 = BeckRS 2020, 52745 Rn. 35 bzgl. § 19 Abs. 1 S. 2 SektVO; VK Bund, Beschl. v. 19.7.2019 – VK 1-39/19 = VergabeR 2020, 71 (78).

¹²³ Siehe unter III. 1.; zum Vergaberecht im Besonderen *Friton*, in: BeckOK Vergaberecht, Stand: 15.2.2025, Einl. zum GWB, Kap. EU und GPA Rn. 15 ff.; *Jaeger*, in: *MüKo-Wettbewerbsrecht*, Bd. 3, 4. Aufl. 2022, Einl. Rn. 209 ff.; *Burgi*, Vergaberecht, 4. Aufl. 2025, § 3 Rn. 11.

¹²⁴ Zu erinnern ist, dass die richtlinienkonforme Auslegung eine *doppelte Auslegung* verlangt, siehe unter III. 1.; in der vorliegenden Frage konnte bzgl. der Richtlinienbestimmung auf das Auslegungsergebnis des EuGH zurückgegriffen werden, vgl. *Meßerschmidt/Ojak*, DStR 2023, 289 (289). Schwerpunkt der hier vorzunehmen-

bezieht sich auf das am Anfang des Satzes in Bezug genommene spätere Auftragsvolumen, das es zu ermitteln und bekannt zu geben gilt. Dem Passus wohnt damit keine Wertung zu einer Höchstmenge bzw. einem Höchstwert inne. So liegt hierin nicht zwingend eine abschließende Festlegung des späteren Auftragsvolumens, da dieses auch unterhalb des Betrags der Höchstmenge bzw. des Höchstwertes liegen kann.¹²⁵ Dass das „in Aussicht genommene Auftragsvolumen [...] so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben“ ist, kann in den Grenzen des Wortlauts deshalb so verstanden werden, dass hierunter zwei unabhängige Wertgrößen¹²⁶ zu fassen sind: Die Schätzmenge bzw. der Schätzwert gemäß der (auch) bisherigen Lesart und die Höchstmenge bzw. der Höchstwert. Beide Größen zu ermitteln und bekannt zu geben, dient schließlich dazu, sich dem späteren Auftragsvolumen so genau wie möglich zu nähern, ohne dabei verbindlich zu werden. Diese Lesart ist aufgrund des offenen Wortlauts denkbar, da dieser nicht zu der Ermittlung und Bekanntgabe nur einer Wertgröße zwingt.¹²⁷ Eine richtlinienkonforme Auslegung der Vorschrift ist also methodengerecht möglich und damit vorzunehmen: Bei der Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen ist gem. § 21 Abs. 1 S. 2 VgV nicht nur der Schätzwert bzw. die Schätzmenge, sondern auch der ermittelte¹²⁸ Höchstwert und/oder die Höchstmenge anzugeben¹²⁹ – etwa im Beispiel der Lieferung von Tausalz.

IV. Nachforderung wertungsrelevanter Unterlagen

Für die europaweite Ausschreibung von Liefer- und Dienstleistungen gelten die untergesetzlichen Vorschriften der VgV; für Bauleistungen sind gem. § 2 S. 2 VgV (weitgehend) die Vorschriften des zweiten Abschnitts der VOB/A anzuwenden.¹³⁰ Dort kennt § 16a EU Abs. 1 VOB/A eine Nachforderungspflicht¹³¹ des Auftraggebers: Hat dieser im Vergabeverfahren eine leistungsbezogene Unterlage (z.B. Erklärungen, Produkt- und sonstige Angaben oder Nachweise) von den Unternehmen gefordert, ein

den richtlinienkonformen Auslegung ist somit die noch nicht abschließend geklärten Frage, wie die nationale Vorschrift auszulegen ist.

¹²⁵ Vgl. Csaki/Winkelmann, NZBau 2019, 758 (761).

¹²⁶ Vgl. auch von zwei Wertgrößen ausgehend Glahs, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Kommentar, 9. Aufl. 2025, VOB/A § 4a EU Rn. 12; Wagner, VergabeR 2024, 549 (561); i.d.S. etwa auch OLG Karlsruhe, Beschl. v. 31.7.2025 – 15 Verg 9/25 = BeckRS 2025, 21306 Rn. 47 f.

¹²⁷ Siehe Büdenbender, in: Leinemann u.a., VgV, UVgO, Kommentar, 2024, UVgO § 15 Rn. 35 f., der der Wortfolge – im Oberschwellenbereich – ebenfalls diesen Bedeutungsgehalt zuschreibt.

¹²⁸ Von beiden Wertgrößen entspricht der Höchstwert i.S.d. richtlinienkonform verstandenen § 21 Abs. 1 S. 2 VgV dem Auftragswert i.S.v. § 3 Abs. 4 VgV, siehe etwa Glahs, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Kommentar, 9. Aufl. 2025, VOB/A § 4a EU Rn. 12; Majewski, in: Pauka/Bartetzky-Olbermann, Praxis der IT-Vergabe, 2024, Kap. 4 Rn. 90, 92; i.d.S. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.9.2023 – VII-Verg 16/24 = NZBau 2025, 322 (328 Rn. 54, 56): Hierfür spricht, dass auch nach § 3 Abs. 4 VgV der geplante maximale Umfang der abrufbaren Aufträge entscheidend ist, vgl. KG, Beschl. v. 6.5.2025 – Verg 7/23 = BeckRS 2025, 14244 Rn. 35; insoweit bereits Lausen, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, VgV § 3 Rn. 62; Schröck/Kraus, NZBau 2022, 12 (15). Nicht unstr., anders z.B. Dietrich, in: Greb/Müller, Kommentar zum Sektorenvergaberecht, 3. Aufl. 2025, SektVO § 19 Rn. 14. Die Ermittlung des Höchstwerts ergibt sich damit nicht erst aus § 21 Abs. 1 S. 2 VgV. Anders die Bekanntgabe: Auftragswerte müssen grds. nur ermittelt, nicht aber bekanntgegeben werden, vgl. Preussler/Hartwecker, in: Leinemann u.a., VgV, UVgO, Kommentar, 2024, VgV § 3 Rn. 110.

¹²⁹ Mit VK Westfalen, Beschl. v. 11.6.2025 – VK 1-20/25 = BeckRS 2025, 21339 Rn. 59 genügt dabei keine „formelle Bezugnahme auf die Angebotssumme“, vielmehr ist ein konkreter, im Vorfeld festgelegter Wert notwendig.

¹³⁰ Die VOB/A ist Teil der sog. Vergabe- und Vertragsordnung, die vom privaten Gremium DVA (Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen) er- und bearbeitet wird; Rechtsnormqualität erhalten diese Regeln damit erst durch den Verweis in § 2 S. 2 VgV, siehe Lausen, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, VgV § 2 Rn. 10 ff.

¹³¹ Soweit dieser keinen Ausschluss nach § 16a EU Abs. 3 VOB/A vorgenommen hat; vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5.5.2021 – Verg 11/21 = BeckRS 2021, 56911 Rn. 32.

Unternehmen diese aber nicht oder nur unvollständig abgegeben, hat er dieses aufzufordern, die Unterlagen zu vervollständigen. Im Bereich der Ausschreibung von Liefer- und Dienstleistungen existiert auch eine Vorschrift zur Nachforderung. Ein Unterschied ist, dass § 56 Abs. 3 S. 1 VgV enger gefasst ist, weil dort die Nachforderung der leistungsbezogenen Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen (sog. wertungsrelevante Unterlagen¹³²), ausgeschlossen ist. Hier geht es etwa um den Fall, dass der Auftraggeber nicht nur das preislich günstige Angebot auswählen, sondern daneben auch leistungsbezogene Zuschlagskriterien berücksichtigen möchte: So kann ein Landkreis bei der Ausschreibung von Bauleistungen z.B. vorgeben, dass mindestens 25 % des verwendeten Betons sog. Recyclingbeton sein muss.¹³³ Dazu eröffnet der Auftraggeber aber die Möglichkeit, dass Bieter die Mindestquote an Recyclingbeton übererfüllen und dies mittels eines Konzepts bzw. ähnlichen Unterlagen belegen können.¹³⁴ Die hierdurch gestaffelt erreichbaren Punkte werden dann – neben dem Preis – bei der Bewertung der Angebote einbezogen.¹³⁵ Diese Unterlagen, mit denen die Bieter „punkten möchten“, sind also wertungsrelevante Unterlagen.

Vor dem Hintergrund dieser Differenz zwischen § 16a EU Abs. 1 VOB/A und § 56 Abs. 3 S. 1 VgV wird von einem Teil des Schrifttums gefordert, § 16a EU Abs. 1 VOB/A insofern teleologisch zu reduzieren, als dieser für wertungsrelevante Unterlagen nicht angewendet werden soll.¹³⁶

1. Überblick: Teleologische Reduktion

Die Figur der teleologischen Reduktion setzt eine verdeckte Regelungslücke voraus. Der Wortlaut der Norm soll rechtsbeschränkend fortgebildet werden, sodass er für den fraglichen Fall unangewendet gelassen wird.¹³⁷ Unter einer verdeckten Regelungslücke ist die Unvollständigkeit eines Gesetzes in dem Sinne zu verstehen, dass der Wortlaut einer Norm planwidrig zu weit gefasst ist. Diese Lücke ist „vom Standpunkt des Gesetzes und der ihm zugrundeliegenden Regelungsabsicht zu beurteilen“; für die Feststellung, ob der Wortlaut „zu weit“ ist, sind teleologische Erwägungen anzustellen.¹³⁸

2. (Keine) Teleologische Reduktion von § 16a EU Abs. 1 VOB/A

Die Nachforderungspflicht für wertungsrelevante Unterlagen ist vom Wortlaut des § 16a EU Abs. 1 VOB/A erfasst;¹³⁹ dies müsste zunächst zweckwidrig sein. Zweck der Nachforderung von Unterlagen ist es, möglichst viele Unternehmen im Wettbewerb um das wirtschaftlichste Angebot zu halten,

¹³² Siehe nur VK Berlin, Beschl. v. 28.4.2025 – VK-B1-73/24 = BeckRS 2025, 12692 Rn. 36, 40; dazu Mädler, jurisPR-VergR 8/2025 Anm. 3.

¹³³ In Gestalt verbindlicher Leistungsanforderungen, die in der Leistungsbeschreibung und (bzw. oder) als Ausführungsbedingungen formuliert werden, siehe Opitz, in: Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, GWB § 127 Rn. 74; Baumann/Mutschler-Siebert, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, GWB § 128 Rn. 20; vertiefend zur Abgrenzung zwischen beiden Kategorien Lührs, NZBau 2026, 15.

¹³⁴ Vgl. Dageförde, Nachhaltigkeit im öffentlichen Vergabeverfahren, 2. Aufl. 2025, Rn. 658; siehe zum Anteil von RC-Beton als Zuschlagskriterium Ganske, Faire Vergabe, 2023, S. 387 ff.

¹³⁵ Dazu Mutschler-Siebert/Kern, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 4. Aufl. 2024, § 32 Rn. 77 ff.

¹³⁶ So ausdr. Tegeler/Einmahl, VergabeR 2020, 549 (557); ähnlich auch Lehmann, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 4, 4. Aufl. 2022, VOB/A § 16a EU Rn. 12, welche eine „einschränkende Auslegung“ vorschlägt sowie Kaiser, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl., VOB/A § 16a EU Rn. 78 a.E., der trotz des Fehlens einer entsprechenden Regelung die gleiche Rechtslage wie in § 56 Abs. 3 VgV annimmt.

¹³⁷ Meier/Jocham, JuS 2015, 392 (393); vgl. auch Beaucamp, JA 2024, 881 (884).

¹³⁸ BGH, Beschl. v. 28.6.2022 – II ZB 8/22 = NJW-RR 2022, 1270 (1271 Rn. 12); eing. zum Ganzen Möllers, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2025, § 6 Rn. 123 ff.

¹³⁹ Siehe nur Steck, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 5. Aufl. 2024, VOB/A § 16a EU Rn. 5 a.E.

indem diese nicht „wegen Kleinigkeiten“ ausgeschlossen werden.¹⁴⁰ Da hierin aber die Gefahr liegt, einzelne Unternehmen zu bevorzugen, muss dies transparent und unter Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes geschehen.¹⁴¹ Die auf die Nachforderung gerichtete Pflicht hat den Zweck, die Folge des Erhalts eines möglichst breiten Wettbewerbs nicht in das Ermessen des Auftraggebers zu stellen, sondern für den Einzelfall vorzuschreiben – soweit kein Ausschluss nach § 16a EU Abs. 3 VOB/A vorgenommen wurde.¹⁴² Der Ausschluss der Nachforderung wertungsrelevanter Unterlagen (vgl. § 56 Abs. 3 VgV) zielt darauf, die folgenden Risiken zu verhüten: Es liegt zwar grundsätzlich nicht nahe, dass ein Bieter sein Angebot nachträglich auf die der übrigen Bieter ausrichtet (dort herrscht schließlich i.d.R. keine Kenntnis von diesen).¹⁴³ Der Bieter kann sein Angebot aber z.B. dann zu seinen Gunsten optimieren, wenn er der einzige Bieter bleibt¹⁴⁵ oder dieses auf Zuruf der Vergabestelle (die ja Kenntnis von den anderen Angeboten hat) aufbessern.¹⁴⁶ Im Lichte dieser Manipulationsgefahr ist die Nachforderungspflicht für wertungsrelevante Unterlagen als zweckwidrig zu erachten, da die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung in diesen Konstellationen bereits dem Grunde nach in Frage stehen.¹⁴⁷ Zudem dürften die Manipulationen bereits zu einem weniger wirtschaftlichen Ergebnis führen.

Neben diesen teleologischen Erwägungen, die einen „zu weiten“ Wortlaut nahelegen, braucht es zur teleologischen Reduktion allerdings noch die Planwidrigkeit des Umstands, dass der geschilderte Fall von der Vorschrift erfasst ist. Die aktuelle Fassung des § 16a EU Abs. 1 VOB/A stammt vom 31.1.2019. Die Nachforderungsregeln wurden neugefasst.¹⁴⁸ So wurde z.B. in § 16a EU Abs. 3 VOB/A die Möglichkeit des vorzeitigen Ausschlusses der Nachforderung eingeführt, die der Vorschrift des § 56 Abs. 2 S. 2 VgV in der seit 2016 geltenden Fassung inhaltlich gleicht.¹⁴⁹ Vor diesem Hintergrund muss davon ausgegangen werden, dass der Normgeber¹⁵⁰ es erkannt und akzeptiert hat,¹⁵¹ dass sich die Nachforderungspflicht auf wertungsrelevante Unterlagen erstreckt.¹⁵² Eine teleologische Reduktion kann deshalb nicht vorgenommen werden.¹⁵³

¹⁴⁰ Kaiser, in: *juris PraxisKommentar Vergaberecht*, 7. Aufl. 2024, VOB/A § 16a EU Rn. 81.

¹⁴¹ Siehe bereits § 16a EU Abs. 1 S. 1 VOB/A; vgl. allg. zur Abbildung von Interesse und Gegeninteresse in einem Rechtssatz Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995, S. 151 f.

¹⁴² Vgl. BMI, *Auslegungserlass VOB/A 2019 v. 26.2.2020*, 70421/#1 ff., S. 4.

¹⁴³ Vgl. OLG Naumburg, Beschl. v. 17.1.2025 – 6 U 1/24 = ZfBR 2025, 411 (414 f.) zum Gebot des Geheimwettbewerbs und der Herleitung dieses Gebots aus dem Wettbewerbsgrundsatz, siehe § 97 Abs. 1 S. 1 GWB.

¹⁴⁴ BMI, *Auslegungserlass VOB/A 2019 v. 26.2.2020*, 70421/#1 ff., S. 4; zust. Opitz, in: Burgi/Dreher/Opitz, *Vergaberecht, Kommentar*, Bd. 2, 4. Aufl. 2025, VOB/A § 16a EU Rn. 16a.

¹⁴⁵ Opitz, in: Burgi/Dreher/Opitz, *Vergaberecht, Kommentar*, Bd. 2, 4. Aufl. 2025, VOB/A § 16a EU Rn. 16a.

¹⁴⁶ Steck, in: Ziekow/Völlink, *Vergaberecht, Kommentar*, 5. Aufl. 2024, VOB/A § 16a EU Rn. 19.

¹⁴⁷ Vgl. Steck, in: Ziekow/Völlink, *Vergaberecht, Kommentar*, 5. Aufl. 2024, VOB/A § 16a EU Rn. 19; Lehmann, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 4, 4. Aufl. 2022, VOB/A § 16a EU Rn. 11 f.; Tegeler/Einmahl, *VergabeR* 2020, 549 (557).

¹⁴⁸ Schneider, in: Kapellmann/Messerschmidt, *VOB, Kommentar*, 9. Aufl. 2025, VOB/A Einl. Rn. 29 („Neufassung der Nachforderungsregeln“); Lehmann, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 4, 4. Aufl. 2022, VOB/A § 16a EU Rn. 1.

¹⁴⁹ Lehmann, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, Bd. 4, 4. Aufl. 2022, VOB/A § 16a EU Rn. 1.

¹⁵⁰ § 2 S. 2 VgV lautet „Im Übrigen ist Teil A Abschnitt 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Januar 2019 (BAnz AT 19.02.2019 B2), der zuletzt durch die Bekanntmachung vom 6. September 2023 (BAnz AT 25.09.2023 B4) geändert worden ist, anzuwenden“, vgl. dazu Kues, in: Leinemann u.a., *VgV, UVgO, Kommentar*, 2024, VgV § 2 Rn. 6 f.

¹⁵¹ Meier/Jocham, *JuS* 2016, 392 (397) zur (fehlenden) Planwidrigkeit.

¹⁵² Opitz, in: Burgi/Dreher/Opitz, *Vergaberecht, Kommentar*, Bd. 2, 4. Aufl. 2025, VOB/A § 16a EU Rn. 16a.

¹⁵³ Ob eine Rechtsfortbildung vor dem Hintergrund des Art. 56 Abs. 3 RL 2014/24/EU vorgenommen werden muss, ist damit aber noch nicht beantwortet, vgl. Steck, in: Ziekow/Völlink, *Vergaberecht, Kommentar*, 5. Aufl. 2024, VOB/A § 16a EU Rn. 19.

Legt ein Bieter etwa im Beispiel seine Nachweise über die von ihm ins Auge gefasste Quote von Recyclingbeton zunächst nicht vor, da er abwarten möchte, ob er der einzige Bieter bleibt, ist der Auftraggeber verpflichtet, auch diese Unterlagen nachzufordern, insofern er keinen Ausschluss nach § 16a EU Abs. 3 VOB/A vorgenommen hat.

V. Auslegung der Vergabeunterlagen

Nicht unüblich ist es, dass sich ein oder mehrere Bieter und/oder der Auftraggeber um den Bedeutungsgehalt der vom Auftraggeber im Vergabeverfahren veröffentlichten Vergabeunterlagen streiten.¹⁵⁴ Das Verständnis der Vergabeunterlagen ist z.B. in folgender Konstellation von entscheidender Bedeutung: Eine Stadt möchte in einer europaweiten Ausschreibung Kehrmaschinen beschaffen. Welche Eigenschaften diese Kehrmaschinen zwingend aufweisen müssen, legt die Vergabestelle in der Leistungsbeschreibung i.S.d. § 121 GWB, § 31 VgV dar,¹⁵⁵ u.a. werden dort bestimmte (Höchst-)Maße vorgegeben, damit die Kehrmaschinen in die Stellflächen des Bauhofes der Stadt passen. Die Vorgaben sind aber missverständlich bzw. mehrdeutig. Ein an dem Auftrag interessiertes Unternehmen, welches serienmäßig Kehrmaschinen herstellt, liest die Vergabeunterlagen und gibt ein Angebot über die Lieferung seiner Kehrmaschinen ab. Die Maße dieser stimmen aber nicht mit den Maßen überein, die sich die Stadt gewünscht hat. Bei der Angebotswertung schließt die Vergabestelle der Stadt das Angebot deshalb gem. § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV aus: Hiernach werden die Angebote ausgeschlossen, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen wurden. Obwohl der Wortlaut dies vielleicht nicht auf dem ersten Blick hergibt,¹⁵⁶ ist hierunter auch das Angebot eines aliud zur nachgefragten Leistung zu verstehen,¹⁵⁷ wobei die Reichweite des Ausschlussstatbestandes im Einzelnen umstritten ist,¹⁵⁸ ohne das aufgeworfene Beispiel zu betreffen.¹⁵⁹ Ob die

¹⁵⁴ Unklarheiten und Widersprüche in den Vergabeunterlagen sind nicht selten, siehe *Schmidt*, in: *Graf von Westphalen/Thüsing/Pamp*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 50. Lfg., Stand: März 2024, Kap. Bauvertrag Rn. 102; ähnl. *Herrmann*, VergabeR 2018, 629 (635).

¹⁵⁵ Die Leistungsbeschreibung ist gem. § 29 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 VgV Teil der Vergabeunterlagen.

¹⁵⁶ *Herrmann*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, Kommentar, 5. Aufl. 2024, VgV § 57 Rn. 45; i.d.S. VK Westfalen, Beschl. v. 15.8.2023 – VK 3-18/23 = BeckRS 2023, 42766 Rn. 39; anschaulicher wird der Normtext, wenn die Wortfolge „Änderung der Vergabeunterlagen“ gemeinsam mit dem entscheidenden Angebot(sbezug), siehe *Schuchert*, Cloud-Vergaberecht, 2024, S. 190, gelesen wird: Ausschlussrelevant ist es hiernach, wenn die dem Angebot zugrunde zu legenden Vorgaben aus den Vergabeunterlagen eine Änderung erfahren haben, instruktiv v. *Wietersheim*, in: *Ingenstau/Korbion*, VOB, Kommentar 23. Aufl. 2026, VOB/A § 13 Rn. 23.

¹⁵⁷ Siehe nur OLG Schleswig, Beschl. v. 6.7.2022 – 54 Verg 4/22 = BeckRS 2022, 45275 Rn. 31; VK Saarland, Beschl. v. 18.11.2024 – 3 VK 03/2024 = BeckRS 2024, 44543 Rn. 62 ff.; dazu *Manzke*, in: *BeckOK Vergaberecht*, Stand: 15.11.2025, VOB/A § 13 EU Rn. 25; *Lausen*, in: *Burgi/Dreher/Opitz*, Vergaberecht, Kommentar, Bd. 2, 4. Aufl. 2025, VOB/A § 13 EU Rn. 48; *Schuchert*, Cloud-Vergaberecht, 2024, S. 189 f.; *Gerlach/Manzke*, VergabeR 2016, 443 (444).

¹⁵⁸ In einem orbiter dictum zu § 16 EU Nr. 2 VOB/A vertritt der BGH, Urt. v. 18.6.2019 – X ZR 86/17 = NZBau 2019, 661 (663 Rn. 22 bis 26), dass nur die abweichenden Angebote auszuschließen sind, die bei Hinwegdenken der Abweichungen nicht vollständig, sondern lückenhaft sind (sog. manipulativer Eingriff); dieses Verständnis nimmt also abweichende Erklärungen, die über das nachgefragte Leistungssoll hinaus gehen, aus dem Anwendungsbereich heraus, z.B. (aber nicht nur) ergänzende AGB; diese neue, engere Lesart findet mehrheitlich und dem Grunde nach Zuspruch, auch bzgl. § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV, siehe nur OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.6.2025 – VII Verg 36/24, VergabeR 2025, 627 (633) m.w.N.; krit. zu dieser teleologischen Reduktion *Manzke*, in: *BeckOK Vergaberecht*, Stand: 15.5.2025, VOB/A § 13 EU Rn. 26 bis 28; *Herrmann*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, Kommentar, 5. Aufl. 2024, VgV § 57 Rn. 10; *Herrmann*, Vergaber 2019, 753 (760 f.); indes entwickelt sich derzeit – in Anwendung dieser Lesart – eine ausdifferenzierte Sprachpraxis zum Anwendungsbereich des Ausschlussstatbestandes, s. *Ohrtmann/Akbaba*, VergabeR 2025, 627 (636 f.); *Herrmann*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, Kommentar, 5. Aufl. 2024, VgV § 57 Rn. 10 jeweils m.w.N.; zul. etwa VK Bund, Beschl. v. 11.9.2025 – VK 1-76/25 = BeckRS 2025, 27513 Rn. 46, dazu *Probst/Weßling*, Vergabeblog v. 15.12.2025 Nr. 72878.

¹⁵⁹ Vgl. VK Bund, Beschl. v. 4.1.2023 – VK 1-105/22 = BeckRS 2023, 21746 Rn. 52, 55.

angebotene und die nachgefragte Leistung nicht übereinstimmen (d.h. ein aliud vorliegt), bestimmt sich damit danach, was die *nachgefragte Leistung* überhaupt meint. Hierfür sind die Vergabeunterlagen auszulegen, relevant ist immerhin nicht die gewünschte, sondern die beschriebene Leistung.¹⁶⁰ Allerdings fehlt es im Vergaberecht an einer Vorschrift, die normiert, welcher Maßstab bei der Auslegung anzulegen ist. In Betracht kommen die – aus dem Studium bekannten – §§ 133, 157 BGB.

1. Überblick: Analogieschluss

Der Analogieschluss meint die Ausweitung einer Norm bzw. einer Wertung auf einen Fall, der nach dem Wortlaut der Norm nicht von dieser erfasst ist. Dies setzt damit eine offene Regelungslücke voraus.¹⁶¹ Diese muss planwidrig sein, d.h. die Nichtregelung muss sich vor dem Hintergrund des Regelungsplans als unbeabsichtigt herausstellen.¹⁶² Zuletzt müssen der geregelte und der ungeregelte Fall rechtlich vergleichbar sein, sodass angenommen werden kann, dass der Gesetzgeber die Norm bzw. die Wertung, hätte er den ungeregelten Fall gesehen, auch auf den Fall erstreckt hätte.¹⁶³ Diese vergleichbare Interessenlage wird i.d.R. mithilfe teleologischer Erwägungen begründet.¹⁶⁴

2. §§ 133, 157 BGB analog

Nach der überwiegenden Lesart regeln §§ 133, 157 BGB die Auslegung von Willenserklärungen.¹⁶⁵ Die Vergabeunterlagen sind aber nicht als Angebot i.S.d. §§ 145 ff. BGB in Gestalt einer Willenserklärung zu verstehen, sondern vielmehr als eine der Angebotsabgabe vorgelagerte *invitatio ad offerendum*.¹⁶⁶ ¹⁶⁷ Dies erklärt sich aus dem Umstand, dass der Auftraggeber mit der Veröffentlichung der Vergabeunterlagen noch keinen Rechtsbindungswillen äußert,¹⁶⁸ sondern den (ggf. unbestimmten) Kreis der Unternehmen förmlich auffordert, sich an dem Vergabeverfahren zu beteiligen, mithin ein

¹⁶⁰ Instruktiv Zinger, IBR 2022, 90 zu der Frage nach der Auslegung der Leistungsbeschreibung im Zusammenhang mit dem Ausschluss nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV.

¹⁶¹ Dazu Meier/Jocham, JuS 2015, 392 (393 f.).

¹⁶² Lesenswert dazu VK Berlin, Beschl. v. 4.4.2025 – VK-B1-03/25 = BeckRS 2025, 12691 Rn. 42 f. zur Anwendung von § 130a ZPO analog im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren.

¹⁶³ BGH, Beschl. v. 21.1.2010 – IX ZR 65/09 = NJW 2010, 2585 (2588 f. Rn. 32).

¹⁶⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 11.12.2020 – V ZR 26/20 = NJW 2021, 1088 (1089 Rn. 15 ff.); vertiefend zum Ganzen Möllers, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2025, § 6 Rn. 94 ff.

¹⁶⁵ §§ 133, 157 BGB können nach der h.M. nicht sinnvoll getrennt werden, siehe Ellenberger, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 133 Rn. 2, die Beschränkung des Wortlauts von § 157 BGB auf Verträge wird deshalb als missverständlich verstanden, siehe Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2025, § 157 Rn. 2; i.Erg. sollen §§ 133, 157 BGB für Rechtsgeschäfte und Willenserklärungen jeder Art gelten; strenger etwa Meier/Jocham, JuS 2015, 490 (495).

¹⁶⁶ Siehe nur Pustal, in: juris PraxisKommentar Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, VgV § 29 Rn. 28; Gerlach/Manzke, VergabeR 2016, 443 (443); vgl. auch v. Graevenitz, BWV 2021, 49 (51) m.w.N.; in der vergaberechtlichen Rechtsprechung wird diese Figur der Rechtsgeschäftslehre selten ausdr. benannt, vgl. etwa die von Gerlach und Manzke in Bezug genommene Entscheidung BGH, Urt. v. 10.6.2008 – X ZR 78/07 = NZBau 2008, 592 (592 Rn. 10); anders z.B. VK Südbayern, Beschl. v. 13.3.2023 – 1/SVK/034-22 = BeckRS 2023, 6135 Rn. 71.

¹⁶⁷ Umstr. ist aber, ob die Bekanntmachung eines sog. Open-House-Verfahrens – gem. h.M. außerhalb des Vergaberechts, siehe nur Dörr, NZBau 2025, 539 (539 Rn. 2) m.w.N. – auch als *invitatio ad offerendum* anzusehen ist, dafür jüngst OLG Köln, Beschl. v. 15.5.2025 – 18 I 97/23 = NZBau 2025, 586 (587 Rn. 46); krit. dazu Rädler, GRUR-Prax 2025, 639; anders z.B. Gabriel, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 4. Aufl. 2024, § 78 Rn. 9; Gaßner/Sauer, PharmR 2018, 288 (289 f.), die zutr. von einer *offerta ad incertas personas* ausgehen. Vertiefend zum prominenten Open-House-Verfahren des BMG zur Maskenbeschaffung siehe Moritz/Felz/Schulze, COVuR 2020, 684 (687); Hartwecker, VergabeR 2025, 236 (239); Pauka, NZBau 2025, 545 (545 f.); Greitens, Vergabeblog v. 13.10.2025 Nr. 72426.

¹⁶⁸ Bitterich, Vergabeverfahren und Bürgerliches Recht, 2013, S. 397, 403.

Angebot i.S.d. §§ 145 ff. BGB abzugeben.¹⁶⁹ Der Fall dieser Art der Erklärung ist damit ungeregelt.¹⁷⁰ Hierin liegt die Regelungslücke. Die für den Analogieschluss notwendige gemeinsame Wertungslage zu den von den §§ 133, 157 BGB geregelten Fällen von rechtsgeschäftlichen Erklärungen liegt auf der Hand: In den Vergabeunterlagen wird der Inhalt der einzureichenden Auftragsunterlagen abgebildet.¹⁷¹ Den Bedeutungsgehalt der Vergabeunterlagen an einem anderen Maßstab zu messen als die Angebote, die in Ansehung dieser Erklärung abgegeben werden, leuchtet nicht ein; für beide muss derselbe Maßstab gelten. Im Übrigen sprechen keine Anhaltspunkte für die fehlende Planwidrigkeit dieser Regelungslücke. Die Voraussetzungen des Analogieschlusses liegen vor. Im Ergebnis sind Vergabeunterlagen deshalb nach §§ 133, 157 BGB analog auszulegen.¹⁷²

Abzustellen ist also auf den abstrakt zu bestimmenden Adressatenkreis, d.h. den objektiven Empfängerhorizont. Bei Vergabeunterlagen ist damit der objektive Empfängerhorizont potenzieller Bieter maßgeblich. Entscheidend ist kurzum die Lesart „eines verständigen und mit der ausgeschriebenen Leistung vertrauten Unternehmens [...], das über das für eine Angebotsabgabe erforderliche Fachwissen verfügt“.¹⁷³ Im geschilderten Beispiel werden die Nachprüfungsinstanzen damit unter Anlegung dieses Maßstabes überprüfen, welche Kehrmaschinenmaße das Unternehmen aus der Leistungsbeschreibung berechtigterweise herauslesen durfte.

VI. Fazit

Die Fähigkeit, methodengerecht argumentieren zu können, ist nach alledem nicht ausschließlich in der Ausbildung gewinnbringend, sondern wird auch im Anschluss daran als „Handwerkszeug“ helfen, überzeugende Positionen zu vertreten. Dass hierfür zuhauf Gelegenheiten geboten werden, zeigen die vorgestellten Beispiele aus dem Vergaberecht.

¹⁶⁹ *Pustal*, in: *juris PraxisKommentar Vergaberecht*, 7. Aufl. 2024, VgV § 29 Rn. 28. Dies entspricht dem herkömmlichen Verständnis der *invitatio ad offerendum* ohne Weiteres, siehe allg. BGH, Urt. v. 10.11.2022 – I ZR 241/19 = NJW 2023, 1648 (1654). Unschädlich ist hierbei, dass die Vertragsbedingungen mit den Vergabe- bzw. Vertragsunterlagen (siehe § 29 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 VgV) ggf. sehr konkret bezeichnet sind, siehe *Busche*, in: *MüKo-BGB*, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 145 Rn. 10, was in der hier besprochenen Konstellation regelmäßig vorliegt, siehe v. *Graevenitz*, BWV 2021, 49 (52).

¹⁷⁰ Vgl. *Mansel*, in: *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 19. Aufl. 2023, Vorb. § 116 Rn. 12 zur *invitatio ad offerendum* als Erklärung, die zwar im rechtsgeschäftlichen Bereich liegt, aber keine Willenserklärung ist; *Goede*, in: *Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar*, 5. Aufl. 2024, VgV § 29 Rn. 3 f. versteht Vergabeunterlagen – in *Mansels* Ausführungen einfügend – als Erklärung, die Teil des Rechtsverkehrs wird, ohne eine Willenserklärung zu sein. §§ 133, 157 BGB gelten daher nicht unmittelbar.

¹⁷¹ BGH, Beschl. v. 7.1.2014 – X ZB 15/13 = NZBau 2014, 185 (188 Rn. 31); zust. etwa *Lampert*, in: *Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, Kommentar*, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, GWB § 121 Rn. 72.

¹⁷² Siehe für rechtsgeschäftsähnliche Handlungen allg. nur BGH, Urt. v. 14.10.1994 – V ZR 196/93 = NJW 1995, 45 (46 „[...] finden die Vorschriften über Willenserklärungen, insbesondere über deren Auslegung nach §§ 133, 157 BGB, entsprechende Anwendung“); für die Vergabeunterlagen zul. VK Saarland, Beschl. v. 18.11.2024 – 3 VK 03/2024 = BeckRS 2024, 44543 Rn. 65; VK Bund, Beschl. v. 25.10.2024 – VK 1 – 88/24 = BeckRS 2024, 35926 Rn. 37; VK Rheinland, Beschl. v. 2.4.2024 – VK 02/24 L = BeckRS 2024, 8561 Rn. 49; aus dem Schrifttum z.B. *Zimmermann, jurisPR-VergR 9/2025* Anm. 4 („entsprechend den §§ 133, 157 BGB“); *Manzke*, in: *BeckOK Vergaberecht*, Stand: 15.11.2025, VOB/A § 13 EU Rn. 25 („in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB“); *Lausen*, in: *Burgi/Dreher/Opitz, Vergaberecht, Kommentar*, Bd. 2, 4. Aufl. 2025, VOB/A § 13 EU Rn. 48.

¹⁷³ VK Bund, Beschl. v. 25.10.2024 – VK 1 – 88/24 = BeckRS 2024, 35926 Rn. 37; so in den Bahnen der st.Rspr., siehe nur BGH, Beschl. v. 7.1.2014 – X ZB 15/13 = NZBau 2014, 185 (188 Rn. 31), siehe dazu *Goede*, in: *Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar*, 5. Aufl. 2024, VgV § 29 Rn. 4 m.w.N.