

# Inhalt

<b>1. Einführung .....</b>	<b>1</b>
A Problemstellung und Zielsetzung der Arbeit .....	1
B Gang der Untersuchung .....	6
C Hintergründe und Rahmenbedingungen von Baukonzession und Mittelstandsförderung .....	8
1. Die Geschichte der Baukonzession und die Entwicklung des Vergaberechts aus der Mittelstandsförderung .....	8
a) Die Geschichte der Baukonzession .....	8
(1) Im Imperium Romanum und im Heiligen Römischen Reich .....	8
(2) Entwicklung in einzelnen europäischen Staaten während der Industrialisierung .....	10
(3) Zusammenfassung .....	15
b) Die Entwicklung des Vergaberechts aus der Mittelstandsförderung .....	16
2. Vergaberechtlicher Rahmen von Baukonzession und Mittelstandsförderung .....	21
a) Vergaberechtlich relevante Gesetze und Verordnungen .....	22
b) Die Rechtsnatur des Vergaberechts .....	24
(1) Privatrechtliche Einordnung .....	25
(2) Zuordnung zum Öffentlichen Recht .....	26
(3) Diskussion der Zuordnung zu einem Rechtsgebiet .....	27
(4) Annex: Einführung der Bezeichnung Fachanwalt für Vergaberecht .....	29
c) Die Mittelstandsförderung im Kontext der (beschaffungsfremden) Zwecke des Vergaberechts .....	30
(1) Entwicklung der Diskussion insbesondere in Bezug auf die Mittelstandsförderung .....	32
(2) Aktuelle Relevanz der Diskussion um die vergabefremden Zwecke .....	34
d) Europarechtliche Grenzen der Mittelstandsförderung .....	36
e) Der vergaberechtliche Mittelstandsbegriff .....	37
(1) Fehlen einer bundeseinheitlichen Definition des Mittelstandes .....	38
(2) Definition anhand von Beschäftigtenzahlen und Umsatzzahlen .....	38
(3) Definition anhand der Marktstruktur .....	39

3.	Wirtschaftliche Daten zum öffentlichen Beschaffungswesen und der relativen Bedeutung von Mittelstand und Baukonzession in Deutschland .....	41
a)	Die aktuelle Datenlage zur öffentlichen Beschaffung insgesamt .....	41
b)	Die wirtschaftliche Bedeutung des Mittelstandes gemessen an der Gesamtwirtschaftsleistung und am öffentlichen Auftragsvolumen .....	43
c)	Die wirtschaftliche Bedeutung der Baukonzession .....	44
(1)	Das Gesamtbauvolumen in der Bundesrepublik Deutschland .....	44
(2)	Der Anteil von Baukonzessionsvergaben an öffentlichen Bauaufträgen .....	45
<b>D</b>	<b>Die Baukonzession in ihrer vertraglichen Ausgestaltung und als Unterfall der Öffentlich-Privaten Partnerschaft .....</b>	<b>47</b>
1.	Rechtsdogmatische Einordnung der Baukonzession .....	47
a)	Die Baukonzession als gemischttypischer Vertrag des Zivilrechts .....	48
b)	Die Baukonzession als öffentlich-rechtlicher Vertrag .....	50
c)	Die Abgrenzung zwischen Bau- und Dienstleistungskonzession .....	51
2.	Die Baukonzession als Unterfall der Öffentlich-Privaten Partnerschaft .....	53
<b>2.</b>	<b>Die Baukonzession im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Beschaffung und Mittelstands-förderung unter besonderer Berücksichtigung der Risikoübertragung .....</b>	<b>59</b>
<b>A</b>	<b>Wirtschaftliche Beschaffung, Mittelstandsförderung und Risiko .....</b>	<b>61</b>
1.	Grundsatz der wirtschaftlichen Beschaffung .....	62
a)	Mikroökonomische Zielsetzung und Zweck-Mittel-Relation .....	62
b)	Risiko und Risikokosten als Faktoren der wirtschaftlichen Beschaffung einer Baukonzession .....	65
(1)	Risikobegriff .....	66
(2)	Risikokosten .....	71
(3)	Weitere Probleme der Risikodarstellung bei der wirtschaftlichen Beschaffung in Form von Baukonzessionen .....	72
c)	GWB-Reform 2016 .....	75
2.	Das Gebot der Mittelstandsförderung in Form der Losvergabe .....	77
a)	Teil- und Fachlose .....	78
b)	Gesamtvergabe .....	79

(1) Technische Gründe .....	79
(2) Wirtschaftliche Gründe .....	80
(3) Ermessen bei der Entscheidung für Los- oder Gesamtvergabe .....	83
(4) Nachfragebündelung .....	90
(5) Zwei-Stufen-Prüfung .....	92
(6) Loslimitierung .....	93
(7) Vergabeverfahrensrechtliche Dimensionen von Los- und Gesamtvergabe, insbesondere in Form der Baukonzessionsvergabe .....	95
(8) Risiko und Gesamtvergabe i. S. d. § 97 Abs. 3 GWB .....	102
<b>3. Die sonstigen Vergabegrundsätze .....</b>	<b>105</b>
a) Wettbewerbliche Vergabe .....	105
b) Transparenz .....	107
c) Gleichbehandlungsgrundsatz .....	110
d) Vergaberechtliche Grundsätze außerhalb des Kartellvergaberechts und weitere Grundsätze .....	111
<b>B Das Risiko im Kontext der Merkmale der Baukonzession nach der GWB-Reform 2016 .....</b>	<b>114</b>
1. Das befristete Nutzungsrecht .....	115
a) Enges Verständnis des befristeten Nutzungsrechts nach herrschender Auffassung .....	116
b) Diskussion des Befristungserfordernisses unter dem Gesichtspunkt der Risikoverteilung .....	118
2. Die Zuzahlung durch den öffentlichen Auftraggeber .....	122
3. Baukonzession und Risikoübernahme nach der GWB-Reform 2016 .....	125
4. Anpassungsklauseln und Baukonzession .....	125
5. Wagnisvorbehalt und Baukonzession .....	127
<b>3. Der Grundsatz der Mittelstandsförderung im Rahmen der Untervergabe durch den Baukonzessionär .....</b>	<b>131</b>
<b>A Die Reichweite der Bindung des Konzessionärs an das Vergaberecht aufgrund von § 98 Nr. 6 GWB i. V. m. § 6 VgV i. V. m. § 22 EG VOB/A .....</b>	<b>132</b>
1. Beurteilung des Verhältnisses von § 98 Nr. 6 GWB und § 6 Abs. 1 VgV i. V. m. § 22 EG VOB/A .....	132

a)	Auslegung nach dem Wortlaut .....	132
b)	Analyse der einschlägigen regierungamtlichen Stellungnahmen und Gesetzesbegründungen .....	134
c)	Stellungnahme .....	135
2.	Die Untervergabe von Planungsleistungen durch den Baukonzessionär – das Beispiel OLG München, Beschluss vom 05. 04. 2012 – Verg 3/12 .....	138
<b>B</b>	<b>Vergaberechtliche Bindung des Baukonzessionärs aus § 97 Abs. 3 S. 4 GWB .....</b>	<b>140</b>
1.	Umfang, Adressat und Ausgestaltung der Pflicht zur Verpflichtung des Auftragnehmers, bei der Untervergabe nach § 97 Abs. 3 S. 1-3 GWB zu verfahren .....	140
a)	Umfang .....	140
b)	Adressat der Verpflichtung .....	141
c)	Ausgestaltung .....	145
2.	Der Begriff der öffentlichen Aufgabe i. S. d. § 97 Abs. 3 GWB .....	147
3.	§ 97 Abs. 3 S. 4 GWB und Unter-Untervergabe an weitere Dritte .....	150
<b>C</b>	<b>Die Untervergabe durch den Baukonzessionär an mit ihm verbundene Unternehmen .....</b>	<b>151</b>
1.	Herrschende Auffassung .....	151
2.	Kritik .....	152
3.	GWB-Reform 2016 .....	154
<b>4.</b>	<b>Rechtschutzmöglichkeiten im Kontext von Baukonzessions- und Untervergabe .....</b>	<b>155</b>
<b>A</b>	<b>Rechtsschutz gegen die Baukonzessionsvergabe als Gesamtvergabe .....</b>	<b>157</b>
1	Primärrechtsschutz .....	157
a)	Primärrechtsschutz des mittelständischen Bieters gegen die Gesamtvergabe oberhalb der Schwellenwerte .....	157
(1)	Schwellenwerte und deren Bestimmung .....	159
(2)	Antragsbefugnis des mittelständischen Unternehmens .....	169
(3)	Rügeobliegenheit .....	174
(4)	Beschwerdeverfahren .....	177
(5)	Beiladung .....	178

b)	Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte .....	179
(1)	Rechtswegfragen .....	180
(2)	Städtebauliche Verträge als Sonderfall der Baukonzession unterhalb der Schwellenwerte .....	183
2.	Folgen der GWB-Reform für den Primärrechtsschutz des Nachunternehmers gegen den Baukonzessionär .....	184
3.	Sekundärrechtsschutz .....	185
a)	Oberhalb der Schwellenwerte .....	185
b)	Unterhalb der Schwellenwerte .....	189
c)	Mehrvergütung bei verzögerter Vergabe eines Baukonzessionsvertrages .....	190
<b>B</b>	<b>Besonderheiten hinsichtlich des Rechtsschutzes bei der Untervergabe durch den Baukonzessionär .....</b>	<b>191</b>
1.	§ 98 Nr. 6 GWB .....	191
2.	Rechtsschutz bei Verstößen gegen § 97 Abs. 3 S. 4 GWB .....	192
a)	Pflichtverstoß des öffentlichen Auftraggebers .....	192
b)	Pflichtverstoß des Auftragnehmers .....	193
(1)	Vergaberechtlicher Lösungsansatz .....	193
(2)	Zivilrechtlicher Lösungsansatz .....	194
<b>C</b>	<b>Kostenrisiko im Vergabeverfahren als Einschränkung des Rechtsschutzes und damit als Problem der Umsetzung des Mittelstandsschutzes .....</b>	<b>196</b>
<b>5.</b>	<b>Schluss .....</b>	<b>199</b>
<b>A</b>	<b>Fazit .....</b>	<b>199</b>
<b>B</b>	<b>Thesen .....</b>	<b>204</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>		<b>213</b>
1.	Kommentare/Handbücher .....	213
2.	Monographien .....	215
3.	Aufsätze .....	217