

Manfred Löwisch

Forschung und Vergaberecht

GLIEDERUNG

I. *Forschung und Entwicklung als Gegenstand des Vergaberechts*

II. *Wissenschaftsfreiheit und Vergaberecht*

1. *Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit*
2. *Vergaberecht als Schranke*

III. *Aufträge oberhalb der Schwellenwerte*

1. *Rechtsgrundlagen*
2. *Anwendungsbereich*
3. *Schwellenwerte*
4. *Relevante Vergabegrundsätze und Zuschlagskriterien*
5. *Wahrung der Wissenschaftsfreiheit*

IV. *Aufträge unterhalb der Schwellenwerte*

1. *Rechtsgrundlagen*
2. *Anwendungsbereich*
3. *Vergabegrundsätze*
4. *Wahrung der Wissenschaftsfreiheit*

V. *Private Auftraggeber*

VI. *Forschungsrelevante Lieferungen und Dienstleistungen*

1. *Oberhalb der Schwellenwerte*
2. *Unterhalb der Schwellenwerte*
3. *Wahrung der Wissenschaftsfreiheit*

I. Forschung und Entwicklung als Gegenstand des Vergaberechts

Vertragsforschung ist aus der arbeitsteiligen heutigen Forschungslandschaft nicht wegzudenken. Öffentliche Stellen wie private Unternehmen vergeben Aufträge an Forschungsinstitutionen, die ihrerseits wiederum öffentliche Stellen oder private Unternehmen, aber auch freiberuflich Tätige sein können. Gegenstand der Aufträge sind dabei zumeist nicht Fragen der Grundlagenforschung oder der angewandten Forschung, sondern solche der Entwicklung, also der zweckgerichteten Auswertung und Anwendung von Forschungsergebnissen und Erfahrungen vor allem technologischer oder ökonomischer Art, um zu neuen Systemen, Verfahren, Stoffen, Gegenständen und Geräten zu gelangen (Neuentwicklung) oder um vorhandene zu verbessern (Weiterentwicklung).¹

Eine Vorstellung vom Umfang der Vertragsforschung durch öffentliche Stellen lässt sich dem Qualitätsbericht „Ausgaben, Einnahmen und Personal der öffentlichen und öffentlich geförderten Einrichtungen für Wissenschaft, Forschung und Entwicklung 2013“ des Statistischen Bundesamts und dem Datenportal Forschung und Innovation des Bundesministeriums für Bildung und Forschung entnehmen. Nach dem Qualitätsbericht beliefen sich im Jahr 2012 die Ausgaben der Hochschulen für Baumaßnahmen auf 564 Mio. Euro und die Ausgaben für die übrigen Sachinvestitionen auf 481 Mio. Euro. Nach dem Datenportal erreichten diese Ausgaben bei den wissenschaftlichen Einrichtungen außerhalb der Hochschulen 2012 734 Mio. Euro für Bauten und 1.214 Mrd. Euro für die übrigen Investitionen.²

Die Vergabe von Vertragsforschung durch öffentliche Stellen unterliegt dem Vergaberecht. Dessen Verhältnis zum Schutz der Wissenschaftsfreiheit ist Gegenstand des zweiten Abschnitts (II.).

Die Rechtsvorschriften des Vergaberechts unterscheiden nach dem Wert des Auftrags: Oberhalb bestimmter Schwellenwerte sind die vergaberechtlichen Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der Vergabeverordnung sowie die Vergaberichtlinien der EU anwendbar. Unterhalb der Schwellenwerte sind gesetzliche Grundlage § 55 der Bundeshaushaltsordnung und die entsprechenden Bestimmungen der Landshaushaltsordnungen. Diese münden, jeweils in Verbindung mit Ausführungsbestimmungen unterschiedlichen Rechtscharakters, letztlich alle in der Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen (VOL/A).

Dementsprechend werden im Folgenden nacheinander die Vergabe von Forschungsleistungen oberhalb der Schwellenwerte (III.) und danach die Vergabe von Forschungsleistungen unterhalb der Schwellenwerte (IV.) untersucht. Ein Blick auf Rechtsfragen der Vergabe von Forschungsleistungen durch private Unternehmen schließt sich an (V.).

Forschungsinstitutionen treten auch als Auftragnehmer von Dienstleistungen auf, die ihrerseits weder For-

1 So die Definition im Bundesbericht Forschung III der Bundesregierung vom 12.6.1969 (BT-Drucksache V/4335 S. 5).

2 Statistisches Bundesamt, Fachserie 11 Reihe 4.3.2 (Monetäre hochschulstatistische Kennzahlen 2012), Tabelle 4.1.1; Datenportal des bmbf „Forschung und Innovation“, Tabelle 1.6.4. Ein – freilich weit

zurückliegenden – Überblick über Umfang und Bedeutung der Vertragsforschung findet sich bei Röhlingshöfer, Die Vergabe von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen in der Bundesrepublik Deutschland, Schriftenreihe des IFO-Instituts für Wirtschaftsforschung Nr. 77 (1972), S. 27 ff.

schung noch Entwicklung sind, aber für die Forschung Bedeutung haben. So nehmen etwa Institute der Rechtsmedizin forensisch – toxikologische und molekulargenetische Untersuchungsaufträge vor allem öffentlicher Auftraggeber wie etwa der Landeskriminalämter wahr, um Material für ihre rechtsmedizinische Forschung und Entwicklung zu gewinnen. Sie unterliegen dann als Auftragnehmer dem Vergaberecht und müssen sich dem mit diesem verbundenen Wettbewerb stellen. Die daraus resultierenden Fragen werden in einem eigenen Abschnitt behandelt (VI.).

II. Wissenschaftsfreiheit und Vergaberecht

1. Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit

Die Wissenschaftsfreiheit schützt die „auf wissenschaftlicher Eigengesetzlichkeit beruhenden Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen bei der Suche nach Erkenntnissen, ihrer Deutung und Weitergabe“. ³ Träger dieses Schutzrechts sind einerseits die einzelnen Wissenschaftler und andererseits die wissenschaftlichen Einrichtungen, insbesondere die Hochschulen, aber auch private Wissenschaftseinrichtungen. ⁴

Der Schutz der Wissenschaftsfreiheit gilt dabei nicht nur der freien Wahl von Fragestellung und Methodik, sondern auch der praktischen Durchführung von Forschung und Lehre einschließlich der vorbereitenden und begleitenden Tätigkeiten, die in einem engen Zusammenhang mit Forschung und Lehre stehen. Geschützt ist auch die Organisation von Forschung und Lehre. ⁵

Erfasst wird so auch die Vergabe von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen. Wer einzelne Wissenschaftler, eine Gruppe von Wissenschaftlern oder eine Forschungseinrichtung einschaltet, um bestimmte Teile eines Projekts durch deren Forschungs- oder Entwicklungsbeiträge voranzubringen, trifft eine genuin wissenschaftliche Entscheidung, die nicht reglementiert werden darf. Art. 5 Abs. 3 GG gewährleistet insoweit ein Recht auf Abwehr staatlicher Einwirkungen auf den Prozess der Gewinnung wissenschaftlicher Erkenntnisse. ⁶

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verkörpert sich in Art. 5 Abs. 3 GG auch eine objektive Wertentscheidung. Sie beruht auf der Schlüsselfunktion, die einer freien Wissenschaft sowohl für die Selbstverwirklichung des Einzelnen als auch für die gesamtgesellschaftliche Entwicklung zukommt. Diese Wertentscheidung bedeutet nicht nur die Absage an staatliche Eingriffe in den Eigenbereich der Wissenschaft. Sie schließt vielmehr das Entstehen des Staates, der sich als Kulturstaat versteht, für die Idee einer freien Wissenschaft und seine Mitwirkung an ihrer Verwirklichung ein und verpflichtet ihn, sein Handeln positiv danach einzurichten, d.h. schützend und fördernd einer Aushöhlung dieser Freiheitsgarantie vorzubeugen. ⁷

Der Staat muss deshalb die Pflege der freien Wissenschaft und ihre Vermittlung an die nachfolgende Generation durch Bereitstellung von personellen, finanziellen und organisatorischen Mitteln ermöglichen und fördern. ⁸ Diese Förderpflicht des Staates wäre zu eng verstanden, wollte man sie in sachlicher Hinsicht auf die ausdrücklich genannte Bereitstellung finanzieller Mittel beschränken. Zwar ermöglicht deren Bereitstellung es den Hochschulen in der Regel, sich die sachlichen Mittel für den Forschungs- und Lehrbetrieb am Markt zu beschaffen. Wo aber die Verfügung über diese sachlichen Mittel beim Staat liegt, muss er den Hochschulen angemessenen Zugang zu ihnen gewähren.

Für Akten und andere Unterlagen ist das im Grundsatz anerkannt. ⁹ Es muss aber auch für im Wesentlichen nur von staatlichen Stellen zu vergebende Aufträge gelten, die Gegenstand wissenschaftlicher Forschung und Lehre sind, wie das etwa auf Untersuchungsaufträge im Bereich der Rechtsmedizin zutrifft. ¹⁰

2. Vergaberecht als Schranke

Die Wissenschaftsfreiheit ist nicht schrankenlos garantiert. Schranken können sich aus anderen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern ergeben. Der Staat ist bei der Regelung des wissenschaftlichen Lebens in seinen Hochschulen nicht auf die absolute Freiheit für die

3 BVerfG vom 26.10.2004, 1 BvR 911, 927, 928/00, BVerfGE 111, 333, 354.

4 BVerfG vom 14.4.1987, 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, 192; BVerfG vom 10.3.1992, 1 BvR 454 u.a./91, BVerfGE 85, 360; *Kempfen* in Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG (Stand 1.9.2015) Art. 5 Rn. 185.

5 BVerfG vom 29.5.1973, 1 BvR 424/71 und 325/72, BVerfGE 35, 79.

6 BVerfG vom 1.3.1978, 1 BvR 333/75, BVerfGE 47, 327, 367.

7 BVerfG vom 29.5.1973, 1 BvR 424/71 und 1 BvR 325/72, BVerfGE 35, 79, 95.

8 BVerfG vom 29.5.1973 aaO. Rn. 96.

9 BVerfG vom 9.10.1985, 7 B 188/85, NJW 1986, 1177; näher *Kempfen* in Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG (Stand 1. 9. 2015) Art. 5 Rn. 182; vgl. auch § 5 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 5 Satz 2 Bundesarchivgesetz, wo wissenschaftliche Forschungsvorhaben im Bezug auf die Dauer der Schutzfristen privilegiert werden.

10 Allgemein zum Schutz der Einwerbung von Mitteln für die Forschung *Britz* in Dreier, Kommentar zum Grundgesetz Band I, Art. 5 Abs. 3 Rn. 24.

Forschungs- und Lehrtätigkeit des einzelnen Wissenschaftlers und die damit einhergehende Vernachlässigung anderer im Grundgesetz geschützter Rechtsgüter festgelegt.¹¹ Vielmehr liegt es in seinem Gestaltungsermessens, inwieweit er die Träger der Wissenschaftsfreiheit an allgemeine rechtliche Regelungen bindet.¹²

Ihre Grenze findet diese Bindung an das allgemeine Recht aber am Mindestmaß dessen, was notwendig ist, um wissenschaftliche Forschung und Lehre zu betreiben. Rechtliche Vorschriften dürfen Wissenschaftler und Hochschulen nicht daran hindern, in ihren wissenschaftlichen Auffassungen gründende Entscheidungen in Forschungs- und Lehrangelegenheiten zu realisieren. Auch dürfen sie nicht dazu führen, dass ihnen die notwendige Mindestausstattung versagt bleibt.¹³

Hieraus folgt einerseits, dass Art. 5 Abs. 3 GG weder deutschen noch europäischen Vorschriften entgegensteht, welche die Vergabe von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen und die Beschaffung der für Forschung und Lehre notwendigen sachlichen Mittel dem Vergaberecht unterstellen.

Andererseits darf auch die Anwendung des Vergaberechts nicht dazu führen, dass wissenschaftsbedingte Entscheidungen der Träger von Forschung und Lehre verhindert und die Mindestbedürfnisse für die Durchführung von Forschung und Lehre nicht mehr erfüllt werden.

III. Aufträge oberhalb der Schwellenwerte

1. Rechtsgrundlagen

Die Vergabe von Leistungen oberhalb der Schwellenwerte ist einerseits Gegenstand des europäischen Rechts. Maßgebend ist nunmehr die Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014, welche die vorangehende Richtlinie 2004/18/EG mit Wirkung zum 18. April 2016 aufgehoben hat. Andererseits sind die Bestimmungen des 4. Teils des GWB über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen einschlägig. Diese sind durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 17.2.2016 an die Vorgaben der Richtlinie angepasst worden. Die Neufassung ist nach Art. 3 Satz 2 des Gesetzes am 18.4.2016 in Kraft getreten.¹⁴ Der Beitrag legt diese neuen Regelungen zugrunde.

Im Gefolge des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes ist auch die Vergabeverordnung neu gefasst und dort das Vergabeverfahren für Liefer- und Dienstleistungen sowie für freiberufliche Leistungen zusammengeführt worden.¹⁵ Diese Neufassung wird im Folgenden ebenfalls zugrunde gelegt.

2. Anwendungsbereich

Richtlinie wie 4. Teil des GWB beziehen sich auf öffentliche Auftraggeber. Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 der Richtlinie bezeichnet als solche den Staat, die Gebietskörperschaften, die Einrichtungen des öffentlichen Rechts oder die Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen. Etwas weiter ist die Definition in § 99 GWB. Danach sind neben den Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art erfüllen, dann öffentliche Auftraggeber, wenn sie überwiegend öffentlich finanziert werden, der Aufsicht öffentlicher Stellen unterliegen oder mehr als die Hälfte ihrer Organmitglieder durch öffentliche Stellen bestimmt worden sind.

Grundsätzlich erfasst das Vergaberecht also die Hochschulen, aber auch überwiegend öffentlich finanzierte Forschungseinrichtungen wie die Institute der Max-Planck-Gesellschaft, der Fraunhofer-Gesellschaft, der Helmholtz-Gemeinschaft deutscher Forschungszentren und der Wissenschaftsgemeinschaft Gottfried Wilhelm Leibniz, sowie die Ressortforschung der Bundesregierung und Landesregierungen.

Nicht erfasst wird hingegen die Deutsche Forschungsgemeinschaft, die sich satzungsgemäß auf die finanzielle Förderung von Forschungsarbeiten beschränkt.¹⁶

Art. 14 der Richtlinie 2014/24/EU und damit übereinstimmend § 116 Abs. 1 Nr. 2 GWB enthalten indes eine Ausnahme für Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen. Nach diesen Vorschriften gelten Richtlinie und GWB nur für bestimmte, im Common Procurement Vocabulary (CPV) der EG-Verordnung 213/2008 genannte Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen, näm-

11 BVerfG vom 1.3.1978, 1 BvR 174, 178, NJW 1978, 1621; vom 15.9.1997, 1 BvR 406/96, NVwZ-RR 1998, 175.

12 BVerwG vom 9.10.1985, 7 B 188/85, NJW 1986, 1277.

13 BVerfG vom 29.5.1973 aaO; BVerfG vom 8.2.1977, 1 BvR 79/70, Rn. 114; vom 8.7.1980, 1 BvR 1472/78, Rn. 92 und vom 15.9.1997 aaO; Scholz in Maunz/Dürig, 75. EL September 2015, Art. 5 Abs. 3, Rn. 116 und 194.

14 Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 17.2.2016 (BGBl I 2016, 203).

15 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Art. 1 der Vergaberechtsmodernisierungsverordnung vom 12.4.2016, BGBl I 2016, 624).

16 Siehe § 1 Satz 1 in Verbindung mit § 12 der Satzung der Deutschen Forschungsgemeinschaft, zuletzt geändert und neugefasst am 2.7.2014, abrufbar im Internet unter http://dfg.de/dfg_profil/satzung/index.html (zuletzt abgerufen am 1.10.2015).

lich Forschungs- und Entwicklungsdienste und zugehörige Beratung, Dienstleistungen im Bereich Forschung und experimentelle Entwicklung, Forschungsdienste, Forschungslabordienste, Meeresforschungsdienste, Experimentelle Entwicklung, Planung und Ausführung von Forschung in Entwicklung, Vorstudie zur Durchführbarkeit und technologische Demonstration sowie Test und Bewertung. Alle übrigen Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen werden von der Richtlinie 213/2008 und damit von der Vergaberichtlinie und dem GWB nicht erfasst. Das betrifft insbesondere solche in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit bis hin zur Entwicklung von elektronischen Systemen für militärische Zwecke.

Auch soweit Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen von Richtlinie und GWB erfasst werden, gilt das nach den genannten Vorschriften nur, wenn ihre Ergebnisse ausschließlich Eigentum des öffentlichen Auftraggebers für seinen Gebrauch bei Ausübung seiner eigenen Tätigkeit werden und außerdem die erbrachte Dienstleistung vollständig durch den öffentlichen Auftraggeber vergütet wird.

Mit diesem Vorbehalt will die Richtlinie ausweislich ihres Erwägungsgrundes 35 die Finanzierung von Forschungs- und Entwicklungsprogrammen durch die Industrie fördern. Um dieses Ziel zu erreichen, soll sie nur anwendbar sein, wenn es keine solche Ko-Finanzierung gibt und wenn das Ergebnis der Forschungs- oder Entwicklungsdienstleistung dem betreffenden öffentlichen Auftraggeber zu Gute kommt.

Die Vorgängervorschrift von § 116 Abs. 1 Nr. 2 GWB, § 100 Abs. 4 Nr. 2 GWB a.F. ist verschieden interpretiert worden. Teilweise stand die Literatur auf dem Standpunkt, dass auch bei einem nicht ausschließlichen Nutzungsrecht des öffentlichen Auftraggebers der Vorbehalt entfalle, so dass das Vergaberecht anzuwenden sei.¹⁷ Teilweise wurde dem Wortlaut folgend nur bei ausschließlicher Nutzung der Tatbestand als erfüllt angesehen.¹⁸

Jedenfalls nach neuem Recht ist davon auszugehen, dass die wörtliche Auslegung das Richtige trifft. Wenn der Erwägungsgrund 35 der Richtlinie 2014/24/EG erklärt, dass es unschädlich sein soll, wenn der Dienstleistungserbringer einen Bericht über seine Tätigkeiten veröffentlicht, solange nur der Auftraggeber die „alleinigen“ Rechte zum Gebrauch der Forschungs- und Entwicklungsergebnisse bei der Ausübung seiner Tätigkeit be-

hält, stellt er unmissverständlich auf die ausschließliche Nutzung ab. Zudem steht hinter dem Vorbehalt auch der Zweck, die Zugänglichkeit der Ergebnisse von Forschung und Entwicklungstätigkeiten für die Science Community zu begünstigen. Das legt es nahe, dem Vorbehalt einen weiten Anwendungsbereich zu geben.

Von vornherein nicht von der Vorschrift erfasst werden Dienstleistungen, denen das konstitutive Merkmal von Forschung und Entwicklung, nämlich das Streben nach neuen Erkenntnissen (Forschung) oder neuen Systemen (Entwicklung) fehlt. Schon daran musste in dem von der Vergabekammer Südbayern und dem Bayerischen Obersten Landesgericht entschiedenen Fall der Untersuchung von Rüstungsaltslastverdachtsstandorten¹⁹ die Anwendung des damaligen § 100 Abs. 2 lit. n GWB scheitern. Vor allem Bauleistungen unterfallen aus diesem Grund nicht der Ausnahme.

3. Schwellenwerte

Nach Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU, auf den § 106 GWB verweist, betragen die Schwellenwerte derzeit 5.186.000 Euro bei öffentlichen Bauaufträgen, 134.000 Euro bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die von zentralen Regulierungsbehörden vergeben werden, und 207.000 Euro bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen die von subzentralen öffentlichen Auftraggebern vergeben werden.

Diese Schwellenwerte werden bei Hochschulen und Forschungseinrichtungen im Bereich von Bauleistungen häufig, im Bereich von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, um die es bei Forschung und Entwicklung in erster Linie geht, nur ausnahmsweise erreicht.

4. Relevante Vergabegrundsätze und Zuschlagskriterien

Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber, alle Wirtschaftsteilnehmer in gleicher und nichtdiskriminierender Weise zu behandeln und dabei transparent und verhältnismäßig zu handeln. Nach Art. 67 Abs. 2 lit. a gehören zu den Zuschlagskriterien Qualität, einschließlich technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit, Design für Alle, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften und Handel und die damit verbundenen Bedingungen, nach Art. 67 Abs. 2 lit. b auch Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten

17 Pünder/Schellenberg, Vergaberecht 2. Aufl. 2015, § 100 Rn. 30.

18 Müller-Wrede/Sterner, GWB-Vergaberecht, 2. Aufl. 2014, §100 Rn. 15; Kularz/Kus/Portz/Röwekamp, GWB-Vergaberecht, 3. Aufl. 2014, §100, Rn. 45; Heuvels/Höb/Kuß/Wagner, Vergaberecht, 2012, § 100 Rn. 1.

19 Vergabekammer Südbayern vom 27.9.2002, 120.3-3194-1-36-08-02, juris; BayObLG vom 27.2.2003, Verg. 25/02, juris.

Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann.

Mit diesen Vorgaben stimmen die Regelungen des deutschen Vergaberechts überein: Zunächst verpflichtet § 97 Abs. 1 und 2 GWB die öffentlichen Auftraggeber auf die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, Verhältnismäßigkeit und Gleichbehandlung. Nach § 97 Abs. 3 GWB werden bei der Vergabe Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte berücksichtigt.

Nach § 127 Abs. 3 GWB müssen weiter auch die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Diese Verbindung ist auch dann anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.

Die Vergabeverordnung gibt in ihren §§ 42 ff für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte im Einzelnen Eingangskriterien vor. Gestellt werden können dabei unter anderem Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens, welche eine angemessene Qualität der Ausführung gewährleisten (§ 46 Abs. 1), sowie Studien- und Ausbildungsnachweise (§ 46 Abs. 3 Nr. 6).

5. Wahrung der Wissenschaftsfreiheit

Soweit Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen sind, steht ein Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit der vergebenden wissenschaftlichen Einrichtungen von vornherein nicht in Rede.

Aber auch dort, wo der Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet ist, lassen Vergabegrundsätze und Zuschlagskriterien ausreichend Raum, um den besonderen Bedürfnissen der Vertragsforschung Rechnung zu tragen. Insbesondere kann der Grad der erwarteten Innovation ein ausschlaggebender Aspekt sein. Auch die wissenschaftliche Qualifikation des für die Durchführung vorgesehenen Personals kann so genügend gesichert werden.

Notwendig ist freilich, dass die Leistungsbeschreibung die forschungsrelevanten Anforderungen präzise formuliert. Auch ändert sich nichts daran, dass zwischen qualitativ gleichwertigen Angeboten der Zuschlag an das wirtschaftlichste zu gehen hat.

IV. Aufträge unterhalb der Schwellenwerte

1. Rechtsgrundlagen

Die gesetzlichen Vorgaben für die Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte enthalten § 55 Bundeshaushaltsordnung und die im Wesentlichen gleich lautenden entsprechenden Bestimmungen der Landeshaushaltsordnungen. Danach muss dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen (Abs. 1) und ist beim Abschluss von Verträgen nach einheitlichen Richtlinien zu verfahren (Abs. 2).

Was den Bund angeht, wird diese Vorgabe durch Abschnitt 1 der VOL (VOL/A) umgesetzt. Diese ist vom Bundesministerium für Wirtschaft am 20.12.2009 erlassen worden und am 11.6.2010 in Kraft getreten.²⁰ In der Sache ebenso verfahren die Bundesländer. Teilweise ordnen sie die Geltung der VOL/A gesetzlich an,²¹ teilweise begnügen auch sie sich mit entsprechenden Verwaltungsvorschriften.²²

Soweit die betreffenden Landesgesetze die Vergabe zusätzlich an die Gewährleistung von Tariftreue bei der Durchführung des Auftrags binden, gilt das grundsätzlich auch für die Vergabe von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen. Allerdings müssen die einschlägigen tariflichen Bestimmungen ihrerseits mit der durch Art. 5 Abs. 3 GG gewährleisteten Wissenschaftsfreiheit vereinbar sein. So wären tarifliche Bestimmungen, welche die Nutzung der in § 14 Abs. 2 Nr. 2 Arbeitszeitgesetz für die Forschung vorgesehenen Ausnahme vom allgemeinen Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot ausschließen, unbeachtlich.²³

Ob im Zuge der Modernisierung des Vergaberechts auch die Vorschriften für die Vergabe unterhalb der Schwellenwerte geändert werden, ist offen. Das Eckpunktepapier des Bundesministeriums für Wirtschaft

20 Bundesanzeiger 2009 Nr. 196a.

21 §§ 6 f. TtVG Bremen; § 2a VergG Hamburg; § 2 Abs. 1 VergG Mecklenburg-Vorpommern; § 3 Abs. 2 TVergG Niedersachsen; § 3 Abs. 3 TVergG Nordrhein-Westfalen; § 1 Abs. 2 VergG Sachsen; § 1 Abs. 2 LVG Sachsen-Anhalt; § 3 Abs. 1 TVergG Schleswig-Holstein.

22 LTMG Baden-Württemberg; MfG Bayern; AVG Berlin; VergG

Brandenburg; VergG Hessen; LTTG Rheinland-Pfalz; TtG Saarland.

23 Dazu Löwisch, Tarifverträge für das Hochschulpersonal, FS Würtenberger, 2013, 1165, 1172ff; allgemein zur Problematik der Tarifreueeregungen demnächst Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2016, § 5 Rn. 441 ff.

und Energie sieht insoweit nur eine zeitnahe Prüfung des Anpassungsbedarfs vor.²⁴

2. Anwendungsbereich

Abgesehen von Bauleistungen, für welche die VOB maßgebend ist, gilt die VOL/A nach ihrem § 1 Satz 1 für alle Vergaben von öffentlichen Aufträgen über Leistungen (Lieferungs- und Dienstleistungen). Mehrere Länder sehen allerdings Schwellenwerte für Kleinaufträge vor, sei es dass solche Aufträge überhaupt vom Vergaberecht ausgenommen werden, sei es dass bei ihnen die freihändige Vergabe zugelassen wird.²⁵

Von der Geltung der VOL/A von vornherein ausgenommen sind nach § 1 Satz 2 Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden. Für den Begriff der freiberuflichen Tätigkeit wird dabei in einer Fußnote auf § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG verwiesen, nach dem zur freiberuflichen Tätigkeit u. a. die selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit gehört. Selbständig in diesem Sinne ist eine Tätigkeit, die ein Steuerpflichtiger auf eigene Rechnung und Gefahr entfaltet.²⁶

Damit ist die Vertragsforschung im geistes- und sozialwissenschaftlichen Bereich aus dem Anwendungsbereich im Wesentlichen ausgenommen. Insbesondere wird die Gutachtertätigkeit in diesen Bereichen nicht erfasst.

Was die Vertragsforschung im Übrigen angeht, macht die VOL/A insofern eine Ausnahme, als sie in § 3 Abs. 5 lit. c eine freihändige Vergabe für zulässig erklärt, wenn es sich um die Erbringung von Dienstleistungen zur Erfüllung wissenschaftlich-technischer Fachaufgaben auf dem Gebiet von Forschung, Entwicklung und Untersuchung handelt, die nicht der Aufrechterhaltung des allgemeinen Dienstbetriebs und der Infrastruktur einer Dienststelle des Auftraggebers dient.

Man wird davon ausgehen müssen, dass damit nicht nur wissenschaftlich-technische Dienstleistungen im engeren Sinne gemeint sind, sondern allgemein Forschungs- und Entwicklungsaufträge auf wissenschaftlich-technischem Gebiet.²⁷ Denn gerade für diese ist die freihändige Vergabe sinnvoll, weil sie auf die angesichts der Dynamik von Forschung und Entwicklung nur schwer mögliche detaillierte Ausschreibung verzichtet.

3. Vergabegrundsätze

Auch soweit Forschungs- und Entwicklungsaufträge freihändig vergeben werden, sind doch die in § 2 VOL/A festgelegten Vergabegrundsätze zu beachten. Danach muss die Vergabe an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmen zu angemessenen Preisen erfolgen (Abs. 1 Satz 1). Kein Unternehmen darf dabei diskriminiert werden (Abs. 1 Satz 2).

§ 3 Abs. 5 lit. c VOL/A schreibt die freihändige Vergabe nicht vor, sondern erklärt sie nur für zulässig. Es steht deshalb nichts entgegen, Forschungs- und Entwicklungsaufträge auf wissenschaftlich-technischem Gebiet auszuschreiben. Dann sind die in § 16 VOL/A festgelegten Zuschlagskriterien zu beachten. Auch hier gilt dann, dass die Auftraggeber durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Kriterien, wie Qualität, Preis, technischen Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften usw. berücksichtigen können (Abs. 8), soweit diese in den Vergabeunterlagen genannt sind (Abs. 7).

In der Sache nichts anderes gilt aber auch für Leistungen im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit. Denn auch für diese gelten, wie § 1 Satz 3 VOL/A ausdrücklich festhält, die Bestimmungen der Haushaltsordnungen und damit die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 7 Satz 1 BHO).

4. Wahrung der Wissenschaftsfreiheit

Gleichgültig, ob Forschungs- und Entwicklungsaufträge unterhalb der Schwellenwerte freihändig vergeben oder ausgeschrieben werden: Vergabegrundsätze und Zuschlagskriterien lassen auch hier ausreichend Raum, um den wissenschaftsrelevanten Bedürfnissen von Forschungseinrichtungen gerecht zu werden. Insbesondere können die notwendigen Anforderungen an Fachkunde und Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers gestellt werden.

V. Private Auftraggeber

Auf Auftragsforschung, welche von privaten Unternehmen vergeben wird, ist das Vergaberecht von Haus aus nicht anwendbar. Auch die Vorschriften über das verbotene Verhalten marktbeherrschender Unternehmen greifen in der Regel nicht, weil es sich bei Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen zumeist nicht um gewerbliche Leistungen handelt.

24 Siehe Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, Beschluss des Bundeskabinetts, 7. Januar 2015, abrufbar unter www.bmwi.de.

25 § 5 TtVG Bremen; § 1 Abs. 2 VergG Hessen; § 4 VergG Sachsen; § 1 Abs. 1 LVG Sachsen-Anhalt.

26 *Blümich/Hutter*, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, 130. Aufl. 2015, § 18 Rn. 19.

27 So wohl auch *Willenbruch/Wiedekind/Haak/Preißinger*, Vergaberecht, § 3 VOL/A, Rn. 45 ff.

Eine Bindung an vergaberechtliche Bestimmungen kann sich aber aus dem Gesellschaftsrecht ergeben. So können Satzungen vorsehen, dass bestimmte Aufträge nur nach Ausschreibung vergeben werden dürfen. Auch kann es der von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern anzuwendenden Sorgfalt entsprechen, Ausschreibungen vorzunehmen und bestimmte Vergabekriterien zu beachten. Das gilt aber nicht in jedem Fall. Forschungs- und Entwicklungsaufträge können so spezifische Anforderungen an die Fähigkeiten des Auftragnehmers stellen, dass von vornherein nur ein oder wenige Unternehmen in Betracht kommen. Dann kann es sinnvoll sein, auf eine Ausschreibung zu verzichten.

Denkbar, wohl aber weithin nicht praktiziert, ist auch eine Bindung von Zuschüssen öffentlicher Stellen an die Anwendung des Vergaberechts bei der Vergabe von Aufträgen.

VI. Forschungsrelevante Lieferungen und Dienstleistungen

1. Oberhalb der Schwellenwerte

Vorschriften, die Forschungseinrichtungen als Auftragnehmer ganz vom Vergaberecht ausnehmen würden, enthalten weder die Richtlinie 2014/24/EU noch das GWB. Art. 32 Abs. 3 lit. a der Richtlinie bestimmt aber, dass das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung anwendbar ist, wenn es sich um Produkte handelt, die ausschließlich zu Forschungs-, Versuchs-, Untersuchungs- oder Entwicklungszwecken hergestellt werden, sofern die Aufträge nicht die Serienfertigung zum Nachweis der Marktfähigkeit oder zur Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten umfassen. Das Vergaberecht des GWB enthält diese Ausnahme nicht. Es begnügt sich mit der allgemeinen Ausnahmenvorschrift des § 116 Abs. 1 Nr. 2, die aber an die oben II 1 dargelegten Voraussetzungen geknüpft ist.

Art. 5 Abs. 10 der Richtlinie und § 3 Abs. 9 der Vergabeverordnung ermöglichen es allerdings, aus einem Gesamtauftrag ein oder mehrere Lose mit einem geschätzten Wert von unter 80.000 Euro zu vergeben, solange diese 20 % des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigen. Das bedeutet praktisch, dass 20% regelmäßig wiederkehrender Aufträge außerhalb des Anwendungsbereichs von Richtlinie und GWB vergeben werden können, so dass sie nur den Bestimmungen für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte unterliegen.

Eine unzulässige Umgehung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie und § 3 Abs. 2 Vergabeverordnung liegt

in einer solchen Vorgehensweise nicht. Bei Art. 5 Abs. 10 der Richtlinie und § 3 Abs. 9 Vergabeverordnung handelt es sich um Sondervorschriften, denen gegenüber den allgemeinen Umgehungsvorschriften Spezialcharakter zukommt. Sie sollen gerade auch die schwierige mit Unsicherheiten verbundene Beurteilung der Frage erübrigen, ob für eine Vermeidung der Anwendung von Richtlinie und GWB ein besonderer rechtfertigender Grund vorliegt.

2. Unterhalb der Schwellenwerte

Für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte ist wiederum § 3 Abs. 3 lit. c VOL/A einschlägig, nach dem die freihändige Vergabe stets zulässig ist, wenn es sich um die Erbringung von Dienstleistungen zur Erfüllung wissenschaftlich-technischer Fachaufgaben auf dem Gebiet von Forschung, Entwicklung und Untersuchung handelt, die nicht der Aufrechterhaltung des allgemeinen Dienstbetriebs und der Infrastruktur einer Dienststelle des Auftraggebers dienen. Indem die Vorschrift auch auf Untersuchungen abstellt, ermöglicht sie die Berücksichtigung von Forschungseinrichtungen, die für ihre eigene Forschung und Entwicklung auf das durch Untersuchungen gewonnene Material angewiesen sind.

Die freihändige Vergabe lässt zu, auf eine Ausschreibung zu verzichten, nur wenige Unternehmen zur Angebotsabgabe aufzufordern und dann auch nur mit einem Unternehmen über die Auftragsbedingungen zu verhandeln. Das lässt Spielraum, jedenfalls einen Teil solcher Untersuchungsaufträge an Hochschuleinrichtungen, etwa der Rechtsmedizin, zu vergeben, um die wissenschaftlichen Bedürfnisse solcher Forschungseinrichtungen zu befriedigen.

Ein Verstoß gegen die nach § 2 Abs. 4 VOL/A bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beachtenden Preisvorschriften liegt darin nicht. Zwar bindet § 4 Abs. 2 der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen²⁸ öffentliche Auftraggeber an die im Verkehr üblichen Preise. Doch können diese nach § 4 Abs. 4 der Verordnung überschritten werden, wenn es die bei dem Auftrag vorliegenden besonderen Verhältnisse kostenmäßig rechtfertigen. Dass solche besonderen Verhältnisse vorliegen, muss man angesichts der Bedeutung dieser Aufträge für die durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geschützte wissenschaftliche Forschung annehmen. Solange die von den Hochschuleinrichtungen verlangten Preise die verkehrsüblichen nicht unverhältnismäßig überschreiten, ist deshalb auch das Preisrecht eingehalten.

28 Vom 21.11.1953 (BAnz. Nr. 244), zuletzt geändert durch VO PR 1/89 vom 13.6.1989 (BGBl. I 1094).

3. Wahrung der Wissenschaftsfreiheit

Aus der nach Art. 5 Abs. 3 GG bestehenden Pflicht des Staates, dafür zu sorgen, dass sich Hochschulen und Forschungseinrichtungen die für Forschung und Lehre notwendigen sachlichen Mittel, über die der Staat verfügt, verschaffen können, folgt seine Verpflichtung, auch bei Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte sicherzustellen, dass Hochschulen und Forschungseinrichtungen den für ihre Forschung und Lehre unabdingbaren Mindestanteil an einschlägigen Aufträgen erhalten.

Um diese Verpflichtung zu erfüllen, muss der Staat vor allem von der Möglichkeit Gebrauch machen, bis zur Grenze von 20% des Gesamtwertes Einzelaufträge im Umfang bis zu 80.000,00 € zu vergeben, um so zur Anwendung von § 3 Abs. 5 lit. c VOL/A zu gelangen.

Manfred Löwisch ist Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und Leiter der Forschungsstelle für Hochschulrecht und Hochschularbeitsrecht.