



---

**Ausarbeitung**

---

**Beauftragung von Subunternehmern – vergaberechtlicher Rahmen**

**Beauftragung von Subunternehmern – vergaberechtlicher Rahmen**

Aktenzeichen: WD 7 - 3000 - 242/18  
Abschluss der Arbeit: 10. Dezember 2018  
Fachbereich: WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Umweltschutzrecht, Bau und Stadtentwicklung

---

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

---

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>1.</b>	<b>Überblick</b>	<b>4</b>
<b>2.</b>	<b>Regelungssystematik</b>	<b>5</b>
<b>3.</b>	<b>Schwellenwerte</b>	<b>6</b>
<b>4.</b>	<b>Begriff des verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Auftrags</b>	<b>7</b>
<b>5.</b>	<b>Grundsätzliche Zulässigkeit des Einsatzes von Subunternehmern</b>	<b>8</b>
<b>6.</b>	<b>Möglichkeiten des Auftraggebers, den Einsatz von (bestimmten) Subunternehmern zu verhindern</b>	<b>9</b>
<b>7.</b>	<b>Informationspflichten des Auftragnehmers in Bezug auf Subunternehmer</b>	<b>12</b>
<b>8.</b>	<b>Schutz vertraulicher Daten des Auftraggebers, insbesondere von Verschlusssachen</b>	<b>14</b>
<b>9.</b>	<b>Verfahren der Unterauftragsvergabe</b>	<b>17</b>
<b>10.</b>	<b>Anforderungen an die Ausführung des Unterauftrags</b>	<b>18</b>

## 1. Überblick

Unterauftragnehmer, häufig auch als Sub- oder Nachunternehmer bezeichnet, sind Drittunternehmer, die von in Vergabeverfahren erfolgreichen Bietern mit der Erbringung (eines Teils) der vergebenen Leistungen beauftragt werden.<sup>1</sup> Sie führen, vom Hautauftragnehmer beauftragt, auf dessen Rechnung und in keinem Auftragsverhältnis zum Auftraggeber stehend, bestimmte Teile des Auftrags selbständig aus.<sup>2</sup>

Das Vergaberecht verbietet den Einsatz von Subunternehmern nicht (unten bei 5.). Auch der Auftraggeber kann eine Selbstausführung nur unter bestimmten Voraussetzungen verlangen (bei 6.). Allerdings kann er die Ersetzung eines Subunternehmers einfordern, wenn dieser einen sog. fakultativen Ausschlussgrund erfüllt. Erfüllt er einen sog. zwingenden Ausschlussgrund, muss er dies sogar tun. Gleiches gilt, wenn der Auftragnehmer sich im Vergabeverfahren im Wege der sog. Eignungsleihe auf bestimmte ihm zur Verfügung stehende Kapazitäten eines Subunternehmers beruft, über die dieser tatsächlich aber gar nicht hat (bei 6.).

Der Auftraggeber kann im Vergabeverfahren grundsätzlich Auskunft darüber verlangen, ob und gegebenenfalls welche Unterauftragnehmer zum Einsatz kommen sollen. Dazu verpflichtet, diese Auskünfte einzuholen, wird er durch das *Vergaberecht* jedoch nur ausnahmsweise (bei 7.). Das schließt natürlich nicht aus, dass aus anderen Rechtsgebieten entsprechende Pflichten resultieren können, die den Auftraggeber dazu zwingen, von seinen vergaberechtlichen Informationsbefugnissen Gebrauch zu machen.

Das Vergaberecht trifft Vorkehrungen dafür, dass die Vertraulichkeit von Informationen durch den Einsatz von Subunternehmern nicht gefährdet wird (bei 8.).

Bei der Vergabe von Unteraufträgen ist der Hautauftragnehmer an das Vergaberecht gebunden, wenn er selbst ein öffentlicher Auftraggeber ist. Ansonsten kann er Unteraufträge grundsätzlich freihändig vergeben. Bei verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Aufträgen im Oberschwellenbereich (dazu 2. bis 4.) kann der Auftraggeber jedoch eine Bindung des Hautauftragnehmers an bestimmte vergaberechtliche Grundsätze bei der Vergabe von Unteraufträgen bewirken (bei 9.).

Der Hautauftragnehmer haftet gegenüber dem Auftraggeber dafür, dass die von ihm eingesetzten Subunternehmer die von ihm gegenüber dem Auftraggeber geschuldete Leistung vereinbarungsgemäß erbringen. Vergaberechtlich sind auch Subunternehmer verpflichtet, alle für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten, unter anderem Steuern zu entrichten oder arbeitschutzrechtliche Regelungen zu beachten (bei 10.).

---

1 *Gabriel*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 18 Rn. 1, 8 f.; *Voppel*, in: Voppel/Osenbrück/Bubert, VgV, 4. Aufl. 2018, § 36 Rn. 3.

2 *Püstow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 36 VgV Rn. 5; *Voppel*, in: Voppel/Osenbrück/Bubert, VgV, 4. Aufl. 2018, § 36 Rn. 3.

## 2. Regelungssystematik

Vergaberechtliche Regelungen über den Einsatz von Subunternehmen bei der Ausführung von Dienstleistungs- oder Lieferaufträgen öffentlicher Auftraggeber<sup>3</sup> finden sich in folgenden Regelungswerken:

- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)<sup>4</sup> – § 97 Abs. 4 Satz 4, § 113 Nr. 2, 7, § 132 Abs. 2 Nr. 4 Buchstabe c,
- Vergabeverordnung (VgV)<sup>5</sup> – § 8 Abs. 2 Nr. 5, § 36, § 46 Abs. 3 Nr. 10,
- Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV)<sup>6</sup> – § 4 Abs. 2, § 6 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 3, 4, § 7 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Nr. 1, 2 Buchstabe b, Nr. 3, Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1, Abs. 6 Satz 1, Abs. 8, § 9, § 18 Abs. 3 Nr. 2, §§ 31 bis 41,
- Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)<sup>7</sup> – § 26.

Das GWB enthält grundsätzliche Regelungen über die Vergabe von Aufträgen, deren geschätzter Wert die sog. EU-Schwellenwerte erreicht oder überschreitet.<sup>8</sup> Die VgV und die VSVgV konkretisieren diese Grundsätze. Die VSVgV betrifft sog. verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Aufträge,<sup>9</sup> die VgV sonstige Aufträge im Oberschwellenbereich<sup>10</sup>. Die UVgO betrifft die Vergabe von

---

3 Bauleistungen, Konzessionen sowie Aufträge von sog. Sektorenauftraggebern bleiben im Folgenden außer Betracht.

4 In der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, ber. S. 3245), zuletzt geändert durch Gesetz vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151).

5 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV) vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. Juli 2018 (BGBl. I S. 1117).

6 Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit zur Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit – VSVgV) vom 12. Juli 2012 (BGBl. I S. 1509), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745).

7 Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung - UVgO) vom 2. Februar 2017 (BAnz AT 07.02.2017 B1, ber. 08.02.2017 B1).

8 § 106 Abs. 1 Satz 1 GWB.

9 § 1 VSVgV.

10 § 1 VgV.

Aufträgen, deren geschätzter Wert unterhalb der EU-Schwellenwerte liegt.<sup>11</sup> Nach der UVgO zu beurteilen sind also auch verteidigungs- oder sicherheitsspezifische Aufträge, wenn sie den einschlägigen Schwellenwert nicht erreichen.<sup>12</sup>

Die Aufteilung in einen Ober- und einen Unterschwellenbereich sowie die Regelungssystematik innerhalb des Oberschwellenbereichs spiegeln Grundstrukturen des europarechtlichen Sekundärrechts wider. Die Richtlinien 2009/81/EG<sup>13</sup> (sog. Verteidigungsrichtlinie) und 2014/24/EU<sup>14</sup> (sog. Vergaberichtlinie) enthalten Vorgaben für die Vergabe verteidigungs- oder sicherheitsspezifischer Aufträge bzw. sonstiger Aufträge oberhalb bestimmter Schwellenwerte, die in Deutschland im GWB (Grundsätze für beide Materien) sowie (im Detail) jeweils in der VSVgV und der VgV umgesetzt wurden. Für Aufträge unterhalb dieser Schwellenwerte gibt es keine Vorgaben des sekundären Unionsrechts; hier können aber Grundsätze des Primärrechts eine Rolle spielen, etwa die Dienstleistungsfreiheit.<sup>15</sup> Bei der im Unterschwellenbereich seit Anfang 2017 maßgebenden UVgO handelt es sich um eine Verwaltungsvorschrift, welche die Vorgabe des § 55 der Bundeshaushaltsordnung<sup>16</sup> konkretisiert, wonach Verträge über Lieferungen und Leistungen grundsätzlich ausgeschrieben werden müssen und hierbei nach einheitlichen Richtlinien zu verfahren ist. Man bezeichnet die Regelungen für den Unterschwellenbereich deshalb auch als Haushaltsvergaberecht, die für den Oberschwellenbereich (wegen ihrer Verankerung im GWB) als Kartellvergaberecht.<sup>17</sup>

### 3. Schwellenwerte

Die Schwellenwerte werden von der EU-Kommission regelmäßig neu festgesetzt.<sup>18</sup> Maßgebend ist gemäß § 106 Abs. 1 Satz 1 GWB der geschätzte Auftrags- oder Vertragswert ohne Mehrwertsteuer.

---

11 § 1 Abs. 1 UVgO.

12 Vgl. § 51 UVgO.

13 Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (ABl. L 216 vom 20.8.2009, S. 76), zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2017/2367 vom 18. Dezember 2017 (ABl. L 337 vom 19.12.2017, S. 22).

14 Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65).

15 Vgl. *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink, Vergaberecht*, 3. Aufl. 2018, Einleitung Rn. 11 ff.

16 Bundeshaushaltsordnung (BHO) vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284), zuletzt geändert durch Gesetz vom 14. August 2017 (BGBl. I S. 3122).

17 Vgl. z.B. *Reichling*, in: *Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht*, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 1; *Butler*, in: *Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht*, 2. Aufl. 2017, § 11 Rn. 3.

18 *Greb*, in: *Ziekow/Völlink, Vergaberecht*, 3. Aufl. 2018, § 106 GWB Rn. 5; *Eichler*, in: *BeckOK Vergaberecht*, § 106 GWB Rn. 11, 14 (30. April 2018).

Für verteidigungs- oder sicherheitsspezifische Liefer- und Dienstleistungsaufträge (vgl. § 106 Abs. 2 Nr. 3 GWB) betrug der Schwellenwert bis zum 31.12.2015 412.000 Euro und vom 1.1.2016 bis 31.12.2017 418.000 Euro; seit 1.1.2018 beträgt er 443.000 Euro.<sup>19</sup>

Bei sonstigen Liefer- und Dienstleistungen ist zu unterscheiden. Für Aufträge von zentralen Regierungsbehörden, z.B. einem Bundesministerium<sup>20</sup>, obersten oder oberen Bundesbehörden oder vergleichbaren Bundeseinrichtungen galt bis zum 31.12.2015 ein Schwellenwert von 134.000 Euro und vom 1.1.2016 bis 31.12.2017 einer von 135.000 Euro; seit 1.1.2018 liegt er bei 144.000 Euro. Für Aufträge von sonstigen (subzentralen) Auftraggebern lauten die Schwellenwerte für die genannten Zeiträume: 207.000 Euro, 209.000 Euro und (aktuell) 221.000 Euro. Für soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne von § 130 GBW gibt es schließlich einen eigenen Schwellenwert, der unabhängig von der Art des Auftraggebers, (unverändert) bei 750.000 Euro liegt.<sup>21</sup>

#### **4. Begriff des verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Auftrags**

Der für die Anwendung der VSVgV maßgebende<sup>22</sup> Begriff des verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Auftrags wird in § 104 GWB definiert. Dieser lautet:

*„§ 104 Verteidigungs- oder sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge*

*(1) Verteidigungs- oder sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge sind öffentliche Aufträge, deren Auftragsgegenstand mindestens eine der folgenden Leistungen umfasst:*

- 1. die Lieferung von Militärausrüstung, einschließlich dazugehöriger Teile, Bauteile oder Bausätze,*
- 2. die Lieferung von Ausrüstung, die im Rahmen eines Verschlusssachenauftrags vergeben wird, einschließlich der dazugehörigen Teile, Bauteile oder Bausätze,*
- 3. Liefer-, Bau- und Dienstleistungen in unmittelbarem Zusammenhang mit der in den Nummern 1 und 2 genannten Ausrüstung in allen Phasen des Lebenszyklus der Ausrüstung oder*
- 4. Bau- und Dienstleistungen speziell für militärische Zwecke oder Bau- und Dienstleistungen, die im Rahmen eines Verschlusssachenauftrags vergeben werden.*

*(2) Militärausrüstung ist jede Ausrüstung, die eigens zu militärischen Zwecken konzipiert oder für militärische Zwecke angepasst wird und zum Einsatz als Waffe, Munition oder Kriegsmaterial bestimmt ist.*

*(3) Ein Verschlusssachenauftrag im Sinne dieser Vorschrift ist ein Auftrag im speziellen Bereich der nicht-militärischen Sicherheit, der ähnliche Merkmale aufweist und ebenso schutzbedürftig*

---

19 Eichler, in: BeckOK Vergaberecht, § 106 GWB Rn. 19 f. (30. April 2018).

20 Vgl. Anhang I RL 2014/24/EU.

21 Eichler, in: BeckOK Vergaberecht, § 106 GWB Rn. 11 ff. (30. April 2018).

22 Vgl. § 1 VSVgV.

---

ist wie ein Auftrag über die Lieferung von Militärausrüstung im Sinne des Absatzes 1 Nummer 1 oder wie Bau- und Dienstleistungen speziell für militärische Zwecke im Sinne des Absatzes 1 Nummer 4, und

1. bei dessen Erfüllung oder Erbringung Verschlusssachen nach § 4 des Gesetzes über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes oder nach den entsprechenden Bestimmungen der Länder verwendet werden oder
2. der Verschlusssachen im Sinne der Nummer 1 erfordert oder beinhaltet.“

Der Begriff knüpft also nicht an den Auftraggeber an, sondern an den Auftragsgegenstand, den Charakter der im Vergabeverfahren nachgefragten Leistung. Mit anderen Worten: Ein Auftrag, etwa ein Beratungsauftrag (= Dienstleistungsauftrag), der von der Bundeswehr oder dem Bundesministerium der Verteidigung vergeben wird, ist nicht *per se* ein verteidigungs- oder sicherheitsspezifischer im Sinne der VSVgV, sondern nur dann, wenn er eines der in § 104 Abs. 1 GWB genannten Merkmale erfüllt.

Bei verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Dienstleistungsaufträgen ist allerdings zu beachten, dass gemäß § 5 Abs. 1 VSVgV nur bei den in Anhang I der Richtlinie 2009/81/EG aufgelisteten Dienstleistungen sämtliche Vorschriften der VSVgV zur Anwendung kommen, bei sonstigen Dienstleistungen gemäß § 5 Abs. 2 VSVgV hingegen nur die §§ 15 und 35<sup>23</sup>. Diesen sog. nichtprioritären Dienstleistungen wird keine Binnenmarktrelevanz zugeschrieben, so dass insbesondere eine europaweite Ausschreibung verzichtbar erscheint.<sup>24</sup>

## 5. Grundsätzliche Zulässigkeit des Einsatzes von Subunternehmern

Eine **Pflicht zur Selbstaussführung** gibt es im (aktuellen<sup>25</sup>) Vergaberecht grundsätzlich nicht.<sup>26</sup> Der Auftragnehmer ist im Regelfall nicht daran gehindert, Subunternehmer mit der Erbringung (von Teilen) der von ihm geschuldeten Leistung zu beauftragen.

Das Vergaberecht verlangt im Grundsatz nicht einmal, dass der Auftragnehmer selbst zur Ausführung des Auftrags in der Lage ist. Vielmehr kann sich ein an einem öffentlichen Auftrag interessiertes Unternehmen im Vergabeverfahren in Bezug auf die für die Auftragsausführung erforderli-

---

23 § 5 Abs. 2 VSVgV bezieht sich auf die in Anhang II der Richtlinie aufgelisteten Dienstleistungskategorien, zu denen auch (Kategorie 26) „Sonstige Dienstleistungen“ gehören.

24 Vgl. *Rosenkötter*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 1 VSVgV Rn. 4.

25 Zur abweichenden früheren Rechtslage siehe *Gabriel*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 18 Rn. 41; *Schneevogel*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-VergR, 5. Aufl. 2016, § 36 VgV Rn. 5 f.

26 Vgl. *Gabriel*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 18 Rn. 43 ff.; *Püstow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 36 VgV Rn. 2; *Schneevogel*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-VergR, 5. Aufl. 2016, § 36 VgV Rn. 5.



che wirtschaftliche, finanzielle, technische oder berufliche Leistungsfähigkeit sogar auf die Kapazitäten anderer Unternehmen<sup>27</sup> berufen. Dann muss es allerdings, etwa durch die Vorlage einer entsprechenden Verpflichtungserklärung dieser Unternehmen, nachweisen, dass ihm deren Kapazitäten auch tatsächlich zur Verfügung stehen werden. Die Möglichkeit der sog. **Eignungsleihe** ergibt sich für den Unterschwellenbereich aus § 34 Abs. 1 Satz 1 UVgO, für verteidigungs- oder sicherheitsspezifische Aufträge im Oberschwellenbereich aus § 26 Abs. 3 Satz 1, § 27 Abs. 4 Satz 1 VSVgV und für sonstige Aufträge im Oberschwellenbereich aus § 47 Abs. 1 Satz 1 VgV.<sup>28</sup>

Der Einsatz von Subunternehmern ist aber keineswegs auf die Fälle der Eignungsleihe beschränkt. Auch wenn der Auftragnehmer sich im Vergabeverfahren nicht auf die Kapazitäten anderer Unternehmen berufen hat, kann er Subunternehmer in die Auftragsausführung einschalten.

## **6. Möglichkeiten des Auftraggebers, den Einsatz von (bestimmten) Subunternehmern zu verhindern**

**Die Möglichkeiten des Auftraggebers, den Einsatz von Subunternehmern zu verhindern, sind begrenzt.**

Im **Unterschwellenbereich** verfügt der Auftraggeber zwar nach dem Wortlaut des § 26 Abs. 6 UVgO über die uneingeschränkte Befugnis vorzuschreiben, „dass alle oder bestimmte Aufgaben bei der Leistungserbringung unmittelbar vom Auftragnehmer selbst [...] ausgeführt werden müssen.“<sup>29</sup> Dem Auftraggeber damit ein „umfassendes Selbstausführungsgebot“ einzuräumen entspricht auch durchaus den Intentionen des Normgebers.<sup>30</sup> Im wissenschaftlichen Schrifttum<sup>31</sup> wird indes darauf hingewiesen, dass ein uneingeschränktes Recht des Auftraggebers, die Selbstausführung zu verlangen, zu einer rechtfertigungsbedürftigen Beschränkung der europarechtlich gewährleistete Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit führen kann. Zumindest bei Vergaben

---

27 Dabei muss es sich nicht unbedingt um einen Subunternehmer handeln (vgl. *Schneevogel*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-VergR, 5. Aufl. 2016, § 36 VgV Rn. 11).

28 Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit zur Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit – VSVgV) vom 12. Juli 2012 (BGBl. I S. 1509), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745).

29 Dem Wortlaut nach handelt es sich zwar um eine uneingeschränkte Befugnis, mit Blick auf die europarechtlich gewährleistete Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit wird jedoch bei Vergaben mit grenzüberschreitendem Interesse verlangt, dass die Selbstausführung ein verhältnismäßiges Mittel zur Verfolgung eines legitimen Zieles zu sein hat (vgl. *Püstow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 26 UVgO Rn. 4).

30 Vgl. *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Bekanntmachung der Erläuterungen zur Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte vom 2. Februar 2017 (BAnz AT 07.02.2017 B2; abrufbar unter [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/U/unterschwellenvergabeordnung-uvgo-erlaeuterungen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/U/unterschwellenvergabeordnung-uvgo-erlaeuterungen.pdf?__blob=publicationFile&v=6), letzter Zugriff am 27. November 2018), Zu § 26.

31 *Püstow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 26 UVgO Rn. 4; *Gabriel*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 18 Rn. 46; *Schneevogel*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-VergR, 5. Aufl. 2016, § 26 UVgO Rn. 37.

mit grenzüberschreitendem Interesse bzw. Relevanz für den europäischen Binnenmarkt müsse die verlangte Selbstaussführung daher ein verhältnismäßiges Mittel zur Verfolgung eines legitimen Zieles sein. Nach einer Auffassung führt dies dazu, dass bei Vergaben mit grenzüberschreitendem Interesse ein Selbstaussführungsverlangen auch im Unterschwellenbereich „nur in engen Ausnahmefällen zu rechtfertigen“ sei.<sup>32</sup> Nach anderer Auffassung „wird man entsprechend der Regelung des § 47 Abs. 5 VgV zumindest einen sachlichen Grund fordern müssen, um eine ungerechtfertigte Diskriminierung von Unternehmen – auch aus anderen EU-Mitgliedstaaten –, die zur Erbringung der selbst zu erbringenden Leistungen auf Dritte angewiesen sind, zu vermeiden.“<sup>33</sup> Erforderlich sei, so eine weitere Formulierung, dass das Verlangen nach Selbstaussführung „auf sachlichen Erwägungen beruht, die die Interessen des Auftraggebers und des Wettbewerbs in Verhältnis zueinander setzen und eine sachliche Rechtfertigung für ein Selbstaussführungsgebot bieten.“<sup>34</sup>

Die allgemein für den **Oberschwellenbereich** geltende Regelung des § 47 Abs. 5 VgV räumt dem Auftraggeber die Befugnis, die Selbstaussführung des Auftrags zu verlangen, von vornherein nur in Bezug auf „bestimmte kritische Aufgaben bei Dienstleistungsaufträgen oder kritische Verlege- oder Installationsarbeiten im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag“ ein.<sup>35</sup> Der Begriff „kritische Aufgaben“ in § 47 Abs. 5 VgV wird durch das Vergaberecht nicht näher definiert.<sup>36</sup> Im wissenschaftlichen Schrifttum geht man davon aus, dass dem Auftraggeber insoweit ein gewisser Beurteilungsspielraum zusteht.<sup>37</sup> Von einem kritischen Auftrag dürfe ausgegangen werden, wenn mit der Weitergabe der Leistung an einen Subunternehmer ein höheres Risiko einer nicht rechtzeitigen oder mangelhaften Ausführung verbunden sei als bei der Selbstaussführung, wobei dieses Risikos mit besonderen Nachteilen verbunden sein müsse.<sup>38</sup> Nach einer zweiten Lesart liegt eine kritische Leistung dann vor, wenn sie entweder besonders fehlerhaft oder für den Leistungserfolg von besondere Bedeutung ist; der Auftraggeber müsse ein konkretes, nicht völlig unberechtigtes Interesse an der Selbstaussführung eines Leistungsteils durch den Auftragnehmer selbst geltend

---

32 So *Püstow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 26 UVgO Rn. 4.

33 So *Gabriel*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 18 Rn. 46.

34 So *Schneevogel*, in: Heiermann/Zeiß/Summa, jurisPK-VergR, 5. Aufl. 2016, § 26 UVgO Rn. 41.

35 Es handelt sich zwar um eine Unterregelung der Eignungsleihe, die Vorschrift ist aber auch anwendbar, wenn der Einsatz des Subunternehmer nicht zum Zwecke der Eignungsleihe vorgesehen ist (vgl. *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 47 VgV Rn. 19).

36 *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 47 VgV Rn. 18; *Voppel*, in: Voppel/Osenbrück/Bubert, VgV, 4. Aufl. 2018, § 47 Rn. 28.

37 So *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 47 VgV Rn. 18; *Voppel*, in: Voppel/Osenbrück/Bubert, VgV, 4. Aufl. 2018, § 47 Rn. 29; *Summa*, in: Heiermann/Zeiß/Summa, jurisPK-VergR, 5. Aufl. 2016, § 47 VgV Rn. 57.

38 *Stolz*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 47 VgV Rn. 19.

machen.<sup>39</sup> Nach einer dritten Lesart muss es sich jedenfalls um eine Teilleistung handeln, die für das Gelingen des Gesamtauftrags von zentraler Bedeutung ist.<sup>40</sup>

Sowohl für § 26 Abs. 6 UVgO als auch für § 47 Abs. 5 VgV gilt indes, dass die dort geregelten Selbstaussführungsgebote nur aktiviert werden, wenn der Auftraggeber die Selbstaussführung in den Vergabeunterlagen fordert.<sup>41</sup> Macht er von dieser Befugnis keinen Gebrauch, bleibt es beim Recht des Auftragnehmers, bei der Erfüllung der geschuldeten Leistung Subunternehmer einzusetzen.

Für die **Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Aufträgen im Oberschwellenbereich** ist der Grundsatz, dass die Auftragnehmer „ihre Unterauftragnehmer für alle Unteraufträge frei wählen“ dürfen, sogar ausdrücklich gesetzlich geregelt, nämlich in § 9 Abs. 2 Satz 1 VSVgV. Diese Norm erlaubt dem Auftraggeber lediglich zwei Einschränkungen dieses freien Wahlrechts.<sup>42</sup> Diese sind in § 9 Abs. 3 VSVgV geregelt. Zum einen kann der Auftraggeber den Auftragnehmer gemäß § 9 Abs. 3 Nr. 1 VSVgV dazu verpflichten, „einen Teil des Auftrags an Dritte weiter zu vergeben.“ Zum anderen kann er den Auftragnehmer gemäß § 9 Abs. 3 Nr. 2 VSVgV dazu verpflichten, bei der Vergabe von Unteraufträgen bestimmte, in §§ 38 bis 41 VSVgV niedergelegte vergaberechtliche Grundprinzipien zu beachten. Die (totale) Einschränkung des Untervergaberechts durch die Forderung des Auftraggebers, den Auftrag (ganz oder teilweise) selbst auszuführen, ist in § 9 Abs. 2 Satz 1 VSVgV hingegen nicht vorgesehen.<sup>43</sup> Eine § 47 Abs. 5 VgV vergleichbare Regelung, wonach der Einsatz von Subunternehmern zumindest bei „kritischen Aufgaben“ ausgeschlossen werden darf, enthält die VSVgV nicht. Ob es sich dabei um eine planwidrige Regelungslücke handelt, die durch eine analoge Anwendung des § 47 Abs. 5 VgV zu schließen ist, wird, soweit ersichtlich, nicht diskutiert.<sup>44</sup>

Auch wenn die Möglichkeiten, den Einsatz von Subunternehmern von vornherein auszuschließen, nach dem Gesagten begrenzt sind, so hat der Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen jedoch das Recht (und unter Umständen auch die Pflicht) die **Ersetzung einzelner Subunternehmer** zu verlangen. Das ist der Fall, wenn in Bezug auf den vom Auftragnehmer benannten ein Ausschlussgrund im Sinne von §§ 123, 124 GWB vorliegt (§ 36 Abs. 5 VgV; § 26 Abs. 5 UVgO).

---

39 So *Voppel*, in: *Voppel/Osenbrück/Bubert*, VgV, 4. Aufl. 2018, § 47 Rn. 28.

40 So *Summa*, in: *Heiermann/Zeiss/Summa*, jurisPK-VergR, 5. Aufl. 2016, § 47 VgV Rn. 57.

41 *Voppel*, in: *Voppel/Osenbrück/Bubert*, VgV, 4. Aufl. 2018, § 47 Rn. 30.

42 Vgl. auch *Weyand*, Vergaberecht, § 9 VSVgV Rn. 10 (14. Sept. 2015).

43 Vgl. *Gabriel*, in: *Gabriel/Krohn/Neun*, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 18 Rn. 50: Eine Eigenleistungs-/Selbstaussführungsquote darf nicht verlangt werden.

44 Vgl. dazu den grundsätzlichen Hinweis von *Busz*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 9 VSVgV Rn. 3, dass „das Zusammenspiel mit den üblichen vergaberechtlichen Regelungen [...] bei der Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG nicht geklärt“ und damit „offen gelassen [wurde], wie sich die Nachunternehmervorschriften [der VSVgV] in die vergaberechtliche Systematik einfügen sollen“.

Das gilt – jedenfalls<sup>45</sup> bei der Eignungsleihe<sup>46</sup> – außerdem, wenn der Subunternehmer nicht die erforderliche Eignung für die Ausführung des Auftrags aufweist (§ 47 Abs. 2 Satz 3 VgV; § 34 Abs. 5 UVgO). In diesem Falle sowie beim Vorliegen eines zwingenden Ausschlussgrundes (§ 124 GWB) ist der Auftraggeber sogar verpflichtet, die Ersetzung des betroffenen Subunternehmers zu verlangen (§ 36 Abs. 5 Satz 2, § 47 Abs. 2 Satz 2 VgV; § 26 Abs. 5 Satz 1, § 34 Abs. 2 Satz 2 UVgO).<sup>47</sup> Für verteidigungs- oder sicherheitsspezifische Aufträge im Oberschwellenbereich ist ein Ablehnungsrecht in Bezug auf einzelne Subunternehmer in § 9 Abs. 5 Satz 1 VSVgV geregelt. Hiernach kann der, einen vom Bieter oder Auftragnehmer ausgewählten Unterauftragnehmer abzulehnen, wenn dieser die für den Hauptauftrag geltenden und in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen angegebenen Kriterien nicht erfüllt.

## 7. Informationspflichten des Auftragnehmers in Bezug auf Subunternehmer

Beabsichtigt ein potentieller Auftragnehmer, sich im Vergabeverfahren in Bezug auf die für die Auftragsausführung erforderliche wirtschaftliche, finanzielle, technische oder berufliche Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten eines Subunternehmers zu berufen (**Eignungsleihe**), muss er – etwa durch die Vorlage einer entsprechenden Verpflichtungserklärung dieses Unternehmens – nachweisen, dass ihm dessen Kapazitäten auch tatsächlich zur Verfügung stehen werden (§ 47 Abs. 1 Satz 1 VgV; § 34 Abs. 1 Satz 1 UVgO; § 26 Abs. 3 Satz 1, § 27 Abs. 4 Satz 1, 3 VSVgV). Der Auftraggeber erlangt so zwangsläufig Kenntnis von dem beabsichtigten Einsatz eines Subunternehmens.

Liegt **kein Fall der Eignungsleihe** vor, muss der (potentielle) Auftragnehmer den Auftraggeber über den (beabsichtigten) Einsatz von Subunternehmern hingegen grundsätzlich nur dann informieren, wenn dieser das verlangt. Ob er ein entsprechendes Verlangen ausspricht, liegt weitestgehend in seinem Ermessen. Nur ausnahmsweise verpflichtet ihn das Vergaberecht dazu, diese Informationen zu erfragen.

Für den **Oberschwellenbereich im Allgemeinen** ergibt sich das aus § 36 VgV. Lediglich bei „Dienstleistungsaufträgen, die in einer Einrichtung des öffentlichen Auftraggebers unter dessen direkter Aufsicht zu erbringen sind,“ ist er hiernach dazu verpflichtet<sup>48</sup>, in den Vertragsbedingungen vorzuschreiben, „dass der Auftragnehmer spätestens bei Beginn der Auftragsausführung die Namen, die Kontaktdaten und die gesetzlichen Vertreter seiner Unterauftragnehmer mitteilt und

---

45 Die Gesetzesmaterialien (BR-Drs. 87/16, S. 190) gehen davon aus, dass auch außerhalb der Eignungsleihe die Eignung des Subunternehmers zu prüfen sei, was die herrschende Meinung aber ablehnt (vgl. *Püstow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 36 Rn. 29; *Voppel*, in: *Voppel/Osenbrück/Bubert*, VgV, 4. Aufl. 2018, § 36 Rn. 21; a.A. *Schneevogel*, in: *Heiermann/Zeiss/Summa*, jurisPK-VergR, 5. Aufl. 2016, § 36 VgV Rn. 37).

46 Dazu oben bei 5.

47 Ein entsprechendes Prüf- und Ablehnungsrecht steht dem Auftraggeber analog § 36 Abs. 5 VgV auch noch zu, wenn der Unterauftragnehmer erst nach Zuschlagserteilung benannt wird (*Püstow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 36 VgV Rn. 30).

48 Vgl. *Püstow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 36 VgV Rn. 17.

dass jede im Rahmen der Auftragsausführung eintretende Änderung auf der Ebene der Unterauftragnehmer mitzuteilen ist“ (§ 36 Abs. 3 Satz 1 VgV). Bei anderen Dienstleistungsaufträgen oder bei Lieferaufträgen kann er diese Verpflichtung zwar ebenfalls in die Vertragsbedingungen aufnehmen, er muss es aber nicht (§ 36 Abs. 3 Satz 2 VgV). Dies gilt auch für weitere Stufen in der Kette der Unterauftragnehmer: Der Auftraggeber kann insoweit Mitteilungspflichten in den Vertragsbedingungen vorsehen, muss es aber nicht (§ 36 Abs. 3 Satz 3 VgV). Ebenfalls im Ermessen des Auftraggebers liegt es, ob er bereits in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen oder jedenfalls vor der Zuschlagserteilung verlangt, dass ihm die Teile des Auftrags, die im Wege der Unterauftragsvergabe an Dritte vergeben werden sollen, sowie die vorgesehenen Unterauftragnehmer benannt werden. § 36 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 VgV<sup>49</sup> eröffnen ihm diese Möglichkeiten, verpflichten ihn aber nicht dazu, von ihnen Gebrauch zu machen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 36 Abs. 5 Satz 1 VgV, der den Auftraggeber dazu verpflichtet, vor der Erteilung des Zuschlags zu prüfen, ob Gründe für den Ausschluss des Unterauftragnehmers vorliegen. Jedenfalls wird ein entsprechender Schluss im vergaberechtlichen Schrifttum, soweit ersichtlich, nicht gezogen. Vielmehr geht man dort davon aus, dass die Prüfungspflicht des § 36 Abs. 5 Satz 1 VgV sich nur auf den Fall bezieht, dass der Auftraggeber Informationen über den beabsichtigten Einsatz von Unterauftragnehmern erlangt hat, ihn aber nicht dazu verpflichtet, entsprechende Informationen einzuholen, indem er von den in § 36 VgV geregelten Auskunftsbefugnissen Gebrauch macht.<sup>50</sup>

Für die **Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Aufträgen im Oberschwellenbereich** regelt § 9 Abs. 1 Satz 1 VSVgV, dass „Auftraggeber [...] den Bieter auffordern [können], in seinem Angebot den Teil des Auftrags, den er im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, und die bereits vorgeschlagenen Unterauftragnehmer sowie den Gegenstand der Unteraufträge bekannt zu geben.“ § 9 Abs. 1 Satz 2 VSVgV sieht darüber hinaus vor, dass Auftraggeber „außerdem verlangen [können], dass der Auftragnehmer ihnen jede im Zuge der Ausführung des Auftrags eintretende Änderung auf Ebene der Unterauftragnehmer mitteilt.“<sup>51</sup> Eine Vorschrift, die – wie § 36 Abs. 3 Satz 1 VgV – den Auftraggeber bei Dienstleistungsaufträgen, die in einer seiner Einrichtungen oder unter seiner direkten Aufsicht zu erbringen sind, dazu verpflichtet, Auskünfte über Subunternehmer zu verlangen, enthält die VSVgV nicht (was den Auftraggeber freilich nicht darin hindern muss, diese Auskünfte gleichwohl zu fordern). Dafür statuiert sie für

---

49 Diese Vorschriften überschneiden sich zum Teil mit § 46 Abs. 3 Nr. 10 VgV (vgl. *Voppel*, in: *Voppel/Osenbrück/Bubert*, VgV, 4. Aufl. 2018, § 36 Rn. 6).

50 Vgl. *Püstow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 36 Rn. 24; *Voppel*, in: *Voppel/Osenbrück/Bubert*, VgV, 4. Aufl. 2018, § 36 Rn. 1, 6, 8; 11; *Schneevogel*, in: *Heiermann/Zeiss/Summa*, jurisPK-VergR, 5. Aufl. 2016, § 36 VgV Rn. 16, 22, 29; *Gabriel*, in: *Gabriel/Krohn/Neun*, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 18 Rn. 23, 26, 29, 32, der allerdings deutlich macht, dass der Auftraggeber gut beraten (aber eben nicht verpflichtet) ist, sich entsprechende Auskünfte auszubedingen (a.a.O. Rn. 23, 24, 31) und auf die gegenwärtige Praxis hinweist, wonach bei der Angebotsabgabe bloß die Benennung der Leistungsteile, welche der Bieter an den Nachunternehmer zu vergeben beabsichtigt, verlangt wird, während die konkrete Nachunternehmerbenennung sowie Verpflichtungserklärung erst auf gesondertes Verlangen vorzulegen seien (a.a.O. Rn. 32).

51 Vgl. dazu den Hinweis von *Schellenberg*, in: *Pünder/Schellenberg*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 9 VSVgV Rn. 7 f., dass diese Vorschriften im Grunde überflüssig seien, weil der Auftraggeber im Rahmen der privatautonom Gestaltung ohnehin entsprechende Auskunftsansprüche schaffen könne.

sog. Verschlussachenaufträge in § 7 entsprechende Informationseinholungspflichten des Auftraggebers zum Zwecke des Geheimschutzes. So muss der Auftraggeber hier bereits in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen von potentiellen Auftragnehmern verlangen, dass sie mit ihrem Angebot bzw. Teilnahmeantrag auch Geheimschutzerklärungen der bereits in Aussicht genommenen Unterauftragnehmer vorlegen (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 und 2 VSVgV). In Bezug auf Subunternehmer, an die erst im Zuge der Auftragsausführung Unteraufträge vergeben werden, müssen sich Auftraggeber außerdem dazu verpflichten, von diesen ebenfalls Geheimschutzerklärungen einzuholen und vor der Vergabe des Unterauftrags dem Auftraggeber vorzulegen (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 VSVgV). Bei Verschlussachenaufträgen ist die vorherige Benennung von – vor oder nach der Vergabe des Hauptauftrags – in Aussicht genommenen Subunternehmern somit unausweichlich.

Für die **Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Verschlussachenaufträgen im Unterschwellenbereich** gelten gemäß § 51 Abs. 2 UVgO die soeben beschriebenen Informationseinholungspflichten des Auftraggebers aus § 7 Abs. 2 VSVgV entsprechend.<sup>52</sup> Für **sonstige Aufträge im Unterschwellenbereich** wird der Auftraggeber nicht dazu verpflichtet, von (potentiellen) Auftraggebern Informationen über (in Aussicht genommene) Unterauftragnehmer zu verlangen. Die entsprechenden Befugnisse, (potentiellen) Auftraggebern solche Verpflichtungen aufzuerlegen, werden ihm allerdings eingeräumt. Insoweit gelten gemäß § 26 Abs. 1 und 4 UVgO ähnliche Regelungen, wie sie gemäß § 36 VgV allgemein für den Oberschwellenbereich gelten.<sup>53</sup> Der Auftraggeber „kann“ spätestens vor Zuschlagerteilung verlangen, dass ihm in Aussicht genommene Subunternehmer benannt werden (§ 26 Abs. 1 Sätze 1 und 2 UVgO). In den Vertragsbedingungen „kann“ er vorschreiben, dass der Auftragnehmer spätestens bei Beginn der Auftragsausführung die Namen, die Kontaktdaten und die gesetzlichen Vertreter seiner Unterauftragnehmer mitteilt und dass jede im Rahmen der Auftragsausführung eintretende Änderung auf der Ebene der Unterauftragnehmer mitzuteilen ist (§ 26 Abs. 4 Satz 1 UVgO). Eine Verpflichtung, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen, wenn der Auftrag in einer seiner Einrichtungen oder unter seiner direkten Aufsicht zu erbringen ist, gibt es, wie gesagt, im Unterschwellenbereich allerdings, anders als nach § 36 Abs. 3 Satz 1 VgV, nicht.

## 8. Schutz vertraulicher Daten des Auftraggebers, insbesondere von Verschlussachen

Der Auftraggeber „kann“ im Ober- wie auch im Unterschwellenbereich Unternehmen „Anforderungen vorschreiben, die auf den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen im Rahmen des Vergabeverfahrens abzielen. Hierzu gehört insbesondere die Abgabe einer Verschwiegenheitserklärung“ (§ 5 Abs. 3 VgV; § 3 Abs. 3 UVgO). Das gilt auch in Bezug auf Subunternehmer.<sup>54</sup> Besonders deutlich ist das für die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Aufträgen im Oberschwellenbereich geregelt. Insoweit regelt § 6 Abs. 1 Satz 1 VSVgV zunächst allgemein, dass „Auftraggeber, Bewerber, Bieter und Auftragnehmer [...] gegenseitig die Vertraulichkeit aller Angaben und Unterlagen [wahren].“ In § 6 Abs. 3 VSVgV heißt es dann:

---

52 Vgl. *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Bekanntmachung der Erläuterungen zur Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte vom 2. Februar 2017 (Fn. 30), Zu § 51.

53 *Püstow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 26 UVgO Rn. 1.

54 Vgl. *Voppel*, in: Voppel/Osenbrück/Bubert, VgV, 4. Aufl. 2018, § 5 Rn. 19 zu § 5 VgV.

„Bewerber, Bieter und Auftragnehmer dürfen keine von den Auftraggebern als vertraulich eingestufte Information an Dritte weitergeben. Dies gilt nicht für die **Unterauftragsvergabe**, wenn die Weitergabe der als vertraulich eingestuften Information für den Teilnahmeantrag, das Angebot oder die Auftragsausführung erforderlich ist. Bewerber, Bieter und Auftragnehmer müssen die Wahrung der Vertraulichkeit mit den in Aussicht genommenen **Unterauftragnehmern** vereinbaren. Auftraggeber können an Bewerber, Bieter und Auftragnehmer weitere Anforderungen zur Wahrung der Vertraulichkeit stellen, die mit dem Auftragsgegenstand im sachlichen Zusammenhang stehen und durch ihn gerechtfertigt sind.“

Dass derartige Vertraulichkeitsvorkehrungen (bei allen Arten von Aufträgen) nicht nur für das Vergabeverfahren im engeren Sinne, sondern auch für die anschließende Ausführungsphase getroffen werden können, ergibt sich aus § 128 Abs. 2 Satz 3, § 147 Satz 1 GWB und § 45 Abs. 2 Satz 3 UVgO, wonach Auftraggeber Bedingungen für die Ausführung des Auftrags festlegen dürfen, die den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen umfassen.

Regelungen, die speziell auf den Schutz von Verschlusssachen zugeschnitten sind, gibt es nur für verteidigungs- oder sicherheitsspezifische Aufträge (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 2, § 7 VSVgV für den Oberschwellenbereich und § 51 Abs. 2 UVgO für den Unterschwellenbereich). Sie beziehen explizit auch Subunternehmer ein. Die einschlägige Regelung des § 7 VSVgV, die kraft Verweisung (§ 51 Abs. 2 UVgO) auch im Unterschwellenbereich gilt, lautet<sup>55</sup>:

„§ 7 Anforderungen an den Schutz von Verschlusssachen durch Unternehmen

(1) Im Falle eines Verschlusssachenauftrags im Sinne des § 104 Absatz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen müssen Auftraggeber in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen die erforderlichen Maßnahmen, Anforderungen und Auflagen benennen, die ein Unternehmen als Bewerber, Bieter oder Auftragnehmer sicherstellen oder erfüllen muss, um den Schutz von Verschlusssachen entsprechend dem jeweiligen Geheimhaltungsgrad zu gewährleisten. Auftraggeber müssen in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen auch die erforderlichen Maßnahmen, Anforderungen und Auflagen benennen, die **Unterauftragnehmer** sicherstellen müssen, um den Schutz von Verschlusssachen entsprechend dem jeweiligen Geheimhaltungsgrad zu gewährleisten, und deren Einhaltung der Bewerber, Bieter oder Auftragnehmer mit dem **Unterauftragnehmer** vereinbaren muss.

(2) Auftraggeber müssen insbesondere verlangen, dass der Teilnahmeantrag oder das Angebot folgende Angaben enthält:

1. Wenn der Auftrag Verschlusssachen des Geheimhaltungsgrades „VS-VERTRAULICH“ oder höher umfasst, Erklärungen des Bewerbers oder Bieters und der bereits in Aussicht genommenen **Unterauftragnehmer**,
  - a) ob und in welchem Umfang für diese Sicherheitsbescheide des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie oder entsprechender Landesbehörden bestehen oder
  - b) dass sie bereit sind, alle notwendigen Maßnahmen und Anforderungen zu erfüllen, die zum Erhalt eines Sicherheitsbescheids zum Zeitpunkt der Auftragsausführung vorausgesetzt werden;

2. *Verpflichtungserklärungen*
  - a) *des Bewerbers oder Bieters und*
  - b) *der bereits in Aussicht genommenen **Unterauftragnehmer***  
*während der gesamten Vertragsdauer sowie nach Kündigung, Auflösung oder Ablauf des Vertrags den Schutz aller in ihrem Besitz befindlichen oder ihnen zur Kenntnis gelangter Verschlusssachen gemäß den einschlägigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu gewährleisten;*
3. *Verpflichtungserklärungen des Bewerbers oder Bieters, von **Unterauftragnehmern**, an die er im Zuge der Auftragsausführung Unteraufträge vergibt, Erklärungen und Verpflichtungserklärungen gemäß den Nummern 1 und 2 einzuholen und vor der Vergabe des **Unterauftrags** den Auftraggebern vorzulegen.*

*(3) Muss einem Bewerber, Bieter oder bereits in Aussicht genommenen **Unterauftragnehmern** für den Teilnahmeantrag oder das Erstellen eines Angebots der Zugang zu Verschlusssachen des Geheimhaltungsgrades „VS-VERTRAULICH“ oder höher gewährt werden, verlangen Auftraggeber bereits vor Gewährung dieses Zugangs einen Sicherheitsbescheid vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie oder von entsprechenden Landesbehörden und die Verpflichtungserklärungen nach Absatz 2 Nummer 2 und 3. Kann zu diesem Zeitpunkt noch kein Sicherheitsbescheid durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie oder durch entsprechende Landesbehörden ausgestellt werden und machen Auftraggeber von der Möglichkeit Gebrauch, Zugang zu diesen Verschlusssachen zu gewähren, müssen Auftraggeber die zum Einsatz kommenden Mitarbeiter des Unternehmens überprüfen und ermächtigen, bevor diesen Zugang gewährt wird.*

*(4) Muss einem Bewerber, Bieter oder bereits in Aussicht genommenen **Unterauftragnehmern** für den Teilnahmeantrag oder das Erstellen eines Angebots der Zugang zu Verschlusssachen des Geheimhaltungsgrades „VS-NUR FÜR DEN DIENSTGEBRAUCH“ gewährt werden, verlangen Auftraggeber bereits vor Gewährung dieses Zugangs die Verpflichtungserklärungen nach Absatz 2 Nummer 2 und 3.*

*(5) Kommt der Bewerber oder Bieter dem Verlangen des Auftraggebers nach den Absätzen 3 und 4 nicht nach, die Verpflichtungserklärungen vorzulegen, oder können auch im weiteren Verfahren weder ein Sicherheitsbescheid vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie oder von entsprechenden Landesbehörden ausgestellt noch Mitarbeiter zum Zugang ermächtigt werden, müssen Auftraggeber den Bewerber oder Bieter von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen.*

*(6) Auftraggeber können Bewerbern, Bietern oder bereits in Aussicht genommenen **Unterauftragnehmern**, die noch nicht in der Geheimschutzbetreuung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie oder entsprechender Landesbehörden sind oder deren Personal noch nicht überprüft und ermächtigt ist, zusätzliche Zeit gewähren, um diese Anforderungen zu erfüllen. In diesem Fall müssen Auftraggeber diese Möglichkeit und die Frist in der Bekanntmachung mitteilen.*

*(7) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie erkennt Sicherheitsbescheide und Ermächtigungen anderer Mitgliedstaaten an, wenn diese den nach den Bestimmungen des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes und des § 21 Absatz 4 und 6 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift des Bundesministeriums des Innern zum materiellen und organisatorischen Schutz von Verschlusssachen erforderlichen Sicherheitsbescheiden und Ermächtigungen gleichwertig sind. Auf*



*begründetes Ersuchen der auftraggebenden Behörde hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie weitere Untersuchungen zur Sicherstellung des Schutzes von Verschlusssachen zu veranlassen und deren Ergebnisse zu berücksichtigen. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie kann im Einvernehmen mit der Nationalen Sicherheitsbehörde für den Geheimschutz von weiteren Ermittlungen absehen.*

*(8) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie kann die Nationale Sicherheitsbehörde des Landes, in dem der Bewerber oder Bieter oder bereits in Aussicht genommene **Unterauftragnehmer** ansässig ist, oder die Designierte Sicherheitsbehörde dieses Landes ersuchen, zu überprüfen, ob die voraussichtlich genutzten Räumlichkeiten und Einrichtungen, die vorgesehenen Produktions- und Verwaltungsverfahren, die Verfahren zur Behandlung von Informationen oder die persönliche Lage des im Rahmen des Auftrags voraussichtlich eingesetzten Personals den einzuhaltenden Sicherheitsvorschriften entsprechen.“*

Bei Verschlusssachen, die nicht verteidigungs- oder sicherheitsspezifische Aufträge betreffen, ist der Geheimschutz über Anforderungen des Auftraggebers nach den eingangs geschilderten allgemeinen Vertraulichkeitsschutzregelungen in § 5 Abs. 3 VgV, § 3 Abs. 3 UVgO und § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 VSVgV zu gewährleisten.

## 9. Verfahren der Unterauftragsvergabe

Soweit der Hauptauftragnehmer nicht selbst ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts ist,<sup>56</sup> ist er von Gesetzes wegen **grundsätzlich nicht dazu verpflichtet, bei der Vergabe von Unteraufträgen die Anforderungen des Vergaberechts zu beachten**. Er muss den Unterauftrag insbesondere nicht öffentlich ausschreiben, sondern kann ihn auch „freihändig“ vergeben. Nur ausnahmsweise gilt etwas anderes. Das ist insbesondere der Fall bei Unternehmen, die mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut sind, d.h. die im Rahmen einer öffentlich-privaten-Partnerschaft agieren<sup>57, 58</sup>. Diese müssen gemäß § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB zum Zwecke der Mittelstandsförderung vom Auftraggeber grundsätzlich dazu verpflichtet werden, etwaige Unteraufträge in der Menge aufgeteilt und getrennt nach Fachgebieten zu vergeben, was impliziert, dass sie Unterauftragnehmer nur nach Durchführung eines Vergabeverfahrens verpflichten dürfen.<sup>59</sup>

Bei **verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Aufträgen im Oberschwellenbereich** eröffnet § 9 Abs. 3 VSVgV dem Auftraggeber zudem eine spezielle Möglichkeit, eine Bindung des Auftragnehmers an bestimmte vergaberechtliche Prinzipien bei der Unterauftragsvergabe zu bewirken.

---

56 Vgl. dazu, dass öffentliche Auftraggeber (selbstverständlich) an das Vergaberecht gebunden sind, die ausdrückliche Klarstellung für verteidigungs- oder sicherheitsspezifische Aufträge in § 38 Abs. 3 VSVgV.

57 In diesem Sinne *Schellenberg*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 9 VSVgV Rn. 7 f.; *Ziewkow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, § 97 GWB Rn. 101, 103. Weitergehend einerseits *Theurer*, in: BeckOK Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 24 (31. Okt. 2016), andererseits wiederum einschränkend a.a.O. Rn. 24.

58 Vgl. *Schellenberg*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 9 VSVgV Rn. 6.

59 Vgl. *Schellenberg*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 9 VSVgV Rn. 6.

Zu diesen, in §§ 38 bis 41 VSVgV niedergelegten Prinzipien, gehört insbesondere, dass der Auftragnehmer die Absicht der Unterauftragsvergabe sowie die dafür ausschlaggebenden Kriterien grundsätzlich öffentlich bekannt macht (§ 39 Abs. 1 Satz 1, § 40 Abs. 1 Satz 1 VSVgV) und dass die Unterauftragsvergabe insgesamt transparent und ohne Diskriminierung potentieller Unterauftragnehmer abläuft (§ 38 Abs. 1 Satz 2 VSVgV). Die Bindung des Auftragnehmers an diese Vorgaben tritt gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 VSVgV ein, wenn der Auftraggeber dies gemäß § 9 Abs. 3 Nr. 2 VSVgV ausdrücklich verlangt oder dadurch, dass er den Auftragnehmer gemäß § 9 Abs. 3 Nr. 1 VSVgV dazu verpflichtet, einen Teil des Auftrags an Dritte weiter zu vergeben.

## **10. Anforderungen an die Ausführung des Unterauftrags**

Unterauftragnehmer haben – wie der Hauptauftragnehmer – alle „bei der Ausführung des öffentlichen Auftrags alle für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten, insbesondere Steuern, Abgaben und Beiträge zur Sozialversicherung zu entrichten, die arbeitsschutzrechtlichen Regelungen einzuhalten und den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wenigstens diejenigen Mindestarbeitsbedingungen einschließlich des Mindestentgelts zu gewähren, die nach dem Mindestlohngesetz, einem nach dem Tarifvertragsgesetz mit den Wirkungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag oder einer nach § 7, § 7a oder § 11 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes oder einer nach § 3a des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes erlassenen Rechtsverordnung für die betreffende Leistung verbindlich vorgegeben werden.“ Das ergibt sich aus § 128 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 36 Abs. 4 VgV bzw. § 26 UVgO. In der VSVgV fehlt ein entsprechender Verweis auf § 128 GWB.

Da der Auftraggeber nicht in direkten Vertragsbeziehungen zum Subunternehmer steht, ist es Sache des Hauptauftragnehmers dafür zu sorgen, dass der Subunternehmer die Leistung so erbringt, wie der Hauptauftragnehmer sie dem Auftraggeber schuldet. Das Vergaberecht stellt die entsprechende Haftung des Hauptauftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber klar (§ 36 Abs. 2 VgV; § 9 Abs. 6 VSVgV; § 26 Abs. 3 UVgO).

\*\*\*