

# **Primärrechtsschutz im Vergaberecht**

**Eine Untersuchung des gegenwärtigen Rechtsschutzsystems sowie  
möglicher Reformansätze.**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines doctor iuris  
der Juristischen Fakultät  
der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

vorgelegt von

Angelina Mangold  
aus  
Bad Neustadt an der Saale

2015



Erstberichterstatter: Prof. Dr. Kyrill-Alexander Schwarz

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Markus Ludwigs

Tag der mündlichen Prüfung: 28. Oktober 2015

Angelina Mangold

# **Primärrechtsschutz im Vergaberecht**

**Eine Untersuchung des gegenwärtigen Rechtsschutzsystems sowie möglicher Reformansätze.**

### **Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen: Cuvillier, 2015  
Zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 2015

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2015  
Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen  
Telefon: 0551-54724-0  
Telefax: 0551-54724-21  
[www.cuvillier.de](http://www.cuvillier.de)

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2015

Gedruckt auf umweltfreundlichem, säurefreiem Papier aus nachhaltiger Forstwirtschaft.

ISBN 978-3-7369-9138-5  
eISBN 978-3-7369-8138-6

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2014/2015 von der juristischen Fakultät der Julius-Maximilians Universität Würzburg als Dissertation angenommen. Sie entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Rechtsphilosophie bei Herrn Prof. Dr. Kyrill-Alexander Schwarz und befindet sich auf dem Stand von Januar 2015.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Kyrill-Alexander Schwarz, der mich bei Erstellung dieser Arbeit in großartiger Weise gefördert und mir hierbei doch stets ein Höchstmaß an wissenschaftlicher Freiheit gewährt hat. Herrn Prof. Dr. Markus Ludwig möchte ich ebenfalls meinen Dank für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens aussprechen.

Auf diesem langen Weg begleitet und unterstützt haben mich außerdem meine Familie, insbesondere meine Eltern und Großeltern, sowie meine Freunde, die auch in den mitunter stressigen Phasen stets ein offenes Ohr für mich hatten. Namentlich nennen möchte ich vor allem Herrn Christian Stadler, der während dieser Zeit mein Fels in der Brandung war. Überdies möchte ich diese Arbeit zwei Personen widmen, die alles erst möglich gemacht haben: Zum einen meinem Großvater, Herrn Wilhelm Mangold, der die Fertigstellung leider nicht mehr miterleben durfte. Zum anderen meinem Vater, Herrn Horst Mangold, der immer für mich da war und ist. Danke für die jahrelange Unterstützung und das Vertrauen.



---

## Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht .....	I
Inhaltsverzeichnis .....	III
Abkürzungsverzeichnis.....	IX
Einleitung.....	1
Teil 1: Aufbau und Struktur des deutschen Vergaberechts.....	4
I. Der Weg zur Zweiteilung.....	5
II. Rechtsquellen und subjektive Rechte .....	8
III. Ergebnis Teil 1 .....	67
Teil 2: Primärrechtsschutz oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte .....	69
I. Primärrechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte .....	69
II. Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte .....	87
III. Bewertung und Gegenüberstellung der Rechtsschutzmodelle.....	107
IV. Ergebnis Teil 2 .....	130
Teil 3: Die Zukunft des deutschen Vergaberechtsschutzes .....	133
I. Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers? .....	133
II. Das österreichische Vergaberecht als Vergleichsmodell .....	138
III. Europäische und nationale Reformbestrebungen .....	151
IV. Mögliche Ausgestaltung des vergaberechtlichen Rechtsschutzes.....	169
V. Ergebnis Teil 3 .....	196
Teil 4: Fazit .....	198
Literaturverzeichnis .....	201





## Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht .....	I
Inhaltsverzeichnis .....	III
Abkürzungsverzeichnis .....	IX
Einleitung .....	1
Teil 1: Aufbau und Struktur des deutschen Vergaberechts.....	4
I. Der Weg zur Zweiteilung.....	5
II. Rechtsquellen und subjektive Rechte .....	8
1. Rechtsquellen oberhalb der Schwellenwerte .....	9
a) Internationales Recht.....	9
aa) Anwendungsbereich des GPA.....	9
bb) Subjektiv-rechtliche Wirkung?.....	10
b) Europäisches Recht.....	12
aa) Anwendbarkeit und Bedeutung des EU-Primärrechts.....	12
(1) Ermächtigungsfunktion.....	13
(2) Auslegungsfunktion .....	14
(3) Ergänzungsfunktion.....	14
bb) Vergabespezifische Vorgaben des EU-Primärrechts.....	16
(1) Grundfreiheiten.....	16
(a) Sachlicher und persönlicher Schutzbereich.....	17
(b) Verpflichtungsadressaten .....	18
(c) Subjektive Wirkung der Grundfreiheiten .....	20
(2) Allgemeines Diskriminierungsverbot .....	21
(3) Allgemeine Vergabegrundsätze und EU-Grundrechte .....	21
cc) EU-Sekundärrecht .....	22
(1) „Vergabe-Richtlinien“ und „Schwellenwert-Verordnung“ .....	22
(2) Deutsche Umsetzung .....	24
c) Nationales Recht .....	24
aa) Vergaberechtliche Kaskade .....	25
(1) Aufbau des Kaskadensystems .....	25

---

(2) Subjektiv-rechtliche Vorschriften .....	26
bb) Haushaltsrecht.....	27
cc) Landesvergabegesetze .....	29
2. Rechtsquellen unterhalb der Schwellenwerte .....	30
a) Europäisches Recht.....	30
aa) EU-Primärrecht .....	30
(1) Grundfreiheiten und allgemeine Vergabegrundsätze .....	31
(a) Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich.....	31
(b) Konkretisierung der vergabespezifischen Vorgaben durch die Mitteilung der Kommission vom 23.06.2006.....	32
(2) EU-Grundrechte .....	34
(a) Anwendungsbereich.....	34
(b) Vergabespezifische Vorgaben der Grundrechte.....	35
i. Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 20 GrCh.....	36
ii. Berufs- und Unternehmensfreiheit, Art. 15, 16 GrCh .....	40
iii. Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz, Art. 47 GrCh .....	41
bb) Europäische Konvention für Menschenrechte .....	43
(1) Recht auf ein faires Verfahren, Art. 6 EMRK.....	44
(2) Recht auf wirksame Beschwerde, Art. 13 EMRK .....	45
b) Nationales Recht .....	46
aa) Grundgesetz .....	46
(1) Bindungswirkung der Grundrechte .....	46
(2) Vergabespezifische Vorgaben der Grundrechte.....	47
(a) Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG .....	47
(b) Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG.....	50
i. Materielle Vorgaben .....	51
ii. Prozedurale Vorgaben .....	52
iii. Prozessuale Vorgaben.....	53
(c) Recht auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes, Art. 19 Abs. 4 GG .....	58
i. Anwendungsbereich.....	59
ii. Subjektive Wirkung .....	61
bb) Haushaltsrecht.....	62
cc) Vergabe- und Vertragsordnungen .....	63
dd) Landesvergabegesetze .....	65

---

III. Ergebnis Teil 1 .....	67
Teil 2: Primärrechtsschutz oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte .....	69
I. Primärrechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte .....	69
1. Rechtsschutz durch nationale Vergabekammern und Gerichte .....	69
a) Vergabenachprüfungsverfahren, §§ 107 ff. GWB .....	70
aa) Zulässigkeit.....	70
bb) Begründetheit .....	73
b) Sofortige Beschwerde, §§ 116 ff. GWB .....	73
aa) Zulässigkeit.....	74
bb) Begründetheit .....	75
c) Besonderheiten des vergabespezifischen Rechtsschutzes .....	76
aa) Vorabinformation .....	76
bb) Zuschlagsverbot .....	76
cc) Untersuchungsgrundsatz .....	78
dd) Beschleunigungsgrundsatz.....	79
ee) Akteneinsicht .....	79
ff) Beiladung.....	80
gg) Entscheidung der Vergabekammer/des Beschwerdegerichts .....	81
d) „Sonstiger“ Rechtsschutz durch die Zivilgerichte .....	83
e) Verwaltungsinterne Nachprüfungsverfahren.....	84
2. Rechtsschutz durch europäische Gerichte.....	85
a) Rechtsschutz durch den EuGH.....	85
b) Rechtsschutz durch den EGMR.....	87
II. Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte .....	87
1. Rechtsschutz durch nationale Gerichte.....	88
a) Rechtswegeröffnung.....	88
b) Einstweiliger Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte .....	94
aa) Zulässigkeit des Antrags nach § 123 VwGO .....	95
(1) Statthaftigkeit.....	95
(a) Besonderheit des sog. „Hängebeschlusses“ .....	97
(b) Problematik der Vorwegnahme der Hauptsache .....	98
(2) Antragsbefugnis .....	99
(3) Rechtsschutzbedürfnis .....	100

bb) Begründetheit des Antrags nach § 123 VwGO .....	101
c) Einstweiliger Rechtsschutz durch die Zivilgerichte .....	102
aa) Verfügungsanspruch.....	103
bb) Verfügungsgrund .....	105
2. Rechtsschutz durch europäische Gerichte .....	105
a) Rechtsschutz durch den EuGH.....	105
b) Rechtsschutz durch den EGMR.....	106
III. Bewertung und Gegenüberstellung der Rechtsschutzmodelle.....	107
1. Bewertung des Rechtsschutzsystems oberhalb der Schwellenwerte.....	107
a) Effektivität und Interessenausgleich .....	107
b) Nachprüfungsinstanzen .....	110
c) Kaskadensystem .....	113
2. Bewertung des Rechtsschutzsystems unterhalb der Schwellenwerte.....	118
a) Fehlende Vorabinformationspflicht .....	118
b) Rechtszersplitterung.....	120
aa) Rechtsweg .....	120
bb) Willkürkontrolle .....	121
c) Verhandlungsgrundsatz und Akteneinsichtsrecht .....	125
d) Fehlende Zuschlagssperre .....	128
e) Beiladung.....	129
IV. Ergebnis Teil 2 .....	130
Teil 3: Die Zukunft des deutschen Vergaberechtsschutzes .....	133
I. Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers? .....	133
II. Das österreichische Vergaberecht als Vergleichsmodell .....	138
1. Ursprüngliche Rechtslage unter dem BVergG 1993 .....	138
2. Erkenntnis des österreichischen Verfassungsgerichtshofs vom 30.11.2000.....	140
3. Neuregelung durch das BVergG 2002 .....	141
a) Einzelheiten des vergaberechtlichen Rechtsschutzregimes .....	142
b) Reform des Rechtsschutzsystems durch das BVergG 2006 .....	144
4. Erfahrungen mit dem österreichischen Regelungsmodell .....	145
a) Anzahl der Nachprüfungsverfahren .....	146
b) Bericht über die Ausdehnung des Vergaberechtsschutzes .....	148
5. Schlussfolgerungen für den deutschen Vergaberechtsschutz .....	149

---

III. Europäische und nationale Reformbestrebungen .....	151
1. Europäische Reformpläne.....	151
2. Deutsche Reformpläne .....	152
a) Zielsetzungen der Bundesregierung im Koalitionsvertrag 2009.....	152
aa) Diskussionspapier des BMWi vom 15.06.2010.....	153
(1) Modell 1.....	153
(2) Modell 2.....	154
(3) Modell 3a.....	155
(4) Modell 3b.....	158
bb) Bewertung des Diskussionspapiers und der Rechtsschutzmodelle.....	159
(1) Bewertung der Modelle 1, 2 und 3b.....	159
(2) Bewertung des Modells 3a .....	160
(a) Verkürzung der Präklusionsfristen.....	160
(b) Entscheidungszuständigkeit des Einzelrichters.....	161
(c) Einschränkung des Suspensiveffekts.....	161
(d) Verkürzung der Verfahrensfristen.....	164
(e) Antragserfordernis für mündliche Verhandlungen .....	165
(f) Ausschluss bzw. Einschränkung des Rechtsmittelverfahrens.....	166
b) Zielsetzungen der großen Koalition? .....	167
IV. Mögliche Ausgestaltung des vergaberechtlichen Rechtsschutzes.....	169
1. Kompetenz des Bundesgesetzgebers.....	169
2. Neuordnung des Vergaberechts .....	173
a) Möglichkeit 1: „Ergänzungsmodell“ .....	173
aa) Materiell-rechtliche Änderungen .....	174
(1) Abschaffung der dreistufigen Kaskade .....	174
(a) Hintergrund.....	174
(b) Regelungsvorschlag .....	177
(2) Erweiterung des Anwendungsbereichs des GWB.....	178
(a) Hintergrund.....	178
(b) Regelungsvorschlag .....	179
(3) Einführung einer Bagatellgrenze und flexiblen Verfahrensarten.....	179
(a) Hintergrund.....	180
(b) Regelungsvorschlag .....	182

---

(4) Vorabinformationspflicht mit verkürzter Wartefrist .....	183
(a) Hintergrund.....	183
(b) Regelungsvorschlag .....	184
bb) Prozessuale Änderungen .....	185
(1) Verkürzung der Präklusionsfristen.....	185
(a) Hintergrund.....	185
(b) Regelungsvorschlag .....	185
(2) Zuständigkeit der Vergabekammern und -senate.....	186
(a) Hintergrund.....	186
(b) Regelungsvorschlag .....	187
(3) Einschränkung des Suspensiveffekts.....	188
(a) Hintergrund.....	188
(b) Regelungsvorschlag .....	189
(4) Verzicht auf mündliche Verhandlung.....	190
(a) Hintergrund.....	190
(b) Regelungsvorschlag .....	190
(5) Kosten des Nachprüfungsverfahrens .....	191
(a) Hintergrund.....	191
(b) Regelungsvorschlag .....	192
b) Möglichkeit 2: Modell „Bundes-Vergabegesetz“.....	193
aa) Das „Vergabegesetz“ als Ideallösung .....	193
bb) Überblick über eine mögliche Neuregelung .....	194
V. Ergebnis Teil 3 .....	196
Teil 4: Fazit.....	198
Literaturverzeichnis .....	201

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere/r Auffassung
ABl. L/C	Amtsblatt der Europäischen Union, Teil L/Teil C
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. E.	am Ende
a. F.	alter Fassung
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BAnz.	Bundesanzeiger
BauGB	Baugesetzbuch
BauR	Baurecht – Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BayOLG	Bayerisches Oberlandesgericht
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BbgVergG	Brandenburgisches Vergabegesetz
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Bek.	Bekanntmachungen
BerlAVG	Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundshaushaltsordnung
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BKartA	Bundeskartellamt
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Brem.GBl.	Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestags
BVA	Bundesvergabeamt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVergGÄndG	Gesetz zur Änderung des Bundesvergabegesetzes
BVergG	Bundesvergabegesetz
BVergGVS	Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts

---

B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
BVMB	Bundesvereinigung Mittelständischer Bauunternehmen e.V.
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
c.i.c.	culpa in contrahendo
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DIHK	Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V.
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DRB	Deutscher Richterbund
DStGB	Deutscher Städte- und Gemeindebund
DVA	Deutschen Verdingungsausschuss für Bauleistungen
DVAL	Deutschen Verdingungsausschuss für Lieferungen und Dienstleistungen
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EG	Europäische Gemeinschaften
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften
Einl.	Einleitung
Entsch.	Entscheidung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GemHVO	Gemeindehaushaltsverordnung
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GMBI	Gemeinsames Ministerialblatt
GPA	Agreement on Government Procurement
GrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
grds.	grundsätzlich
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVOBl M-V	Gesetz- und Ordnungsblatt Mecklenburg-Vorpommern
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen



---

HGrG	Haushaltsgrundsätze-gesetz
HmbGVBl.	Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt
HmbVgG	Hamburgisches Vergabegesetz
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
IBR	Immobilien- und Baurecht (Zeitschrift)
IBRRS	Immobilien- und Baurecht, Rechtsprechung
i. d. R.	in der Regel
IFG	Informationsfreiheitsgesetz
insb.	insbesondere
i. S.	im Sinne
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristen Zeitung
KG	Kammergericht
KMU	Kleine und Mittlere Unternehmen
krit.	kritisch
LVergabeG	Landesvergabegesetz Niedersachsen
LG	Landgericht
LHO	Landeshaushaltsordnung
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift)
Ls.	Leitsatz
LVG LSA	Landesvergabegesetz Sachsen-Anhalt
Mio.	Millionen
Mrd.	Milliarden
M-V	Mecklenburg-Vorpommern
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nds. GVBl	Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
NpV	Verordnung über das Nachprüfungsverfahren für öffentliche Aufträge
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht - Rechtsprechungsreport
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
OSB	Oberschwelkenbereich
OVG	Oberverwaltungsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie

---

Rn.	Randnummer
RPA	Recht und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (Zeitschrift)
Rs.	Rechtsache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SachsAnhLVG	Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt
SächsGVBl	Sächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt
SächsVergabeDVO	Sächsische Vergabedurchführungsverordnung
SächsVergabeG	Sächsisches Vergabegesetz
SächsVBl.	Sächsische Verwaltungsblätter
SektVO	Sektorenverordnung
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannte/r/s
StMi	Staatsministerium
StAnz.	Staatsanzeiger
ThürVgG	Thüringer Vergabegesetz
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TtVG	Tariftreue- und Vergabegesetz Bremen
u. a.	unter anderem
umstr.	umstritten
USB	Unterswellenbereich
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VG	Verwaltungsgericht
WBI	Wirtschaftrechtliche Blätter (Zeitschrift)
v.	vom
VgRÄG	Vergaberechtsänderungsgesetz
verb. Rs.	verbundene Rechtssache
VergabeG	Vergabegesetz
VergabeR	Vergaberecht (Zeitschrift)
VergübAus	Vergabeüberwachungsausschuss
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VfGH	Österreichischer Verfassungsgerichtshof
VfSlg.	Amtliche Sammlung der Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VgG M-V	Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern
VgGDLVO M-V	Vergabegesetzdurchführungslandesverordnung Mecklenburg-Vorpommern
VgModG	Vergaberechtsmodernisierungsgesetz
VgV	Vergabeverordnung
VK	Vergabekammer
VKS	Vergabekontrollsenat
VO	Verordnung

---

VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B
VOB/C	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil C
VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen
VOL	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen
VOL/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil A
VOL/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil B
VSVgV	Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit
VV	Verwaltungsvorschrift
VV-BHO	Allgemeine Verwaltungsvorschriften des Bundesministeriums der Finanzen zur Bundeshaushaltsordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WPK	Wirtschaftsprüferkammer
WTO	World Trade Organisation
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
Ziff.	Ziffer
z. B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVB	Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht



---

## Einleitung

Im Jahre 1912 stellte der große Ökonom *Ludwig von Mises* fest, dass die „*Stellung des Staates auf dem Markte (...) in keiner Weise von der der anderen am Verkehr teilnehmenden Subjekte verschieden*“ sei und der Staat „*sich wie jedes andere wirtschaftende Subjekt in den Organismus des gesellschaftlichen Tauschverkehrs*“<sup>1</sup> einfüge. Diese vor mehr als 100 Jahren getroffene Aussage trifft nachwievor den Kern der aktuellen vergaberechtlichen Diskussion. Tritt der Staat im Wettbewerb tatsächlich wie ein Wirtschaftsunternehmen auf? Lässt er sich bei der Auswahl seiner Vertragspartner primär von marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten leiten? Stellt die Bevorzugung eines Konkurrenten womöglich einen Eingriff in geschützte Rechtspositionen der übergangenen Bieter dar?

Der These *Ludwig von Mises* ist zuzugeben, dass der Staat als Nachfrager tatsächlich wie ein Wirtschaftsunternehmen tätig werden kann. Von staatlichen Stellen werden Bedarfspositionen ermittelt, Angebote eingeholt, Preise verglichen und schließlich der günstigste Anbieter beauftragt. Auch das Bundesverfassungsgericht ist deshalb der Auffassung, dass der Staat den Wettbewerb nicht „von außen“ beeinflusse, sondern sich auf eine Ebene der Gleichordnung mit Privaten begeben.<sup>2</sup> Vergabeentscheidungen seien hiernach kein Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen, sondern lediglich Ausdruck eines – auch der öffentlichen Hand zustehenden – marktwirtschaftlichen Gestaltungsspielraums.<sup>3</sup>

Auf der anderen Seite bleibt jedoch zu beachten, dass der Staat mit seinen Einkäufen oftmals politische Ziele verfolgt. Die öffentliche Auftragsvergabe wird zur Erreichung sozialer, ökologischer und strukturpolitischer Zwecke instrumentalisiert,<sup>4</sup> weshalb nicht nur kaufmännische Erwägungen bei der Auswahl der Angebote berücksichtigt werden. Unternehmen, die willens und in der Lage sind, so unterschiedliche Belange wie Arbeitsplatzerhaltung, Frauen- und Auszubildendenbeschäftigung oder Umweltschutz innerbetrieblich umzusetzen, werden bei der Auftragsvergabe bevorzugt. Vor allem einzelne Branchen, in denen die staatliche Nachfrage einen wesentlichen Anteil an der Gesamtnachfrage nach den angebotenen Leistungen ausmacht – zu denken ist beispielsweise an den Straßenbau oder an die Rüstungsindustrie – sind von den politischen Vorgaben verstärkt betroffen. Vor diesem Hintergrund ist der Staat dann doch kein Marktteilnehmer wie jeder andere, sondern handelt als Träger öffentlicher Gewalt mit erheblichen Auswirkungen auf geschützte Rechtspositionen Dritter.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Mises, *Theorie des Geldes und der Umlaufmittel*, S. 56.

<sup>2</sup> BVerfG, *Beschl. v. 13.06.2006*, BVerfGE 116, 135, 151.

<sup>3</sup> BVerfG, *Beschl. v. 13.06.2006*, BVerfGE 116, 135, 151 f.

<sup>4</sup> Burgi, *NZBau* 2001, 64 (64 ff.).

<sup>5</sup> Nach dem europäischen Verständnis gilt dies für alle Auftragsvergaben, unabhängig vom Erreichen der Schwellenwerte, siehe die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teil-

Von diesen gegenläufigen Sichtweisen wird das deutsche Vergaberecht seit Jahrzehnten maßgeblich beeinflusst. Von europäischer Ebene aus werden in regelmäßigem Abstand Schwellenwerte für öffentliche Auftragsvergaben veröffentlicht, bei deren Erreichen die Binnenmarktrelevanz eines Auftrags vermutet wird und der Anwendungsbereich europäischen Rechts eröffnet ist. Die Schwellenwerte betragen aktuell 5.186.000 Euro für Bauleistungen, 207.000 Euro für Liefer- und Dienstleistungen und 414.000 für Liefer- und Dienstleistungen im Sektoren- und Verteidigungsbereich.<sup>6</sup> Übersteigt ein zu vergebender Auftrag den jeweils geltenden Schwellenwert, enthalten die europäisch beeinflussten Vorschriften ein klares Bekenntnis zu subjektiven Rechten der beteiligten Bieter. Im Wege effektiver Rechtsschutzmechanismen können Vergabeverstöße noch während des Vergabeverfahrens gerügt, beseitigt und die von der Vergabestelle beabsichtigte Zuschlagserteilung an ein konkurrierendes Unternehmen verhindert werden.

Der Großteil aller Auftragsvergaben in Deutschland – Schätzungen gehen von bis zu 90 % aller Beschaffungen aus<sup>7</sup> – liegt jedoch unterhalb der europäischen Grenzwerte. Das europäische Sekundärrecht und dessen deutsche Umsetzungsvorschriften sind in dem sog. Unterschwellenbereich nicht einschlägig. Anwendbar ist ein Konglomerat verschiedener Rechtsquellen, das maßgeblich durch das deutsche Verfassungs- und Haushaltsrecht sowie die Vergabe- und Vertragsordnungen als Produkte außerstaatlicher Normgebung geprägt wird. Nach dem tradierten deutschen Verständnis wird die öffentliche Hand nicht hoheitlich, sondern als gleichberechtigter Wirtschaftsteilnehmer tätig.<sup>8</sup> Primär einklagbare Rechte der Bieter bei nachteiligen Vergabeentscheidungen sind nicht vorgesehen; eröffnet wird nur die Möglichkeit, nachträglich Schadensersatz für bereits erlittene Rechtsverletzungen geltend zu machen. Mit Blick auf das geschätzte Gesamtvolumen öffentlicher Aufträge in Deutschland von rund 385 Milliarden Euro im Jahre 2012<sup>9</sup> – dies entspricht einem Anteil von ca. 14,5 % am Bruttoinlandsprodukt – bedeutet dies, dass jährlich Aufträge im Wert von rund 346 Milliarden Euro durch die öffentliche Hand vergeben werden, ohne dass hierfür effektive gerichtliche Nachprüfungsmöglichkeiten eröffnet sind.<sup>10</sup>

---

weise unter die Vergaberichtlinien fallen v. 23.06.2006 (ABl. 2006 C 179/2) Abschnitt 2.3.3.; anders BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 151.

<sup>6</sup> Verordnung (EU) Nr. 1336/2013 der Kommission vom 13.12.2013 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG, 2004/18/EG und 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren (ABl. 2013 L 335/17).

<sup>7</sup> BMWi, Diskussionspapier „Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte“ vom 15.06.2010 (zu beziehen über das BMWi), S. 1, Rn. 1; Heuvels, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 102, Rn. 22; Burgi, NVwZ 2007, 737 (738); Ruthig, NZBau 2005, 497 (498).

<sup>8</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 151.

<sup>9</sup> Public Procurement Indicators 2012, abrufbar unter <http://ec.europa.eu> (Stand 30.12.2014), S. 6.

<sup>10</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 160.

---

Diese Arbeit hat es sich zum Ziel gesetzt, die eben beschriebene „Zweiteilung“ des deutschen Vergaberechts vor dem Hintergrund europäischer und verfassungsrechtlicher Vorgaben zu untersuchen. Hierbei werden zunächst die anwendbaren Rechtsquellen erarbeitet und ein besonderes Augenmerk auf die sich hieraus ergebenden, subjektiven Rechte der Bieter gelegt. Im Anschluss werden die sowohl ober- als auch unterhalb der Schwellenwerte eröffneten Primärrechtsschutzmöglichkeiten analysiert und bewertet. Auf dieser Grundlage werden sodann die Reformbemühungen des deutschen Gesetzgebers in Richtung eines leistungsfähigeren und transparenteren Vergaberechts sowie eines wirksameren Rechtsschutzes<sup>11</sup> gewürdigt, und – mit Blick auf das von unserem europäischen Nachbarn Österreich geschaffene Rechtsschutzmodell – mögliche Gestaltungsvarianten für die Zukunft dargelegt.

---

<sup>11</sup> Koalitionsvertrag der CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, abrufbar unter [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de) (Stand 20.09.2014), S. 17.

## Teil 1: Aufbau und Struktur des deutschen Vergaberechts

Das deutsche Vergaberecht ist kein einheitliches und in einem konkreten Gesetz kodifiziertes Rechtsgebiet, sondern besteht aus vielen verschiedenen Rechtsquellen unterschiedlicher Herkunft und normenhierarchischer Strukturen. *Bungenberg* spricht in diesem Zusammenhang sogar von einem „*Wettbewerb der Systeme*“<sup>12</sup>, in dem sich das nationale Vergaberecht befinde.

Hauptakteure in diesem Wettbewerb sind vor allem das Recht der Europäischen Union und das der Bundesrepublik Deutschland. Wie eingangs bereits angedeutet wurde, gehen beide Rechtsordnungen bereits im Grundsatz von unterschiedlichen Ausgangspunkten und Zielsetzungen des Vergaberechts aus.

Die Europäische Union verfolgt seit jeher eine wettbewerbsrechtliche Ausrichtung des Beschaffungswesens mit dem Ziel, zur besseren Einhaltung und Nachprüfbarkeit der Regelungen subjektive Rechtspositionen für Unternehmen zu schaffen. Der deutsche Ansatzpunkt geht dagegen von dem – die Verwaltung lediglich im Innenrecht bindenden – Grundsatz der sparsamen Haushaltsführung der öffentlichen Hand und größtmöglicher Wirtschaftlichkeit beschaffungsrechtlicher Vorgänge aus. Die englische Beschreibung dieses Grundsatzes lautet: „*best value for tax payers money*“.

Von diesen beiden – gegenläufigen – Zielrichtungen wird das nationale Vergaberecht geprägt. Vor allem seitdem der deutsche Gesetzgeber einen Teil des Beschaffungswesens infolge europäischer Vorgaben aus der klassischen Verankerung im verwaltungsinternen Haushaltsrecht löste und als verbindliches Außenrecht ausgestaltete, ist die Trennung des deutschen und des europäischen Vergaberechts durch die Geltung unterschiedlicher Vorschriften, je nach Wert des zu vergebenden Auftrags, augenscheinlich. Diese „Zweiteilung“<sup>13</sup> macht sich auch beim vergaberechtlichen Primärrechtsschutz bemerkbar. Unterhalb der europäischen Wertgrenzen bestehen sowohl für rechtsschutzsuchende Bieter als auch für die zur Entscheidung berufenen Stellen mangels entsprechender gesetzlicher Regelungen viele Unklarheiten. Diese betreffen bereits so grundlegende Fragen wie die Eröffnung des gerichtlichen Primärrechtsschutzes, das Bestehen subjektiver und damit einklagbarer Rechte für die Bieter und die Reichweite des Prüfungsumfangs.

Um diese und weitere Fragen beantworten sowie die möglichen gesetzgeberischen Ansätze zur Lösung der (möglicherweise) bestehenden Defizite der geltenden Gesetzeslage aufzeigen zu können, wird im Folgenden zunächst die vorangegangene gesetzgeberische Entwicklung skizziert. Anschließend werden die anwendbaren Rechtsquellen und die sich hieraus ergebenden subjektiven Rechtspositionen der Bieter beleuchtet.

---

<sup>12</sup> Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 1 ff.

<sup>13</sup> Exemplarisch Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. - Einführung Rn. 13; Glaß, in Reidt/Stickler/Glaß, Vergaberecht, Rn. 8.



## I. Der Weg zur Zweiteilung

Die normenhistorische Entwicklung des deutschen Vergaberechts bis hin zur heute bestehenden Zweiteilung nimmt ihren Anfang in der Weimarer Republik zu Beginn des 20. Jahrhunderts. Im Jahre 1921 beschloss der deutsche Reichstag nach langer Diskussion, das deutsche Vergaberecht als reines Innen- und nicht als einklagbares Außenrecht zu gestalten. Infolge dieser Entscheidung basierte das öffentliche Beschaffungswesen für viele Jahrzehnte auf den sog. Verdingungsordnungen<sup>14</sup> als reinen Verwaltungsvorschriften und diente allein den Grundsätzen der wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung. Bieterschützende Vorschriften waren faktisch nicht existent;<sup>15</sup> rechtsschutzsuchenden Unternehmen war lediglich der Weg über die Fach- und Rechtsaufsicht oder die Dienstaufsichtsbeschwerde eröffnet.<sup>16</sup>

Erste Reformansätze in Richtung einer wettbewerbsrechtlichen Ausrichtung des Vergaberechts wurden schließlich von europäischer Ebene aus auf den Weg gebracht. Zwar waren im damaligen EG-Vertrag bereits seit langem einschlägige Grundsatzentscheidungen wie die Grundfreiheiten und das allgemeine Diskriminierungsverbot verankert. Diese Vorgaben waren nach einhelliger Auffassung jedoch zu allgemein gehalten, um das Vergaberecht umfassend regeln zu können.<sup>17</sup>

Aus diesem Grund erließ der Rat der Europäischen Union Anfang der 1970er Jahre die ersten beiden europäischen Richtlinien zur Koordinierung öffentlicher Bau- und Lieferaufträge.<sup>18</sup> In den 1990er Jahren wurden diese Richtlinien konsolidiert<sup>19</sup> und weitere Richtlinien betreffend die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge<sup>20</sup> und Sektoren<sup>21</sup> auf den Weg gebracht.

---

<sup>14</sup> Als Verdingungsordnungen werden die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), Leistungen (VOL) und die Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen (VOF) bezeichnet. Sie werden heute vom Deutschen Verdingungsausschuss für Bauleistungen (DVA) und vom Deutschen Verdingungsausschuss für Lieferungen und Dienstleistungen (DVAL) erarbeitet. Zur Zusammensetzung der Ausschüsse vgl. Glahs, in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, Rn. 2.

<sup>15</sup> Vgl. Dreher, in Immenga/Mestmäcker, GWB, Vorbemerkung Vor §§ 97 ff. GWB Rn. 54-56; Glahs, in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, Rn. 3.

<sup>16</sup> Glahs, in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, Rn. 3; Fehling, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 7 f.

<sup>17</sup> Glahs, in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, Rn. 7; Fehling, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 9.

<sup>18</sup> Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26.07.1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. 1971 L 185/5) und Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21.12.1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge. EU-Recht (ABl. 1977 L 13/1). Zur historischen Entwicklung des Vergaberechts ausführlich Säcker, in Montag/Säcker, MüKo Kartellrecht, Einl. Rn. 10-24.

<sup>19</sup> Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14.06.1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. 1993 L 199/54); Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14.06.1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. 1993 L 199/1).

<sup>20</sup> Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18.06.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. 1992 L 209/1).

<sup>21</sup> Richtlinie 90/531/EWG des Rates vom 17.09.1990 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. 1990 L 297/1).

Darüber hinaus erließ der Rat zwei Rechtsmittelrichtlinien,<sup>22</sup> welche den beteiligten Unternehmen erstmals und im diametralen Gegensatz zur bisherigen deutschen Rechtslage subjektive und damit einklagbare Rechte gegenüber öffentlichen Auftraggebern einräumten.

Dem ungeachtet entschied der deutsche Gesetzgeber, die Rechtsmittelrichtlinien unter Beibehaltung des bisherigen Verständnisses des nationalen Vergaberechts als Teil des verwaltungsinternen Haushaltsrechts mit der sog. „haushaltsrechtlichen Lösung“ umzusetzen.<sup>23</sup> Die neuen Bestimmungen wurden in §§ 57a bis 57c Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG)<sup>24</sup> eingefügt und eine Vergabeverordnung (VgV)<sup>25</sup> sowie eine Nachprüfungsverordnung<sup>26</sup> erlassen. Im klaren Widerspruch zu den europäischen Vorgaben wurde der Rechtsschutz auf ein Verfahren vor einer behördlichen Vergabepflichtstelle und einem sog. Vergabeüberwachungsausschuss beschränkt. Individuell einklagbare Rechte für Unternehmen sollten mit der „haushaltsrechtlichen Lösung“ ausdrücklich nicht geschaffen werden.<sup>27</sup>

Diese Umsetzung stieß erwartungsgemäß auf erhebliche Kritik seitens der Europäischen Union. Nachdem der EuGH in einer Entscheidung im Jahre 1995 den Gemeinschaftsrechtsverstoß feststellte,<sup>28</sup> die europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland einleitete<sup>29</sup> und überdies massiver politischer Druck aus Washington wegen erfolgloser Vergaberechtsstreitigkeiten amerikanischer Unternehmen in Deutschland ausgeübt wurde<sup>30</sup>, sah sich der deutsche Gesetzgeber erneut gezwungen zu handeln.<sup>31</sup>

---

<sup>22</sup> Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. 1989 L 395/33) und Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25.02.1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. 1992 L 76/14).

<sup>23</sup> Zweites Gesetz zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes vom 26. November 1993 (BGBl. I S. 1928); Säcker, in Montag/Säcker, MüKo Kartellrecht, Einl. Rn. 22.

<sup>24</sup> Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1273).

<sup>25</sup> Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl. I S. 169).

<sup>26</sup> Verordnung über das Nachprüfungsverfahren für öffentliche Aufträge (NpV) vom 22. Februar 1994 (BGBl. I S. 324).

<sup>27</sup> Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung vom 04.01.1993 (BR-Drs. 5/93 S. 21).

<sup>28</sup> EuGH, Urteil v. 11.8.1995 – C-433/93, Slg. 1995 I-2303, Rn. 25.

<sup>29</sup> Mahnschreiben der EG-Kommission vom 31.10.1995, abgedruckt in ZIP, 1995, 1940.

<sup>30</sup> Dreher, in Immenga/Mestmäcker, GWB, Vorbemerkung Vor §§ 97 ff. Rn. 59; Byok, NJW 1998, 2774 (2775).

<sup>31</sup> Begründung des Regierungsentwurfs zum VgRÄG (BT-Drs. 13/9340, S. 12).

Am 01.01.1999 wich die „haushaltsrechtliche Lösung“ der neuen „kartellrechtlichen Lösung“, die das Vergaberecht durch das Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG)<sup>32</sup> in den 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 97 bis 129 GWB) integrierte. Hierin sind seither unter dem Titel „Vergabe öffentlicher Aufträge“ allgemeine Grundsätze und Begriffsbestimmungen sowie die maßgeblichen Rechtsvorschriften über das zweistufige Nachprüfungsverfahren bei Vergabekammern und Oberlandesgerichten, welche die Vergabeprüfstellen und Vergabeüberwachungsausschüsse ersetzen, enthalten.<sup>33</sup> Zudem enthält § 97 Abs. 7 GWB von nun an das eindeutige Bekenntnis zu subjektiven Rechten der Bieter.

Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB ist jedoch – in Anlehnung an den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien – erst ab dem Erreichen hoher Auftragsvolumina eröffnet. Nach der gesetzgeberischen Wertung kann nämlich erst bei Vergaben ab einem gewissen Auftragswert mit dem Interesse von Bietern aus anderen Mitgliedstaaten und deren Beteiligung am Vergabeverfahren gerechnet werden und somit nur in diesen Fällen ein grenzüberschreitender Bezug und damit eine Regelungskompetenz der Europäischen Union bejaht werden.<sup>34</sup> Für alle Auftragsvergaben unterhalb dieser Schwellenwerte bleibt es damit bei der bisherigen haushaltsrechtlichen Verankerung und der primären Zielvorgabe der wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung.

Dies bedeutet im Ergebnis, dass sowohl die von der Vergabestelle einzuhaltenden Verfahrensvorschriften als auch der vergaberechtliche Rechtsschutz nunmehr von der eingangs genannten „Zweiteilung“ geprägt sind. *Dreher* spricht von einer „hellen Welt des Vergaberechts“ oberhalb der Schwellenwerte, die durch die „Sonne des Vergaberechtsschutzes [...] im Lichte von Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung“ erstrahle und von einer „dunklen Welt des Vergabewesens“ auf der anderen Seite, welche „von den erhellenden und reinigenden Strahlen des Vergaberechtsschutzes nicht erfasst“ und daher von „Intransparenz und Rechtsschutzlosigkeit“ beherrscht werde.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2512).

<sup>33</sup> Säcker, in Montag/Säcker, MüKo Kartellrecht, Einl. Rn. 22; Die Vergabekammern entsprechen in Organisation und Besetzung den zuvor bestehenden Vergabeüberwachungsausschüssen. Ihre Entscheidungen unterliegen im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage jedoch der gerichtlichen Nachprüfbarkeit durch die Vergabesenate der Oberlandesgerichte. Des Weiteren wurde die Beibehaltung der Vergabeprüfstellen trotz der Streichung des Hinweises auf die Vergabeprüfstellen in § 102 GWB und die Regelung in § 103 GWB (Vergabeprüfstellen) im Jahre 2009 vom Gesetzgeber ausdrücklich zur Disposition gestellt. Von der Möglichkeit Gebrauch gemacht haben allerdings lediglich verschiedene Bundesministerien und -behörden, sowie die Länder Bremen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein, vgl. Reider, in Montag/Säcker, MüKo Kartellrecht, § 102 GWB Rn. 2.

<sup>34</sup> Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 100 GWB Rn. 1.

<sup>35</sup> Dreher, NZBau 2002, 419 (419).

Ob die Auswirkungen der vergaberechtlichen Zweiteilung tatsächlich so drastisch, wie von *Dreher* beschrieben sind und welche Bedeutung die Trennung im Einzelnen auf die jeweils anwendbaren Rechtsnormen und vergaberechtlichen Primärrechtsschutzmöglichkeiten hat, wird im Folgenden beleuchtet.

## II. Rechtsquellen und subjektive Rechte

Im nationalen Vergaberecht kommt eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsquellen zum Tragen, deren Anwendungsbereich im Regelfall vom Erreichen der europäischen Wertgrenzen abhängig ist.

Der Bereich der überschwelligen Auftragsvergaben ist nach Umsetzung des EU-Sekundärrechts in §§ 97 ff. GWB und den Regelungen der VgV, die ihrerseits auf die Verdingungsordnungen verweisen, geregelt. Unterhalb der Schwellenwerte bleibt es dagegen, mangels Kodifizierung, bei der Anwendbarkeit von allgemeinen Vorschriften. Zu nennen sind hier insbesondere das deutsche Verfassungsrecht, das Haushaltsrecht, verschiedene Landesgesetze und wiederum die Verdingungsordnungen. Darüber hinaus sind sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich die Vorgaben völkerrechtlicher Abkommen und des europäischen Primärrechts zu beachten.

Die Frage nach dem Anwendungsbereich und der Reichweite der einschlägigen Rechtsquellen bildet den Ausgangspunkt für die nachfolgenden Überlegungen hinsichtlich des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes. Zum einen ergeben sich hieraus die konkreten Anforderungen, die an eine faire und transparente Ausgestaltung der Vergabeverfahren gestellt werden. Zum anderen ist entscheidend, welche dieser Vorschriften subjektive Wirkung entfalten und den Bietern einen Anspruch auf Einhaltung der maßgeblichen Vergabebestimmungen durch die öffentliche Hand einräumen. *Motzke* spricht insoweit von dem „*materiellrechtlichen Substrat*“ des Primärrechtsschutzes.<sup>36</sup>

Im Folgenden wird zunächst untersucht, welche Rechtsquellen für Sachverhalte im Anwendungsbereich der europäischen Vergaberichtlinien zur Geltung kommen und welche Vorschriften in welchem Umfang subjektiv-rechtliche Wirkung entfalten.

---

<sup>36</sup> Motzke, in Motzke/Pietzcker/Priess, BeckOK VOB, V. Rn. 43; ebenso Krohn, in Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, 24. III. Rn. 8.

## 1. Rechtsquellen oberhalb der Schwellenwerte

### a) Internationales Recht

Von den völkerrechtlichen Abkommen der Bundesrepublik Deutschland sind insbesondere die Vereinbarungen, die unter dem Dach der World Trade Organisation (WTO) geschlossen wurden, in vergaberechtlicher Hinsicht bedeutsam. Zu nennen ist vor allem das 1994 im Zuge der Uruguay-Runde geregelte plurilaterale<sup>37</sup> „*Agreement on Government Procurement*“<sup>38</sup> (GPA). Vertragsstaaten dieses Abkommens sind neben der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten u. a. die USA, Kanada, Japan und die Schweiz,<sup>39</sup> deren nationale Beschaffungsmärkte auf diese Weise interessierten Unternehmen aus anderen GPA-Staaten geöffnet wurden.

#### aa) Anwendungsbereich des GPA

Im Hinblick auf den Anwendungsbereich des GPA ist zu beachten, dass sowohl der Kreis der verpflichteten Auftraggeber als auch die umfassten Auftragsbereiche grundsätzlich enger gefasst sind, als im Rahmen der EU-Vergaberichtlinien. So gilt das GPA gem. Art. I i. V. m. Anhang I und dessen Anlage 1 bis 3 zwar neben Regierungs- und Bundesbehörden auch für regionale und lokale Stellen als öffentliche Auftraggeber; private Auftraggeber sind hiervon jedoch – im Gegensatz zu der EU-Sektorenrichtlinie – nicht umfasst.

Ähnliches gilt für den sachlichen Geltungsbereich des Abkommens. Das GPA normiert zwar grundsätzlich die Vergaben von Bau-, Liefer und Dienstleistungsaufträgen; bestimmte Sektorenbereiche wie das Telekommunikations- oder das Eisenbahnwesen, die von der Richtlinie 2004/17/EG umfasst sind, bleiben hiervon jedoch ausgeschlossen.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> Plurilaterale Abkommen verpflichten nur diejenigen WTO-Mitglieder, die sie gesondert ratifiziert haben. Multilaterale Abkommen gelten dagegen für alle WTO-Mitglieder, vgl. Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, S. 49.

<sup>38</sup> Deutsch: Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen – Englischer Text in ABI. EG 1994 L 336/273 mit spät. Änd.; deutscher Text ohne Anhänge in ABI. 1996 EG C 256/2.

<sup>39</sup> Am 01.01.1996 in Kraft getreten in der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten Österreich, Belgien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Deutschland, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, den Niederlanden, Portugal, Spanien Schweden und dem Vereinigten Königreich. Am 01.05.2004 in Kraft getreten in den Mitgliedstaaten Zypern, Tschechien, Estland, Ungarn, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowakei sowie Slowenien und am 01.01.2007 in Kraft getreten in den Mitgliedstaaten Bulgarien und Rumänien. Eine Liste aller Vertragsstaaten und des Datums des jeweiligen Inkrafttretens des Abkommens findet sich unter [www.wto.org](http://www.wto.org) (Stand 07.08.2013).

<sup>40</sup> Frenz, Handbuch Europarecht - Band 3, Rn. 1900; Egger, Europäisches Vergaberecht, Rn. 310.

Daneben ist jedoch für alle erfassten Auftragsvergaben – ebenso wie bei den EU-Vergaberichtlinien – das Erreichen bestimmter, von den einzelnen Vertragstypen abhängiger Schwellenwerte für die Anwendbarkeit des GPA erforderlich.<sup>41</sup>

*bb) Subjektiv-rechtliche Wirkung?*

Gem. Art. XX GPA sind die Vertragsstaaten verpflichtet, in den nationalen Rechtsordnungen effektive, nicht-diskriminierende und transparente Rechtsschutzverfahren für Bewerber in vom Anwendungsbereich des GPA erfassten Vergabeverfahren zur Verfügung zu stellen.<sup>42</sup> Dies bedeutet, dass Bietern aus GPA-Vertragsstaaten grundsätzlich dieselben prozessualen Möglichkeiten wie Bietern aus EU-Mitgliedstaaten zu gewähren sind.<sup>43</sup> Vor diesem Hintergrund ist jedoch umstritten, ob sich die betroffenen Bieter unmittelbar auf die Vorschriften des GPA berufen können, wenn diese für sie im Vergleich zu den Vergaberichtlinien günstigere Voraussetzungen enthalten.<sup>44</sup> Eine Ansicht verneint die unmittelbare Anwendbarkeit des GPA und stützt sich zur Begründung hauptsächlich auf die ständige Rechtsprechung des EuGH, welche den im Rahmen der WTO abgeschlossenen Einzelabkommen grundsätzlich die unmittelbare Wirkung versagt.<sup>45</sup> In einem Urteil zu Bestimmungen des TRIPS-Übereinkommens hatte der EuGH festgestellt, dass diesen Regelungen „aufgrund der Natur und der Systematik des Übereinkommens keine unmittelbare Wirkung (zukommt). Sie gehören grundsätzlich nicht zu den Vorschriften, an denen der Gerichtshof die Rechtmäßigkeit der Handlungen der Gemeinschaftsorgane nach Artikel 230 Absatz 1 EG misst; sie begründen für den Einzelnen auch keine Rechte, auf die er sich nach dem Gemeinschaftsrecht vor den Gerichten unmittelbar berufen könnte.“<sup>46</sup> Diese Rechtsprechung sei nach der eingangs genannten Auffassung auch auf die Vorschriften des GPA zu übertragen, weshalb ihnen keine unmittelbare Geltung zukommen könne.<sup>47</sup>

<sup>41</sup> Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, S. 50; Frenz, Handbuch Europarecht - Band 3, Rn. 1900.

<sup>42</sup> Art. XX Abs. 2 GPA: *“Each Party shall provide non-discriminatory, timely, transparent and effective procedures enabling suppliers to challenge alleged breaches of the Agreement arising in the context of procurements in which they have, or have had, an interest.”*

<sup>43</sup> Egger, Europäisches Vergaberecht, Rn. 315.

<sup>44</sup> Dies kommt vor allem bei der Zulässigkeit vergabefremder Kriterien bei öffentlichen Auftragsvergaben in Betracht. Die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG ermöglichen Auftraggebern im Gegensatz zum GPA eine stärkere Steuerung und damit Benachteiligung von Bietern aus nicht EU-Staaten, vgl. Frenz, Handbuch Europarecht - Band 3, Rn. 1904; Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, S. 55 m. w. N.

<sup>45</sup> Fehling, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 27; Frenz, Handbuch Europarecht – Band 3, Rn. 1904 ff.; Kunnert, WTO-Vergaberecht, S. 405 ff, 415 f.

<sup>46</sup> Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights; deutsch: Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums.

<sup>47</sup> Frenz, Handbuch Europarecht – Band 3, Rn. 1905; a. A. Egger, Europäisches Vergaberecht, Rn. 329.

Als weiteres Argument wird innerhalb dieser Ansicht der Wortlaut des Erwägungsgrundes 7 der das GPA umsetzenden Richtlinie 2004/18/EG angeführt: „Das Übereinkommen hat keine unmittelbare Wirkung.“<sup>48</sup> Des Weiteren spreche der Umstand, dass sich Art. XX Abs. 2 GPA primär an die Vertragsstaaten richte und nur diese zur Umsetzung der Rechtsschutzverfahren verpflichte, gegen die Einräumung subjektiver Rechte.<sup>49</sup>

Im Gegensatz hierzu bejaht eine andere Auffassung die unmittelbare Anwendbarkeit der GPA-Vorschriften und begründet dies zum einen damit, dass nach Ansicht des EuGH bestimmten Regelungen in WTO-Übereinkünften im Ausnahmefall unmittelbare Wirkung zukommen könne, „wenn die Gemeinschaft eine bestimmte, im Rahmen der WTO übernommene Verpflichtung umsetzt oder wenn die Gemeinschaftshandlung ausdrücklich auf spezielle Bestimmungen der WTO-Übereinkünfte verweist“.<sup>50</sup> Die Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG seien ausweislich des Wortlautes des Erwägungsgrundes 7 insoweit Umsetzungsvorschriften und verwiesen ausdrücklich auf die umzusetzenden Vorschriften des GPA, weshalb ihnen nach Rechtsprechung des EuGH unmittelbare Geltung zukommen müsse.<sup>51</sup> Der weitere Wortlaut des Erwägungsgrundes 7, wonach dem Übereinkommen nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers ausdrücklich „keine unmittelbare Wirkung“ zukomme, sei dagegen nicht zu berücksichtigen, da dies lediglich eine interne Beurteilung sei und die Entscheidung hierüber grundsätzlich dem EuGH obliege.<sup>52</sup>

In der Summe sprechen die besseren Argumente jedoch für die erste Auffassung und gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit des GPA.<sup>53</sup> Wie oben bereits angesprochen wurde, enthält das GPA selbst keine Vorschriften, die rechtsschutzsuchenden Bietern unmittelbar einklagbare subjektive Rechte gewähren, sondern richtet sich direkt an die Vertragsstaaten. Der europäische Gesetzgeber weist in den Umsetzungsvorschriften in aller Deutlichkeit darauf hin, dass dem Übereinkommen keine unmittelbare Wirkung zukomme und auch der Europäische Gerichtshof hat in der bisherigen Rechtsprechung – mit geringen Ausnahmen – die unmittelbare Anwendbarkeit von Regelungen der WTO allgemein verneint.

<sup>48</sup> Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2004/17/EG bzw. vorhergehend Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 97/52/EG und der Richtlinie 98/4/EG.

<sup>49</sup> Kunnert, WTO-Vergaberecht, S. 416.

<sup>50</sup> EuGH, Urteil v. 23.11.1999 – C-149/96, Slg. 1999 I-8425, 8439 Rn. 49 „Portugal/Rat“.

<sup>51</sup> Prieß, in Motzke/Pietzcker/Prieß, BeckOK VOB, Systematische Darstellung I Europäisches und internationales Vergaberecht, Rn. 111 ff.; Egger, Europäisches Vergaberecht, S. 98.

<sup>52</sup> Egger, Europäisches Vergaberecht, Rn. 332; Kunnert, WTO-Vergaberecht, S. 416.

<sup>53</sup> Im Ergebnis ebenso Fehling, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 27; Kunnert, WTO-Vergaberecht, S. 416; Frenz, Handbuch Europarecht - Band 3, Rn. 1906; Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. GWB – Einführung; Dreher, in Immenga/Mestmäcker, GWB, Vorbemerkung Vor §§ 97 ff. GWB Fn. 5; Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 108 f.

## b) Europäisches Recht

Der vergaberechtliche Oberschwellenbereich ist, wie der geschichtliche Überblick verdeutlicht hat, stark durch europäisches Recht geprägt. Unter dem Begriff „europäisches Recht“ ist in diesem Zusammenhang das Europarecht „im engeren Sinne“<sup>54</sup>, also das Recht der Europäischen Union zu verstehen. Das Europarecht „im weiteren Sinne“ umfasst dagegen auch das Recht der anderen europäischen Institutionen, wie des Europarats mit seinem „Flaggschiff“,<sup>55</sup> der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Die EMRK besitzt, wie noch im Detail erläutert werden wird, ebenfalls eine vergaberechtliche Dimension und gewinnt vor allem durch die Gewährung bestimmter Justizgrundrechte an Relevanz. Diese Garantien erlangen jedoch aufgrund der bestehenden, umfangreichen Primärrechtsschutzmöglichkeiten und der hohen Regelungsdichte im Oberschwellenbereich primär im Bereich der unterschwelligen Auftragsvergaben Bedeutung. An dieser Stelle wird somit auf die dortigen<sup>56</sup> detaillierten Ausführungen verwiesen und die folgende Prüfung auf das Europarecht „im engeren Sinne“ beschränkt.

### aa) Anwendbarkeit und Bedeutung des EU-Primärrechts

Das EU-Primärrecht besteht seit dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags am 1. Dezember 2009 aus dem Vertrag über die Europäische Union,<sup>57</sup> dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union<sup>58</sup> (Art. 1 Abs. 3 S. 2 EUV), der Grundrechte-Charta<sup>59</sup> (Art. 6 Abs. 1 EUV) und den vom EuGH entwickelten, allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Daneben sind die Protokolle und Anhänge der Verträge (Art. 51 EUV) sowie die späteren Beitrittsakte Bestandteil des Primärrechts.<sup>60</sup>

<sup>54</sup> Zu den Begrifflichkeiten „Europarecht im engeren Sinn“ und „Europarecht im weiteren Sinn“ vgl. Herdegen, Europarecht, § 1 Rn. 2 ff.

<sup>55</sup> Frowein, in Frowein/Peukert, EMRK, Einführung Rn. 4.

<sup>56</sup> Siehe unter Ziff. II. 2. lit. a. sublit. bb.

<sup>57</sup> Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13. Dezember 2007 (ABl. 306 S. 1, ber. ABl. 2008 C 111 S. 56, ABl. 2009 C 290 S. 1, ABl. 2011 C 378 S. 3).

<sup>58</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 2008 (ABl. 2008 C 115/47).

<sup>59</sup> Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12. Dezember 2007 (ABl. 2007 C 303/1).

<sup>60</sup> Müller-Graff, in Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, A. I. Verfassungsziele der Europäischen Union Rn. 80; Nettesheim, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEU, EU-Arbeitsweisevertrag Art. 288 AEUV Rn. 27 f.



Ein Teil dieser Vorschriften wird wiederum als das sog. „europäische Vergabeprimärrecht“<sup>61</sup> bezeichnet und beruht insbesondere auf den Grund- oder Marktfreiheiten der Union (Art. 28 ff. AEUV), dem allgemeinen Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) und den vom EuGH hieraus entwickelten, ungeschriebenen, allgemeinen Vergaberechtsgrundsätzen.

Umstritten ist, ob sich die Bedeutung dieser Vorschriften auf den vergaberechtlichen Unterschwellenbereich beschränkt. Vereinzelt wird in der Wissenschaft vertreten, dass das vergaberelevante Primärrecht im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien wegen der hohen Regelungsichte und des grundsätzlichen Anwendungsvorrangs des abgeleiteten Unionsrechts erheblich an Bedeutung verloren habe<sup>62</sup> und faktisch nur im Unterschwellenbereich zum Tragen komme. Allerdings erfüllt das EU-Primärrecht – wie auch *Egger*<sup>63</sup> ausführt – bei überschwelligen Vergaben drei grundlegende und in ihrer Relevanz nicht zu unterschätzende Funktionen:

#### (1) Ermächtigungsfunktion

Die Regelungen des EU-Primärrechts bilden zum einen die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass des vergaberechtlichen Sekundärrechts. Da die Europäische Union keinen souveränen (Bundes-)Staat, sondern – mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts – einen (bloßen) „*Staatenverbund*“<sup>64</sup> bildet, besitzt sie keine Allzuständigkeit, d. h. sie kann nicht verbindlich über die eigene Zuständigkeit entscheiden.

<sup>61</sup> Diehr, *VergabeR* 2009, 719 (720). Für *Diehr* besteht das „Vergabeprimärrecht“ aus den Grundprinzipien, also den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Union und den Grundfreiheiten gem. Art. 28, 43 und 49 EGV (nun Art. 34, 49 und 56 AEUV). Auch die Kommission stellt auf den freien Warenverkehr, die Niederlassungsfreiheit, die Dienstleistungsfreiheit, die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung, Transparenz, Verhältnismäßigkeit und gegenseitige Anerkennung sowie die vom EuGH entwickelten allgemeinen Grundsätze ab, siehe die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen v. 23.06.2006 (ABl. 2006 C 179/2) Abschnitt 1.1. *Frenz* geht einen Schritt weiter und zählt auch das Wettbewerbs- und Beihilferecht sowie die europäischen Grundrechte zum „primärrechtlichen Vergabeeuroparecht“, vgl. *Frenz*, *Handbuch Europarecht* - Band 3, Rn. 1721.

<sup>62</sup> Vgl. exemplarisch *Frenz*, *Handbuch Europarecht* - Band 3, Rn. 1723; *Glabs*, in *Messerschmidt/Voit*, *Privates Baurecht*, 1. Teil G. I. 1 Rn. 4 ff.; *Prieß*, *Handbuch des europäischen Vergaberechts*, S. 8; *Weyand* erwähnt das europäische Primärrecht bei der Aufzählung der Rechtsquellen oberhalb der Schwellenwerte nicht einmal, *Weyand*, *Vergaberecht*, Rn. 3; *Bungenberg* spricht dagegen von einer „großen Bedeutung“ der Grundfreiheiten im Anwendungsbereich der EU-Vergaberichtlinien und stützt dies auf Erwägungsgrund 2 der Richtlinie. 2004/18/EG (ABl. L 134/114); vgl. *Bungenberg*, in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, *Kartellrecht*, Vor §§ 97 ff. – Einführung Rn. 50.

<sup>63</sup> *Egger*, *Europäisches Vergaberecht*, § 2 Rn. 105 f.; vgl. außerdem *Kühling/Huerkamp*, in *Montag/Säcker*, *MüKo Kartellrecht*, Vor §§ 97 ff. *GWB* Rn. 34 ff., die das EU-Primärrecht als „Auffangnetz“ bezeichnen.

<sup>64</sup> *BVerfG*, Urteil v. 30.06.2009, *BVerfGE* 123, 267, 267.

Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung bedürfen die europäischen Rechtsetzungsorgane damit zum Erlass des sekundären Unionsrechts immer einer ausdrücklichen Kompetenzzuweisung in den Verträgen.<sup>65</sup> So wurden die „Vergabekoordinierungsrichtlinie“ 2004/18/EG und die „Sektorenrichtlinie“ 2004/17/EG von dem Europäischen Parlament und dem Rat der Europäischen Union auf Grundlage der Artikel 47 Abs. 2, Artikel 55 und Artikel 95 EGV<sup>66</sup> erlassen.

### (2) Auslegungsfunktion

Zum anderen ist das Primärrecht aufgrund seiner normenhierarchischen Vorrangstellung Rechtmäßigkeits- und Auslegungsmaßstab sowohl für das abgeleitete Unionsrecht, als auch für das gesamte mitgliedstaatliche Recht.<sup>67</sup> Dies bedeutet, dass, soweit ein dem sekundären Unionsrecht zuzuordnender Rechtsakt gegen das primäre Unionsrecht verstößt, dies die Unanwendbarkeit des betreffenden Rechtsaktes zur Folge hat. Dasselbe gilt – abgeleitet aus dem Prinzip der Unionstreue gem. Art. 4 Abs. 3 EUV – für sämtliche Normen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen; selbst Richtlinien oder Beschlüsse auf Unionsebene können deshalb die Unanwendbarkeit bestimmter Vorschriften des nationalen Verfassungsrechts zur Folge haben.<sup>68</sup>

### (3) Ergänzungsfunktion

Zuletzt hat das Vergabeprimärrecht auch eine Ergänzungsfunktion inne, die immer dann zum Tragen kommt, wenn das abgeleitete Unionsrecht keine konkreten Vorgaben für die in Rede stehende mitgliedstaatliche Maßnahme enthält. Es ist vor allem diese Ergänzungsfunktion, die dem Vergabeprimärrecht in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH eine eigenständige Bedeutung neben den Gewährleistungen des abgeleiteten Unionsrechts verleiht. Das Primärrecht darf grundsätzlich nur dann unmittelbar angewendet werden, soweit sekundärrechtliche Vorschriften keine abschließende Regelung über den Sachverhalt treffen. D. h. nur soweit das Sekundärrecht Lücken aufweist oder Umsetzungsspielräume eröffnet, kann der Rechtsanwender unmittelbar auf die Grundfreiheiten zurückgreifen.<sup>69</sup>

<sup>65</sup> Bergmann, in Bergmann, Handlexikon der EU, Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung.

<sup>66</sup> Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung bis 30. November 2009 vom 25. März 1957 (UNTS Bd. 298 S. 11).

<sup>67</sup> Vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, Rn. 367; Kühling/Huerkamp, in Montag/Säcker, MüKo Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. GWB Rn. 34.

<sup>68</sup> Sennekamp, in Bergmann, Handlexikon der EU, Normenhierarchie.

<sup>69</sup> Kingreen, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 36 AEUV Rn. 18; Diehr, VergabeR 2009, 719 (721 f.); Ehlers, in Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 8.; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 36 Rn. 14.; Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 121 f.; Egger, Europäisches Vergaberecht, § 2 Rn. 106 ff.; zum Verhältnis der Vergaberichtlinien zum primären Gemeinschaftsrecht vgl. Bitterich, EuZW 2008, 14 (15).

Der EuGH ist der pauschalen Annahme einer Sperrwirkung der Vergaberichtlinien entgegengetreten und fordert eine Prüfung des jeweiligen Einzelfalls.<sup>70</sup>

So bejahte der EuGH in der Rechtssache „Storebaelt“<sup>71</sup> beispielsweise einen Verstoß Dänemarks gegen „*Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere gegen die Artikel 30, 48 und 49 EWG-Vertrag sowie gegen die Richtlinie 71/305/EWG*“<sup>72</sup>, weil die Vergabestelle zur Abgabe von Angeboten auf der Grundlage einer Bedingung aufgefordert habe, die eine möglichst weitgehende Verwendung von dänischen Baustoffen, Verbrauchsgütern, Arbeitskräften und Geräten vorsah und weil die Verhandlungen mit dem ausgewählten Konsortium auf der Grundlage eines nicht den Verdingungsunterlagen entsprechenden Angebots geführt worden seien.<sup>73</sup> Gerade wegen letzterem nahm der EuGH zusätzlich einen Rückgriff auf das allgemeine Gleichbehandlungsgebot als ungeschriebenen Vergabegrundsatz vor und stellte klar, dass die Richtlinie den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter zwar nicht ausdrücklich erwähne, aber die Pflicht zur Beachtung dieses Grundsatzes gleichwohl dem Wesen dieser Richtlinie selbst entspreche.<sup>74</sup>

Auch in der Rechtssache „Hospital Ingenieure“<sup>75</sup> wendete der Gerichtshof die primärrechtlich verankerten Grundsätze der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit neben den Bestimmungen der Richtlinie 92/50/EWG an und begründete dies damit, dass die betreffende Entscheidung, auch weil „*die Richtlinie 92/50 außer der Verpflichtung, die Gründe für den Widerruf der Ausschreibung mitzuteilen, keine Bestimmung enthält, die sich speziell auf die materiellen und formellen Voraussetzungen für diese Entscheidung bezieht, den fundamentalen Regeln des Gemeinschaftsrechts unterworfen [bleibt], insbesondere den Grundsätzen des EG-Vertrags im Bereich des Niederlassungsrechts und der Dienstleistungsfreiheit.*“<sup>76</sup>

Ähnliches stellte der EuGH in der Rechtssache „AN-Post“<sup>77</sup> fest. Hier wurden die zeitgleiche Anwendung der Richtlinie 92/50/EWG<sup>78</sup> und des europäischen Primärrechts, im Einzelnen der Art. 43, 49 EGV sowie der allgemeinen Grundsätze der Transparenz, der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung bestätigt.

<sup>70</sup> EuGH, Urteil v. 13.11.2007 – C-507/03, Slg. 2007, I-9777, Rn. 26 ff. „An Post“.

<sup>71</sup> EuGH, Urteil v. 22.06.1993 – C-243/89, Slg. 1993, I-3353 „Storebaelt“.

<sup>72</sup> Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. 1971 L 185/5).

<sup>73</sup> EuGH, Urteil v. 22.06.1993 – C-243/89, Slg. 1993, I-3353 Rn. 45 „Storebaelt“.

<sup>74</sup> EuGH, Urteil v. 22.06.1993 – C-243/89, Slg. 1993, I-3353 Rn. 33 „Storebaelt“.

<sup>75</sup> EuGH, Urteil v. 18.06.2002 – C-92/00, Slg. 2002, I-5553 „Hospital Ingenieure“.

<sup>76</sup> EuGH, Urteil v. 18.06.2002 – C-92/00, Slg. 2002, I-5553 Rn. 42 „Hospital Ingenieure“.

<sup>77</sup> EuGH, Urteil v. 13.11.2007 – C-507/03, Slg. 2007, I-9777 Rn. 26 „An Post“.

<sup>78</sup> Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. 1992 L 209/1).

Verfahrensgegenstand waren in diesem Fall nicht prioritäre Dienstleistungen des Anhangs IB der Richtlinie 92/50/EWG, denen „wegen ihres spezifischen Charakters a priori keine grenzüberschreitende Bedeutung zukommt“ und für die aus diesem Grund lediglich die Bestimmungen des Art. 14 RL 92/50/EWG über die technischen Spezifikationen des Auftrags und des Art. 16 RL 92/50/EWG über die Versendung einer Bekanntmachung des Ergebnisses des Vergabeverfahrens an die Kommission (sog. „ex post-Transparenz“) gelten. Die sonstigen Regelungen zum Vergabeverfahren, insbesondere hinsichtlich der Bekanntmachung über die Einleitung eines Vergabeverfahrens und seiner Durchführung, finden auf nicht prioritäre Dienstleistungen keine Anwendung.

Gleichwohl stellte der EuGH in diesem Fall einen Verstoß gegen EU-Primärrecht fest, da eine ohne jede Transparenz erfolgende Vergabe eines binnenmarktrelevanten Auftrags eine Ungleichbehandlung potentieller Bieter aus anderen Mitgliedstaaten darstelle und die Vergabe öffentlicher Aufträge grundsätzlich „den fundamentalen Regeln des Gemeinschaftsrechts unterworfen“<sup>79</sup> bleibe.

Diese exemplarisch ausgewählten Entscheidungen zeigen, dass die Bedeutung des europäischen „Vergabeprimärrechts“ im Oberschwellenbereich – ungeachtet der großen Reichweite und hohen Regelungsdichte der EU-Vergaberichtlinien – nicht unterschätzt werden darf. Oft enthalten die einschlägigen Richtlinien keine abschließenden Regelungen hinsichtlich des Regelungsgegenstands oder der konkreten mitgliedstaatlichen Maßnahmen. In diesem Fall werden im Wege der Lückenfüllung und Ergänzung stets primärrechtliche Vorschriften herangezogen, um die europäischen Zielvorgaben der grenzüberschreitend diskriminierungs-freien, transparenten und fairen Auftragsvergabe umfassend durchzusetzen.

## *bb) Vergabespezifische Vorgaben des EU-Primärrechts*

### *(1) Grundfreiheiten*

Ein großer Teil des unionsrechtlichen „Vergabeprimärrechts“ basiert auf den Vorgaben der Grundfreiheiten, die Ehlers als die „Stützpfeiler der gemeinschaftsrechtlichen Wirtschaftsverfassung“<sup>80</sup> bezeichnet. Alle Grundfreiheiten haben das Ziel, einen gemeinsamen europäischen Binnenmarkt durch die Beseitigung von Handelshemmnissen für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs-, und Kapitalverkehr zu schaffen.

---

<sup>79</sup> EuGH, Urteil v. 13.11.2007 – C-507/03, Slg. 2007, I-9777 Rn. 26 „An Post“.

<sup>80</sup> Ehlers, in Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 1.

Hierzu verbieten sie prinzipiell jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit und sind in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen nach allgemein anerkannter Auffassung unmittelbar anwendbar.<sup>81</sup>

(a) *Sachlicher und persönlicher Schutzbereich*

In sachlicher Hinsicht ist für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten zunächst das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts Voraussetzung. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut der Vorschriften (so z. B. Art. 34 AEUV: „zwischen den Mitgliedstaaten“ und Art. 56 AEUV: „in einem anderen Mitgliedstaat“) und der Zielsetzung, transnationale Handelshemmnisse zur Schaffung des europäischen Binnenmarktes zu beseitigen. Im Hinblick auf öffentlichen Auftragsvergaben konkretisiert der EuGH dieses Erfordernis auf das Vorliegen eines „*eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses*“<sup>82</sup> an dem Erhalt des zu vergebenden Auftrags. Zur Bestimmung dieses Interesses knüpft der Gerichtshof an den geschätzten Wert des Auftrags in Verbindung mit seinen technischen Merkmalen oder dem für die Durchführung der Arbeiten vorgesehenen Ort, der für ausländische Wirtschaftsteilnehmer interessant sein könnte,<sup>83</sup> an.

Für Aufträge, die über den europäischen Schwellenwerten liegen, stellt damit bereits die hohe Auftragssumme ein wichtiges Indiz für das Vorhandensein eines eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses dar, da bei diesen Aufträgen aufgrund der gesetzgeberischen Wertung eine gewisse Binnenmarktrelevanz vermutet wird.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> Grundsätzlich Ehlers, in Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 1, 7; EuGH, Urteil v. 05.02.1963 – C-26/62, Slg. 1963, 3 „*Van Gend & Loos*“; auch *Bungenberg* geht von einer großen Bedeutung der Grundfreiheiten im Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte aus, vgl. *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 121 f., 126 f.

<sup>82</sup> EuGH, Urteil v. 13.11.2007 – C-507/03, Slg. 2007, I-9777 Rn. 34 „*An Post*“.

<sup>83</sup> EuGH, Urteil v. 15.05.2008 – C-147/06, Slg. 2008, I-3565 Rn. 24 „*SECAP*“. Der BGH knüpft in einem Urteil betreffend die unterschwellige Vergabe eines Bauauftrags durch eine Gemeinde an diese Rechtsprechung an und führt aus, dass ein grenzüberschreitendes Interesse wohl nicht allein aus dem Streitwert (im fraglichen Fall waren es ca. 1,3 Millionen Euro) geschlussfolgert werden kann, sondern im jeweiligen Einzelfall geprüft werden muss, „*ob der Auftrag nach den konkreten Marktverhältnissen, das heißt mit Blick auf die angesprochenen Branchenkreise und ihre Bereitschaft, Aufträge gegebenenfalls in Anbetracht ihres Volumens und des Ortes der Auftragsdurchführung auch grenzüberschreitend auszuführen, für ausländische Anbieter interessant sein könnte*“, BGH, Urteil v. 30.08.2011, NZBau 2012, 46, 48.

<sup>84</sup> Eine andere Beurteilung rechtfertigt auch nicht das Urteil des EuGH in der Rechtssache „*An-Post*“. Wie bereits ausgeführt wurde, war Verfahrensgegenstand eine de-facto Vergabe sog. nicht-prioritärer Dienstleistungen nach Anhang IB zur Richtlinie 92/50/EWG. Obwohl der Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet war und der Wert der zu vergebenden Dienstleistungen damit über dem EU-Schwellenwert lag, wies der EuGH die Klage der Kommission mangels Darlegung eines „eindeutigen“ grenzüberschreitenden Interesses ab. Hintergrund dieser Entscheidung ist jedoch, dass hinsichtlich der Dienstleistungen des Anhangs IB der Richtlinie 92/50 der Gemeinschaftsgesetzgeber davon ausgegangen ist, dass Aufträgen über solche Dienstleistungen wegen ihres spezifischen Charakters a priori *keine* grenzüberschreitende Bedeutung zukomme und die Kommission das Verfahren unter bloßem Hinweis auf eine Beschwerde, den sie im Zusammenhang mit dem fraglichen Auftrag erhalten hatte, angestrengt hatte. Der EuGH beabsichtigte mit dieser Entscheidung folglich nicht, strengere Anforderungen an Erfordernis eines grenz-

In persönlicher Hinsicht können sich in erster Linie die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten auf die Grundfreiheiten berufen. Dies ergibt sich für die Arbeitnehmer-, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit direkt aus Art. 45 Abs. 2, Art. 49 Abs. 1 und Art. 56 Abs. 1 AEUV. Für die Waren- sowie Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit kann nichts anderes gelten.<sup>85</sup> Kraft ausdrücklicher Anordnung der Art. 54 Abs. 1, 62 AEUV werden im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit Unternehmen den Unionsbürgern gleichgestellt. Darüber hinaus können sich Unternehmen auf die Freiheit des Waren-, des Kapital- und des Zahlungsverkehrs und sogar auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen, wenn beispielsweise im Mitgliedstaat einer Niederlassung ein Unionsbürger aus einem anderen Mitgliedstaat aufgrund des fehlenden Wohnsitzes im Inland nicht beschäftigt werden darf.<sup>86</sup>

### (b) Verpflichtungsadressaten

Ein weiterer Grund für die eigenständige Bedeutung der Vorschriften des Vergabeprimärrechts neben den Vergaberichtlinien ist die Reichweite der Verpflichtungsadressaten der Grundfreiheiten. Zur Bestimmung dieses Schutzbereichs muss auf die allgemeinen Lehren zurückgegriffen werden, da der Begriff des „öffentlichen Auftraggebers“ im europäischen Primärrecht nicht legal definiert ist.

Verpflichtete der Grundfreiheiten sind primär die Mitgliedstaaten der EU, wobei der Begriff „Mitgliedstaat“ in einem funktionalen Sinn zu verstehen ist. Dies bedeutet, dass die mitgliedstaatliche Bindung nicht nur Maßnahmen von Hoheitsträgern im formellen Sinne umfasst, sondern alle – mithin auch private – Verhaltensweisen, die den Mitgliedstaaten funktional zugerechnet werden können.<sup>87</sup> Eine Zurechenbarkeit wird angenommen, wenn der Mitgliedstaat irgendeine Art der Kontrolle ausübt, etwa aufgrund einer überwiegenden Finanzierung durch öffentliche Mittel,<sup>88</sup> Aufsichts-<sup>89</sup> oder Eigentumsrechten.<sup>90</sup>

---

überschreitenden Sachverhalts für die Anwendbarkeit des Vergabeprimärrechts zu stellen, sondern angesichts der (widerleglichen) Vermutung der fehlenden grenzüberschreitenden Relevanz der verfahrensgegenständlichen Dienstleistungen einen Appell an die Kommission richten, sich nicht auf „irgendeine Vermutung“ zu stützen, sondern dem Gerichtshof „die erforderlichen Anhaltspunkte zu liefern, die es ihm ermöglichen, das Vorliegen der Vertragsverletzung zu prüfen“, EuGH, Urteil v. 13.11.2007 – C-507/03, Slg. 2007, I-9777 Rn. 25, 34 „An Post“. A. A. Bitterich, EuZW 2008, 14 (17 f.), der in der Entscheidung eine „Kehrtwende“ des EuGH hin zu einer künftig restriktiven Auslegung des „eindeutigen“ grenzüberschreitenden Interesses im Bereich oberschwelliger Aufträge sieht.

<sup>85</sup> Ehlers, in Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 40.

<sup>86</sup> Ehlers, in Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 41 ff. m. w. N.

<sup>87</sup> Kingreen, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 36 AEUV Rn. 105; Ehlers, in Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 48.

<sup>88</sup> EuGH, Urteil v. 24.11.1982 – 249/81, Slg. 1982, 4005, Rn. 6 ff. – „Buy Irish“.

<sup>89</sup> EuGH, Urteil v. 20.09.1988 – C-302/88, Slg. 1990, I-4625, Rn. 15 f. – „Hennen Olie“.

<sup>90</sup> Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, Rn. 780; Ehlers, in Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 48; Egger, Europäisches Vergaberecht, Rn. 115 f.

Grundfreiheitlich gebunden sind somit alle Träger von Hoheitsgewalt, im Einzelnen der Bund, die Länder, die Kommunen und die juristischen Personen des öffentlichen Rechts; sowie juristische Personen des Privatrechts, deren Verhaltensweisen dem Staat aufgrund eines Zurechnungstatbestandes zugerechnet werden kann. Unbedeutend für die Zurechenbarkeit der Verhaltensweise ist dabei die gewählte Handlungsform.<sup>91</sup>

Im Gegensatz zum Vergabeprimärrecht ist in den Vergaberichtlinien der Begriff des öffentlichen Auftraggebers klar definiert. Gem. Art. 1 Abs. 9 RL 2004/18/EG und Art. 2 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG sind öffentliche Auftraggeber der *„Staat, die Gebietskörperschaften, die Einrichtungen des öffentlichen Rechts und die Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen bestehen. Als ‚Einrichtung des öffentlichen Rechts‘ gilt jede Einrichtung, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, Rechtspersönlichkeit besitzt und überwiegend vom Staat [...] finanziert wird, hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch Letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat [...] ernannt worden sind.“*

Vor allem das Kriterium des Gründungszwecks öffentlicher Einrichtungen, *„im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen“*, schränkt den Schutzbereich der Vergaberichtlinien im Gegensatz zu dem Adressatenkreis der Grundfreiheiten merklich ein.<sup>92</sup> Hinzu kommt, dass im Rahmen des persönlichen Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten nicht nach bestimmten Tätigkeitsfeldern des Auftraggebers differenziert wird, wie dies bei den Vergaberichtlinien teilweise der Fall ist. So ist der Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie 2004/17/EG beispielsweise auf öffentliche Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste begrenzt. Dies hat zur Folge, dass bestimmte Auftraggeber zwar vom Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien ausgenommen sein können, gleichwohl jedoch den Bindungen der Grundfreiheiten und der hieraus entwickelten allgemeinen Vergaberechtsgrundsätze unterliegen, soweit der Auftraggeber selbst Hoheitsträger ist oder sein Verhalten dem Staat aufgrund eines der genannten Zurechnungstatbestände zurechenbar ist.<sup>93</sup>

<sup>91</sup> Ehlers, in Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 48.

<sup>92</sup> Egger, Europäisches Vergaberecht, Rn. 119 ff., Martlreiter, Europäisierung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Unterschwellenaufträgen, S. 57 f.

<sup>93</sup> Im Ergebnis ebenso Martlreiter, Europäisierung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Unterschwellenaufträgen, S. 57 f.; Egger, Europäisches Vergaberecht, Rn. 119 ff.; a. A. Frenz, der den Adressatenkreis der Vergaberichtlinien für weiter hält, als den der Grundfreiheiten, vgl. Frenz, Handbuch Europarecht - Band 3, R. 2563 ff.; ebenso Gabriel, VergabeR 2009, 7. Begründet wird dies damit, dass der Richtlinie 2004/17/EG auch private Sektorauftraggeber unterfallen, Art. 2 Abs. 2 lit. b RL 2004/17/EG. Eschenbruch in Kulartz/Kus/Portz, GWB, § 98 Rn. 29 führt dagegen ohne nähere Erläuterung und lediglich unter Hinweis auf Gabriel, VergabeR 2009, 7 aus: *„Adressat der primären EG-Vorschriften sind sämtliche staatlich beherrschten Auftraggeber, die dem GWB-Vergaberecht unterfallen.“* Dörr geht von einer *„weitgehenden Parallelität“* des Auf-

(c) *Subjektive Wirkung der Grundfreiheiten*

Aus den Grundfreiheiten können Bewerber um öffentliche Aufträge insbesondere folgende subjektiv-rechtliche Ansprüche an das einzuhaltende Vergabeverfahren ableiten:

Die Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) verbietet Einfuhrbeschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten und räumt den Bietern ein durchsetzbares Recht auf Einhaltung dieser Vorgaben ein. Sie findet insbesondere bei der Vergabe von Lieferverträgen mit grenzüberschreitendem Bezug Anwendung, wobei sich aus dem Verbot mengenmäßiger Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung vor allem konkrete Anforderungen an die Leistungsbeschreibung ergeben. Öffentliche Auftraggeber dürfen beispielsweise nicht verlangen, dass bei der Auftragsausführung vorrangig nationale Produkte verwendet<sup>94</sup> oder regionale Subunternehmen beauftragt werden<sup>95</sup> oder alle angebotenen Produkte Nachweise über das Erfüllen nationaler technischer Normen führen müssen.<sup>96</sup>

Die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) schützt ferner jede vorübergehende und selbstständige Erbringung von Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat als dem Heimatstaat. Mit dieser Gewährleistung unvereinbar ist beispielsweise das Erfordernis einer Niederlassungsgenehmigung am Ort der Dienstleistungserbringung<sup>97</sup> oder einer Eintragung im nationalen Berufsregister<sup>98</sup>.

Die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) gewährleistet die dauerhafte Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit in einem fremden Mitgliedstaat. Einen Verstoß gegen diese Grundfreiheit stellt es nach einem Urteil des EuGH<sup>99</sup> dar, wenn öffentliche Aufträge an Unternehmen vergeben werden, die unmittelbar oder mittelbar ganz oder mehrheitlich in öffentlichem Besitz stehen, da hierdurch inländische gegenüber ausländischen Unternehmen begünstigt werden.

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) und die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 64 AEUV) besitzen in der bisherigen vergabespezifischen Rechtsprechung des EuGH im Vergleich zu den dargestellten Grundfreiheiten relativ geringe Relevanz. Sie konkretisieren die Anforderungen an Transparenz und Gleichbehandlung jedoch in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich.

---

traggeberbegriffs der Richtlinien und des Vergabeprimärrechts aus, Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Einleitung Rn. 150.

<sup>94</sup> EuGH, Urteil v. 22.06.1993 – C-243/89, Slg. 1993, I-3353 Rn. 4, 23 „Storebaelt“; EuGH, Urteil v. 27.10.2005 – C-234/03 Rn. 20 ff. „Contse“.

<sup>95</sup> EuGH, Urteil v. 03.06.1992 – C-360/89, Slg. 1992, I-3401 Rn. 2 f., 23 „Kommission/Italien“.

<sup>96</sup> EuGH, Urteil v. 22.09.1988 – 45/87, Slg. 1988, I-4929 Ls. 2 „Dundalk Water Supply“.

<sup>97</sup> EuGH, Urteil v. 10.02.1982 – 76/81, Slg. 1982, 417 Ls. 1 „Transporoute“.

<sup>98</sup> EuGH, Urteil v. 26.09.2000 – C-225/98, Slg. 2000, I-7445 Rn. 82 ff. „Kommission/Frankreich“.

<sup>99</sup> EuGH, Urteil v. 05.12.1989 – C-3/88, Slg. 1989, 4035 Ls. 1 „Kommission/Italien“.



An einen Verstoß gegen Art. 45 AEUV wäre beispielsweise zu denken, wenn der öffentliche Auftraggeber die Beschäftigung vorwiegend inländischer Arbeitnehmer zur Voraussetzung für den Auftragserhalt machen würde.

## (2) Allgemeines Diskriminierungsverbot

Auch nach dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV dürfen öffentliche Aufträge nicht nach Kriterien wie Staatsangehörigkeit oder Ortsansässigkeit der bietenden Unternehmen vergeben werden.<sup>100</sup> Der EuGH zieht in seiner Rechtsprechung oftmals Art. 18 AEUV als Maßstab für die Unionsrechtmäßigkeit nationaler Vorschriften heran<sup>101</sup> und hat auf Grundlage des allgemeinen Diskriminierungsverbots in Verbindung mit dem Gleichheitsgrundsatz und den Grundfreiheiten auch die allgemeinen Vergabegrundsätze entwickelt.<sup>102</sup> Gleichwohl ist an dieser Stelle hervorzuheben, dass der Grundsatz der Nicht-Diskriminierung bereits aus den Diskriminierungsverboten der gegenüber Art. 18 AEUV spezielleren Grundfreiheiten folgt. Die Bedeutung des Art. 18 AEUV im Vergleich zu diesen ist damit eher gering.<sup>103</sup>

## (3) Allgemeine Vergabegrundsätze und EU-Grundrechte

Die sog. „allgemeinen Vergabegrundsätze“ wurden vom EuGH als primärrechtliche Mindestanforderungen an öffentliche Auftragsvergaben entwickelt.<sup>104</sup> Im Einzelnen sind dies die Grundsätze der Transparenz und eines angemessenen Grades an Öffentlichkeit, der Gleichbehandlung, der Verhältnismäßigkeit, der Begründungspflicht bei ablehnenden Entscheidungen sowie der gegenseitigen Anerkennung,<sup>105</sup> welche bei jeder binnenmarktrelevanten Auftragsvergabe zu beachten sind.<sup>106</sup> Dies bedeutet, dass die Bieter – unabhängig davon, ob der zu vergebende Auftrag im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien liegt oder nicht – einen Anspruch auf entsprechende Bekanntmachung des Vorhabens, Schaffung gleicher Voraussetzungen für den Erhalt des Auftrags und eine insgesamt transparente Abwicklung des Vergabeverfahrens besitzt.

<sup>100</sup> EuGH, Urteil v. 10.02.1982 – C-76/81, Slg. 1982, 417 Ls. 1 „*Transporoute*“.

<sup>101</sup> EuGH, Urteil v. 20.09.1988 – 31/87, Slg. 1988, 4635 Rn. 30 „*Beentjes*“.

<sup>102</sup> EuGH, Urteil v. 07.12.2000 – C-324/98, Slg. 2000, I-10745 Rn. 66 f. „*Telaustria*“.

<sup>103</sup> Frenz, Handbuch Europarecht - Band 3, Rn. 1759; vgl. auch Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. GWB – Einführung Rn. 58.

<sup>104</sup> EuGH, Urteil v. 07.12.2000 – C-324/98, Slg. 2000, I-10745 Rn. 60 ff. „*Telaustria*“.

<sup>105</sup> Vgl. Dreher, NZBau 2002, 419 (422 f.); Noch, in Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 29 Rn. 6.

<sup>106</sup> Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 51.

Neben den allgemeinen Vergabegrundsätzen verdienen außerdem die vom EuGH entwickelten und in der Grundrechte-Charta der Europäischen Union niedergelegten Grundrechte Beachtung. In vergaberechtlicher Hinsicht kommen insbesondere der Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 20 GrCh), die Berufsfreiheit (Art. 15 GrCh) und ihre Teilgewährleistung Unternehmensfreiheit (Art. 16 GrCh) sowie das Recht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 47 GrCh) in Betracht.

Aufgrund der hohen Relevanz der allgemeinen Vergabegrundsätze und EU-Grundrechte außerhalb des Anwendungsbereichs der Vergaberichtlinien wird an dieser Stelle allerdings von einer ausführlichen Darstellung abgesehen und auf die Feststellungen unter Ziffer II. 2 lit. a sublit. aa verwiesen. Die an dieser Stelle herausgearbeiteten Vorgaben gelten in gleichem Umfang für oberschwellige Auftragsvergaben.

### *cc) EU-Sekundärrecht*

#### *(1) „Vergabe-Richtlinien“ und „Schwellenwert-Verordnung“*

Ungleich größere Bedeutung als dem EU-Primärrecht kommt im oberschwelligen Bereich den Vorgaben des europäischen Sekundärrechts zu. Im Rahmen des „EG-Legislativpakets“ wurden die bis dato bestehenden sechs Vergaberichtlinien, bestehend aus den drei Vergabekoordinierungsrichtlinien, der Sektorenrichtlinie und zwei Rechtsmittelrichtlinien, im Frühjahr 2004 umfassend reformiert.<sup>107</sup> Damit galt lange die Richtlinie 2004/18/EG<sup>108</sup> über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, welche die drei Vergabekoordinierungsrichtlinien in einer Richtlinie zusammenfasste. Die Richtlinie 2004/18/EG wurde am 17.04.2014 auf europäischer Ebene durch die Richtlinie 2014/24/EU<sup>109</sup> ersetzt, die in Deutschland innerhalb einer Frist von zwei Jahren, d. h. bis spätestens April 2016, durch nationale Umsetzungsvorschriften umzusetzen ist. Die Sektorenrichtlinie wurde im Jahre 2004 durch die Richtlinie 2004/17/EG<sup>110</sup> erneuert, die von den europäischen Legislativorganen ebenfalls vor kurzem modernisiert wurde.

---

<sup>107</sup> Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. – Einführung Rn. 66.

<sup>108</sup> Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. 2004 L 134/114).

<sup>109</sup> Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014 L 94/65).

<sup>110</sup> Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie-, und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. 2004 L 134/1).

Am 17.04.2014 trat die neu geschaffene Richtlinie 2014/25/EU<sup>111</sup> über die Vergabe von Aufträgen im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste in Kraft, die ebenfalls bis spätestens April 2016 in deutsches Recht umgesetzt werden muss. Darüber hinaus wurde mit der Richtlinie 2014/23/EU<sup>112</sup> auf europäischer Ebene erstmals eine Richtlinie über Konzessionsverträge geschaffen. Im Hinblick auf die Vergabeverfahren bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit gilt die Richtlinie 2009/81/EG<sup>113</sup> weiter. Daneben existieren zur Durchsetzung der in den Koordinierungsrichtlinien festgelegten Rechte zwei Rechtsmittelrichtlinien. Dies sind zum einen die Richtlinie 89/665/EWG<sup>114</sup> über Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge und zum anderen die „Richtlinie 92/13/EWG<sup>115</sup> für Sektoraufträge. Diese Richtlinien wurden zum 11.12.2007 durch die Richtlinie 2007/66/EG<sup>116</sup> modernisiert.<sup>117</sup>

Der Anwendungsbereich der Richtlinien 2004/18/EG, 2004/17/EG und 2009/81/EG wurde zuletzt durch die Verordnung 1336/2013<sup>118</sup> geändert, mittels derer die europäischen Schwellenwerte zum 01.01.2014 neu festgesetzt wurden. Gem. Art. 78 der Richtlinie 2004/18/EG und Art. 69 der Richtlinie 2004/17/EG überprüft die Europäische Kommission die europäischen Schwellenwerte alle zwei Jahre.

---

<sup>111</sup> Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (ABl. 2014 L94/243).

<sup>112</sup> Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. 2014 L 94/1).

<sup>113</sup> Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.07.2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der RL 2004/17/EG und 2004/18/EG (ABl. 2009 L 216/76).

<sup>114</sup> Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge“ (ABl. 1989 L 395/33).

<sup>115</sup> Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25.02.1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. 1992 L 76 S. 14).

<sup>116</sup> Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge (ABl. 2007 L 335/31).

<sup>117</sup> Vgl. Seidel/Mertens, in Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, H. IV. Öffentliches Auftragswesen Rn. 37 ff.

<sup>118</sup> Verordnung (EU) Nr. 1336/2013 der Kommission vom 13.12.2013 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG, 2004/18/EG und 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren (ABl. 2013 L 335/17).

Diese betragen derzeit für Bauleistungen 5.186.000 Euro, für Lieferungen und Dienstleistungen im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder im Verkehrsbereich 414.000 Euro, für Lieferungen und Dienstleistungen der obersten oder oberen Bundesbehörden sowie vergleichbare Bundeseinrichtungen 134.000 Euro und für alle sonstigen Lieferungen und Dienstleistungen 207.000 Euro.

## *(2) Deutsche Umsetzung*

Am 01.01.1999 wurden die europäischen Vergaberichtlinien durch die sog. „kartellrechtliche Lösung“ im 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und den übrigen Stufen der Kaskade ordnungsgemäß umgesetzt. In den §§ 97 ff. GWB sind seither unter dem Titel „Vergabe öffentlicher Aufträge“ vornehmlich vergaberechtliche Grundsatzbestimmungen sowie die Vorschriften über den Rechtsschutz enthalten, wohingegen §§ 2 VgV die Schwellenwerte und Regeln über die Schätzung des Auftragswertes integriert. Die Vergabe- und Vertragsordnungen enthalten ferner die maßgeblichen Bestimmungen über den Ablauf der Vergabeverfahren. Der subjektiv-rechtliche Gehalt dieser ursprünglich unionsrechtlichen Vorgaben wird im Folgenden ausführlich im Rahmen der genannten deutschen Umsetzungsvorschriften dargestellt.

## **c) Nationales Recht**

Bei der Frage, welche nationalen Vorschriften bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Anwendung finden, ist mit Blick auf die hierarchische Ordnung der Rechtsquellen zunächst die deutsche Verfassung zu nennen, die unabhängig vom Anwendungsbereich europäischer Richtlinien im öffentlichen Auftragswesen gilt. Viele Vorschriften des Vierten Teils des GWB stellen jedoch einfachgesetzliche Konkretisierungen des Verfassungsrechts dar, so dass ein unmittelbarer Rückgriff, insbesondere auf die Grundrechte, grundsätzlich ausscheidet. Dies gilt beispielsweise für den in § 97 Abs. 2 GWB normierten Grundsatz der Gleichbehandlung im Verhältnis zu Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>119</sup> Im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts entfalten die Grundrechte damit vor allem als Gültigkeits- und Auslegungsmaßstab einfachgesetzlicher Normen Bedeutung. Im Unterschwellenbereich kommt ihnen dagegen mangels mit §§ 97 ff. GWB vergleichbarer Normen nach wie vor große Relevanz zu, weshalb an dieser Stelle auf die dortigen<sup>120</sup> detaillierten Ausführungen der grundrechtlichen Gewährleistungen verwiesen wird.

---

<sup>119</sup> Dreher, in Immenga/Mestmäcker, GWB, Vorbemerkung Vor §§ 97 ff. GWB Rn. 119; Fehling, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 41. Vgl. den Wortlaut des § 97 Abs. 2 GWB: „Die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind gleich zu behandeln, es sei denn, eine Benachteiligung ist auf Grund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet.“

<sup>120</sup> Siehe unter Ziff. II. 2. lit. b sublit. aa.

*aa) Vergaberechtliche Kaskade**(1) Aufbau des Kaskadensystems*

Die nationale Umsetzung der angesprochenen EU-Richtlinien erfolgte im Rahmen des sog. „Kaskadenprinzips“<sup>121</sup>. Dies bedeutet, dass sich der deutsche Gesetzgeber gegen die Schaffung eines homogenen Regelwerks entschied und die europäischen Vorgaben vielmehr in bestehende Regelwerke unterschiedlicher Rechtsnatur und normenhierarchischer Stufen integrierte. Insgesamt besteht die vergaberechtliche „Kaskade“ aus drei Stufen, die jedoch bereits durch Unterbrechungen<sup>122</sup> gekennzeichnet sind:

An erster Stelle stehen die Regelungen des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 97 bis 129 GWB). Hierin wurden der Anwendungsbereich und die Grundsätze des Vergabeverfahrens sowie das Nachprüfungsverfahren geregelt.<sup>123</sup>

Auf Grundlage der Verordnungsermächtigung in §§ 97 Abs. 6 i. V. m. 127 Nr. 1 GWB wurde als zweite Stufe eine Vergabeverordnung<sup>124</sup> (VgV) erlassen. Hierin sind vornehmlich Regelungen über die Höhe der Schwellenwerte, die Schätzung der Auftragswerte, Tätigkeiten und Ausnahmen in den Sektorenbereichen sowie Informations- und Bekanntmachungspflichten geregelt.<sup>125</sup>

Die VgV verweist ihrerseits in §§ 2 bis 6 VgV auf die anzuwendenden Verdingungsordnungen, welche in ihren jeweiligen Anwendungsbereichen detailliertere und (meist) drittschützende Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge enthalten und die dritte Stufe der Kaskade darstellen.<sup>126</sup>

---

<sup>121</sup> Siehe nur Kühnen, in Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teile A und B, 1. Teil VOB Teil A Einleitung Rn. 10-11; Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. – Einführung Rn. 17.

<sup>122</sup> Im Sektoren- und im Verteidigungsbereich besteht das Kaskadensystem aus lediglich zwei Stufen. Die maßgeblichen Verfahrensregeln sind hier in der sog. Sektorenverordnung (Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung – SektVO) vom 23.09.2009 (BGBl. I S. 3110) und in der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (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 (VSVgV) vom 12.07.2012 (BGBl. I S. 1509) zusammengefasst.

<sup>123</sup> Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. – Einführung Rn. 18-21.

<sup>124</sup> Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.02.2003 (BGBl. I S. 169), zuletzt geändert durch Art. 1 Sechste Änderungsverordnung vom 12.07.2012 (BGBl. I S. 1508).

<sup>125</sup> Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. – Einführung Rn. 22 f.

<sup>126</sup> Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO, Rn. 84 ff.; Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. – Einführung Rn. 24 ff.

Diese Normen erhalten aufgrund der Rechtsnatur der Verweisungsnorm und, obwohl sie weder dem üblichen Verfahren der Verordnungsentstehung unterliegen noch aus sich selbst heraus Verbindlichkeit beanspruchen können, durch die Inbezugnahme in der VgV den (partiellen) Rang einer Rechtsverordnung.<sup>127</sup>

## (2) Subjektiv-rechtliche Vorschriften

Im Rahmen der Kaskade stellt § 97 Abs. 7 GWB die zentrale Vorschrift für den beschaffungsrechtlichen Primärrechtsschutz dar, da hierin erstmals ein Rechtsanspruch der Bieter auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren durch den öffentlichen Auftraggeber enthalten ist und dadurch die Anforderungen der EU-Rechtsmittelrichtlinien an effektiven Rechtsschutz und die Durchsetzbarkeit subjektiver Rechte erfüllt werden.<sup>128</sup> Wörtlich regelt § 97 Abs. 7 GWB:

*„Die Unternehmen haben Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.“*

Zu der Reichweite der einzuhaltenden „Bestimmungen über das Vergabeverfahren“ werden in Literatur und Rechtsprechung unterschiedliche Auffassungen vertreten.<sup>129</sup> Zum Teil wird, unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte der Norm, eine weite Auslegung der Begrifflichkeiten gefordert und geltend gemacht, dass sämtliche Verfahrensbestimmungen bieterschützende Normen i. S. d. § 97 Abs. 7 GWB seien.<sup>130</sup> Eine andere Ansicht stellt dagegen auf die Schutznormlehre ab und lässt als bieterschützende Bestimmungen nur solche genügen, die zumindest auch den Zweck haben, den Betroffenen zu begünstigen und es ihm ermöglichen, sich auf diese Begünstigung zu berufen, um so einen ihm sonst drohenden Schaden oder sonstigen Nachteil zu verhindern.<sup>131</sup> Alle Ansichten sind sich jedoch einig, dass die praktische Bedeutung dieses Meinungsstreits äußerst gering ist.<sup>132</sup>

<sup>127</sup> Knauff, NZBau 2010, 657 (660); Pache, DVBl. 2001, 1781 (786); Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Einleitung Rn. 67.

<sup>128</sup> Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 97 GWB Rn 77.

<sup>129</sup> Ausführlich hierzu Ehricke, in Montag/Säcker, MüKo Kartellrecht, § 97 GWB Rn. 357 ff.

<sup>130</sup> Frenz, Handbuch Europarecht - Band 3, Rn. 3319; Dreher, in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 97 GWB Rn. 290; Nach einer Entscheidung des OLG Karlsruhe zählen zu den Bestimmungen des Vergaberechts die Regelungen des 4. Abschnitts des GWB, die Vergabeordnung (VgV), die europäischen Vergaberichtlinien, allgemeine Verwaltungsgrundsätze sowie die Vergabebedingungen der öffentlichen Auftraggeber in den Vergabeunterlagen, vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 01.04.2011, BeckRS 2011, 14152, Rn. 35.

<sup>131</sup> Weyand, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 1465. Das OLG München vertritt ebenfalls eine einschränkende Auffassung und bejaht einen Anspruch des Unternehmens nur auf Beachtung der seinen Schutz bezweckenden Vergabevorschriften, vgl. OLG München, Beschl. v. 21.05.1999, NZBau 2000, 49, 52 f.

<sup>132</sup> Fehling, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 213; Dreher, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 97 GWB Rn. 291; Ehricke, in Montag/Säcker, MüKo Kartellrecht, § 97 GWB Rn. 362

Dies liegt zum einen daran, dass Unternehmen im Rahmen von § 97 Abs. 7 GWB unstreitig Anspruch auf Einhaltung der Vergabegrundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung gem. § 97 Abs. 1, 2 GWB haben. Rügt ein Unternehmer einen Verstoß des Auftraggebers gegen Verfahrensbestimmungen, stellt dies im Regelfall auch immer einen Verstoß gegen zumindest einen der genannten Grundsätze dar. Zum anderen wird die Bedeutung des Streits abgeschwächt, indem § 107 Abs. 2 GWB für die Antragsbefugnis in einem Nachprüfungsverfahren neben dem Interesse an einem bestimmten Auftrag auch zumindest den drohenden Eintritt eines Schadens beim Bieter aufgrund des konkreten Rechtsverstoßes fordert. In der Praxis führt diese Bestimmung somit zu einer Beschränkung der Reichweite des § 97 Abs. 7 GWB auf bieterschützende Vorschriften.<sup>133</sup>

Im Ergebnis sind die von der Vergabestelle einzuhaltenden Vorschriften damit insbesondere die in § 97 Abs. 1, 2 GWB normierten Vergabegrundsätze der Transparenz, Gleichbehandlung und Wirtschaftlichkeit. Diese werden durch Vorschriften der Sektorenverordnung, der Vergabeverordnung und des Zweiten Abschnittes der Vergabeverordnungen, also den übrigen Stufen der Kaskade, konkretisiert, welche detaillierte Vorschriften über die einzuhaltenden Vergabeverfahren enthalten und nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers subjektiv-rechtliche Wirkung entfalten sollen.<sup>134</sup>

Im Einzelnen haben die Bewerber damit beispielsweise einen Anspruch darauf, dass die Vergabestelle überhaupt ein Vergabeverfahren durchführt, den Vorrang des offenen Verfahrens und den aus dem Wettbewerbsgebot abgeleiteten Vertraulichkeitsgrundsatz beachtet, produktneutral ausschreibt, nur die Angebote geeigneter Bewerber wertet, zuvor festgelegte Verfahrensfristen einhält, das Vergabeverfahren nur unter bestimmten Voraussetzungen aufhebt und/oder den Zuschlag auf das objektiv wirtschaftlichste Angebot erteilt. All diese und noch viele weitere in den Vergabe- und Vertragsordnungen positiv geregelten Verfahrensvorgaben<sup>135</sup> sind subjektiv-rechtliche Ausprägungen der in § 97 Abs. 1, 2 GWB genannten Vergabegrundsätze des fairen Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz und von der Vergabestelle daher zwingend einzuhalten.

#### *bb) Haushaltsrecht*

Neben den Bestimmungen des Vergabekartellrechts bleiben des Weiteren die „traditionellen“ vergaberechtlichen Vorschriften des Haushaltsrechts anwendbar.<sup>136</sup>

<sup>133</sup> Vgl. exemplarisch Ehrlricke, in Montag/Säcker, MüKo Kartellrecht, § 97 GWB Rn. 362.

<sup>134</sup> Fehling, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 209; Ehrlricke, in Montag/Säcker, MüKo Kartellrecht, § 97 GWB Rn. 363; Weyand, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 1468 ff; Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 97 Abs. 7 GWB Rn. 16.

<sup>135</sup> Weitere Einzelfälle bei Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 97 Abs. 7 GWB Rn. 28.

<sup>136</sup> Wagner/Steinkemper, NZBau 2006, 550 (552 f.); Knauff, NZBau 2010, 657 (658); Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Einleitung A. II. 2. b) Rn. 4.

Nach § 30 HGrG 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. Dieser Grundsatz hat Eingang in § 55 BHO<sup>137</sup> bzw. in die Parallelvorschriften der Landes- und Gemeindehaushaltsordnungen<sup>138</sup> gefunden, in denen die Ausschreibungspflicht des § 30 HGrG wörtlich aufgegriffen wird. § 55 Abs. 2 BHO ordnet ferner an, dass Verträge nach „*einheitlichen Richtlinien*“ abzuschließen sind.<sup>139</sup> Diese Richtlinien werden als Allgemeine Verwaltungsvorschriften<sup>140</sup> auf Grundlage von § 5 BHO erlassen und erklären – für überschwere Auftragsvergaben – die Abschnitte 2 der Teile A der VOL und der VOB, die VOF sowie den vierten Teil des GWB und die VgV für anwendbar.<sup>141</sup> Die außerhalb staatlicher Rechtssetzung in Zusammenarbeit mit Wirtschaftsverbänden gebildeten Verdingungsordnungen werden durch diese Verweisung zu Verwaltungsvorschriften.<sup>142</sup>

Im Hinblick auf die Einordnung der maßgeblichen Vorschrift des § 55 BHO als subjektives Bieterrecht ist jedoch zu beachten, dass dieses nach herrschender Meinung als reines Innenrecht der Verwaltung ausgestaltet ist.<sup>143</sup> Den Bewerbern um öffentliche Aufträge steht somit im Falle der Verletzung der genannten vergaberechtlichen Grundsätze kein subjektiv-rechtlicher und damit einklagbarer Anspruch aus § 55 BHO zu.

<sup>137</sup> Bundeshaushaltsordnung (BHO) vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284); zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Finanzausgleichsgesetzes und der Bundeshaushaltsordnung vom 15. Juli 2013 (BGBl. I S. 2395).

<sup>138</sup> Eine Übersicht über die § 55 BHO entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften gibt Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO.

<sup>139</sup> Siehe zu § 55 Abs. 2 BHO die Kommentierung von Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 116 ff.

<sup>140</sup> Allgemeine Verwaltungsvorschriften des Bundesministeriums der Finanzen zur Bundeshaushaltsordnung (VV-BHO) vom 14.03.2001 (GMBl 2001, S. 307); vgl. exemplarisch die Verwaltungsvorschriften zur bayerischen Haushaltsordnung: Verwaltungsvorschriften des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen zur Haushaltsordnung vom 05.07.1973 (FMBl 1973, S. 259).

<sup>141</sup> Köckritz/Ermisch/Dittrich/Lamm, BHO, § 55 BHO 2.2; Nebel, in Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 55 BHO Rn. 1; OVG Koblenz, Beschl. v. 25.05.2005, NZBau 2005, 411, 412.

<sup>142</sup> Groß, in Gröpl, BHO/LHO, § 55 BHO Rn. 2; Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 116.

<sup>143</sup> BVerwG, Beschl. v. 02.05.2007, BVerwGE 129, 9, 17; Kallerhoff, NZBau 2008, 97 (101); Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Einleitung Rn. 68; Glaß, in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, G. Vergaberecht Rn. 107; Groß, in Gröpl, BHO/LHO, § 55 BHO Rn. 1; Dreher, in Immenga/Mestmäcker, GWB, Vorbemerkung Vor §§ 97 ff. Rn. 135; Wollenschläger, DVBl. 2007, 589 (597); Nebel, in Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 55 BHO Rn. 3; Krohn, in Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, 24. III. Rn. 9; a. A. Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 81 ff.; Ruthig, NZBau 2005, 497 (502).



*cc) Landesvergabegesetze*

Darüber hinaus existieren in vielen Bundesländern eigene Landesvergabegesetze, welche für öffentliche Auftragsvergaben der Länder ergänzend zu den Vorschriften der §§ 97 ff. GWB Anwendung finden.<sup>144</sup>

Die Anwendungsbereiche der einzelnen Gesetze sind hierbei sehr unterschiedlich; einige gelten nur unterhalb der europäischen Schwellenwerte, andere nur oberhalb, manche für beide Bereiche oder ab gewisser, landesspezifischer Bagatellgrenzen. Das Landesvergabegesetz des Landes Niedersachsen<sup>145</sup> gilt gem. § 1 LVergabeG beispielsweise „für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge im Sinne des § 99 Abs. 3 (GWB) [...] unabhängig von den Schwellenwerten gemäß § 100 Abs. 1 GWB, sofern die Aufträge mindestens einen Wert von 30 000 Euro haben.“ In Brandenburg stellt das Vergabegesetz<sup>146</sup> in § 1 dagegen „Mindestanforderungen auf für die Vergabe von Aufträgen ab einem geschätzten Wert von mehr als 3 000 Euro ohne Umsatzsteuer, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, im Sinne des § 99 (GWB).“

Im Hinblick auf die Gewährung subjektiver Rechte enthalten die Landesvergabegesetze der Bundesländer im Regelfall keine über das Kartellvergaberecht hinausgehenden Ansprüche für Bieter. Regelungsgegenstand ist vielmehr die Einführung vergabefremder Kriterien wie Tariftreue<sup>147</sup> und Frauenförderung im Rahmen der Auftragsvergabe<sup>148</sup> sowie die Wertung unangemessen niedriger Angebote<sup>149</sup>.

Einige Landesvergabegesetze geben dem Einzelnen allerdings durch Schaffung einer Vorabinformationspflicht und des sog. „kleinen Nachprüfungsverfahrens“ unterhalb der Schwellenwerte zusätzliche Möglichkeiten zu Geltendmachung seiner Rechte. Die Voraussetzungen und die Reichweite dieser Rechte werden im Folgenden<sup>150</sup> noch ausführlich beleuchtet.

<sup>144</sup> Ausführlich Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Einleitung Rn. 84 ff. In Bayern existiert derzeit kein Landesvergabegesetz. Das sog. Bayerische Bauaufträge-Vergabegesetz vom 28.06.2000 wurde mit Wirkung zum 01.01.2010 aufgehoben.

<sup>145</sup> Niedersächsisches Landesvergabegesetz (LVergabeG) vom 15. Dezember 2008 (Nds. GVBl. 2008, S. 411), zuletzt geändert durch Art. 1 Änderungsgesetz vom 19.01.2012 (Nds. GVBl. 2011, S. 6).

<sup>146</sup> Brandenburgisches Gesetz über Mindestanforderungen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Brandenburgisches Vergabegesetz - BbgVergG) vom 21. September 2011 (GVBl. I Nr. 19).

<sup>147</sup> Exemplarisch Niedersachsen: § 3 LVergabeG; Berlin: § 1 Abs. 2 ff. Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz (BerlAVG) vom 08.09.2010 (GVBl. S. 399), zuletzt geändert durch Art. I Erstes Änderungsgesetz vom 05.06.2012 (GVBl. S. 159).

<sup>148</sup> Berlin: § 9 BerlAVG.

<sup>149</sup> Niedersachsen: § 5 LVergabeG.

<sup>150</sup> Siehe hierzu Ziffer II. 2. lit. b. sublit. dd.

## 2. Rechtsquellen unterhalb der Schwellenwerte

Aufgrund der Zweiteilung des deutschen Vergaberechts unterfallen die zahlenmäßig weitaus meisten Auftragsvergaben nicht dem durch EU-Sekundärrecht determinierten Vergaberecht, sondern liegen unterhalb der sog. Schwellenwerte. In diesem Bereich entfalten die europäischen Richtlinien und die deutschen Umsetzungsvorschriften keine Geltung, so dass weder die in § 97 Abs. 1, 2 und 7 GWB normierten subjektiven Rechte, noch die zu ihrer Durchsetzung eröffneten Nachprüfungsverfahren zur Verfügung stehen. Die Frage, welche Rechtsquellen zur Anwendung gelangen, auf welche subjektiven Rechtspositionen sich die Bieter berufen können und welche Voraussetzungen für eine effektive Durchsetzung dieser Rechte gelten, muss daher insbesondere anhand allgemeiner Vorschriften wie dem europäischen Primär- und dem deutschen Verfassungsrecht beantwortet werden.

### a) Europäisches Recht

Wie eingangs bereits angesprochen wurde, zählt zum „Europarecht im weiteren Sinne“ nicht nur die Rechtsordnung der Europäischen Union, sondern auch das Recht des Europarats mit seiner wichtigsten Errungenschaft, der Europäischen Menschenrechtskonvention. Deren Vorgaben werden sowohl in der europäischen und deutschen Rechtsprechung, als auch in der wissenschaftlichen Literatur häufig außer Acht gelassen, wenn es um die Frage der Zulässigkeit der Begrenzung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes auf oberschwellige Auftragsvergaben geht. Dabei stellen vor allem Art. 6 und Art. 13 EMRK klare Anforderungen an das von den Unterzeichnerstaaten auszugestaltende Rechtsschutzsystem. Im Folgenden wird jedoch zunächst der Einfluss des EU-Vergabeprimärrechts auf untereschwellige Auftragsvergaben beleuchtet, bevor im Anschluss auf die vergaberechtliche Dimension der EMRK im Einzelnen eingegangen wird.

#### aa) EU-Primärrecht

Bei Auftragsvergaben unterhalb der europäischen Schwellenwerte kommt dem europäischen Vergabeprimärrecht mangels Anwendbarkeit der EU-Vergaberichtlinien besondere Bedeutung zu. Im Gegensatz zum Oberschwellenbereich dient es nicht lediglich als Auslegungs- und Rechtmäßigkeitsmaßstab sowie zur Ergänzung nicht-abschließender sekundärrechtlicher Vorschriften, sondern stellt umfassende, eigenständige Anforderungen an die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens und der Durchsetzung subjektiver Rechtspositionen.<sup>151</sup>

---

<sup>151</sup> Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 18; vgl. auch Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Einleitung A II. 1. Rn. 2.

(1) Grundfreiheiten und allgemeine Vergabegrundsätze

(a) Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich

Wie bereits erläutert wurde, steht die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten und der allgemeinen Vergabegrundsätze in sachlicher Hinsicht unter der Voraussetzung des Vorliegens eines „*eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses*“<sup>152</sup> am Erhalt des Auftrags bzw. einer gewissen Binnenmarktrelevanz. Hierbei stellt die Höhe des Auftragswertes – wie aus der Existenz der EU-Schwellenwerte gefolgert werden kann – das maßgebliche Kriterium für die Annahme dieses Merkmals dar.

Der EuGH hielt es aus diesem Grund in einzelnen Fällen für denkbar, dass die Vergabe eines Auftrags „wegen besonderer Umstände wie beispielsweise einer sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung“ für Wirtschaftsteilnehmer in anderen Mitgliedstaaten nicht von Interesse ist und in einem solchen Fall die „Auswirkungen auf die betreffenden Grundfreiheiten zu zufällig und zu mittelbar“ wären, als dass die Anwendung von aus dem gemeinschaftlichen Primärrecht abgeleiteten Anforderungen gerechtfertigt wäre.<sup>153</sup> Gleichwohl könne ein grenzüberschreitendes Interesse aufgrund der technischen Merkmale des Auftrags oder des Ortes der Ausführung bestehen, so dass auch Vergaben über niedrige Auftragssummen oftmals in hinreichendem Zusammenhang mit dem Funktionieren des Binnenmarkts stünden.<sup>154</sup>

In der Rechtssache „*SECAP*“<sup>155</sup> führte der EuGH aus, dass selbst an Aufträgen mit einem niedrigen Auftragswert ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse bestehen könne, da die Grenzen manchmal durch Ballungsräume verliefen, die sich über das Gebiet verschiedener Mitgliedstaaten erstrecken. Das bedeutet, dass die Frage nach dem Vorliegen eines „*eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses*“ nicht pauschal anhand der Höhe der Auftragssumme beantwortet werden kann, sondern insbesondere bei unerschwelligen Auftragsvergaben eine Prüfung des jeweiligen Einzelfalls erfordert. Maßgebliche Kriterien für die Bestimmung eines solchen Interesses von Bietern aus anderen Mitgliedstaaten sind nach der Rechtsprechung des EuGH zum einen der Wert und die technischen Merkmale des Auftrags sowie zum anderen der Ort der geplanten Ausführung.<sup>156</sup>

<sup>152</sup> EuGH, Urteil v. 13.11.2007 – C-507/03, Slg. 2007, I-9777 Rn. 34 „*An Post*“; vgl. auch Rahm/Stapel-Schulz, in Heuer/Engels/Eibelshäuser, Bundeshaushaltsrecht, § 55 BHO S. 25 f.

<sup>153</sup> EuGH, Urteil v. 21.07.2005 – C-231/03, Slg. 2005, I-7287 Rn. 20 „*Coname*“.

<sup>154</sup> EuGH, Urteil v. 15.05.2008 – C-147/06, Slg. 2008, I-3565 Rn. 24 „*SECAP*“.

<sup>155</sup> EuGH, Urteil v. 15.05.2008 – C-147/06, Slg. 2008, I-3565 Rn. 31 „*SECAP*“.

<sup>156</sup> Vgl. auch BGH, Urteil v. 30.08.2011, ZfBR 2012, 25 und die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen v. 23.06.2006 (ABl. 2006 C 179/2), Abschnitt 1.3.

Im Hinblick auf den persönlichen Anwendungsbereich müssen die durch das EU-Primärrecht verpflichteten Auftraggeber- wie auch bereits oberhalb der Schwellenwerte – durch Rückgriff auf allgemeine Lehren des EU-Primärrechts näher bestimmt werden. Verpflichtete der Grundfreiheiten und der allgemeinen Vergabegrundsätze sind primär die Mitgliedstaaten der EU, wobei die mitgliedstaatliche Bindung nicht nur Maßnahmen von Hoheitsträgern im formellen Sinne, sondern insbesondere auch private Verhaltensweisen umfasst, die den Mitgliedstaaten funktional zugerechnet werden können.<sup>157</sup> Gebunden sind somit alle Träger von Hoheitsgewalt, im Einzelnen der Bund, die Länder, die Kommunen und die juristischen Personen des öffentlichen Rechts; sowie juristische Personen des Privatrechts, deren Verhaltensweisen dem Staat durch die Ausübung von Kontrollrechten, wie einer überwiegenden Finanzierung durch öffentliche Mittel,<sup>158</sup> sowie Aufsichts-<sup>159</sup> oder Eigentumsrechten, zugerechnet werden kann.

*(b) Konkretisierung der vergabespezifischen Vorgaben durch die Mitteilung der Kommission vom 23.06.2006*

Soweit der Anwendungsbereich eröffnet ist, sind öffentliche Auftraggeber auch bei unerschwelligen Vergaben an die Vorgaben der Grundfreiheiten sowie die allgemeinen, sich aus dem Unionsrecht ergebenden Vergabegrundsätze der Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung, Transparenz, Verhältnismäßigkeit und gegenseitigen Anerkennung gebunden.<sup>160</sup> Die Europäische Kommission hat diese Grundanforderungen in ihrer „Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen vom 23.06.2006“<sup>161</sup> konkretisiert und im Hinblick auf Bekanntmachungspflichten, einzuhaltende Vergabeverfahren und Rechtsschutzmöglichkeiten übergangener Bieter erläutert.

Zwar stellt die Mitteilung selbst, wie sie auch selbst zu Beginn ausdrücklich klarstellt,<sup>162</sup> kein für die Mitgliedstaaten verbindliches Recht dar, was auch das EuG im Anschluss an eine von der Bundesrepublik Deutschland erhobene Nichtigkeitsklage nochmals ausdrücklich feststellte.

<sup>157</sup> Kingreen in Calliess/Ruffert, EUV/AEU, Art. 36 AEUV Rn. 105; Ehlers in Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 48.

<sup>158</sup> EuGH, Urteil v. 24.11.1982 – 249/81, Slg. 1982, 4005, Rn. 6 ff. „*Buy Irish*“.

<sup>159</sup> EuGH, Urteil v. 20.09.1988, 302/88, Slg. 1990, I-4625, Rn. 15 f. „*Hennen Olie*“.

<sup>160</sup> EuGH, Urteil v. 07.12.2000 – C-324/98 Slg. 2000, I-10745 Rn. 60 „*Telaustria*“; EuGH, Urteil v. 21.07.2005 – C-231/03, Slg. 2005, I-7287 Rn. 15 ff. „*Coname*“; EuGH, Urteil v. 06.04.2006 – C-410/04 Slg. 2006, I-3303 Rn. 20 „*ANAV/Bar*“; vgl. auch Dreher, NZBau 2002, 419 (422 f.).

<sup>161</sup> ABI. 2006 C 179/2.

<sup>162</sup> „*Diese Mitteilung führt keine neuen rechtlichen Regeln ein*“, Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen v. 23.06.2006 (ABI. 2006 C 179/2), Einleitung.

Das EuG hob jedoch auch hervor, dass die Mitteilung keine neuen Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge begründe, die nicht bereits in den Verpflichtungen aus dem bestehenden Gemeinschaftsrecht enthalten seien.<sup>163</sup> Die von der Kommission getroffenen Aussagen können demnach zur Erläuterung der vom EuGH in ständiger Rechtsprechung aufgestellten vergaberechtlichen Grundanforderungen herangezogen werden.

So weist die EU-Kommission darauf hin, dass der EuGH bereits in der Rechtssache „*Coname*“<sup>164</sup> entschied, dass die Gewährleistungen der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit sowie das hieraus abgeleitete Transparenzgebot zunächst die Bekanntmachung einer geplanten Vergabe erfordern, durch welche Unternehmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten vor der Vergabe Zugang zu angemessenen Informationen über den jeweiligen Auftrag erhalten und gegebenenfalls ihr Interesse am Erhalt dieses Auftrags bekunden können. Die Bekanntmachung muss zwar nicht notwendigerweise durch eine förmliche Ausschreibung erfolgen, jedoch sollten die wesentlichen Punkte des zu erteilenden Auftrags und des Vergabeverfahrens enthalten sein und die Bekanntmachung nach dem Prinzip „*Je interessanter der Auftrag, desto weiter die Bekanntmachung*“ erfolgen.<sup>165</sup>

Hiermit einher geht – ebenfalls auf Grundlage des Transparenzgebotes – die Pflicht zur Gewährleistung eines fairen und unparteiischen Verfahrens sowie von gleichen Wettbewerbsbedingungen für alle interessierten Wirtschaftsteilnehmer. Dies wird zum einen erreicht, indem die Leistungsbeschreibung keine nationalen Präferenzregelungen enthalten darf, die die geforderten Produkt- oder Dienstleistungsmerkmale auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft beschränken.<sup>166</sup> Zum anderen dürfen Bieter aus anderen Mitgliedstaaten nicht direkt oder indirekt benachteiligt werden, indem beispielsweise verlangt wird, dass die ausführenden Unternehmen, im selben Mitgliedstaat oder in derselben Region wie der Auftraggeber niedergelassen sein müssen.<sup>167</sup> Der Grundsatz der Gleichbehandlung stellt zudem die Verpflichtung für die Vergabestelle auf, keine auf willkürlichen Erwägungen basierenden Entscheidungen zu treffen sowie nachträglich abgeänderte Bieterangebote nicht mehr zu berücksichtigen, um einen fairen und transparenten Wettbewerb für alle teilnehmenden Unternehmen zu gewährleisten.<sup>168</sup>

<sup>163</sup> EuG, Urteil v. 20.05.2010, NZBau 2010, 510, 510 „*Kommission/Deutschland*“.

<sup>164</sup> EuGH, Urteil v. 21.07.2005 – C-231/03, Slg. 2005, I-7287 „*Coname*“.

<sup>165</sup> EuGH, Urteil v. 21.07.2005 – C-231/03, Slg. 2005, I-7287 Rn. 21, 28 „*Coname*“; vgl. Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen v. 23.06.2006 (ABl. 2006 C 179/2), Abschnitt 2.1.1.

<sup>166</sup> EuGH, Urteil v. 03.12.2011 – C-59/00 Slg. 2001, I-9505 Rn. 21 ff. „*Vestergaard*“.

<sup>167</sup> Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen v. 23.06.2006 (ABl. 2006 C 179/2), Abschnitt 2.2.1.

<sup>168</sup> EuGH, Urteil v. 25.04.1996 – C-87/94, Slg. 1996, I-2043, Rn. 74 „*Wallonische Busse*“; Frenz, Handbuch Europarecht - Band 3, Rn. 1800 m. w. N.

Aus den Grundfreiheiten und den allgemeinen Vergabegrundsätzen folgen somit umfassende verfahrensrechtliche Pflichten und Bindungen der öffentlichen Auftraggeber.

## (2) EU-Grundrechte

Neben den Grundfreiheiten und den allgemeinen Vergabegrundsätzen enthalten auch die in der Grundrechte-Charta der Europäischen Union niedergelegten Grundrechte vergaberechtlich bedeutsame Vorgaben.<sup>169</sup> In Betracht kommen insbesondere der Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 20 GrCh), die Berufsfreiheit (Art. 15 GrCh), die Unternehmerische Freiheit (Art. 16 GrCh) sowie das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht (Art. 47 GrCh).

### (a) Anwendungsbereich

Gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh gilt die Charta der Grundrechte der Europäischen Union für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Letztere mitgliedstaatliche Bindung wird traditionell weit ausgelegt. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist eine nationale Regelung immer dann an den Unionsgrundrechten zu messen, wenn sie in den „Anwendungsbereich des Unionsrechts“ fällt.<sup>170</sup> Darüber hinaus binden die Grundrechte nicht nur die Mitgliedstaaten selbst, sondern – als Folge der unmittelbaren Geltung der Grundrechte – auch alle ihre Organe, Einrichtungen und sonstigen regionalen und lokalen Stellen sowie öffentlichen Einrichtungen.<sup>171</sup>

Oberhalb der Schwellenwerte ist eine Bindung an die EU-Grundrechte damit einfach zu bejahen: treffen die Mitgliedstaaten eine Vergabeentscheidung auf Grundlage der §§ 97 ff. GWB als nationale Umsetzungsvorschriften der EU-Vergaberichtlinien, wird hierdurch Unionsrecht mittelbar vollzogen und damit im Sinne des Art. 51 Abs. 1 GrCh „durchgeführt“.<sup>172</sup> Der Anwendungsbereich der EU-Grundrechte-Charta ist somit eröffnet.

<sup>169</sup> Siehe hierzu ausführlich Frenz, Handbuch Europarecht - Band 3, Rn. 1786 ff.; Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, und Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. GWB – Einführung Rn. 59.

<sup>170</sup> EuGH, Urteil v. 26.02.2013 – C-617/10, NVwZ 2013, 561, 561 „Åklagare/Hans Åkerberg Fransson“; EuGH, Urteil v. 07.06.2012 – C-27/11 BeckRS 2012, 81169 Rn. 58 „Vinkov“; EuGH, Urteil v. 18.06.1991 – C-260/89, Slg. 1991, I-2925, Rn. 42 „ERT“; EuGH, Urteil v. 11.07.1985 – verb. Rs. 60 und 61/84, Slg. 1985, 2605, Rn. 26 „Cinéthèque/Fédération des cinémas français“; siehe auch Jarass, EU-Grundrechtecharta, Art. 51 GrCh Rn. 16 ff und die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303/32, Erläuterungen zu Art. 51.

<sup>171</sup> Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303/32, Erläuterungen zu Art. 51.

<sup>172</sup> Vgl. Jarass, EU-Grundrechtecharta, Art. 51 GrCh Rn. 19.

Aber auch bei Auftragsvergaben außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinien ist eine Bindung an die europäischen Grundrechte anzunehmen, wenn nationale Vergabeentscheidungen im „Anwendungsbereich des Unionsrechts“ liegen.<sup>173</sup> Führen mitgliedstaatliche Auftraggeber z. B. eine binnenmarktrelevante Ausschreibung durch und werden Bieter aus anderen EU-Staaten im Rahmen dieser Ausschreibung gegenüber inländischen Bietern in irgendeiner Weise schlechter gestellt, stellt dies regelmäßig einen Eingriff in den Schutzbereich der primärrechtlich gewährleisteten Grundfreiheiten dar und eröffnet die Nachprüfung der Maßnahme auch anhand der europäischen Grundrechte.<sup>174</sup>

### *(b) Vergabespezifische Vorgaben der Grundrechte*

Den europäischen Grundrechten werden in vergaberechtlichen Sachverhalten zwei verschiedene Funktionen zugesprochen. Zum einen stellen sie für die potentiellen Bieter Abwehrrechte gegen grundrechtsrelevante Eingriffe öffentlicher Auftraggeber dar.<sup>175</sup> Ein solcher Eingriff kann beispielsweise im Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren oder im Erlass einer (koordinierten) Vergabesperre liegen. Zum anderen wirken die Grundrechte als Teilhaberechte, die den Grundrechtsberechtigten subjektive Ansprüche auf gleichen Zugang zu bereit gestellten Mitteln im Rahmen der bestehenden Kapazitäten gewähren.<sup>176</sup> Letztere Dimension gewinnt vor allem bei der grundsätzlichen Frage Bedeutung, ob das derzeitige deutsche Rechtsschutzsystem außerhalb des Anwendungsbereichs der Vergaberichtlinien den Vorgaben des EU-Vergabeprimärrechts genügt.

Gleichwohl besitzen die EU-Grundrechte in der vergaberechtlichen Rechtsprechung des EuGH im Vergleich zu den Grundfreiheiten relativ geringe Relevanz.<sup>177</sup>

---

<sup>173</sup> Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 123 ff; Frenz, Handbuch Europarecht - Band 3, Rn. 1793; Jarass, EU-Grundrechtecharta, Art. 51 GrCh Rn. 21; kritisch hierzu Kingreen, in Calliess/Ruffert, EUV/AEU, Art. 51 GrCh Rn. 16 f.

<sup>174</sup> Frenz, Handbuch Europarecht - Band 3, Rn. 1793; Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. GWB – Einführung Rn. 59.

<sup>175</sup> Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. – Einführung Rn. 59.

<sup>176</sup> Frenz, Handbuch Europarecht - Band 3, Rn. 1787.

<sup>177</sup> Frenz, EuZW 2006, 748 (748); Kühling/Huerkamp, in Montag/Säcker, MüKo Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. GWB Rn. 30.

Der Gerichtshof hat in erster Linie aus den Grundfreiheiten und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot die allgemeinen Vergaberechtsgrundsätze der Gleichbehandlung<sup>178</sup>, der Transparenz<sup>179</sup>, der Verhältnismäßigkeit, der gegenseitigen Anerkennung<sup>180</sup> sowie der Begründungspflicht<sup>181</sup> bei ablehnenden Entscheidungen.<sup>182</sup> entwickelt und einen ausdrücklichen Rückgriff auf die Grundrechte – mit Ausnahme des Gleichbehandlungsgebots – insoweit vermieden. Auch in der Wissenschaft hat die Frage nach den Anforderungen europäischer Grundrechte an das nationale Vergaberecht bisher wenig Resonanz gefunden.<sup>183</sup> Ungeachtet dessen stellen vor allem das Recht auf Gleichbehandlung und die sog. „Wirtschaftsgrundrechte“ der Berufs- und Unternehmensfreiheit eigenständige Anforderungen an die Vergabe öffentlicher Aufträge auf.

#### *i. Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 20 GrCh*

Das in vergaberechtlicher Hinsicht wohl wichtigste europäische Grundrecht ist der Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 20 GrCh), aus welchem der EuGH zusammen mit den Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot die allgemeinen Vergabegrundsätze der Chancengleichheit, Transparenz, Nichtdiskriminierung und Nachprüfbarkeit ableitet.<sup>184</sup>

Aus dem Gleichbehandlungsgebot folgt primär die Verpflichtung der Union und der Mitgliedstaaten, wesentlich gleiche Sachverhalte nicht ungleich zu behandeln.<sup>185</sup>

<sup>178</sup> EuGH, Urteil v. 13.10.2005 – C-458/03, Slg. 2005, I-8585 Ls. 2 „*Parking Brixen*“; EuGH, Urteil v. 20.09.1988 – C-31/87, Slg. 1988, 4635 Ls. 2 „*Beentjes*“; EuGH, Urteil v. 06.04.2006 – C-410/04, Slg. 2006, I-3303 Rn. 33 „*ANAV/Bari*“.

<sup>179</sup> EuGH, Urteil v. 13.10.2005 – C-458/03, Slg. 2005, I-8585 Ls. 2 „*Parking Brixen*“; EuGH, Urteil v. 06.04.2006 – C-410/04, Slg. 2006, I-3303 Rn. 33 „*ANAV/Bari*“.

<sup>180</sup> Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 55; Frenz, Handbuch Europarecht - Band 3, Rn. 1830.

<sup>181</sup> EuGH, Urteil v. 15.10.1987 – C-222/86, Slg. 1987 I-4097 Rn. 15 „*Heylens*“.

<sup>182</sup> Vgl. Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 51 ff.; Dreher, in Immenga/Mestmäcker, GWB, Vor §§ 97 ff. Rn. 32; Martreiter, Europäisierung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Unterschwellenaufträgen, S. 69 f.

<sup>183</sup> Pache geht bei der Darstellung der Rechtsquellen beispielsweise nur auf die Vorschriften des AEUV, hier insbesondere die Grundfreiheiten, und die allgemeinen Vergabegrundsätze ein, siehe Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 18 ff.; auch Dreher nennt die Grundrechte nur als Anknüpfungspunkt der allgemeinen Vergabegrundsätze, Dreher, in Immenga/Mestmäcker, GWB, Vorbemerkung Vor §§ 97 ff. Rn. 47; auch Bungenberg und Dörr befassen sich jeweils nur kurz mit den vergaberelevanten Unionsgrundrechten, siehe Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. – Einführung Rn. 59 und Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Einleitung Rn. 158, 166.

<sup>184</sup> EuGH, Urteil v. 13.10.2005 – C-458/03 Slg. 2005, I-8585 Rn. 48 ff. „*Parking Brixen*“; EuGH, Urteil v. 06.04.2006 – C-410/04 Slg. 2006, I-3303 Rn. 20 ff. „*ANAV/Bari*“; EuGH, Urteil v. 10.10.2009 – C-196/08 Slg. 2009 I-9913 Rn. 48 f. „*Ecosec*“.

<sup>185</sup> Frenz, Handbuch Europarecht - Band 3, Rn. 1800 ff.



Damit geht der Gleichheitsgrundsatz über das von den Grundfreiheiten gewährleistete Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit hinaus und verbietet unterschiedslos jede Differenzierung ohne objektiv rechtfertigenden Grund. Für öffentliche Auftraggeber resultiert hieraus die konkrete Pflicht, überhaupt Ausschreibungsverfahren durchzuführen<sup>186</sup> und hierbei einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit herzustellen, um allen interessierten Bietern die Möglichkeit zur Teilnahme zu eröffnen.<sup>187</sup> Gleichbehandlung bedeutet auch, dass die für den Auftrag maßgeblichen „Spielregeln“ und Informationen, wie z. B. Leistungsbeschreibung, Zuschlagskriterien und Abgabefristen, allen Bietern gleichermaßen bekannt gemacht und auf diese angewendet werden müssen.<sup>188</sup> Darüber hinaus müssen alle abgegebenen Angebote den Ausschreibungsunterlagen entsprechen,<sup>189</sup> wobei nachträglich abgeänderte Bietangebote nicht berücksichtigt werden dürfen.<sup>190</sup>

Die wohl brisanteste Frage im Hinblick auf den unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist jedoch, ob dessen Vorgaben durch die zweistufige Ausgestaltung des deutschen Vergaberechtsschutzsystems verletzt werden. In diesem Fall stünde den Bewerbern um öffentliche Aufträge auch unterhalb der Schwellenwerte möglicherweise ein Anspruch auf Schaffung (effektiver) primärer Nachprüfungsmöglichkeiten zu.

Frenz verneint einen Verstoß und sieht in der Problematik lediglich eine „*Spielart der so genannten Inländerdiskriminierung*“<sup>191</sup>, welche eine Frage des nationalen und nicht des europäischen Rechts sei. Nach dieser Auffassung dürften die Vorgaben der Vergaberichtlinien schon aus Gründen der Gewaltenteilung nicht ausgeweitet werden.

Hiergegen könnte allerdings sprechen, dass der EuGH den in Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh geregelten „Anwendungsbereich des Vertrages“, der die Bindung der Mitgliedstaaten begründet, regelmäßig sehr weit fasst und grundsätzlich jedes nationale Recht, das bei der Umsetzung von Richtlinien eine Rolle spielt, am Maßstab der Unionsgrundrechte misst.<sup>192</sup>

<sup>186</sup> EuGH, Urteil v. 13.10.2005 – C-458/03 Slg. 2005, I-8585 Rn. 50 „*Parking Brixen*“.

<sup>187</sup> EuGH, Urteil v. 06.04.2006 – C-410/04 Slg. 2006, I-3303 Rn. 21 ff. „*ANAV/Bar*“.

<sup>188</sup> Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht vom 24.09.1999, ABl. 2000 C 121/2, Abschnitt 3.1.1.

<sup>189</sup> EuGH, Urteil v. 22.06.1993 – C-243/89, Slg. 1993, I-3353 Rn. 37 „*Storebaelt*“.

<sup>190</sup> EuGH Urt. v. 25.04.1996 – C-87/94, Slg. 1996, I-2043, Rn. 74 „*Wallonische Busse*“; vgl. Frenz, Handbuch Europarecht - Band 3, Rn. 1800 m. w. N.

<sup>191</sup> Frenz, Handbuch Europarecht - Band 3, Rn. 1806.

<sup>192</sup> Kingreen führt hierzu aus: „*Der EuGH fasst den ‚Anwendungsbereich des Vertrages‘, der die Bindung der Mitgliedstaaten begründet, allerdings sehr weit: So sollen die Mitgliedstaaten auch dann im Anwendungsbereich des Unionsrechts handeln, wenn dieses ihnen Ermessensspielräume eröffnet. Generell soll nationales Recht, das im Zusammenhang mit der Umsetzung von Richtlinien eine Rolle spielt, am Maßstab der Unionsgrundrechte gemessen werden*“, siehe Kingreen, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 51 GrCh Rn. 8.

Vor diesem Hintergrund könnte möglicherweise die Festsetzung der Schwellenwerte in § 100 Abs. 1 GWB i. V. m. § 2 VgV und damit die zweistufige Ausgestaltung des deutschen Vergaberechts in seiner Gesamtheit als „Umsetzungsrecht“ betrachtet werden, da dieses von der Durchführung des Unionsrechts konkret betroffen ist und bei der Umsetzung der Vergaberichtlinien maßgeblich ist.

Eine Entscheidung dieser Frage kann im Ergebnis jedoch dahinstehen, da ein Verstoß gegen Art. 20 GrCh jedenfalls aus folgenden Gründen gerechtfertigt wäre.<sup>193</sup>

Sowohl in der deutschen als auch in der europäischen Rechtsprechung wird im Regelfall keine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung legislativer Maßnahmen vorgenommen. Im Hinblick auf die deutsche Rechtslage vertrat das Bundesverfassungsgericht die Ansicht, dass bei der Frage der Vereinbarkeit der Zweiteilung mit Art. 3 Abs. 1 GG vom Maßstab einer reinen Willkürkontrolle auszugehen sei.<sup>194</sup> Vor diesem Hintergrund habe sich der deutsche Gesetzgeber im zulässigen Rahmen seines Gestaltungsspielraums bewegt und die Regelung auf sachliche Erwägungen wie die Übernahme der europäischen Schwellenwerte und das Prinzip der Wirtschaftlichkeit des Beschaffungswesens, gestützt. Die Zweiteilung des deutschen Vergaberechts und Beschränkung des Primärrechtsschutzes auf überschwellige Vergaben sei damit sachlich gerechtfertigt.<sup>195</sup>

Auch der EUGH hat die Verhältnismäßigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen bis dato lediglich ansatzweise in seinen Urteilen geprüft<sup>196</sup> und lässt in vielen Fällen eine bloße Willkürkontrolle genügen.<sup>197</sup> Eine eindeutige und klare Linie zum Maßstab der gerichtlichen Rechtfertigungsprüfung lässt sich in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH nicht ausmachen.<sup>198</sup>

<sup>193</sup> Jarass, EU-Grundrechtecharta, Art. 20 GrCh Rn. 13 ff.

<sup>194</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135.

<sup>195</sup> Dieser Ansicht werden zwar, wie unter Ziff. II. 2. lit. b sublit. aa. bei der Frage der Vereinbarkeit der Zweiteilung mit Art. 3 Abs. 1 GG noch ausführlich dargestellt werden wird, in der Literatur gute und nachvollziehbare Gründe entgegengehalten. Im Ergebnis scheinen die angeführten Argumente jedoch auch bei der Frage der Vereinbarkeit der Zweiteilung mit Art. 20 GrCh zu überzeugen.

<sup>196</sup> EuGH, Urteil v. 15.07.1982 – C-245/81, Slg. 1982, 2745 Rn. 13 „Edeka/Deutschland“.

<sup>197</sup> EuGH, Urteil v. 21.02.1990 – C-267/88, Slg. 1990, I 435. Rn. 13 ff. „Wuidart“; EuGH, Urteil v. 17.05.1988 – C-84/87, Slg. 1988, 2647 Rn. 29 „Erpelding“; EuGH, Urteil v. 24.10.1973 – C 43/72, Slg. 1973, 1055, Rn. 22 „Merkur./Kommission“; EuGH, Urteil v. 13.06.1973 – C-139/77, Slg. 1978, 1317 Rn. 15 „Denkavit Futtermittel GmbH“; EuGH, Urteil v. 12.04.1984 – C 281/82, Slg. 1984, 1969, Rn. 31 f. „Unifrex“; weitere Nachweise gibt Sachs, in Tettinger/Stern, EU-GrCh, Art. 20 GrCh Rn. 9 Fn. 43.

<sup>198</sup> Streinz, in Streinz, EUV/AEUV, Art. 20 GrCh Rn. 9; Rossi, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 20 GrCh Rn. 26; Graser, in Schwarze, EU-Kommentar, Art. 20 GrCh Rn. 5; Hölscheidt, in Meyer, EU-GrCh, Art. 20 GrCh Rn. 16; Kingreen, in Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 17 Rn. 16 f.

Der EuGH wies unter anderem in der Entscheidung „*Wuidart*“ auf den weiten Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers beim Erlass von Rechtsvorschriften hin. Der Gerichtshof stellte – in diesem Fall für den Agrarbereich – fest, dass der europäische Gesetzgeber über einen weiten Ermessensspielraum verfüge, der der übernommenen politischen Verantwortung entspreche. Müsse er bei dem Erlass einer Regelung die künftigen Auswirkungen beurteilen und ließen sich diese Auswirkungen nicht genau vorhersehen, so könne seine Beurteilung nur dann beanstandet werden, wenn er aus den vorhandenen Erkenntnissen offensichtlich die falschen Schlussfolgerungen gezogen hätte.<sup>199</sup>

Dieser, dem europäischen Gesetzgeber zugebilligte weite Beurteilungs- und Ermessensspielraum beim Erlass von Legislativakten, muss (innerhalb der vorgegebenen Grenzen) auch zu Gunsten des deutschen Gesetzgebers bei der Umsetzung europäischen Rechts berücksichtigt werden. Auch auf europäischer Ebene kann von einer abgestuften Prüfungsintensität mitgliedstaatlicher Maßnahmen ausgegangen und der gerichtliche Kontrollmaßstab gesetzgeberischer Entscheidungen auf die Nachprüfung willkürlicher oder offensichtlich unangemessener Differenzierungen beschränkt werden.<sup>200</sup>

Vor diesem Hintergrund überzeugen die vom deutschen Gesetzgeber angestellten und vom Bundesverfassungsgericht zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Zweiteilung herangezogenen Erwägungen. Die Funktionsfähigkeit des nationalen Beschaffungswesens in den Vordergrund rückend, wurde die Zweiteilung maßgeblich mit dem befürchteten Massencharakter von Verfahren bei einer weitergehenden Erstreckung des Rechtsschutzes auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte begründet. Mangels – zum damaligen Zeitpunkt – fundierter Erfahrungen und der vielschichtigen Zusammenhänge des Vergaberechtsschutzes muss diese Begründung im Rahmen einer Willkürprüfung noch als vertretbar erscheinen.<sup>201</sup>

Im Ergebnis ist damit, soweit man eine Überprüfung der gesamten deutschen Ausgestaltung am Maßstab von Art. 20 GrCh bejaht, die vorliegende Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte gerechtfertigt. Aus Art. 20 GrCh erwächst dem Einzelnen damit kein subjektives Recht auf eine der überschwelligen Rechtslage entsprechenden Ausgestaltung des unterschwelligen Vergaberechts.

---

<sup>199</sup> EuGH, Urteil v. 21.02.1990 – C-267/88, Slg. 1990, I 435. Rn. 13 „*Wuidart*“; ebenso EuGH, Urteil v. 24.10.1973 – C 43/72, Slg 1973, 1055, Rn. 22 „*Merkur./Kommission*“; EuGH, Urteil v. 11.05.2000 – C-56/99, Slg. 2000 I-3079, Rn. 38 „*Gascogne*“.

<sup>200</sup> Jarass, EU-Grundrechtecharta, Art. 20 Rn. 18; Rossi, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 20 GrCh Rn. 27; Graser, in Schwarze, EU-Kommentar, Art. 20 GrCh Rn. 5; für eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung dagegen Sachs, in Tettinger/Stern, EU-GrCh, Art. 20 GrCh 23.

<sup>201</sup> Ebenso Dreher zu einem möglichen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG; Dreher, NZBau 2002, 419 (425).

*ii. Berufs- und Unternehmensfreiheit, Art. 15, 16 GrCh*

Neben Art. 20 GrCh entfalten des Weiteren die Grundrechte der Berufsfreiheit (Art. 15 Abs. 1 GrCh) und der Unternehmensfreiheit als subjektiv-rechtliche Verfahrensvorgaben Relevanz. Die Übergänge zwischen diesen beiden Grundrechten sind traditionell fließend, da der EuGH die unternehmerische Freiheit unter dem Begriff der Berufsfreiheit entwickelte.<sup>202</sup> In diesem Sinne wird die unternehmerische Freiheit des Art. 16 GrCh oft aus „spezielle Ausprägung“<sup>203</sup> oder „verselbstständigte Teilgewährleistung“<sup>204</sup> der Berufsfreiheit bezeichnet.

Der Schutzbereich der Berufs- bzw. der Unternehmensfreiheit wird grundsätzlich weit verstanden und umfasst die Teilhabe am Marktgeschehen sowie die freie wirtschaftliche Betätigung in all ihren Formen. Jede Person hat danach das Recht zu arbeiten, eine Geschäftstätigkeit auszuüben, ihre Vertragspartner frei zu wählen und sich wettbewerblich zu betätigen.<sup>205</sup> Vom Schutzbereich der Berufsfreiheit ist somit auch die Beteiligung eines Unternehmens an öffentlichen Ausschreibungsverfahren umfasst.<sup>206</sup>

Von Bedeutung ist ferner die Frage, wann ein Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit vorliegt und ob hierfür z. B. bereits die Zuschlagserteilung an ein konkurrierendes Unternehmen genügt. Der Großteil der Literatur knüpft sehr niedrige Voraussetzungen an das Vorliegen eines Eingriffs in die Berufsfreiheit. Angenommen wird ein Eingriff bereits, wenn ein Grundrechtsverpflichteter im Schutzbereich nachteilige Regelungen trifft oder sich eine Handlung wahrnehmbar nachteilig auf die Berufsausübung auswirkt.<sup>207</sup> Als Beispiele hierfür werden regelmäßig die Zahlung von Subventionen an einen Konkurrenten, von Unionsorganen ausgesprochene Warnungen und Empfehlungen oder unionsrechtlich veranlasste Konkurrenz öffentlicher Unternehmen genannt.<sup>208</sup>

Folgt man dieser (herrschenden) Ansicht, können sowohl eine „*Auftragssperre, eine (willkürliche) Zuschlagsentscheidung nach politischen Kriterien oder auch eine Nichtausschreibung einer Auftragsvergabe*“<sup>209</sup> einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit darstellen.

<sup>202</sup> Streinz, in Streinz, EUV/AEU, Art. 16 GrCh Rn. 4; Bernsdorff, in Meyer, EU-GrCh, Art. 16 GrCh Rn. 10.

<sup>203</sup> Streinz, in Streinz, EUV/AEU, Art. 15 GrCh Rn. 7.

<sup>204</sup> Frenz, Handbuch Europarecht - Band 4, Rn. 2734; Schwarze, in Schwarze, EU-Kommentar, Art. 16 GrCh Rn. 1; ähnlich Bernsdorff, in Meyer, EU-GrCh, Art. 16 GrCh Rn. 10.

<sup>205</sup> Ruffert, in Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 16.3 Rn. 10, 13; Streinz, in Streinz, EUV/AEU, Art. 16 GrCh Rn. 1.

<sup>206</sup> Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 231.

<sup>207</sup> Jarass, EU-Grundrechtecharta, Art. 15 GrCh Rn. 10; Blanke, in Tettinger/Stern, EU-GrCh, Art. 15 GrCh Rn. 41.

<sup>208</sup> Ruffert, in Calliess/Ruffert, EUV/AEU, Art. 15 GrCh Rn. 11; Blanke, in Tettinger/Stern, EU-GrCh, Art. 15 GrCh Rn. 41.

<sup>209</sup> Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 231; ähnlich Frenz, Handbuch Europarecht - Band 3, Rn. 1808 ff.

Der Einzelne hat im Anwendungsbereich der GrCh somit auch nach Art. 15, 16 GrCh einen Anspruch auf öffentliche Bekanntmachung des zu vergebenden Auftrags, ein faires und transparentes Vergabeverfahren sowie eine auf sachgerechten Kriterien beruhende Auswahlentscheidung.

*iii. Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz, Art. 47 GrCh*

Des Weiteren erwächst auch dem Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht nach Art. 47 GrCh unmittelbare Bedeutung, da in dieser Vorschrift ein subjektiver Anspruch des Einzelnen auf gerichtlichen Schutz seiner durch das Unionsrecht garantierten Rechte verbürgt wird.

Wie eingangs bereits ausgeführt wurde, stehen rechtsschutzsuchenden Bietern nicht nur im vergaberechtlichen Oberschwellenbereich unionsrechtlich garantierte Rechte auf Einhaltung von Verfahrensvorschriften zu. Auch unterhalb der maßgeblichen Schwellenwerte folgen insbesondere aus dem sog. Vergabeprimärrecht, bestehend aus den Grundfreiheiten, allgemeinen Vergabegrundsätzen und EU-Grundrechten, subjektive und vom Schutzbereich des Art. 47 Abs. 1 GrCh umfasste Rechte auf Gleichbehandlung, Transparenz und ein faires Verfahren.

Vor allem im Hinblick auf die deutsche Gesetzeslage ist jedoch fraglich, ob die in Art. 47 GrCh verbürgte „Wirksamkeit“ des Rechtsbehelfs durch die faktische Zweiteilung des Vergaberechtsschutzsystems gewährleistet wird.

Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang, dass gesetzgeberische Beschränkungen im Bereich des Rechtsschutzes vor nationalen Gerichten zum einen durch den Äquivalenzgrundsatz begrenzt werden. Hiernach dürfen die Rechtsschutzmöglichkeiten für die Durchsetzung der durch das Unionsrecht garantierten Rechte nicht weniger günstig ausgestaltet sein als für entsprechende innerstaatliche Rechte. Darüber hinaus ist der Effektivitätsgrundsatz zu beachten. Dieses Prinzip verlangt, dass für den Betroffenen ein effektiver Rechtsschutz besteht und die volle Wirksamkeit des Unionsrechts sichergestellt ist.<sup>210</sup>

Betrachtet man das gegenwärtige deutsche Rechtsschutzsystem, bestehen erhebliche Zweifel, ob sowohl die Vorgaben des europäischen Äquivalenz- als auch des Effektivitätsprinzips gewahrt sind. Bietern um Aufträge, die im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts liegen, stehen (primäre) Rechtsschutzmechanismen gegen eine bevorstehende Vergabeentscheidung zu, die aufgrund eines in § 101a GWB kodifizierten Anspruchs auf Vorabinformation durch die Vergabestelle und des Zuschlagsverbots nach § 115 GWB effektiv durchgesetzt werden können.

<sup>210</sup> Jarass, EU-Grundrechtecharta, Art. 47 GrCh Rn. 16; Huerkamp/Kühling, NVwZ 2011, 1409 (409 ff.); Kahl, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 4 EUV, Rn. 77; siehe auch die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen v. 23.06.2006 (ABl. 2006 C 179/2), Abschnitt 2.3.3.; EuGH, Urteil v. 05.03.1996 – verb. Rs. C-46/93, C-48/93, Slg. 1996, I-1029, Rn. 83 „*Brasserie du Pêcheur*“.

Außerhalb des Kartellvergaberechts werden rechtsschutzsuchende Bieter bei Verletzung des Vergabeprimärrechts dagegen regelmäßig auf nachträgliche, monetäre Ausgleichsansprüche verwiesen, da mit §§ 101a, 115 GWB vergleichbare Normen nicht existieren und Bieter meist erst durch die Zuschlagserteilung von der Bevorzugung eines Konkurrenten erfahren.

In Anbetracht dieser erheblichen Unterschiede ist eine Angleichung des unterschweligen Rechtsschutzsystems an den überschwelligen Bereich nach den Vorgaben des Äquivalenzprinzips notwendig, da nur durch die Eröffnung primärer Rechtsschutzmechanismen eine äquivalente prozessuale Verfolgung von Verstößen gegen europäische Vergabegrundsätze erfolgen kann.<sup>211</sup>

Darüber hinaus lassen sich aus dem Effektivitätsprinzip ein Anspruch auf primären und ggf. einstweiligen Rechtsschutz anstelle möglicher Schadensersatzansprüche und ein Anspruch des Bieters auf Vorabinformation ableiten.<sup>212</sup>

Die Europäische Kommission führt hierzu in ihrer Mitteilung vom 23.06.2006 aus, dass der Einzelne einen Anspruch auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes für die Rechte, die sich aus dem Gemeinschaftsrecht herleiten, besitzt und es die Aufgabe der Mitgliedstaaten ist, für die erforderlichen Vorschriften und Verfahren zur Gewährleistung eines solchen gerichtlichen Schutzes zu sorgen. Das Recht auf einen solchen Schutz gehöre dabei zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die sich aus der allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Verfassungstradition ergeben.<sup>213</sup> Darüber hinaus ist es das Ziel der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes, durch die Ausstattung des Bürgers mit prozessualen Rechten die volle Durchsetzbarkeit und Wirksamkeit der unionsrechtlichen Bestimmungen und auf diese Weise die Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes sicherzustellen.<sup>214</sup> Es genügt also nicht, rechtsschutzsuchende Bieter lediglich auf einen monetären Ausgleich für bereits erlittene Rechtsverletzungen zu verweisen, da Verstöße gegen das Vergabeprimärrecht hierdurch nicht verhindert, sondern lediglich kompensiert werden.<sup>215</sup> Bieter müssen nach der Rechtsprechung des EuGH staatliche Maßnahmen „*gerichtlich anfechten und sich dabei auf die Ungültigkeit dieser Handlung berufen*“<sup>216</sup>, im Ergebnis also primäre Rechtsbehelfe geltend machen können.

<sup>211</sup> Ebenso Huerkamp/Kühling, NVwZ 2011, 1409 (1410).

<sup>212</sup> Wollenschläger, NVwZ 2007, 388 (395); Huerkamp/Kühling, NVwZ 2011, 1409 (1411 ff.); Alber, in Tettinger/Stern, EU-GrCh, Art. 47 GrCh Rn. 44; Dreher, NZBau 2002, 419 (428); Niesstedt/Hözl, NJW 2006, 3680 (3681).

<sup>213</sup> Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen v. 23.06.2006 (ABl. 2006 C 179/2), Abschnitt 2.3.3.

<sup>214</sup> Kahl, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 4 EUV Rn. 76.

<sup>215</sup> Huerkamp/Kühling, NVwZ 2011, 1409 (1411); i. E. ebenso Pache in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 149; Dreher, NZBau 2002, 419 (423).

<sup>216</sup> EuGH, Urteil v. 25.07.2002 – C-50/00, Slg. 2002, I-06677, Rn. 41 f., Rn. 45, „UPA“.

Hervorzuheben ist an dieser Stelle, dass die Effektivität des Rechtsschutzes maßgeblich von einer Vorabinformation der nicht berücksichtigten Bieter über die geplante Zuschlagserteilung an einen Konkurrenten abhängig ist, da nach deutschem Recht ein einmal erteilter Zuschlag (bis auf wenige Ausnahmen) nicht mehr aufgehoben werden kann. In Zusammenwirken mit dem, aus den allgemeinen Vergabegrundsätzen resultierenden Transparenzgebot, ist somit eine Vorabinformation der Bieter durch die Vergabestelle erforderlich, um erkannte Rechtsverstöße rechtzeitig und effektiv nachprüfen und anschließend beseitigen zu können.<sup>217</sup>

Damit bleibt festzuhalten, dass die Bieter um öffentliche Aufträge, die im Anwendungsbereich des Unionsrechts liegen, auf Grundlage von Art. 47 GrCh einen subjektiven Anspruch auf Gewährung vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes unabhängig von der Höhe des Auftragswertes besitzen. Der zu schaffende Rechtsschutz muss zwar nicht mit dem überschwelligen Rechtsschutzsystem identisch sein.<sup>218</sup> Vergaberechtliche Entscheidungen müssen jedoch gerichtlich voll nachprüfbar und im Zweifel aufhebbar sein, bevor für den rechtsschutzsuchenden Bieter irreversible Nachteile durch Zuschlagserteilung an ein konkurrierendes Unternehmen entstehen.

#### *bb) Europäische Konvention für Menschenrechte*

Aufgrund des Zustimmungsgesetzes zur EMRK<sup>219</sup> bekleidet die Konvention in Deutschland den Rang eines förmlichen Bundesgesetzes und muss von allen Trägern nationaler Gewalt, also auch von den Gerichten, als unmittelbar anwendbares Recht berücksichtigt werden.<sup>220</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat in einem Beschluss vom 14.10.2004<sup>221</sup> entschieden, dass zur Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) die Berücksichtigung der Gewährleistungen der EMRK und der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung gehöre. Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Gerichtshofs als auch deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische „Vollstreckung“ könne gegen diese Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen.<sup>222</sup> Auf der Ebene des Verfassungsrechts dient die EMRK folglich als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Garantien des Grundgesetzes.<sup>223</sup>

<sup>217</sup> Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 199; in der Tendenz ebenso Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 258, 262.

<sup>218</sup> Jarass, EU-Grundrechtecharta, Art. 47 GrCh Rn. 16.

<sup>219</sup> Deutschland hat die Konvention am 07.08.1952 ratifiziert (BGBl. 1952 II S. 685). Die EMRK ist am 03.09.1953 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten.

<sup>220</sup> Bungenberg, SächsVBl. 2008, 53 (53); Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 1 EMRK Rn. 4.

<sup>221</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004, BVerfGE 111, 307.

<sup>222</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004, BVerfGE 111, 307, 1. Ls.

<sup>223</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004, BVerfGE 111, 307; vgl. auch Meyer-Ladewig, in Meyer-Ladewig, EMRK, Einleitung Rn. 33; Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 116.

(1) *Recht auf ein faires Verfahren, Art. 6 EMRK*

Im vergaberechtlichen Unterschwellenbereich kann vor allem der Garantie eines fairen Verfahrens in Art. 6 EMRK Bedeutung zukommen. Art. 6 EMRK enthält eine Vielzahl unterschiedlicher einzelner Verfahrensgarantien, denen nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) jedoch ein umfassendes Recht auf wirksamen und fairen gerichtlichen Rechtsschutz entnommen werden kann. Dieses Recht wird zusammenfassend auch als „*right to a fair trial*“ bezeichnet.<sup>224</sup>

Nach Art. 6 Abs. 1 EMRK hat jede Person das Recht, dass über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder eine strafrechtliche Anklage „*von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.*“ Entgegen des eigentlich engen Wortlauts wird Art. 6 EMRK vom EGMR weit ausgelegt und umfasst mithin auch solche Verfahren, die zwar nicht selbst als zivilrechtlich eingeordnet werden, jedoch eine direkte Auswirkung auf zivilrechtliche Verpflichtungen besitzen.<sup>225</sup> Gerade diese Fallgestaltung liegt bei öffentlichen Ausschreibungen vor, da das Vergabeverfahren an sich öffentlich-rechtlich zu beurteilen ist, die eigentliche Zuschlagserteilung jedoch einen zivilrechtlichen Vertragsschluss mit weitreichenden Verpflichtungen für die Vertragsparteien darstellt.<sup>226</sup>

Die vom Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK erfasste „*Person*“ ist darüber hinaus ebenfalls weit zu verstehen. Grundrechtsberechtigt sind alle natürlichen und juristischen Personen, In- und Ausländer sowie Staatenlose gleichermaßen.<sup>227</sup>

Inhaltlich gewährleistet Art. 6 Abs. 1 EMRK das Recht auf Zugang zu einem Gericht und die Durchführung eines fairen Verfahrens. Dies bedeutet, dass potentielle Bieter unabhängig vom Erreichen irgendwelcher Auftragswerte das Recht besitzen, ein Verfahren bei einem Gericht anhängig zu machen und eine abschließende gerichtliche Entscheidung zu erhalten.<sup>228</sup>

<sup>224</sup> Pache, NVwZ 2001, 1342 (1343).

<sup>225</sup> EGMR, Urteil v. 27.10.1987, NJW 1989, 2181, 2182.

<sup>226</sup> Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 247 f.; Bungenberg, SächsVBl. 2008, 53 (57). Siehe zur Einordnung von Vergabeverfahren als öffentlich- oder zivilrechtlich Teil 2 Ziff. II. 1. lit. a.

<sup>227</sup> Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 6 EMRK Rn. 4.

<sup>228</sup> EGMR, Urteil v. 19.03.1997 – Reports 1997-II, S. 510 „*Hornsby/Griechenland*“.



Diese Garantie des effektiven Rechtsschutzes geht dabei über die Gewährung bloßen Sekundärrechtsschutzes hinaus, da der EGMR Gerichte mit „full jurisdiction“<sup>229</sup>, d. h. voller Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis, verlangt.<sup>230</sup> Diese „full jurisdiction“ wäre grundsätzlich nicht gewährleistet, wenn die Gerichte eine als fehlerhaft erkannte Maßnahme nicht aufheben, sondern hieraus entstandene Schäden lediglich Schadensersatzrechtlich kompensieren könnten.<sup>231</sup> Im Ergebnis besitzen rechtsschutzsuchende Bieter auf Grundlage von Art. 6 EMRK i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG damit – wie auch auf Grundlage von Art. 47 GrCh – einen subjektiven Anspruch auf Gewährung vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes unabhängig von der Höhe des Auftragswertes.

## (2) *Recht auf wirksame Beschwerde, Art. 13 EMRK*

Als weitere, vergaberechtlich möglicherweise relevante Garantie kommt Art. 13 EMRK in Betracht. Art. 13 EMRK gewährt jeder Person, die in ihren in der EMRK anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, das Recht, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben. Dies bedeutet im Einzelnen, dass die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber wirksame Rechtsbehelfe gewährleisten müssen, mit dem der Einzelne geltend machen kann, dass ein Konventionsrecht verletzt worden ist.<sup>232</sup>

Hinsichtlich der Ausgestaltung der wirksamen Rechtsbehelfe wird den Konventionsstaaten jedoch ein weiter Beurteilungsspielraum zugebilligt. Es genügt grundsätzlich, wenn der Rechtsbehelf entweder geeignet ist, die Konventionsverletzung oder ihre Fortdauer zu verhindern, oder angemessene Wiedergutmachung zu erhalten.<sup>233</sup> Art. 13 EMRK spricht den Bietern somit lediglich ein Recht auf Nachprüfbarkeit bestimmter Vergabeentscheidungen zu, die allerdings auch im Rahmen einer sekundären Zivilklage erfolgen könnte. Eine bestimmte Ausgestaltung des Rechtsschutzes i. S. eines primären Rechtsbehelfs wird von Art. 13 EMRK nicht verlangt.

<sup>229</sup> EGMR, Urteil v. 10.02.1983 – 7299/75, Ser. A no. 58 „*Albert et Le Compte*“.

<sup>230</sup> Vgl. hierzu auch Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 6 Rn. 33.

<sup>231</sup> Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 249; Bungenberg, SächsVBl. 2008, 53 S. 57 f.; a. A. Barth, Das Vergaberecht außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, S. 176 f.

<sup>232</sup> Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 13 EMRK Rn. 4; EGMR, Urteil v. 10.01.2012, NVwZ-RR 2013, 284, 287 f.

<sup>233</sup> Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 13 EMRK Rn. 11.

## b) Nationales Recht

Neben dem europäischen Recht ergeben sich die maßgeblichen beschaffungsrechtlichen Vorgaben vor allem auch aus dem nationalen Recht. In Betracht kommen hier zum einen verfassungsrechtliche und haushaltsrechtliche Vorschriften, zum anderen die Verdingungsordnungen sowie die Vergabegesetze der Bundesländer.

### aa) Grundgesetz

#### (1) Bindungswirkung der Grundrechte

Die Vergabe öffentlicher Aufträge wird oftmals als „*fiskalische Hilfstätigkeit*“ der Verwaltung bezeichnet,<sup>234</sup> bei welcher der Staat als Nachfrager am Markt auftritt und sich – mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts – „*in privatrechtlicher Handlungsform auf eine Ebene der Gleichordnung mit Privaten*“<sup>235</sup> begibt. So wurde in Literatur und Rechtsprechung zum Teil die Auffassung vertreten, dass öffentliche Auftraggeber – wie private Marktteilnehmer – zumindest keiner unmittelbaren Grundrechtsbindung unterliegen.<sup>236</sup> Diese sei – nach Ansicht des Bundesgerichtshofs – lediglich bei der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben durch die Verwaltung, wie „*im Bereich staatlicher Daseinsvorsorge*“, anzunehmen.<sup>237</sup>

Zu beachten ist jedoch, dass Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung gem. Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht gebunden sind. Der Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GG enthält insoweit keine Einschränkung auf eine rein hoheitliche Tätigkeit des Staates. Aus diesem Grund und weil dem Staat „*bei keiner Form seines Handelns das Recht zur Beliebigkeit*“<sup>238</sup> zusteht, besteht in der Literatur und der neueren Rechtsprechung heute weitgehend Einigkeit darüber, dass staatliche und staatlich beherrschte Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge einer unmittelbaren Bindung an die Grundrechte und übrigen rechtsstaatlichen Gebote wie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterworfen sind.<sup>239</sup>

<sup>234</sup> Dürig/Scholz, in Maunz/Dürig, GG, Art. 3 GG Rn. 476, 490; Kischel, in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 3 GG Rn. 11.2.; Rübner, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, § 117 Rn. 43; Starck, in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 GG Rn. 228.

<sup>235</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 151.

<sup>236</sup> Dürig/Scholz, in Maunz/Dürig, GG, Art. 3 GG Rn. 490; BGH, Urteil v. 26.10.1961, BGHZ 36, 91; OLG Düsseldorf, Urteil v. 12.02.1980, NJW 1981, 585, 587.

<sup>237</sup> vgl. BGH, Urteil v. 10.12.1958, BGHZ 29, 76, 76: „*Der verfassungsrechtliche Gleichheitsgrundsatz bindet die öffentliche Hand auch dort, wo sie zur Erfüllung ihrer obliegender Aufgaben, [...] sich privatrechtlicher Formen [...] bedient*“; vgl. BGH, Urteil v. 11.03.2003 – XI ZR 403/01, BGHZ 154, 146 zur unmittelbaren Grundrechtsbindung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt im Bereich der staatlichen Daseinsvorsorge; vgl. auch BGH, Urteil v. 05.04.1984, BGHZ 91, 84.

<sup>238</sup> Pache, DVBl. 2001, 1781 (1787); ebenso Dreier, in Dreier, GG, Art. 1 GG Rn. 66.

<sup>239</sup> Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Einleitung Rn. 74; Fehling, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 40; Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. – Einführung Rn. 11; Dreier, in

## (2) Vergabespezifische Vorgaben der Grundrechte

In Streit stehen allerdings der Umfang und die Reichweite der Bindungswirkung der einzelnen Grundrechte. Vergaberechtlich relevant sind hierbei insbesondere die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG, das allgemeine Gleichheitsgebot nach Art. 3 Abs. 1 GG und das Recht auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes gem. Art. 19 Abs. 4 GG.

### (a) Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Eines der zentralen Freiheitsgrundrechte ist zunächst das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG. Art. 12 Abs. 1 GG schützt – mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts – die Freiheit des Bürgers<sup>240</sup> in einem für die moderne Gesellschaft besonders wichtigen Bereich:

---

Immenga/Mestmäcker, *GWB*, Vorbemerkung Vor §§ 97 ff. Rn. 114.; Glahs, in Messerschmidt/Voit, *Privates Baurecht*, 1. Teil G. IX. 4. b) Rn. 112; Rübner, in Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, § 117 Rn. 45 ff.; Jarass, in Jarass/Pieroth, *GG*, Art. 1 GG Rn. 38; Starck, in Mangoldt/Klein/Starck, *GG*, Art. 1 GG Rn. 229; Manssen, in Mangoldt/Klein/Starck, *GG*, Art. 12 GG Rn. 102; Huber, *Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht*, S. 442; Dreier, in Dreier, *GG*, Art. 1 GG Rn. 65; Pache, *DVBl.* 2001, 1781 (1787); Triantafyllou, *NVwZ* 1994, 943 (944 ff.); Malmendier, *DVBl.* 2000, 963 (964 f.); Siegel, *DÖV* 2007, 237 (239); Prieß/Hölzl, *NZBau* 2005, 367 (372 f.); Pietzcker, *NZBau* 2003, 242 (243); Pünder, *VerwArch* 2004, 38 (41); Dörr, *DÖV* 2001, 1014 (1015 ff.); Widmann, *Vergaberechtsschutz im Unterschwellenbereich*, S. 92 f.; *BVerfG*, Urteil v. 22.02.2011, *BVerfGE* 128, 226, 228 f.; *BVerfG*, *Beschl. v. 13.06.2006*, *BVerfGE* 116, 135, 151; *OLG Stuttgart*, Urteil v. 11.04.2002, *NZBau* 2002, 395, 397.

<sup>240</sup> Grundrechtsträger sind nach dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG grundsätzlich alle Deutschen im Sinne von Art. 116 Abs. 1 GG. Umstritten ist, ob EU-Bürger aufgrund von Art. 18 AEUV Deutschen im Hinblick auf die Berufsfreiheit gleichgestellt und zu Grundrechtsträgern nach Art. 12 Abs. 1 GG erhoben werden müssen. Eine Ansicht verneint dies unter Hinweis auf den eindeutigen Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG („...alle Deutschen...“) und gewährt EU-Bürgern zum Teil gleichwertigen (vgl. Manssen, in Mangoldt/Klein/Starck, *GG*, Art. 12 GG Rn. 267; Riese/Noll, *NVwZ* 2007, (520); Huber, *ZaöRV* 2008, 307 (311); Wieland, in Dreier, *GG*, Art. 12 GG Rn. 72), zum Teil weniger intensiven (Gubelt, in Münch/Kunig, *GG*, Art. 12 GG Rn. 55; Scholz, in Maunz/Dürig, *GG*, Art. 12 GG Rn. 105; wohl auch Hofmann, in Münch/Kunig, *GG*, Art. 12 GG Rn. 3, 6), Schutz auf Grundlage der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG. Eine andere Ansicht spricht sich aufgrund von Art. 18 AEUV dagegen für eine umfassende Geltung des Art. 12 Abs. 1 GG auch für EU-Bürger aus: Ruffert, in Epping/Hillgruber, *BeckOK GG*, Art. 12 GG Rn. 35 ff.; Jarass, in Jarass/Pieroth, *GG*, Art. 12 GG Rn. 12. Abzulehnen ist, EU-Bürgern im Hinblick auf den Schutz der Berufsfreiheit generell weniger Schutz als deutschen Staatsbürgern zukommen lassen zu wollen. Der eindeutige Wortlaut des Art. 18 AEUV („Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.“) und der Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor dem deutschen Recht sprechen gegen eine solche Annahme. Soweit auf Grundlage von Art. 2 Abs. 1 GG jedoch ein mit Art. 12 Abs. 1 GG gleichwertiger Schutz gewährleistet werden kann – was im Hinblick auf die differenziertere Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG teilweise bezweifelt wird – ist die Ansicht durchaus vertretbar, Art. 12 GG den deutschen Staatsbürgern vorzubehalten. Im Ergebnis spricht jedoch viel dafür, Unionsbürger in den persönlichen Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG aufzunehmen und im Wege unionskonformer Auslegung in den Genuss der deutschen Bürgerrechte kommen zu lassen (im Ergebnis ebenso Ruffert, in Epping/Hillgruber, *BeckOK GG*, Art. 12 GG Rn. 37).

„Er gewährleistet dem Einzelnen das Recht, jede Arbeit, für die er sich geeignet glaubt, als „Beruf“ zu ergreifen, d. h. zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen.“<sup>241</sup>

In sachlicher Hinsicht ist nach dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG zum einen das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen, vom Schutzbereich der Berufsfreiheit umfasst; Satz 2 schützt zum anderen die freie Ausübung des gewählten Berufs.<sup>242</sup> Einen Teilaspekt dieser Berufsausübung stellt die wirtschaftliche Betätigung von Unternehmern im Wettbewerb dar,<sup>243</sup> da die Freiheit der Berufsausübung notwendig zugleich zu Wettbewerb führt.<sup>244</sup> Dies bedeutet, dass das freie Auftreten von Unternehmen am Markt, welches sich auch in der Teilnahme an öffentlichen Auftragsvergaben manifestiert, Bestandteil der von der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Wettbewerbsfreiheit ist.<sup>245</sup>

Unklar ist jedoch, ob der Schutzbereich der Berufsfreiheit eines Bieters in einem Vergabeverfahren durch ein Verhalten des öffentlichen Auftraggebers – etwa durch die Auftragsvergabe an ein konkurrierendes Unternehmen – beeinträchtigt werden kann. Die Literatur bezieht zu dieser Frage im Ergebnis eindeutig Stellung und verneint die Verletzung des Schutzbereichs durch die anderweitige Vergabe eines öffentlichen Auftrags.<sup>246</sup>

Unterschiede bestehen jedoch im Hinblick an die von dieser Grundregel zugelassenen Ausnahmen, in denen Art. 12 Abs. 1 GG gleichwohl beeinträchtigt sein kann: So sehen *Pietzcker*<sup>247</sup> und *Dörr*<sup>248</sup> in der Vergabe eines Auftrages generell keine Grundrechtsbeeinträchtigung des Art. 12 Abs. 1 GG; nach *Dörr* kann eine Ausnahme aber vorliegen, wenn dies in Verbindung mit – lang andauernden – Vergabesperren geschieht. *Jarass*<sup>249</sup> verneint eine Beeinträchtigung des Art. 12 Abs. 1 GG ebenfalls, soweit durch die Vergabe die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs eingehalten werden. *Manssen*<sup>250</sup> nimmt dagegen die Möglichkeit eines Eingriffs in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eines nichtberücksichtigten Konkurrenten an, wenn die öffentliche Hand eine marktbeherrschende Stellung innehat.

<sup>241</sup> BVerfG, Urteil v. 11.06.1958, BVerfGE 7, 377, 397 „Apothekenurteil“.

<sup>242</sup> Der Begriff „Beruf“ wird hierbei als jedwede, auf gewisse Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer gewissen Lebensgrundlage verstanden, Manssen, in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12 GG Rn. 37 und Jarass, in Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 GG Rn. 5 GG.

<sup>243</sup> BVerfG, Urteil v. 08.02.1972, BVerfGE 32, 311, 317 „Steinmetz“; BVerfG, Urteil v. 01.03.1979, BVerfGE 50, 290, 363 „Mitbestimmung“.

<sup>244</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.11.1992, BVerfGE 87, 363, 388 „Sonntagsbackverbot“.

<sup>245</sup> Ebenso Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 444. Das Bundesverwaltungsgericht verortet die Wettbewerbsfreiheit dagegen in der allgemeinen Handlungsfreiheit Art. 2 Abs. 1 GG, siehe BVerwG, Urteil v. 19.12.1963, BVerwGE, 17, 306, 309; ablehnend Manssen, in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12 GG Rn. 70.

<sup>246</sup> So z. B. Manssen, in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12 GG Rn. 71; ebenso Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Einleitung Rn. 75.

<sup>247</sup> Pietzcker, NZBau 2003, 242 (243).

<sup>248</sup> Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Einleitung Rn. 75 unter Verweis auf Puhl, VVDStRL 2001, 456 (482) und Battis/Bultmann, ZRP 2003, 152 (153).

<sup>249</sup> Jarass, in Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 GG Rn. 22.

<sup>250</sup> Manssen, in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12 GG Rn. 102.

Gleichwohl weist er darauf hin, dass dies eher eine Frage der Verteilungsgerechtigkeit und in diesem Fall eher Art. 3 Abs. 1 GG als Art. 12 Abs. 1 GG betroffen sei.

Huber<sup>251</sup> verneint ebenfalls einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG mangels berufsregelnder Tendenz, wenn die öffentliche Verwaltung am Markt als ein Nachfrager unter vielen auftrete. Hat die Verwaltung dagegen eine Monopolstellung inne und ist ein Unternehmen von der Vergabe öffentlicher Aufträge abhängig, stellt nach seiner Auffassung „jede Auftragsperre [...] eine objektive Berufswahlschranke dar, jede einzelne Auftragsvergabe konsequenterweise eine Berufsausübungsregelung.“<sup>252</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat den Schutzbereich der in Art. 12 Abs. 1 GG normierten Berufsfreiheit in seiner Entscheidung zur Beschränkung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes vom 13.06.2006<sup>253</sup> ebenfalls restriktiv ausgelegt: Das Gericht führte in diesem Fall aus, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an einen Mitbewerber den Schutzbereich der Berufsfreiheit des erfolglosen Bewerbers grundsätzlich nicht berühre, da sich die staatliche Stelle in privatrechtlicher Handlungsform auf eine Ebene der Gleichordnung mit Privaten begeben. Die staatliche Stelle beeinflusse durch die Vergabe eines öffentlichen Auftrags den Wettbewerb nicht von außen, sondern werde vielmehr selbst auf der Nachfrageseite wettbewerblich tätig und eröffne so einen Wettbewerb zwischen den potentiellen Anbietern, was mit den Funktionsbedingungen der bestehenden Wirtschaftsordnung in Einklang stehe.<sup>254</sup> Auch der Umstand, dass die öffentliche Hand im zu entscheidenden Fall tatsächlich eine Monopolstellung inne hatte und der Bieter von den öffentlichen Aufträgen wirtschaftlich abhängig war, machte die Vergabeentscheidung – nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts – nicht zum funktionalen Äquivalent eines Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>255</sup>

Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Literatur und dem Bundesverfassungsgericht insoweit zu folgen, als diese in der Vergabe eines Auftrags an ein konkurrierendes Unternehmen prinzipiell keine Verletzung des Schutzbereichs der Berufsfreiheit eines nicht berücksichtigten Bieters darstellt. Dies gilt sowohl für den Fall, dass die öffentliche Hand lediglich als ein Nachfrager unter vielen am Markt auftritt, als auch für die Variante, dass sie eine Monopolstellung innehat.

Der Grund hierfür liegt jedoch nicht darin, dass sich der Staat auf eine „Ebene der Gleichordnung mit Privaten“ begibt und den Wettbewerb „nicht von außen“ beeinflusst.

<sup>251</sup> Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 445.

<sup>252</sup> Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 445; ähnlich Wollenschläger, DVBl. 2007, 589 (595); Ein Beispiel für eine solche Monopolstellung ist beispielsweise die Vergabe von Straßensanierungsarbeiten oder Abschleppaufträgen durch die Polizei.

<sup>253</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 151 ff.

<sup>254</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 151 f.; ebenso BVerfG, Beschl. v. 23.04.2009, NVwZ 2009, 835, 836.

<sup>255</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 153.

Denn eingangs wurde bereits festgestellt, dass dem Staat aufgrund der unmittelbaren Grundrechtsbindung bei keiner Form seines Handelns das Recht zur Beliebigkeit<sup>256</sup> zusteht und er aus diesem Grund auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht mit privaten Auftraggebern gleichzusetzen ist.

Der Grund liegt vielmehr in der Reichweite des Schutzbereichs der Wettbewerbsfreiheit. Art. 12 Abs. 1 GG umfasst – wie oben dargestellt wurde – das freie Auftreten von Unternehmen am Markt einschließlich der Teilnahme am Wettbewerb um öffentliche Auftragsvergaben.<sup>257</sup> Dagegen umfasst das Grundrecht keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb und auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten.<sup>258</sup>

Bestandteil des von Art. 12 Abs. 1 GG umfassten Schutzbereichs ist somit kein Anspruch darauf, den ausgeschriebenen Auftrag zu erhalten und einen privatrechtlichen Vertrag mit der Vergabestelle abschließen zu können.<sup>259</sup>

### *(b) Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG*

In Literatur und Rechtsprechung wird dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz eine für die öffentliche Auftragsvergabe wichtige, wenn nicht gar überragende Bedeutung zugesprochen.<sup>260</sup> Im Einzelnen können dem allgemeinen Gleichheitssatz sowohl allein als auch in Verbindung mit den Verdingungsordnungen materielle, prozedurale sowie prozessuale Vorgaben für öffentliche Auftragsvergaben entnommen werden.<sup>261</sup>

<sup>256</sup> Pache, DVBl. 2001, 1781 (1787); ebenso Dreier, in Dreier, GG, Art. 1 GG Rn. 66.

<sup>257</sup> Das Bundesverwaltungsgericht verortet die Wettbewerbsfreiheit dagegen in der allgemeinen Handlungsfreiheit Art. 2 Abs. 1 GG, siehe BVerwG, Urteil v. 19.12.1963, BVerwGE, 17, 306, 309; ablehnend Manssen, in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12 GG Rn. 70.

<sup>258</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 152; BVerfG, Beschl. v. 01.02.1973, BVerfGE 34, 252; instruktiv zur tatbestandlichen Beschränkung grundrechtlicher Freiheiten Schwarz, JZ 2001, 319 (129 ff).

<sup>259</sup> Etwas anderes gilt vor diesem Hintergrund nur im Falle von Vergabe- oder Auftragssperren. Vergabesperren stellen einen befristeten oder unbefristeten Ausschluss eines Unternehmens vom Erhalt öffentlicher Aufträge wegen vorangegangenen Fehlverhalten und daraus resultierender Unzuverlässigkeit dar. Für das betroffene Unternehmen bedeutet eine Vergabesperre nicht nur den generellen Ausschluss von dem Erhalt öffentlicher Aufträge, sondern auch von der Möglichkeit der Beteiligung an Vergabeverfahren, die dem Vertragsschluss vorausgehen. Im Gegensatz zu der (bloßen) Vergabe eines Auftrages an ein konkurrierendes Unternehmen ist der Schutzbereich der Wettbewerbsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG damit betroffen, da bereits das freie Auftreten von Unternehmen am Markt, welches sich auch durch die Teilnahme an öffentlichen Auftragsvergaben manifestiert, durch die Vergabesperre beschränkt wird; ebenso Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 444; HöB/Chevalier, *ibr-online* 2011, 59; Das Bundesverwaltungsgericht verortet die Wettbewerbsfreiheit dagegen in der allgemeinen Handlungsfreiheit Art. 2 Abs. 1 GG, siehe BVerwG, Urteil v. 19.12.1963, BVerwGE, 17, 306, 309; ablehnend Manssen, in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12 GG Rn. 70.

<sup>260</sup> Pietzcker, NZBau 2003, 242 (243); ebenso Rüfner, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, § 117 Rn. 41, Pünder, VerwArch 2004, 38 (40) und Dreier, in Dreier, GG, Art. 1 GG Rn. 66; BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 160 f.; LG München I, Beschl. v. 18.04.2012, ZfBR 2012, 507, 508; LG Koblenz, Beschl. v. 18.01.2011, ZfBR 2011, 794.

<sup>261</sup> Pünder, VerwArch 2004, 38 (49 ff., 53 ff.); Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 214 ff., 223 ff.; Dörr, in Dreier/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Einleitung Rn. 75.

*i. Materielle Vorgaben*

In materieller Hinsicht folgt aus Art. 3 Abs. 1 GG zunächst, dass öffentliche Auftraggeber potentielle Bieter in allen Stadien des Vergabeverfahrens (ohne sachlichen Grund) nicht unterschiedlich behandeln dürfen.<sup>262</sup> Es dürfen keine willkürlichen, d. h. auf keinen sachlichen Erwägungen beruhenden Differenzierungskriterien im Hinblick auf die Auswahl der in Frage kommenden Unternehmen aufgestellt werden. Jedes am Auftrag interessierte Unternehmen muss vielmehr eine faire Chance erhalten, nach Maßgabe der für den jeweiligen Auftrag geltenden spezifischen Kriterien und Verfahrensbestimmungen berücksichtigt zu werden.<sup>263</sup>

Problematisch ist in diesem Zusammenhang vor allem die Aufstellung sog. „beschaffungsfremder Kriterien“ zur Verfolgung politischer Sekundärziele durch die Vergabe öffentlicher Aufträge. Solche beschaffungsfremden Kriterien können beispielsweise das Verlangen nach der bieterseitigen Abgabe einer Tariftreuerklärung,<sup>264</sup> Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen, Durchführung von Frauenfördermaßnahmen oder Berücksichtigung von Umweltgesichtspunkten sein.<sup>265</sup> Auf diese Weise werden von staatlicher Seite bestimmte Unternehmen benachteiligt, die zwar ebenso fachkundig und leistungsfähig wie andere Bieter, im Gegensatz zu diesen jedoch nicht in der Lage oder willens sind, die geforderten Kriterien zu erfüllen.<sup>266</sup>

Zu beachten ist jedoch, dass aus Art. 3 Abs. 1 GG kein generelles Koppelungsverbot öffentlicher Auftragsvergaben mit beschaffungsfremden Zielen folgt, soweit zwischen Auftragsgegenstand und verfolgtem Sekundärziel ein sachlicher Zusammenhang besteht.<sup>267</sup> Ungleichbehandlungen mit geringer Intensität sind in diesem Falle bereits dann gerechtfertigt, wenn sich im Rahmen einer Willkürkontrolle irgendein, auf sachlichen Erwägungen beruhender Grund für das vergabefremde Kriterium anführen lässt.

<sup>262</sup> Pietzcker, NZBau 2003, 242 (243). Ähnlich Braun, NZBau 2008, 160 (161 f.).

<sup>263</sup> Pünder, VerwArch 2004, 38 (43); Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 214; BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 154; ebenso BVerfG, Beschl. v. 23.04.2009, NVwZ 2009, 835, 836. Oberhalb der Schwellenwerte ist dieser Grundsatz in § 97 Abs. 4, 5 GWB inhaltlich dahingehend konkretisiert, dass Aufträge an „*fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vergeben*“ werden und andere oder „*weitergehende Anforderungen [...] an Auftragnehmer nur gestellt werden (dürfen), wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.*“ Unterhalb der Schwellenwerte sind für diese Anforderungen an die Eignung von Unternehmen im Regelfall die entsprechenden Vorschriften in den Verdingungsordnungen maßgeblich. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A werden Bauleistungen an „*fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen in transparenten Vergabeverfahren vergeben.*“ Darüber hinaus darf bei der Vergabe nach § 2 Abs. 2 VOB/A keine Diskriminierung der Bieter erfolgen.

<sup>264</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.07.2006, BVerfGE 116, 202 „*Tariftreuerklärung*“.

<sup>265</sup> Opitz, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 97 Abs. 5 GWB, Rn. 40; Burgi, NZBau 2001, 64 (64, 71).

<sup>266</sup> Pünder, VerwArch 2004, 38 (44); Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 218; Burgi, NZBau 2001, 64 (69).

<sup>267</sup> Pünder, VerwArch 2004, 38 (45); Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 218; Burgi, NZBau 2001, 64 (70).

Schwerwiegendere Ungleichbehandlungen sind nur dann gerechtfertigt, wenn zwischen den Adressaten Unterschiede von solchem Gewicht und solchen Ausmaßen bestehen, dass diese die Ungleichbehandlung rechtfertigen.<sup>268</sup>

## ii. *Prozedurale Vorgaben*

Zur Sicherung und Verwirklichung des materiellen Gehalts können aus Art. 3 Abs. 1 GG des Weiteren bestimmte Grundanforderungen an die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens entnommen werden.

Voraussetzung hierfür ist zum einen die zeit- und inhaltsgleiche Information aller potentiellen Bieter über den zu vergebenden Auftrag, aber auch über die vorgesehenen Zuschlagskriterien, mögliche Ausschreibungsänderungen oder -konkretisierungen durch die Vergabestelle.<sup>269</sup>

Art. 3 Abs. 1 GG fordert darüber hinaus, das Vergabeverfahren fair, transparent, objektiv und unparteiisch durchzuführen.<sup>270</sup> Dies bedeutet, dass gleiche Bedingungen für alle Bieter gelten müssen, zum Beispiel hinsichtlich Fristen, dem Erfordernis, Angebote verschlossen einzureichen oder dem Verbot, nach Submission mit einzelnen Bietern deren Angebote nachzuverhandeln.<sup>271</sup> Des Weiteren wird aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz auch die Pflicht für die Vergabestelle entnommen, die Entscheidung zu begründen.<sup>272</sup>

Zum anderen folgt aus Art. 3 Abs. 1 GG der grundsätzliche Vorrang der öffentlichen vor der beschränkten Ausschreibung und der freihändigen Vergabe, da nur auf diese Weise alle an einem öffentlichen Auftrag interessierten Bieter die gleiche Chance auf den Zuschlag erhalten. Ein Abweichen von dem Verfahren der öffentlichen Ausschreibung ist aus diesem Grund aufgrund von Gleichheitsgesichtspunkten generell rechtfertigungsbedürftig.<sup>273</sup>

In diesem Zusammenhang kommt den Vorschriften der Verdingungsordnungen besondere Bedeutung zu, da diese detaillierte Bestimmungen über die Vergabeverfahren und den materiell-rechtlichen Anforderungen in diesen Verfahren enthalten.<sup>274</sup>

Oberhalb der Schwellenwerte verweisen die §§ 4 ff. VgV hinsichtlich der Einzelheiten des Vergabeverfahrens auf die Verdingungsordnungen, wodurch den an sich nur innenwirksamen Vorschriften unmittelbare Außenwirkung zukommt. Unterhalb der Schwellenwerte existieren keine entsprechenden Bestimmungen.

<sup>268</sup> Pünder, *VerwArch* 2004, 38 (45); Bungenberg, *Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme*, S. 218; vgl. zu den Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen generell Kischel, in *Epping/Hillgruber, BeckOK GG*, Art. 3 GG, Rn. 26 m. w. N.

<sup>269</sup> Bungenberg, *Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme*, S. 221.

<sup>270</sup> Wollenschläger, *DVBl.* 2007, 589 (596); Prieß/Hölzl, *NZBau* 2005, 367 (373).

<sup>271</sup> Wollenschläger, *DVBl.* 2007, 589 (596); OLG Saarbrücken, *Beschl. v. 29.05.2002*, *BauR* 2002, 1755 Ls.

<sup>272</sup> Wollenschläger, *DVBl.* 2007, 589 (596); Hermes, *JZ* 1997, 909 (914).

<sup>273</sup> Bungenberg, *Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme*, S. 222; Dörr, in *Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht*, Einleitung, Rn. 75; Pünder, *VerwArch* 2004, 38 (50).

<sup>274</sup> Dörr, in *Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht*, Einleitung, Rn. 65.



Die Basisparagrafen aus dem jeweiligen ersten Abschnitt der Teile A der Verdingungsordnungen gelten für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte regelmäßig als Verwaltungsvorschriften, da § 55 Abs. 2 BHO/LHO die Verwaltung lediglich verpflichtet, nach „einheitlichen Richtlinien“ zu verfahren und dies nach einhelliger Ansicht keine subjektiv-rechtliche Bedeutung der Verdingungsordnungen begründet.<sup>275</sup>

Allerdings kann den Verdingungsordnungen aufgrund des Prinzips der Selbstbindung der Verwaltung (Art. 3 Abs. 1 GG) eine mittelbare Außenwirkung zukommen. Die Verwaltung begründet durch die ständige Anwendung der Verdingungsordnungen bei der Auftragsvergabe eine entsprechende Verwaltungspraxis, von der sie in gleich gelagerten Fällen nicht ohne sachlichen Grund abweichen darf, ohne gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zu verstoßen.<sup>276</sup> In diesem Fall kommt den prozeduralen Vorgaben der Verdingungsordnungen im Ergebnis schließlich doch eine subjektiv-rechtliche (Außen-)Wirkung zu.

### *iii. Prozessuale Vorgaben*

In hohem Maße umstritten ist zuletzt, ob dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz neben den materiellen und den prozeduralen Anforderungen auch prozessuale Vorgaben entnommen werden können. In Frage kommt hier insbesondere ein möglicher Anspruch des Einzelnen auf die Gewährung effektiven, mithin primären Rechtsschutzes gegen behauptete Vergaberechtsverstöße.

Das Bundesverfassungsgericht ist einer solchen Annahme in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Primärrechtsschutzbeschränkung auf oberschwellige Auftragsvergaben klar entgegen getreten. Nach Auffassung des Gerichts verstößt der faktische Ausschluss von Primärrechtsschutz im vergaberechtlichen Unterschwellenbereich weder gegen den – anstelle der Rechtsschutzgarantie herangezogenen – allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch noch gegen Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>277</sup>

Im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG sieht das Gericht die auch seiner Auffassung nach unstreitig vorliegende Ungleichbehandlung der Bewerber um ober- und um unter-schwellige Aufträge als gerechtfertigt an. Ausgehend von dem Maßstab einer reinen Willkürkontrolle, welche aufgrund der Anknüpfung der Unterscheidung an das rein sachverhaltsbezogene Kriterium des Auftragswerts und nicht an eine Zugehörigkeit zu einer bestimmten Personengruppe geboten sei, sei die Entscheidung des Gesetzgebers nicht zu beanstanden.

<sup>275</sup> Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO, Rn. 164; Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Einleitung Rn. 68.; Dreher, NVwZ 1999, 1265 (1266); Wollenschläger, DVBl. 2007, 589 (597).

<sup>276</sup> Wollenschläger, DVBl. 2007, 589 (597); Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO, Rn. 163; Dörr, DÖV 2001, 1014 (1020); BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 153 f.

<sup>277</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 159 ff.

Dieser habe sich im zulässigen Rahmen seines Gestaltungsspielraums bewegt und die Zweiteilung des Rechtsschutzes auf sachliche Erwägungen, wie die Übernahme der europäischen Schwellenwerte und das Prinzip der Wirtschaftlichkeit des Beschaffungswesens, gestützt. Letzteres sei – im Falle der Eröffnung unterschwelliger Primärrechtsschutzes – durch drohende Investitionshemmnisse wie hohe Verfahrenskosten, eine lange Verfahrensdauer und den möglichen Verfahrensmisbrauch durch erfolglose Bieter gefährdet.<sup>278</sup>

Die Beschränkung des Primärrechtsschutzes auf überschwellige Vergaben ist damit nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Im Hinblick auf diese Entscheidung und die ihr zugrundeliegenden Erwägungen ist zunächst festzuhalten, dass der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz nicht die prozessuale Gleichbehandlung von Auftragsvergaben ober- und unterhalb der Schwellenwerte, also die Schaffung eines spezifischen Nachprüfungsverfahrens für den Unterschwellenbereich nach den Vorgaben der §§ 107 ff. GWB fordert.<sup>279</sup> Gleichwohl stößt der faktische Ausschluss des Primärrechtsschutzes im gesamten Unterschwellenbereich in mehrfacher Hinsicht auf Bedenken.

Das Gericht rechtfertigt den gesetzlichen Ausschluss des unterschwelligen Primärrechtsschutzes zum einen mit dem Argument, dass, wenn rechtmäßige Vergabeverfahren auf Initiative des Einzelnen überprüft würden, hohe Verfahrenskosten entstünden, ohne dass diese Kosten mit einem Gewinn an Wirtschaftlichkeit verbunden wären.<sup>280</sup> Diese Begründung greift – nach der hier vertretenen Auffassung – jedoch zu kurz, da dasselbe auch für überschwellige Auftragsvergaben gilt. Auch hier entstehen oftmals erhebliche Kosten durch die Überprüfung von im Ergebnis rechtmäßigen Vergabeentscheidungen, ohne dass dies letztlich zur Beauftragung eines wirtschaftlicheren Angebotes und damit zur Einsparung öffentlicher Mittel führt.

Bei Fortführung der gerichtlichen Argumentation ist vielmehr zu fragen, ob nicht – im Gegenteil – bei der Überprüfung rechtswidriger Vergabeentscheidungen im Unterschwellenbereich den Verfahrenskosten ein Gewinn an Wirtschaftlichkeit gegenüberstehen kann. Ein solcher Gewinn ist grundsätzlich dann anzunehmen, wenn die Verfahrenskosten im Regelfall geringer als die erwarteten Einspareffekte sind. Hierbei gilt der Grundsatz: Je höher der Wert des überprüften Verfahrens, desto höher ist auch der erwartete Nutzen, der die Kosten des Verfahrens rechtfertigt.<sup>281</sup> Eine Unterscheidung nach Auftragswert ist somit zwar grundsätzlich zweckmäßig und zulässig. Zu beachten ist allerdings, dass dem Staat gerade auch durch die – im Vergleich zu primärrechtsschützenden Verfahren langwierige – sekundärrechtliche Nachprüfung von Vergabeverfahren erhebliche Kosten entstehen.

<sup>278</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 162.

<sup>279</sup> Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 229; Pünder, VerwArch 2004, 38 (60); Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 159.

<sup>280</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 162.

<sup>281</sup> Sauer/Hollands, NZBau 2006, 763 (767).

Dies gilt vor allem, wenn die Vergabestelle im Rahmen einer vorab nicht überprüften Auftragsvergabe zur Zahlung von Schadensersatz an den übergangenen Bieter verurteilt wird. Diese Kosten können gerade durch die gesetzgeberische Ausgestaltung adäquater (primärer) Nachprüfungsmöglichkeiten vermieden werden. So könnte beispielsweise eine Interessenabwägung vor Aussetzung des Vergabeverfahrens vorgenommen, eine Entscheidung durch den Einzelrichter oder eine Verkürzung von Rüge- und Antragsfristen normiert werden.<sup>282</sup> In der Gesamtschau bestehen vielfältige Möglichkeiten, die alle geeignet sind, die erwarteten Verfahrenskosten zu minimieren und dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit des Beschaffungswesens Rechnung zu tragen, ohne das vergaberechtlicher Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich gänzlich ausgeschlossen werden müsste.

Das Bundesverfassungsgericht macht zum anderen geltend, dass die den Konkurrenten eingeräumten Rechtsschutzmöglichkeiten sachwidrig genutzt und darüber hinaus durch die Dauer der Vergabeverfahren die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe, um derentwillen die Mittel beschafft werden sollen, beeinträchtigt oder sogar verfehlt werden könnten.<sup>283</sup>

Das zuerst angeführte Argument – die Möglichkeit des Rechtsmissbrauchs – ist generell nicht geeignet, einem Rechtsschutzsuchenden die gerichtliche Überprüfung einer belastenden Entscheidung zu verweigern.<sup>284</sup> Diese Gefahr steht auch bei der Einräumung subjektiver Rechte im Oberschwellenbereich im Raum und es ist kein Grund ersichtlich, warum Bewerber um unterschwellige Aufträge ein größeres Interesse daran haben sollten, Primärrechtsschutzverfahren sachwidrig zu nutzen, als die Bewerber um überschwellige Auftragsvergaben. Der Missbrauch bestehender Rechtsschutzmöglichkeiten von Einzelnen ist jedem rechtsstaatlichen Rechtssystem schlicht immanent, darf aber nicht dazu führen, die Rechtsschutzmöglichkeiten redlicher Bieter zu beschränken oder faktisch auszuschließen. Im Übrigen kann drohendem Verfahrensmisbrauch durch geeignete prozessuale Mittel, wie die Notwendigkeit einer entsprechenden Antragsbefugnis oder die Auferlegung der Verfahrenskosten entgegengewirkt werden.<sup>285</sup>

Auch die längere Verfahrensdauer ist für sich genommen kein Argument, welches den Ausschluss subjektiver Rechte rechtfertigen könnte.<sup>286</sup> Lange Verfahrensdauern, welche die Erteilung des Zuschlags verzögern, könnten – wie oben bereits angesprochen wurde – ebenfalls durch die konkrete Ausgestaltung der Nachprüfungsverfahren verhindert werden.

---

<sup>282</sup> Ähnlich Sauer/Hollands, NZBau 2006, 763 (764).

<sup>283</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 162.

<sup>284</sup> Sauer/Hollands, NZBau 2006, 763 (765 f.).

<sup>285</sup> Sauer/Hollands, NZBau 2006, 763 (765 f.); ebenso Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 156; Knauff, NVwZ 2007, 546 (548); Krist, *ibr-online* 2011. Rn. 5.

<sup>286</sup> Ebenso Sauer/Hollands, NZBau 2006, 763 (766).

In Frage kommen hier zum Beispiel die Entscheidungsfindung durch einen Einzelrichter, eine Verkürzung von Fristen, die Beschränkung des Instanzenzugs, höhere Zugangsschwellen oder auch die Einführung einer de-minimis-Schwelle.<sup>287</sup>

Zuletzt führt das Bundesverfassungsgericht aus, dass auch die Anknüpfung an die europarechtlichen Schwellenwerte für die Begrenzung effektiven Rechtsschutzes verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Auch diese Erwägung ist gewissen Zweifeln ausgesetzt.

Die europäischen Schwellenwerte wurden seitens der Union nicht mit der Zielsetzung geschaffen, zweistufig ausgestaltete, mitgliedstaatliche Rechtsschutzsysteme zu legitimieren, sondern um einen europäischen Vergabe-Binnenmarkt zu schaffen. Die quantitative Grenzziehung auf Vergaben über einem bestimmten Auftragswert erfolgte aus rein kompetenziellen Gründen und der Erwägung, dass sich Bieter aus anderen Mitgliedstaaten aufgrund sprachlicher und logistischer Schwierigkeiten regelmäßig nicht um Aufträge mit – nach europäischen Maßstäben – relativ kleinen Auftragsvolumina bewerben werden und diese aus diesem Grund „für den Wettbewerb, wie ihn diese Richtlinie vorsieht, außer Acht gelassen werden“<sup>288</sup> können.<sup>289</sup> Die Schwellenwerte enthalten somit keinen spezifischen Bezug zum deutschen Vergabemarkt, sondern stellen diesbezüglich vielmehr „eine Zufallsgröße ohne sachliche Rechtfertigung“<sup>290</sup> dar. Die hieraus folgende Ungleichbehandlung der ober- und unterschwelligeren Vergabeverfahren überzeugt somit auch im Hinblick auf das vom Gericht erhobene Argument, der Gesetzgeber hätte die Grenzwerte grundsätzlich auch ohne die europarechtlichen Vorgaben wählen können,<sup>291</sup> nicht.

Unabhängig von den eben dargestellten Bedenken ist auf der anderen Seite jedoch hervorzuheben, dass das Bundesverfassungsgericht die gesetzgeberische Entscheidung für die Zweiteilung des deutschen Vergaberechts lediglich im Rahmen einer Willkürkontrolle überprüft hat.<sup>292</sup>

<sup>287</sup> Siehe hierzu Dreher, NZBau 2002, 419 (429).

<sup>288</sup> Erwägungsgründe der RL 93/37 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. 1993 L 199/54).

<sup>289</sup> Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Einleitung, Rn. 17; Dreher, NZBau 2002, 419 (419 f.).

<sup>290</sup> Dreher, NZBau 2002, 419 (419); ähnlich Malmendier, DVBl. 2000, 963 (968), der ausführt: „Auf nationaler Ebene führen die Schwellenwerte in einem für den Mittelstand durchaus bedeutenden Wirtschaftsbereich zu willkürlich erscheinenden Zufallsergebnissen, je nachdem, ob nach einer ex ante erfolgten vernünftigen Schätzung der Nettogesamtvergütung das Auftragsvolumen ein paar Mark über oder unter den Schwellen liegt.“

<sup>291</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 163.

<sup>292</sup> Zum gesetzgeberischen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum im Bereich des Willkürverbots Schwarz, JZ 2001, 319 (322 f.); außerdem Kischel, in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 3 Rn. 30 f.

Dieser Prüfungsmaßstab ist dann einschlägig, wenn die gesetzliche Regelung lediglich zu einer Differenzierung zwischen Sachverhalten und nicht zwischen Personengruppen führt<sup>293</sup> sowie grundrechtlich gewährte Freiheiten nicht in stärkerem Maße berührt sind.<sup>294</sup>

Nach diesen Kriterien ist es nicht zu beanstanden, dass der gerichtlichen Nachprüfung der Maßstab des Willkürverbots zu Grunde gelegt wird, da die Begrenzung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes an den Auftragswert als rein sachverhaltsbezogenes Kriterium und nicht an die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Personengruppe anknüpft.<sup>295</sup>

Im Rahmen der gerichtlichen Willkürkontrolle ist der Gleichheitssatz verletzt, „wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung [...] nicht finden lässt“<sup>296</sup>. Willkür des Gesetzgebers kann also nicht bereits dann angenommen werden, wenn unter mehreren möglichen Lösungen nicht die zweckmäßigste oder vernünftigste gewählt worden ist,<sup>297</sup> sondern vielmehr nur dann, wenn sich ein sachgerechter Grund für die gesetzliche Regelung überhaupt nicht finden lässt.

Somit kommt dem Gesetzgeber, auch im Hinblick auf die Gestaltung des vergaberechtlichen Rechtsschutzes, eine große Gestaltungsfreiheit zu. Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz ist erst dann zu bejahen, wenn offenkundig ist, dass der Begrenzung des Primärrechtsschutzes auf überschwellige Vergaben und der durch sie bewirkten Ungleichbehandlung kein sachlicher Grund zugrunde liegt. Der Gesetzgeber hat jedoch – unabhängig von den soeben geäußerten Bedenken hinsichtlich der Notwendigkeit und der Zweckmäßigkeit der getroffenen Regelung – zur Begründung auf den drohenden Massencharakter von Verfahren bei einer weitergehenden Erstreckung des Rechtsschutzes auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte abgestellt.<sup>298</sup>

<sup>293</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 160 f. mit Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 22.02.1994, NZA 1994, 661; BVerfG, Beschl. v. 14.12.1994, BVerfGE 91, 346; BVerfG, Urteil v. 02.03.1999, BVerfGE 99, 367; BVerfG, Beschl. v. 02.02.1999, BVerfGE 100, 195; ebenso Dreher, NZBau 2002, 419 (425); Pache in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 159; Differenzierend insoweit Sauer/Hollands, NZBau 2006, 763 (766), die sich gegen die Ansiedlung des „Rechtferdigungsmaßstab[s] auf dem Kontinuum zwischen Verhältnismäßigkeitsprüfung und Willkürverbot auf der untersten Stufe“ aussprechen.

<sup>294</sup> BVerfG, Beschl. v. 18.11.1986, NJW 1987, 2001, 2001; BVerfG, Beschl. v. 02.12.1992, NZA 1993, 427, 427.

<sup>295</sup> Nach Sauer und Hollands lasse sich eine Differenzierung nach Personengruppen nicht feststellen, obwohl der fehlende Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich vor allem die Interessen mittelständischer Unternehmen berühre. „Der Mittelstand“ sei jedoch nicht als Gruppe fassbar, d. h. personell abgrenzbar, und zudem nicht allein betroffen; Sauer/Hollands, NZBau 2006, 763 (766).

<sup>296</sup> BVerfG, Urteil v. 23.10.1951, NJW 1951, 877, 878 f.

<sup>297</sup> BVerfG, Urteil v. 23.01.1990, NZA 1990, 161, 168.

<sup>298</sup> Vgl. wörtlich: „Das auf dem EG-Richtlinienrecht beruhende Rechtsschutzverfahren kann schon wegen der Vielzahl der Fälle nicht auf die Aufträge unterhalb der Schwellen ausgedehnt werden“, Begründung des Regierungsentwurfs zum Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG), BT-Drs. 13/9340, S. 12.

Befürchtet wurde eine nicht zu bewältigende Fülle von Rechtsstreitigkeiten, wenn allen potenziellen Auftragnehmern subjektive Rechte gewährt würden.

Vor dem Hintergrund einer reinen Willkürkontrolle muss diese Erwägung als ausreichend genügen. Sie führt zwar weder zu der zweckmäßigsten, noch zu der vernünftigsten gesetzlichen Regelung. Mangels ausreichender Erfahrungen wegen der traditionell verwaltungsinternen Verankerung des deutschen Vergaberechts und aufgrund der komplizierten Systematik des Vergaberechtsschutzes erscheint diese Begründung – jedenfalls aus damaliger Sicht – noch als vertretbar.<sup>299</sup> Die faktische Begrenzung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes auf überschwellige Vergaben ist folglich, gemessen am Maßstab einer reinen Willkürkontrolle, im Hinblick auf die Vorgaben des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu beanstanden.

*(c) Recht auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes, Art. 19 Abs. 4 GG*

Als bieterschützender Anspruch kommt ferner das Recht auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG in Betracht, welches dem Einzelnen ein Grundrecht auf möglichst lückenlosen und wirkungsvollen gerichtlichen Rechtsschutz gegen Verletzungen seiner Rechtssphäre durch Eingriffe der öffentlichen Gewalt gewährt.<sup>300</sup>

<sup>299</sup> Ebenso Dreher, NZBau 2002, 419 (425); Pietzcker, NJW 2005, 2881 (2884); ähnlich Siegel, DÖV 2007, 237 (238); zustimmend wohl auch Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, Rn. 159. Pache sieht in der Nicht-Gewährung von Primärrechtsschutz unterhalb der europäischen Schwellenwerte jedoch eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung zwischen den an einem unterschwelligen Vergabeverfahren teilnehmenden Bietern aus dem einen Auftrag vergebenden Mitgliedstaat und Bietern aus anderen Mitgliedstaaten. Bungenberg sieht eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG mit der Begründung als gerechtfertigt an, dass bei Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben keine Rechtsschutzlücke vorliegt. Vielmehr komme es zur Gewährung abgestuften und verhältnismäßigen Rechtsschutz in Relation zum Auftragsumfang, Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 229. Für eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG, Sauer/Hollands, NZBau 2006, 763 (766); Freitag, NZBau 2002, 204 (205); Pünder, VerwArch 2004, 38 (53 ff.); Malmendier, DVBl. 2000, 963 (968); Köster, NZBau 2006, 540 (540 f.). Köster beruft sich insbesondere auf eine im Jahre 2000 ergangene Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs, der eine entsprechende Regelung im nationalen Bundesvergabegesetz für verfassungswidrig erklärte, da sie zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Differenzierung zwischen der Rechtsposition von Bewerbern im Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge führe. Erkenntnis des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs vom 30.11.2000 – G110/99, abrufbar über das Rechtsinformationssystem des Bundeskanzleramtes Österreich, unter <http://www.ris.bka.gv.at> (Stand 01.08.2013).

<sup>300</sup> Hofmann, in Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 19 GG Rn. 29 m. w. N.; Enders, in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 19 GG Rn. 51; Schmidt-Aßmann, in Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 6 f.; Huber, in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 367; Sachs, in Sachs, GG, Art. 19 GG Rn. 113.

*i. Anwendungsbereich*

Im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Art. 19 Abs. 4 GG stellt sich zunächst die Frage, ob der Staat auch bei der Durchführung öffentlicher Auftragsvergaben in Ausübung öffentlicher Gewalt handelt. Das Bundesverfassungsgericht hat dies in seiner Entscheidung vom 13.06.2006<sup>301</sup> verneint, da Art. 19 Abs. 4 GG – nach Auffassung des Gerichts – Rechtsschutz nur dort gewährleisten solle, wo der Einzelne sich zu dem Träger staatlicher Gewalt in einem Verhältnis typischer Abhängigkeit und Unterordnung befinde. Bei der öffentlichen Auftragsvergabe werde der Staat aber als Nachfrager am Markt tätig und unterscheide sich in dieser Rolle nicht grundlegend von anderen Marktteilnehmern. Auf seine übergeordnete öffentliche Rechtsmacht greife der Staat bei einer Vergabeentscheidung nicht zurück, so dass kein Anlass bestehe, seine Maßnahme als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG einzuordnen.<sup>302</sup>

Diese Auslegung hat in der Literatur – zu Recht – viel Kritik erfahren.<sup>303</sup> Nicht nur herrscht heute weitgehend Einigkeit darüber, dass dem Staat, unabhängig von der konkret gewählten Handlungsform, kein Recht zur Beliebigkeit zusteht und aus diesem Grund staatliche sowie staatlich beherrschte Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge einer unmittelbaren und uneingeschränkten Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG unterliegen.<sup>304</sup>

<sup>301</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135.

<sup>302</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 149 f. zum Verhältnis des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs zur Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG vgl. Knauff, NVwZ 2007, 546 (547); Huber, in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 355.

<sup>303</sup> Vgl. insb. Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 256 f.; Niestedt/Hölzl, NJW 2006, 3680 (3682 f.); Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 152; Rn. 429 f.; Knauff, NVwZ 2007, 546 (547 ff.); Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Einleitung Rn. 76 f. Nach *Huber* fällt das Bundesverfassungsgericht mit der getroffenen Entscheidung auf den „dulde und liquidiere“-Grundsatz des 18. Jahrhunderts zurück, vgl. Huber, in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 430.

<sup>304</sup> Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Einleitung Rn. 74; Fehling, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 40; Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. – Einführung Rn. 11; Dreher, in Immenga/Mestmäcker, GWB, Vorbemerkung Vor §§ 97 ff. Rn. 114.; Glaß, in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 1. Teil G. IX. 4. b) Rn. 112; Rübner, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, § 117 Rn. 45 ff.; Jarass, in Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 GG Rn. 38; Starck, in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 GG Rn. 229; Manssen, in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12 GG Rn. 102; Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 442; Dreier, in Dreier, GG, Art. 1 GG Rn. 65; Pache, DVBl. 2001, 1781 (1787); Triantafyllou, NVwZ 1994, 943 (944 ff.); Prieß/Hölzl, NZBau 2005, 367 (372 f.); Siegel, DÖV 2007, 237 (239); Pietzcker, NZBau 2003, 242 (243); Pünder, VerwArch 2004, 38 (41); Dörr, DÖV 2001, 1014 (1015 ff.); Widmann, Vergaberechtschutz im Unterschwellenbereich, S. 92 f.; BVerfG, Urteil v. 22.02.2011, BVerfGE 128, 226, 226; BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 151; OLG Stuttgart, Urteil v. 11.04.2002, NZBau 2002, 395, 397.

Die Einstufung von Auftragsvergaben als Akte der öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG führt darüber hinaus konsequent zur Eröffnung von Rechtsschutz gegen diese Gewaltakte und damit zur Anwendung von Artikel 19 Abs. 4 GG.<sup>305</sup> Die durch das Bundesverfassungsgericht vorgenommene restriktive Einschränkung der Rechtsschutzgarantie auf Fälle, in denen sich „*der Einzelne sich zu dem Träger staatlicher Gewalt in einem Verhältnis typischer Abhängigkeit und Unterordnung*“ befinde, findet selbst in der zur Begründung herangezogenen Normenhistorie keine ausreichende Grundlage.<sup>306</sup>

Aus diesem Grund findet Art. 19 Abs. 4 GG – nach der hier vertretenen Auffassung – auch im unterschweligen Vergaberecht uneingeschränkt Anwendung.

<sup>305</sup> Das Bundesverfassungsgericht hatte zuvor ebenfalls die Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 4 GG auf öffentliche Auftragsvergaben bejaht, vgl. BVerfG, Beschl. v. 29.07.2004, ZfBR 2004, 706, 707; ebenso LG Konstanz Urteil v. 18.09.2003, BeckRS 2003, 17396 und 1. VK Bund, Beschl. v. 29.04.1999, NJW 2000, 151, 153 – *Euro-Münzplättchen II*. Die 1. VK Bund stellt in dieser Entscheidung ausdrücklich fest: „*Artikel 19 Absatz 4 GG ist auf die Beziehungen zwischen Auftraggeber und Bieter anwendbar. Auch die Auftragsvergaben durch staatliche Vergabestellen sind als Akte „öffentlicher Gewalt“ anzusehen, denen gegenüber Artikel 19 Absatz 4 GG effektiven Rechtsschutz gewährt. Dem steht nicht entgegen, dass die staatliche Bedarfsdeckung aufgrund privatrechtlicher Verträge erfolgt. Die heute im Schrifttum überwiegend vertretene Auffassung, der sich die Vergabekammer anschließt, nimmt eine umfassende Bindung der Verwaltung an die Grundrechte an, so dass auch fiskalisches Handeln unter den Begriff der öffentlichen Gewalt i. S. von Artikel 1 Absatz 3 GG und Artikel 19 Absatz 4 GG fällt.*“ Für die Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 4 GG auf öffentliche Auftragsvergaben Pünder, VerwArch 2004, 38 (54); Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 152; Dreher, NZBau 2002, 419 (425 f.); Dörr, DÖV 2001, 1014 (1014 f.); Niestedt/Hölzl, NJW 2006, 3680 (3682); Malmendier, DVBl. 2000, 963 (964, 968); Freitag, NZBau 2002, 204 (205); Jarass, in Jarass/Pieroth, GG, Art. 19 GG Rn. 42; Schulze-Fielitz, in Dreier, GG, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 53, 55; Huber, in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 465; siehe auch die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes aus dem November 2010 (42/10), abrufbar unter [www.drbb.de](http://www.drbb.de) (Stand 17.04.2014) zum gegenwärtigen Rechtsschutzsystem unterhalb der EU-Schwellenwerte: „*Allein unter dem Gesichtspunkt der Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG muss es einem unterlegenen Mitbieter möglich sein, sich gegen eine (beabsichtigte) Vergabeentscheidung gerichtlich zur Wehr zu setzen.*“

<sup>306</sup> Vgl. die Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte des Art. 19 Abs. 4 GG in dem vom Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung vom 13.06.2006 herangezogenen Beschluss des BVerfG vom 30.04.2003, NJW 2003, 1924. Das Gericht befasst sich in dieser Entscheidung mit der Frage der Zulässigkeit der Begrenzung des Begriffs der „öffentlichen Gewalt“ i. S. d. Art. 19 Abs. 4 GG auf Akte der vollziehenden Gewalt. Es kommt zu dem Schluss, dass diese enge Auslegung in Anbetracht des Ziels der Normierung der Rechtsschutzgarantie – aufgrund historischer Erfahrungen der Schutz vor dem Risiko der Missachtung des Rechts durch ein Handeln der Exekutive – gerechtfertigt sei. Die tatbestandliche Voraussetzung eines Über- bzw. Unterordnungsverhältnisses der Exekutive zum Bürger kann – nach der hier vertretenen Auffassung – aus dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts jedoch nicht abgeleitet werden, BVerfG, Beschl. v. 30.04.2003, BVerfGE 107, 395, 398 ff.



*ii. Subjektive Wirkung*

Im Rahmen des Art. 19 Abs. 4 GG durchgesetzt werden können insbesondere die oben aufgeführten Grundfreiheiten und Grundrechte, wobei Art. 3 Abs. 1 GG sowohl allein als auch in Verbindung mit den Verdingungsordnungen unter dem Gesichtspunkt der Selbstbindung der Verwaltung besondere Bedeutung zukommt.<sup>307</sup> Darüber hinaus stellt Art. 19 Abs. 4 GG besondere Anforderungen an die Effektivität des Rechtsschutzes gegen staatliche Grundrechtseingriffe.

Das Bundesverfassungsgericht stellte in seiner Entscheidung vom 13.06.2006<sup>308</sup> (im Hinblick auf die Vorgaben des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs) fest, dass es sich bei unterschwelligen Vergaben um ein „Massenphänomen“ handele, für das der Gesetzgeber verfassungsrechtlich nicht verpflichtet sei, eine auch faktisch realisierbare Möglichkeit eines Primärrechtsschutzes zu schaffen. Dies könne die Verwaltungsarbeit erheblich beeinträchtigen und zu Engpässen bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben führen. Der Gesetzgeber hätte vielmehr die Grenzen seines Gestaltungsspielraums gewahrt, als er das Interesse des erfolglosen Bieters an Primärrechtsschutz im Verhältnis zu den Interessen des Gesetzgebers und des erfolgreichen Bieters an einer raschen Vergabeentscheidung als weniger gewichtig bewertete.<sup>309</sup>

Diesen Erwägungen stehen – diesmal mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG – erneut gravierende Bedenken gegenüber. „Effektiver“ Rechtsschutz im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG bedeutet die Notwendigkeit der Eröffnung primären und auch vorläufigen Rechtsschutzes gegen geltend gemachte Vergaberechtsverstöße, durch welchen irreparable Folgen belastender hoheitlicher Maßnahmen so weit wie möglich vermieden werden sollen.<sup>310</sup> Auch der allgemeine Justizgewährungsanspruch soll – wie das Bundesverfassungsgericht selbst feststellt – *„den Rechtsuchenden so weit wie möglich auch davor bewahren, dass durch die sofortige Vollziehung einer Maßnahme Tatsachen geschaffen werden, die für den Fall, dass sich die Maßnahme als rechtswidrig erweist, nicht mehr rückgängig gemacht werden können.“*<sup>311</sup> Ein diesen Vorgaben entsprechender Rechtsschutz ist im unterschwelligen Vergabebereich jedoch gerade nicht gegeben, da bei nicht mehr rückgängig zu machenden Auswahlentscheidungen die Verletzung von Grundrechten durch die Verwaltung im Regelfall praktisch unangreifbar ist und damit ungeahndet bleibt.<sup>312</sup>

<sup>307</sup> Art. 19 Abs. 4 GG setzt die Existenz verletzter subjektiver Rechtspositionen voraus; Enders, in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 19 GG Rn. 51; Schmidt-Aßmann, in Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 116; Pünder, VerwArch 2004, 38 (54).

<sup>308</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135.

<sup>309</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 158.

<sup>310</sup> Enders, in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 19 GG Rn. 77; Schulze-Fielitz, in Dreier, GG, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 106 ff.; Jarass, in Jarass/Pieroth, GG, Art. 19 GG Rn. 58;

<sup>311</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 156.

<sup>312</sup> Knauff, NVwZ 2007, 546 (548 f.).

Wie oben bereits angeführt wurde, stellen auch die Argumente der Wirtschaftlichkeit des Beschaffungswesens aufgrund der bestehenden Folgekosten durch Sekundärverfahren und der vielfältigen Möglichkeiten der prozessualen Ausgestaltung keine diesen faktischen Ausschluss rechtfertigenden Gründe dar. In Anbetracht dieser Umstände hat der Gesetzgeber allenfalls die Möglichkeit, die den Bietern zur Verfügung stehenden primären Rechtsschutzverfahren gewissen Einschränkungen zu unterwerfen, wie beispielsweise die Übertragung auf den Einzelrichter oder die Einführung einer Bagatellgrenze. Ein genereller Ausschluss des Primärrechtsschutzes unter Hinweis auf die Möglichkeit der Geltendmachung sekundärer Schadensersatzansprüche kann den Anforderungen der Rechtsschutzgarantie auch im vergaberechtlichen Unterschwellenbereich jedoch nicht genügen.<sup>313</sup> Art. 19 Abs. 4 GG erfordert vielmehr die Möglichkeit, erkannte Vergabeverstöße rügen und hierdurch entstandene Rechtsverletzungen aus der Welt schaffen zu können.

#### *bb) Haushaltsrecht*

Wie bereits zu Beschaffungen oberhalb der Schwellenwerte ausgeführt wurde,<sup>314</sup> stellen § 55 BHO/LHO und die hierzu erlassenen allgemeinen Vergabevorschriften, welche wiederum auf die Anwendbarkeit der Verdingungsordnungen verweisen, die maßgeblichen, vergabespezifischen Vorschriften des Bundes- bzw. Landeshaushaltsrechts dar.

§ 55 BHO regelt, dass der Vergabe eines öffentlichen Auftrags eine öffentliche Ausschreibung vorauszugehen habe und die hierzu erlassenen Verwaltungsvorschriften verweisen – im Gegensatz zu überschwelligen Vergaben – zwar nicht auf die Anwendbarkeit des Vierten Teils des GWB, der VgV, der Abschnitte 2 der VOB/A, VOL/A sowie der VOF, sondern (vgl. Ziffer 2 der VV-BHO) lediglich auf die Anwendbarkeit der sog. Basisparagrafen der Abschnitte 1 der VOB/A und VOL/A. Die VOF wird ausdrücklich nicht genannt, so dass sie grundsätzlich nur bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte anwendbar ist.

<sup>313</sup> Sauer/Hollands, NZBau 2006, 763 (764); Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 152; Rn. 429 f.; Knauff, NVwZ 2007, 546 (549); Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Einleitung Rn. 79; Huber, in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 455; Sachs, in Sachs, GG, Art. 19 GG Rn. 136; Dreher, NZBau 2002, 419 (428); Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 260 f.; Pünder, VerwArch 2004, 38 (56 f.); Malmendier, DVBl. 2000, 963 (968); im Rahmen einer beamtenrechtlichen Konkurrentenklage BVerfG, Beschl. v. 19.09.1989 – 2 BvR 1576/88, NJW 1990, 501, 501; a. A. Pietzcker, NJW 2005, 2881 (2882 ff.); Köster, NZBau 2006, 540 (541).

<sup>314</sup> Ziffer II. 1. lit. c. sublit. bb.

Aufgrund seines Rechtscharakters als reinem Binnenrecht ist das von öffentlichen Auftraggebern einzuhaltende Haushaltsrecht allerdings – isoliert betrachtet – nicht geeignet, subjektive Rechte für den Einzelnen zu begründen. Es ist dem reinen Innenrecht zuzuordnen und bindet öffentliche Auftraggeber damit allein im Innenverhältnis, nicht aber im Außenverhältnis gegenüber den Bietern.<sup>315</sup>

### cc) Vergabe- und Vertragsordnungen

Die Vergabe- und Vertragsordnungen stellen nach *Wollenschläger* die für die Vergabepraxis „*sprudelndste Quelle subjektiver Rechte*“<sup>316</sup> dar, da nahezu alle Vorschriften als Ausprägungen der vergaberechtlichen Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz Drittschutz entfalten.<sup>317</sup>

Zwar werden die Verdingungsordnungen nicht, wie im Oberschwellenbereich in § 97 Abs. 6 GWB i. V. m. §§ 4 ff. VgV, für rechtsverbindlich erklärt und es kann ihnen aus diesem Grund – isoliert betrachtet – keine über den Binnenbereich hinausgehende unmittelbare Verpflichtung der Verwaltung zur Einhaltung dieser Verfahrensvorschriften entnommen werden. Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Primärrechtsschutzbeschränkung auf überschwellige Auftragsvergaben ausdrücklich festgestellt, dass die tatsächliche Vergabepraxis zu einer Selbstbindung der Verwaltung führen und den Verdingungsordnungen als den verwaltungsinternen Regelungen über Verfahren und Kriterien der Vergabe aufgrund dieser Selbstbindung eine mittelbare Außenwirkung zukommen kann.<sup>318</sup> Eine tatsächliche Vergabepraxis liegt vor, wenn die öffentliche Hand ein Vorhaben nach Maßgabe der Verdingungsordnungen ausschreibt und damit zugleich den rechtlichen Rahmen für das Ausschreibungsverfahren festlegt. Auf diese Weise kommt den Vorschriften der Verdingungsordnungen für das Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und den Bietern Rechtssatzqualität zu, die im Wege der Selbstbindung der Verwaltung mittelbar Außenwirkung entfaltet.<sup>319</sup>

<sup>315</sup> Glahs, in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, G. Vergaberecht Rn. 107; Rahm/Stapel-Schulz, in Heuer/Engels/Eibelschäuser, Bundeshaushaltsrecht, § 55 BHO S. 18; Kallerhoff, NZBau 2008, 97 (101); Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Einleitung Rn. 68; Groß, in Gröpl, BHO/LHO, § 55 BHO Rn. 1; Dreher, in Immenga/Mestmäcker, GWB, Vorbemerkung Vor §§ 97 ff. Rn. 135; Wollenschläger, DVBl. 2007, 589 (597); Nebel, in Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 55 BHO Rn. 3; Schnieders, DVBl. 2007, 287 (287); BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 140; BVerwG, Beschl. v. 02.05.2007, BVerwGE 129, 9, 17; Krohn, in Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, 24. III. Rn. 9; Kallerhoff, NZBau 2008, 97 (101); a. A. Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 81 ff.; Ruthig, NZBau 2005, 497 (502).

<sup>316</sup> Wollenschläger, DVBl. 2007, 589 (597).

<sup>317</sup> Fehling, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 Abs. 7 GWB Rn. 214; ausführliche Liste drittschützender Bestimmungen und Rechtsprechungsnachweise bei Weyand, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 6.15.5.

<sup>318</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 153 f.

<sup>319</sup> BGH, Urteil v. 08.09. 1998, BGHZ 139, 273 275.

Öffentliche Auftraggeber sind somit, soweit nach Maßgabe der Verdingungsordnungen ausgeschrieben wird, auch im unterschwelligen Vergabebereich verpflichtet, die für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien und das vorgesehene Verfahren zu beachten. Oberhalb der Schwellenwerte haben die Vergabekammern und Oberlandesgerichte, deren Rechtsprechung zur Auslegung der (nahezu wortgleichen) unterschwelligen Vorschriften herangezogen werden kann, eine subjektiv-rechtliche Dimension von nahezu allen Verfahrensbestimmungen bejaht. Unternehmen haben bei der Vergabe öffentlicher Aufträge auf Grundlage der VOB Teil A so beispielsweise Anspruch darauf, dass die Vergabestelle einen fairen Wettbewerb schafft (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A), die vorgegebene Verfahrenshierarchie einhält (§ 3 VOB/A), losweise ausschreibt (§ 5 VOB/A), Eignungsnachweise benennt (§ 6 Abs. 3 Nr. 3 VOB/A), eine erschöpfende Leistungsbeschreibung erstellt (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A), produktneutral ausschreibt (§ 7 Abs. 8 VOB/A) und das Geheimhaltungsgebot einhält (§ 12 Abs. 6 VOB/A).<sup>320</sup> Eine Abweichung von diesen Vorschriften kann nach höchstrichterlicher Rechtsprechung (und herrschender Meinung in der Wissenschaft) eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG bedeuten, welches – wie bereits ausgeführt wurde – für jeden Mitbewerber ein subjektives und im Rahmen effektiven Rechtsschutzes geltend zu machendes Recht ist.

Die Reichweite der Verdingungsordnungen ist damit enorm. Nach Ziffer 2.2 VV-BHO ist bei allen Bundesvergaben unterhalb der Schwellenwerte des § 100 Abs. 1 GWB i. V. m. §§ 2 ff. VgV obligatorisch auf Grundlage des ersten Abschnitts der VOB/A bzw. der VOL/A auszuschreiben. Ähnliches gilt für Auftragsvergaben der Bundesländer und Kommunen. Auch hier sind die Abschnitte 1 der VOB/A und VOL/A durch Verweisung in den Verwaltungsvorschriften zu § 55 der jeweiligen Landeshaushaltsordnung oder aufgrund entsprechender Landesvergabegesetze verpflichtend von den Vergabestellen zu beachten.<sup>321</sup>

<sup>320</sup> Eine ausführliche Auflistung bei Weyand, Vergaberecht, § 97 Abs. 7 GWB Rn. 6.15.5.

<sup>321</sup> In Bayern, Baden-Württemberg, Brandenburg, Berlin, Niedersachsen, Hessen, Hamburg, Sachsen-Anhalt, Saarland, Schleswig-Holstein, Rheinland-Pfalz und Nordrhein-Westfalen sind die Abschnitte 1 der VOB/A, VOL/A aufgrund der jeweiligen Verwaltungsvorschriften zu § 55 LHO zu beachten (für Nordrhein-Westfalen siehe das Rundschreiben des Finanzministeriums vom 17. Dezember 2012, Ziffer 2 (abrufbar unter <http://www.vergabe.nrw.de>, Vergabegrundsätze Land, Stand 13.09.2013). In Thüringen erklärt § 1 Abs. 2 Thüringer Vergabegesetz (ThürVgG) vom 18. April 2011 (GVBl. S. 69) die Abschnitte 1 der VOB/A, VOL/A für anwendbar. In Mecklenburg-Vorpommern sind die Abschnitte 1 der VOB/A, VOL/A aufgrund von § 2 Abs. 1 Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern (VgG M-V) vom 7. Juli 2011 (GVBl. M-V, S. 411) und in Sachsen gem. § 1 Abs. 1, 2 Sächsisches Vergabegesetz (SächsVergabeG) vom 14. Februar 2013 (SächsGVBl., S. 109) anzuwenden. In Bremen sind gem. § 6 Abs. 1, 7 Abs. 1 Tariftreue- und Vergabegesetz (TtVG) vom 24. November 2009 (Brem.GBl. S. 476) die Abschnitte 1 der VOB/A, VOL/A bei Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die einen Wert von 10.000 Euro erreichen, anzuwenden.

*dd) Landesvergabegesetze*

Neben den Auftragsvergaben des Bundes wird ein großer Teil der öffentlichen Aufträge von den Ländern und Kommunen vergeben. Subjektive Rechtspositionen der Bieter können sich in diesen Fällen nicht nur aus den bereits dargestellten Rechtsquellen, sondern darüber hinaus aus dem einschlägigen Landesrecht ergeben.

Die meisten Bundesländer haben inzwischen eigene Vergabegesetze erlassen, die zum Teil oberhalb, zum Teil nur unterhalb der Schwellenwerte, teilweise für alle Auftragsvergaben oder erst ab einer gewissen Bagatellgrenze gelten.<sup>322</sup> Im Hinblick auf die Gewährung subjektiver Rechte außerhalb des Kartellvergaberechts gehen die Landesvergabegesetze im Regelfall jedoch nicht über die bestehende bundesdeutsche Rechtslage hinaus, sondern verweisen in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich in den meisten Fällen lediglich auf die Anwendbarkeit des ersten Abschnitts der VOB/A und VOL/A.

Eine Ausnahme bilden die Vergabegesetze in den Bundesländern Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen und Mecklenburg-Vorpommern.

In Sachsen gilt seit dem 14. März 2013 das Sächsische Vergabegesetz (SächsVergabeG)<sup>323</sup> für alle öffentlichen Aufträge unterhalb der Schwellenwerte des § 100 Abs. 1 GWB, §§ 2 ff. VgV (§ 1 Abs. 1 SächsVergabeG). Mit Erreichen einer gewissen Bagatellgrenze (bei Bauleistungen 75.000 Euro und bei Lieferungen und Leistungen 50.000 Euro) haben Bieter um landeseigene Aufträge gem. § 8 Abs. 1 SächsVergabeG einen Anspruch auf Vorabinformation gegen die Vergabestelle. Diese hat spätestens zehn Tage vor Zuschlagserteilung den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll und den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung des konkurrierenden Angebotes mitzuteilen.

---

<sup>322</sup> Das Hamburgische Vergabegesetz (HmbVgG) vom 13. Februar 2006 (HmbGVBl. 2006, S. 57) gilt gem. § 1 Abs. 1 HmbVgG für alle öffentlichen Aufträge, unabhängig vom Schwellenwert. Zu den Vergabegesetzen der Bundesländer ausführlich Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Einleitung Rn. 84 ff.

<sup>323</sup> Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Freistaat Sachsen vom 14. Februar 2013 (SächsGVBl. S. 109).

Eine ähnliche Regelung enthalten sowohl das Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt (SachsAnhLVG)<sup>324</sup> als auch das Thüringer Vergabegesetz (ThürVG)<sup>325</sup>. Der Anwendungsbereich beider Gesetze ist ebenfalls erst ab Erreichen einer gewissen Wertgrenze erreicht; für Bauaufträge besteht diese bei einem geschätzten Auftragswert von 50.000 Euro und bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen ab einem geschätzten Auftragswert von 20.000 Euro in Thüringen (§ 1 Abs. 1 ThürVG) bzw. bei 25.000 Euro in Sachsen-Anhalt (§ 1 Abs. 1 SachsAnhLVG). Auch hier hat die Vergabestelle alle Bieter – soweit der Auftragswert eine Bagatellgrenze von mindestens 150.000 Euro bei Bauaufträgen bzw. 50.000 Euro bei Liefer- und Dienstleistungen beträgt (§ 19 Abs. 4 ThürVG/ SachsAnhLVG) – gem. § 19 Abs. 1 ThürVG/SachsAnhLVG spätestens sieben Tage vor Vertragsschluss über den Namen des Zuschlagsempfängers und den Grund für die beabsichtigte Nichtberücksichtigung zu informieren.

In Mecklenburg-Vorpommern sind Bieter gem. § 12 Abs. 1, 2 Landesvergabegesetz (VgG M-V)<sup>326</sup> i. V. m. § 2 Vergabegesetzdurchführungslandesverordnung<sup>327</sup> bei Bauleistungen ab einem Auftragswert i. H. v. 1.000.000 Euro und bei allen sonstigen Leistungen ab 100.000 Euro ebenfalls mindestens sieben Kalendertage vor Vertragsschluss hierüber zu benachrichtigen. Weitergehende Rechte als diese Vorabinformation werden für Bieter jedoch nicht geschaffen.

Im Gegensatz hierzu sehen die Gesetze in Sachsen, Thüringen und Sachsen-Anhalt in Anlehnung an das kartellvergaberechtliche Rechtsschutzsystem ein sog. „kleines Nachprüfungsverfahren“<sup>328</sup> vor.

Beanstandet ein Bieter im Anschluss an die Vorabinformation die Nichteinhaltung der Vergabevorschriften und hilft der Auftraggeber der Beanstandung nicht ab, so ist die jeweilige Nachprüfungsbehörde über den konkreten Vorgang zu unterrichten. Der Zuschlag darf in diesem Fall nur erteilt werden, wenn die Nachprüfungsbehörde nicht innerhalb von einer bestimmten Frist das Vergabeverfahren beanstandet; andernfalls hat der Auftraggeber die Vorgabe der Nachprüfungsbehörde umzusetzen (§ 19 Abs. 2 ThürVG/SachsAnhLVG/§ 8 Abs. 2 SächsVergabeG).

Ein subjektiver Anspruch des Bieters auf ein Tätigwerden der Nachprüfungsbehörde besteht – in Sachsen und in Thüringen – jedoch nicht (§ 8 Abs. 2 S. 3 SächsVergabeG/§ 19 Abs. 2 S. 4 ThürVG).

<sup>324</sup> Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt (Landesvergabegesetz – SachsAnhLVG) vom 19. 11. 2012 (GVBl. S. 536). Hierzu ausführlich Kins/Hering, LKV 2013, 152 (152 ff.).

<sup>325</sup> Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Thüringer Vergabegesetz – ThürVgG) vom 18. April 2011 (GVBl. S. 69).

<sup>326</sup> Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Mecklenburg-Vorpommern (Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern - VgG M-V) vom 7. Juli 2011 (GVObI. M-V 2011, S. 411), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25. Juni 2012 (GVObI. M-V S. 238).

<sup>327</sup> Landesverordnung zur Durchführung des Vergabegesetzes Mecklenburg-Vorpommern (Vergabegesetzdurchführungslandesverordnung - VgGDLVO M-V) vom 22. Mai 2012 (GVObI. M-V 2012, S. 149).

<sup>328</sup> Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Einleitung Rn. 87.

Lediglich in Sachsen-Anhalt kann von einem entsprechenden subjektiven Recht der Bieter auf Nachprüfung unterschwelliger Vergabeentscheidungen ausgegangen werden. Ausweislich des Gesetzesentwurfs vom 08.12.2011 dient Art. 19 Abs. 2 SachsAnhLVG gerade dazu, „*die widerstreitenden Interessen der Vergabestellen und der beauftragten Unternehmen an einer schnellen Entscheidung und einer sofortigen Ausführung der Maßnahme sowie dem Interesse des erfolglosen Bieters, der Schaffung vollendeter Tatsachen durch die Zuschlagserteilung zuvorzukommen*,“<sup>329</sup> in Einklang zu bringen. Die Vorabinformation verbunden mit der festgelegten Wartefrist bis zur Zuschlagserteilung sei „*für den erfolglosen Bieter für die Inanspruchnahme eines effektiven Rechtsschutzes unentbehrlich*“.<sup>330</sup>

### III. Ergebnis Teil 1

Im ersten Teil dieser Arbeit wurden die ober- und unterhalb der Schwellenwerte maßgeblichen Rechtsquellen und die sich hieraus ergebenden subjektiven Rechte für Bieter beleuchtet.

Es wurde festgestellt, dass das deutsche Vergaberecht durch die europäisch normierten Schwellenwerte wie durch eine unsichtbare Grenze in zwei Teile gespalten wird. Der eine Teil, welcher Regelungen für Aufträge oberhalb der entsprechenden Schwellenwerte und damit im Anwendungsbereich der europäischen Vergabe- und Rechtsmittelrichtlinien vorsieht, enthält sowohl subjektive Bieterrechte als auch entsprechende Durchsetzungsmechanismen. Zentrale Vorschrift ist § 97 Abs. 7 GWB, der rechtsschutzsuchenden Bietern einen Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren einräumt. Konkretisiert werden die genannten Bestimmungen insbesondere durch die Verdingungsordnungen als Ausprägungen der in § 97 Abs. 1, 2 GWB genannten Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz. Diese in privater Normsetzung entwickelten Regelungen enthalten konkrete Vorgaben für Einleitung, Durchführung und Beendigung von Vergabeverfahren und müssen von öffentlichen Auftraggebern zwingend eingehalten werden. Das EU-Primärrecht, die EMRK sowie das deutsche Verfassungs- und Haushaltsrecht haben neben dieser weitreichenden, einfachgesetzlichen Ausgestaltung lediglich eine Ergänzungsfunktion inne.

Anders gestaltet sich die Rechtslage dagegen unterhalb der Schwellenwerte. Hier gelangt das europäische Vergabeprimärrecht mangels Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB unmittelbar zum Tragen und legt eigenständige Verpflichtungen für öffentliche Auftraggeber fest.

<sup>329</sup> Gesetzesentwurf der Fraktionen CDU und SPD zur Verabschiedung eines Vergabegesetzes und Aufhebung von Teilen des Mittelstandsförderungsgesetzes (Landesvergabegesetz – LVG LSA) vom 08.12.2011 (Drs. 6/644), S. 28.

<sup>330</sup> Gesetzesentwurf der Fraktionen CDU und SPD zur Verabschiedung eines Vergabegesetzes und Aufhebung von Teilen des Mittelstandsförderungsgesetzes (Landesvergabegesetz – LVG LSA) vom 08.12.2011 (Drs. 6/644), S. 28.

Voraussetzung für die Heranziehung der Grundfreiheiten und der allgemeinen Vergabegrundsätze ist lediglich das Vorliegen eines binnenmarktrelevanten Auftrages. Ein (potentieller) Bieter aus einem anderen EU-Mitgliedstaat müsste also ein grenzüberschreitendes Interesse am Erhalt des Auftrags besitzen können, welches im jeweiligen Einzelfall durch den geschätzten Wert des Auftrags in Verbindung mit seinen technischen Merkmalen oder dem für die Durchführung der Arbeiten vorgesehenen Ort ermittelt wird. Liegt ein solches Interesse vor, sind öffentliche Auftraggeber durch die Grundfreiheiten und vom EuGH entwickelten allgemeinen Vergabegrundsätze verpflichtet, den Auftrag europaweit bekanntzumachen, einen fairen Wettbewerb zu gewährleisten und die Grundsätze der Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz zu beachten. Legt der Auftraggeber der Ausschreibung außerdem die Verdingungsordnungen zugrunde, ist er durch das Prinzip der Selbstbindung der Verwaltung nach Art. 3 Abs. 1 GG auch an diese unmittelbar gebunden.

Im Hinblick auf die Durchsetzbarkeit dieser Rechte folgt aus dem europäischen Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz gem. Art. 47 GrCh zudem ein Anspruch des Einzelnen auf primären Rechtsschutz gegen mögliche Vergabefehler öffentlicher Auftraggeber. Dasselbe Recht kann aus Art. 20 Abs. 3 GG i. V. m. 6 EMRK und aus Art. 19 Abs. 4 GG auch für Aufträge ohne Binnenmarktbezug abgeleitet werden.



---

## **Teil 2: Primärrechtsschutz oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte**

Der zweite Teil dieser Arbeit widmet sich – aufbauend auf den im ersten Teil dargestellten Rechtsquellen und sich hieraus ergebenden subjektiven Rechtspositionen der Unternehmen – dem vergaberechtlichen Primärrechtsschutzsystem. Es wird zunächst untersucht, wie die oberhalb der Schwellenwerte bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten ausgestaltet sind und auf welche Weise die subjektiven Rechte der Bieter geschützt werden. Hierbei liegt das Augenmerk naturgemäß auf den im vierten Teil des GWB normierten Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern und der anschließenden Beschwerdemöglichkeit zu den Oberlandesgerichten, wobei der Ablauf dieser Verfahren aufgrund der umfangreichen Regelungssystematik entsprechend kurz dargestellt werden kann. Im Anschluss werden die unterhalb der Schwellenwerte bestehenden „allgemeinen Rechtsschutzmöglichkeiten“<sup>331</sup> unter besonderer Beachtung des einschlägigen Rechtswegs aufgearbeitet und bewertet. Es wird eruiert, ob die auch bei unerschwelligen Vergaben zu beachtenden Prinzipien der Gleichbehandlung, des fairen Wettbewerbs und der Transparenz sowie ihre jeweiligen Konkretisierungen im Rahmen der derzeitigen Rechtsordnung effektiv durchgesetzt werden können.

### **I. Primärrechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte**

#### **1. Rechtsschutz durch nationale Vergabekammern und Gerichte**

Der vergaberechtliche Primärrechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte ist vorwiegend im zweiten Abschnitt des vierten Teils des GWB unter der Überschrift „Nachprüfungsverfahren“ (§§ 102 bis 124 GWB) geregelt. Dieser Abschnitt beinhaltet sowohl Vorschriften über die Zuständigkeit der Nachprüfungsbehörden (§§ 102 bis 106a GWB), als auch über das zweistufig ausgestaltete Nachprüfungsverfahren mit den Vergabekammern als Eingangsinstanz (§§ 107 bis 115a GWB) und der Beschwerdemöglichkeit zu den Oberlandesgerichten (§§ 116 bis 124 GWB).

---

<sup>331</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 160.

### a) Vergabenachprüfungsverfahren, §§ 107 ff. GWB

Das in der Praxis bedeutsamste Verfahren ist – wie bereits angesprochen wurde – das Vergabenachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern. Hierdurch erhalten Bieter die Möglichkeit, vermeintliche Verstöße gegen Vergabevorschriften bereits während des Vergabevorgangs zu rügen und – im Falle des Nichtabhelfens durch die Vergabestelle – eine unabhängige Untersuchung des Vorgangs anzustrengen sowie die Zuschlagserteilung an ein konkurrierendes Unternehmen bis zur endgültigen Entscheidung hierüber zu verhindern.

#### aa) Zulässigkeit

Die erfolgreiche Durchführung eines Vergabenachprüfungsverfahrens setzt zunächst die Zulässigkeit des Antrags voraus.<sup>332</sup>

Hierfür ist der Nachprüfungsantrag gem. §§ 107 Abs. 1, 108 Abs. 1, 2 GWB schriftlich und begründet bei der zuständigen Vergabekammer zu stellen (§ 102 GWB)<sup>333</sup> die als Verwaltungsspruchkörper die Eingangsstanz des vergaberechtlichen Primärschutzsystems und damit die primären Kontrollinstanzen für Vergabeverfahren bilden.<sup>334</sup> Die Ausschließlichkeit der Zuständigkeit der Vergabekammern für Vergaberechtsstreitigkeiten ist in § 104 Abs. 2 GWB geregelt. Hiernach können Bieter subjektive Rechte auf Einhaltung der Vergabebestimmungen gem. § 97 Abs. 7 GWB sowie sonstige Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, nur vor den Vergabekammern (bzw. dem Beschwerdegericht) geltend machen.<sup>335</sup>

<sup>332</sup> Das Vorliegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen ist zwingend, siehe Antweiler, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 114 GWB Rn. 22.

<sup>333</sup> Siehe auch die Begründung im Entwurf des Vergaberechtsänderungsgesetzes (VgRÄG), BT-Drs. 13/9340, S. 16.

<sup>334</sup> Vgl. Heuvels, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 102 GWB Rn. 5; Müller-Wrede, in Müller-Wrede, GWB, § 102 GWB, Rn. 2; Ax/Schneider/Ottenströer, Rechtsschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe, S. 17. Die Anbindung der Vergabekammern erfolgte unterschiedlich: Die Vergabekammern des Bundes wurden beim Bundeskartellamt eingerichtet. Die Länder Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein nahmen die Anbindung auf Ebene der Ministerien und Senatsverwaltungen vor, wohingegen diese in den Ländern Bayern, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen bei den Regierungspräsidien erfolgte. Gleiches geschah in Niedersachsen und Sachsen-Anhalt, wobei hier die Vergabekammern zusätzlich bei den Oberfinanzdirektionen eingebunden wurden. Im Saarland wurde die Vergabekammer ebenfalls bei der Oberfinanzdirektion angehängt. Baden-Württemberg und Thüringen richteten die Vergabekammern dagegen bei den Landesoberbehörden (Landesgewerbe- und verwaltungsamt) ein, siehe Reider, in Montag/Säcker, MüKo Kartellrecht, § 102 Rn. 4.

<sup>335</sup> Die Abgrenzung zwischen der sachlichen Zuständigkeit der Vergabekammern des Bundes und der Länder wird in § 104 Abs. 1 GWB vorgenommen und in § 106a GWB präzisiert, siehe Landsberg, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 104 Rn. 3; Reider, in Montag/Säcker, MüKo Kartellrecht, § 104 GWB Rn. 3 ff.

Der Vergabenachprüfungsantrag muss neben der Bezeichnung des Antragsgegners insbesondere eine Darstellung des Sachverhalts und eine rechtliche Würdigung mit Angabe der Beweismittel enthalten, aus denen sich der gerügte Rechtsverstoß substantiiert ergibt. Es genügt nicht, wenn ein Unternehmen einen Nachprüfungsantrag mit pauschalen Behauptungen „ins Blaue hinein“ stellt in der Erwartung, die Vergabekammer werde den Sachverhalt vollumfänglich von Amts wegen ermitteln.<sup>336</sup> Unternehmen sind gehalten, zumindest Indizien oder tatsächliche Anhaltspunkte aufzuzeigen, die sie zu dem Schluss bewogen haben, die Vergabestelle habe sich rechtswidrig verhalten.<sup>337</sup>

In dem Nachprüfungsantrag ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB zudem die Antragsbefugnis eines Bieters ebenso wie ein durch die Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften drohender Schaden substantiiert darzulegen. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es zu verhindern, dass ein Bewerber, der auch bei ordnungsgemäß durchgeführtem Vergabeverfahren keinerlei Aussicht auf Berücksichtigung seines Angebotes oder Zuschlagserteilung gehabt hätte, ein investitionshemmendes Nachprüfungsverfahren einleiten kann.<sup>338</sup> Antragsbefugt ist gem. § 107 Abs. 2 GWB jedes Unternehmen, das ein unmittelbares Interesse am Erhalt des Auftrags hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dem Bieter muss durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften zudem ein Schaden entstanden sein oder zu entstehen drohen. Letzteres Kriterium stellt in der vergaberechtlichen Praxis eines der häufigsten Gründe mangelnder Erfolgsaussichten von Nachprüfungsanträgen dar, da sich der geltend gemachte Schaden grundsätzlich auf die Zuschlagschance beziehen muss. Dies bedeutet, dass das antragstellende Unternehmen zumindest die Möglichkeit gehabt haben muss, den Zuschlag tatsächlich zu erhalten.<sup>339</sup> Anzunehmen ist dies beispielsweise, wenn der öffentliche Auftraggeber zu Unrecht ein falsches Vergabeverfahren wählt<sup>340</sup> oder ein nationales anstatt eines europaweiten Verfahrens durchführt und dem Bieter hieraus Nachteile erwachsen.<sup>341</sup>

<sup>336</sup> Ax/Schneider/Ottenströer, Rechtsschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe, S. 23.

<sup>337</sup> OLG München, Beschl. v. 07.08.2007, ZfBR 2007, 718, 719.

<sup>338</sup> Regierungsentwurf des VgRÄG, BT-Drs. 13/9340, S. 40 (zu § 117 Abs. 2 GWB).

<sup>339</sup> Herlemann/Thiele, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 107 GWB Rn. 28 f. Der EuGH stellte einen Verstoß gegen Art. 1 Abs. 3 Richtlinie 89/665/EWG in der durch die Richtlinie 92/50/EWG geänderten Fassung fest, wenn einem Bieter der Zugang zum Nachprüfungsverfahren mit der Begründung verwehrt wird, dass sein Angebot bereits aus anderen Gründen vom Auftraggeber auszuschneiden gewesen wäre und ihm daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstanden sei bzw. zu entstehen drohe, EuGH, Urteil v. 19.06.2003 – C-249/01, ZfBR 2003, 793, 793. Der BGH folgte dieser Rechtsprechung und stellte klar, dass diese Prüfung nicht in der Zulässigkeit, sondern vielmehr in der Begründetheit des Antrags stattzufinden habe, BGH, Beschl. v. 18.05.2004, BGHZ 159, 186, 191 f.

<sup>340</sup> BGH, Beschl. v. 10.11.2009, BGHZ 183, 95, 105 f. .

<sup>341</sup> OLG München, Beschl. v. 05.11.2009, BeckRS 2009, 86656, Ls. 3.

Ein möglicher Schaden ist regelmäßig jedoch zu verneinen, wenn – und dies ist in der Praxis häufig der Fall – das Angebot des antragstellenden Bieters nach Öffnung und Wertung aller Angebote preislich weit über dem wirtschaftlich günstigsten Angebot liegt und sich andere Bieter auf einem Rang vor dessen Angebot befinden.<sup>342</sup> In diesem Fall wird ein bestehender bzw. drohender Schaden und damit die Antragsbefugnis mangels reeller Zuschlagschancen häufig verneint; außer die aussichtslose Position des Bieters wurde gerade durch die unterstellten Vergaberechtsverstöße hervorgerufen.<sup>343</sup>

Gem. § 107 Abs. 3 GWB ist eine weitere Zulässigkeitsvoraussetzung für das Nachprüfungsverfahren die vorherige Rüge des behaupteten Vergaberechtsverstößes durch den Bieter gegenüber der Vergabestelle. Durch diese Präklusionsvorschrift sollen – ausweislich der Gesetzesbegründung – Verzögerungen der Vergabeverfahren durch verspätete Nachprüfungsanträge verhindert und der Vergabestelle die Möglichkeit gegeben werden, erkannte Vergabefehler noch während des Verfahrens zu korrigieren.<sup>344</sup>

§ 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 bis 3 GWB enthalten verschiedene Präklusionstatbestände, die die Rügeobliegenheit der Bieter näher konkretisieren. Gem. § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB müssen Vergabeverstöße im laufenden Vergabeverfahren unverzüglich gerügt werden, wenn der Bieter positive Kenntnis hiervon erlangt.<sup>345</sup>

Ergibt sich der Vergabeverstoß dagegen allein aus der Vergabebekanntmachung, stellt § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB nicht auf die positive Kenntnis des Bieters ab, sondern auf die Erkennbarkeit des Fehlers. Dieser muss spätestens bis Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Der durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz<sup>346</sup> im Jahre 2009 neu hinzugekommene § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB sieht vor, dass der Antragsteller mit einer Rüge präkludiert ist, soweit er Verstöße gegen Vergabevorschriften, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt hat.

<sup>342</sup> VK Bund, Beschl. v. 11.06.2012, *ibr-online* (nachfolgend OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.10.2012 [sofortige Beschwerde zurückgewiesen], IBRRS 88494); VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 08.03.2012, IBRRS 87798; VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 17.12.2010, *openJur* 2013, 14976, Rn. 33; Beschl. v. 28.05.2009, *openJur* 2013, 14862, Rn. 50; Beschl. v. 05.01.2009, *openJur* 2013, 14833, Rn. 71; VK Brandenburg, Beschl. v. 18.06.2007, IBRRS 61809; Beschl. v. 11.06.2007, IBRRS 61808; Beschl. v. 06.12.2006, IBRRS 61218; VK Bund, Beschl. v. 04.05.2005, IBRRS 51363; ebenso Heuvels, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Kartellrecht*, § 107 GWB Rn. 17.

<sup>343</sup> VK Schleswig-Holstein, B. v. 05.07.2007, BeckRS 2007, 12567.

<sup>344</sup> Regierungsentwurf des VgRÄG, BT-Drs. 13/9340, S. 40 (zu § 117 Abs. 3 GWB).

<sup>345</sup> Ausführlich hierzu Herlemann/Thiele, in Dreher/Motzke, *BeckOK Vergaberecht*, § 107 GWB Rn. 36 ff.

<sup>346</sup> Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.04.2009, BGBl. I S.790.

Damit bekommt der öffentliche Auftraggeber – ausweislich der Gesetzesbegründung – auch in diesen Fällen die Gelegenheit, etwaige Verfahrensfehler zu beheben und so im Interesse aller Beteiligten unnötige Nachprüfungsverfahren zu vermeiden.<sup>347</sup>

Ebenfalls durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts eingefügt wurde § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB, welcher – entgegen seiner systematischen Stellung – keinen Präklusionstatbestand, sondern eine Ausschlussfrist für die Stellung des Nachprüfungsantrags normiert.<sup>348</sup> Der Antrag ist hiernach unzulässig, soweit mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind.<sup>349</sup> Bei Vorliegen einer sog. De-facto-Vergabe sei es – ausweislich der Gesetzesbegründung – jedoch „*nicht sachgerecht, den Unternehmen eine Rügeverpflichtung aufzuerlegen.*“ In diesen Fällen kann daher sofort ein Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer gestellt werden,<sup>350</sup> der gem. § 101b Abs. 2 Satz 1 GWB gleichwohl innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss erfolgen muss.

#### *bb) Begründetheit*

Der Antrag auf Vergabenachprüfung ist schließlich begründet, wenn die Vergabestelle den geltend gemachten Verstoß gegen bieterschützende Vergabebestimmungen tatsächlich begangen hat und der Bieter hierdurch in seinen Rechten verletzt wird.<sup>351</sup>

#### **b) Sofortige Beschwerde, §§ 116 ff. GWB**

Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Vergabekammern können Unternehmen im Wege der sofortigen Beschwerde zu den Oberlandesgerichten nach §§ 116 ff. GWB erlangen. Hierdurch wird rechtsschutzsuchenden Bietern im Grunde genommen erstmals der Weg zu einem unabhängigen Gericht eröffnet, da die Entscheidung der Vergabekammer zwar in einem gerichtsähnlichen Verfahren ergeht und auch die Mitglieder der Vergabekammer zum Teil Juristen mit Befähigung zum Richteramt sind.

<sup>347</sup> Regierungsentwurf des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes (VgModG), BT-Drs. 16/10117, S. 22 (zu § 107 Abs. 3 GWB).

<sup>348</sup> Herlemann/Thiele, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 107 GWB Rn. 51.

<sup>349</sup> Kritisch hierzu u. a. Byok, NVwZ 2009, 551 (555); Jaeger, NZBau 2009, 558 (559 ff.); Gabriel, NJW 2009, 2011 (2015).

<sup>350</sup> Regierungsentwurf des VgModG, BT-Drs. 16/10117, S. 22 (zu § 107 Abs. 3 GWB).

<sup>351</sup> Glaß, in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, G. Vergaberecht Rn. 101.

Gleichwohl ist die Vergabekammer selbst ein behördlicher Spruchkörper und dessen Entscheidungen Verwaltungsakte und keine Urteile oder Beschlüsse eines unabhängigen Gerichts.<sup>352</sup>

#### aa) Zulässigkeit

Die erfolgreiche Durchsetzung der sofortigen Beschwerde erfordert zunächst die Anrufung des hierfür zuständigen Spruchkörpers. Gem. § 116 Abs. 3 S. 1 GWB sind örtlich das für den Sitz der Vergabekammer zuständige Oberlandesgericht und innerhalb dieses Gerichts – funktional – der jeweilige Vergabesenat für sofortige Beschwerden zuständig.<sup>353</sup>

Beschwerdegegenstand sind gem. § 116 Abs. 1 GWB zum einen alle (verfahrensabschließenden) Endentscheidungen der Vergabekammern.<sup>354</sup> Zum anderen fingiert § 116 Abs. 2 GWB eine den Nachprüfungsantrag ablehnende Entscheidung, wenn die Vergabekammer nicht innerhalb der Frist des § 113 Abs. 1 GWB über denselben entschieden hat.<sup>355</sup> Kostenentscheidungen<sup>356</sup> und Kostenfestsetzungsbescheide<sup>357</sup> der Vergabekammer sowie Kostengrundentscheidungen einschließlich der Entscheidungen über die Notwendigkeit einer anwaltlichen Vertretung<sup>358</sup> und Streitwertfestsetzungen<sup>359</sup> sind ebenfalls selbstständig mit der sofortigen Beschwerde angreifbar. Zwischenentscheidungen, also solche Entscheidungen, die auf dem Weg zur Endentscheidung erlassen werden und in der Regel rein prozessuale Fragen betreffen, sollen nach herrschender Auffassung aufgrund des Beschleunigungsgrundsatzes nicht beschwerdefähig sein.<sup>360</sup>

<sup>352</sup> Vavra, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 116 GWB Rn. 1; siehe auch Begründung des Gesetzesentwurfs des VgRÄG BT-Drucks. 13/9340, S. 20 (zu § 126 GWB).

<sup>353</sup> Eine Liste aller Vergabesenate findet sich in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 116 GWB Rn. 43.

<sup>354</sup> Siehe hierzu ausführlich Weyand, Vergaberecht, § 116 GWB 32.6.1 Rn. 7 ff.

<sup>355</sup> Stockmann, in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 116 GWB Rn. 6.

<sup>356</sup> BGH, Beschl. v. 25.10.2011, NZBau 2012, 186, 186; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.09.2012, NZS 2013, 174, 174; OLG Naumburg, Beschl. v. 06.04.2005, NZBau 2005, 486, 486; OLG Stuttgart, Beschl. v. 19.07.2000, NZBau 2000, 543, 543; siehe auch Weyand, Vergaberecht, § 116 GWB 32.6.1.3;

<sup>357</sup> OLG München, Beschl. v. 06.02.2004, ibr-online; BayOLG, Beschl. v. 28.09.2001, IBRRS 37797.

<sup>358</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.07.2000, NZBau 2000, 486, 486; ebenso Dieck-Bogatzke, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 116 GWB Rn. 24 ff.; Vavra, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 116 GWB Rn. 10.

<sup>359</sup> OLG Koblenz, Beschl. v. 08.02.2001, VergabeR 2001, 123, 123 ff.; Vavra, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 116 GWB Rn. 10.

<sup>360</sup> Stockmann, in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 116 GWB Rn. 9; Vavra, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 116 GWB Rn. 11; Dieck-Bogatzke, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 116 GWB Rn. 13.

Wie bei jedem Rechtsmittel ist die Beschwerdebefugnis des Beschwerdeführers eine weitere Zulässigkeitsvoraussetzung. Die Befugnis kann entweder formeller oder materieller Natur sein, d. h. der Verfahrensbeteiligte hatte entweder mit seinem im Vergabenaachprüfungsverfahren gestellten Antrag ganz oder teilweise keinen Erfolg oder die Entscheidung der Vergabekammer verletzte ihn materiell in seinen Rechten.<sup>361</sup> Dies ist auch dann der Fall, wenn der Beschwerdeführer davon ausgehen kann, dass er den Zuschlag, den er ohne die Entscheidung der Vergabekammer mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erhalten hätte, nunmehr nicht mehr erhalten wird.<sup>362</sup>

Gem. § 117 Abs. 1 GWB ist die sofortige Beschwerde binnen einer Notfrist von zwei Wochen einzureichen. Sie beginnt mit Zustellung oder tatsächlichem Zugang der Entscheidung der Vergabekammer im Nachprüfungsverfahren.<sup>363</sup> Bereits bei ihrer Einlegung ist die Beschwerde außerdem gem. § 117 Abs. 2 GWB zu begründen. Es muss insbesondere dargelegt werden, inwieweit der Beschluss angefochten wird und eine geänderte Entscheidung beantragt wird (§ 117 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 GWB). Weiterhin müssen die Tatsachen und Beweismittel angegeben werden, auf die sich die Beschwerde stützt (§ 117 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 GWB).

#### *bb) Begründetheit*

Die sofortige Beschwerde des Antragstellers gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist ferner begründet, wenn der zuvor eingereichte Nachprüfungsantrag zulässig und begründet war. Legt dagegen die beigeladene Partei oder der Antragsgegner sofortige Beschwerde ein, ist diese begründet, wenn der Nachprüfungsantrag des Antragstellers gerade nicht zulässig oder begründet war. Im Rahmen der Begründetheit der sofortigen Beschwerde überprüft der Vergabesenat folglich von Amts wegen, ob die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Nachprüfungsantrags erfüllt sind und dieser im Ergebnis begründet ist.<sup>364</sup>

---

<sup>361</sup> Vavra, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 116 GWB Rn. 35 f.

<sup>362</sup> OLG Saarbrücken, Beschl. 27.05.2009, BeckRS 2009, 15182.

<sup>363</sup> Ax/Schneider/Ottenströer, Rechtsschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe, S. 106.

<sup>364</sup> Dieck-Bogatzke, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 123 GWB Rn. 2.

### c) Besonderheiten des vergabespezifischen Rechtsschutzes

#### aa) Vorabinformation

Gem. § 101a Abs. 1 S. 1 GWB hat der öffentliche Auftraggeber die betroffenen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des für den Zuschlag vorgesehenen Unternehmens, die Gründe der beabsichtigten Nichtberücksichtigung und den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich in Textform zu informieren. Satz 2 bestimmt weiter, dass der Zuschlag erst 15 bzw. 10 Kalendertage nach Absendung der Information erteilt werden darf.

§ 101 a GWB enthält damit zwei Regelungselemente: Die Vorschrift regelt zum einen die sog. „Vorabinformationspflicht“ des Auftraggebers gegenüber den nicht berücksichtigten Bietern vor Zuschlagserteilung und zum anderen das Verbot des Vertragsschlusses vor Ablauf der Informationsfrist bzw. eine hiermit korrelierende Stillhaltepflicht des Auftraggebers.<sup>365</sup> Zusammen mit der in § 101b Abs. 1 Nr. 1 GWB normierten Rechtsfolge der anfänglichen Unwirksamkeit eines entgegen dieser Vorgaben geschlossenen Vertrages, dessen Vergaberechswidrigkeit in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt wurde, dient § 101a GWB damit der Wahrung des Transparenzgebotes und effektiven Sicherung subjektiver Bieterrechte.<sup>366</sup> § 101a GWB ermöglicht es unterlegenen Bietern damit überhaupt erst, eine Nachprüfung von Vergaberechtsfehlern anzustrengen, da sie sonst erst nach der Erteilung des Zuschlags von ihrer Nichtberücksichtigung erfahren würden und Primärrechtsschutz gem. § 114 Abs. 2 S. 1 GWB ausgeschlossen wäre.

#### bb) Zuschlagsverbot

Entschließt sich ein unterlegener Bieter dazu, während der Stillhaltefrist ein Nachprüfungsverfahren anzustrengen, ist es der Vergabestelle gem. § 115 Abs. 1 GWB untersagt, den Zuschlag bis zum Ablauf der in § 117 Abs. 1 GWB geregelten Frist für die sofortige Beschwerde zu erteilen, sobald ihr von der Vergabekammer die Einleitung eines Nachprüfungsantrages in Textform mitgeteilt wurde. Ein gleichwohl erteilter Zuschlag an einen Dritten ist als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB nichtig.<sup>367</sup>

Dieses in § 115 Abs. 1 GWB normierte Zuschlagsverbot stellt – mit den Worten *Rosenkötters* – das „Gegengewicht zur verfahrensbeendenden Wirkung des Zuschlags“<sup>368</sup> dar und garantiert die Wirksamkeit des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes.

<sup>365</sup> Mentzini, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 101a GWB Rn. 1; Dreher, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 101a GWB Rn. 1; ausführlich zu §§ 101a, 101b GWB Dreher/Hoffman, NZBau 2009, 216 (216 ff.).

<sup>366</sup> Dreher, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 101a GWB Rn. 2.

<sup>367</sup> Regierungsentwurf des VgRÄG, BT-Drs. 19/9340, S. 19 f. (zu § 120 Abs. 1 GWB).

<sup>368</sup> Rosenkötter, in Müller-Wrede, GWB, § 115 GWB Rn. 1.



Hierdurch wird der Auftraggeber daran gehindert, durch wirksame und nach § 114 Abs. 2 S. 1 GWB nachträglich nicht mehr aufhebbare Zuschlagserteilung noch während des Nachprüfungsverfahrens vollendete Tatsachen zu schaffen und dem Primärrechtsschutz die Grundlage zu entziehen.<sup>369</sup>

Legt der Beschwerdeführer sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer ein, hat dies nach § 118 Abs. 1 S. 1 GWB aufschiebende Wirkung gegenüber der angegriffenen Entscheidung. Das Zuschlagsverbot des § 115 Abs. 1 GWB wird somit verlängert, weshalb die Vergabestelle den beabsichtigten Zuschlag erst zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist erteilen darf, § 118 Abs. 1 S. 2 GWB. Ziel dieser Regelung ist es, den effektiven Rechtsschutz für Bieter auch nach der erstinstanzlichen Entscheidung weiterhin sicherzustellen.<sup>370</sup>

§ 118 Abs. 1 S. 3 GWB ermöglicht dem Beschwerdeführer darüber hinaus das Zuschlagsverbot auf Antrag bis zur Entscheidung über die Beschwerde zu verlängern, wenn die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag ganz oder teilweise abgelehnt hat. Dies geschieht vor dem Hintergrund, dass unterlegene Bieter häufig erst knapp vor dem Ablauf der Beschwerdefrist Rechtsmittel einlegen und damit bis zur Möglichkeit der Zuschlagserteilung durch die Vergabestelle nur noch ein geringer Zeitraum von knapp über zwei Wochen verbleibt. Innerhalb dieser zwei Wochen ist es dem Vergabesenat in der Regel kaum möglich, eine Entscheidung in der Hauptsache zu treffen. Aus diesem Grund sieht § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB vor, dass auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung der Beschwerde verlängert werden kann. Wird dagegen kein Verlängerungsantrag gestellt, kann die Vergabestelle ohne weiteres nach Ablauf der Frist der Zuschlag erteilen.<sup>371</sup>

Hat die Vergabekammer dem Nachprüfungsantrag dagegen ganz oder teilweise stattgegeben, so besteht das Zuschlagsverbot infolge der positiven Vergabekammerentscheidung nach § 118 Abs. 3 GWB fort. Das Verbot dauert solange an, bis das Beschwerdegericht den Zuschlag nach § 121 GWB vorab gestattet, oder der Auftraggeber die Angebotswertung nach Maßgabe der Vergabekammerentscheidung wiederholt und die Informations- und Wartefrist gem. § 101a GWB abgelaufen ist, ohne dass ein Beteiligter zwischenzeitlich einen Nachprüfungsantrag gestellt hat oder das Beschwerdegericht die Entscheidung der Vergabekammer nach § 123 GWB aufhebt.<sup>372</sup>

<sup>369</sup> Regierungsentwurf des VgRÄG, BT-Drs. 19/9340, S. 19 f. (zu § 120 Abs. 1 GWB).

<sup>370</sup> Vavra, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 118 GWB Rn. 4.

<sup>371</sup> Vavra, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 118 GWB Rn. 9; siehe auch Weyand, Vergaberecht, § 118 GWB 34.7.1 Rn. 8 ff.

<sup>372</sup> Dieck-Bogatzke, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 118 GWB Rn. 5.

*cc) Untersuchungsgrundsatz*

Gem. § 110 Abs. 1 GWB erforscht die Vergabekammer den von den Parteien vorge-tragenen Sachverhalt von Amts wegen. Im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfah-ren gilt daher, wie im allgemeinen Verwaltungsverfahren, die sog. „Untersu-chungsmaxime“ und nicht, wie im Zivilprozess, die sog. „Verhandlungsmaxime“ bzw. der sog. „Beibringungsgrundsatz“.<sup>373</sup>

Aus dem Amtsermittlungsgrundsatz folgt, dass die Vergabekammer verpflichtet ist, alle Tatsachen zu ermitteln, die für ihre Entscheidung objektiv erforderlich sind und hierfür alle ihr zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen heranzieht.<sup>374</sup> Nach Ver-fahrenseinleitung ist sie gem. § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB bei der Entscheidung „*an die Anträge nicht gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken*“.

Im Einzelfall darf die Vergabekammer daher einen Verstoß gegen bestimmte Verga-bevorschriften zum Anlass nehmen, unabhängig von den Anträgen des Antragstel-lers tätig zu werden, um die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens sicherzustel-len.<sup>375</sup> Sinn und Zweck des Nachprüfungsverfahrens ist nach wie vor jedoch in erster Linie der individuelle Rechtsschutz des Bieters, nicht dagegen eine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle.<sup>376</sup>

Aus der Verweisung in § 120 Abs. 2 GWB auf § 70 Abs. 1 GWB ergibt sich, dass der Untersuchungsgrundsatz auch im Beschwerdeverfahren gilt. Die Regelung entspricht der Vorschrift des § 110 Abs. 1 GWB, welcher die Geltung des Untersuchungsgrund-satzes im Verfahren vor der Vergabekammer vorsieht. Das Beschwerdegericht hat insoweit eine umfassende Aufklärungspflicht, als der Vortrag der Beteiligten und der Sachverhalt Anlass hierzu bieten.<sup>377</sup>

<sup>373</sup> Bungenberg, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 110 GWB Rn. 4.

<sup>374</sup> Herlemann/Thiele, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 110 GWB Rn. 2 ff.; Bungenberg, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 110 GWB Rn. 4.

<sup>375</sup> Bungenberg, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 110 GWB Rn. 7.

<sup>376</sup> Herlemann/Thiele, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 110 GWB Rn. 1 m. w. N.

<sup>377</sup> Ax/Schneider/Ottenströer, Rechtsschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe, S. 110; Stock-mann, in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 120 GWB Rn. 8 ff.; Vavra, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 120 GWB Rn. 7.

*dd) Beschleunigungsgrundsatz*

Es ist auch dem Beschleunigungsgrundsatz und den knappen Regelfristen für das Verfahren geschuldet, dass die Vergabekammern regelmäßig keine umfassende Rechtmäßigkeitskontrolle durchführen können, sondern sich auf die vom Antragsteller vorgetragene Gesichtspunkte und darüber hinaus lediglich auf andere offenkundige und schwerwiegende Verstöße gegen Vergabebestimmungen beschränken müssen,<sup>378</sup> denn gem. § 113 Abs. 1 S. 1 GWB hat die Vergabekammer innerhalb von fünf Wochen ab Eingang des Vergabenachprüfungsantrags über diesen zu entscheiden. Diese Frist kann bei besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten im Ausnahmefall mit schriftlicher Begründung um zwei Wochen verlängert werden. § 113 Abs. 1 GWB ist nach der Gesetzesbegründung zum Vergaberechtsänderungsgesetz „die zentrale Regelung für die zügige Durchführung des Nachprüfungsverfahrens“<sup>379</sup>. Hierdurch sollen sog. „Investitionsblockaden“ der öffentlichen Hand durch die Einführung subjektiver Bieterrechte verhindert werden.<sup>380</sup> Zusammen mit den Rügeobliegenheiten des § 107 Abs. 3 GWB und der Verfahrensförderungspflicht der Beteiligten nach § 113 Abs. 2 S. 1 GWB soll der insbesondere in der Fristenregelung des § 113 Abs. 1 GWB zum Ausdruck gekommene Beschleunigungsgrundsatz gewährleisten, dass Verfahren vor den Vergabekammern im Regelfall in fünf Wochen abgeschlossen werden.<sup>381</sup>

Wie für das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer gilt auch für das Verfahren der sofortigen Beschwerde der Beschleunigungsgrundsatz. Zwar fehlt es an einer § 113 Abs. 1 Satz 1 GWB entsprechenden Vorschrift, weshalb das Beschwerdegericht nicht an die dort geregelte 5-Wochen-Frist gebunden ist. Die Vergabesenate der Oberlandesgerichte sind jedoch auch ohne eine gesetzlich festgelegte Frist zur Beschleunigung angehalten, da das gesamte Vergabeverfahren einschließlich der nachfolgenden Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren dem Grundsatz der Beschleunigung unterliegt.<sup>382</sup>

*ee) Akteneinsicht*

Nach § 111 Abs. 1 GWB haben die Verfahrensbeteiligten ferner das Recht, die der Vergabekammer vorliegenden Akten einzusehen.

<sup>378</sup> Heuvels, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 110 GWB Rn. 3.

<sup>379</sup> Regierungsentwurf des VgRÄG, BT-Drs. 13/9340, S. 19 (zu § 123 Abs. 1 GWB).

<sup>380</sup> Gröning, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 113 GWB Rn. 1; Dreher, in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 113 GWB Rn. 1.

<sup>381</sup> Dreher, in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 113 GWB Rn. 2.

<sup>382</sup> Vavra, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 116 GWB Rn. 2.

Diese Norm ist für einen effektiven Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen von „zentraler Bedeutung“<sup>383</sup> und schafft eine „zuvor nicht gekannte Transparenz des Vergabeverfahrens“<sup>384</sup> mit dem Ziel, ein faires Verfahren und Waffengleichheit für alle Beteiligten herzustellen.<sup>385</sup>

Zu den von § 111 Abs. 1 GWB umfassten Akten gehören insbesondere die Vergabeakten, die im Zuge des Vergabeverfahrens von der Vergabestelle angelegt werden. In diesen Akten enthalten sind insbesondere die Bekanntmachung, die Vergabeunterlagen, die Angebote sowie alle Vermerke und Dokumentationen, die sich mit der Prüfung und Wertung der Angebote auseinandersetzen. Bestandteil sind weiter der Vergabevermerk und die Entscheidung der Vergabestelle über den geplanten Zuschlag sowie die Vorabinformationsschreiben und der gesamte Schriftverkehr, der sich an erhobene Rügen anschließt.<sup>386</sup>

§ 120 Abs. 2 GWB enthält ferner eine Verweisung auf § 111 GWB, wodurch das im Vergabenachprüfungsverfahren geltende Recht auf Akteneinsicht der Beteiligten auch im Beschwerdeverfahren Anwendung findet.<sup>387</sup> Insoweit gelten die zu § 111 GWB getroffenen Aussagen.

#### ff) Beiladung

Die Vergabekammer kann gem. § 109 GWB darüber hinaus die Unternehmen, deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden, auf Antrag oder – im Falle der notwendigen Beiladung – von Amts wegen beiladen. Eine „schwerwiegende Interessenberührung“ liegt nach Auffassung des OLG Düsseldorf<sup>388</sup> vor, wenn durch den Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens oder durch die Entscheidung der Vergabekammer unter Berücksichtigung der Stellung des betreffenden Unternehmens im Vergabeverfahren dessen rechtliche oder wirtschaftliche Belange in besonderer Weise betroffen sind.

<sup>383</sup> Begründung des Gesetzesentwurfs des VgRÄG, BT-Drucks. 13/9340, S. 18 (zu § 121 GWB).

<sup>384</sup> Dreher, in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 111 GWB Rn. 4.

<sup>385</sup> Bungenberg, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 111 GWB Rn. 1.

<sup>386</sup> Vavra, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 112 GWB Rn. 12.

<sup>387</sup> § 120 Abs. 2 GWB enthält eine doppelte Verweisung: zum einen die für Beschwerden in allgemeinen Kartellsachen geltende Bestimmung des § 72 GWB, und zum anderen den für das Verfahren vor der Vergabekammer geltenden § 111 GWB. *Stockmann* spricht § 111 als der in Vergabeverfahren spezielleren Regelung den Vorrang und § 72 GWB lediglich insoweit Bedeutung zu, als die Regelung widerspruchsfrei ergänzende Folgen vorsieht; siehe *Immenga/Mestmäcker*, GWB, § 120 GWB Rn. 14; ähnlich *Vavra*, in *Dreher/Motzke*, BeckOK Vergaberecht, § 110 GWB Rn. 20; *Storr*, in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht, § 120 GWB Rn. 12 und *Dieck-Bogatzke*, in *Pünder/Schellenberg*, Vergaberecht, § 120 GWB Rn. 7 ff.

<sup>388</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.06.2002, NZBau 2002, 639, 639.

Kann die Entscheidung der Vergabekammer ein Unternehmen in eigenen Rechten verletzen oder für dieses eine rechtsgestaltende Wirkung entfalten, muss die Beiladung zwingend erfolgen.<sup>389</sup> Damit wird im Regelfall das Unternehmen zum Verfahren beigeladen, dessen Angebot als das wirtschaftlich günstigste ursprünglich für den Zuschlag vorgesehen war.

Nach § 119 GWB sind die an dem Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten an dem Verfahren vor dem Beschwerdegericht beteiligt. Ihrem Wortlaut nach scheint die Vorschrift dem Beschwerdegericht keine Befugnis einzuräumen, den Kreis der Beteiligten dadurch zu erweitern, dass es eine Beiladung im Beschwerdeverfahren durch Beschluss ausspricht.

In Literatur und Rechtsprechung wird die fehlende Normierung der Beiladungsbefugnis der Beschwerdegerichte allerdings als Gesetzeslücke eingeordnet, die im Wege der Analogie zur Wahrung des Beschleunigungsgrundsatzes und der Verfahrensökonomie geschlossen werden kann. In der Praxis sprechen die Beschwerdegerichte somit Beiladungen von Unternehmen, die im Vergabenachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern nicht beteiligt waren, im Beschwerdeverfahren regelmäßig aus.<sup>390</sup> Ein im erstinstanzlichen Verfahren nicht beigeladenes Unternehmen, das geltend macht, dass es durch die Entscheidung in seinen Interessen wirtschaftlich schwerwiegend berührt werden kann, ist vom Beschwerdegericht damit in entsprechender Anwendung der §§ 109, 119 GWB zum Beschwerdeverfahren beizuladen.<sup>391</sup>

#### *gg) Entscheidung der Vergabekammer/des Beschwerdegerichts*

Nach § 114 Abs. 1, 3 S. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer schließlich durch Verwaltungsakt, ob der Antragsteller in subjektiven Rechten im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB verletzt ist. Ist dies der Fall, trifft sie alle geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

<sup>389</sup> Bungenberg, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 109 GWB Rn. 13, 15; Heuvels, Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 109 GWB Rn. 12; Dreher, in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 109 GWB Rn. 12.

<sup>390</sup> OLG München, Beschl. v. 05.05.2009, BeckRS 2009, 12019; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.06.2002, NZBau 2002, 639, 639; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.11.2000, WuW 2001, 224; OLG Naumburg, Beschl. v. 09.12.2004, NJOZ 2005, 1630, 1630.

<sup>391</sup> Dieck-Bogatzke, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 119 GWB Rn. 5 m. w. N.; Vavra, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 119 GWB Rn. 7; Stockmann, in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 119 GWB Rn. 3.

Eine solche Maßnahme ist häufig bereits durch die Anordnung, fehlerhaft durchgeführte Verfahrensschritte zu wiederholen, gegeben.<sup>392</sup> Die Vergabekammer kann der Vergabestelle bei einer fehlerhaften Wertung der Angebote zudem aufgeben, eine erneute Wertung unter Beachtung ihrer Rechtsauffassung vorzunehmen.<sup>393</sup> Als ultima ratio steht der Vergabekammer zuletzt die Aufhebung des Vergabeverfahrens durch die Vergabekammer zur Verfügung.<sup>394</sup>

Die Kammer ist nach § 114 Abs. 1 S. 2 GWB bei ihrer Entscheidung an die Anträge der Parteien nicht gebunden und kann unabhängig hiervon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken. Bei der Wahl der zu treffenden Maßnahmen steht der Vergabekammer somit ein weiter Ermessensspielraum offen, der lediglich innerhalb des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Schranken findet.<sup>395</sup> Durch diese Regelung wird der Kammer eine weitgehende Entscheidungskompetenz eingeräumt, um eine flexible Reaktion zu ermöglichen, die einerseits in einer effektiven Weise die Belange des Bieters schützen, andererseits auch dem öffentlichen Interesse an einer möglichst zügigen Auftragsvergabe gerecht werden soll.<sup>396</sup>

Das Beschwerdegericht entscheidet schließlich durch Beschluss über die sofortige Beschwerde. Wie auch die Vergabekammer ist das Beschwerdegericht an die Anträge der Beteiligten nicht gebunden, sondern kann unabhängig hiervon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens hinwirken.<sup>397</sup> Nach § 123 GWB kann das Gericht die Entscheidung der Vergabekammer bei Begründetheit der sofortigen Beschwerde aufheben und in der Sache entweder selbst entscheiden oder die Sache (aufgrund der Beschleunigungsmaxime lediglich im Ausnahmefall) an die Vergabekammer zur Entscheidung zurückverweisen.<sup>398</sup> Entscheidet das Beschwerdegericht in der Sache selbst, kann es in entsprechender Anwendung des § 114 GWB grundsätzlich die gleichen Maßnahmen wie die Vergabekammer treffen.

<sup>392</sup> OLG München, Beschl. v. 21.05.2010, ZfBR 2010, 606, 607; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.04.2003, ZfBR 2003, 721, 721; siehe zu den Entscheidungsmöglichkeiten der Vergabekammern ausführlich Weyand, Vergaberecht, § 114 GWB 29.6.2 ff. Rn. 23 ff.

<sup>393</sup> VK Bund, Beschl. v. 15.03.2012, IBR 2012, 601, nachfolgend OLG Düsseldorf, Beschl. 28.11.2012, IBR 2013, 103 (sofortige Beschwerde zurückgewiesen); OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 20.12.2000, IBRRS 37261.

<sup>394</sup> OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 29.05.2007, BeckRS 2007, 65165; OLG Schleswig: Beschl. v. 30.06.2005, LSK 2005, 490119; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.04.2003, ZfBR 2003, 721, 721.

<sup>395</sup> VK Sachsen, Beschl. v. 24.09.2009, IBRRS 73279.

<sup>396</sup> Begründung des Gesetzesentwurfs des VgRÄG, BT-Drucks. 13/9340, S. 19 (zu § 124 GWB).

<sup>397</sup> Ax/Schneider/Ottenströer, Rechtsschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe, S. 120; Vavra, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 123 GWB Rn. 5; Stockmann, in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 123 GWB Rn. 6; Weyand, Vergaberecht, § 123 GWB 39.8.2.1 Rn. 21.

<sup>398</sup> Ax/Schneider/Ottenströer, Rechtsschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe, S. 123 f.; Vavra, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 123 GWB Rn. 4; Weyand, Vergaberecht, § 123 GWB 39.8.1 Rn. 18; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.12.2005, IBRRS 53724; OLG München, Beschl. v. 05.11.2002, NZBau 2002, 342, 345. Nach *Stockmann* und *Storr* steht die Entscheidung selbst zu entscheiden oder die Sache an die Vergabekammer zur Entscheidung zurückzuverweisen dagegen im freien Ermessen des Vergabesenats, siehe Stockmann, in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 123 GWB Rn. 5 und Storr, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 123 GWB Rn. 3.

**d) „Sonstiger“ Rechtsschutz durch die Zivilgerichte**

Wie eingangs bereits ausgeführt wurde, sind die Vergabekammern erstinstanzlich für alle vergaberechtlichen Streitigkeiten ausschließlich zuständig. Auch ausweislich der Begründung des Entwurfs des Vergaberechtsänderungsgesetzes soll „*das Recht auf Einhaltung der Vergabevorschriften nur hier und in diesem Verfahren*“<sup>399</sup> vor den Vergabekammern geltend gemacht werden können. Entgegen des eindeutigen Wortlauts des § 104 Abs. 2 GWB sind in der Literatur die Reichweite und der Umfang der im Vergabenaachprüfungsverfahren eröffneten Ansprüche, mithin die Ausschließlichkeit der Zuständigkeit der Vergabekammern allerdings umstritten.<sup>400</sup> Dies liegt daran, dass § 104 Abs. 2 GWB neben Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB auch die Geltendmachung „*sonstiger Ansprüche*“ gegen öffentliche Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, zulässt.

Im Gegensatz hierzu bejaht § 107 Abs. 7 GWB die Antragsbefugnis eines Unternehmens nur bei einer möglichen Verletzung der Rechte aus § 97 Abs. 7 GWB. „Sonstige Rechte“, insbesondere im Sinne zivilrechtlicher Ansprüche aus § 1004 BGB ggf. i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB, kartellrechtlicher Ansprüche aus § 20 GWB, wettbewerbsrechtlicher Ansprüche aus § 8 UWG i. V. m. § 3 UWG<sup>401</sup> oder auch Ansprüche aus dem EU-Vergabeprimärrecht, werden in § 107 Abs. 7 GWB nicht genannt.

Für eine Ansicht in der Literatur beruht dieser Widerspruch auf einem redaktionellen Versehen. Es sei eindeutig, dass der Zuständigkeit der Vergabekammern und Beschwerdegerichte auch alle sonstigen Ansprüche gegen Auftraggeber unterfielen. Nur auf diese Weise lasse sich eine Rechtswegzersplitterung zu Zivilgerichten und Vergabekammern, wie vom Gesetzgeber beabsichtigt, vermeiden.<sup>402</sup>

Eine andere Ansicht schränkt die vor den Vergabekammern und -senaten geltend zu machenden Ansprüche dagegen insoweit ein, „*als die betreffenden, im allgemeinen Zivil- und Kartellrecht sowie aus dem Wettbewerbsrecht des UWG wurzelnden Ansprüche im Vergleich zu dem unmittelbar vergaberechtlichen Anspruch gemäß § 97 Abs. 7 GWB nach wertender Betrachtung [...] inhaltsgleich sind.*“<sup>403</sup> So sollen zivil- und kartellrechtliche Ansprüche, die auf die Feststellung eines vergaberechtlichen Verstoßes des öffentlichen Auftraggebers gerichtet sind, von den Vergabekammern entschieden werden.

<sup>399</sup> Regierungsentwurf des VgRÄG, BT-Drs. 13/9340, S. 17 (zu § 114 GWB).

<sup>400</sup> zum Meinungsstand siehe Stockmann, in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 104 GWB Rn. 10 ff.

<sup>401</sup> Ausführlich hierzu Horn/Hofmann, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 102 GWB Rn. 15 ff.

<sup>402</sup> Landsberg, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 104 GWB Rn. 4 unter Hinweis auf den Regierungsentwurf des VgRÄG, BT-Drs. 13/9340, S. 17, 39; Kus, in Kulartz/Kus/Portz, GWB, § 104 Rn. 8; Marx, in Motzke/Pietzcker/Priess, BeckOK VOB, § 104 GWB Rn. 5 ff, 12; OLG Schleswig, Urteil v. 06.07.1999, NZBau 2000, 100, 100.

<sup>403</sup> Horn/Hofmann, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 104 GWB Rn. 17.

Stehen dagegen Kartellrechtsverstöße eines öffentlichen Auftraggebers nach § 1 oder §§ 19, 20 GWB, die von einem am Auftrag interessierten Unternehmen geltend gemacht werden, in Rede, sei das Vergabenachprüfungsverfahren zur Klärung dieser schwierigen kartellrechtlichen Vorfällen, welche eine Feststellung der Marktverhältnisse und der Stellung der Vergabestelle auf dem jeweiligen relevanten Markt erfordern, ungeeignet. In diesen Fällen seien – auch aufgrund des Beschleunigungsgrundsatzes und der Effektivität des Primärrechtsschutzes – nicht die Vergabekammern, sondern die Kartellsenate zur Entscheidung berufen.<sup>404</sup>

Für letztgenannte Auffassung spricht, dass hierdurch sowohl dem gesetzgeberischen Ziel der Zuständigkeitskonzentration vergaberechtlicher Streitigkeiten bei den Vergabekammern auf der einen Seite, als auch dem Beschleunigungsgrundsatz und der Effektivität des Rechtsschutzes auf der anderen Seite Rechnung getragen wird. Bis auf eine Ausnahme, betreffend die Beurteilung kartellrechtlicher Verstöße öffentlicher Auftraggeber, welche weiterhin der Beurteilung durch die Kartellsenate bei den Oberlandesgerichten obliegen (§ 95 GWB), sind die Vergabekammern damit auch nach der hier vertretenen Auffassung für sämtliche Vergaberechtsstreitigkeiten ausschließlich zuständig.

#### e) **Verwaltungsinterne Nachprüfungsverfahren**

Neben den Verfahren vor den Vergabekammern können Bieter darüber hinaus die verwaltungsinterne Überprüfung der streitgegenständlichen Maßnahme durch die Aufsichtsbehörden anstrengen, welche grundsätzlich unabhängig vom Erreichen bestimmter Schwellenwerte und durch form- und fristlosen Antrag möglich ist. Eine Besonderheit ist jedoch, dass das Aufsichtsverfahren nicht der Wahrung individueller Interessen dient und Bieter keinen Anspruch auf das Tätigwerden der Aufsichtsbehörden haben. Zudem führt eine Beschwerde nicht zu einem Aussetzen des Vergabeverfahrens oder gar zu einem Zuschlagsverbot an die Vergabestelle, weshalb dieses Verfahren in der Praxis eine untergeordnete Rolle spielt.<sup>405</sup>

Des Weiteren können Bieter, wie bereits im Rahmen der bis 1999 bestehenden sog. „haushaltsrechtlichen Lösung“, ein Nachprüfungsverfahren vor den sog. Vergabeprüfstellen anstrengen. Zwar haben die Vergabeprüfstellen in der Praxis nur eine geringe Bedeutung, weshalb der Hinweis auf die Vergabeprüfstellen in § 102 GWB und die Regelung in § 103 GWB (Vergabeprüfstellen) durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 20.04.2009<sup>406</sup> gestrichen wurden.

<sup>404</sup> Horn/Hofmann, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 104 GWB Rn. 17; ähnlich Heuvels, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 104 GWB Rn. 4 ff.

<sup>405</sup> Heuvels, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 102 GWB Rn. 17-19; Müller-Wrede in Müller-Wrede, GWB, § 102 GWB, Rn. 10-12.

<sup>406</sup> Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.04.2009, BGBl. I S.790.



Die grundsätzliche Möglichkeit der Nachprüfung durch Vergabeprüfstellen soll nach dem Willen des Gesetzgebers jedoch bestehen bleiben.<sup>407</sup> Von der Einrichtung der Vergabeprüfstellen haben allerdings lediglich die Länder Bremen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein sowie verschiedene Bundesministerien und -behörden Gebrauch gemacht.<sup>408</sup>

## 2. Rechtsschutz durch europäische Gerichte

Neben der Inanspruchnahme des nationalen Primärrechtsschutzsystems besteht für rechtsschutzsuchende Bieter auch die Möglichkeit, wegen der (behaupteten) Verletzung vergaberechtlicher Bestimmungen europäische Rechtsschutzmechanismen in Gang zu setzen.

### a) Rechtsschutz durch den EuGH

Bieter können parallel zu dem Rechtsschutz vor den nationalen Vergabekammern und Beschwerdegerichten eine Beschwerde an die Europäische Kommission richten, um die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gem. Art. 258 ff. AEUV zu erreichen.<sup>409</sup> Verfahrensgegenstand wäre in diesem Fall eine vermeintlich unionsrechtswidrige Maßnahme eines einem EU-Mitgliedstaat zurechenbaren Auftraggebers in einem binnenmarktrelevanten Vergabeverfahren.

Zu beachten ist jedoch, dass das Vertragsverletzungsverfahren als objektives Beantwortungsverfahren primär der mitgliedstaatlichen Einhaltung der Verpflichtungen aus dem Unionsrecht und nicht dem Schutz subjektiver Rechtspositionen der Unionsbürger dient.<sup>410</sup> Aus diesem Grund gewährt dieses Initiativrecht dem Bieter auch keinen subjektiven Anspruch auf Verfahrenseinleitung durch die Kommission. Diese kann sich vielmehr im Rahmen des ihr zugebilligten Ermessensspielraums für oder gegen ein Verfahren entscheiden.<sup>411</sup> Darüber hinaus ist die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258 AEUV nicht mit einem automatischen Zuschlagsverbot verbunden, so dass die Vergabestelle – wird von dem Bieter nicht gleichzeitig ein Vergabenachprüfungsverfahren nach den §§ 102 ff. GWB eingeleitet – einem anderen Unternehmen ohne weiteres den Zuschlag erteilen kann.

---

<sup>407</sup> Begründung des Regierungsentwurfs zum VergModG, BT-Drs. 16/10117, S. 22; vgl. ausführlich Diemon-Wies, in Hattig/Maibaum, Praxiskommentar Kartellvergaberecht, § 102 GWB Rn. 4; Müller-Wrede, in Müller-Wrede, GWB, § 102 GWB Rn. 13.

<sup>408</sup> Siehe hierzu Reider, in Montag/Säcker, MüKo Kartellrecht, § 102 GWB Fußnote 3 zu Rn. 102.

<sup>409</sup> Horn/Hofmann, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Vorbemerkung Vor § 102 GWB Rn. 25; Cremer, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 258 AEUV Rn. 4.

<sup>410</sup> Cremer, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 258 AEUV Rn. 2.

<sup>411</sup> Horn/Hofmann, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Vorbemerkung Vor § 102 GWB Rn. 25.

Das Vertragsverletzungsverfahren spielt somit aus diesen Gründen neben dem nationalen Vergabenaachprüfungsverfahren eine lediglich untergeordnete Rolle.

In den letzten Jahren haben allerdings zwei Entscheidungen des EuGH zu sog. De-facto-Vergaben für Aufsehen in der vergaberechtlichen Praxis gesorgt.<sup>412</sup>

Nach Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die Europäische Kommission stellte der EuGH in einem Urteil vom 10.04.2003<sup>413</sup> Verstöße der Bundesrepublik Deutschland gegen Unionsrecht fest, da zwei Gemeinden langjährige und hochdotierte Dienstleistungsverträge betreffend die Abwasser- und Müllentsorgung ohne Beachtung der entsprechenden vergaberechtlichen Bestimmungen vergeben hatten. Die Bundesrepublik wurde entsprechend Art. 260 Abs. 1 AEUV dazu aufgefordert, geeignete Maßnahmen zur Beseitigung der durch die – nach deutschem Vergaberecht wirksamen – Verträge immer noch andauernden Unionsrechtsverstöße zu ergreifen.

Im Einklang mit dem deutschen Vergaberechts, nach welchem einmal erteilte Zuschläge aufgrund von Vergaberechtsverstößen nachträglich nicht mehr rückgängig gemacht werden können, ließ die Bundesrepublik die streitgegenständlichen Verträge nicht aufheben, um die Verstöße zu beseitigen, sondern forderte die Kommunen in einem Rundschreiben lediglich zur künftigen Einhaltung vergaberechtlicher Vorschriften auf. Hieraufhin war die Kommission der Ansicht, dass die nach diesem Urteil eingeleiteten "Maßnahmen" der Bundesrepublik unzureichend waren und klagte nach Maßgabe von Art. 260 Abs. 2 AEUV erneut vor dem EuGH. Der Gerichtshof entschied mit Urteil vom 18.07.2007,<sup>414</sup> dass vergaberechtswidrige Verträge nach europäischem Recht auch nach Zuschlagserteilung aufgehoben werden müssen, wenn nur auf diese Weise ein andauernder Unionsrechtsverstoß beseitigt werden kann.<sup>415</sup>

Entgegen der eingangs genannten Nachteile gegenüber dem Vergabenaachprüfungsverfahren weist das Vertragsverletzungsverfahren somit auch signifikante, positive Aspekte auf. Trotz der in § 101b Abs. 2 GWB normierten maximal sechs-monatigen Nachprüfungsfrist für De-facto-Vergaben haben Bieter folglich die Möglichkeit, unter Verstoß gegen Vergabevorschriften zustande gekommene Verträge auch nach Ablauf der Frist im Rahmen einer Beschwerde zu der Europäischen Kommission zu rügen.<sup>416</sup>

---

<sup>412</sup> Siehe u. a. Wiesner, *ibr-online* 2012.; Horn/Hofmann, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Vorbemerkung Vor § 102 GWB Rn. 26 f.; Jennert/Räuchle, NZBau 2007, 555 (555 ff.); Weyand, *ibr-online* 2007.; Heuvels, NZBau 2005, 32 (32 ff.).

<sup>413</sup> EuGH, Urteil v. 10.04.2003 – Rs.C-20/01 und C-28/01, Slg. I-3609, NZBau 2003, 393 „*Kommission/Bundesrepublik Deutschland*“.

<sup>414</sup> EuGH, Urteil v. 18.07.2007 – C-503/04, NZBau 2007, 594 „*Kommission/ Bundesrepublik Deutschland*“.

<sup>415</sup> EuGH, Urteil v. 18.07.2007 – C-503/04, NZBau 2007, 594, 595 f. „*Kommission/ Bundesrepublik Deutschland*“.

<sup>416</sup> Horn/Hofmann, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Vorbemerkung Vor § 102 GWB Rn. 26 f.; Wiesner, *ibr-online* 2012. Rn. 20 ff.

Dies kann vor allem bei hochpreisigen Aufträgen oder Verträgen sinnvoll sein, die über einen langen Zeitraum geschlossen und gegebenenfalls mit einer Verlängerungsmöglichkeit versehen werden.

Zwar haben die Bieter keinen Anspruch auf ein Tätigwerden der Kommission. Entscheidet diese sich nach Durchführung des zweistufigen Vorverfahrens jedoch für die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens und stellt der EuGH tatsächlich einen Unionsrechtsverstoß wie in den beiden Urteilen aus den Jahren 2003 und 2007 fest, muss ein nach deutschem Recht ansonsten unangreifbarer Zuschlag nachträglich aufgehoben und das Verfahren im Regelfall erneut durchgeführt werden.

## b) Rechtsschutz durch den EGMR

Des Weiteren besteht für Bieter grundsätzlich die Möglichkeit, Rechtsschutz vor dem EGMR aufgrund einer Verletzung der durch die EMRK gewährleisteten Grundrechte zu ersuchen. Die EMRK besitzt, wie bereits in Teil 1 dieser Arbeit ausführlich dargestellt wurde, vor allem durch die Gewährleistung des „*right to a fair trial*“ in Art. 6 EMRK eine nicht zu unterschätzende, vergaberechtliche Dimension. Allerdings kann die Durchsetzung dieser Garantie vor dem EGMR aufgrund der umfangreichen Primärrechtsschutzmöglichkeiten im Oberschwellenbereich lediglich im Bereich der unerschwelligen Auftragsvergaben Bedeutung erlangen. An dieser Stelle wird somit auf die dortigen<sup>417</sup> Ausführungen verwiesen.

## II. Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte

Nach Inkrafttreten des Vergaberechtsänderungsgesetzes wurde in den ersten gerichtlichen Entscheidungen in nationalen Vergabestreitigkeiten ein gesetzgeberischer Wille des Inhalts abgeleitet, einen primären Bieterrechtsschutz in Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte nicht begründen zu wollen.<sup>418</sup> Seit dem – auf eine gegen diese Schlussfolgerung gerichtete Urteilsverfassungsbeschwerde folgenden – Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 13.06.2006 ist in Literatur und Rechtsprechung heute weitestgehend anerkannt, dass Primärrechtsschutz auch im Unterschwellenbereich gewährt werden muss und dieser sich „*nach der allgemeinen Rechtsschutzordnung richtet*“.<sup>419</sup>

<sup>417</sup> Siehe unter Ziffer II. 2. lit. b.

<sup>418</sup> OLG Saarbrücken, Beschl. v. 29.04.2003, NZBau 2003, 462, 462 f., Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte ebenfalls ablehnend OLG Stuttgart, Urteil v. 11.04.2002, NZBau 2002, 395, 395.

<sup>419</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 155; dieser Entscheidung folgend z. B. OLG Brandenburg, Beschl. v. 17.12.2007, IBRRS 63381; Beschl. v. 29.05.2008, IBRRS 65212; OLG Hamm, Beschl. v. 12.02.2008, ZfBR 2008, 816, 816; OLG Oldenburg, Beschl. v. 02.09.2008, ZfBR 2008, 819, 819; OLG Jena, Beschl. v. 08.12.2008, NZBau 2009, 208; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.10.2008, ZfBR 2009, 304; nach wie vor gegen die Gewährung unerschwelligen Primärrechtsschutzes LG Potsdam, Beschl. v. 14.11.2007, BeckRS 2007, 19106.

Mangels klarer gesetzgeberischer Vorgaben weiterhin umstritten ist jedoch, welche Rechte im Rahmen der „allgemeinen Rechtsschutzordnung“ geltend gemacht werden können, auf welche Weise die Durchsetzung dieser Rechte erfolgen kann und welche Gerichtsbarkeit für entsprechende Verfahren zuständig ist. Diese Fragen sind seit langem Gegenstand hitziger wissenschaftlicher Auseinandersetzungen und führen regelmäßig zu uneinheitlichen und für Bieter nicht vorhersehbaren Antworten der angerufenen Gerichte.

## 1. Rechtsschutz durch nationale Gerichte

### a) Rechtswegeröffnung

Streitig ist bereits die Frage, ob vergaberechtlicher Primärrechtsschutz in Deutschland vor der Zivil- oder der Verwaltungsgerichtsbarkeit ersucht werden kann. In einem als „Paukenschlag“<sup>420</sup> empfundenen Beschluss entschied das OVG Koblenz am 25.05.2005, dass dem Abschluss des privatrechtlichen Vertrags durch Zuschlag als zweite Stufe, eine erste Stufe in Gestalt eines eigenständigen, öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegenden Vergabeverfahrens vorausginge und aus diesem Grund der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet sei.<sup>421</sup> Demgegenüber entschied das Bundesverwaltungsgericht mit Beschluss vom 02.05.2007<sup>422</sup>, dass für vergaberechtliche Streitigkeiten im Unterschwellenbereich der ordentliche Rechtsweg eröffnet sei. Das Gericht begründete seine Entscheidung wie folgt:

Zum einen werde der Staat bei der Vergabe öffentlicher Aufträge als Nachfrager am Markt tätig und unterscheide sich in dieser Rolle nicht grundlegend von anderen Marktteilnehmern, so dass kein Über-/Unterordnungs-, sondern ein gewisses Gleichrangigkeitsverhältnis bestehe.<sup>423</sup> Zum anderen seien die von der öffentlichen Hand durch Zuschlag abgeschlossenen Werk- und Dienstverträge ausschließlich dem Privatrecht zuzuordnen, genauso wie das dem Abschluss des Vertrags vorausgehende Vergabeverfahren, durch welches ein vorvertragliches, privatrechtliches Rechtsverhältnis entstehe, das bis zur Auftragsvergabe an einen der Bieter andauere. Die Vergabe öffentlicher Aufträge sei somit als einheitlicher Vorgang insgesamt dem Privatrecht zuzuordnen.<sup>424</sup>

<sup>420</sup> Monatsinfo 5/2005 des forum vergabe e.V., S. 69.

<sup>421</sup> OVG Koblenz, Beschl. v. 25.05.2005 (nicht rechtskräftig), NZBau 2005, 411, 412 „Lenkwaffen“.

<sup>422</sup> BVerwG, Beschl. v. 02.05.2007, BVerwGE 129, 9, 9 ff.

<sup>423</sup> BVerwG, Beschl. v. 02.05.2007, BVerwGE 129, 9, 11 ff.; ebenso VG Leipzig, Beschl. v. 06.09.2005, IBRRS 52809.

<sup>424</sup> BVerwG, Beschl. v. 02.05.2007, BVerwGE 129, 9, 13 f.; ebenso VG Leipzig, Beschl. v. 06.09.2005, IBRRS 52809.

Eine andere Beurteilung rechtfertige – nach Auffassung des Gerichts – auch nicht der Umstand, dass die öffentliche Hand im Vergabeverfahren öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliege, die für Privatpersonen nicht in entsprechender Weise gelten. Insbesondere die Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG führe nicht dazu, dass das Rechtsverhältnis zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bietern als öffentlich-rechtlich anzusehen sei, da jede staatliche Stelle unabhängig von der Handlungsform den allgemeinen Gleichheitssatz zu beachten habe.<sup>425</sup> Aus diesem Grund komme es auch nicht auf den Umstand an, dass der Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand regelmäßig die Verdingungsordnungen zugrunde gelegt würden, da eine Bindung der öffentlichen Auftraggeber im Außenverhältnis gegenüber den Bietern ebenfalls nur über Art. 3 Abs. 1 GG und den hieraus abzuleitenden Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung bewirkt werde. Etwas anderes folge auch nicht aus den haushaltsrechtlichen Bindungen der öffentlichen Hand bei der Vergabe von Aufträgen, da das Haushaltsrecht reines Innenrecht sei und den öffentlichen Auftraggeber allein im Innenverhältnis, nicht aber im Außenverhältnis gegenüber den Bietern binde.<sup>426</sup>

Zuletzt lasse sich nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts eine öffentlich-rechtliche Einordnung der Beziehungen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bietern auch nicht durch Heranziehung der sog. „Zwei-Stufen“-Theorie begründen. Das Vergabeverfahren sei nämlich seiner Struktur nach gerade nicht zweistufig; vielmehr erfolge die Entscheidung über die Auswahl zwischen mehreren Bietern im Regelfall unmittelbar durch den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags mit einem der Bieter durch Zuschlag. Somit fehle es an einem Anknüpfungspunkt für eine „erste Stufe“, auf der eine – nach öffentlichem Recht zu beurteilende – selbstständige „Vergabeentscheidung“ fallen könne. Durch die Anwendung der Zwei-Stufen-Theorie auf die Vergabe öffentlicher Aufträge würde vielmehr ein einheitlicher Vorgang künstlich in zwei Teile aufgespalten.<sup>427</sup>

Ein Teil der Literatur schloss sich nach dieser Entscheidung der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts an und bejaht seither mit ähnlichen Argumenten die Eröffnung des ordentlichen Rechtswegs.<sup>428</sup>

<sup>425</sup> BVerwG, Beschl. v. 02.05.2007, BVerwGE 129, 9, 14 ff.

<sup>426</sup> BVerwG, Beschl. v. 02.05.2007, BVerwGE 129, 9, 17 f.; ebenso VG Leipzig, Beschl. v. 06.09.2005, IBRRS 52809; OVG Berlin, Beschl. v. 28.07.2006, NZBau 2006, 668, 668.

<sup>427</sup> BVerwG, Beschl. v. 02.05.2007, BVerwGE 129, 9, 19; ebenso VG Leipzig, Beschl. v. 06.09.2005, IBRRS 52809; VG Karlsruhe, Beschl. v. 14.06.2006, NZBau 2006, 672, 672; OVG Berlin, Beschl. v. 28.07.2006, NZBau 2006, 668, 669.

<sup>428</sup> Ruthig, NZBau 2005, 497 (497 ff.); Druschel, JA 2008, 514 (514 ff.); Pietzcker, NJW 2005, 2881 (2882); Möllenkamp, in Kulartz/Kus/Portz, GWB, § 107 GWB Rn. 9; Widmann, Vergaberechtschutz im Unterschwellenbereich, S. 172 ff.; kritisch Krohn, NZBau 2007, 493 (493 ff.).

Ein anderer Teil der Literatur spricht sich jedoch nach wie vor für die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit aus.<sup>429</sup>

Den Ausgangspunkt für diese Auseinandersetzung über den „richtigen“ Rechtsweg bildet zunächst die Frage, wann eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO vorliegt, die, soweit keine abdrängende Sonderzuweisung vorliegt, den Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Die Einordnung einer Streitigkeit als öffentlich-rechtlich richtet sich grundsätzlich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird. Wenn dieses Rechtsverhältnis – anhand einer Gesamtwürdigung aller im Rahmen der Anspruchsgrundlage heranzuziehenden und damit streitentscheidenden Normen – insgesamt als öffentlich-rechtlich zu beurteilen ist, ist auch die hieraus entstehende Streitigkeit öffentlich-rechtlich und damit von den Verwaltungsgerichten zu entscheiden.<sup>430</sup> Zur Einordnung dieser Normen als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich, werden verschiedene Theorien herangezogen. Teilweise wird auf die Subordinationstheorie zurückgegriffen, nach welcher das Wesen öffentlich-rechtlicher Vorschriften darin besteht, ein Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen Staat und Bürger zu begründen, in dem der Wille des einen den anderen rechtlich zu binden vermag.<sup>431</sup> Daneben gelangt häufig die auf das römische Recht zurückgehende Interessentheorie zur Anwendung, nach welcher all die Vorschriften öffentlich-rechtlich sind, die dem Gemeinwohl zu dienen bestimmt sind.<sup>432</sup> Schließlich ist nach der Sonderrechtstheorie eine Vorschrift öffentlich-rechtlich, wenn auf wenigstens einer Seite ausschließlich ein Träger öffentlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet wird.<sup>433</sup>

Zu prüfen ist damit in einem ersten Schritt, von welchen Vorschriften das Vergaberechtsverhältnis beherrscht wird bzw. aus welchen Vorschriften Bieter einklagbare subjektive Ansprüche ableiten können. In einem zweiten Schritt wird über die Zuordnung dieser Regelungen zum Privat- oder zum öffentlichen Recht entschieden.

<sup>429</sup> Rennert, in Eyermann, VwGO, § 40 VwGO Rn. 49; Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 260 ff.; Bungenberg, SächsVBl. 2008, 53 (55); Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 184 ff.; Burgi, NVwZ 2007, 737 (737 ff.); Krist, IBR 2007, 1075 (nur online); Özfirat-Skubinn, DÖV 2010, 1005 (1005 ff.); Frenz, Handbuch Europarecht - Band 3, Rn. 3427 ff.; *Knöbl* differenziert: öffentlich-rechtliche Ansprüche aus den Grundrechten und den EU-Grundfreiheiten seien vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen, zivilrechtliche Ansprüche dagegen grds. vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit. *Knöbl* weist jedoch auch darauf hin, dass nach § 17 Abs. 2 S. 1 GVG ein einheitlicher prozessualer Anspruch in einem Rechtsweg verfolgt werden kann, mag dieser Anspruch auch auf Rechtsgrundlagen unterschiedlicher Rechtsgrundlagen gestützt sein. Nach dieser Ansicht entscheidet somit das zuerst angerufene Gericht umfassend über alle geltend gemachten Ansprüche, siehe *Knöbl*, Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte, S. 105 f.

<sup>430</sup> Kopp/Schenke, VwGO, § 40 VwGO Rn. 6; Rennert, in Eyermann, VwGO, § 40 VwGO Rn. 32; Sodan, in Sodan/Ziekow, VwGO, § 40 VwGO Rn. 266; Erbguth, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 5 Rn. 6.

<sup>431</sup> Rennert, in Eyermann, VwGO, § 40 VwGO Rn. 42; von Nicolai, in Redeker/von Oertzen, VwGO, § 40 VwGO Rn. 8; Ehlers, in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 VwGO Rn. 223.

<sup>432</sup> Von Nicolai, in Redeker/von Oertzen, VwGO, § 40 VwGO Rn. 8; Ehlers, in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 VwGO Rn. 222.

<sup>433</sup> Rennert, in Eyermann, VwGO, § 40 VwGO Rn. 43 f.; Reimer, in Posser/Wolf, BeckOK VwGO, § 40 VwGO Rn. 45.

In unterschwelligen Vergabeverfahren maßgeblich ist zunächst § 55 Abs. 1 BHO bzw. die entsprechende Bestimmung in den Landeshaushaltsordnungen, wonach jeder Vergabe eine öffentliche Ausschreibung vorauszugehen hat. § 55 BHO/LHO dient in erster Linie dem sparsamen Umgang mit öffentlichen Geldern, um die erhobenen Steuern und Abgaben bestmöglich einzusetzen. Zudem soll die Vorschrift dem sog. „Hoflieferantentum“ vorbeugen und die freie Marktwirtschaft vor Verfälschung durch staatliche Einflussnahme schützen.<sup>434</sup> Beide Ziele dienen der Erfüllung öffentlicher Interessen, so dass die Norm – unter Rückgriff auf die Interessentheorie – dem öffentlichen Recht zugeordnet werden kann. Des Weiteren wird durch diese Bestimmung allein die Verwaltung als Hoheitsträger verpflichtet, die Auftragsvergabe öffentlich auszuschreiben und beim Abschluss von Verträgen nach einheitlichen Richtlinien zu verfahren, so dass § 50 BHO/LHO auch nach der Sonderrechtstheorie als öffentlich-rechtliche Vorschrift zu qualifizieren ist.<sup>435</sup>

Die nach § 55 Abs. 1 BHO vorgeschriebene öffentliche Ausschreibung wird weiterhin maßgeblich durch die Teile A der Verdingungsverordnungen VOB und VOL bestimmt, die durch § 55 Abs. 2 BHO/LHO und Verweisung in den VV-BHO/LHO zur Anwendung gelangen und detaillierte Regeln betreffend die Ausgestaltung der jeweiligen Vergabeverfahren enthalten. Zwar handelt es sich bei den Verdingungsordnungen um außerhalb staatlicher Rechtsetzung gebildete und somit private Regelwerke. Indem sie zur inhaltlichen Konkretisierung des § 55 BHO herangezogen werden, werden sie jedoch als Verwaltungsvorschriften eingeordnet, die ebenfalls dem öffentlichen Interesse der sparsamen Haushaltsführung dienen und die Vergabestelle als Trägerin hoheitlicher Gewalt einseitig verpflichten.<sup>436</sup> Auch die konkrete Ausgestaltung des Vergabeverfahrens unterliegt somit öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Weiterhin sind von öffentlichen Auftraggebern Art. 3 Abs. 1 GG als verfassungsrechtliche Vorschrift zu beachten, welcher – wie im ersten Teil dieser Arbeit ausführlich dargestellt wurde – ebenfalls konkrete Forderungen an die Ausgestaltung von Vergabeverfahren stellt. Darüber hinaus sind – gerade im Unterschwellenbereich – die Vorgaben des EU-Primärrechts zu beachten, die durch die Grundfreiheiten und die allgemeinen Vergabegrundsätze ebenso konkrete, öffentlich-rechtliche Bindungen bewirken.

Die Zuschlagserteilung stellt schließlich die Abgabe einer privatrechtlichen Willenserklärung i. S. d. §§ 145 ff BGB zum Abschluss gleichfalls dem Privatrecht zuzuordnenden Werk- oder Dienstleistungsverträgen dar.<sup>437</sup>

<sup>434</sup> Groß, in Gröpl, BHO/LHO, § 55 BHO Rn. 1; Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 185.

<sup>435</sup> Ebenso Özfirat-Skubinn, DÖV 2010, 1005 (1008).

<sup>436</sup> Seidel/Mertens, in Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, H. IV. Öffentliches Auftragswesen Rn. 370; Groß, in Gröpl, BHO/LHO, § 55 BHO Rn. 2; Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 116, 188.

<sup>437</sup> Vgl. die a. A. des BGH, Beschl. v. 09.02.2004, BGHZ 158, 43, 48; siehe auch Özfirat-Skubinn, DÖV 2010, 1005 (1006) m. w. N.

Betrachtet man somit den gesamten Ablauf des Vergabeverfahrens von der Entscheidung, die Leistungen am Markt abzurufen, über die Bekanntmachung des Auftrags, die Festlegung von Beschaffungskriterien und Fristen, die Öffnung der Angebote, die anschließende Prüfung und Wertung und letztlich die Zuschlagserteilung, wird das Vergabeverfahren bis zur Zuschlagserteilung maßgeblich von öffentlich-rechtlichen Vorschriften bestimmt. Dies bedeutet, dass das aus diesen Vorschriften resultierende Rechtsverhältnis zwischen Staat und Bieter ebenfalls als öffentlich-rechtlich einzuordnen ist und Streitigkeiten von den Verwaltungsgerichten zu entscheiden sind.

Eine andere Beurteilung rechtfertigt auch nicht die Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts in der Entscheidung vom 02.05.2007.

Soweit das Gericht in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausführt, dass sich die öffentliche Hand bei der Vergabe öffentlicher Aufträge auf eine Ebene der Gleichordnung mit Privaten begeben und insoweit kein Über-/Unterordnungsverhältnis bestehe, wurde eingangs bereits festgestellt, dass dem Staat zum einen aufgrund der unmittelbaren Grundrechtsbindung „*bei keiner Form seines Handelns das Recht zur Beliebigkeit*“<sup>438</sup> zusteht und er zum anderen, im Gegensatz zu privaten Wirtschaftsteilnehmern, haushaltsrechtlichen Bindungen unterworfen ist.<sup>439</sup> Darüber hinaus gibt die öffentliche Hand mit Auftragsbekanntmachung einseitig umfangreiche Beschaffungskriterien vor, die von interessierten Bietern eingehalten werden müssen, um eine Chance auf den Zuschlag zu erhalten. Auch dies spricht gegen das vom Bundesverwaltungsgericht angeführte Gleichordnungsverhältnis. Aus diesen Gründen ist der Staat – nach der hier vertretenen Auffassung – bei der Auswahl seiner Vertragspartner nicht mit privaten Auftraggebern gleichzusetzen, was gegen eine privatrechtliche Einordnung der diese Auswahlentscheidung bestimmenden Vorschriften spricht.

Soweit das Bundesverwaltungsgericht ferner ausführt, dass mit Beteiligung des Bieters im Ausschreibungsverfahren ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis zu Stande käme, dessen Verletzung auf Sekundärebene privatrechtliche Schadensersatzansprüche auslösen könne und das Vergabeverfahren als einheitlicher Vorgang damit insgesamt dem Privatrecht zuzuordnen sei, ist dem ebenfalls nicht zu folgen. Die Geltendmachung von sekundären Schadensersatzansprüchen nach Zuschlagserteilung mag auf vertraglichen oder vertragsähnlichen Anspruchsgrundlagen erfolgen, einen Rückschluss auf die Rechtsnatur der dem Vergabeverfahren und damit dem Primärrechtsschutz zugrundeliegenden Normen erlaubt dies jedoch nicht. Auch die Einordnung der haushaltsrechtlichen Bestimmungen und der Verdingungsordnungen als für die Verwaltung nur im Innenverhältnis maßgebliches Binnenrecht, auf welches sich die Bieter außer über Art. 3 Abs. 1 GG nicht berufen können, ändert nichts an ihrer Einordnung als öffentlich-rechtliche Vorschriften.

---

<sup>438</sup> Pache, DVBl. 2001, 1781 (1787); ebenso Dreier, in Dreier, GG, Art. 1 GG Rn. 66.

<sup>439</sup> Burgi, NVwZ 2007, 737 (739); Özfirat-Skubinn, DÖV 2010, 1005 (1006 f.).



Zuletzt muss die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, die Auftragsvergabe als einheitlichen (privatrechtlichen) Vorgang zu betrachten, welcher durch die Anwendung der Zwei-Stufen-Theorie künstlich aufgespalten werde, kritisch hinterfragt werden. Das Gericht begründet seine Auffassung damit, dass die Entscheidung über die Auswahl zwischen mehreren Bietern im Regelfall unmittelbar durch den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags mit einem der Bieter durch Zuschlag ergeht. Dies ist jedoch nicht möglich, da dem nach außen kundgemachten Abschluss des Vergabeverfahrens durch Zuschlag zwingend eine interne Entscheidung der Vergabestelle über den künftigen Vertragspartner vorausgehen muss.<sup>440</sup>

Oberhalb der Schwellenwerte wird die Existenz und die große Bedeutung dieser (internen) Entscheidung unter anderem durch die Vorabinformationsfrist des § 101a GWB zum Ausdruck gebracht. Bieter, die nicht für den Zuschlag vorgesehen sind, werden über die Gründe der Nichtberücksichtigung informiert und erhalten die Möglichkeit, die Entscheidung über die Zuschlagserteilung noch vor dem zivilrechtlichen Vertragsschluss von den Vergabekammern überprüfen zu lassen. Unterhalb der Schwellenwerte existiert zwar keine § 101a GWB entsprechende Norm. Gleichwohl ist der Verfahrensablauf – bis auf die Vorabinformation der Bieter – im Grundsatz derselbe und lässt sich in zwei Stufen unterteilen: Stufe 1 umfasst die öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegende Prüfung und Wertung der eingegangenen Angebote und wird durch die interne Vergabeentscheidung<sup>441</sup>, welchem Bieter schließlich der Zuschlag erteilt werden soll, abgeschlossen. Stufe 2 beinhaltet die nach außen verkündete, privatrechtliche Zuschlagserteilung und anschließende Abwicklung der beauftragten Leistungen.

Hieraus folgt, dass die Zwei-Stufen-Lehre zu keiner Spaltung eines an sich einheitlichen Vorgangs führt, sondern vielmehr dazu beiträgt, den auch in der Vergabepaxis tatsächlich zweistufig ablaufenden Vergabevorgang inhaltlich und begrifflich zu umfassen.

---

<sup>440</sup> Ähnlich Özfirat-Skubinn, DÖV 2010, 1005 (1007 f.); Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 187, 189 f.; Burgi, NVwZ 2007, 737 (741).

<sup>441</sup> Die erste Verfahrensstufe im Rahmen der Zwei-Stufen-Theorie kann auch mit einer internen Entscheidung der Verwaltung enden, siehe OVG Münster, Beschl. v. 12.01.2007, NJOZ 2007, 4983, 4984; BVerwG, Urteil v. 06.06.1958, NJW 1959, 115, 116.

Insgesamt werden die das Vergabeverfahren prägenden Normen und die hieraus entstehenden Streitigkeiten damit als öffentlich-rechtlich eingeordnet. Infolgedessen ist für die Entscheidung dieser Streitigkeiten gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.<sup>442</sup>

## b) Einstweiliger Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte

In einem weiteren Schritt ist zu prüfen, welche Rechtsbehelfe dem unterlegenen Bieter zur Durchsetzung seiner Rechte zur Verfügung stehen. Von Bedeutung sind in diesem Zusammenhang insbesondere Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, da die Einleitung von Hauptsacheverfahren – im Gegensatz zu Nachprüfungsverfahren oberhalb der Schwellenwerte – nicht mit einem vorläufigen Zuschlagsverbot an die Vergabestelle einhergeht. Die folgenden Darstellungen werden daher auf den einstweiligen Rechtsschutz nach § 123 VwGO gegen drohende Vergabeentscheidungen beschränkt.

Das Ziel des § 123 VwGO ist es, für den Zeitraum bis zur Hauptsacheentscheidung des Gerichts eine Zwischenregelung in Form einer gerichtlichen Anordnung zu treffen, da bei bloßem Abwarten die Gefahr bestünde, dass vollendete Tataschen geschaffen würden, die in der Hauptsacheentscheidung nicht mehr oder nur schwer rückgängig gemacht werden könnten.<sup>443</sup> Hierdurch soll die aus Art. 19 Abs. 4 GG resultierende Verpflichtung des Gesetzgebers zu einer tatsächlichen wirksamen Kontrolle für all die Fälle umgesetzt werden, in denen einstweiliger Rechtsschutz nicht nach §§ 80, 80a VwGO zu erlangen ist.<sup>444</sup>

<sup>442</sup> Ebenso Sodan, in Sodan/Ziekow, VwGO, § 40 VwGO Rn. 339 f.; Rennert, in Eyermann, VwGO, § 40 VwGO Rn. 49; Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 264; Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 184 ff.; Burgi, NVwZ 2007, 737 (737 ff.); Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 265 f.; Bungenberg, SächsVBl. 2008, 53 (55); Krist, IBR 2007, 1075 (nur online); Özfirat-Skubinn, DÖV 2010, 1005 (1005 ff.); Antweiler, NWVBl. 2007, 285 (285 ff.); Wiedmann, BayVBl 2007, 768 (768 f.); OVG Münster, Beschl. v. 12.01.2007, NJOZ 2007, 4983, 4983; OVG Münster, Beschl. v. 11.08.2006, BeckRS 2006, 25135; OVG Niedersachsen, Beschl. v. 14.07.2006 (nicht rechtskräftig), ZfBR 2006, 701, 702 f.; OVG Bautzen, Beschl. v. 13.04.2006, NZBau 2006, 393, 393; OVG Koblenz, Beschl. v. 25.05.2005 (nicht rechtskräftig), NZBau 2005, 411, 412 „Lenkwaffen“; VG Köln, Beschl. v. 19.04.2007, BeckRS 2010, 45157; VG Gelsenkirchen, Beschl. vom 12.07.2006, BeckRS 2006, 24856; VG Neustadt a. d. Weinstraße, Beschl. v. 20.02.2006, NZBau 2006, 335, 336; VG Neustadt a. d. Weinstraße, Beschl. v. 19.10.2005; VG Trier, Beschl. v. 12.08.2005, BeckRS 2006, 25066; VG Koblenz, Beschl. v. 31.01.2005 (nicht rechtskräftig), IBRRS 50522; NJOZ 2005, 5151, 5151; VG Neustadt a. d. Weinstraße, Beschl. v. 20.02.2006, NZBau 2006, 335, 336.

<sup>443</sup> Puttler, in Sodan/Ziekow, VwGO, § 123 VwGO Rn. 5.

<sup>444</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.03.2003, BeckRS 2003, 22375.

Der Rechtsschutz im System der aufschiebenden Wirkung von Verwaltungsakten nach den §§ 80, 80a VwGO genießt demnach Anwendungsvorrang vor dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, § 123 Abs. 5 VwGO, und ist strukturell immer dann anwendbar, wenn im Hauptsacheverfahren die Anfechtungsklage statthaft und das Vorliegen eines (zumindest teilweise) belastenden Verwaltungsakts Klagegegenstand ist. § 123 VwGO kommt dagegen in den Fällen der Verpflichtungs-, Leistungs- und Feststellungs-klagen zur Anwendung, also wenn sich das klägerische Begehren im Regelfall auf Maßnahmen ohne Verwaltungsaktcharakter, insbesondere auf die vorläufige gerichtliche Verpflichtung zur Leistung oder Unterlassung durch die Behörde richtet.<sup>445</sup>

#### *aa) Zulässigkeit des Antrags nach § 123 VwGO*

Wie auch im Hauptsacheverfahren ist bei dem Antrag auf einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO zwischen Zulässigkeit und Begründetheit zu unterscheiden.<sup>446</sup> Die Zulässigkeitsvoraussetzungen gleichen im Grunde denen, die an die jeweils statthafte Klage in der Hauptsache zu stellen wären. So muss der Antragsteller gem. § 61 VwGO beteiligungs- und nach § 62 VwGO prozessfähig sein. Des Weiteren ist das Gericht der Hauptsache auch das für den Eilantrag zuständige Gericht, § 123 Abs. 2 S. 1 VwGO, wodurch sich die sachliche und örtliche Zuständigkeit nach §§ 45 ff. und § 52 VwGO richtet. Der Eilantrag ist ferner schriftlich (oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle) zu stellen, §§ 81 Abs. 1 analog, 123 Abs. 3 VwGO, § 920 Abs. 3 ZPO. Eine Antragsfrist ist grundsätzlich nicht einzuhalten, insbesondere kann der Antrag bereits vor der Anhängigkeit des Hauptsacheverfahrens gestellt werden, § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO.<sup>447</sup>

Vergaberechtliche Besonderheiten bestehen allerdings insbesondere hinsichtlich der Statthaftigkeit des Antrags, der Antragsbefugnis und des Rechtsschutzbedürfnisses des Antragstellers, welche deshalb im Folgenden ausführlich beleuchtet werden.

#### *(1) Statthaftigkeit*

Die Statthaftigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO richtet sich in erster Linie nach dem Begehren des Antragstellers, welches von dem zugrundeliegenden, tatsächlichen Sachverhalt und der jeweiligen Rechtsschutzsituation abhängig ist.

<sup>445</sup> Schenke, Verwaltungsprozessrecht, § 25 Rn. 1025; Funke-Kaiser, in Quaas/Zuck, Prozesse in Verwaltungssachen, § 4 Rn. 67 ff.; Dombert, in Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungs-streitverfahren, § 4 Rn. 56.

<sup>446</sup> siehe Puttler, in Sodan/Ziekow, VwGO, § 123 VwGO Rn. 50.

<sup>447</sup> Zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen ausführlich Puttler, in Sodan/Ziekow, VwGO, § 123 VwGO Rn. 51 ff.; Kopp/Schenke, VwGO, § 123 VwGO Rn. 17 ff.

In vergaberechtlichen Streitigkeiten kommt zum einen die Konstellation in Betracht, dass die Vergabestelle beabsichtigt, den Zuschlag nach Abschluss des laufenden Vergabeverfahrens einem anderen Bewerber zu erteilen, da dieser ein vermeintlich wirtschaftlicheres Angebot als der Antragsteller abgegeben hat oder das Angebot des Antragstellers aus bestimmten Gründen vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen war. Zum anderen wäre es möglich, dass die Vergabestelle überhaupt kein Vergabeverfahren durchgeführt hat und beabsichtigt, den Zuschlag im Rahmen einer (vermeintlich) vergaberechtswidrigen De-facto-Vergabe einem anderen Unternehmen zu erteilen.

Hat ein Bieter von diesen Tatsachen Kenntnis erlangt, wird sein Rechtsschutzbegehren in jedem der genannten Fälle in erster Linie darauf gerichtet sein, der Vergabestelle durch einstweilige Anordnung die Zuschlagserteilung an den Konkurrenten zu untersagen. In Anbetracht des Umstandes, dass Primärrechtsschutz – wie bereits ausgeführt wurde – nur bis zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung möglich ist und danach keine Möglichkeit mehr besteht, den Auftrag anstelle des Konkurrenten zu erhalten, muss das primäre Ziel des Bieters sein, die Schaffung irreversibler Tatsachen durch die Vergabestelle zu verhindern.<sup>448</sup>

Darüber hinaus ist das Begehren des Antragstellers häufig nicht nur auf ein Zuschlagsverbot, sondern weitergehend darauf gerichtet, der Vergabestelle aufzugeben, die Prüfung und Wertung aller Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des angerufenen Gerichts zu wiederholen bzw. im Falle einer beabsichtigten De-facto-Vergabe das Angebot des Antragstellers überhaupt in das Vergabeverfahren mit einzubeziehen.<sup>449</sup> Auch diese begehrte Handlungsweise liegt im Ergebnis nicht im Erlass eines Verwaltungsaktes i. S. d. § 35 VwVfG, sondern in einem schlicht hoheitlichen „Tun“ der Vergabestelle. Die Nichterteilung des Zuschlags an einen bestimmten Bieter wäre demgegenüber ein „Unterlassen“. Insofern wäre in der Hauptsache die allgemeine Leistungsklage in Form der vorbeugenden Unterlassungs- bzw. der Vornahmeklage statthaft, was zur Eröffnung des Anwendungsbereichs eines Antrags auf einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO führt.

---

<sup>448</sup> In dem Verfahren vor dem VG Münster war der Antrag der Antragstellerin darauf gerichtet, „*der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufzugeben, es zu unterlassen, das Bauvorhaben [...] an die Firma [...] zu beauftragen*“, VG Münster, Beschl. v. 12.09.2005, openjur 2011, 38755. In einem anderen Verfahren vor dem VG Meiningen wurde beantragt, „*den Antragsgegnerinnen im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO zu untersagen, den Preisträgern [...] einen Auftrag zur weiteren Bearbeitung für den Realisierungsteil des Wettbewerbs [...] zu erteilen*“, VG Meiningen, Beschl. v. 16.01.2007, BeckRS 2007, 25641. Siehe auch OVG Münster, Beschl. v. 12.01.2007, BeckRS 2007, 20413; OVG Münster, Beschl. v. 04.05.2006, NZBau 2006, 531, 531; OLG Hamm, Urteil v. 12.02.2008, ZfBR 2008, 816, 816.

<sup>449</sup> OVG Niedersachsen, Beschl. v. 14.07.2006 (nicht rechtskräftig), ZfBR 2006, 701, 701; VG Neustadt a.d. Weinstraße, Beschl. v. 20.02.2006, NZBau 2006, 335, 335.

Welche Variante des § 123 Abs. 1 VwGO in concreto einschlägig ist, kann in den meisten Fällen nicht trennscharf beantwortet werden und wird auch in der Rechtsprechung oftmals offen gelassen.<sup>450</sup> Grundsätzlich ist die Sicherungsanordnung nach § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO statthaft, wenn der Antragsteller seine Rechte durch Beibehaltung eines bestehenden Zustands (Status quo) wahren will und die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung dieser Rechte vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Die Regelungsanordnung nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO ist dagegen einschlägig, wenn der Antragsteller seinen Rechtskreis erweitern, also seine Rechtsposition verbessern will und die Anordnung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen notwendig erscheint.<sup>451</sup>

In vergaberechtliche Streitigkeiten ist das Begehren des Antragstellers aus oben genannten Gründen primär darauf gerichtet, den bevorstehenden Zuschlag an den Konkurrenten zumindest vorläufig zu verhindern. Aus diesem Grund ist häufig der Antrag auf Erlass einer Sicherungsanordnung nach § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO zur Beibehaltung des bestehenden Zustands statthaft.

*(a) Besonderheit des sog. „Hängebeschlusses“*

Im Rahmen des einstweiligen Verfahrens können sowohl dem Rechtsschutzinteresse des Antragstellers als auch dem Interesse aller Beteiligten an dem zügigen Abschluss des Vergabeverfahrens in besonderer Weise Rechnung getragen werden, wenn das Gericht das (vorläufige) Zuschlagsverbot nicht in Form einer Sicherungsanordnung, sondern in Form einer sog. Zwischenverfügung erlässt.

Mit diesem, gesetzlich nicht ausdrücklich geregeltem sog. „Hängebeschluss“ wird dem Verwaltungsgericht zwecks Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes ermöglicht, der Verwaltung die Schaffung vollendeter Tatsachen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt, meist bis zum Abschluss des einstweiligen Verfahrens, zu untersagen.<sup>452</sup>

Der Erlass einer Zwischenregelung kommt folglich nur in Betracht, wenn eine abschließende Sachentscheidung z. B. aufgrund der häufig komplexen vergaberechtlichen Fragestellungen noch nicht getroffen werden kann, der Antragsteller jedoch ein spezifisches auf den Erlass der Zwischenregelung bezogenes Sicherheitsbedürfnis besitzt. Dieses Bedürfnis kann angenommen werden, wenn die Vergabestelle ungeachtet der Anhängigkeit eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens weiter beabsichtigt, den Zuschlag zu erteilen. Nach Erlass der Zwischenverfügung kann das Verwaltungsgericht den Zeitraum bis zur Entscheidung über die einstweilige Anordnung nutzen, um die Sach- und Rechtslage eingehend zu prüfen oder auch den Antragsgegner oder den Beigeladenen anhören.

<sup>450</sup> Siehe z. B. VG Trier, Beschl. v. 12.08.2005, BeckRS 2006, 25066.

<sup>451</sup> Erbguth, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 27; VG Trier, Beschl. v. 12.08.2005, BeckRS 2006, 25066.

<sup>452</sup> Siehe zu Zwischenverfügungen ausführlich McLean, LKV 2001, 107 (107 ff.).

Rechtsschutzsuchende Bieter könnten somit beantragen, der Vergabestelle durch einstweilige Anordnung aufzugeben, die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu wiederholen bzw. das verfahrensgegenständliche Angebot des Antragstellers erstmalig in das Vergabeverfahren mit einzubeziehen.<sup>453</sup> Zeitgleich könnten sie einen Antrag dahingehend stellen, der Vergabestelle im Wege der Zwischenverfügung aufzugeben, den Zuschlag einem anderen Bieter bis zum rechtskräftigen Abschluss des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens nicht zu erteilen.

*(b) Problematik der Vorwegnahme der Hauptsache*

Problematisch ist jedoch, ob ein Antrag auf Neubewertung der Angebote oder Inbezugnahme des eigenen Angebotes, gegen das von der h. M. vertretene Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache verstößt. In der Sache wird von einer Vorwegnahme der Hauptsache gesprochen, wenn die einstweilige Anordnung einer vorläufigen Verurteilung in der Hauptsache gleichkommt.<sup>454</sup> Gerade dies könnte mit dem geschilderten Antrag vorliegen, da auch im Hauptsacheverfahren regelmäßig nicht die Zuschlagserteilung an sich, sondern – wie im Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz – lediglich die Auferlegung bestimmter Verhaltenspflichten für den weiteren Ablauf des Vergabeverfahrens bzw. die Wiederholung bestimmter Abschnitte oder gar des gesamten Verfahrens.<sup>455</sup> Allerdings ist zu beachten, dass eine Vorwegnahme der Hauptsache nicht uneingeschränkt unzulässig ist, sondern in bestimmten Fällen sogar geboten erscheint. Insbesondere, wenn die Versagung einstweiligen Rechtsschutzes für den Antragsteller mit unzumutbaren Nachteilen einhergeht und die Rechtsdurchsetzung hierdurch quasi unmöglich gemacht wird, nimmt die herrschende Meinung die Zulässigkeit der Vorwegnahme an.<sup>456</sup>

Bei Anträgen auf einstweiligen Rechtsschutz gegen unterschwellige Vergabeentscheidungen kann das Vorliegen unzumutbarer Nachteile in den meisten Fällen bejaht werden, da ein Abwarten der Hauptsache regelmäßig zu der Zuschlagserteilung an den Konkurrenten führen würde und der Antragsteller nach Zuschlagserteilung keine Möglichkeit mehr hätte, seine Rechte effektiv durchzusetzen.

<sup>453</sup> So in OVG Niedersachsen, Beschl. v. 14.07.2006 (nicht rechtskräftig), ZfBR 2006, 701, 701; VG Ansbach, Beschl. v. 26.03.2007, BeckRS 2007, 33900.

<sup>454</sup> Schoch, in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 123 VwGO Rn. 141.

<sup>455</sup> Heuvelds, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 114 GWB Rn. 4 f.

<sup>456</sup> Kuhla, in Posser/Wolff, BeckOK VwGO, § 123 VwGO Rn. 156; Puttler, in Sodan/Ziekow, VwGO, § 123 VwGO Rn. 11; Schoch, in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 123 VwGO Rn. 146 ff; BVerfG, Beschl. v. 19.10.1977, BVerfGE 46, 166, 180 f.; BVerwG: Beschl. v. 10.02.2011, BeckRS 2011, 47891; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.12.2012, LKV 2013, 88, 88 f.

Wie im Rahmen von Art. 19 Abs. 4 GG bereits ausgeführt wurde, bedeutet „effektiver“ Rechtsschutz die Notwendigkeit der Eröffnung primären und auch vorläufigen Rechtsschutzes gegen geltend gemachte Vergaberechtsverstöße.<sup>457</sup> Ein genereller Ausschluss des Primärrechtsschutzes unter Hinweis auf das Abwarten der Hauptsache bzw. die Möglichkeit der Geltendmachung sekundärer Schadensersatzansprüche kann den Anforderungen der Rechtsschutzgarantie nicht genügen, da hierdurch bereits eingetretene Rechtsverletzung lediglich sanktioniert, nicht jedoch verhindert oder gar beseitigt werden können.<sup>458</sup>

Die Vorwegnahme der Hauptsache ist somit als zulässig anzusehen, da nur auf diese Weise die Rechte des Antragstellers effektiv geschützt und dem Gebot des Art. 19 Abs. 4 GG ausreichend Rechnung getragen werden kann.

## (2) Antragsbefugnis

Der Antrag auf einstweilige Anordnung ist im Übrigen nur zulässig, wenn der Antragsteller antragsbefugt ist und entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO geltend machen kann, durch das Verhalten der Vergabestelle möglicherweise in eigenen, subjektiven Rechten verletzt oder zumindest unmittelbar gefährdet zu sein.<sup>459</sup> Die Existenz subjektiver Bieterrechte auch bei der Vergabe unterschwelliger Aufträge wurde im ersten Teil dieser Arbeit ausführlich dargestellt. Rechtsschutzsuchende Bieter können sich auf nationaler Ebene insbesondere auf Art. 3 Abs. 1 GG und die bieterschützenden Vorschriften der Verdingungsordnungen i. V. m. dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung berufen. Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten sind die EU-Grundfreiheiten und Grundrechte sowie die allgemeinen Vergabegrundsätze des EU-Primärrechts zu beachten. Aus diesen Vorschriften folgen subjektive Ansprüche auf Einhaltung der Regelungen über das Vergabeverfahren, der Grundsätze der Chancengleichheit, Transparenz und Nichtdiskriminierung sowie effektive Durchsetzung der genannten Rechte.

<sup>457</sup> Enders, in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 19 GG Rn. 77; Schulze-Fielitz, in Dreier, GG, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 106 ff.; Jarass, in Jarass/Pieroth, GG, Art. 19 GG Rn. 58;

<sup>458</sup> Sauer/Hollands, NZBau 2006, 763 (764); Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 152; Rn. 429 f.; Knauff, NVwZ 2007, 546 (549); Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Einleitung Rn. 79; Huber, in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 455; Sachs, in Sachs, GG, Art. 19 GG Rn. 136; Dreher, NZBau 2002, 419 (428); Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 260 f.; Pünder, VerwArch 2004, 38 (56 f.); Malmendier, DVBl. 2000, 963 (968); im Rahmen einer beamtenrechtlichen Konkurrentenklage BVerfG, Beschl. v. 19.09.1989, NJW 1990, 501, 501; a. A. Pietzcker, NJW 2005, 2881 (2882 ff.); Köster, NZBau 2006, 540 (541).

<sup>459</sup> Schoch, in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 123 VwGO Rn. 107; Puttler, in Sodan/Ziekow, VwGO, § 123 VwGO Rn. 67; Erbguth, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 28; Schenke, Verwaltungsprozessrecht, § 25 Rn. 1031; Dombert, in Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, § 10 Rn. 73 ff.

Eine unmittelbare Gefährdung bzw. tatsächliche Verletzung dieser Bieterrechte i. S. v. § 42 Abs. 2 VwGO analog scheint daher möglich, wenn ein Konkurrent unter Verstoß gegen geltendes Vergaberecht zu Lasten des potentiellen Antragstellers von der Vergabestelle beauftragt werden soll.<sup>460</sup>

### (3) Rechtsschutzbedürfnis

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung muss ferner ein konkretes Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers erkennen lassen. Ein solches, einfaches Bedürfnis wird regelmäßig zu bejahen sein, wenn der Bieter sein Begehren nicht auf anderem Wege schneller und leichter durchsetzen kann.<sup>461</sup>

Im Rahmen von vergaberechtlichen Streitigkeiten ist jedoch meist das Vorliegen eines qualifizierten Rechtsschutzbedürfnisses erforderlich, da die Antragsteller die Zuschlagserteilung an ein konkurrierendes Unternehmen zu verhindern suchen, bevor eine Verletzung in eigenen Rechten eingetreten ist. Solche Eilanträge auf vorbeugenden, vorläufigen Rechtsschutz sind nach herrschender Meinung nur zulässig, wenn dem Antragsteller nicht zugemutet werden kann, die drohende Rechtsverletzung abzuwarten und anschließend nachträglichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen.<sup>462</sup>

Gerade dies liegt – wie im Rahmen der Vorwegnahme der Hauptsache bereits ausgeführt wurde – bei einem Antrag auf einstweilige Versagung des beabsichtigten Zuschlags und Berücksichtigung des eigenen Angebotes vor, da ein einmal erteilter Zuschlag im Rahmen eines unterschweligen Vergabeverfahrens nachträglich nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Primärrechtsschutz ist grundsätzlich nur bis zur Zuschlagserteilung zulässig, danach bleibt dem Antragsteller nur die Möglichkeit, Schadensersatzansprüche wegen der erfolgten Rechtsverletzungen geltend zu machen.

Aus diesem Grund ist auch § 44a S. 1 VwGO, wonach Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden können, in vergaberechtlichen Primärrechtsschutzverfahren restriktiv, bzw. der Ausnahmetatbestand des Satz 2, wonach dies nicht für vollstreckbare Verfahrenshandlungen gilt, weit auszulegen.

Zwar stellen die behördlichen Entscheidungen über die Auswahl des Vergabeverfahrens, die Prüfung und Wertung der Angebote und den Ausschluss und Bevorzugung einzelner Bieter unzweifelhaft unselbstständige Verfahrenshandlungen i. S. d. § 44a S. 1 VwGO dar, da sie das Vergabeverfahren nicht abschließen, sondern die endgültige Sachentscheidung nur vorbereiten.<sup>463</sup>

<sup>460</sup> VG Mainz, Beschl. v. 30.08.2010, NZBau 2011, 60, 61 f.

<sup>461</sup> Kuhla, in Posser/Wolff, BeckOK VwGO, § 123 VwGO Rn. 37.

<sup>462</sup> Puttler, in Sodan/Ziekow, VwGO, § 123 VwGO Rn. 71; siehe hierzu auch VG Meiningen, Beschl. v. 16.01.2007, BeckRS 2007, 25641.

<sup>463</sup> VG Köln, Urteil v. 03.12.2008, BeckRS 2009, 33391.



Über den reinen Wortlaut hinaus ist der Ausnahmetatbestand des Satz 2 Alt. 1 nach herrschender Ansicht in der Literatur in verfassungskonformer Auslegung auf alle Fallkonstellationen anzuwenden, in denen ein Rechtsbehelf gegen die Sachentscheidung den Schutz der eigenen Rechte des Betroffenen nicht mehr erreichen könnte.<sup>464</sup>

Gerade dies kann im vergaberechtlichen Unterschwellenbereich angenommen werden, da ein nachträglicher, effektiver Rechtsschutz i. S. v. Art. 19 Abs. 4 GG nicht eröffnet ist und bei einer Versagung des Primärrechtsschutzes aufgrund von § 44a S. 1 VwGO irreversible Zustände geschaffen würden.

#### *bb) Begründetheit des Antrags nach § 123 VwGO*

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist begründet, wenn auf Grund einer summarischen Prüfung der in § 123 Abs. 1 VwGO genannten und vom Antragsteller glaubhaft gemachten Voraussetzungen das Bestehen eines Anordnungsanspruchs und eines Anordnungsgrundes überwiegend wahrscheinlich ist.<sup>465</sup>

Der erstgenannte Anordnungsanspruch ist hierbei der materielle Anspruch, den der Antragsteller als Kläger im Hauptsacheverfahren geltend machen kann. Bei der Prüfung des Anordnungsanspruchs ist somit auch auf die voraussichtlichen Erfolgsaussichten der Hauptsache abzustellen, da der Eilantrag gerade dazu dient, als Zwischenregelung die spätere Hauptsacheentscheidung zu ermöglichen.<sup>466</sup>

Bereits im Rahmen der Antragsbefugnis wurde auf die bestehenden subjektiven Rechte von Bietern auch bei unterschwelligen Vergabeverfahren hingewiesen. Insbesondere aus den Verdingungsordnungen i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG ergeben sich subjektive Ansprüche auf Einhaltung der bieterschützenden Regelungen über das Vergabeverfahren. Darüber hinaus kann der Antragsteller materielle Ansprüche aus den einschlägigen Grundrechten und auf europäischer Ebene aus den Grundfreiheiten sowie den allgemeinen Vergabegrundsätzen herleiten.<sup>467</sup>

---

<sup>464</sup> Stelkens, in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 44a VwGO Rn. 29; Posser, in Posser/Wolff, BeckOK VwGO, § 44a VwGO Rn. 31; VG Köln, Urteil v. 03.12.2008, BeckRS 2009, 33391; Vergübaus Bund, Beschl. v. 02.05.1996, WuW 1997, 263. Neben einer extensiven Auslegung des § 44a S. 2 Alt. 1 VwGO wird auch vertreten, dass der Bieter i. S. d. § 44a S. 1 VwGO gegen die eigentliche Sachentscheidung vorgehen kann, indem er geltend macht, bei vergaberechtskonformer Entscheidung der Vergabestelle, eine reelle Chance auf den Zuschlag zu haben, siehe Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 204.

<sup>465</sup> Erbguth, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 29; Schenke, Verwaltungsprozessrecht, § 25 Rn. 1032.

<sup>466</sup> Puttler, in Sodan/Ziekow, VwGO, § 123 VwGO Rn. 77.

<sup>467</sup> VG Mainz, Beschl. v. 30.08.2010, NZBau 2011, 60, 61 f.

Beabsichtigt die Vergabestelle folglich, den Zuschlag unter Verstoß gegen diese bieterschützenden Vorschriften an einen konkurrierendes Unternehmen zu erteilen, kann nach summarischer Prüfung vom Vorliegen eines Anordnungsanspruchs auf Untersagung dieses vergaberechtswidrigen Verwaltungshandelns ausgegangen werden.<sup>468</sup>

Unter Anordnungsgrund ist ferner die Erforderlichkeit der vorläufigen gerichtlichen Entscheidung zu verstehen, um wesentliche Nachteile oder irreversible Tatsachen zu verhindern, d. h. dem Antragsteller darf das Abwarten der gerichtlichen Entscheidung in der Hauptsache nach Abwägung aller in Rede stehenden Interessen nicht zugemutet werden können.<sup>469</sup> Diese Eilbedürftigkeit der gerichtlichen Anordnung ist in vergaberechtlichen Sachverhalten regelmäßig gegeben, wenn die Vergabestelle beabsichtigt, den Zuschlag einem Mitbewerber zu erteilen und der Antragsteller ohne die behauptete Rechtsverletzung jedenfalls eine Chance auf die Zuschlagserteilung haben würde.<sup>470</sup>

### c) Einstweiliger Rechtsschutz durch die Zivilgerichte

Im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung, die von der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs ausgeht, hat die Grundsatzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 02.05.2007<sup>471</sup> dazu geführt, dass Primärrechtsschutz in der Praxis kaum noch vor den Verwaltungsgerichten, sondern im Regelfall vor den Zivilgerichten ersucht wird.

In der Literatur wurde diese Entwicklung zum Teil als „*Ende des Rechtswegwarrs*“<sup>472</sup> begrüßt und trug wohl tatsächlich zu einer gewissen Vereinfachung des unübersichtlichen Rechtsschutzsystems unterhalb der Schwellenwerte bei. Nachteilig ist jedoch, dass es bis dato keine gleichförmige Linie zu Umfang und Reichweite des Rechtsschutzes innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit gibt und die Rechtsprechung diesbezüglich weiter uneinheitlich bleibt. Zudem ist die Bejahung des Zivilrechtsweges mit großen Schwierigkeiten für die Bieter hinsichtlich Durchsetzung ihrer subjektiven Rechte verbunden.

Um diese hinsichtlich des unterschweligen Primärrechtsschutzes bestehenden Unwägbarkeiten bewerten und mit den eben dargestellten verwaltungsprozessualen Möglichkeiten vergleichen zu können wird der in der Praxis bedeutsame Rechtsschutz vor den Zivilgerichten im Folgenden überblicksartig dargestellt.

<sup>468</sup> OVG Münster, Beschl. v. 04.05.2006, NZBau 2006, 531; VG Neustadt a.d. Weinstraße, Beschl. v. 20.02.2006, NZBau 2006, 335; VG Neustadt a.d. Weinstraße, Beschl. v. 19.10.2005, NJOZ 2005, 5151, 5154.

<sup>469</sup> Erbguth, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 29; Schenke, Verwaltungsprozessrecht, § 25 Rn. 1032.

<sup>470</sup> Siehe hierzu Puttler, in Sodan/Ziekow, VwGO, § 123 VwGO Rn. 81; OLG Brandenburg, Urteil v. 29.05.2008, NZBau 2008, 735, 736.

<sup>471</sup> BVerwG, Beschl. v. 02.05.2007, BVerwGE 129, 9, 9 ff.

<sup>472</sup> Siehe nur Krohn, NZBau 2007, 493 (493).

Im Anschluss werden die im Unterschwellenbereich eröffneten Rechtsschutzmöglichkeiten den überschwelligen Vergabenachprüfungsverfahren gegenüber gestellt und bewertet.

Mangels Suspensiv-Wirkung bei Einlegung einer Klage ist der Bieter auch im Rahmen des Rechtsschutzes vor den Zivilgerichten gehalten, auf Instrumente des einstweiligen Rechtsschutzes zurückzugreifen, um sein Rechtsschutzziel zu erreichen. In Frage kommt folglich der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach den §§ 935, 940 ZPO. Die Sicherungsverfügung gem. § 935 ZPO ist hierbei zulässig, wenn durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Die Verfügungsverfügung gem. § 940 ZPO geht über die bloße Sicherung des Status quo hinaus und erlaubt eine Regelung eines einstweiligen Zustandes, sofern diese zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen notwendig erscheint.

Wie auch in verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist die Abgrenzung zwischen Sicherung und Regelung im einstweiligen Rechtsschutz nicht immer trennscharf zu beantworten und wird von den Gerichten oftmals offengelassen.<sup>473</sup> Gleichwohl wird in den meisten Fällen das Vorliegen einer Verfügungsverfügung angenommen, da das Begehren des Antragstellers primär meist auf die vorläufige Untersagung des Zuschlags an den Konkurrenten gerichtet ist.

#### *aa) Verfügungsanspruch*

Rechtsschutzsuchende Bieter müssen gem. §§ 935, 940 ZPO zunächst einen Verfügungsanspruch geltend machen können. Dies kann jeder auf eine gegenständliche Leistung, Handlung, Duldung oder Unterlassung gerichtete Individualanspruch sein.<sup>474</sup>

Die Zivilgerichte leiten einen solchen bieterseitigen Unterlassungsanspruch aus unterschiedlichen zivilrechtlichen Vorschriften her. Genannt wird häufig §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB, teilweise in Verbindung mit § 280 Abs. 1 BGB und § 1004 Abs. 1 BGB analog, da infolge der Durchführung eines Vergabeverfahrens, d. h. der Aufnahme von Vertragsverhandlungen, § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB, ein Schuldverhältnis mit gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB entstehe.

<sup>473</sup> Huber, in Musielak, ZPO, § 935 ZPO Rn. 2; Mayer, in Vorwerk/Wolf, Beck-OK ZPO, § 935 ZPO Rn. 6.

<sup>474</sup> Mayer, in Vorwerk/Wolf, Beck-OK ZPO, § 935 ZPO Rn. 9.

Dieses verpflichte den Auftraggeber bei einem Verstoß gegen Vergabevorschriften nicht nur zum Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB, sondern (teilweise in analoger Anwendung von § 1004 Abs. 1 BGB) auch zur Unterlassung der (vergaberechtswidrigen) Zuschlagserteilung an einen Mitbieter.<sup>475</sup> Vorbeugende Unterlassungsansprüche können sich nach Auffassung der Gerichte des Weiteren aus §§ 1004, 823 Abs. 1, 2 BGB ergeben, wenn ein absolutes Recht oder ein Schutzgesetz verletzt wird. Ein Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB wird hierbei oftmals aus Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. den bieterschützenden Vorschriften der Verdingungsordnungen abgeleitet.<sup>476</sup>

Im Rahmen der genannten Unterlassungsansprüche kommt somit den Bestimmungen der Verdingungsordnungen in Verbindung mit dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung aufgrund der tatsächlichen Vergabepaxis die größte Bedeutung zu. Die Gerichte sehen öffentliche Auftraggeber durch die selbst gewählte Unterwerfung unter die Verdingungsordnungen konkret an diese gebunden.<sup>477</sup> Darüber hinaus können Bieter, wie in Teil 1 dieser Arbeit ausführlich dargestellt wurde, bei binnenmarktrelevanten Sachverhalten die aus den europäischen Grundfreiheiten abgeleiteten allgemeinen Vergabegrundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz sowie das Diskriminierungsverbot und des Weiteren europäische Grundrechte als subjektive Rechte geltend machen.<sup>478</sup>

<sup>475</sup> OLG Saarbrücken, Urteil v. 13.06.2012, IBR 2012, 469; OLG Schleswig, Urteil v. 09.04.2010, IBR 2010, 351; OLG Düsseldorf, Urteil v. 13.01.2010, IBR 2010, 229; OLG Jena, Urteil v. 08.12.2008, BeckRS 2009, 01181; OLG Brandenburg, Beschl. v. 17.12.2007, NZBau 2008, 207; LG Cottbus, Urteil v. 24.10.2007, IBR 2007, 696; das LG Berlin stützt den Unterlassungsanspruch nur auf § 311 BGB, siehe LG Berlin, Beschl. v. 05.12.2011, IBR 2012, 98; siehe auch Weyand, Vergaberecht, § 102 GWB Rn. 150; Masing, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 100 GWB Rn. 10; Braun, NZBau 2008, 160 (160 ff); Glaß, in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, G. Vergaberecht Rn. 108 f.

<sup>476</sup> OLG Jena, Urteil v. 08.12.2008, BeckRS 2009, 01181; ZfBR 2008, 819, 820; OLG Hamm, Urteil v. 12.02.2008, ZfBR 2008, 816, 817; OLG Stuttgart, Ur. v. 11.04.2002; NZBau 2002, 395; LG Düsseldorf, Urteil v. 29.10.2008, IBR 2009, 287; LG Augsburg, Urteil v. 05.06.2008, IBR 2008, 468; LG Frankfurt/Oder, Urteil v. 14.11.2007, VergabeR 2008, 132; ohne nähere Auseinandersetzung mit einem möglichen Verfügungsanspruch OLG Schleswig, Beschl. v. 08.01.2013, IBR 2013, 166, das lediglich ausführt: „Auch bei einer Unterschwellenvergabe kann Primärrechtsschutz im Wege des Erlasses einer einstweiligen Verfügung erlangt werden, wenn gegen bieterschützende, den transparenten und chancengleichen Wettbewerb betreffende Bestimmungen verstoßen wird.“ Siehe außerdem Weyand, Vergaberecht, § 102 GWB Rn. 150; Masing, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 100 GWB Rn. 10; Braun, NZBau 2008, 160 (160 ff).

<sup>477</sup> OLG Saarbrücken, Urteil v. 13.06.2012, IBR 2012, 469; OLG Düsseldorf, Urteil v. 13.01.2010, IBR 2010, 229; OLG Brandenburg, Beschl. v. 17.12.2007, BeckRS 2008, 02029; OVG Bautzen, Beschl. v. 13.04.2006, NZBau 2006, 393, 393; LG Frankfurt (Oder), Urteil v. 14.11.2007, BeckRS 2007, 19105; LG Cottbus, Urteil v. 24.10.2007, IBR 2007, 696; siehe hierzu auch Braun, NZBau 2008, 160 (161) und Kallerhoff, NZBau 2008, 97 (101 ff.).

<sup>478</sup> OLG Düsseldorf, Urteil v. 13.01.2010, IBR 2010, 229; LG Frankfurt (Oder), Urteil v. 14.11.2007, BeckRS 2007, 19105; siehe hierzu auch Braun, NZBau 2008, 160 (161); Glaß, in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, G. Vergaberecht Rn. 117 ff.

### *bb) Verfügungsgrund*

Des Weiteren ist ein Verfügungsgrund erforderlich. Dieser ist nach einhelliger Auffassung immer dann gegeben, wenn die objektiv begründete Besorgnis besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte, wobei eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen hat.<sup>479</sup>

In vergaberechtlichen Sachverhalten droht eine Vereitelung der Rechtsverwirklichung des Antragstellers grundsätzlich durch die bevorstehende, womöglich vergaberechtswidrige Zuschlagsvergabe an einen Mitbieter. Der Antragsteller muss außerdem glaubhaft machen, dass er bei nach seiner Auffassung ordnungsgemäßem Ablauf des Vergabeverfahrens zumindest eine Chance auf den Zuschlagserhalt haben würde,<sup>480</sup> da ansonsten die Interessen des öffentlichen Auftraggebers an einer raschen Vergabeentscheidung und Abschluss des Verfahrens regelmäßig überwiegen.

## **2. Rechtsschutz durch europäische Gerichte**

Neben dem Primärrechtsschutz vor nationalen Gerichten stehen den Bewerbern um öffentliche Aufträge auch Rechtsbehelfe vor den europäischen Gerichten zur Verfügung. In Betracht kommen hier insbesondere Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Union wegen Verletzung der in den Verträgen garantierten Grundfreiheiten und der EU-Grundrechte-Charta sowie zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wegen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK.

### **a) Rechtsschutz durch den EuGH**

Wie bereits im Rahmen des Rechtsschutzes oberhalb der Schwellenwerte ausgeführt wurde, haben Bieter parallel zu dem Rechtsschutz auf nationaler Ebene grundsätzlich die Möglichkeit, eine Beschwerde an die Europäische Kommission zu richten, um die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gem. Art. 258 ff. AEUV zu erreichen.<sup>481</sup> Allerdings dient dieses Verfahren nicht dem Schutz der subjektiven Rechte der Unionsbürger, sondern der Nachprüfung der Einhaltung mitgliedstaatlicher Verpflichtungen aus dem Unionsrecht.<sup>482</sup>

---

<sup>479</sup> OLG Brandenburg, Urteil v. 29.05.2008, NZBau 2008, 735, 736.

<sup>480</sup> LG Cottbus, Urteil v. 24.10.2007, IBR 2007, 696.

<sup>481</sup> Horn/Hofmann, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Vorbemerkung Vor § 102 GWB Rn. 25; Cremer, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 258 AEUV Rn. 4.

<sup>482</sup> Cremer, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 258 AEUV Rn. 2.

Der Einzelne hat somit weder einen durchsetzbaren Anspruch auf Verfahrenseinleitung durch die Kommission,<sup>483</sup> noch ist die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens mit einem automatischen Zuschlagsverbot verbunden. Die Vergabestelle kann den beabsichtigten Zuschlag damit ohne weiteres erteilen und mit der Abwicklung der vertraglichen Leistungspflichten beginnen. Aus diesen Gründen spielt das Vertragsverletzungsverfahren selbst neben dem nur rudimentär ausgebildeten Primärrechtsschutz subjektiver Bieterrechte unterhalb der Schwellenwerte eine nur untergeordnete Rolle.

## b) Rechtsschutz durch den EGMR

Art. 34 EMRK normiert, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte von jeder natürlichen oder auch juristischen Person, die behauptet, durch eine der Vertragsparteien in einem der in der EMRK anerkannten Rechte verletzt zu sein, mit einer sog. Individualbeschwerde befasst werden kann. Problematisch hierbei ist, dass sich der Gerichtshof gem. Art. 35 Abs. 1 EMRK mit einer Angelegenheit erst nach Erschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsbehelfe und nur innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach der endgültigen innerstaatlichen Entscheidung befassen kann. Hieraus folgt nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass auch die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht ein Rechtsbehelf ist, der erschöpft sein muss.<sup>484</sup>

Selbst wenn somit eine Verletzung des „*right to a fair trial*“ nach Art. 6 Abs. 1 EMRK vorliegen könnte, da effektiver Primärrechtsschutz in Unterschwellenbereich faktisch nicht besteht und die „*full jurisdiction*“, also die volle Überprüfungs- und Entscheidungsgewalt deutscher Gerichte durch bloße Gewährleistung kompensierender Ausgleichsansprüche nicht gewährleistet ist,<sup>485</sup> kommt Primärrechtsschutz vor dem EGMR selbst nicht in Betracht. Denn dies würde bedeuten, dass das Rechtsschutzbegehren des übergangenen Bieters selbst in dem Verfahren vor dem EGMR und damit nach (jahrelanger) Ausschöpfung sämtlicher nationaler Instanzen immer noch auf Verhinderung des Zuschlags an einen Mitbewerber und Vertragsdurchführung mit demselben sowie auf den eigenen Erhalt des Auftrags gerichtet wäre. Zwischenzeitlich wäre der Auftrag jedoch längst vergeben und der Beschaffungsvorgang abgeschlossen. Der Bieter könnte den vorenthaltenen Auftrag lediglich zum Anstoß nehmen, die grundsätzliche Konventionswidrigkeit der deutschen Rechtslage aufgrund des Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK durch den EGMR feststellen zu lassen.

<sup>483</sup> Horn/Hofmann, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Vorbemerkung Vor § 102 GWB Rn. 25.

<sup>484</sup> Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 35 EMRK Rn. 19.

<sup>485</sup> Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 249; Bungenberg, SächsVBl. 2008, 53 S. 57 f.; a. A. Barth, Das Vergaberecht außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, S. 176 f.

### III. Bewertung und Gegenüberstellung der Rechtsschutzmodelle

Nachdem im ersten Teil dieser Arbeit zunächst die sowohl oberhalb als auch unterhalb der Schwellenwerte vorhandenen und in verschiedenen Rechtsquellen beheimateten subjektiven Rechte der Bieter beleuchtet wurden, machte es sich der zweite Teil zur Aufgabe, die zu ihrer Durchsetzung in Betracht kommenden sowie in der Praxis tatsächlich in Anspruch genommenen Rechtsbehelfe aufzuzeigen. Ob die dargestellten Rechtsschutzmodelle des Ober- und Unterschwellenbereichs den im ersten Teil beschriebenen Anforderungen tatsächlich gerecht werden und ob diese in der Lage sind, die subjektiven Rechte der Unternehmen wirksam zu schützen, wird im Folgenden untersucht. Hierbei sollen sowohl die Vor-, als auch die Nachteile des jeweiligen Systems herausgearbeitet werden, um auf dieser Grundlage in fundierte Reformvorschläge unterbreiten zu können.

#### 1. Bewertung des Rechtsschutzsystems oberhalb der Schwellenwerte

##### a) Effektivität und Interessenausgleich

Die Nachprüfung vermeintlich vergaberechtswidriger Vergabeentscheidungen wird im Hinblick auf die betroffenen Interessen stets von dem Bestehen eines Dreiecksverhältnisses geprägt. Auf der einen Seite sind die Interessen der öffentlichen Hand zu berücksichtigen. Diese bestehen in erster Linie in der erfolgreichen Erledigung von Verwaltungsaufgaben, zu deren Durchführung Haushaltsmittel möglichst sparsam verwendet und die hierzu notwendigen Vergabeverfahren rasch abgeschlossen werden sollen.<sup>486</sup> Im Anschluss hieran kann die eigentliche Vertragsabwicklung durch die Leistungserbringung der Beteiligten beginnen und die Verwaltungsaufgabe – gegebenenfalls unter Berücksichtigung von Sekundärzwecken – erledigt werden.

Auf der anderen Seite steht das Interesse des nach Abschluss des Vergabeverfahrens für den Zuschlag vorgesehenen Bieters, den Auftrag auch tatsächlich zu erhalten. Dieser Bieter hat zur Vorbereitung auf das Vergabeverfahren, insbesondere durch Erstellung des Angebotes, einen meist hohen zeitlichen und finanziellen Aufwand betrieben und darüber hinaus oft bereits Investitionen getätigt. Sein Interesse ist, wie das der Vergabestelle, darauf gerichtet, mit der Vertragsdurchführung rasch zu beginnen, um als Gegenleistung schließlich das vereinbarte Entgelt zu erhalten.

Der nicht für den Zuschlag vorgesehene Bieter steht auf der dritten Seite dieses sog. „Interessendreiecks“.<sup>487</sup> Dieser hat in erster Linie ein Interesse daran, den ausgeschriebenen Auftrag selbst anstelle des Konkurrenten zu erhalten und die Zuschlagserteilung an diesen zu verhindern.

<sup>486</sup> Siehe hierzu Burgi, NZBau 2009, 609 (611 f.).

<sup>487</sup> Zu den Vorgaben des Verfassungsrechts für dieses Konfliktverhältnis siehe auch Gaier, NZBau, 289 (289 ff.).

Hierfür steht ihm die Möglichkeit offen, bei vermeintlichen Verstößen der Vergabestelle gegen die Vorschriften über das Vergabeverfahren, eine Nachprüfung des Vorgangs durch die Vergabekammer anzustrengen und eine Wiederholung bestimmter Verfahrensschritte oder des gesamten Verfahrens zu erreichen.

Zum Ausgleich dieser gegenläufigen Interessen hält der vierte Teil des GWB verschiedene Mechanismen bereit:

Dem Interesse der öffentlichen Hand an einer raschen Auftragsvergabe und damit Erledigung der öffentlichen Aufgabe dient zum einen das Erfordernis der Rügepflicht nach § 107 Abs. 3 GWB. Hiernach kann ein Bieter einen vermeintlichen Vergaberechtsverstoß vor der Vergabekammer nicht als verfahrensfehlerhaft geltend machen, wenn er der Vergabestelle nicht zuvor die Möglichkeit gegeben hat, den Verstoß zu prüfen und der Rüge gegebenenfalls abzuwehren. Auf diese Weise kann die Vergabestelle erkannte Vergabefehler noch während des Verfahrens beseitigen und die mit zeitlichen Verzögerungen und finanziellem Aufwand verbundene Nachprüfung durch einen Dritten verhindern.

Kommt es dagegen zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens, ist dieses zügig und unter Beachtung des sog. Beschleunigungsgebots (§ 113 GWB) durchzuführen. Hierbei bilden der Grundsatz nur einer einzigen mündlichen Verhandlung (§ 112 Abs. 1 S. 1 GWB), die Anordnung der fünföchigen Entscheidungsfrist (§ 113 Abs. 1 S. 1 GWB), die Verfahrensförderungspflicht der Beteiligten (§ 113 Abs. 2 S. 1 GWB) sowie die Präklusions- und Beschleunigungsvorschriften die Grundlage für ein zügiges Verfahren.<sup>488</sup> Darüber hinaus werden Nachprüfungsverfahren gesetzlich auf zwei Instanzen, die Vergabekammer als gerichtsähnliche Eingangs- und das Oberlandesgericht als erste und einzige gerichtliche Beschwerdeinstanz, festgelegt. Auf diese Weise komme es, mit den Worten des Gesetzgebers, „*nicht zu unerträglichen Verzögerungen des Vergabeverfahren[s]*“ oder gar zu „*Investitionsblockaden*“ der öffentlichen Hand, die nach dessen Auffassung durch die Gewährung eines subjektiven Bieteranspruchs auf Kontrolle von Vergabeentscheidungen entstehen könnten.<sup>489</sup>

Den Interessen des ursprünglich für den Zuschlag vorgesehenen Bieters wird im Rechtsschutzsystem des GWB vor allem durch die Vorschrift des § 109 GWB über die Beiladung gerecht. Zwar steht die Beiladung der „*Unternehmen, deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden*“ grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen der Vergabekammer.

---

<sup>488</sup> Bungenberg, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, §§ 112, 113 GWB Rn. 1; siehe auch Braun, NZBau 2003, 134 (134 ff.).

<sup>489</sup> Begründung des Regierungsentwurfs zum Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG), BT-Drs. 13/9340, S. 19, 20.



Kann die Entscheidung der Vergabekammer ein Unternehmen jedoch in eigenen Rechten verletzen oder für dieses eine rechtsgestaltende Wirkung entfalten, muss die Beiladung zwingend erfolgen.<sup>490</sup> Hierdurch erhält der Beigeladene die Möglichkeit, den Ausgang des Verfahrens zu seinen Gunsten zu beeinflussen und eine drohende Rechtsverletzung zu verhindern. Er hat das Recht, an der mündlichen Verhandlung teilzunehmen, nach § 111 GWB Akteneinsicht zu nehmen, die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten zu erhalten und sich zu den relevanten Tatsachen zu äußern sowie selbst Rechtsmittel gegen die Entscheidung der Vergabekammer einzulegen.<sup>491</sup>

Zuletzt tragen die Vorschriften des GWB den Interessen des unterlegenen Bieters in besonderem Maße Rechnung. Seitdem das Vergaberecht am 01.01.1999 durch die sog. „kartellrechtliche Lösung“<sup>492</sup> reformiert wurde, enthält § 97 Abs. 7 GWB nunmehr das eindeutige Bekenntnis zu subjektiven Rechten der Bieter. Im Falle der Verletzung dieser Rechte durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften, kann der Bieter die Nachprüfung der streitgegenständlichen Maßnahme durch die Vergabekammer und im Falle des Unterliegens, durch das jeweils zuständige Oberlandesgericht anstrengen. Ermöglicht wird dies zum einen durch die Vorabinformation der Bieter über die beabsichtigte Nichtberücksichtigung durch die Vergabestelle gem. § 101a Abs. 1 S. 1, 2 GWB und die hiermit verbundene Wartefrist von 15 bzw. 10 Kalendertagen bis zum (wirksamen) Vertragsschluss, in welcher die nichtberücksichtigten Bieter Primärrechtsschutz gegen die bevorstehende Zuschlagsentscheidung erlangen können.<sup>493</sup> Zum anderen ist mit Einreichung des Vergabenachprüfungsantrags gem. § 115 Abs. 1 GWB ein Zuschlagsverbot dergestalt verbunden, dass der öffentliche Auftraggeber, sobald er von der Vergabekammer über den Antrag des Bieters informiert wird, den (verfahrensbeendenden) Zuschlag vor einer Entscheidung der Vergabekammer und dem Ablauf der Beschwerdefrist nach § 117 Abs. 1 GWB nicht erteilen darf. Hinzukommen im Verfahren vor der Vergabekammer der Anspruch der Beteiligten auf Akteneinsicht gem. § 111 GWB und der Amtsermittlungsgrundsatz des § 110 GWB, welche den effektiven Schutz der Bieterrechte ebenfalls sichern.

<sup>490</sup> Bungenberg, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 109 GWB Rn. 13, 15; Heuvels, Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 109 GWB Rn. 12; Dreher, in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 109 GWB Rn. 12.

<sup>491</sup> Herlemann/Thiele, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 109 GWB Rn. 11.

<sup>492</sup> Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 26. August 1998, (BGBl. I S. 2512) Zuletzt geändert durch Art. 4 Zweites Rechtsbereinigungsgesetz der BM Wirtschaft und Technologie und für Arbeit und Soziales vom 25. April 2007 (BGBl. I S. 594).

<sup>493</sup> Horn/Hofmann, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Vorbemerkung vor § 102 GWB Rn. 3; Mentzins, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 101a GWB Rn. 2 ff.; BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 140. Diese Entscheidung bezieht sich zwar auf die Vorgängerregelung des § 101a GWB in § 13 VgV. Da der Wortlaut jedoch weithin identisch ist und die Regelung im GWB § 13 VgV nach dem Willen des Gesetzgebers ablösen soll, kann an dieser Stelle auf diese Rechtsprechung verwiesen werden.

Der vierte Teil des GWB enthält somit ein im Grundsatz auf die Durchsetzung der bieterseitigen Interessen zugeschnittenes Rechtsschutzsystem, schafft auf der anderen Seite aber auch einen wirksamen Ausgleich zu den Interessen der öffentlichen Hand an einer erfolgreichen und wirtschaftlichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben sowie des eigentlich für den Zuschlag vorgesehenen Bieters. Darüber hinaus dienen die Rügemöglichkeit der Bieter und anschließende unabhängige Kontrolle des Vergabeverfahrens gerade der wirtschaftlichen Beschaffungstätigkeit des Staates, da auf diese Weise der faire Wettbewerb zwischen den Bietern und die Beauftragung des tatsächlich wirtschaftlichsten Angebotes gewährleistet wird.

## b) Nachprüfungsinstanzen

Im Hinblick auf die kartellvergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen ist zunächst festzustellen, dass sich sowohl die Vergabekammern als auch die bei den Oberlandesgerichten angesiedelten Vergabesenate wegen ihrer fachspezifischen Sachkunde und Unabhängigkeit in der Praxis bewährt haben.<sup>494</sup> Mit Inkrafttreten des Vergaberechtsänderungsgesetzes zum 01.01.1999 wurden die Vergabekammern als primäre, erstinstanzliche Kontrollinstanzen implementiert und die Vergabesenate als einzige gerichtliche Instanz ausgewiesen, §§ 102, 104 Abs. 2 GWB und § 116 Abs. 3 GWB.<sup>495</sup> Wie auch der Gesetzgeber im Hinblick auf die Vergabesenate feststellt, fördert diese Zuständigkeitskonzentration die Spezialisierung und diese wiederum die Zügigkeit der Entscheidungen.<sup>496</sup> Darüber hinaus haben wohl auch die engen Fristvorgaben der §§ 113, 115, 118, 121 GWB zu der hohen Akzeptanz sowohl auf Auftraggeber- als auch Auftragnehmerseite beigetragen.

Gleichwohl nimmt die Ausgestaltung des kartellvergaberechtlichen Rechtsschutzsystems eine eher der historischen Entwicklung als einer tatsächlichen Notwendigkeit geschuldete Sonderstellung im deutschen Recht ein.<sup>497</sup>

<sup>494</sup> Bericht der Bundesregierung zu den Erfahrungen mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz vom 11.11.2003 (BT.-Drs. 15/2034), S. 2; ebenso Germelmann, DÖV 2013, 50 (57); Kramer/André, JuS 2009, 906 (906). Die große Akzeptanz der Vergabekammern lässt sich außerdem an der hohen Anzahl der durchgeführten Nachprüfungsverfahren ablesen. Allein im Jahre 2012 wurden 893 Vergabenachprüfungsanträge gestellt und hiervon 831 Verfahren durch die Vergabekammern erledigt, siehe die statistischen Meldungen über Vergabenachprüfungsverfahren gem. § 129a GWB für das Berichtsjahr 2012, abrufbar über die Homepage des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie unter der Adresse [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de) (06.12.2012); Im Berichtsjahr 2013 wurden von 817 eingereichten Nachprüfungsanträgen von den Vergabekammern 767 Verfahren erledigt, siehe die statistischen Meldungen über Vergabenachprüfungsverfahren gem. § 129a GWB für das Berichtsjahr 2013, ebenfalls abrufbar über [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de) (26.06.2014).

<sup>495</sup> Begründung des Regierungsentwurfs zum Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG), BT-Drs. 13/9340, S. 16, 20.

<sup>496</sup> Begründung des Regierungsentwurfs zum Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG), BT-Drs. 13/9340, S. 20.

<sup>497</sup> So auch Germelmann, DÖV 2013, 50 (60).

Es bestehen nach wie vor gewisse systematische Unstimmigkeiten, die in der Literatur teilweise als „Zwitterstellung“<sup>498</sup> der Vergabenachprüfungsverfahren und der Vergabekammern aufgegriffen werden.

Diese „Zwittereigenschaft“ beruht zum einen darauf, dass die Vergabekammern – bei materieller Betrachtungsweise – als gerichtsähnliche Instanz ausgestaltet sind, da sie einen Rechtsstreit weisungsfrei, unabhängig und rechtskräftig entscheiden (§ 105 Abs. 1 GWB). Zudem sind sie mit Mitgliedern besetzt, von denen zumindest eines die Befähigung zum Richteramt haben muss (§ 105 Abs. 2 GWB).

Formal betrachtet stellen die Vergabekammern jedoch Verwaltungsbehörden dar,<sup>499</sup> die für Auftragsvergaben des Bundes beim Bundeskartellamt und für Vergaben der Länder und Kommunen – je nach Bundesland – bei den Landesregierungen, den Bezirksregierungen oder den Landesverwaltungsämtern (§§ 106, 106a GWB) angesiedelt sind.<sup>500</sup>

Zum anderen wird das Nachprüfungsverfahren als Verwaltungsverfahren besonderer Art qualifiziert, welches durch den Erlass eines Verwaltungsakts abgeschlossen wird (§ 114 Abs. 3 S. 1 GWB).<sup>501</sup> Dennoch unterliegt dessen Durchführung bestimmten prozessualen Regeln, die nicht nur auf den Vorschriften der §§ 102 ff. GWB beruhen, sondern auch dem Verwaltungs-, und dem Zivilprozessrecht entlehnt sind. In der Praxis ziehen die Nachprüfungsinstanzen zur Auslegung und Ergänzung der §§ 102 ff. GWB oftmals Regeln des Verwaltungsverfahrenrechts, der VwGO und der ZPO heran, um bestehende Lücken zu schließen.<sup>502</sup> Dies zeigt etwa die Entscheidung der Vergabekammer Düsseldorf, in der es um die Prüfung eines Befangenheitsantrags gegen die Mitglieder der Vergabekammer ging.<sup>503</sup>

<sup>498</sup> Diemer/Maier, NZBau 2004, 536 (537); so auch Hertwig, NZBau 2009, 355 (355).

<sup>499</sup> Heuvels, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 102 GWB Rn. 5; Diemer/Maier, NZBau 2004, 536 (537); Maier, NZBau 2004, 667 (667).

<sup>500</sup> Germelmann, DÖV 2013, 50 (54 f.); siehe eine Übersicht der in den Bundesländern eingerichteten Vergabekammern bei Landsberg, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 106 GWB Nr. 6.

<sup>501</sup> OLG München, Beschl. v. 16.11.2006, BeckRS 2006, 13804; Heuvels, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 102 GWB Rn. 5; Landsberg, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 102 GWB Rn. 5; Maier, NZBau 2004, 667 (667).

<sup>502</sup> Diemer/Maier, NZBau 2004, 536 (537).

<sup>503</sup> VK Düsseldorf, Beschl. v. 08.03.2011, ZfBR 2011, 402, 402 ff. Siehe auch VK Baden Württemberg, Beschl. v. 16.05.2013, BeckRS 2013, 14290: Die Vergabekammer erklärte in dieser Entscheidung beispielsweise §§ 83 VwGO, 17a GVG analog für anwendbar, um den vor einer unzuständigen Vergabekammer erhobenen Nachprüfungsantrag an die örtlich zuständige Vergabekammer zu verweisen. Zeitgleich wies sie darauf hin, dass auch „eine analoge Anwendung der Vorschriften der ZPO [...] möglich ist, wenn ein Sachverhalt vorliegt, der ohne eine Anwendung der Bestimmungen der ZPO keiner Lösung zugeführt werden kann“; im Hinblick auf das Kostenrecht Diemer/Maier, NZBau 2004, 536 (537 ff.).

Die Vergabekammer führte hierzu aus, dass, nachdem sich in den §§ 102 ff. GWB keine Regelungen zur Frage der Befangenheit fänden und es sich bei Vergabekammern um eine zwar der Verwaltung angegliederte, aber auch gerichtsähnliche Einrichtung handele, sowohl verwaltungsverfahrenrechtliche als auch – in analoger Anwendung – verwaltungsgerichtliche Vorschriften in Verbindung mit der ZPO in Betracht kämen.<sup>504</sup>

Die „Zwitternatur“ des vergaberechtlichen Rechtsschutzes wird in der Literatur zuletzt aus dem Umstand hergeleitet, dass das erstinstanzliche Verfahren vor einer Verwaltungsbehörde stattfindet, in zweiter Instanz jedoch der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet ist.<sup>505</sup> Wie oben bereits ausgeführt wurde, wird das Vergabepflichtverfahren nach herrschender Auffassung als Verwaltungsverfahren besonderer Art qualifiziert, welches durch den Erlass eines Verwaltungsakts abgeschlossen wird (§ 114 Abs. 3 S. 1 GWB).<sup>506</sup> Auch das Vergabeverfahren an sich wird maßgeblich von öffentlich-rechtlichen Bindungen der § 55 Abs. 1, 2 BHO/ LHO in Verbindung mit den Verdingungsordnungen, den Grundrechten und den Vorgaben des EU-Primärrechts bestimmt,<sup>507</sup> was – nach der hier vertretenen Auffassung – trotz der privatrechtlich zu qualifizierenden Zuschlagsentscheidung zu einer öffentlich-rechtlichen Gesamtbetrachtung des Vorgangs führt. Konsequenterweise wäre daher wohl eine gesetzliche Zuständigkeitszuweisung zu den Verwaltungsgerichten. Gleichwohl sieht § 116 Abs. 3 GWB eine ausschließliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte vor, was ausweislich der Gesetzesbegründung zum Vergaberechtsänderungsgesetz<sup>508</sup> insbesondere der Bewahrung dieses Rechtswegs im Kartellrecht und der – nach Auffassung des Gesetzgebers – zivilrechtlichen Betätigung der öffentlichen Auftraggeber vor Vertragsschluss geschuldet ist.

Insgesamt bleibt festzustellen, dass sich die Verfahren vor den Vergabekammern und Oberlandesgerichten in der Praxis bewährt haben. Nicht zu übersehen sind zwar die rechtssystematischen Unstimmigkeiten, die insbesondere aus der gleichzeitigen Befassung einer gerichtsähnlichen Verwaltungsbehörde und eines Zivilsenats mit einer an sich öffentlich-rechtlichen Streitigkeit resultieren.

<sup>504</sup> VK Düsseldorf, Beschl. v. 08.03.2011, ZfBR 2011, 402, 404; so auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.01.2006, NZBau 2006, 598, 599; im Gegensatz hierzu sprach sich das OLG Jena in diesem Zusammenhang nur für eine Anwendung VwVfG auf das Verfahren vor der Vergabekammer, nicht jedoch der VwGO bzw. der ZPO aus, OLG Jena, Beschl. v. 22.12.1999, NZBau 2000, 349, 349; ebenso OLG München, Beschl. v. 21.05.1999; NZBau 2000, 49.

<sup>505</sup> Dreher, NZBau 2013, 665 (671).

<sup>506</sup> OLG München, Beschl. v. 16.11.2006, BeckRS 2006, 13804; Heuvels, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 102 GWB Rn. 5; Landsberg, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 102 GWB Rn. 5; Maier, NZBau 2004, 667 (667).

<sup>507</sup> Rennert, in Eyermann, VwGO, § 40 VwGO Rn. 49; Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 260 ff.; Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 184 ff.; Burgi, NVwZ 2007, 737 (737 ff.); Krist, IBR 2007, 1075 (nur online); Özfirat-Skubinn, DÖV 2010, 1005 (1005 ff.).

<sup>508</sup> Begründung des Regierungsentwurfs zum Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG), BT-Drs. 13/9340, S. 20.

Zudem führt auch eine Stärkung der verwaltungsrechtlichen Verfahrensgarantien nicht zu einer Gleichwertigkeit der behördlichen mit den gerichtlichen Verfahren. Bei genauer Betrachtung folgt aus der ausschließlichen Zuständigkeit der Vergabekammern vielmehr die Beschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes des Einzelnen auf lediglich eine Instanz vor den Oberlandesgerichten.<sup>509</sup>

Alles in allem sind die zur Entscheidung berufenen Stellen jedoch in der Lage, eine große Anzahl an Vergabestreitigkeiten schnell, effektiv und unparteiisch zu lösen. Im Jahr 2013 wurden nach den vom Bundeswirtschaftsministerium herausgegebenen statistischen Meldungen über Vergabenachprüfungsverfahren insgesamt 817 Nachprüfungsanträge bei Vergabekammern eingereicht, von denen 767 Verfahren erledigt werden konnten. Auch in den Vorjahren lagen die Zahlen ähnlich hoch (2012: 893 anhängige und 831 erledigte Verfahren; 2011: 989 anhängige und 934 erledigte Verfahren).<sup>510</sup> Nur in 354 Fällen (2013) mussten die angerufenen Vergabekammern die bereits eng bemessene fünfwöchige Entscheidungsfrist des § 113 Abs. 1 GWB verlängern.<sup>511</sup> Die Sachentscheidungen werden hierbei, obwohl im Durchschnitt eine leichte Tendenz zugunsten der öffentlichen Auftraggeber erkennbar ist,<sup>512</sup> objektiv und unter Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten getroffen, was zu der bereits angesprochenen positiven Resonanz in Literatur und vergaberechtlicher Praxis geführt hat.

### c) Kaskadensystem

Wie eingangs<sup>513</sup> bereits dargestellt wurde, besteht das bundesdeutsche Vergaberecht aus einer sog. Regelungskaskade. Auf der ersten Stufe der Kaskade stehen die §§ 97 bis 129 GWB. In diesen formellen, bundesgesetzlichen Vorschriften werden der Anwendungsbereich und die Grundsätze des Vergabe- sowie des Nachprüfungsverfahrens geregelt.<sup>514</sup>

<sup>509</sup> So auch Germelmann, DÖV 2013, 50 (58).

<sup>510</sup> Statistische Meldungen über Vergabenachprüfungsverfahren gem. § 129a GWB des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie für das Berichtsjahr 2013, abrufbar unter [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de) (Stand 26.06.2014).

<sup>511</sup> Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Statistische Meldungen über Vergabenachprüfungsverfahren gem. § 129a GWB, Berichtsjahr 2013, abrufbar unter [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de) (Stand 26.06.2014).

<sup>512</sup> Im Berichtsjahr 2013 fielen 171 Verfahren zugunsten der Auftraggeber, 113 Verfahren zugunsten der Auftragnehmer aus. Im Jahr davor betrug das Verhältnis bei 831 erledigten Verfahren 197 zu 135; 2011 bei 934 erledigten Verfahren 181 Sachentscheidungen zugunsten der Auftraggeber und 167 zugunsten der Auftragnehmer getroffen. siehe die statistische Meldungen über Vergabenachprüfungsverfahren gem. § 129a GWB des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie für die Berichtsräume 2011, 2012 und 2013, abrufbar unter [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de) (Stand 26.06.2014).

<sup>513</sup> Siehe im 1. Teil unter Ziff. II. 1. lit. c. sublit. aa.

<sup>514</sup> Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. – Einführung Rn. 18-21;

Auf Grundlage einer Verordnungsermächtigung in §§ 97 Abs. 6, 127 Nr. 1 GWB wurde von der Bundesregierung als zweite Stufe eine Vergabeverordnung<sup>515</sup> (VgV) erlassen. Hierin sind vornehmlich abstrakte Regelungen über die Höhe der Schwellenwerte, die Schätzung der Auftragswerte, Tätigkeiten und Ausnahmen in den Sektorenbereichen und Informations- und Bekanntmachungspflichten enthalten.<sup>516</sup> Die wesentlichen materiellen Vorschriften über das einzuhaltende Vergabeverfahren sind schließlich in den drei, von den Vergabe- und Vertragsausschüssen erarbeiteten Verdingungsordnungen normiert, die durch Verweis in §§ 4 bis 6 VgV die dritte Stufe der Kaskade darstellen.<sup>517</sup>

Zweifelhaft erscheint zum einen, ob der Gesetzgeber die materiell rechtliche Ausgestaltung der Vergabeverfahren überhaupt der Exekutive zur Regelung im Wege einer Rechtsverordnung überlassen durfte. Aus der vom Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit dem Vorbehalt des Gesetzes nach Art. 20 Abs. 3 GG entwickelten Wesentlichkeitstheorie ergibt sich, dass alle für die Ausübung der Grundrechte „wesentlichen“ Fragen grundsätzlich in einem Parlamentsgesetz zu beantworten sind und nicht der Verwaltung zur Regelung in einem Ausführungsakt überlassen werden dürfen.<sup>518</sup> Versteht man die Vergabeentscheidung jedoch als ein in die Grundrechte eines Dritten eingreifendes und diesen zum Teil erheblich belastendes Staatshandeln, erscheint es verfassungsrechtlich bedenklich, die dieser Entscheidung zugrundeliegende Regelungsmaterie auf Grundlage der §§ 97 Abs. 6, 127 Nr. 1 GWB an die Exekutive zu übertragen.<sup>519</sup>

Dies gilt umso mehr, als der Ordnungsgeber seine Rechtsetzungsbefugnisse nicht selbst ausübt, sondern die Verantwortung für die Festlegung der materiellen Verfahrensvorschriften in den §§ 4 ff. VgV auf nichtstaatliche Gremien nochmals subdelegiert. Zwar ist die Verweisung auf privat geschaffene Regelwerke in Rechtsverordnungen der deutschen Rechtsordnung grundsätzlich nicht fremd. Insbesondere im Umweltrecht erlässt die Bundesregierung auf Grundlage § 48 BImSchG seit langem Verwaltungsvorschriften nach Anhörung der beteiligten Kreise mit Zustimmung des Bundesrates, wie z. B. die Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm<sup>520</sup>. Zu beachten ist jedoch, dass die Verdingungsordnungen keine bloßen technischen Anforderungen enthalten, sondern über diesen Regelungsinhalt weit hinausgehen.

---

<sup>515</sup> Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.02.2003 (BGBl. I S. 169).

<sup>516</sup> Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. – Einführung Rn. 22 f.

<sup>517</sup> Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO, Rn. 84 ff.; Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. – Einführung Rn. 24 ff.

<sup>518</sup> Siehe hierzu grundlegend BVerfG, Beschl. v. 08.08.1978, BVerfGE 49, 89.

<sup>519</sup> So auch Malmendier, DVBl. 2000, 963 (967).

<sup>520</sup> Siehe z. B. die Sechste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm – TA Lärm) vom 26.08.1998 (GMBI S. 503).

Sie enthalten detaillierte Bestimmungen über und materiell-rechtliche Anforderungen an das Vergabeverfahren und bilden damit gleichsam den Prüfungsumfang für die angerufenen Rechtsschutzinstanzen, da anhand der Verdingungsordnungen mögliche Rechtsverstöße und damit die Erfolgsaussichten der Nachprüfungsverfahren bestimmt werden.

Gleichwohl werden die Verdingungsordnungen – im Gegensatz zu den technischen Anleitungen – nicht lediglich nach Anhörung der beteiligten Interessenvertreter von der Bundesregierung erlassen, sondern von eben diesen privaten Gremien erarbeitet und verabschiedet. Im Einzelnen sind dies der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Lieferungen und Dienstleistungen (DVAL) und der Hauptausschuss zur Erarbeitung der VOF, welche sich die Fortentwicklung der VOB, der VOL und der VOF zur Aufgabe gemacht haben. Die Ausschüsse sind unter Federführung des Bundesministeriums für Wirtschaft paritätisch zusammengesetzt aus Vertretern der öffentlichen Auftraggeber, bestehend aus Bund, Ländern und kommunalen Spitzenverbänden, sowie der Spitzenorganisationen der Wirtschaft und der Technik.<sup>521</sup> Ungeachtet der Einbindung eines Bundesministeriums stehen alle drei Gremien jedoch außerhalb jeglicher demokratischer Legitimation<sup>522</sup> und vertreten vornehmlich ihre eigenen, wirtschaftlichen Interessen.

Diesen Bedenken wird in der Literatur regelmäßig entgegengehalten, dass es sich bei der Bezugnahme auf die Verdingungsordnungen um eine – verfassungsrechtlich zulässige – statische Verweisung handele.<sup>523</sup> Hierbei würden die Fremdnormen als Betätigung eines eigenen Regelungswillens des Verordnungsgebers angesehen und durch Verweisung in den Verordnungstext inkorporiert. Der Normgeber verzichte lediglich darauf, den konkreten Regelungstext in die Verordnung zu übernehmen.

---

<sup>521</sup> Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Einleitung Rn. 65; siehe auch die Informationen auf der Homepage des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur unter <https://www.bmvbs.de> (Stand 04.01.2014).

<sup>522</sup> Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Einleitung Rn. 65.

<sup>523</sup> § 4 Abs. 1 VgV verweist für die Vergabe von Lieferaufträgen auf die Bestimmungen des zweiten Abschnitts der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. November 2009 (BAnz. Nr. 196a vom 29. Dezember 2009; BAnz. 2010 S. 755). Für die Vergabe von Aufträgen für Dienstleistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit werden, verweist § 5 Abs. 1 VgV auf die Bestimmungen der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. November 2009 (BAnz. Nr. 185a vom 8. Dezember 2009). Für die Vergabe von Bauaufträgen und Baukonzessionen verweist § 6 Abs. 1 VgV schließlich auf die Bestimmungen des 2. Abschnittes des Teiles A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Oktober 2011 (BAnz. Nr. 182a vom 2. Dezember 2011; BAnz AT 07.05.2012 B1).

Die Verweisungen in §§ 4 ff. VgV stünden damit im Einklang mit Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG, da diese sich statisch auf eine bestimmte, zuvor im Bundesanzeiger veröffentlichte Fassung der jeweiligen Verdingungsordnung beziehen und diese dadurch Teil der Rechtsverordnung würden.<sup>524</sup>

Die Zweifel daran, ob die vorliegende Subdelegation des Ordnungsgebers an private Gremien den Anforderungen der Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG genügt, können – nach der hier vertretenen Ansicht – jedoch auch durch den Hinweis auf das Vorliegen einer statischen Verweisung nicht ausgeräumt werden, da der Gesetzgeber die Verantwortung und Federführung für den Gesetzgebungsprozess gleichwohl auf private Verbände übertragen hat.<sup>525</sup> Diese privatwirtschaftlichen Verbände legen (nach europäischen Zielvorgaben) fest, welche materiell-rechtlichen Verfahrensvorschriften von öffentlichen Auftraggebern bei der Vergabe von Aufträgen einzuhalten sind und ob diese Bestimmungen subjektive Außenwirkung entfalten. Durch die Vorgaben der Verdingungsordnungen werden der Umfang und die Reichweite des eingeräumten Primärrechtsschutzes bestimmt und somit auch auf die Ausübung grundrechtlich gewährleisteter Rechte Einfluss genommen. Ob die Subdelegation einer solchen legislativen Grundverantwortung den vom Bundesverfassungsgericht präzisierten Vorgaben des Vorbehalts des Gesetzes noch genügt, darf und muss bezweifelt werden.

Unabhängig von diesen kompetenzrechtlich aufgeworfenen Fragen bestehen weitere Zweifel an der Verfassungs- bzw. Europarechtmäßigkeit der konkreten Ausgestaltung des Kaskadensystems. So sind Transparenz und Klarheit der Rechtsordnung als Ausprägungen des Demokratieprinzips<sup>526</sup> zentrale rechtsstaatliche Prinzipien sowohl des Europa- als auch des nationalen Verfassungsrechts.<sup>527</sup> Nach Art. 1 Abs. 2 EUV sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, bei der Umsetzung europäischen Rechts möglichst transparent und offen vorzugehen.

<sup>524</sup> Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 97 Abs. 6 GWB Rn. 9; Knauff, NZBau 2010, 657 (660); Pietzcker, NZBau 2000, 64 (65 f.); a. A. Dreher, in Dreher, NVwZ 1999, 1265 (1268) zur früheren VgV; insoweit kritisch auch Pache, DVBl. 2001, 1781 (1791); Malmendier, DVBl. 2000, 963 (967); Fehling, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 198.

<sup>525</sup> Gem. Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG ist eine Subdelegation bei Einhaltung der kumulativen Voraussetzungen zwar grundsätzlich möglich, auf nichtstaatliche, private Stellen jedoch unzulässig, siehe Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 80 GG Rn. 34; auch das Bundeskartellamt sieht die Rolle der Vergabe- und Vertragsausschüsse bei der Fortentwicklung des Vergaberechts durchaus kritisch und formuliert vorsichtig: „Ihre sachverständige Einbindung erscheint nach wie vor bedeutsam für die Fortentwicklung des Vergaberechts, wirft aber auch grundlegende Fragen ordnungspolitischer und wettbewerbsrechtlicher Natur auf“, siehe den Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes in den Jahren 2009/2010, BT-Drs. 17/6640, S. 133.

<sup>526</sup> Nettesheim, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEU, Art. 1 EUV Rn. 36 m. w. N.

<sup>527</sup> Zum europäischen Verfassungsprinzip der Transparenz ausführlich Calliess/Ruffert, EUV/AEU, Art. 1 EUV Rn. 75 ff. und Nettesheim, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEU, Art. 1 EUV Rn. 35 ff.; zum deutschen Verfassungsprinzip vgl. ausführlich Bröhmer, Transparenz als Verfassungsprinzip, S. 33 ff.; speziell zum Vergaberecht siehe auch Höfler, NZBau 2010, 73 (74).



Aus dem in Art. 2 Abs. 1 S. 1 EUV und Art. 20 Abs. 2, 3 GG verankerten Prinzip der Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit folgt zudem die Verpflichtung des Gesetzgebers, Vorschriften klar zu formulieren und Rechtsmaterien in ihrer Gesamtheit übersichtlich und für den Einzelnen verständlich zu gestalten.<sup>528</sup>

Gegen die Einhaltung dieser Vorgaben spricht die übermäßige Komplexität des deutschen Vergaberechts, die nicht nur ausländischen, sondern auch mit der eigenen Rechtsordnung vertrauten inländischen Bietern den Zugang zu öffentlichen Aufträgen erschwert. Dies soll ein kurzer Überblick über das geltende Recht verdeutlichen:

Für die klassischen öffentlichen Auftraggeber ist das oberschwellige Vergaberecht durch GWB, VgV und Verdingungsordnungen auf drei Stufen aufgeteilt. Die für die Vergabe von Bauleistungen geltende Verdingungsordnung VOB/A als dritte Stufe der Kaskade ist wiederum dreigeteilt, wobei der erste Teil für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte gilt und aufgrund der haushaltsrechtlichen Anwendungsbefehle nur den Charakter einer Verwaltungsvorschrift trägt. Die europäischen Vorgaben für die von den Richtlinien erfassten Auftragsvergaben sind im 2. Abschnitt der VOB/A umgesetzt, der dritte Abschnitt gilt nur für Bauaufträge im Bereich der Verteidigung und Sicherheit. Die VOL/A enthält für Auftragsvergaben im und außerhalb des Anwendungsbereichs der Vergaberichtlinien ebenfalls zwei voneinander unabhängige Abschnitte.<sup>529</sup> Die VOF gilt in ihrer Gesamtheit für die Vergabe freiberuflicher Leistungen ab Erreichen des maßgeblichen Schwellenwerts. Für Auftraggeber in den Bereichen des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung sind alle Regelungen nunmehr in der Sektorenverordnung zusammengefasst, die insofern eine Durchbrechung des Kaskadensystems darstellt.<sup>530</sup> Für Auftragsvergaben im Bereich der Verteidigung und Sicherheit wurde im Jahre 2012 überdies eine Verteidigungsvergabeverordnung (VSVgV) erlassen. Die VSVgV enthält, ähnlich der SektVO, für Liefer- und Dienstleistungsaufträge abschließende Vergaberechtsregelungen, § 2 Abs.1 VSVgV. Lediglich für Bauaufträge ist in § 2 Abs. 2 VSVgV ein entsprechender Verweis auf den 3. Abschnitt der VOB/A vorgesehen, welcher – wie bereits ausgeführt wurde – spezielle Verfahrensvorschriften für die Vergabe von Rüstungsaufträgen in diesem Bereich enthält. Zu diesen komplexen und schwer zu durchdringenden bundesgesetzlichen Vorschriften kommen zahlreiche Vorgaben der Bundesländer hinzu, die wiederum in formelle Landesgesetze, Rechtsverordnungen und lediglich intern wirkendes Verwaltungsbinnenrecht zu differenzieren sind.

<sup>528</sup> zum Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes siehe Herdegen, in Maunz/Dürig, GG, Art. 79 GG Rn. 152 ff; zu den europäischen Vorgaben siehe Dreher, NVwZ 1999, 1265 (1270 f.).

<sup>529</sup> siehe hierzu ausführlich Schneider, in Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teile A und B, Einleitung Rn. 22 ff.

<sup>530</sup> Schneider, in Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teile A und B, Einleitung Rn. 21.

In Anbetracht dieser komplexen Regelungssystematik bestehen erhebliche Bedenken an der Vereinbarkeit des deutschen Kartellvergaberechts mit den Vorgaben des nationalen Verfassungs- sowie des europäischen Primärrechts zu Transparenz und Klarheit der Rechtsordnung.<sup>531</sup> Rechtlich zu bezweifeln ist insbesondere die Wahrung des europäischen Grundsatzes der Rechtssicherheit, welcher – mit den Worten des EuGH – voraussetzt, dass „die Rechtslage für den einzelnen hinreichend bestimmt und klar ist und ihn in die Lage versetzt, von allen seinen Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen“.<sup>532</sup> Es ist mehr als fraglich, ob diese bereits für inländische Bieter schwer zu durchdringende Regelungssystematik ausländischen Bietern einen klaren Überblick über die Rechtslage und die Reichweite ihrer Rechte gibt.

## 2. Bewertung des Rechtsschutzsystems unterhalb der Schwellenwerte

Im Anschluss an das eben beleuchtete Primärrechtsschutzsystem oberhalb der Schwellenwerte soll im Folgenden die Ausgestaltung des Primärrechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte bewertet werden.

### a) Fehlende Vorabinformationspflicht

Im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ist seit langem anerkannt, dass die nunmehr in § 101a GWB normierte Vorabinformation des unterlegenen Bieters über die beabsichtigte Zuschlagserteilung an ein anderes Unternehmen Voraussetzung für die effektive Wahrung seiner Rechte ist.<sup>533</sup> Die 1. Vergabekammer des Bundes führte hierzu bereits im Jahre 1999 in der sog. „Euro-Münzplättchen II“-Entscheidung<sup>534</sup> aus, dass § 97 Abs. 7 GWB dem Bieter ein subjektives Recht auf Einhaltung der Vorschriften über das Vergabeverfahren einräume. Den durch das Nachprüfungsverfahren gewährleisteten Primärrechtsschutz könne der Bieter dann nicht wahrnehmen, wenn er erst nach Zuschlagserteilung erfahre, dass und aus welchen Gründen er den Zuschlag nicht erhalten habe.

<sup>531</sup> Ebenso kritisch Fehling, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 199; Pache, DVBl. 2001, 1781 (1791); Dreher, NVwZ 1999, 1265 (1270 f.). Kau sieht in der derzeitigen Rechtslage sowohl einen Verstoß gegen die Pflicht zur effektiven Umsetzung von Richtlinien als auch einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten, Kau, EuZW 2005, 492 (493 ff.); a. A. Pietzcker, NZBau 2000, 64 (65 f.); a. A. wohl auch Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 97 Abs. 6 GWB Rn. 3.

<sup>532</sup> EuGH, Urteil v. 19.09.1996, Slg. 1996 I-04459 Rn. 13.

<sup>533</sup> Siehe hierzu nur VK Bund, Beschl. v. 29.04.1999, NZBau 2000, 53, 55 und BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 140, noch zu § 13 VgV. Zur Bedeutung der Vorabinformation für einen wirksamen Rechtsschutz siehe auch EuGH, Urteil v. 23.12.2009 – C-455/08, 2009 I-00225, Rn. 31-35.

<sup>534</sup> VK Bund, Beschl. v. 29.04.1999, NZBau 2000, 53, 55.

Ein nicht berücksichtigter Bieter wäre insoweit nur auf Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen vor den ordentlichen Gerichten angewiesen; eine derart weitgehende Beschneidung der Rechtsschutzmöglichkeiten eines Bieters im öffentlichen Vergabeverfahren sei mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG jedoch nicht vereinbar.<sup>535</sup>

Im vergaberechtlichen Unterschwellenbereich besteht hingegen keine § 101a GWB entsprechende Vorschrift. Öffentliche Auftraggeber sind einfachgesetzlich weder zur Unterrichtung des unterlegenen Bieters noch zur Begründung der ablehnenden Entscheidung verpflichtet. Erfolgreiche Bewerber erfahren von ihrer Nichtberücksichtigung daher meist erst mit oder nach der Zuschlagserteilung an ein konkurrierendes Unternehmen und sind deshalb – mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts – faktisch vom Primärrechtsschutz ausgeschlossen.<sup>536</sup>

Im klaren Widerspruch hierzu ist das Recht auf effektiven gerichtlichen Primärrechtsschutz – unabhängig vom Erreichen bestimmter Schwellenwerte – gleich in mehreren Rechtsordnungen verankert. Im Unionsrecht folgt dieses Recht zum einen aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die sich aus der allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Verfassungstradition ergeben.<sup>537</sup> Zum anderen ist das Recht auf effektiven Rechtsschutz seit dem Vertrag von Lissabon rechtsverbindlich in Art. 47 Abs. 1 GrCh normiert. Dasselbe Recht folgt im Schutzbereich der Europäischen Menschenrechtskonvention aus Art. 6 Abs. 1 EMRK, welcher dem Einzelnen als *right to a fair trial* die umfassende Nachprüfung und nicht bloße Kompensation gerügter Grundrechtsverletzungen gewährt. Im Rahmen der deutschen Verfassung wird der Anspruch auf effektiven Primärrechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG i. V. m. den Grundrechten (bzw. den Grundfreiheiten) abgeleitet.

Aus der Verankerung des effektiven Rechtsschutzgedankens in diesen Vorschriften folgt, dass die öffentliche Hand auch unterhalb der Schwellenwerte verpflichtet ist, unterlegene Bieter über die beabsichtigte Nichtberücksichtigung und deren Gründe noch vor Zuschlagserteilung zu informieren.<sup>538</sup>

<sup>535</sup> VK Bund, Beschl. v. 29.04.1999, NZBau 2000, 53, 55.

<sup>536</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 160.

<sup>537</sup> Siehe hierzu insbesondere die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen v. 23.06.2006 (ABl. 2006 C 179/2) Abschnitt 2.3.3.

<sup>538</sup> So auch Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 260 f.; Pache leitet das Recht auf Vorabinformation ferner aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des GG und dem europäischen Diskriminierungsverbot ab, siehe Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 196; Freitag stellt ebenfalls auf Art. 3 Abs. 1 und zudem auf Art. 19 Abs. 4 GG ab, siehe Freitag, NZBau 2002, 204 (205); Ulmer/Pencereci, KommJur 2008, 81 (85); wohl auch Sauer/Hollands, NZBau 2006, 763 (68); a. A. Pietzcker, NJW 2005, 2881 (2884 f.); das VG Neustadt an der Weinstraße lehnt einen Informationsanspruch des Bieters dagegen ebenfalls ab, ohne sich näher mit den genannten Vorschriften des GG, der EU-GrCh oder der EMRK auseinanderzusetzen, VG Neustadt a. d. Weinstraße, Beschl. v. 19.10.2005, NJOZ 2005, 5151, 5152 f.

Nur auf diese Weise werden Bieter in die Lage versetzt, die Nachprüfung eines vermeintlichen Rechtsverstoßes anstrengen und diesen gegebenenfalls aus der Welt schaffen zu können. Der faktische Ausschluss vom Primärrechtsschutz unter Verweis auf sekundäre Schadensersatzansprüche ist dagegen – wie auch die 1. Vergabekammer des Bundes ausführt – mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG und darüber hinaus mit Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie im Anwendungsbereich des Unionsrechts mit Art. 47 Abs. 1 GrCh nicht vereinbar.

## **b) Rechtszersplitterung**

Ein weiterer Kritikpunkt an der Ausgestaltung des unterschweligen Primärrechtsschutzsystems ist die hieraus folgende Rechtszersplitterung. Diese betrifft nicht nur die in sich heterogene Rechtsprechung der Zivilgerichte in vergaberechtlichen Streitigkeiten, sondern bereits die Frage nach dem richtigen Rechtsweg.

### *aa) Rechtsweg*

Insbesondere nach der als „Paukenschlag“ empfundenen sog. „Lenkwaffenentscheidung“ des OVG Koblenz vom 25.05.2005<sup>539</sup> erklärten sich Zivil- und Verwaltungsgerichte quasi „im Wettlauf“<sup>540</sup> für zuständig oder auch für unzuständig. Die damalige Situation wurde in Literatur und Praxis zu Recht als unbefriedigend empfunden und überspitzt als „Rechtswegwirrwarr“<sup>541</sup> bezeichnet. Das Ende dieses „Rechtswegwirrwarrs“ erfolgte erst, als das Bundesverwaltungsgericht am 02.05.2007<sup>542</sup> die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit bejahte, obwohl die streitentscheidenden Vorschriften (nach der hier vertretenen Auffassung) öffentlich-rechtlicher Natur sind. Seither werden in der Praxis vergaberechtliche Streitigkeiten überwiegend vor den Landgerichten anhängig gemacht.

Ungeachtet dessen sind die Verwaltungsgerichte für einige inhaltlich durchaus bedeutende Teilbereiche des Vergaberechts weiterhin zuständig. Dies betrifft zum einen Streitigkeiten über die Vergabe sog. Dienstleistungskonzessionen, bei denen staatliche oder kommunale Aufgaben privatwirtschaftlichen Konzessionären übertragen werden. Ein weiterer wichtiger Bereich ist zum anderen die inzidente Nachprüfung von Vergaberechtsverstößen.

---

<sup>539</sup> OVG Koblenz, Beschl. v. 25.05.2005 (nicht rechtskräftig), NZBau 2005, 411, 412 „Lenkwaffen“.

<sup>540</sup> Irmer, ZfBR 2007, 233 (233).

<sup>541</sup> Krohn, NZBau 2007, 493 (493); Köster, NZBau 2006, 540 (540).

<sup>542</sup> BVerwG, Beschl. v. 02.05.2007, BVerwGE 129, 9, 9 ff.

Vor allem im Bereich von Klagen gegen die Rückforderung öffentlich-rechtlicher Fördermittel, die aufgrund der Nebenbestimmungen zum jeweiligen Bewilligungsbescheid nur gewährt werden dürfen, wenn der Auftraggeber die entsprechenden Vorschriften über das Vergabeverfahren einhält, sind die Verwaltungsgerichte weiter zur Entscheidung berufen.<sup>543</sup>

Vor diesem Hintergrund spricht *Burgi* zu Recht von einer „*Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht*“<sup>544</sup>. Oberhalb der Schwellenwerte sind Vergabekammern und -senate für jegliche Arten von vergaberechtlichen Auseinandersetzungen ausschließlich zuständig. Unterhalb der Schwellenwerte müssen rechtsschutzsuchende Bieter nach der Art des zu vergebenden Auftrags und der konkreten Begehr differenzieren und Rechtsschutz entweder vor den Zivil- oder aber den Verwaltungsgerichten ersuchen. Auch hier spricht *Burgi* daher zu Recht davon, dass sich die Rechtsunsicherheit durch die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts noch vergrößert habe und im Ergebnis zu einer wirtschaftsschädlichen Rechtszersplitterung führe.<sup>545</sup>

#### *bb) Willkürkontrolle*

Darüber hinaus findet die eben angesprochene Rechtszersplitterung nicht nur aufgrund der unterschiedlichen Zuständigkeitsbereiche, sondern auch innerhalb des jeweiligen Gerichtszweigs statt. Besonders deutlich wird dies anhand der in den letzten Jahren durch die Land- und Oberlandesgerichte getroffenen Entscheidungen. So besteht bereits Unsicherheit hinsichtlich der Frage, ob überhaupt Primärrechtsschutz gegen unterschwellige Vergabeentscheidungen eröffnet ist. Das Landgericht Potsdam stellte sich in einer Entscheidung aus dem Jahre 2007 auf den Standpunkt, dass „*Bieter im Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte auf den Sekundärrechtsschutz*“<sup>546</sup> verwiesen seien. Die Oberlandesgerichte Dresden, Naumburg, Brandenburg und Koblenz ließen die Beantwortung dieser Frage ausdrücklich offen und sprachen sich weder für noch gegen die Eröffnung primären Rechtsschutzes aus.<sup>547</sup>

<sup>543</sup> Ausführlich *Burgi*, NVwZ 2007, 737 (742) mit weiteren Beispielen für die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte.

<sup>544</sup> *Burgi*, NVwZ 2007, 737 (742); zustimmend auch Kallerhoff, NZBau 2008, 97 (99) und Braun, NZBau 2008, 160 (162); *Özfirot* sieht ebenso die Gefahr einer „*weiteren Rechtswegspaltung im Unterschwellenbereich*“, *Özfirot-Skubinn*, DÖV 2010, 1005 (1010).

<sup>545</sup> *Burgi*, NVwZ 2007, 737 (742).

<sup>546</sup> LG Potsdam, Beschl. v. 14.11.2007, BeckRS 2007, 19106; so auch Gehrlein, NZBau 2001, 483 (483 f.).

<sup>547</sup> OLG Brandenburg, Beschl. v. 10.12.2012, VPR 2013, 53; OLG Koblenz, Beschl. v. 21.01.2011, IBR 2011, 543; OLG Brandenburg, Beschl. v. 29.05.2008, IBR 2008, 529; OLG Naumburg, Beschl. v. 29.04.2008, IBR 2008, 672; OLG Dresden, Beschl. v. 25.04.2006, NZBau 2006, 529, 529 f.

Selbst wenn die Gerichte jedoch – was inzwischen überwiegend der Fall ist – die grundsätzliche Zulässigkeit primären Rechtsschutzes bejahen, bestehen innerhalb dieser Rechtsprechung wiederum divergierende Ansichten dahingehend, welche Vorschriften einen Verfügungsanspruch im Rahmen der §§ 935, 940 ZPO begründen können und ob die gerichtliche Nachprüfung infolgedessen auf eine reine Willkürkontrolle beschränkt ist. Die Beantwortung dieser Frage hat erhebliche Auswirkungen auf die Glaubhaftmachungslast der rechtsschutzsuchenden Bieter und damit im Ergebnis auf die Erfolgsaussichten der gestellten Anträge.

Eine eingeschränkte Kontrolle bejahend führte das Landgericht Landshut beispielsweise aus, dass „[g]leich welche Rechtsgrundlage herangezogen [werde], [...] dies immer voraus[setze], daß bei der Vergabe vorsätzlich rechtswidrig oder sonst in unredlicher Absicht gehandelt [werde]“<sup>548</sup>, da dies Ausfluss des letztlich auf Art. 3 Abs. 1 GG zurückzuführenden Willkürverbots sei. Auch andere Gerichte vertreten diese Auffassung und fordern für das Bestehen eines Verfügungsanspruchs stets die willkürliche und sachlich nicht gerechtfertigte Verletzung von Vergabevorschriften durch den öffentlichen Auftraggeber, da ein Verfügungsanspruch nur unter Rückgriff auf Art. 3 Abs. 1 GG denkbar sei.<sup>549</sup>

Wie genau sich dieser Verfügungsanspruch jedoch ausgestaltet und welche Vorschriften hierfür im Einzelnen fruchtbar gemacht werden können, wird höchst uneinheitlich entschieden. So prüfte das LG Arnsberg in einem Urteil vom 19.10.2007 als mögliche Anspruchsgrundlagen für die Untersagung einer anderweitigen Zuschlagserteilung §§ 3, 8 UWG und §§ 823, 1004 BGB i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>550</sup> Das Landgericht Frankfurt an der Oder stellte in einer ähnlichen Konstellation knapp vier Wochen später dagegen maßgeblich auf § 823 Abs. 2 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG als Schutzgesetz ab.<sup>551</sup> Das OLG Stuttgart und das LG Bad Kreuznach zogen § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG und § 1004 BGB in lediglich analoger Anwendung heran.<sup>552</sup>

<sup>548</sup> LG Landshut, Urteil v. 11.12.2007, IBR 2008, 404.

<sup>549</sup> OLG Brandenburg, Beschl. v. 02.10.2008, IBR 2009, 154; OLG Hamm, Urteil v. 12.02.2008, IBR 2008, 671; OLG Stuttgart, Urteil v. 11.04.2002, NZBau 2002, 395, 395; OLG Schleswig, Urteil v. 06.07.1999, BauR 2000, 1046, 1048; offen gelassen von OLG Stuttgart, Beschl. v. 09.08.2010, IBR 2011, 98; LG München I, Beschl. v. 18.04.2012, IBR 2012, 2909; LG Koblenz, Beschl. v. 18.01.2011, IBR 2011, 1193; LG Düsseldorf, Urteil v. 29.10.2008, IBR 2009, 287; LG Frankfurt/Oder, Urteil v. 14.11.2007, BeckRS 2007, 19105; LG Cottbus, Urteil v. 24.10.2007, IBR 2007, 696; LG Arnsberg, Urteil v. 19.10.2007, NZBau 2008, 206, 207; LG Konstanz, Urteil v. 18.09.2003, BeckRS 2003, 17396; LG Bad Kreuznach, Beschl. v. 06.06.2007, NZBau 2007, 471, 472; krit. hierzu Krohn, NZBau 2007, 493 (496); auch im Rahmen von § 123 Abs. 1 VwGO VG Neustadt a.d. Weinstraße, Beschl. v. 19.10.2005, NJOZ 2005, 5151, 5154.

<sup>550</sup> LG Arnsberg, Urteil v. 19.10.2007, NZBau 2008, 206, 207.

<sup>551</sup> LG Frankfurt/Oder, Urteil v. 14.11.2007, BeckRS 2007, 19105.

<sup>552</sup> OLG Stuttgart, Urteil v. 11.04.2002, NZBau 2002, 395, 395; LG Bad Kreuznach, Beschl. v. 06.06.2007, NZBau 2007, 471, 472.

Für die Rücknahme einer Aufhebungsentscheidung und Fortsetzung einer Ausschreibung prüfte das OLG Brandenburg als mögliche Anspruchsgrundlage ferner „nur“ den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>553</sup>

Ungeachtet aller Unterschiede hinsichtlich der Wahl der in Frage kommenden Rechtsgrundlagen kommen die Gerichte jedoch meist zu demselben Ergebnis: Der Antrag des Bieters auf Erlass einer einstweiligen Verfügung sei mangels Glaubhaftmachung eines Verfügungsanspruchs, also einer willkürlichen oder in sonstiger Weise sachfremden Ungleichbehandlung des Auftraggebers, unbegründet und habe in der Sache daher keinen Erfolg. Fast alle Verfahren, in denen die gerichtliche Nachprüfung auf eine reine Willkürkontrolle des Vergabeverfahrens beschränkt wurde, endeten bislang mit einer Zurückweisung des bieterseitigen Antrags.<sup>554</sup> Nur in wenigen Ausnahmefällen gestanden die Gerichte den Bietern einstweiligen Rechtsschutz in Form einer vorläufigen Zuschlagsuntersagung zu.<sup>555</sup>

Im klaren Gegensatz hierzu spricht sich ein Teil der Zivilgerichte gegen die Beschränkung auf eine reine Willkürkontrolle und für eine umfassende Nachprüfbarkeit von Vergabeentscheidungen auf etwaige Rechtsverstöße aus.

<sup>553</sup> OLG Brandenburg, Beschl. v. 02.10.2008, IBR 2009, 154.

<sup>554</sup> Siehe z. B. LG Arnberg, Urteil v. 19.10.2007, NZBau 2008, 206, 207: „Auch ein Anspruch gem. §§ 823, 1004 BGB i.V. mit Art. 3 GG ist nicht gegeben. Die Bekl. hat [...] nicht Gleiches ungleich behandelt oder willkürlich gehandelt“; ähnlich OLG Stuttgart, Urteil v. 11.04.2002, NZBau 2002, 395, 397 und LG Koblenz, Beschl. v. 18.01.2011, IBR 2011, 1193. Siehe auch LG Konstanz, Urteil v. 18.09.2003, BeckRS 2003, 17396: „Die Verfügungsklägerin behauptet, die Verfügungsbeklagte habe sich von sachfremden Erwägungen und Willkür leiten lassen. Die hierzu vorgebrachten tatsächlichen Voraussetzungen dieses Verfügungsanspruchs konnte die Verfügungsklägerin jedoch nicht ausreichend plausibel darlegen und glaubhaft machen“. Ebenso OLG Brandenburg, Beschl. v. 02.10.2008, IBR 2009, 154: „Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch die Aufhebung der Ausschreibung ist zum einen bereits deshalb nicht gegeben, weil die Entscheidung über die Aufhebung nicht nur die Verfügungsklägerin, sondern sämtliche am Verfahren beteiligten Bieter gleichermaßen betrifft, so dass eine Ungleichbehandlung der Verfügungsklägerin gegenüber einem anderen Mitbewerber bereits aus diesem Grunde ausscheidet. Zum anderen hat die Verfügungsklägerin nicht glaubhaft zu machen vermocht, dass die Entscheidung des Verfügungsbeklagten zur Aufhebung der Ausschreibung auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen beruht.“ Siehe auch OLG Hamm, Urteil v. 12.02.2008, IBR 2008, 671: „Eine willkürliche Handlungsweise oder eine solche ohne sachlichen Grund durch die Antragsgegnerin kann [...] nicht festgestellt werden;“ ähnlich LG Düsseldorf, Urteil v. 29.10.2008, IBR 2009, 287.

<sup>555</sup> Vgl. z. B. LG Frankfurt/Oder, Urteil v. 14.11.2007, BeckRS 2007, 19105. Das Gericht bejahte eine willkürliche Diskriminierung des Auftragnehmers und erließ die begehrte Verfügung, da die Leistungsbeschreibung in einem solchem Maße fehlerhaft war, dass eine Vergleichbarkeit der auf ihr basierenden Angebote nicht mehr gewährleistet werden konnte. Vgl. auch LG München I, Beschl. v. 18.04.2012, IBR 2012, 2909: In diesem Fall stellte sich das Landgericht München I auf den Standpunkt, dass aus Art. 3 Abs. 1 GG nicht nur der Schutz vor „willkürlichen“ Entscheidungen des Auftraggebers folge, sondern auch „vor Verfahrensfehlern, die solches Gewicht haben, dass sie unter dem Gleichbehandlungsgebot [...] nicht mehr hinnehmbar sind“, wie der Absicht der Vergabestelle ohne sachlichen Grund von einer früheren Vergabepaxis abzuweichen. Das Landgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung.

Zur Begründung wird angeführt, dass sich ein Verfügungsanspruch nach § 935 ZPO auch aus der Verletzung von Pflichten aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis ergeben könne. §§ 311 Abs. 1, 241, 280 BGB können nach dieser Auffassung nicht nur Schadensersatzansprüche im Rahmen des Sekundärrechtsschutzes, sondern auch primäre Unterlassungsansprüche begründen, soweit die Verletzungshandlung oder der pflichtwidrig geschaffene Zustand noch andauere.<sup>556</sup> In der Konsequenz bedeutet dies, dass mit der Teilnahme am Wettbewerb zwischen Bieter und Vergabestelle ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis mit Sorgfalts- und Schutzpflichten beider Seiten entsteht, die – bei ausdrücklicher Unterwerfung der Vergabestelle – auch die Einhaltung der Vorschriften der entsprechenden Verdingungsordnung umfassen. Verletzt die Vergabestelle daraufhin maßgebliche Verfahrensbestimmungen, kann das Gericht dies umfassend und nicht nur im Hinblick auf sachfremde, unredliche oder willkürliche Handlungen nachprüfen.<sup>557</sup>

Das OLG Saarbrücken zieht zur Begründung eines entsprechenden Unterlassungsanspruchs zudem § 1004 Abs. 1 BGB analog heran.<sup>558</sup> Abweichend hiervon ist das OLG Düsseldorf der Auffassung, dass es eines „Umweges“ über § 280 Abs. 1 BGB nicht bedürfe und sich auch aus §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB Unterlassungsansprüche des (potenziellen) Bieters gegen den Auftraggeber ergeben können.<sup>559</sup>

Insgesamt haben Bieter, die einstweiligen Rechtsschutz vor Gerichten dieser Rechtsprechungslinie ersuchen, damit höhere Erfolgchancen, da ihnen nicht die Glaubhaftmachungslast für Vorgänge obliegt, die sich hauptsächlich im internen Willensbildungsprozess der Vergabestelle abspielen. Wie ein Vergleich mit den oben dargestellten Entscheidungen zeigt, stellt ein erfolgreicher Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz nicht die absolute Ausnahme dar.<sup>560</sup> Bei Glaubhaftmachung eines Vergaberechtsverstoßes haben Bieter vielmehr reelle Chancen, die Zuschlagserteilung vorläufig zu verhindern und eine wettbewerbsverzerrende Rechtsverletzung beseitigen zu lassen.

<sup>556</sup> Überzeugend OLG Jena, Urteil v. 08.12.2008, BeckRS 2009, 01181 u. a. unter Hinweis auf BGH, Urteil v. 12.01.1995, NJW 1995, 1284, 1285; OLG Hamburg, Urteil v. 03.02.2005, NJW 2005, 3003, 3004.

<sup>557</sup> OLG Schleswig, Urteil v. 09.04.2010, IBR 2010, 351; OLG Jena, Urteil v. 08.12.2008, BeckRS 2009, 01181; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.10.2008, IBR 2009, 100; OLG Brandenburg, Beschl. v. 29.05.2008, NZBau 2008, 735, 736; OLG Brandenburg, Beschl. v. 17.12.2007, openJur 2012, 7674; LG Chemnitz, Beschl. v. 16.07.2012, BeckRS 2013, 05543; LG Potsdam, Beschl. v. 20.11.2009, IBR 2010, 55; LG Saarbrücken, Urteil v. 19.08.2011, IBR 2011, 1453; LG Saarbrücken, Urteil v. 04.09.2009, BeckRS 2011, 12840; offen gelassen von OLG Koblenz, Beschl. v. 21.01.2011, IBR 2011, 543; LG Bad Kreuznach, Beschl. v. 20.04.2012, IBR 2012, 1186.

<sup>558</sup> OLG Saarbrücken, Urteil v. 13.06.2012, NZBau 2012, 654, 654 f.

<sup>559</sup> OLG Düsseldorf, Urteil v. 13.01.2010, NZBau 2010, 328, 329 f.

<sup>560</sup> So gaben u. a. die Oberlandesgerichte Jena und Düsseldorf sowie die Landgerichte Potsdam und Saarbrücken den Anträgen der Bieter auf einstweiligen Rechtsschutz – nach einer (unbeschränkten) Überprüfung der in Rede stehenden Maßnahmen – statt; siehe OLG Jena, Urteil v. 08.12.2008, BeckRS 2009, 01181; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.10.2008, IBR 2009, 100; LG Potsdam, Beschl. v. 20.11.2009, IBR 2010, 55; LG Saarbrücken, Urteil v. 19.08.2011, IBR 2011, 1453.



In Anbetracht dieser in den letzten Jahren getroffenen Entscheidungen beider Tendenzen wird deutlich, wie zersplittert die Rechtsprechung bei unterhalb der Schwellenwerte liegenden Streitigkeiten ist.<sup>561</sup> Die Gerichte erkennen zwar die Notwendigkeit, primären Rechtsschutz zu gewähren, treffen ihre Entscheidungen mangels einfachgesetzlicher Ausgestaltung jedoch unter Heranziehung der unterschiedlichsten Rechtsgrundlagen mit erheblichen Auswirkungen auf die Erfolgsaussichten der jeweiligen Anträge. Bemüht werden Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche in entsprechender und teilweise analoger Anwendung, manchmal in Verbindung mit Grundrechten und rechtstaatlichen Grundsätzen. Je nachdem welchen Anspruch das erkennende Gericht für einschlägig hält und ob es sich für oder gegen eine Willkürkontrolle der streitgegenständlichen Maßnahme entscheidet, ergeben sich für den rechtsschutzsuchende Bieter oft nicht zu überwindende Verfahrenshürden, die letztlich zu einem Scheitern des Antrags führen. Es kann jedoch nicht von dem konkreten zur Entscheidung berufenen Gericht abhängig sein, ob, in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen Rechtsschutz gewährt wird. Der Gesetzgeber ist in der Pflicht, konkrete gesetzliche Vorgaben zu schaffen, die von allen Gerichten gleichermaßen eingehalten und angewendet werden können.

### c) Verhandlungsgrundsatz und Akteneinsichtsrecht

Wie bereits im Rahmen der Besonderheiten des überschwelligen Vergabenachprüfungsverfahrens<sup>562</sup> ausgeführt wurde, gilt dort die sog. „Untersuchungsmaxime“. Hiernach sind die Vergabekammern verpflichtet, den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen, § 110 Abs. 1 GWB,<sup>563</sup> und unter Heranziehung der zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen alle Tatsachen zu ermitteln, die für ihre Entscheidung objektiv erforderlich sind.<sup>564</sup> Nach § 111 Abs. 1 GWB haben die Verfahrensbeteiligten ferner das Recht, die der Vergabekammer vorliegenden Akten – hierzu gehören insbesondere die Vergabeakten, die im Zuge des Vergabeverfahrens von der Vergabestelle angelegt werden – einzusehen, um ein faires Verfahren und Waffengleichheit für alle Beteiligten herzustellen.<sup>565</sup>

<sup>561</sup> Auch die Gerichte selbst kritisieren die bestehende Rechtszersplitterung, wie folgende Stellungnahme des Deutschen Richterbundes vom aus dem November 2010 (42/10), abrufbar unter [www.drj.de](http://www.drj.de) (Stand 17.04.2014), zeigt: „Die derzeit geltende Rechtslage ist unbefriedigend. Allein unter dem Gesichtspunkt der Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG muss es einem unterlegenen Mitbieter möglich sein, sich gegen eine (beabsichtigte) Vergabeentscheidung gerichtlich zur Wehr zu setzen. Da die Gefahr einer Rechtszersplitterung bei der Ausbildung von Richterrecht in diesem Bereich nicht von der Hand zu weisen ist, sollten gesetzliche Regelungen auch für Vergabeentscheidungen unterhalb der Schwellenwerte geschaffen werden.“

<sup>562</sup> Siehe unter Ziff. I. 1. lit. c.

<sup>563</sup> Bungenberg, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 110 GWB Rn. 4.

<sup>564</sup> Herlemann/Thiele, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 110 GWB Rn. 2 ff.; Bungenberg, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 110 GWB Rn. 4.

<sup>565</sup> Bungenberg, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 111 GWB Rn. 1.

Im Gegensatz hierzu sind rechtsschutzsuchende Bieter in Verfahren unterhalb der Schwellenwerte vor den ordentlichen Gerichten für die Behauptung eines Vergabeverstoßes selbst darlegungs- und beweispflichtig.<sup>566</sup> Es gilt der zivilprozessuale „Beibringungs-“ oder „Verhandlungsgrundsatz“, d. h. das Gericht darf seiner Entscheidung nur diejenigen Tatsachen zugrunde legen, die auch von den Parteien in den Prozess eingeführt wurden.<sup>567</sup> Erschwerend kommt hinzu, dass Unternehmen mangels § 111 Abs. 1 GWB und § 100 Abs. 1, 2 VwGO entsprechender Vorschriften auch ein spezielles Akteneinsichtsrecht nicht zusteht.<sup>568</sup>

In der Praxis führen diese beiden Merkmale dazu, dass sich Auftragsinteressenten bei Einleitung eines einstweiligen Verfügungsverfahrens regelmäßig mit kaum zu überwindenden verfahrensrechtlichen Hürden konfrontiert sehen. Nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen obliegt ihnen die Glaubhaftmachungslast<sup>569</sup> für das Vorliegen des gerügten Vergaberechtsverstoßes, den Gerichte – wie bereits ausgeführt wurde – oftmals erst bei sachfremden bzw. willkürlichen Erwägungen der Vergabestelle annehmen. Die Darlegung und Glaubhaftmachung dieser internen und meist nicht nach außen getragenen Willensbildungsprozesse ist den Bieter jedoch meist unmöglich, da sie keine Akteneinsicht in die Vergabeunterlagen und die übrigen, das Verfahren dokumentierenden Aufzeichnungen der Vergabestelle besitzen. Rechtsschutzsuchende Bieter können Wettbewerbsverstöße somit oft nur auf Vermutungen stützen und die tatsächlichen Voraussetzungen des Verfügungsanspruchs im Ergebnis nicht schlüssig darstellen.

Manche Gerichte haben inzwischen erkannt, dass es dem Antragsteller trotz der grundsätzlichen Eröffnung unterschwelliger Primärrechtsschutzes oft unmöglich ist, Beweis über Tatsachen zu führen, die seinem Kenntnisstand entzogen sind. Sie versuchen daher dieser Problematik durch eine „sachgerechte Handhabung der sekundären Darlegungslast und den Anforderungen an die Glaubhaftmachungslast“<sup>570</sup> Rechnung zu tragen, da von den Bietern „keine Glaubhaftmachung ‚ins Blaue hinein‘ abverlangt werden“ könne.<sup>571</sup> Zum grundsätzlichen Anwendungsbereich dieser sog. sekundären Darlegungslast führte der BGH bereits im Jahre 1990 aus, dass die Rechtsprechung dem Gegner der primär behauptungs- und beweisbelasteten Partei in bestimmten Fällen eine gewisse (sekundäre) Behauptungslast auferlege.

<sup>566</sup> OLG Brandenburg, Beschl. v. 17.12.2007, BeckRS 2008, 02029, Ls. 2; LG Konstanz, Urteil v. 18.09.2003, BeckRS 2003, 17396, Rn. 22; siehe hierzu auch Horn/Hofmann, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Vorbemerkung vor § 102 GWB, Rn. 35.

<sup>567</sup> Musielak, in Musielak, ZPO, Einleitung Rn. 37; Saenger, in Saenger, ZPO, Einführung Rn. 66.

<sup>568</sup> André/Sailer, NZBau 2011, 394 395 f.; Horn/Hofmann, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Vorbemerkung vor § 102 GWB, Rn. 35.

<sup>569</sup> Vgl. Kemper, in Saenger, ZPO, § 935 ZPO Rn. 10, § 940 ZPO Rn. 2.

<sup>570</sup> OLG Düsseldorf, Urteil v. 13.01.2010, NZBau 2010, 328, 331. Ebenso OLG Schleswig, Beschl. v. 08.01.2013, ZfBR 2013, 308, 309; KG, Beschl. v. 07.06.2000, NZBau 200, 531, 534; LG Stuttgart, Urteil v. 24.03.2011, BeckRS 2012, 15256; LG Konstanz, Urteil v. 18.09.2003, BeckRS 2003, 17396, Rn. 27.

<sup>571</sup> OLG Schleswig, Beschl. v. 08.01.2013, ZfBR 2013, 308, 309.

Dies gelte vor allem dann, wenn eine darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufes stehe und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besäße, während der Prozessgegner sie habe und ihm nähere Angaben zumutbar seien.<sup>572</sup> Voraussetzung ist also stets, dass ein deutliches Informationsgefälle zwischen „Schädiger“ und „Geschädigtem“ besteht.<sup>573</sup>

Ein solches Gefälle liegt in vergaberechtlichen Sachverhalten regelmäßig vor, da die Vergabestelle einen Geheimwettbewerb<sup>574</sup> führt und Informationen zu Prüfung und Wertung der Angebote sowie zum Ablauf des Verfahrens nur in internen Vermerken erstellt werden. Die Bieter besitzen außer den ihnen übermittelten Vergabeunterlagen und der im Submissionstermin festgestellten Reihenfolge der eingegangenen Angebote regelmäßig nur wenige weitere Informationen, durch die ein Verfügungsanspruch schlüssig dargestellt werden könnte. Demgegenüber ist es der Vergabestelle durchaus zumutbar, wie auch die Regelung des § 111 Abs. 1 GWB zeigt, Informationen über den Verfahrensablauf unter Berücksichtigung der Geheimhaltungsinteressen anderer Bieter herauszugeben.

Die Übertragung der sekundären Behauptungslast auf die Vergabestelle für Umstände, die sich dem Kenntnisstand des Bieters regelmäßig entziehen, könnte somit zumindest ein (dem Zivilprozessrecht immanenter) Beitrag zur Absenkung der gegenwärtigen Rechtsschutzhürden sein.<sup>575</sup>

---

<sup>572</sup> BGH, Urteil v. 11.06.1990, NJW 1990, 3151, 3152. Siehe zur sekundären Behauptungslast auch Prütting, in Krüger/Rauscher, MüKo ZPO, § 286 ZPO Rn. 103.

<sup>573</sup> Meyke, NJW 2000, 2230 (2232).

<sup>574</sup> Zum Vertraulichkeitsprinzip siehe Fehling, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 50.

<sup>575</sup> In der gerichtlichen Praxis werden diese Grundsätze allerdings nur selten angewendet, siehe André/Sailer, NZBau 2011, 394 (395). Ein Anspruch auf Akteneinsicht könnte sich darüber hinaus aus dem Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG) vom 5. September 2005, BGBl. I S. 2722) und der entsprechenden Landesgesetze ergeben, wobei diese Möglichkeit in der unterschweligen Vergabepaxis – soweit erkennbar – bislang wenig Aufmerksamkeit erfahren hat. Auf Bundesebene sieht das IFG in § 1 Abs. 1 ausdrücklich einen Informationsanspruch für jedermann, d. h. auch für vergaberechtlich tätige Unternehmen, vor („Jeder hat nach Maßgabe dieses Gesetzes gegenüber den Behörden des Bundes einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen“). Bundesbehörden können ein solches Ersuchen durch Auskunftserteilung, Akteneinsicht oder in sonstiger Weise erfüllen, § 1 Abs. 2 IFG, da geheimhaltungsbedürftige Informationen, wie z. B. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Mitbieter durch §§ 3 bis 6 IFG geschützt werden. Gegen eine ablehnende Entscheidung der Behörde kann der Anspruchsberechtigte gem. § 9 Abs. 4 IFG grundsätzlich auf dem Verwaltungsrechtsweg vorgehen. Fraglich ist jedoch, ob die verwaltungsgerichtliche Durchsetzung eines abgelehnten Informationsgesuchs für einen Bieter, der unterdessen eine einstweilige Verfügung auf dem Zivilrechtsweg begehrt, praktikabel ist, da dies ein weiteres Verfahren verbunden mit weiteren Kosten verursachen würde. Zum Informationsanspruch im allgemeinen Reinhart, DÖV 2007, 18 (18 ff.) und dessen vergaberechtlicher Relevanz Just/Sailer, DVBl. 2010, 418 (418 ff.); weitergehend Glaß, NZBau 2014, 75 (75 ff.). Das Bestehen des Informationsanspruchs gem. § 1 Abs. 1 IFG nach Abschluss eines Vergabeverfahrens bejahend, VG Stuttgart, Urteil v. 17.05.2011, NJOZ 2011, 1907, 1908 ff.; VG Münster, Urteil v. 02.10.2009, BeckRS 2009, 39805. Prieß und Gabriel gehen einen anderen Weg und leiten ein Akteneinsichtsrecht im Zivilprozess aus § 810 BGB ab, Prieß/Gabriel, NJW 2008, 331 (331 ff.). Auch diese Möglichkeit hat in der vergaberechtlichen Rechtsprechung bislang jedoch wenig Resonanz gefunden.

#### d) Fehlende Zuschlagssperre

In Kartellvergabeverfahren ist es der Vergabestelle gem. § 115 Abs. 1 GWB untersagt, den Zuschlag bis zum Ablauf der in § 117 Abs. 1 GWB geregelten Beschwerdefrist zu erteilen, wenn ihr von der Vergabekammer die Einleitung eines Nachprüfungsantrages in Textform mitgeteilt wurde. Dieses Zuschlagsverbot dient im Wesentlichen dem effektiven Primärrechtsschutz antragstellender Unternehmen, da auf diese Weise eine Korrektur etwaiger Vergabefehler vor der irreversiblen Zuschlagserteilung ermöglicht wird.<sup>576</sup>

In unterschwelligen Vergabeverfahren besteht dagegen kein gesetzlicher Sicherungsmechanismus dahingehend, dass der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung einen Suspensiveffekt hinsichtlich der Zuschlagserteilung auslöst, der auch bei einer Abweisung des Antrages durch das erstinstanzliche Gericht zunächst andauert, bis das Rechtsmittelgericht eine Entscheidung hierüber getroffen hat.<sup>577</sup>

Rechtsschutzsuchende Bieter können zwar den Erlass einer auf vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung gerichteten Verfügung beantragen, das Gericht wird hierüber jedoch im Regelfall erst nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung (§ 937 Abs. 2 ZPO) und summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten hierüber entscheiden.<sup>578</sup> Zwischen Antragstellung und Erlass des Zuschlagsverbots liegt somit eine gewisse Zeitspanne, in dem der Antragsteller das Risiko eines prozessual unzulässigen Antrags auch weiterhin trägt, da die Vergabestelle bis zum Erlass der Verfügung berechtigt ist, den Zuschlag verfahrensbeendend an ein anderes Unternehmen zu erteilen.

Vor diesem Hintergrund sehen sich manche Gerichte veranlasst, abweichend von der Gesetzeslage, die gem. § 936 ZPO i. V. m. §§ 922, § 937 Absatz 2 ZPO nur die Wahl zwischen dem Erlass eines Beschlusses oder der Terminierung vorgibt, einen mündlichen Verhandlungstermin anzuberaumen und gleichzeitig eine bis zur Entscheidung in erster Instanz befristete einstweilige Verfügung zu erlassen.<sup>579</sup> Der Erlass einer solchen sog. „Zwischenverfügung“ ist nach Auffassung des OLG Düsseldorf<sup>580</sup> im Gesetz so zwar nicht vorgesehen, aber zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes notwendig und daher gerechtfertigt.

<sup>576</sup> Nowak, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 115 GWB Rn. 4.

<sup>577</sup> Horn/Hofmann, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, Vorbemerkung vor § 102 GWB Rn. 35.

<sup>578</sup> Huber, in Musielak, ZPO, § 935 ZPO Rn. 5 f.; § 937 ZPO Rn. 4 ff.

<sup>579</sup> OLG Schleswig, Beschl. v. 08.01.2013, ZfBR 2013, 308, 309 f.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.08.2011, IBRRS 81601; OLG Düsseldorf, Urteil v. 13.01.2010, NZBau 2010, 331, 331; vorhergehend LG Kleve, Urteil v. 16.07.2009, BeckRS 2011, 11207; LG Bautzen, Urteil v. 20.12.2012, BeckRS 2013, 09857; zur Zulässigkeit von Zwischenverfügungen in Vergabenachprüfungsverfahren siehe OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.04.2008, NZBau 2008, 461, 461 ff.

<sup>580</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.04.2008, NZBau 2008, 461, 461 ff.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.08.2011, IBRRS 81601; OLG Düsseldorf, Urteil v. 13.01.2010, NZBau 2010, 331, 331.

Diese Entscheidungen zeigen, dass die Gerichte die unter anderem durch die fehlende Zuschlagssperre verursachte Diskrepanz zwischen dem unter- und dem ober-schwelligen Rechtsschutzsystem oftmals erkennen und versuchen, diese durch bereits existente zivilprozessuale Mechanismen auszugleichen. Zwar kommt diese Verfahrensweise den Vorgaben der §§ 115, 118 GWB nicht gleich. Das Risiko einer anderweitigen Zuschlagserteilung kann aber zumindest verringert und damit auch diese Rechtsschutzhürde ein wenig abgesenkt werden.

### e) Beiladung

Wie auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 13.06.2006<sup>581</sup> ausführte, ist bei der gerichtlichen Kontrolle von Vergabeentscheidungen eine Konfliktlage in einem mehrpoligen Rechtsverhältnis zu bewältigen. An diesem Rechtsverhältnis sind zum einen die den Auftrag vergebende staatliche Stelle und zum anderen der für den Zuschlag vorgesehene Bieter, der ein Interesse an einer raschen Zuschlagsentscheidung und einer zuverlässigen Vertragserfüllung hat, beteiligt. Schließlich ist jedoch auch der erfolglose Bieter, der ein Interesse an einem möglichst effektiven Schutz seiner privatrechtlich ausgeformten Verfahrensrechte hat, zu berücksichtigen.

Diese oftmals gegenläufigen Interessen der Beteiligten werden in Vergabenachprüfungsverfahren durch das Zusammenwirken verschiedener Verfahrensvorschriften ausgeglichen, wobei den Interessen des voraussichtlich erfolgreichen Bieters insbesondere durch § 109 GWB Rechnung getragen wird. Hiernach kann die Vergabekammer die Unternehmen, deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden, auf Antrag oder – im Falle der notwendigen Beiladung – von Amts wegen beiladen.

Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren findet sich eine ähnliche Vorschrift in § 65 Abs. 1 VwGO. Solange das Verfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen oder in höherer Instanz anhängig ist, kann das Verwaltungsgericht von Amts wegen oder auf Antrag andere, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung berührt werden, ebenfalls beiladen.<sup>582</sup> Sind an dem streitigen Rechtsverhältnis Dritte derart beteiligt, dass die Entscheidung auch ihnen gegenüber nur einheitlich ergehen kann, so sind sie nach Abs. 2 zwingend vom Verwaltungsgericht beizuladen.

<sup>581</sup> BVerfG, Urteil v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 157.

<sup>582</sup> Kuhla, in Posser/Wolff, BeckOK VwGO, § 123 VwGO Rn. 160.

In unterschwelligen Verfahren vor den Zivilgerichten besteht dagegen nur die Möglichkeit der Nebenintervention des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters nach § 66 ZPO. Im Gegensatz zu Vergabenachprüfungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren erfolgt diese jedoch nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag des drittbeteiligten Unternehmens. Dies birgt die Gefahr, dass – insbesondere bei der Anberaumung von kurzfristigen Terminen im Verfügungsverfahren – die Vergabestelle den betroffenen Bieter nicht oder nicht rechtzeitig über das Verfahren informiert und dieser daher seine Rechte trotz schwerwiegender wirtschaftlicher Folgen im Falle eines Obsiegens des Antragstellers nicht ausreichend wahrnehmen kann.<sup>583</sup>

#### IV. Ergebnis Teil 2

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass sowohl die Vereinbarkeit des ober- als auch des unterschwelligen Primärrechtsschutzsystems mit verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben in Zweifel gezogen werden kann.

Zwar haben die Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren des kartellvergaberechtlichen Rechtsschutzes in der Praxis eine beachtenswerte Akzeptanz erfahren, da sie für einen Ausgleich der bieterseitigen Interessen an einer effektiven Rechtsdurchsetzung mit den Interessen des öffentlichen Auftraggebers an einem schnellen Abschluss des Verfahrens sorgen. Vor allem die Subdelegation der Rechtssetzungsbefugnisse für das materielle Vergaberecht durch den Ordnungsgeber auf demokratisch nicht legitimierte Wirtschaftsausschüsse wirft jedoch verfassungsrechtliche Zweifel auf. Außerdem ist mehr als fraglich, ob die konkrete Ausgestaltung der deutschen „Regelungskaskade“ mit dem Gebot der Klarheit und Transparenz der Rechtsordnung als Ausprägung des Demokratieprinzips vereinbar ist.

Liegt der begehrte Auftrag unterhalb der europäischen Schwellenwerte, sind rechtsschutzsuchende Bieter meist gänzlich vom Primärrechtsschutz ausgeschlossen, da die deutschen Vergabevorschriften *entgegen* des in Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 47 EU-GrCh und Art. 6 Abs. 1 EMRK normierten Rechts auf effektiven Rechtsschutz keine Pflicht des öffentlichen Auftraggebers zur Vorabinformation des unterlegenen Bieters verbunden mit einer vorläufigen Zuschlagsuntersagung beinhalten. Nur in Ausnahmefällen erfahren die beteiligten Bieter rechtzeitig von der beabsichtigten Beauftragung eines Konkurrenten und haben die Möglichkeit, ihre in gleich mehreren Grundrechtskatalogen gewährleisteten Rechte gerichtlich durchzusetzen. Hinzukommt, dass – je nachdem welches Gericht in diesen Fällen zur Entscheidung berufen ist – unterschiedliche Rechtsgrundlagen mit divergierenden Anforderungen an die Glaubhaftmachungslast der Bieter bemüht werden.

---

<sup>583</sup> Das OLG Düsseldorf schlägt deshalb vor, das Unternehmen in diesem Fall von Amts wegen über das Verfahren zu benachrichtigen, damit dieses seine Rechte durch Nebenintervention gem. § 66 ZPO wahrnehmen kann, OLG Düsseldorf, Urteil v. 13.01.2010, NZBau 2010, 331, 331; kritisch hierzu *Krist*, der dieses Vorgehen nicht mehr durch die §§ 66 ff. ZPO gedeckt sieht, *Krist*, *ibr-online* 2011. Rn. 15.

Die Unternehmen stehen, soweit sie überhaupt Primärrechtsschutz geltend machen können, oft vor meist unüberwindbaren Verfahrenshürden, wenn sie, ohne Einsicht in die Vergabeakten nehmen zu können, willkürliche oder sachfremde Erwägungen des öffentlichen Auftraggebers glaubhaft machen müssen oder, ohne von Amts wegen überhaupt beigeladen zu werden, ihre subjektiven Rechtspositionen wahrzunehmen versuchen.

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs hätte hierbei einen, wenn auch nicht idealen, Ansatz bilden können, zumindest einige der prozessualen Hürden zugunsten der Bieter abzusenken. Nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 02.05.2007<sup>584</sup>, war und ist jedoch auch diese Möglichkeit ausgeschlossen und es bleibt bei den von der Zivilprozessordnung vorgegebenen, im Ergebnis aber unbefriedigenden Rechtsschutzmechanismen.

Vor dem Hintergrund dieser offensichtlichen Diskrepanz zwischen den subjektiven Rechten der Bieter auf der einen und den tatsächlichen Erfolgsaussichten der zu ihrem Schutz angestrebten Verfahren auf der anderen Seite, wird seit langem die Forderung nach einer Reform des unterschweligen Rechtsschutzsystems vertreten.

Begründet wird dies mit den im Rahmen dieser Arbeit bereits dargestellten Argumenten, wie der Abschaffung der gegenwärtig bestehenden Rechtszersplitterung, der Verringerung sekundärrechtlicher Verfahren, der besseren Einhaltung von Vergabevorschriften durch die Vergabestellen auch in unterschweligen Verfahren sowie den nationalen und europäischen Anforderungen an einen effektiven Schutz grundrechtlich gesicherter Rechtspositionen.

Nach der hier vertretenen Auffassung beschränkt sich der Reformauftrag an den Gesetzgeber jedoch nicht nur, wie dies oftmals gefordert wird, auf die Rechtslage außerhalb des Anwendungsbereichs der Vergaberichtlinien. Der Gesetzgeber ist vielmehr gehalten, das deutsche Vergaberecht in seiner Gesamtheit zu reformieren. Hierbei könnten nicht nur das zu Recht als unbefriedigend und mit höherrangigem Recht als nicht vereinbar empfundenes, unterschwelliges Rechtsschutzsystem (erstmalig) kodifiziert werden. Überdies könnten auch die Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit der oberschweligen Rechtslage beseitigt und das gesamte Vergaberecht einheitlich kodifiziert werden.

---

<sup>584</sup> BVerwG, Beschl. v. 02.05.2007, BVerwGE 129, 9, 9 ff.

Gegen diese Forderung wird oftmals ins Feld geführt, dass ein zusätzlicher Bieterrechtsschutz im Unterschwellenbereich wegen der Vielzahl der Vergaben zu einer erheblichen Bürokratisierung der Verfahren und Investitionshemmnissen, wenn nicht gar -blockaden, führen würden.<sup>585</sup> Die Möglichkeit entsprechender Nachprüfungsverfahren würde für die Kommunen einen zusätzlichen Personal- und Kostenaufwand beinhalten, der gerade angesichts der Finanzsituation der Kommunen nicht tragbar sei<sup>586</sup> und sogar „die Funktionsfähigkeit der Verwaltung“<sup>587</sup> gefährde.

Darüber hinaus wird angeführt, dass das Bundesverfassungsgericht eine bundesgesetzliche Regelung zum Ausbau des Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte mangels Kompetenzgrundlage verwerfen würde.<sup>588</sup> Insbesondere bei Vertretern der öffentlichen Auftraggeber trifft die Forderung nach einer Einführung eines unterschwelligen Rechtsschutzsystems und einheitlichen Kodifizierung des Vergaberechts auf starken Widerstand.

Ob die geltend gemachten Bedenken hinsichtlich der Notwendigkeit, der Umsetzbarkeit und der Folgen einer Reform des Vergaberechts jedoch tatsächlich berechtigt sind, welche Möglichkeiten dem Gesetzgeber hierbei konkret offenstehen und wie auch der Blick auf andere Rechtsordnungen Aufschluss über diese Fragestellungen geben kann, wird im dritten Teil dieser Arbeit näher beleuchtet.

---

<sup>585</sup> Kommunalreport, DStGB-Position zur Zukunft des Vergaberechts vom 16.11.2010, abrufbar unter <http://www.dstgb.de> (Stand 12.04.2014); siehe auch das Positionspapier der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände vom 14.07.2010, S. 4, abrufbar unter [www.oeffentliche-auftraege.de](http://www.oeffentliche-auftraege.de) (Stand 12.04.2014); Gehrlein befürchtet „Investitionsblockade[n] ungeahnten Ausmaßes“ Gehrlein, NZBau 2001, 483 (483); ähnlich Norbert Portz, Beigeordneter des Deutschen Städte- und Gemeindebundes in einem IBR Interview, erschienen in IBR 2003, 397; Köster, NZBau 2006, 540 (544); Pietzcker, NJW 2005, 2881 (2884); Bericht der Bundesregierung zu den Erfahrungen mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz vom 11.11.2003 (BT.-Drs. 15/2034), S. 2.

<sup>586</sup> Positionspapier der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände vom 14.07.2010, S. 4, abrufbar unter [www.oeffentliche-auftraege.de](http://www.oeffentliche-auftraege.de) (Stand 12.04.2014); ähnlich Köster, NZBau 2006, 540 (544); Kratzenberg, NZBau 2006, 481 (486).

<sup>587</sup> Positionspapier der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände vom 14.07.2010, S. 4, abrufbar unter [www.oeffentliche-auftraege.de](http://www.oeffentliche-auftraege.de) (Stand 12.04.2014).

<sup>588</sup> Burgi, NVwZ 2011, 1217 (1225); Positionspapier der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände vom 14.07.2010, S. 2, abrufbar unter [www.oeffentliche-auftraege.de](http://www.oeffentliche-auftraege.de) (Stand 12.04.2014).



### Teil 3: Die Zukunft des deutschen Vergaberechtsschutzes

Im Folgenden wird der Versuch unternommen, die mögliche zukünftige Ausgestaltung des vergaberechtlichen Rechtsschutzsystems zu skizzieren. Zu diesem Zweck wird in Anbetracht der bereits festgestellten Grundrechtsverstöße durch die gegenwärtige Zweiteilung zunächst die Frage aufgeworfen, ob sich der Reformwunsch vieler Bieter nicht bereits zu einer Reformpflicht des Gesetzgebers verdichtet hat. Das Bundesverfassungsgericht hat eine solche legislative Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht in der Vergangenheit bereits in unterschiedlichen Konstellationen angenommen, sodass dieses Instrumentarium auch im vergaberechtlichen Zusammenhang diskutiert werden kann. Im Anschluss an diese Überlegung wird auf die Frage eingegangen, welche Gestaltungsmöglichkeiten dem Gesetzgeber bei einer Neuordnung des Rechtsschutzsystems konkret zur Verfügung stünden. Anregungen können hierfür der österreichischen Rechtsentwicklung entnommen werden, da auch hier (analog zur deutschen Rechtslage) zunächst nur die europäischen Vorschriften für überschwellige Aufträge umgesetzt wurden und erst später ein für alle Auftragsvergaben einheitlich geltendes Vergabegesetz erlassen wurde. Vor diesem Hintergrund werden sodann die von der letzten Bundesregierung unternommenen Reformbemühungen in Richtung eines unterhalb der Schwellenwerte eröffneten Primärrechtsschutzes untersucht und mit Blick auf hierzu abgegebenen Stellungnahmen der beteiligten Interessenverbände bewertet. Zuletzt werden konkrete Regelungsvorschläge für eine umfassende Reform des bundesdeutschen Vergaberechts unterbreitet, die entweder durch Ergänzung der bestehenden Vorschriften oder den Erlass eines eigenständigen Vergabegesetzbuches erfolgen könnte.

#### I. Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers?

Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers von Gesetzesfolgen ist im Grundgesetz nicht ausdrücklich verankert, in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>589</sup> und in der Wissenschaft<sup>590</sup> jedoch mittlerweile anerkannt. Diese wird aus dem Umstand hergeleitet, dass die Normsetzung oftmals unter einem großen Maß an Unsicherheit über die künftige Rechtsentwicklung erfolgen muss und die Rechtsfolgen der zu treffenden Regelung von der Legislative nicht mit hinreichender Sicherheit abgeschätzt werden können.<sup>591</sup>

<sup>589</sup> Siehe z. B. BVerfG, Urteil v. 28.05.1993, BVerfGE 88, 203 ff.; BVerfG, Beschl. v. 16.11.1992, BVerfGE 87, 348, 358 ff.; BVerfG, Beschl. v. 09.03.1994, BVerfGE 90 145, 194; BVerfG, Beschl. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37, 84 f.; siehe auch Huster, ZfRSoz 2003, 3 (12 ff.) und Nagel, DÖV 2010, 268 (Fn. 6) mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen.

<sup>590</sup> Smeddinck, in Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 3 A Rn. 36 ff.; Nagel, DÖV 2010, 268 (268 ff.); Huster, ZfRSoz 2003, 3 (3 ff.).

<sup>591</sup> Smeddinck, in Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 3 A Rn. 36.

Hält der Gesetzgeber eine Regulierung gleichwohl für notwendig, werden ihm hierbei erhebliche, nur begrenzt nachprüfbar Handlungsspielräume zugebilligt.<sup>592</sup>

Dieser weitgehenden Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers steht auf der anderen Seite eine Beobachtungspflicht der sich aus der Norm ergebenden Rechtswirkungen gegenüber, die vom Bundesverfassungsgericht oftmals mit den betroffenen Rechtsgütern und deren Schutzhöhe verknüpft wird. Hiernach ergebe sich beispielsweise aus der Schutzpflicht für das Leben als besonders hochrangiges Rechtsgut eine besondere Kontrollpflicht des Gesetzgebers, ob ein ausreichender Schutz auch weiterhin gewährleistet sei.<sup>593</sup> Nach Ansicht *Nagels* könnten die Voraussetzungen und Anforderungen der Beobachtungspflicht somit auf folgende Formel gebracht werden: Je größer die Ungewissheit und je gewichtiger die betroffenen Rechtsgüter sind, desto intensiver muss die Beobachtung des Regelungsfeldes durch den Gesetzgeber sein.<sup>594</sup>

Stellt sich nach einer solchen Kontrolle heraus, dass die ursprüngliche Prognose fehlerhaft war oder sich die für die Regelung maßgeblichen Umstände geändert haben, sodass das Gesetz die von der Verfassung gestellten Anforderungen nicht zu erfüllen vermag, ist der Gesetzgeber gehalten, die erkannten Defizite zu korrigieren.<sup>595</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hielt hierzu bereits in einer Entscheidung vom 14.01.1981 fest: „*Hat der Gesetzgeber eine Entscheidung getroffen, deren Grundlagen durch neue, im Zeitpunkt des Gesetzerlasses noch nicht abzusehende Entwicklungen entscheidend in Frage gestellt wird, dann kann er von Verfassungs wegen gehalten sein zu überprüfen, ob die ursprüngliche Entscheidung unter den veränderten Umständen aufrecht zu erhalten ist.*“<sup>596</sup> Der Gesetzgeber ist damit nicht nur in der Pflicht, ein verfassungsgemäßes Gesetz zu erlassen; er ist auch dafür verantwortlich, dass das erlassene Gesetz in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz bleibt.<sup>597</sup> Allerdings fällt die Beurteilung der Frage, wann und ob ein gesetzgeberisches Handeln notwendig ist, zuallererst in den politischen Verantwortungsbereich der Legislativorgane. Diesen muss auch hier ein weiter Beurteilungsspielraum dahingehend zugebilligt werden, auf welche Weise dem Verfassungsverstoß abgeholfen werden soll.<sup>598</sup>

<sup>592</sup> Nagel, DÖV 2010, 268 (269).

<sup>593</sup> BVerfG, Urteil v. 28.05.1993, BVerfGE 88, 203, 310.

<sup>594</sup> Nagel, DÖV 2010, 268 (274 f.); in diesem Sinne wohl auch Huster, ZfRSoz 2003, 3 (16 f.).

<sup>595</sup> Nagel, DÖV 2010, 268 (269); so auch Smeddinck, in Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 3 A Rn. 42; Huster, ZfRSoz 2003, 3 (9 f.); Badura, in Müller/Rhinow/Schmid/Wildhaber, FS Kurt Eichenberger, S. 484; Gerber, DÖV 1989, 698 (698 ff.).

<sup>596</sup> BVerfGE, Beschl. v. 14.01.1981, BVerfGE 49, 89, 130.

<sup>597</sup> BVerfG, Urteil v. 28.05.1993, BVerfGE 88, 203, 209; so auch Huster, ZfRSoz 2003, 3 (8).

<sup>598</sup> Badura, in Müller/Rhinow/Schmid/Wildhaber, FS Kurt Eichenberger, S. 487; so auch Smeddinck, in Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 3 A Rn. 42.

Nicht jeder Grundrechtsverstoß stellt damit gleichzeitig eine Verletzung der gesetzgeberischen „Nachbesserungspflicht“ als eigenständige Schutzpflicht dar; diese aktualisiert sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vielmehr erst, wenn die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes „*evident*“ ist.<sup>599</sup> *Badura* spricht in diesem Zusammenhang von der Beschränkung des verfassungsgerichtlichen Prüfungsumfangs auf evidente Grundrechtsverletzungen in Form untragbarer Rechtsverstöße sowie sachwidriger oder willkürlicher Entscheidungen.<sup>600</sup>

In einem weiteren Schritt stellt sich die Frage, ob die Grundsätze einer solchen Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers auch auf das deutsche Vergaberecht im Allgemeinen und das Rechtsschutzsystem im Besonderen übertragen werden können.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts setzt die Annahme einer Beobachtungspflicht zunächst voraus, dass bei Erlass einer Regelung eine gewisse prognostische Unsicherheit bestand und der Gesetzgeber die kommenden Entwicklungen und Folgen der Regulierung nicht abschätzen konnte.<sup>601</sup> Die Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinien durch den Erlass des Vergaberechtsänderungsgesetzes und die damit verbundene wettbewerbliche Neuausrichtung des Vergaberechts gingen tatsächlich mit erheblichen Unsicherheiten über die künftige Rechtsentwicklung einher. Der Gesetzgeber befürchtete bei einer Erstreckung des Rechtsschutzes auf den Unterschwellenbereich eine nicht zu bewältigende Fülle von Rechtsstreitigkeiten.<sup>602</sup> Mangels ausreichender Erfahrungen wegen der traditionell verwaltungsinternen Verankerung des Beschaffungswesens und der Komplexität des Vergaberechtsschutzes ging man davon aus, dass die Einräumung subjektiver Rechte bei allen Auftragsvergaben eine erhebliche Behinderung der Verwaltung und der öffentlichen Aufgabenerfüllung nach sich zöge.

Vor diesem Hintergrund wurden das Vergaberecht und der Vergaberechtsschutz in zwei Bereiche unterteilt, was erhebliche Konsequenzen für die Bewerber um unter-schwellige Aufträge mit sich brachte. Zwar wird deren Anspruch auf Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung sowie Durchführung eines transparenten und fairen Wettbewerbs gleich in mehreren Grundrechtsordnungen unterschiedlicher Herkunft betont.

---

<sup>599</sup> So BVerfG, Beschl. v. 22.05.1963, BVerfGE 16, 130, 142; BVerfG, Beschl. v. 14.01.1981, BVerfGE 56, 54, 80 ff.; BVerfG, Urteil v. 18.07.1972, BVerfGE 33, 303, 333; zustimmend Nagel, DÖV 2010, 268 (269); *Badura*, in Müller/Rhinow/Schmid/Wildhaber, FS Kurt Eichenberger, S. 487; Huster, ZfRSoz 2003, 3 (9); Smeddinck, in Kluth/Krings, Gesetzgebung, § 3 A Rn. 42; ein Evidenz-Erfordernis demgegenüber ablehnend Gerber, DÖV 1989, 698 (702).

<sup>600</sup> *Badura*, in Müller/Rhinow/Schmid/Wildhaber, FS Kurt Eichenberger, S. 488.

<sup>601</sup> Siehe hierzu die Darstellung mehrerer Sachverhalte, in denen eine Beobachtungs- und Prüfpflicht des Gesetzgebers vom Bundesverfassungsgericht angenommen wurde, bei Huster, ZfRSoz 2003, 3 (12 ff.).

<sup>602</sup> Begründung des Regierungsentwurfs zum Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG), BT-Drs. 13/9340, S. 12.

Die Einhaltung und gerichtliche Durchsetzbarkeit dieser Rechte wird entgegen des u. a. in Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 20 Abs. 3 GG i. V. m. 6 Abs. 1 EMRK normierten Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz jedoch nicht gewährleistet. Zum anderen erscheint es mehr als zweifelhaft, ob die zweistufige deutsche Ausgestaltung in Verbindung mit der Regelungskaskade oberhalb der Schwellenwerte mit dem Gebot der Transparenz und Klarheit der Rechtsordnung als Ausprägung des Demokratiegebots vereinbar ist.

Im Ergebnis ist damit nicht nur die bei Erlass des Vergaberechtsänderungsgesetzes bestehende Unsicherheitslage anzunehmen, sondern auch die Betroffenheit mehrerer hochrangiger Schutzgüter durch die gewählte Ausgestaltung. Nach der hier vertretenen Auffassung besteht somit eine besondere Beobachtungspflicht des Gesetzgebers dahingehend, wie sich die Zweiteilung des Vergaberechts und Rechtsschutzes in der Praxis auswirkt und welche Rechtsfolgen für die betroffenen Unternehmen erkennbar sind. Die Beobachtungspflicht umfasst auch die Frage, ob die Ausweitung des vergaberechtlichen Rechtsschutzes auf unterschwellige Verfahren tatsächlich zu einer Behinderung hoheitlicher Aufgabenerfüllung führen würde. Für eine entsprechende Einschätzung könnte beispielsweise die Rechtsentwicklung in Österreich herangezogen werden, die im Folgenden unter Ziffer II. dargestellt wird.

Die festgestellte Beobachtungspflicht des Gesetzgebers konkretisiert sich nach der in diesem Punkt nach wie vor zurückhaltenden<sup>603</sup> Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu einer Nachbesserungspflicht, wenn der Verstoß gegen grundrechtliche Schutzpflichten „evident“ ist.<sup>604</sup> Die Beschränkung des Prüfungsumfangs auf evidente, d. h. sachwidrige oder willkürliche Grundrechtsverstöße, erscheint in Anbetracht der Komplexität der zu regelnden Materien, der notwendigen Berücksichtigung parlamentarischer Kompromisslösungen und des weiten Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers als gerechtfertigt.<sup>605</sup>

Wie bereits ausführlich dargestellt wurde, stellt die derzeitige Ausgestaltung des Rechtsschutzsystems – entgegen der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts<sup>606</sup> – insbesondere eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG dar. Diese Vorschrift räumt auch den Bewerbern um unterschwellige Aufträge ein Recht auf effektiven Schutz subjektiv-rechtlicher Verfahrensvorgaben ein.

<sup>603</sup> So Huster, ZfRSoz 2003, 3 (9); Nagel, DÖV 2010, 268 (269); Badura, in Müller/Rhinow/Schmid/Wildhaber, FS Kurt Eichenberger, S. 489 ff.

<sup>604</sup> So BVerfG, Beschl. v. 22.05.1963, BVerfGE 16, 130, 142; BVerfG, Beschl. v. 14.01.1981, BVerfGE 56, 54, 80 ff.; BVerfG, Urteil v. 18.07.1972, BVerfGE 33, 303, 333; zustimmend Nagel, DÖV 2010, 268 (269); Badura, in Müller/Rhinow/Schmid/Wildhaber, FS Kurt Eichenberger, S. 487; Huster, ZfRSoz 2003, 3 (9 f.).

<sup>605</sup> Badura, in Müller/Rhinow/Schmid/Wildhaber, FS Kurt Eichenberger, S. 488.

<sup>606</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 135 ff.

Der faktische Ausschluss primären Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich trägt den Vorgaben des Art. 19 Abs. 4 GG und seinen Ausprägungen auf europäischer Ebene jedoch nicht annähernd Rechnung. Ähnliches gilt für die mit dem Demokratie- und Bestimmtheitsgebot nur schwer in Einklang zu bringende Subdelegation maßgeblicher Normsetzungsbefugnisse auf private Interessenverbände und die Ausgestaltung der Kaskade.

Gleichwohl kann dem Gesetzgeber vor allem im Hinblick auf die Beschränkung des primären Rechtsschutzes auf überschwellige Vergaben wohl keine sachwidrigen oder gar willkürlichen Erwägungen vorgeworfen werden, die eine einklagbare Nachbesserungspflicht begründet. Die Zweiteilung des Vergaberechts wurde auf durchaus nachvollziehbare Gründe, wie die Wahrung einer effektiven, hoheitlichen Aufgabenerfüllung, die wirtschaftliche Verwendung von Steuermitteln und den Ausgleich widerstreitender Partikularinteressen gestützt. Vor dem Hintergrund des bis zur Neuregelung lediglich im Haushaltsrecht verankerten Beschaffungswesens und des massiven Widerstands öffentlicher Auftraggeber gegen die Einführung bzw. die Ausweitung des Primärrechtsschutzes, erscheint die Entscheidung des Gesetzgebers, zunächst nur die europäischen Vorgaben umzusetzen und unterschwellige Aufträge vom (vergabespezifischen) Rechtsschutz auszunehmen, in gewisser Weise verständlich. Gerade diese Ausgestaltung stellt zwar einen Verstoß gegen die im Grundgesetz und in europäischen Verträgen normierten Grundrechte dar; der Legislative kann jedoch nicht vorgeworfen werden, dies auf sachfremde oder willkürliche Erwägungen gestützt zu haben.<sup>607</sup> Trotz dieser Grundrechtsverstöße wird vor dem Hintergrund eines eingeschränkten Prüfungsumfangs auf „evidente“ Verstöße daher eine einklagbare Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers zum gegenwärtigen Zeitpunkt zu verneinen sein.

Nochmals sei jedoch hervorgehoben, dass die Notwendigkeit einer Reform des gegenwärtigen Vergaberechts und Rechtsschutzsystems ungeachtet des Bestehens oder Nicht-Bestehens einer durchsetzbaren „Nachbesserungspflicht“ besteht. Der Gesetzgeber ist nach wie vor angehalten, den festgestellten Grundrechtsverstößen abzuwehren und effektiven Rechtsschutz auch unterhalb der Schwellenwerte zu gewährleisten. Des Weiteren kann zumindest von dem Bestehen einer Beobachtungspflicht der Gesetzeslage und deren Auswirkungen auf die Vergabepaxis durch den Gesetzgeber ausgegangen werden. Ob und falls ja, auf welche Weise der deutsche Gesetzgeber diesen Kontrollpflichten nachkommt, wird im Folgenden bei der Darstellung der bereits unternommenen Reformbemühungen<sup>608</sup> näher untersucht

---

<sup>607</sup> So auch das BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 135 ff., das keinen Verstoß gegen Verfassungsrecht erkennt.

<sup>608</sup> Ziffer II. 2.

## II. Das österreichische Vergaberecht als Vergleichsmodell

Den Ausgangspunkt für die nachfolgenden Überlegungen hinsichtlich einer möglichen Reform des deutschen Vergaberechts bildet zunächst ein Vergleich der hiesigen Rechtslage mit dem Regelungsmodell des EU-Mitgliedstaats Österreich.

Das österreichische Rechtssystem wurde als Vergleichsobjekt gewählt, da auch dieses durch die europäischen Grenzwerte zunächst in einen Ober- und Unterschwellenbereich aufgeteilt war. Der österreichische Verfassungsgerichtshof erklärte diese Zweiteilung jedoch – im Gegensatz zum deutschen Bundesverfassungsgericht, welches die Verknüpfung vergaberechtlicher Rechtsschutzmechanismen mit dem Erreichen bzw. Überschreiten bestimmter Schwellenwerte für verfassungsgemäß hielt – für verfassungswidrig, was eine grundlegende Neuregelung des Vergabewesens und Erstreckung des Rechtsschutzes auch auf unerschwellige Vergaben zur Folge hatte. Seither wurde das österreichische Vergaberecht mehrfach reformiert, das Konzept eines einheitlichen Rechtsschutzregimes für alle Auftragsvergaben jedoch grundsätzlich beibehalten und über die Jahre hinweg ausgebaut.

Die österreichischen Erfahrungswerte hinsichtlich eines einheitlichen Vergaberechtsschutzsystems können möglicherweise Aufschluss über die in Deutschland zu erwartende quantitative Inanspruchnahme unerschwelliger Nachprüfungsverfahren geben und vielleicht auch konkrete Hilfestellungen in Bezug auf eine Neuregelung anbieten.<sup>609</sup> Zu diesem Zweck wird die österreichische Rechtsentwicklung im Folgenden skizziert und die konkrete Ausgestaltung des dortigen Regelungsmodells dargestellt.

### 1. Ursprüngliche Rechtslage unter dem BVergG 1993

Das österreichische Vergaberecht wurde zeitgleich mit dem Beitritt Österreichs zum Europäischen Wirtschaftsraum im Jahre 1994 bundesgesetzlich erstmals geregelt.<sup>610</sup> Zuvor waren öffentliche Auftraggeber nur durch interne Dienstanweisungen an technische Regelwerke wie die ÖNORM A 2050<sup>611</sup> und andere Verwaltungsverordnungen gebunden.<sup>612</sup>

---

<sup>609</sup> So auch Freise, NZBau 2004, 83 (87).

<sup>610</sup> Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht, S. 36; Brinker, Österreichisches Vergaberecht, Rn. 147; Korinek, ÖZW 1994, 15 (15).

<sup>611</sup> ÖNORM A 2050 „Vergabe von Aufträgen über Leistungen – Ausschreibung, Angebot und Zuschlag – Verfahrensnorm“, herausgegeben vom Austrian Standards Institute, abrufbar unter [www.austrian-standards.at](http://www.austrian-standards.at) (Stand 30.05.2014).

<sup>612</sup> Brinker, Österreichisches Vergaberecht, Rn. 145 f.

Das zum 1. Januar 1994 neu geschaffene Bundesvergabegesetz<sup>613</sup> (BVerG 1993) erfasste aufgrund der damaligen verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung<sup>614</sup> lediglich die Auftragsvergaben durch den Bund bzw. dem Bund zurechenbare Einrichtungen. Daneben existierten für Auftragsvergaben der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände neun weitere – teilweise an das BVerG angelehnte, teilweise völlig eigenständige – Vergabegesetze.<sup>615</sup> Ähnlich zur deutschen Rechtslage enthielten sowohl das BVerG 1993 als auch die entsprechenden Vergabegesetze der Länder nur Bestimmungen für die Vergabe- und Rechtsschutzverfahren oberhalb der europäischen Schwellenwerte<sup>616</sup>, um die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für den Bereich des Vergabewesens – quasi als Minimallösung – umzusetzen. Für die in seinen Geltungsbereich fallenden Vergaben sah das BVerG 1993 in seinem 2. Teil allgemeine Bestimmungen über das bei der Auftragsvergabe einzuhaltende Verfahren sowie in seinem 3. Teil besondere, gemeinschaftsrechtlich für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte gebotene Bestimmungen vor. Der 4. Teil des Gesetzes enthielt Vorschriften über den Rechtsschutz, welcher in Form eines obligatorischen Schlichtungs- und – wenn dieses nicht zu einer Einigung der Parteien führte – anschließenden Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekontrollkommission und dem Bundesvergabeamt<sup>617</sup> als neu eingerichtete Kontrollinstanzen normiert wurde.<sup>618</sup>

Für Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte galten gem. § 13 Abs. 1 BVerG 1993 die Bestimmungen der ÖNORM A 2050 unmittelbar. Vergabespezifischer Rechtsschutz war jedoch nicht vorgesehen, da das Rechtsschutzsystem des 4. Teils des BVerG 1993 nur für Auftragsvergaben oberhalb der damals geltenden Schwellenwerte eröffnet war.

<sup>613</sup> Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz — BVerG) vom 14. Juli 1993 (BGBl 1993/462).

<sup>614</sup> Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) beinhaltete zum damaligen Zeitpunkt keinen ausdrücklichen Kompetenztitel für das Vergabewesen, so dass die kompetenzrechtliche Zuordnung lange Zeit umstritten war. Einige Stimmen in der Literatur leiteten aus des Zivilrechtszuständigkeit des Bundes dessen Zuständigkeit auch für das Vergaberecht ab, andere sahen eine zwischen Bund und Ländern aufgeteilte Kompetenzlage als begründet an (ausführliche Nachweise bei Elsner, Vergaberecht, S. 8, Rn. A 20, Fn. 53, 54 und Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht, S. 37 f). Der österreichische Verfassungsgerichtshof entschied diese Diskussion mit Erkenntnis vom 07.10.1998 (VfSlg 15.286/1998) dahingehend, dass die Zuständigkeit für die Regelung des Vergabeverfahrens und des Rechtsschutzes für Vergaben durch die öffentliche Hand Ausfluss der Organisationshoheit, für Vergaben durch privatrechtlich organisierte Auftraggeber Ausfluss der Zivilrechtskompetenz des Bundes sei. Dem österreichischen Bundesgesetzgeber kam hiernach die Regelungskompetenz für Vergaben im Bundesbereich und für private Sektorenauftraggeber zu, während die Landesgesetzgeber für Vergaben im Landes- und Gemeindebereich zuständig waren (siehe ausführlich Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht, S. 38).

<sup>615</sup> Brinker, Österreichisches Vergaberecht, Rn. 157 ff.; Elsner, Vergaberecht, S. 10 Rn. A 24.

<sup>616</sup> Eine Ausnahme bildete das steiermärkische Landesvergabegesetz, das auch Regelungen für unerschwellige Vergabe- und Rechtsschutzverfahren enthielt, siehe Pachner, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVerG 2002, Österr. Grdl. Rn. 1; Elsner, Vergaberecht, S. 10 Rn. A 24 mit weiteren Nachweisen.

<sup>617</sup> Zur damaligen Organisation der Vergabekontrolleinrichtungen siehe Brinker, Österreichisches Vergaberecht, Rn. 348 ff.

<sup>618</sup> Elsner, Vergaberecht, S. 74 f. Rn. A 151 ff.; Korinek, ÖZW 1994, 15 (16).

Ähnlich zur deutschen Rechtsschutzsystematik konnten Bieter Vergabeverstöße bei unterschwelligen Auftragsvergaben daher nur im einstweiligen Verfügungsverfahren bzw. durch Unterlassungsklagen vor den Zivilgerichten bis zur Zuschlagserteilung vereiteln.<sup>619</sup>

## 2. Erkenntnis des österreichischen Verfassungsgerichtshofs vom 30.11.2000

Der österreichische Verfassungsgerichtshof erklärte die Beschränkung des vergabespezifischen Rechtsschutzes auf Auftragsvolumina oberhalb bestimmter Schwellenwerte mit Erkenntnis vom 30.11.2000<sup>620</sup> für verfassungswidrig. Nach Ansicht des Gerichtshofs führte die Regelung zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Differenzierung zwischen der Rechtsposition von Bewerbern und Bietern im Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge.<sup>621</sup> Der Gerichtshof war ferner der Auffassung, dass selbst wenn eine entsprechende, den Bietern subjektive Rechte einräumende gesetzliche Regelung aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts bloß oberhalb der Schwellenwerte geboten sei, dies für sich allein die Differenzierung im nationalen Recht nicht rechtfertigen könne. Dies habe den Hintergrund, dass der Gesetzgeber bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht grundsätzlich weiter an bundesverfassungsgesetzliche Vorgaben und vor allem auch an den Gleichheitssatz als eine Ausprägung des nationalen Verfassungsrechts gebunden bleibe. Der Gleichheitssatz sei jedoch dann verletzt, wenn sachliche Gründe für einen gänzlichen Ausschluss eines vergaberechtsspezifischen Rechtsschutzes für Bewerber und Bieter bei der Auftragsvergabe unterhalb der Schwellenwerte nicht ersichtlich seien, zumal in diesen Bereichen der zivilgerichtliche Rechtsschutz nicht in ausreichendem Maß greife.<sup>622</sup>

Die Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs vom 30.11.2000 machte damit eine Neuregelung des österreichischen Vergaberechts und insbesondere des Rechtsschutzsystems erforderlich, die – analog zur der in Deutschland geführten Debatte – von diversen Befürchtungen in Bezug auf die künftige Inanspruchnahme der Rechtsschutzmechanismen begleitet wurde.

<sup>619</sup> Elsner, Vergaberecht, S. 18 f. Rn. A 35, A 173 ff.

<sup>620</sup> Erkenntnis des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs vom 30.11.2000 – G110/99 (abrufbar über das Rechtsinformationssystem des Bundeskanzleramtes Österreich, unter <http://www.ris.bka.gv.at> (Stand 01.08.2013)).

<sup>621</sup> Siehe hierzu auch bereits die frühe Kritik von Korinek, ÖZW 1994, 15 (19) und Thienel, WBI 1993, 373 374.

<sup>622</sup> Erkenntnis des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs vom 30.11.2000 – G110/99 (abrufbar über das Rechtsinformationssystem des Bundeskanzleramtes Österreich, unter <http://www.ris.bka.gv.at> (Stand 01.08.2013), S. 4 f.



Das Bundeskanzleramt ging bei der Vorlage des Ministerialentwurfs zur Begutachtung durch die beteiligten Interessenskreise beispielsweise davon aus, dass die vorgesehene Ausdehnung des vergabespezifischen Rechtsschutzes zu einer „*erheblichen Steigerung*“ der zu bewältigenden Nachprüfungsverfahren um den Faktor zehn führe.<sup>623</sup> Der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich prognostizierte im Zuge der öffentlichen Konsultationen sogar einen weit höheren Anstieg von 15 überschwelligen Verfahren im Jahre 2001 auf mindestens 200 nach Erlass des BVergG 2002.<sup>624</sup> Auch der österreichische Städtebund befürchtete schwere Behinderungen der täglichen Vergabearbeit und eine starke Erhöhung des zeitlichen, personellen und finanziellen Aufwands der Gemeinden.<sup>625</sup>

### 3. Neuregelung durch das BVergG 2002

Ungeachtet der landesweiten Befürchtungen wurde im Zuge der Neuregelung zunächst ein Sonderkompetenztatbestand für „öffentliches Auftragswesen“ geschaffen, welcher die Gesetzgebung für Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens grundsätzlich dem Bund zuordnet, Art. 14b Abs. 1 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)<sup>626</sup>. Für die Gesetzgebung und Vollziehung hinsichtlich der Nachprüfung von Auftragsvergaben der Länder und Gemeinden sind nach Art. 14b Abs. 3 B-VG dagegen die Länder selbst zuständig,<sup>627</sup> die daraufhin eigene „Vergabenachprüfungsgesetze“ betreffend den Rechtsschutz bei ländereigenen Vergabeverfahren entsprechend den Vorgaben des Bundesvergabegesetzes erließen.<sup>628</sup>

Am 28.06.2002 wurde schließlich das Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG 2002)<sup>629</sup> durch den österreichischen Gesetzgeber verabschiedet. Hierdurch wurde das materielle Vergaberecht sowohl für öffentliche Aufträge des Bundes als auch für Vergaben der Länder und Gemeinden unabhängig von dem Erreichen bestimmter Schwellenwerte erstmals österreichweit vereinheitlicht.

<sup>623</sup> Bundeskanzleramt, Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2002 – BVergG) vom 19.12.2001, S. 1, 4 Ziffer 5.5 des Entwurfs-Vorblatts, abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 30.05.2014).

<sup>624</sup> Stellungnahme des Unabhängigen Verwaltungssenats des Landes Oberösterreich zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2002 – BVergG) vom 30.01.2002 – 16/SN-281/ME, abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 30.05.2014).

<sup>625</sup> Stellungnahme des Österreichischen Städtebunds zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2002 – BVergG) vom 01.02.2002 – 44/SN-281/ME, abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 30.05.2014), S. 2, 16.

<sup>626</sup> Bundes-Verfassungsgesetz vom 01.07.1934 (BGBl. Nr. 1/1930).

<sup>627</sup> Pachner, in Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht, Nationale Rechtsgrundlagen Rn. 4 f.

<sup>628</sup> Hierzu ausführlich Pachner, in Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht, Nationale Rechtsgrundlagen Rn. 11 ff.

<sup>629</sup> Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz – BVergG) vom 28. Juni 2002 (BGBl I Nr. 99/2002).

Darüber hinaus gilt der vergabespezifische Rechtsschutz in Österreich seit der Neufassung des BVergG 2002 grundsätzlich für alle Vergabeverfahren, d. h. insbesondere auch für die Vergabe von Aufträgen mit einem geringen Auftragswert.

### a) Einzelheiten des vergaberechtlichen Rechtsschutzregimes

Voranzustellen ist zunächst, dass der vergabespezifische Rechtsschutz den Bietern nicht gegen jede Entscheidung öffentlicher Auftraggeber, sondern nur gegen die sog. „gesondert anfechtbaren Entscheidungen“ offensteht, §§ 163 Abs. 1, 166 Abs. 2 Nr. 1 BVergG 2002. Diese unterteilen das Vergabeverfahren in einzelne Abschnitte und sind Anknüpfungspunkt für die jeweils geltenden Präklusionsfristen, wodurch beispielsweise ein bereits zu Beginn der Ausschreibung aufgetretener, aber nicht innerhalb der Präklusionsfrist gerügter Vergabeverstoß am Ende des Verfahrens nicht mehr angefochten werden kann. Hierdurch soll eine Strukturierung des Vergabeverfahrens sowie eine effiziente Abwicklung von Rechtsschutzverfahren ermöglicht werden.<sup>630</sup>

§ 20 Nr. 13 lit. a BVergG 2002 zählte die gesondert anfechtbaren Entscheidungen enumerativ für alle Verfahrenstypen auf; im offenen Verfahren waren zum Beispiel die Ausschreibung, sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist und die Zuschlagsentscheidung nachprüfbar (sublit. aa). Alle übrigen, den gesondert anfechtbaren zeitlich vorausgehenden Entscheidungen der Auftraggeber konnten nach dem Willen des Gesetzgebers nicht separat, sondern nur zusammen mit diesen angegriffen werden, § 20 Nr. 13 lit. b BVergG 2002.

Hervorzuheben ist außerdem, dass der österreichische Gesetzgeber von der Einführung der vielfach geforderten Bagatellgrenze für die Eröffnung primären Rechtsschutzes absah und vergabespezifischen Rechtsschutz bei allen Verfahren, gleich welcher Auftragshöhe, eröffnete. Zum Ausgleich wurden öffentlichen Auftraggebern allerdings unterhalb bestimmter Wertgrenzen flexiblere Möglichkeiten hinsichtlich der Wahl bestimmter Verfahrensarten eingeräumt.

So konnten öffentliche Bauaufträge bis zu einem Wert von 120.000 Euro zum Beispiel im Rahmen eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung (§ 26 Abs. 1 BVergG 2002) und Bauaufträge bis zu einem Wert von 80.000 Euro im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung (§ 26 Abs. 3 BVergG 2002) ausgeschrieben werden.

<sup>630</sup> Sachs, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002, § 20 Z 13 BVergG 2002 Rn. 5; siehe auch Kropik/Mille/Sachs, Das Vergaberecht in Österreich, S. 114.

Die meisten Aufträge bis zu einem Wert von 20.000 Euro konnten im Übrigen direkt vergeben werden (§ 27 Abs. 1 Nr. 1 BVergG 2002), was Rechtsschutz innerhalb dieser Wertgrenzen auch ohne eine fest bezifferte Bagatellgrenze faktisch ausschloss.<sup>631</sup>

Speziell für Nachprüfungsverfahren unterhalb der europäischen Schwellenwerte sah das BVergG 2002 im Übrigen ein gegenüber überschwelligen Verfahren modifiziertes bzw. vereinfachtes Rechtsregime vor.

So mussten öffentliche Auftraggeber gemäß § 132 Abs. 1 BVergG 2002 grundsätzlich allen Bietern vorab mitteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Dieser durfte jedoch im Unterschwellenbereich bei sonstiger Nichtigkeit nicht innerhalb einer Stillhaltefrist von einer Woche ab Bekanntgabe (Absatz 3), im Oberschwellenbereich nicht innerhalb einer Stillhaltefrist von zwei Wochen erteilt werden (Absatz 2).

Vor Zuschlagserteilung konnte die Vergabekontrollkommission auf Ersuchen des Auftraggebers oder eines Bieters ein nunmehr freiwilliges Schlichtungsverfahren durchführen, wobei unterhalb der Schwellenwerte eine Schlichtung nur bei beiderseitigem Ersuchen der Beteiligten zulässig war, §§ 159, 160 Abs. 2 BVergG 2002.<sup>632</sup>

Wurde ein Schlichtungsverfahren nicht durchgeführt oder führte dieses nicht zum Erfolg, konnten Bieter – unter Beachtung verkürzter Antragsfristen im Unterschwellenbereich, § 169 Abs. 2 BVergG 2002 – die Nachprüfung der gesondert anfechtbaren Vergabeentscheidungen durch das Bundesvergabeamt beantragen.<sup>633</sup> Das Vergabeamt entschied das Verfahren anschließend je nach Erreichen des Schwellenwertes durch einen Einzelrichter oder durch eine dreiköpfige Kammer, § 154 Abs. 1 BVergG 2002. Letztere hatte bei Anträgen auf Nichtigerklärung von Entscheidungen eines Auftraggebers im Oberschwellenbereich eine Frist von zwei Monaten zu beachten. Dem Einzelrichter wurde bei unterschwelligen Verfahren dagegen nur eine Entscheidungsfrist von höchstens einem Monat nach Eingang des Antrags eingeräumt, § 176 Abs. 2 BVergG 2002.

Ein zuschlagshemmender Suspensiveffekt war im Übrigen sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich nicht bereits mit Einreichung des Nachprüfungsantrags, sondern nur durch gesonderten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung im sog. Provisorialverfahren zu erlangen, §§ 163 Abs. 4, 171 BVergG 2002.

Gegen Entscheidungen des Bundesvergabeamts war im Bundesvergabegesetz 2002 selbst kein Rechtsmittelverfahren vorgesehen, das Bundesvergabeamt entschied gem. § 135 Abs. 2 BVergG 2002 in erster und letzter Instanz.

<sup>631</sup> André, ZfBR 2011, 330 (335); Pachner, ZVB 2002, (92); siehe auch Holly, *immolex* 2002, 309 (309 f.); näher zu den Vergabeverfahren Freise, NZBau 2004, 83

<sup>632</sup> Siehe hierzu auch Freise, NZBau 2004, 83 (83); Holly, *immolex* 2002, 309 (314 f.).

<sup>633</sup> Für Nachprüfungsverfahren hinsichtlich der Entscheidungen, die von Ländern oder Gemeinden getroffen werden, waren die Unabhängigen Verwaltungssenaten (UVS) und – in Salzburg und Wien – die Vergabekontrollsenate (VKS) zuständig.

Allerdings war es nach den allgemeinen Grundsätzen des österreichischen Verwaltungsrechts möglich, alle Bescheide – somit auch die des Bundesvergabeamts – durch den Verwaltungsgerichtshof auf ihre Gesetzmäßigkeit hin überprüfen zu lassen.<sup>634</sup>

### **b) Reform des Rechtsschutzsystems durch das BVergG 2006**

Das BVergG 2002 wurde bereits vier Jahre später durch das BVergG 2006<sup>635</sup> umfassend reformiert, wobei das bestehende Rechtsschutzsystem im Grundsatz jedoch beibehalten wurde. Abgeschafft wurde allerdings das dem Nachprüfungsverfahren vorgeschaltete freiwillige Schlichtungsverfahren vor der Bundesvergabekontrollkommission, da dieses in der Praxis – mangels Effektivität der Verfahren – nur in Ausnahmefällen in Anspruch genommen wurde.<sup>636</sup>

Beibehalten wurde dagegen das Vergabenachprüfungsverfahren und in diesem Rahmen die Unterscheidung zwischen gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen des Auftraggebers, durch welche eine effizientere Abwicklung von Rechtsschutzverfahren erreicht wird.<sup>637</sup> Der nunmehr in § 2 Nr. 16 lit. a BVergG 2006 verankerte Katalog wurde um weitere gesondert anfechtbare Entscheidungen erweitert, so zum Beispiel das Ausscheiden eines Angebotes und die Widerrufentscheidung im Offenen Verfahren (sublit. aa). Nach dem BVergG 2006 können somit auch diese Entscheidungen im Wege eines Nachprüfungsantrags angegriffen werden, wobei die im Verhältnis zum Oberschwellenbereich verkürzte Präklusionsfrist im Unterschwellenbereich nach wie vor sieben Tage beträgt, § 321 Abs. 2 BVergG 2006.<sup>638</sup>

Ebenfalls beibehalten hat der Gesetzgeber das Prinzip eines im Vergleich zum Oberschwellenbereich vereinfachten Rechtsschutzsystems für unterschwellige Aufträge, wobei die im BVergG 2002 festgelegten Differenzierungen zwischen ober- und unterschweligen Vergabenachprüfungsverfahren weiter reduziert wurden.<sup>639</sup>

<sup>634</sup> Freise, NZBau 2004, 83 (83).

<sup>635</sup> 17. Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006) BGBl. I 17/2006 vom 31.01.2006; lesenswert zu den Neuerungen Schwartz, RPA, 214 (214 ff.).

<sup>636</sup> Siehe den Tätigkeitsbericht der Bundes-Vergabekontrollkommission, Berichtszeitraum 2004, abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 05.06.2014), siehe auch Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht, S. 178 a. E.

<sup>637</sup> Freise, NZBau 2004, 83 (83).

<sup>638</sup> Regierungsvorlage des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006) – Materialien, abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014) S. 137, zu § 321; siehe auch das 15. BVergGÄndG v. 10.12.2009, BGBl. I Nr. 15/2010.

<sup>639</sup> André, ZfBR 2011, 330 (335).

So wurde beispielsweise die Entscheidungsfrist im Ober- und Unterschwellenbereich einheitlich mit sechs Wochen festgesetzt, § 326 BVergG 2006, da sich nach Auffassung des Gesetzgebers in beiden Bereichen „dieselben Rechtsfragen“ stellen und „die Zahl der Beschwerden im Unterschwellenbereich nicht übermäßig hoch“<sup>640</sup> sei. Aus denselben Gründen wurde auch die in § 154 BVergG 2002 festgelegte Entscheidungszuständigkeit des Einzelrichters für unterschwellige Nachprüfungsanträge durch eine einheitliche Senatszuständigkeit abgelöst (vgl. § 303 BVergG 2006).<sup>641</sup>

Zuletzt wurden infolge einer umfassenden Reform der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit<sup>642</sup> im Jahre 2012 die Zuständigkeiten für den Vergaberechtsschutz nochmals geändert. Das Bundesvergabeamt wurde zum 01.01.2014 aufgelöst und die Aufgabe der Vergabekontrolle auf das neu geschaffene Bundesverwaltungsgericht<sup>643</sup> übertragen, § 291 BVergG 2006 n.F.<sup>644</sup> Die Regelungen über die Rechtsschutzverfahren im 4. Teil des BVergG blieben von dieser Novelle jedoch weitestgehend unberührt.

#### 4. Erfahrungen mit dem österreichischen Regelungsmodell

Wie bereits die sukzessive Annäherung der unterschweligen Rechtsschutzverfahren an das überschwellige System durch die Reformen vermuten lässt, haben sich die Befürchtungen vieler Auftraggeber hinsichtlich der Schaffung von Investitionshemmnissen und Verfahrensverzögerungen durch die Ausweitung der Nachprüfungsverfahren nicht bewahrheitet. Zum einen blieb bereits die Anzahl der vor dem Bundesvergabeamt angestregten Rechtsschutzverfahren weit hinter den Erwartungen zurück. Zum anderen wurde weder die Wirtschaftlichkeit der Vergabe noch die Funktionsfähigkeit der Verwaltung beeinträchtigt.

<sup>640</sup> Regierungsvorlage des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006) – Materialien, abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014) S. 131, zu § 306; siehe hierzu Fink, *ecolex* 2006, 100 (101 f.).

<sup>641</sup> Regierungsvorlage des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006) – Materialien, abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014) S. 131, zu § 306; siehe hierzu Fink, *ecolex* 2006, 100 (101).

<sup>642</sup> Bundesgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz, das Finanz-Verfassungsgesetz 1948, das Finanzstrafgesetz, das Bundesgesetz, mit dem das Invalideneinstellungsgesetz 1969 geändert wird, das Bundessozialamtsgesetz, das Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000, das Bundesgesetzblattgesetz, das Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 und das Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 geändert und einige Bundesverfassungsgesetze und in einfachen Bundesgesetzen enthaltene Verfassungsbestimmungen aufgehoben werden (Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012) vom 15.05.2012, BGBl. I Nr. 51/2012.

<sup>643</sup> Auf Landesebene wurden die Unabhängigen Verwaltungssenate (UVS) und Verwaltungskontrollsenate (VKS) ebenfalls aufgelöst und Landesverwaltungsgerichte mit der Vergaberechtsprechung betraut.

<sup>644</sup> Änderung des Bundesvergabegesetzes 2006 und des Bundesvergabegesetzes Verteidigung und Sicherheit 2012 (BVergG und BVergGVS Novelle 2013) vom 11.07.2013, BGBl. I 128/2013.

### a) Anzahl der Nachprüfungsverfahren

Im Gegensatz zu den bei Einführung des erweiterten Vergaberechtsschutzes angestellten Befürchtungen hinsichtlich der qualitativen Inanspruchnahme der nun eröffneten Nachprüfungsmöglichkeiten unterhalb der Schwellenwerte,<sup>645</sup> konnte nur ein leichter Anstieg der Verfahren verzeichnet werden.<sup>646</sup> Wie die folgende Tabelle verdeutlicht, machen unterschwellige Nachprüfungsverfahren, obwohl der Großteil aller Auftragsvergaben naturgemäß unterhalb der Schwellenwerte verortet ist, nur einen Bruchteil aller erhobenen Beschwerden aus:

---

<sup>645</sup> Wie unter Ziff. II. 2. bereits ausgeführt wurde, ging das Bundeskanzleramt beispielsweise davon aus, dass die vorgesehene Ausdehnung des vergabespezifischen Rechtsschutzes zu einer „erheblichen Steigerung“ der zu bewältigenden Nachprüfungsverfahren um den Faktor zehn führe, vgl. Bundeskanzleramt, Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2002 – BVergG) vom 19.12.2001, S. 1, 4 Ziffer 5.5 des Entwurfs-Vorblatts, abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 12.06.2014).

<sup>646</sup> Bericht des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit zur Entschließung Nr. E 178-BR/2002 über die Auswirkungen des Rechtsschutzes auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte vom 30.08.2004 (III-99 d. B./XXII. GP), S. 4.

Berichtsjahr	Nachprüfungsanträge gesamt	davon im Ober- schwellenbereich	davon im Unter- schwellenbereich
2003 <sup>647</sup>	147	100	47
2004 <sup>648</sup>	134	83	51
2005 <sup>649</sup>	134	89	45
2006 <sup>650</sup>	106	65	41
2007 <sup>651</sup>	119	89	30
2008 <sup>652</sup>	161	127	34
2009 <sup>653</sup>	132	98	34
2010 <sup>654</sup>	106	84	22
2011 <sup>655</sup>	122	90	32
2012 <sup>656</sup>	121	101	20
<b>insgesamt</b>	<b>1282</b>	<b>926</b>	<b>356</b>

Tabelle 1: Nachprüfungsverfahren

Aus den der Tabelle zugrundeliegenden Tätigkeitsberichten des Bundesvergabeamtes geht hervor, dass die befürchtete Antragsflut bei Einführung unterschwelliger Rechtsschutzes tatsächlich nie eingetreten und die Zahl der angestregten Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich in den letzten Jahren sogar rückläufig ist. In den Jahren 2003 bis 2005 und damit kurz nach Einführung des Rechtsschutzes machten unterschwellige Nachprüfungsanträge auf Bundesebene noch zwischen 30-38 % aller Verfahren aus, wohingegen sich dieser Prozentsatz in den Berichtszeiträumen 2010 bis 2012 auf rund 17-26 % stark reduzierte.

- <sup>647</sup> Bundesvergabeamt – Tätigkeitsbericht 2003 (III-124 d.B./XXII. GP), abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014), S. 5.
- <sup>648</sup> Bundesvergabeamt – Tätigkeitsbericht 2004 (III-166 d.B./XXII. GP), abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014), S. 4.
- <sup>649</sup> Bundesvergabeamt – Tätigkeitsbericht 2005 (III-214 d.B./XXII. GP), abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014), S. 5.
- <sup>650</sup> Bundesvergabeamt – Tätigkeitsbericht 2006 (III-99 d.B./XXIII. GP), abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014), S. 6.
- <sup>651</sup> Bundesvergabeamt – Tätigkeitsbericht 2007 (III-144 d.B./XXIII. GP), abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014), S. 5.
- <sup>652</sup> Bundesvergabeamt – Tätigkeitsbericht 2008 (III-66 d.B./XXIV. GP), abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014), S. 6.
- <sup>653</sup> Bundesvergabeamt – Tätigkeitsbericht 2009 (III-131 d.B./XXIV. GP), abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014), S. 5.
- <sup>654</sup> Bundesvergabeamt – Tätigkeitsbericht 2010 (III-246 d.B./XXIV. GP), abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014) S. 5.
- <sup>655</sup> Bundesvergabeamt – Tätigkeitsbericht 2011 (III-331 d.B./XXIV. GP), abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014) S. 5.
- <sup>656</sup> Bundesvergabeamt – Tätigkeitsbericht 2012 (III-417 d.B./XXIV. GP), abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014) S. 7.

Betrachtet man überdies die Anzahl *aller* seit Einführung des erweiterten Rechtsschutzsystems angestregten Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich, machen diese im Schnitt gerade einmal 27 % aller Verfahren aus.<sup>657</sup> Dieser Entwicklung trug der österreichische Gesetzgeber, wie bereits dargestellt wurde, durch eine Ausweitung und Angleichung der ober- und unterschwelligen Rechtsschutzverfahren in den letzten Jahren Rechnung.

## **b) Bericht über die Ausdehnung des Vergaberechtsschutzes**

Die Effektivität und Praxistauglichkeit des österreichischen Rechtsschutzsystems wird des Weiteren durch einen von den gesetzgebenden Organen in Auftrag gegebenen<sup>658</sup> Evaluierungsbericht des damaligen Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit *Bartenstein* über die Auswirkungen des Rechtsschutzes auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte bestätigt.<sup>659</sup> Dieser fasst die praktischen Erfahrungen mit der Erweiterung des Rechtsschutzes bei öffentlichen Auftragsvergaben auf Grund von Stellungnahmen der Auftraggeber und der Auftragnehmer sowie der Vergabekontrollbehörden von Bund und Ländern zusammen.

Die Ausdehnung des Vergaberechtsschutzes wird hierin allgemein als positiv beurteilt, da sie präventive Wirkungen entfalte und zu größerer Sorgfalt und Gesetzmäßigkeit bei der Planung und Durchführung öffentlicher Aufträge geführt habe.<sup>660</sup> Nach Auskunft der öffentlichen Auftraggeber erfordere die gründlichere Vorbereitung unterschwelliger Vergaben zwar auch den Zukauf externer Beratungsleistungen, hierbei müsse jedoch berücksichtigt werden, dass ein effektiver Rechtsschutz bei öffentlichen Auftragsvergaben „erzieherische Präventiveffekte“ für einen bewussten und sparsamen Umgang mit Budgetmitteln nach sich ziehe.<sup>661</sup> Außerdem führten auch die für unterschwellige Nachprüfungsverfahren zusätzlich einzukalkulierenden Kosten nicht zu einer grundlegenden Verteuerung der Auftragsvergaben, da die Häufigkeit solcher Verfahren in einem vertretbaren Ausmaß läge.<sup>662</sup>

---

<sup>657</sup> Siehe zu der Inanspruchnahme des Vergaberechtsschutzes auf Landesebene Kronegger/Sachs, ZVB 2010, 5 (5 ff.).

<sup>658</sup> Vgl. Entschließung des öst. Nationalrates (E 133-NR/XXI. GP), Sten. Prot. der 103. Sitzung am 22.05.2002 (XXI. GP), S. 118, 170; Entschließung des öst. Bundesrates (E-178-BR/2002), Sten. Prot. der 688. Sitzung am 06.06.2002, S. 74.

<sup>659</sup> Bericht des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit zur Entschließung Nr. E 178-BR/2002 über die Auswirkungen des Rechtsschutzes auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte vom 30.08.2004 (III-99 d. B./XXII. GP), insbes. S. 6 ff.

<sup>660</sup> Bericht des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit zur Entschließung Nr. E 178-BR/2002 über die Auswirkungen des Rechtsschutzes auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte vom 30.08.2004 (III-99 d. B./XXII. GP), S. 6.

<sup>661</sup> Bericht des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit zur Entschließung Nr. E 178-BR/2002 über die Auswirkungen des Rechtsschutzes auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte vom 30.08.2004 (III-99 d. B./XXII. GP), S. 7.

<sup>662</sup> Bericht des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit zur Entschließung Nr. E 178-BR/2002 über die Auswirkungen des Rechtsschutzes auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte vom 30.08.2004 (III-99 d. B./XXII. GP), S. 7.



Dies sei nach Auffassung der Berichterstatter insbesondere auf die Höhe der Rechtsschutzgebühren, die kurzen Präklusionsfristen und die abhaltend wirkenden Formalerfordernisse zurückzuführen.<sup>663</sup> Verfahrensverzögerungen und mutwillige Inanspruchnahmen des Vergaberechtsschutzes könnten jedenfalls nicht beobachtet werden.<sup>664</sup> Zuletzt erlaube eine frühe Befassung der Kontrollbehörde in einem Vergabeverfahren wesentlich kostengünstigere Rechtslösungen als eine nachträgliche Klage vor einem Zivilgericht. So sei die Zahl der Schadenersatzprozesse nach Auskunft der Finanzprokuratur seit 2002 stark zurückgegangen.<sup>665</sup>

## 5. Schlussfolgerungen für den deutschen Vergaberechtsschutz

In Deutschland stehen vor allem die Vertreter der öffentlichen Auftraggeber der längst überfälligen Reform des deutschen Vergaberechts ablehnend gegenüber. Es wird befürchtet, dass ein zusätzlicher Bieterrechtsschutz wegen des „Massenphänomens“<sup>666</sup> der Unterschwellenvergaben zu einer erheblichen Bürokratisierung der Verfahren und Investitionshemmnissen, wenn nicht gar -blockaden, führen würde.<sup>667</sup> Die Möglichkeit entsprechender Nachprüfungsverfahren würde für die Kommunen einen zusätzlichen Personal- und Kostenaufwand beinhalten, der gerade angesichts der Finanzsituation der Kommunen nicht tragbar sei und Beschaffungsvorgänge durch die dann häufig notwendig werdende Einschaltung von Spezialanwälten nochmals verteuern würde.<sup>668</sup> Zudem sei sogar „die Funktionsfähigkeit der Verwaltung gefährdet“<sup>669</sup>, da die Nachprüfungen von Bietern bei unterschwelligen Vergaben zu erheblichen Verfahrensverzögerungen führen würden.

<sup>663</sup> Bericht des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit zur Entschließung Nr. E 178-BR/2002 über die Auswirkungen des Rechtsschutzes auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte vom 30.08.2004 (III-99 d. B./XXII. GP), S. 6 f.

<sup>664</sup> Bericht des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit zur Entschließung Nr. E 178-BR/2002 über die Auswirkungen des Rechtsschutzes auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte vom 30.08.2004 (III-99 d. B./XXII. GP), S. 7.

<sup>665</sup> Bericht des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit zur Entschließung Nr. E 178-BR/2002 über die Auswirkungen des Rechtsschutzes auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte vom 30.08.2004 (III-99 d. B./XXII. GP), S. 8.

<sup>666</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 158.

<sup>667</sup> Kommunalreport, DStGB-Position zur Zukunft des Vergaberechts vom 16.11.2010, abrufbar unter <http://www.dstgb.de> (Stand 11.06.2014); sieh auch das Positionspapier der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände vom 14.07.2010, S. 4, abrufbar unter [www.oeffentliche-auftraege.de](http://www.oeffentliche-auftraege.de) (Stand 11.06.2014); Gehrlein befürchtet „Investitionsblockade[n] ungeahnten Ausmaßes“ Gehrlein, NZBau 2001, 483 (483); ähnlich Norbert Portz, Beigeordneter des Deutschen Städte- und Gemeindebundes in einem IBR Interview, erschienen in IBR 2003, 397; Köster, NZBau 2006, 540 (544); Pietzcker, NJW 2005, 2881 (2884); Bericht der Bundesregierung zu den Erfahrungen mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz vom 11.11.2003 (BT.-Drs. 15/2034), S. 2.

<sup>668</sup> Positionspapier der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände vom 14.07.2010, S. 4, abrufbar unter [www.oeffentliche-auftraege.de](http://www.oeffentliche-auftraege.de) (Stand 11.06.2014); ähnlich Köster, NZBau 2006, 540 (544); Kratzenberg, NZBau 2006, 481 (486).

<sup>669</sup> Positionspapier der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände vom 14.07.2010, S. 4, abrufbar unter [www.oeffentliche-auftraege.de](http://www.oeffentliche-auftraege.de) (Stand 11.06.2014).

Die österreichischen Erfahrungen mit der Einführung eines einheitlichen Rechtsschutzsystems zeigen jedoch, dass diese Befürchtungen nicht unbedingt begründet sind. Einer zunehmenden Bürokratisierung der Vergabeverfahren könnte der Gesetzgeber etwa durch flexiblere Handlungsmöglichkeiten der Auftraggeber hinsichtlich der Wahl entsprechender Vergabeverfahren unterhalb gewisser Bagatellgrenzen entgegenwirken. Dies würde den Auftraggebern insoweit entgegenkommen, als ein wesentlicher Teil der Beschaffungsvorgänge weiterhin schnell, effektiv und ohne die befürchteten Verfahrensverzögerungen durch Nachprüfungsverfahren durchgeführt werden könnte. Bieterseitigen Interessen könnte durch die Festlegung transparenter und nachprüfbarer Regeln hinsichtlich der Wahl der jeweiligen Vergabeverfahren Rechnung getragen werden. Überdies ist die grundsätzliche Nachprüfungsmöglichkeit vermuteter Vergaberechtsverstöße nicht gleichbedeutend mit zunehmender Bürokratisierung der Auftragsvergaben. Sie verlangt von öffentlichen Auftraggebern lediglich die sorgfältigere Planung und gesetzmäßige Durchführung der Vergabeverfahren, was im Ergebnis allen Beteiligten gleichermaßen zugutekommt.

Auch die Befürchtung, mit der Einführung eines unterschweligen Vergaberechtsschutzes würden Investitionshemmnisse und Verfahrensverzögerungen gleichermaßen einhergehen, kann angesichts der österreichischen Rechtsentwicklung hinterfragt werden. Zum einen führt nicht allein die Tatsache, dass ein Großteil der öffentlichen Aufträge unterhalb der Schwellenwerte vergeben wird zwingend zu einer entsprechenden Anzahl von Nachprüfungsverfahren. In Österreich machen unterschwellige Auftragsvergaben bis dato weniger als ein Drittel aller Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt aus. Zum anderen kann einer übermäßigen Inanspruchnahme von Rechtsschutzmöglichkeiten durch die Einführung adäquater prozessualer Hürden, wie z. B. einem gesonderten Antrag auf Erlass der Suspensivwirkung und entsprechenden Verfahrensgebühren begegnet werden.

Wie der Vergleich mit Österreich weiter zeigt, greift auch das Argument, die Eröffnung unterschweligen Rechtsschutzes würde öffentliche Auftragsvergaben maßgeblich verteuern, zu kurz. So kann die grundsätzliche Nachprüfbarkeit von Vergabefehlern im Gegenteil zu einem bewussteren und sparsameren Umgang der Auftraggeber mit Budgetmitteln führen sowie kostenintensive und langwierige Auseinandersetzungen um Schadenersatz vor Zivilgerichten vermieden werden. Zudem wird die Nachprüfung unterschwelliger Vergabeverfahren wahrscheinlich nicht in dem Ausmaß angestrengt werden, wie dies (vor allem von Vertretern der Auftraggeberseite) befürchtet wird.

Insgesamt kann die österreichische Rechtsentwicklung somit zum Anlass genommen werden, die längst überfällige Reform des deutschen Vergaberechts umso dringender zu fordern. Nicht nur ist die Einführung eines effektiven unterschweligen Vergaberechtsschutzes *de lege ferenda* zwingend geboten.

Die Nachprüfbarkeit von Vergabeverstößen trägt in Österreich sogar zu einer effektiveren und gesetzmäßigeren Beschaffung und sparsameren Verwendung von Steuergeldern durch die öffentliche Hand bei.

### III. Europäische und nationale Reformbestrebungen

In den letzten Jahren wurden sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene Anstrengungen unternommen, das geltende Vergaberecht den wirtschaftlichen, sozialen und politischen Entwicklungen anzupassen und praxisingerechter zu gestalten. Der europäische Gesetzgeber orientiert sich hierbei primär an einer Neuregelung der materiellen Vergabe- und Verfahrensregelungen, wohingegen sich die letzte Bundesregierung der 17. Legislaturperiode (2009-2013) auf eine Reform des unterschwelligen Rechtsschutzsystems verständigte. Ersteres wird im Folgenden nur kurz dargestellt, um die relevanten Neuregelungen der oberschwelligen Vergabeverfahren und möglichen Auswirkungen auf den Rechtsschutz geben zu umreißen. Auf letzteres wird in der anschließenden Prüfung das Hauptaugenmerk gelegt, da die unterschiedlichen Rechtsschutzmodelle des Reformvorschlags den Ausgangspunkt für die nachfolgenden Überlegungen hinsichtlich einer möglichen Neuschaffung des Rechtsschutzsystems bilden.

#### 1. Europäische Reformpläne

Die Europäische Kommission schlug im Dezember 2011 eine Überarbeitung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG sowie die Einführung einer Richtlinie über Konzessionsverträge vor.<sup>670</sup> Nach Abschluss des Legislativverfahrens wurden die Richtlinien 2014/24/EG, 2014/25/EG und 2014/23/EG vom Europäischen Parlament im Februar 2014 angenommen und vom Rat verabschiedet.

Die Neuregelung dieser Richtlinien verfolgt primär das Ziel, die materiellen Vergaberegeln zu vereinfachen und zu entbürokratisieren, um so Beschaffungsvorgänge effektiver zu gestalten, nachhaltiges Wachstum zu fördern und KMU einen besseren Zugang zum europäischen Beschaffungsmarkt zu ermöglichen. Gleichzeitig soll hierdurch eine bessere qualitative Verwendung der öffentlichen Auftragsvergabe erleichtert werden, indem sozialen Ansprüchen und Umweltkriterien Rechnung getragen wird.<sup>671</sup>

Erreicht werden diese Ziele, indem öffentlichen Auftraggebern u. a. eine größere Freiheit bei der Wahl des für ihren Bedarf geeignetsten Verfahrens eingeräumt wird.

<sup>670</sup> Pressemitteilung der EU-Kommission vom 20.12.2011, abrufbar unter [www.europa.eu](http://www.europa.eu) (Stand 18.06.2014).

<sup>671</sup> Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014 L 94/65), Erwägungsgrund Nr. 2.

So kann künftig beispielsweise leichter das Verhandlungsverfahren angewendet werden, wenn es die Situation erfordert.<sup>672</sup> Außerdem wird das sog. „Wettbewerbsverfahren“ und die „Innovationspartnerschaft“ eingeführt sowie der „wettbewerbliche Dialog“ vereinfacht und praxisnäher gestaltet. Hinzukommt ein geringerer Verwaltungsaufwand durch die neue einheitliche europäische Eigenerklärung und die Regelung, dass lediglich der Bieter, der den Zuschlag erhält, die erforderlichen Unterlagen beibringen muss.<sup>673</sup> Des Weiteren werden verkürzte Verfahrensfristen eingeführt und der Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel verstärkt. Zuletzt werden auch die Bekanntmachungspflichten für regionale und lokale Behörden vereinfacht.<sup>674</sup>

Insgesamt sehen die neuen Richtlinien damit grundlegende Änderungen der materiellen Vergaberegeln vor, die eine Vereinfachung und Entbürokratisierung versprechen. Spätestens mit Ablauf der Umsetzungsfrist im April 2016 werden die deutschen Vergabestellen überschwellige Beschaffungsvorgänge damit wohl tatsächlich praxisgerechter und schneller abschließen können. Allerdings ist mit den Neuerungen keine Reform der bestehenden Rechtsmittelrichtlinien verbunden; diese bleiben unverändert neben dem Reformpaket 2014 bestehen. Soweit dies im Moment erkennbar ist, sind diesbezüglich vom europäischen Gesetzgeber auch keine Neuregelungen in Planung.

## 2. Deutsche Reformpläne

### a) Zielsetzungen der Bundesregierung im Koalitionsvertrag 2009

In Deutschland verpflichtete sich die letzte Bundesregierung (bestehend aus CDU, CSU und FDP in der 17. Legislaturperiode) im Koalitionsvertrag aus dem Jahre 2009 ebenfalls zur einer Straffung, Vereinfachung und Entbürokratisierung des Vergaberechts. Dies sollte ausweislich des Koalitionsvertrags vor allem durch die Einführung eines wirksamen Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich erreicht werden.<sup>675</sup>

<sup>672</sup> Siehe z. B. Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014 L 94/65), Erwägungsgrund Nr. 42.

<sup>673</sup> Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014 L 94/65), Erwägungsgrund Nr. 84, Art. 59.

<sup>674</sup> Vgl. den Überblick über die Neuerungen für Auftraggeber und die Broschüre: „Neue Regeln für öffentliche Aufträge und Konzessionen – einfacher und flexibler“, abrufbar unter [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu) (Stand 18.06.2014).

<sup>675</sup> Koalitionsvertrag der CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, abrufbar unter [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de) (Stand 20.09.2014), S. 17 wörtlich: „Zur Erleichterung des Zugangs zu den Beschaffungsmärkten und zur Stärkung eines offenen und fairen Wettbewerbs um öffentliche Aufträge soll das bestehende Vergaberecht reformiert und weiter gestrafft werden. Ziel ist es, das Verfahren und die Festlegung der Vergaberegeln insgesamt zu vereinfachen und transparenter zu gestalten. Wir stärken die Transparenz im Unterschwellenbereich. [...] Zur Reform des Vergaberechts wird ein wirksamer Rechtsschutz bei Unterschwellenaufträgen gehören. Ein Gesetzentwurf für das reformierte Vergaberecht wird bis Ende 2010 vorgelegt.“

*aa) Diskussionspapier des BMWi vom 15.06.2010*

Zu diesem Zweck legte das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie den beteiligten Interessenverbänden am 15.06.2010 ein Diskussionspapier mit dem Titel „*Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte*“ zur Stellungnahme vor. Hierin diagnostiziert auch das Ministerium eine Aufspaltung des Rechtsschutzes in Vergaben ober- und unterhalb der europäischen Schwellenwerte. Das Rechtsschutzinteresse der Bieter sei jedoch ober- und unterhalb dieser Schwellen identisch: Die sachlichen Anknüpfungspunkte seien gleich, denn das Vergaberecht diene ober- und unterhalb der Schwellen demselben Zweck.<sup>676</sup> Das Ministerium wies außerdem auf die doppelte Rechtszersplitterung im bestehenden Rechtsschutzsystem hin. So seien zum einen ober- und unterhalb der Schwellenwerte unterschiedliche Spruchkörper zur Entscheidung berufen, zum anderen gäbe es auch innerhalb der im Unterschwellenbereich zuständigen Zivilgerichtsbarkeit keine einheitliche Linie. Dies führe insbesondere – auch aufgrund der fehlenden Zuständigkeit des Bundesgerichtshofs – zu einer regionalen Zersplitterung des unterschwelligen Vergaberechtsschutzes.<sup>677</sup>

Damit erkennt auch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie die Notwendigkeit einer Reform des Vergaberechtsschutzes insgesamt an und unternimmt erste Schritte in Richtung einer Nachbesserung der derzeit unbefriedigenden Rechtslage. Zur Vorbereitung einer Neuregelung stellte das Papier vier unterschiedliche Regelungskonzepte zur Diskussion:

*(1) Modell 1*

Modell 1 sieht nach dem Vorbild der SächsVergabeDVO ein antragsabhängiges verwaltungsinternes Rechtsschutzsystem ohne Rechtsbehelfsmöglichkeit vor, dem eine Vorabinformationspflicht der Vergabestelle vorausgeht. In Sachsen können beabsichtigte Zuschlagsentscheidungen ab einer Bagatellgrenze von 50.000 Euro (Leistungen und Lieferungen) und 150.000 Euro (Bauleistungen) innerhalb der siebentägigen Wartefrist des Auftraggebers bei der Aufsichtsbehörde gerügt werden. Der Zuschlag darf daraufhin nur erteilt werden, wenn die Nachprüfungsbehörde nicht innerhalb von zehn Tagen das Vergabeverfahren beanstandet, andernfalls ist die Auffassung der Nachprüfungsbehörde zu beachten.<sup>678</sup>

---

<sup>676</sup> BMWi, Diskussionspapier „Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte“ vom 15.06.2010 (zu beziehen über das BMWi), S. 1.

<sup>677</sup> BMWi, Diskussionspapier „Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte“ vom 15.06.2010, S. 2 f.

<sup>678</sup> BMWi, Diskussionspapier „Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte“ vom 15.06.2010, S. 4.

Als Ausgestaltungsvariante stellt das Ministerium die Ausweitung des sächsischen Konzepts durch eine Überprüfung der Entscheidung der Aufsichtsbehörde entweder durch eine Vergabekammer oder ein Gericht zur Diskussion. Auch die Normierung eines subjektiv-rechtlichen Anspruchs der Bieter auf ein Tätigwerden der Aufsichtsbehörde wird neben der Frage, an welche Voraussetzungen ein etwaiger Suspensiv-effekt knüpft werden soll, erwogen.

Diese Ausgestaltung wird von vielen der öffentlich zugänglichen Stellungnahmen der beteiligten Interessenverbände, wie z. B. der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK), der Wirtschaftsprüferkammer (WPK), dem Deutschen Industrie- und Handelskammertag (DIHK), der Bundesvereinigung Mittelständischer Bauunternehmen (BVMB), dem Deutschen Anwaltsverein (DAV) und dem Deutschen Richterbund (DRB) klar abgelehnt. Dem Vorschlag wird entgegengehalten, dass durch ein rein verwaltungsinternes Verfahren der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG nicht gewahrt und die bereits bestehende Rechtszersplitterung durch die Einrichtung verwaltungsinterner Kontrollstellen weiter vorangetrieben werde.<sup>679</sup> Zudem wird die Effektivität dieses Rechtsschutzmodells bezweifelt, da – wie das Ministerium selbst darlegt – von 126 angestregten Verfahren in Sachsen lediglich ein Verfahren Erfolg hatte und als „Nachprüfungsinstanz“ nur die übergeordnete Aufsichtsbehörde vorgesehen sei.<sup>680</sup>

## (2) Modell 2

Mit Modell 2 schlägt das Ministerium die Beibehaltung des bisherigen zivilprozessualen Rechtsschutzes bei gleichzeitiger Ergänzung um bestimmte vergabespezifische Schutzmechanismen vor. Möglich sei neben der Einführung einer Vorabinformationspflicht und nichtigkeitsbewehrter Stillhaltefrist des Auftraggebers auch die Absenkung der Glaubhaftmachungslast des Antragstellers, da dieser die Vergabeakte nicht kenne und der zivilprozessuale Beibringungsgrundsatz gelte. Vorgeschlagen werden außerdem kürzere Fristvorgaben für die Hauptsacheentscheidung nach Durchführung des einstweiligen Rechtsschutzes.

<sup>679</sup> BRAK-Stellungnahme Nr. 23/2010, im Internet unter [www.brak.de](http://www.brak.de) (Stand 26.06.2014), S. 4; DRB-Stellungnahme Nr. 42/10, abrufbar unter [www.drb.de](http://www.drb.de) (Stand 26.06.2014), S. 1; WPK, Stellungnahme vom 18.08.2010, abrufbar unter [www.wpk.de](http://www.wpk.de) (Stand 28.06.2014), S. 1; DAV, Stellungnahme Nr. 48/10 vom 30.08.2010, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de) (Stand 28.06.2014), S. 4; Transparency International Deutschland e.V., Stellungnahme vom 03.09.2010, abrufbar unter [www.transparency.de](http://www.transparency.de) (Stand 28.06.2014), S. 3; die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände lehnt die Einführung eines unterschwelligen Primärrechtsschutzes insgesamt ab, siehe die Stellungnahme vom 14.07.2010, abrufbar unter <http://www.dstgb-vis.de> (Stand 10.07.2014), S. 1 ff., 6.

<sup>680</sup> BVMB, Stellungnahme vom 01.09.2010, abrufbar unter [www.bvmb.de](http://www.bvmb.de) (Stand 26.06.2014); der DIHK sieht Modell 1 überdies als mit dem Prinzip der Gewaltenteilung nicht vereinbar an, siehe DIHK, Stellungnahme vom 03.09.2010, abrufbar unter [www.abst-sh.de](http://www.abst-sh.de) (Stand 28.06.2014), S. 2.

Ausweislich des Diskussionspapiers könne Modell 2 entweder durch eine vergabespezifische Ergänzung der ZPO oder durch die Inkorporation eines eigenen, an die §§ 935, 940 ZPO angelehnten einstweiligen Rechtsschutzverfahrens in das GWB realisiert werden.<sup>681</sup>

Modell 2 wird von den Interessenverbänden ebenfalls mehrheitlich abgelehnt. Ihm wird entgegen gehalten, dass die Beibehaltung des zivilrechtlichen Eilrechtsschutzes zwangsläufig zu unterschiedlichen Rechtswegen und einer Ausweitung der bereits bestehenden Rechtszersplitterung führe, da insbesondere der Rechtsweg zum BGH nicht eröffnet sei.<sup>682</sup> Zudem seien die Vorschriften der ZPO für das Vergabeverfahren nur bedingt bzw. nicht geeignet, die gegenläufigen Interessen von Auftraggebern und den am Verfahren beteiligten Unternehmen auszugleichen.<sup>683</sup> Zuletzt trage jede weitere Ergänzung der ZPO um vergabespezifische Vorschriften zur bereits bestehenden Unübersichtlichkeit der Rechtslage weiter bei.<sup>684</sup>

### (3) Modell 3a

Modell 3a sieht des Weiteren ein am überschweligen Vergabenachprüfungsverfahren ausgerichtetes Konzept vor. Ähnlich zur österreichischen Ausgestaltung wird ein Rechtsschutzverfahren zur Debatte gestellt, das zwar in seinen Grundzügen dem Rechtsschutz oberhalb der EU-Schwellenwerte entspricht (so wird beispielsweise die Zuständigkeit der Vergabekammern vorgeschlagen), durch materiell-rechtliche und prozedurale Abweichungen jedoch stark vereinfacht ist (sog. „schlanker Rechtsschutz“). Das BMWi hat im Hinblick auf die erstrebte „Verschlankung“ insbesondere die folgenden Gestaltungsmöglichkeiten aufgeworfen:<sup>685</sup>

<sup>681</sup> BMWi, Diskussionspapier „Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte“ vom 15.06.2010, S. 5.

<sup>682</sup> BRAK, Stellungnahme Nr. 23/2010, im Internet unter [www.brak.de](http://www.brak.de) (Stand 26.06.2014), S. 5; ebenso BVMB, Stellungnahme vom 01.09.2010, abrufbar unter [www.bvmb.de](http://www.bvmb.de) (Stand 26.06.2014).

<sup>683</sup> DAV, Stellungnahme Nr. 48/10 vom 30.08.2010, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de) (Stand 28.06.2014), S. 5; Transparency International Deutschland e.V., Stellungnahme vom 03.09.2010, abrufbar unter [www.transparency.de](http://www.transparency.de) (Stand 28.06.2014), S. 3 f.

<sup>684</sup> DRB, Stellungnahme Nr. 42/10, abrufbar unter [www.drbr.de](http://www.drbr.de) (Stand 26.06.2014), S. 2; ähnlich DIHK, Stellungnahme vom 03.09.2010, abrufbar unter [www.abst-sh.de](http://www.abst-sh.de) (Stand 28.06.2014), S. 2; DAV, Stellungnahme Nr. 48/10 vom 30.08.2010, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de) (Stand 28.06.2014), S. 4 f.; die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände lehnt die Einführung eines unterschwelligen Primärrechtsschutzes insgesamt ab, siehe die Stellungnahme vom 14.07.2010, abrufbar unter <http://www.dstgb-vis.de> (Stand 10.07.2014), S. 1 ff., 6.

<sup>685</sup> BMWi, Diskussionspapier „Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte“ vom 15.06.2010, S. 5 ff.

- Kein Präklusion, dafür aber die Zulassung von nur einem Antrag pro Bieter/Verfahren;
- kleinere Besetzung der Vergabekammer, z. B. in Form einer grundsätzlichen Zuständigkeit des Vorsitzenden/Beisitzers oder der Übertragbarkeit von der Kammer auf den Vorsitzenden/Beisitzer;
- Einschränkung des Suspensiveffekts durch das Erfordernis eines besonderen, mit höheren Anforderungen verknüpften Antrags;
- Verkürzung der Entscheidungsfrist auf weniger als fünf Wochen;
- Durchführung einer mündlichen Verhandlung nur auf Antrag und Möglichkeit für die Vergabekammer, offensichtlich unzulässige oder unbegründete Anträge sofort ablehnen zu können;
- Verzicht auf schriftliche Begründung der Vergabekammerentscheidung bzw. Begründung nur auf Antrag oder bei Beschwerdeeinlegung;
- Ausschluss bzw. Einschränkung des Rechtsmittelverfahrens auf Verfahren von grundsätzlicher Bedeutung oder die Prüfung von Rechtsfragen i. S. einer Revision.

Des Weiteren wurde überlegt, den Nachprüfungsumfang auf bestimmte vergaberechtliche Grundsätze einzuschränken und bestimmte Aspekte von einer Überprüfbarkeit grundsätzlich auszunehmen sowie die Stillhaltefrist der Auftraggeber auf sieben Tage zu verkürzen.<sup>686</sup>

Für Modell 3a sprechen sich mit DIHK, BRAK, DAV, BDI, Transparency International und der DRB viele maßgebliche Verbände aus.<sup>687</sup> Letzterer wendet sich allerdings gegen den Vorschlag, nur einen Antrag pro Bieter und Verfahren zuzulassen, da sich die Bieter ihre Anträge bis zum Schluss des Verfahrens „aufsparen“ würden, was zu Verfahrensverzögerungen führen könnte.<sup>688</sup>

---

<sup>686</sup> BMWi, Diskussionspapier „Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte“ vom 15.06.2010, S. 6 f.

<sup>687</sup> DIHK, Stellungnahme vom 03.09.2010, abrufbar unter [www.abst-sh.de](http://www.abst-sh.de) (Stand 28.06.2014), S. 2 f.; BRAK, Stellungnahme Nr. 23/2010, im Internet unter [www.brak.de](http://www.brak.de) (Stand 26.06.2014), S. 5 f.; DAV, Stellungnahme Nr. 48/10 vom 30.08.2010, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de) (Stand 28.06.2014), S. 6; Transparency International Deutschland e.V., Stellungnahme vom 03.09.2010, abrufbar unter [www.transparency.de](http://www.transparency.de) (Stand 28.06.2014), S. 6; DRB, Stellungnahme Nr. 42/10, abrufbar unter [www.drb.de](http://www.drb.de) (Stand 26.06.2014), S. 2; BDI, Stellungnahme vom 28.06.2010, abrufbar unter [www.bdi.eu](http://www.bdi.eu) (Stand 14.07.2014), S. 1 ff.; so auch das Bundeskartellamt, siehe die Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts in BT-Drs. 17/6640, XIII.

<sup>688</sup> So auch der DAV, Stellungnahme Nr. 48/10 vom 30.08.2010, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de) (Stand 28.06.2014), S. 6 und Transparency International Deutschland e.V., Stellungnahme vom 03.09.2010, abrufbar unter [www.transparency.de](http://www.transparency.de) (Stand 28.06.2014), S. 4.



Auch eine Verkürzung der Entscheidungsfristen wird durch den DRB abgelehnt, da die fünfwöchige Frist des § 113 Abs. 1 GWB angesichts der Personalausstattung der Kammern schon jetzt knapp bemessen sei.<sup>689</sup>

Bedenken bestehen außerdem – so auch beim Deutschen Anwaltverein – gegen die Absicht, die Überprüfbarkeit der Entscheidung auf wenige vergaberechtliche Grundsätze zu beschränken, da hierdurch die gerade mit der Schaffung des neuen Rechtsschutzsystems bezweckte Europarechtskonformität wieder ausgehebelt werden könnte.<sup>690</sup>

Die Einschränkung der Rechtsmittelmöglichkeit gegen eine Entscheidung der Vergabekammer auf Rechtssachen mit grundsätzlicher Bedeutung und Verkürzung der Stillhaltefrist auf sieben Tage wird dagegen sowohl vom DRB, als auch vom DIHK begrüßt.<sup>691</sup> Der DIHK spricht sich außerdem für die Entscheidung der Vergabekammer durch Einzelmitglied aus, wobei eine mündliche Verhandlung jedoch grundsätzlich für notwendig erachtet wird. Die Erfahrung zeige, dass im Rahmen einer solchen Verhandlung viele Unklarheiten ausgeräumt werden könnten, wobei im Gegenzug auf eine anschließende Begründung der Entscheidung durch die Vergabekammer verzichtet werden könne.<sup>692</sup> Der DAV hält zudem eine Einschränkung des Suspensiveffekts (etwa durch die Gewährung des begehrten Zuschlagsverbots nur auf besonderen Antrag, der an höhere Anforderungen geknüpft ist) nicht für sinnvoll, da dies den Rechtsschutz insgesamt schwieriger handhabbar und langwieriger mache.<sup>693</sup>

---

<sup>689</sup> in diesem Sinne auch DAV, Stellungnahme Nr. 48/10 vom 30.08.2010, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de) (Stand 28.06.2014), S. 6.

<sup>690</sup> DRB-Stellungnahme Nr. 42/10, abrufbar unter [www.drb.de](http://www.drb.de) (Stand 26.06.2014), S. 3; hiergegen spricht sich auch der DAV aus, DAV, Stellungnahme Nr. 48/10 vom 30.08.2010, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de) (Stand 28.06.2014), S. 6.

<sup>691</sup> DRB, Stellungnahme Nr. 42/10, abrufbar unter [www.drb.de](http://www.drb.de) (Stand 26.06.2014), S. 2 f.; DIHK, Stellungnahme vom 03.09.2010, abrufbar unter [www.abst-sh.de](http://www.abst-sh.de) (Stand 28.06.2014), S. 3; Transparency International Deutschland e.V. begrüßt die Einführung kürzerer Fristen ebenfalls, hält die Einschränkung des Zugangs zu einer gerichtlichen Instanz jedoch für problematisch, da Vergabekammern Verwaltungsbehörden und keine Gerichte seien, siehe die Stellungnahme vom 03.09.2010, abrufbar unter [www.transparency.de](http://www.transparency.de) (Stand 28.06.2014), S. 5.

<sup>692</sup> DIHK, Stellungnahme vom 03.09.2010, abrufbar unter [www.abst-sh.de](http://www.abst-sh.de) (Stand 28.06.2014), S. 3; ebenso Transparency International Deutschland e.V., Stellungnahme vom 03.09.2010, abrufbar unter [www.transparency.de](http://www.transparency.de) (Stand 28.06.2014), S. 5; auch der DAV befürwortet grundsätzlich die Entscheidungsfindung durch ein Einzelmitglied, fordert bei Zweifelsfällen über eine schwellenwertrelevante Auftragshöhe jedoch eine Übertragungsmöglichkeit durch die Kammer, siehe DAV, Stellungnahme Nr. 48/10 vom 30.08.2010, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de) (Stand 28.06.2014), S. 6.

<sup>693</sup> DAV, Stellungnahme Nr. 48/10 vom 30.08.2010, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de) (Stand 28.06.2014), S. 6; ähnlich Transparency International Deutschland e.V., Stellungnahme vom 03.09.2010, abrufbar unter [www.transparency.de](http://www.transparency.de) (Stand 28.06.2014), S. 5.

Insgesamt wird Modell 3a von der Mehrheit der öffentlich zugänglichen Stellungnahmen favorisiert. Einzig die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände als Vertreter der neben Bund und Ländern größten Gruppe öffentlich-rechtlicher Auftraggeber spricht sich gegen die Einführung eines verschlankten Rechtsschutzes und darüber hinaus gegen die Einführung primären Rechtsschutzes an sich aus.<sup>694</sup>

Nach Auffassung der Spitzenverbände bedeute ein „Mehr an Rechtsschutz“ bei den Unterschwellenvergaben eine erhebliche Bürokratisierung und Erschwernis der Vergabeverfahren sowie rechtlich den Wegfall des Vergaberechts als Haushaltsrecht und stattdessen die Einführung eines Vergabegesetzes. Dies sei eine fundamentale Strukturveränderung: Nicht die wirtschaftliche und sparsame Beschaffung von Leistungen zwecks Erfüllung öffentlicher Aufgaben, sondern die individualrechtlich über spezielle Verfahren einklagbare Nachprüfung des einzelnen Bieters und damit die jeweilige Überprüfung hochkomplexer Vorschriften stünde im Vordergrund. Darüber hinaus sei die Funktionsfähigkeit der Verwaltung gefährdet, wenn die unterschwelligen Nachprüfungen von Unternehmen zu einer aufschiebend bedingten Nichterteilung des Zuschlags führten.<sup>695</sup>

#### *(4) Modell 3b*

Modell 3b schlägt den beteiligten Kreisen dagegen die uneingeschränkte Übertragung der oberschwelligen Rechtsschutzvorschriften auch auf Verfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte vor. Zuständigkeit wäre wie oberhalb der Schwellen zunächst die Vergabekammer und anschließend das Oberlandesgericht als gerichtliche zweite Instanz.

---

<sup>694</sup> Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände, Stellungnahme vom 14.07.2010, abrufbar unter <http://www.dstgb-vis.de> (Stand 10.07.2014), S. 1 ff.

<sup>695</sup> Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände, Stellungnahme vom 14.07.2010, abrufbar unter <http://www.dstgb-vis.de> (Stand 10.07.2014) S. 3 ff.

Dieses Modell wird von der Mehrheit der untersuchten Stellungnahmen abgelehnt.<sup>696</sup> Eine Verschlankung der Vorschriften gemäß §§ 97 ff. GWB sei notwendig, da es sich bei diesen Verfahren oftmals um Vergaben weit unterhalb der Schwellenwerte handle und es nicht gerechtfertigt sei, diese Verfahren den EU-weit auszuschreibenden Verfahren in vollem Umfang gleichzusetzen. Es müsse sichergestellt werden, dass die zahlreichen Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte nicht übermäßigen Bürokratieaufwand und Vergabeverzögerungen hervorriefen und die Justiz in der Lage sei, die Verfahren mit ihren Ressourcen zu bewältigen.<sup>697</sup> Einzig die Mitglieder der Bundesvereinigung Mittelständischer Bauunternehmen e.V. sprechen sich unter Ablehnung der Modelle 1 bis 3a mehrheitlich für eine 1:1-Umsetzung der überschwelligen Vorschriften auch im Unterschwellenbereich aus.<sup>698</sup>

## *bb) Bewertung des Diskussionspapiers und der Rechtsschutzmodelle*

### *(1) Bewertung der Modelle 1, 2 und 3b*

An Modell 1 wird zu Recht kritisiert, dass ein rein verwaltungsinternes Verfahren nicht mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 47 Abs. 1 GrCh vereinbar sei. Auch der Vorschlag, eine darüber hinausgehende gerichtliche Nachprüfbarkeit der aufsichtsbehördlichen Entscheidung zu eröffnen, ist nicht zielführend. Dies würde nur zu einer Verlagerung eines Großteils der Verfahren auf die zweite gerichtliche Instanz führen, da schon in Sachsen im Jahre 2008 nur eines von 126 behördlichen Nachprüfungsverfahren erfolgreich war. Modell 1 würde daher weder den Interessen der Bieter an einem effektiven Schutz ihrer Rechte, noch den der öffentlichen Auftraggeber an einem zügigen Abschluss der Nachprüfungsverfahren, noch den der Kontrollinstanzen an einer effektiven Nutzung ihrer Kapazitäten Rechnung tragen.

---

<sup>696</sup> WPK, Stellungnahme vom 18.08.2010, abrufbar unter [www.wpk.de](http://www.wpk.de) (Stand 28.06.2014), S. 1; DRB, Stellungnahme Nr. 42/10, abrufbar unter [www.drb.de](http://www.drb.de) (Stand 26.06.2014), S. 2; DAV, Stellungnahme Nr. 48/10 vom 30.08.2010, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de) (Stand 28.06.2014), S. 7; DIHK, Stellungnahme vom 03.09.2010, abrufbar unter [www.abst-sh.de](http://www.abst-sh.de) (Stand 28.06.2014), S. 4; Transparency International Deutschland e.V., Stellungnahme vom 03.09.2010, abrufbar unter [www.transparency.de](http://www.transparency.de) (Stand 28.06.2014), S. 1; die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände lehnt die Einführung eines unterschwelligen Primärrechtsschutzes insgesamt ab, siehe die Stellungnahme vom 14.07.2010, abrufbar unter <http://www.dstgb-vis.de> (Stand 10.07.2014), S. 1 ff., 6.

<sup>697</sup> DRB, Stellungnahme Nr. 42/10, abrufbar unter [www.drb.de](http://www.drb.de) (Stand 26.06.2014), S. 2.

<sup>698</sup> BVMB, Stellungnahme vom 01.09.2010, abrufbar unter [www.bvmb.de](http://www.bvmb.de) (Stand 26.06.2014).

Modell 2 ist zwar grundsätzlich besser geeignet einen gewissen Interessenausgleich zwischen den Beteiligten vorzunehmen. Die vielfach kritisierte Dreiteilung des vergaberechtlichen Rechtsschutzes würde durch die Inkorporation besonderer vergaberechtlicher Schutzmechanismen in ZPO oder GWB jedoch perpetuiert und zu einer weiteren Verkomplizierung und Aufblähung eines ohnehin bereits komplexen und zersplitterten Rechtsschutzsystems führen. Die bestehende unterschiedliche Spruchpraxis bei unterschiedlichen Rechtswegen unterhalb und oberhalb der Schwellenwerte führt bereits jetzt sowohl zu Rechtsunsicherheit auf Seiten der Vergabestellen als auch auf Seiten der Unternehmen. Aus diesen Gründen wird auch Modell 2 zu Recht von den beteiligten Interessenverbänden mehrheitlich abgelehnt.

Zuletzt kann auch die deckungsgleiche Übernahme des vergaberechtlichen Rechtsschutzsystems des GWB auf unerschwellige Aufträge weder im Interesse der Bieter, noch der öffentlichen Auftraggeber an der praktischen Handhabbarkeit des künftigen Rechtsschutzes sein. Zwar würde die Umsetzung von Modell 3b zu dem größtmöglichen Schutz subjektiver Bieterrechte führen. Dieser Schutz ginge jedoch mit Vergabeverzögerungen und Kostensteigerungen einher, die oftmals in einem beträchtlichen Missverhältnis zu dem verfahrensgegenständlichen Auftragswert stünden. Auf der Ebene von Bagatellbeschaffungen und kleinen Handwerkeraufträgen dürfte die Durchführung eines vollumfänglichen Nachprüfungsverfahrens mit weit mehr Aufwand und vor allem höheren Kosten verbunden sein, als die betroffenen Unternehmen in solchen Fällen bereit wären zu investieren. Dies gilt umso mehr, als sich der Großteil aller in Deutschland vergebenen Aufträge auf kommunaler Ebene und damit weit unterhalb der europäischen Schwellenwerte bewegt.

Aus diesem Grund sollte – im Interesse aller Verfahrensbeteiligten – die Möglichkeit einer im Vergleich zum Oberschwellenbereich beschleunigten und in gewissem Umfang vereinfachten Verfahrensabwicklung gegeben sein.

## *(2) Bewertung des Modells 3a*

In der Summe verdient das System des „schlanken“ Rechtsschutzes i. S. d. Modell 3a mit gewissen Modifikationen den Vorzug. Zu diesen Modifikationen im Einzelnen:

### *(a) Verkürzung der Präklusionsfristen*

Der Vorschlag des BMWi, anstelle von Präklusionsfristen die Anzahl der zulässigen Anträge pro Bieter und Verfahren auf lediglich einen zu beschränken, birgt entgegen des eigentlichen Ziels der Verfahrensbeschleunigung ein großes Risiko für Verzögerungen.

Wie auch der DRB ausführt, würden die beteiligten Bieter ihre Anträge bis zum Schluss des Verfahrens „aufsparen“, um ihre prozessualen Möglichkeiten hinsichtlich möglicher weiterer Vergabeverstöße nicht zu verwirken.<sup>699</sup> Dies würde regelmäßig zu einer Verlängerung der Nachprüfungsverfahren über die vorgesehenen fünf Wochen hinaus führen und weder den Interessen der Bieter noch der Auftraggeber entsprechen.

Sinnvoller wäre es, die in § 107 Abs. 3 GWB normierte unverzügliche Rügepflicht des Bieters auch auf unterschwellige Vergabeverfahren auszudehnen und das Konstrukt der Präklusionsfristen grundsätzlich beizubehalten. Diese könnten im Unterschwellenbereich z. B. von 15 auf 10 Kalendertage verkürzt werden.

#### *(b) Entscheidungszuständigkeit des Einzelrichters*

Zu begrüßen ist des Weiteren der Vorschlag, unterschwellige Verfahren im Regelfall durch einen Einzelrichter und nicht durch die Kammer entscheiden zu lassen.

Zwar wurde in Österreich eine ähnliche Regelung (§ 154 BVergG 2002) bereits vier Jahre später durch eine einheitliche Senatszuständigkeit abgelöst (vgl. § 303 BVergG 2006),<sup>700</sup> da sich nach Ansicht des Gesetzgebers in beiden Bereichen „dieselben Rechtsfragen“ stellten und „die Zahl der Beschwerden im Unterschwellenbereich nicht übermäßig hoch“<sup>701</sup> sei. In Deutschland müsste die Entwicklung des Fallaufkommens bei Vergabekammern und Gerichten jedoch erst abgewartet werden, damit eine ähnliche Einschätzung getroffen werden kann. Bei Einführung eines unterschweligen Vergaberechtsschutzes könnte die Einführung der Entscheidungszuständigkeit eines Einzelrichters zunächst dazu beitragen, die vorhandenen Kapazitäten effektiver zu nutzen, um neben den ober- auch die unterschweligen Nachprüfungsverfahren zügig und innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Fristen zu entscheiden.

#### *(c) Einschränkung des Suspensiveffekts*

Das BMWi schlägt des Weiteren vor, den Suspensiveffekt, der im oberschwelligen Rechtsschutzsystem automatisch mit Einreichung des Nachprüfungsantrags eintritt (§ 115 Abs. 1 GWB), von einem weiteren, unter erhöhten Anforderungen stehenden Antrag des Bieters abhängig zu machen.

<sup>699</sup> So auch der DAV, Stellungnahme Nr. 48/10 vom 30.08.2010, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de) (Stand 28.06.2014), S. 6 und Transparency International Deutschland e.V., Stellungnahme vom 03.09.2010, abrufbar unter [www.transparency.de](http://www.transparency.de) (Stand 28.06.2014), S. 4.

<sup>700</sup> Regierungsvorlage des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006) – Materialien, abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014) S. 131, zu § 306; siehe hierzu Fink, *ecolex* 2006, 100 (101).

<sup>701</sup> Regierungsvorlage des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006) – Materialien, abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014) S. 131, zu § 306; siehe hierzu Fink, *ecolex* 2006, 100 (101 f.).

Ein ähnliches System besteht in Österreich; auch hier hat die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens keine aufschiebende Wirkung für das laufende Vergabeverfahren.

Der rechtsschutzsuchende Bieter kann jedoch durch einen (vom Nachprüfungsantrag unabhängigen) Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung die Anordnung befristeter, vorläufiger Maßnahmen erlangen, die eine bereits entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung seiner Interessen beseitigen oder verhindern, § 328 Abs. 1 BVergG 2006. Hierzu gehört insbesondere auch die Untersagung der Zuschlagserteilung an ein konkurrierendes Unternehmen, § 328 Abs. 5 BVergG 2006. Vor dem Erlass der erstrebten Verfügung muss das Bundesverwaltungsgericht gem. § 329 Abs. 1 BVergG 2006 eine einzelfallbezogene Interessenabwägung zwischen den Interessen der Öffentlichkeit, jenen des Auftraggebers und der Bieter vorzunehmen: Die voraussehbaren Folgen der zu treffenden einstweiligen Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bieter und des öffentlichen Auftraggebers sowie das öffentliche Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens sind gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, weist das Gericht den Antrag nach § 328 BVergG 2006 ab.<sup>702</sup>

Die Einführung eines solch gesondert zu beantragenden Suspensiveffekts erscheint auch bei unterschwelligen Verfahren in Deutschland durchaus sinnvoll, betrachtet man die vom österreichischen Bundesvergabeamt in den Jahren 2003 bis 2012 getroffenen Entscheidungen. Zur Verdeutlichung wurde die bereits dargestellte<sup>703</sup> Tabelle 1 dahingehend modifiziert, dass neben den Nachprüfungsanträgen die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung und die stattgegebenen Verfügungsanträge umfasst werden:

---

<sup>702</sup> Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht, S. 187.

<sup>703</sup> Siehe unter Ziffer II. 4. lit. a.

Berichtsjahr	Nachprüfungsanträge gesamt	Anträge auf einstw. Verfügung gesamt	Stattgegebene Anträge auf einstw. Verfügung
2003 <sup>704</sup>	147	122	75
2004 <sup>705</sup>	134	118	80
2005 <sup>706</sup>	134	116	82
2006 <sup>707</sup>	106	92	63
2007 <sup>708</sup>	119	104	78
2008 <sup>709</sup>	161	136	108
2009 <sup>710</sup>	132	114	91
2010 <sup>711</sup>	106	90	62
2011 <sup>712</sup>	122	106	80
2012 <sup>713</sup>	121	104	86
<b>insgesamt</b>	<b>1282</b>	<b>1102</b>	<b>805</b>

Tabelle 2: Provisorialverfahren

Aus diesen Zahlen geht hervor, dass in Österreich lediglich 62 % aller der in den Jahren 2003 bis 2012 eingereichten Nachprüfungsanträge zum Erlass einer einstweiligen Verfügung, z. B. in Form einer Zuschlagsuntersagung führten. Nur 805 von 1102 Verfügungsanträgen wurden vom Bundesvergabeamt stattgegeben; die übrigen Anträge wurden in den meisten Fällen zurück- bzw. abgewiesen oder von den Bietern selbst zurückgezogen.<sup>714</sup>

<sup>704</sup> Bundesvergabeamt – Tätigkeitsbericht 2003 (III-124 d.B./XXII. GP), abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014), S. 5 f.

<sup>705</sup> Bundesvergabeamt – Tätigkeitsbericht 2004 (III-166 d.B./XXII. GP), abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014), S. 4 f.

<sup>706</sup> Bundesvergabeamt – Tätigkeitsbericht 2005 (III-214 d.B./XXII. GP), abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014), S. 5 f.

<sup>707</sup> Bundesvergabeamt – Tätigkeitsbericht 2006 (III-99 d.B./XXIII. GP), abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014), S. 6 f.

<sup>708</sup> Bundesvergabeamt – Tätigkeitsbericht 2007 (III-144 d.B./XXIII. GP), abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014), S. 5 f.

<sup>709</sup> Bundesvergabeamt – Tätigkeitsbericht 2008 (III-66 d.B./XXIV. GP), abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014), S. 6 f.

<sup>710</sup> Bundesvergabeamt – Tätigkeitsbericht 2009 (III-131 d.B./XXIV. GP), abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014), S. 5 f.

<sup>711</sup> Bundesvergabeamt – Tätigkeitsbericht 2010 (III-246 d.B./XXIV. GP), abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014) S. 5 f.

<sup>712</sup> Bundesvergabeamt – Tätigkeitsbericht 2011 (III-331 d.B./XXIV. GP), abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014) S. 5 f.

<sup>713</sup> Bundesvergabeamt – Tätigkeitsbericht 2012 (III-417 d.B./XXIV. GP), abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014) S. 7 f.

<sup>714</sup> vgl. exemplarisch die Tätigkeitsberichte des Bundesvergabeamtes aus den Jahren 2001 und 2012 (III-331 d.B./XXIV. GP; III-417 d.B./XXIV. GP), abrufbar unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) (Stand 09.06.2014) S. 5 und 7.

In Deutschland könnte eine der österreichischen Regelung entsprechende Vorschrift dazu beitragen, dass nicht jeder Nachprüfungsantrag im Unterschwellenbereich zugleich zu einem Aussetzen des Vergabeverfahrens und meist kostspieligen Verzögerungen führt. Die Vornahme einer gerichtlichen Interessensabwägung dahingehend, ob z. B. die Interessen des Bieters an einer vorläufigen Zuschlagsuntersagung oder die des Auftraggebers an der zeitnahen Erbringung der zu beauftragenden Leistungen überwiegen, können den Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles Rechnung tragen und zu einer größeren Akzeptanz eines unterschwelligen Primärrechtsschutzes auf beiden Seiten führen.<sup>715</sup> Nicht nur könnten Vergabeverstöße auf diese Weise effektiv geahndet und drohende Rechtsverletzungen verhindert werden; auch die befürchtete Gefahr der Beeinträchtigung der „Funktionsfähigkeit der Verwaltung“<sup>716</sup> durch Einführung eines unterschwelligen Suspensiveffekts würde minimiert. Nicht jeder gerügte Verstoß gegen Vergabevorschriften rechtfertigt – wie die österreichische Rechtslage zeigt – zugleich eine vorläufige Aussetzung des Vergabeverfahrens.<sup>717</sup> Außerdem stellt die summarische Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache bei gleichzeitiger Abwägung der in Rede stehenden Interessen auch bei den nach verwaltungsrechtlichen Vorschriften (z. B. §§ 80, 80a) eröffneten vorläufigen Rechtsschutzbegehren den Regelfall vor Erlass einstweiliger Maßnahmen dar.

#### *(d) Verkürzung der Verfahrensfristen*

Sowohl der DRB als auch der DAV sprechen sich angesichts der hohen Arbeitsbelastung und Personalknappheit bei den Vergabekammern gegen eine Verkürzung der fünföchigen Entscheidungsfrist im Unterschwellenbereich aus.<sup>718</sup> Diese Einschätzung wird durch die statistischen Meldungen über Vergabenachprüfungsverfahren unterstützt, welche das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie alljährlich der EU-Kommission übermittelt.

---

<sup>715</sup> A. A. DAV, Stellungnahme Nr. 48/10 vom 30.08.2010, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de) (Stand 28.06.2014), S. 6.

<sup>716</sup> Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände vom 14.07.2010, abrufbar unter <http://www.dstgb-vis.de> (Stand 12.07.2014), S. 4.

<sup>717</sup> Ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens sah das österreichische Bundesvergabeamt z. B. bei einer durch Verschiebung der Bauarbeiten bewirkten Verlängerung der Unfallhäufigkeit, siehe BVA, Bescheid vom 14.10.2002 – 9N-49/02–9, abrufbar unter <https://www.ris.bka.gv.at> (Stand 12.07.2014); bei einem Sicherheitsdefizit und starker Verkehrsbelastung im Tunnelsanierungsbau (BVA, Bescheid vom 23.10.2002 – 12N-55/02–12, abrufbar unter <https://www.ris.bka.gv.at> (Stand 12.07.2014) oder bei der durch die Verzögerung der Lieferung von Impfstoffen bewirkten Beeinträchtigung von Leib und Leben bzw. der körperlichen Unversehrtheit von Kleinstkindern (BVA, Bescheid vom 11.01.2008 – N/0007-BVA/05/2008-EV15, abrufbar unter <https://www.ris.bka.gv.at> (Stand 12.07.2014).

<sup>718</sup> DRB, Stellungnahme Nr. 42/10, abrufbar unter [www.drb.de](http://www.drb.de) (Stand 26.06.2014), S. 3; in diesem Sinne auch DAV, Stellungnahme Nr. 48/10 vom 30.08.2010, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de) (Stand 28.06.2014), S. 6.



Im Berichtsjahr 2011 mussten in 418 von 989 Nachprüfungsanträgen die fünfwöchige Entscheidungsfrist gem. § 113 Abs. 1 GWB verlängert werden; in den beiden Jahren darauf geschah dies in 400 von 893 und in 354 von 817 Verfahren.<sup>719</sup> Im Schnitt konnten damit nur in 57 % aller Nachprüfungsverfahren, die in den Jahren 2011 bis 2013 bei den Vergabekammern des Bundes und der Länder eingereicht wurden, die fünfwöchige Entscheidungsfrist eingehalten werden. Kommen nun noch weitere Verfahren durch die Eröffnung unterschwelliger Rechtsschutzes hinzu, wird dies zu einer zusätzlichen Belastung der Vergabekammern und zeitlichen Verzögerung aller anhängigen Verfahren führen.

Die vorgeschlagene Verkürzung der Entscheidungsfrist bei unterschwelliger Nachprüfungsverfahren kann daher nur sinnvoll sein, wenn gleichzeitig sichergestellt wird, dass diese von den Kammern (beispielsweise durch eine erhebliche Aufstockung des Kammerpersonals) auch eingehalten werden kann. Eine reine Fristverkürzung – wie in Modell 3a vorgesehen – wird nicht den gewünschten Beschleunigungseffekt erzielen, sondern im Gegenteil dazu führen, dass die Frist regelmäßig überschritten und die betriebswirtschaftliche Kalkulation der Vergabeverfahren sowohl auf Auftragnehmer- als auch auf Auftraggeberseite deutlich erschwert wird.<sup>720</sup>

Eine Verkürzung der sog. Stillhaltefrist von derzeit 15 bzw. 10 Kalendertagen bei oberschwelligen Auftragsvergaben (§ 101a Abs. 1 GWB) auf sieben Tage bei unterschwelliger Aufträgen ist dagegen zu begrüßen.

Auch in Österreich hat sich die Festlegung dieser Fristvorgaben (§ 132 Abs. 1 BVergG 2006: *„Die Stillhaltefrist [...] beträgt bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax zehn Tage, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg 15 Tage. Bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Stillhaltefrist auf sieben Tage“*) im Hinblick auf eine beschleunigte Abwicklung unterschwelliger Verfahren in der Praxis bewährt.

#### *(e) Antragserfordernis für mündliche Verhandlungen*

Auch der Vorschlag des BMWi, mündliche Verhandlungen in unterschwelliger Verfahren nur auf Antrag durchzuführen, ist grundsätzlich begrüßenswert.

<sup>719</sup> Statistische Meldungen über Vergabenachprüfungsverfahren gem. § 129a GWB für die Berichtsjahre 2011, 2012 und 2013, abrufbar über die Homepage des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie unter der Adresse [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de) (12.07.2014).

<sup>720</sup> Auch in der österreichischen Rechtsentwicklung wurde die Entscheidungsfrist im Jahre 2002 aufgrund der zu erwartenden hohen Anzahl an unterschwelliger Nachprüfungsanträgen zunächst auf vier Wochen (§ 176 Abs. 2 BVergG 2002) im Vergleich zu acht Wochen bei oberschwelligen Anträgen verkürzt. Durch die Vergaberechtsreform im Jahre 2006 wurde diese Regelung jedoch korrigiert und die Entscheidungsfrist im Ober- und Unterschwellenbereich einheitlich mit sechs Wochen festgesetzt (§ 326 BVergG 2006).

Auf diese Weise können Nachprüfungsverfahren, soweit dies im Interesse der Parteien liegt, nach Austausch der jeweiligen Rechtsauffassungen im schriftlichen Verfahren schnell zum Abschluss gebracht werden. Wird dagegen eine mündliche Verhandlung von einem der Beteiligten für erforderlich gehalten, etwa um den schriftsätzlichen Vortrag zu erläutern oder eine Einigung mit der gegnerischen Partei zu erzielen, steht diese auch weiterhin zur Verfügung.

Nicht für sinnvoll gehalten wird dagegen die Position des DIHK, nach welcher eine mündliche Verhandlung generell durchgeführt und im Gegenzug auf eine anschließende Begründung der Entscheidung durch die Vergabekammer verzichtet werden solle.<sup>721</sup> Nur durch eine ausführliche Darstellung des Tatbestands, des Vorbringens der Parteien und der für Entscheidung maßgeblichen Gründe wird deutlich, ob und in welchem Ausmaß das jeweilige Vorbringen Berücksichtigung gefunden hat und welches die tragenden Erwägungsgründe sind. Die Erläuterung der wesentlichen Gründe bildet ferner die Grundlage für die Entscheidung einer Partei, auf ein Rechtsmittel zu verzichten oder aber dieses einzulegen und den gerügten Rechtsverstoß zur Entscheidung einer zweiten Instanz zu stellen. Des Weiteren kann sich nur durch eine Veröffentlichung der Entscheidung nebst Tatbestand und Gründen eine einheitliche Rechtsprechungslinie auch im unterschweligen Bereich herausbilden. Werden die Entscheidungen dagegen weitestgehend formfrei getroffen, wird die bereits bestehende Rechtszersplitterung weiter perpetuiert.

#### *(f) Ausschluss bzw. Einschränkung des Rechtsmittelverfahrens*

Der seitens des BMWi vorgeschlagene Ausschluss einer zweiten Instanz für Nachprüfungsverfahren unterhalb der Schwellenwerte begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken, da Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG dem Einzelnen einen Anspruch auf wirksamen Schutz seiner subjektiven Rechte durch ein unabhängiges staatliches Gericht vermittelt.<sup>722</sup> Vergabekammern sind jedoch Verwaltungsbehörden,<sup>723</sup> die den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG in dieser Hinsicht nicht genügen.<sup>724</sup>

Die Eröffnung einer zweiten, gerichtliche Instanz, wie derzeit zu den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte, ist daher auch im Unterschwellenbereich zwingend notwendig, um den verfassungsrechtlichen Vorgaben für einen effektiven Rechtsschutz zu entsprechen.

<sup>721</sup> DIHK, Stellungnahme vom 03.09.2010, abrufbar unter [www.abst-sh.de](http://www.abst-sh.de) (Stand 28.06.2014), S. 3.

<sup>722</sup> Enders, in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 74 m. w. N.; Schmidt-Aßmann, in Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 173 ff.

<sup>723</sup> Heuvels, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 102 GWB Rn. 5; Diemer/Maier, NZBau 2004, 536 (537); Maier, NZBau 2004, 667 (667).

<sup>724</sup> Schmidt-Aßmann, in Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 176.

Allerdings könnte das Rechtsmittelverfahren dahingehend ausgestaltet werden, dass sich die Nachprüfung der angefochtenen Vergabekammerentscheidung auf das Vorliegen von Rechtsfehlern im Sinne einer Revision beschränkt und neue Tatsachen nicht oder nur in wenigen Ausnahmefällen in den Prozess eingebracht werden können.<sup>725</sup>

#### **b) Zielsetzungen der großen Koalition?**

Die Zielsetzungen im Koalitionsvertrag 2009, das Vergaberecht einfacher zu gestalten und effektiven Vergaberechtsschutz im Bereich unterhalb der Schwellenwerte einzuführen, wurden von der damaligen Bundesregierung in der 17. Legislaturperiode nicht umgesetzt.

Auf eine kleine Anfrage von Abgeordneten der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen antwortete die Bundesregierung am 19.04.2011<sup>726</sup>, dass zunächst das Ergebnis des Grünbuchs der Europäischen Kommission abgewartet werde, mit dem die Flexibilisierung und Vereinfachung des öffentlichen Auftragswesens auf europäischer Ebene geprüft werde. Vor dem Ergebnis der Untersuchung auf EU-Ebene sollte keine neue „Zwischen-Reform“ angegangen werden.

Im Hinblick auf die Einführung eines effektiven Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich habe das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie kurzfristig ein Gutachten über den Umfang von Aufträgen ober- und unterhalb der EU-Schwellenwerte auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene in Auftrag gegeben, um die Auswirkungen eines Unterschwellenrechtsschutzes auf die Investitionstätigkeit der öffentlichen Hand besser bewerten zu können. Erst nach Vorlage des Gutachtens solle über das weitere Vorgehen entschieden werden.<sup>727</sup>

---

<sup>725</sup> Transparency International Deutschland e.V. hält die Einschränkung des Zugangs zu einer gerichtlichen Instanz ebenfalls für problematisch, da Vergabekammern Verwaltungsbehörden und keine Gerichte seien, siehe die Stellungnahme vom 03.09.2010, abrufbar unter [www.transparency.de](http://www.transparency.de) (Stand 28.06.2014), S. 5.

<sup>726</sup> BT-Drs. 17/5624.

<sup>727</sup> BT-Drs. 17/5624, S. 4.

Tatsächlich beauftragte das BMWi eine Bietergemeinschaft bestehend aus den Consulting-Unternehmen *Rambøll Management Consulting GmbH* und *subreport Verlag Schawe GmbH* mit der Erarbeitung der Studie „Statistische Daten im öffentlichen Beschaffungswesen“<sup>728</sup>, durch welche die Anzahl und Volumina nationaler und europaweiter Ausschreibungen auf der Ebene des Bundes, der Länder und der Kommunen ermittelt werden sollten. Ob und inwieweit in dieser Studie allerdings das geforderte umfassende Datengerüst<sup>729</sup> erstellt werden konnte, kann mangels Veröffentlichung der Ergebnisse nicht beurteilt werden.

Hiergegen spricht jedoch, dass das BMWi am 06.09.2013 einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag mit dem Inhalt publizierte, eine elektronische Statistik der öffentlichen Beschaffung in Deutschland zu entwickeln,<sup>730</sup> da – nach Angaben des BMWi – immer noch keine übergreifende, deutschlandweite Statistik zum öffentlichen Auftragswesen existiere. Dieser Auftrag wurde an das Unternehmen *Kienbaum Management Consultants GmbH* in einem Konsortium mit weiteren Partnern vergeben, das nun verschiedene Modelle zur Erhebung und Auswertung von Informationen zur öffentlichen Beschaffung entwickeln und die technische Umsetzung vorbereiten soll.<sup>731</sup> Vor Ende der 24-monatigen Vertragslaufzeit im Jahr 2016 kann damit vermutlich nicht mit verlässlichen statistischen Daten zu Anzahl und Umfang der jährlich vergebenen öffentlichen Aufträge und der Umsetzung konkreter Reformvorhaben im Hinblick auf eine Neuordnung des Vergaberechts gerechnet werden.

Diese Annahme wird durch den Umstand untermauert, dass die beabsichtigte Reform des deutschen Vergaberechts im Koalitionsvertrag 2013 von den neuen Koalitionsparteien der 18. Legislaturperiode nicht mehr erwähnt wird.

Lediglich die Tariftreue im Vergaberecht, welche bereits auf Länderebene durch verschiedene Vergabegesetze geregelt wird, soll auch auf Bundesebene gefördert werden.<sup>732</sup> In Anbetracht dessen und der laufenden Erhebung der statistischen Daten sind von der Bundesregierung derzeit wohl keine weitergehenden Schritte in Richtung eines effektiven Primärrechtsschutzes unterhalb der europäischen Schwellenwerte zu erwarten.

---

<sup>728</sup> Vgl. hierzu die öffentliche Bekanntmachung der Ausschreibung vom 24.12.2010 unter [www.dtad.de](http://www.dtad.de) (Stand 14.08.2014); zur Auftragsvergabe siehe <http://www.ramboll-management.de> (Stand 14.08.2014), [www.subreport.de](http://www.subreport.de) (Stand 14.08.2014) und [www.vergabeblog.de](http://www.vergabeblog.de) (Stand 14.08.2014).

<sup>729</sup> Siehe die Kurzbeschreibung der öffentlichen Auftragsbekanntmachung vom 24.12.2010 unter [www.dtad.de](http://www.dtad.de) (Stand 14.08.2014); siehe zu dem Vorhaben einer solchen Statistik auch BT-Drs. 18/1107, S. 25.

<sup>730</sup> Siehe unter <http://ausschreibungen-deutschland.de> (Stand 14.08.2014).

<sup>731</sup> Siehe hierzu [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de) (Stand 14.08.2014); [www.abz-bayern.de](http://www.abz-bayern.de) (Stand 14.08.2014); siehe auch den Newsletter 2014 07/08 der Auftragsberatungsstelle Brandenburg, abrufbar unter [www.abst-brandenburg.de](http://www.abst-brandenburg.de) (Stand 14.08.2014).

<sup>732</sup> Koalitionsvertrag der CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, abrufbar unter [www.bundesregierung.de](http://www.bundesregierung.de) (Stand 20.09.2014), S. 69.

Als Zwischenergebnis lässt sich damit festhalten, dass die erforderlichen Schritte in Richtung eines transparenteren Vergaberechts und effektiven Vergaberechtsschutzes zwar nicht unternommen wurden. Allerdings wird der Gesetzgeber zumindest seiner Beobachtungspflicht durch die Einführung einer digitalen Statistik und Sammlung von Informationen über öffentliche Aufträge gerecht. Es bleibt abzuwarten, ob die Auswertung dieser Informationen den Gesetzgeber in seiner Entscheidung bestätigt, die lange überfällige Reform des Vergaberechts in Angriff zu nehmen.

#### **IV. Mögliche Ausgestaltung des vergaberechtlichen Rechtsschutzes**

Im folgenden Abschnitt werden anhand der bereits diskutierten Vorüberlegungen konkrete Umsetzungsvorschläge für die Schaffung eines effektiven Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich unterbreitet. Dem wird die Frage vorangestellt, ob der Bundesgesetzgeber für ein entsprechendes Reformvorhaben überhaupt die Gesetzgebungskompetenz besitzt.

##### **1. Kompetenz des Bundesgesetzgebers**

Das Vorliegen einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes hängt davon ab, wie die unter Art. 70 ff. GG zu subsumierende, gesetzliche Regelung zu qualifizieren ist. Geboten ist eine auf den jeweiligen Gegenstand des Gesetzes abstellende materielle Betrachtungsweise des Regelungszusammenhangs unter Berücksichtigung der wesentlichen Inhalte, Wirkungen und des primären Gesetzeszwecks.<sup>733</sup> Das Bundesverfassungsgericht stellt hierbei regelmäßig auf den Schwerpunkt der Gesamtregelung ab, der für die kompetenzielle Zuordnung ausschlaggebend ist.<sup>734</sup>

An dieser Stelle muss hervorgehoben werden, dass es derzeit keinen konkreten Gesetzgebungsvorschlag der Legislative für die Einführung eines unterschweligen Vergaberechtsschutzes gibt, dessen Inhalt und Zielsetzungen eine Prüfung der ggf. einschlägigen Kompetenznormen zuließen.

<sup>733</sup> Seiler, in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 70 GG Rn. 24.

<sup>734</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.03.1998, BVerfGE 97, 332, 341; Beschl. v. 27.10.1998, BVerfGE 98, 265, 299; so auch Stettner, in Dreier, GG, Art. 70 GG Rn. 32.

Anhaltspunkte für eine mögliche Ausgestaltung der vorgeschlagenen Rechtsschutzreform liefert lediglich das Diskussionspapier des BMWi vom 15.06.2010 und auf dieser Grundlage das von den Verbänden favorisierte Modell 3a in Zusammenschau mit den im Rahmen dieser Arbeit vorgeschlagenen Modifikationen. Die folgende Untersuchung ist daher insbesondere prognostischer Natur und beschränkt sich auf die Frage, ob dem Bundesgesetzgeber im Falle der Umsetzung eines entsprechenden Rechtsschutzmodells eine Kompetenznorm zur Seite stünde.

Hierfür ist in erster Linie entscheidend, was der wesentliche Inhalt und Zweck des prüfungsgegenständlichen Modells 3a und wo der maßgebliche Schwerpunkt der Gesamtregelung zu verorten ist.

Das Modell 3a verfolgt überwiegend prozessuale, daneben aber auch materiellrechtliche Ansätze.<sup>735</sup> Zu ersteren gehören die Vorschläge, bei unterschwelligen Nachprüfungsverfahren (verkürzte) Präklusionsfristen oder eine zahlenmäßige Beschränkung der möglichen Anträge einzuführen, die Rechtssachen durch einen Einzelrichter entscheiden zu lassen, den Suspensiveffekt ggf. mit dem Erfordernis eines zusätzlichen Antrags zu verbinden, die Entscheidungsfristen zu verkürzen und besondere Regeln über die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und den Zugang zu einer zweiten (gerichtlichen) Instanz zu eröffnen.<sup>736</sup> Diese Aspekte betreffen die prozessuale Ausgestaltung des Nachprüfungsverfahrens, sodass eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das gerichtliche Verfahren gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG in Betracht käme.

Zu letzteren, materiell rechtlichen Regelungen sind die Vorschläge zu zählen, die Nachprüfung auf bestimmte, vergaberechtliche Grundsätze zu beschränken, eine Vorabinformationspflicht einzuführen und die Stillhaltefrist der Auftraggeber bei unterschwelligen Aufträgen auf sieben Tage zu verkürzen.<sup>737</sup> Für diese Aspekte könnte die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG in Erwägung gezogen werden.

In einem weiteren Schritt ist der inhaltliche Schwerpunkt der Regelung zu ermitteln, der nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts für die kompetenzrechtliche Zuordnung maßgeblich ist. Nach der hier vertretenen Auffassung liegt der Wesensgehalt des gegenständlichen Rechtsschutzmodells 3a in der Einführung und Gestaltung des prozessualen Ablaufs unterschwelliger Vergabenachprüfungsverfahren vor Vergabekammern und -senaten. Soweit daneben materiell-rechtliche Änderungsvorschläge unterbreitet werden, dienen diese Vorschriften ebenfalls der effektiven Durchsetzung subjektiver Bieterrechte im Prozess und nicht dem Ziel, die materiellen Regeln über das Vergabeverfahren neu zu gestalten.

<sup>735</sup> BMWi, Diskussionspapier „Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte“ vom 15.06.2010, S. 5 ff.

<sup>736</sup> BMWi, Diskussionspapier „Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte“ vom 15.06.2010, S. 6.

<sup>737</sup> BMWi, Diskussionspapier „Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte“ vom 15.06.2010, S. 6 f.

Die Festlegung einer Vorabinformationsfrist und Nichtigkeitsbewehrter Stillhaltefrist der Auftraggeber ist vielmehr notwendige Voraussetzung für die Gewährung eines wirksamen Primärrechtsschutzes.<sup>738</sup>

Mit Blick auf überwiegend prozessualen Inhalt des Regelungsmodells 3a ist Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG als Kompetenzgrundlage heranzuziehen. Nach dieser Vorschrift erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes insbesondere auf die Regelung der Gerichtsverfassung und des gerichtlichen Verfahrens. Das Recht des gerichtlichen Verfahrens ist die Gesamtheit der Rechtsnormen über die verfahrensmäßige Behandlung von Angelegenheiten durch die Gerichte.<sup>739</sup> Diese Begrifflichkeit wird grundsätzlich weit verstanden und umfasst auch das Verfahren vor Behörden, die in der Form von Gerichten organisiert sind, dem Herkommen und der Übung nach als Gerichte angesehen und als solche bezeichnet werden.<sup>740</sup> Die Regelung der Vergabenachprüfungsverfahren vor Vergabekammern und -senaten wird damit von der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes für gerichtliche Verfahren gem. Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 1 GG umfasst.

Demgegenüber vertritt insbesondere *Burgi* die Auffassung, dass zwischen den prozessualen und materiell-rechtlichen Vorschriften bei Modell 3a (und 3b) ein Schwerpunkt nicht auszumachen sei und daher ein Gleichgewicht zwischen den Kompetenztiteln Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 (gerichtliches Verfahren) und Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) bestehe. Begründet wird dies damit, dass das unterschwellige Vergaberecht mit Einführung subjektiver Bieterrechte und der Regelung eines spezifischen Primärrechtsschutzes erstmals aus dem lediglich binnenwirksamen Haushaltsrecht herausgelöst und in ein die wirtschaftlichen Beziehungen der Vergabeteilnehmer regelndes Außenrecht transformiert werde.

---

<sup>738</sup> Die materiell-rechtlichen Vorschriften sind daher derart eng mit den prozessualen Regelungen verzahnt, dass sie als Teil dieser Regelungen erscheinen. Siehe hierzu auch BVerfG, Urteil v. 27.10.1998, BVerfGE 98, 265, 299: „*Einzelne materiellrechtliche Normen rechtfertigen nicht die Einordnung unter den Kompetenztatbestand des Art. 72 Abs. 1 Nr. 11 GG, da die einzelnen Vorschriften eines Gesetzes nicht isoliert betrachtet werden dürfen. Ausschlaggebend ist vielmehr der Regelungszusammenhang. Eine Teilregelung, die bei isolierter Betrachtung einer Materie zuzurechnen wäre, für die der Bundesgesetzgeber nicht zuständig ist, kann gleichwohl in seine Kompetenz fallen, wenn sie mit dem kompetenzbegründenden Schwerpunkt der Gesamtregelung derart eng verzahnt ist, daß sie als Teil dieser Gesamtregelung erscheint*“.

<sup>739</sup> Maunz, in Maunz/Dürig, GG, Art. 74 GG Rn. 79 m. w. N.; ebenso Seiler, in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 74 GG Rn. 10; zum gerichtlichen Verfahren zählt auch das unmittelbare Vorfeld, BVerfG, Beschl. v. 15.12.1970, BVerfGE 30, 1, 29; zur Kompetenz des Bundesgesetzgebers das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten zu regeln, siehe BVerfG, Beschl. v. 07.05.1974, BVerfGE 37, 191, 198 und BVerfG, Beschl. v. 11.10.1966, BVerfGE 20, 238, 248.

<sup>740</sup> BVerfG, Beschl. v. 08.06.1960, BVerfGE 11, 192, zu hessischen Ortsgerichten. Unter das „gerichtliche Verfahren“ werden im Übrigen auch rein administrative Vorverfahren, wie das Widerspruchsverfahren vor Verwaltungsbehörden, subsumiert, siehe Oeter, in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 74 GG Rn. 27.

Dies führe dazu, dass die Gesamtregelung zu gleichen Teilen auf die beiden in Frage kommenden Kompetenztitel gestützt werden müsse und das Tätigwerden des Bundesgesetzgebers durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG unter der Subsidiaritätsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG stünde.<sup>741</sup> Nach Ansicht *Burgis* scheitere die bundeseinheitliche Einführung des unterschweligen Primärrechtsschutzes sodann an der fehlenden Erforderlichkeit der Regelung zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet.<sup>742</sup>

Dieser Ansicht ist zuzugeben, dass die kompetenzielle Zuordnung der möglichen Rechtsschutzreform derzeit nur vermutet werden kann und eine verlässliche Einschätzung, welche Vorschriften im Falle einer Gesetzesänderung betroffen wären, nicht möglich ist. Auch kann nicht beurteilt werden, ob bei dieser Gesetzesänderung ein prozessualer Schwerpunkt i. S. d. Art. 71 Abs. 1 Nr. 1 GG bestünde oder nicht vielmehr der wirtschaftslenkende Charakter der Änderungsvorschriften i. S. d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG<sup>743</sup> ausschlaggebend wäre. Letzteres wäre beispielsweise anzunehmen, wenn das GWB nicht nur um gewisse prozessuale Regeln für unterschwellige Vergaben ergänzt, sondern – wie im Folgenden vorgeschlagen wird – umfassend reformiert würde. Dies könnte auch die Abschaffung des Kaskadensystems und ggf. den Erlass eines Vergabegesetzes beinhalten. In diesem Fall könnte eine bundesrechtliche Normierung tatsächlich an der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG scheitern, da diese durch eine strikte Interpretation der materiellen Tatbestandsmerkmale und eng umgrenzten Prognosespielraum stets restriktiv gehandhabt wird.<sup>744</sup>

Dieser Gefahr kann nach der hier vertretenen Position wirksam nur im Wege einer Verfassungsänderung begegnet werden. Denkbar wäre die Erweiterung der konkurrierenden Gesetzgebungsgegenstände nach Art. 74 Abs. 1 GG um das Gebiet des „Öffentlichen Auftragswesens“. Auch in Österreich wurde nach den Vorarbeiten einer Bund-Länder-Arbeitsgruppe mit Art. 14b B-VG ein solcher „Sonderkompetenztatbestand“ geschaffen, auf dessen Grundlage anschließend das Bundesvergabegesetz erlassen wurde.<sup>745</sup>

<sup>741</sup> Burgi, NVwZ 2011, 1217 (1221).

<sup>742</sup> Burgi, NVwZ 2011, 1217 (1222 f.); so auch die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände, siehe die Stellungnahme vom 14.07.2010, abrufbar unter <http://www.dstgb-vis.de> (Stand 16.07.2014), S. 2.

<sup>743</sup> Siehe hierzu Seiler, in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 74 GG Rn. 32.

<sup>744</sup> Seiler, in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 72 GG Rn. 11; so auch Burgi, NVwZ 2011, 1217 (1221 ff.).

<sup>745</sup> Pachner, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2002, Österr. Grdl. Rn. 3 ff.



Zwar kann dem entgegengehalten werden, dass ein solches Vorhaben an dem Widerstand von Ländern und Kommunen scheitern werde, da z. B. die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände als einer der größten Vertreter öffentlicher Auftraggeber die Einführung eines unterschwelligen Primärrechtsschutzes bereits jetzt in jeglicher Form vehement ablehnt.<sup>746</sup> Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Neuregelung des Vergaberechts und insbesondere des Vergaberechtsschutzes kann jedoch auch durch die kommunalen Auftraggeber nicht länger geleugnet werden. Ihren Interessen müsste im Gesetzgebungsprozess insoweit entgegen gekommen werden, als mit der Einführung unterschwelligen Primärrechtsschutzes die Flexibilisierung der Vergabeverfahren, vor allem unterhalb bestimmter Wertgrenzen, und eine stärkere Entbürokratisierung der Abläufe fokussiert wird. Die frühe Einbindung aller beteiligten Kreise und Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen dürfte damit im Ergebnis zu einer Akzeptanz der Regelung beitragen.

## 2. Neuordnung des Vergaberechts

Vor dem Hintergrund der europa- und verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Effektivität des Rechtsschutzes und die demgegenüber nur unzureichende Ausgestaltung der deutschen Gesetzeslage ist eine Reform derselben dringend erforderlich. Dem Gesetzgeber stehen hierbei – wie auch das Diskussionspapier des BMWi verdeutlicht – große Ausgestaltungsspielräume zu, die von einer rein verwaltungsin-ternen Nachprüfung bis hin zu einer Ausweitung der überschwelligen Regelungen reichen. Nicht geklärt ist daher die Frage, auf welche Weise und in welcher Form der Gesetzgeber die möglichen Änderungen umsetzen würde.

In Betracht kommen insbesondere zwei Varianten: Zum einen könnte die Verankerung des Vergaberechts im 4. Teil des GWB beibehalten werden. Der Anwendungsbereich der Vorschriften könnte auf unterschwellige Auftragsvergaben erweitert und um bestimmte, den Rechtsschutz in diesem Bereich „verschlankende“ Regeln ergänzt werden (hierzu unter lit. a). Zum anderen könnte eine grundlegende Reform des Vergaberechts in Erwägung gezogen werden, die durch das Herauslösen des Vergaberechts aus dem GWB und Implementierung in ein neu zu schaffendes Vergabegesetz umgesetzt wird (hierzu unter lit. b).

### a) Möglichkeit 1: „Ergänzungsmodell“

Für eine Umsetzung des unterschwelligen Primärrechtsschutzes durch eine Ergänzung der bestehenden GWB-Vorschriften spricht, dass dieses Modell politisch wohl eher realisierbar wäre, als der Erlass eines Bundes-Vergabegesetzes.

---

<sup>746</sup> Siehe die Stellungnahme vom 14.07.2010, abrufbar unter <http://www.dstgb-vis.de> (Stand 16.07.2014), S. 1 ff, 6.

Wie bereits aus der Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände<sup>747</sup> deutlich wurde, stehen insbesondere die öffentlichen Auftraggeber einer Ausweitung des Vergaberechtsschutzes generell ablehnend gegenüber. Der beabsichtigte Paradigmenwechsel von der haushaltsrechtlichen hin zu einer wettbewerbsrechtlichen Verortung des unterschweligen Vergaberechts träge auf großen Widerstand; dieser würde wohl noch entschlossener geleistet, beschlösse der Gesetzgeber nicht nur die prozessualen Vorschriften durch eine Ergänzung des Vierten Teils des GWB zu reformieren, sondern auch die materiellen Regeln über den Ablauf der Vergabeverfahren durch den Erlass eines Vergabegesetzes insgesamt neu zu ordnen. Die Ergänzung des Vierten Teils des GWB könnte daher möglicherweise einen politisch durchsetzbaren Kompromiss zu der Maximalforderung eines Vergabegesetzes darstellen, auch weil sich der Umfang der erforderlichen Rechtsänderungen in einem vergleichsweise überschaubaren Rahmen hielte.

#### *aa) Materiell-rechtliche Änderungen*

##### *(1) Abschaffung der dreistufigen Kaskade*

Der erste Änderungsvorschlag in Richtung eines effektiven und transparenten Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte umfasst die Abschaffung des vergaberechtlichen Kaskadenmodells.

##### *(a) Hintergrund*

Der dreistufige Aufbau des deutschen Vergaberechts (sog. „Kaskade“) fußt auf der gesetzlichen Ermächtigung der Bundesregierung zum Erlass von Rechtsverordnungen, die nähere Bestimmungen über das Vergabewesen enthalten, § 97 Abs. 6 GWB. Diese Vorschrift ist in Zusammenhang mit § 127 GWB zu sehen, der in Form einer „doppelten Rechtsgrundlage“<sup>748</sup> die Verordnungsermächtigung der Regierung näher konkretisiert und einzelne Regelungsgegenstände auflistet. Auf Grundlage von §§ 97 Abs. 6 i. V. m. 127 GWB hat die Bundesregierung als zweite Stufe die „Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge“ (VgV) erlassen, welche die genannten Bereiche umsetzt und in den §§ 2 bis 6 VgV auf die anzuwendenden Verdingungsordnungen als dritte Stufe der Kaskade verweist.<sup>749</sup>

<sup>747</sup> Siehe die Stellungnahme vom 14.07.2010, abrufbar unter <http://www.dstgb-vis.de> (Stand 10.07.2014), S. 1 ff.

<sup>748</sup> Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 97 GWB Rn. 76.

<sup>749</sup> Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO, Rn. 84 ff.; Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. – Einführung Rn. 24 ff.

Nach der hier vertretenen Auffassung sollte im Zuge einer möglichen Reform des Vergaberechts durch Ergänzung der GWB-Vorschriften das dreistufige Kaskadensystem zugunsten einer zweistufigen Lösung aufgegeben werden. Wie im Rahmen der Bewertung des oberschwelligen Rechtsschutzsystems bereits ausführlich dargestellt wurde, bestehen erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit der Subdelegation der Gesetzgebungsbefugnisse durch die Bundesregierung an private Gremien mit den Anforderungen der Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG. Der Gesetzgeber überträgt durch die Verweisungskette die Verantwortung und Federführung für den Normgebungsprozess auf private Verbände, die auf diese Weise maßgeblichen Einfluss auf den Umfang und die Nachprüfbarkeit subjektiver Bieterrechte nehmen.<sup>750</sup> Des Weiteren ist das Regelungskonstrukt der Kaskade auch im Hinblick auf Transparenz und Klarheit der Rechtsordnung als Ausprägungen des Demokratieprinzips<sup>751</sup> kritisch zu hinterfragen.

Eine zweistufige Ausgestaltung des Vergaberechts, in welcher die derzeit maßgeblich durch Interessenverbände gestalteten Vergabe- und Vertragsordnungen in Form einer oder mehrerer Rechtsverordnungen durch die Bundesregierung erlassen werden, könnte einen Lösungsansatz darstellen, der sowohl den Anforderungen des Demokratiegebots, als auch den Interessen der Vergabebeteiligten Rechnung trüge. Zum einen würde auf diese Weise eine gegenüber formell-gesetzlicher Steuerung flexiblere Ausgestaltung der einzuhaltenden Verfahrensvorschriften ermöglicht. Zum anderen könnten rechtsschutzsuchende Bieter den Umfang und die Reichweite ihrer Rechte einfacher erkennen, wäre das Vergaberecht einheitlich auf zwei anstatt drei Regelungsstufen normiert. Bereits jetzt existieren „Durchbrechungen des Kaskadensystems“<sup>752</sup>, da für Auftraggeber in den Bereichen des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung alle Regelungen bereits in der SektVO zusammengefasst sind.

<sup>750</sup> Gem. Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG ist eine Subdelegation bei Einhaltung der kumulativen Voraussetzungen zwar grundsätzlich möglich, auf nichtstaatliche, private Stellen jedoch unzulässig, siehe Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 80 GG Rn. 34; auch das Bundeskartellamt sieht die Rolle der Vergabe- und Vertragsausschüsse bei der Fortentwicklung des Vergaberechts durchaus kritisch und formuliert vorsichtig: „Ihre sachverständige Einbindung erscheint nach wie vor bedeutsam für die Fortentwicklung des Vergaberechts, wirft aber auch grundlegende Fragen ordnungspolitischer und wettbewerbsrechtlicher Natur auf“, siehe den Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes in den Jahren 2009/2010, BT-Drs. 17/6640, S. 133.

<sup>751</sup> So auch Dreher, in Immenga/Mestmäcker, GWB, Vorbemerkung Vor §§ 97 ff. Rn. 39; zum europäischen Verfassungsprinzip der Transparenz ferner ausführlich Calliess/Ruffert, EUV/AEU, Art. 1 EUV Rn. 75 ff. und Nettesheim, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEU, Art. 1 EUV Rn. 35 ff.; zum deutschen Verfassungsprinzip vgl. ausführlich Bröhmer, Transparenz als Verfassungsprinzip, S. 33 ff.; speziell zum Vergaberecht siehe auch Höfler, NZBau 2010, 73 (74).

<sup>752</sup> Schneider, in Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teile A und B, Einleitung Rn. 21.

Selbiges gilt für Auftragsvergaben im Bereich der Verteidigung und Sicherheit; auch hier gibt es neben der VSVgV<sup>753</sup> keine dritte Stufe der Kaskade mehr.

Die Anhebung der Vergabe- und Vertragsordnungen auf Verordnungsniveau würde somit eine konsequente Weiterentwicklung der bereits begonnenen Reformschritte darstellen. Auf diese Weise könnten die Regeln für Vergaben über Bauleistungen, Lieferungen und freiberufliche Leistungen einheitlich neben die Vorschriften über Sektoren- und verteidigungsrelevante Aufträge gestellt werden. Die komplexe, zum Teil drei-, zum Teil zweistufige Systematik des Vergaberechts würde auf diese Weise erheblich vereinfacht. Vor allem nicht regelmäßig an Vergabeprozessen beteiligte KMU und ausländische Bieter würden hierdurch schneller in die Lage versetzt, von ihren „*Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen*“<sup>754</sup>.

Die vorgeschlagene Abschaffung des dreistufigen Kaskadenprinzips hätte allerdings weitreichende Folgen für den Normgebungsprozess und die hieran beteiligten Institutionen. Die bislang mit der Erarbeitung und Verabschiedung der Verdingungsordnungen betrauten Gremien, bestehend aus dem Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), dem Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Lieferungen und Dienstleistungen (DVVAL) und dem Hauptausschuss zur Erarbeitung der VOF, würden mit dem Wegfall der Fortschreibung der Vergabevorschriften eine ihrer wichtigsten und ureigenen Aufgaben verlieren. Wie auch bei der SektVO und der VSVgV würde sich die aktive Teilhabe der Wirtschaftsverbände damit künftig auf Anhörungen im Rahmen von Gesetzgebungsvorhaben reduzieren.<sup>755</sup>

Um dennoch eine Akzeptanz dieser Neuregelung zu erreichen, könnte eine besondere Beteiligung der derzeit im Rahmen der Vergabe- und Vertragsausschüsse organisierten Vertreter der öffentlichen Auftraggeber und der Wirtschaftsverbände am Legislativprozess normiert werden. Analog zum Umweltrecht, in dem entsprechende Vorschriften z. B. im Immissionsschutzrecht schon seit langem existieren, wäre auch bei der vergaberechtlichen Gesetzgebung eine Anhörungspflicht der beteiligten Kreise vor Erlass der jeweiligen Rechtsverordnung denkbar und wünschenswert. Diese könnten ihre Einschätzungen und Änderungsvorschläge zu der in Rede stehenden Vorschrift damit noch früh im Verfahren durch entsprechende Stellungnahmen einbringen.

---

<sup>753</sup> 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 12.07.2012 (BGBl. I S. 1509).

<sup>754</sup> EuGH, Urteil v. 19.09.1996, Slg. 1996 I-04459 Rn. 13.

<sup>755</sup> Rechten/Junker, NZBau 2009, 490 (493).

*(b) Regelungsvorschlag*

Im Zuge der Reform sollte zunächst die sog. „doppelte Rechtsgrundlage“ bestehend aus den §§ 97 Abs. 6 i. V. m. 127 GWB als einheitliche Rechtsgrundlage zusammengefasst werden. Der Wortlaut dieser neugefassten Vorschrift könnte wie folgt lauten:

**§ 127 Ermächtigungen**

<sup>1</sup>Die Bundesregierung wird ermächtigt, nach Anhörung der beteiligten Kreise (§ 127b) durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates nähere Bestimmungen über das bei der Vergabe einzuhaltende Verfahren zu treffen. <sup>2</sup>Die Bundesregierung kann durch Rechtsverordnung Regelungen erlassen

1. über das bei der Vergabe von Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen einzuhaltende Verfahren, insbesondere über die Auswahl und die Prüfung der Unternehmen und der Angebote, über den Abschluss des Vertrags und sonstige Regelungen des Vergabeverfahrens [...]

Durch das Einfügen des neuen § 127b GWB könnten (ähnlich zu § 51 BlmSchG) im Anschluss die anzuhörenden Kreise festgelegt werden. Diese könnten in Anlehnung an die derzeitige Besetzung der Vergabe- und Vertragsausschüsse<sup>756</sup> bestimmt werden wie folgt:

**„§ 127b Anhörung beteiligter Kreise**

Zu den nach § 127 anzuhörenden beteiligten Kreisen gehören

1. auf Auftraggeberseite Institutionen, die als oberste Bundes- oder Landesbehörden, bzw. in sonstiger diesen vergleichbarer Organisationsform oder als bundesweit tätige Spitzenverbände unmittelbar an der Vergabe von öffentlichen Bauleistungen, Liefer- und Dienstleistungen sowie freiberuflichen Leistungen beteiligt sind (Bundes-, Landesministerien und kommunale Spitzenverbände);
2. auf Auftragnehmerseite bundesweit tätige Institutionen, die als Spitzenorganisation die Interessen der Auftragnehmer im Bereich des öffentlichen Auftragswesens vertreten.

Die derzeit gültige VgV, die ihrerseits lediglich auf die Verdingungsordnungen verweist, sollte im Anschluss an diese Regelungen von der Bundesregierung neu erlassen werden und über die bestehenden Vorschriften hinaus konkrete materielle Vorgaben für den Ablauf der Vergabeverfahren bei öffentlichen Bau-, Liefer-, und Dienstleistungsaufträgen beinhalten.<sup>757</sup>

<sup>756</sup> DVA, Satzung vom 03.11.2004, abrufbar unter <http://www.bmub.bund.de> (Stand 19.07.2014) § 3; DVAL, Arbeits- und Organisationsschema vom 16.09.2009, abrufbar unter [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de) (Stand 19.07.2014), Ziff. 1.

<sup>757</sup> Auch *Rechten* und *Junker* stellen Überlegungen dahingehend an, die Dreistufigkeit des Kaskadensystems zugunsten einer zweistufigen Lösung aufzugeben, siehe *Rechten/Junker*, NZBau 2009, 490 (493); ebenso *Dreher*, NZBau 2002, 419 (428) zu einer einheitlichen Vergabeverordnung und *Hailbronner*, in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV/AEUUV, B 1 Einleitung Rn. 19.

Denkbar wäre beispielsweise eine Anlehnung an die Vergabe- und Vertragsordnungen in der Weise, dass insgesamt drei neue Vergabeverordnungen, die jeweils für Bauleistungen, Leistungen und freiberufliche Leistungen gelten, erlassen würden. Sinnvoller und vor allem transparenter wäre jedoch der Erlass einer einheitlichen und für alle der genannten Auftragsarten geltenden Vergabeverordnung, die neben allgemein gültigen Verfahrensvorschriften Sonderregeln für die jeweilige Auftragsart festlegt.

## *(2) Erweiterung des Anwendungsbereichs des GWB*

Das Kernstück der Neuschaffung unterschwelligen Primärrechtsschutzes wäre die Ausweitung des bislang in § 100 Abs. 1 GWB auf überschwellige Auftragsvergaben begrenzten Anwendungsbereichs des 4. Teils des GWB auf unterschwellige Aufträge. Hierdurch würde materiell-rechtlich sichergestellt, dass die Rechtsschutzvorschriften des 2. Abschnitts auf die Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte Anwendung finden.

### *(a) Hintergrund*

Der Ausschuss Vergaberecht des Deutschen Anwaltvereins<sup>758</sup> und der Bundesverband der Deutschen Industrie<sup>759</sup> schlagen hinsichtlich einer Erweiterung des Anwendungsbereichs folgende Ergänzung des § 100 Abs. 1 GWB vor:

#### **§ 100 Anwendungsbereich**

*[...] <sup>3</sup>Die §§ 101a und 101b sowie der 2. Abschnitt des 4. Teils gelten darüber hinaus für Aufträge, welche von öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 98 Nr. 1 bis Nr. 3, soweit diese aufgrund eines Gesetzes, einer Rechtsverordnung oder aufgrund von Verwaltungsvorschriften bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Vergabevorschriften anzuwenden haben, unterhalb der Schwellenwerte vergeben werden.*

Zu beachten ist bei diesem Formulierungsvorschlag jedoch, dass die in § 97 GWB normierten allgemeinen Grundsätze für Vergabeverfahren weiterhin vom Anwendungsbereich des unterschwelligen Vergaberechts ausgenommen wären.

<sup>758</sup> DAV, Stellungnahme vom 12.04.2010, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de) (Stand 14.07.2014), S. 4.

<sup>759</sup> BDI, Stellungnahme vom 28.06.2010, abrufbar unter [www.bdi.eu](http://www.bdi.eu) (Stand 14.07.2014), S. 4.

§ 97 Abs. 7 GWB enthält mit der Anerkennung des Rechtsanspruchs des Bieters auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren aber eine für die Gewährung effektiven Vergaberechtsschutzes essentielle Vorschrift<sup>760</sup> und bringt die Umkehr des deutschen Gesetzgebers von der rein haushaltsrechtlichen Sichtweise zur Hinwendung zu einem bieterschützenden, außenwirksamen und wettbewerblich geprägten Vergaberecht zum Ausdruck.<sup>761</sup>

Eine vergleichbare Kehrtwende nähme der Gesetzgeber auch mit der Einführung primären Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich vor. Auch hier würden durch die Transformation des bislang im (verwaltungsinternen) Haushaltsrecht verankerten unterschweligen Vergaberechts in das (außenwirksame) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen erstmals subjektive und einklagbare Rechte für die Bieter geschaffen.

§ 97 GWB sollte daher in § 100 Abs. 1 GWB ausdrücklich für anwendbar erklärt werden: zum einen, um das Bekenntnis des Gesetzgebers zu der Subjektivierung der Verfahrensregeln zu verdeutlichen; zum anderen, weil § 107 Abs. 2 S. 1 GWB für die Antragsbefugnis eines Bieters „eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Absatz 7 durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften“ voraussetzt.

#### *(b) Regelungsvorschlag*

Der Formulierungsvorschlag des DAV und des BDI sollte daher um eine Verweisung auf § 97 GWB ergänzt werden:

#### **§ 100 Anwendungsbereich**

*[...] <sup>3</sup>Die §§ 97, 101a, 101b sowie der 2. Abschnitt des 4. Teils gelten darüber hinaus für Aufträge, welche von öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 98 Nr. 1 bis Nr. 3 unterhalb der Schwellenwerte vergeben werden [...]*

#### *(3) Einführung einer Bagatellgrenze und flexiblen Verfahrensarten*

Im Zusammenhang mit der Einführung unterschweligen Primärrechtsschutzes wird auch stets die Einführung einer Bagatellgrenze, unterhalb der die Nachprüfung öffentlicher Aufträge ausgeschlossen sein soll, erörtert.<sup>762</sup>

<sup>760</sup> siehe exemplarisch Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 97 GWB Rn. 77; Dörr bezeichnet § 97 Abs. 7 GWB sogar als das „materiell-rechtliche Herzstück“ der Vergaberechtsreform 1998, siehe Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 97 Abs. 7 GWB Rn. 1.

<sup>761</sup> Dörr, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 97 Abs. 7 GWB Rn. 1; ebenso Fehling, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 200.

<sup>762</sup> So schon Dreher, NZBau 2002, 419 (429).

*(a) Hintergrund*

Der DAV hält in seinem Vorschlag einer gesetzlichen Regelung zum Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte beispielsweise eine einheitliche Bagatellschwelle i. H. v. netto 10.000 Euro für alle Auftragsarten für sinnvoll, da dieser Betrag der Grenze entspreche, nach der gem. § 3 Abs. 5 S. 2 VOB/A eine freihändige Vergabe zulässig sei.<sup>763</sup> Auch andere Stimmen aus Wissenschaft und Praxis befürworten die Festlegung einer Bagatellgrenze, wobei allerdings durchweg unterschiedliche Beträge für deren wertmäßige Begrenzung genannt werden.<sup>764</sup>

Der österreichische Gesetzgeber hat dagegen einen anderen Weg der quantitativen Begrenzung unterschwelliger Nachprüfungsverfahren gewählt und den Auftraggebern flexiblere Möglichkeiten hinsichtlich der Wahl bestimmter Verfahrensarten eingeräumt. Im Gegensatz zu Deutschland, wo öffentlichen Auftraggebern unterhalb der europäischen Schwellenwerte nur die Wahl zwischen der öffentlichen Ausschreibung, der beschränkten Ausschreibung mit und ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb und der freihändigen Vergabe offen steht, gibt es in Österreich noch weitere Verfahrensarten. Öffentliche Bauaufträge können derzeit z. B. bis zu einem Wert von 1.000.000 Euro im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung (§ 38 Abs. 1 BVergG 2006) sowie bis zu einem Wert von 100.000 Euro im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung (§ 38 Abs. 2 Nr. 1 BVergG 2006) ausgeschrieben werden. Die meisten Aufträge bis zu einem Wert von 100.000 Euro können darüber hinaus direkt vergeben werden (§ 41 Abs. 2 Nr. 1 BVergG 2006), was Rechtsschutz innerhalb dieser Wertgrenze auch ohne eine fest bezifferte Bagatellschwelle faktisch ausschließt.<sup>765</sup>

Positiv an der österreichischen Regelung zu bewerten ist zunächst, dass öffentlichen Auftraggebern die Vergabe wertmäßig geringfügiger Aufträge durch die Eröffnung entsprechend verschlankter Verfahrensarten erleichtert wird.

<sup>763</sup> DAV, Stellungnahme vom 12.04.2010, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de) (Stand 14.07.2014), S. 5.

<sup>764</sup> Der BVMB schlägt z. B. eine Bagatellschwelle i. H. v. 100.000 Euro vor, siehe die Stellungnahme des BVMB vom 01.09.2010, abrufbar unter [www.bvmb.de](http://www.bvmb.de) (Stand 14.08.2014); der DIHK konnte sich dagegen auf keine konkrete Höhe einigen, favorisiert aber eine niedrige Bagatellgrenze, um den Großteil der Vergaben nicht vom Rechtsschutz auszunehmen, siehe die Stellungnahme vom 03.09.2010, abrufbar unter [www.abst-sh.de](http://www.abst-sh.de) (Stand 14.08.2014), S. 4; Transparency Deutschland e.V. spricht sich grundsätzlich gegen die Einführung von Bagatellgrenzen aus, hält eine Einführung solcher i. H. v. 15.000-20.000 Euro bei Bauaufträgen und 10.000-15.000 Euro bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen jedoch für vertretbar, siehe die Stellungnahme vom 03.09.2010, abrufbar unter [www.transparency.de](http://www.transparency.de) (Stand 14.08.2014) S. 1; Dreher schlägt im Rahmen des 1. Deutschen Baugerichtstags Bagatellgrenzen i. H. v. 5 % des jeweils einschlägigen EU-Schwellenwertes vor, siehe das Thesenpapier „Empfehlen sich gesetzliche Regelungen zum Rechtsschutz bei der Vergabe von Bauleistungen unterhalb der Schwellenwerte?“ abrufbar unter [www.ibr-online.de](http://www.ibr-online.de) (Stand 15.08.2014).

<sup>765</sup> Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht, S. 133; noch zu der damaligen Wertgrenze i. H. v. 40.000 Euro, André, ZfBR 2011, 330 (335); Pachner, ZVB 2002, (92).



Die Durchführung förmlicher Vergabeverfahren steht in diesen Konstellationen oftmals in keiner ökonomischen Relation zum Wert der beanspruchten Leistung, wodurch aufwendige Verfahren zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes ineffizient sind.<sup>766</sup> Vor allem das Verhandlungsverfahren mit und ohne vorherige Bekanntmachung sowie die Direktvergabe ermöglichen den Auftraggebern große Flexibilität bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und tragen zu einer schnellen, kostengünstigen und unbürokratischen Erfüllung hoheitlicher Aufgaben bei. Auch der europäische Gesetzgeber fördert bei Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte künftig vermehrt die Auswahl von Verhandlungsmöglichkeiten, wie die Vorgaben der Richtlinie 2014/24/EU vom 26.02.2014 zeigen.<sup>767</sup> In den Erwägungsgründen wird die Wichtigkeit des flexiblen Einsatzes von Verhandlungen für öffentliche Auftraggeber betont und darauf hingewiesen, dass eine stärkere Anwendung von Verhandlungsverfahren mit vorheriger Veröffentlichung auch zu einer Förderung des grenzüberschreitenden Handels beitragen werde.<sup>768</sup>

An der österreichischen Regelung kritisch zu hinterfragen ist jedoch, dass Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung und Direktvergaben generell bis zu einem Wert in Höhe von 100.000 Euro angewendet werden, Vergabefehler hierbei jedoch nur in Ausnahmefällen nachgeprüft werden können. Gerade auf der kommunalen Ebene wird der Großteil der Aufträge wohl unterhalb dieser Betragsgrenze vergeben, so dass die vergaberechtlichen Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz aufgrund der mangelnden Formstrenge sowie der beschränkten Teilnehmeranzahl nur unzureichend gewährleistet sind.<sup>769</sup> Nicht zuletzt kann auch Preisabsprachen der Bieter und einer unwirtschaftliche Verwendung der öffentlichen Mittel am wirksamsten durch eine größtmögliche Transparenz der Verfahrensabläufe begegnet werden, weshalb das offene Verfahren prinzipiell Vorrang vor den übrigen Verfahrensarten genießt.<sup>770</sup>

<sup>766</sup> so auch Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht, S. 133.

<sup>767</sup> Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (Abl. L 94/65).

<sup>768</sup> Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (Abl. L 94/65), Erwägungsgrund 42.

<sup>769</sup> Zur Hierarchie der Vergabeverfahren und dieser Problematik Jasper/Soudry, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 3 VOB/A Rn. 33 ff., 36.

<sup>770</sup> So auch Jasper/Soudry, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 3 VOB/A Rn. 33 ff., 36; auch das BMWi kommt im Rahmen eines Berichts über die Auswirkungen der Vergabeerleichterungen durch das Konjunkturpaket II zu dem Ergebnis, dass die öffentliche Ausschreibung die wirtschaftlichste Art der Vergabe ist, Evaluation der Vergabeerleichterungen im Rahmen des Konjunkturpaketes II, abrufbar unter [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de) (Stand 14.08.2014), Ziff. 4 Fazit.

Auch der europäische Gesetzgeber stellt für überschwellige Vergabeverfahren in Erwägungsgrund Nr. 50 RL 2014/24/EU klar, dass Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung angesichts der negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb nur in Ausnahmefällen zur Anwendung gelangen sollten.<sup>771</sup>

Die vom österreichischen Gesetzgeber festgelegte Wertgrenze i. H. v. 100.000 Euro für Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung und Direktvergaben erscheint daher zu hoch, um die genannten Vergabegrundsätze in ausreichendem Maße gewährleisten zu können. Dies gilt umso mehr, als effektiver Rechtsschutz für die übergangenen Bieter mangels Bekanntmachung der Auftragsvergaben und beabsichtigten Zuschlagsentscheidungen nur schwer bis gar nicht zu erreichen ist.<sup>772</sup>

#### *(b) Regelungsvorschlag*

In Zusammenschau dieser Befunde erscheint im deutschen Vergaberecht eine Kombination aus flexibleren Verfahrensarten für unterschwellige Aufträge und einer Bagatellgrenze für primäre Rechtsschutzgesuche sinnvoll. Beibehalten und geringfügig ausgeweitet werden könnte zunächst die Verfahrensart der Freihändigen Vergabe. Für die Vergabe von Bauleistungen nach § 1 VOB/A hat sich die Wertgrenze i. H. v. 10.000 Euro gem. § 3 Abs. 5 S. 2 VOB/A auf Bundesebene bewährt, wohingegen die in § 3 Abs. 6 VOL/A genannte Wertgrenze i. H. v. 500 Euro für Leistungen weit unterhalb des europäischen Vergleichs – die meisten EU-Mitgliedstaaten siedeln die Grenze zwischen 5.000 und 15.000 Euro an<sup>773</sup> – liegt. Um den Bürokratieabbau zu fördern und das materielle Vergaberecht insgesamt zu vereinfachen, sollte auch die Grenze für die freihändige Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen erhöht<sup>774</sup> und z. B. wie bei Bauaufträgen auf 10.000 Euro festgelegt werden.

Neben der Einführung einer Bagatellgrenze könnte auch unterhalb der Schwellenwerte ein Verhandlungsverfahren mit und ohne vorherige Bekanntmachung eröffnet werden, um öffentliche Aufträge im Interesse aller Beteiligten künftig schneller und unbürokratischer vergeben zu können.

---

<sup>771</sup> Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (Abl. L 94/65), Erwägungsgrund 50.

<sup>772</sup> Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht, S. 133.

<sup>773</sup> OECD, Public Procurement in EU Member States – The Regulation of Contract Below the EU Thresholds and in Areas not Covered by the Detailed Rules of the EU Directives, SIGMA Papers No 45 vom 27.05.2010, abrufbar unter [www.oecd-ilibrary.org](http://www.oecd-ilibrary.org) (Stand 15.08.2014), S. 8.

<sup>774</sup> für eine Anhebung dieser Wertgrenzen auch Wegweiser, Abschlussbericht über die Evaluierung der Vereinfachungsmaßnahmen bei der Vergabe von Aufträgen über Liefer- und Dienstleistungen nach dem Konjunkturpaket II (Projekt 62/09), abrufbar unter [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de) (Stand 14.08.2014), S. 143.

Hierdurch würde insbesondere der Forderung der Auftraggeber nach einem „entschlackten“ Vergaberecht und der Förderung schneller Investitionen entsprochen,<sup>775</sup> um im Gegenzug Akzeptanz für die Einführung eines unterschweligen Individualrechtsschutzes einzufordern. Eine wertmäßige Begrenzung ist jedoch auch für die Wahl dieser Verfahrensarten essentiell, um den Grundsätzen des fairen und transparenten Wettbewerbs sowie der sparsamen Mittelverwendung Rechnung zu tragen. Zu denken wäre hier beispielsweise an eine Angleichung der Verhandlungsverfahren mit und ohne vorherige Bekanntmachung an die Voraussetzungen für die Durchführung einer beschränkten Ausschreibung mit und ohne Teilnahmewettbewerb, um die materiellen Verfahrensvorschriften über die Voraussetzungen der jeweiligen Verfahrensart nicht noch weiter zu überfrachten.

Der Betrag i. H. v. 10.000 Euro böte sich darüber hinaus für die Begrenzung des unterschweligen Primärrechtsschutzes gegen Vergabeverstöße an. Zwar hätte die Festlegung einer solchen Bagatellgrenze eher deklaratorischen Charakter, da der Rechtsschutz unterhalb dieser Schwelle (wie auch in Österreich) mangels Kenntniserlangung der Bieter faktisch ausgeschlossen wäre. Eine einfachgesetzliche Normierung würde die gesetzgeberischen Erwägungen jedoch nochmals deutlich zum Ausdruck bringen und zu einer größeren Akzeptanz der Neuregelung durch die Auftraggeber beitragen.

§ 102 GWB könnte daher um einen Satz 2 wie folgt ergänzt werden:

### **§ 102 Grundsatz**

*<sup>1</sup>Unbeschadet der Prüfungsmöglichkeiten von Aufsichtsbehörden unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge der Nachprüfung durch die Vergabekammern. <sup>2</sup>Dies gilt nicht für öffentliche Aufträge, die einen Auftragswert in Höhe von 10 000 EUR ohne Umsatzsteuer nicht erreichen.*

#### *(4) Vorabinformationspflicht mit verkürzter Wartefrist*

##### *(a) Hintergrund*

Für die Gewährung effektiven Primärrechtsschutzes essentiell ist die Information der nicht für den Zuschlag vorgesehenen Bieter über die Gründe der Entscheidung sowie des Zeitpunktes des beabsichtigten anderweitigen Vertragsschlusses, da Verstöße gegen Vergabevorschriften nur bis zur Zuschlagserteilung nachgeprüft und ggf. rückgängig gemacht werden können.

---

<sup>775</sup> Kommunalreport, DStGB-Position zur Zukunft des Vergaberechts vom 16.11.2010, abrufbar unter <http://www.dstgb.de> (Stand 12.04.2014).

Im Geltungsbereich der europäischen Vergabe-Richtlinien sind öffentliche Auftraggeber im Anschluss hieran verpflichtet, 15 bzw. 10 Kalendertage mit dem Zuschlag zu warten, um den nicht berücksichtigten Bietern die Möglichkeit der gerichtlichen Durchsetzung ihrer Rechte zu eröffnen, § 101a Abs. 1 GWB.

Analog zur überschwelligen Rechtslage ist die Einführung einer sog. Vorabinformationspflicht des Auftraggebers auch im Unterschwellenbereich zwingende Voraussetzung für die Gewährung effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes.<sup>776</sup> Hiermit verbunden werden sollte die bereits genannte Stillhaltefrist der vergebenden Stelle, im Rahmen welcher der Zuschlag bei anderweitiger Nichtigkeit der Entscheidung nicht erteilt werden darf. Die § 101a und § 101b GWB sind daher auch bei unterschwelligen Auftragsvergaben für anwendbar zu erklären, wie der Regelungsvorschlag zu § 100 GWB<sup>777</sup> bereits vorsah.

Um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die meisten der in Rede stehenden Aufträge wertmäßig weit unterhalb der europäischen Schwellenwerte angesiedelt sind, sollten die Fristen bei Vergaben im Unterschwellenbereich allerdings verkürzt werden, um den Interessen aller Beteiligten an einer schnellen und unbürokratischen Auftragsvergabe in diesem Bereich entgegenzukommen. In der österreichischen Vergabepaxis hat sich beispielsweise eine Stillhaltefrist von einheitlich sieben Tagen bei unterschwelligen Aufträgen bewährt (§ 132 Abs. 1 BVergG). In Deutschland könnte diese Frist als Vorbild für eine entsprechende Regelung dienen, wobei der längeren Zustelldauer auf dem Postweg jedoch Rechnung getragen werden sollte.

#### *(b) Regelungsvorschlag*

§ 101a Abs. 1 GWB könnte daher um folgende Regelungen betreffend unterschwellige Nachprüfungsverfahren ergänzt werden:

#### **§ 101a Informations- und Wartepflicht**

*(1) [...] <sup>3</sup>Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information nach den Sätzen 1 und 2 geschlossen werden. <sup>4</sup>Bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Wartefrist auf zehn Kalendertage. <sup>5</sup>Wird die Information per Fax oder auf elektronischem Weg versendet, verkürzt sich die Frist auf zehn, bei unterschwelligen Vergabeverfahren auf sieben Kalendertage. <sup>6</sup>Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber; auf den Tag des Zugangs beim betroffenen Bieter und Bewerber kommt es nicht an.*

<sup>776</sup> So auch Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 260 f.; Pache, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 196; Freitag, NZBau 2002, 204 (205); Ulmer/Pencereci, KommJur 2008, 81 (85).

<sup>777</sup> Siehe hierzu bereits unter Ziff. IV. 2. lit. a. sublit. aa.

*bb) Prozessuale Änderungen*

Neben den eben dargestellten materiell-rechtlichen Änderungen kommen des Weiteren auch prozessuale Änderungen der GWB-Vorschriften in Betracht.

*(1) Verkürzung der Präklusionsfristen**(a) Hintergrund*

§ 107 Abs. 3 GWB hält für überschwellige Auftragsvergaben ein rechtliches Konstrukt bereit, welches durch die Festlegung eines Rügeerfordernisses primär die Einleitung von Nachprüfungsverfahren verhindern und, soweit einer Rüge nicht abgeholfen wird, durch kurze Präklusionsfristen den raschen Abschluss dieser Verfahren fördern soll. Bieter müssen im Interesse der öffentlichen Hand an einer effektiven Erfüllung öffentlicher Aufgaben Vergabeverstöße unverzüglich nach Kenntnisnahme rügen, § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB. Verstöße, die aufgrund der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen erkennbar sind, sind spätestens bis zum Ablauf der Angebots- bzw. Bewerbungsfrist gegenüber dem Auftraggeber zu rügen, § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 3 GWB. Insgesamt dürfen für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags jedoch nicht mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sein, § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB.

Die Geltung dieser Regelungen bietet sich auch im Unterschwellenbereich an, um der Vergabestelle die Möglichkeit zu eröffnen, Vergabefehler noch während des Verfahrens zu beseitigen und die mit zeitlichen Verzögerungen und finanziellem Aufwand verbundene Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zu verhindern. Um dem Beschleunigungsgebot und dem Interesse aller Parteien an einem raschen Abschluss der Verfahren Rechnung zu tragen, könnten die derzeit geltenden Präklusionsfristen bei unterschwelligen Vergaben von 15 auf 10 Kalendertage verkürzt werden.

*(b) Regelungsvorschlag*

§ 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB könnte somit wie folgt ergänzt werden:

### **§ 107 Einleitung, Antrag**

(3) <sup>1</sup>Der Antrag ist unzulässig, soweit [...]

4. mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind. Bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich verkürzt sich diese Frist auf zehn Kalendertage.

(2) *Zuständigkeit der Vergabekammern und -senate*

(a) *Hintergrund*

Im Rahmen der Bewertung des oberschwelligen Rechtsschutzsystems wurde bereits festgestellt, dass sich die Verfahren vor den Vergabekammern und Oberlandesgerichten ungeachtet gewisser systematischer Unstimmigkeiten in der Praxis bewährt haben. Wie die Statistiken zeigen, sind die Nachprüfungsbehörden in der Lage, eine große Anzahl an Vergabestreitigkeiten schnell, effektiv und unparteiisch zu lösen,<sup>778</sup> was zu einer großen Akzeptanz der Verfahren in der vergaberechtlichen Praxis führte.

Im Unterschwellenbereich sollte daher ebenfalls die ausschließliche Zuständigkeit der Vergabekammern für die Nachprüfung vergaberechtlicher Streitigkeiten begründet werden, um eine gleichförmige Rechtsprechung in Vergabesachen herstellen und die bestehende Rechtszersplitterung abbauen zu können. Durch eine einheitliche Zuständigkeit könnten die bei den Vergabekammern bereits vorhandenen Kompetenzen und große Sachkunde überdies sinnvoll genutzt werden. Gleiches gilt für die Zuständigkeit der Vergabesenate bei den Oberlandesgerichten als Rechtsmittelinstanz, um auch dort die vorhandenen, vergabespezifischen Kapazitäten fruchtbar zu machen.

Gegen die Eröffnung einer zweiten Instanz kann nicht angeführt werden, dass die Durchführung eines Rechtsmittelverfahrens vor dem Hintergrund weiterer Verfahrensverzögerungen unverhältnismäßig erscheine. Hervorzuheben ist an dieser Stelle nochmals, dass die Rechtswegeröffnung zu den Oberlandesgerichten notwendig ist, um den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen effektiven Individualrechtsschutz zu entsprechen.<sup>779</sup>

<sup>778</sup> So z. B. die statistischen Meldungen über Vergabenachprüfungsverfahren gem. § 129a GWB des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie für das Berichtsjahr 2013, abrufbar unter [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de) (Stand 26.06.2014).

<sup>779</sup> Enders, in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 74 m. w. N.; Schmidt-Aßmann, in Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 173 ff.

Die Vergabekammern stellen – formal betrachtet – lediglich Verwaltungsbehörden dar,<sup>780</sup> deren Entscheidungen nach Durchführung eines (ebenfalls in formaler Hinsicht) behördlichen Verfahrens den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG an einen wirksamen *gerichtlichen* Schutz nicht genügen.<sup>781</sup>

Um den unterschweligen Rechtsschutz gleichwohl zu „verschlanken“ und den Verfahrensablauf zu beschleunigen, könnte in Betracht gezogen werden, die Entscheidungsfindung durch ein Einzelmitglied anstelle der dreiköpfigen Vergabekammer festzulegen. Auf diese Weise würde die durch die Eröffnung unterschweligen Rechtsschutzes entstehende zusätzliche Arbeitsbelastung bei den Vergabekammern besser auf die vorhandenen Personalressourcen verteilt und Verfahren im Interesse aller Beteiligten schneller zum Abschluss gebracht werden.

#### *(b) Regelungsvorschlag*

§ 105 Abs. 3 S. 1, 2 GWB regelt bereits eine Übertragungsmöglichkeit des Verfahrens auf den Vorsitzenden oder dem hauptamtlichen Beisitzer zur alleinigen Entscheidung für den Fall, dass die Sache keine wesentlichen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten aufweist und die Entscheidung nicht von grundsätzlicher Bedeutung sein wird. § 105 Abs. 1 GWB könnte daher um einen Satz 3 erweitert werden, der die Entscheidungszuständigkeit des Einzelmitglieds als Regelfall vorsieht.<sup>782</sup> Hierdurch bestünde weiterhin die Möglichkeit, bei Unsicherheit über die Höhe des Auftragswertes oder besonders schwierigen und grundlegenden Rechtsfragen mit mehreren Mitgliedern zu entscheiden.

Die konkrete Formulierung des § 105 GWB könnte wie folgt lauten:

#### **§ 105 Besetzung, Unabhängigkeit**

*<sup>1</sup>Die Kammer kann das Verfahren dem Vorsitzenden oder dem hauptamtlichen Beisitzer ohne mündliche Verhandlung durch unanfechtbaren Beschluss zur alleinigen Entscheidung übertragen. <sup>2</sup>Diese Übertragung ist nur möglich, sofern die Sache keine wesentlichen Schwierigkeiten in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht aufweist und die Entscheidung nicht von grundsätzlicher Bedeutung sein wird. <sup>3</sup>Bei Nachprüfungsverfahren unterhalb der Schwellenwerte sind diese Voraussetzungen in der Regel gegeben.*

<sup>780</sup> Heuvels, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 102 GWB Rn. 5; Diemer/Maier, NZBau 2004, 536 (537); Maier, NZBau 2004, 667 (667).

<sup>781</sup> Schmidt-Aßmann, in Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 176.

<sup>782</sup> So auch DAV, Stellungnahme vom 12.04.2010, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de) (Stand 17.08.2014), S. 5.

### *(3) Einschränkung des Suspensiveffekts*

#### *(a) Hintergrund*

Bei überschwelligen Nachprüfungsverfahren besteht nach § 115 Abs. 1, 2 GWB ein Regel-Ausnahme-Verhältnis im Hinblick auf die Aussetzung des Vergabeverfahrens. Informiert die Vergabekammer den öffentlichen Auftraggeber über die Einreichung eines Nachprüfungsantrags, so darf der Zuschlag vor einer Entscheidung der Vergabekammer und dem Ablauf der Beschwerdefrist grundsätzlich nicht erteilt werden, § 115 Abs. 1 GWB. Der Zuschlag kann jedoch auf Antrag ausnahmsweise bereits zwei Wochen nach der Entscheidung erfolgen, wenn eine Abwägung der hierdurch möglicherweise geschädigten Interessen mit dem Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens und den nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe ergibt, dass die mit einer frühzeitigen Zuschlagserteilung verbundenen positiven Aspekte die nachteiligen überwiegen, § 115 Abs. 2 GWB.

Der österreichische Gesetzgeber hat sich für ein spiegelbildliches System entschieden. Die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens hat grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung für die laufende Auftragsvergabe, der Bieter kann jedoch durch einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung die Untersagung der Zuschlagserteilung an ein konkurrierendes Unternehmen erreichen, § 328 Abs. 1, 5 BVergG. Diese wird vom österreichischen Bundesverwaltungsgericht gem. § 329 Abs. 1 BVergG 2006 nach einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung erteilt, wenn die möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers die des öffentlichen Auftraggebers sowie das öffentliche Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens überwiegen.<sup>783</sup>

In Deutschland könnte eine der österreichischen Regelung entsprechende Vorschrift dazu beitragen, dass nicht jeder Nachprüfungsantrag im Unterschwellenbereich zugleich zu einem Aussetzen des Vergabeverfahrens und zu – im Vergleich zum Auftragswert – teilweise sehr kostspieligen Vergabeverzögerungen führt.

Auf der anderen Seite führt die Verknüpfung eines Nachprüfungsantrags mit dem Erfordernis einer vorherigen Interessenabwägung allerdings auch nicht dazu, dass überhöhte Anforderungen an die Gewährung des Suspensiveffekts geknüpft würden, die den neu eröffneten Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich wieder aushöhlten. Dies gilt umso mehr, wenn die gerichtliche Entscheidung unverzüglich erfolgt und der Zuschlag bis zu dieser Entscheidung nicht erteilt werden darf.

---

<sup>783</sup> Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht, S. 187.



Die Vornahme einer gerichtlichen Interessensabwägung dahingehend, ob z. B. die Interessen des Bieters an einer vorläufigen Zuschlagsuntersagung oder die des Auftraggebers an der zeitnahen Erbringung der zu beauftragenden Leistungen überwiegen, können den Besonderheiten des jeweiligen Auftrags Rechnung tragen und zu einer größeren Akzeptanz eines unterschweligen Primärrechtsschutzes führen.<sup>784</sup> Hierbei ist auch zu beachten, dass die Vornahme einer Interessenabwägung vor Erlass einer vorläufigen Maßnahme auch bei einstweiligen Rechtsschutzbegehren, die sich aus anderen z. B. zivil- oder verwaltungsgerichtlichen Vorschriften ergeben, den Regelfall darstellt.<sup>785</sup>

Auf diese Weise könnten nicht nur könnten Vergabeverstöße und drohende Rechtsverletzungen der Bieter effektiv verhindert werden; auch die von den Auftraggebern oftmals beschworene Gefahr der Beeinträchtigung der „Funktionsfähigkeit der Verwaltung“<sup>786</sup> durch Einführung eines unterschweligen Suspensiveffekts würde minimiert. Denn nicht jeder gerügte Verstoß gegen Vergabevorschriften rechtfertigt – wie auch die österreichische Rechtslage zeigt – zugleich eine vorläufige Aussetzung des Vergabeverfahrens.<sup>787</sup>

#### *(b) Regelungsvorschlag*

Der neugefasste § 115 GWB könnte wie folgt lauten:

#### **§ 115 Aussetzung des Vergabeverfahrens**

*(1) <sup>1</sup>Informiert die Vergabekammer den öffentlichen Auftraggeber in Textform über den Antrag auf Nachprüfung, darf dieser vor einer Entscheidung der Vergabekammer und dem Ablauf der Beschwerdefrist nach § 117 Absatz 1 den Zuschlag nicht erteilen. <sup>2</sup>Dies gilt nicht bei der Durchführung unterschwelliger Vergabeverfahren.*

<sup>784</sup> A. A. DAV, Stellungnahme Nr. 48/10 vom 30.08.2010, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de) (Stand 28.06.2014), S. 6.

<sup>785</sup> Zu § 80 VwGO siehe Gersdorf, in Posser/Wolff, BeckOK VwGO, § 80 VwGO Rn. 187 ff.; zu § 123 VwGO Kuhla, in Posser/Wolff, BeckOK VwGO, § 123 VwGO Rn. 121 und Schoch, in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 123 VwGO Rn. 82 f.; siehe außerdem Drescher, in Krüger/Rauscher, MüKo ZPO, § 940 ZPO Rn. 14.

<sup>786</sup> Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände vom 14.07.2010, abrufbar unter <http://www.dstgb-vis.de> (Stand 12.07.2014), S. 4.

<sup>787</sup> Siehe hierzu bereits unter Ziff. III. 2. lit. b.

(1a) <sup>1</sup>Bei einem Antrag auf Nachprüfung eines unterschwelligen Vergabeverfahrens nimmt die Vergabekammer zunächst eine Abwägung zwischen den Interessen der Allgemeinheit und des Auftraggebers an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens und den Interessen des Antragstellers an der Aussetzung des Vergabeverfahrens aufgrund eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften vor. <sup>2</sup>Ergibt die Interessenabwägung ein Überwiegen der möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, hat die Vergabekammer dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags bis zur Entscheidung der Vergabekammer und dem Ablauf der Beschwerdefrist nach § 117 Absatz 1 zu untersagen. <sup>3</sup>Die Vergabekammer entscheidet unverzüglich, längstens jedoch binnen fünf Werktagen über die Aussetzung des Verfahrens.

(1b) <sup>1</sup>Die Vergabekammer informiert den öffentlichen Auftraggeber in Textform über den Antrag auf Nachprüfung eines unterschwelligen Vergabeverfahrens. <sup>2</sup>Der Antraggeber darf bis zur Entscheidung der Vergabekammer über die Aussetzung des Vergabeverfahrens den Zuschlag nicht erteilen. [...]

#### (4) Verzicht auf mündliche Verhandlung

##### (a) Hintergrund

Wie im Rahmen der Bewertung des Diskussionspapiers des BMWi vom 15.06.2010 bereits ausgeführt wurde, ist der Vorschlag, mündliche Verhandlungen in unterschwelligen Nachprüfungsverfahren nur auf Antrag durchzuführen, grundsätzlich begrüßenswert. Auf diese Weise können Nachprüfungsverfahren, soweit dies im Interesse der Parteien liegt, nach Austausch der jeweiligen Rechtsauffassungen im schriftlichen Verfahren schnell zum Abschluss gebracht werden. Eine mündliche Verhandlung sollte den Verfahrensbeteiligten auf Antrag jedoch weiterhin zur Verfügung stehen, um z. B. den schriftsätzlichen Vortrag näher erläutern oder eine Einigung mit der gegnerischen Partei erzielen zu können.

##### (b) Regelungsvorschlag

§ 112 Abs. 1 GWB könnte daher um folgenden Satz 4 ergänzt werden:

#### **§ 112 Mündliche Verhandlung**

(1) <sup>1</sup>Die Vergabekammer entscheidet auf Grund einer mündlichen Verhandlung, die sich auf einen Termin beschränken soll. <sup>2</sup>Alle Beteiligten haben Gelegenheit zur Stellungnahme. <sup>3</sup>Mit Zustimmung der Beteiligten oder bei Unzulässigkeit oder bei offensichtlicher Unbegründetheit des Antrags kann nach Lage der Akten entschieden werden. <sup>4</sup>Bei Nachprüfungsverfahren unterhalb der Schwellenwerte wird im Regelfall nach Lage der Akten entschieden, soweit nicht ein Verfahrensbeteiligter in dem Antrag auf Nachprüfung die mündliche Verhandlung beantragt hat. [...]

### (5) Kosten des Nachprüfungsverfahrens

#### (a) Hintergrund

Die Frage nach der Angemessenheit der Gebühren für die Einleitung eines unterschweligen Nachprüfungsverfahrens ist ein wichtiger Aspekt für die Effektivität des neu zu schaffenden Rechtsschutzes.<sup>788</sup> Zu hohe Gebühren haben oftmals abschreckende Wirkung, da Unternehmen das Gebührenrisiko vor der Einlegung eines Rechtsmittels stets mit dem möglichen Nutzen im Falle des Obsiegens abwägen. Gerade bei unterschweligen Vergaben, an denen sich vor allem kleinere und mittlere Unternehmen beteiligen, kann diese Abwägung bei kaufmännischer Betrachtung zum Verzicht auf einen durchaus aussichtsreichen Rechtsschutz führen und den Bieter von der Durchsetzung seiner Rechte abhalten.<sup>789</sup> Werden im Gegensatz hierzu zu niedrige Gebühren erhoben, birgt dies die Gefahr einer übermäßigen Inanspruchnahme der Rechtsschutzmöglichkeiten, da auch bei aussichtslosen Rechtsstreitigkeiten der mögliche Nutzen einer vorteilhaften Entscheidung die (geringen) Kosten bei Unterliegen übersteigen würde.

Wichtig ist daher, einen maßvollen Kompromiss bei der Festlegung der Gebührenehöhe zu finden. Die Bewerber sollten weder von der gerichtlichen Durchsetzung berechtigter Interessen abgehalten, noch zur Einleitung vergeblicher oder gar rechtsmissbräuchlicher Nachprüfungsverfahren angeregt werden.

Bei Nachprüfungsverfahren oberhalb der Schwellenwerte beträgt die Mindestgebühr für die Inanspruchnahme der Vergabekammer 2.500 Euro, § 128 Abs. 2 S. 1 GWB. Dieser Betrag kann jedoch auf 50.000 Euro und, wenn der sachliche und personelle Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung des Auftrags außergewöhnlich hoch sind, auf bis zu 100.000 Euro erhöht werden, § 128 Abs. 2 S. 2 GWB. Zur konkreten Anwendung dieses Gebührenrahmens durch die Vergabekammern enthält § 128 GWB allerdings keine weitergehende Regelung.<sup>790</sup>

Um die Ermittlung der Gebühren transparenter und für die Bieter kalkulierbar zu machen, haben die Vergabekammern des Bundes daher gemeinsam mit den Vergabekammern der Länder eine Gebührentabelle<sup>791</sup> entwickelt, die Orientierungswerte für die Gebührenbemessung liefern soll und im Interesse einer bundeseinheitlichen Handhabung von den meisten Vergabekammern berücksichtigt wird.

<sup>788</sup> So auch André, ZfBR 2011, 330 (337).

<sup>789</sup> In Österreich sah der VfGH in der Gebührenregelung des BVergG 2002 aufgrund der Kumulierung und Multiplizierung der (hohen) Gebühren, die für die Anfechtung jeder einzelnen gesondert anfechtbaren Entscheidung zu entrichten waren, eine verfassungswidrige Behinderung der Effektivität des Rechtsschutzes, VfGH, Erkenntnis vom 12.12.2006, abrufbar unter [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at) (Stand 21.08.2014).

<sup>790</sup> Krohn, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 128 GWB Rn. 4.

<sup>791</sup> Gebührentabelle, Stand Dez. 2009, abrufbar unter <http://www.bezreg-muenster.de> (Stand 21.08.2014).

Die Gebührenstaffel richtet sich nach dem Wert des streitgegenständlichen Auftrags und ordnet der Mindestgebühr i. H. v. 2.500 Euro eine Auftragssumme von bis zu 80.000 Euro zu. Dem Gebührenhöchstwert i. H. v. 50.000 Euro wird eine Ausschreibungssumme i. H. v. 70.000.000 Euro zugeordnet.<sup>792</sup> Die jeweilige Gebühr der dazwischen liegenden Auftragssummen wird durch die sog. „lineare Interpolation“ ermittelt.<sup>793</sup> Zur Verdeutlichung wird im Folgenden ein Auszug aus der Gebührentabelle<sup>794</sup> der Vergabekammern des Bundes und der Länder wiedergegeben:

<b>Auftragswert</b>	<b>Basisgebühr</b>
< 80.000 Euro	2.500 Euro
80.000 Euro	2.500 Euro
200.000 Euro	2.575 Euro
300.000 Euro	2.650 Euro
400.000 Euro	2.725 Euro
500.000 Euro	2.775 Euro
600.000 Euro	2.850 Euro
700.000 Euro	2.925 Euro
800.000 Euro	3.000 Euro
900.000 Euro	3.050 Euro
1.000.000 Euro	3.125 Euro
...	...

Tabelle 3: Gebührenbemessung

Diese Gebührenstaffelung könnte – mit gewissen Modifikationen – auch bei der Berechnung unter-schwelliger Verfahrensgebühren Anwendung finden, um die Kosten für die Bieter transparenter zu machen. Hierzu sollte die Staffelung nicht bei einem Auftragswert i. H. v. 80.000 Euro beginnen, sondern bis zu der oben bereits erwähnten Bagatellgrenze i. H. v. 10.000 Euro fortgeschrieben werden. Des Weiteren sollte die in § 128 Abs. 2 S. 1 GWB vorgesehene Mindestgebühr für die Nachprüfbarkeit unter-schwelliger Vergabeverstöße nicht 2.500 Euro betragen, sondern aufgrund der deutlich geringeren Auftragssummen auf z. B. 500 Euro reduziert werden.

#### *(b) Regelungsvorschlag*

§ 128 Abs. 2 GWB könnte künftig wie folgt lauten:

<sup>792</sup> Krohn, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 128 GWB Rn. 10.

<sup>793</sup> Landsberg, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 128 GWB Rn. 11; Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 128 GWB Rn. 9 f.; Krohn, in Dreher/Motzke, BeckOK Vergaberecht, § 128 GWB Rn. 10.

<sup>794</sup> Gebührentabelle, Stand Dez. 2009, abrufbar unter <http://www.bezreg-muenster.de> (Stand 21.08.2014), S. 1.

### **§ 128 Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer**

(2) <sup>1</sup>Die Gebühr beträgt mindestens 2 500 Euro; dieser Betrag kann aus Gründen der Billigkeit bis auf ein Zehntel ermäßigt werden. <sup>2</sup>Bei unerschwerlichen Nachprüfungsverfahren beträgt die Gebühr mindestens 500 Euro. <sup>3</sup>Die Gebühr soll den Betrag von 50 000 Euro nicht überschreiten; sie kann im Einzelfall, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch sind, bis zu einem Betrag von 100 000 Euro erhöht werden.

#### **b) Möglichkeit 2: Modell „Bundes-Vergabegesetz“**

##### *aa) Das „Vergabegesetz“ als Ideallösung*

Zu Beginn dieses ersten Abschnitts wurde bereits festgestellt, dass dem Gesetzgeber neben der Ergänzung der bereits vorhandenen GWB-Vorschriften auch die Möglichkeit offensteht, die Vergabevorschriften aus dem Kartell- und Haushaltsrecht insgesamt herauszulösen und in ein neu zu schaffendes Vergabegesetz zu integrieren.

Unabhängig von der Frage der politischen Durchsetzbarkeit eines solchen Vorhabens, böte der Erlass eines Vergabegesetzes die einmalige Gelegenheit, die derzeit auf verschiedensten Normebenen verstreuten Vergabevorschriften zu sammeln, aufeinander abzustimmen und in einen einheitlichen Kontext zu bringen. Insbesondere die derzeit lediglich im Haushaltsrecht und den verschiedenen Verdingungsordnungen vorhandenen Beschaffungsvorschriften für unerschwerliche Vergaben würden endlich in einen Zusammenhang mit den oberhalb der Schwellenwerte geltenden Normen gebracht. Des Weiteren könnten auch die innerhalb der jeweiligen Verdingungsordnungen bestehenden textlichen und systematischen Unstimmigkeiten durch homogene Regeln über den Verfahrensablauf beseitigt und schließlich der immensen wirtschaftlichen Bedeutung der öffentlichen Auftragsvergabe Rechnung getragen werden. Ein solches „Mehr“ an Transparenz und Überschaubarkeit der gegenständlichen Vorschriften käme nicht nur den Interessen der Unternehmen an einem fairen Wettbewerb und mehr Rechtsschutz entgegen, sondern auch dem Wunsch der Auftraggeber an einer effizienten und unbürokratischen Vergabe und hierdurch schließlich dem allgemeinen Interesse an einer sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel. Insgesamt würde der Erlass eines Vergabegesetzes damit eine Ideallösung darstellen, um die bestehende Rechtszersplitterung endgültig zu beseitigen und sowohl die europa- als auch verfassungsrechtlichen Vorgaben für eine gesetzliche Vergaberechtsordnung im Interesse aller Beteiligten langfristig umzusetzen.<sup>795</sup>

<sup>795</sup> Auch Dreher sieht den Erlass eines Vergabegesetzes als sinnvollsten Weg an, siehe Dreher, NVwZ 1999, 1265 (1271).

### *bb) Überblick über eine mögliche Neuregelung*

Aufgrund der Komplexität des Zusammenspiels der in Rede stehenden Vorschriften wird im Folgenden davon abgesehen, konkrete Regelungsvorschläge, wie im Rahmen des eingangs dargestellten „Ergänzungsmodells“, zu unterbreiten; auch weil die Erarbeitung und genaue Darstellung von Formulierungen und Verweisungszusammenhängen den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde. Genügen soll daher ein überblicksartiger Entwurf über den möglichen Aufbau eines solchen „Vergabegesetzes“, der sowohl die materiellen als auch die den Rechtsschutz betreffenden Vorschriften umfasst.

Das hier vorgeschlagene Bundes-Vergabegesetz könnte – in Anlehnung an das österreichische Bundesvergabe-gesetz 2006 – wie folgt ausgestaltet werden:

#### *Erster Teil*

##### *Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen*

Im ersten Teil des Vergabegesetzes könnten zunächst der Anwendungsbereich und die Begriffsbestimmungen geregelt werden (vgl. §§ 1, 2 BVergG 2006). Der Anwendungsbereich könnte hierbei erstmals in der Geschichte des deutschen Vergaberechts auf Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge gleichermaßen erstreckt werden und zudem auch Regeln über Sektoraufträge umfassen. Einheitliche Begriffsbestimmungen würden darüber hinaus die Handhabbarkeit des Gesetzes vereinfachen und die aktuell bestehenden textlichen Unstimmigkeiten beseitigen.

#### *Zweiter Teil*

##### *Vergabeverfahren für öffentliche Auftraggeber*

Teil 2 des Vergabegesetzes könnte die materiellen Verfahrensvorschriften für öffentliche Auftraggeber beinhalten.

In einem 1. Abschnitt könnten die verschiedenen Auftragsarten, bestehend aus Bau-, Liefer- und Dienstleistungsverträgen sowie Baukonzessionen näher erläutert werden. Derzeit befinden sich die Vorschriften über die Auftragsarten in den verschiedenen Verdingungsordnungen jeweils separat normiert, vgl. §§ 1(EG), 22(EG) VOB/A, § 1(EG) VOL/A und § 1 VOF.

Ein 2. Abschnitt könnte die derzeit lediglich durch Verweis gem. § 2 VgV integrierten Schwellenwerte direkt umsetzen und die Schätzung des Auftragswertes nach § 3 VgV regeln.

Des Weiteren könnten in einem 3. Abschnitt allgemeine Grundsätze des Vergabeverfahrens normiert werden, die sich an den in § 97 GWB sowie § 2(EG) VOB/A, § 2(EG) VOL/A und § 2 VOF geregelten Vorgaben orientieren. Wichtig erscheint in diesem Zusammenhang vor allem, die vergaberechtlichen Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung herauszuarbeiten (§ 97 Abs. 1, 2 GWB) und den subjektiven Anspruch der Unternehmen auf Einhaltung der Vergabevorschriften zu betonen (§ 97 Abs. 7 GWB).

In einem 4. Abschnitt könnten Arten und Wahl der Vergabeverfahren dargestellt werden. Die derzeit ebenfalls in den verschiedenen Verdingungsordnungen (§ 3(EG) VOB/A, § 3(EG) VOL/A und § 3 VOF) separat dargestellten Verfahrensarten könnten folglich in diesem Abschnitt einheitlich zusammengefasst und bei der Wahl der jeweiligen Verfahrensart nach dem Erreichen der jeweiligen Schwellenwerte und dem zugrundeliegenden Auftrag differenziert werden (so auch in den §§ 25 bis 42 BVergG 2006).

Die Vorschriften über den Ablauf der Vergabeverfahren könnten in einem 5. Abschnitt normiert werden. Als Vorbild für die Anordnung der Vorschriften könnte ebenfalls das österreichische Bundes-Vergabegesetz dienen, das sich an der chronologischen Abfolge der Verfahren orientiert. Die derzeit in den Verdingungsordnungen befindlichen Verfahrensregelungen, z. B. über die Auftragsbekanntmachung (§ 12(EG) VOB/A, §§ 12, 15EG VOL/A, § 9 VOF), die Vergabeunterlagen (§ 8(EG) VOB/A, §§ 8, 9EG VOL/A), die Form und den Inhalt der Angebote (§ 13(EG) VOB/A, §§ 13, 16EG VOL/A), die Öffnung (§ 14(EG) VOB/A, §§ 14, 17EG VOL/A) und Prüfung und Wertung der Angebote (§ 16(EG) VOB/A, §§ 16, 19EG VOL/A) sowie die Zuschlagserteilung (§ 18(EG) VOB/A, §§ 16, 19EG VOL/A), könnten neben der Informations- und (bei unterschwelligen Verfahren entsprechend verkürzten) Wartepflicht des Auftraggebers nach § 101a GWB in diesem Abschnitt geregelt werden.

### *Dritter Teil*

#### *Vergabeverfahren für Sektorenauftraggeber*

In Teil 3 des Vergabegesetzes könnte in Anlehnung an die österreichische Rechtslage (vgl. §§ 163-290 BVergG 2006) das Vergabeverfahren für Sektorenauftraggeber normiert werden.

#### *Vierter Teil* *Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren*

Die Vorschriften über das Nachprüfungsverfahren könnten schließlich in dem 4. Teil des Vergabegesetzes geregelt werden. Hierbei könnten die bereits bestehenden Regelungen des GWB unter Berücksichtigung der oben angesprochenen Modifikationen im Grundsatz übernommen werden.

Der 1. Abschnitt könnte demnach die Regeln über die Nachprüfungsbehörden beinhalten, wobei deren Zuständigkeit sowohl für ober-, als auch für unter-schwellige Verfahren gelten sollte. Bei unter-schweligen Nachprüfungsverfahren könnte jedoch eine im Regelfall bestehende Entscheidungszuständigkeit des Einzelrichters festgelegt werden.

Der 2. Abschnitt könnte Vorschriften über das Nachprüfungsverfahren beinhalten und u. a. vorsehen, dass bei unter-schweligen Verfahren eine auf zehn Kalendertage verkürzte Antragsfrist gilt und das Verfahren im Regelfall schriftlich geführt wird. Außerdem sollte geregelt werden, dass das Vergabeverfahren bei unter-schweligen Verfahren nicht automatisch mit Unterrichtung des Auftraggebers über den Nachprüfungsantrag ausgesetzt wird, sondern hierfür eine zusätzliche Entscheidung nach vorheriger Interessenabwägung notwendig ist.

Der 3. Abschnitt könnte anschließend die Besonderheiten des Beschwerdeverfahrens bei den Oberlandesgerichten regeln, welches auch bei unter-schweligen Vergabena-chprüfungsverfahren eröffnet werden sollte. Zu denken wäre auch hier an eine Anlehnung an die §§ 116 ff. GWB und in diesem Zusammenhang an eine Betonung des Beschleunigungsgrundsatzes, die Möglichkeit der Beiladung, die Entscheidung durch den Einzelrichter in unter-schweligen Verfahren etc.

Der 4. Abschnitt könnte i. S. d. der §§ 125 ff. GWB zuletzt die sonstigen Vorschriften über den Rechtsschutz und in diesem Zusammenhang insbesondere eine Regelung über die Kosten des Verfahrens enthalten, welche bei unter-schweligen Vergaben auf eine Mindestgebühr von z. B. 500 Euro reduziert werden könnten.

### **V. Ergebnis Teil 3**

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Einführung eines unter-schweligen Primärrechtsschutzes nicht nur europa- und verfassungsrechtlich geboten ist. Die Erfahrungen in unserem Nachbarland Österreich zeigen, dass ein „Mehr“ an Rechtsschutz und Transparenz nicht notwendigerweise zu einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung führt und mit kostenintensiven Vergabeverzögerungen einhergeht. Ausweislich der österreichischen Statistiken führte die Ausweitung der Nachprüfungsmöglichkeiten auf alle Vergaben gerade nicht zu der befürchteten „Antragsflut“.



Obwohl der Großteil aller Auftragsvergaben – wie auch in Deutschland – unterhalb der EU-Schwellenwerte vergeben wird, geht nur ein Bruchteil aller verzeichneten Anträge auf unerschwellige Beschaffungsvorgänge zurück. Das Bundeswirtschaftsministerium stellte darüber hinaus fest, dass die Ausdehnung des Vergaberechtsschutzes zu einer größeren Sorgfalt und Gesetzmäßigkeit bei der Planung und Durchführung öffentlicher Aufträge und "erzieherische Präventiveffekte" zu einem sparsameren Umgang mit Budgetmitteln geführt haben. Insgesamt zieht man in Österreich daher eine durchweg positive Bilanz über Einführung eines einheitlichen Rechtsschutzes.

Wie aus dem Koalitionsvertrag aus dem Jahre 2009 und dem Diskussionspapier des BMWi vom 10.06.2010 hervorgeht, hat auch der deutsche Gesetzgeber die Notwendigkeit und Vorteile der Einführung eines unerschwelligen Primärrechtsschutzsystems grundsätzlich erkannt. Die im Diskussionspapier als sog. „schlanker Rechtsschutz“ (Modell 3a) vorgeschlagene Ergänzung der bestehenden GWB-Vorschriften stellt – mit gewissen Modifikationen – einen begrüßenswerten Lösungsansatz dar. Über den Vorschlag des BMWi hinausgehend sollte das materielle Vergaberecht jedoch insgesamt reformiert und das bereits im 2. Teil dieser Arbeit kritisierte „Kaskadenmodell“ zugunsten einer zweistufigen Lösung aufgegeben werden.

Vermutlich aufgrund der erheblichen politischen Widerstände wurde in dem Diskussionspapier des BMWi der Erlass eines bundesweit einheitlichen Vergabegesetzes nicht angesprochen. Nach der hier vertretenen Auffassung könnte die derzeit in vielerlei Hinsicht defizitäre Ausgestaltung des Beschaffungswesens auf diese Weise jedoch am effektivsten beseitigt werden. Durch den Erlass eines Vergabegesetzes wäre der Gesetzgeber in der Lage, die derzeit in den Verdingungsordnungen geregelten Verfahrensvorschriften unter Verwendung einheitlicher Formulierungen auf einfachgesetzlicher Ebene zu normieren. Es könnte eine transparente Vergaberechtsordnung geschaffen werden, die insbesondere KMU einen klaren Überblick über die Reichweite und den Umfang ihrer Rechte verschafft. Im Interesse aller Beteiligten könnten Vergabeverfahren künftig schneller und unbürokratischer abgewickelt werden, soweit der Gesetzgeber nicht nur Neuregelungen über den Rechtsschutz, sondern auch über die im Unterschwellenbereich eröffneten Verfahrensarten und -abläufe trifft. Der Erlass eines Vergabegesetzes würde den bei unerschwelligen Verfahren stattfindenden Paradigmenwechsel von der haushaltsrechtlichen Verortung hin zu einer wettbewerbsrechtlichen Ausgestaltung verdeutlichen und den europa- und verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine faire, bestimmte, transparente und mit entsprechenden Schutzmechanismen versehene Rechtsordnung gerecht werden.

## Teil 4: Fazit

Zu Beginn dieser Arbeit wurde ein Zitat *Dreher's* aufgegriffen, in dem das oberhalb der Schwellenwerte geltende Vergaberecht als „*helle[...] Welt*“ beschrieben wurde, welche durch die „*Sonne des Vergaberechtsschutzes [...] im Lichte von Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung*“<sup>796</sup> erstrahle.

Tatsächlich zeichnet sich das im Anwendungsbereich der europäischen Vergaberichtlinien liegende Vergaberecht durch eine hohe Regelungsichte drittschützender Normen und effektiver Rechtsschutzmechanismen aus. Die in § 97 Abs. 1, 2 GWB normierten Vergabegrundsätze der Transparenz, der Gleichbehandlung und des fairen Wettbewerbs werden auf den verschiedenen Stufen der Kaskade konkretisiert, wobei der jeweils zweite Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnungen umfassende Regelungen über das von der öffentlichen Hand einzuhaltende Vergabeverfahren enthält. Ergänzend gelten die Vorgaben des europäischen Vergabeprimärrechts, welches durch die Grundfreiheiten und die allgemeinen Vergabegrundsätze ebenfalls subjektiv-rechtliche Ausprägungen der genannten Prinzipien enthält.

Zur Durchsetzung dieser Rechte wurde mit dem Vergabenachprüfungsverfahren ein durchgreifender Rechtsschutz geschaffen, der durch eine Vorabinformation der unterlegenen Bieter und hiermit korrelierende Stillhaltepflicht des Auftraggebers eröffnet wird. Der Antrag auf Nachprüfung führt zum Schutze der bieterseitigen Interessen zur vorläufigen Aussetzung der Auftragsvergabe, bis das von den Grundsätzen der Beschleunigung und des gegenseitigen Interessenausgleichs geprägte Verfahren – notfalls in der gerichtlichen Rechtsmittelinstanz – beendet ist. Auch in der Praxis hat sich die Ausgestaltung des überschwelligen Rechtsschutzsystems bewährt und insbesondere durch die schnelle und effektive Lösung vergaberechtlicher Streitigkeiten durch die Nachprüfungsinstanzen eine breite Zustimmung aller Beteiligten gefunden. Ein großer Kritikpunkt der eben beschriebenen Gesetzeslage ist allerdings die Geltung des sog. Kaskadenprinzips. Hierdurch werden die von europäischer Seite ursprünglich klar und bestimmt vorgegebenen Verfahrensregeln auf verschiedene Normebenen verstreut, die aufgrund komplexer Verweisungsketten und Geltungsbereiche für den Rechtsunterworfenen nicht immer verständlich sind. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber die ihm obliegende Normsetzungsbefugnis nicht selbst ausübt, sondern auf demokratisch nicht legitimierte Interessenverbände subdelegiert, die auf diese Weise gravierenden Einfluss auf die Reichweite und den Umfang subjektiver Bieterrechte und somit auf die Effektivität des vergaberechtlichen Rechtsschutzes besitzen. Vor diesem Hintergrund bestehen erhebliche Zweifel daran, dass die geltende Ausgestaltung des deutschen Vergaberechts, den europa- und verfassungsrechtlichen Vorgaben an eine demokratische, transparente und ausreichend bestimmte Gesetzeslage entspricht.

---

<sup>796</sup> Dreher, NZBau 2002, 419 (419).

Im Grundsatz ist der von *Dreher* beschriebenen hellen Welt des oberschweligen Vergaberechts damit durchaus zuzustimmen. Auch hier existieren jedoch Schattenseiten, die derzeit insbesondere von einem unübersichtlichen und intransparenten Kaskadensystem ausgehen.

Der Bereich unterhalb der europäischen Schwellenwerte wird von *Dreher* als „*vergaberechtliche Unterwelt*“ bezeichnet, die „*von den erhellenden und reinigenden Strahlen des Vergaberechtsschutzes nicht erfasst*“ und daher von „*Intransparenz und Rechtsschutzlosigkeit*“ beherrscht werde.<sup>797</sup> Auch dieser Beschreibung kann zwar im Grundsatz, aber nicht vorbehaltlos zugestimmt werden. Tatsächlich bestehen auch unterhalb der Schwellenwerte umfassende subjektive Rechte der Bieter auf Gleichbehandlung, Transparenz und einen fairen Wettbewerb. Diese ergeben sich zum einen aus den europäischen Grundfreiheiten und den allgemeinen Vergabegrundsätzen, die von der Europäischen Kommission in Bezug auf die Pflichten öffentlicher Auftraggeber bei der Durchführung unterschwelliger Vergabeverfahren konkretisiert wurden. Doch auch soweit der Anwendungsbereich des europäischen Rechts nicht eröffnet ist, entfaltet Art. 3 Abs. 1 GG über das Gebot der Selbstbindung der Verwaltung in Verbindung mit den umfangreichen Verfahrensvorgaben der Verdingungsordnungen drittschützende Wirkung. Im Hinblick auf die Durchsetzbarkeit dieser Rechtspositionen folgen auf europäischer Ebene aus Art. 47 Abs. 1 GrCh und aus Art. 6 EMRK ein Anspruch des Einzelnen auf effektiven Schutz seiner Rechte. Darüber hinaus ergibt sich auch auf rein nationaler Ebene ein entsprechendes Recht auf wirksamen Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG.

Die von *Dreher* beschriebene „*dunkle Welt des Vergabewesens*“<sup>798</sup> beginnt nun, soweit es um die Durchsetzbarkeit der subjektiven Rechte der Bieter geht. Zwar haben viele Gerichte inzwischen die grundsätzliche Notwendigkeit der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes erkannt und legen die zur Verfügung stehenden zivilprozessualen Mechanismen, wie im Falle des sog. Hängebeschlusses, im Sinne der Bieter aus. Gleichwohl sehen sich die Unternehmen mangels vergabespezifischer Vorschriften nicht nur mit meist unüberwindbaren Verfahrenshürden, sondern auch mit einer durchweg zersplitterten Rechtsprechung konfrontiert. Dem ist voranzustellen, dass die Bieter überhaupt nur in Ausnahmefällen von der beabsichtigten Zuschlagserteilung der Vergabestelle Kenntnis erlangen, so dass effektiver Rechtsschutz – wie auch das Bundesverfassungsgericht feststellt – im Unterschwellenbereich faktisch ausgeschlossen ist.

Insgesamt ist eine Reform des Vergaberechts damit unumgänglich. Diese wird nicht nur von Seiten der Wirtschaft, sondern auch von den zur Entscheidung berufenen Stellen seit langem nachdrücklich gefordert.

<sup>797</sup> Dreher, NZBau 2002, 419 (419).

<sup>798</sup> Dreher, NZBau 2002, 419 (419).

Einzig die Vertreter der kommunalen Auftraggeber sehen für eine Neuordnung des vergaberechtlichen Rechtsschutzes keine Notwendigkeit und befürchten vielmehr erhebliche Verfahrensverzögerungen, eine Zunahme von Kosten und die Beeinträchtigung der täglichen Verwaltungsarbeit. Dass solche Nachteile jedoch nicht zwingend eintreten müssen, beweist die österreichische Rechtsentwicklung. Auch hier gingen mit der Ausweitung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes auf unterschwellige Verfahren entsprechende Bedenken staatlicher Stellen einher. Die Erfahrung lehrte jedoch, dass die Möglichkeit einer Nachprüfung öffentlicher Auftragsvergaben zu einer sorgfältigeren und gesetzmäßigeren Durchführung der Verfahren sowie Kosteneinsparungen durch die Reduzierung nachträglicher Schadensersatzprozesse führen kann. Des Weiteren blieb die Anzahl der eingereichten unterschwelligen Nachprüfungsanträge weit hinter den Schätzungen zurück, weshalb auch die befürchteten Verfahrensverzögerungen nicht eintraten.

Um den Interessen der deutschen Auftraggeber dennoch entgegenzukommen und den Besonderheiten unterschwelliger Beschaffungen Rechnung zu tragen, wurde im Rahmen dieser Arbeit ein im Vergleich zum überschwelligen Rechtsschutz verschlanktes Modell vorgeschlagen. Dieses sollte mit einer grundlegenden Reform des materiellen Vergaberechts in Form einer Aufgabe des dreistufigen Kaskadensystems und unbürokratischeren Verfahrensarten unterhalb der Schwellenwerte einhergehen. Im Übrigen sollte eine angemessene Bagatellgrenze für die Eröffnung des Rechtsschutzes sowie kürzere Antrags- und Präklusionsfristen normiert werden. Diese Vorschläge könnten durch eine Ergänzung der bestehenden Vorschriften im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen umgesetzt werden. Der Gesetzgeber könnte die Reform der europäischen Vergaberichtlinien jedoch auch zum Anlass nehmen, eine der wirtschaftlichen Bedeutung des öffentlichen Auftragswesens angemessenere Lösung zu finden und das Vergaberecht durch den Erlass eines Vergabegesetzes insgesamt auf eine neue, gesetzliche Grundlage zu stellen.

---

## Literaturverzeichnis

- Althaus, Stefan/ Heindl, Christian (Hrsg.):* Der öffentliche Bauauftrag – Handbuch für den VOB-Vertrag, München 2011.
- André, Tobias:* Von Anfechtungslawinen und Beschwerdewellen – Rechtsempirische Befunde zur Inanspruchnahme vergabespezifischer Rechtsschutzmechanismen unterhalb der unionsrechtlichen Schwellenwerte, ZfBR 2011, 330–339.
- André, Tobias/ Sailer, Daniel:* Zwischen Stillstand und Erneuerung – vergabespezifischer Unterschwellenrechtsschutz in der rechtspolitischen Debatte, NZBau 2011, 394–400.
- Antweiler, Clemens:* Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte: Wie geht es weiter? NWVBl. 2007, 285–288.
- Ax, Thomas/ Schneider, Matthias/ Ottenströer, Katrin:* Rechtsschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe, Berlin 2011.
- Barth, Hannah:* Das Vergaberecht außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, Frankfurt am Main 2010.
- Battis, Ulrich/ Bultmann, Friedrich:* Rechtsprobleme eines Korruptionsregisters – Die Sperre bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, ZRP 2003, 152–156.
- Bergmann, Jan Michael (Hrsg.):* Handlexikon der Europäischen Union, Basel 2012, 4. Auflage.
- Bitterich, Klaus:* Das grenzüberschreitende Interesse am Auftrag im primären Gemeinschaftsvergaberecht Anm. zu EuGH, Urt. v. 13.11.2007 – C-507/03 – Kommission/Irland („An Post“), EuZW 2008, 14–18.
- Braun, Christian:* Zivilrechtlicher Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2008, 160–162.
- Braun, Joachim:* Beschleunigungsgebot und Ablehnungsfiktion im Vergaberegime des GWB, NZBau 2003, 134–137.
- Brinker, Ingo:* Österreichisches Vergaberecht – mit europarechtlichen Grundlagen: kurz gefasst, Wien 1999.
- Bröhmer, Jürgen:* Transparenz als Verfassungsprinzip – Grundgesetz und Europäische Union, Tübingen 2004.
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie,* Diskussionspapier „Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte“ vom 15.06.2010.
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie,* Evaluation der Vergabeerleichterungen im Rahmen des Konjunkturpaketes II, abrufbar unter [www.bmwi.de/DE/Mediathek/Publikationen/publikationen-archiv,,did=452274.html](http://www.bmwi.de/DE/Mediathek/Publikationen/publikationen-archiv,,did=452274.html) (Stand 28.09.2014).
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie,* Statistische Meldungen über Vergabebenchprüfungsverfahren gem. § 129a GWB für die Berichtsjahre 2011- 2013, abrufbar unter <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Wirtschaft/Wettbewerbspolitik/oeffentliche-auftraege,did=190910.html> (Stand 28.09.2014).

- Bundesrechtsanwaltskammer*, Stellungnahme Nr. 23/2010, abrufbar unter [www.brak.de/w/files/stellungnahmen/Stn23-2010.pdf](http://www.brak.de/w/files/stellungnahmen/Stn23-2010.pdf) (Stand 28.09.2014).
- Bundesverband der Deutschen Industrie e. V.*, Stellungnahme vom 28.06.2010, abrufbar unter <http://www.bdi.eu/Reform-des-Vergaberechts.htm> (Stand 28.09.2014).
- Bundesvereinigung Mittelständischer Bauunternehmen e. V.*, Stellungnahme vom 01.09.2010, abrufbar unter [www.ibr-online.de](http://www.ibr-online.de) (Stand 28.09.2014).
- Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände*, Positionspapier vom 14.07.2010, abrufbar unter [http://oeffentliche-auftraege.de/text\\_files/file\\_1279189262.pdf](http://oeffentliche-auftraege.de/text_files/file_1279189262.pdf) (Stand 12.04.2014).
- Bungenberg, Marc*: Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, Tübingen 2007.
- Bungenberg, Marc*: Rechtsschutz im Vergaberecht und Einsichtnahme in Vergabeakten, *SächsVBl.* 2008, 53–58.
- Burgi, Martin*: Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, *NZBau* 2001, 64–72.
- Burgi, Martin*: Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, *NVwZ* 2007, 737–742.
- Burgi, Martin*: Die Zukunft des Vergaberechts, *NZBau* 2009, 609–615.
- Burgi, Martin*: Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte aus der Hand des Bundesgesetzgebers? *NVwZ* 2011, 1217–1225.
- Byok, Jan*: Das neue Vergaberecht, *NJW* 1998, 2774–2779.
- Byok, Jan*: Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts – *GWB* 2009, *NVwZ* 2009, 551–557.
- Calliess, Christian/ Ruffert, Matthias (Hrsg.)*: *EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*; Kommentar, München 2011, 4. Auflage.
- CDU, CSU und FDP*, Koalitionsvertrag der 17. Legislaturperiode, abrufbar unter [http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/koalitionsvertrag.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile) (Stand 20.09.2014).
- CDU, CSU und SPD*, Koalitionsvertrag der 18. Legislaturperiode, abrufbar unter <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/StatischeSeiten/Breg/koalitionsvertrag-inhaltsverzeichnis.html> (Stand 20.09.2014).
- Dauses, Manfred A. (Hrsg.)*: *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, München 2012.
- Dauses, Manfred A. (Hrsg.)*: *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, München 2013.
- Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme Nr. 48/10 vom 30.08.2010, abrufbar unter <http://anwaltverein.de/downloads/stellungnahmen/SN-10/SN48.pdf> (Stand 28.09.2014).
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag*, Stellungnahme vom 03.09.2010, abrufbar unter [http://www.abst-sh.de/fileadmin/downloads/03\\_09\\_10/Rechtsschutz\\_Stellungnahme\\_zum\\_BMWi-Papier.pdf](http://www.abst-sh.de/fileadmin/downloads/03_09_10/Rechtsschutz_Stellungnahme_zum_BMWi-Papier.pdf) (Stand 28.09.2014).
- Deutscher Richterbund*, Stellungnahme zum Diskussionspapier des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie zum Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte aus dem November 2010 (42/10), abrufbar unter <http://www.drb.de/cms/index.php?id=621> (Stand 28.09.2014).

- Deutscher Städte- und Gemeindebund*, DStGB-Position zur Zukunft des Vergaberechts vom 16.11.2010, abrufbar unter <http://www.dstgb.de/dstgb/Kommunalreport/Archiv%202010/DStGB-Position%20zur%20Zukunft%20des%20Vergaberechts/> (Stand 28.09.2014).
- Diehr, Matthias*: "Vergabeprimärrecht" nach der An-Post-Rechtsprechung des EuGH, *VergabeR* 2009, 719–729.
- Diemer, Stefan/ Maier, Clemens*: Rechtsanwaltsgebühren im Vergabenachprüfungsverfahren nach altem und neuem Kostenrecht – Eine praxisorientierte Darstellung, *NZBau* 2004, 536–544.
- Dörr, Oliver*: Das deutsche Vergaberecht unter dem Einfluß von Art. 19 Abs. 4 GG, *DÖV* 2001, 1014–1024.
- Dreher, Meinrad*: Die Zukunft des untergesetzlichen Vergaberechts Zur Neuordnung von Vergabeverordnung und Verdingungsordnungen, *NVwZ* 1999, 1265–1273.
- Dreher, Meinrad*: Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, *NZBau* 2002, 419–430.
- Dreher, Meinrad*: Andere Rechtsgebiete als Vorfrage im Vergaberecht, *NZBau* 2013, 665–675.
- Dreher, Meinrad*: Empfehlen sich gesetzliche Regelungen zum Rechtsschutz bei der Vergabe von Bauleistungen unterhalb der Schwellenwerte? *ibr-online* 2006, 1611.
- Dreher, Meinrad/ Hoffman, Jens*: Die Informations- und Wartepflicht sowie die Unwirksamkeitsfolge nach den neuen §§ 101a und 101b GWB, *NZBau* 2009, 216–219.
- Dreher, Meinrad/ Motzke, Gerd (Hrsg.)*: Beck'scher Online-Kommentar Vergaberecht, München 2013, 2. Auflage.
- Dreier, Horst (Hrsg.)*: Grundgesetz Kommentar – Band 1, Tübingen 2004, 2. Auflage.
- Dreier, Horst (Hrsg.)*: Grundgesetz Kommentar – Band 2, Tübingen 2006, 2. Auflage.
- Druschel, Christoph*: Rechtswegfragen am Beispiel des Vergaberechts, *JA* 2008, 514–518.
- Egger, Alexander*: Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden 2008, 1. Auflage.
- Ehlers, Dirk (Hrsg.)*: Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, Berlin 2009, 3. Auflage.
- Elsner, Bernt*: Vergaberecht – Systematische Darstellung des österreichischen Vergaberechts, Bundesvergabegesetz mit Materialien, ÖNORM A 2050 und EG-Vergaberichtlinien, Wien 1999.
- Epping, Volker/ Hillgruber, Christian (Hrsg.)*: Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz 2013.
- Erbguth, Wilfried*: Allgemeines Verwaltungsrecht – Mit Verwaltungsprozess- und Staatshaftungsrecht, Baden-Baden 2014, 6. Auflage.
- Eyermann, Erich*: VwGO Kommentar, München 2010, 13. Auflage.
- Fink, Christian*: Änderungen im Vergaberechtsschutz, *ecolex* 2006, 100–106.
- Finkelburg, Klaus H./ Dombert, Matthias/ Külpmann, Christoph*: Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, München 2008, 5. Auflage.

- Freise, Harald*: Das österreichische Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen – Anregungen für die Weiterentwicklung des deutschen Vergaberechts, NZBau 2004, 83–87.
- Freitag, Martin*: Vergaberechtsschutz unterhalb der europäischen „Schwellenwerte“, NZBau 2002, 204–206.
- Frenz, Walter*: Grundrechte und Vergaberecht, EuZW 2006, 748–752.
- Frenz, Walter*: Handbuch Europarecht - Band 3, Berlin 2007.
- Frenz, Walter*: Handbuch Europarecht - Band 4, Berlin 2009.
- Frowein, Jochen/ Peukert, Wolfgang*, Europäische Menschenrechtskonvention, Kehl 2009, 3. Auflage.
- Gabriel, Marc*: Der persönliche Anwendungsbereich des primären Vergaberechts, VergabeR 2009, 7–14.
- Gabriel, Marc*: Die Vergaberechtsreform 2009 und die Neufassung des vierten Teils des GWB, NJW 2009, 2011–2016.
- Gaier, Reinhardt*: Verfassungsrecht – Fesseln und Freiheiten für das (Kartell-)Vergaberecht, NZBau, 289–293.
- Gehrlein, Markus*: Kein präventiver Rechtsschutz durch einstweilige Verfügung in Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2001, 483–484.
- Gerber, Philippe*: Die Rechtsetzungsdirektiven des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1989, 698–707.
- Germelmann, Claas Friedrich*: Die Vergabekammern im System des vergaberechtlichen Rechtsschutzes, DÖV 2013, 50–60.
- Glöhs, Heike*: Akteneinsichts- und Informationsfreiheitsansprüche im Vergabe- und Nachprüfungsverfahren, NZBau 2014, 75–80.
- Grabitz, Eberhard/ Hilf, Meinhard/ Nettesheim, Martin (Hrsg.)*: Das Recht der Europäischen Union – Band 1 EUV/AEUV, München 42. Ergl. 2010.
- Grabitz, Eberhard/ Hilf, Meinhard/ Nettesheim, Martin (Hrsg.)*: Das Recht der Europäischen Union – Band 1 EUV/AEUV, München 50. Ergl. 2013.
- Gröpl, Christoph (Hrsg.)*: BHO/LHO – Staatliches Haushaltsrecht, München 2011.
- Haratsch, Andreas/ Koenig, Christian/ Pechstein, Matthias*: Europarecht [nach dem Vertrag von Lissabon], Tübingen 2010, 7. Auflage.
- Hattig, Oliver/ Maibaum, Thomas (Hrsg.)*: Praxiskommentar Kartellvergaberecht, Köln 2010.
- Herdegen, Matthias*: Europarecht, München 2012, 14. Auflage.
- Hermes, Georg*: Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe, JZ 1997, 909–915.
- Hertwig, Stefan*: Uneingeschränkte Relevanz des Gemeindefinanzrechts im Vergabenaufprüfungsverfahren, NZBau 2009, 355–356.
- Heuer, Ernst/ Engels, Dieter/ Eibelshäuser, Manfred (Hrsg.)*: Bundeshaushaltsrecht, Köln Stand März 2013.
- Heuvels, Klaus*: Fortwirkender Richtlinienverstoß nach De-facto-Vergaben, NZBau 2005, 32–35.



- Höfler, Heiko*: Transparenz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 2010, 73–78.
- Holly, Andrea*: Verfahren und Rechtsschutz nach dem neuen Vergaberecht, immolex 2002, 309–318.
- Holoubek, Michael/ Fuchs, Claudia/ Holzinger, Kerstin*: Vergaberecht, Wien 2012, 2. Auflage.
- HöB, Reinhard/ Chevalier, Philipp*: (Un-)Zulässigkeit koordinierter Vergabesperren? ibr-online 2011, 1005.
- Huber, Peter-Michael*: Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht – Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der öffentlichen Verwaltung, Tübingen 1991.
- Huber, Peter-Michael*: Die gleiche Freiheit der Unionsbürger – Zu den unterschiedlichen Perspektiven von unionalem und nationalem Recht, ZaöRV 2008, 307–326.
- Huerkamp, Florian/ Kühling, Jürgen*: Primärrechtsschutz für Unterschwellenvergaben aus Luxemburg?, NVwZ 2011, 1409–1414.
- Huster, Stefan*: Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers, ZfRSoz 2003, 3–26.
- Immenga, Ulrich/ Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.)*: Wettbewerbsrecht GWB – Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, München 2007, 4. Auflage.
- Irmer, Wolfram*: Schutz vor den Verwaltungsgerichten bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte – Eine unendliche Geschichte oder nur ein kurzer Spuk? ZfBR 2007, 233–244.
- Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul*: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1992.
- Jaeger, Wolfgang*: Neuerungen zur Rügeobliegenheit (§ 107 III GWB) durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, NZBau 2009, 558–562.
- Jarass, Hans D. (Hrsg.)*: EU-Grundrechtecharta – Unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte und der Grundrechtsregelungen der Verträge; Kommentar, München 2013, 2. Auflage.
- Jarass, Hans D./ Pieroth, Bodo (Hrsg.)*: Grundgesetz-Kommentar, München 2009, 10. Auflage.
- Jennert, Carsten/ Räuchle, Robert*: Beendigungspflicht für vergaberechtswidrige Verträge, NZBau 2007, 555–558.
- Just, Christoph/ Sailer, Daniel*: Informationsfreiheit und Vergaberecht, DVBl. 2010, 418–424.
- Kallerhoff, Dieter*: Zur Begründetheit von Rechtsschutzbegehren unterhalb der vergaberechtlichen Schwellenwerte, NZBau 2008, 97–103.
- Kapellmann, Klaus Dieter/ Messerschmidt, Burkhard*: VOB, Teile A und B – Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV), München 2010, 3. Auflage.
- Kapellmann, Klaus Dieter/ Messerschmidt, Burkhard (Hrsg.)*: VOB Teile A und B – Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV), München 2013, 4. Auflage.

- Kau, Marcel*: Vergaberechtliches Kaskadenprinzip und europäisches Gemeinschaftsrecht, *EuZW* 2005, 492–496.
- Kins, Christoph/ Hering, Sebastian*: Das neue Landesvergabegesetz Sachsen-Anhalt – eine Handreichung, *LKV* 2013, 152–157.
- Kluth, Winfried/ Krings, Günter (Hrsg.)*: Gesetzgebung – Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, Heidelberg 2014.
- Knauff, Matthias*: Vertragsschließende Verwaltung und verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie, *NVwZ* 2007, 546–549.
- Knauff, Matthias*: Das Kaskadensystem im Vergaberecht – ein Regelungsmodell mit Zukunft?, *NZBau* 2010, 657–662.
- Knöbl, Jan*: Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte – Diss. Universität Tübingen, Berlin 2009.
- Köckritz, Sieghardt v./ Ermisch, Günter/ Dittrich, Norbert/ Lamm, Christel (Hrsg.)*: Bundeshaushaltsordnung, Heidelberg/München/Landsberg/ Berlin Stand 1. Oktober 2006.
- Kopp, Ferdinand Otto/ Schenke, Wolf-Rüdiger*: *VwGO-Kommentar*, München 2013, 19. Auflage.
- Korinek, Karl*: Zum Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes, *ÖZW* 1994, 15–19.
- Köster, Bernd*: Primärrechtsschutzschwellen und Rechtswegwarr, *NZBau* 2006, 540–544.
- Kramer, Urs/ André, Tobias*: Grundzüge des vergaberechtlichen Rechtsschutzes, *JuS* 2009, 906–910.
- Kratzenberg, Rüdiger*: Auswirkungen von Vergabenachprüfungsverfahren auf die Kosten öffentlicher Baumaßnahmen, *NZBau* 2006, 481–486.
- Krist, Matthias*: Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte – Bestandsaufnahme und Ausblick, *ibr-online* 2011, 1003.
- Krohn, Wofram*: Ende des Rechtswegwarrs: Kein Verwaltungsrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, *NZBau* 2007, 493–496.
- Kronegger, Margret/ Sachs, Michael*: Vergaberechtsschutz in Österreich - Neueste Statistik zur Inanspruchnahme des vergabespezifischen Rechtsschutzes in Österreich, *ZVB* 2010, 5–9.
- Kropik, Andreas/ Mille, Annemarie/ Sachs, Michael (Hrsg.)*: Das Vergaberecht in Österreich – Kurzkomentar und Gesetzestext, Wien 2009.
- Krüger, Wolfgang/ Rauscher, Wolfgang (Hrsg.)*: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung – Band 1 – §§ 1-354, München 2013, 4. Auflage.
- Krüger, Wolfgang/ Rauscher, Wolfgang (Hrsg.)*: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung – Band 2 – §§ 355-1024, München 2013, 4. Auflage.
- Kulartz, Hans-Peter/ Kus, Alexander/ Portz, Norbert (Hrsg.)*: *GWB-Vergaberecht*, Neuwied 2006, 1. Auflage.
- Kulartz, Hans-Peter/ Kus, Alexander/ Portz, Norbert (Hrsg.)*: *GWB-Vergaberecht*, Neuwied 2009, 2. Auflage.

- Kunnert, Gerhard*: WTO-Vergaberecht – Genese und System sowie Einwirkungen auf das EG-Vergaberegime: mit einem Annex zum UNCITRAL-Mustergesetz über die Beschaffung von Waren sowie Bau- und Dienstleistungen = WTO Government procurement law, Baden-Baden 1998, 1. Auflage.
- Loewenheim, Ulrich/ Meessen, Karl M./ Riesenkampff (Hrsg.)*: Kartellrecht – Deutsches und Europäisches Recht, München 2009, 2. Auflage.
- Maier, Clemens*: Die prozessualen Grundsätze des Nachprüfungsverfahrens, NZBau 2004, 667–669.
- Malmendier, Bertrand*: Vergaberecht, quo vadis? DVBl. 2000, 963–969.
- Mangoldt, Hermann von/ Klein, Friedrich/ Starck, Christian (Hrsg.)*: Grundgesetz – Band 1, München 2010, 6. Auflage.
- Mangoldt, Hermann von/ Klein, Friedrich/ Starck, Christian (Hrsg.)*: Grundgesetz – Band 2, München 2010, 6. Auflage.
- Martlreiter, Julia Anna*: Europäisierung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Unterschwellenaufträgen – Europarechtliche Einflüsse und Anforderungen, Verfassungsmäßigkeit, Rechtsschutzmöglichkeiten – Diss. Universität Würzburg 2011, Freiburg im Breisgau 2011.
- Maunz, Theodor/ Dürig, Günter (Hrsg.)*: Grundgesetz - Band 1, München 72. Ergl. 2014.
- McLean, Percy*: Die gerichtliche Zwischenverfügung („Hängebeschluss“) im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, LKV 2001, 107–111.
- Messerschmidt, Burkhard/ Voit, Wolfgang (Hrsg.)*: Privates Baurecht, München 2012, 2. Auflage.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/ Schweitzer, Heike*: Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2004, 2. Auflage.
- Meyer, Jürgen (Hrsg.)*: Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Baden-Baden 2014, 4. Auflage.
- Meyer-Ladewig, Jens (Hrsg.)*: EMRK – Handkommentar, Baden-Baden 2011, 3. Auflage.
- Meyke, Rolf*: Plausibilitätskontrolle und Beweis, NJW 2000, 2230–2235.
- Mises, Ludwig von*: Theorie des Geldes und der Umlaufsmittel, München/Leipzig 1912.
- Montag, Frank/ Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.)*: Münchener Kommentar Kartellrecht – Band 3 Beihilfen- und Vergaberecht, München 2011.
- Motzke, Gerd/ Pietzcker, Jost/ Priess, Hans-Joachim (Hrsg.)*: Beck'scher VOB-Kommentar, München 2002, 1. Auflage.
- Müller, Georg/ Rhinow, Rene/ Schmid, Gerhard/ Wildhaber, Luzius (Hrsg.)*: Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel – Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt am Main 1982.
- Müller-Wrede, Malte (Hrsg.)*: Kompendium des Vergaberechts, Köln 2008.
- Müller-Wrede, Malte (Hrsg.)*: GWB-Vergaberecht – Kommentar, Köln/ München 2009.

- Münch, Ingo v./ Kunig, Philip (Hrsg.):* Grundgesetz – Band 1, München 2000, 5. Auflage.
- Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.):* Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, München 2013, 10. Auflage.
- Nagel, Peter:* Problemaffinität und Problemvergessenheit, DÖV 2010, 268–275.
- Niestedt, Marian/ Hölzl, Franz Josef:* Zurück aus der Zukunft? Verfassungsmäßigkeit der Primärrechtsschutzbeschränkung im Vergaberecht oberhalb bestimmter Schwellenwerte, NJW 2006, 3680–3683.
- OECD,* Public Procurement in EU Member States – The Regulation of Contract Below the EU Thresholds and in Areas not Covered by the Detailed Rules of the EU Directives, SIGMA Papers No 45 vom 27.05.2010, abrufbar unter [http://www.oecd-ilibrary.org/governance/public-procurement-in-eu-member-states\\_5km91p7s1mxv-en](http://www.oecd-ilibrary.org/governance/public-procurement-in-eu-member-states_5km91p7s1mxv-en) (Stand 15.08.2014).
- Österreichischer Städtebund,* Stellungnahme zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2002 – BVergG) vom 01.02.2002 – 44/SN-281/ME, abrufbar unter [http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/ME/ME\\_00308\\_26/index.shtml](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/ME/ME_00308_26/index.shtml) (Stand 30.05.2014).
- Özfiat-Skubinn, Sirin:* Der Rechtsweg im Rechtsstreit über die Rechtmäßigkeit einer öffentlichen Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich, DÖV 2010, 1005–1013.
- Pache, Eckhart:* Das europäische Grundrecht auf einen fairen Prozess, NVwZ 2001, 1342–1347.
- Pache, Eckhart:* Der Staat als Kunde – System und Defizite des neuen deutschen Vergaberechts, DVBl. 2001, 1781–1792.
- Pachner, Franz:* Motive des Verhandlungsteams Bund-Länder zur Gestaltung eines österreichweit harmonisierten materiellen Vergaberechts, ZVB 2002, 89–95.
- Piduch, Erwin Adolf:* Bundeshaushaltsrecht, Stuttgart Juli 2012, 2. Auflage.
- Pietzcker, Jost:* Vergabeverordnung und Kaskadenprinzip aus verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Sicht, NZBau 2000, 64–66.
- Pietzcker, Jost:* Vergaberechtliche Sanktionen und Grundrechte, NZBau 2003, 242–249.
- Pietzcker, Jost:* Defizite beim Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte?, NJW 2005, 2881–2884.
- Portz, Norbert:* Beigeordneter des Deutschen Städte- und Gemeindebundes im IBR Interview, erschienen in IBR 2003, 397.
- Posser, Herbert/ Wolff, Heinrich Amadeus (Hrsg.):* Beck'scher Online-Kommentar VwGO, München 2013.
- Prieß, Hans-Joachim:* Handbuch des europäischen Vergaberechts – Gesamtdarstellung der EU/EWR-Vergaberegeln mit Textausgabe, Köln, Berlin/München 2005, 3. Auflage.
- Prieß, Hans-Joachim/ Gabriel, Marc:* Das Akteneinsichtsrecht im Zivilprozess als vergaberechtliches Rechtsschutzproblem, NJW 2008, 331–334.

- Prieß, Hans-Joachim/ Hölzl, Franz Josef*: Das Ende des rechtsfreien Raumes: Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz bei der Rüstungsbeschaffung, NZBau 2005, 367–373.
- Public Procurement Indicators 2012*, 12.11.2014, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/modernising\\_rules/public-procurement-indicators-2011\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/public-procurement-indicators-2011_en.pdf) (Stand 30.12.2014).
- Puhl, Thomas*: Der Staat als Auftraggeber, Bericht auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Leipzig vom 3. bis 6. Oktober 2000, VVDStRL 2001, 456–504.
- Pünder, Hermann*: Zu den Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge, VerwArch 2004, 38–62.
- Pünder, Hermann/ Schellenberg, Martin (Hrsg.)*: Vergaberecht – GWB, VgV, SektVO, VOL/A, VOB/A, VOF, Haushaltsrecht, Öffentliches Preisrecht Handkommentar, Baden-Baden 2011.
- Quaas, Michael/ Zuck, Rüdiger (Hrsg.)*: Prozesse in Verwaltungssachen, Baden-Baden 2011, 2. Auflage.
- Rechten, Stephan/ Junker, Maik*: Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts – oder: Nach der Reform ist vor der Reform, NZBau 2009, 490–493.
- Reidt, Olaf/ Stickler, Thomas/ Glahs, Heike (Hrsg.)*: Vergaberecht – Kommentar, Köln 2011, 3. Auflage.
- Reinhart, Oliver*: Das gläserne Amt, DÖV 2007, 18–24.
- Riese, Christoph/ Noll, Paul*: Europarechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte der Inländerdiskriminierung, NVwZ 2007, 516–521.
- Ruthig, Josef*: Verwaltungsrechtsschutz bei der staatlichen Auftragsvergabe? – Eine verwaltungsrechtliche Kritik der „Lenk Waffen“-Entscheidung des OVG Koblenz, NZBau 2005, 497–503.
- Sachs, Michael (Hrsg.)*: Grundgesetz – Kommentar, München 2009, 5. Auflage.
- Saenger, Ingo (Hrsg.)*: Zivilprozessordnung – FamFG, europäisches Verfahrensrecht ; Handkommentar, Baden-Baden 2013, 5. Auflage.
- Sauer, Ralf/ Hollands, Martin*: Mangelnder Rechtsschutz im Unterschwellenbereich – Verfassungsrechtliche Zweifel und politischer Handlungsbedarf, NZBau 2006, 763–768.
- Schenke, Wolf-Rüdiger*: Verwaltungsprozessrecht, Heidelberg 2012, 13. Auflage.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno (Hrsg.)*: Grundgesetz, Köln 2011, 12. Auflage.
- Schnieders, Ralf*: Die kleine Vergabe, DVBl. 2007, 287–291.
- Schoch, Friedrich/ Schneider, Jens-Peter/ Bier, Wolfgang (Hrsg.)*: Verwaltungsgerichtsordnung, München 2012.
- Schramm, Johannes/ Aicher, Josef/ Fruhmann, Michael/ Thienel, Rudolf*: Bundesvergabegesetz 2002 – Kommentar; Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2002 – BVergG), Wien 2005.
- Schulze, Reiner/ Zuleeg, Manfred/ Kadelbach, Stefan (Hrsg.)*: Europarecht, Baden-Baden 2010, 2. Auflage.

- Schwartz, Walter*: Die Neuerungen des BVergG 2006, RPA, 214–229.
- Schwarz, Kyrill-Alexander*: Das Postulat lückenlosen Grundrechtsschutzes, JZ 2000, 126-131.
- Schwarz, Kyrill-Alexander*: Gleichheitssatz, gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit und Geld der öffentlichen Hand, JZ 2001, 319–324.
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.)*: EU-Kommentar, Baden-Baden 2012, 3. Auflage.
- Siegel, Thorsten*: Effektiver Rechtsschutz und der Vorrang des Primärrechtsschutzes, DÖV 2007, 237–243.
- Sodan, Helge/ Ziekow, Jan*: VwGO – Großkommentar, Baden-Baden 2010, 3. Auflage.
- Streinz, Rudolf (Hrsg.)*: EUV/AEUV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, München 2012, 2. Auflage.
- Tettinger, Peter J./ Stern, Klaus (Hrsg.)*: EU-Grundrechtecharta, München 2006.
- Thienel, Rudolf*: Das Nachprüfungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz, WBI 1993, 373–390.
- Transparency International Deutschland e.V.*, Stellungnahme vom 03.09.2010, abrufbar unter <http://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Verwaltung/Vergabe/Stellungnahme%20Diskussionspapier%20BMW%20Rechtsschutz%20im%20Unter%20E2%80%A6.pdf> (Stand 28.06.2014).
- Triantafyllou, Dimitris*: Europäisierungsprobleme des Verwaltungsprivatrechts am Beispiel des öffentlichen Auftragsrechts, NVwZ 1994, 943–947.
- Ulmer, Detlef/ Pencereci, Turgut*: Eilrechtsschutz vor den Zivilgerichten bei Vergaben im Unterschwellenbereich, KommJur 2008, 81–86.
- Unabhängiger Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich*, Stellungnahme zu dem Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2002 – BVergG) vom 30.01.2002 – 16/SN-281/ME, abrufbar unter [http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/ME/ME\\_00308\\_02/index.shtml](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/ME/ME_00308_02/index.shtml) (Stand 30.05.2014).
- Vorwerk, Volkert/ Wolf, Christian (Hrsg.)*: Beck'scher Online-Kommentar ZPO, München 2013.
- Wagner, Volkmar/ Steinkemper, Ursula*: Zum Zusammenspiel von Kartellvergaberecht und Haushaltsvergaberecht – Insbesondere: Die subsidiäre Anwendbarkeit des Haushalts-Vergaberechts auf Vergaben oberhalb der Schwellenwerte, NZBau 2006, 550–555.
- Wegweiser*, Abschlussbericht über die Evaluierung der Vereinfachungsmaßnahmen bei der Vergabe von Aufträgen über Liefer- und Dienstleistungen nach dem Konjunkturpaket II (Projekt 62/09), abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/Studien/studie-evaluierung-vereinfachungsmaßnahmen-vergabe-von-aufträgen,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (Stand 14.08.2014).
- Weyand, Rudolf*: Vergabebezogenes Vertragsverletzungsverfahren: Das Ende des Grundsatzes "pacta sunt servanda"! *ibr-online* 2007, 504.

- 
- Weyand, Rudolf (Hrsg.):* Praxiskommentar– Zu GWB, VgV, VOB/A, VOL/A, VOF, SektVO mit sozialrechtlichen Vorschriften, München 2011, 3. Auflage.
- Widmann, Simon Philipp:* Vergaberechtsschutz im Unterschwellenbereich – Rechtsschutzmöglichkeiten unterlegener Bieter im öffentlichen Vergaberecht außerhalb des Geltungsbereiches des vierten Teiles des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), Baden-Baden 2008, 1. Auflage.
- Wiedmann, Ariane:* Anmerkung zu BVerwG, Beschluss vom 2.5.2007 6 B 10.07, BayVBl 2007, 768.
- Wiesner, Michael:* Die Beendigung vergaberechtswidriger Verträge, *ibr-online* 2012, 1109.
- Wirtschaftsprüferkammer,* Stellungnahme vom 18.08.2010, abrufbar unter [www.wpk.de/oeffentlichkeit/stellungnahmen/2010/](http://www.wpk.de/oeffentlichkeit/stellungnahmen/2010/) (Stand 28.06.2014).
- Wollenschläger, Ferdinand:* Das EU-Vergaberegime für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte, *NVwZ* 2007, 388–396.
- Wollenschläger, Ferdinand:* Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte nach der Entscheidung des BVerfG vom 13. Juni 2006: verfassungs- und verwaltungsrechtliche Determinanten, *DVBl.* 2007, 589–599.







