

**DAS ZWEIGETEILTE VERGABEWESEN –
EIN WIDERSPRUCH ZU DEN
VERFASSUNGSRECHTLICHEN ANFORDERUNGEN?**

Inauguraldissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch die Juristische Fakultät
der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

vorgelegt von

Nicola Juliane Grundmann

aus Düsseldorf

2004

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Johannes Dietlein

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Lothar Michael

Dekan: Prof. Dr. Horst Schlehofer

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Juni 2004

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2003/ 2004 von der juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität zu Düsseldorf als Dissertation angenommen. Sie berücksichtigt Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung bis Ende des Jahres 2003.

Mein Dank gilt insbesondere Herrn Professor Dr. Johannes Dietlein für die Betreuung der Dissertation. Während ihrer Erstellung hat er mir jederzeit als Ansprechpartner zur Verfügung gestanden und mich mit wertvollen Anregungen unterstützt.

Herrn Professor Dr. Lothar Michael danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, den Mitarbeitern des juristischen Dekanats der Heinrich-Heine-Universität für die freundliche und zuvorkommende Promotionssachbearbeitung.

Dank sagen möchte ich auch allen Freunden für die fachliche und technische Unterstützung bei der Erstellung der Arbeit.

Schließlich bedanke ich mich ganz herzlich bei meinen Eltern, die meine juristische Ausbildung erst ermöglicht haben. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Düsseldorf, im Juni 2004

Nicola Grundmann

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XV
1. Teil	
Einleitung	1
§ 1 <i>Begriff und Rechtsnatur des Vergaberechts</i>	3
§ 2 <i>Rechtsentwicklung</i>	5
A. Europäisches Gemeinschaftsrecht	5
I. Gemeinschaftsrechtliche Grundlagen	5
1. Primäres Gemeinschaftsrecht	6
a. Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG	7
b. Die Grundfreiheiten des gemeinsamen Marktes	8
aa. Der freie Warenverkehr, Art. 28 EG	8
bb. Der freie Personen- und Dienstleistungsverkehr, Art. 39 ff., 43 ff., 49 ff. EG	9
c. Die Wettbewerbsregeln, Art. 81, 82 EG	10
d. Das Beihilfenverbot, Art. 87 ff. EG	11
2. Sekundäres Gemeinschaftsrecht	12
a. Die Koordinierungsrichtlinien	13
b. Die Rechtsmittelrichtlinien	17
II. Vergaberecht in den Außenbeziehungen der Europäischen Union	18
B. Nationales Vergaberecht	21
I. Historische Entwicklung	21
II. Aktuelle Rechtslage	22
1. Rechtslage oberhalb der Schwellenwerte	23
2. Rechtslage unterhalb der Schwellenwerte	25
III. Landesrecht	27
1. Vergabegesetze der Länder	27
2. Regeln der Länder über das Nachprüfungsverfahren	29
§ 3 <i>Einführung in die Problematik</i>	29
2. Teil	
Die Entwicklung der Schwellenwerte im deutschen Recht	33
3. Teil	
Das Urteil des Österreichischen VerfGH	39
§ 1 <i>Urteilsbegründung unter Bezugnahme auf die Kritik der Bundesregierung</i>	40
§ 2 <i>Parallelen zur deutschen Rechtslage</i>	43
§ 3 <i>Einflussnahme des Urteils auf die österreichische Gesetzeslage</i>	44
4. Teil	
Die Verfassungsmäßigkeit des zweigeteilten Vergaberechts	47
§ 1 <i>Die Vereinbarkeit mit den Grundrechten</i>	47

A. Exkurs: Die Grundrechtsbindung öffentlicher Auftraggeber	47
B. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG	48
I. Vereinbarkeit im Hinblick auf die Differenzierung zwischen Aufträgen oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte	49
1. Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte	50
2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	51
a. Zweck der Regelungstechnik als Rechtfertigungsgrund?	52
b. Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie als Rechtfertigungsgrund?	54
3. Stellungnahme	55
II. Inländerdiskriminierung	56
1. Begriffsbestimmung	56
2. Anwendbarkeit des allgemeinen Gleichheitssatzes	57
3. Bezugnahme auf die vorliegende Problematik	58
III. Ergebnis	60
C. Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG	61
I. Eingriff in den Schutzbereich	61
II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	63
D. Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 GG	65
I. Anwendbarkeit auf das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe	65
II. Vereinbarkeit	66
1. Subjektive Rechte und Rechtsschutzmöglichkeiten im Vergaberecht	67
2. Subjektive Rechte und Rechtsschutzmöglichkeiten im Oberschwellenbereich	68
a. Subjektive Bieterrechte	68
b. Rechtsschutzmöglichkeiten	69
aa. Vergabeprüfstellen, § 103 GWB	70
bb. Das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer, §§ 102-115 GWB	72
(1) Antragsbefugnis und Rechtsschutzbedürfnis, § 107 Abs. 2 GWB	72
(2) Rügepflicht, § 107 Abs. 3 GWB	73
(3) Form und Begründung des Antrags, § 108 GWB	74
(4) Frist	74
(5) Gang des Verfahrens und Entscheidung	75
(6) Aufschiebende Wirkung des Nachprüfungsantrags, § 115 Abs. 1 GWB	76
(7) Die Voraberteilung des Zuschlags, § 115 Abs. 2 S. 1 GWB	76
cc. Rechtsschutz vor dem Oberlandesgericht, §§ 116-124 GWB	77
(1) Das Verfahren der sofortigen Beschwerde, §§ 116 ff. GWB	77
(2) Suspensiveffekt, § 118 GWB	78
(3) Vorabentscheidung über den Zuschlag, §§ 121 f. GWB	79
(4) Beschwerdeentscheidung, § 123 GWB	80
dd. Sekundärrechtsschutz der Bieter	81
ee. Exkurs: Europarechtliche Bieterrechtsbehelfe	82
c. Bezugnahme auf Art. 19 Abs. 4 GG	83
aa. Vergabekammern als Kontrollinstanzen der Exekutive	83
bb. Vorabentscheidung über den Zuschlag	84
cc. Fazit	86
3. Subjektive Rechte und Rechtsschutzmöglichkeiten im Unterschwellenbereich	87

a. Subjektive Bieterrechte	87
aa. Gemeinschaftsrecht	87
bb. Verfassungsrecht	89
(1) Der allgemeine Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG	89
(2) Die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	90
cc. Einfachgesetzliches Recht	91
(1) Kartell- und wettbewerbsrechtliche Anspruchsgrundlagen	91
(2) Anspruchsgrundlagen des allgemeinen Zivilrechts	92
(3) Im Besonderen: Ansprüche aus culpa in contrahendo (c.i.c.)	93
dd. Subjektive Rechtspositionen in den Landesgesetzen	94
ee. Zusammenfassung	95
b. Rechtsschutzmöglichkeiten	95
aa. Behördlicher Rechtsschutz	95
bb. Gerichtlicher Rechtsschutz	97
(1) Rechtsweg	98
(2) Primärrechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten	99
(3) Sekundärrechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten	102
cc. Fazit	102
c. Bezugnahme auf Art. 19 Abs. 4 GG	103
d. Rechtfertigung	106
e. Fazit	107
4. Verfassungskonforme Auslegung der Schwellenwertregelung?	107
III. Ergebnis	108
E. Ergebnis	108
§ 2 <i>Kollision mit sonstigen Verfassungsnormen und Prinzipien</i>	109
A. Bindung des Gesetzgebers an die Staatsprinzipien	109
B. Vereinbarkeit mit Art. 80 Abs. 1 GG	111
I. Anwendbarkeit des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG	112
II. Vereinbarkeit	113
C. Ergebnis	116
§ 3 <i>Gesamtergebnis zum 4. Teil</i>	116
5. Teil	
Sonstige Behandlung von Schwellenwerten bzw. betragsmäßigen Begrenzungen im nationalen Recht	117
§ 1 <i>Die Streitwertgrenzen</i>	117
§ 2 <i>Bagatellgrenzen</i>	119
§ 3 <i>Kartellrechtlich festgesetzte Schwellenwerte</i>	120
A. Das kartellrechtliche Zusammenschlussverfahren	120
B. Vergleichbarkeit mit den §§ 35 ff. GWB	121
§ 4 <i>Gesamtergebnis zum 5. Teil</i>	123
6. Teil	
Lösungsansatz	125
§ 1 <i>Übertragbarkeit der §§ 97 ff. GWB auf den Unterschwellenbereich?</i>	125
§ 2 <i>Eingliederung eines (vereinfachten) Verfahrens- und Rechtsschutzsystems in vorhandene Normstrukturen</i>	127

A. Gesetzliche Normierung des Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich	127
I. Umfang des Unterschwellenbereichs	127
II. Inhaltliche Anforderungen an das Vergabeverfahren	128
III. De minimis - Schwellen	130
B. Einführung von Rechtsschutzvorschriften im Unterschwellenbereich	131
I. Die Verpflichtung des Gesetzgebers zur Schaffung subjektiver Rechtspositionen	132
1. In den Verdingungsordnungen enthaltene subjektive Rechtspositionen	132
2. Das Erfordernis weiterer Anspruchsgrundlagen	133
II. Das Erfordernis eines mehrstufigen Rechtsschutzverfahrens	134
III. De-minimis Schwellen	135
IV. Erstüberprüfung durch eine Behörde	136
1. Vergabenachprüfung durch die Rechnungshöfe	137
a. Rechtliche Stellung und Aufgabenbereiche der Rechnungshöfe	137
b. Eignung der Rechnungshöfe als vergaberechtliche Überprüfungsinstanzen	138
2. Vergabenachprüfung durch vergabespezifische Behörden	140
a. Verfahrensvoraussetzungen	140
aa. Erfordernis eines Antragsverfahrens	141
bb. Antragsbefugnis und Rechtsschutzbedürfnis	141
cc. Rügepflicht	142
dd. Form und Begründung	142
ee. Antragsfrist	143
ff. Suspensiveffekt	143
gg. Voraberteilung des Zuschlags	144
b. Entscheidung der Vergabekammer	145
c. Fazit	145
V. Die gerichtliche Kontrolle behördlicher Nachprüfungsentscheidungen	146
1. Rechtsweg	146
2. Verfahrensvoraussetzungen	148
a. Beschwerdebefugnis	148
b. Beschwerdefrist	148
c. Form	149
d. Suspensiveffekt	149
e. Beschwerdeentscheidung	150
3. Sekundärrechtsschutz	150
4. Fazit	151
C. Gesetzlicher Standort	151
D. Zusammenfassung	153
7. Teil	
Zusammenfassung und Thesen	155

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz.	Bundesanzeiger
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BayBauVG	Bayrisches Bauaufträge - Vergabegesetz
BB	Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundshaushaltsordnung
BKR	Baukoordinierungsrichtlinie (93/37/EWG)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVergG	Bundesvergabegesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
c.i.c.	culpa in contrahendo
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DLR	Dienstleistungskoordinationsrichtlinie (92/50/EWG)

DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Drucks.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
ECU	European Currency Unit
EG	Europäische Gemeinschaften/ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der neuesten Fassung
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in alter Fassung
Einl.	Einleitung
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuVgR	Europäisches Vergaberecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende (singular)
ff.	folgende (plural)
Fn.	Fußnote
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GewArch.	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
GO	Geschäftsordnung
GPA	Government Procurement Agreement
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGrG	Haushaltsgrundsätze-gesetz
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
insbes.	insbesondere
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht

KOM	Dokument der Europäischen Kommission
LG	Landgericht
LHO	Landeshaushaltsordnung
lit.	litera
LKR	Lieferkoordinierungsrichtlinie (93/36/EWG)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MinBIFin.	Ministerialblatt des Bundesministers der Finanzen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nds.	Niedersachsen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
OLG	Oberlandesgericht
RdErl.	Runderlass
RefE	Referentenentwurf
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite/ Satz
s.	siehe
SaarBauVG	Saarländisches Bauaufträge – Vergabegesetz
SächsVergabeG	Sächsisches Vergabegesetz
SKR	Sektorenkoordinationsrichtlinie (93/38/EWG)
Slg.	Amtliche Sammlung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte
StVergG	Steiermärkisches Vergabegesetz
s.u.	siehe unten
TariftG NRW	Tariffreuegesetz Nordrhein - Westfalen
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen

UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VergabeG LSA	Vergabegesetz Sachsen - Anhalt
VergR	Vergaberecht
VersR	Versicherungsrecht
VG	Verwaltungsgericht
VgG Bln	Berliner Vergabegesetz
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VgRÄG	Vergaberechtsänderungsgesetz
VgV	Vergabeverordnung
VK	Vergabekammer
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
VOB/A	Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil A
VOF	Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen
VOL	Verdingungsordnung für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen
VOL/A	Verdingungsordnung für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen, Teil A
VÜA	Vergabeüberwachungsausschuss
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigungen der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WBI.	Wirtschaftsblätter
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WTO	World Trade Organisation
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb – Entscheidungssammlung
z.B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

ZVgR	Zeitschrift für deutsches und internationales Vergaberecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Literaturverzeichnis

Axer, Peter

Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht, DVBl. 2001, S. 1322 – 1332.

Bechtold, Rainer

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 3. Auflage, München 2002 (zitiert: Bechtold, GWB, §, Rn.).

Binder, Jens-Hinrich

Effektiver Rechtsschutz und neues Vergaberecht – Überlegungen zur Verfassungsmäßigkeit der Differenzierung nach Schwellenwerten in §§ 97 ff. GWB, ZZP 2000, S. 195 – 217.

Bleckmann, Albert

Die umgekehrte Diskriminierung (discrimination à rebours) im EWG-Vertrag, RIW 1985, S. 917 – 921.

Boesen, Arnold

Vergaberecht, Kommentar zum 4. Teil des GWB, 1. Auflage, Köln 2000 (zitiert: Boesen, Vergaberecht, §, Rn.).

ders.,

Das Vergaberechtsänderungsgesetz im Lichte der europarechtlichen Vorgaben, EuZW 1998, S. 551 – 559.

ders.,

Deutsches Vergaberecht auf dem Prüfstand des Gemeinschaftsrechts, EuZW 1997, S. 713 – 719.

ders.,

Der Rechtsschutz des Bieters bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NJW 1997, S. 345 – 352.

ders.,

Die Gerichtsqualität der Vergabeüberwachungsausschüsse i.S. des Art. 177 EGV, *EuZW* 1996, S. 583 – 587.

Brenner, Michael

Die Umsetzung der Richtlinien über öffentliche Aufträge in Deutschland, Beiheft 1 zu *EuR* 1996, S. 23 – 46.

Buß, Thomas

De minimis non curat lex, *NJW* 1998, S. 337 – 344.

Bydlinski, Franz

Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, Wien 1991.

Byok, Jan

Das neue Vergaberecht, *NJW* 1998, S. 2774 – 2779.

Byok, Jan/ Jaeger, Wolfgang

Kommentar zum Vergaberecht, 2. Auflage, Heidelberg 2003 (zitiert: Bearbeiter, in: *Byok/ Jaeger, Vergaberecht, §, Rn.*).

Callies, Christian/ Ruffert, Matthias

Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied 1999 (zitiert: *Callies/ Ruffert, Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art., Rn.*).

Däubler-Gmelin, Herta

Kann das neue Vergaberecht noch bis zum Ende der Legislaturperiode beschlossen werden?, *EuZW* 1997, S. 709 – 713.

Danwitz, v. Thomas

Die Garantie des effektiven Rechtsschutzes im Recht der Europäischen Gemeinschaft, *NJW* 1993, S. 1108 – 1115.

Daub, Walter/ Eberstein, Hans-Hermann

Kommentar zur VOL/A, 5. Auflage, Düsseldorf 2000 (zitiert: Daub/
Eberstein, VOL/A, §, Rn.).

Degenhart, Christoph

Staatsorganisationsrecht, 19. Auflage, Heidelberg 2003 (zitiert: Degen-
hart, Staatsrecht I, Rn.).

Dehmer, Hans/ Batke-Spitzer, Brigitte

Die Einführung des Euro zum 1.1.1999 – Europarechtliche Rahmenbe-
dingungen, aktuelle nationale Gesetzesvorhaben und ihre Auswirkung
auf die Beratungspraxis, DStR 1998, S. 36 – 46.

Dreher, Meinrad

Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2002, S.
419 – 430.

ders.,

Die Zukunft des untergesetzlichen Vergaberechts, NVwZ 1999, S. 1265
– 1273.

ders.,

Die Kontrolle der Anwendung des Vergaberechts in Europa, EuZW
1998, S. 197 – 203.

ders.,

Richtlinienumsetzung durch Exekutive und Judikative?, EuZW 1997, S.
522 – 525.

ders.,

Die Neugestaltung des Vergaberechtsschutzes, NVwZ 1997, S. 343 –
350.

ders.,

Perspektiven eines europa- und verfassungsrechtskonformen Vergaberechtsschutzes, NVwZ 1996, S. 345 – 347.

ders.,

Anmerkungen zum EuGH, Urteil vom 11.8.1995, Rs. C-433/93, Kommission./ Bundesrepublik Deutschland, EuZW 1995, S. 637 – 638.

ders.,

Der Rechtsschutz bei Vergabeverstößen nach „Umsetzung“ der EG-Vergaberichtlinien, ZIP 1995, S. 1869 – 1879.

Dreier, Horst

Grundgesetz, Kommentar, Band I, Art. 1 – 19, Tübingen 1996 (zitiert: Bearbeiter, in: Dreier, GG, Art., Rn.).

Drey, Franz

Bundesrat: „Nochmals überdenken!“ – Zahlreiche Änderungsvorschläge zum VgRÄG-Entwurf, VergR 1997, S. 13.

ders.,

Ein potentielles Minenfeld – Die neuen GPA-Regularien stehen bevor, EuVgR 1995, S. 162.

Drügemöller, Albert

Vergaberecht und Rechtsschutz – Der inter- und supranationale Rahmen und seine Ausgestaltung in Deutschland, 1. Auflage, Berlin/Heidelberg 1999 (zitiert: Drügemöller, Vergaberecht und Rechtsschutz, S.).

Eberstein, Hans Hermann

Öffentliches Auftragswesen im Umbruch – Neuordnung des Lieferbereiches (VOL/A), BB 1994, S. 1230 – 1236.

Eggenberger, Edmund

Auch Vergaben unter den EU-Schwellenwerten einbeziehen, VergR 1997, S. 15.

Elsner, Bernt/ Keisler, Robert

Entwurf eines Bundesvergabegesetzes 2002, ecolex 2002, S. 166 – 169.

Elze, Hans

Lücken im Gesetz, München 1916.

Emmerich, Volker

Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg 1969.

Erdl, Cornelia

Der neue Vergaberechtsschutz, Dissertation, Düsseldorf 1999 (zitiert: Erdl, Der neue Vergaberechtsschutz, Rn.).

Erichsen, Hans-Uwe

Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Auflage, Berlin 2002 (zitiert: Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, §, Rn.).

Eyermann, Erich/ Fröhler, Ludwig

Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 11. Auflage, München 2000 (zitiert: Bearbeiter, in: Eyermann/ Fröhler, VwGO, §, Rn.).

Faber, Angela

Drittschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, DÖV 1995, S. 403 – 413.

Fastenrath, Ulrich

Inländerdiskriminierung, JZ 1987, S. 170 – 178.

Feber, Andreas

Schadensersatzansprüche bei der Auftragsvergabe nach VOB/A, Dissertation, Düsseldorf 1987.

Fischer, Frank O.

§ 495 a ZPO – eine Bestandsaufnahme des „Verfahrens nach billigem Ermessen“, MDR 1994, S. 978 – 983.

Forsthoff, Ernst

Der Staat als Auftraggeber, Stuttgart 1963 (zitiert: Forsthoff, Der Staat als Auftraggeber, S.).

Frank, Kirsten Michaele

Die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union, Studien zu Finanzen, Geld und Kapital, Band 11, Berlin 2000 (zitiert: Frank, Koordinierung der Vergabe, S.).

Franke, Horst

Referentenentwurf – Eine kritische Beurteilung, ZVgR 1997, S. 155 – 157.

Freitag, Martin

Vergaberechtsschutz unterhalb der europäischen „Schwellenwerte“, NZBau 2002, S. 204 – 206.

Gehrlein, Markus

Kein präventiver Rechtsschutz durch einstweilige Verfügung in Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2001, S. 483 – 484.

Geiger, Rudolf

EUV/EGV, Kommentar, 3. Auflage, München 2000 (zitiert: Geiger, EUV/EGV, Art., Rn.).

Götz, Walter

Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, Frankfurt am Main 1999 (zitiert: Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, S.).

Götzke, Norbert

Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Dissertation, Tübingen 2000.

Gottwald, Peter

Gutachten A für den 61. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des einundsechzigsten deutschen Juristentages, Band 1, Karlsruhe 1996 (zitiert: Gottwald zum 61. DJT, I A, S.).

Grabitz, Eberhard/ Hilf, Meinhard

Das Recht der Europäischen Union, Band 1: EUV/ EGV (Amsterdamer Fassung), München 2003 (zitiert: Bearbeiter, in: Grabitz/ Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art., Rn.).

Gramlich, Ludwig

Das Recht der öffentlichen Aufträge nach Abschluss der Uruguay-Runde des GATT, RIW 1995, S. 793 – 803.

Groeben, Hans von der/ Boeckh, Hans von

Handbuch des Europäischen Rechts, Baden-Baden 1983 (zitiert: Handbuch des Europäischen Rechts, Art., Rn.).

Gröning, Jochem

Die Grundlagen des neuen Vergaberechtsschutzes, ZIP 1999, S. 52 – 58.

ders.,

Das Beschwerdeverfahren im neuen Vergaberecht, ZIP 1999, S. 181 – 186.

ders.,

Rechtsschutzqualität und Verfahrensbeschleunigung im Entwurf für ein Vergaberechtsänderungsgesetz, ZIP 1998, S. 370 – 378.

ders.,

Die Rechte der Bieter in der Vergabeüberwachung, WuW 1995, S. 985 – 1000.

Hammerl, Christoph

Inländerdiskriminierung, Dissertation, Bayreuth 1996 (zitiert: Hammerl, Inländerdiskriminierung, S.).

Heiermann, Wolfgang/ Ax, Thomas,

Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Wiesbaden 1997.

Heiermann, Wolfgang/ Riedl, Richard/ Rusam, Martin

Handkommentar zur VOB, 10. Auflage, Wiesbaden 2003 (zitiert: Bearbeiter, in: Heiermann/ Riedl/ Rusam, VOB, §, Rn.).

Heinrichs, Joachim

Verfassungswidrigkeit des neuen § 495 a ZPO?, NJW 1991, S. 2815 – 2816.

Hermes, Georg

Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe, JZ 1997, S. 909 – 915.

Hertwig, Stefan

Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (VOB/VOL/VOF), 2. Auflage, München 2001.

ders.,

Das neue Vergaberecht ist komplett, DStR 2001, S. 172 – 174.

ders.,

Die neue Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF), MDR 1998, S. 194 – 197.

Hopp, Torsten

Das Verhältnis des Vergaberechts zum Wettbewerbs- und Kartellrecht am Beispiel des Berliner Vergabegesetzes, DB 2000, S. 29 – 34.

Huber, Peter

Der Schutz des Bieters im öffentlichen Auftragswesen unterhalb der sog. Schwellenwerte, JZ 2000, S. 877 – 882.

ders.,

Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, Tübingen 1991 (zitiert: Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S.).

Huster, Stefan

Rechte und Ziele, Berlin 1993 (zitiert: Huster, Rechte und Ziele, S.).

Ihnen, Hans-Jürgen

Grundzüge des Europarechts, 2. Auflage, München 2000 (zitiert: Ihnen, Grundzüge des Europarechts, S.).

Immenga, Ulrich/ Mestmäcker, Ernst-Joachim

GWB, Kommentar, 3. Auflage, München 2001 (zitiert: Bearbeiter, in: Immenga/ Mestmäcker, §, Rn.).

Ingenstau, Heinz/ Korbion, Hermann

VOB, Teile A und B, Kommentar, 14. Auflage, Düsseldorf 2001 (zitiert: Ingenstau/ Korbion, VOB, §, Rn.).

Ipsen, Hans-Peter

Öffentliche Subventionierung Privater, Berlin 1956 (zitiert: Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, S.).

Jaeger, Wolfgang

Die Rechtsprechung der OLG-Vergabesenate im Jahre 2000, NZBau 2001, S. 289 – 301.

Jagenburg, Walter

Die Entwicklung des privaten Bauvergaberechts seit 1996: VOB Teil A, NJW 1998, S. 2398 – 2402.

Jarass, Hans D./ Pieroth, Bodo

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 6. Auflage, München 2002 (zitiert: Bearbeiter, in: Jarass/ Pieroth, GG, Art., Rn.).

Jestaedt, Matthias

Demokratie unter Bagatellvorbehalt – zu Bedeutung und Rechtfertigung eines demokratischen Bagatellvorbehalts, Der Staat 1993, S. 29 – 56.

Jestaedt, Thomas/ Kemper, Klaus/ Marx, Fridhelm/ Prieß, Hans-Joachim

Das Recht der Auftragsvergabe, Darmstadt 1999 (zitiert: Bearbeiter, in: Jestaedt/ Kemper/ Marx/ Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, S.).

Kapellmann, Klaus D.

Jahrbuch Baurecht, Düsseldorf 1998 (zitiert: Kapellmann, Jahrbuch Baurecht, S.).

Kisker, Gunter

Sicherung von „Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit“ durch den Rechnungshof, NJW 1983, S. 2167 – 2172.

Kissel, Otto Rudolf

Gerichtsverfassungsgesetz, 3. Auflage, München 2001 (zitiert: Kissel, GVG, §, Rn.).

Koch, Robert

Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Verfahrensrecht, EuZW 1995, S. 78 – 85.

Köhler, Helmut/ Piper, Henning

Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 3. Auflage, München 2002 (zitiert: Köhler/ Piper, UWG, §, Rn.).

Köhler, Helmut/ Steindorff, Ernst

Öffentlicher Auftrag, Subvention und unlauterer Wettbewerb, NJW 1995, S. 1705 – 1710.

Kopp, Ferdinand O./ Schenke, Wolf-Rüdiger

Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 13. Auflage, München 2003 (zit.: Kopp/ Schenke, VwGO, §, Rn.).

Korbion, Hermann

Zusatzband: Vergaberechtsänderungsgesetz, Kommentar, Düsseldorf 1999 (zitiert: Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, §, Rn.).

Krist, Matthias

Die Neuordnung des Vergaberechtsschutzes unterhalb der EU-Auftragsschwellenwerte – ein Modell de lege feranda, Dissertation, Frankfurt am Main 2001.

ders.

Gerichtlicher Rechtsschutz in Vergabeverfahren unterhalb der EU-Auftragsschwellenwerte, VergR 2001, S. 373 – 376.

Kunnert, Gerhard

WTO-Vergaberecht, 1. Auflage, Baden-Baden 1998 (zitiert: Kunnert, WTO-Vergaberecht, S.).

Kunze, Axel

§ 495 a ZPO – mehr Rechtsschutz ohne Zivilprozeßrecht?, NJW 1995, S. 2750 – 2753.

Lampe-Helbig, Gudrun/ Wörmann, Klaus

Handbuch der Bauvergabe, 2. Auflage, München 1995 (zitiert: Lampe-Helbig/ Wörmann, Handbuch der Bauvergabe, Rn.).

Langen, Eugen/ Bunte, Hermann-Josef

Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage, Neuwied 2001 (zitiert: Langen/ Bunte, Kartellrecht, §, Rn.).

Langen, Werner

GPA: Rechtsanpassung auf Mindestniveau – Das Europäische Parlament setzt sich weitestgehend durch, VergR 1997, S. 27.

Larenz, Karl

Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin 1991.

Lehning, Heinrich

Das Verbot der Diskriminierung von Lieferanten im deutschen und europäischen Recht, WuW 1966, S. 3 - 29.

Leinemann, Ralf/ Weihrauch, Oliver

Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Köln 1999 (zitiert: Leinemann/ Weihrauch, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Rn.).

Löwenich, Gerhard von

Die Schwellenwerte im Lichte des Verfassungsrechts, ZVgR 1999, S. 34 – 39.

Lücke, Jörg

Die Berufsfreiheit, Heidelberg 1994 (zitiert: Lücke, Die Berufsfreiheit, S.).

Mader, Oliver

Entwicklungslinien in der neueren EuGH-Rechtsprechung zum materiellen Recht im öffentlichen Auftragswesen, EuZW 1999, S. 331 – 340.

Malmendier, Bertrand

Vergaberecht, quo vadis?, DVBI 2000, S. 963 – 969.

Mampel, Dietmar

Aktuelle Entwicklungen im öffentlichen Baunachbarrecht, DVBI. 1994, S. 1053 – 1058.

Mangoldt, Hermann von/ Klein, Friedrich/ Starck, Christian

Das Bonner Grundgesetz, Band 1 - 3, Art. 1 – 19, 4. Auflage, München 1999 - 2001 (zitiert: Bearbeiter, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Art., Rn.).

Maunz, Theodor

Selbstbindungen der Verwaltung, DÖV 1981, S. 497 – 503.

Maunz, Theodor/ Dürig, Günter/ Herzog, Roman/ Scholz, Rupert

Grundgesetz, Kommentar, Loseblatt, Stand: Februar 2003, München (zitiert: Bearbeiter, in: Maunz/ Dürig/ Herzog/ Scholz, GG, Art., Rn.).

Mertens, Hans-Joachim

Die Selbstbindung der Verwaltung aufgrund des Gleichheitssatzes, Hamburg 1963 (zitiert: Die Selbstbindung der Verwaltung, S.).

Meyer, Timm R.

Rechtsquellen des Vergaberechts, in: *Schwarze, Jürgen*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, S. 47 – 60, 1. Auflage, Baden-Baden 2000 (zitiert: Meyer, Rechtsquellen des Vergaberechts, S.).

Müller-Wrede, Malte

Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF), Kommentar, 1. Auflage, Düsseldorf 1999 (zitiert: Bearbeiter, in: Müller-Wrede, VOF, §, Rn.).

Münch, Ingo von/ Kunig, Philip

Grundgesetz – Kommentar, Band 1, 5. Auflage, München 2000 (zitiert: Bearbeiter, in: v. Münch, GG, Art., Rn.).

Nicolaysen, Gert

Europarecht, Band 1, 1. Auflage, Baden-Baden 1996 (zitiert: Nicolaysen, Europarecht, S.).

Niebuhr, Frank/ Kulartz, Hans-Peter/ Kus, Alexander/ Portz, Norbert

Kommentar zum Vergaberecht, 4. Teil des GWB, Neuwied 2000 (zitiert: Bearbeiter, in: Niebuhr/ Kulartz/ Kus/ Portz, Vergaberecht, §, Rn.).

Nierhaus, Michael

Bestimmtheitsgebot und Delegationsverbot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG und der Gesetzesvorbehalt der Wesentlichekeitstheorie, in: *Joa-chim Burmeister* (Hrsg.), *Verfassungsstaatlichkeit*, Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, herausgegeben von:, München 1997, S. 717 - 732 (zitiert: Nierhaus, in: Festschrift Stern, S.).

Noch, Rainer

Vergaberecht kompakt, 2. Auflage, Düsseldorf 2002 (zitiert: Noch, Vergaberecht kompakt, S.).

ders.

Die Vergabe von Staatsaufträgen und der Rechtsschutz nach europäischem und deutschem Recht, Dissertation, Unkel am Rhein 1998 (zitiert: Noch, die Vergabe von Staatsaufträgen, S.).

ders.,

Die Revision des Vergaberechts – Bestandsaufnahme und kritische Analyse, ZfBR 1997, S. 221 – 227.

Öhler, Matthias

Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union, Wien 1997 (zitiert: Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge).

Oppermann, Thomas

Europarecht, 2. Auflage, München 1999 (zitiert: Oppermann, Europarecht, Rn.).

Ossenbühl, Fritz

Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, S. 513 – 524.

Palandt, Otto

Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 62. Auflage, München 2003 (zitiert: Bearbeiter, in: Palandt, §, Rn.).

Pernice, Ingolf/ Kadelbach, Stefan

Verfahren und Sanktionen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, DVBI 1996, S. 1100 – 1114.

Pestalozza, Christian

Art. 19 IV GG – nur eine Garantie des Fachgerichtsweges gegen die Verletzung von Bundesgrundrechten i.S. der Art. 1-17 GG, NVwZ 1999, S. 140 – 143.

Pieroth, Bodo/ Schlink, Bernhard

Grundrechte Staatsrecht II, 19. Auflage, Heidelberg 2003 (zitiert: Pieroth/ Schlink, Grundrechte, Rn.).

Pietzcker, Jost

Änderungen des Rechtsschutzes bei der Auftragsvergabe, in: *Bender, Bernd/ Breuer, Rüdiger/ Ossenbühl, Fritz/ Sendler, Horst* (Hrsg.), *Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz*, Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag, München 1993, S. 501 - 514 (zitiert: Pietzcker, in: Festschrift für Konrad Redeker, S.).

ders.,

Die Staatshaftung als Instrument des Verwaltungshandelns – Recht und Praxis der Beschaffungsverträge in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1978 (zitiert: Pietzcker, *Die Staatshaftung als Instrument des Verwaltungshandelns*, S.).

ders.,

Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, *NVwZ* 1983, S. 121 – 125.

ders.,

Die neue Gestalt des Vergaberechts, *ZHR* 162 (1998), S. 427 – 473.

ders.,

Vergaberechtliche Sanktionen und Grundrechte, *NZBau* 2003, S. 242 – 249.

Prieß, Hans Joachim

Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, Köln/Berlin/Bonn/München 1994.

ders.,

Rechtsschutz und Ersatzansprüche nicht berücksichtigter Bieter, in: *Öffentliches Auftragswesen im Umbruch*, 7. Band *Iburger Gespräche*, Herausgeber: *Ipsen, Jörn*, S. 81 – 92, Osnabrück 1997 (zitiert: *Rechtsschutz und Ersatzansprüche*, S.).

ders.,

Das Öffentliche Auftragswesen in den Jahren 1994 und 1995, EuZW 1996, S. 357 – 364.

ders.,

Das Öffentliche Auftragswesen im Jahre 1996, EuZW 1997, S. 391 – 398.

ders.,

Ubi ius, Ibi Remedium!, EuZW 1995, S. 793 – 794.

Prütting, Hanns

Die Zulässigkeit der überörtlichen Anwaltssozietäten nach geltendem Recht, JZ 1989, S. 705 – 712.

Puhl, Thomas

Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), S. 456 – 512.

Redeker, Konrad

Ist der Rechtsstaat wirklich in Gefahr?, NJW 1996, S. 1870 – 1872.

Reidt, Olaf/ Stickler, Thomas/ Glaes, Heike

Kommentar zum Vergaberecht (4. Teil des GWB), 2. Auflage, Köln 2003 (zitiert: Bearbeiter, in: Reidt/ Stickler/ Glaes, Vergaberecht, §, Rn.).

Reitmaier, Marion-Angela

Inländerdiskriminierungen nach dem EWG-Vertrag, Dissertation, Kehl am Rhein 1989 (zitiert: Reitmaier, Inländerdiskriminierungen, S.).

Riese, Christoph

Vergaberecht, Berlin/Heidelberg 1998 (zitiert: Riese, Vergaberecht, S.).

Rittner, Fritz

Das deutsche Öffentliche Auftragswesen im europäischen Kontext, NVwZ 1995, S. 313 – 320.

Rittner, Fritz/ Stephan, Klaus-Dieter

Die Konkurrentenklage im Subventionsrecht, GewArch 1985, S. 177 – 187.

Ruffert, Matthias

Subjektive Rechte im Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft, Dissertation, Heidelberg 1996 (zitiert: Ruffert, Subjektive Rechte, S.).

Sachs, Michael

Grundgesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 2003 (zitiert: Bearbeiter, in: Sachs, GG, Art., Rn.).

Schilling, Theodor

Gleichheitssatz und Inländerdiskriminierung, JZ 1994, S. 8 – 17.

Schlachter, Hedwig

Discrimination à rebours – die Inländerdiskriminierung nach der Rechtsprechung des EuGH und des französischen Conseil d`Etat, Dissertation, Frankfurt am Main 1984 (zitiert: Schlachter, Discrimination à rebours, S.).

Schneevogl, Kai-Uwe/ Horn, Lutz

Das Vergaberechtsänderungsgesetz, NVwZ 1998, S. 1242 – 1245.

Schnorbus, York

Der Schadensersatzanspruch des Bieters bei der fehlerhaften Vergabe öffentlicher Aufträge, BauR 1999, S. 77 – 106.

Schumacher, Friedrich Arndt

Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, Dissertation, Regensburg 1998.

Schwappach, Jürgen/ Andreae, Phillip

EU-Rechtshandbuch für die Wirtschaft, 2. Auflage, München 1996 (zitiert: Schwappach/ Andreae, EU-Rechtshandbuch, §, Rn.).

Schwarze, Jürgen

Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, EuZW 2000, S. 133 – 144, ebenso in: *Schwarze, Jürgen*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, S. 13 – 45, 1. Auflage, Baden-Baden 2000.

Städling, Jörg

Anwendung des § 495 a ZPO in der Praxis, NJW 1996, S. 691 – 696.

Stein, Ekkehart/ Frank, Götz

Staatsrecht, 18. Auflage, Tübingen 2002 (zitiert: Stein/ Frank, Staatsrecht, §, Nr.).

Stein, Friedrich/ Jonas, Martin

Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage, Tübingen 2002 (zitiert: Stein/ Jonas, ZPO, §, Rn.).

Stelkens, Paul/ Bonk, Heinz Joachim/ Sachs, Michael

Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Auflage, München 2001 (zitiert: Bearbeiter, in: Stelkens/ Bonk/ Sachs, VwVfG).

Sterner, Frank

Rechtsbindungen und Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Dissertation, Stuttgart 1996 (zitiert: Sterner, Rechtsbindungen und Rechtsschutz, S.).

Stollmann, Frank

Zur Verfassungsmäßigkeit des neuen § 495 a ZPO, NJW 1991, S. 1719 – 1721.

Stolz, Bernhard

Österreichischer Verfassungsgerichtshof zur Verfassungsmäßigkeit der Schwellenwertregelung – Anmerkung, VergR 2001, S. 37 – 38.

Stolz, Kathrin

Das öffentliche Auftragswesen in der EG: Möglichkeiten und Grenzen einer Liberalisierung, 1. Auflage, Baden-Baden 1991 (zitiert: Stolz, Das öffentliche Auftragswesen in der EG).

Streinz, Rudolf

Europarecht, 5. Auflage, Heidelberg 2001 (zitiert: Streinz, Europarecht, Rn.).

Sturmberg, Georg

Neues Vergaberecht – deutlich verbesserter Bieterschutz – Aufgabe der „hausrechtlichen Lösung“ als Konsequenz der Kritik der EU -Kommission, BauR 1998, S.1063 – 1073.

Sundberg-Weitman, B.

Discrimination on grounds of nationality, Amsterdam 1977 (zitiert: Sundberg-Weitmann, Discrimination, S.).

Triantafyllou, Dimitris

Europäisierungsprobleme des Verwaltungsprivatrechts am Beispiel des öffentlichen Auftragsrechts, NVwZ 1994, S. 943 – 947.

Vetter, Andrea

Das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge 1999 und 2000. NVwZ 2001, S. 745 – 759.

Vill, Michael

Das vorläufige Verbot der Zuschlagserteilung gemäß § 115 Abs. 1 ein Verbotsgesetz i. S. von § 134 BGB?, *BauR* 1999, S. 971 – 979.

Vogel, Klaus

Verwaltungsvorschriften zur Vereinfachung der Sachverhaltsermittlung und „normkonkretisierende“ Verwaltungsvorschriften, in: *Becker, Bernd/ Bull, Hans Peter/ Seewald, Otfried (Hrsg.)*, Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, Köln 1993, S. 605 - 617 (zitiert: Vogel, in: *Becker/ Bull/ Seewald, Festschrift für Werner Thieme, S.*)

Voßkuhle, Andreas

Rechtsschutz gegen den Richter, Dissertation, München 1993 (zitiert: Voßkuhle, *Rechtsschutz gegen den Richter, S.*).

Wahl, Rainer

Abschied von den „Ansprüchen aus Art. 14 GG“, in: *Bender, Bernd/ Breuer, Rüdiger/ Ossenbühl, Fritz/ Sandler, Horst (Hrsg.)*, Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz, Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag, München 1993, S. 245 - 269 (zitiert: Wahl, in: *Festschrift für Konrad Redeker, S.*).

ders.,

Die doppelte Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts, *DVBl* 1996, S. 641 – 651.

Wallerath, Maximilian

Die Selbstbindung der Verwaltung, Berlin 1968 (zitiert: Wallerath, *Die Selbstbindung der Verwaltung, S.*).

Wassermann, Rudolf (Hrsg.)

Kommentar zur Zivilprozessordnung, Darmstadt 1987 (zitiert: Bearbeiter, in: *AK ZPO, §, Rn.*).

Wiedemann, Gerhard

Handbuch des Kartellrechts, München 1999 (zitiert: Bearbeiter, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, §, Rn.).

Witte, Jürgen

Die Neuregelung des Vergaberechts, DStR 1998, S.1684 – 168.

§ 100 GWB

- (1) DIESER TEIL GILT NUR FÜR AUFTRÄGE, WELCHE DIE AUFTRAGSWERTE ERREICHEN ODER ÜBERSCHREITEN, DIE DURCH RECHTSVERORDNUNG NACH § 127 FESTGELEGT SIND (SCHWELLENWERTE).**
- (2) DIESER TEIL GILT NICHT FÜR ARBEITSVERTRÄGE UND AUFTRÄGE,**
- a) DIE (...).**

1. Teil

Einleitung

Die Materie der öffentlichen Auftragsvergabe¹ ist in den letzten Jahren immer deutlicher in das Blickfeld des öffentlichen Interesses gerückt. Ursache hierfür ist ihre stetig wachsende gesamtwirtschaftliche Bedeutung. So sind von der Vergabe öffentlicher Aufträge in Deutschland 11 - 13 % des Bruttoinlandsprodukts betroffen², womit das Gesamtauftragsvolumen bei rund 45 Mrd. Euro liegt³. EU-weit umfassen die Ausgaben für öffentliche Auftragsvergaben 10 – 15 % des Bruttosozialprodukts, was einen Wert von ungefähr einer Billion Euro ausmacht⁴. Aufgrund der hohen wirtschaftlichen Brisanz des Vergabewesens verwundert es nicht, dass auch dessen rechtliche Bedeutung unaufhaltsam wächst. Auf europäischer Ebene sind verschiedene Richtlinien zur Regelung der Materie erlassen worden, die aufgrund eines sich dauernd steigernden Regelungsbedürfnisses im Laufe der Jahre mehrfach geändert wurden und bis heute nicht in ihren endgültigen Fassungen gelten⁵. So ist

¹ Synonym gebraucht werden die Begriffe „Vergabe von Staatsaufträgen“, „öffentliches Auftragswesen“, „Auftragswesen der öffentlichen Hand“, „Beschaffungswesen“, „Vergabewesen“, „Ausschreibungen“ sowie „Submissionen“.

² Vgl. Kulartz, in: Niebuhr/ Kulartz/ Kus/ Portz, Vergaberecht, Einl., Rn. 1.

³ Vgl. z.B. Witte, DStR 1998, S. 1684 (1684).

⁴ Europäische Kommission, Öffentliches Auftragswesen, Vereinfachung und Modernisierung, http://europa.eu.int/comm/internal_market/de/publproc/general/2k-461.htm; Meyer, Rechtsquellen des Vergaberechts, S. 47, 57.

⁵ Baukoordinationsrichtlinie (BKR) 71/305 EWG (ABl. L 185 v. 18.6.1971, S. 5), deren Grundfassung mehrfach verändert worden ist und die durch die derzeit geltende Richtlinie 93/37/EWG (ABl. L 199 v. 9.8.1993, S. 54) komplett neu gefasst wurde; Lieferkoordinationsrichtlinie (LKR) 77/62/EWG (ABl. L 13 v. 15.1.1977, S. 1), die nach mehreren Veränderungen durch die derzeit geltende

bereits Ende des Jahres 2003 die Verabschiedung zweier Richtlinienentwürfe der Europäischen Kommission zur Änderung der derzeit geltenden Richtlinien geplant⁶. Die Richtlinien haben primär zum Ziel, den Unternehmen der einzelnen Mitgliedstaaten die Möglichkeit zu verschaffen, europaweit an öffentlichen Ausschreibungsverfahren teilzunehmen. Das erfordert zum einen die erhöhte Publizität der Ausschreibungen, die Vergabeverfahren selber müssen transparent ausgestaltet sein und der Zuschlag sollte frei von Diskriminierung erteilt werden, wobei mittelständische Unternehmen als hauptsächlich schützenswert gelten⁷. Zum anderen hat der europäische Gesetzgeber der Einführung von Kontrollmöglichkeiten der Vergabeverfahren sowie den Rechtsschutzmöglichkeiten einzelner Bieter seit jeher maßgebliche Bedeutung beigemessen. Beide Aspekte standen deswegen auch in Deutschland vielfach im Mittelpunkt der Diskussionen⁸. Ihre nationale Bedeutung hat jedoch zwischenzeitlich dadurch eine Einschränkung erfahren, als dass durch die Umsetzung der Vergaberichtlinien und deren Eingliederung in das nationale Recht als 4. Teil des GWB⁹ Nachprüfungsverfahren und Instanzenzug für Aufträge, die einen bestimmten Schwellenwert erreichen, in den §§ 102 – 124 GWB umfassend gesetzlich geregelt worden sind. Demnach bleibt zu erwarten, dass sich die Aufmerksamkeit von Rechtsprechung und Literatur zukünftig mehr und mehr auf die Auslegung der §§ 97 – 101 GWB, welche als die materiell - rechtlichen Normen des Vergaberechts noch viele Zweifelsfragen in sich bergen, konzentrieren wird. Ihren Teil dazu beitragen soll die folgende Untersuchung der Schwellenwertregelung des § 100 Abs. 1 GWB, die nach einer allgemeinen Einführung den Schwerpunkt der Bearbeitung bildet.

Richtlinie 93/36/EWG (ABl. L 199 v. 9.8.1993, S. 1) neu gefasst wurde; Sektorenrichtlinie (SKR) 90/531/EWG (ABl. L 297 v. 29.10.1990, S. 1) in ihrer derzeitigen Endfassung als Richtlinie 93/38/EWG (ABl. L 199 v. 9.8.1993, S. 84); Dienstleistungsrichtlinie (DLR) 92/50/EWG (ABl. L 209 v. 24.7.1992, S. 1); Rechtsmittelrichtlinie zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge 89/665/EWG (ABl. L 395/v. 30.12.1998, S. 33) und die Sektorenrechtsmittelrichtlinie 92/13/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe im Bereich der Wasser-, Energie-, und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. 76 v. 23.3.1992, S. 14).

⁶ Vgl. dazu unten 1. Teil, § 2, A.I.2.a., S 13.

⁷ Vgl. § 97 Abs. 1 – 3 GWB; Marx, in: Jestaedt/ Kemper/ Marx/ Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, S. 11 ff.; Bechtold, GWB, Einl. 4. Teil Rn. 20.

⁸ Vgl. z.B. Drügemöller, Vergaberecht und Rechtsschutz, S. 1 ff.; Schumacher, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, S. 1 ff.; Huber, JZ 2000, S. 877 ff.; Boesen, NJW 1997, S. 354 ff.; Dreher, ZIP 1995, S. 1869 ff.; ders., NVwZ 1996, S. 345 ff.; ders., NVwZ 1996, S. 345; ders., EuZW 1998, S. 197 ff.; Faber, DÖV 1995, S. 403 ff.; Gröning, WuW 1995, S. 985 ff.; Hertwig, MDR 1998, S. 194 ff.; Prieß, Rechtsschutz und Ersatzansprüche, S. 81-92.

⁹ Eingefügt durch das Vergaberechtsänderungsgesetz vom 26.8.1998, BGBl I, 2512.

§ 1 Begriff und Rechtsnatur des Vergaberechts

Unter „Vergaberecht“ oder dem „Recht der öffentlichen Auftragsvergabe“ versteht man die Gesamtheit der Normen, die den Einkauf von Gütern oder Leistungen durch den Staat, seine Untereinheiten oder ihm nahestehende Institutionen regeln, den sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben tätigen¹⁰. Der Prozess des Einkaufens ist in diesem Sinne umfassend zu verstehen und bedeutet jede Inanspruchnahme einer Sach- oder Dienstleistung am Markt durch einen gegenseitigen, entgeltlichen Vertrag¹¹.

Trotz der in den europäischen Richtlinien erlassenen detaillierten Regelungen ist die rechtliche Einordnung des nationalen Vergaberechts bis heute nicht vollständig geklärt¹². Ganz überwiegend wird die Vergabe öffentlicher Aufträge als „fiskalisches Hilfsgeschäft der Verwaltung“¹³ verstanden und dem Zivilrecht zugeordnet¹⁴. Denn diese erfolge nicht in einem Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Staat und Bieter. Vielmehr stünden sich öffentlicher Auftraggeber und privater Auftragnehmer wie bei der privaten Auftragsvergabe in einem Gleichordnungsverhältnis gegenüber. Daraus folge, dass der Staat beim Einkauf von Gütern und Dienstleistungen rechtlich genauso zu behandeln sei wie jeder private Marktteilnehmer¹⁵, so dass das zivile Vertragsrecht uneingeschränkte Anwendung findet¹⁶. Auch die Tatsache, dass das Verfahren zur Auswahl des Vertragspartners gesetzlich geregelt ist, stehe dem nicht entgegen. Dies sei zwar „für das Zivilrecht untypisch“¹⁷, ändere aber nichts an dem zivilrechtlichen Charakter des Vergaberechts¹⁸. Berührungen mit dem öffentlichen

¹⁰ Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 1.

¹¹ Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 1.

¹² Die Eingliederung der Regelungen über das Vergaberecht in das GWB könnte zunächst eine Zugehörigkeit zum „Recht der Wirtschaft“ vermuten lassen. Dieser Ansatz ist jedoch bereits im Hinblick auf den hinter den Vergabevorschriften stehenden Zweck nicht haltbar. Zwar sind die EG-Richtlinien zum Schutz des einzelnen Bewerbers und zur Verwirklichung des freien Wettbewerbs erlassen worden, bei der innerdeutschen Umsetzung spielen aber auch haushaltsrechtliche Aspekte eine große Rolle, so dass eine alleinige Einordnung des Vergaberechts unter das „Recht der Wirtschaft“ ausscheidet.

¹³ Vgl. zur Kritik an dieser Formulierung Forsthoff, Der Staat als Auftraggeber, S. 21.

¹⁴ Die Zuordnung zum Zivilrecht hat vor allem historische Gründe, die bis auf das beginnende 17. Jahrhundert zurückreichen (Lampe-Helbig/ Wörmann, Handbuch der Bauvergabe, Rn. 10); Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 3; Marx, in: Jestaedt/ Kemper/ Marx/ Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, S. 144; Pietzker, ZHR 162 (1998), S. 427 (456 f.); Stelkens, in: Stelkens/ Bonk/ Sachs, VwVfG, § 35, Rn. 70; Pietzker, NVwZ 1983, S. 121 ff.; ders., in: Festschrift für Redeker, S. 501 (505); BGHZ 36, 91 (96); BVerwG 5, 325 (328); Stickler, in: Reidt/ Stickler/ Glahs, Vergaberecht, Vorb. zu §§ 97-101 GWB, Rn. 6; Ingenstau/ Korbion, VOB, Einl., Rn. 1.

¹⁵ Marx, in: Jaestedt/ Kemper/ Marx/ Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, S. 144.

¹⁶ Gemeint sind damit vor allem die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts, d.h. die §§ 145 ff. BGB, wobei der Zuschlag die Willenserklärung zum Abschluss des privatrechtlichen Vertrags darstellen soll (Rusam, in: Heiermann/ Riedl/ Rusam, VOB, A § 28, Rn. 1; Marx, in: Jestaedt/ Kemper/ Marx/ Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, S. 144).

¹⁷ Pietzker, in: Festschrift für Konrad Redeker, S. 501 (505).

¹⁸ Stickler, in: Reidt/ Stickler/ Glahs, Vergaberecht, Vorb. zu §§ 97-101, Rn. 6.

Recht entstünden lediglich dadurch, dass sich die interne Willensbildung des öffentlichen Auftraggebers nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen vollziehe, indem die Auftragsvergabe einen Teil seiner Verwaltung darstelle¹⁹.

In jüngerer Zeit wird dagegen unter Anwendung der durch das Subventionsrecht bekannt gewordenen „Zwei-Stufen-Theorie“²⁰ vertreten, dass es sich bei Vergabeverfahren um solche Verfahren handelt, die dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind²¹. Hiernach soll auf der ersten Stufe im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Verwaltungsverfahrens die Auswahl eines bestimmten Bieters und die Erteilung des Zuschlags in Form eines Verwaltungsakts stattfinden. Erst der auf der zweiten Stufe liegende Vertragsschluss unterfalle dem Zivilrecht. Dies wird damit begründet, dass eine Trennung zwischen Zuschlagserteilung und Vertragsschluss schon durch die Verfassung gefordert werde²². Denn die öffentliche Auftragsvergabe nehme in wirtschaftlicher Hinsicht eine immer bedeutender werdende Rolle ein²³. Um so wichtiger sei für den einzelnen Bieter ein rechtsstaatlich geordnetes Verfahren zur Verteilung von Aufträgen, bei dessen Nichteinhaltung ihm subjektive Rechte zustehen²⁴. Gewichtiger erscheint daneben das aus dem Wortlaut der Rechtsmittelrichtlinien hergeleitete und durch das Alcatel-Urteil des EuGH²⁵ bestätigte Argument, dass Art. 2 Abs. 6 der Rechtsmittelrichtlinien ausdrücklich zwischen der Erteilung des Zuschlags und dem Abschluss des Vertrags differenziert²⁶.

Letztere Ansicht überzeugt, da sich der Staat andernfalls durch eine „Flucht in das Privatrecht“ seiner öffentlich – rechtlichen Verantwortung entziehen kann. Dadurch würden die gem. Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtlich zwingend geforderten subjektiven Rechtspositionen der beteiligten Bieter im Vergabeverfahren untergraben. Ein Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Staat und Bieter darf erst erlöschen, wenn der Staat nach Prüfung der Angebote einem Bieter den Zuschlag erteilt hat, da erst ab diesem Zeitpunkt ein dem Zivilrecht zugrundeliegendes Gleichordnungsverhältnis zwischen zwei Personen entsteht.

¹⁹ Sterner, Rechtsbindungen und Rechtsschutz, S.79; umstritten ist darüber hinaus die Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes (ausführlich hierzu Stickler, in: Reidt/ Stickler/ Glahs, Vergaberecht, Vorb. zu §§ 97-101 GWB, Rn. 9 ff.).

²⁰ Vgl. Stelkens, in: Stelkens/ Bonk/ Sachs, VwVfG, § 35, Rn. 72.

²¹ Hermes, JZ 1997, S. 909 (915); Triantafyllou, NVwZ 1994, S. 934 (946); Pernice/ Kadelbach, DVBl. 1996, S. 1101 (1106).

²² Hermes, JZ 1997, S. 909 (909).

²³ Vgl. § 1, S. 3 ff.; Hermes, JZ 1997, S. 909 (909).

²⁴ Hermes, JZ 1997, S. 909 (909).

²⁵ EuGH, EuZW 1999, S. 759 ff. = DVBl 2000, S. 118 ff.

²⁶ Vgl. z.B. Stickler, in: Reidt/ Stickler/ Glahs, Vergaberecht, Vorb. zu §§ 97-101 GWB, Rn. 8.

§ 2 Rechtsentwicklung

Die systematische Einordnung der in der nachfolgenden Untersuchung im Mittelpunkt stehenden Schwellenwertregelung des § 100 Abs. 1 GWB gebietet zunächst eine umfassende Darstellung der bisherigen Rechtsentwicklung des Vergaberechts. Nur dieser Weg macht es anschließend möglich, den Problemkreis zu konkretisieren.

A. Europäisches Gemeinschaftsrecht

Die EU-Kommission verfolgte in Bezug auf die öffentliche Auftragsvergabe seit jeher das Ziel, einen einheitlichen Beschaffungsmarkt in den Mitgliedstaaten aufzubauen²⁷. Vergaben von Staatsaufträgen sollten grenzüberschreitend stattfinden; den ausländischen Bietern sollten dieselben Chancen zuteil werden, wie denjenigen aus den betroffenen Mitgliedstaaten²⁸. Die durch den Europäischen Rat erlassenen Vergaberichtlinien dienen der Erreichung dieses Ziels, indem sie den einzelnen Ländern die Pflicht zum Erlass bestimmter nationaler Vergaberegeln auferlegen. Es verwundert daher nicht, dass das Vergaberecht in den einzelnen Mitgliedsländern von ständigen gesetzgeberischen Neuerungen geprägt ist. Denn durch die mehrfachen inhaltlichen Änderungen der Richtlinien werden die Länder regelmäßig zu erneuten Umsetzungen aufgefordert. Aufgrund dessen soll zunächst ein Überblick über die Entwicklung sowie den aktuellen Stand des Vergaberechts auf europäischer Ebene gegeben werden.

I. Gemeinschaftsrechtliche Grundlagen

Rechtliche Grundlagen des Vergaberechts finden sich sowohl im primären als auch im sekundären Gemeinschaftsrecht. Im Vordergrund des primären Gemeinschaftsrechts steht der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EG), der neben seiner Überarbeitung im Wege des Abschlusses des Vertrags über die Europäische Union²⁹ durch den am 2. Oktober 1997 unterzeichneten Vertrag von Amsterdam wesentlich modifiziert worden ist. Das

²⁷ Noch, Die Vergabe von Staatsaufträgen, S. 5; Portz, in: Niebuhr/ Kulartz/ Kus/ Portz, Vergaberecht, Einf., Rn. 15.

²⁸ Bereits in ihrem Hauptgutachten 1990/91 hat die europäische Monopolkommission kritisiert, dass es in den einzelnen Ländern selbstverständlich sei, inländische Bieter zu bevorzugen (Nr. 1119 ff., S. 406 ff.).

²⁹ BGBl. 1992 II S. 1253; unterzeichnet am 7.2.1992, in Kraft getreten am 1.11.1993.

sekundäre Gemeinschaftsrecht umfasst das von den Organen der EG gem. Art. 249 EG erlassene Recht³⁰. Es gilt das in Art. 5 Abs. 1 EG verankerte Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung³¹, welches den Gemeinschaftsorganen das primäre Gemeinschaftsrecht als Grenze ihrer Rechtsetzung aufweist.

1. Primäres Gemeinschaftsrecht

Die Vorschriften des EG enthalten keine ausdrücklichen Regelungen bezüglich des öffentlichen Auftragswesens. Der Grund dafür dürfte darin liegen, dass im Zeitpunkt der Entstehung der EWG Mitte der 50er Jahre heftiger Widerstand der einzelnen Mitgliedstaaten gegen eine ausdrückliche Regelung dieses wirtschaftlich und politisch enorm wichtigen Rechtsgebiets befürchtet wurde³². Hinweise auf das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe finden sich daher bis heute lediglich an zwei Stellen im EG. Art. 163 Abs. 2 EG statuiert, dass die Zusammenarbeitsbestrebungen der Gemeinschaftsunternehmen auf dem Gebiet der Forschung und technologischen Entwicklung unter anderem durch die Öffnung des einzelstaatlichen öffentlichen Auftragswesens gefördert werden sollen. Art. 183 Nr. 4 EG bestimmt außerdem, dass bei Ausschreibungen der Gemeinschaft ein Gebot der Gleichbehandlung aller Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten sowie der assoziierten überseeischen Länder herrscht. Beide Vorschriften bilden jeweils Sonderfälle, die keine Rückschlüsse auf eine allgemeine Verankerung des Vergaberechts im EG zulassen³³. Geprägt wird das öffentliche Auftragswesen im Ganzen daher vor allem durch die allgemeinen Vertragsgrundsätze³⁴, deren Bedeutung auch durch Erlass der die öffentliche Auftragsvergabe spezifisch regelnden Vergaberichtlinien nicht wesentlich geschmälert worden ist. Denn sie finden weiterhin uneingeschränkte Anwendung auf alle öffentlichen Auftragsvergaben, die nicht unter die Vergaberichtlinien fallen. Außerdem wirkt das primäre Gemeinschaftsrecht zumindest mittelbar auf die durch die Vergaberichtlinien geregelten Ausschreibungen ein, indem es aufgrund des

³⁰ Streinz, Europarecht, Rn. 4.

³¹ Vgl. z.B. Wichard, in: Callies/ Ruffert, Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 5 EG, Rn. 3.

³² Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 42.

³³ Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 46; Stolz, Das öffentliche Auftragswesen in der EG, S. 5.

³⁴ Die Anwendbarkeit der allgemeinen Vertragsgrundsätze auf das Vergabewesen wird daraus gefolgert, dass andernfalls im EG eine Ausschlussklausel hinsichtlich seines Anwendungsbereichs für das öffentliche Auftragswesen enthalten wäre (Schwarze, EuZW 2000, S. 133 (134)).

Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung den Maßstab für Auslegung und Umsetzung der Richtlinien bildet³⁵.

Einfluss auf die öffentliche Auftragsvergabe nimmt zunächst das in Art. 12 EG verankerte allgemeine Diskriminierungsverbot. Dieses Prinzip wird durch die im EG geregelten Grundfreiheiten konkretisiert, den Art. 28 ff. EG (Freiheit des Warenverkehrs), Art. 39 ff. EG (Freizügigkeit der Arbeitnehmer), Art. 43 ff. EG (Niederlassungsfreiheit) und Art. 49 ff. EG (Dienstleistungsfreiheit). Von Relevanz können ferner die Wettbewerbsregeln der Art. 81, 82 EG sowie die Regelungen über das Verbot der Gewährung unerlaubter Beihilfen (Art. 87 ff. EG) sein.

a. Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG³⁶

Art. 12 EG³⁷ verbietet als die gemeinschaftsrechtliche Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit in den Formen der unmittelbaren³⁸ und der mittelbaren³⁹ Diskriminierung. Für das Vergaberecht ist das allgemeine Diskriminierungsverbot von eher geringer Bedeutung, da im Rahmen der Anwendungssystematik grundsätzlich die speziellen Marktfreiheiten als besondere Diskriminierungsverbote den Vorrang genießen, so dass Art. 12 EG lediglich subsidiär anwendbar ist⁴⁰. Dennoch hat der EuGH vereinzelt nationale Vorschriften am Maßstab des allgemeinen Diskriminierungsverbots gemessen⁴¹. Diesem kommt eine eigenständige Bedeutung zu, wenn mit einer staatlichen Maßnahme eine Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit einhergeht und gleichzeitig keiner der Tatbestände der speziellen Marktfreiheiten erfüllt ist⁴². Dies ist in Abgrenzung zu Art. 28 ff. EG allein

³⁵ Vgl. dazu Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 11.

³⁶ Vgl. im einzelnen zum allgemeinen Diskriminierungsverbot und seiner Bedeutung für das Vergaberecht Noch, Die Vergabe von Staatsaufträgen, S. 8 ff.; Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 23 ff., Prieß, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, S. 6 f.; Triantafyllou, NVwZ 1994, S. 943 (945).

³⁷ Vormals Art. 6 EG.

³⁸ Beispielsweise hat der EuGH in der Rs. C-21/88 („Du Pont de Nemours Italiane“), Slg. 1990, I, 889, Rn. 18 verboten, dass sich öffentliche Auftraggeber die Vergabe eines prozentualen Anteils für landeseigene Betriebe vorbehalten.

³⁹ Vgl. zur mittelbaren Diskriminierung EuGH, Rs. 155/80 („Oebel“), Slg. 1981, 1993 (2007); EuGH, Rs. 152/73 („Sotgui“), Slg. 1974, 153 (164); EuGH, Rs. 61/77, Slg. 1978, 417 (451); EuGH, Rs. 273/78 („Toia“), Slg. 1979, 2645 (2653); EuGH, Rs. 22/80 („Boussac Saint-Frères“), Slg. 1980, 3427 (3436); EuGH, Rs. Cä-243/89, Slg. 1989, I, 3353, Rn. 23.

⁴⁰ Mader, EuZW 1999, S. 331 (333); EuGH, Rs. C-179/90 (Merci convenzionali porto di Genova./Siderurgica Gabrielli), Slg. 1991, I-5889 (5927).

⁴¹ EuGH, Rs. 31/87 („Gebroeder Beentjes/ Niederlande“), Slg. 1988, 4635 (4659).

⁴² Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, S. 24.

dann der Fall, wenn anhand der Staatsangehörigkeit der Bieter unterschieden wird und es auf den Ursprung der Ware nicht ankommt⁴³.

b. Die Grundfreiheiten des gemeinsamen Markts

Die vier Grundfreiheiten sind deswegen von solch konstituierender Wichtigkeit für die EG, weil sie der Errichtung eines gemeinsamen Markts dienen, durch welchen die gem. Art. 2 EG festgelegten Ziele der Gemeinschaft erreicht werden sollen⁴⁴. Sie finden nach ständiger Rechtsprechung des EuGH in den einzelnen Mitgliedstaaten unmittelbare Anwendung, da sie „rechtlich vollkommen sind“, d. h. keines weiteren Konkretisierungsakts mehr bedürfen⁴⁵.

aa. Der freie Warenverkehr, Art. 28 EG

Zum Schutz der Warenverkehrsfreiheit werden gem. Art. 28 EG mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung verboten. Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen umfassen „sämtliche Maßnahmen, die sich als eine gänzliche oder teilweise Untersagung der Einfuhr, Ausfuhr oder Durchfuhr darstellen“⁴⁶. Solche Beschränkungen sind für die öffentliche Auftragsvergabe aus tatsächlichen Gründen wenig relevant. Von großer Bedeutung für das Beschaffungswesen ist jedoch das Verbot aller Maßnahmen gleicher Wirkung. Dieser im EG ebenfalls nicht näher definierte Begriff beinhaltet nach der sog. „Dassonville-Formel“ „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern“⁴⁷. Ausgenommen von dem Verbot sind nach der sogenannten „Keck-Rechtsprechung“ nichtdiskriminierende

⁴³ Frank, Die Koordinierung der Vergabe, S. 50.

⁴⁴ Streinz, Europarecht, Rn. 652.

⁴⁵ (EuGH, Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 1 (25)); vgl. für die Warenverkehrsfreiheit EuGH, Rs. 33/70 (S.A.C.E.), Slg. 1970, 1213 (1222); für die Personenverkehrsfreiheit EuGH, Rs. 2/74 (Reyners), Slg. 1974, 631 (651); für die Dienstleistungsverkehrsfreiheit EuGH, Rs. 111/78 (ASBL), Slg. 1979, 35 (52). Die unmittelbare Anwendbarkeit der Grundfreiheiten hat zur Folge, dass diese den Bürgern und Unternehmen der einzelnen Mitgliedstaaten subjektive Rechte verleihen, was im Rahmen des öffentlichen Auftragswesens in zahlreichen Entscheidungen des EuGH zum Ausdruck gekommen ist, z.B. für die Warenverkehrsfreiheit EuGH, Rs. 45/87 (Dundlak/ Water-Supply), Slg. 1988, 4929 (4962), für die Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH, Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Slg. 1990, I-1417 (1440 ff.), für die Niederlassungsfreiheit EuGH, Rs. 197/84 (Steinhauser), Slg. 1985, 1819 (1826 f.), für die Dienstleistungsfreiheit EuGH, Rs. C-3/88 (Datenverarbeitungssysteme), Slg. 1989, I-4035 (4058).

⁴⁶ EuGH, Rs. 2/73 (Geddo/Ente Nazionale Risi), Slg. 1973, 865 (879).

⁴⁷ EuGH, Rs. 8/74 (Dassonville), Slg. 1979, 837 (852).

Verkaufsbeschränkungen, die von ihrer Zielsetzung her den grenzüberschreitenden Warenverkehr nicht beeinträchtigen können, also regelmäßig Beschränkungen, die vertriebsbezogenen Charakter haben und nicht produktbezogene Regelungen darstellen⁴⁸. Trotz der Reduktion des Verbots auf solche Regelungen mit produktbezogenem Charakter wird die Vergabe öffentlicher Aufträge seit jeher unstreitig als staatliche Maßnahme gleicher Wirkung qualifiziert, wodurch Art. 28 EG für das Beschaffungswesen eine Bestimmung von hoher Regelungsintensität darstellt⁴⁹. Die besondere Bedeutung der Warenverkehrsfreiheit wird bereits in den Erwägungen zu den Liefer-, Dienstleistungs- und Sektorenrichtlinien deutlich, die auf Art. 28 EG⁵⁰ Bezug nehmen oder die Verwirklichung des freien Warenverkehrs zumindest erwähnen⁵¹. Des Weiteren sind zahlreiche Urteile ergangen, in denen der EuGH einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit bejaht hat, wobei es sich dabei meist um Fälle handelte, in denen der öffentliche Auftraggeber die Verwendung bestimmter, nationaler Produkte vorgeschrieben hat⁵².

bb. Der freie Personen- und Dienstleistungsverkehr, Art. 39 ff., 43 ff., 49 ff. EG

Auch die Grundfreiheiten, die den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr schützen, sind für die öffentliche Auftragsvergabe von erheblicher Bedeutung⁵³. Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer garantiert gem. Art. 39 ff EG die uneingeschränkte Möglichkeit für Arbeitnehmer, in einen anderen Mitgliedstaat einzureisen, sich dort aufzuhalten sowie frei zu bewegen und auch nach Beendigung des

⁴⁸ EuGH verb. Rs. C-267 und C-268/91 (Strafverfahren/Keck und Mithouard), Slg. 1993, I-6097, 6131; vgl. auch die auf das Grundsatzurteil folgenden Urteile: EuGH, Rs. C-292/92 (Hünernmund), Slg. 1993, I-6787; EuGH, Rs. C-69/93 u. 258/93 (Punto Casa), Slg. 1994, I-2355; EuGH, Rs. C-412/93 (Leclerc-Siplec), Slg. 1995, I-179; EuGH, Rs. C-391/92 (Kom./Griechenland), Slg. 1995, I-1621.

⁴⁹ Stolz, Das öffentliche Auftragswesen in der EG, S. 31 f.; vgl. z.B. auch EuGH, Rs. 45/87 (Dundlak), Slg. 1988, 4929 (4963 f.): Der EuGH legt dem Begriff „Maßnahme“ eine weite Auslegung zugrunde und wendet Art. 30 EG a.F. ohne Bedenken auf das Vergabewesen an; vgl. zum Ganzen Sterner, Rechtsbindungen und Rechtsschutz, S. 37.

⁵⁰ Bzw. auf den früheren Art. 30 EG.

⁵¹ Vgl. 5. Erwägung LKR, 2. Erwägung DKR, 2. Erwägung SKR; Prieß, Das öffentliche Auftragswesen in der europäischen Union, S. 10.

⁵² Vgl. z.B. EuGH, Rs. 45/87 (Dundlak), Slg. 1988, 4929, dazu: Anselmann, Technische Vorschriften und Normen in Europa, S. 16 f.; EuGH, Rs. C-243/89 (Kom./ Dänemark), Slg. 1993, I-3353; EuGH, Rs. C-351/88 (Monte Rotondo), Slg. 1991, I-3641; EuGH, Rs. 21/88 (Du Pont de Nemours), Slg. 1990, I-889; ausführlich zum Ganzen: Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 15 f.; Prieß, das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, S. 10 ff.

⁵³ Vgl. z.B. für die Warenverkehrsfreiheit EuGH, Rs. 45/87 (Dundlak), Slg. 1988, 4929 (4962); für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer EuGH, Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Slg. 1990, I-1417 (1440); für die Niederlassungsfreiheit EuGH, Rs. 197/84 (Steinhauser), Slg. 1985, 1819 (1826); für die Dienstleistungsfreiheit EuGH, Rs. C-360/89 (Kommission/Italien), Slg. 1992, I-3401.

Arbeitsverhältnisses dort zu verbleiben⁵⁴. Dagegen werden unternehmerische Tätigkeiten durch die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit geschützt. Diese grenzen sich insofern voneinander ab, als dass die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 ff. EG die dauerhaft geplanten festen Einrichtungen schützt, während die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 ff. EG nur vorübergehende, ohne feste Niederlassung ausgeübte selbständige Erwerbstätigkeiten umfasst⁵⁵. Die Relevanz der Grundfreiheiten für das öffentliche Auftragswesen ist in der Praxis schon mehrfach verdeutlicht worden. So finden die Regelungen über die Arbeitnehmerfreizügigkeit zum Beispiel dann Anwendung, wenn in den Ausschreibungsunterlagen eine weitgehende Verwendung inländischer Arbeitskräfte vorgeschrieben wird⁵⁶. Ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit liegt beispielsweise vor, wenn eine Beschränkung der Bewerber in den Ausschreibungsunterlagen an deren Staatsangehörigkeit anknüpft⁵⁷. Gegen die Dienstleistungsfreiheit wird unter anderem dann verstoßen, wenn ortsansässige Unternehmen gegenüber sonstigen Unternehmen aus den Mitgliedstaaten bevorzugt behandelt werden⁵⁸. Andererseits hebt der EuGH in diesem Zusammenhang hervor, dass weder eine unzulässige Diskriminierung noch ein Verstoß gegen Art. 49 EG vorliegt, wenn eine Einrichtung, die von dem öffentlichen Auftraggeber selbst oder von anderen öffentlichen Einrichtungen Zuwendungen irgendeiner Art erhält, am Vergabeverfahren trotz der Möglichkeit, zu geringeren Preisen als die anderen Bieter anzubieten, als Bieter zugelassen wird⁵⁹.

c. Die Wettbewerbsregeln, Art. 81, 82 EG

Die Wettbewerbsregeln dienen der Verwirklichung des in Art. 3 Abs. 1 lit. g) EG verankerten Ziels, den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen zu schützen⁶⁰. Sie beziehen sich auf solche Verfälschungen, die von Unternehmen ausgehen⁶¹ und verbieten diesen wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen sowie die missbräuchliche Ausnutzung marktbeherrschender Positionen⁶². Längere

⁵⁴ Ihnen, Grundzüge des Europarechts, S. 70.

⁵⁵ Oppermann, Europarecht, § 24, Rn. 1580.

⁵⁶ Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 53.

⁵⁷ Mader, EuZW 1999, S. 331 (340).

⁵⁸ EuGH, Rs. C-3/88 (Kommission/Italien), Slg. 1993, I-3401 (3417 ff.).

⁵⁹ Urteil des EuGH vom 7.12.2000, Rs. C-94/99 (ARGE Gewässerschutz/ Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft).

⁶⁰ Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 34.

⁶¹ Geiger, EUV/ EGV, Art. 81 EG, Rn. 1.

⁶² Vgl. Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 34.

Zeit war in der Literatur umstritten, ob nicht die alleinige Anwendung der Wettbewerbsregeln auf das Vergaberecht ausreicht, so dass auf die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten verzichtet werden kann⁶³. Die dies bejahende Auffassung konnte sich jedoch nicht durchsetzen, da die erforderliche marktbeherrschende Stellung des öffentlichen Auftraggebers wohl nur in seltenen Fällen vorliegt⁶⁴. Wenn die Voraussetzung aber gegeben ist, ist die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auf die öffentliche Auftragsvergabe neben den Grundfreiheiten nicht ausgeschlossen⁶⁵.

d. Das Beihilfenverbot, Art. 87 ff. EG

Die Art. 87 ff. EG verfolgen ebenfalls das Ziel, Wettbewerbsverfälschungen und Beeinträchtigungen des Handels zwischen den Mitgliedstaaten zu vermeiden. Der Begriff der Beihilfe ist weit auszulegen und umfasst nach der Rechtsprechung des EuGH jede freiwillige staatliche Maßnahme, die speziell als Mittel zur Verfolgung bestimmter Ziele dient, die einem Unternehmen ohne adäquate Gegenleistung gewährt wird und dieses mittelbar oder unmittelbar begünstigt⁶⁶. Die Anwendbarkeit der Beihilfenvorschriften auf das Beschaffungswesen ist ungeklärt; der EuGH hat diese Frage bis heute offengelassen⁶⁷. In der Literatur wird die Einordnung als Beihilfe teilweise in den Fällen anerkannt, in denen der Zuschlag ohne triftigen Grund erfolgt⁶⁸ bzw. eine Bevorzugung bestimmter Unternehmen aufgrund wirtschaftsfremder Kriterien stattfindet⁶⁹.

⁶³ Diese Auffassung wurde u.a. vertreten von: Lehning, der die Vergaberichtlinien auf Art. 87 EG a.F. (Art. 83 EG n.F.) stützen wollte (Lehning, WuW 1966, S. 3 (20)); Emmerich, der von einer grundsätzlich beherrschenden Stellung der Mitgliedstaaten i.S.d. Art. 86 EG a.F. (Art. 82 EG n.F.) bei der Nachfrage nach wirtschaftlichen Gütern ausgegangen ist (Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969, S. 401 (435)); vgl. ausführlich zum Ganzen: Sterner, Rechtsbindungen und Rechtsschutz, S. 41 ff. m.w.N.

⁶⁴ Angenommen wird das Vorliegen des Nachfragemonopols i.S.d. Art. 82 EG etwa im Bereich der Luft- und Raumfahrtindustrie (vgl. Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 38, m.w.N.).

⁶⁵ Erdl, Der neue Vergaberechtsschutz, Rn. 10.

⁶⁶ Der EuGH definiert Beihilfen als „Maßnahmen, die in verschiedener Form die Belastungen vermindern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat“. (EuGH, Rs. 30/59 (De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/ Hohe Behörde), Slg. 1961, 43); vgl. auch Streinz, Europarecht, § 14, Rn. 845; Handbuch des Europäischen Rechts, Art. 92 (jetzt Artikel 87), Rn. 4 ff.

⁶⁷ Vgl. EuGH, Rs. 21/88 (Du Pont de Nemours), Slg. 1990, I-889; EuGH, Rs. C-351/88 (Laboratori Bruneau), Slg. 1991, I-3641 (3657 f.); vgl. aber die Schlussanträge des Generalanwalts Lenz in der Rs. 21/88, innerhalb der er darauf hingewiesen hat, dass es sich im konkreten Fall, in dem es um eine Bestimmung ging, die einen bestimmten prozentualen Anteil der Aufträge für ortsansässige Unternehmen bereitgestellt hat, durchaus um eine Beihilfe handeln kann (vgl. dazu näher Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 33).

⁶⁸ Handbuch des Europäischen Rechts, Artikel 92 (jetzt Artikel 87), Rn. 6.

⁶⁹ Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 29; vgl. dagegen Sterner, Rechtsbindungen und Rechtsschutz, S. 45 f. m.w.N., der die Anwendung der Beihilfenvorschriften auf die öffentliche Auftragsvergabe grundsätzlich ausschließt.

2. Sekundäres Gemeinschaftsrecht

Relativ früh ist deutlich geworden, dass allein das Primärrecht zur Erreichung einer Liberalisierung und Harmonisierung des Beschaffungswesens innerhalb der Europäischen Union nicht ausreicht. Deswegen ist erstmals 1971 von der Europäischen Kommission in Zusammenarbeit mit dem Europäischen Parlament nach Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses eine Richtlinie zur Koordinierung öffentlicher Bauaufträge verabschiedet worden, der seit 1990 weitere Richtlinien gefolgt sind⁷⁰. Als Ermächtigungsgrundlage zu ihrem Erlass diente Art. 100 a i.V.m. Art. 7 a EG a.F.⁷¹, wonach der Rat zur Errichtung eines gemeinsamen Markts Richtlinien erlassen kann, die der Rechtsangleichung in den Mitgliedstaaten dienen. Richtlinien sind gem. Art. 249 Abs. 3 EG allein hinsichtlich ihrer Regelungsziele verbindlich, ihre Umsetzung bleibt den Mitgliedstaaten überlassen (Sogenanntes „zweistufiges“ Rechtsetzungsverfahren)⁷², wobei sich eine Pflicht zur Umsetzung aus Art. 10 Abs. 1 S. 1 EG sowie den eigentlichen Richtlinien, die jeweils Umsetzungsfristen anordnen, ergibt⁷³. Nur in Ausnahmefällen wird zugunsten der praktischen Wirksamkeit („*effet utile*“) eine Direktwirkung bestimmter Richtlinien anerkannt⁷⁴. Der Grund dafür, dass der europäische Gesetzgeber das öffentliche Auftragswesen durch Richtlinien und nicht durch Verordnungen, die gem. Art. 249 Abs. 2 EG direkte Wirkung in den Mitgliedstaaten entfalten, geregelt hat, liegt in den unterschiedlichen nationalen Rechtssystemen der Mitgliedstaaten. Das Vergaberecht wird in den verschiedenen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten sowohl dem Zivilrecht (so z.T. vertreten in Deutschland) als auch dem öffentlichen Recht (z.B. in Spanien und Frankreich) zugeordnet und es soll den einzelnen Ländern die Möglichkeit geboten werden, diese Situation trotz europarechtlicher Vorgaben beizubehalten⁷⁵.

Die zur Regelung des öffentlichen Auftragswesens ergangenen Richtlinien können in zwei Bereiche unterteilt werden: die sogenannten Koordinierungsrichtlinien, welche die bei der europaweiten Auftragsvergabe einzuhaltenden Verfahrensvorschriften

⁷⁰ Vgl. Fn.5.

⁷¹ Dies entspricht den Art. 95 i.V.m. Art. 14 EG n.F.

⁷² Vgl. EuGH, Rs. C-298/89 (Reg. von Gibraltar/Rat), Slg. 1993, I 3605, Rn. 16; EuGH, Rs. C-10/95 P (Asocarne/Rat), Slg. 1995, I-4149, Rn. 29; Nicolaysen, Europarecht I, S. 161.

⁷³ Streinz, Europarecht, Rn. 392.

⁷⁴ Das setzt voraus, dass die Richtlinie so genau formuliert ist, dass unmittelbar Rechte abgeleitet werden können, dass die Umsetzungsfrist abgelaufen ist und die Richtlinie innerhalb dieser Frist nicht umgesetzt worden ist (vgl. EuGH, Rs. 9/70 (Leberpfennig), Slg. 1970, 825 (837 ff.); BVerfGE 75, 223 (235 ff.); Streinz, Europarecht, Rn. 398 ff.).

⁷⁵ Noch, Vergaberecht kompakt, S. 36.

vorgeben, und die sogenannten Rechtsmittelrichtlinien, die bezugnehmend auf die Koordinierungsrichtlinien den einzelnen Bietern Rechtsschutz im Rahmen des Vergabeverfahrens gewähren⁷⁶.

a. Die Koordinierungsrichtlinien

Die Koordinierungsrichtlinien⁷⁷ bilden den materiellen Regelungsbereich des öffentlichen Auftragswesens. Sie enthalten zum Beispiel Vorschriften über den Begriff des öffentlichen Auftraggebers, die Bekanntmachungspflichten, das Vergabeverfahren sowie Eignungs- und Zuschlagskriterien⁷⁸. Erreicht werden soll durch sie die Gewährleistung der Transparenz der Verfahren⁷⁹, vor allem im Wege der Veröffentlichung von Bekanntmachungen, welche es jedem Bieter ermöglichen, von Angeboten frühzeitig in Kenntnis gesetzt zu werden und damit Verfahrensfehler rechtzeitig erkennen und anzeigen zu können⁸⁰. Ferner soll die Einhaltung technischer Vorschriften garantiert werden.

Die Gemeinsamkeit der Koordinierungsrichtlinien liegt darin, dass sie sich nur auf solche Aufträge beziehen, deren geschätztes Volumen ohne Umsatzsteuer einen bestimmten Schwellenwert erreicht oder überschreitet, wobei nach den verschiedenen Auftragsarten differenziert wird. Der Grund für die Einführung der Schwellenwerte liegt in der Ökonomie des Vergabeverfahrens. So ist der europäische Richtlinienggeber davon ausgegangen, dass bei Aufträgen mit einem Auftragswert unterhalb der festgelegten Schwellenwerte von vorneherein keine Aussicht auf einen grenzüberschreitenden Handel besteht, da es für die einzelnen Unternehmen in diesen Fällen wirtschaftlich nicht lohnenswert sei, bei Ausschreibungsverfahren in einem anderen Mitgliedstaat mitzubieten⁸¹. Darüber hinaus stehe bei öffentlichen Vergabeverfahren, die sich in diesem Rahmen

⁷⁶ Erdl, Der neue Vergaberechtsschutz, Rn. 13 ff.; Noch, Die Vergabe von Staatsaufträgen, S. 25 ff.

⁷⁷ Vgl. Fn.5.

⁷⁸ Vgl. Noch, Vergaberecht kompakt, S. 37.

⁷⁹ Unterschieden wird zwischen drei Verfahrensarten: dem offenen Verfahren i.S.d. § 101 Abs. 2 GWB, in dem jeder interessierte Unternehmer ein Angebot einreichen kann; dem nicht offenen Verfahren i.S.d. § 101 Abs. 3 GWB, in dem nur die vom Auftraggeber aufgeforderten Unternehmen Angebote abgeben können und dem Verhandlungsverfahren i.S.d. § 101 Abs. 4 GWB, in dem der Auftraggeber sich an Unternehmer seiner Wahl wendet und mit einem oder mehreren von ihnen die Auftragsbedingungen aushandelt.

⁸⁰ Europäische Kommission, Vademekum über das öffentliche Auftragswesen in der Gemeinschaft, AbIEG Nr. C 358/15 vom 31.12.1987; Erdl, Der neue Vergaberechtsschutz, Rn. 21.

⁸¹ Vgl. z.B. Eschenbruch, in: Niebuhr/ Kulartz/ Kus/ Portz, Vergaberecht, § 100, Rn. 8; Bechtold, GWB, § 100, Rn. 1.

bewegen, der Aufwand einer gemeinschaftsweiten Ausschreibung zu dem Wert der zu vergebenden Leistung in keiner akzeptablen Relation⁸².

Die Höhe der EG-Schwellenwerte wurde anfänglich für die jeweiligen Aufträge in den dazugehörigen Richtlinien in „European Currency Units“ (ECU) festgesetzt. Änderungen erfuhren die Werte durch die Richtlinien 97/52/EWG und 98/4/EWG⁸³. Durch diese wurde das europäische Vergaberecht an das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA)⁸⁴ angepasst, welches bis zum 1.1.1996 umzusetzen war. Im Rahmen des Übereinkommens wurden die Schwellenwerte in den Sonderziehungsrechten (SZR) der Weltbank und des Internationalen Währungsfonds beziffert. Dabei handelt es sich um eine Korbwährung, die sich täglich anhand des Durchschnitts aus den Tageswerten der Währungen Deutschlands, Frankreichs, Großbritanniens, Japans und der USA⁸⁵ neu berechnet⁸⁶. Innerhalb der Europäischen Union wurden die Schwellenwerte auf Grundlage des Abschlusses des GPA sowohl in SZR als auch in ECU ohne Umsatzsteuer festgelegt, wobei der geltende Gegenwert in ECU und in den einzelnen Landeswährungen von der Europäischen Kommission für den Zeitraum von zwei Jahren festgelegt und im Amtsblatt der EG veröffentlicht wird⁸⁷. Durch die Einführung des Euro zum 1.1.1999 ist der offizielle Währungskorb ECU im Verhältnis 1:1 durch diesen fortgeführt, nicht aber ersetzt worden⁸⁸. Im Rahmen der Berechnung der SZR wurden die Beiträge der DM und des Franc durch diesen ersetzt⁸⁹.

⁸² Bechtold, GWB, § 100, Rn. 1.

⁸³ Richtlinie 97/52/EWG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 13.10.1997 zur Änderung der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge sowie Richtlinie 98/4/EG (ABl. Nr. L 101/I v. 1.4.1998) zur Änderung der Richtlinie 93/4/EG.

⁸⁴ General Procurement Agreement.

⁸⁵ Die ursprüngliche Berechnung erfolgte in DM, Franc, Pfund Sterling, Japanischen Yen und US-Dollar (vgl. Ausgabe 216 der Börsen-Zeitung vom 8.11.2001).

⁸⁶ Vgl. z.B. Boesen, Vergaberecht, § 100, Rn. 5.

⁸⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. c) u. d) LKR, Art. 6 Abs. 2 lit. a) BKR, Art. 7 Abs. 8 DLR und Art. 38 Abs. 1 SKR. Erstmals wurde der Umrechnungskurs am 1. Januar 1998 festgelegt, vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. a) Ziff. ii) SKR; siehe zum Ganzen z.B. Eberstein, in: Daub/ Eberstein, VOL/A, Einf., Rn. 48 f.; Boesen, Vergaberecht, Rn. 5; Bechtold, GWB, § 100, Rn. 3.

⁸⁸ Vgl. die Verordnung über bestimmte Vorschriften im Zusammenhang mit der Einführung des Euro vom 19.6.1997, wonach 1,95583 DM einem Euro entspricht (EG-VO 1103/97; ABIEG L 162; Dehmer/ Batke-Spitzer, DStR 1998, S. 36 ff.); die festgesetzten DM-Gegenwerte waren bis zum 31.12.1999 maßgeblich (vgl. BAnz. Nr. 36 vom 21. 2.1998 und BAnz. Nr. 3 vom 7.1.1998). Im Rahmen der Umrechnung in Euro ist von dem festgesetzten DM-Gegenwert zu einem ECU auszugehen (Drügemöller, Vergaberecht und Rechtsschutz, S. 81).

⁸⁹ Vgl. Ausgabe 216 der Börsen-Zeitung vom 8.11.2001.

Die derzeit geltenden Richtlinien sehen zahlreiche unterschiedliche Schwellenwerte vor. Für Dienstleistungsaufträge nach Maßgabe der Richtlinie 92/50/EWG gelten:

- **200.000 Euro** für Aufträge, die von den zentralen und von den nicht zentralen Behörden vergeben werden und bestimmte Dienstleistungen zum Gegenstand haben⁹⁰;
- **130.000 SZR** ausgedrückt in Euro für alle Aufträge, die von zentralen Regierungsbehörden des Anhangs I der Richtlinie vergeben werden⁹¹;
- **200.000 SZR** ausgedrückt in Euro für Dienstleistungsaufträge, die nicht von zentralen Regierungsbehörden vergeben werden und Dienstleistungen des Anhangs I Teil A betreffen⁹².

Für Bauaufträge nach Maßgabe der Richtlinie 93/36/EWG sind folgende Schwellenwerte festgelegt:

- **5.000.000 Euro** für Konzessionsverträge und Aufträge, die gem. Art. 2 Abs. 1 von anderen Einrichtungen vergeben werden;
- **5.000.000 SZR** ausgedrückt in Euro für alle sonstigen Bauaufträge.

Für Lieferaufträge nach Maßgabe der Richtlinie 93/36/EWG gelten folgende Schwellenwerte:

- **130.000 SZR** ausgedrückt in Euro für alle Lieferaufträge, die von den zentralen Regierungsbehörden vergeben werden⁹³;

⁹⁰ Diese umfassen solche des Anhangs I Teil A Kategorie 8 (Forschung und Entwicklung), bestimmte Telekommunikationsdienstleistungen nach Anhang I Teil A Kategorie 5; Aufträge und Dienstleistungen nach Anhang I Teil B und Aufträge nach Maßgabe des Art. 3 Abs. 3, d.

⁹¹ Dies gilt, soweit die entsprechenden Aufträge nicht unter die vorgenannten Kategorien des Anhangs I Teil A fallen.

⁹² Es sei denn, es handelt sich um solche Aufträge, die in den Kategorien 8 und 5 genannt sind.

⁹³ Diese sind in Anhang I der Richtlinie aufgeführt. Im Bereich der Verteidigung gilt dieser Wert nur für Aufträge über Waren des Anhangs II der Richtlinie.

- **200.000 SZR** ausgedrückt in Euro für Lieferaufträge, die nicht von zentralen Regierungsbehörden vergeben werden und solche von zentralen Regierungsbehörden, die im Bereich der Verteidigung vergeben werden⁹⁴.
- für alle Aufträge, die von der Sektorenrichtlinie umfasst werden, **400.000 Euro, 600.000 Euro bzw. 5.000.000 Euro**⁹⁵.

Die Kommission hat am 10.05.2000 Entwürfe für eine Basisrichtlinie „über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge“⁹⁶ und für eine Richtlinie „zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung“⁹⁷ vorgelegt, welche grundlegende Änderungen zum Ziel haben. Bedeutendste Änderung ist die Zusammenfassung aller für Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge geltenden Regelungen in nur einer Richtlinie⁹⁸. Die Vorschläge sehen außerdem eine Vereinfachung der Schwellenwerte vor, da die derzeit geltenden Regelungen nach Ansicht der Kommission „alles andere als einfach zu handhaben“⁹⁹ sind. Geplant ist eine Verringerung der Zahl der Werte sowie die Streichung des Hinweises „SZR ausgedrückt in Euro“; es sollen vielmehr alle Werte in Euro festgesetzt werden. Die Kommission hat jedoch in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die Schwellenwerte weiterhin mit den internationalen Verpflichtungen der Gemeinschaft aus dem im Rahmen der Uruguay-Runde geschlossenen Beschaffungsübereinkommen¹⁰⁰ übereinstimmen müssen. Insgesamt wurden daher gem. Art. 8 der Basisrichtlinie folgende Änderungen der Schwellenwerte vorgeschlagen: **5.300.000 Euro** für alle Bauaufträge und Konzessionen, die unter die Richtlinie 93/37/EWG fallen; **130.000 Euro** oder **200.000 Euro** für alle Liefer- und Dienstleistungsaufträge sowie Wettbewerbe, die unter die Richtlinien 93/36/EWG und 92/50/EWG fallen, je nach dem, ob die Aufträge von zentralen oder von nicht zentralen Regierungsbehörden vergeben werden. Der

⁹⁴ Diese müssen Waren des Anhangs II umfassen.

⁹⁵ Der Sektorenrichtlinie unterfallen alle Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung, im Verkehrsbereich, im Bereich der Telekommunikation sowie die Bauaufträge im Bereich der Sektoren (vgl. Art. 14 Abs. 1 DLR).

⁹⁶ Vgl. KOM 2000, 275 endgültig/2 v. 30.8.2000.

⁹⁷ Vgl. KOM 2000, 276 endgültig/2 v. 31.8.2001.

⁹⁸ Vgl. im Einzelnen zu den gewünschten Änderungen Vetter, NVwZ 2001, S. 745 (746).

⁹⁹ KOM 2000, 275 endgültig/2 v. 30.8.2000, Nr. 7.

¹⁰⁰ ABl. L 336 vom 23.12.1994, S. 1.

Kommission soll dabei die Kompetenz zukommen, bei Änderung der Euro – SZR – Parität die Höhe der Schwellenwerte entsprechend anzupassen.

Nach den erforderlichen Stellungnahmen der zuständigen Ausschüsse und des Europäischen Parlaments liegen nunmehr seit Mai 2002 abgeänderte Vorschläge dieser Richtlinien vor¹⁰¹. Das Europäische Parlament hat sich gleichsam für eine Reduzierung auf nur drei Schwellenwerte ausgesprochen, weicht jedoch in der Höhe gravierend von Veranschlagungen der Kommission ab, indem es die Schwellenwerte auf **7.000.000 Euro**, **200.000 Euro** und **300.000 Euro** festsetzen will. Entgegen dem Änderungsvorschlag des Europäischen Parlaments hat die Kommission in ihrem geänderten Vorschlag zur Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge eine Anhebung der Schwellenwerte um etwa 50% abgelehnt¹⁰². Denn dies würde ihrer Ansicht nach dazu führen, dass den Wirtschaftsteilnehmern weniger Aufträge angeboten würden und die Schwellenwerte nur an die bedeutendsten Aufträge angepasst seien. Sie weist weiter darauf hin, dass auch die Komplexität des europaweiten Ausschreibungsverfahrens kein Argument für eine Erhöhung darstelle, da das Verfahren durchaus mit nationalen Vergaben im Unterschwellenbereich vergleichbar sei. Außerdem würde eine Anhebung gegen die internationalen Verpflichtungen der Europäischen Union in der WTO verstoßen. Zuletzt führt die Kommission auf, dass sich bereits durch die Anpassung an die veränderten SZRe eine deutliche Erhöhung der Werte ergeben kann.

Art. 8 des Ratsvorschlages¹⁰³ enthält ebenfalls nur noch drei Schwellenwerte, die auf **6.242.000 Euro**, **162.000 Euro** und **249.000 Euro** festgesetzt werden. Die weitere Entwicklung der Richtlinienentwürfe bleibt abzuwarten.

b. Die Rechtsmittelrichtlinien

Zur Sicherstellung ihrer Einhaltung sind die Koordinierungsrichtlinien in den Jahren 1989 und 1992 durch zwei Rechtsmittelrichtlinien¹⁰⁴ ergänzt worden. Diese

¹⁰¹ Vgl. z.B. für die Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge KOM 2002, 236 endgültig v. 6.5.2002.

¹⁰² Vgl. Punkt 3.3 zur Abänderung 32.

¹⁰³ Politische Einigung des Rats vom 21.05.2002, Dok.-Nr. 9270/02.

¹⁰⁴ Richtlinie 89/665/EWG des Rats vom 1.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (vgl. AbIEG L 395/33. vom 30. Dezember 1989), geändert durch Richtlinie 92/50/EWG des Rats vom 18.06.1992 (vgl. AbIEG L 209/1 vom 24. Juli 1992); Richtlinie 92/13/EWG des Rats vom 25.2.1992 zur Koordinierung der Rechts- und

garantieren bei Beschwerden von Bietern über den Verfahrensablauf die prozessualen Mindestanforderungen hinsichtlich der in den Mitgliedstaaten einzurichtenden Vergabepflichten. Ihr Ziel ist es, den einzelnen Bieter in den ihm durch die Koordinierungsrichtlinien zustehenden Rechtspositionen zu stärken¹⁰⁵. Darüber hinaus sollen den Bietern durch die Rechtsmittelrichtlinien europaweit weitestgehend einheitliche Rechtsschutzmöglichkeiten geboten werden¹⁰⁶.

II. Vergaberecht in den Außenbeziehungen der Europäischen Union

Neben der Errichtung eines gemeinsamen Markts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens innerhalb der Europäischen Union war es seit jeher erwünscht, den europäischen Beschaffungsmarkt auch gegenüber Drittstaaten zu öffnen¹⁰⁷.

So war das öffentliche Beschaffungswesen bereits bei der von 1973 – 1979 stattfindenden Tokio-Runde Verhandlungsgegenstand und wurde durch das in diesem Rahmen ausgehandelte und am 1.1.1981 in Kraft getretene „(GATT-) Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen“¹⁰⁸ fixiert. Ziel des GATT-Übereinkommens war es, Handelshemmnisse zu beseitigen¹⁰⁹.

Einfluss auf die Globalisierung des Beschaffungswesens nahm dann vor allem das parallel zum WTO-Abkommen im Rahmen der Uruguay-Runde¹¹⁰ ausgehandelte und am 1.1.1996 in Kraft getretene Übereinkommen, das sogenannte „Government Procurement Agreement“ (GPA), welches den „GATT-Vergabekodex“ abgelöst hat¹¹¹. Dieses beinhaltet neben den Regelungen über die wesentlichen

Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (vgl. ABIEG L 76/14. vom 23. März 1992).

¹⁰⁵ Eggenberger, in: Schwappach/ Andreae, EU-Rechtshandbuch, § 49, Rn. 1.

¹⁰⁶ Ausführlich zu den Rechtsmittelrichtlinien Erdl, Der neue Vergaberechtsschutz, Rn. 27 ff.

¹⁰⁷ Vgl. Grünbuch der Kommission vom 26. 11.1996, abgedruckt in: Forum öffentliches Auftragswesen, Heft 2, S. 9.

¹⁰⁸ Dieses wird verkürzt als „GATT-Vergabekodex“ bezeichnet. Unterzeichnet wurde das Übereinkommen, dessen Verhandlungen bereits am 12.4.1979 abgeschlossen waren, von den Europäischen Gemeinschaften, Finnland, Großbritannien (für Honkong), Japan, Kanada, Norwegen, Österreich, Schweden, Schweiz, Singapur und den USA. Israel trat zum 29.6.1983 bei.

¹⁰⁹ Vgl. Gramlich, RIW, 1995, S. 793 (795 ff.); ausführlich: Kunnert, WTO-Vergaberecht, S. 63 ff.

¹¹⁰ Vgl. ausführlich zu den Verhandlungen der Uruguay-Runde z.B. Kunnert, WTO-Vergaberecht, S. 196 ff.

¹¹¹ Es wurde unterzeichnet von der Europäischen Union, den USA, Kanada, Japan, Israel, Südkorea, Norwegen, der Schweiz, Aruba, und Liechtenstein. Eröffnet wurde durch das Abkommen ein Beschaffungsmarkt in Höhe von ca. 450 Mrd. ECU (vgl. das Grünbuch der Kommission, Forum öffentliches Auftragswesen, Heft 2, S. 9 (61); Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 51).

Verfahrensregeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge solche über die Schaffung eines Mindestmaßes an Rechtsschutz für die Bieter¹¹².

Im Vorfeld beider Übereinkommen stellten die im GPA vorgesehenen Schwellenwertregelungen eines der Hauptthemen dar. Innerhalb der Tokio–Runde konzentrierte sich die Diskussion hauptsächlich auf die Höhe der jeweiligen Schwellenwerte. Während die Industriestaaten hohe Schwellenwerte forderten und davon ausgingen, dass auswärtige Unternehmen an geringwertigen öffentlichen Aufträgen nicht interessiert sind, waren die Entwicklungsländer gegenteiliger Auffassung. Sie erhofften sich angesichts ihrer gegebenen Produktionsstrukturen die größten Exportchancen gerade im Fall einer Marktöffnung im Sektor geringwertiger Güter und plädierten daher für niedrige Schwellenwerte¹¹³. Die aktuell im GPA vorgesehenen Schwellenwerte ergeben sich aus den Anlagen zu dem Übereinkommen. Für Bauleistungen betragen sie 5 Millionen SZR, für die Vergabe von Lieferungen und Dienstleistungen 130.000 SZR bei der Beschaffung durch zentralstaatliche Stellen. Für die Auftragsvergabe durch sonstige staatliche Stellen gelten gem. der Anlage 2 und 3 zu Anhang 1 für andere außer Bauleistungen höhere Schwellenwerte, nämlich 200.000 bzw. 400.000 SZR¹¹⁴.

War das Auftragsvolumen zunächst nur an einem festen Wert zu überprüfen, ging es im Rahmen der Uruguay–Runde nunmehr darum, sich von diesem statischen Wert zu lösen und differenzierende Schwellenwerte zu ermitteln, die sich an Auftraggeber- und Auftragswertkategorien orientieren¹¹⁵. Ferner wurden bestimmte Grundsätze zur Ermittlung des jeweiligen Auftragswerts festgelegt sowie ein Verbot zur Umgehung der Schwellenwerte durch Auftragsteilung geschaffen¹¹⁶.

Die Ergebnisse der Übereinkommen hatten natürlich Einfluss auf das europäische Vergaberecht. Trotz ihrer weitgehenden Übereinstimmungen mit den Vergaberichtlinien mussten diese vor allem hinsichtlich der differenzierten Vorgaben

¹¹² Vgl. ausführlich zu den wesentlichen Neuerungen, die das GPA im Vergleich zum GATT-Kodex enthält, sowie dessen Einfluss auf die EG-Vergaberichtlinien Boesen, Vergaberecht, Einl. Rn. 53 ff.

¹¹³ Vgl. GATT, Tokio 1979, S. 78 f.; ausführlich: Kunnert, WTO-Vergaberecht, S.97.

¹¹⁴ Vgl. Kokott, in: Byok/ Jaeger, Vergaberecht, Einf., Rn. 113.

¹¹⁵ Vgl. Kunnert, WTO-Vergaberecht, S. 221 ff.; differenziert wurde zwischen Warenlieferungen, Dienstleistungen und öffentlichen Bauaufträgen, die jeweils eigene Schwellenwerte zugewiesen bekamen.

¹¹⁶ Vorzunehmen ist z.B. eine Schätzung des Auftragswerts durch die Vergabestelle zu dem genau festgelegten Zeitpunkt der Veröffentlichung der Bekanntmachung, in die sämtliche Kostenkomponenten einzurechnen sind. (vgl. Art. II Vergabekodex).

bezüglich der Schwellenwerte geändert werden¹¹⁷. Durch die Richtlinie 97/52/EWG vom 13.10.1997¹¹⁸ wurden die Dienstleistungs-, Liefer- und Baukoordinationsrichtlinie angepasst¹¹⁹. Die Richtlinie 98/4/EWG vom 16.2.1998 änderte und ergänzte sodann die Sektorenkoordinierungsrichtlinie¹²⁰.

Einfluss auf das Beschaffungswesen nahm auch das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum¹²¹ vom 2.5.1992¹²², durch das sich die EFTA-Staaten¹²³ verpflichtet haben, die EG-Auftragsregeln uneingeschränkt zu übernehmen. Diese finden danach in allen Mitgliedsländern des Abkommens unmittelbare Anwendung¹²⁴.

Von Relevanz sind zuletzt die sogenannten „Europa - Abkommen“. Diese bestehen zwischen der EG und einigen mittel- und osteuropäischen Staaten¹²⁵ und haben zum Ziel, die gegenseitigen Beschaffungsmärkte einer jeweiligen Öffnung näher zu bringen. Obwohl die Europa – Abkommen keine feste Beitrittszusage zur Europäischen Union enthalten, verdeutlicht schon die aktuelle politische Situation, dass sie wohl im Rahmen der Osterweiterung als Vorbereitung zum Beitritt verstanden werden können. Neueste Abkommen sind die bilateralen Kooperationsabkommen mit Mexiko vom 23.03.2000 und mit Bangladesch vom 26.02.2000¹²⁶.

¹¹⁷ Darüber hinaus erfolgten Änderungen bezüglich der Vorschriften zum wettbewerblichen technischen Dialog, zur Kürzung der Fristen, zu Erweiterungen der ex-post-Angaben, zu Statistikpflichten und zu Möglichkeiten, die Angebote auch anders als schriftlich zu übermitteln (vgl. Erdl, Der neue Vergaberechtsschutz, Fn. 195).

¹¹⁸ Vgl. zur Entstehung dieser Richtlinie Prieß, EuZW 1997, S. 393 (393); ders., EuZW 1996, S. 357 (358); Langen, VergR 1997, S. 27 ff.; Drey, EuVgR 1995, S. 162.

¹¹⁹ ABIEG L 328/1 vom 28.11.1997.

¹²⁰ ABIEG L 101/1 vom 1.4.1998.

¹²¹ Kurz: EWR-Abkommen.

¹²² ABIEG L 305/6 ff.

¹²³ Gemeint sind damit die Mitgliedstaaten der am 4.1.1960 gegründeten Europäischen Freihandelsassoziation mit Sitz in Genf. Ursprüngliche Gründungsstaaten waren Dänemark, Großbritannien, Norwegen, Österreich, Portugal, Schweden und die Schweiz; später ist noch Island beigetreten. Das EWR-Abkommen führte zu einer so engen Verbindung zwischen den nach einigen Austritten noch verbliebenen EFTA-Staaten und der EG, dass der EFTA keine Zukunft mehr als eigener Wirtschaftsraum verblieben ist (vgl. Oppermann, Europarecht, Rn. 135 f.).

¹²⁴ Vgl. Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 59.

¹²⁵ Gemeint sind Polen, die Tschechische Republik, die Slowakische Republik, Ungarn, Rumänien, Bulgarien, Estland, Lettland und Litauen (vgl. Seidel, in: Dausen, Handbuch EG-Wirtschaftsrecht, H IV, Rn. 153 ff.).

¹²⁶ Vgl. insgesamt dazu Oppermann, Europarecht, Rn. 1893.

B. Nationales Vergaberecht

Selten erfuhr die Entwicklung eines deutschen Rechtsgebiets so viele Änderungen, wie das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, was vor allem mit den mehrfachen erfolglosen Versuchen des deutschen Gesetzgebers zusammenhängt, die Vorgaben der europäischen Richtlinien in das deutsche Recht zu transformieren.

I. Historische Entwicklung

Für die ordnungsgemäße Umsetzung der derzeit geltenden EG-Richtlinien in das nationale Recht hat der deutsche Gesetzgeber drei Anläufe benötigt. Im Rahmen der ersten sogenannten „Integrationslösung“ wurden die EG-Richtlinien durch Integration in die Verdingungsordnungen umgesetzt¹²⁷. Dies führte zu der unhaltbaren Situation, dass das Vergaberecht in Deutschland ausschließlich im Haushaltsrecht verankert war. Denn für die öffentlichen Auftraggeber bestand deshalb allein aufgrund haushaltsrechtlicher Vorschriften, d. h. gem. § 55 BHO bzw. gemäß der gleichlautenden Normen im Landes- und Kommunalrecht, die rein innenrechtliche Pflicht zur Anwendbarkeit der Verdingungsordnungen. Betroffene Dritte konnten sich in Verfahren oberhalb sowie unterhalb der Schwellenwerte nicht auf die Verdingungsordnungen berufen¹²⁸. Eine solche Rechtslage war mit der Intention des EG-Richtliniengabers natürlich nicht vereinbar, dem es gerade auf die Gewährleistung einer europaweit einheitlichen Auftragsvergabe und auf gegebene Rechtsschutzmöglichkeiten der Bieter ankam. So sind die neuen EG-Vergaberichtlinien aus dem Jahr 1993 im Wege der sogenannten „haushaltsrechtlichen Lösung“ in das deutsche Recht eingegliedert worden.¹²⁹ Hierzu wurden mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes vom 26.11.1993¹³⁰ die §§ 57a – 57c HGrG geschaffen¹³¹. Diese ermächtigten zum Erlass der am 1.3.1994 in Kraft getretenen Vergabeverordnung¹³² und

¹²⁷ Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 133.

¹²⁸ BGH, DÖV 1992, S. 221 ff.

¹²⁹ Bundesgesetzgeber und Verdingungsausschuss haben im Rahmen umfangreicher Diskussionen die Schaffung eines eigenständigen Vergabegesetzes ausdrücklich abgelehnt (vgl. Noch, Vergaberecht kompakt, S. 6 f.).

¹³⁰ BGBl. 1993 I, S. 1928, in Kraft getreten am 1.1.1994.

¹³¹ Die Einfügung der Regelungen über die öffentliche Auftragsvergabe in das Haushaltsrecht lag deswegen auf der Hand, weil dieses bereits die allgemeinen Grundsätze für die Auftragsvergabe enthält. (Erdl, Der neue Vergaberechtsschutz, Rn. 74.). Ziel des Haushaltsrechts ist es, eine möglichst sparsame Haushaltsführung zu erreichen. (Glahs, in: Reidt/ Stickler/ Glahs, Vergaberecht, Einl., Rn. 6).

¹³² BGBl. 1994 I, S. 321.

Nachprüfungsverordnung¹³³, welche wiederum auf die jeweiligen Verdingungsordnungen verwiesen. Die „haushaltsrechtliche Lösung“ bezog sich jedoch lediglich auf die von den Richtlinien vorgeschriebenen Vergaben, die einen bestimmten Schwellenwert erreichen. Unterhalb der Schwellenwerte blieb es bei der bisherigen nationalen Rechtslage¹³⁴. Schnell wurden Stimmen der Kritik an diesem Ansatz laut, die sich neben dem Gesichtspunkt der Unübersichtlichkeit vor allem darauf stützten, dass der Gesetzgeber bewusst die Schaffung subjektiver Rechte der Verfahrensteilnehmer vermieden hatte¹³⁵. So verwundert es nicht, dass der EuGH in seinem Urteil vom 11.8.1995¹³⁶ einen Verstoß der Bundesrepublik gegen das Gemeinschaftsrecht festgestellt hat. Darüber hinaus hat die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik eingeleitet und die US-Regierung drohte mit Handelssanktionen, sollte in Zukunft amerikanischen Unternehmen nicht die Möglichkeit geboten werden, subjektiven Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen¹³⁷. Als damit klar war, dass auch die „haushaltsrechtliche Lösung“ keinen dauerhaften Bestand haben kann, entschied sich die Bundesregierung am 25.9.1996 für eine erneute Änderung des nationalen Vergaberechts.

II. Aktuelle Rechtslage

Nach knapp 18-monatigen Diskussionen und vorausgegangenem Vermittlungsverfahren verabschiedeten Bundesrat und Bundestag schließlich am 29.5.1998 das von der Bundesregierung eingebrachte Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG)¹³⁸, welches am 1.1.1999 in Kraft getreten ist¹³⁹. Die damit verbundene Abkehr von der „haushaltsrechtlichen Lösung“ hatte vor

¹³³ BGBl. 1994 I, S. 324.

¹³⁴ Vgl. ausführlich zur „haushaltsrechtlichen Lösung“ und deren Rechtmäßigkeit Noch, Die Vergabe von Staatsaufträgen, S. 74 ff.

¹³⁵ Vgl. z.B. Glahs, in: Reidt/ Stickler/ Glahs, Vergaberecht, Einl., Rn. 8.

¹³⁶ EuGH, Rs. C-433/93 (Kommission/ Bundesrepublik Deutschland).

¹³⁷ Vgl. das Schreiben der Kommission vom 31. Oktober 1995 (SG 895) D/13624 und die Stellungnahme vom 31. Juli 1996, K (96) 2380; Portz, in: Niebuhr/ Kulartz/ Kus/ Portz, Vergaberecht, Einf., Rn. 34).

¹³⁸ „Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge“, das am 26.8.1998 verkündet wurde (BGBl I S. 2512); vgl. ausführlich zum Gesetzgebungsverfahren z.B. Gröning, ZIP 1999, S. 52 (52 f.); Bechtold, GWB, Einl. 4. Teil, Rn. 14 f.

¹³⁹ Die Gesetzgebungskompetenz ergibt sich aus Art. 109 Abs. 3 GG. Des Weiteren kommt es für die kompetenzrechtliche Einordnung des Vergabeverfahrens auf die Zuordnung des Vergaberechts an. Ordnet man die Vergabe öffentlicher Aufträge der fiskalischen Staatstätigkeit zu, so ergeben sich weitere Kompetenztitel aus den Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 (Gegenstände des bürgerlichen Rechts), 74 Abs. 1 Nr. 11 (Gegenstände des Rechts der Wirtschaft) und 74 Abs. 1 Nr. 16 (Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellungen) GG (Pietzker, ZHR 162 (1998), S. 427 (441 f.)).

allem die Gewährleistung subjektiver Bieterrechte¹⁴⁰ sowie die Schaffung eines zweistufigen Kontrollverfahrens¹⁴¹ zum Ziel. Verfolgt werden sollte dieses Ziel allerdings nur insoweit, als dass es durch die europäischen Richtlinien gefordert wurde. Das VgRÄG findet demnach nur Anwendung auf solche Aufträge, deren geschätzte Auftragswerte die durch Rechtsverordnung festgelegten Schwellenwerte erreichen oder überschreiten¹⁴², womit in Deutschland die Zweiteilung des Vergaberechts beibehalten wurde. Für alle Aufträge, deren Auftragswerte unterhalb der vorgegebenen Schwellenwerte liegen, bleibt es bei der bisherigen Rechtslage¹⁴³, auf die im folgenden noch näher einzugehen ist. Im Übrigen bleibt es in Deutschland auch bei dem sogenannten „Kaskadenprinzip“, d.h. dem Verweis auf nachgeordnete Rechtsnormen. Der deutsche Gesetzgeber hat es folglich trotz Erlass des VgRÄG vermieden, von der Grundstruktur des bundesdeutschen Vergaberechts abzuweichen¹⁴⁴.

Praktisch umgesetzt wurde das VgRÄG als 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), wobei sich diese Einfügung als nicht unproblematisch erwies. Kritisiert wurde sie vor allem aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtungen des GWB und des Vergaberechts¹⁴⁵. Solchen Bedenken folgte der Gesetzgeber nicht; entscheidend war für ihn die Bedeutung des Wettbewerbsgebots in beiden Rechtsgebieten¹⁴⁶.

1. Rechtslage oberhalb der Schwellenwerte

Zentrale Bedeutung für Aufträge mit einem Auftragsvolumen oberhalb der gem. §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB i.V.m. §§ 2, 3 VgV festgelegten Schwellenwerte haben nunmehr die §§ 97 ff. GWB. Diese untergliedern sich in drei Abschnitte, wobei

Erkennt man jedoch das zweistufige Modell an, ergibt sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für Vergabeverfahren auf Bundesebene aus Art. 86 GG und die Gesetzgebungskompetenz der Länder für Vergabeverfahren auf Landesebene aus Art. 84 Abs. 1 GG (Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 76 ff.).

¹⁴⁰ Vgl. die Begründung der Bundesregierung zu ihrem Gesetzesentwurf vom 3.12.1997, Drs. 13/9340 (Punkt 3: Zielsetzung).

¹⁴¹ Bereits der erste Gesetzesentwurf der Bundesregierung sprach sich für den Wegfall der Vergabeprüfstellen aus; gefordert wurde in erster Instanz ein Ausschuss in Form von Vergabekammern und in zweiter Instanz die Kontrolle durch ein Oberlandesgericht (vgl. den Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Drucks. 13/9340).

¹⁴² Vgl. § 100 Abs. 1 GWB.

¹⁴³ Däubler-Gmelin, EuZW 1997, S. 709 (710).

¹⁴⁴ Schneevogel/ Horn, NVwZ 1998, S. 1242 (1243).

¹⁴⁵ Vgl. dazu unten 6. Teil, § 2, C., S. 151 ff.

¹⁴⁶ BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 13; Bechtold, GWB, Einl., Rn. 16; Boesen, EuZW 1997, S. 713 (718).

der erste Abschnitt das Vergabeverfahren, der zweite Abschnitt das Nachprüfungsverfahren und der dritte Abschnitt die sonstigen Regelungen umfasst. Besonders hervorzuheben ist, dass § 97 Abs. 7 GWB dem Bewerber erstmals einen Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber bietet. Bei Nichteinhaltung der Verfahrensvorschriften wird ihm in völliger Abkehr von der bisherigen Rechtslage gem. §§ 116 ff. GWB Primärrechtsschutz in Form der sofortigen Beschwerde gewährt. Im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens sind in erster Instanz die Vergabekammern als Teil der Exekutive¹⁴⁷ (§§ 102, 104 GWB) und in der Rechtsmittelinstanz die Oberlandesgerichte (§ 116 Abs. 3 GWB) zuständig¹⁴⁸. Daneben bieten sich dem Bieter aber auch zahlreiche Möglichkeiten zur Geltendmachung von Sekundärrechtsschutz¹⁴⁹.

Im Übrigen bleibt es auch im Rahmen der aktuellen Rechtslage bei der Umsetzung der europäischen Richtlinien durch eine Verordnungsermächtigung an die Bundesregierung gem. § 97 Abs. 6 GWB. Bereits im Zeitraum der Geltung des HGrG hat die Bundesregierung von dieser Ermächtigung durch Erlass der Verordnung über die Vergabebestimmungen für öffentliche Aufträge (VgV)¹⁵⁰ Gebrauch gemacht, die zum 1.2.2001¹⁵¹ an die neue Rechtslage angepasst wurde¹⁵². Die Vergabeverordnung hat seitdem die Funktion eines Bindeglieds zwischen den gesetzlichen Regelungen und den Verdingungsordnungen, indem sie in den §§ 4 ff. hinsichtlich der jeweiligen Auftragsinhalte auf die Teile A der jeweiligen Verdingungsordnungen verweist. Darüber hinaus kommt der Vergabeverordnung mit Blick auf die Umsetzung der EU-Schwellenwerte besondere Bedeutung zu, indem sie nunmehr in § 2 losgelöst von den Verdingungsordnungen die Schwellenwerte gesondert regelt.

Die Verdingungsordnungen regeln schließlich die Einzelheiten des Ausschreibungsverfahrens und bilden somit den materiellen Kern des Vergaberechts¹⁵³. Da sie Regelwerke darstellen, die durch staatliche

¹⁴⁷ Byok, NJW 1998, S. 2774 (2778).

¹⁴⁸ Vgl. ausführlich zum vierten Teil des GWB z.B. Schneevogl/ Horn, NVwZ 1998, S. 1242 ff.; Boesen, EuZW 1998, S. 551 ff.; ders., EuZW 1997, S. 713 ff.; Däubler – Gmelin, EuZW 1997, S. 709 ff.; Vetter, NVwZ 2001, S. 745 ff.; Byok, NJW 1998, S. 2774 ff.

¹⁴⁹ Von der Rechtsprechung sind Ansprüche auf Ersatz des positiven Interesses (z.B. OLG Stuttgart, BauR 1992, S. 639 (641); OLG Düsseldorf, BauR 1989, S. 195 (198); BGH, BauR 1989, S. 214) sowie Ansprüche auf Ersatz des negativen Interesses (z.B. BGH, WM 1998, S. 2388 (2393)) anerkannt worden; siehe ausführlich zum Rechtsschutz unten, 4. Teil, § 1, D.II., S. 66 ff.

¹⁵⁰ Vergabeverordnung vom 22.2.1994 (BGBl I, S. 321).

¹⁵¹ Verordnung vom 18.1.2001 (BGBl I, S. 110); näher dazu Hertwig, DStR 2001, S. 172 ff.

¹⁵² Vgl. ausführlich zu den Problematiken bei der Anpassung der VgV an die aktuelle Rechtslage Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 17 ff.

¹⁵³ Bechtold, GWB, Einl., Rn. 17.

Fachgremien¹⁵⁴ erarbeitet wurden, konnten die A - Teile zunächst weder als Gesetz noch als Rechtsverordnung qualifiziert werden¹⁵⁵. Vielmehr handelte es sich um Verwaltungsvorschriften, die keinen allgemeinverbindlichen Charakter besaßen, sondern nur behördenintern verpflichtend wirkten¹⁵⁶. Dies änderte sich teilweise durch die Verweisung in § 2 VgV a.F. auf die Verdingungsordnungen. Da es sich hierbei um eine „statische Verweisung“ handelte¹⁵⁷, erhielten die ursprünglich rechtlich unverbindlichen Verdingungsordnungen nach ganz herrschender Ansicht im Anwendungsbereich der VgV Rechtsnormcharakter. Denn „statische Verweisung“ bedeutet, dass auf diejenige Fassung Bezug genommen wird, die im Zeitpunkt der Verabschiedung der verweisenden Norm gilt¹⁵⁸. Diejenigen Teile der Verdingungsordnungen, auf die die VgV keinen Bezug genommen hat, bleiben dagegen behördeninterne Dienstanweisungen für öffentliche Auftraggeber, für die kein Nachprüfungsverfahren existiert¹⁵⁹. Auch die im Jahr 2001 neu erlassene VgV enthält in den §§ 4 ff. statische Verweisungen auf die Verdingungsordnungen, so dass in diesem Bereich wohl keine rechtlichen Bedenken gegen deren unmittelbare Anwendbarkeit mehr bestehen.

2. Rechtslage unterhalb der Schwellenwerte

Die Ausschreibungen, Vergaben und Abwicklungen der Auftragsvergaben, die im Regelungsbereich unterhalb der Schwellenwertregelung liegen, unterfallen dem traditionellen deutschen Haushaltsrecht¹⁶⁰. Als Rechtsgrundlage dienen die §§ 16, 29, 30 HGrG sowie die §§ 24, 54, 55 BHO bzw. ihre landesrechtlichen Pendanten, welchen der alleinige Zweck zugrunde liegt, die richtige Verwendung der Haushaltsmittel zu sichern¹⁶¹. Ergänzt und ausgefüllt werden die haushaltsrechtlichen Vorschriften durch die auf der Grundlage des § 55 Abs. 2 BHO/ LHO anwendbaren

¹⁵⁴ Sogenannte Verdingungsausschüsse (Noch, Die Vergabe von Staatsaufträgen, S. 76).

¹⁵⁵ Ebenso ist es nicht allgemein anerkannt, die Verdingungsordnungen als Gewohnheitsrecht zu bezeichnen (z.B. OLG Karlsruhe SFH § 24 VOB/A Nr. 1).

¹⁵⁶ Riedl, in: Heiermann/ Riedl/ Rusam, VOB, Einl., Rn. 9.

¹⁵⁷ Die „dynamische Verweisung“ bezieht sich dagegen auf die jeweils aktuelle Fassung der verweisenden (vgl. z.B. Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, VOF, Einl., Rn. 22; Pietzker, Vergabeverordnung und Kaskadenprinzip, S. 56; ausführlich zum Streitstand Noch, Die Vergabe von Staatsaufträgen, S. 76 f.).

¹⁵⁸ Vgl. z.B. OLG Düsseldorf vom 29.7.1998, WuW/E Verg. 202 „Baumpflegearbeiten“; Jagenburg, NJW 1998, S. 2398 ff.; Niebuhr, in: Niebuhr/ Kulartz/ Kus/ Portz, Vergaberecht, Einf., Rn. 13; Riedl, in: Heiermann/ Riedl/ Rusam, VOB, Einl., Rn. 2; Niebuhr/ Eschenbruch, in: Kapellmann, Jahrbuch Baurecht, S. 988.

¹⁵⁹ Vgl. dazu Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, VOF, Einl., Rn. 21 f.

¹⁶⁰ Auf europäischer Ebene wird dieser Regelungsbereich durch die bereits dargestellten Normen des primären Gemeinschaftsrechts unmittelbar beeinflusst, siehe dazu oben 1. Teil, § 2, A.I.1, S. 6 f.

¹⁶¹ Marx, in: Jestaedt/ Kemper/ Marx/ Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, S. 3.

Basisparagrafen der VOB/A und VOL/A, wobei keine Pflicht zur Anwendung bestehen muss, sondern diese in einzelnen Bundesländern den Kommunen sowie bestimmten Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts lediglich empfohlen wird¹⁶².

Aufgrund ihrer Zweckverfolgung handelt es sich bei den Haushaltsregeln um „objektive Ordnungsregeln“¹⁶³, was zur Folge hat, dass der gesamte Bereich unterhalb der Schwellenwertregelung direkt keine subjektiven Bieterrechte enthält. Das bedeutet eine Verschlechterung der Rechtstellung der Bieter durch die Einführung des Vergaberechtsänderungsgesetzes gegenüber der bis zum 31.12.1998 geltenden Rechtslage. Die §§ 57b Abs. 1 S. 1 und 57c Abs. 1 S. 1 HGrG boten auf Antrag der Bieter die Möglichkeit zur Überprüfung eines jeden Vergabeverfahrens durch die Vergabeprüfstellen bzw. die Vergabeüberwachungsausschüsse. Durch Verabschiedung des Vergaberechtsänderungsgesetzes wurden die Vergabeüberwachungsausschüsse nunmehr gänzlich abgeschafft.¹⁶⁴ Dem entsprechend existiert auf nationaler Ebene auch kein spezielles Rechtsschutzsystem gegen rechtswidriges Handeln des Staates im Rahmen öffentlicher Auftragsvergaben. Ungeklärt war schon vor Erlass des VgRÄG, inwieweit Verstöße des öffentlichen Auftraggebers gegen das Vergaberecht vor den ordentlichen Gerichten geahndet werden können¹⁶⁵. Für Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte stellt § 104 Abs. 2 S. 2 GWB nunmehr klar, dass der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten nur zur Geltendmachung von Sekundärrechtsschutz offen stehen kann. In Bezug auf alle anderen Vergabeverfahren ist die Möglichkeit der Geltendmachung von Primärrechtsschutz weiterhin unklar. Zweifelsfrei verbleibt den Bietern allein die Möglichkeit des Sekundärrechtsschutzes¹⁶⁶. Dieser kann zum Beispiel Schadensersatzansprüche des Bieters aus dem zwischen ihm und dem Ausschreibenden entstandenen vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis¹⁶⁷ umfassen¹⁶⁸.

¹⁶² RdErl. v. 8.4.1976 – III 13 U-5/701 – 4787/75 u. RdErl. v. 16.5.1994 – III B 4-5/701-6033/94.

¹⁶³ Marx, in: Jestaedt/ Kemper/ Marx/ Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, S. 3.

¹⁶⁴ Eine Pflicht zur Schaffung von Vergabeprüfstellen besteht gem. § 103 I GWB nicht mehr; siehe dazu unten, 4. Teil, § 1, D.II.1.n.aa, S. 70 f.

¹⁶⁵ Hierbei ging es vor allem um die Frage, inwieweit dem Bieter ein Anspruch auf Unterlassen der Erteilung eines rechtswidrigen Zuschlags zustand, was von der überwiegenden Ansicht zugelassen worden ist (ausführlich zum Streitstand Heiermann/ Ax, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 96 ff.).

¹⁶⁶ Vgl. BGH, BauR 1992, S. 221.

¹⁶⁷ BGH, BauR 1985, S. 75; OLG Stuttgart, BauR, 1992, S. 639; BGH, ZVgR 1998, S. 578 (580).

¹⁶⁸ Vgl. zu den Rechtsschutzmöglichkeiten des Bieters im Verfahren unterhalb der Schwellenwertregelung 4. Teil, § 1, D.II.3., S. 87 ff.

III. Landesrecht

1. Vergabegesetze der Länder

Bezug nehmend auf die in § 99 GWB definierten öffentlichen Aufträge haben nunmehr acht Bundesländer eigene Vergabegesetze verabschiedet¹⁶⁹. Diese bestimmen zum Teil entsprechend der Regelung des § 97 Abs. 4, 1. HS GWB die durch den Bieter vorzuweisenden Eignungskriterien der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit¹⁷⁰. Darüber hinaus setzen die Vergabegesetze der Länder insbesondere die Tariftreuepflicht der am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen für die Zuschlagserteilung voraus. Öffentliche Aufträge dürfen aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes nur an solche Unternehmen vergeben werden, die bei der Angebotsabgabe ihre Tariftreue erklären, indem sie sich schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung der Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zum tarifvertraglich vorgesehenen Zeitpunkt zu bezahlen¹⁷¹. Die Auftragnehmer müssen darüber hinaus neben ihrer eigenen Tariftreue auch die Tariftreue der von ihnen beauftragten Nachunternehmer gewährleisten¹⁷². Gemäß § 4 TariftG NRW werden die jeweils anzuwendenden Lohn- und Gehaltstarife in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen durch den öffentlichen Auftraggeber benannt.

Die öffentlichen Auftraggeber trifft in einzelnen Ländern die Pflicht zur vertieften Kalkulationsüberprüfung eines Angebots, wenn ein Angebot, auf das der Zuschlag erteilt werden könnte, unangemessen niedrig erscheint¹⁷³. Ihnen obliegt außerdem die weitergehende Kontrollberechtigung hinsichtlich der Einhaltung der geforderten Vergabevoraussetzungen durch die beteiligten Unternehmen¹⁷⁴. Als Sanktionen zur Sicherung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens sehen die Vergabegesetze

¹⁶⁹ BayBauVG vom 28.06.2000 (BayGVBl 2001, S. 369); VgG Bln vom 09.07.1999 (GVBl. 1999, S. 309); Vergabegesetz für das Land Bremen vom 17.12.2002 (GVBl. 2002, S. 594); Niedersachsen Landesvergabegesetz vom 02.09.2002 (Nds. GVBl v. 06.09.2002, S. 370); TariftG NRW vom 17.12.2002 (GV NRW, 2003, S. 8); SaarBauVG vom 23.08.2000 (GVBl. Saarland 2000, S. 1846); SächsVergabeG vom 08.07.2002 (GVBl. 2002, S. 218); VergabeG LSA vom 29.06.2001 (GVBl. LSA 2001, S. 234).

¹⁷⁰ Art. 2 Abs. 1 BayBauVG, § 1 Abs. 1 VgG Bln, § 2 Abs. 1 SaarBauVG, § 2 Abs. 2 VergabeG LSA.

¹⁷¹ Art. 3 BayBauVG, § 1 Abs. 1 VgG Bln, § 4 Vergabegesetz für das Land Bremen, § 3 Nds. Landesvergabegesetz, § 2 TariftG NRW, § 3 SaarBauVG, § 3 VergabeG LSA.

¹⁷² Art. 3 Abs. 2 BayBauVG, § 1 Abs. 1 VgG Bln, § 5 Vergabegesetz für das Land Bremen, § 4 Nds. Landesvergabegesetz, § 3 TariftG NRW, § 3 Abs. 2 SaarBauVG, § 3 SächsVergabeG; § 3 Abs. 1, 4 VergabeG LSA.

¹⁷³ § 6 Vergabegesetz für das Land Bremen, § 5 Nds. Landesvergabegesetz, § 5 TariftG NRW.

¹⁷⁴ Art. 4 BayBauVG, § 8 Vergabegesetz für das Land Bremen, § 7 Nds. Landesvergabegesetz, § 6 TariftG NRW, § 5 VergabeG LSA.

der Länder die Zahlung von Vertragsstrafen, die Möglichkeit der fristlosen Kündigung seitens des öffentlichen Auftraggebers sowie einen Ausschluss von der öffentlichen Auftragsvergabe für einen bestimmten Zeitraum vor¹⁷⁵. Die Auswahl der im Einzelfall anzuwendenden Sanktion obliegt dem öffentlichen Auftraggeber und bestimmt sich anhand des Verschuldensgrades, der den Auftragnehmer beim Verstoß gegen seine Verpflichtungen trifft.

Hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs verweisen einige Landesvergabegesetze auf die gemäß §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB i.V.m. § 3 VgV festgesetzten Schwellenwerte¹⁷⁶. Andere eröffnen den Anwendungsbereich unabhängig von den im Bundesrecht festgesetzten Schwellenwerten bereits bei Erreichen eines geschätzten Auftragswerts von 10.000 Euro¹⁷⁷. Unterhalb der auf Bundesebene geltenden Schwellenwerte finden die §§ 97 Abs. 1 - 5, 98 - 100 GWB sowie die §§ 4, 6 und 16 VgV in einzelnen Ländern analoge Anwendung mit der Maßgabe, dass jeweils die ersten Abschnitte der VOL und VOB gelten¹⁷⁸.

Eine Besonderheit bietet das sächsische Vergabewesen. Das Sächsische Vergabegesetz enthält nur vereinzelte materiell - rechtliche Vorschriften. Gem. § 7 SächsVergabeG wird die Regelungskompetenz bezüglich der Ausführung des Sächsischen Vergabegesetzes in Form einer Verordnungsermächtigung auf die Staatsregierung übertragen. Darunter fallen insbesondere Regelungen über die Prüfung von Angeboten und der Bonität des Bieters, Sicherungsleistungen des Auftragnehmers, Qualifizierung des Vergabeverantwortlichen, Informationspflichten des Auftraggebers, die Erhebung von Gebühren und Auslagen für das Tätigwerden der Nachprüfungsbehörde sowie weitere auftragsbezogene Kriterien in der Leistungsbeschreibung. Mit Erlass der Sächsischen Vergabedurchführungsverordnung vom 17.12.2002 (SächsVergDVO)¹⁷⁹ hat die Staatsregierung von ihrer Regelungskompetenz Gebrauch gemacht.

¹⁷⁵ Art. 4 Abs. 3 BayBauVG; § 9 Vergabegesetz für das Land Bremen, § 8 Nds. Landesvergabegesetz, § 7 TariftG NRW, § 6 VergabeG LSA.

¹⁷⁶ Art. 2 Abs. 2 BayBauVG, § 2 Abs. 2 SaarBauVG (bezogen auf die Anwendbarkeit des § 1 Satz 2 Nr. 2 SaarBauVG).

¹⁷⁷ § 2 Vergabegesetz für das Land Bremen, § 1 Nds. Landesvergabegesetz, § 1 Abs. 2 TariftG NRW.

¹⁷⁸ § 3 Vergabegesetz für das Land Bremen, § 2 Nds. Landesvergabegesetz.

¹⁷⁹ Vom 17.12.2002 (SächsGVBl., S. 218).

2. Regeln der Länder über das Nachprüfungsverfahren

Die Landesregierungen aller Bundesländer haben gemäß der Ermächtigungsgrundlage des § 106 Abs. 2 GWB Verordnungen zur Ausgestaltung des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens erlassen. Diese regeln im Wesentlichen die Einrichtung, Organisation und Zuständigkeit der Vergabekammern sowie in einigen Bundesländern die Einrichtung der Vergabeprüfstellen.

§ 3 Einführung in die Problematik

Die Schwellenwerte bilden seit ihrer Einführung die Grundlage für zahlreiche rechtspolitische Diskussionen auf europäischer wie auch auf nationaler Ebene. So herrscht vor allem Uneinigkeit über ihre Höhe. Während von einigen im Interesse eines stärkeren Wettbewerbs eine erhebliche Senkung der Werte oder sogar ihre gänzliche Abschaffung gefordert wird¹⁸⁰, spricht sich die Gegenposition aufgrund des hohen Verwaltungsaufwands, den europaweite Ausschreibungsverfahren mit sich bringen, für eine Erhöhung aus¹⁸¹. Eine vermittelnde Ansicht geht - mit überzeugender Argumentation - davon aus, dass die zur Zeit existierenden Schwellenwerte ihrer Form und Höhe nach sinnvoll festgelegt sind¹⁸². Denn die deutliche Absenkung der Schwellenwerte oder ihre gänzliche Abschaffung hätten einen erheblichen Verwaltungsaufwand zur Folge, der im klaren Widerspruch zu den Zielen der Europäischen Union stünde¹⁸³. Eine Anhebung führt dagegen dazu, dass nur noch in wenigen Ausschreibungsverfahren die europäischen Vorgaben zu beachten wären, was wiederum nicht mit dem europäischen Integrationsprozess zu vereinbaren wäre¹⁸⁴.

Gerade in diesem Zusammenhang verwundert es, dass im Gegensatz zur Höhe der Werte die Verfassungsmäßigkeit der durch § 100 Abs. 1 GWB hervorgerufenen Zweiteilung des Vergaberechts trotz zahlreicher noch offener Fragen von

¹⁸⁰ Vgl. z.B. den Beschluss der Europäischen Kommission vom 22.10.1997, A-0303/97; Noch, Vergaberecht kompakt, S. 38 f.

¹⁸¹ So wurde beispielsweise vom Europaparlament in einer Pressemitteilung vom 28.10.1998 eine mehr als 100%-ige Erhöhung der Schwellenwerte gefordert.

¹⁸² Auch nach dieser Ansicht können Änderungen der Schwellenwerte sinnvoll erscheinen, z.B. die Anpassung an die multilateralen Handelsabkommen der Europäischen Gemeinschaften (vgl. Noch, Vergaberecht kompakt, S. 39).

¹⁸³ Noch spricht an dieser Stelle als Stichwort die „Deregulierung“ an (vgl. Noch, Vergaberecht kompakt, S. 39).

¹⁸⁴ Vgl. Noch, Vergaberecht kompakt, S. 39.

Gesetzgebung und Rechtsprechung bislang nur am Rande problematisiert wurde¹⁸⁵. Bereits im Gesetzgebungsverfahren zum VgRÄG wurde unter anderem festgestellt, dass „die Beschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes auf solche Vergabeverfahren, welche die Schwellenwerte der EG-Vergaberichtlinien erreichen, (...) keinen grundsätzlichen verfassungsrechtlichen (...) Bedenken“ begegnet¹⁸⁶. Als sachliche Gründe für die Ungleichbehandlung von Verfahren, die jeweils über- oder unterhalb der Schwellenwertregelung liegen, reichen nach Ansicht des Gesetzgebers bereits der Zweck des VgRÄG, EG-Recht umzusetzen, sowie Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie aus¹⁸⁷. Es sei schon aufgrund der Vielzahl der Fälle gar nicht möglich, das EG-Richtlinienrecht auf unterhalb der Schwellen liegende Verfahren auszudehnen¹⁸⁸. Deswegen soll es den EG- und verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen, wenn der Bieter eines die Schwellenwerte nicht erreichenden Verfahrens die Möglichkeit hat, Schadensersatzansprüche vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen¹⁸⁹. Dass darin ein möglicher Verstoß gegen die in Art. 19 Abs. 4 GG verankerte Garantie des gerichtlichen Rechtsschutzes liegen kann, ist in dem vom Bundesministerium für Wirtschaft in Auftrag gegebenen Gutachten zwar erkannt, jedoch nicht weiter geprüft worden¹⁹⁰. Die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des zweigeteilten nationalen Vergaberechts wird seitdem in der Literatur immer häufiger gestellt¹⁹¹, wobei bis

¹⁸⁵ Vor allem existieren relativ wenige Entscheidungen, denen hauptsächlich die Schwellenwertregelung zugrunde liegt (vgl. z.B. VK Südbayern, Beschluss v. 20.5.1999 – 120.3-3194.1-08-99 -, 508; VÜA Hessen, Beschluss v. 28.6.1999 – VÜA 4/99-1999, 356; zum Ganzen: Kraus, BauR 2000, S. 1545 (1547)).

¹⁸⁶ BT-Drucks. 13/9340, Anlage 1 zur Begründung, S.25.

¹⁸⁷ BT-Drucks. 13/9340, Anlage 1 zur Begründung, S.25.

¹⁸⁸ In diesen Fällen findet allein das primäre Gemeinschaftsrecht Anwendung (BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 15).

¹⁸⁹ BT-Drucks. 13/9340, Anlage 1 zur Begründung, S. 25.

¹⁹⁰ BT-Drucks. 13/9340, Anlage 1 zur Begründung, S. 25.; die Bundesregierung hat in ihrer Gegenäußerung auf Bitte des Bundesrats hin außerdem geprüft, ob es angesichts des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 17.9.1997 in der Rechtssache C-54/96 (Dorsch Consult) möglich ist, den gerichtsähnlichen Vergabeüberwachungsausschuss als einzige Rechtsschutzinstanz beizubehalten. In diesem Zusammenhang wurde erwähnt, dass „Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes (...) hier primär kein Prüfungsmaßstab (ist), da sich im Vergaberecht die öffentliche Hand und die Unternehmen nicht im Verhältnis Über- und Unterordnung gegenüberstehen. Für privatrechtliche Streitigkeiten besteht eine aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes folgende Pflicht des Staates, einen sachgerecht ausgestalteten Schutz durch die Gerichte zu gewährleisten.“ (BT-Drucks. 13/9340, Anlage 2, Gegenäußerung der Bundesregierung, S. 48). Dies beantwortet jedoch nicht die Frage, inwieweit der durch das Vergaberechtsänderungsgesetz eingeführte Bieterrechtsschutz mit den europa- und verfassungsrechtlichen Anforderungen im Einklang steht.

¹⁹¹ Dreher, NZBau 2002, S. 419 ff.; Huber, JZ 2000, S. 877 ff.; ansonsten stellten einige vielmehr in aller Kürze allein in Anlehnung an den Gesetzesentwurf fest, dass bezüglich der Schwellenwertregelung keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestünden. Thematisiert wurde dies meist im Hinblick auf den unterschiedlichen Bieterschutz, den die Zweiteilung mit sich bringt (vgl. z.B. Bechtold, GWB, § 100, Rn. 4; Eschenbruch, in: Niebuhr/ Kulartz/ Kus/ Portz,

heute ungeklärt ist, ob die vorgetragene Argumentation sowie die Tatsache, dass sich der Gesetzgeber bei der Umsetzung der Vergaberichtlinien an den europäischen Vorgaben orientiert hat, für sich allein die Verfassungsmäßigkeit der Schwellenwertregelung und die mit ihr einhergehende Zweiteilung des nationalen Vergaberechts rechtfertigen können.

Die vorliegende Problematik ist gerade auch im Hinblick auf das Urteil des österreichischen Verfassungsgerichtshofs vom 30. November 2000¹⁹², durch das die Schwellenwertregelung des § 3 des österreichischen Bundesvergabegesetzes (a.F.)¹⁹³ für verfassungswidrig erklärt worden ist, aufgrund ihrer Aktualität von höchstem Interesse. Denn obwohl sich der für das Urteil bedeutsame Schwellenwert allein auf Bauaufträge und Baukonzessionsaufträge bezog, ist die alte österreichische Rechtslage sowohl oberhalb als auch unterhalb der Schwellenwerte mit derjenigen in der Bundesrepublik vergleichbar, so dass durchaus die Möglichkeit besteht, dass sich auch das Bundesverfassungsgericht eines Tages mit dieser Frage auseinander zusetzen hat.

Argumentativ hat sich der österreichische Verfassungsgerichtshof vor allem darauf gestützt, dass eine in dieser Form existierende Schwellenwertregelung gegen den Gleichheitssatz verstößt, weil sie zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Differenzierung zwischen den Rechtspositionen der Bieter und Bewerber im Bereich des Vergaberechts oberhalb der Schwellenwerte im Verhältnis zum Unterschwellenbereich führt¹⁹⁴. Sowohl unter Bezugnahme auf diese Ansicht als auch durch die Heranziehung zahlreicher weiterer Kriterien soll im Folgenden schwerpunktmäßig die Verfassungsmäßigkeit der durch die Schwellenwertregelung des § 100 Abs. 1 GWB hervorgerufenen Zweiteilung des Vergaberechts untersucht werden. Geprüft wird weiterhin eine mögliche Übertragbarkeit bisheriger rechtlicher Behandlungen von Schwellenwerten bzw. sonstiger betragsmäßiger Begrenzungen im deutschen Recht auf das Vergabewesen. Darüber hinaus werden sowohl historische als auch europarechtliche Aspekte in die Abhandlung mit einbezogen. Im Besonderen wird auf die unterhalb der Schwellenwerte liegenden Rechtsschutz-

Vergaberecht, § 100, Rn. 23; siehe aber zur Kritik an der Schwellenwertregelung Franke, ZVgR 1997, S. 155 ff.).

¹⁹² Geschäftszeichen: G 110, 111/99-8-; vgl. dazu Stolz, VergR 2001, S. 32 ff.

¹⁹³ § 3 Abs. 1 des Bundesvergabegesetzes:

„ (1) Dieses Bundesgesetz gilt für die Vergabe von Bauaufträgen und Baukonzessionsaufträgen dann, wenn der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer mindestens 5 Millionen ECU beträgt.“

¹⁹⁴ Auf die nähere Urteilsbegründung sowie die von der österreichischen Bundesregierung vorgebrachten Gegenargumente wird im Folgenden noch näher einzugehen sein; siehe dazu unten, 3. Teil, § 1, S. 40 ff.

möglichkeiten Bezug genommen sowie der Versuch unternommen, einen allen Interessen gerecht werdenden Lösungsansatz zu entwickeln.

.

2. Teil

Die Entwicklung der Schwellenwerte im deutschen Recht

Einzug in das deutsche Recht hielten die Schwellenwerte im Rahmen der Umsetzung der jeweils ersten Fassungen der Europäischen Vergaberichtlinien. Durch die 1971 verabschiedete Baukoordinationsrichtlinie wurde für Bauaufträge ein Schwellenwert in Höhe von 1 Mio. ECU festgesetzt, der in die VOB/A Ausgabe 1973¹⁹⁵ eingearbeitet worden ist¹⁹⁶. Etwas länger auf sich warten ließ daneben ihre Einführung in die VOL/A, obwohl die Richtlinie über die Koordinierung des Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge¹⁹⁷ bereits am 21.12.1976 verabschiedet worden war. Aufgrund des zögerlichen Arbeitens des mit den Beratungen betrauten Deutschen Verdingungsausschusses für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen – (DVAL) konnte das Bundeskabinett die entsprechende Fassung der VOL/A¹⁹⁸ erst am 27.6.1984 beschließen¹⁹⁹. Die hiermit festgesetzten Schwellenwerte betragen 200.000 ECU.

Durch die Änderungsrichtlinie zur Baukoordinationsrichtlinie vom 18.7.1989²⁰⁰ ist der bis dahin vorgeschriebene Wert von 1 Mio. ECU auf 5 Mio. ECU angehoben worden. Diese Erhöhung wurde von der EG-Kommission damit begründet, dass einerseits die seit 1971 erfolgte Kostensteigerung im Baurecht berücksichtigt werden müsse und andererseits unterhalb dieses Schwellenwerts für Bauunternehmer kein Interesse daran bestünde, in einem anderen Mitgliedsstaat ein Angebot vorzulegen²⁰¹. In das nationale Recht wurde der Schwellenwert mit Ausgabe 1990 der VOB übernommen, deren Teil A durch die Umsetzung der Änderungsrichtlinie eine umfangreiche Umgestaltung erfuhr. Durch die Unterteilung in einen ersten Abschnitt, der nur die unterhalb der Schwellenwerte liegenden nationalen Vergaben umfasst, und einen zweiten Abschnitt, der durch Einfügung der sogenannten a-Paragrafen die

¹⁹⁵ MinBIFin. 1973, S. 691.

¹⁹⁶ Vgl. dazu Lampe-Helbig/ Wörmann, Handbuch der Bauvergabe, Rn. 14, 56. Die Einführung der Schwellenwerte in das deutsche Recht erfolgte i.R.d. „Integrationslösung“ (vgl. 1. Teil, § 2, B.I., S. 21 ff.).

¹⁹⁷ Richtlinie 77/62/EWG (EG ABI. 1977 Nr. L v. 15.1.1977, S. 1).

¹⁹⁸ BAnz. 190 v. 6.10.1984.

¹⁹⁹ Die Umsetzungsfrist der LKR ist gemäß ihrem Art. 30 bereits am 15.7.1978 abgelaufen. Das Bundeswirtschaftsministerium hat deswegen mit Schreiben vom 21.2. 1979 (I B 3 – 270123/5) eine einstweilige Umsetzung der Richtlinie bewirkt.

²⁰⁰ Richtlinie 89/40/EWG.

²⁰¹ Vgl. Lampe-Helbig/ Wörmann, Handbuch der Bauvergabe, Rn. 56.

oberhalb der Werte liegenden Aufträge regelt, wurde die Beibehaltung eines möglichst einheitlichen Verfahrens angestrebt²⁰².

Ebenso ist die VOL/A mit Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Lieferkoordinationsrichtlinie vom 22.3.1988²⁰³ zweigeteilt worden, wobei die dahingehend veränderte Ausgabe von 1991²⁰⁴ keine Neuregelung bezüglich des Schwellenwerts enthielt. Eine solche fand erst in der Ausgabe von 1993²⁰⁵ statt, welche der Umsetzung der Sektorenrichtlinie²⁰⁶ diene. Der Teil A der VOL ist in diesem Rahmen in vier Abschnitte untergliedert worden. Der erste Abschnitt enthält die seit der ursprünglichen Fassung bis heute fortbestehenden sogenannten „Basisparagrafen“, die im zweiten Abschnitt durch die a-Paragrafen ergänzt wurden. Die Abschnitte drei und vier dienten der Einführung der Bestimmungen der Sektorenrichtlinie in das nationale Recht; Abschnitt drei gilt für öffentliche Auftraggeber sowie öffentliche Unternehmen, die der staatlichen haushaltsrechtlichen Kontrolle unterliegen, und Abschnitt vier für private Auftraggeber²⁰⁷. Für alle unter die Abschnitte drei und vier fallenden Aufträge galten nunmehr wesentlich höhere Schwellenwerte als die im zweiten Abschnitt beibehaltenen 200.000 ECU. So sollten die „SKR-Paragrafen“ grundsätzlich nur auf Aufträge anwendbar sein, die ein geschätztes Auftragsvolumen von 400.000 ECU erreichen, für den Telekommunikationsbereich wurden sogar 600.000 ECU zugrunde gelegt²⁰⁸.

Schließlich ist mit der Einführung der letzten der drei Verdingungsordnungen, der Verdingungsordnung für Leistungen der freien Berufe (VOF)²⁰⁹, am 1.11.1997 ein erneuter Schwellenwert festgesetzt worden. Die VOF diene – zusammen mit der überarbeiteten VOL/A²¹⁰ der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie²¹¹ sowie der Gewährleistung, dass auch die „gewachsenen Strukturen freiberuflicher Tätigkeit“²¹²

²⁰² Erdl, Der neue Vergaberechtsschutz, S. 41, Fn. 14; Lampe-Helbig/ Wörmann, Handbuch der Bauvergabe, Rn. 16.

²⁰³ Richtlinie 88/295/EWG.

²⁰⁴ Veröffentlicht in BAnz. Nr. 215 a vom 19.11.1991.

²⁰⁵ Veröffentlicht in BAnz. Nr. 175 a vom 17.9.1993.

²⁰⁶ Richtlinie vom 17.9.1990, abgedruckt in: ABIEG L 297 v. 29.10.1990, S. 1.

²⁰⁷ Vgl. ausführlich zu der Entwicklung der VOL/A Eberstein, BB 1994, S. 1230 ff.

²⁰⁸ Eine ebensolche Unterteilung in vier Abschnitte erfuhr die VOB/A in ihrer Ausgabe 1992, die ebenfalls im Rahmen der Umsetzung der Sektorenrichtlinie geschaffen worden ist (veröffentlicht im BAnz. Nr. 125 a im Jahr 1996). In den Teilen drei und vier wurde hier jedoch der bereits in den a-Paragrafen vorgegebene Schwellenwert in Höhe von 5 Mio. ECU übernommen.

²⁰⁹ Veröffentlicht als Beilage zum BAnz. Nr. 164 a vom 3.9.1997.

²¹⁰ Ausgabe 1997, veröffentlicht im BAnz. Nr. 163 a vom 2.9.1997.

²¹¹ Richtlinie 92/50/EWG.

²¹² Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, VOF, Einl., Rn. 1.

bei der öffentlichen Auftragsvergabe ausreichend berücksichtigt werden. Sie ist im Gegensatz zu den beiden anderen Verdingungsordnungen nur auf Auftragsvergaben mit europaweiter Publizität anwendbar, wofür gem. § 2 Nr. 2 VOF das Erreichen der auf 130.000 ECU bzw. 200.000 ECU festgesetzten Auftragswerts erforderlich ist²¹³.

Innerhalb der Geltungsperiode der „haushaltsrechtlichen Lösung“ ist die Bundesregierung dem Kaskadenprinzip strikt gefolgt, indem die auf der Grundlage des § 57 a Abs. 1 und 2 HGrG im Jahr 1994 erlassene Vergabeverordnung bezüglich der Auftragswerte lediglich auf die Verdingungsordnungen verwiesen hat²¹⁴.

Anders stellt sich die Situation seit der gem. §§ 100 Abs. 1 i.V.m. 127 Nr. 1 GWB neu verabschiedeten Vergabeverordnung dar. Diese enthält in § 2 selbst eine Regelung über die jeweils zu erreichenden, in § 100 Abs. 1 GWB legaldefinierten Schwellenwerte, die denen der Europäischen Richtlinien entsprechen. Trotzdem wird in den §§ 4 ff. VgV auch weiterhin auf die einzelnen Verdingungsordnungen in ihren jeweiligen Fassungen aus dem Jahr 2000²¹⁵ verwiesen; ein expliziter Verweis auf die in diesen festgesetzten Schwellenwerte existiert jedoch nicht mehr. Während die VOL/A seitdem lediglich auf die in der VgV enthaltenen Schwellenwerte Bezug nimmt²¹⁶, setzen die VOB/A und die VOF auch in ihrer jeweils aktuellen Fassung Auftragswerte fest²¹⁷. Da diese aber den Schwellenwerten der VgV entsprechen, stellt sich die Frage nach eventuellen wertmäßigen Abweichungen innerhalb der einzelnen Regelungen nicht.

Auch in Deutschland wurden seit der Einführung des Euro die ursprünglich in ECU festgesetzten Schwellenwerte im Verhältnis 1:1 durch diesen fortgeführt²¹⁸, so dass § 2 VgV derzeit folgende Schwellenwerte vorgibt:

²¹³ Vgl. ausführlich zur VOF Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, VOF, Einl., Rn. 1 ff.

²¹⁴ So wurde in den §§ 1 ff. VgV geregelt, dass die jeweiligen Verdingungsordnungen Anwendung finden, wenn sich der geschätzte Auftragswert wenigstens auf die dort genannten Beträge beläuft (vgl. §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4 Abs. 1, 2 der Vergabeverordnung vom 22.2.1994 in der Fassung der ersten Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung vom 29.9.1997 (BGBl. I S. 2384)).

²¹⁵ Neufassung der VOL vom 17.8.2000, abgedruckt im BAnz. Nr. 200 a v. 24.10.2000; Neufassung der VOB vom 30.5.2000, abgedruckt im BAnz. Nr. 120 a v. 30.6.2000; Neufassung der VOF vom 25.7.2000, abgedruckt in BAnz. Nr. 173 a v. 13.9.2000.

²¹⁶ Vgl. § 1 Abs. 2 VOL/A.

²¹⁷ Vgl. § 1 a Nr. 1, 2 Abs. 1 VOB/A, § 2 Abs. 2 VOF.

²¹⁸ Vor Einführung des Euro wurde der Gegenwert des ECU in DM vom Bundesministerium für Wirtschaft regelmäßig im Bundesanzeiger bekannt gegeben (Vgl. ausführlich zu der Fortführung in Euro die EG-VO 1103/97 und Dehmer/Batke-Spitzer, DStR 1998, 36 ff.; speziell für die DM: NZBau 2000, S. 128 ff.).

1. für Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder im Verkehrsbereich: **400.000 Euro**,
2. für Liefer- und Dienstleistungsaufträge der obersten Bundesbehörden sowie vergleichbarer Bundeseinrichtungen außer Forschungs- und Entwicklungs-Dienstleistungen und Dienstleistungen des Anhangs I B der Richtlinie 92/50/EWG des Rats über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge vom 18.6.1992, geändert durch die Richtlinie 97/52/EG vom 13.10.1997: **130.000 Euro**; im Verteidigungsbereich gilt dies bei Lieferaufträgen nur für Waren, die im Anhang ABS. 2 der Richtlinie 93/36/EWG des Rats über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge vom 14.6.1993, geändert durch die Richtlinie 97/52/EG vom 13.10.1997, aufgeführt sind,
3. für alle anderen Liefer- und Dienstleistungsaufträge: **200.000 Euro**,
4. für Bauaufträge: **5 Millionen Euro**,
5. für Auslobungsverfahren, die zu einem Dienstleistungsauftrag führen sollen, dessen Schwellenwert (**200.000 Euro**),
6. für die übrigen Auslobungsverfahren der Wert, der bei Dienstleistungsaufträgen gilt (**200.000 Euro**),
7. für Lose von Bauaufträgen nach Nummer 4: **1 Million Euro** oder bei Losen unterhalb von 1 Million Euro deren addierter Wert ab 20 vom Hundert des Gesamtwerts aller Lose und
8. für Lose von Dienstleistungsaufträgen nach Nummer 2 oder 3: **80.000 Euro** oder bei Losen unterhalb von 80.000 Euro deren addierter Wert ab 20 vom Hundert des Gesamtwerts aller Lose; dies gilt nicht im Sektorenbereich.

Die Schwellenwerte umfassen den jeweils geschätzten Nettoauftragswert ohne Umsatzsteuer (§ 1 VgV)²¹⁹, wobei die in § 3 VgV geregelte Schätzung²²⁰ durch den

²¹⁹ Leinemann/ Weihrauch, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Rn. 50; Stickler, in: Reidt/ Stickler/ Glahs, Vergaberecht, § 100, Rn. 5.

²²⁰ § 3 VgV setzt nicht alle europäischen Regelungen zur Berechnung der Auftragswerte um. So existiert z.B. noch gem. Art. 7 Abs. 4 DKR eine Sonderregelung zur Berechnung der Auftragswerte im Dienstleistungsbereich für Versicherungs-, Bank- und Finanzdienstleistungen sowie für Planungsleistungen (vgl. Winkler, in: Immenga/ Mestmäcker, GWB, § 100, Rn. 8). Dies erfordert für

Auftraggeber zu Beginn des Ausschreibungsverfahrens erfolgt²²¹ und sich aufgrund der mit einer Prognoseentscheidung verbundenen Unsicherheiten oft als schwierig gestaltet. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung ist gem. § 3 Abs. 10 VgV der Tag der Absendung der Bekanntmachung der beabsichtigten Auftragsvergabe oder die sonstige Einleitung des Vergabeverfahrens, nicht beachtenswert ist in diesem Zusammenhang der Zeitpunkt des Ergebnisses der Ausschreibung. Da die Schätzung eine Prognoseentscheidung darstellt, dürfen an sie keine übermäßig hohen Anforderungen gestellt werden²²². Vielmehr soll es genügen, wenn der Auftraggeber alle ihm zur Verfügung stehenden Informationen berücksichtigt²²³. Zugebilligt wird den Auftraggebern in der Regel ein Prognosespielraum von 5%, nach dem sie von dem tatsächlichen Auftragswert abweichen dürfen²²⁴.

die Berechnung der Schwellenwerte in solchen Bereichen die gem. Art. 10 EG geforderte richtlinienkonforme Auslegung in Bezug auf die spezifisch festgelegten Berechnungsmethoden.

²²¹ VK Bund vom 23.7.1999, ZVgR 1999, S. 257 („Schleusentore“); Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 31, OLG Koblenz, 1. Verg. 1/99 v. 6.7.2000. Auch vor Erlass der neuen Vergabeverordnung waren die Schätzungszeitpunkte in den einzelnen Verdingungsordnungen enthalten. So bestimmte § 1a Nr. 1 Abs. 1 VOL/A in der Ausgabe 1997 als maßgeblichen Festsetzungszeitpunkt bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen den Zeitpunkt der Veröffentlichung der Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften. Für Bauaufträge war gem. §§ 1a Nr. 3, 1b Nr. 5 VOB/A (Ausgabe 1992) die Einleitung des ersten Vergabeverfahrens für die bauliche Anlage entscheidender Zeitpunkt.

²²² Ingenstau/ Korbion, VOB, A § 1 a, Rn. 3.

²²³ Nach Ansicht des österreichischen Bundesvergabeamts ist geschätzter Auftragswert derjenige, „den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegments und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Sachen veranschlagen würde“ (Boesen, Vergaberecht, § 100, Rn. 18), wobei die österreichische Rechtslage an dieser Stelle mit derjenigen in Deutschland vergleichbar ist.

²²⁴ Boesen, Vergaberecht, § 100, Rn. 18; Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, VOF, § 2, Rn. 26.

3. Teil

Das Urteil des Österreichischen VerfGH

Der österreichische Verfassungsgerichtshof (VerfGH) hat die österreichische Schwellenwertregelung des § 3 BVergG²²⁵ a.F. im Rahmen zweier anhängiger Beschwerden über Bescheide des Bundesvergabeamtes für verfassungswidrig erklärt²²⁶. In Frage gestellt worden ist die Regelung aufgrund der in Abs. 1 festgelegten Wortfolge „dann, wenn der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer mindestens fünf Millionen ECU beträgt“, welche zu einer – mit der deutschen Rechtslage vergleichbaren - Zweiteilung des Vergaberechts im österreichischen Rechtssystem führte²²⁷. Das Bundesvergabegesetz bezog sich in seiner alten Fassung allein auf Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte und enthielt für diese umfassende Verfahrens-²²⁸ und Rechtsschutzvorschriften²²⁹. Zur Regelung der dem Unterschwellenbereich zuzuordnenden Ausschreibungsverfahren existierten dagegen keine vergleichbaren Normen. Vielmehr waren die „mit der Vergabe betrauten Bediensteten“²³⁰ in fast allen Bereichen lediglich an sogenannte selbstbindende Verwaltungsvorschriften, welche den Bewerbern und Bietern nach österreichischer Rechtslage mangels Außenwirksamkeit unmittelbar keine subjektiven Rechte auf ihre Einhaltung boten, gebunden²³¹.

²²⁵ Bundesvergabegesetz (BGBl. Nr. 462/1993).

²²⁶ Geschäftszahl G 110, 111/99; VergR 2001, S. 32 ff.; vgl. dazu Denk, Das Erkenntnis G 110. 111/99 des ÖVerfGH, Manuskript zu einem Vortrag vor dem Forum Vergabe e.V. am 29.3.2001.

²²⁷ Abs. 1 sorgte dafür, dass „die gesetzliche Regelung des Vergabeverfahrens und des vergabespezifischen Rechtsschutzes für die Vergabe von Bauaufträgen auf Aufträge beschränkt wird, deren geschätztes Auftragsvolumen einen bestimmten Betrag übersteigt“ (VergR 2001, S. 32 (32)).

²²⁸ Teil 2 des Gesetzes enthielt allgemeine Bestimmungen über das bei der Auftragsvergabe einzuhaltende Verfahren; Teil 3 enthielt „besondere, gemeinschaftsrechtlich für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte gebotene Bestimmungen“ (VergR 2001, S. 32 (32)).

²²⁹ Diese waren in Teil 4 enthalten (VergR 2001, S. 32 (32)).

²³⁰ VergR 2001, S. 32 (36).

²³¹ Durch die als generelle Weisung des Bundesministers erlassenen selbstbindenden Verwaltungsvorschriften wurde die sogenannte ÖNORM A 2050 für verbindlich erklärt (vgl. VergR 2001, S. 32 (36)).

§ 1 Urteilsbegründung unter Bezugnahme auf die Kritik der Bundesregierung

Die Tatsache, dass sich der österreichische Gesetzgeber bei Verabschiedung des Bundesvergabegesetzes an den gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien orientiert hat, hinderte den Verfassungsgerichtshof nicht daran, diese Regelungen als einen Verstoß gegen die österreichische Verfassung zu werten²³². In Anlehnung an seine ständige Rechtsprechung sei „der Gesetzgeber bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht jedenfalls insoweit an bundesverfassungsgesetzliche Vorgaben gebunden (...), als eine Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben durch diese nicht inhibitiert wird.“ Er „unterliegt in diesen Fällen also einer doppelten Bindung, nämlich einer Bindung an das Gemeinschaftsrecht und einer Bindung an den verfassungsgesetzlich gezogenen Rahmen“²³³. Dem gemäß müsse es sich bei der Zweiteilung im Vergaberecht um eine sachlich gerechtfertigte Differenzierung handeln, wenn kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vorliegen soll²³⁴. Ein sachlicher Grund lag nach Ansicht des Gerichts aber gerade nicht vor. Vielmehr sei „nicht erkennbar, was es sachlich rechtfertigen könnte, Bewerbern und Bietern derartige Rechtspositionen nur einzuräumen, wenn sie sich um Aufträge über einem bestimmten Schwellenwert bemühen, nicht aber, wenn der Auftrag diese Größenordnung nicht erreicht“²³⁵. Die Zweiteilung sei nur dann zu rechtfertigen, wenn im Bereich unterhalb der Schwellenwertregelung vergabespezifische, (zumindest) vereinfachte Verfahrens- und Rechtsschutzvorschriften existierten²³⁶.

Trotz ihrer ansonsten vehementen Kritik an den Äußerungen des Verfassungsgerichtshofs stimmte die österreichische Bundesregierung diesem in ihrer Stellungnahme insoweit zu, als „dass die sogenannte Schwellenwertregelung im Einzelfall zu gewissen Verzerrungen führen kann“²³⁷. Darüber hinaus lägen aber ausreichende Gründe für eine Ungleichbehandlung beider Bereiche vor, die hauptsächlich in den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit anzusiedeln seien²³⁸. Zur Verwirklichung dieser Grundsätze sei dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum bezüglich der Bereiche, in denen er die Garantien eines durchnormierten Vergabeverfahrens gewähren möchte,

²³² VergR 2001, S. 32 (32 f.).

²³³ So z.B. Österr. VerfGH, Urteil v. 3.3.1998, Geschäftszeichen G 450/97; VergR 2001, S. 32 (33).

²³⁴ VergR 2001, S. 32 (32 f.).

²³⁵ VergR 2001, S. 32 (33).

²³⁶ VergR 2001, S. 32 (33).

²³⁷ VergR 2001, S. 32 (34).

²³⁸ VergR 2001, S. 32 (34).

zugestehen²³⁹. Dies gelte vor allem unter Bezugnahme auf die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs, nach welcher „derartige Grenzziehungen aus Gründen der Verwaltungsökonomie gerechtfertigt sein können“²⁴⁰. Für die Bundesregierung war es ferner nicht nachvollziehbar, dass der Gerichtshof aus der Nichtexistenz subjektiver Rechte für die Bieter im Unterschwellenbereich das Nichtvorliegen jedweden gerichtlichen Rechtsschutzes für diese gefolgert hatte²⁴¹. Zwar bestehe kein Rechtsschutz vor den „im Bundesvergabegesetz zur Schlichtung und Entscheidung berufenen Stellen bzw. Behörden“²⁴². Der Verfassungsgerichtshof habe aber die - durch seine Judikatur anerkannte - Möglichkeit des zivilrechtlichen Bieterschutzes übersehen²⁴³. So habe er zum Beispiel den an einem Vergabeverfahren interessierten potentiellen Bietern einen Anspruch auf Gleichbehandlung mit anderen Bietern zugesprochen, aus dem wiederum ein Anspruch auf Verfahrensbeteiligung nach Ausschreibung folgen sollte, der mit einer Leistungsklage durchgesetzt werden könne²⁴⁴. Ebenfalls habe dieser es für möglich gehalten, „dass den durch eine „Sperrung“ von öffentlichen Ausschreibungen willkürlich diskriminierten Bieterinteressen zusätzlich ein Anspruch auf Unterlassung weiterer diskriminierender Handlungen zuerkannt werden kann“²⁴⁵. In einer weiteren Entscheidung²⁴⁶ habe er „ausgesprochen, dass zur Sicherung eines derartigen Unterlassungsanspruchs die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zulässig ist“²⁴⁷. Das Vorliegen dieser Entscheidungen sowie die Tatsache, dass das Vergabewesen im wesentlichen Vertragsrecht und damit klassisches Zivilrecht regelt²⁴⁸, ließ die österreichische Bundesregierung zu dem Ergebnis kommen, dass eine Kontrolle der im Unterschwellenbereich liegenden Verfahren durch die ordentlichen Gerichte durchaus angemessen und ausreichend sei²⁴⁹. Der Gesetzgeber müsse aufgrund der Überlastung der vorhandenen vergabespezifischen Überwachungseinrichtungen

²³⁹ Vergleichsweise hat die Bundesregierung hierzu die in der Zivilprozessordnung betragsmäßig festgelegten Rechtsmittelbeschränkungen herangezogen, deren Verfassungsmäßigkeit bisher nicht angezweifelt worden ist (VergR 2001, S. 32 (34)).

²⁴⁰ VergR 2001, S. 32 (33 ff.).

²⁴¹ VergR 2001, S. 32 (34).

²⁴² Das wurde von der Bundesregierung auch als sinnvoll angesehen, denn eine Ausdehnung der Zuständigkeiten dieser Instanzen hätte zu ihrer Überlastung und somit zur Ausschaltung der Effektivität des Rechtsschutzes geführt, was wiederum unwirtschaftliche Verzögerungen der Ausschreibungsverfahren zur Folge hätte (VergR 2001, S. 32 (34)).

²⁴³ Aus dieser würde nach Ansicht der Bundesregierung gerade keine nennenswerten Belastung der dazu berufenen Gerichte folgen (VergR 2001, S. 32 (34)).

²⁴⁴ Vgl. *ecolex* 1995, S. 328 f.; VergR 2001, S. 32 (34 f.).

²⁴⁵ Vgl. *ecolex* 1995, S. 328 f.; VergR 2001, S. 32 (34 f.).

²⁴⁶ WBl. 1997, S. 217 ff.

²⁴⁷ VergR 2001, S. 32 (35).

²⁴⁸ VergR 2001, S. 32 (35).

²⁴⁹ VergR 2001, S. 32 (35).

im Falle einer Abschaffung der Schwellenwerte sowieso andere „Filter“ einbauen, damit eine effiziente Vergabekontrolle gewährleistet wäre²⁵⁰. Ob dies eine Verbesserung gegenüber der bestehenden Situation herbeiführen würde, ist seitens der Bundesregierung bezweifelt worden²⁵¹.

Unbeeindruckt von den kritischen Äußerungen der Bundesregierung hielt der Verfassungsgerichtshof an seinem Standpunkt fest. Natürlich stehe dem Gesetzgeber ein rechtspolitischer Gestaltungsspielraum darüber zu, „in welchen Bereichen er die Garantien eines durchnormierten Vergabeverfahrens gewähren möchte“²⁵², dieser bestehe jedoch nicht unbegrenzt. Er wies darauf hin, dass die Grenze dort zu ziehen sei, wo auf Verfahrens- und Rechtsschutzregelungen gänzlich verzichtet wird und es an einem „Minimum an Verfahrensgarantien“²⁵³ fehlt, so dass dem Gleichheitssatz bereits durch die Einführung vereinfachter Regelungen im Unterschwellenbereich genüge getan wäre²⁵⁴. Folglich habe es nicht ausgereicht, das Vergabeverfahren in selbstbindenden Verwaltungsvorschriften zu normieren, vor allem „wenn man bedenkt, dass die „selbstbindenden Verwaltungsvorschriften“ größtenteils nicht publiziert waren und es den Bietern und Bewerbern daher oft gar nicht möglich war, deren Einhaltung zu kontrollieren und allenfalls zu erstreiten“²⁵⁵. Vielmehr sei die Schaffung expliziter (wenn auch vereinfachter) Verfahrensregelungen im Unterschwellenbereich erforderlich. Bezüglich des Rechtsschutzes sei vom Gerichtshof seit jeher die Auffassung vertreten worden, dass dieser durchaus „durch entsprechende Gestaltung der zivilverfahrensrechtlichen Vorschriften“²⁵⁶ effektiv eingerichtet werden könne, so dass die Zuweisung an die vergabespezifischen Rechtsschutzeinrichtungen des Bundes gar nicht nötig sei²⁵⁷. Obwohl den Äußerungen der Bundesregierung insoweit zugestimmt worden ist, als dass es nicht an jeglichem Rechtsschutz mangle, fehlte es nach Ansicht des Gerichts aber zur Zeit der Entscheidung zumindest „an geeigneten zivilverfahrensrechtlichen Vorschriften, die den besonderen Bedürfnissen

²⁵⁰ Als Beispiele für andere mögliche „Filter“ werden Gebühren, Erfolgsaussichten und die Beschränkung auf Rechtsfragen genannt (VergR 2001, S. 32 (35)).

²⁵¹ VergR 2001, S. 32 (35).

²⁵² Denn „Grenzwertregelungen, wie sie sich in der Rechtsordnung häufig finden, sind keineswegs a priori unsachlich“ (VergR 2001, S. 32 (36)).

²⁵³ VergR 2001, S. 32 (36).

²⁵⁴ VergR 2001, S. 32 (35 ff.).

²⁵⁵ VergR 2001, S. 32 (36).

²⁵⁶ VergR 2001, S. 32 (36).

²⁵⁷ Vgl. z.B. das Urteil des Verfassungsgerichtshofs VfSlg. 15.106/1998.

einer raschen, vielfach keinen Aufschub duldenden, vergaberechtlichen Rechtskontrolle Rechnung tragen“²⁵⁸.

Die gesamte vorangegangene Argumentation veranlasste den österreichischen Verfassungsgerichtshof schließlich dazu, die in Prüfung genommene Wortfolge für gleichheits- und damit für verfassungswidrig zu erklären.

§ 2 Parallelen zur deutschen Rechtslage

Die vom österreichischen Verfassungsgerichtshof in Frage gestellte Wortfolge entspricht inhaltlich der des § 100 Abs. 1 GWB („(...) gilt nur für Aufträge, welche die Auftragswerte erreichen oder überschreiten, die durch Rechtsverordnung nach § 127 festgelegt sind (Schwellenwerte)“) i.V.m. den in der Vergabeverordnung für die einzelnen Aufträge festgesetzten Werten.

Neben der bereits angesprochenen Vergleichbarkeit der Zweiteilung des früheren österreichischen und heutigen deutschen Vergaberechts ähneln sich insbesondere die Rechtsschutzmöglichkeiten der Bieter, die im Oberschwellenbereich vollumfänglich vorliegen, während ihnen darunter direkt keinerlei subjektive und gleichzeitig durchsetzbare Rechtspositionen eingeräumt werden. In Deutschland ist – vergleichbar mit der österreichischen Judikatur – ebenfalls vielfach der Versuch unternommen worden, den Bietern aus anderen Normen, zum Beispiel dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, subjektive Rechtspositionen zuzugestehen²⁵⁹. Dies ändert aber nichts daran, dass ihnen im Rahmen der deutschen Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte kein Primärrechtsschutz und nur ausnahmsweise Sekundärrechtsschutz gewährt werden kann. Ausreichenden Rechtsschutz wird es – wie in Österreich - in Deutschland selbst dann nicht geben, wenn man den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten grundsätzlich als eröffnet ansieht²⁶⁰.

²⁵⁸ Keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestünden gegen eine in diesem Rahmen erlassene Regelung, „die bei Verfahren unterhalb bestimmter Wertgrenzen Verfahrensvereinfachungen oder Verfahrensbeschleunigungen vorsieht (...). Nicht aber ist es sachlich gerechtfertigt, in solchen Fällen die Kontrolle aufwendiger zu gestalten (...) und das Interesse des Auftraggebers an raschen Entscheidungen geringer zu veranschlagen“ (VergR 2001, S. 32 (37)).

²⁵⁹ Vgl. z.B. Huber, JZ 2000, S. 877 ff., der den Bietern im Unterschwellenbereich subjektive Rechte aus den Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG, den Art. 23 ff., 43 ff., 49 ff., 86 EG sowie aus den Normen des öffentlichen Haushaltsrechts (die der öffentlichen Gewalt spezifische Pflichten auferlegen) zuspricht; ausführlich dazu unten, 4. Teil, § 1, D.II.3., S. 87 ff.

²⁶⁰ Vgl. Anm. Stolz, VergR 2001. S. 32 (37 f.).

Es liegt folglich auf der Hand, dass die derzeitige deutsche Rechtslage entsprechend der alten österreichischen zu „gravierenden Rechtsschutzlücken“ führt und rechtlich auf größte Bedenken stößt²⁶¹, so dass höchst zweifelhaft ist, dass die Schwellenwertregelung einer verfassungsrechtlichen Überprüfung standhält.

§ 3 Einflussnahme des Urteils auf die österreichische Gesetzeslage

Im Gegensatz zum deutschen Recht existiert in Österreich seit 1997 ein spezielles Bundesvergabegesetz, das in seiner alten Fassung eine einheitliche Rechtsgrundlage für alle Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte bildete. „Für den „Unterschwellenbereich“ bestimmte dieses Gesetz (§ 13) die verbindliche Anwendung der Verfahrensvorschriften der sogenannten ÖNORM A 2050, die ursprünglich ebenso wie unsere Verdingungsordnungen reines Innenrecht war. Durch die Verweisung bestand daher auch unterhalb der Schwellenwerte eine außenwirksame gesetzliche Regelung, mit der den Bietern subjektive Rechtspositionen eingeräumt wurden“²⁶². Das vorliegend behandelte Urteil des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs bezog sich auf die vor 1997 geltende Rechtslage, die mit dem auch heute noch in Deutschland vorhandenen Rechtszustand vergleichbar ist.

Inzwischen ist nach mehrfachen Novellierungen des österreichischen Bundesvergabegesetzes am 01.09.2002 ein materiell – einheitliches Bundesvergabegesetz für Bundes-, Landes- und Gemeindevergaben in Kraft getreten²⁶³. Dieses sieht unter anderem vor, die ÖNORM A 2050 zu berücksichtigen, so dass auf umständliche Verbindlichkeitserklärungen verzichtet werden kann. Weiter enthält es in den §§ 135 – 186 BVergG insbesondere eine Neuausgestaltung des Rechtsschutzes für unterlegene Bieter, wobei die vergabespezifischen Rechtsschutzbestimmungen auch auf solche öffentlichen Aufträge ausgedehnt worden sind, deren Auftragswert unterhalb der EU-Schwellenwerte liegt. Sämtliche Verfahrens- und Rechtsschutzvorschriften für den Unterschwellenbereich wurden grundsätzlich an diejenigen für den Oberschwellenbereich angeglichen. Allerdings gibt es im Sinne einer praxisorientierten Vergabe einige für den

²⁶¹ Krist, VergR 2001, S. 373 (373).

²⁶² Vgl. Anm. Stolz, VergabeR 2001, S. 32 (37), Fn. 9.

²⁶³ BGBl. I, Nr. 99/2002, vgl. zum Gesetzesentwurf Elsner/ Keisler, ecolex 2002, S. 166 ff.

Unterswellenbereich geltende Sonderregelungen, namentlich in Bezug auf die Art der Bekanntmachung, Fristenregelungen und im Bereich des Rechtsschutzes.

4. Teil

Die Verfassungsmäßigkeit des zweigeteilten Vergaberechts

Die durch die Schwellenwertregelung des § 100 Abs. 1 GWB hervorgerufene Zweiteilung begegnet vor allem hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem in Art. 3 Abs. 1 GG verankerten Gleichheitsgrundrecht und der gem. Art. 19 Abs. 4 GG gewährten Rechtsschutzgarantie erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Darüber hinaus müsste die „ausdrücklich erwünschte Regelungstechnik“²⁶⁴ aber auch dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) sowie den Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 GG gerecht werden. Denn der deutsche Gesetzgeber ist aufgrund seiner sich aus Art. 20 Abs. 3 GG ergebenden Bindung an die verfassungsmäßige Ordnung im Allgemeinen und seiner Pflicht zur Einhaltung der Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) im Besonderen auch bei der Umsetzung europäischer Vergaberichtlinien gehalten, die Auswirkungen des umgesetzten Rechts auf die nationale Rechtsordnung und insbesondere den Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Gesetzesrecht zu beachten²⁶⁵.

§ 1 Die Vereinbarkeit mit den Grundrechten

A. Exkurs: Die Grundrechtsbindung öffentlicher Auftraggeber

Wird bisher herrschend davon ausgegangen, dass der Staat durch die öffentliche Auftragsvergabe lediglich fiskalische Hilfsgeschäfte wahrnimmt²⁶⁶, so stellt sich die Frage nach der Grundrechtsbindung öffentlicher Auftraggeber²⁶⁷. Da der Staat durch den Einkauf von Waren und Leistungen am Markt, die nicht unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen, grundsätzlich in den Formen des Privatrechts handelt, hat die Rechtsprechung eine Grundrechtsbindung öffentlicher Auftraggeber abgelehnt²⁶⁸. Eine solche soll nur bei unmittelbarer Erfüllung öffentlicher Aufgaben in den Formen des Privatrechts vorliegen, nicht aber im Rahmen der Anschaffung für

²⁶⁴ Krist, Die Neuordnung des Vergaberechtsschutzes, S. 31.

²⁶⁵ Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 82 und 98; Huber, JZ 2000, S. 877 (877).

²⁶⁶ Vgl. 1. Teil, § 1, S. 3 ff.

²⁶⁷ Vgl. ausführlich zum Streitstand Götzke, Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 36 ff.

²⁶⁸ Vgl. z.B. BGHZ 36, 91 (96); 91, 84 (98); in neuerer Zeit ist aber der Beginn einer Abweichung von dieser Rechtsprechung erkennbar (vgl. z.B. OLG Brandenburg, NZBau 2001, S. 151 = WuW/E Verg. 231 (235)).

die Verwaltungstätigkeit benötigter Sachgüter (sogenannte Bedarfsdeckungsgeschäfte der Verwaltung) und der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand²⁶⁹.

Diese Rechtsprechung ist im Hinblick auf Art. 1 Abs. 3 GG, durch den die gesamte staatliche Gewalt an die Grundrechte gebunden ist, von der Lehre zu Recht abgelehnt worden²⁷⁰. Denn die Abhängigkeit der Grundrechtsbindung von einzelnen Handlungsformen würde grundrechtsfreie Räume entstehen lassen, die das Grundgesetz nicht kennt²⁷¹. Daraus folgt, dass die Grundrechte immer und unabhängig von der Form des Verwaltungshandelns uneingeschränkt gelten, vor allem finden Art. 3 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe Anwendung²⁷².

Im Ergebnis hat der Streit allerdings aufgrund der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Rechtsverkehr zwischen Privaten²⁷³ und der Tatsache, dass die vom öffentlichen Auftraggeber zu beachtenden vergaberechtlichen Normen als Ausprägungen des Gleichheitssatzes zu verstehen sind²⁷⁴, erheblich an Bedeutung verloren²⁷⁵.

B. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG

Durch den in Art. 3 Abs. 1 GG verankerten allgemeinen Gleichheitssatz wird festgelegt, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind. Mit dieser Formulierung geht das Verbot einer grundlosen Ungleichbehandlung von „wesentlich Gleichem“²⁷⁶ einher²⁷⁷, an welches gemäß Art. 1 Abs. 3 GG alle Staatsgewalten gleichermaßen gebunden sind²⁷⁸. Nicht gegen die Verfassung verstoßen nur solche

²⁶⁹ Vgl. z.B. BGHZ 29, 76 (80); 33, 230 (233); 52, 325 (327 ff.); 65, 284 (287).

²⁷⁰ Vgl. z.B. Hermes, JZ 1997, S. 909 (912) m.w.N.; Starck, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Art. 1, Rn. 196 f. m.w.N.

²⁷¹ Hermes, JZ 1997, S. 909 (912).

²⁷² OLG Düsseldorf, WUW/E OLG 2274, S. 682 (688); Kokott, in: Byok/ Jaeger, Vergaberecht, Einf., Rn. 58 ff.

²⁷³ Vgl. z.B. v. Münch, in: v. Münch/ Kunig, GG, Vorb. Art. 1 – 19, Rn. 31. In diesem Zusammenhang wird auch von der „Ausstrahlungswirkung der Grundrechte“ gesprochen.

²⁷⁴ Gemeint sind hiermit die jeweiligen Benachteiligungs-, Behinderungs- und Diskriminierungsverbote des UWG und GWB, denen nach ständiger Rechtsprechung des BGH auch die Träger öffentlicher Gewalt unterliegen (BGHZ 97, 312 (316 f.); 101, 357 (359); 102, 280 (284 ff.); 105, 24 (27 ff.); vgl. aber auch Starck, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Art. 1, Rn. 198; Ossenbühl, DÖV 1971, S. 513 (521); Kokott, in: Byok/ Jaeger, Vergaberecht, Einf., Rn. 60).

²⁷⁵ Pietzcker, AöR, 107, S. 60 (72); Starck, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Art. 1, Rn. 198.

²⁷⁶ Vgl. z.B. BVerfGE 49, 148 (165).

²⁷⁷ Pieroth/ Schlink, Grundrechte, Rn. 428.

²⁷⁸ Vgl. z.B. Jarass, in: Jarass/ Pieroth, GG, Art. 3, Rn. 14.

Ungleichbehandlungen, die verfassungsrechtlich zu rechtfertigen sind, wobei das Bundesverfassungsgericht in seiner ständigen Rechtsprechung der letzten Jahre zur Feststellung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung nach der Intensität des jeweiligen Eingriffs differenziert²⁷⁹. Die Intensität bestimmt sich wiederum anhand der Art der jeweiligen Ungleichbehandlung. Werden nur Sachverhalte ungleich behandelt²⁸⁰, geht es um die Gewährung von Leistungen durch den Staat²⁸¹, ist die Differenzierung bereits im Grundgesetz angelegt²⁸² oder handelt es sich um komplexe Zusammenhänge²⁸³, so lässt das Bundesverfassungsgericht eine großzügige Prüfung genügen. Die Ungleichbehandlung ist bereits bei vorliegen irgendeines sachlichen Grundes zu ihren Gunsten verfassungsrechtlich gerechtfertigt (sogenannte „Willkürformel“)²⁸⁴. Einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung bedarf es dagegen, wenn Personen oder Personengruppen ungleich behandelt werden²⁸⁵, wenn sich die Differenzierungskriterien denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern oder der Schutzbereich eines speziellen Freiheitsrechts betroffen ist. In diesen Fällen einer Ungleichbehandlung von größerer Intensität wird eine – je nach Größe – immer strenger werdende Verhältnismäßigkeitsprüfung gefordert (sogenannte „neue Formel“)²⁸⁶.

I. Vereinbarkeit im Hinblick auf die Differenzierung zwischen Aufträgen oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte

Eine durch § 100 Abs. 1 GWB hervorgerufene und mit dem allgemeinen Gleichheitssatz nicht zu vereinbarende Ungleichbehandlung der an Ausschreibungsverfahren Beteiligten könnte sich zunächst aus der durch den Gesetzgeber selbst vorgenommenen Differenzierung zwischen Aufträgen oberhalb und unterhalb der festgesetzten Schwellenwerte ergeben.

²⁷⁹ Vgl. z.B. BVerfGE 88, 87 (96); 91, 389 (401); 95, 267 (316 f.); ausführlich zum Ganzen Pieroth/ Schlink, Grundrechte, Rn. 438 ff.

²⁸⁰ Vgl. z.B. BVerfGE 83, 1 (22 f.).

²⁸¹ Vgl. z.B. BVerfGE 51, 295 (300 ff.).

²⁸² Vgl. z.B. BVerfGE 52, 303 (346); 87, 1 (35).

²⁸³ Vgl. z.B. BVerfGE 64, 158 (169); 50, 290 (338).

²⁸⁴ Vgl. z.B. BVerfGE 1, 14 (16); 3, 58 (135 f.); 18, 38 (46).

²⁸⁵ Vgl. z.B. BVerfGE 90, 46 (56).

²⁸⁶ Vgl. z.B. BVerfGE 88, 88 (96) m.w.N.; zum Ganzen Pieroth/ Schlink, Grundrechte, Rn. 438 ff.; Jarass, in: Jarass/ Pieroth, GG, Art. 3, Rn. 17 ff.

1. Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte

Der Gleichheitssatz verbietet „wesentlich Gleiches willkürlich ungleich zu behandeln“²⁸⁷. Eine Ungleichbehandlung setzt mithin das Vorliegen zweier vergleichbarer Sachverhalte oder Personengruppen voraus, die unter einen gemeinsamen Oberbegriff (*genus proximum*) zusammengefasst werden können und durch Eingriff oder Leistung, in Teilhabe oder Verfahren rechtlich unterschiedlich behandelt werden²⁸⁸. Der Oberbegriff bestimmt sich anhand des kleinsten gemeinsamen Nenners, unter den die beiden Vergleichssachverhalte, aber keine anderen Sachverhalte fallen.

§ 100 Abs. 1 GWB unterteilt das Vergaberecht in zwei Teile, indem er für solche öffentlichen Aufträge mit einem Auftragswert oberhalb der Schwellenwerte andere Verfahrens- und Rechtsschutznormen für anwendbar erklärt, als für solche, die die vorgegebenen Schwellenwerte nicht erreichen. Nächster gemeinsamer Oberbegriff ist daher vorliegend der des „öffentlichen Auftrags“, welcher unabhängig vom Erreichen der Schwellenwerte beide Gruppen der Vergabeverfahren umfasst, die wiederum im Hinblick auf ihr Grundprinzip vergleichbar sind. In beiden Fällen geht es um die Erteilung eines Zuschlags nach vorausgegangener Ausschreibung.

Mittelbar berührt die vorbeschriebene Ungleichbehandlung die an den jeweiligen Vergabeverfahren beteiligten Personen. Denn die Schwellenwertregelung führt zu einer Differenzierung zweier rechtlich unterschiedlich zu behandelnder Personengruppen: derjenigen, die an Ausschreibungsverfahren im Oberschwellenbereich teilnehmen und derjenigen, die sich im Unterschwellenbereich um den Zuschlag bemühen. Beide Gruppen sind unter den Oberbegriff der „Teilnehmer am Vergabeverfahren“ zusammenzufassen, welcher die Bieter und Bewerber aller Ausschreibungsverfahren erfasst. Während als Bieter derjenige bezeichnet wird, der ein Angebot eingebracht hat, ist Bewerber, wer sich um eine Aufforderung zur Teilnahme an einem nicht offenen oder einem Verhandlungsverfahren beworben hat²⁸⁹. Der Begriff des Teilnehmers gilt somit für jeden, der auf eine öffentliche Ausschreibung reagiert, um den Zuschlag zu erhalten. Ob der jeweilige Auftrag die festgesetzten Schwellenwerte erreicht oder nicht, ist für die Oberbegriffsbezeichnung irrelevant. Dieses Kriterium wird erst bei der

²⁸⁷ BVerfGE 49, 148 (165).

²⁸⁸ Pieroth/ Schlink, Grundrechte, Rn. 435.

²⁸⁹ Marx, in: Jestaedt/ Kemper/ Marx/ Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, S. 143.

Festsetzung des durch die Schwellenwertregelung hervorgerufenen Unterscheidungsmerkmals relevant.

Indem für alle Aufträge, deren geschätzter Auftragswert die vorgegebenen Schwellenwerte nicht erreicht, im Gegensatz zu darüber liegenden Ausschreibungen aufgrund des § 100 Abs. 1 GWB weder vergabegesetzliche Verfahrens- noch Rechtsschutzvorschriften existieren, liegt eine durch den Gesetzgeber hervorgerufene Ungleichbehandlung der jeweiligen Sachverhalte vor, mit der eine Ungleichbehandlung der an den verschiedenen Vergabeverfahren beteiligten Personengruppen einhergeht.

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Führen gesetzliche Regelungen zu einer Ungleichbehandlung von Sachverhalten, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich eine großzügige Prüfung der Rechtfertigung geboten²⁹⁰. Dieser Grundsatz erfährt jedoch eine Einschränkung, wenn die sachverhaltsbezogene Differenzierung mittelbar Personengruppen betrifft²⁹¹ bzw. sich auf die Wahrnehmung von Grundrechten nachteilig auswirkt²⁹². In diesem Fall unterliegt der Gesetzgeber regelmäßig einer strengeren Bindung an den Gleichheitssatz²⁹³, so dass eine Einzelnachprüfung der jeweiligen Norm anhand der „neuen Formel“ vorzunehmen ist²⁹⁴. Eine Verletzung des Gleichheitssatzes wird danach immer dann angenommen, wenn „zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“²⁹⁵. Der Gesetzgeber ist im Rahmen seiner rechtfertigenden Erwägungen allerdings nicht allein an die verfassungsrechtlich fundierten Rechtfertigungsgründe gebunden²⁹⁶, obwohl sich aus dem Grundgesetz die grundlegenden Bewertungsmaßstäbe entnehmen lassen²⁹⁷. Vielmehr kann er auch sonstige Gründe heranziehen, wobei als solche vor allem

²⁹⁰ BVerfGE 55, 72 (98); 60, 329 (346).

²⁹¹ BVerfGE 89, 15 (22); 92, 53 (69); 95, 267 (316); 99, 367 (388).

²⁹² Vgl. insbes. BVerfGE 78, 104 (121); 83, 1 (23); 89, 15 (22); 89, 365 (375); 90, 46 (56); BVerfG, NJW 1995, S. 1341 (1341 f.).

²⁹³ BVerfGE 55, 72 (88).

²⁹⁴ A.A.: Dreher, NZBau 2002, S. 419 (425).

²⁹⁵ Vgl. z.B. BVerfGE 55, 72 (88); 60, 123 (133 f.).

²⁹⁶ A.A. Starck, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG I, Art. 3, Rn. 15 ff.

²⁹⁷ Heun, in: Dreier, GG, Band I, Art. 3, Rn. 30.

Praktikabilitätserwägungen anerkannt sind²⁹⁸. Erforderlich ist dazu eine Präzisierung des Gleichheitssatzes im Hinblick auf das betroffene Rechtsgebiet²⁹⁹.

Sich zur Rechtfertigung eignende Kriterien könnten vorliegend die im Gesetzgebungsverfahren im Zusammenhang mit der Überprüfung der Schwellenwertregelung anhand des Art. 19 Abs. 4 GG benannten darstellen, innerhalb der auf den Zweck des VgRÄG, EG-Recht umzusetzen, sowie auf Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie abgestellt wird³⁰⁰.

a. Zweck der Regelungstechnik als Rechtfertigungsgrund?

Mit Einführung der Schwellenwerte in die EG-Richtlinien verfolgte der EG-Richtliniengeber das Ziel, die Regelungen auf Aufträge von europaweiter Relevanz zu begrenzen. Nur bei solchen Aufträgen, deren Auftragsvolumen bestimmte Werte erreichen, soll eine ernstzunehmende Aussicht auf einen grenzüberschreitenden Handel bestehen³⁰¹. Dies wird vor allem aus den Erwägungsgründen zu den Vergaberichtlinien deutlich, nach denen Aufträge, welche die vorgegebenen Schwellenwerte nicht erreichen, außer Acht gelassen werden können und daher nicht unter die Koordinierungsmaßnahmen fallen. Eine solche Zweckbestimmung ist im Hinblick auf die Förderung einer europäischen Marktöffnung durchaus nachvollziehbar. Ihre Übernahme durch den deutschen Gesetzgeber auf die Zweiteilung des nationalen Vergaberechts wird hierdurch aber noch nicht gerechtfertigt. Diese bedarf einer eigenständigen – mit der Verfassung im Einklang stehenden – Begründung.

Der deutsche Gesetzgeber war bei Umsetzung der Vergaberichtlinien nicht strikt an die vorgegebenen Schwellenwerte gebunden. Das ergibt sich aus den oben angesprochenen Erwägungsgründen sowie aus zwei Urteilen des EuGH, durch die klargestellt wird, dass die EU-Vergaberichtlinien nicht abschließend sind³⁰², sondern lediglich einen Mindeststandard an Verfahrens- und Rechtsschutzgarantien für das Vergaberecht darstellen sollen. Den Mitgliedstaaten wurde damit die Möglichkeit geboten, die Schwellenwerte in die jeweiligen nationalen Vergaberegeln zu

²⁹⁸ Rűfner, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Art. 3, Rn. 111; Heun, in: Dreier, GG, Art. 3, Rn. 31.

²⁹⁹ Heun, in: Dreier, GG, Art. 3, Rn. 64.

³⁰⁰ BT-Drucks. 13/9340, Anlage 1 zur Begründung, S. 25; vgl. auch 1. Teil, § 3, S. 29 ff.

³⁰¹ Bechtold, GWB, § 100, Rn. 1.

³⁰² EuGH, Rs. C-31/87 (Beentjes BV/ Niederlande), Slg. 1988, 4652 (4657); EuGH Rs. C-27/86 (CEI/ Belgien), Slg. 1988, 3368 (3373).

übernehmen oder diese herabzusetzen und damit den Anwendungsbereich der europäischen Vergaberichtlinien auf darunter liegende Aufträge auszuweiten³⁰³. Trotzdem kann es als sachgerecht angesehen werden, wenn ein Mitgliedstaat die in den Richtlinien vorgegebenen Schwellenwerte übernimmt und für alle darunter liegenden Aufträge andere Verfahrens- und Rechtsschutzregelungen einführt als für solche, deren Auftragswert die vorgegebenen Werte erreicht³⁰⁴. Nachvollziehbar erscheint zwar zunächst der von *Franke* angesprochene Kritikpunkt, dass es nicht sein kann, „dass bei Erreichen des Auftragswerts von 5.000.000 ECU der EU-rechtlich geprägte Rechtsschutz zur Verfügung steht, nicht jedoch bei einem Auftragswert von 4.999.999 ECU“³⁰⁵. Dem deutschen Recht wohnen aber seit jeher Regelungen inne, aus denen sich unterschiedliche Rechtsmittelbefugnisse bis hin zu gänzlichen Rechtsmittelverzichten aufgrund eines abweichenden, durch den Beschwerdewert verkörperten wirtschaftlichen Interesses ergeben³⁰⁶. Zweck solcher Typisierungen ist eine vereinfachende, insbesondere an den Zielen der Praktikabilität des Gesetzesvollzugs orientierte Normierung³⁰⁷. Wenn diese nach der vom Bundesverfassungsgericht gebilligten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs³⁰⁸ aufgrund ihrer Sachgerechtigkeit nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoßen, dann muss ein sachlicher Grund grundsätzlich erst recht in dem Fall vorliegen, in dem der Gesetzgeber Zweiteilungen im Rahmen der Umsetzung Europäischer Richtlinien vorgenommen hat³⁰⁹. Die Abstufung nach Schwellenwerten ermöglicht eine klare rechtliche Zuordnung für solche Aufträge, die aufgrund ihrer EU-weiten Publizität auch europaweit einheitlichen Verfahrens- und Rechtsschutzbestimmungen unterliegen müssen. Es wäre wohl auch bei Herabsetzung der Werte niemals insgesamt auf diese verzichtet worden, so dass das Vergaberecht in Deutschland bezugnehmend auf die europäischen Vorgaben in jedem Fall zweigeteilt gewesen wäre.

³⁰³ Vgl. zum Ganzen Krist, Die Neuordnung des Vergaberechtsschutzes, S. 34 f.

³⁰⁴ So hat sich der deutsche Gesetzgeber – wie auch andere Mitgliedstaaten der EU – für eine strikte Umsetzung der Richtlinien entschieden (vgl. auch Freitag, NZBau 2002, S. 204 (204)).

³⁰⁵ Franke, ZVgR 1997, S. 155 (155); ähnlich argumentiert auch der österreichische Verfassungsgerichtshof: „Wieso etwa ein Bewerber um einen Bauauftrag in der Größenordnung von 50 Mio S – anders als ein Bewerber um einen Lieferauftrag in gleicher Größenordnung oder um einen Bauauftrag in der Größenordnung von 70 Mio S – kein subjektives Recht auf Einhaltung der die öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bindenden Vorschriften haben soll, ist vorläufig nicht einsichtig.“ (vgl. österr. VerfGH, Geschäftszahl G 110/99, IV.1.).

³⁰⁶ Vgl. z.B. den im Zivilrecht für Berufung erforderlichen Streitwert; dazu unten, 5. Teil, § 1, S. 117 ff.

³⁰⁷ Vgl. zur sogenannten „Typisierungsbefugnis“ des deutschen Gesetzgebers Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3, Rn. 104 ff.

³⁰⁸ Vgl. z.B. BGHZ 128, 85 ff.

³⁰⁹ So auch Gehrlein, NZBau 2001, S. 483 (484).

Die vom Gesetzgeber benannte Begründung, durch die Einführung der Schwellenwerte Europarecht umsetzen zu wollen, kann folglich durchaus einen Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung von vergaberechtlichen Sachverhalten i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG darstellen.

b. Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie als Rechtfertigungsgrund?

Auch die im Gesetzgebungsverfahren erwähnten Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie³¹⁰ lehnen sich an die Intentionen des Richtliniengebers an. Denn in den Erwägungsgründen zur Dienstleistungsrichtlinie³¹¹ heißt es, dass diese nicht auf „kleine Aufträge“ anwendbar sein soll, damit „unnötige Formalitäten“ vermieden werden können. Verfahrensökonomie meint demnach, dass die umfangreiche gemeinschaftsweite Ausschreibung dann nicht erforderlich ist, wenn ihr Aufwand in keinem Verhältnis zum Warenwert steht³¹². Daneben spielen wohl auch die – bereits von der österreichischen Regierung herangezogenen – Kriterien der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit³¹³ für die Beurteilung eine Rolle.

In der Tat würde eine Erweiterung der für den Oberschwellenbereich geltenden Verfahrens- und Rechtsschutzvorschriften auf unterhalb der Schwellenwerte liegende Verfahren einen erheblichen Verwaltungs- und Kostenaufwand mit sich bringen. Eines nicht unbedeutenden finanziellen Aufwands bedürfte es auch dann, wenn der Gesetzgeber unter Gewährung der sonstigen Verfahrens- und Rechtsschutzvorschriften ein bloß nationales Vergabeverfahren einrichten würde, welches letztendlich jedoch geringere Kosten als ein europaweites Vergabeverfahren mit sich brächte³¹⁴. Darüber hinaus spricht für die Annahme eines Rechtfertigungsgrundes, dass das in den §§ 97 ff. GWB geregelte Verfahren wohl schon wegen der Vielzahl der Fälle nicht auf den Unterschwellenbereich erweitert werden kann³¹⁵. Denn dies würde zu erheblichen Verzögerungen in der Vergabepaxis führen, die sowohl für die Ausschreibenden als auch für die

³¹⁰ Vgl. BT-Drucks. 13/9340; Anlage 1 zur Begründung, S. 25.

³¹¹ Vgl. Fn. 5.

³¹² In den Gesetzesmaterialien wird auf eine Begriffsdefinition bzw. eine Benennung bestimmter, zur Heranziehung erforderlicher Kriterien verzichtet; vgl. aber Bechtold, GWB, § 100, Rn. 1.

³¹³ VergR 2001, S. 32 (34); siehe dazu oben, 3. Teil, § 1, S. 40 ff.

³¹⁴ Vgl. ausführlich dazu unten 6. Teil, § 2, S. 127 ff.

³¹⁵ BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 15.

Teilnehmer wenig wünschenswert wären³¹⁶. Sinnvoll erscheint ferner, dass für europaweite Ausschreibungen ein einheitliches Regelungssystem vorliegen muss, welches durch die Vergaberichtlinien und deren Umsetzung in die nationalen Rechtssysteme geschaffen worden ist. Unterhalb der Schwellenwerte sollte dagegen die Effektivität des Verfahrens als maßgebliches Kriterium herangezogen werden. Natürlich stellt sich bereits in diesem Zusammenhang die Frage, inwieweit zur Erreichung dieses Ziels auf Verfahrens- und Rechtsschutzmöglichkeiten verzichtet werden kann. Ihrer Beantwortung bedarf es aber nicht für die Feststellung, dass sich Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie aufgrund der vorgenannten Erwägungen grundsätzlich als Rechtfertigungsgründe für eine Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG eignen. Bei ihnen handelt es sich um die eingangs erwähnten und als Rechtfertigungsmöglichkeiten anerkannten Praktikabilitätsabwägungen³¹⁷.

3. Stellungnahme

Eine Differenzierung der verschiedenen Aufträge anhand von Auftragswerten verstößt grundsätzlich nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Sie dient vielmehr dazu, den bezweckten Erfolg herbeizuführen, indem europaweite Ausschreibungen einheitlich und rein nationale Vergabeverfahren möglichst effektiv durchgeführt werden können. Geeignete Rechtfertigungsgründe stellen insoweit der Zweck der Regelungstechnik sowie Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie dar. Ebenfalls ist die Ungleichbehandlung erforderlich, da von mehreren gleich geeigneten Mitteln das relativ mildeste gewählt worden ist³¹⁸. Der Gesetzgeber hat in seinen Erwägungen zum VgRÄG alternativ eine mögliche inhaltliche Beschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes diskutiert, die dahingehend denkbar wäre, „dass in einem gerichtlichen Beschwerdeverfahren nur EG-rechtliche Vergaberegeln gerügt und von den Gerichten überprüft werden dürfen“³¹⁹. Dieses Kriterium wurde aber deswegen zurückgewiesen, weil „eine hinreichend präzise inhaltliche Umschreibung der in

³¹⁶ Vgl. zu einer analogen Anwendung der §§ 97 ff. GWB unten 6. Teil, § 1, S. 125 ff.

³¹⁷ Vgl. 4. Teil, § 1, B.I.2., S. 51 ff.; diese Erwägungen sind v.a. im Zusammenhang mit der Typisierung und Pauschalisierung von Tatbeständen anerkannt, wobei sich die gesetzgeberische Typisierungskompetenz u.a. aus der Kompetenz zum Erlass generell abstrakter Rechtsnormen ergibt (dazu Huster, Rechte und Ziele, S. 245 ff.).

³¹⁸ Stein/ Frank, Staatsrecht, § 30, 2.

³¹⁹ BT-Drucks. 13/9340, Anlage 1 zur Begründung, S 25 f.

einem Vergabeverfahren zu beachtenden EG-rechtlichen Vorgaben (...) auf erhebliche Schwierigkeiten“ stoßen würde³²⁰.

Allein das Ausmaß der Ungleichbehandlung stößt aufgrund der unterhalb der Schwellenwerte fehlenden Verfahrens- und Rechtsschutzvorschriften auf Kritik³²¹. Denn im Gegensatz zum Oberschwellenbereich werden im Unterschwellenbereich erhebliche Verfahrens- und Rechtsschutzlücken nicht von der Hand zu weisen sein. Ob diese zur Unangemessenheit der Ungleichbehandlung führen³²², kann erst beantwortet werden, wenn feststeht, dass das Regelungssystem des Unterschwellenbereichs gegen die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG verstößt. Dieser gewährt den Bietern einen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz³²³. Wird hierbei trotz bisheriger Zweifel das Ergebnis erzielt, dass das Vergaberecht für die Teilnehmer aller Vergabeverfahren ausreichende Verfahrens- und Rechtsschutzregelungen vorsieht, so geht damit wohl die Angemessenheit der Ungleichbehandlung im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG einher. Im umgekehrten Fall dürfte diese abzulehnen sein³²⁴.

II. Inländerdiskriminierung

Die Schwellenwertregelung muss ebenfalls mit dem allgemeinen Gleichheitsgebot im Hinblick auf die sogenannte Inländerdiskriminierung zu vereinbaren sein.

1. Begriffsbestimmung

Der Begriff der Inländerdiskriminierung beinhaltet Ungleichbehandlungen jedweder Art von eigenen Staatsangehörigen gegenüber Ausländern³²⁵. Dieser liegen solchen Fallgestaltungen zugrunde, in denen Ausländer bei grenzüberschreitenden Sachverhalten durch das in diesen Fällen geltende Gemeinschaftsrecht günstiger behandelt werden, als Inländer bei rein inländischen Sachverhalten und im Übrigen gleicher Sachlage durch das auf sie anzuwendende nationale Recht³²⁶. Daraus folgt

³²⁰ BT-Drucks. 13/9340, Anlage 1 zur Begründung, S. 25.

³²¹ Vgl. das Urteil des österreichischen VerfGH, VergR 2001, S. 32 ff.

³²² So hat es der österreichische VerfGH angenommen (VergR 2001, S. 32 ff.).

³²³ BVerfGE 35, 263 (274 f.); 67, 43 (58 ff.).

³²⁴ Siehe dazu unten, 4. Teil, § 1, E, S. 108.

³²⁵ Fastenrath, JZ 1987, S. 170 (170); Ausländer ist jeder, der nicht Deutscher i.S.d. Art. 116 Abs. 1 GG ist (vgl. § 1 Abs. 2 AuslG).

³²⁶ Schilling, JZ 1994, S. 8 (8).

eine Benachteiligung von Inländern allein aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit³²⁷. Differenziert wird zwischen direkter und indirekter Inländerdiskriminierung. Direkte Inländerdiskriminierung liegt immer dann vor, wenn der nationale Gesetzgeber gezielt Inländer benachteiligt bzw. Ausländer bevorzugt³²⁸. Dagegen ist in den Fällen, in denen sich die Diskriminierung nicht aus der nationalen Norm direkt, sondern daraus ergibt, dass sich der Inländer nicht auf die günstigere, internationale Regelung berufen kann, eine indirekte Inländerdiskriminierung anzunehmen³²⁹. Beiden Arten ist gemein, dass in einem Mitgliedstaat für Inländer strengere Vorschriften gelten als für Ausländer³³⁰.

2. Anwendbarkeit des allgemeinen Gleichheitssatzes

Der allgemeine Gleichheitssatz ist auf beide Arten der Inländerdiskriminierung generell anwendbar³³¹. Das erscheint im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG zunächst zweifelhaft, da dieses auf europäischer Ebene ebenfalls solche Diskriminierungen verbietet, die aus Gründen der Staatsangehörigkeit geschehen³³². Dabei wird der Wortlaut der Norm auch dahingehend ausgelegt, dass das Verbot Ausländer- wie Inländerdiskriminierungen gleichermaßen erfasst³³³, wenn alle übrigen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind^{334 335}. Allerdings hat der EuGH

³²⁷ Erfasst werden darüber hinaus auch „gleichgelagerte Sachverhalte innerhalb eines Staates mit teilautonomen Gliederungen, die territorial begrenzte Hoheitsgewalt ausüben (z.B. Bundesländer, kommunale Gebietskörperschaften, Kammern der freien Berufe, des Handels, des Handwerks, der Industrie und der Landwirtschaft). Hier kann es ebenfalls zu Ungleichbehandlungen von Einheimischen (Landeskindern, Einwohnern) und Gebietsfremden kommen“ (Fastenrath, JZ 1987, S. 170 (170)).

³²⁸ Hammerl, Inländerdiskriminierung, S. 27.

³²⁹ Synonym wird der Begriff der „umgekehrten Diskriminierung“ verwendet (Hammerl, Inländerdiskriminierung, S. 29 ff.).

³³⁰ Vgl. Schlachter, Discrimination à rebours, S. 87.

³³¹ Vgl. für die direkte Inländerdiskriminierung z.B. BGH, GRUR 1985, S. 886 (887 f.); BVerwG, DVBl. 1970, S. 627 f.; OVG Berlin, DVBl. 1972, S. 280 (281). Bezüglich der indirekten Inländerdiskriminierung ist das BVerfG von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG ausgegangen (vgl. BVerfGE, AnwBl. 1989, S. 669). Prüfungsgegenstand kann in diesem Fall allein die im Einzelfall den Inländer diskriminierende Norm des nationalen Rechts sein (vgl. Hammerl, Inländerdiskriminierung, S. 174).

³³² Vgl. ausführlich dazu: von Bogdandy, in: Grabitz/ Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 6, Rn. 52 ff. m.w.N.

³³³ EuGH, Rs. 136/78 (Auer), Slg. 1979, 437 (449); Rs. 115/78 (Knors/ Staatssekretär für Wirtschaft), Slg. 1979, 399 (410); v. Bogdandy, in: Grabitz/ Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 6, Rn. 52 f.; Reitmaier, Inländerdiskriminierungen, S. 12 ff.

³³⁴ EuGH, Rs. 115/78 (Knors/ Staatssekretär für Wirtschaft), Slg. 1979, 399 (410); Rs. 271/82 (Ministère public/ Auer), Slg. 1983, S. 2727 (2744); Rs. 292/86 (Gullung/ Conseils de l'ordre des avocats du barreau de Colmar et de Saverne), Slg. 1988, 111 (136); Rs. 130/88 (van de Bijl/ Staatssecretaris van Economische Zaken), Slg. 1989, 3039 ff.

³³⁵ Z.T. wird das allgemeine Diskriminierungsverbot auch als generelles Verbot für Inländerdiskriminierungen verstanden. Dies dürfte jedoch im Hinblick auf die folgende

zutreffend festgestellt, dass die oben dargestellten direkten oder indirekten Inländerdiskriminierungen gerade nicht in den Anwendungsbereich des EG–Vertrags fallen. Denn ein Inländer soll sich nur dann gegenüber seinem Staat auf das Vertragsrecht berufen können, wenn die Rechtsbeziehungen durch „vertragliche oder sekundärrechtliche Bestimmungen konkretisiert sind“³³⁶. Diese Möglichkeit muss jedoch für solche Sachverhalte ausscheiden, die ausschließlich einen inländischen Charakter und damit keinerlei Berührungspunkte mit dem Gemeinschaftsrecht aufweisen³³⁷. Gerade so geschieht es sowohl bei der direkten als auch bei der indirekten Inländerdiskriminierung. Beide entstehen allein aufgrund der strengeren nationalen Vorschrift, während die nur für Ausländer anwendbaren europäischen Vorschriften das mildere Recht darstellen und keine Diskriminierung herbeiführen. Folglich tritt der allgemeine Gleichheitssatz nicht hinter dem Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG zurück³³⁸.

Ebenfalls muss Art. 3 Abs. 1 GG nicht hinter einem speziellen nationalen Gleichheitssatz zurückstehen³³⁹. Denn das besondere Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG beinhaltet keine Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit³⁴⁰, so dass allein eine Bezugnahme auf den allgemeinen Gleichheitssatz möglich ist.

3. Bezugnahme auf die vorliegende Problematik

Die Gefahr einer möglichen Diskriminierung aufgrund der Herkunft oder der Staatsangehörigkeit hat der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren zum VgRÄG durchaus erkannt, aufgegriffen und zu lösen versucht. In diesem Zusammenhang wurde die besondere Bedeutung eines Regelungsbedürfnisses hervorgehoben. Danach werde eine solche Diskriminierung vom allgemeinen Gleichheitsgebot erfasst, welches wiederum zu den „elementaren Prinzipien des Gemeinschaftsrechts

Argumentation des EuGH nicht richtig sein (vgl. z.B. Bleckmann, RIW 1985, S. 917 (920); Prütting, JZ 1989, S. 705 (711); Sundberg-Weitman, Discrimination, S. 116)).

³³⁶ Hammerl, Inländerdiskriminierung, S. 150.

³³⁷ EuGH, Rs. 44/84 (Hurd/ Jones), Slg. 1986, 29 (85); Rs. 80/ 85 und 159/ 85 (Nederlandse Bakkerij Stichting/ Edah), Slg. 1986, 3359 (3384).

³³⁸ So auch Hammerl, Inländerdiskriminierung, S. 149 ff. m.w.N., der zutreffend herausstellt, dass in den Fällen, in denen die Diskriminierten grenzüberschreitend tätig werden, sie sich auf dieselben Freiheiten wie andere EG-Ausländer berufen könnten, so dass eine Diskriminierung von vorneherein ausgeschlossen wäre.

³³⁹ Spezielle Gleichheitssätze enthält das Grundgesetz in den Art. 3 Abs. 2 und 3, Art. 6 Abs. 5, Art. 38 Abs. 1 S. 1, und Art. 33 Abs. 1 bis 3.

³⁴⁰ BVerfGE 51, 1 (30).

und unseres nationalen Verfassungsrechts“ gehöre³⁴¹. Daraus folge, dass im deutschen Vergaberecht die Angebote ausländischer Unternehmen ebenso behandelt werden müssen, wie solche deutscher Unternehmen. Eine Ungleichbehandlung sei allein in den Fällen zulässig, in denen das höherrangige EG-Vergaberecht eine Einschränkung des Gleichbehandlungsgebots gebiete³⁴². Die vorgenannten Erwägungen veranlassten den deutschen Gesetzgeber zur Eingliederung des heutigen § 97 Abs. 2 GWB in das VgRÄG, welcher eine grundsätzliche Gleichbehandlung aller Teilnehmer eines Vergabeverfahrens konstituiert, es sei denn, eine Benachteiligung ist durch das GWB ausdrücklich geboten oder gestattet.

Die Intention des Gesetzgebers ging offensichtlich dahin, eine Benachteiligung ausländischer Bieter zu vermeiden. Daneben ist aber durch die Regelung des § 97 Abs. 2 GWB ebenfalls der Möglichkeit einer Inländerdiskriminierung entgegengetreten worden, indem die Gleichbehandlung aller Bieter zum Ziel gesetzt worden ist. Es stellt sich nunmehr die Frage, ob die Schwellenwertregelung des § 100 Abs. 1 GWB trotzdem zu einer solchen führen kann. Eine derartige Situation könnte nur dann entstehen, wenn die Einführung der Schwellenwerte in das deutsche Recht eine Benachteiligung inländischer Bieter mit sich brächte.

Als Anknüpfungspunkt zur Beantwortung vorliegender Fragestellung bietet sich die Argumentation des EG-Richtliniengabers für die Einführung der Schwellenwerte an, bei Aufträgen geringeren Werts bestehe regelmäßig keine ernstzunehmende Absicht auf einen grenzüberschreitenden Handel³⁴³. Diese Erwägung kann allein als ein durch den EG-Richtliniengaber aufgestellter Grundsatz verstanden werden, der sich auf Erfahrungswerte stützt. Die Möglichkeit, dass sich ausländische Bieter auch auf Ausschreibungsverfahren bewerben, deren geschätztes Auftragsvolumen unterhalb der Schwellenwerte liegt, wird dadurch jedoch nicht ausgeschlossen. Vergleicht man nun die rechtliche Behandlung ausländischer und inländischer Bieter nationaler Vergabeverfahren, so lässt sich eine Inländerdiskriminierung gerade nicht feststellen. Oberhalb der Schwellenwerte sind durch den deutschen Gesetzgeber aufgrund der europäischen Vergaberichtlinien gezielt Verfahrensregelungen geschaffen worden,

³⁴¹ BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 14.

³⁴² Der Gesetzgeber stellt in diesem Fall v.a. auf Art. 36 der Sektorenrichtlinie 93/38 EWG ab, der vorsieht, dass bestimmte Auftraggeber bei Lieferaufträgen solche Angebote unberücksichtigt lassen können, bei denen der Warenanteil zu mehr als 50% aus Ländern stammt, welche keine Vertragsparteien des Europäischen Wirtschaftsraumes sind und mit denen auch keine sonstige Vereinbarungen über die Verbürgung eines gegenseitigen Marktzugangs getroffen worden sind.

³⁴³ Bechtold, GWB, § 100, Rn. 1.

die gleichermaßen für beide Bietergruppen gelten. In den – wohl eher seltenen - Fällen, in denen sich ausländische Bieter neben solchen aus dem Inland auf Vergaben unterhalb der Schwellenwerte bewerben, gelten neben den (vereinfachten) nationalen Regelungen für beide Gruppen dieselben Normen des primären Gemeinschaftsrechts. Eine Situation, in der ein inländischer Bieter nach dem im Unterschwellenbereich geltenden Recht behandelt wird, während ein ausländischer Bieter im selben Ausschreibungsverfahren unter günstigere europarechtliche Regelungen fällt, ist schon aus rechtlichen Gründen nicht möglich. Auf ein Vergabeverfahren können in Abhängigkeit des Erreichens bestimmter Auftragswerte entweder nur die einen oder die anderen Regelungen anwendbar sein. Es ist folglich keine Situation denkbar, innerhalb der deutsche Bieter im Rahmen eines Vergabeverfahrens aufgrund nationaler Regelungen durch den Gesetzgeber schlechter behandelt werden als solche aus einem anderen EG-Mitgliedstaat. Die Schwellenwertregelung führt mithin nicht zu einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG in Bezug auf die sogenannte Inländerdiskriminierung. Vielmehr trifft den Ausschreibenden im Unterschwellenbereich aufgrund des Fehlens einer dem § 97 Abs. 2 GWB vergleichbaren Regelung gemäß Art. 3 Abs. 1 GG die Pflicht, Inländerdiskriminierungen zu vermeiden³⁴⁴.

III. Ergebnis

Ob die gesetzliche Differenzierung zwischen solchen Aufträgen, welche die gem. §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB i.V.m. § 2 VgV vorgeschriebenen Schwellenwerte erreichen, und solchen, deren Auftragswerte darunter liegen, verhältnismäßig i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG ist, kann erst festgestellt werden, wenn überprüft worden ist, ob die daraus mittelbar folgende Ungleichbehandlung der Teilnehmer mangels vorhandener Verfahrens- und Rechtsschutzmöglichkeiten zu einer unangemessenen Benachteiligung derer an Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich führt³⁴⁵. Ein Verstoß der Schwellenwertregelung gegen Art. 3 Abs. 1 GG bezüglich der sogenannten „Inländerdiskriminierung“ konnte in Anlehnung an die bisherige deutsche Rechtsprechung³⁴⁶ nicht nachgewiesen werden.

³⁴⁴ Das Gleichheitsgebot ist auch für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte maßgeblich (Niebuhr, in: Niebuhr/ Kulartz/ Kus/ Portz, Vergaberecht, § 97, Rn. 102).

³⁴⁵ Vgl. dazu unten, 4. Teil, § 1, E, S. 108.

³⁴⁶ BGHZ 108, 342 (346); VGH Mannheim, NJW 1996, S. 72; BGH, JZ 1996, S. 1022 (1024 f.).

C. Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG

Das Grundrecht der Berufsfreiheit schützt die freie Wahl und Ausübung von Berufen, wobei als Beruf jede Tätigkeit einzustufen ist, die in ideeller wie in materieller Hinsicht der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient³⁴⁷. Durch die Garantie dieser Freiheiten entsteht zwischen den Unternehmen Wettbewerb, so dass die wettbewerbsfördernde Wirkung des Art. 12 Abs. 1 GG nicht von der Hand zu weisen ist³⁴⁸. Zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit kommt es dann, wenn der Staat regelnd auf das Verhalten der Unternehmen im Wettbewerb einwirkt³⁴⁹, wozu es bereits „genügt, dass durch staatliche Maßnahmen der Wettbewerb beeinflusst und die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit dadurch behindert wird“³⁵⁰. Darunter fällt auch die Begünstigung von Konkurrenten seitens des Staates³⁵¹.

I. Eingriff in den Schutzbereich

Die durch die Zweiteilung des Vergaberechts hervorgerufene Rechtslage führt unmittelbar zu keiner Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit. Fraglich ist jedoch, inwieweit aufgrund der geltenden Gesetzeslage die Erteilung des Zuschlags an ein Unternehmen einen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit der mitbietenden Unternehmen darstellt. Ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG wird überwiegend dann angenommen, wenn der öffentliche Auftraggeber eines Vergabeverfahrens den Zuschlag an ein Unternehmen erteilt, welches ihn aufgrund der haushaltsrechtlichen Vorschriften, beispielsweise mangels Fachkunde, nicht hätte erhalten dürfen. Ein gleichzeitig rechtswidrig übergangenes Unternehmen hat bei derzeitiger Rechtslage keinerlei Chancen, dieses Vorgehen durch das Einlegen von Rechtsbehelfen zu verhindern³⁵².

Umstritten ist, ob auch die Erteilung eines rechtmäßigen Zuschlags an ein mitbietendes Unternehmen für die übrigen beteiligten Unternehmen einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG darstellt. Einer Ansicht zufolge³⁵³ ist jede staatliche Auftragsvergabe gleichzeitig ein Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit nicht

³⁴⁷ BVerfGE 54, 310 (313); 97, 228 (252); 102, 197 (212).

³⁴⁸ Vgl. z.B. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Rn. 15.

³⁴⁹ BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137 f.).

³⁵⁰ BVerfGE 86, 28 (37).

³⁵¹ BVerfGE 86, 28 (37).

³⁵² A.A.: Pietzcker, NZBau 2003, S. 242 (243); vgl. dazu unten, 4. Teil, § 1, D.II.3.b.bb.(2), S. 90.

³⁵³ Puhl, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, in: VVDStRL 60 (2001), 456 (482).

berücksichtigter Bieter. Denn die Zuschlagserteilung führt zu einer Stärkung der Wettbewerbsposition des ausgewählten Bieters, indem sie diesem Gewinn, zumindest jedoch Verlustminderung beschert. Im Vergleich dazu werden die konkurrierenden, nicht zum Zuge gekommenen Unternehmen in ihrer Wettbewerbsposition, vor allem jedoch in ihrem zukünftigen Marktbehauptungsvermögen behindert. Aus diesem Ansatz folgt konsequenterweise, dass das gesamte öffentliche Auftragswesen im Hinblick auf die Wettbewerbsfreiheit unter Gesetzesvorbehalt steht. Die Gegenauffassung³⁵⁴ lehnt bereits die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 12 Abs. 1 GG in Fällen der rechtmäßigen Zuschlagserteilung ab. Danach existiert für den Anbietenden kein Anspruch auf den Abschluss von Verträgen mit staatlichen Stellen. Mögliche wirtschaftliche Nachteile für den nicht bedachten Bieter sollen gerade nicht dazu führen, dass die Nichtvergabe als Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit zu verstehen ist. Denn die Berufsfreiheit als Bestandteil der Wettbewerbswirtschaft schützt nicht vor im Wettbewerb erlangten Vorteilen anderer, da das Unterlassen eines Vertragsabschlusses grundsätzlich keinen Freiheitseingriff darstellt. Im Ergebnis muss richtigerweise auf die Marktposition des öffentlichen Auftraggebers als Nachfrager abgestellt werden³⁵⁵. Nur ein Monopol bzw. eine marktbeherrschende Stellung des öffentlichen Auftraggebers auf dem betreffenden Markt verleiht auch dem rechtmäßig erteilten Zuschlag eine objektiv-berufsregelnde Tendenz i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG. Die Berufsausübung der als Bieter beteiligten Unternehmen hängt in diesen Fällen ausschließlich davon ab, ob sie vom öffentlichen Auftraggeber tatsächlich mit Aufträgen bedacht werden. Dem Staat obliegt damit die Steuerung des betroffenen Wirtschaftszweigs. Die Nichtbeachtung im Rahmen der Ausschreibungen hat dem entsprechend eine existenzbedrohende Beeinträchtigung der betroffenen Unternehmen zur Folge. Je größer also die Position des öffentlichen Auftraggebers auf der Nachfrageseite ist, desto schwerer stellt sich der Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG dar. Ist der Staat dagegen nur ein Nachfrager unter vielen, ist eine spürbare Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit der Bieter nicht anzunehmen. Diesen bietet sich die Möglichkeit, sich um Aufträge privater Nachfrager zu bemühen.

Mithin kann die durch die Schwellenwertregelung hervorgerufene Zweiteilung im Unterschwellenbereich auch im Fall einer rechtmäßigen Zuschlagserteilung mittelbar

³⁵⁴ Pietzcker, NZBau 2003, S. 242 (243).

³⁵⁵ Vgl. Huber, JZ 2000, S. 877 (878 f.).

zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit der an Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen führen. Voraussetzung dafür ist mindestens eine marktbeherrschende Stellung des öffentlichen Auftraggebers.

Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG kann neben solchen Eingriffen mit unmittelbar berufsbezogenem Charakter oder „zumindest objektiv berufsregelnder Tendenz“³⁵⁶ auch durch Realakte verletzt werden, soweit die tatsächlichen Auswirkungen „in engem Zusammenhang mit der Berufsausübung stehen und eine deutlich erkennbare objektiv berufsregelnde Tendenz“³⁵⁷ aufzeigen. So kann eine mögliche Grundrechtsverletzung übergangener Bieter in Anlehnung an die Subventionsbetreuer - Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts³⁵⁸ hergeleitet werden³⁵⁹. Denn die ratio der Entscheidung, ein genereller Ausschluss von einer bestimmten Tätigkeit durch Verwaltungsvorschriften bringe einen Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG mit sich, ist durchaus auf einen Ausschluss im Einzelfall übertragbar. Ein Anspruch des Bieters auf Berücksichtigung im Rahmen einer öffentlichen Auftragsvergabe kann wohl „qualitativ nicht davon abhängen, ob ein, zwei oder mehrere Vertragsschlüsse im Raum stehen“³⁶⁰. Erforderlich ist jedoch eine abgestufte Betrachtung der Sachverhalte, innerhalb der zwischen Fällen eines einmaligen Ausschlusses des Antragstellers und solchen einer dauerhaften Nichtberücksichtigung unterschieden wird, was zu jeweils unterschiedlichen Ergebnissen führen kann.

Folglich wirkt der Staat im Rahmen der aufgrund der Zweiteilung geltenden Rechtslage im Unterschwellenbereich regelnd auf das Verhalten der Unternehmen im Vergabewettbewerb ein, indem er die Zuschlagserteilung in der Art beeinflusst, dass einzelne Unternehmen an der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit verhindert sind.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Verfassungsrechtlich gerechtfertigt sind Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit dann, wenn sie verhältnismäßig sind, wobei die Anforderungen an diesen Grundsatz durch

³⁵⁶ Jarass, in: Jarass/ Piroth, GG, Art. 12., Rn. 11 ff.; vgl. zu den Regelungen mit objektiv berufsregelnder Tendenz BVerfGE 97, 228 (254); 98, 218 (258); 95, 267 (302); 13, 181 (185 f.); 61, 291 (308); 81, 108 (121 f.).

³⁵⁷ BVerwGE 71, 183 (191).

³⁵⁸ BVerwGE 75, 109 (115).

³⁵⁹ Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 443.

³⁶⁰ Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 443.

die sogenannte „Stufenlehre“³⁶¹ näher konkretisiert werden. Innerhalb der Stufenlehre wird zwischen drei Arten von Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit unterschieden: Berufsausübungsbeschränkungen, subjektiven Berufswahlbeschränkungen sowie objektiven Berufswahlbeschränkungen.

Bei den vorangehend beschriebenen möglichen Beeinträchtigungen der Wettbewerbsfreiheit durch den öffentlichen Auftraggeber handelt es sich grundsätzlich um Berufsausübungsbeschränkungen, da die Bieter aufgrund der Nichterteilung des Zuschlags an ihren beruflichen Tätigkeiten gehindert werden. Die an die Rechtfertigung von Berufsausübungsbeschränkungen gestellten Anforderungen sind insoweit relativ gering, als dass sie bereits durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls legitimiert werden³⁶². Dazu zählen wohl schon die Erwägungen des Gesetzgebers hinsichtlich des Zwecks des VgRÄG, EG-Recht umzusetzen, sowie dessen Ausführungen zu den Gesichtspunkten der Verfahrensökonomie. Gerade weil § 100 Abs. 1 GWB lediglich mittelbar zu einer Beeinträchtigung der Berufsausübungsfreiheit teilnehmender Unternehmen führen kann und nicht einmal zwingend führt, können an die verfassungsmäßige Rechtfertigung möglicher Eingriffe an dieser Stelle nur geringe Anforderungen gestellt werden. In jedem Fall reichen die allgemeinen Ausführungen des Gesetzgebers dazu aus, für den sich die Zweiteilung des Vergaberechts vordergründig auf praktische Erwägungen stützt.

Jedoch zwingt die Nachfragemacht des einzelnen öffentlichen Auftraggebers zu folgender Differenzierung: Umso stärker die Marktposition des öffentlichen Auftraggebers ist, desto höhere Anforderungen sind an die Rechtfertigung des Eingriffs zu stellen. Besitzt die Vergabestelle eine starke Nachfragemacht oder sogar eine Monopolstellung, so muss ihre Entscheidung einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegen. Andernfalls können an die verfassungsmäßige Rechtfertigung möglicher Eingriffe geringere Anforderungen gestellt werden. Denn dem öffentlichen Auftraggeber steht ein entsprechend größerer Ermessensspielraum zu, wenn er nur als ein Nachfrager unter vielen auftritt³⁶³.

³⁶¹ BVerfGE 25, 1 (11 f.).

³⁶² BVerfGE 70, 1 (28); 78, 155 (162); 95, 173 (183).

³⁶³ Zu einem ähnlichen Fazit gelangt auch Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 446.

D. Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 GG

Art. 19 Abs. 4 GG garantiert einen lückenlosen gerichtlichen Individualrechtsschutz³⁶⁴, indem gemäß Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG jemandem, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, der Rechtsweg offen steht. Aufgrund der Auffangregelung des Art. 19 Abs. 4 S. 2 GG ist im Zweifel der ordentliche Rechtsweg eröffnet, wenn sich weder aus dem Verfassungsrecht noch aus dem einfachen Recht eine Zuständigkeit ergibt. Die Schaffung eines effektiven Rechtsschutzsystems unterliegt dem Regelungsauftrag des Gesetzgebers, wobei die Art und Weise des eröffneten Rechtswegs der legislativen Ausgestaltung überlassen bleibt. Es steht insoweit im Gestaltungsermessen des Gesetzgebers, den Zugang zu den Gerichten und die wirksame Kontrolle durch die Gerichte angemessen zu bestimmen³⁶⁵.

I. Anwendbarkeit auf das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe

Die Rechtsschutzgarantie schützt vor Akten der öffentlichen Gewalt, wobei nach herrschender Ansicht allein solche der Exekutive vollumfänglich einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen sollen³⁶⁶. Trotzdem nun öffentliche Aufträge regelmäßig durch die vollziehende Gewalt vergeben werden, ist die Anwendbarkeit des Art. 19 Abs. 4 GG auf diese Fälle bisher ungeklärt. Denn es wird teilweise angenommen, dass die öffentliche Auftragsvergabe als Teil der Fiskalverwaltung gerade keine „öffentliche Gewalt“ in diesem Sinne darstellt³⁶⁷, was zur Folge hätte, dass Art. 19 Abs. 4 GG vorliegend kein Prüfungsmaßstab wäre, da sich die öffentliche Hand und die Unternehmen dann nicht im Verhältnis der Über- und Unterordnung, sondern gleichgeordnet gegenüber stünden. Die daraus notwendigerweise entstehende Folge

³⁶⁴ Krüger/ Sachs, in: Sachs, GG, Art. 19, Rn. 4.

³⁶⁵ Jarass, in: Jarass/ Pieroth, GG, Art. 19, Rn. 30 a; BVerfGE 10, 264 (267 f.); 60, 253 (268); 88, 118 (123 f.).

³⁶⁶ Vgl. z.B. Jarass, in: Jarass/ Pieroth, GG, Art. 19, Rn. 29. Keine öffentliche Gewalt in diesem Sinne sollen Akte der Judikative darstellen. Denn Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet den Schutz durch, nicht gegen den Richter. Das Erreichen von Rechtssicherheit ist nur dann möglich, wenn richterliche Entscheidungen in Rechtskraft erwachsen können (vgl. zum Ganzen BVerfGE 11, 263 (265); 76, 93 (98); a.A.: z.B. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 298 ff.). Ebenfalls fallen Legislativakte nach überwiegender Ansicht nicht unter den Begriff der öffentlichen Gewalt. Die Möglichkeit einer Überprüfung dieser soll vielmehr durch die Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a und Art. 100 Abs. 1 GG abschließend normiert sein (vgl. z.B. BVerfGE 24, 33 (49 ff.); 24, 367 (401); 45, 297 (334); BAGE 64, 315 (326); a.A.: z.B. Schenke, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 249 ff.).

³⁶⁷ Z.B. Krüger, in: Sachs, GG, Art. 19, Rn. 120; Schenke, in: von Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 192. Die Argumentation folgt im Wesentlichen derjenigen zur Ablehnung der Grundrechtsbindung öffentlicher Auftraggeber (siehe dazu oben 4. Teil, § 1, A, S. 47 ff.).

wäre, dass die Schwellenwertregelung anhand des Art. 20 Abs. 3 GG überprüft werden müsste, der dem Staat für privatrechtliche Streitigkeiten die Pflicht auferlegt, einen sachgerecht ausgestalteten Schutz durch die Gerichte zu gewährleisten³⁶⁸. Dem muss jedoch entgegengehalten werden, dass der Staat auch im Bereich der fiskalischen Hilfsgeschäfte zielgerichtet und lenkend auf die Wirtschaft einwirken kann. Der Einsatz seiner Nachfragemacht macht es ihm durchaus möglich, durch Bevorzugung bzw. Benachteiligung einzelner privater Unternehmen in deren „grundrechtlich geschützte Sphäre“ einzugreifen³⁶⁹. Auch gegen solche Grundrechtseingriffe müssen sich die Betroffenen zur Wehr setzen können, so dass die Anwendbarkeit des Art. 19 Abs. 4 GG im Bereich der Fiskalverwaltung und damit im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe nahe liegt³⁷⁰. Dem entsprechend haben im Jahr 1999 die 1. Vergabekammer des Bundes³⁷¹ sowie das OLG Brandenburg³⁷² die Vergabe öffentlicher Aufträge als einen Akt öffentlicher Gewalt i.S.d. Art. 1 Abs. 3 GG anerkannt. Der BGH hat diese Frage bisher ausdrücklich offengelassen³⁷³.

II. Vereinbarkeit

Das Grundrecht des Art. 19 Abs. 4 GG setzt das Vorliegen einer Rechtsverletzung voraus. Zur Verletzung geeignet sind alle subjektiven Rechte des öffentlichen wie des privaten Rechts³⁷⁴. Diese werden durch die Rechtsschutzgarantie allerdings vorausgesetzt und nicht erst geschaffen³⁷⁵, so dass ihre Begründung im sonstigen Recht entscheidend ist³⁷⁶. Die Unvereinbarkeit der durch § 100 Abs. 1 GWB hervorgerufenen Zweiteilung des Vergaberechts mit Art. 19 Abs. 4 GG ist demnach nur denkbar, wenn aufgrund der daraus folgenden Rechtslage subjektive Bieterrechtspositionen keiner hinreichenden gerichtlichen Kontrolle unterworfen sind. Kontrollgegenstand sind insofern die §§ 102 ff. GWB sowie sämtliche auf die in Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte anwendbaren Rechtsschutznormen.

³⁶⁸ Vgl. BT-Drucks. 13/9340, Gegenäußerung der Bundesregierung, S. 52.

³⁶⁹ Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 101.

³⁷⁰ Dem Staat obliegt jedoch auch im Privatrecht aufgrund des allgemeinen Justizgewähranspruchs die Pflicht zur Schaffung eines effektiven Rechtsschutzes zur Durchsetzung subjektiver Rechte (Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 102; vgl. zum allgemeinen Justizgewähranspruch z.B. BVerfGE 54, 277 (292)).

³⁷¹ WuW/E Verg 220.

³⁷² WuW/E Verg 235.

³⁷³ BGH, NZBau 2001, S. 151 (154).

³⁷⁴ Vgl. z.B. Krebs, in: v. Münch/ Kunig, GG, Art. 19, Rn. 59. Vereinzelt wird angenommen, dass „Rechte“ nur die vorstehenden Grundrechte sind (vgl. z.B. Pestalozza, NVwZ 1999, S. 140 (S. 141 ff.)).

³⁷⁵ BVerfGE 15, 275 (281); 61, 82 (110).

³⁷⁶ BVerfGE 15, 275 (281); 83, 184 (194).

Eine gerichtliche Kontrolle setzt das Offenstehen des Rechtswegs voraus, welcher wiederum den Zugang zu einem staatlichen Gericht, das Verfahren vor dem Gericht sowie eine Entscheidung durch das Gericht umfasst³⁷⁷. Nicht erforderlich ist die Schaffung eines Instanzenzugs, da Art. 19 Abs. 4 GG den Rechtsschutz durch und nicht gegen den Richter garantiert³⁷⁸.

1. Subjektive Rechte und Rechtsschutzmöglichkeiten im Vergaberecht

Den am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen können zur Durchsetzbarkeit subjektiver Rechtspositionen Primär- sowie Sekundärrechtsschutzmöglichkeiten offen stehen. Primärrechtsschutz ist auf die Aufhebung und Beseitigung rechtswidriger staatlicher Akte gerichtet³⁷⁹. Er setzt zwingend die Existenz von und die Durchsetzungsmöglichkeiten für Ansprüche auf eine bestimmte Verhaltensweise des Auftraggebers bei der Vertragsanbahnung und im Vergabeverfahren bis zum Abschluss des Verfahrens voraus. Erreicht ein Auftrag die EG-Schwellenwerte, so steht den betroffenen Bietern nach aktueller Rechtslage ein subjektives Recht und damit ein einklagbarer Anspruch gerichtet auf die Einhaltung von Beschaffungsbestimmungen zu. Unterhalb der Schwellenwerte existiert ein solcher Anspruch aufgrund der Anlehnung an die traditionelle haushaltsrechtliche Vergaberechtslage nicht. Den Bietern können allenfalls Ansprüche auf die Teilnahme an Vergabeverfahren oder auf eine bestimmte Handlung des Auftraggebers in einem Vergabeverfahren zustehen³⁸⁰.

Sekundärrechtsschutz zielt auf Entschädigung oder Ersatz eines durch staatliches Handeln hervorgerufenen Schadens ab³⁸¹. Er umfasst mithin alle rechtlichen Auswirkungen, die sich zugunsten des im Vergabeverfahren falsch behandelten Bieters und zu Lasten des Auftraggebers ergeben oder in Gang gebracht werden können, wenn der Auftraggeber entgegen den Vergabevorschriften gehandelt hat und seine Handlung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen irreversibel ist.

Im Folgenden soll jeweils für die einzelnen Bereiche des Vergaberechts aufgezeigt werden, inwieweit den Bietern vergabespezifische bzw. auf sonstigem Recht beruhende subjektive Rechte zustehen und ob deren Durchsetzbarkeit im Wege des

³⁷⁷ BVerfGE 11, 232 (233); 49, 329 (340).

³⁷⁸ Vgl. z.B. BVerfGE 4, 74 (94 f.); 83, 24 (31).

³⁷⁹ Axer, DVBl. 2001, S. 1322 (1322).

³⁸⁰ Vgl. dazu unten 4. Teil, § 1, D, II.3.a.bb., S. 87 ff.

³⁸¹ Axer, DVBl. 2001, S. 1322 (1322).

Primär- bzw. Sekundärrechtsschutzes bei aktueller Rechtslage umfassend gewährleistet ist.

2. Subjektive Rechte und Rechtsschutzmöglichkeiten im Oberschwellenbereich

a. Subjektive Bieterrechte

Im Oberschwellenbereich wird die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG durch die zentrale Vorschrift des § 97 Abs. 7 GWB ausgelöst, welche den Unternehmen einen Anspruch auf Einhaltung der Verfahrensbestimmungen durch den Auftraggeber gewährt³⁸². Die Eingliederung der Norm in das GWB hatte zum Ziel, „im Einklang mit dem europäischen Recht“ einen Anspruch der Bieter darauf, „dass die ihren Schutz bezweckenden Vergabevorschriften von den Vergabestellen eingehalten werden“³⁸³, zu schaffen. Nicht ausdrücklich geklärt wurde jedoch der Umfang des durch § 97 Abs. 7 GWB gewährten Bieterschutzes, so dass bis heute allgemeine Grundsätze zur Bestimmung der Schutzfunktion einzelner Normen des Vergaberechts zu finden versucht werden. Beispielsweise hat die Bundesregierung im Rahmen ihrer Begründung zum VgRÄG das Vergaberecht in subjektive und objektive Vergaberegeln unterteilt und dabei betont, dass der Rechtsschutz nur solche Vorschriften umfassen soll, die den Schutz potentieller Auftragnehmer bezwecken³⁸⁴. Bloße Ordnungsvorschriften sollten nicht subjektivierbar sein³⁸⁵. In der Literatur wird dagegen teilweise unter Heranziehung der im öffentlichen Recht entwickelten „Schutznormtheorie“ versucht, eine klare Abgrenzung zu erreichen³⁸⁶. Danach begründet eine Norm ein subjektives Recht, wenn sie nicht ausschließlich das Allgemeininteresse schützt, sondern zumindest auch den Interessen eines

³⁸² § 97 GWB

„ (...)“

(7) Die Unternehmen haben Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.“

³⁸³ BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 12.

³⁸⁴ Das Kriterium der Zweckmäßigkeit sollte gem dem Referentenentwurf des VgRÄG vom 20. April 1997 sogar ausdrücklich folgendermaßen in das VgRÄG mitaufgenommen werden: „Die Unternehmen haben Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die ihren Schutz bezweckenden Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.“ (vgl. RefE § 106 Abs. 6 GWB).

³⁸⁵ BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 14. Dieser Ansatz wird teilweise unter Bezugnahme auf Rechtsschutzgesichtspunkte abgelehnt (vgl. z.B. Byok, NJW 1998, S. 2774 (2777)).

³⁸⁶ Vgl. z.B. Boesen, Vergaberecht, § 97, Rn. 190; Stickler, in: Reidt/ Stickler/ Glahs, Vergaberecht, § 97, Rn. 41; Bechtold, GWB, § 97, Rn. 40; dafür: Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 97, Rn. 9.

individualisierbaren Personenkreises zu dienen bestimmt ist³⁸⁷. Erforderlich hierfür ist, dass die konkrete Norm gerade den Schutz Einzelner bezweckt, eine rein faktische Begünstigung soll für die Annahme eines subjektiven Rechtssatzes nicht ausreichen³⁸⁸. Aus europäischer Sicht bleibt zu diesem Problemkreis anzumerken, dass das nationale Vergaberecht aufgrund der in den Art. 10 EG verankerten Verpflichtung zur Gemeinschaftstreue einer richtlinienkonformen Auslegung bedarf³⁸⁹. Zur Überprüfung einer nationalen Norm ist deshalb danach zu fragen, ob sich für die Annahme eines den Bieter schützenden Rechtssatzes Anhaltspunkte aus den Vergaberichtlinien ergeben³⁹⁰. Der EuGH spricht in diesem Zusammenhang nicht von der Schaffung subjektiver Rechte, so wie wir sie aus dem nationalen Recht kennen. Seine Rechtsprechung zielt vielmehr darauf ab, die Bieter vor der Willkür öffentlicher Auftraggeber zu bewahren³⁹¹.

Den unterschiedlichen Ansätzen ist die Annahme eines sehr weiten Schutzzumfangs der nationalen Vergabebestimmungen gemein³⁹². Dies hat dazu geführt, dass bisher ein Großteil der Normen des einfachen materiellen Rechts einschließlich der über die Vergabeverordnung zum Außenrecht gewordenen Verdingungsordnungen von der Rechtsprechung als solche mit bieterschützendem Charakter anerkannt worden sind³⁹³. Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass das Vergaberecht im Bereich der EU-Auftragsschwellenwerte den einzelnen Bietern umfassende subjektive Rechtspositionen einräumt, auf deren Einhaltung ihnen während des gesamten Vergabeverfahrens über § 97 Abs. 7 GWB Ansprüche gewährt werden. Diese Rechtslage erfordert gemäß Art. 19 Abs. 4 GG die Existenz ausreichender Rechtsschutzmöglichkeiten.

b. Rechtsschutzmöglichkeiten

Das GWB hält für die dort geregelten Vergabeverfahren einen auf diese abgestimmten speziellen Rechtsweg bereit, der erstinstanzlich mit dem Verfahren

³⁸⁷ Vgl. z.B. BVerfGE 27, 297 (307); 31, 33 (39 ff.); 31, 364 (369); 46, 214 (220 f.); 51, 193 (212).

³⁸⁸ Sachs, GG, Art. 19, Rn. 128.

³⁸⁹ Boesen, Vergaberecht, § 97, Rn. 191, m.w.N. zur umfangreichen Rechtsprechung des EuGH.

³⁹⁰ Boesen, Vergaberecht, § 97, Rn. 191.

³⁹¹ EuGH, ZIP 1995, S. 1895 (1897), Nr. 19.

³⁹² Vgl. z.B. EuGH, EuZW 1995, S. 635 ff.; Bechtold, GWB, § 97, Rn. 43; Byok, NJW 1998, S. 2774 (2777); Boesen, Vergaberecht, § 97, Rn. 194, 198; Stickler, in: Reidt/ Stickler/ Glaß, Vergaberecht, § 97, Rn. 44; Noch, ZfBR 1997, S. 221 (222). Begründet wird dies u.a. mit dem Gleichbehandlungsgebot und dem Diskriminierungsverbot.

³⁹³ Vgl. die ausführlichen Auflistungen bei Stickler, in: Reidt/ Stickler/ Glaß, Vergaberecht § 97, Rn. 44; Boesen, Vergaberecht, § 97, Rn. 200 ff.

vor den Vergabekammern beginnt, deren Entscheidungen wiederum im Wege des Beschwerdeverfahrens von den Oberlandesgerichten überprüfbar sind. Neben diesem formellen Nachprüfungsverfahren existiert ein vor den Vergabeprüfstellen stattfindendes informelles Verfahren, dem allerdings seit Einführung des VgRÄG nur noch geringe Bedeutung zukommt³⁹⁴. Die Ausschließlichkeit des Rechtswegs ergibt sich gem. § 104 Abs. 2 GWB. Danach können die sich aus § 97 Abs. 7 GWB ergebenden Rechtspositionen sowie sonstige Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, außer vor den Vergabeprüfstellen nur vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht geltend gemacht werden. Etwas anderes gilt für den Sekundärrechtsschutz; die Beurteilung von Schadensersatzklagen übergangener Bieter obliegt den ordentlichen Gerichten, § 124 Abs. 1 GWB.

Da der vorbeschriebene Primärrechtsschutz den Schutz der Bieter vor Vergaberechtsfehlern und insbesondere einer endgültigen Zuschlagserteilung bezweckt, kann er nur während des Vergabeverfahrens stattfinden. Daraus folgt, dass vor Beginn eines konkreten Vergabeverfahrens und nach Beendigung durch die Erteilung des Zuschlags keine Verfahrensfehler durch die an der Ausschreibung beteiligten Unternehmen in der Weise geltend gemacht werden können³⁹⁵, dass sie zur Vermeidung bzw. Aufhebung des Zuschlags führen. Das Verfahren wird nach Erledigung vielmehr gem. § 114 Abs. 2 GWB in ein Feststellungsverfahren umgeleitet³⁹⁶.

aa. Vergabeprüfstellen, § 103 GWB

Die geringere Bedeutung der Vergabeprüfstellen gegenüber ihrer Position während der Geltungsdauer der haushaltsrechtlichen Lösung wird bereits dadurch deutlich, dass der Gesetzgeber die Einrichtung dieser gem. § 103 Abs. 1 GWB Bund und Ländern überlassen hat. Während auf Bundesebene in drei Ministerien

³⁹⁴ Vgl. zu den Rechtsschutzmöglichkeiten im Vergaberecht z.B. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 171 ff., Sturmberg, BauR 1998, S. 1063 ff., Witte, DStR 1998, S. 1684 ff., Gröning, ZIP 1999, S. 52 ff.; Jaeger, NZBau 2001, S. 289 ff.

³⁹⁵ Vgl. BGH, NZBau 2001, S. 151 (152 ff.).

³⁹⁶ Vgl. zu der einzigen Ausnahme Gröning, ZIP 1999, S. 52 (56), die in dem Fall zum Tragen kommt, in dem der Zuschlag entgegen dem in § 115 Abs. 1 GWB festgesetzten Verbot erteilt wird.

Vergabeprüfstellen eingerichtet worden sind³⁹⁷, haben auf Landesebene nur wenige Bundesländer von ihrer Möglichkeit Gebrauch gemacht³⁹⁸. Denn den Vergabeprüfstellen kommt seit ihrer „Entmachtung“ ein lediglich beschränkter Aufgabenbereich zu, der allein die Überprüfung der Einhaltung der von Auftraggebern i.S.d. § 98 Nr. 1 bis 3 GWB anzuwendenden Vergabevorschriften umfasst.

Die Vergabeprüfstellen werden im Gegensatz zu den Vergabekammern gem. § 103 Abs. 2 S. 1 GWB nicht nur auf Antrag, sondern auch von Amts wegen tätig. Ihre Befugnisse erstrecken sich in diesem Rahmen gem. § 103 Abs. 2 S.2 GWB darauf, die das Vergabeverfahren durchführende Stelle zu verpflichten, rechtswidrige Maßnahmen aufzuheben und rechtmäßige Maßnahmen zu treffen sowie diese Stellen und die Unternehmen bei der Anwendung der Vergabevorschriften zu beraten und streitschlichtend tätig zu werden. Nach den Erwägungen des Gesetzgebers soll ihnen dadurch eine „Befriedigungsfunktion“ zukommen, „die dazu beitragen kann, Streit ohne formalisiertes Verfahren und ohne nennenswerte Kostenbelastung beizulegen. Sie tragen so zur Entlastung der formellen Nachprüfungsinstanzen bei“³⁹⁹. Die Verbindlichkeit ihrer Entscheidungen sichert den Vergabeprüfstellen trotz ihrer herabgesetzten Position die nötige Autorität⁴⁰⁰.

Gegen die in der „fakultativen Eingangsinstanz“⁴⁰¹ getroffenen Entscheidungen ist gem. § 103 Abs. 3 S. 1 GWB allein die Anrufung der Vergabekammer zulässig, da der Rechtsschutz auf Einhaltung der Vergabevorschriften soweit wie möglich auf das Verfahren vor der Vergabekammer und dem Beschwerdegericht konzentriert werden soll⁴⁰². Möglich ist damit nur ein Antrag nach § 107 Abs. 1 GWB. Durch § 103 Abs. 3 S.2 GWB wird aber klargestellt, dass eine Prüfung durch die Vergabeprüfstelle nicht grundsätzliche Voraussetzung für die Anrufung der Vergabekammer ist, so dass die

³⁹⁷ Vergabeprüfstellen existieren insoweit beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, beim Bundesministerium für Verkehr-, Bau- und Wohnungswesen sowie beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (Portz, in: Niebuhr/ Kulartz/ Kus/ Portz, Vergaberecht, § 103, Rn. 17).

³⁹⁸ Allein Bremen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein haben diese Dispositionsmöglichkeit genutzt und Vergabeprüfstellen eingerichtet (vgl. Portz, in: Niebuhr/ Kulartz/ Kus/ Portz, Vergaberecht, § 103, Rn. 17; Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 218.).

³⁹⁹ BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 16.

⁴⁰⁰ Bechtold, GWB, § 103, Rn. 4.

⁴⁰¹ Sturmberg, BauR 1998, S. 1063 (1064).

⁴⁰² BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 16.

Einrichtung der Vergabeprüfstellen zumindest für Antragsverfahren überflüssig scheint⁴⁰³.

bb. Das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer,

§§ 102 – 115 GWB

Die aus den Vergabeüberwachungsausschüssen des Haushaltsgrundsätzegesetzes entwickelten Vergabekammern bilden die zentralen Rechtsschutzinstitutionen im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe. Die der Exekutive zuzuordnenden Kollegialorgane⁴⁰⁴ werden vom Bund und den Ländern für die ihnen jeweils zuzurechnenden Aufträge eingerichtet und besitzen gem. § 105 Abs. 1 GWB eine unabhängige und weisungsfreie Entscheidungskompetenz⁴⁰⁵. Das dem verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz ähnliche Verfahren⁴⁰⁶ kann nach § 107 Abs. 1 GWB nur auf Antrag eingeleitet werden. Es bindet nach seiner Eröffnung die Vergabekammern in ihrer Stellung als Behörden an die Dispositionsmaxime⁴⁰⁷ und den Amtsermittlungsgrundsatz⁴⁰⁸. Die Zulässigkeit eines solchen Antragsverfahrens und dessen Durchführung stellen sich im Wesentlichen wie folgt dar:

(1) Antragsbefugnis und Rechtsschutzbedürfnis, § 107 Abs. 2 GWB

Das antragstellende Unternehmen muss gem. § 107 Abs. 2 S. 1 GWB ein Interesse am Auftrag haben und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend machen, um antragsbefugt zu sein. Ersteres beurteilt sich nach objektiven Kriterien⁴⁰⁹ und kann aus Gründen der Verfahrenseffizienz wohl nur hinsichtlich der tatsächlichen und potenziellen

⁴⁰³ Bechtold, GWB, § 103, Rn. 6; vgl. in diesem Zusammenhang auch Sturmberg, BauR 1998, S. 1063 (1065 f.), der für die Fälle, in denen in derselben Vergabesache gleichzeitig die Vergabeprüfstelle von Amts wegen und die Vergabekammer auf Antrag tätig wird, die Frage nach einem möglichen Kompetenzkonflikt aufwirft.

⁴⁰⁴ Bei dem Verfahren vor den Vergabekammern handelt es sich um ein spezielles Verwaltungsverfahren. Das bedeutet, dass das Verwaltungsverfahrensgesetz anwendbar ist, soweit das GWB keine speziellen Regelungen enthält (vgl. Marx, in: Jaestedt/ Kemper/ Marx/ Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, S. 153; VK Bund, WuW 2001, S. 334 (335)).

⁴⁰⁵ Vgl. zur Besetzung der Vergabekammern Marx, in: Jestaedt/ Kemper/ Marx/ Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, S. 150.

⁴⁰⁶ VK Bund, WuW 2001, S. 334 (335).

⁴⁰⁷ Erdl, Der neue Vergaberechtsschutz, Rn. 503.

⁴⁰⁸ Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 219.

⁴⁰⁹ BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 17.

Bieter eines Vergabeverfahrens angenommen werden⁴¹⁰. Zur Geltendmachung der Verletzung in eigenen Rechten reicht es aus, dass die bloße Möglichkeit der Nichtbeachtung von Vergabevorschriften durch das betroffene Unternehmen substantiiert dargelegt wird. Entsprechend der Regelung des § 42 Abs. 2 VwGO ist der Nachweis einer vorhandenen Rechtsverletzung zur Feststellung der Antragsbefugnis nicht notwendig⁴¹¹.

Die für die Zulässigkeit des Antrags notwendige Existenz des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses ergibt sich schließlich aus § 107 Abs. 2 S. 2 GWB, wonach das Unternehmen darzulegen hat, dass ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht⁴¹². Diesem Erfordernis ist bereits durch einen schlüssigen Vortrag des Antragstellers bezüglich des Vergaberechtsverstoßes genüge getan, der die Entstehung eines Schadens als nicht von vorneherein ausgeschlossen erscheinen lässt.

(2) Rügepflicht, § 107 Abs. 3 GWB

Eine für das Antragsverfahren besondere Zulässigkeitsvoraussetzung stellt die materielle Präklusionsvorschrift des § 107 Abs. 3 GWB dar. Nach § 107 Abs. 3 S. 1 GWB ist der Antragsteller verpflichtet, einen bereits im Vergabeverfahren erkannten Verstoß gegen die Vergabevorschriften gegenüber dem Auftraggeber unverzüglich zu rügen. Darüber hinaus ist der Antrag gem. § 107 Abs. 3 S. 2 GWB unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Die auf dem Grundsatz von Treu und Glauben basierende Regelung hat die Vermeidung unnötiger Antragsverfahren vor den Vergabekammern zum Ziel. Ausweislich der Gesetzesmaterialien soll dem Auftraggeber durch die Rüge eines Unternehmers möglichst frühzeitig die Gelegenheit geboten werden, seine Fehler zu korrigieren⁴¹³.

⁴¹⁰ Vgl. den Bericht des BKartA über seine Tätigkeit in den Jahren 1999/2000 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, BT-Drucks. 14/6300, S. 187. Siehe aber auch Erdl, Der neue Vergaberechtsschutz, Rn. 506 ff., die sich für eine weite Auslegung ausspricht.

⁴¹¹ Bechtold, GWB, § 107, Rn. 1.

⁴¹² Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 224.

⁴¹³ BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 18.

(3) Form und Begründung des Antrags, § 108 GWB

Der Antrag ist schriftlich bei der Vergabekammer einzureichen und unverzüglich zu begründen, § 108 Abs. 1 S. 1 GWB. Um eine Beschleunigung des Nachprüfungsverfahrens zu erreichen, schreibt das Gesetz dem Antragsteller hinsichtlich der Begründung einen bestimmten Mindestinhalt vor. Zwingend in den Antrag aufzunehmen sind danach gem. § 108 Abs. 2, 1. HS GWB die Bezeichnung des Antragsgegners, eine Beschreibung der behaupteten Rechtsverletzung mit Sachverhaltsdarstellung und die Bezeichnung der verfügbaren Beweismittel sowie die Darlegung, dass die Rügen gegenüber dem Auftraggeber erfolgt sind. Daneben soll die Begründung nach § 108 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2, 2. HS GWB ein bestimmtes Begehren enthalten und, soweit bekannt, die sonstigen Beteiligten benennen, wobei der Kreis der Beteiligten alle Personen, Stellen und Unternehmen umfasst, auf die sich die behauptete Rechtsverletzung erstreckt und deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden können⁴¹⁴. Weist eine Begründung aufgrund der Nichteinhaltung der gesetzlichen Vorgaben inhaltliche Mängel auf, so führen diese notwendigerweise nur dann zur Unzulässigkeit des Antrags, wenn es sich nicht um die sogenannten „Soll-Bestimmungen“ handelt⁴¹⁵.

(4) Frist

Eine spezielle Frist zur Stellung des Antrags auf Durchführung des Nachprüfungsverfahrens durch die Vergabekammer kennt das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht⁴¹⁶. Ein Interesse an einer möglichst zügigen Antragstellung entsteht für die potentiellen Antragsteller aber dadurch, dass eine Nachprüfung nach wirksamer Erteilung des Zuschlags von vorneherein unzulässig ist, da ein solcher gem. § 114 Abs. 2 S. 1 GWB nicht mehr aufgehoben werden kann⁴¹⁷. Somit muss der Antragsteller spätestens innerhalb der vierzehn Tage zwischen der Bekanntgabe des Auftraggebers bezüglich der geplanten Zuschlagserteilung (§ 13 VgV) und dem Zeitpunkt der tatsächlichen Erteilung des Zuschlags das Nachprüfungsverfahren einleiten, um eine Aussetzung des

⁴¹⁴ Die Beteiligungsvoraussetzung entspricht der im Verwaltungsprozess nach § 65 VwGO und der im kartellrechtlichen Verfahren nach § 54 Abs. 2 GWB (Bechtold, GWB, § 108, Rn. 2).

⁴¹⁵ BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 18.

⁴¹⁶ Vgl. die 2. VK Bund, NZBau 2000, S. 110.

⁴¹⁷ Vgl. BGH, NJW 2001, S. 1492 (1492 ff.).

Vergabeverfahrens zu erreichen⁴¹⁸. Außerdem besteht für jeden Antragsteller die Verpflichtung, die in § 107 Abs. 3 GWB vorgegebenen Rügepflichten bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen einzuhalten.

(5) Gang des Verfahrens und Entscheidung, §§ 110 – 114 GWB

Die Vergabekammer erforscht den Sachverhalt von Amts wegen, § 110 Abs. 1 S. 1 GWB, wobei die Beteiligten im Interesse eines raschen Abschlusses des Verfahrens gem. § 113 Abs. 2 S. 1 GWB an seiner Aufklärung mitzuwirken haben. Nach Prüfung der Akten und Einsicht dieser durch die Beteiligten gem. § 112 Abs. 1 S. 1 GWB kann mit Zustimmung der Beteiligten oder bei Unzulässigkeit oder offensichtlicher Unbegründetheit ohne mündliche Verhandlung nach Lage der Akten entschieden werden, § 112 Abs. 1 S. 3 GWB. Sofern der Antrag sich jedoch als nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet erweist, entscheidet die Vergabekammer auf Grund einer mündlichen Verhandlung, § 112 Abs. 1 S. 1 GWB. Ihr steht gem. § 113 Abs. 1 S. 1 GWB bezüglich der schriftlichen Entscheidung und der dazugehörigen Begründung eine Frist von fünf Wochen ab Eingang des Antrags zu, die bei besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten durch den Vorsitzenden verlängert werden kann. Hält die Vergabekammer die gesetzlich vorgegebene Frist nicht ein, so gilt der Antrag kraft gesetzlicher Fiktion als abgelehnt, § 116 Abs. 2 GWB. Ansonsten wird er im Wege der gem. § 114 Abs. 3 S. 1 GWB als Verwaltungsakt zu qualifizierenden Entscheidung⁴¹⁹ zurückgewiesen oder es wird festgestellt, dass der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist. Zugleich werden die geeigneten Maßnahmen getroffen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern, § 114 Abs. 1 S. 1 GWB. Die Vergabekammer ist bei ihrer Entscheidung gem. § 114 Abs. 1 S. 2 GWB nicht an die Anträge gebunden und kann daher ihrer Entscheidung auch solche Verstöße des Auftraggebers gegen Verfahrensbestimmungen zugrundelegen, die nicht durch den Antragsteller gerügt worden sind⁴²⁰.

⁴¹⁸ § 13 VgV enthält eine Informationspflicht des Auftraggebers, in deren Rahmen er die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll und über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots informieren muss. Er hat diese Information spätestens 14 Kalendertage vor dem Vertragsschluss abzugeben.

⁴¹⁹ Die rechtliche Einordnung der Entscheidung als Verwaltungsakt hat zur Folge, dass nach Maßgabe der Verwaltungsvollstreckungsgesetze eine zwangsweise Durchsetzung ermöglicht wird.

⁴²⁰ Vgl. BayObLG, ZfBR 2001, S. 118.

Auch im Fall der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens durch Erteilung des Zuschlags, durch Aufhebung bzw. Einstellung des Vergabeverfahrens oder durch Erledigung in sonstiger Weise bedarf es bei Vorliegen eines entsprechenden Antrags einer Entscheidung durch die Vergabekammer. Diese beinhaltet dann - entsprechend der Regelung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO – gem. § 114 Abs. 2 S. 2 GWB eine Feststellung darüber, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat.

(6) Aufschiebende Wirkung des Nachprüfungsantrags,

§ 115 Abs. 1 GWB

Durch die Zustellung des Antrags an den Auftraggeber wird der Suspensiveffekt ausgelöst. Gem. § 115 Abs. 1 GWB darf der Auftraggeber von diesem Zeitpunkt an vor einer Entscheidung der Vergabekammer und dem Ablauf der Beschwerdefrist den Zuschlag nicht erteilen. Auf diese Weise soll es ihm unmöglich gemacht werden, „nach Einleitung der Nachprüfung durch schnelle Erteilung des Zuschlags vollendete Tatsachen zu schaffen“⁴²¹. Ein dennoch erteilter Zuschlag ist unwirksam; der auf diesen folgende zivilrechtliche Vertrag verstößt nach herrschender Ansicht gegen ein gesetzliches Verbot und ist mithin gem. § 134 BGB nichtig⁴²².

(7) Die Voraberteilung des Zuschlags, § 115 Abs. 2 S. 1 GWB

Die Regelung des § 115 Abs. 2 S. 1 GWB gewährt dem Auftraggeber zur Sicherstellung des Beschleunigungsgrundsatzes die Möglichkeit, durch Antragstellung bei der Vergabekammer eine ausnahmsweise Gestattung der Zuschlagserteilung schon vor der Hauptsacheentscheidung zu erreichen. Das erfordert materiell, dass unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen und dem Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Dafür muss im Einzelfall das Interesse am Abschluss des Vertrags so stark sein, dass nicht bis zur endgültigen Entscheidung durch die Vergabekammer gewartet werden kann⁴²³. Gestattet die Vergabekammer nach der vorgenommenen Interessenabwägung die Aufhebung des Zuschlagsverbots, so kann der Auftraggeber den Zuschlag nach

⁴²¹ BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 19 f.

⁴²² BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 20; a.A.: Vill, BauR 1999, S. 971 ff.

⁴²³ BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 20.

Ablauf von zwei Wochen erteilen. Diese Frist soll dem Bieter die Möglichkeit geben, die stattgebende Entscheidung der Vergabekammer vor dem Beschwerdegericht anzufechten und so das Zuschlagsverbot wieder aufleben zu lassen, § 115 Abs. 2 S. 2 GWB. Die Voraussetzungen für das Beschwerdeverfahren ergeben sich gem. § 115 Abs. 2 S. 4 GWB aus § 121 Abs. 2 S. 1 und 2 GWB⁴²⁴.

cc. Rechtsschutz vor dem Oberlandesgericht, §§ 116 – 124 GWB

Angelehnt an das in den §§ 63 – 76 GWB geregelte kartellrechtliche Verfahren bilden die Oberlandesgerichte die zweite Instanz für den vergaberechtlichen Rechtsschutz. Die Beschränkung auf nur eine gerichtliche Instanz im Rechtsschutzverfahren wurde unter Bezugnahme auf den Beschleunigungsgrundsatz dadurch gerechtfertigt, dass es ausreiche, wenn die Vergabekammern als „gerichtsähnliche Instanz“ vorgeschaltet werden, damit unerträgliche Verzögerungen im Vergabeverfahren vermieden werden können⁴²⁵. Die Zuständigkeit der Oberlandesgerichte ergab sich zum einen aus der Parallele zum Kartellrecht und zum anderen daraus, dass das Vergaberecht überwiegend dem Zivilrecht zugeordnet wird⁴²⁶.

§ 116 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 3 S. 1 GWB stellt eine Sonderzuweisung i.S.d. § 40 Abs. 1 VwGO dar⁴²⁷, womit der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten versperrt ist, obwohl die Entscheidungen der Vergabekammern gem. § 114 Abs. 3 S. 1 GWB durch Verwaltungsakte ergehen.

(1) Das Verfahren der sofortigen Beschwerde, §§ 116 ff. GWB

Gegen die Entscheidungen der Vergabekammer ist gem. § 116 Abs. 1 S. 1 GWB die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist ebenfalls statthaft, wenn die Vergabekammer über einen Nachprüfungsantrag innerhalb der in § 113 Abs. 1 GWB vorgegebenen Frist nicht entschieden hat, so dass der Antrag kraft gesetzlicher Fiktion als abgelehnt gilt, § 116 Abs. 2 GWB. Beschwerdebefugt sind nach § 116 Abs. 1 S. 2 GWB alle am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten, d.h. neben Antragsteller

⁴²⁴ Gestattet die Vergabekammer den Zuschlag nicht, so kann auch der Antragsteller das zuständige Beschwerdegericht anrufen, um eine Gestattung des sofortigen Zuschlags zu beantragen, § 115 Abs. 2 S. 3 GWB.

⁴²⁵ BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 20.

⁴²⁶ Bechtold, GWB, § 116, Rn. 1.; vgl. zur zivilrechtlichen Zuordnung des Vergaberechts den 1. Teil, § 1, S. 3 ff.

⁴²⁷ Dreher, NVwZ 1997, S. 343 (347).

und Auftraggeber gem. § 109, S. 1 GWB auch solche Unternehmen, deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden und die deswegen von der Vergabekammer beigeladen worden sind. Formell beschwert ist derjenige, dessen Sachanträgen bzw. bisherigen Vorträgen durch die Vergabekammer nicht voll entsprochen worden ist; einer materiellen Beschwerde bedarf es nach herrschender Ansicht aufgrund des Wortlauts des § 116 Abs. 1 GWB nicht⁴²⁸. Die sofortige Beschwerde ist binnen einer ab Zustellung der Entscheidung beginnenden Notfrist von zwei Wochen schriftlich einzulegen und zugleich zu begründen, § 117 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GWB. Im Rahmen der Begründung muss gem. § 117 Abs. 2 S. 2 GWB angegeben werden, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten bzw. eine abweichende Entscheidung beantragt wird und welche Tatsachen und Beweismittel für die Beschwerde herangezogen werden. Ausschließlich örtlich und sachlich zuständig ist schließlich gem. § 113 Abs. 3 GWB das für den Sitz der Vergabekammer zuständige Oberlandesgericht⁴²⁹.

(2) Suspensiveffekt, § 118 GWB

Zur Vermeidung der zwischenzeitlichen Schaffung vollendeter Tatsachen entfaltet die sofortige Beschwerde gem. § 118 Abs. 1 S. 1 GWB aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer⁴³⁰. Diese entfällt jedoch bereits zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist automatisch wieder, § 118 Abs. 1 S. 2 GWB, so dass der Vergabestelle mithin die Möglichkeit eröffnet wird, den Zuschlag trotz Anhängigkeit des Nachprüfungsverfahrens zu erteilen. Nach § 118 Abs. 1 S. 3 GWB kann der Suspensiveffekt aber auf Antrag des Beschwerdeführers durch das Beschwerdegericht bis zur Entscheidung über die Beschwerde wiederhergestellt werden, wenn die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt hat. Hierzu fordert das Gesetz in § 118 Abs. 2 S. 1 und 2 GWB die Berücksichtigung der Erfolgsaussichten der Beschwerde durch das Gericht sowie eine Abwägung der widerstreitenden Interessen.

⁴²⁸ Vgl. z.B. Stockmann, in: Immenga/ Mestmäcker, GWB, § 116, Rn. 12; Gröning, ZIP 1999, S. 181 (181); a.A.: Boesen, Vergaberecht, § 116, Rn. 25.

⁴²⁹ Vgl. ausführlich zur Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde Ertl, Der neue Vergaberechtsschutz, Rn. 611 ff.

⁴³⁰ BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 21.

(3) Vorabentscheidung über den Zuschlag, §§ 121 f. GWB

Ebenso wie nach § 115 Abs. 2 S. 1 GWB bietet sich für den Auftraggeber gem. § 121 Abs. 1 GWB im Rahmen eines laufenden Beschwerdeverfahrens die Chance, durch Antragstellung beim Oberlandesgericht eine Gestattung zur Voraberteilung des Zuschlags zu erhalten. Hierbei kann die Erteilung der Gestattung auf zweierlei Wegen erfolgen: Zum einen kann dem Antrag des Auftraggebers unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde stattgegeben werden (S. 1). Zum anderen wird – entsprechend der Regelung des § 115 Abs. 2 S. 1 GWB – dem Oberlandesgericht die Möglichkeit gewährt, das Zuschlagsverbot nach einer umfassenden Interessenabwägung zwischen den möglicherweise geschädigten Interessen und denen der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens aufzuheben (S. 2).

Der Gesetzgeber hat ausdrücklich klargestellt, dass es sich bei dem vorliegenden Verfahren um ein mit dem einstweiligen Rechtsschutz im Zivilprozess- und Verwaltungsprozessrecht vergleichbares Verfahren handeln soll⁴³¹. Da durch eine Vorabentscheidung über den Zuschlag aber unabänderliche Fakten geschaffen werden, unterliegt die Interessenabwägung aufgrund ihrer enormen Bedeutung wohl strengeren Maßstäben, als diejenige in sonstigen einstweiligen Rechtsschutzverfahren, welche eine Entscheidung in der Hauptsache gerade nicht vorwegnehmen⁴³². Als Folge der starken Bindungswirkung der Entscheidung erscheint es außerdem konsequent, dass nach § 122 GWB das Vergabeverfahren zehn Tage nach Zustellung der Entscheidung als beendet gilt, wenn der Auftraggeber im Falle seines Unterliegens mit seinem Antrag auf die Vorabentscheidung nicht die Maßnahmen zur Herstellung der Rechtmäßigkeit ergreift, die sich aus der Entscheidung ergeben. Gleichzeitig wird dem Auftraggeber das Fortführen des Vergabeverfahrens untersagt⁴³³.

⁴³¹ Eine Vergleichbarkeit soll vor allem im Hinblick auf die einstweilige Verfügung (§ 940 ZPO), die einstweilige Anordnung (§ 123 VwGO), das Verfahren über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage (§ 80 Abs. 5 VwGO), aber auch auf das im Umwandlungsgesetz verankerten Eilverfahren (§ 16 Abs. 3 UmwG) vorliegen (BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 21).

⁴³² Vgl. ausführlich zur Abwägung z.B. Hunger, in: Niebuhr/ Kulartz/ Kus/ Portz, Vergaberecht, § 121, Rn. 3 ff.

⁴³³ Der Auftraggeber wird es sich wohl im Einzelfall gut überlegen, ob er den Antrag auf die Voraberteilung des Zuschlags erst in zweiter Instanz vor dem Oberlandesgericht stellt oder bereits gem. § 115 Abs. 2 S. 1 GWB im Rahmen des Verfahrens vor der Vergabekammer und sich dann bei einer ablehnenden Entscheidung der Vergabekammer an das Beschwerdegericht wendet. Denn im letzteren Fall gilt die für den Auftraggeber harte Wirkung des § 122 GWB nicht, da § 115 Abs. 2 S. 4 GWB lediglich auf § 121 Abs. 2 S. 1 und 2 GWB verweist.

Der Antrag ist nach § 121 Abs. 2 S. 1 GWB schriftlich zu stellen und gleichzeitig zu begründen, wobei das Gesetz auch hier bezüglich des Inhalts der Begründung bestimmte Mindestanforderungen vorschreibt (S. 2). Die hinter dem vorliegenden „Eilverfahren“ stehende Notwendigkeit liegt darin, unerträgliche Verzögerungen im gerichtlichen Rechtsschutz zu vermeiden⁴³⁴, so dass eine Entscheidung über die vorzeitige Zuschlagserteilung gem. § 121 Abs. 3 S. 1 GWB grundsätzlich unverzüglich, längstens innerhalb von fünf Wochen nach Eingang des Antrags zu treffen und zu begründen ist. Ein Rechtsmittel ist gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts nicht zulässig, § 121 Abs. 4 GWB.

(4) Die Beschwerdeentscheidung, § 123 GWB

Das zuständige Oberlandesgericht entscheidet über das laufende Vergabeverfahren in der Hauptsache grundsätzlich nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung, §§ 120 Abs. 2, 71 Abs. 1 S. 1 GWB. Die Entscheidung über die sofortige Beschwerde ergeht durch Beschluss, gegen den kein Rechtsmittel mehr eingelegt werden kann. Als die das Nachprüfungsverfahren abschließende Entscheidung erstarkt sie mit ihrem Erlass in Rechtskraft⁴³⁵.

Ist die Beschwerde in der Hauptsache erfolgreich, so hebt das Beschwerdegericht die Entscheidung der Vergabekammer auf und entscheidet in der Sache selbst oder spricht die Verpflichtung der Vergabekammer aus, unter Berücksichtigung seiner Rechtsauffassung über die Sache neu zu entscheiden, § 123, S. 1 und 2 GWB. Das Gesetz enthält keine Vorgaben darüber, wann eine eigene Entscheidung und wann eine Zurückweisung an die Vergabekammer stattfinden soll, so dass den Oberlandesgerichten an dieser Stelle ein Ermessensspielraum zusteht⁴³⁶. Gem. § 123, S. 3 GWB kann darüber hinaus auf Antrag festgestellt werden, ob das Unternehmen, das die Nachprüfung beantragt hat, durch den Auftraggeber in seinen Rechten verletzt ist, was aufgrund der in § 124 Abs. 1 GWB festgelegten Bindungswirkung der Entscheidung von erheblicher Bedeutung sein kann. Ist der Zuschlag bereits erteilt, kann allerdings nur noch festgestellt werden, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat, §§ 123, S. 4, 114 Abs. 2 GWB.

⁴³⁴ BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 21 f.

⁴³⁵ Sura, in: Langen/ Bunte, Kartellrecht, § 123, Rn. 1.

⁴³⁶ Dieser wird v.a. unter entsprechender Heranziehung der §§ 538 ff. ZPO i.V.m. § 113 Abs. 3, Abs. 5 VwGO begründet (vgl. z.B. Hunger, in: Niebuhr/ Kulartz/ Kus/ Portz, Vergaberecht, § 123, Rn. 2).

In dem nicht ausdrücklich gesetzlich geregelten Fall der Unzulässigkeit oder Unbegründetheit der sofortigen Beschwerde wird diese durch das Gericht zurückgewiesen. Dadurch endet das Nachprüfungsverfahren mit der Rechtsfolge, dass ein eventuell bestehendes Zuschlagsverbot entfällt.

dd. Sekundärrechtsschutz der Bieter

Sekundäransprüche der Bieter können sich im Rahmen europaweiter Ausschreibungsverfahren aus den Sonderregelungen der §§ 125, 126 GWB ergeben. So gewährt § 125 Abs. 1 GWB einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Antragsteller bzw. den Beschwerdeführer, wenn sich der Antrag nach § 107 GWB oder die sofortige Beschwerde nach § 116 GWB als von Anfang an ungerechtfertigt erweisen und dem Antragsgegner oder den Beteiligten durch den Missbrauch des Antrags- oder Beschwerderechts ein Schaden entstanden ist. Hiernach kann ein Bieter nur in dem Fall anspruchsberechtigt sein, in dem der Auftraggeber missbräuchlich die sofortige Beschwerde gegen die im Nachprüfungsverfahren für den Bieter positiv ergangene Entscheidung eingelegt hat⁴³⁷. Darüber hinaus besteht aber für die beteiligten Unternehmen, die eine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätten, nach § 126, S. 1 GWB die Möglichkeit, Ersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme am Vergabeverfahren zu verlangen, wenn der Auftraggeber gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift verstoßen hat. Während der erstgenannte Anspruch allen am Vergabeverfahren Beteiligten zusteht, bezweckt § 126, S. 1 GWB speziell den Schutz der Bieter, so dass sich allein diese auf ihn berufen können.

Die vergabespezifischen Sekundäransprüche bilden keine abschließenden Regelungen. Weiterreichende Schadensersatzansprüche der Bieter bleiben gem. § 126, S. 2 GWB unberührt. In Rechtsprechung und Literatur sind als sonstige Schadensersatzansprüche insbesondere solche aus dem Institut der culpa in contrahendo⁴³⁸, aus § 20 Abs. 1 i.V.m. § 33 GWB wegen Verstoßes gegen das

⁴³⁷ Der Anspruch aus § 125 Abs. 1 GWB steht den jeweiligen Gegnern sowie den sonstigen Beteiligten am Nachprüfungs- bzw. Beschwerdeverfahren zu, d.h. neben dem Bieter kann er auch vom Auftraggeber und den sonstigen Beteiligten geltend gemacht werden (Boesen, Vergaberecht, § 125, Rn. 17).

⁴³⁸ Vgl. z.B. BGH, NJW 1999, S. 3640 ff.; BGH, NJW 1998, S. 3636 ff.; BGH, ZVgR 1997, S. 301; BGH, NJW 1993, S. 520 ff.

kartellrechtliche Behinderungs- und Diskriminierungsverbot⁴³⁹, aus § 1 UWG⁴⁴⁰, aus § 823 Abs. 1 BGB im Hinblick auf das Schutzgut des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs⁴⁴¹, sowie aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. mit den Vergabevorschriften⁴⁴² anerkannt worden⁴⁴³. Sämtliche dieser Ansprüche sind gem. § 13 GVG vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen.

ee. Exkurs: Europarechtliche Rechtsbehelfe

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass den Bietern im Fall eines fehlerhaft durchgeführten Vergabeverfahrens auch europarechtliche Rechtsbehelfe zustehen können. Gem. Art. 211 EG ist es Aufgabe der Kommission, das ordnungsgemäße Funktionieren und die Entwicklung des Gemeinsamen Markts zu gewährleisten. Sie trifft die Verpflichtung, bei Verletzungen des Gemeinschaftsrechts durch einen Mitgliedstaat gegen diesen einzuschreiten.

Besondere, auf das Vergabeverfahren abgestimmte Rechtsbehelfe ergeben sich aus den Rechtsmittelrichtlinien. Art. 3 der Rechtsmittelrichtlinie und Art. 8 der Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie begründen ein Recht der Kommission, im Fall eines offensichtlichen Gemeinschaftsrechtsverstoßes durch einen Mitgliedstaat vor Abschluss des Vertrags im Wege des sogenannten Beanstandungs- bzw. Hinweisverfahrens⁴⁴⁴ von diesem die Beseitigung des Verstoßes zu verlangen. Trägt der betroffene Mitgliedstaat der Beschwerde der Kommission keine Rechnung, so kann er von der Kommission im Wege eines Vertragsverletzungsverfahrens gem. Art. 226 EG vor dem EuGH verklagt werden. Weiterhin kann – auch nach Vertragsschluss – nach den Art. 9 – 11 der Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie ein Schlichtungsverfahren angestrebt werden. Dieses steht jedem zu, der ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder der meint, dass ihm im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Der Antrag auf Schlichtung ist bei der Kommission bzw. bei dazu speziell bezeichneten

⁴³⁹ Vgl. z.B. OLG Frankfurt, BauR 1990, S. 91.

⁴⁴⁰ Vgl. z.B. LG Hamburg, WRP 1999, S. 441.

⁴⁴¹ Vgl. z.B. Schnorbus, BauR 1999, S. 77 (82).

⁴⁴² Vgl. z.B. OLG Düsseldorf, BauR 1999, S. 241 (246). Es ist bis heute umstritten, ob einzelne Vorschriften des Vergaberechts i.V.m. § 97 Abs. 7 GWB Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 GWB darstellen (Marx, in: Jestaedt/ Kemper/ Marx/ Pries, Das Recht der Auftragsvergabe, S. 157; Dreher, ZIP 1995, S. 1869 (1874); Köhler/ Steindorff, NJW 1995, S. 1705 (1707)).

⁴⁴³ Ausführlich zu den im Einzelnen anerkannten Sekundäransprüchen: Boesen, Vergaberecht, § 126, Rn. 33 ff.; Niebuhr, in: Niebuhr/ Kulartz/ Kus/ Portz, Vergaberecht, § 126, Rn. 28 ff.; Glaß, in: Reidt/ Stickler/ Glaß, Vergaberecht, § 126, Rn. 28 ff.

⁴⁴⁴ Schumacher, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, S. 28.

Behörden einzureichen. Ein von der Kommission bestimmter Schlichter hat sich sodann unter Einhaltung des Gemeinschaftsrechts zu bemühen, so rasch wie möglich eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen.

Daneben stehen den Bietern die allgemeinen Rechtsbehelfe der Beschwerde an die Kommission als Vorstufe zu einem Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH i.S.d. Art. 226 EG und die Beihilfebeschwerde nach Art. 20 Abs. 2 der Verfahrensverordnung Nr. 659/1999⁴⁴⁵ zur Verfügung⁴⁴⁶. Um die Erteilung des Zuschlags und damit vollendete Maßnahmen zu verhindern, besteht schließlich gem. Art. 243 f. EG die Möglichkeit des Erlasses einer Einstweiligen Anordnung durch den EuGH.

c. Bezugnahme auf Art. 19 Abs. 4 GG

Es bleibt nunmehr zu prüfen, ob das für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte geltende Rechtsschutzsystem gegen die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG verstößt.

aa. Vergabekammern als Kontrollinstanzen der Exekutive

Zunächst erscheint es problematisch, dass die Vergabekammern als primäre Kontrollinstanzen keine staatliche Gerichtsbarkeit i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG darstellen. Denn die Garantie eines effektiven Rechtsschutzes erfordert eine Überprüfung durch solche staatlichen Gerichte, die den Anforderungen der Art. 92 und 97 GG genügen⁴⁴⁷. Diese Kriterien erfüllen die Vergabekammern nicht, bei ihnen handelt es sich vielmehr um Überwachungsorgane, die auf der Verwaltungsebene tätig sind⁴⁴⁸. Das formalisierte Rechtsschutzverfahren vor den Vergabekammern ist ein Verwaltungsverfahren i.S.d. § 9 VwVfG, welches durch den Erlass eines Verwaltungsakts abgeschlossen wird, § 114 Abs. 3 S. 1 GWB. Allerdings ist es – angelehnt an das verwaltungsgerichtliche Vorverfahren nach den §§ 68 ff. VwGO – einem gerichtlichen Rechtsschutzverfahren vorgeschaltet, indem die getroffenen Entscheidungen auf zweiter Instanz durch die jeweils zuständigen

⁴⁴⁵ Verordnung des Rats vom 22.3.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 des EG-Vertrags (Abl. EG Nr. L 83 v. 27.3.1999, S. 1).

⁴⁴⁶ Vgl. ausführlich zu dieser Thematik Antweiler, VergR 2002, S. 109 ff.

⁴⁴⁷ BVerfGE 4, 74 (94 f.); 11, 232 (233).

⁴⁴⁸ BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 16 f.

Oberlandesgerichte überprüfbar sind, § 116 Abs. 1 und 3 GWB⁴⁴⁹. Mit solcher zweistufiger Ausgestaltung des Rechtsschutzverfahrens wird den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprochen, da diese gerade keinen Instanzenzug voraussetzen⁴⁵⁰. Es ist mithin unerheblich, dass das Verfahren vor den Oberlandesgerichten, welche die Voraussetzungen der Art. 92 und 97 GG erfüllen, erst auf der zweiten Stufe stattfindet. Die Vorschaltung der Vergabekammern als gerichtsähnliche Instanzen führt damit zu keinem Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG⁴⁵¹.

bb. Vorabentscheidung über den Zuschlag

Äußerst fragwürdig im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der Rechtsschutzgarantie erscheint die Regelung des § 121 GWB⁴⁵², da sowohl eine positive als auch eine negative Vorabentscheidung über die Erteilung des Zuschlags regelmäßig zur endgültigen Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache führt bzw. führen kann: Wird dem Antrag des Auftraggebers stattgegeben, so endet das Vergabeverfahren mit Zuschlagserteilung. Wegen der Endgültigkeit des Zuschlags erledigt sich dann auch der Rechtsstreit in der Hauptsache. Lehnt das Gericht den Antrag hingegen ab, so ist gem. § 122 GWB die Rechtmäßigkeit des Verfahrens wiederherzustellen, andernfalls gilt das Vergabeverfahren nach Ablauf von zehn Tagen als beendet. Darüber hinaus ist nach § 121 Abs. 4 GWB kein Rechtsmittel mehr zulässig, was die für die deutsche Rechtsordnung ungewöhnliche Situation zur Folge hat, dass eine im Rahmen eines beschleunigten Verfahrens getroffene Entscheidung endgültige Wirkung entfaltet. Eine solches Verfahren steht mit dem verfassungsrechtlichen Verständnis von der vorläufigen Rechtsschutzgewährung nicht im Einklang. Denn diese soll gerade nicht zu einer Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung führen,

⁴⁴⁹ Siehe dazu oben 4. Teil, § 1, D.II.2.b.cc., S. 77 ff.

⁴⁵⁰ Vgl. oben 4. Teil, § 1, D.II, S. 66.

⁴⁵¹ Im Gegensatz zur haushaltsrechtlichen Lösung, die auf zweiter Stufe keine gerichtliche Kontrollinstanz mehr vorgesehen hat, erübrigt sich eine Diskussion darüber, ob den Vergabekammern nicht doch Gerichtsqualität zukommen soll. Die Vergabeüberwachungsausschüsse nach § 57 c HGrG sind zwar durch den EuGH als Gerichte i.S.d. Art. 177 EG qualifiziert worden (EuGH, Rs. C-54/96 (Dorsch Consult/ Bundesbaugesellschaft Berlin), Slg. 1997, I-4961), sie erfüllten jedoch nicht die Kriterien der Art. 92 ff. GG. Dem entsprechend herrschten heftige Diskussionen über ihre Gerichtsqualität (vgl. dazu z.B. die Begründung des Entwurfs eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes, BT-Drucks. 12/4636 v. 25.3.1993, S. 12; a.A.: Dreher, EuZW 1995, S. 637; Prieß, EuZW 1995, S. 793; Boesen, EuZW 1996, S. 583; Brenner, EuR 1996, Beiheft 1, S. 23 (39)).

⁴⁵² Siehe dazu oben 4. Teil, § 1, D.II.2.b.cc.(3), S. 79 ff.

sondern nur vorläufige Regelungen treffen⁴⁵³. Eine Ausnahme von einem solchen Verbot kann grundsätzlich nur dann zugelassen werden, wenn dem Antragsteller nach eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache bei Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare Nachteile oder irreparable Schäden drohen würden⁴⁵⁴. In seiner Rechtsprechung zur Anordnung des Sofortvollzugs stellt das Bundesverfassungsgericht darauf ab, dass diese Fallgestaltung eine Ausnahme bleiben müsse und das Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses erfordere⁴⁵⁵. Außerdem sei sie nur mit der Verfassung in Einklang zu bringen, solange die Möglichkeit bestehe, den Suspensiveffekt wiederherstellen zu lassen⁴⁵⁶.

Die von der Rechtsprechung aufgeführten Rechtfertigungsargumente hat der Gesetzgeber in die Regelung des § 121 Abs. 1 GWB mit aufgenommen, indem die vorzeitige Erteilung des Zuschlags gem. Satz 1 nach Prüfung der Hauptsache und gem. Satz 2 nach einer umfassenden Abwägung zwischen den Individualinteressen und dem Interesse der Allgemeinheit gestattet werden kann. Anders als im Rahmen des § 115 Abs. 2 GWB hat der Auftraggeber im Fall einer für ihn positiven Entscheidung jedoch bei der endgültigen Erteilung des Zuschlags keine Frist einzuhalten, innerhalb der ein Vorgehen gegen die Gerichtsentscheidung durch den Antragsteller möglich wäre. Es bietet sich somit keine Gelegenheit zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands, was wohl schwerlich mit den Vorgaben der Judikative vereinbar ist. Natürlich ist der hinter der Regelung des § 121 GWB stehende Zweck nachvollziehbar, Investitionsblockaden zu verhindern und ein möglichst zügiges Vergabeverfahren zu gewährleisten, welches aufgrund der durchschnittlich neun Monate dauernden Nachprüfungsverfahren vor den Oberlandesgerichten unangemessen aufgehalten würde⁴⁵⁷. Einzusehen ist außerdem, dass zur Vermeidung von Verzögerungen die Schaffung einer weiteren Kontrollinstanz gerade vermieden werden sollte. Das beschriebene Ziel ließe sich aber beispielsweise auch durch eine Beschleunigung des Beschwerdeverfahrens erreichen, indem dem Beschwerdegericht – wie es bei der Vergabekammer gem. § 113 Abs. 1 GWB der Fall ist – eine Entscheidungsfrist auferlegt wird. Wenn es den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte möglich ist, Eilverfahren nach Prüfung der

⁴⁵³ Vgl. z.B. Kopp/ Schenke, VwGO, § 123, Rn. 13.

⁴⁵⁴ BVerfG, NJW 1989, S. 827 (827); BVerfG, NJW 2000, S. 160 (160).

⁴⁵⁵ BVerfGE 35, 382 (402); 38, 52 (58); 51, 268 (284); 69, 220 (228).

⁴⁵⁶ Huber, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 487.

⁴⁵⁷ BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 21 f.

Erfolgsaussichten in der Hauptsache zügig zu entscheiden, dann muss ebenfalls eine schnelle Hauptsacheentscheidung getroffen werden können⁴⁵⁸. Gelänge eine solche Beschleunigung, könnten im Einklang mit der Verfassung unabänderliche Tatsachen geschaffen werden, da es sich um ein Hauptsacheverfahren handelt und ein Instanzenzug gerade nicht gefordert wird. Eines gesonderten einstweiligen Rechtsschutzverfahrens bedürfte es dann nicht mehr. Es kann nicht sein, dass die zu lange Dauer des Hauptsacheverfahrens kritiklos hingenommen und stattdessen ein über die Verfassungsgrenzen hinausgehendes Verfahren geschaffen worden ist. In jedem Fall ist ein Verstoß des § 121 GWB gegen Art. 19 Abs. 4 GG unausweichlich anzunehmen, auch wenn an das Verfahren der Vorabgestattung des Zuschlags hohe Anforderungen gestellt werden sollen⁴⁵⁹.

Konsequenterweise geht mit dem ermittelten Ergebnis auch ein Verstoß des § 122 GWB gegen die Rechtsschutzgarantie einher, da durch diese Norm die endgültige Wirkung im Falle einer für den Auftraggeber negativen Entscheidung hergestellt wird.

cc. Fazit

Abgesehen von den äußerst kritikwürdigen Regelungen der §§ 121, 122 GWB existiert im Bereich oberhalb der Schwellenwerte ein für den Bieter umfassendes Rechtsschutzsystem, das im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet. Die Verabschiedung des VgRÄG führte zu einer ausreichenden Gewährleistung sowohl von Primär-, als auch von Sekundärrechtsschutzmöglichkeiten. Hierfür wurde sogar der verfassungsrechtlich geforderte Mindeststandard überschritten, indem das Überprüfungsverfahren durch die Vergabekammern dem gerichtlichen Rechtsschutz vorgeschaltet worden ist. Ebenfalls bergen der Zugang zu den Oberlandesgerichten sowie das Verfahren vor diesen keine verfassungsrechtlichen Probleme in sich. Das Verfahren orientiert sich an zivilprozessualen Normen, da über § 120 Abs. 2 GWB die Regelung des § 73 GWB gilt, der wiederum die Normen der ZPO für entsprechend anwendbar erklärt.

⁴⁵⁸ Dies entspricht dem Willen des Gesetzgebers. In der Begründung zum Vergaberechtsänderungsgesetz geht er im Hinblick auf den Beschleunigungsgrundsatz davon aus, dass beide Instanzen innerhalb bestimmter zeitlicher Vorgaben entscheiden sollen (jeweils maximal innerhalb von 5 Wochen) (vgl. BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 13).

⁴⁵⁹ Boesen, Vergaberecht, § 121, Rn. 9.

Damit ist dem Gesetzgeber im Wesentlichen die Schaffung eines mit Art. 19 Abs. 4 GG zu vereinbarenden lückenlosen Individualrechtsschutzes gelungen, durch den ein sinnvoller Ausgleich aller beeinträchtigten Interessen erreicht werden kann.

3. Subjektive Rechte und Rechtsschutzmöglichkeiten im Unterschwellenbereich

Eine die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG offensichtlich auslösende Vorschrift besteht im Regelungsbereich der öffentlichen Auftragsvergabe unterhalb der Schwellenwerte nicht. Den Auftraggebern wird allenfalls über das Haushaltsrecht und die dazu erlassenen Verdingungsordnungen vorgeschrieben, die für die jeweiligen Aufträge geltenden Bestimmungen einzuhalten. Da es sich hierbei jedoch um reines Innenrecht handelt, bilden sie unmittelbar keine gesetzlichen Ansprüche der Bieter auf ihre Einhaltung.

a. Subjektive Bieterrechte

Subjektive Rechtspositionen könnten sich für die Bieter aber außerhalb der explizit für das Vergabewesen erlassenen Rechtsnormen ergeben. Zu diesem Zweck kommen gemeinschaftsrechtliche Vorschriften, Grundrechte, Normen aus dem bürgerlichen Recht sowie solche aus dem Wettbewerbs- und Kartellrecht in Betracht.

aa. Gemeinschaftsrecht

Das auf den Unterschwellenbereich anwendbare primäre Gemeinschaftsrecht hält für die übergangenen Bieter subjektive Rechtspositionen bereit, die sich aus dem in Art. 12 EG verankerten allgemeinen Diskriminierungsverbot, den Grundfreiheiten (Art. 28 ff. EG), den Wettbewerbsregeln (Art. 81 f. EG) und dem Beihilfenverbot (Art. 87 ff. EG) ergeben können⁴⁶⁰. Um diese zu gewährleisten, hat die Europäische Kommission in ihrem geänderten Richtlinienentwurf über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge⁴⁶¹ ausdrücklich die Einführung einer Norm vorgesehen, die „daran erinnert, dass die Grundsätze des EG-Vertrags für alle öffentlichen Aufträge gelten, auch für solche, deren Auftragswert unterhalb der Schwellenwerte der Richtlinie

⁴⁶⁰ Vgl. 1. Teil, § 2, A.I.1, S. 6 ff.

⁴⁶¹ KOM 2002, 236 endgültig v. 6.5.2002, vgl. dazu oben 1. Teil, § 2, A.I.2.a, S. 13 ff.

bleiben“⁴⁶². Als unabhängig vom jeweiligen Auftragswert bieterschützend führt sie in der Abänderung des Erwägungsgrundes 2 ihres Vorschlags die „Grundsätze des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs und die sich daraus ableitenden Grundsätze, beispielsweise de(n) Grundsatz der Gleichbehandlung, aus dem als besondere Ausprägung wiederum der Grundsatz der Nichtdiskriminierung hervorgeht, ferner die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz“ auf⁴⁶³. Sämtliche Grundsätze sollen für alle Aufträge von Stellen gelten, die dem EG-Vertrag unterliegen, sowie für Aufträge, die im Namen oder auf Rechnung dieser Stellen vergeben werden. Dem Wortlaut des Änderungsvorschlags („beispielsweise“) kann entnommen werden, dass dieser keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt und weitere Grundsätze als bieterschützend gelten lässt. So ist als ungeschriebener vergaberechtlicher Grundsatz weiterhin der Grundsatz der Begründungspflicht bei ablehnenden Entscheidungen als subjektives Recht allgemein anerkannt⁴⁶⁴. Als sonstige auf das Vergaberecht anwendbare subjektive Rechtspositionen kommen die Grundsätze der Freiheit der Berufsausübung⁴⁶⁵, der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung⁴⁶⁶ und des Vertrauensschutzes⁴⁶⁷ in Betracht.

Folglich können sich für die Bieter der unterhalb der Schwellenwerte liegenden Vergabeverfahren Ansprüche aus dem Europäischen Gemeinschaftsrecht ergeben, die wiederum gerichtlich durchsetzbar sein müssen. Ob dies bei aktuell geltender Rechtslage der Fall ist, gilt es noch aufzuzeigen.

⁴⁶² Vgl. Punkt 3.2 zur Abänderung 147. Die Kommission stellt außerdem fest, dass es im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht und der Rechtsprechung des Gerichtshofs steht, daran zu erinnern, dass eine Verpflichtung zur Einhaltung der Vorschriften des EG-Vertrags bei der öffentlichen Auftragsvergabe unterhalb der Schwellenwerte besteht.

⁴⁶³ Auch der EuGH hat bereits darauf hingewiesen, dass die öffentlichen Auftraggeber ebenfalls bei Vergaben, die nicht unter die Richtlinien fallen, die Grundregeln des Vertrags und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen, welches eine Verpflichtung zur Transparenz einschließt, zu beachten habe. (vgl. EuGH, NZBau 2001, S. 148).

⁴⁶⁴ Dreher, NZBau 2002, S. 419 (430).

⁴⁶⁵ EuGH, Rs. 234/85 („Keller“), Slg. 1986, 2897.

⁴⁶⁶ EuGH, Rs. 117/83 („Könecke“), Slg. 1984, 3291.

⁴⁶⁷ EuGH, Rs. 205-215/82 („Milchkontor“), Slg. 1983, 2683.

bb. Verfassungsrecht

Im Hinblick auf die nach Art. 1 Abs. 3 GG bestehende Bindung des öffentlichen Auftraggebers an die Grundrechte liegt es nahe, dass diese ebenfalls Ansprüche der Bieter entstehen lassen können⁴⁶⁸.

(1) Der allgemeine Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG

Ein subjektives öffentliches Recht kann im Einzelfall aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. der jeweils anwendbaren Verdingungsordnung abgeleitet werden. Die Verdingungsordnungen alleine können als die Behörde rein intern bindende Verwaltungsvorschriften nicht als ein solches qualifiziert werden, solange ihnen Außen- und Schutzwirkung abgesprochen wird⁴⁶⁹. Sie sind - im Gegensatz zum Oberschwellenbereich - für unterhalb der Schwellenwerte liegende Auftragsvergaben durch den Gesetzgeber gerade nicht im Wege einer Kaskadenlösung zu außenverbindlichen Normen „angehoben“ worden. Außen- und Schutzwirkung kommt ihnen daher nach herrschender Ansicht allenfalls in Verbund mit Art. 3 Abs. 1 GG zu⁴⁷⁰, da die Vergabestellen auch im Rahmen der Anwendung interner Verwaltungsvorschriften zur Beachtung des Gleichheitssatzes verpflichtet werden. Denn entsprechend dem als Ausprägung des Gleichheitssatzes zu qualifizierenden „Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung“ dürfen sie nicht ohne rechtlichen Grund von ihrer eigenen Verwaltungspraxis abweichen⁴⁷¹. Den Maßstab zur Bestimmung der Verwaltungspraxis bilden neben vorangegangener tatsächlicher Verwaltungsübung auch Verwaltungsvorschriften⁴⁷². Werden diese gar nicht oder fehlerhaft angewendet, so können den betroffenen Bietern Ansprüche auf die Teilnahme an einem Vergabeverfahren oder auf ein bestimmtes Verhalten des Auftraggebers während eines bereits laufenden Verfahrens erwachsen⁴⁷³.

⁴⁶⁸ Siehe zur Grundrechtsbindung oben: 4. Teil, § 1, A, S. 47 ff.

⁴⁶⁹ Pietzcker, Die Staatshaftung als Instrument des Verwaltungshandelns, S. 386 f.

⁴⁷⁰ Vgl. z.B. VGH Mannheim, NVwZ 1987, S. 253 ff.; Rittner/ Stephan, GewArch 1985, S. 177 (181).

⁴⁷¹ Vgl. ausführlich zum Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung Mertens, Die Selbstbindung der Verwaltung, S. 63 ff.; Wallerath, Die Selbstbindung der Verwaltung, S. 35 ff.; Maunz, DÖV 1981, S. 497 ff.

⁴⁷² Heun, in: Dreier, GG, Art. 3, Rn. 49.

⁴⁷³ So auch Marx, in: Jestaedt/ Kemper/ Marx/ Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, S. 145.

Nach der Gegenansicht⁴⁷⁴, welche einen subjektiv-rechtlichen Rechtsanwendungsanspruch betroffener Unternehmen unmittelbar aus entsprechenden Verwaltungsvorschriften herleitet, können „gesetzmäßige Verwaltungsvorschriften“, die etwa „aufgrund einer haushaltsrechtlichen Ermächtigungsgrundlage erlassen worden sind“⁴⁷⁵, auch im Außenverhältnis verbindlich sein. Eine solche anspruchsbegründende Wirkung wird vor allem bezüglich der Subventionsrichtlinien diskutiert, da die Herleitung über Art. 3 Abs. 1 GG zu „gekünstelt“ erscheint.

Beide Ansichten stimmen dahingehend überein, als dass Verwaltungsvorschriften die Behörden, für die sie erlassen wurden, intern binden und dass die Behörden ihre Anwendung im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG nicht willkürlich verweigern dürfen. Eine Abweichung von diesem Grundsatz ist vielmehr nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes gerechtfertigt. Folglich bestehen zwischen den Ansichten keine Divergenzen bezüglich eines aus den Verwaltungsvorschriften folgenden Anspruchs auf Anwendung dieser und damit bezüglich der Rechtsfolgen. Umstritten ist allein die dogmatische Herleitung eines Rechtsanwendungsanspruchs. Da den Bietern eines Vergabeverfahrens unterhalb der Schwellenwerte somit in jedem Fall ein Anspruch auf die Teilnahme an einem Vergabeverfahren zusteht, ist eine Streitentscheidung vorliegend entbehrlich. Denn ob sich dieser Anspruch auf die Verdingungsordnungen direkt stützt oder ob die Hinzuziehung des Gleichheitssatzes erforderlich ist, spielt für die reine Existenz des Anspruchs keinerlei Rolle und kann vorliegend dahinstehen.

Natürlich begründet Art. 3 Abs. 1 GG wegen der Grundrechtsbindung der Exekutive gem. Art. 1 Abs. 3 GG darüber hinaus auch ohne Berücksichtigung der ständigen Verwaltungspraxis ein subjektives öffentliches Recht auf Gleichbehandlung⁴⁷⁶.

(2) Die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Ein weiteres subjektives Recht kann sich für übergangene Bieter unter den obigen Voraussetzungen aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG ergeben⁴⁷⁷. Dieses beinhaltet grundsätzlich keinen Anspruch auf Erteilung des

⁴⁷⁴ Vgl. dazu z.B. Vogel, in: Becker/ Bull/ Seewald, Festschrift für Werner Thieme, S. 605 ff., Ossenbühl, Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung, in: Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6, Rn. 51

⁴⁷⁵ Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3, Rn. 121 f.

⁴⁷⁶ So auch Pietzcker, Die Staatshaftung als Instrument des Verwaltungshandelns, S. 379.

⁴⁷⁷ Vgl. dazu oben, 4. Teil, § 1, C, S 61 ff.

Zuschlags sowie darauf, dass die öffentliche Hand überhaupt Aufträge vergibt. Denn Art. 12 Abs. 1 GG garantiert gerade keine Gewinnerwartungen. Vielmehr wird dem Bieter die Möglichkeit eröffnet, „sich frei von staatlicher Ingerenz konkurrierend im Wettbewerb durchzusetzen“⁴⁷⁸.

cc. Einfachgesetzliches Recht

(1) Kartell- und wettbewerbsrechtliche Anspruchsgrundlagen

Das GWB findet auch auf Unternehmen Anwendung, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden, § 130 Abs. 1 S. 1 GWB. Mitunter besteht deswegen die Möglichkeit, dass ein öffentlicher Auftraggeber gegen die kartellrechtlichen Behinderungs- und Diskriminierungsverbote der §§ 19, 20 GWB verstößt, was Ansprüche der betroffenen Bieter aus den §§ 19, 33 GWB bzw. den §§ 20, 33 GWB zur Folge haben kann. Anspruchsvoraussetzung ist allerdings das Vorliegen einer marktbeherrschenden oder marktstarken Position des staatlichen Nachfragers, was wohl nicht immer der Fall ist⁴⁷⁹. Liegen die materiellen Voraussetzungen jedoch vor, können den Bietern sowohl Unterlassungsansprüche als auch Ansprüche auf ein bestimmtes positives Tun erwachsen⁴⁸⁰.

In Einzelfällen kommt darüber hinaus § 1 UWG als Anspruchsgrundlage in Betracht, wonach auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen. Ein solches wettbewerbswidriges Verhalten der öffentlichen Hand wird - ohne dass es auf die Feststellung weiterer Unlauterkeitskriterien ankommt - bereits dann angenommen, wenn diese die Vorschriften der Verdingungsordnungen nicht einhält, welche trotz ihrer Eigenschaft als verwaltungsinterne Regelungen unter anderem den Wettbewerb zwischen den einzelnen Bietern schützen sollen⁴⁸¹. Gemeint sein können damit allerdings nur solche Regelungen der Verdingungsordnungen, „deren Einhaltung zugleich dem

⁴⁷⁸ Huber, JZ 2000, S. 877 (879).

⁴⁷⁹ Eine solche Stellung wurde z.B. in folgenden Entscheidungen bejaht: LG Berlin, BauR 1995, S. 600 (601); OLG Düsseldorf, DÖV 1981, S. 537 (538); OLG Karlsruhe, WuW/E OLG 5615 (5616 ff.); abgelehnt wurde sie beispielsweise in: KG („Saalebrücke“), BauR 1995, S. 837 (839).

⁴⁸⁰ Vgl. Marx, in: Jestaedt/ Kemper/ Marx/ Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, S. 145; ausnahmsweise kann sich der Anspruch sogar auf die Erteilung des Zuschlags richten (vgl. z.B. BGHZ 36, 91 (100); BGH, NJW 1973, S. 280 (282)).

⁴⁸¹ Piper, in: Köhler/ Piper, UWG, § 1, Rn. 256.

Willkürverbot entgegenwirkt und die im Ergebnis die Chancengleichheit der Bewerber bei der Beteiligung am Wettbewerb sowie die Gleichbehandlung bei der Angebotsprüfung und –wertung sowie beim Zuschlag bewirken⁴⁸². Andernfalls entspräche die Rechtslage der des Oberschwellenbereichs und schon kleinste Verstöße gegen die Verdingungsordnungen wären solche gegen die guten Sitten. Den betroffenen Bietern bietet sich bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 UWG die Möglichkeit, eine beabsichtigte Zuschlagserteilung durch den öffentlichen Auftraggeber zu verhindern oder aber im Fall eines bereits erteilten Zuschlags den dadurch entstandenen Schaden geltend zu machen⁴⁸³.

(2) Anspruchsgrundlagen des allgemeinen Zivilrechts

Im Gegensatz zu den vorgenannten kartell- und wettbewerbsrechtlichen Anspruchsgrundlagen hat die Rechtsprechung eine Einstufung der Normen des allgemeinen Zivilrechts als subjektive Bieterrechte bisher nicht anerkannt. So sind z.B. Ansprüche aus den §§ 1004 Abs. 1 S. 2, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den Vergaberegeln als Schutzgesetze wegen der mangelnden Schutzgesetzeseigenschaft der A-Teile der Verdingungsordnungen abgelehnt worden⁴⁸⁴. Ebenfalls sollen die §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB den Bietern in der Regel keine subjektiven Rechtspositionen wegen einer Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb einräumen können, da es sich hierbei um einen lediglich subsidiär anzuwendenden Auffangtatbestand handelt⁴⁸⁵. Die bei einem Anspruch aus den §§ 1004, 826 BGB vorausgesetzte vorsätzliche und sittenwidrige Schädigung ist bis heute in noch keiner vergaberechtlichen Entscheidung bejaht worden⁴⁸⁶.

Möglicherweise könnten sich Bieteransprüche jedoch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. der Verletzung von Gemeinschaftsrecht ergeben. Dazu müsste einzelnen Normen des primären Gemeinschaftsrechts Schutzgesetzcharakter i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zugesprochen werden können. Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB sind nicht nur Gesetze im formellen Sinn, sondern gem. Art. 2 EGBGB alle Rechtsnormen. Einschränkend ist allerdings erforderlich, dass die in Bezug genommene Norm

⁴⁸² Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 215.

⁴⁸³ Vgl. ausführlich dazu Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 214.

⁴⁸⁴ Vgl. z.B. KG (General Electric/VEAG), EuZW 1995, S. 645 (648); KG (Saalebrücke), BauR 1995, S. 837 (840); BGH, VersR 1965, S. 764 (765); BGH, BauR 1987, S. 683 (683 ff.); BGH, BauR 1992, S. 759 (759 f.); BGH, BauR 1994, S. 236 (238); a.A.: Dreher, ZIP 1995, S. 1869 (1875).

⁴⁸⁵ KG (Saalebrücke), BauR 1995, S. 837 (840).

⁴⁸⁶ KG (General Electric/VEAG), EuZW 1995, S. 645 (647 f.); KG (Saalebrücke), BauR 1995, S. 837 (841).

zumindest auch den schutzwürdigen Interessen des Geschädigten zu dienen bestimmt ist⁴⁸⁷. Wie bereits festgestellt, können sich im Bereich unterhalb der Schwellenwerte Normen des primären Gemeinschaftsrechts⁴⁸⁸ durchaus bieterschützend auswirken, so dass ihnen der in § 823 Abs. 2 BGB geforderte Schutzgesetzcharakter zugesprochen werden muss. Im Falle einer Verletzung des Gemeinschaftsrechts durch den Auftraggeber können den Bietern damit Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. der verletzten gemeinschaftsrechtlichen Norm zustehen. Daraus folgend können außerdem Ansprüche der Bieter auf Unterlassung oder Beseitigung aus den §§ 823 Abs. 2, 1004 Abs. 1 BGB analog i.V.m. der jeweils verletzten gemeinschaftsrechtlichen Norm hergeleitet werden.

(3) Im Besonderen: Ansprüche aus culpa in contrahendo (c.i.c.)

Durch die Beteiligung eines Unternehmens an einer öffentlichen Ausschreibung kommt zwischen den Parteien ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis zustande, welches gegenseitige Sorgfaltspflichten entstehen lässt und zu beidseitiger Rücksichtnahme und Loyalität verpflichtet⁴⁸⁹, wobei erstere insbesondere die Einhaltung der Verdingungsordnungen umfassen⁴⁹⁰. Bisher wurde allgemein davon ausgegangen, dass eine Verletzung dieses Vertrauensverhältnisses seitens des Auftraggebers bei Vorliegen der Voraussetzungen für den betroffenen Bieter sowohl einen vorbeugenden Anspruch auf Unterlassung des Vergabeverstößes⁴⁹¹ als auch Schadensersatzansprüche⁴⁹² aus dem gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtsgrund der c.i.c. auslösen kann, je nach dem, ob ein Schaden bereits entstanden ist oder aber erst zu entstehen droht. Die nunmehr durch das Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes⁴⁹³ am 1. Januar 2002 erfolgte Aufnahme der c.i.c. in das Bürgerliche Gesetzbuch (§ 311 Abs. 2 und 3

⁴⁸⁷ Vgl. Thomas, in: Palandt, BGB § 823, Rn. 140 f.

⁴⁸⁸ Siehe oben 4. Teil, § 1, D.II.3.a.aa., S. 87 ff.

⁴⁸⁹ Vgl. BGH, NJW 2000, S. 661; BGH, NJW 1993, S. 520 f.; BGH, BauR 1981, S. 368 f.; OLG Düsseldorf, BauR 1986, S. 107 (108).

⁴⁹⁰ OLG Düsseldorf, BauR 1986, S. 107 (108).

⁴⁹¹ Vgl. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 208.

⁴⁹² Feber, Schadensersatzansprüche bei der Auftragsvergabe, S. 82; Schadensersatzansprüche aus c.i.c. führen grundsätzlich nur zum Ersatz des negativen Interesses, d.h. dass der Bieter so gestellt werden muss, wie er stünde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre (vgl. z.B. BGH, NJW 1981, S. 1673 (1673)). Ausnahmsweise erkennt die Rechtsprechung jedoch auch den Ersatz des positiven Interesses des Bieters an, der bei ordnungsgemäßer Verfahrensdurchführung den Zuschlag hätte erhalten müssen, wenn der Auftraggeber den Zuschlag auf ein nachrangiges Gebot erteilt hat (vgl. z.B. BGH, BauR 1998, S. 1232).

⁴⁹³ BGBl. I S 3138.

BGB) ändert an dieser Annahme nichts⁴⁹⁴. Sie wird dadurch vielmehr verstärkt, indem sich die übergangenen Teilnehmer gem. § 280 Abs. 1 i.V.m. § 311 Abs. 2 und 3 BGB auf einen ausdrücklich gesetzlich verankerten Anspruch berufen können⁴⁹⁵. Dessen Durchsetzbarkeit erfordert jedoch über die Darlegung einer drohenden Rechtsverletzung hinaus die Beweisführung des Bieters darüber, dass er den Zuschlag bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens hätte erhalten müssen⁴⁹⁶. An dieser Voraussetzung wird der Anspruch mangels vorhandener Vorabinformationspflichten des Auftraggebers wohl regelmäßig scheitern⁴⁹⁷.

dd. Subjektive Rechtspositionen in den Landesgesetzen

Die Landesvergabegesetzen enthalten bislang keine subjektive Bieterrechtsposition auf Einhaltung der Vergabevorschriften durch den öffentlichen Auftraggeber. Eine solche ergibt sich insbesondere nicht aus den Vergabegesetzen der Länder Niedersachsen und Bremen. Deren Anwendungsbereiche sind zwar gem. § 2 Vergabegesetz für das Land Bremen bzw. § 1 Niedersächsisches Landesvergabegesetz bereits bei geschätzten Auftragswerten ab 10.000 Euro und damit auch unterhalb der auf Bundesebene festgesetzten Schwellenwerte eröffnet. Außerdem erklären beide Gesetze bestimmte Vorschriften des GWB für analog anwendbar, was eine Verbesserung der subjektiven Rechtsposition einzelner Bieter vermuten lässt. Allerdings verweisen sowohl § 3 des Vergabegesetzes für das Land Bremen als auch § 2 des Niedersächsischen Landesvergabegesetzes lediglich auf § 97 Abs. 1 – 5 GWB. Der Anspruch des § 97 Abs. 7 GWB auf Einhaltung der Bestimmungen des Vergabeverfahrens ist gerade nicht analog anwendbar. Der Wille beider Landesgesetzgeber hinsichtlich der Nichtübertragbarkeit des Anspruchs auf den Unterschwellenbereich ist damit eindeutig erkennbar, so dass eine Erweiterung subjektiver Bieterrechtspositionen durch Landesrecht nicht in Betracht kommt.

⁴⁹⁴ Vgl. ausführlich dazu Heinrichs, in: Palandt, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, § 311, Rn. 1 ff.

⁴⁹⁵ Heinrichs, in: Palandt, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, § 311, Rn. 32.

⁴⁹⁶ OLG Düsseldorf, BauR 1986, S. 107 (108 f.); OLG Düsseldorf, BauR 1993, S. 597 (598); OLG Celle, BauR 1996, S. 860 (860); BGH, NJW 1993, S. 520 (521).

⁴⁹⁷ Vgl. aber BGH, NJW 2001, S. 1492. Der BGH verweist in diesem Urteil auf die von ihm aufgestellten Grundsätze der „sekundären Behauptungslast“, wonach die Gegenpartei, der eine Aufklärung zumutbar ist, sich nicht auf ein bloßes Bestreiten beschränken darf, wenn der Anspruchsteller den rechtserheblichen Sachverhalt nicht ermitteln oder in beweisheblicher Weise vortragen kann.

ee. Zusammenfassung

Die vorangegangene Darstellung zeigt auf, dass den Bietern auch in Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte durchaus subjektive Rechtspositionen zustehen. Diese ergeben sich nicht aus den explizit das Vergabeverfahren regelnden Normen, sondern vereinzelt aus sonstigem Recht. Das kann jedoch keinen Unterschied hinsichtlich der gerichtlichen Durchsetzbarkeit der Ansprüche machen. Denn Art. 19 Abs. 4 GG fordert eine Gewährleistung des Rechtsschutzes unabhängig davon, woraus sich die subjektiven Rechtspositionen ergeben, es genügt vielmehr allein ihr Vorhandensein. Andernfalls wäre ein umfassender Schutz der Bürger vor Akten der öffentlichen Gewalt auch gar nicht erreichbar. Dennoch ist die gesetzliche Normierung des Unterschwellenbereichs von einer zufrieden stellenden Situation hinsichtlich bieterschützender Rechtspositionen noch weit entfernt. Diese kann erst erreicht sein, wenn den Bietern – entsprechend der Gesetzeslage im Oberschwellenbereich - umfassende subjektive Rechtspositionen auf die Einhaltung der Bestimmungen des Vergabeverfahrens zustehen⁴⁹⁸. Nahezu jedes Rechtsgebiet hält für den Einzelnen diesen schützende Normen bereit. Es verwundert daher, dass sich der deutsche Gesetzgeber bei der jüngsten Änderung des Vergaberechts damit zufrieden gegeben hat, die europäischen Vorgaben einzuhalten, ohne seinem verfassungsrechtlichen Regelungsauftrag gerecht zu werden.

b. Rechtsschutzmöglichkeiten

Es stellt sich nunmehr die Frage, inwieweit die geltende Gesetzeslage Möglichkeiten zur Durchsetzbarkeit der subjektiven Rechtspositionen bereit hält und ob diese den von Art. 19 Abs. 4 GG vorausgesetzten Anforderungen entsprechen.

aa. Behördlicher Rechtsschutz

Im Gegensatz zur haushaltsrechtlichen Lösung, in deren Rahmen jedes Vergabeverfahren auf Antrag des Bieters sowohl von der Vergabeprüfstelle⁴⁹⁹ als auch von den Vergabeüberwachungsausschüssen⁵⁰⁰ überprüft werden konnte,

⁴⁹⁸ Vgl. zu der Notwendigkeit der Einführung weiterer subjektiver Rechtspositionen im Unterschwellenbereich unten, 6. Teil, § 2, B.I., S. 132 ff.

⁴⁹⁹ § 57b Abs. 1 S. 1 HGrG.

⁵⁰⁰ § 57c Abs. 1 S. 1 HGrG.

existiert heute keine auf alle Vergabeverfahren anwendbare Prüfungsmöglichkeit mehr. Nur soweit Bund und Länder von ihrer Befugnis aus § 103 Abs. 1 GWB Gebrauch machen und Vergabeprüfstellen einrichten⁵⁰¹, steht es ihnen gem. § 103 Abs. 2 GWB frei, deren Tätigkeit unter bestimmte Maßgaben zu stellen. Ihnen ist es insbesondere gestattet, das Prüfungsverfahren unter Zugrundelegung sachgerechter Erwägungen von bestimmten Schwellenwerten abhängig zu machen⁵⁰². Es muss ihnen daher auch weitergehend möglich sein, auf die Feststellung von Schwellenwerten gänzlich zu verzichten bzw. diese erheblich zu reduzieren, um so das Tätigkeitsfeld der Vergabeprüfstellen auf den Unterschwellenbereich auszuweiten⁵⁰³. Damit würde eine Überprüfungsmöglichkeit der Auftraggeber in unterhalb der Schwellenwerte liegenden Vergabeverfahren hinsichtlich der Einhaltung der Vergabebestimmungen geschaffen. Diese hängt aber von zwei Faktoren ab, nämlich der Einrichtung bzw. Bestimmung einer Behörde als zuständige Prüfstelle und darüber hinaus der erheblichen Reduzierung der Schwellenwerte.

Lediglich in Sachsen obliegt dem öffentlichen Auftraggeber mittlerweile gem. § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO eine Informationspflicht hinsichtlich der beabsichtigten Zuschlagserteilung gegenüber den Bietern, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen. Beanstandet ein Bieter vor Ablauf der siebentägigen Frist schriftlich die Nichteinhaltung der Vergabevorschriften, hat der Auftraggeber gem. § 9 Abs. 2 SächsVergabeDVO die Nachprüfungsbehörde zu unterrichten. Der Zuschlag darf nur dann erteilt werden, wenn die Nachprüfungsbehörde nicht innerhalb von zehn Kalendertagen nach Unterrichtung das Vergabeverfahren beanstandet. Allerdings besteht kein Anspruch auf das Tätigwerden der Nachprüfungsbehörde, so dass der dem betroffenen Bieter zuteil werdende behördliche Rechtsschutz nicht garantiert ist und nur beschränkt stattfindet. Verzichten der Bund und die Länder auf die Einrichtung von Vergabeprüfstellen, so kann der einzelne Bieter lediglich darauf zurückgreifen, die Aufsichtsbehörden zu informieren und über die Institute der Gegenvorstellung, der Dienst- und der Fachaufsichtsbeschwerde Abhilfe zu schaffen⁵⁰⁴.

Daneben schreibt die Verdingungsordnung für Bauleistungen gem. § 31 VOB/A explizit für den Unterschwellenbereich die Einrichtung einer Nachprüfungsstelle vor,

⁵⁰¹ Siehe oben 4. Teil, § 1, D.II.2.b.aa., S. 70 f.

⁵⁰² Reidt, in: Reidt/ Stickler/ Glaß, Vergaberecht, § 103, Rn. 6.

⁵⁰³ Portz, in: Niebuhr/ Kulartz/ Kus/ Portz, Vergaberecht, § 103, Rn. 9.

⁵⁰⁴ Bechtold, GWB, § 100, Rn. 6.

welche durch die jeweilige Fach- bzw. Rechtsaufsichtsbehörde verkörpert wird. Diese hat der Auftraggeber den Beteiligten jeweils in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen mit Anschrift anzugeben. Ein solches Vorgehen dient dazu, Bewerbern und Bietern schon während des laufenden Vergabeverfahrens das Recht einzuräumen, etwaige Verstöße des Auftraggebers gegen Vergabevorschriften zu rügen. Denn den Nachprüfungsstellen obliegt auf Antrag des Bieters oder von Amts wegen die Pflicht, das jeweilige Vergabeverfahren im Hinblick auf Normverstöße zu überprüfen und gegebenenfalls den Auftraggeber anzuweisen, seine Fehler zu beheben. Im Unterschied zu den Vergabeverfahren im Bereich oberhalb der Schwellenwerte kann ein während des laufenden Nachprüfungsverfahrens erteilter Zuschlag jedoch nicht wieder zurückgenommen werden⁵⁰⁵.

bb. Gerichtlicher Rechtsschutz

Der sich aus Art. 19 Abs. 4 GG ergebende Regelungsauftrag des Gesetzgebers hinsichtlich des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen Vergabeverstöße kann sich nur auf die im nationalen Recht verankerten subjektiven Rechtspositionen beziehen. Denn die Notwendigkeit zur Schaffung eines gerichtlichen Rechtsschutzes bezüglich der aus dem Europäischen Gemeinschaftsrecht hergeleiteten Ansprüche unterliegt europarechtlichen Prinzipien. Zwar enthält der EG-Vertrag keine Bestimmungen über die Eröffnung eines Rechtswegs zu nationalen Gerichten. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gilt jedoch der allgemein anerkannte Grundsatz, dass sich die Durchsetzbarkeit gemeinschaftsrechtlich begründeter Rechtspositionen nach nationalem Prozess- und Verfahrensrecht richtet⁵⁰⁶. Dabei muss dieses von gemeinschaftsrechtlichen Mindeststandards getragen sein⁵⁰⁷ und außerdem durch Normen des Gemeinschaftsrechts weiter ausgestaltet werden können⁵⁰⁸. Die gemeinschaftsrechtlichen Mindeststandards ergeben sich aus dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes⁵⁰⁹, welcher auf den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten beruht. Er ist ferner in den

⁵⁰⁵ Vgl. ausführlich dazu Portz, in: Ingenstau/ Korbion, VOB, A § 31, Rn. 1 ff.

⁵⁰⁶ Vgl. EuGH, Rs. 265/78 (Ferwerda BV), Slg. 1980, 617 (629); Koch, EuZW 1995, S. 78 (78).

⁵⁰⁷ Das bedeutet, dass gemeinschaftsrechtliche subjektive Rechtspositionen nicht schlechter behandelt werden dürfen als solche des nationalen Rechts („Diskriminierungsverbot“) und die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts („effet utile“) nicht beeinträchtigt werden darf (vgl. z.B. EuGH, Rs. 33/76 (Rewe), Slg. 1976, 1989 (1998)).

⁵⁰⁸ Allgemein dazu Koch, EuZW 1995, S. 78.

⁵⁰⁹ Vgl. z.B. EuGH, Rs. 222/84 (Johnston), Slg. 1986, 1651 (1682), EuGH, Rs. 222/86 (Heylens), Slg. 1987, 4097 (4117); von Danwitz, NJW 1993, S. 1108 (1114).

Art. 6 und Art. 13 EMRK verankert sowie in Art. 47 (1) der EU - Grundrechtscharta ausdrücklich anerkannt und spricht dem Einzelnen einen Anspruch auf die Gewährung eines umfassenden gerichtlichen Rechtsschutzes zu⁵¹⁰. Ebenso wie der auf Art. 19 Abs. 4 GG beruhende Regelungsauftrag des deutschen Gesetzgebers hängt die Verpflichtung zur Schaffung des Rechtsschutzes auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene allerdings von der Existenz subjektiver Rechtspositionen ab⁵¹¹. Da im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe den Bietern auch unterhalb der Schwellenwerte subjektive Rechte sowohl aus nationalem Recht als auch aus Europäischem Gemeinschaftsrecht zustehen, ist es Aufgabe des deutschen Gesetzgebers, den Rechtsweg zu den deutschen Gerichten zu eröffnen, um die Durchsetzbarkeit der Bieteransprüche zu gewährleisten.

(1) Rechtsweg

Ob ein übergangener Wettbewerber gegen eine Vergabeentscheidung den verwaltungsgerichtlichen oder den zivilgerichtlichen Rechtsweg beschreiten muss, ist für den Unterschwellenbereich bis heute nicht vollständig geklärt und hängt von der rechtlichen Einordnung des Vergaberechts ab⁵¹². Ordnet man das Vergaberecht dem öffentlichen Recht zu, so ist die Vergabeentscheidung unter Anwendung der Zwei-Stufen-Theorie als öffentlich-rechtlich zu determinieren. Da es insoweit an gesetzlichen Spezialregelungen fehlt, wäre nach dieser Ansicht gem. § 40 Abs. 1 VwGO der vom historischen Gesetzgeber ursprünglich nicht vorgesehene Verwaltungsrechtsweg eröffnet⁵¹³. Herrschend wird dagegen § 13 GVG als Ansatzpunkt für eine Lösung der Rechtswegproblematik verstanden. Danach gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor die ordentlichen Gerichte, es sei denn, dass die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder besondere Gerichte auf Grund von Vorschriften des Bundesrechts bestellt oder zugelassen sind. Indem die Vertreter dieser Ansicht nicht nur den Abschluss des Vertrags, sondern auch das vorangegangene Vergabeverfahren dem privaten Recht zuordnen und da die Ansprüche der Bieter regelmäßig auf

⁵¹⁰ Vgl. z.B. EuGH, Rs. 222/84 (Johnston), Slg. 1986, 1651 (1682), EuGH, Rs. 222/86 (Heylens), Slg. 1987, 4097 (4117); von Danwitz, NJW 1993, S. 1108 (1114).

⁵¹¹ Ruffert, Subjektive Rechte, S. 187.

⁵¹² Siehe zur Rechtsnatur des Vergaberechts 1. Teil, § 1, S. 3 ff.

⁵¹³ Vgl. z.B. Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 159; Hermes, JZ 1997, S. 909 (915); Pernice/Kadelbach, DVBl 1996, S. 1100 (1106); Huber, JZ 2000, S. 877 (882).

Anspruchsgrundlagen des BGB bzw. des GWB gestützt werden⁵¹⁴, werden die vergaberechtlichen Streitigkeiten als solche des bürgerlichen Rechts anerkannt, was mangels anderweitiger Zuordnung eine Eröffnung des Zivilrechtswegs zur Folge hat⁵¹⁵.

(2) Primärrechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten

Der primäre Rechtsschutz umfasst die gerichtliche Durchsetzbarkeit der Ansprüche, die auf eine bestimmte Verhaltensweise des Auftraggebers während des Vergabeverfahrens und bei der Vertragsanbahnung bis zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung bzw. des Vertragsschlusses gerichtet sind⁵¹⁶. Überwiegend wird angenommen, dass die aufgrund der Existenz subjektiver Bieterrechte entstehenden materiell - rechtlichen Bindungen des Auftraggebers auch verfahrensrechtlich durchsetzbar sind. So sollen beispielsweise gem. Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. einer festen Verwaltungspraxis Ansprüche auf Teilnahme an einem Vergabeverfahren oder auf die Vornahme einer bestimmten Handlung des Auftraggebers im Wege einer Leistungsklage geltend gemacht werden können⁵¹⁷. Darüber hinaus erkennen Rechtsprechung und herrschende Meinung in der Literatur Ansprüche gegen den Auftraggeber auf Unterlassung der Erteilung eines rechtswidrigen Zuschlags an⁵¹⁸, die bei Vorliegen der jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen insbesondere auf die oben aufgeführten Anspruchsgrundlagen gestützt werden können und deren prozessuale Durchsetzbarkeit durch Unterlassungsklage erfolgt⁵¹⁹. Von vorneherein ausgeschlossen soll dagegen die Möglichkeit einer Leistungsklage auf die Erteilung des Zuschlags an sich selbst sein. Denn bei der Zuschlagserteilung handelt es sich nach ganz überwiegender Ansicht um einen privatautonomen Akt, über den der

⁵¹⁴ Heiermann/ Ax, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 97, unter Hinweis auf die Entscheidung des KG Berlin vom 10.04.1995 (Berufungsurteil zur Entscheidung des LG Berlin vom 18.10.1994, General Electric gegen VEAG), EuZW 1995, S. 645 (646).

⁵¹⁵ Vgl. z.B. VG Chemnitz, NVwZ-RR 1997, S. 198 (199) unter Hinweis auf GmS-OBG, NJW 1988, S. 2297 ff.; für die sich aus dem Wettbewerbsrecht ergebenden Ansprüche folgt der Zivilrechtsweg schon aus § 33 GWB.

⁵¹⁶ Zuschlagserteilung und Vertragsschluss fallen nach deutschem Recht grundsätzlich zeitlich zusammen. Marx, in: Müller-Wrede, VOF, § 21, Rn. 2.

⁵¹⁷ Marx, in: Müller-Wrede, VOF, § 21, Rn. 4.

⁵¹⁸ Vgl. z.B. Byok, NJW 1999, S. 2774 (2776); ausführlich dazu Heiermann/ Ax, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 100 f.

⁵¹⁹ Vgl. ausführlich dazu z.B. Marx, in: Müller-Wrede, VOF, § 21, Rn. 2 ff.; Unterlassungsansprüche können sich folglich insbesondere aufgrund der §§ 20 Abs. 1 i.V.m. 33 GWB und in besonderen Ausnahmefällen aus den §§ 1004 analog i.V.m. 823 Abs. 1 BGB sowie gegebenenfalls aus den § 1004 i.V.m. § 824 oder 826 BGB („quasinegatorische Unterlassungsansprüche“) ergeben. Möglicherweise kann ein vorbeugender Unterlassungsanspruch außerdem auf die c.i.c. gestützt werden (Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, Rn. 208).

Auftraggeber im Rahmen seiner rechtlich vorgeschriebenen Kompetenz eigenständig entscheiden kann, so dass es einem Gericht verwehrt ist, diesen zu ersetzen⁵²⁰.

Regelmäßig läuft eine gerichtliche Entscheidung im Rahmen des Hauptsacheverfahrens den beiderseitigen Interessen der Beteiligten an einer zügigen Durchführung des Vergabeverfahrens zuwider. Denn der vergaberechtliche Rechtsschutz erfordert in zweierlei Hinsicht die Schnelligkeit des Verfahrens: Zum einen muss es dem Bieter möglich sein, eine in Kürze drohende Zuschlagserteilung zu verhindern. Zum anderen sollte eine zu intensive Belastung des in der Regel aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten möglichst schnell durchzuführenden Vergabeverfahrens vermieden werden⁵²¹. Aufgrund dieser Aspekte wird den Teilnehmern an einem schnellen und damit an vorläufigem Rechtsschutz gem. den §§ 935 ff. ZPO gelegen sein, um die Erteilung des Zuschlags bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu verhindern bzw. eine Aussetzung des Vergabeverfahrens zu erreichen⁵²². Der einstweilige Rechtsschutz erfordert das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs sowie eines Anordnungsgrundes. Als Anordnungsansprüche kommen die für das Hauptsacheverfahren relevanten subjektiven Rechtspositionen in Betracht. Ein Anordnungsgrund liegt gem. § 935 ZPO dann vor, wenn durch die Änderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung des Rechts der Partei vereitelt oder zumindest wesentlich erschwert würde, was aufgrund einer drohenden Zuschlagserteilung fast immer der Fall sein dürfte.

Im Gegensatz zu diesen überwiegend anerkannten, auf Einzelfälle anwendbaren Rechtsschutzmöglichkeiten werden in der Literatur vereinzelt Stimmen laut, die sich gegen jeglichen vorbeugenden Zivil- und Eilrechtsschutz im Unterschwellenbereich aussprechen und den ordentlichen Rechtsweg allein bezüglich des Sekundärrechtsschutzes als eröffnet ansehen wollen⁵²³. Als Begründung wird hierfür unter anderem vorgetragen, dass § 104 GWB einen für das Vergabewesen ausschließlichen Rechtsweg bereitstellt, der den Unterschwellenbereich nicht mitumfasst. Außerdem führe der oben genannte Vergaberechtsschutz zu einer drohenden „Rechtszersplitterung“, zu „unerträglichen Verzögerungen des Vergabeverfahrens“ sowie zu „Investitionsblockaden ungeahnten Ausmaßes“⁵²⁴.

⁵²⁰ Ingenstau/ Korbion, VOB, Einl., Rn. 66.

⁵²¹ Marx, in: Müller-Wrede, VOF, § 21, Rn. 10.

⁵²² Sterner, Rechtsbindungen und Rechtsschutz, S. 134.

⁵²³ Vgl. dazu zusammenfassend Gehrlein, NZBau 2001, S.483 (483 f.).

⁵²⁴ Gehrlein, NZBau 2001, S. 483 (484), vgl. aber die (zutreffende) Gegenargumentation von Krist, VergR 2002, S. 373 ff.

Letzgenannte Ansicht ist abzulehnen. Gerade aus der Tatsache, dass sich die Rechtswegbestimmung des § 104 GWB ausschließlich auf den Oberschwellenbereich bezieht, folgt, dass für den Unterschwellenbereich die allgemeinen Vorschriften gelten. Soweit im Fall einer Gewährung von Eilrechtsschutz gem. §§ 935 ff. ZPO eine „Rechtszersplitterung“ befürchtet wird, wird verkannt, dass sich der in § 124 Abs. 2 GWB manifestierte Wille des Gesetzgebers, solche durch Vorlagepflichten an den BGH zu vermeiden, ebenfalls allein auf den europarechtlich geprägten Teil des Vergaberechts bezieht. Für diesen Teil bietet sich eine einheitliche Rechtsprechung aus Gesichtspunkten einer für ausländische Bieter erkennbaren Rechtssicherheit auch an. Anderes kann jedoch – entsprechend des gesamten deutschen Rechtssystems - für den rein nationalen Teil des Vergaberechts unterhalb der Schwellenwerte gelten. Fehlt es an einer Regelung über die Vorlagepflicht, so muss eine gegenüber der ständigen Rechtsprechung abweichende richterliche Entscheidung schon wegen Art. 97 Abs. 1 GG möglich sein. Ferner wird übersehen, dass die Kartell- und Wettbewerbsenate der Oberlandesgerichte üblicherweise auch mit dem Beschwerdeverfahren nach §§ 116 ff. GWB betraut sind, so dass faktisch in den meisten Fällen eine einheitliche Zuständigkeit vorliegt⁵²⁵. Ebenfalls drohen keine unerträglichen Verzögerungen des Vergabeverfahrens, wenn ein Bieter den Eilrechtsschutz gem. §§ 935 ff. ZPO geltend macht. Dabei handelt es sich ja gerade um ein „Eilverfahren“, welches eine Entscheidung innerhalb kurzer Zeit erfordert. Ferner stehen weder die Beschwerdeentscheidung gem. § 123 GWB noch die Berufungsentscheidung nach §§ 935 ff. ZPO unter Fristvorgaben, so dass eine Verzögerung auch im Oberschwellenbereich nicht auszuschließen ist. Hinsichtlich befürchteter „Investitionsblockaden ungeahnten Ausmaßes“ bleibt anzumerken, dass sich die Gestaltungsmöglichkeiten der Entscheidungsträger im Rahmen des Instanzenzuges nach §§ 935 ff. ZPO und des Verfahrens nach §§ 107 ff. GWB, die beide keine Bindung an die Anträge vorsehen (§ 114 Abs. 1 GWB, § 938 Abs. 1 ZPO), entsprechen. Investitionsblockaden werden somit nicht aufgrund der Rechtswegbestimmungen verursacht. Die Vermeidung dieser liegt vielmehr sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich in der Hand der Spruchkörper⁵²⁶. Den Teilnehmern eines Vergabeverfahrens unterhalb der Schwellenwerte müssen mithin die oben bezeichneten Rechtsschutzmöglichkeiten offen stehen.

⁵²⁵ Vgl. Krist, VergR 2001, S. 373 (375).

⁵²⁶ Vgl. Krist, VergR 2001, S. 373 (375).

(3) Sekundärrechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten

Stehen den Beteiligten keine primären subjektiven Rechtspositionen zu oder ist der Zuschlag bereits erteilt und damit der Vertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zustande gekommen, verbleibt nach einhelliger Ansicht allein die Möglichkeit der Geltendmachung eventueller Sekundäransprüche. Der sekundäre Rechtsschutz umfasst all diejenigen rechtlichen Auswirkungen, die sich zu Lasten des irreversibel agierenden Auftraggebers und zu Gunsten des falsch behandelten potentiellen Auftragnehmers ergeben⁵²⁷. Den Teilnehmern können insoweit Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo sowie solche aus deliktischem Verhalten des Auftraggebers gem. §§ 823 ff. BGB oder den §§ 20 und 33 GWB erwachsen⁵²⁸.

cc. Fazit

Die vorangegangene Analyse der vorhandenen Rechtsschutzmöglichkeiten zeigt auf, dass die Bieter auch in Vergaberechtsstreitigkeiten unterhalb der Schwellenwerte in bestimmten Fällen Rechtsschutz genießen. Daraus lässt sich aber noch nicht die Existenz eines umfassenden und effektiven Rechtsschutzsystems im Unterschwellenbereich herleiten. Wesentliches Problem ist und bleibt, dass der Auftraggeber – anders als im Oberschwellenbereich⁵²⁹ - auf Bundesebene und in den meisten Bundesländern nicht verpflichtet ist, die unterlegenen Bieter über seine beabsichtigte Vergabeentscheidung vorab zu informieren. Eine Informationspflicht besteht allein in Sachsen gem. § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO. Zwar schreibt § 27 Nr. 1 VOB/A den Auftraggebern vor, sowohl Bieter, deren Angebote ausgeschlossen worden sind, als auch diejenigen, deren Angebote nicht in die engere Wahl kommen, „so bald wie möglich zu verständigen“. Jedoch lässt sich aus dieser ohnehin nur für Bauaufträge geltenden Vorschrift, die lediglich eine interne Bindungswirkung zur Folge hat, kein Anspruch auf Vorabinformation herleiten. Außerdem garantiert die recht unpräzise formulierte Zeitspanne wohl nicht, dass die Verständigung regelmäßig vor Zuschlagserteilung stattfindet. So kann es passieren, dass ein an sich zum Primärrechtsschutz berechtigter Bieter den Zeitpunkt der Zuschlagserteilung mangels Kenntnis verpasst und damit ohne eigene

⁵²⁷ Marx, in: Müller-Wrede, VOF, § 21, Rn. 2.

⁵²⁸ Vgl. z.B. Riese, Vergaberecht, S. 293 ff.

⁵²⁹ § 13 VgV.

Pflichtverletzung auf die Geltendmachung von Sekundärrechtsschutz zurückverwiesen wird.

Außerhalb einer gerichtlichen Kontrolle können sich in ihren Rechten verletzt fühlende Bieter weiterhin versuchen, auf politischer Ebene Einfluss auf die öffentlichen Auftraggeber auszuüben. Denn jede Vergabestelle unterliegt als Teil der Exekutive einer Rechtfertigungspflicht gegenüber der Öffentlichkeit und der jeweils zuständigen Fach- und Rechtsaufsichtsbehörde, welche die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen der ihr untergeordneten Behörden überprüft. So kann möglicherweise erreicht werden, dass der durch die Öffentlichkeit und die höherstehenden Behörden ausgeübte Druck zu einer Einhaltung der Vergaberegeln seitens des öffentlichen Auftraggebers führt⁵³⁰. Diese zusätzliche Kontrollmöglichkeit ersetzt einen effektiven gerichtlichen Individualrechtsschutz jedoch nicht, da sie keinem gesetzlich festgelegten Verfahren unterliegt und nicht zu einer Garantie hinsichtlich der Einhaltung der Vergabevorschriften führt.

Im Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass es bei Geltung der aktuellen Rechtslage im Bereich unterhalb der europäischen Schwellenwerte an einem vergabespezifischen Bieterrechtsschutz mangelt. Dieses ist vielmehr trotz der Existenz bieterschützender Normen nur fragmentarisch ausgestaltet⁵³¹, was bereits daraus deutlich wird, dass es an einer eindeutigen gesetzlichen Rechtswegzuweisung fehlt. Der Rechtsweg zu den Zivilgerichten und die anerkannten Rechtsschutzmöglichkeiten sind allein das Ergebnis einer durch Rechtsprechung und Literatur geschaffenen „vergaberechtlichen Tradition“.

c. Bezugnahme auf Art. 19 Abs. 4 GG

Den sich aus Art. 19 Abs. 4 GG ergebenden Regelungsauftrag hat der Gesetzgeber bereits während des Gesetzgebungsverfahrens zum VgRÄG erkannt⁵³². Das vom Bundesministerium für Wirtschaft in Auftrag gegebene Gutachten⁵³³ kam zu dem Ergebnis, dass einer Beschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes auf Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte in diesem Zusammenhang keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegenstehen. Zwar wird aufgeführt, dass sich

⁵³⁰ Vgl. dazu Marx, in: Müller-Wrede, VOF, § 21, Rn. 9.

⁵³¹ Dreher bezeichnet die vorhandenen Möglichkeiten passend als sogenannte „Rechtsschutzinseln“ (Dreher, NZBau 2002, S. 419 (430)).

⁵³² Vgl. dazu auch 1. Teil, § 3, S. 29 ff.

⁵³³ BT-Drucks. 13/9340, Anlage 1 zur Begründung, S. 25 ff.

„Probleme (...) im Hinblick auf die Garantie des gerichtlichen Rechtsschutzes (Artikel 19 Abs. 4 GG) daraus ergeben (könnten), dass mit einer gesetzlichen Anerkennung von individuellen Ansprüchen auf Einhaltung der Vergabebestimmungen, die zum Schutz der Unternehmen bestimmt sind, auch eine verfassungsrechtliche „Überschlagswirkung“ im Sinne einer individualrechtlichen Aufwertung nicht EG-rechtlich vorgegebener Vergabebestimmungen stattfindet“. Die Beschränkung des gerichtlichen Primärrechtsschutzes auf oberhalb der Schwellenwerte liegende Vergabeverfahren sei aber aufgrund des Zwecks des VgRÄG, EG-Recht umzusetzen, sowie aus Gesichtspunkten der Verfahrensökonomie sachlich gerechtfertigt⁵³⁴. In der Literatur wird die gesetzliche Regelung eines lückenlosen Individualrechtsschutzes z.T. mit noch weitergehenden Argumenten abgelehnt. So wird zum Beispiel angenommen, dass die im Rahmen eines Vergabeverfahrens geschlossenen Verträge oftmals hoch komplexe Leistungen beinhalten, was wiederum eine gewisse Elastizität bei der Vertragsgestaltung erfordert⁵³⁵. Außerdem sei, wenn man die aus dem allgemeinen Zivilrecht, dem Kartell- und dem Wettbewerbsrecht zu entnehmenden Anspruchsgrundlagen als solche anerkennt, der Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte mitunter sogar bieterfreundlicher als im Anwendungsbereich der §§ 102 ff. GWB⁵³⁶. Diejenigen, die sich gänzlich gegen die Möglichkeit des Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich aussprechen, lehnen einen Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG schon deswegen ab, weil den Rechten der einzelnen Bieter dadurch genügt sei, dass sie vor den ordentlichen Gerichten Schadensersatz geltend machen können⁵³⁷.

Ob tatsächlich ein Eingriff in die Rechtsschutzgarantie vorliegt, ist anhand der allgemein zu Art. 19 Abs. 4 GG entwickelten Grundsätze festzustellen. Diese verpflichten den Gesetzgeber, für die Gewährleistung eines Mindeststandards bezüglich des Zugangs zum Verfahren und des Verfahrens selbst Sorge zu tragen, um nicht gegen die Rechtsschutzgarantie zu verstoßen⁵³⁸. Zwar ist er in der

⁵³⁴ Den EG-rechtlichen Anforderungen soll bereits dadurch genügt sein, dass „ein unterlegener Bieter die Möglichkeit hat, Schadensersatzansprüche vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen“.

⁵³⁵ Gröning, ZIP 1998, S. 370 (373).

⁵³⁶ Thieme, in: Langen/ Bunte, Kartellrecht, § 100, Rn. 4.

⁵³⁷ Gehrlein, NZBau 2001, S. 483 (484). Der Autor beruft sich an dieser Stelle fälschlicherweise auf die Gesetzesmaterialien zum Vergaberechtsänderungsgesetz (BT-Drucks. 13/9340, Anlage 1 zur Begründung, S. 25). Aus dem vom Bundeswirtschaftsministerium in Auftrag gegebenen Gutachten geht zwar hervor, dass die Geltendmachung von Schadensersatz genüge. Jedoch bezieht sich diese auf die Vereinbarkeit des vorhandenen Vergaberechtsschutzes mit den europarechtlichen Vorgaben und nicht auf die Vereinbarkeit mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG.

⁵³⁸ BVerfGE 89, 28 (35).

Ausführung dieser Aufgabe weitgehend frei, es gilt jedoch der Grundsatz der „Effektivität des Rechtsschutzes“, dem ein Anspruch auf eine lückenlose und tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle zugrunde liegt⁵³⁹. Der Zugang zu den Gerichten darf nicht in unsachgemäßer oder unzumutbarer Weise verhindert oder erschwert werden⁵⁴⁰.

An diesen Voraussetzungen fehlt es im Unterschwellenbereich. Auch wenn im Einzelfall den Bietern Rechtsschutz durch die ordentlichen Gerichte zugesprochen wird, ist die aktuelle Rechtslage wohl weit entfernt von einem lückenlosen und für den Rechtsschutzsuchenden zumutbaren Rechtsschutzsystem. Es kann schon nicht mit Art. 19 Abs. 4 GG im Einklang stehen, wenn einem Gericht ohne die Existenz spezieller gesetzlicher Zuständigkeitsregelungen die Entscheidung obliegt, ob es für die vorliegende vergaberechtliche Streitigkeit zuständig ist oder nicht, je nach dem, ob es selbst die Zuschlagserteilung dem Zivil- oder dem öffentlichen Recht unterordnet. Denn folgt es der zivilrechtlichen Lösung, wäre gem. Art. 19 Abs. 4 S. 2 GG mangels anderweitiger Zuständigkeitsregelung der Zivilrechtsweg eröffnet, während unter Anwendung der Zwei-Stufen-Theorie über die Generalklausel des § 40 Abs. 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg beschritten werden müsste. Nicht erforderlich wäre jedoch die über eine reine Rechtswegzuweisung hinausgehende Normierung eines explizit auf das Vergaberecht abgestimmten Verfahrens. Hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 GG genügte es bereits, wenn dieses durch die Festlegung auf eine bestimmte Gerichtsbarkeit den allgemein in der ZPO oder der VwGO geregelten Verfahren zugeordnet würde, damit Rechtsklarheit über die anzuwendenden Verfahrensvoraussetzungen herrscht. Weiterhin muss der einzelne Bieter darüber informiert sein, ob und bis zu welchem Zeitpunkt ihm Rechtsschutz zusteht, da es ansonsten an der Effektivität des Rechtsschutzverfahrens fehlte. Es nützt ihm nichts, tatsächlich rechtsschutzberechtigt zu sein, wenn er mangels Vorabinformationspflicht bezüglich der geplanten Zuschlagserteilung keine Kenntnis davon erlangt⁵⁴¹. Hierin liegt eine erhebliche Erschwerung des Zugangs zum Rechtsweg.

⁵³⁹ BVerfGE 35, 263 (274 ff.); 35, 382 (401); 37, 150 (153); 40, 272 (275); 41, 23 (26); 51, 268 (284); 53, 115 (127 f.); 60, 253 (269, 296 f.); 61, 82 (110 f.); 65, 1 (70); 81, 123 (129); 84, 34 (49); zum Ganzen Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 61.

⁵⁴⁰ BVerfGE 50, 217 (231); 60, 253 (268 f.); 77, 275 (284).

⁵⁴¹ Eine Ausnahme gilt für Sachsen gem. § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO.

d. Rechtfertigung

Die vorangegangene Argumentation zeigt deutlich auf, dass die aktuelle Gesetzeslage in die gem. Art. 19 Abs. 4 GG gewährte Rechtsschutzgarantie eingreift. Es stellt sich mithin die Frage nach einer möglichen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs. Art. 19 Abs. 4 GG enthält keinen Gesetzesvorbehalt, so dass ein Eingriff allein aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts gerechtfertigt sein kann⁵⁴². Die in dem zum VgRÄG erstellten Gutachten⁵⁴³ genannten Gesichtspunkte des Zwecks des Vergaberechts, EG-Recht umzusetzen, sowie der Verfahrensökonomie vermögen eine solche Rechtfertigung gerade nicht zu begründen. Denn die Umsetzung des EG-Rechts bezieht sich nur auf den Bereich oberhalb der in den Vergaberichtlinien festgesetzten Schwellenwerte. Die Tatsache, dass die §§ 97 ff. GWB für den Unterschwellenbereich keine Regelungen treffen, kann nur eine nicht notwendige Übertragbarkeit der dort vorgegebenen Rechtsschutzvoraussetzungen auf diesen bedeuten. Nicht aber kann daraus der Schluss eines rechtmäßigen gänzlichen Verzichts auf Rechtsschutz gezogen werden. Die Voraussetzungen eines Verzichts sind vielmehr unter Einbeziehung des primären Gemeinschaftsrechts am nationalen Verfassungsrecht zu messen. Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie können im Einzelfall allenfalls bei der Festsetzung des Rechtsschutzumfangs Beachtung finden und beispielsweise bei Vorliegen von Eilbedürftigkeit ein vereinfachtes und beschleunigtes Rechtsschutzverfahren rechtfertigen. Ansonsten stehen ihnen die schwerer wiegenden Grundrechte der einzelnen Teilnehmer entgegen, von denen besonders der Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und die Berufsfreiheit (Art 12 Abs. 1 GG) hervorzuheben sind. Würde man Erwägungen der Verfahrensökonomie als Rechtfertigungsgründe für einen Rechtsschutzverzicht akzeptieren, so könnte dies zu einer „Aushebelung“ des gesamten Rechtsschutzsystems führen. Der Begriff der Verfahrensökonomie eröffnet einen weiten Definitionsspielraum und könnte nahezu immer als Argument für eine - für den Rechtsschutzsuchenden nachteiligen - Vereinfachung des Rechtsschutzsystems aufgeführt werden.

Ebenfalls vermögen die in der Literatur⁵⁴⁴ entwickelten Ansätze nicht zu einer Rechtfertigung des Eingriffs in die Rechtsschutzgarantie führen. Denn die geforderte Elastizität bei Vertragsgestaltungen berührt gerade nicht die vorangegangene

⁵⁴² Pieroth/ Schlink, Grundrechte, Rn. 1025.

⁵⁴³ BT-Drucks. 13/9340, Anlage 1 zur Begründung, S. 25.

⁵⁴⁴ Siehe dazu oben 4. Teil, § 1, D.II.3.c., S. 103 ff.

Bieterauswahl, gegen die sich der Einzelne zur Wehr setzen können muss. Die Erteilung des Zuschlags und der Vertragsschluss sind zwei rechtlich getrennt voneinander zu behandelnde Vorgänge, auch wenn sie nach nationalem Recht regelmäßig zeitlich zusammenfallen. Der Abschluss des Vertrags unterfällt nach einhelliger Ansicht dem Zivilrecht, welches auf dem Grundsatz der Privatautonomie beruht⁵⁴⁵, der den Vertragsparteien ohnehin große Verhandlungsspielräume zugesteht.

Zuletzt ist dem durch die Verfassung geforderten Rechtsschutz nicht dadurch genüge getan, dass ein übergangener Teilnehmer auf die Geltendmachung von Sekundärrechtsschutz beschränkt wird, da letzterer oftmals nicht mit dem Rechtsschutzbegehren übereinstimmt. Dem Rechtsschutzberechtigten würde damit grundsätzlich die Möglichkeit genommen, die Erteilung eines rechtswidrigen Zuschlags zu vermeiden sowie den öffentlichen Auftraggeber zu der Einhaltung der Verfahrensvorschriften zu verpflichten, womit wiederum ein Grundrechtseingriff in Art. 3 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG einhergeht. Ein Anspruch auf Schadensersatz kann lediglich etwaige finanzielle Verluste ausgleichen, nicht jedoch für eine rechtmäßige Zuschlagserteilung sorgen.

e. Fazit

Ein Rechtfertigungsgrund für den Eingriff in die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG existiert mithin nicht. Daraus folgt, dass die aktuell für den Unterschwellenbereich geltende Gesetzeslage trotz des Vorhandenseins subjektiver Rechtspositionen keine mit der Verfassung in Einklang zu bringenden Rechtsschutzmöglichkeiten für übergangene Bieter bereithält. Eine solche Rechtslage zu korrigieren, ist Aufgabe des Gesetzgebers.

4. Verfassungskonforme Auslegung der Schwellenwertregelung?

Die durch die Schwellenwertregelung gem. §§ 100 Abs. 1, 127 GWB i.V.m. §§ 2, 3 VgV erzeugte Zweiteilung des Vergaberechts führt zu der im deutschen Recht wohl einmaligen Situation, in welcher der Oberschwellenbereich ein mit der Verfassung im Einklang stehendes Rechtsschutzsystem bereithält, während die unterhalb der Schwellenwerte lediglich mangelhaft vorhandenen Rechtsschutzmöglichkeiten gegen

⁵⁴⁵ Vgl. dazu z.B. Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Überbl. v. § 104, Rn. 1.

die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG verstoßen. Fraglich ist, ob einer solchen „Zwitterstellung“ der Schwellenwertregelung durch verfassungskonforme Auslegung entgegengewirkt werden kann. Denn nach den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätzen ist eine Norm immer dann verfassungsgemäß und muss verfassungskonform ausgelegt werden, wenn sie mehrere Auslegungsalternativen zulässt, die teils zu einem verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis führen⁵⁴⁶. Von der Verfassungswidrigkeit einer Regelung ist erst dann auszugehen, wenn die geprüfte Norm in keiner möglichen Auslegungsvariante mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Aus § 100 Abs. 1 GWB geht der eindeutige Wille des Gesetzgebers hervor, das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nur auf solche Aufträge anzuwenden, die bestimmte Auftragswerte erreichen oder überschreiten, welche wiederum durch Rechtsverordnung nach § 127 GWB festgelegt sind. Eine solch klare Formulierung lässt keine Auslegungsalternativen zu. Insbesondere fehlt es an auslegungsfähigen unbestimmten Rechtsbegriffen. Der Schwellenwertregelung liegt damit nur eine Auslegungsmöglichkeit zugrunde, durch die eine mit Art. 19 Abs. 4 GG nicht zu vereinbarende Situation hervorgerufen wird, so dass eine verfassungskonforme Auslegung ihre Verfassungsmäßigkeit folglich nicht begründen kann.

III. Ergebnis

Ungeachtet der Zuordnung des Vergaberechts zum Zivilrecht bzw. zum öffentlichen Recht ist die Vergabe eines öffentlichen Auftrags als ein Akt der öffentlichen Gewalt i.S.d. 1 Abs. 3 GG zu qualifizieren, so dass Art. 19 Abs. 4 GG Anwendung findet. Die Verfassungsmäßigkeit der durch § 100 Abs. 1 GG hervorgerufenen Zweiteilung des Vergaberechts lässt sich im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie weder durch direkte Überprüfung der Norm anhand des Art. 19 Abs. 4 GG noch im Wege einer verfassungskonformen Auslegung der Schwellenwertregelung feststellen.

E. Ergebnis

Solange der Gesetzgeber den Minimalanforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG durch die Schaffung umfassender Bieterrechtsschutzmöglichkeiten nicht gerecht wird, folgt daraus die Verfassungswidrigkeit der Schwellenwertregelung. Das ist aber nicht

⁵⁴⁶ BVerfGE 64, 229 (242); 69, 1 (55); 74, 297 (299, 345, 347).

allein im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie der Fall, sondern aus einem Verstoß gegen diese folgt die Unvereinbarkeit des Unterschwellenbereichs mit Art. 3 Abs. 1 GG⁵⁴⁷. Aufgrund des nicht ausreichend gewährten Rechtsschutzes ist die durch die Schwellenwertregelung mittelbar herbeigeführte Ungleichbehandlung der Bieter als unangemessen zu werten, so dass eine Rechtfertigung dieser ausscheidet⁵⁴⁸.

§ 2 Kollision mit sonstigen Verfassungsnormen und Prinzipien

A. Bindung des Gesetzgebers an die Staatsprinzipien

Der Gesetzgeber ist neben seiner Bindung an die Grundrechte den in Art. 20 GG verankerten Staatsprinzipien unterworfen. Das bedeutet in erster Linie, dass er die Vereinbarkeit seines Handelns mit der aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip abgeleiteten „Wesentlichkeitslehre“ zu beachten hat. Diese verpflichtet ihn, in grundlegend normativen Bereichen alle wesentlichen staatlichen Entscheidungen in Form eines Parlamentsgesetzes selbst zu regeln⁵⁴⁹. Dabei umfasst der Parlamentsvorbehalt neben der Frage, ob der Gesetzgeber überhaupt tätig werden muss, auch diejenige nach dem Umfang der Regelungen im Einzelnen⁵⁵⁰. Das Kriterium der Wesentlichkeit wird hauptsächlich anhand der Berührung grundrechtlich geschützter Lebensbereiche sowie der Intensität der Grundrechtsbetroffenheit beurteilt⁵⁵¹.

Die erhebliche Grundrechtsrelevanz des Vergaberechts konnte vor allem in Bezug auf den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG festgestellt werden. Daneben kann das Grundrecht der Berufsfreiheit der einzelnen Bieter (Art. 12 Abs. 1 GG) in relevanter Weise beeinträchtigt werden⁵⁵². Aufgrund der starken Einflussnahme der Grundrechte auf das Vergabewesen führt die durch die Schwellenwertregelung erzeugte Zweiteilung zu einer teilweisen Unvereinbarkeit des Vergaberechts mit der Wesentlichkeitstheorie. Indem für die wirtschaftlich bedeutenderen, europaweiten Ausschreibungen sowohl im Hinblick auf das Vergabeverfahren als auch hinsichtlich

⁵⁴⁷ So auch Malmendier, DVBl 2000, S. 963 (968); Binder, ZfP 2000, S. 195 (215); von Loewenich, ZVgR 1999, S. 34 (38); a.A.: Dreher, NZBau 2002, S. 419 (425).

⁵⁴⁸ Siehe dazu oben 4. Teil, § 1, B.I.3, S. 55.

⁵⁴⁹ St. Rspr., vgl. z.B. BVerfGE 61, 260 (275); 49, 89 (126); 77, 170 (230 f.); BVerwGE 65, 323 (325); 68, 69 (72).

⁵⁵⁰ BVerfGE 34, 165 (192); 49, 89 (127, 129); 57, 295 (327); 83, 130 (142); 101, 1 (34).

⁵⁵¹ BVerfGE 34, 165 (192 f.); 40, 237 (249); 49, 89 (127); 58, 257 (278); 61, 260 (275); 76, 1 (75 f.); 77, 170 (230 f.); 95, 267 (307 f.).

⁵⁵² Vgl. oben 4. Teil, § 1, C, S. 61 ff.

des Rechtsschutzes ein rechtlicher Rahmen in Form eines Parlamentsgesetzes geschaffen worden ist, hat der Gesetzgeber die den Oberschwellenbereich tangierende, grundrechtlich relevante und damit wesentliche Materie in Vereinbarkeit mit der Wesentlichkeitslehre selbst geregelt. Doch auch unterhalb der EG-Schwellenwerte erfordern die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts eine durch ein Parlamentsgesetz geschaffene Rechtsgrundlage. Es versteht sich wohl von selbst, dass die Schaffung von Primärrechtsschutz gegen die nicht wieder aufhebbare Zuschlagserteilung, die einen Eingriff in grundrechtlich geschützte Lebensbereiche der nicht bedachten Bieter darstellt, zu den wesentlichen Entscheidungen des Gesetzgebers zählen muss. Ebenso gehört die gesetzliche Normierung des Vergabeverfahrens dazu. Nicht nachvollziehbar ist, dass dieses – auf die subjektiven Rechtspositionen der Bieter Einfluss nehmende - Verfahren lediglich in den rein verwaltungsintern verbindlichen Verdingungsordnungen normiert ist. Missachtet der öffentliche Auftraggeber die an ihn gerichteten Vorschriften, so mangelt es den betroffenen Teilnehmern an der Möglichkeit, dies feststellen zu können und damit eine ihnen eventuell bevorstehende Grundrechtsverletzung zu erkennen. Wird der Zuschlag sodann an einen an sich ungeeigneten Bieter erteilt, wird derjenige in seinen Grundrechten verletzt, der ihn rechtmäßigerweise hätte erhalten müssen. Wäre auch der Bereich unterhalb der gem. §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB i.V.m. § 2 VgV festgesetzten Schwellenwerte gesetzlich normiert, erhielten die betroffenen Bieter die Chance zur Verwirklichung ihrer Grundrechte. Es würden klare und für alle an einem Ausschreibungsverfahren Beteiligten gleichermaßen geltende Regelungen geschaffen, welche einen Ausgleich zwischen den betroffenen Grundrechten gewährleisten könnten. Nur eine solche Rechtslage wäre mit dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip in Einklang zu bringen. Aufgrund der derzeit im Unterschwellenbereich vorhandenen Regelungsmängel ist der Gesetzgeber daher verpflichtet, zumindest die wesentlichen Regelungen bezüglich des Vergabe- und des Rechtsschutzverfahrens zu treffen, um aufgrund der deutlichen Grundrechtsrelevanz des Vergabewesens nicht gegen die Wesentlichkeitstheorie zu verstoßen. Zu den wesentlichen Regelungen zählen insbesondere solche Vorschriften über ein behördliches Nachprüfungsverfahren sowie solche über gerichtlichen Rechtsweg. Wird entsprechend dem Oberschwellenbereich ein vergabespezifisches Nachprüfungsverfahren angestrebt, so sind als wesentliche Regelungen ebenfalls solche über die Zulässigkeit zum Rechtsschutzverfahren anzusehen.

B. Vereinbarkeit mit Art. 80 Abs. 1 GG

Mit den Vorgaben der Wesentlichkeitstheorie korrespondieren die an die Rechtsverordnungsermächtigung des Art. 80 Abs. 1 GG gestellten Anforderungen⁵⁵³. Die Rechtsverordnungsermächtigung durchbricht den Grundsatz der Gewaltenteilung, nach dem in einer demokratischen Grundordnung die Gesetzgebung umfassend dem Parlament zugewiesen wird und eine Übertragung dieser grundsätzlich verboten ist⁵⁵⁴. Ausnahmsweise gestattet Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG dem Gesetzgeber, die Bundesregierung, einen Bundesminister oder die Landesregierungen durch Gesetz zu ermächtigen, Rechtsverordnungen zu erlassen. Einschränkend wird jedoch gem. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG vorausgesetzt, dass Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden. Aufgrund dieses „Bestimmtheitsgebots“ obliegt dem Gesetzgeber hinsichtlich der Regelung der Essentialia weiterhin die Alleinzuständigkeit, indem er die Entscheidung zu treffen hat, welche Fragen durch die Rechtsverordnung geregelt werden sollen, indem er die Grenzen der Regelung festsetzt und angibt, welches Ziel durch die Rechtsverordnung erreicht werden soll⁵⁵⁵. Fraglich ist nunmehr, ob durch die gem. §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB geschaffene Ermächtigungsgrundlage zum Erlass einer Rechtsverordnung, welche die Festlegung der Schwellenwerte unter Beachtung der Europäischen Vergaberichtlinien beinhalten soll, den verfassungsrechtlichen Vorgaben genügt worden ist. Bedenklich erscheint in diesem Zusammenhang, dass die Bundesregierung durch die Festsetzung der Höhe der Schwellenwerte über den Anwendungsbereich des GWB entscheidet, dessen Adressat sie ist und aus dem sich ihre Verordnungskompetenz ableitet. Sie kann somit, wenn auch unter Einhaltung der europarechtlichen Vorgaben sowie nur mit Zustimmung des Bundesrats⁵⁵⁶, selbst die Grenzen ihrer gesetzlichen Bindung festlegen⁵⁵⁷.

⁵⁵³ Bis heute ist die Abgrenzung zwischen den sich aus dem Bestimmtheitsgebot ergebenden Anforderungen und den von der Wesentlichkeitstheorie geforderten Voraussetzungen nicht abschließend geklärt (vgl. dazu z.B. Nierhaus, in: Festschrift für Stern, S. 717 (720 ff.)).

⁵⁵⁴ Jarass, in: Jarass/ Pieroth, GG, Art. 20, Rn. 16.

⁵⁵⁵ BVerfGE 2, 307 (334); 23, 62 (72).

⁵⁵⁶ Die Gesetzgebungskompetenz des als vierter Teil in das GWB eingefügten VgRÄG beruht auf den Art. 74 Nr. 1, 11 und 16 GG sowie Art. 109 Abs. 3 GG (BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 13). Es handelt es sich somit um ein Zustimmungsgesetz, so dass nach Art. 80 Abs. 2 GG auch die auf dem GWB beruhende Vergabeverordnung zustimmungsbedürftig ist.

⁵⁵⁷ Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es nicht verwunderlich, dass bei der Festsetzung der Schwellenwerte im Rahmen der Vergabeverordnung nicht von den in den europäischen Richtlinien als unterste Grenze festgesetzten Werten abgewichen worden ist, so dass den öffentlichen Auftraggebern durch die maximale Erhaltung des Unterschwellenbereichs ein größtmöglicher „gesetzesfreier Raum“ verbleibt.

I. Anwendbarkeit des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG

Der Gesetzgeber kann in einer Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen grundsätzlich auch auf Normen des Europäischen Gemeinschaftsrechts verweisen⁵⁵⁸. Nach Art. 249 Abs. 3 EG ist die Richtlinie für die einzelnen Mitgliedstaaten zwar bezüglich des zu erreichenden Ziels verbindlich, die Wahl der Form und Mittel bleibt hingegen den innerstaatlichen Stellen überlassen. Den europäischen Vorgaben wird damit bereits durch die Transformierung in Form irgendeiner verbindlichen Rechtsnorm entsprochen, so dass der Erlass einer Rechtsverordnung seitens der Bundesregierung durchaus genügen kann⁵⁵⁹. In diesen Fällen treten jedoch nach allgemeiner Ansicht die durch das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG vorgegebenen inhaltlichen Anforderungen an die zu erlassenen Rechtsnormen dann zurück, wenn die nationale Gesetzgebung an die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben so stark gebunden ist, dass ihr keine inhaltlichen Spielräume mehr verbleiben⁵⁶⁰. Zu einer Feststellung der vorhandenen inhaltlichen Umsetzungsspielräume bedarf es einer Untersuchung der einzelnen Richtlinienbestimmungen in Bezug auf den Wortlaut, den Regelungszusammenhang und die jeweils beabsichtigten Ziele der Richtlinie⁵⁶¹.

Ziel der Europäischen Vergaberichtlinien ist die Öffnung der Märkte im Bereich des öffentlichen Auftragswesens sowie der Schutz der Bieter vor der Willkür des öffentlichen Auftraggebers⁵⁶². Mit dieser Zielsetzung ist es vereinbar, wenn der einzelne Mitgliedstaat über seine Verpflichtungen aus den Richtlinien hinausgeht und im Rahmen ihrer nationalen Umsetzung weitergehende Regelungen trifft⁵⁶³. Es steht ihm außerdem frei, innerhalb derselben Rechtsnorm über die Mindestvorgaben der Richtlinien hinaus weitere Vorgaben zu schaffen, sofern sich dies mit dem nationalen Verfassungsrecht vereinbaren lässt⁵⁶⁴.

Indem der Gesetzgeber der Bundesregierung mit Erlass der §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB die Kompetenz zugesprochen hat, durch die Festlegung der Schwellenwerte im nationalen Recht den Anwendungsbereich des vierten Teils des GWB zu

⁵⁵⁸ BVerfGE 29, 198 (210).

⁵⁵⁹ Streinz, Europarecht, Rn. 391.

⁵⁶⁰ EuGH, Rs. C-128/94 (Hönig/ Stadt Stockach), Slg. 1995 I, 3389 ff.

⁵⁶¹ EuGH, Rs. C-128/94 (Hönig/ Stadt Stockach), Slg. 1995 I, 3389 ff.; EuGH, Rs. C-392/ 93 (The Queen/ H.M. Treasury/ British Communications), Slg. 1996 I, 163 ff.; an die Umsetzung der vorliegend relevanten Vergaberichtlinien stellt der EuGH eher strenge Anforderungen als an das umzusetzende nationale Recht.

⁵⁶² Vgl. z.B. EuGH, NVwZ 1990, S. 353 (355); EuGH, EuZW 1995, S. 635 (637).

⁵⁶³ VG Koblenz, NVwZ 1999, S. 1133 (1135).

⁵⁶⁴ VG Koblenz, NVwZ 1999, S. 1133 (1136).

definieren, bewegt er sich außerhalb seiner Bindung an die europäischen Vorgaben. Eine solche Bestimmung bedarf allein der Vereinbarkeit mit nationalem Verfassungsrecht, so dass Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG uneingeschränkte Anwendung findet⁵⁶⁵.

II. Vereinbarkeit

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist eine Ermächtigungsnorm zum Erlass einer Rechtsverordnung dann nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend gesetzlich bestimmt, wenn der Bürger schon nach dem Gesetz deutlich vorhersehen kann, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden wird und welchen möglichen Inhalt die auf Grund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können (sogenannte „Programmformel“)⁵⁶⁶. Probleme könnten vorliegend hinsichtlich des Ausmaßes der Ermächtigungsnorm entstehen. Denn während § 127 Nr. 1 GWB von der „Umsetzung“ der EG-Schwellenwerte spricht, geht § 100 Abs. 1 GWB von einer „Festlegung“ dieser aus. Der europäische Richtliniengeber hat den nationalen Gesetzgebern hinsichtlich der Höhe der Schwellenwerte ausdrücklich einen Umsetzungsspielraum eingeräumt. Da der deutsche Gesetzgeber in diesem Rahmen die Höhe der Schwellenwerte gerade nicht verbindlich festgelegt hat, ist ihm der Wille zu unterstellen, es der Bundesregierung freizustellen, im Rahmen der europarechtlichen Grenzen von der dort vorgegebenen Höhe der Schwellenwerte zumindest „nach unten“ abzuweichen⁵⁶⁷. Eine solche Kompetenzübertragung kann zu einer für den Bürger unklaren Situation führen, innerhalb der die Weite des Anwendungsbereichs des GWB nicht mehr abschätzbar ist.

In einem mit vorliegender Problematik vergleichbaren Fall hat das Bundesverfassungsgericht in Anlehnung an Art. 82 Abs. 2 GG entschieden, dass die Bestimmung über die Inkraftsetzung eines Bundesgesetzes im ausschließlichen Kompetenzbereich des Gesetzgebers liegt und deren Übertragbarkeit auf ein anderes Staatsorgan nicht mit der Verfassung vereinbar wäre⁵⁶⁸. Hinsichtlich einer Übertragung der Bestimmungsmöglichkeit über den sachlichen Anwendungsbereich eines Gesetzes auf die Exekutive durch Festsetzung der

⁵⁶⁵ So auch Brenner, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Art. 80, Rn. 36.

⁵⁶⁶ Vgl. z.B. BVerfGE 1, 14 (60); 5, 71 (76); 7, 282 (302); 8, 274 (312); 15, 153 (160); 20, 257 (269 f.).

⁵⁶⁷ Faber, DÖV 1995, S. 403 (413).

⁵⁶⁸ BVerfGE 42, 263 (282 f.), siehe auch BVerfG, NJW-RR 1993, S. 253 (253).

Schwellenwerte, wie es die §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB zur Folge haben, kann grundsätzlich nichts anderes gelten. In beiden Fällen handelt es sich um elementare Bestandteile eines jeden Gesetzes, die Klarheit darüber schaffen, auf welche Sachverhalte dieses anwendbar ist. Dass solch wesentliche Regelungen allein dem Gesetzgeber vorbehalten sein müssen, steht außer Frage. Dieser Grundsatz könnte jedoch im vorliegenden Fall eine Ausnahme erfahren, da der Mindestanwendungsbereich des GWB bereits durch die in den EU-Vergaberichtlinien festgesetzten Werte abgegrenzt worden ist. Weicht die Exekutive von diesen in zulässiger Weise ab, so führt das in jedem Fall zu einer für die betroffenen Bieter günstigeren Situation, da durch die Minimierung der Schwellenwerte der Anwendungsbereich des GWB auf solche Fälle erweitert würde. Eine vermehrte Anwendbarkeit der im GWB verankerten Verfahrens- und Rechtsschutzvorschriften und die damit gleichzeitig erwirkte Verkürzung des gesetzlich nicht normierten Unterschwellenbereichs würde zu erheblich mehr Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im Vergaberecht führen. Zwar liegt auf der Hand, dass sich eine erweiterte Normierung gleichzeitig negativ für den zunächst erfolgreichen Bieter auswirkt, der durch die Eröffnung von Rechtsschutz eine gerichtliche Hinderung der Zuschlagserteilung dulden muss. Im Rahmen einer solchen „Doppelwirkung“ dürften die für alle Teilnehmer geltenden Aspekte der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit jedoch wesentlich gewichtiger erscheinen, so dass eine erweiterte gesetzliche Normierung des Vergaberechts insgesamt als positiv zu bewerten ist.

Unterstützung findet vorliegende These durch ein weiteres, in Bezug auf das Bestimmtheitsgebot gesprochenes Urteil des Bundesverfassungsgerichts, nach dem die an Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG gestellten Anforderungen bei Ermächtigungen zu belastenden Normen strenger sein müssen als bei Ermächtigungen zu begünstigenden Regelungen⁵⁶⁹. Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass die gem. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG an die Bestimmtheit von Verordnungsermächtigungen zu stellenden Anforderungen abgestuft nach der jeweiligen Bedeutung des Grundrechts und der Intensität der Rechtsbeeinträchtigungen des Bürgers gelten müssen. Demzufolge genügt wohl eine Festsetzung der an den gesetzlichen Anwendungsbereich gestellten Minimalanforderungen durch europäisches Richtlinienrecht den Vorgaben des Bestimmtheitsgebots, wenn eine zulässige Abweichung von diesen sich für die davon betroffenen Bürger positiv auswirkt. Die

⁵⁶⁹ BVerfGE 23, 62 (73).

Übertragung der Kompetenz zur Festsetzung der Schwellenwerte an die Bundesregierung steht damit mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 GG im Einklang⁵⁷⁰.

Verfassungsrechtliche Probleme könnte darüber hinaus die der Festsetzung im Einzelfall dienende anfängliche Schätzung der Auftragswerte bereiten⁵⁷¹. Denn die Exekutive entscheidet im Wege der ihre obliegenden Schätzung, an die keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden sollen⁵⁷², über die Anwendbarkeit des GWB auf ihr eigenes Vergabeverhalten. Hinsichtlich des Schätzungsvorgangs ist nicht auszuschließen, dass das tatsächliche Auftragsvolumen den geschätzten Auftragswert über- oder unterschreitet. Rechtsprobleme bereitet eine solche Situation dann, wenn die tatsächliche Auftragssumme von einer unterhalb der Schwellenwerte liegenden Prognose soweit abweicht, dass sie die durch die Schwellenwerte festgelegte Grenze überschreitet. Derzeit gebietet zwar die durch die Exekutive selbst erlassene Vergabeverordnung gem. § 3 Abs. 2 VgV, dass der Wert eines beabsichtigten Auftrags nicht in der Absicht geschätzt oder aufgeteilt werden darf, ihn der Anwendungen der Vergabebestimmungen zu entziehen. Geht ein öffentlicher Auftraggeber jedoch im Vorfeld entgegen dieser Verpflichtung von einem unter dem Schwellenwert liegenden Auftragsvolumen aus und hat sich im Rahmen des Vergabeverfahrens herausgestellt, dass der tatsächliche Auftragswert den Schwellenwert überschreitet, muss er weder das freihändige Verfahren beenden und ein standardisiertes Vergabeverfahren einleiten, noch im Fall einer rechtswidrigen Zuschlagserteilung gegen ihn gerichteten primären Bieterrechtsschutz befürchten. Den betroffenen Bietern stünde allenfalls ein Schadensersatzanspruch gem. Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB zu. Für den öffentlichen Auftraggeber bleibt es bei einer Zuwiderhandlung mithin nahezu ohne rechtliche Konsequenzen, wenn kein europaweites Vergabeverfahren stattgefunden hat und den rechtswidrig übergangenen Bietern kein Rechtsschutz nach dem GWB gewährt worden ist⁵⁷³. Ein möglicher Lösungsansatz dieses Problems ist die Schaffung einer gerichtlichen Überprüfbarkeit des Schätzungsvorgangs an sich⁵⁷⁴ sowie die gesetzlich normierte Begrenzung des Prognosespielraums. Ferner würden im Fall einer mehr als 5% vom tatsächlichen Auftragswert abweichenden Fehlschätzung drohende Sanktionen ein

⁵⁷⁰ A.A.: Krist, Die Neuordnung des Vergaberechtsschutzes, S. 35 ff.

⁵⁷¹ Vgl. dazu oben, 2. Teil, S. 33 ff.

⁵⁷² Ingenstau/ Korbion, VOB, § 1a, Rn. 3.

⁵⁷³ Vgl. Krist, Die Neuordnung des Vergaberechtsschutzes, S. 36 ff.

⁵⁷⁴ So fordert es Krist, Die Neuordnung des Vergaberechtsschutzes, S. 38.

geeignetes Mittel darstellen, die öffentlichen Auftraggeber von einer solchen abzuhalten⁵⁷⁵. Folglich bedarf es im Hinblick auf Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG einer über § 3 Abs. 2 VgV hinausgehenden gesetzlichen Begrenzung des Schätzungsvorgangs. Dem zugrunde liegender Zweck ist es, Verfahrens- und Rechtsschutzverkürzungen seitens der Bieter zu vermeiden⁵⁷⁶. Die durch die §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB geschaffene Rechtsverordnungsermächtigung ist insoweit nicht hinreichend genug bestimmt und verstößt gegen Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG.

C. Ergebnis

Rechtsstaats- und Demokratieprinzip verpflichten den Gesetzgeber zur Normierung von Vergabe- und Rechtsschutzverfahren auch für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte, da den Bietern ansonsten jedwede Möglichkeit zur Durchsetzung ihrer Grundrechte fehlt. Solange es an einer solchen gesetzlichen Ausgestaltung mangelt, verstößt die durch die Schwellenwertregelung verursachte Zweiteilung des Vergaberechts gegen die in Art. 20 GG verankerten Staatsprinzipien. Dagegen verstoßen die §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB in ihrer Gestalt als Ermächtigungsnorm zum Erlass einer Rechtsverordnung nicht gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, da eine Begrenzung der Schwellenwerte bereits im Rahmen der EG-Richtlinien zum Vergaberecht stattgefunden hat. Verfassungsrechtliche Probleme in Bezug auf das Bestimmtheitsgebot ergeben sich allein im Hinblick auf die anfängliche Schätzung der Schwellenwerte.

§ 3 Gesamtergebnis zum 4. Teil

Die im Rahmen der Umsetzung der Vergaberichtlinien erlassenen Regelungen der §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB führen dazu, dass unterhalb der Schwellenwerte immer noch ein gesetzesfreier Raum existiert, welcher jeglicher vergabespezifischer und verbindlicher Verfahrens- und Rechtsschutzvorschriften entbehrt. Ein solches System widerspricht den gemäß der Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 19 Abs. 4 GG vorausgesetzten grundrechtlichen Anforderungen. Ebenso läuft es der auf dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip beruhenden Wesentlichkeitsgarantie merklich zuwider.

⁵⁷⁵ Vgl. zur Begrenzung des Schätzungsvorgangs Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, VOF, § 2, Rn. 26; 2. Teil, S. 33 ff.

⁵⁷⁶ Krist, Die Neuordnung des Vergaberechtsschutzes, S. 38.

5. Teil

Sonstige Behandlung von Schwellenwerten bzw. betragsmäßigen Begrenzungen im nationalen Rechtssystem

Eine der Zweiteilung des Vergaberechts entsprechende Situation existiert im deutschen Rechtssystem bisher nicht. Möglicherweise lassen sich aber anhand des Vergleichs der Schwellenwertregelung mit sonstigen betragsmäßigen Begrenzungen Parallelen entwickeln, die der aktuellen Rechtslage im Vergaberecht zugute kommen können.

§ 1 Die Streitwertgrenzen

Die nationalen Prozessordnungen sehen als Rechtsmittelbeschränkungen zu den jeweiligen Gerichten bestimmte Kontrollfilter vor. Unter anderem soll eine Regulierung des Rechtsmittelaufkommens durch die Schaffung eines Streitwertsystems erreicht werden, indem die Möglichkeit zur Anrufung der jeweils folgenden Instanz von der Erreichung eines bestimmten Streitwerts abhängig gemacht wird. Beispielsweise kann gem. § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nur gegen solche Urteile Berufung eingelegt werden, deren Streitwert sechshundert Euro übersteigt. Der Einführung von Streitwertgrenzen liegt der auf dem Verhältnismäßigkeitsprinzip beruhende Gedanke zugrunde, dass die Inanspruchnahme der ohnehin überlasteten Gerichte mit den rechtlichen Interessen des Betroffenen dann in keinem Verhältnis steht, wenn der gerichtliche Aufwand erheblich höher zu veranschlagen ist, als das Schutzinteresse des Einzelnen⁵⁷⁷. Im Konflikt zwischen Richtigkeitsgewähr und Angemessenheit der Sozialkosten hat also das Interesse der Parteien an einer Überprüfung ihrer Entscheidung unterhalb einer bestimmten Streitwertgrenze zurückzutreten⁵⁷⁸. Dass hinsichtlich solcher Regelungen verfassungsrechtliche Bedenken auftreten, liegt auf der Hand⁵⁷⁹. So wird es zum Teil als ein Gebot des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) und des Sozialstaatsprinzips angesehen, alle

⁵⁷⁷ Grunsky, in: Stein/ Jonas, ZPO, § 511 a, Rn. 2.

⁵⁷⁸ Ankermann, in: AK ZPO, § 511 a, Rn. 2.

⁵⁷⁹ Vgl. z.B. Gottwald zum 61. DJT, I A, S. 10; Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 335 ff.; Kissel, GVG, § 23, Rn. 5 ff. m.w.N.

Rechtsstreitigkeiten ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitwerts oder die Art des Gegenstands des Rechtsstreits als gleich bedeutsam zu behandeln⁵⁸⁰. Denn die Bedeutsamkeit und Schwierigkeit eines Rechtsstreits könne nicht anhand einer rechnerisch erfassbaren Summe bestimmt werden. Außerdem dürfe das Rechtsgefühl des einzelnen Staatsbürgers nicht dadurch beeinträchtigt werden, dass seine von ihm als bedeutsam empfundene Rechtssache von geringerem Wert angesehen und weniger wichtig genommen wird, als die Rechtssachen anderer mit höherem Streitwert⁵⁸¹.

Eine Parallele der im deutschen Recht anerkannten Streitwertgrenzen zum Vergaberecht liegt auf der Hand. Beide Konstellationen haben vollständige Rechtsmittelausschlüsse zur Folge, indem die Rechtsschutzgewährung vom Erreichen einer bestimmten Geldsumme abhängig gemacht wird. Dieser Betrag errechnet sich in den oben dargestellten Fällen anhand des Streitwerts, im Vergaberecht nach dem voraussichtlichen Wert des jeweiligen Auftrags. Gegen die Vergleichbarkeit beider Fallkonstellationen spricht zunächst, dass es sich bei den Streitwertgrenzen um die verfahrensrechtliche und damit formelle Festsetzung einer Erheblichkeitsgrenze zur Beurteilung einer Beschwerde handelt, während im Vergaberecht durch die Festsetzung der Schwellenwerte eine materiell - rechtliche Qualifizierung erfolgt. Denn die Qualifizierung der Basisparagrafen der Verdingungsordnungen als subjektive Rechtspositionen begründet sich in Abhängigkeit zu dem geschätzten Auftragswert und gilt nur oberhalb der Schwellenwerte⁵⁸². Soweit dagegen subjektive Rechtspositionen der beteiligten Unternehmen aus anderen Rechtsgebieten angenommen werden, folgt daraus die Vergleichbarkeit zu den Streitwertgrenzen, da es für deren Durchsetzung an entsprechenden Verfahrensrechten fehlt. Insoweit läuft es in beiden Fallkonstellationen auf eine verfahrensrechtliche Rechtsschutzverweh rung hinaus.

Allerdings beziehen sich die Streitwertgrenzen regelmäßig auf die zweite bzw. die dritte Rechtsschutzinstanz. Der Zugang zu einem erstinstanzlichen Rechtsschutzverfahren wird grundsätzlich losgelöst von bestimmten Streitwertgrenzen gewährt. Die vergaberechtlichen Schwellenwerte verwehren betroffenen Bietern dagegen bei Nichterreichen jeglichen Rechtsschutz und damit

⁵⁸⁰ Kissel, GVG, § 23, Rn. 9.

⁵⁸¹ Kissel, GVG, § 23, Rn. 8 f.

⁵⁸² Erdl, Der neue Vergaberechtsschutz, Rn. 480; a.A.: Die österr. Bundesregierung, VergR 2001, S. 32 (34).

bereits den Zugang zur ersten Instanz. Sie können daher gerade nicht durch einen Vergleich mit den in den Prozessordnungen geregelten Streitwertgrenzen gerechtfertigt werden.

§ 2 Bagatellgrenzen

Gelegentlich hält das deutsche Recht, z. B. in § 495 a ZPO, Sonderregelungen für sogenannte Bagatellsachen bereit. Diese beruhen auf dem Gedanken, dass Sachverhalte von geringem Wert von ebenso geringem Interesse für den Einzelnen und die gesamte Rechtsordnung sind⁵⁸³. Sie haben daher meist die Beschleunigung und Vereinfachung des jeweils betroffenen Verfahrens zum Ziel. Der Verzicht auf Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich beruhte ebenfalls auf verfahrensökonomischen Erwägungen⁵⁸⁴, so dass beide Konstellationen in dieser Hinsicht vergleichbar sind. Jedoch liegt den Sonderregelungen für Bagatellsachen der Gedanke zugrunde, dass schon die Eröffnung eines Rechtsstreits auch für den in seinen Rechten verletzten potentiellen Kläger regelmäßig nur von äußerst geringer Bedeutung ist. Verfahrensvereinfachungen und Verfahrensbeschleunigungen berühren das Rechtsschutzinteresse des Klägers daher nicht. Dies muss erst recht gelten, wenn dem Betroffenen bestimmte Mitwirkungsrechte, wie beispielsweise das Antragsrecht auf mündliche Verhandlung gem. § 495 S. 2 ZPO, eingeräumt werden. Anders stellt sich Situation im Vergaberecht dar, in dem es bereits an der Eröffnungsmöglichkeit eines vergabespezifischen Rechtsschutzverfahrens fehlt. Erreicht ein Auftrag die vorgegebenen Schwellenwerte nicht, so kann dieser für kleinere Unternehmen jedoch von bedeutendem wirtschaftlichen Interesse sein, zumal die Schwellenwerte wesentlich höher beziffert worden sind, als die Bagatellgrenzen⁵⁸⁵. Es kann mitunter sogar so weit kommen, dass sich ein rechtswidriges Übergehen bei der Zuschlagserteilung existenzgefährdend auswirkt, so dass ein besonderes Interesse an der gerichtlichen Ahndung von Verfahrensfehlern gegeben ist. Von einer Bagatelle kann mithin keine Rede sein. Eine Anwendbarkeit der Grundsätze der „Nichtbeachtung von Bagatellsachen“ auf die durch § 100 Abs. 1 GWB hervorgerufene Zweiteilung des Vergaberechts scheidet daher aus.

⁵⁸³ Ausführlich zu dieser Thematik: Stollmann, NJW 1991, S. 1719 ff.; Heinrichs, NJW 1991, S. 2815 f.; Jestaedt, Der Staat, 1993, S. 29 ff.; Fischer, MDR 1994, S. 978 ff.; Kunze, NJW 1995, S. 2750 ff.; Städing, NJW 1996, S. 691 ff.; Redeker, NJW 1996, S. 1870 ff.; Buß, NJW 1998, S. 337 ff.

⁵⁸⁴ BT-Drucks. 13/9340, Anlage 1 zur Begründung, S. 25.

⁵⁸⁵ In § 459 a ZPO zieht der Gesetzgeber die Grenze beispielsweise schon bei 600,- Euro.

§ 3 Kartellrechtlich festgesetzte Schwellenwerte

A. Das kartellrechtliche Zusammenschlussverfahren

Das in den Teilen 1 bis 3 des GWB geregelte Kartellrecht⁵⁸⁶ fordert für die Anwendbarkeit der Normen über die Zusammenschlusskontrolle (§§ 35 ff. GWB) das Erreichen eines bestimmten Umsatzerlöses durch die beteiligten Unternehmen. § 35 Abs. 1 GWB setzt in diesem Zusammenhang voraus, dass diese im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Millionen Euro (Nr. 1) und mindestens ein beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Millionen Euro (Nr. 2) erzielt haben. Nur wenn beide Voraussetzungen kumulativ vorliegen, bedarf der Zusammenschluss der Anmeldung beim Bundeskartellamt. Dies gilt jedoch nicht uneingeschränkt. So soll Abs. 1 gem. § 35 Abs. 2 GWB dann nicht anwendbar sein, wenn sich ein Unternehmen, das nicht im Sinne des § 36 Abs. 2 GWB abhängig ist⁵⁸⁷ und im letzten Geschäftsjahr weltweit Umsatzerlöse von weniger als 10 Millionen Euro erzielt hat, mit einem anderen Unternehmen zusammenschließt (Nr. 1) oder soweit ein Markt betroffen ist, auf dem seit mindestens fünf Jahren Waren oder gewerbliche Leistungen angeboten werden und auf dem im letzten Kalenderjahr weniger als 15 Millionen Euro umgesetzt wurden (Nr. 2)⁵⁸⁸. Der dahinter stehende Grundgedanke geht dahin, dass die Fusionskontrolle nur Vorgänge mit einem hinreichenden wirtschaftlichen Gewicht erfassen soll, was dann nicht der Fall ist, wenn der Zusammenschluss lediglich einen Bagatellmarkt berührt⁵⁸⁹. Ebenfalls unanwendbar sind die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle gem. § 35 Abs. 3 GWB soweit die Kommission der Europäischen Gemeinschaften nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rats vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen in ihrer jeweils geltenden Fassung

⁵⁸⁶ Zeitgleich mit der Verkündung des VgRÄG erfolgte die Verkündung einer Novellierung der kartellrechtlichen Vorschriften des GWB im Bundesgesetzblatt (BGBl. 1998, Teil I vom 2.9.1998, S. 2512 (VgRÄG) und S. 2546 (GWB)); vgl. zu dem bis heute ungeklärten Verhältnis des Vergaberechts zum Kartellrecht Hopp, DB 2000, S. 29 ff.

⁵⁸⁷ „§ 36 GWB:

(...)

Ist ein beteiligtes Unternehmen ein abhängiges oder herrschendes Unternehmen im Sinne des § 17 des Aktiengesetzes oder ein Konzernunternehmen im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes, sind die so verbundenen Unternehmen als einheitliches Unternehmen anzusehen. Wirken mehrere Unternehmen derart zusammen, dass sie gemeinsam einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können, gilt jedes von ihnen als herrschendes.

(...)“.

⁵⁸⁸ Soweit durch den Zusammenschluss der Wettbewerb beim Verlag, bei der Herstellung oder beim Vertrieb von Zeitungen oder Zeitschriften oder deren Bestandteilen beschränkt wird, gilt nur Satz 1 Nr. 2 (§ 35 Abs. 2 S. 2 GWB).

⁵⁸⁹ Ruppelt, in: Langen/ Bunte, Kartellrecht, § 35, Rn. 24.

ausschließlich zuständig ist. Damit unterliegt der jeweilige Fall ausschließlich der Anmeldepflicht nach EG-Recht, wenn es sich um einen Zusammenschluss i.S.d. Art. 3 VO 4046/89 handelt, der von „gemeinschaftsweiter Bedeutung“ i.S.d. Art. 1 VO 4046/89 ist⁵⁹⁰. Als Anhaltspunkte für eine „gemeinschaftsweite Bedeutung“ enthält die Verordnung in Art. 1 Abs. 2 und 3 ebenfalls Schwellenwerte, die sich – entsprechend dem nationalen Kartellrecht – auf bestimmte von den Unternehmen erzielte Umsatzerlöse beziehen.

Richtet sich ein Zusammenschluss allein nach europäischem Recht und wird über diesen durch die Kommission nicht in einer für die beteiligten Unternehmen zufrieden stellenden Weise entschieden, so enthält die VO 4046/89 keine ausdrücklichen Rechtsschutzregelungen. Als Rechtsgrundlagen für gerichtlichen Rechtsschutz gegen Genehmigungs- und Untersagungsentscheidungen dienen vielmehr die allgemeinen Regelungen der Art. 230 ff. EG⁵⁹¹. Unterfällt ein Zusammenschlussvorhaben dagegen dem nationalen Recht, so hält das GWB spezielle Rechtsschutzmöglichkeiten bereit. Gemäß den §§ 63 ff. GWB kann gegen Verfügungen der Kartellbehörde Beschwerde bei dem für ihren Sitz zuständigen Oberlandesgericht eingelegt werden. Der Beschluss des Oberlandesgerichts ist wiederum gem. §§ 74 ff. GWB durch das Einlegen einer Rechtsbeschwerde vor dem Bundesgerichtshof angreifbar⁵⁹². Erreichen die Umsatzerlöse der beteiligten Unternehmen weder die in der VO 4046/89 noch die in § 35 GWB vorgegebenen Schwellenwerte, so finden die speziellen Verfahrens- und Rechtsschutzvorschriften keine Anwendung. Die Durchführung solcher Zusammenschlüsse ist vielmehr zustimmungsfrei möglich. Sie unterliegt allein den allgemeinen Vorschriften des Kartellrechts, die jedoch in den meisten Fällen aufgrund mangelnder Marktbeherrschung keine Anwendung finden dürften.

B. Vergleichbarkeit mit den §§ 35 ff. GWB

Die Parallele der dargestellten Fusionskontrollvorschriften zum Vergaberecht liegt offensichtlich darin, dass ab dem Erreichen bestimmter Schwellenwerte besondere

⁵⁹⁰ Vgl. Bechtold, GWB, Vor. § 35, Rn. 5.

⁵⁹¹ Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 17, Rn. 189 ff.; Art. 16 VO 4046/89 erweitert diesen Rechtsschutz lediglich um eine uneingeschränkte Ermessensprüfung und die Möglichkeit der abschließenden Entscheidung durch das Gericht bei Geldbußen und Zwangsgeldern. Art. 9 VO 4046/98 stellt einen bloß deklaratorischen Hinweis auf die Klagemöglichkeiten eines Mitgliedstaates dar.

⁵⁹² Rein zivilrechtliche Streitigkeiten richten sich allein nach den §§ 87 ff. GWB.

Verfahrens- und Rechtsschutzvorschriften gelten. Weiterhin ist in beiden Fällen der eindeutige Wille des Gesetzgebers erkennbar, nach dem die darunter liegenden Verfahren nicht von spezialgesetzlich festgelegten Voraussetzungen abhängig sein sollen. Trotzdem unterscheiden sich die beiden Rechtsgebiete anhand zweier wesentlicher Kriterien: Zunächst stehen im Rahmen eines kartellrechtlichen Zusammenschlussverfahrens zwei oder mehrere Unternehmen dem Staat gegenüber, die ein gemeinsames Ziel haben und zusammenwirken wollen, während im Vergaberecht die dem Staat gegenüberstehenden Bieter miteinander konkurrieren. Gravierender erscheint jedoch die Tatsache, dass es sich im Kartellrecht für die Unternehmen negativ auswirkt, wenn sie aufgrund ihrer Umsatzerlöse die vorgegebenen Schwellenwerte erreichen und deshalb die gesetzlichen Regelungen eingreifen, da das Zusammenschlussvorhaben ab diesem Zeitpunkt anmeldepflichtig wird. Dagegen löst die Anwendbarkeit der gesetzlichen Vergaberegungen den für die Bieter positiven Effekt aus, dass ausdrückliche subjektive Rechtspositionen entstehen, deren Einhaltung seitens des Auftraggebers gerichtlich durchsetzbar ist. Dasselbe Prinzip gilt umgekehrt für die jeweiligen Unterschwellenbereiche. Eine Fusion ist hier möglich, ohne dass sie einer Anmeldung bedarf, so dass den beteiligten Unternehmen zumindest eine enorme „Verfahrenshürde“ erspart bleibt. Im Gegensatz dazu enthält das Vergaberecht den Beteiligten im Unterschwellenbereich ein gesetzlich normiertes Verfahren vor, was für die Bieter aufgrund der Unkontrollierbarkeit der jeweiligen Auftragsvergabe in der Regel negative Folgen hat. An diesem Ergebnis ändert sich auch unter dem Aspekt nichts, dass sowohl im Kartellrecht als auch im Vergaberecht im Bereich unterhalb der Schwellenwerte kein spezifischer Rechtsschutz existiert. Denn durch die Durchführung eines formlosen kartellrechtlichen Zusammenschlussverfahrens erreichen die beteiligten Unternehmen im Gegensatz zu den in einem Vergabeverfahren rechtswidrig übergangenen Bietern ihr Ziel. Eingeschränkt werden können eventuell die durch Art. 12 GG grundrechtlich geschützten Interessen konkurrierender Unternehmen. Das Übergehen eines Bieters im Vergabeverfahren führt dagegen zu einer Grundrechtsbeeinträchtigung des unmittelbar am Verfahren Beteiligten. Es ist daher anzunehmen, dass das Vergaberecht im Unterschwellenbereich auf erheblich größere verfassungsrechtliche Bedenken stößt als das Kartellrecht.

Die Schwellenwertregelungen der § 35 GWB bzw. Art. 1 Abs. 2 und 3 VO 4046/89 sind damit mit § 100 Abs. 1 GWB nur insofern vergleichbar, als dass sie über die

Anwendbarkeit der jeweiligen Normen entscheiden. Die sich aus den einzelnen Anwendungsbereichen ergebenden Folgen für die Beteiligten weichen jedoch soweit voneinander ab, dass eine Übertragbarkeit der Grundsätze des Zusammenschlussverfahrens auf das Vergabeverfahren ausscheidet.

§ 4 Gesamtergebnis zum 5. Teil

Im Rahmen des Vergleichs der Schwellenwertregelung des § 100 Abs. 1 GWB mit den Streitwertgrenzen, den Bagatellgrenzen sowie den kartellrechtlich festgesetzten Schwellenwerten konnten zwar jeweils Parallelen ermittelt werden. Eine Übertragbarkeit der zur Verfassungsmäßigkeit der vergleichsweise herangezogenen Regelungen entwickelten Grundsätze scheidet jedoch aufgrund der jeweils schwerer wiegenden Unstimmigkeiten aus.

6. Teil

Lösungsansatz

Zu untersuchen bleibt, inwiefern die Unvereinbarkeit der durch die Schwellenwertregelung hervorgerufenen Zweiteilung des Vergaberechts mit den durch das Grundgesetz vorgegebenen Anforderungen behoben werden kann. Hierbei ist der seit jeher klar zum Ausdruck kommende Wille des nationalen Gesetzgebers und der öffentlichen Verwaltung im Hinblick auf die Vermeidung von Verfahrens- und Rechtsschutzvorschriften im Unterschwellenbereich zu respektieren, damit überhaupt eine Verwirklichungschance besteht. Es erscheint daher sinnvoll, die erforderlichen Vorschriften in vorhandene Gesetzesstrukturen unter Verwendung bekannter Verfahrensmuster zu integrieren.

§ 1 Übertragbarkeit der §§ 97 ff. GWB auf den Unterschwellenbereich?

Ohne dass es eines Einschreitens durch den Gesetzgeber bedürfte, käme eventuell eine Übertragbarkeit der §§ 97 ff. GWB auf den Unterschwellenbereich im Wege einer analogen Anwendung der Vorschriften in Betracht. Eine solche ist zumindest dem Vergabewesen auf Landesebene nicht unbekannt. § 3 des Vergabegesetzes für das Land Bremen sowie § 2 Abs. 1 des niedersächsisches Landesvergabegesetzes erlauben ausdrücklich die analoge Anwendung der §§ 97 Abs. 1 – 5, 98 – 101 GWB, §§ 4, 6, 16 VgV. Analogie bedeutet die Übertragung der für einen Tatbestand oder für mehrere untereinander ähnliche Tatbestände im Gesetz gegebenen Regel auf einen vom Gesetz nicht geregelten, ihm „ähnlichen“ Tatbestand⁵⁹³. An einer Ähnlichkeit der allein anhand des Erreichens von Schwellenwerten zu differenzierenden Vergabeverfahren bestehen keine Zweifel. Eine analoge Rechtsanwendung erfordert aber über die Ähnlichkeit der Tatbestände hinaus das Vorliegen einer „planwidrigen Unvollständigkeit“ des Gesetzes⁵⁹⁴, d.h. das jeweilige Gesetz muss im Hinblick auf die von ihm erstrebte, sachlich umfassende und in diesem Sinne vollständige sowie sachgerechte Regelung eine Lücke aufweisen⁵⁹⁵. Von einer planwidrigen Regelungslücke kann im Vergaberecht jedoch keine Rede

⁵⁹³ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 202.

⁵⁹⁴ Elze, Lücken im Gesetz, S. 3 ff.; Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 473.

⁵⁹⁵ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 196.

sein. Soweit die europäischen Vergaberichtlinien dem nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit einräumen, im Rahmen ihrer Umsetzung auch im Unterschwellenbereich subjektive Bieterrechte mit einer entsprechenden Rechtsschutzgewährung zu schaffen, widerspricht es dem erklärten Willen des Gesetzgebers, den Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB auf diesen zu erstrecken⁵⁹⁶. Es soll vielmehr - soweit es geht - an den Zielen der „haushaltsrechtlichen Lösung“ festgehalten werden, „individuelle, einklagbare Rechtsansprüche der Bieter nicht entstehen zu lassen“⁵⁹⁷. Die Umsetzung der Vergaberichtlinien ist daher bewusst innerhalb der vorgegebenen Mindestgrenzen erfolgt, so dass hinsichtlich der analogen Anwendung der §§ 97 ff. GWB auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte sowohl bezüglich der Begründung subjektiver Bieterrechte, als auch bezüglich der Rechtsschutzvorschriften mangels Planwidrigkeit äußerste Zurückhaltung geboten ist.

Aus ebensolchen Erwägungen scheidet auch eine Aufforderung an den Gesetzgeber aus, die Vergabevorschriften auf den Unterschwellenbereich auszuweiten. Dieser hat sich stetig bemüht, an der „haushaltsrechtlichen Lösung“ festzuhalten. Er würde sich daher vermutlich zu keinem gänzlichen Verzicht auf Auftragswertgrenzen bereit erklären, so dass erneut die Frage nach einer Mindestgrenze für die Anwendung der Vergabevorschriften diskutiert werden müsste. Ebenfalls wären selbst im Fall einer deutlichen Herabsetzung der Schwellenwerte die verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber der aus den §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB folgenden Rechtslage nicht ausgeräumt. Außerdem sind die durch den europäischen Gesetzgeber aufgestellten Erwägungen zur Höhe der Schwellenwerte insoweit nachvollziehbar, als dass sie davon ausgehen, dass der für ausländische Bewerber mit einer Teilnahme am Vergabeverfahren verbundene wirtschaftliche Aufwand erst ab einem bestimmten Auftragsvolumen lohnenswert ist. Überträgt man diesen Grundsatz auf das nationale Vergabewesen, so erweist sich für Auftragsvergaben mit einem Auftragsvolumen unterhalb der in den Richtlinien festgesetzten Schwellenwerte ein europaweites Ausschreibungsverfahren als überflüssig, da mit einer Beteiligung ausländischer Bieter kaum gerechnet werden dürfte. Der dadurch entstehende Zeit- und Kostenaufwand stünde in keiner Relation zum Auftragswert. Gleiches gilt für allein auf nationaler Ebene durchzuführende Ausschreibungen, wenn aufgrund des Auftragswerts mit einer Beteiligung von Unternehmen aus anderen Bundesländern

⁵⁹⁶ BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 13, 15.

⁵⁹⁷ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung Drucks. 12/4636, S. 12.

oder sonst entfernteren Gebieten innerhalb der Bundesrepublik nicht zu rechnen ist. Sinnvoll erscheint daher die Suche nach einer rechtlichen Lösung, innerhalb der an der Trennung des Vergaberechts anhand des Erreichens bestimmter Schwellenwerte festgehalten und für alle Vergabeverfahren, die sich im Bereich unterhalb der Schwellenwerte bewegen, ein eigenständiges, rein nationales Regelungssystem entwickelt bzw. dieses in bereits vorhandene, nicht vergabespezifische Normenstrukturen eingegliedert wird.

§ 2 Eingliederung eines (vereinfachten) Verfahrens- und Rechtsschutzsystems in vorhandene Normstrukturen

Es gilt, im Wege der Schaffung eines Verfahrens- und Rechtsschutzsystems für den Unterschwellenbereich einen Kompromiss zu finden, der die Interessen aller Beteiligten gleichermaßen berücksichtigt. Beispielsweise ist es erforderlich, den öffentlichen Auftraggebern im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens nicht zu viele Verfahrenshürden aufzuerlegen, da ansonsten wohl in vielen Fällen der Aufwand der Ausschreibung im krassen Missverhältnis zum Wert des einzelnen Auftrags stehen würde. Zum Schutz der einzelnen Bieter ist es geboten, für Rechtsklarheit und Rechtssicherheit Sorge zu tragen. Ferner sollte eine Überlastung etwaiger Überprüfungsinstanzen vermieden werden. Insgesamt muss zur Vermeidung von übermäßigem Kosten- und Zeitaufwand ein zwar umfassendes, jedoch gegenüber den EG-weiten Ausschreibungen vereinfachtes Verfahrens- und Rechtsschutzsystem angestrebt werden, innerhalb dessen die Formalitäten auf ein rechtlich noch zu vertretendes Minimum beschränkt werden.

A. Gesetzliche Normierung des Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich

I. Umfang des Unterschwellenbereichs

Trotz vielfacher Forderungen nach einer Herabsetzung der Schwellenwerte bietet es sich an, die in den europäischen Vergaberichtlinien vorgegebenen Werte der Höhe nach in das nationale Vergaberecht zu übertragen. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass die öffentlichen Auftraggeber im Einzelfall ihre Ausschreibungsverfahren den Schwellenwerten aufgrund deren Vielzahl nur schwer zuordnen können und dadurch Abgrenzungsprobleme entstehen. Schutzwürdiger

erscheinen aber in diesem Fall die Interessen der einzelnen Bieter, da sie dem – wenn auch nach herrschender Ansicht nur privatrechtlich handelnden – Staat gegenüberstehen. Eine Abweichung der Schwellenwerte von den europäischen Vorgaben würde einen weiteren Schritt in die Intransparenz des ohnehin schon für juristische Laien schwer durchschaubaren Vergabewesens bedeuten und zu noch größeren Rechtsunsicherheiten und Rechtsanwendungsfehlern führen. Deswegen ist es sinnvoll, die bereits existierenden Schwellenwerte als „Obergrenze für den Unterschwellenbereich“ beizubehalten.

II. Inhaltliche Anforderungen an das Vergabeverfahren

Zur Festsetzung der inhaltlichen Anforderungen, die an das Vergabeverfahren zu stellen sind, bedarf es keiner umfassenden Neuschaffung entsprechender Regelungen. Vielmehr existieren diese zum größten Teil bereits in den Verdingungsordnungen und müssten lediglich in eine rechtlich allgemeinverbindliche Form umgewandelt werden.

So enthält die VOB/A neben den allgemeinen Vorschriften über die Begriffsbestimmung (§ 1 VOB/A), die Grundsätze und die Arten der Auftragsvergabe (§§ 2, 3 VOB/A) sowie über den Umfang der jeweiligen Bauvergabe (§ 4 VOB/A) solche Vorschriften, die das im Unterschwellenbereich stattfindende Bauvergabeverfahren näher ausgestalten⁵⁹⁸. Diese – oft als Sollvorschriften formulierten Rechtssätze – regeln ausführlich, unter welchen formellen und inhaltlichen Voraussetzungen der öffentliche Auftraggeber das Ausschreibungsverfahren durchzuführen hat (§§ 5 - 17 VOB/A), wie er mit den eingegangenen Angeboten zu verfahren hat (§§ 18 - 27 VOB/A) und unter welchen Voraussetzungen schließlich Zuschlag und Vertragsschluss erfolgen müssen (§§ 28 - 30 VOB/A). Sie bieten damit eine solide Basis für die nähere gesetzliche Ausgestaltung von Vergabeverfahren mit einem unterhalb der Schwellenwerte liegenden Auftragsvolumen, die lediglich einiger Ergänzungen bedarf. Beispielsweise ist es geboten, eine Vorabinformationspflicht über die beabsichtigte Zuschlagserteilung bundesweit einzuführen, damit sich den übergangenen Bietern die Möglichkeit bietet, vor Erteilung des nicht anfechtbaren Zuschlags Rechtsmittel einzulegen.

⁵⁹⁸ Nicht auf den Unterschwellenbereich sollen selbstverständlich die a-§§ und die b-§§ der VOB/A angewendet werden können, die allein die EG-weiten Ausschreibungen näher charakterisieren.

Entsprechend des 1. Abschnitts des A-Teils der VOB bietet Abschnitt 1 der VOL/A ausführliche Ansatzpunkte zur Regelung der dem Unterschwellenbereich zuzuordnenden Vergabeverfahren. Die Basisparagrafen enthalten ebenfalls Bestimmungen über die Durchführung der Ausschreibungen (§§ 5 – 17 VOL/A), die Behandlung der einzelnen Angebote (§§ 27 VOL/A) sowie die Zuschlagserteilung und den Vertragsschluss (§§ 28 f. VOL/A).

Lediglich die VOF bezieht sich allein auf solche Vergabeverfahren, welche die in der Vergabeverordnung festgesetzten Schwellenwerte überschreiten und damit europaweit auszuschreiben sind (§ 2 Abs. 2 VOF). Für den Bereich der Vergabe von Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht werden und deren Auftragsvolumen unterhalb der Schwellenwerte liegt, existieren explizit keine Verfahrensvorschriften. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auch auf solche Auftragsvergaben scheidet aus den o.g. Erwägungen jedoch deswegen aus, weil unter Beibehaltung der auch im nationalen Recht geltenden Schwellenwerte eine Vereinheitlichung des Vergaberechts gerade nicht stattfinden soll. Erforderlich ist daher die Schaffung von konkreten, den Unterschwellenbereich regelnden Normen. Anhaltspunkte hierfür bieten die in den A-Teilen der VOB und der VOL aufgestellten Grundsätze.

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass die A-Teile der VOB und der VOL bereits Vereinfachungen gegenüber europaweiten Ausschreibungsverfahren enthalten, da sie für letztere darüber hinaus gehende Verfahrensvoraussetzungen vorschreiben. So sind im Fall einer europaweiten Ausschreibung zum Beispiel der Inhalt der Vergabeunterlagen⁵⁹⁹ sowie die Bekanntmachung der Auftragsvergabe⁶⁰⁰ wesentlich strengeren Maßstäben unterworfen. Lediglich im Bereich der Vergaben von freiberuflichen Leistungen ist eine Neuschaffung von Verfahrensbestimmungen notwendig. Anbieten würde sich in diesem Zusammenhang aus Gründen der Rechtsvereinfachung eine Vereinheitlichung der Verfahrensvorschriften aller drei Bereiche. Zumindest hat der Gesetzgeber aber dafür Sorge zu tragen, dass die bisher untergesetzlichen Verfahrensregelungen inhaltlich rechtliche Verbindlichkeit und Außenwirkung erlangen⁶⁰¹. Inwieweit darüber hinaus inhaltliche Ergänzungen bzw. Beschränkungen erforderlich sind, ist anhand von Erfahrungswerten und Rechtsprechungspraxis gesondert festzustellen.

⁵⁹⁹ Vgl. z.B. § 10a VOB/A.

⁶⁰⁰ Vgl. z.B. § 17a VOB/A.

⁶⁰¹ Vgl. dazu unten, 6. Teil, § 2, B.I., S. 132 ff.

III. De minimis - Schwellen

Handelt es sich um Ausschreibungsverfahren, die aufgrund ihres geringen Auftragsvolumens lediglich als Bagatellen⁶⁰² einzustufen sind, muss es dem Gesetzgeber freistehen, diese den materiellen Verfahrensvorschriften zu entziehen. Da in solchen Fällen regelmäßig weder der öffentliche Auftraggeber noch die einzelnen Teilnehmer an einem gesetzlich normierten öffentlichen Ausschreibungsverfahren interessiert sind und es hauptsächlich auf eine möglichst zügige Durchführung des Auftrags ankommt, sollen diese Aufträge durch die Festsetzung sogenannter de minimis - Schwellen von den gesetzlichen Regelungen ausgenommen und freihändig vergeben werden können⁶⁰³. Die Höhe solcher „Untergrenzen für den Unterschwellenbereich“ muss allerdings so niedrig bemessen sein, dass eine Interessenverletzung einzelner Verfahrensbeteiligter mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann.

Es bietet sich an, den öffentlichen Auftraggeber im Wege einer stufenweisen Schwellenwertfestsetzung nach unten hin immer weniger an die materiellen Vergabegrundsätze zu binden⁶⁰⁴. Denn die gesetzliche Festlegung eines pauschalen Werts erweist sich in diesem Zusammenhang schon deswegen als äußerst schwierig, weil das Interesse der Unternehmen an einem Auftrag von zahlreichen unternehmensspezifischen wie örtlichen Kriterien abhängt. So kommt es entscheidend auf Unternehmensgröße, Unternehmensstruktur, den durchschnittlichen Jahresumsatz des Unternehmens sowie die allgemeine Konjunkturlage an. Während ein florierendes Bauunternehmen mit zum Beispiel fünfhundert Mitarbeitern und einem stabilen Jahresumsatz wohl meist auf die förmliche Ausschreibung eines Auftrags mit einem Wert in Höhe von beispielsweise 15.000,-- Euro verzichten kann, weil ihm die rechtswidrige Nichterteilung des Zuschlags keineswegs wirtschaftlich schaden würde, wäre das Interesse an einem förmlichen Verfahren für ein Unternehmen mit nur wenigen Mitarbeitern wohl im Großteil aller Fälle gegeben. Die wirtschaftliche Lage kleinerer Unternehmen erlaubt es in der Regel nicht, auf die Erteilung öffentlicher Aufträge ohne weiteres zu verzichten, gerade wenn man zugrundelegt, dass die Unternehmen durch den Staat

⁶⁰² Vgl. dazu 5. Teil, § 2, S. 119 f.

⁶⁰³ Dreher, NZBau 2002, S. 419 (429).

⁶⁰⁴ Dreher, NZBau 2002, S. 419 (429), der das Steiermärkische Vergabegesetz als Beispiel für stufenweise Schwellenwertregelungen heranzieht. Die §§ 56 ff. StVergG eröffnen den öffentlichen Auftraggebern abhängig von immer niedrigeren Schwellenwerten unter immer leichteren Voraussetzungen den Zugang zum Verhandlungsverfahren und differenzieren außerdem hinsichtlich der Bekanntmachungspflichten.

als Auftraggeber einen regelmäßig zahlungskräftigen und daher attraktiven Kunden dazugewinnen.

Die stufenweise Festlegung von de minimis - Schwellen ist dem nationalen Vergabewesen auch bisher nicht unbekannt. Oftmals wird im Rahmen kommunaler Dienstanweisungen anhand von Schwellenwerten stufenweise bestimmt, ob die Aufträge durch öffentliche Ausschreibung, beschränkte Ausschreibung oder freihändige Vergabe i.S.d. §§ 3 VOB/A, 3 VOL/A zu erteilen sind. Die Höhe der vorgegebenen Auftragswerte variiert je nach Größe und Lage der Kommune sowie der wirtschaftlichen Situation innerhalb des Gemeindegebiets⁶⁰⁵. Aufgrund der besseren Sach- und Ortskenntnis, welche die Gemeinden mit den durch sie selbst zu vergebenden Aufträgen verbindet, erscheint es notwendig, den kommunalen öffentlichen Auftraggebern auch in Zukunft die Bestimmung über die Anwendung der Basisparagrafen durch die Festsetzung von de minimis - Schwellen zu überlassen. Nur auf diese Weise kann eine sachgerechte Bestimmung der Höhe der Werte garantiert werden. Dem Gesetzgeber obliegt insoweit die Übertragung der Regelungskompetenz. Allerdings müssen die Kommunen zukünftig in diesem Bereich von einer Normierung in Form von Dienstanweisungen absehen, da diese grundsätzlich keine Außenwirkung entfalten. Anbieten würde sich zur Festlegung von de minimis - Schwellen der auf einer entsprechenden Ermächtigung beruhende Erlass von Rechtsverordnungen.

B. Einführung von Rechtsschutzvorschriften im Unterschwellenbereich

Umfassender und effektiver Primär- und Sekundärrechtsschutz kann nur dann gewährleistet werden, wenn dem Rechtsschutzberechtigten ausreichende und durchsetzbare subjektive Rechtspositionen zustehen. Wie bereits aufgezeigt, ergeben sich für die einzelnen Bieter solche Rechtspositionen bisher lediglich direkt

⁶⁰⁵ Beispielsweise enthält die Dienstanweisung der Stadtverwaltung Moers (ca. 100.000 Einwohner) über die Vergabe von Aufträgen folgende Vorgaben:

„ (...)

Aufträge mit einem veranschlagten Wert von über 250.000,-- DM (entspr. 127.822,97 Euro) für den Tiefbaubereich und von über 150.000,-- DM (entspr. 76.693,78 Euro) für sonstige Aufträge sind öffentlich auszuschreiben.

Aufträge mit dem veranschlagten Wert von über 10.000,-- DM (entspr. 5.112,92 Euro) können beschränkt ausgeschrieben werden. (...)

Aufträge mit einem veranschlagten Wert von bis zu 10.000,-- DM (entspr. 5.112,92 Euro) können freihändig vergeben werden.

Bei Aufträgen mit einem Wert von über 3.000,-- DM (entspr. 1.533,88 Euro) ist eine Preisermittlung durchzuführen. Hierzu sind mindestens drei schriftliche Angebote einzuholen.“

aus den Grundrechten sowie aus solchen Normen des einfachen Rechts, die an sich nicht dem Vergaberecht zuzuordnen sind. Es stellt sich daher zunächst die Frage, inwieweit bereits in den Verdingungsordnungen subjektive Rechtspositionen enthalten wären bzw. der Gesetzgeber darüber hinaus verpflichtet sein kann, vergabespezifische Anspruchsgrundlagen zu schaffen.

I. Die Verpflichtung des Gesetzgebers zur Schaffung subjektiver Rechtspositionen

Der subjektiv-rechtliche Gehalt einer Vorschrift wird von Rechtsprechung und Literatur anhand der sogenannten Schutznormtheorie bestimmt, so dass vorliegend nach Normen zu suchen ist, die nicht ausschließlich im Allgemeininteresse bestehen, sondern zumindest auch den Interessen eines von der Allgemeinheit abgrenzbaren Personenkreises zu dienen bestimmt sind⁶⁰⁶.

1. In den Verdingungsordnungen enthaltene subjektive Rechtspositionen

Sowohl die VOB/A als auch die VOL/A enthalten entsprechende Regelungen, die – würden sie zu Gesetzesrecht angehoben - durchaus einen subjektiv - rechtlichen Gehalt aufweisen. So verbieten zum Beispiel die jeweils als „Grundsätze der Vergabe“ überschriebenen §§ 2 der VOB/A bzw. VOL/A die Diskriminierung von Unternehmen im Rahmen der Vergabe von Leistungen bzw. Bauleistungen⁶⁰⁷ und schreiben außerdem vor, dass die Vergabe von Leistungen bzw. Bauleistungen an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen/ Bewerber zu angemessenen Preisen zu erfolgen hat⁶⁰⁸. Aus dem Diskriminierungsverbot folgt für die öffentlichen Auftraggeber das Gebot, alle Unternehmer gleich zu behandeln⁶⁰⁹. Dem entsprechend dient es lediglich der Verstärkung der zwar äußerst wichtigen, aber ohnehin schon im Unterschwellenbereich unmittelbar geltenden Art.12 EG und Art. 3 Abs. 1 GG. Eine einfachgesetzliche Verankerung des Gebots würde somit eine weitere subjektive Rechtsposition der Bieter auf Gleichbehandlung schaffen, es bedürfte ihr allerdings nicht zwingend, da es sich um die reine Wiederholung bereits bestehender Ansprüche handelte. Anders verhält es sich mit dem an den öffentlichen

⁶⁰⁶ Siehe zur Schutznormtheorie oben 4. Teil, § 1, D.II.2.a., S. 68 ff.

⁶⁰⁷ § 2 Nr. 2 VOB/A, § 2 Nr. 2 VOL/A.

⁶⁰⁸ § 2 Nr. 1 VOB/A, § 2 Nr. 2 VOL/A.

⁶⁰⁹ Schraner, in: Ingenstau/ Korbion, VOB, A § 2, Rn. 32; das Gleichbehandlungsgebot wird auch in § 8 Nr. 1 VOB/A sowie in § 7 Nr. 1 VOL/A noch einmal explizit hervorgehoben.

Auftraggeber gerichteten und dem § 97 Abs. 4 GWB entsprechenden Gebot, nur an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen/ Bewerber zu angemessenen Preisen zu vergeben. Dieses legt vergabespezifisch die Auswahl der Unternehmen anhand bestimmter Eignungskriterien fest und dient durchaus dazu, die Interessen der aufgrund einer rechtswidrig durchgeführten Auswahl übergangenen Bewerber zu schützen. Aus Praktikabilitätsgründen erscheint es in diesem Fall jedoch sinnvoll, die an die einzelnen Kriterien gestellten Maßstäbe weniger streng anzusetzen, als diejenigen für Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte. Beispielsweise sollte es dem öffentlichen Auftraggeber möglich sein, entgegen § 97 Abs. 4, 2. HS GWB vergabefremde Kriterien bei der Zuschlagserteilung auch dann berücksichtigen zu können, wenn diese in außergesetzlichen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften des Bundes oder der Länder enthalten sind.

Darüber hinaus würden sämtliche sich auf das Vergabeverfahren beziehende Vorschriften der Verdingungsordnungen im Fall ihrer gesetzlichen Normierung von bloßen objektiven Verfahrensregeln zu subjektiven Schutznormen angehoben.

2. Das Erfordernis weiterer Anspruchsgrundlagen

Grundsätzlich steht es dem Gesetzgeber frei, darüber zu befinden, unter welchen Voraussetzungen den Teilnehmern an einem Vergabeverfahren weitere materiell - rechtliche oder verfahrensrechtliche Rechtsposition zustehen und welchen Inhalt sie haben sollen⁶¹⁰. Eine Grenze erfährt dieser Grundsatz jedoch durch die Grundrechte, die „von der einfachen Rechtsordnung (...) sowohl die Anerkennung und Ausformung der grundsätzlichen Abwehr-Rechtsstellung des von staatlichen Maßnahmen Betroffenen als auch die subjektivrechtliche Ausformung bestimmter Interessen der Dritten im Konfliktfeld der kollidierenden Privatinteressen“ fordern⁶¹¹. Es existiert also ein verfassungsrechtliches Subjektivierungsgebot, welches sich für das Vergaberecht vor allem aus Art. 3 Abs. 1 GG ergibt⁶¹² und das den Gesetzgeber verpflichtet, einen Grundbestand von subjektiven öffentlichen Rechten in Form von einfachem Gesetzesrecht anzuerkennen und auszuformulieren⁶¹³. Diesem Gebot widerspricht die derzeit für den Unterschwellenbereich geltende Gesetzeslage, indem sie gänzlich

⁶¹⁰ BVerfGE 78, 214 (226).

⁶¹¹ Wahl, DVBl. 1996, S. 641 (646).

⁶¹² Hermes, JZ 1997, S. 909 (914).

⁶¹³ Wahl, in: Festschrift für Konrad Redeker, S. 245; Mampel, DVBl. 1994, S. 1053 (1054).

von vergabespezifischen subjektiven Rechtspositionen absieht. Auch die im BGB, GWB und UWG vorhandenen Anspruchsgrundlagen⁶¹⁴ genügen nicht, um das gesamte Vergabeverfahren umfassend mit Anspruchsgrundlagen zu versehen, sie finden vielmehr nur in Einzelfällen Anwendung. Den Gesetzgeber trifft damit die Pflicht, den Bietern subjektive öffentliche Rechte einzuräumen. Anbieten würde sich in diesem Zusammenhang der Erlass einer dem § 97 Abs. 7 GWB entsprechenden Vorschrift, die den Bietern einen Anspruch auf Einhaltung sämtlicher Bestimmungen über das Vergabeverfahren gewährt, da sich durch eine Generalklausel umfangreiche und womöglich erneut lückenhafte Gesetzgebungsvorgänge im Vergaberecht vermeiden ließen.

II. Das Erfordernis eines mehrstufigen Rechtsschutzverfahrens

Ebenso wie im Rahmen des materiellen Vergaberechts bietet es sich aus Kostengründen und aufgrund der Masse der Vergabefälle auch für die gesetzliche Ausgestaltung des Rechtsschutzverfahrens an, dieses gegenüber den für den Oberschwellenbereich geltenden Rechtsschutzregeln zu modifizieren. Fraglich ist, ob es angesichts dessen sinnvoll wäre, den Vergaberechtsschutz auf nur eine Instanz zu beschränken⁶¹⁵. Auf eine erstinstanzliche gerichtliche Nachprüfung kann gem. Art. 19 Abs. 4 GG nicht verzichtet werden. Somit bestehen lediglich die Möglichkeiten, das Vergabeverfahren einer behördlichen Überprüfung und/ oder einem gerichtlichen Instanzenzug zu entziehen.

Der Verzicht auf ein behördliches Vorverfahren, welches nicht die aus Art. 19 Abs. 4 GG folgende Rechtsweggarantie verletzen würde, solange gerichtlicher Rechtsschutz erhalten bleibt und der Zugang zum staatlichen Gericht nicht unzumutbar erschwert wird⁶¹⁶, schmälerte die Effektivität des gesamten Nachprüfungsverfahrens. Denn entsprechend dem der verwaltungsrechtlichen Anfechtungs- und Verpflichtungsklage vorgeschalteten Widerspruchsverfahren dient auch die behördliche Nachprüfung eines Vergabeverfahrens der Selbstkontrolle der Verwaltung, dem Rechtsschutz des Bürgers und vor allem der Entlastung der Gerichte⁶¹⁷. Entgegen der Furcht des Gesetzgebers vor einer durch die Vielzahl der

⁶¹⁴ Siehe dazu oben 4. Teil, § 1, D.II.3.a.cc., S. 91 ff.

⁶¹⁵ So der Vorschlag von Dreher, NZBau 2002, S. 419 (429).

⁶¹⁶ BVerfGE 61, 82 (110); 69, 1 (49).

⁶¹⁷ Vgl. zu den Zwecken des Widerspruchsverfahrens Rennert, in: Eyermann/ Fröhler, VwGO, § 68, Rn. 2; BVerfGE 26, 161 (166); 40, 25 (28); 51, 310 (314).

Fälle ausgelöst werden „Überflutung“ der Gerichte würden sich zahlreiche Rechtsstreitigkeiten bereits durch die Entscheidung der Überprüfungsbehörde erledigen, so dass ein gerichtliches Verfahren gar nicht mehr eingeleitet werden müsste. Außerdem entspricht die Einrichtung einer behördlichen Überprüfungsinstanz dem bisher im Vergaberecht verfolgten Gedanken, dass das aus dem klassischen Haushaltsrecht entstammende Recht der öffentlichen Auftragsvergabe im Streitfall seit jeher die nochmalige Befassung einer öffentlichen Vergabestelle vorsieht⁶¹⁸. Diese Tendenz spiegelt sich beispielsweise in § 31 VOB/A, § 32a VOL/A wieder, wonach in der Bekanntmachung und in den Vergabeunterlagen die Nachprüfungsstellen mit Anschrift anzugeben sind, an die sich der Bewerber oder Bieter zur Nachprüfung behaupteter Verstöße gegen Vergabebestimmungen wenden kann. Sie sollte aufgrund der Besonderheit der Materie sowie zu einer effektiven Ausgestaltung des Rechtsschutzverfahrens auch beibehalten werden.

Um das Rechtsschutzverfahren nicht unnötig zeitlich auszuweiten, sollte dagegen – dem Oberschwellenbereich entsprechend - grundsätzlich auf einen gerichtlichen Instanzenzug verzichtet werden. Dieser dauert oftmals mehrere Jahre, was das grundsätzliche Interesse des öffentlichen Auftraggebers und der Teilnehmer an einer möglichst zügigen Durchführung des Vergabeverfahrens erheblich einschränken würde. Die vor dem gerichtlichen Verfahren stattfindende Erstbefassung der Verwaltung im Rahmen eines förmlichen Rechtsschutzverfahrens führte bereits zu einem zweistufigen und dem entsprechend effektiven Nachprüfungsverfahren.

III. De minimis - Schwellen

Auch bezüglich des Rechtsschutzverfahrens sollte es dem Gesetzgeber freistehen, dem vergaberechtlichen Rechtsschutz durch die Schaffung von de minimis - Schwellen, ab denen das Vergaberecht nicht mehr gilt, konsequent Grenzen zu setzen⁶¹⁹. In Anlehnung an das österreichische Vergabegesetz wird in diesem Zusammenhang in neuester Literatur vorgeschlagen, die zu hohe Schwelle für Bauaufträge von fünf Millionen Euro auf höchstens 500.000 Euro⁶²⁰ und diejenige für

⁶¹⁸ Kritisch zu diesem Ansatz Drey, VergR 1997, S. 13.

⁶¹⁹ Vgl. zu den materiell - rechtlichen de minimis - Schwellen oben 6. Teil, § 2, A.III., S. 130 ff.

⁶²⁰ Vgl. § 14 Abs. 1 Nr. 3 BVergG. Die Österreicher haben in dieser Höhe den de minimis - Schwellenwert für Vergaberechtsschutz bei Leistungen über Einzelgewerke festgesetzt, während er gem. § 14 Abs. 1 Nr. 2 BVergG für Bauvorhaben und Baukonzessionen bei 14 Mio. Schilling, d.h. ca. 1 Mio. Euro, liegt.

Liefer- und Dienstaufträge von 200.000 Euro auf 50.000 Euro⁶²¹ festzulegen⁶²². Entgegen der materiellen Rechtslage soll es keiner stufenweisen Festsetzung der de minimis - Schwellen bedürfen.

Allerdings garantiert eine Festlegung der Schwellenwerte auf 500.000 Euro für Bauaufträge gerade noch nicht, dass es sich bei allen darunter liegenden Aufträgen für jeden möglichen Bewerber um eine bloße Bagatelle handelt, für die es keiner Rechtsschutzmöglichkeiten bedarf. Wiederholt sei darauf hingewiesen, dass der Zuschlag zu einem Bauauftrag mit einem Auftragsvolumen von beispielsweise 400.000 Euro für ein mittelständisches oder gar kleines Unternehmen wirtschaftlich von enormer Bedeutung sein kann. Eine gänzliche Verwehrung von Rechtsschutz sollte daher erst dann gerechtfertigt sein, wenn gerade solche Fälle mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden können und sowohl Aufwand als auch Kosten eines Rechtsschutzverfahrens in keiner Relation mehr zum Auftragswert stehen. Unter diesen Gesichtspunkten ist es zwingend geboten, das Rechtsschutzverfahren unterhalb der vorgeschlagenen de minimis - Schwellen für eröffnet zu erklären und die Schwellen dem entsprechend niedriger festzulegen.

IV. Erstüberprüfung durch eine Behörde

Um die effektive Ausgestaltung des Vorverfahrens zu gewährleisten, ist es erforderlich, die Neutralität sowie die fachliche Kompetenz der Nachprüfungsbehörde zu sichern. Hinsichtlich der Effektivität des Vorverfahrens ist schon während der Geltungsdauer der haushaltsrechtlichen Lösung die unmittelbare Nähe der Vorinstanz zum öffentlichen Auftraggeber in die Kritik geraten. Denn gem. § 57b HGrG a.F. waren die Vergabeprüfstellen regelmäßig bei der Behörde angesiedelt, die gleichzeitig als vorgesetzte Dienststelle die Fachaufsicht über die Vergabestelle inne hatte, was in der Praxis oftmals den nötigen Abstand vermissen ließ⁶²³. Ebenso sind mit den in den §§ 31 VOB/A, 32a VOL/A bezeichneten Nachprüfungsstellen die jeweiligen Fach- bzw. Rechtsaufsichtsbehörden gemeint⁶²⁴. Gefordert wird daher die

⁶²¹ Vgl. § 14 Abs. 1 Nr. 1 BVergG, wonach der Wert auf 1 Mio. Schilling, also ca. 70.000 Euro, festgelegt wird.

⁶²² Dreher, NZBau 2002, S. 419 (429).

⁶²³ Krist, Die Neuordnung des Vergaberechtsschutzes, S. 55; vgl. außerdem zu den Bedenken einer zu großen Verwaltungsnähe der Vergabekammern Eggenberger, VergR 1997, S. 15.

⁶²⁴ Portz, in: Ingenstau/ Korbion, VOB, A § 31, Rn. 1; Kulartz, in: Daub/ Eberstein, VOL/A, § 32a, Rn. 5.

Einhaltung eines personellen wie organisatorischen Abstands zwischen der behördlichen Nachprüfungsinstanz und der Vergabestelle⁶²⁵.

1. Vergabenachprüfung durch die Rechnungshöfe

Teilweise werden die Rechnungshöfe des Bundes und der Länder als optimale Beschwerdeinstanz angesehen, da sie mit großer Sachkompetenz bezüglich der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung öffentlicher Mittel ausgestattet sind und daher die Kriterien der Unabhängigkeit und Neutralität sowie der hohen fachlichen Qualität optimal vereinen sollen⁶²⁶.

a. Rechtliche Stellung und Aufgabenbereiche der Rechnungshöfe

Die durch Art. 114 Abs. 1 GG und die entsprechenden Regelungen in den Länderverfassungen institutionell garantierten Einrichtungen⁶²⁷ werden nach herrschender Ansicht der Exekutive zugeordnet, obwohl sie eine besondere, unabhängige Stellung im ansonsten hierarchischen Verwaltungsaufbau innehaben⁶²⁸. Ebenfalls verfassungsrechtlich garantiert wird die richterliche Unabhängigkeit ihrer Mitglieder, Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG⁶²⁹. Den Rechnungshöfen obliegt die umfassende Finanzkontrolle, indem sie die Einnahmen, Ausgaben und Verpflichtungen zur Leistung von Ausgaben, Maßnahmen, die sich finanziell auswirken können, das Vermögen und die Schulden zu prüfen haben, §§ 42 Abs. 2 HGrG, 89 Abs. 1 BHO. Die Ergebnisse der jährlichen Rechnungsprüfungen werden jeweils in Berichten zusammengefasst, zu denen die Rechnungshöfe gem. Art. 114 Abs. 2 GG, §§ 46 HGrG, 97 BHO rechtlich verpflichtet sind. Allerdings entfalten die darin enthaltenen Schlussfolgerungen und Empfehlungen keine Rechtsverbindlichkeit und sind nicht unmittelbar durchsetzbar⁶³⁰. Sie sind vielmehr auf die Umsetzung durch Parlament und Exekutive angewiesen⁶³¹.

⁶²⁵ Krist, Die Neuordnung des Vergaberechtsschutzes, S. 56.

⁶²⁶ Pietzcker, in: Festschrift für Konrad Redeker, S. 501 (512); darauf aufbauend Krist, Die Neuordnung des Vergaberechtsschutzes, S. 56.

⁶²⁷ Vgl. Heun, in: Dreier, GG, Art. 114, Rn. 10.

⁶²⁸ Vgl. Krist, Die Neuordnung des Vergaberechtsschutzes, S. 59.

⁶²⁹ Vgl. für NRW Art. 87 Abs. 1 S. 2 LVerf NW

⁶³⁰ Kisker, NJW 1983, S. 2167 (2169); BayVerfGH, DÖV 1968, S. 656.

⁶³¹ Heun, in: Dreier, GG, Art. 114, Rn. 31.

b. Eignung der Rechnungshöfe als vergaberechtliche Überprüfungsinstanzen

Die in Art. 114 Abs. 2 S. 3 GG und in den entsprechenden Vorschriften der Länderverfassungen enthaltenen Gesetzesvorbehalte⁶³² ermächtigen die Legislative, die Befugnisse der Rechnungshöfe durch Gesetz näher auszugestalten. Hierzu ist allgemein anerkannt, dass die „Befugnisse“ über die bereits in Art. 114 Abs. 2 GG verankerten verfassungsnotwendigen Pflichtaufgaben hinaus erweitert werden können⁶³³. Das beinhaltet die Möglichkeit, den Rechnungshöfen neben ihrem klassischen Prüfungsbereich anderweitige Aufgabenbereiche zuzuweisen⁶³⁴. Diese Öffnungsklausel gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Inhaltliche Grenzen der Ermächtigung können sich aus den verfassungsrechtlich verankerten Aufgaben der Rechnungshöfe ergeben, wie sie in Art. 114 Abs. 2 S. 1 und 2 GG umschrieben sind. Unzulässig ist demnach die Schaffung solcher Aufgaben, die in keinem inneren Zusammenhang mit den verfassungsrechtlich verankerten Aufgaben der Rechnungshöfe stehen bzw. solcher, welche die Erledigung der Hauptaufgaben sowie die dafür erforderliche Unabhängigkeit und Neutralität durch die zusätzlichen Aufgaben beeinträchtigen⁶³⁵.

Hinsichtlich der Beibehaltung eines inneren Zusammenhangs mit den verfassungsrechtlich verankerten Aufgaben der Rechnungshöfe begegnet die Übertragung von Aufgaben der Vergabenachprüfung auf diese keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Das auf dem öffentlichen Haushaltsrecht beruhende Vergaberecht bedient sich zur Erzielung einer wirtschaftlichen und sparsamen Mittelverwendung nach § 6 HGrG des freien Wettbewerbs. Dieser ermöglicht der öffentlichen Hand, sich einen Überblick über die Marktlage, die Preisvorstellungen sowie die in Betracht kommenden Vertragspartner zu verschaffen und auf dieser Basis optimal durch eine Auftragsvergabe über die öffentlichen Finanzen zu entscheiden⁶³⁶. Namentlich diese Grundlagen unterliegen der Überprüfung durch die Rechnungshöfe gem. §§ 89 Abs. 1 Nr. 1, 90 Nr. 1 und 3

⁶³² Vgl. für NRW Art. 87 Abs. 3 LVerfNW. Aufgrund der wesentlichen inhaltlichen Übereinstimmungen der Regelungen der Länderverfassungen mit Art. 114 Abs. 2 S. 3 GG wird im folgenden allein auf letzteren Bezug genommen.

⁶³³ Vgl. Schwarz, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG, Art. 114, Rn. 65; außerdem den Schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags, BT-Drucks. V/3605, S. 13.

⁶³⁴ Beispielsweise unterfällt gem. § 88 Abs. 2 BHO dem erweiterten Aufgabenbereich die Beratungstätigkeit des Bundesrechnungshofs.

⁶³⁵ Maunz, in: Maunz/ Dürig/ Herzog/ Scholz, GG, Art. 114, Rn. 64 f.

⁶³⁶ Krist, Die Neuordnung des Vergaberechtsschutzes, S. 66 f.

BHO⁶³⁷, indem sie festzustellen haben, inwiefern der öffentlichen Hand Fehler bei der Auftragsvergabe unterlaufen sind⁶³⁸. Damit würde die Übertragung der Überprüfungscompetenz von Vergabeverfahren auf die Rechnungshöfe durchaus in sachlichem Zusammenhang mit deren klassischen Funktionen stehen.

Kritisch darf die Kompetenzübertragung jedoch in Bezug auf den Erhalt von Unabhängigkeit und Neutralität der Rechnungshöfe betrachtet werden. Der Auffassung, die klassischen Aufgaben der Rechnungshöfe würden aufgrund der verfassungsrechtlich garantierten richterlichen Unabhängigkeit nicht beeinträchtigt⁶³⁹, kann vorliegend nicht gefolgt werden. Trotzdem die richterliche Unabhängigkeit garantiert wird, ist wohl nicht von der Hand zu weisen, dass es dann zu – wenn auch rein faktischen - Voreingenommenheiten führen kann, wenn zunächst die Überprüfung eines Vergabeverfahrens durch die Nachprüfungsstelle des jeweiligen Rechnungshofs stattfindet und sodann ebensolcher Vergabevorgang durch die klassische Prüfungsinstanz desselben Rechnungshofs erfolgt. Das Stadium der Beeinträchtigung wäre wohl bereits erreicht, wenn die Entscheidung der Nachprüfungsstelle lediglich eine Indizwirkung für die anschließende Rechnungsprüfung mit sich brächte. Es darf nicht verkannt werden, dass beide Prüfungsinstanzen zwar unabhängig voneinander arbeiten, jedoch Teil ein und desselben Kontrollorgans sind. Eine solche Konstellation ist durchaus geeignet, die Unabhängigkeit und Neutralität desselben zu beeinträchtigen.

Zuletzt würde eine Erstüberprüfung von Vergabeverfahren durch die Rechnungshöfe nicht die Eingliederung in bereits vorhandene Behördenstrukturen bedeuten. Zwar mögen die Rechnungshöfe über hohe Fachkompetenz im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe verfügen. Trotzdem würde ihnen im Fall der Umsetzung des vorbeschriebenen Modells ein völlig neues Aufgabengebiet zugewiesen, welches die entsprechende Erweiterung der Rechnungshöfe erfordern würde. Mithin erscheint es sinnvoller, die behördliche Überprüfung von Vergabeverfahren unterhalb der EU-Auftragsschwellenwerte solchen Behörden zu überlassen, die sich bereits herkömmlich mit der Vergabeüberwachung befassen.

⁶³⁷ Vgl. §§ 89 Abs. 1 Nr. 1, 90 Nr. 1 und 3 LHO NW.

⁶³⁸ Z.B. ist gem. § 97 Abs. 2 Nr. 2 BHO mitzuteilen, in welchen Fällen von Bedeutung die für die Haushalts- und Wirtschaftsführung geltenden Vorschriften, worunter auch § 55 BHO fällt, nicht beachtet worden sind; vgl. ausführlich dazu Krist, Die Neuordnung des Vergaberechtsschutzes, S. 67.

⁶³⁹ So Krist, Die Neuordnung des Vergaberechtsschutzes, S. 65 f.

2. Vergabenachprüfung durch vergabespezifische Behörden

Mit der Überwachung von Vergabeverfahren sind herkömmlich die Vergabeprüfstellen gem. § 103 GWB⁶⁴⁰ und die Vergabekammern gem. §§ 104 ff. GWB betraut⁶⁴¹. Den Vergabeprüfstellen obliegt zwar für Vergaben mit einem oberhalb der Schwellenwerte liegenden Auftragsvolumen die Prüfungskompetenz bezüglich der Einhaltung der von den Auftraggebern anzuwendenden Vergabevorschriften. Jedoch spricht gegen die Erweiterung ihrer Kompetenz auch auf die unterhalb der Schwellenwerte stattfindenden Auftragsvergaben zweierlei: Zum einen müsste damit die Verpflichtung des Bundes bzw. der Länder zur Einrichtung von Vergabeprüfstellen einhergehen, da die Einrichtung dieser bisher zur Disposition der einzelnen Ressorts gestellt ist, § 103 Abs. 1 S. 1 GWB. Eine Eingliederung in bereits vorhandene Strukturen wäre nicht ohne weiteres möglich, denn die meisten Länder haben von der ihnen eingeräumten Möglichkeit, Vergabeprüfstellen einzurichten, bisher keinen Gebrauch gemacht. Zum anderen steht es Bund und Ländern gem. § 103 Abs. 1 S. 2 GWB frei, die Vergabeprüfstellen auch bei den Fach- und Rechtsaufsichtsbehörden anzusiedeln. Aufgrund der dann entstehenden unmittelbaren Nähe zwischen Auftraggeber und Nachprüfungsbehörde und des mangelnden, aber notwendigen Abstands zwischen ebendiesen wäre die Effektivität des Nachprüfungsverfahrens stark eingeschränkt. Im Gegensatz dazu besteht in Bezug auf die Vergabekammern eine Verpflichtung des Bundes und der Länder, diese so einzurichten, dass sie den Vorschriften der §§ 105, 106 GWB genügen⁶⁴². Ebenfalls ist die Unabhängigkeit des Überprüfungsorgans gegenüber den öffentlichen Auftraggebern gewährleistet, so dass die behördliche Überprüfung von Vergabeverfahren mit einem Auftragswert unterhalb der EU-Schwellenwerte den Vergabekammern zugewiesen werden sollte.

a. Verfahrensvoraussetzungen

Fraglich bleibt, inwieweit in Anbetracht der drohenden Vielzahl der Überprüfungsverfahren der Zugang zur Nachprüfungsbehörde erschwert bzw. das Verfahren an sich beschleunigt und vereinfacht werden kann.

⁶⁴⁰ Siehe ausführlich dazu oben 4. Teil, § 1, D.II.2.b.aa., S. 70 f.

⁶⁴¹ Siehe ausführlich dazu oben 4. Teil, § 1, D.II.2.b.bb., S. 72 ff.

⁶⁴² Bechtold, GWB, § 104, Rn. 1.

aa. Erfordernis eines Antragsverfahrens

Entsprechend der Regelung des § 107 Abs. 1 GWB sollte ein Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer allein durch förmlichen Antrag und nicht etwa darüber hinaus von Amts wegen eingeleitet werden können. Denn dem Nachprüfungsverfahren liegt primär der Zweck zugrunde, die subjektiven Rechtspositionen der Bieter als Teilnehmer am Wettbewerb zu schützen und nicht derjenige, für die Ordnung des Wettbewerbs und dessen Schutz zu sorgen⁶⁴³. Letzteres ist lediglich mittelbare Folge der Rechtsschutzverfahren. Über die Möglichkeit zur Durchsetzung seiner subjektiven Rechte muss der Rechtsinhaber auch selbst disponieren können, so dass die Ausgestaltung des Nachprüfungsverfahrens als reines Antragsverfahren nur konsequent erscheint. Eine weitere Einschränkung sollte die Eröffnung des Verfahrens dadurch erfahren, dass die Stellung des Antrags – in Abweichung zu § 107 Abs. 1 GWB - einem Beschleunigungsgrundsatz unterliegt, der den Rügenden dazu zwingt, den Antrag innerhalb einer bestimmten Frist zu stellen, um seine Ansprüche nicht zu verlieren. Auf diesem Weg werden Verfahrensverzögerungen vermieden, da der Antragsteller ansonsten mit der Einleitung des Rechtsschutzverfahrens bis unmittelbar vor Zuschlagserteilung warten kann, obwohl er unter Umständen den Verfahrensfehler schon länger kennt und hätte rügen können⁶⁴⁴.

bb. Antragsbefugnis und Rechtsschutzbedürfnis

Die für den Auftragsbereich oberhalb der Schwellenwerte in § 107 Abs. 2 S. 1 GWB geregelte Antragsbefugnis verlangt von dem antragstellenden Unternehmen, dass es eine Verletzung in seinen Rechten aufgrund der Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht und darüber hinaus ein Interesse am Auftrag hat. Um den Zugang zu einem Nachprüfungsverfahren von unterhalb der Schwellen liegenden Auftragsvergaben zu erschweren, muss für diese in Bezug auf die Geltendmachung der Rechtsverletzung zunächst mindestens das Gleiche gelten. Ferner kann eine Verschärfung beispielsweise dahin gehend stattfinden, dass der

⁶⁴³ Gegenteilig verhält es sich im Kartellrecht, indem die §§ 54 ff. GWB in erster Linie den Schutz des Kartellrechts bezwecken; Krist, Die Neuordnung des Vergaberechtsschutzes, S. 75.

⁶⁴⁴ Vgl. Dreher, in: Immenga/ Mestmäcker, GWB, § 107, Rn. 5, der die Einführung eines Beschleunigungsgrundsatzes auch für den Oberschwellenbereich fordert.

Wahrscheinlichkeitsgrad der Rechtsverletzung höher angesiedelt wird⁶⁴⁵. Um eine Vorwegnahme der materiellen Prüfung bereits im Rahmen der Zulässigkeit zu vermeiden, muss die Glaubhaftmachung der Verletzung subjektiver Rechtspositionen mit hoher Wahrscheinlichkeit jedoch ausreichen. Dagegen geht das ohnehin sehr zweifelhafte objektive Kriterium des Interesses am Auftrag regelmäßig schon mit der Beteiligung am Vergabeverfahren einher⁶⁴⁶, so dass eine Verschärfung dessen wohl nicht in Betracht kommt. Es besteht lediglich die Möglichkeit eines gänzlichen Verzichts.

Für die Glaubhaftmachung des Rechtsschutzbedürfnisses sollte entsprechend § 107 Abs. 2 S. 2 GWB ein schlüssiger Vortrag des Antragstellers bezüglich des Vergabeverstößes genügen.

cc. Rügepflicht

Auf das behördliche Rechtsschutzverfahren für Vergaben im Bereich unterhalb der EU-Auftragsschwellenwerte kann die Rügepflicht des Bieters gem. § 107 Abs. 3 GWB⁶⁴⁷ übertragen werden. Durch diese auf dem Grundsatz von Treu und Glauben beruhende Präklusionsvorschrift wird es dem öffentlichen Auftraggeber ermöglicht, seine Fehler in einem möglichst frühzeitigen Verfahrensstadium zu korrigieren, was wiederum zu einer Vermeidung von Nachprüfungsverfahren und den damit einhergehenden Vergabeverzögerungen führt. Eine auf zeitlichen Aspekten beruhende Verschärfung der Rügepflicht ist für den Unterschwellenbereich nicht möglich, da bereits der Gesetzeswortlaut eine unverzügliche Rüge fordert, § 107 Abs. 3 S. 1 GWB.

dd. Form und Begründung

Der Antrag auf Einleitung des Nachprüfungsverfahrens müsste schriftlich ausgefertigt und mit einer Begründung versehen bei der Vergabekammer eingereicht werden. Entgegen der Regelung des § 108 Abs. 1 GWB, der lediglich eine unverzügliche, nach Antragstellung binnen weniger Tage nachzureichende Begründung verlangt⁶⁴⁸,

⁶⁴⁵ A.A.: Krist, Die Neuordnung des Vergaberechtsschutzes, S. 82 f., der für den Ober- und Unterschwellenbereich die gleichen Maßstäbe an die Antragsbefugnis stellt.

⁶⁴⁶ OLG Brandenburg vom 3.8.1999 "Flughafen Berlin", WuW/E Verg. 231.

⁶⁴⁷ Vgl. oben 4. Teil, § 1, D.II.2.b.bb.(2)., S. 73 f.

⁶⁴⁸ Bechtold, GWB, § 108, Rn. 2.

sollte aus Gründen der Zeitersparnis eine einfache Antragstellung ohne Begründung das Nachprüfungsverfahren nicht wirksam eröffnen können. Auf diesem Weg kann eine deutliche Verfahrensstraffung erreicht werden. Ebenfalls sollten die an die Begründung zu stellenden inhaltlichen Anforderungen über die Essentialia des § 108 Abs. 2 GWB hinaus⁶⁴⁹ zumindest die an die strengeren Anforderungen des Rechtsschutzbedürfnisses geknüpfte Glaubhaftmachung in Form eines schlüssigen Vortrags enthalten. Allerdings erfordert es die Komplexität vieler Sachverhalte, dass den Bietern die Möglichkeit einer weiteren, nachträglichen Begründung innerhalb einer bestimmten Frist zugestanden wird. Ansonsten würde die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ausgehebelt, indem den Bietern aufgrund einer zeitlich zu engen Begründungsmöglichkeit der Bieterrechtsschutz faktisch verwehrt wäre. Um den Verlauf des Prüfungsverfahrens jedoch nicht zu gefährden, liegt es nahe, eine Präklusionsregelung hinsichtlich des Vorbringens weiterer Gründe im Sinne einer erweiterten Antragsbegründung zu schaffen⁶⁵⁰.

ee. Antragsfrist

Trotz der gebotenen Vermeidung von Verfahrensverzögerungen durch die Bestimmung einer Antragsfrist muss dem Antragsteller genügend Zeit eingeräumt werden, seinen Antrag ausreichend zu begründen, so dass das Kriterium der Unverzüglichkeit an dieser Stelle wohl keine Rechtsklarheit bietet. Um einen Interessenausgleich gewährleisten zu können, erscheint es daher sinnvoll, dem Rechtsschutzsuchenden zur Einreichung seines Antrags eine Frist von längstens zehn Tagen seit erfolgloser Rüge zu gewähren. Weiterhin bedarf es einer zusätzlichen Begründungsfrist, die sowohl zu den Interessen des Auftraggebers an einem zügigen Verfahren als auch denen des Rechtsschutzsuchenden an einer ausreichenden Begründungsmöglichkeit in Verhältnis stehen muss.

ff. Suspensiveffekt

Um die Durchsetzung subjektiver Rechtspositionen im Wege eines behördlichen Rechtsschutzverfahrens sicherstellen zu können, ist die Gewährleistung der

⁶⁴⁹ § 108 Abs. 2 GWB beschränkt sich auf die Bezeichnung des Antragsgegners, eine Beschreibung der behaupteten Rechtsverletzung mit Sachverhaltsdarstellung, die Bezeichnung der verfügbaren Beweismittel sowie die Darlegung, dass die Rüge gegenüber dem Auftraggeber erfolgt ist.

⁶⁵⁰ Vgl. § 113 Abs. 2 S. 2 GWB; Krist, Die Neuordnung des Vergaberechtsschutzes, S. 77.

aufschiebenden Wirkung des Antrags in Form eines dem § 115 Abs. 1 GWB entsprechenden Zuschlagsverbots zwingend geboten. Andernfalls würde der öffentliche Auftraggeber den Primärrechtsschutz durch wirksame Zuschlagserteilung während des Nachprüfungsverfahrens vereiteln können, da mit Erteilung des gem. § 114 Abs. 2 S. 1 GWB nicht wieder aufhebbar Zuschlags grundsätzlich das Zustandekommen des zivilrechtlichen Vertrags einhergeht, §§ 28 Nr. 2 VOB/A und VOL/A⁶⁵¹, welcher anerkanntermaßen ebenfalls nicht nachträglich gerichtlich zu revidieren ist⁶⁵². Unumgänglich erscheint zur Vermeidung eines Interessenkonflikts zwischen dem Schutz der subjektiven Bieterrechte und dem Interesse des Auftraggebers an einer möglichst raschen Zuschlagserteilung jedoch ein Entgegenwirken bzw. die Einführung von Sanktionen für den Fall einer rechtsmissbräuchlichen, d.h. einer offensichtlich unzulässigen oder unbegründeten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens, wie dies derzeit für den Bereich der §§ 97 ff. GWB die §§ 110 Abs. 2 S. 1, 125 GWB vorsehen.

gg. Voraberteilung des Zuschlags

Auf die ohnehin verfassungsrechtlich äußerst bedenklichen Regelung über die Voraberteilung des Zuschlags (§ 115 Abs. 2 GWB) sollte schon aus Praktikabilitätsgesichtspunkten verzichtet werden. Dem öffentlichen Auftraggeber wird dadurch zwar theoretisch die Möglichkeit geboten, das Zuschlagsverbot zu durchbrechen und den durch das Nachprüfungsverfahren entstehenden Verfahrensverzögerungen entgegenzuwirken. Jedoch verleitet die zumindest faktisch erzielte Verlagerung der Sachentscheidung auf die Ebene einer reinen Eilentscheidung oftmals dazu, das Beschwerdegericht anzurufen, was wiederum Verfahrensverzögerungen, einen hohen Aufwand sowie erhebliche Kosten verursacht. Weitaus geeigneter als ein schriftliches Zwischenverfahren wäre daher eine möglichst unverzügliche mündliche Anhörung bzw. Erörterung vor der Vergabekammer, innerhalb der einvernehmliche Lösungen schneller und effektiver gefunden und gütliche Beilegungen der Auseinandersetzungen angestrebt werden können⁶⁵³.

⁶⁵¹ Ingenstau/ Korbion, VOB, A § 28, Rn. 4 ff.

⁶⁵² KG, EuZW 1995, S. 645 (648).

⁶⁵³ Vgl. dazu Krist, Die Neuordnung des Vergaberechtsschutzes, S. 85 ff.

b. Entscheidung der Vergabekammer

In Anlehnung an die unter die §§ 97 ff. GWB fallenden Aufträge sind der Vergabekammer auch unterhalb der Schwellenwerte abgestufte Entscheidungsmöglichkeiten innerhalb einer bestimmten Frist einzuräumen. So muss mit Zustimmung der Beteiligten oder bei Unzulässigkeit oder offensichtlicher Unbegründetheit des Antrags bereits nach Lage der Akten entschieden werden können⁶⁵⁴. Diese Entscheidung fällt insbesondere dann leicht, wenn man den Nachprüfungsantrag mit einer gleichzeitigen Begründungspflicht koppelt. Erfordert der Nachweis der Unbegründetheit des Antrags dagegen eine umfangreiche rechtliche Überprüfung, hat die Nachprüfungsbehörde den Antrag förmlich abzulehnen⁶⁵⁵ und über die Kosten zu entscheiden. Im Fall der vollständigen oder teilweisen Begründetheit des Nachprüfungsantrags muss die Vergabekammer entsprechend § 114 Abs. 1 GWB die geeigneten Maßnahmen treffen können, um die Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern, ohne an die Anträge gebunden zu sein. Sie sollte im Rahmen des gesamten Nachprüfungsverfahrens in verpflichtender Weise auf das Vergabeverfahren einwirken können.

Zur Beschleunigung des Verfahrens müsste die für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte festgesetzte Entscheidungs- und Begründungsfrist von fünf Wochen (§ 113 Abs. 1 GWB) zeitlich herabgesetzt werden, wobei eine Frist von höchstens drei Wochen als ausreichend erscheint. Bei Auftreten besonderer tatsächlicher oder rechtlicher Schwierigkeiten ist jedoch die Möglichkeit einer ausnahmsweisen Fristverlängerung geboten.

Die Besetzung der Vergabekammern sollte im Gegensatz zu § 105 GWB aus Gründen der Verfahrenserleichterung und der Kostenersparnis eine personelle Reduzierung auf lediglich den durch seine berufliche Qualifikation entscheidungsbefugten Vorsitzenden erfahren.

c. Fazit

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass sich unterhalb der Schwellenwerte die Einrichtung eines behördlichen Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer auf

⁶⁵⁴ § 112 Abs. 1 S. 3 GWB.

⁶⁵⁵ § 116 Abs. 2 2. HS GWB.

der Basis der §§ 104 ff. GWB, jedoch unter Miteinbeziehung von Verfahrensstraffungen und Zugangerschwernissen durchaus als ein sinnvoller Ersatz für die derzeit geltende, verfassungswidrige Rechtslage anbietet. Um die Zeitdauer des Nachprüfungsverfahrens möglichst einzuschränken, besteht die sachliche Notwendigkeit zu Fristsetzungen für beide Seiten des Nachprüfungsverfahrens dadurch, dass den Antragstellern zeitliche Beschränkungen hinsichtlich der Rügepflicht sowie der Antragstellung auferlegt werden, während die Vergabekammer innerhalb kurzer Zeit über den Antrag zu befinden hat. Außerdem wird eine zügige Verfahrensdurchführung durch strengere Anforderungen an die Darstellung der Antragsbefugnis und des Rechtsschutzbedürfnisses, die Pflicht zur Antragsbegründung *uno actu* mit dem Antrag selbst sowie die Entscheidung durch eine Einzelperson gewährleistet.

V. Die gerichtliche Kontrolle behördlicher Nachprüfungsentscheidungen

Hat eine staatliche Vergabestelle gegen Vorschriften verstoßen, die den Schutz des Wettbewerbers konkretisieren und ausgestalten, muss dagegen gem. Art. 19 Abs. 4 GG der Weg zu den staatlichen Gerichten eröffnet sein.

1. Rechtsweg

Geht es zunächst darum, den Bieterrechtsschutz in vorhandene Rechtsschutzsysteme einzugliedern, so ist zu klären, ob es sich bei vergaberechtlichen Streitigkeiten um solche öffentlich-rechtlicher oder zivilrechtlicher Art handelt. Öffentlich-rechtlicher Art ist das Klagebegehren dann, wenn es sich als unmittelbare Folge des öffentlichen Rechts darstellt, entscheidend ist mithin die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch abgeleitet wird⁶⁵⁶. Die rechtliche Grundlage von Vergabeverfahren bilden unterhalb der Schwellenwerte vor allem die Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG, die Art. 23 ff., 43 ff., 49 ff., 86 EG, sowie die Normen des HGrG und die einschlägigen Haushaltsordnungen des Bundes und der Länder. Durch diese Normen werden der öffentlichen Gewalt spezifische Pflichten auferlegt und den Bietern entsprechende subjektive Rechtspositionen zuerkannt, so dass sie dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Eine weitergehende

⁶⁵⁶ Rennert, in: Eyer mann/ Fröhler, VwGO, § 40, Rn. 31 f.; BVerfGE 42, 103 (113); 67, 100 (123); BVerwGE 27, 314 (315); 38, 1 (4); 87, 115 (119); 89, 281 (282); 96, 71 (73).

ausführliche Normierung der bisher untergesetzlich stattfindenden Vergabeverfahren würde lediglich eine Konkretisierung der öffentlich-rechtlichen Grundlagen bedeuten und daher ebenfalls dem öffentlichen Recht zuzuordnen sein. Entgegen der vielfach vertretenen „privatrechtlichen Lösung“⁶⁵⁷ und unter Anwendung der von Ipsen entwickelten „Zwei-Stufen-Theorie“⁶⁵⁸ ist ihre Beachtung im Rahmen des Vergabeverfahrens gem. § 40 Abs. 1 VwGO bei derzeit geltender Rechtslage folglich durch die Verwaltungsgerichte zu kontrollieren, wodurch der Anspruch der Bieter auf Primärrechtsschutz gewährleistet wäre⁶⁵⁹. Der sich an den Zuschlag anschließende zivilrechtliche Vertrag ist selbstverständlich allein einer gerichtlichen Kontrolle durch die ordentlichen Gerichte unterworfen.

Davon abgesehen steht dem Gesetzgeber natürlich die Normierung einer Sonderzuweisung zu den Zivilgerichten frei. Die Einrichtung einer einheitlichen Nachprüfung bietet sich im Vergabewesen gerade deswegen an, weil es unter Zugrundelegung der geltenden Rechtslage trotz der vorstehenden klaren Differenzierung für die Bieter im Einzelfall zu Unklarheiten bezüglich des Rechtswegs kommen kann. So muss beispielsweise ein Bieter, der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche gem. §§ 20 Abs. 1, 33 GWB erhebt, diese nicht vor einem Verwaltungsgericht, sondern gem. § 87 GWB vor einem Landgericht geltend machen⁶⁶⁰. Zur Vermeidung solcher, durch die Vielfältigkeit der Ansprüche entstehenden Unklarheiten sollte folglich eine gesetzliche Rechtswegzuweisung stattfinden. In Betracht zu ziehen ist zum einen eine Befassung der Landgerichte mit der Vergabeüberprüfung. Zum anderen kann diese Aufgabe im Wege einer Erweiterung des § 116 GWB auf die bei den Oberlandesgerichten gebildeten Vergabesenate übertragen werden. Letzteres hat den Vorteil, dass die bei den Oberlandesgerichten eingerichteten Vergabesenate bereits existent sind, während die Landgerichte noch Kammern für Vergabesachen einzurichten hätten bzw. die Nachprüfung auf nicht explizit mit dem Vergaberecht betraute Kammern übertragen müssten.

⁶⁵⁷ Vgl. zur umstrittenen Rechtsnatur des Vergaberechts oben 1. Teil, § 1, S. 3 ff.

⁶⁵⁸ Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, S. 62 ff.

⁶⁵⁹ Huber, JZ 2000, S. 877 (882); Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 159; Hermes, JZ 1997, S. 909 (915); Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 254; Pernice/ Kadelbach, DVBl. 1996, S. 1100 (1106).

⁶⁶⁰ Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 159.

2. Verfahrensvoraussetzungen

Eine Übertragung der Nachprüfungscompetenz im Wege einer gesetzlichen Rechtswegzuweisung auf die Vergabesenate der Oberlandesgerichte hätte den weiteren Vorteil, dass die Zugangsregelungen des GWB zum Beschwerdeverfahren weitestgehend auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte erweitert werden könnten. Im Folgenden wird deshalb von dieser Konstellation ausgegangen.

a. Beschwerdebefugnis

Beschwerdebefugt sollen auch im vorliegend darzustellenden Verfahren zunächst alle am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten sein, § 116 Abs. 1 S. 2 GWB. Über die bloße Beteiligung hinaus sollte jedoch – wie es für den Oberschwellenbereich ebenfalls gilt – beim Rechtsmittelführer eine zumindest formelle Beschwer vorliegen, deren Notwendigkeit als Voraussetzung für die Einlegung eines Rechtsmittels allgemein als ein verfahrensrechtlicher Grundsatz anerkannt ist⁶⁶¹. Das bedeutet zunächst, dass der Inhalt der Entscheidung von dem gestellten Antrag des Beteiligten negativ abweichen muss⁶⁶². Weiterhin bietet es sich zugunsten einer Verfahrensreduzierung an, als Zugangsbeschränkung das Erfordernis einer materiellen Beschwer vorauszusetzen. Eine solche liegt dann vor, wenn der Beschwerdeführer darlegen kann, durch die Entscheidung der Vergabekammer in seinen rechtlichen Interessen nachteilig berührt worden zu sein⁶⁶³. Ob für die materielle Beschwer bereits die negative Berührung rechtlicher Interessen genügt⁶⁶⁴ oder ob sie voraussetzt, dass der Beschwerdeführer entsprechend der Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO geltend machen muss, in seinen subjektiven Rechtspositionen verletzt zu sein⁶⁶⁵, hat letztlich der Gesetzgeber zu entscheiden.

b. Beschwerdefrist

Die Beschwerdefrist kann wohl kaum kürzer als die in § 117 Abs. 1 GWB festgelegte, ohnehin schon kurz bemessene Notfrist von zwei Wochen sein, die mit der

⁶⁶¹ Boesen, Vergaberecht, § 116, Rn. 22.

⁶⁶² Bechtold, GWB, § 63, Rn. 5.

⁶⁶³ Schmidt, in: Immenga/ Mestmäcker, GWB, § 62, Rn. 27.

⁶⁶⁴ Boesen, Vergaberecht, § 116, Rn. 31.

⁶⁶⁵ Bechtold, GWB, § 116, Rn. 2; Schmidt, in: Immenga/ Mestmäcker, GWB, § 62, Rn. 27.

Zustellung der Entscheidung beginnt. Je nach dem wie umfangreich sich die an den Antrag gestellten formellen Voraussetzungen in der Praxis gestalten, kommt für den Unterschwellenbereich allenfalls eine geringe Fristverkürzung in Betracht.

c. Form

Vorzusehen ist, dass der Antrag auf sofortige Beschwerde entsprechend der Vorschrift des § 117 Abs. 1 GWB schriftlich beim Beschwerdegericht eingelegt werden muss. Das Gesetz schreibt weiterhin für den Oberschwellenbereich im Interesse der Verfahrensbeschleunigung gem. § 117 Abs. 2 GWB eine gleichzeitige Begründung der Beschwerde vor und legt den notwendigen Mindestinhalt dieser fest. Auch in diesem Zusammenhang sollte das gerichtliche Verfahren im Bereich unterhalb der Schwellenwerte dem Beschleunigungsgrundsatz durch eine Übertragung der vorgenannten Voraussetzungen gerecht werden. Inhaltlich kann durchaus ein Rückgriff auf die Vorgaben des § 117 Abs. 2 GWB erfolgen. Zur Vermeidung verspäteter Tatsachenvorträge, die das Beschwerdeverfahren unter Umständen erheblich verzögern können, muss eine Rechtmäßigkeitsüberprüfung des Vergabeverfahrens allein hinsichtlich der in der Begründung gerügten Verstöße stattfinden⁶⁶⁶. Eine weitere Einschränkung kann sich daraus ergeben, dass im Beschwerdeverfahren lediglich solche Rechtsverletzungen berücksichtigt werden, die schon im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer erfolglos geltend gemacht worden sind⁶⁶⁷.

d. Suspensiveffekt

In Anlehnung an § 118 Abs. 1 S. 1 GWB muss der sofortigen Beschwerde aufschiebende Wirkung zukommen. Der Suspensiveffekt sollte ebenfalls ab dem Zeitpunkt automatisch entfallen, ab dem die Beschwerdefrist abgelaufen ist, § 118 Abs. 1 S. 2 GWB. Aufgrund der erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ist jedoch während eines laufenden Beschwerdeverfahrens auf die Möglichkeit der Voraberteilung des Zuschlags zu verzichten; eventuelle, daraus entstehende zeitliche Verzögerungen sind zugunsten des Rechtsstaats hinzunehmen⁶⁶⁸.

⁶⁶⁶ So auch für den Oberschwellenbereich der Beschluss des BayObLG vom 21.5.1999, VergR 99, S. 13.

⁶⁶⁷ Vgl. ebenfalls den Beschluss des BayObLG vom 21.5.1999, VergR 99, S. 13 f.

⁶⁶⁸ So auch Krist, Die Neuordnung des Vergaberechtsschutzes, S. 109.

e. Beschwerdeentscheidung

Entsprechend des behördlichen Nachprüfungsverfahrens sollte den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte die Kompetenz eingeräumt werden, offensichtlich unzulässige oder unbegründete Anträge ohne großen Verfahrensaufwand, wie zum Beispiel eine mündliche Verhandlung etc., zurückzuweisen und dadurch das Beschwerdeverfahren mit gleichzeitiger Aufhebung bestehender Zuschlagsverbote enden zu lassen. Für alle anderen Fällen wird grundsätzlich auf die Regelung des § 123 GWB verwiesen⁶⁶⁹. Um dem Beschleunigungsgrundsatz gerecht zu werden, sollte jedoch auf die Möglichkeit einer Zurückweisung an die Vergabekammer gem. § 123, S. 2 GWB verzichtet werden, da durch eine erneute Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt seitens der Vergabekammer weitere Verfahrensverzögerungen entstünden. Zuletzt stehen einer gerichtlichen Entscheidung durch einen Einzelrichter keine rechtlichen oder tatsächlichen Einwände entgegen.

3. Sekundärrechtsschutz

Ist das behördliche Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer bzw. das Beschwerdeverfahren vor dem Oberlandesgericht rechtsmissbräuchlich eingeleitet oder ist der Zuschlag zu Unrecht erteilt worden, so sollten den jeweils nachteilig betroffenen Verfahrensbeteiligten spezielle vergaberechtliche Schadensersatzansprüche eingeräumt werden. Denn zu den vorangehend beschriebenen vollumfänglichen Rechtsbehelfen muss einerseits durch ein Haftungsrisiko, dem sich die Unternehmen aussetzen, wenn sie die Rechtsschutzmöglichkeiten willkürlich zur Anwendung bringen, ein Gegengewicht geschaffen werden. Andererseits darf die Erteilung des Zuschlags nicht zu einer Haftungsbefreiung des öffentlichen Auftraggebers führen, sondern es muss dem rechtswidrig übergangenen Unternehmen über diesen Zeitpunkt hinaus möglich sein, die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens der gerichtlichen Kontrolle zuzuführen. Bezüglich der jeweils notwendigen Anspruchsvoraussetzungen kann auf die Inhalte der §§ 125, 126 GWB verwiesen werden⁶⁷⁰. Weiterreichende Sekundäransprüche sollten daneben – ebenso wie im Bereich oberhalb der Schwellenwerte – unberührt bleiben⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ Vgl. 4. Teil, § 1, D.II.1.a.cc.(4)., S. 80 f.

⁶⁷⁰ Vgl. 4. Teil, § 1, D.II.2.a.dd., S. 81 f.

⁶⁷¹ Vgl. § 126, S. 2 GWB.

4. Fazit

Für das vorliegend vorgeschlagene gerichtliche Beschwerdeverfahren gegen Entscheidungen der Vergabekammer spricht vor allem, dass es sich eng an dem bereits gesetzlich festgelegten, für europaweite Ausschreibungen geltenden Verfahren der sofortigen Beschwerde gem. §§ 116 ff. GWB orientiert. Es veranlasst die Legislative gerade nicht zu der Verabschiedung völlig neuer Verfahrensregelungen, sie kann sich vielmehr an das existierende Normensystem anlehnen und wird aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung lediglich zu wenigen inhaltlichen Veränderungen bzw. Einschränkungen angehalten. Solche stellen die Einführung der Zugangsvoraussetzung der formellen und materiellen Beschwerde, die Entscheidung durch einen Einzelrichter sowie die Möglichkeit der Antragsabweisung bei offensichtlicher Unzulässigkeit oder Unbegründetheit dar.

C. Gesetzlicher Standort

Im Rahmen der Festlegung des rechtssystematischen Standorts von Vergabeverfahren und Rechtsschutzsystem für den Bereich unterhalb der EU-Auftragsschwellenwerte ist der Erlass eines eigenständigen Vergabegesetzes fraglich. Schon im Gesetzgebungsverfahren zum VgRÄG war die Eingliederung des Vergaberechts in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen heftig umstritten, da vielfach ein unabhängiges Vergabegesetz gefordert wurde⁶⁷². Als hauptsächliche Argumente dafür wurden in diesem Zusammenhang vor allem die verschiedenen Schutzrichtungen von Kartell- und Vergaberecht aufgeführt. Denn während das Kartellrecht den Wettbewerb an sich schützt, zielt das Vergaberecht vor allem auf den Schutz des einzelnen Wettbewerbers ab⁶⁷³. Darüber hinaus wurde befürchtet, dass die Eingliederung des Vergaberechts in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen gleichzeitig zu einer Einführung politischer Zielsetzungen in letzteres führen könne, die mit dessen wettbewerblicher Ausrichtung nicht vereinbar seien⁶⁷⁴. Der Gesetzgeber ließ sich von dieser Argumentation nicht beirren. Er stellte vielmehr auf die wettbewerbpolitische Relevanz des öffentlichen Auftragswesens ab und hob darüber hinaus hervor, „dass der Rechtsschutz ähnlich ausgestaltet ist wie der Rechtsschutz gegen Entscheidungen

⁶⁷² Rittner, NVwZ 1995, S. 313 (314 f.); Dreher, EuZW 1997, S. 522; ders., NVwZ 1997, S. 343 (344).

⁶⁷³ Bechtold, GWB, Vor § 97, Rn. 16.

⁶⁷⁴ Vgl. z.B. Dreher, NVwZ 1999, S. 1265 (1271).

der Kartellbehörden und dass auf erprobte Begriffe und Verfahrensregelungen des Kartellrechts unmittelbar Bezug genommen werden kann⁶⁷⁵. Seine Ausführungen schließen jedoch den langfristig sinnvolleren Lösungsweg mit dem Ziel eines eigenständigen Vergabegesetzes nicht aus, sondern sie haben im Rahmen dessen lediglich Beachtung zu finden. Denn entscheidend für die eigenständige Normierung des Vergabewesens spricht, dass zukünftig auf die speziellen materiellen wie verfahrensspezifischen Besonderheiten besonders gut Rücksicht genommen werden könnte, ohne dass es zu möglichen Systembrüchen mit dem GWB, der VwGO, dem VwVfG und der ZPO kommt⁶⁷⁶. Der wettbewerbspolitische Bezug des Vergaberechts sowie Ähnlichkeiten zum kartellrechtlichen Rechtsschutzverfahren können in diesem Zusammenhang auch außerhalb des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen durchaus miteinbezogen werden.

Da aber letztendlich davon ausgegangen werden muss, dass der Gesetzgeber auch heutzutage - zumindest für den Bereich der §§ 97 ff. GWB - nicht von seinem Weg einer wettbewerblichen Grundausrichtung des Vergaberechts abweichen wird, sollte eine gesetzliche Eingliederung der vorbeschriebenen geforderten Verfahrens- und Rechtsschutzvorschriften in vorhandene Normstrukturen stattfinden. Denn die alternativ denkbare Forderung nach einem eigens den Unterschwellenbereich regelnden Vergabegesetz würde zu noch größerer Undurchsichtigkeit innerhalb des ohnehin schon durch seine Dreiteilung für die einzelnen Unternehmen schwer durchschaubaren Vergaberechts führen. Es bietet sich daher an, den für den Unterschwellenbereich gesondert geltenden Regelungskomplex an das Ende des 4. Teils des GWB anzufügen, wodurch dieser für Verweisungen auf die §§ 97 ff. GWB offen wäre. Natürlich muss gleichzeitig eine Erweiterung der Rechtsverordnungsermächtigung des § 127 GWB stattfinden, damit das Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte auch materiell - rechtlich und nach außen verbindlich ausgestaltet werden kann. Hinsichtlich der materiell - rechtlichen Ausgestaltung des Vergabewesens wäre es notwendig, die bisherige Rechtszersplitterung in vier Normtexte⁶⁷⁷ in einen für den Rechtsunterworfenen verständlichen Text zusammenzufassen, so dass das Vergaberecht künftig nur noch zweigeteilt wäre. Dadurch würden Intransparenz sowie in sich widersprüchliche Regelungen innerhalb der Verdingungsordnungen beseitigt werden. Ebenfalls

⁶⁷⁵ BT-Drucks. 13/9340, Begründung des Bundestags, S. 13; vgl. auch Boesen, EuZW 1997, S. 713 (718).

⁶⁷⁶ Krist, Die Neuordnung des Vergaberechtsschutzes, S. 69 f.

⁶⁷⁷ Gemeint sind die VgV, VOB/A, VOL/A und VOF.

bestünde die Möglichkeit, solche Normen, die für alle Vergaben in gleicher Weise relevant sind, in einem Allgemeinen Teil zusammenzufassen. Als günstiger Standort für das gesamte materielle Vergaberecht erweist sich die im vorstehenden Sinne erweiterte Vergabeverordnung⁶⁷⁸.

D. Zusammenfassung

Dem Gesetzgeber obliegt aufgrund der vorangegangenen Überlegungen in jedem Fall die Pflicht, das Vergaberecht für den Bereich unterhalb der EU-Auftragsschwellenwerte an die verfassungsrechtlichen Gebote anzupassen. So hat er zwingend das Vergabeverfahren außenverbindlich zu normieren und weitergehend dafür Sorge zu tragen, dass den mitbietenden Unternehmen subjektive Rechtspositionen zuerkannt werden, deren Durchsetzbarkeit im Wege eines zumindest eininstanzlichen gerichtlichen Nachprüfungsverfahrens gewährleistet wird. Die Art und Weise der normativen Ausgestaltung steht ihm grundsätzlich frei. Der vorliegende Ansatz empfiehlt dazu unter Beibehaltung der durch die Vergaberichtlinien festgesetzten Schwellenwerte aus Praktikabilitätsgründen ein Regelungsmodell, welches sowohl inhaltlich als auch bezüglich des gesetzlichen Standorts der für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte existierenden Normierung möglichst nahe steht. Danach sollte die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens inhaltlich den Regelungen der Verdingungsordnungen nachempfunden werden, die sich bereits auf die entsprechende Materie beziehen. Die Einrichtung subjektiver Bieterrechtspositionen und eines zweistufigen Rechtsschutzverfahrens gestalten sich ebenfalls weniger aufwendig, wenn man beides an den Oberschwellenbereich anlehnt, indem inhaltsgleiche Anspruchsgrundlagen geschaffen werden und das Nachprüfungsverfahren ebenfalls aus einer behördlichen Nachprüfungsinstanz vor der Vergabekammer sowie einer gerichtlichen Zweitüberprüfung durch die bei den Oberlandesgerichten gebildeten Vergabesenate besteht. Indessen sollte jedoch insoweit von den §§ 97 ff. GWB abgewichen werden, als dass es dadurch zu Verfahrensvereinfachungen und Verfahrensbeschleunigungen im Unterschwellenbereich kommt.

Das vorliegende Modell wirkt gleichzeitig den gefürchteten und bislang sanktionslosen fehlerhaften Ermittlungen des Auftragswerts entgegen⁶⁷⁹. Werden

⁶⁷⁸ So auch Dreher, NVwZ 1999, S. 1265 (1271 f.).

⁶⁷⁹ Vgl. dazu Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, VOF, § 2 Rn. 26.

zunehmend auch unterhalb der Schwellenwerte Verfahrens- und Rechtsschutzvorschriften eingeführt, wäre die Vergabestelle jederzeit entsprechenden Formvorschriften unterworfen, so dass eine Unterschätzung des Auftragswerts kaum noch rechtliche Abweichungen mit sich brächte.

7. Teil

Zusammenfassung und Thesen

Zusammenfassend lassen sich aus der vorangegangenen Untersuchung folgende Thesen ableiten:

1. Dem deutschen Gesetzgeber ist es auch im Rahmen des dritten Versuchs der Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinien nicht gelungen, das nationale Vergaberecht an die verfassungsrechtlichen Mindeststandards anzupassen. Dies liegt nicht zuletzt an dessen wiederholter und äußerst beharrlicher Weigerung, subjektive Rechtspositionen der Bieter sowie ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten für ebendiese zu normieren. Indem sich im Rahmen des jüngsten Umsetzungsversuchs der Vergaberichtlinien das Interesse der Legislative darauf beschränkt hat, den europäischen Vorgaben gerecht zu werden, wurde dem sich aus dem Grundgesetz ergebenden Regelungsauftrag leider nur ungenügende Beachtung geschenkt.
2. Die nunmehrige Schwellenwertregelung schafft ein Zweiklassensystem für Aufträge bis und ab dem Erreichen der gem. §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB i.V.m. § 2 VgV festgesetzten Schwellenwerte. Das Erreichen der Auftragswerte eröffnet den Bietern unter Bereitstellung subjektiver Rechtspositionen ein kodifiziertes Verfahrens- und Rechtsschutzsystem. Darunter liegenden Vergaben mangelt es an einer Ausgestaltung des Verfahrens sowie an vergabespezifischen subjektiven Rechtspositionen der Wettbewerber, was den Verzicht auf ein förmliches Rechtsschutzverfahren zur Folge hat.
3. Eine solche Rechtslage ist verfassungswidrig. Sie führt zu einer unangemessenen Ungleichbehandlung von Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte in Vergleich zu solchen, die die vorgeschriebenen Auftragswerte nicht erreichen und verstößt damit gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Ebenfalls ist sie mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar, solange nicht auch im Unterschwellenbereich umfassende und effektive Rechtsschutzmöglichkeiten eingeführt werden. Darüber hinausgehend erfordert das verfassungsrechtliche Subjektivierungsgebot den

Erlass damit korrespondierender, vergabespezifischer subjektiver Rechtspositionen. Gerechtfertigt sind dagegen regelmäßig Eingriffe des öffentlichen Auftraggebers in das Grundrecht der Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG als Folge einer rechtmäßigen Zuschlagserteilung. Außerhalb der Grundrechte verpflichten Rechtsstaats- und Demokratieprinzip den Gesetzgeber zu einer Normierung des Unterschwellenbereichs.

4. Die Verordnungsermächtigung der §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB genügt den Anforderungen des in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG verankerten Bestimmtheitsgebots auch dann, wenn sie der Bundesregierung die Festsetzung der Schwellenwerte überträgt, da letztere bereits eine höhenmäßige Begrenzung in den Vergaberichtlinien erfahren. An einer hinreichenden Bestimmtheit der Verordnungsermächtigung mangelt es jedoch hinsichtlich des vor der Ausschreibung durchzuführenden Schätzungsvorgangs, dem eine gesetzliche Einschränkung zuteil werden muss, um Missbräuchen entgegenzuwirken.
5. Die Verfassungsmäßigkeit der Schwellenwertregelung kann auch nicht durch verfassungskonforme Auslegung erreicht werden. Dem Wortlaut des § 100 Abs. 1 GWB fehlt es vielmehr an unbestimmten Rechtsbegriffen, welche eine Auslegung der Norm zulassen würden. Parallelen zu sonstigen im deutschen Recht existierenden betragsmäßigen Begrenzungen vermögen ebenfalls nicht zu einer Lösung zu verhelfen.
6. Es obliegt daher dem Gesetzgeber, auch den Bereich unterhalb der Schwellenwerte hinsichtlich des Vergabeverfahrens, der subjektiven Bieterrechte sowie des Rechtsschutzverfahrens nach außen verbindlich zu normieren. Kommt er seinem Regelungsauftrag nicht nach, besteht die Gefahr, dass eines Tages das Bundesverfassungsgericht die aus der Schwellenwertregelung resultierende Rechtslage für verfassungswidrig erklärt und er durch dieses dazu aufgefordert wird, das Vergaberecht entsprechend anzupassen. Um den Weg zum Bundesverfassungsgericht zu öffnen, müsste ein Bieter im Rahmen eines Vergabeverfahrens unterhalb der Schwellenwerte zunächst die Vergabekammer angerufen und die durch diese erteilte Abweisung des Nachprüfungsantrags im Beschwerdeverfahren angegriffen haben. Möglich wäre die Anrufung des Bundesverfassungsgerichts sodann durch eine konkrete Normenkontrolle i.S.d.

Art. 100 Abs. 1 GG oder eine Normenverfassungsbeschwerde⁶⁸⁰. Auch wenn ein solcher Vorgang aktuell sehr unwahrscheinlich erscheint, kann er gerade im Hinblick auf das Urteil des österreichischen Verfassungsgerichtshofs nicht ausgeschlossen werden.

7. Der vorliegend entwickelte Lösungsansatz schlägt in diesem Zusammenhang unter Beibehaltung der in den Vergaberichtlinien festgesetzten Schwellenwerte für den Unterschwellenbereich vor, das Vergabeverfahren den entsprechenden Regelungen in den Verdingungsordnungen nachzuempfinden. In Anlehnung an die §§ 97 ff. GWB sollten subjektive Rechtspositionen und Rechtsschutzmöglichkeiten geschaffen werden. Bezüglich der Überprüfung von Vergabeverfahren wird der Einfachheit halber ein ebenfalls zweistufiges Nachprüfungsverfahren empfohlen, welches aus einer behördlichen Überprüfungsinstanz vor der Vergabekammer und einer darauf folgenden gerichtliche Überprüfung seitens der bei den Oberlandesgerichten gebildeten Vergabesenate besteht. Mithin sollte jedoch zugunsten von Verfahrens- und Rechtsschutzvereinfachungen von den bisherigen gesetzlichen Vorschriften abgewichen werden.

⁶⁸⁰ Vgl. Anm. Stolz, VergR 2001, S. 37 f.