

**Rechtsschutz bei der Vergabe von Bauleistungen
unterhalb der Schwellenwerte,
unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Sachsen**

Inaugural – Dissertation

zur Erlangung des Grades des Doktors der Rechte (Dr. iur.)
der Fakultät für Wirtschaftswissenschaften
der Technischen Universität Chemnitz

vorgelegt von

Tilo Pfau

aus

Chemnitz

II

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2010 von der Fakultät für Wirtschaftswissenschaften der Technischen Universität Chemnitz als Dissertation angenommen. Sie befasst sich mit dem vergaberechtlichen Primärrechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte, welcher in der Praxis als nicht vorhanden bzw. als unterentwickelt bezeichnet werden muss. Dabei werden insbesondere die vom Freistaat Sachsen entwickelten Regelungen des § 9 SächsVergabeDVO untersucht, die in der Literatur vereinzelt als „Rechtsschutz light“ bekannt sind. Es werden Regelungslücken aufgezeigt sowie Verbesserungsmöglichkeiten für die sächsischen Regelungen vorgeschlagen. Für einen vollwertigen Rechtsschutz wäre aber eine Umsetzung auf Bundesebene notwendig und wünschenswert.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Ludwig Gramlich, der das Promotionsvorhaben stets mit überzeugendem Sachverstand und beeindruckender Kompetenz und Engagement gefördert und begleitet hat. Frau Prof. Dr. Eva Waller danke ich für die sehr zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die Ermöglichung eines zeitnahen Rigorosums, trotz der für sie persönlich schweren Zeiten.

Mein Dank gebührt auch dem Geschäftsführer des Bauindustrieverbandes Sachsen/Sachsen-Anhalt e.V., Geschäftsstelle Dresden, Herrn Rechtsanwalt Hubertus Nelleßen, sowie dem Hauptgeschäftsführer des Sächsischen Baugewerbeverbandes e.V., Herrn Rechtsanwalt Klaus Bertram, welche mir eine praxisbezogene Unternehmensbefragung auf Mitgliederebene ermöglichten und auch sonst immer mit Rat und Tat unterstützend zur Seite standen.

Bedanken möchte ich mich insbesondere bei meiner Familie, die mich immer unterstützt und maßgeblich das Gelingen dieser Arbeit mitgetragen hat. Meinen Eltern widme ich diese Arbeit.

Nicht vergessen sollen aber auch all diejenigen sein, die mich mit vielfältiger Unterstützung ermutigten, diese Arbeit zu vollenden.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XII
Verzeichnis der Gerichtsentscheidungen	XLVI
Abkürzungsverzeichnis	LX
A. Einleitung.....	1
B. Vergaberecht – Begriffe und Grundlagen, europäische Ansätze.....	4
I. Einflüsse des europäischen Rechts	4
1. Primäres Gemeinschaftsrecht	4
a) Einleitung.....	4
b) Freiheit des Warenverkehrs - Art. 28 - 37 AEUV (Art. 23 - 30 EGV).....	6
aa) Sachlicher Anwendungsbereich.....	6
(a) Ware.....	7
(b) Zollunion.....	7
(c) Mengenmäßige Beschränkung.....	7
bb) Personeller Anwendungsbereich	8
cc) Freiheit des Warenverkehrs im Rahmen der Vergabe von Bauleistungen.....	8
c) Freiheit des Dienstleistungsverkehrs - Art. 56 AEUV (Art. 49 EGV).....	9
aa) Sachlicher Anwendungsbereich.....	9
bb) Personeller Anwendungsbereich	11
cc) Freiheit des Dienstleistungsverkehrs im Rahmen der Vergabe von Bauleistungen.....	11
d) Freiheit des Personenverkehrs - Art. 45, 49 AEUV (Art. 39, 43 EGV).....	11
aa) Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art. 45 AEUV (Art. 39 EGV)	12

IV

(a) Sachlicher Anwendungsbereich.....	12
(b) Personeller Anwendungsbereich	12
bb) Niederlassungsfreiheit	13
(a) Sachlicher Anwendungsbereich.....	13
(b) Personeller Anwendungsbereich	14
cc) Freiheit des Personenverkehrs im Rahmen der Vergabe von Bauleistungen.....	14
e) Freiheit des Kapitalverkehrs - Art. 63 AEUV (Art. 56 EGV).....	15
aa) Sachlicher Anwendungsbereich.....	15
bb) Personeller Anwendungsbereich	16
cc) Freiheit des Kapitalverkehrs im Rahmen der Vergabe von Bauleistungen.....	16
f) Allgemeines Diskriminierungsverbot - Art. 18 AEUV (Art. 12 EGV).....	17
2. Sekundäres Gemeinschaftsrecht	17
a) Einleitung.....	17
b) Richtlinien zum materiellen Vergaberecht	19
aa) „Altes“ (bis 31.01.2006 geltendes) Recht.....	19
bb) „Neues“ (ab 01.02.2006 geltendes) Recht	20
cc) Zielsetzung und Inhalt der aktuellen Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG im Überblick.....	21
c) Richtlinien im Bereich des Rechtsschutzes	23
aa) „Altes“ (bis 09.01.2008 geltendes) Recht.....	23
bb) „Neues“ (ab 10.01.2008 geltendes) Recht	24
3. Schwellenwerte	25
a) Schwellenwert bei der Vergabe von Bauleistungen	26
b) Bestimmung der Auftragswerte	27
4. Öffentliche Auftraggeber	28
a) Einleitung.....	28
b) Klassische öffentliche Auftraggeber.....	28
c) Öffentliche Hand im weiteren Sinn/ private Unternehmen	29

aa)	Einleitung.....	29
bb)	Öffentlicher Auftraggeber oberhalb der Schwellenwerte.....	29
cc)	Öffentlicher Auftraggeber unterhalb der Schwellenwerte.....	30
(a)	Einleitung.....	31
(b)	Institutioneller Auftraggeberbegriff.....	31
(c)	Öffentlicher Auftraggeber im Freistaat Sachsen	32
(d)	Zwischenergebnis	34
II.	Deutsches Vergaberecht - Richtlinienumsetzung.....	34
1.	Traditionelles deutsches Vergaberecht	34
2.	Überblick über das (bis 23.04.2009 geltende) deutsche Vergaberecht.....	35
a)	Umsetzungsfragen	35
aa)	Umsetzung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG	35
bb)	Umsetzung der Richtlinie 2007/66/EG.....	36
(a)	Vorabinformationsfrist.....	36
(b)	De-facto-Vergabe.....	37
b)	Vergaberecht im Überblick.....	38
3.	Überblick über das (ab 24.04.2009 geltende) deutsche Vergaberecht.....	40
4.	Weiterer Ausblick	44
C.	Rechtsschutz im Vergaberecht in Deutschland	46
I.	Rechtsschutz oberhalb des Schwellenwertes.....	46
1.	Primärer Rechtsschutz	46
a)	Grundsätzliches.....	46
b)	Rechtsschutzstufen.....	47
aa)	Vorverfahren.....	47
bb)	Vergabenachprüfungsverfahren (Verfahren vor Vergabekammern)	49
(a)	Grundsätzliche Darstellung	49
(b)	Ausgewählte Einzelprobleme	51

cc)	Rechtsmittelinstanz.....	56
(a)	Grundsätzliches.....	56
(b)	Einzelprobleme.....	58
2.	Sekundärer Rechtsschutz.....	59
a)	Einleitung.....	59
b)	Besondere vergaberechtliche Schadensersatzansprüche.....	60
aa)	Schadensersatzanspruch gemäß § 126 GWB.....	60
bb)	Schadensersatzanspruch gemäß § 125 GWB.....	62
c)	Sonstige vergaberechtliche Schadensersatzansprüche.....	64
aa)	Anspruch aus culpa in contrahendo gemäß § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. § 311 Abs. 2 BGB.....	64
bb)	Anspruch aus deliktischer Handlung gemäß § 823 Abs. 1 BGB.....	66
cc)	Anspruch aus deliktischer Handlung bei Verletzung eines Schutzgesetzes gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Schutzgesetz.....	67
dd)	Anspruch aus sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB.....	68
ee)	Anspruch wegen Verstoßes gegen Bestimmungen des GWB gemäß § 33 i. V. m. § 20 Abs. 1 GWB.....	69
3.	Zwischenergebnis.....	70
II.	Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte.....	71
1.	Rechtsnatur der Vergabe.....	71
a)	Einleitung.....	71
b)	Meinungsstreit.....	71
aa)	Grundlagen.....	71
bb)	Privatrecht – Rechtsweg zu Zivilgerichten.....	73
cc)	Öffentliches Recht - Verwaltungsrechtsweg.....	73
c)	Stellungnahme.....	73
aa)	Spezialzuweisung.....	74
bb)	Verwaltungsrecht.....	75
(a)	Interessentheorie.....	75
(b)	(Modifizierte) Subjektstheorie.....	77
(c)	Subordinationstheorie.....	81

VII

(d) Zwei-Stufen-Theorie.....	83
(e) Zwischenergebnis	86
(f) Historische (Hilfs-)Überlegungen	87
d) Zwischenergebnis	87
2. Bundesrechtliche Regelungen	89
a) Primärer Rechtsschutz	89
aa) Ausgangspunkt.....	89
bb) Handlungsmöglichkeiten des Bieters	89
(a) Verwaltungsrechtliche Aufsicht	89
(b) Wettbewerbsrechtliche Ansprüche gemäß § 1, 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG	91
(c) Kartellrechtliche Ansprüche gemäß § 33 i. V. m. § 20 Abs. 1 GWB	93
(d) Zwischenergebnis	94
cc) „Korrektive“ Rechtsprechung.....	94
dd) Zwischenergebnis	97
b) Sekundärer Rechtsschutz	98
3. Landesrechtliche Regelungen.....	98
Exkurs Vergaberecht in Österreich.....	99
I. Einleitung.....	99
II. Rechtsschutz in Österreich.....	100
1. Entwicklung und Rechtsschutz bis zum BVergG 2002.....	100
a) Primärer Rechtsschutz	101
aa) Oberhalb der Schwellenwerte.....	101
bb) Unterhalb der Schwellenwerte.....	103
b) Sekundärer Rechtsschutz	105
aa) Oberhalb der Schwellenwerte.....	105
bb) Unterhalb der Schwellenwerte.....	107
c) Zwischenergebnis	107
2. Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG 2002)	108

VIII

a)	Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs.....	108
b)	Primärer Rechtsschutz	108
aa)	Einleitung.....	108
bb)	Bundes-Vergabekontrollkommission (B-VKK).....	109
cc)	Bundesvergabeamt (BVA).....	111
dd)	Außerstaatliche Kontrolle	115
c)	Sekundärer Rechtsschutz	116
d)	Zwischenergebnis	116
3.	Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006)	117
a)	Einleitung.....	117
b)	Primärer Rechtsschutz	119
aa)	Bundes-Vergabekontrollkommission (B-VKK).....	119
bb)	Bundesvergabeamt (BVA).....	119
c)	Sekundärer Rechtsschutz	120
III.	Zwischenergebnis	120
D.	Die Zweiteilung des Rechtsschutzes	122
I.	Europäische Grenzen	122
1.	Grundsätzliches.....	122
2.	Mitteilung der Kommission vom 01.08.2006.....	123
a)	Inhalt	124
b)	Zwischenergebnis	125
II.	Verfassungsgemäßheit der Zweiteilung	127
1.	Gleichbehandlung, Art. 3 Abs. 1 GG	127
a)	Schutzbereich.....	127
b)	Eingriff.....	128
c)	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	129
d)	Zwischenergebnis	133
2.	Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG.....	133
a)	Schutzbereich.....	133
b)	Eingriff.....	134

c)	Rechtfertigung	136
d)	Zwischenergebnis	136
3.	Gebot effektiven Rechtsschutzes, Art. 19 Abs. 4 GG	137
a)	Schutzbereich.....	137
b)	Zwischenergebnis	139
4.	Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG.....	139
a)	Schutzbereich.....	139
b)	Eingriff.....	140
5.	Zwischenergebnis	144
6.	Notwendigkeit eines unterschwelligen vergabespezifischen Rechtsschutzes	145
III.	Möglichkeiten zur Entwicklung eines vergabespezifischen Rechtsschutzes	150
1.	Möglicher Umfang eines vergabespezifischen Rechtsschutzes	150
a)	Gerichtlicher Rechtsschutz vs. Vergabeschlichtung	151
b)	Mehrstufiger Rechtsschutz	153
c)	Rügepflicht.....	156
d)	Informationspflicht	157
e)	Stillhaltefrist.....	160
f)	Zuschlagsverbot/Nichtigkeit des Zuschlages	161
g)	Gebühren eines primären Rechtsschutzverfahrens.....	162
2.	Gesetzgebungskompetenz.....	164
3.	Zwischenergebnis	170
E.	Vergabegesetze der Länder unterhalb des Schwellenwertes.....	173
I.	Exemplarische Darstellung verschiedener Landesvergabegesetze.....	173
1.	Bayerisches Bauaufträge-Vergabegesetz (BayBauVG)	173
2.	Thüringer Richtlinie zur Vergabe öffentlicher Aufträge	175
3.	Gesetz zur Förderung des Mittelstandes Schleswig-Holstein	176
II.	Sächsisches Vergabegesetz.....	177
1.	Einleitung.....	177

2.	Verordnung zur Durchführung des Sächsischen Vergabegesetzes	178
a)	Einleitung.....	178
b)	Informationsverpflichtung/Stillhaltefrist	178
c)	Beanstandungsrecht des Bieters	180
d)	Unterrichtungspflicht/Zuschlagssperre	182
e)	Einzelheiten zu den Regelungen des § 9 SächsVergabeDVO.....	186
aa)	Sachlicher Anwendungsbereich.....	186
(a)	Begriff „Auftragswert“	186
(b)	Angemessenheit	191
bb)	Ausschluss des Angebotes	194
cc)	Aufhebung der Ausschreibung	197
dd)	Nachprüfungsbehörde.....	200
ee)	Anspruch auf Tätigwerden.....	202
ff)	Gebühren.....	204
III.	Zwischenergebnis	205
F.	Möglichkeiten zur Weiterentwicklung des § 9	
	SächsVergabeDVO	209
I.	Einleitung.....	209
II.	Anwendungsbereich.....	210
1.	Bagatellgrenze	210
a)	Lösungsvorschlag	210
b)	Regelungskompetenz.....	214
2.	Ausschluss von Angeboten.....	218
a)	Lösungsvorschlag	219
b)	Regelungskompetenz.....	222
3.	Aufhebung der Ausschreibung	224
a)	Lösungsvorschlag	224
b)	Regelungskompetenz.....	226
III.	Nachprüfbehörde	227
1.	Lösungsvorschlag	228

2.	Regelungskompetenz.....	231
IV.	Anspruch auf Tätigwerden.....	233
1.	Lösungsvorschlag	233
2.	Regelungskompetenz.....	237
a)	Gutachtenfertigung durch Aufsichtsbehörde.....	238
b)	Nachprüfung als Zugangsvoraussetzung	241
V.	Zuschlagssperre	243
1.	Lösungsvorschlag	243
2.	Regelungskompetenz.....	245
VI.	Akteneinsichtsrecht.....	247
1.	Lösungsvorschlag	247
2.	Regelungskompetenz.....	251
VII.	Zwischenergebnis	253
G.	Empfehlungen/Thesen	255
Anlage I	Fragebogen zur Unternehmensbefragung	259
Anlage II	Hinweise zum Fragebogen zur Unternehmens- befragung	265

Literaturverzeichnis

1. Bücher

Achterberg, Norbert

Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1986 (zitiert: Achterberg, §, Rdn.)

Ax, Thomas/ Reichert, Friedhelm/ Keseberg, Sabine

Bauen im Grund, Berlin 2006 (zitiert: Ax/Reichert/Keseberg, S.)

Badura, Peter/ Ehlers, Dirk/ Erichsen, Hans-Uwe/ Ossenbühl, Fritz/ Papier, Hans-Jürgen/ Rudolf, Walter/ Rübner, Wolfgang

Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Auflage, Berlin 2002 (zitiert: Badura, §, Rdn.)

Bechthold, Rainer

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 3. Auflage, München 2002 (zitiert: Bechthold, Rdn.)

Blome, Constantin

Öffentliches Beschaffungsmarketing: Ein Kennzahlensystem für das Vergabemanagement, Berlin 2007 (zitiert: Blome, S.)

Brombosch, Günter

Öffentliches Auftragswesen, Berlin 2008 (zitiert: Brombosch, S.)

Brüggen, Georg/ Schmid, Andrea

Handbuch zum Sächsischen Vergaberecht einschließlich Kommentierung des Sächsischen Vergabegesetzes und der Durchführungsverordnung, Dresden 2006 (zitiert: Brüggen/Schmid, S.)

Buhr, Barbara

Die Richtlinie 2004/18/EG und das deutsche Vergaberecht, Berlin 2009 (zitiert: Buhr, S.)

Bungenberg, Marc

Vergaberecht im Wettbewerb, Tübingen 2007 (zitiert: Bungenberg, S.)

Buscher, René/ Theurer, Anja/ Meyer, Andreas

PPP-Projekte für den Mittelstand, Köln 2007 (zitiert: Buscher/Theurer/Meyer, S.)

Calliess, Christian/ Ruffert, Matthias

Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2. Auflage, Neuwied u. a. 2002 (zitiert: Bearbeiter, in: Calliess/Ruffert, Art., Rdn.)

Casati, Claus/ Holoubek, Michael

Bundesvergabegesetz 2006, Anregungen für die Praxis, Wien 2006 (zitiert: Casati/Holoubek, S.)

Degenhart, Christoph

Staatsrecht I, 25. Auflage, Heidelberg 2009 (zitiert: Degenhart, Rdn.)

Elverfeld, Dirk J.

Europäisches Recht und kommunales öffentliches Auftragswesen, Köln 1992 (zitiert: Elverfeld, S.)

Elsner, Bernt

Bundesvergabegesetz 2006, Wien 2006 (zitiert: Elsner, Rdn.)

Fichtner, Leonie

Rechte des Einzelnen im Recht der Europäischen Gemeinschaft, Köln u. a. 2005 (zitiert: Fichtner, S.)

Frenz, Walter

Handbuch Europarecht, Band 1, Europäische Grundfreiheiten, Heidelberg 2004 (zitiert: Frenz, Rdn.)

Frenz, Walter

Handbuch Europarecht, Band 5, Wirkungen und Rechtsschutz, Heidelberg 2010 (zitiert: Frenz, Band 5, Rdn.)

Gast, Günther

Das öffentliche Vergabewesen in Österreich, Augsburg 2006 (zitiert: Gast, S.)

Gern, Alfons

Sächsisches Kommunalrecht, 2. Auflage, München 2000 (zitiert: Gern, Rdn.)

Giemulla, Elmar/ Jaworsky, Nikolaus/ Müller-Uri, Rolf

Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Köln 1991 (zitiert: Giemulla/Jaworsky/Müller-Uri, Verwaltungsrecht, Rdn.)

Grabenwarter, Christoph/ Griller, Stefan/ Holoubek, Michael

Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht I, 6. Auflage, Wien 2008 (zitiert: Grabenwarter/Griller/Holoubek, S.)

Grapperhaus, Tanja

Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Verwaltungskompetenzen im Atomgesetz, München 2002 (zitiert: Grapperhaus, S.)

Griller, Stefan/ Holoubek, Michael

Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 1. Auflage, Wien 2004 (zitiert: Griller/Holoubek, Verfasser, S.)

Grundmann, Nicola Juliane

Das zweigeteilte Vergabewesen – Ein Widerspruch zu den Verfassungsrechtlichen Anforderungen?, Diss. Uni Düsseldorf 2004 (zitiert: Grundmann, S.)

Hailbronner, Kay/ Jochum, Georg

Europarecht II, 1. Auflage, Stuttgart 2006, (zitiert: Hailbronner/Jochum, Rdn.)

Haratsch, Andreas/ Koenig, Christian/ Pechstein, Matthias

Europarecht, 6. Auflage, Tübingen 2009 (zitiert: Haratsch/Koenig/Pechstein, Rdn.)

Hattig, Oliver

Lexikon Vergaberecht, 1. Auflage, Köln 2008 (zitiert: Hattig, S.)

Hefermehl, Wolfgang/ Köhler, Helmut/ Bornkamm, Joachim

Wettbewerbsrecht, 25. Auflage, München 2007 (zitiert: Bearbeiter in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, §, Rdn.)

Heid, Stephan/ Hauck, Dieter/ Preslmayr, Karl

Vergabe von Dienstleistungsaufträgen durch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber, Wien 1998 (zitiert: Heid/Hauck/Preslmayr, 1998, S.)

Heid, Stephan/ Hauck, Dieter/ Preslmayr, Karl

Handbuch des Vergaberechts, Wien 2002 (zitiert: Heid/Hauck/Preslmayr, S.)

Heiermann, Wolfgang/ Ax, Thomas

Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – Leitfaden für die Praxis, Wiesbaden, Berlin 1997 (zitiert: Heiermann/Ax, S.)

Heiermann, Wolfgang/ Zeiss, Christopher/ Kullack, Andrea Maria/ Blaufuß, Jörg

Juris Praxiskommentar Vergaberecht, 1. Auflage, Saarbrücken 2005 (zitiert: Heiermann/Zeiss/Kullack/Blaufuß, §, Rdn.)

Heimann, Wolfgang/ Riedl, Richard/ Rusam, Martin

Handkommentar zur VOB, 10. Auflage, Wiesbaden 2003 (zitiert: Heiermann/Riedl/Rusam, Teil, §, Rdn.)

Hertwig, Stefan

Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (VOB/VOL/VOF), 3. Auflage, München 2001 (zitiert: Hertwig, Rdn.)

Hesse, Konrad

Der unitarische Bundesstaat, Karlsruhe 1962 (zitiert: Hesse, S.)

Holoubek, Michael/ Fuchs, Claudia/ Weinhandl, Martina

Vergaberecht, Wien 2005 (zitiert: Holoubek/Fuchs/Weinhandl, S.)

Honrath, Alexander

Umfang und Grenzen der Freiheit des Kapitalverkehrs: Die Möglichkeiten zur Einführung einer Devisenzwangsbewirtschaftung in der Europäischen Union, Baden-Baden 1998 (zitiert: Honrath, S.)

Huber, Peter-Michael

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

Immenga, Ulrich/ Mestmäcker, Ernst-Joachim

Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB – Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 4. Auflage, München 2007 (zitiert: Bearbeiter in Immenga/Mestmäcker, GWB §, Rdn.)

Ingenstau, Heinz/ Korbion, Hermann

Verdingungsordnung für Bauleistung: VOB; Teile A und B, Kommentar, 16. Auflage, Neuwied 2007 (zitiert: Ingenstau/Korbion, §, Rdn.)

Ingenstau, Heinz/ Korbion, Hermann

Verdingungsordnung für Bauleistung: VOB; Teile A und B, Zusatzband: Vergaberechtsänderungsgesetz, Kommentar, 1. Auflage, Düsseldorf 1999 (zitiert: Ingenstau/Korbion, Zusatzband, §, Rdn.)

Ingenstau, Heinz/ Korbion, Hermann

Verdingungsordnung für Bauleistung: VOB; Teile A und B, Kommentar, 17. Auflage, Köln 2010 (zitiert: Bearbeiter in Ingenstau/Korbion (2010), §, Rdn.)

Jacob, Dieter/ Ring, Gerhard/ Wolf, Rainer

Freiberger Handbuch zum Baurecht, Bonn 2001 (zitiert: Jacob/Ring/Wolf, §, Rdn.)

Jarass, Hans D./ Pieroth, Bodo

Grundgesetz, 7. Auflage, München 2004 (zitiert: Jarass/Pieroth, Art., Rdn.)

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

Das Recht der Auftragsvergabe: Auftraggeber, ausschreibungspflichtige Aufträge, Vergabeverfahren, Sektoren, Rechtsschutz, 1. Auflage, Neuwied u. a. (zitiert: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, S.)

Kandlhofer, Dieter/ Seyfried, Karl

Interne Revision und Vergaberecht, Wien 2008 (zitiert: Bearbeiter in Kandlhofer/Seyfried, S.)

Kapellmann, Klaus/ Messerschmidt, Burkhard

Beck'sche Kurzkommentare Band 58, VOB Teile A und B, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV), 2. Auflage, München 2007 (zitiert: Bearbeiter in Kapellmann/Messerschmidt, Teil, §, Rdn.)

Kellersmann, Dietrich/ Treisch, Corinna

Europäische Unternehmensbesteuerung, Wiesbaden 2002 (zitiert: Kellersmann/Treisch, S.)

Kiser, Folma

In-House Vergabe und Rechtsschutz bei de-facto Vergaben im deutschen Kartellrecht, Hamburg 2009 (zitiert: Kiser, S.)

Klingner, Matthias H.

Die Vorabinformationspflicht des öffentlichen Auftraggebers – Effektiver Rechtsschutz gegen Zuschlagsentscheidung und Aufhebung der Ausschreibung im europäischen und deutschen Vergaberecht, Berlin 2005 (zitiert: Klingner, S.)

Kniffka, Rolf

Ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 26.05.2009, <http://www.ibr-online.de/IBRKommentare/index.php?Textnr=1&Abschnitt=3a&Sprungziel=32&SessionID=4e24aa17eb9ecfb9eb5ecffd046a9595#32> (zitiert: Weyand, Online-Kommentar)

Knöbl, Jan

Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte, Berlin 2009 (zitiert: Knöbl, S.)

König, Wolfgang

Vergaberecht in der Praxis, Wien 2000 (zitiert: König, S.)

König, Wolfgang/ Reichel-Holzer, Claudia

Bundesvergabegesetz 2002, Kurzkommentar und Leitfaden für die Praxis, 1. Auflage, Wien 2002 (zitiert: König/Reichel-Holzer, S.)

Kopp, Ferdinand O./ Schenke, Wolf-Rüdiger

Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Auflage, München 2007 (zitiert: Kopp/Schenke, §, Rdn.)

Kreßner, Lars

Die Auftragsperre im Vergaberecht, Köln 2006 (zitiert: Kreßner, S.)

Krist, Matthias

Die Neuordnung des Vergaberechtsschutzes unterhalb der EU-Auftragsschwellenwerte – ein Modell de lege ferenda, Frankfurt am Main u. a. 2001 (zitiert: Krist, S.)

Kropik, Andreas/ Mille, Annemarie/Sachs, Michael

Das Vergaberecht in Österreich, 2. Auflage, Wien 2003 (zitiert: Kropik/Mille/Sachs, BVergG 2002, S.)

Kropik, Andreas/ Mille, Annemarie/Sachs, Michael

Das Vergaberecht in Österreich, 4. Auflage, Wien 2007 (zitiert: Kropik/Mille/Sachs, BVergG 2006, S.)

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

Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 1. Auflage, Neuwied 2006 (zitiert: Bearbeiter in Kulartz/Kus/Portz, § Rdn)

Kulartz, Hans-Peter/ Marx, Friedhelm/ Portz, Norbert/ Prieß, Hans-Joachim

Kommentar zur VOL/A, 1. Auflage, Köln 2007 (zitiert: Bearbeiter in Kulartz/Marx/Portz/Prieß, §, Rdn.)

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

Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2. Auflage, Köln 2009 (zitiert: Bearbeiter in Kulartz/Kus/Portz, GWB 2009, § Rdn)

Leinemann, Ralf

Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 4. neu bearbeitete Auflage, Köln 2007 (zitiert: Leinemann, Vergaberecht, S.)

Leinemann, Ralf

Das neue Vergaberecht, 1. Auflage, Köln 2010 (zitiert: Leinemann 2010, S.)

Ley, Rudolf

Das neue Vergaberecht 2009, 1. Auflage, Heidelberg u. a. 2009 (zitiert: Ley, S.)

Lück, Dominik

Vorläufiger Rechtsschutz und Vergaberecht, Köln 2003 (zitiert: Lück, S.)

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

Kommentar zum Vergaberecht, 1. Auflage, Neuwied u. a. 2000 (zitiert: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Bearbeiter, §, S.)

Noch, Rainer

Die Vergabe von Staatsaufträgen und der Rechtsschutz nach europäischem und deutschem Recht, Dissertation 1997 (zitiert: Noch, Diss, S.)

Noch, Rainer

Vergaberecht kompakt, 4. Auflage, Düsseldorf 2008 (zitiert: Noch, S.)

Maurer, Hartmut

Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage, München 2004 (zitiert: Maurer §, Rdn.)

Maunz, Theodor/ Dürig, Günter

Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, München 2007, (zitiert: Bearbeiter in Maunz/Dürig, Art., Rdn.)

Mayer, Franz/ Kopp, Ferdinand

Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage (zitiert: Mayer/Kopp, §, S.)

Medicus, Dieter

Allgemeiner Teil des BGB, 9. Auflage, Heidelberg 2006 (zitiert: Medicus, §, Rdn.)

Motzke, Gerd/ Pietzcker, Jost/ Prieß, Hans-Joachim

Beck'scher VOB-Kommentar, Verdingungsordnung für Bauleistung Teil A, 1. Auflage, München 2001 (zitiert: Motzke/Pietzcker/Prieß, §, Rdn.)

Müller-Wrede, Malte

GWB-Vergaberecht, 1. Auflage, Köln 2009 (zitiert: Bearbeiter in Müller-Wrede, §, Rdn.)

Öhler, Matthias

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

Oppermann, Thomas

Europarecht, 3. Auflage, München 2005 (zitiert: Oppermann, §, Rdn.)

Palandt, Otto

Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Auflage, München 2006 (zitiert: Bearbeiter in Palandt, §, Rdn.)

Pietzcker, Jost

Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 1. Auflage, Tübingen 1978 (zitiert: Pietzcker, S.)

Pietzcker, Jost

Die Zweiteilung des Vergaberechts, 1. Auflage, Baden-Baden 2001 (zitiert: Pietzcker, Zweiteilung, S.)

Piper, Henning/ Ohly, Ansgar

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 4. Auflage, München 2006 (zitiert: Piper/Ohly, §, Rdn.)

Prieß, Hans-Joachim/ Niestedt, Marian

Rechtsschutz im Vergaberecht, Köln 2006 (zitiert: Prieß/Niestedt, S.)

Rebmann, Kurt/ Säcker, Franz Jürgen

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, München 1994 (zitiert: Bearbeiter in Münchener Kommentar zum BGB, §, Rdn.)

Reidt, Olaf/ Stickler, Thomas/ Glahs, Heike

Vergaberecht, Kommentar, 2., erweiterte Auflage, Köln 2003 (zitiert: Reidt/Stickler/Glahs, §, Rdn.)

Reinbacher, Petra

Schadensersatz im Vergaberecht, Wien 2002 (zitiert: Reinbacher, S.)

Riese, Christoph

Vergaberecht, 1. Auflage, Heidelberg u. a. 1998 (zitiert: Riese, S.)

Rittner, Fritz

Rechtsgrundlage und Rechtsgrundsätze des öffentlichen Auftragswesens, Hamburg 1988 (zitiert: Rittner, S.)

Rogmans, Jan

Öffentliches Auftragswesen, Berlin 1993 (zitiert: Rogmans, S.)

Sachs, Michael

Grundgesetz – Kommentar, 4. Auflage, München 2007 (zitiert: Bearbeiter in Sachs, Art., Rdn.)

Schaller, Hans

Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) Teile A und B, 3., überarbeitete Auflage, München 2004 (zitiert: Schaller, §, Rdn.)

Schäfer, Mathias J.

Mehr Wettbewerb im Bereich des öffentlichen Auftragswesens nach Erlaß der europäischen Vergaberichtlinien? – Rechtliche und praktische Aspekte der Richtlinienumsetzung, Tangstedt/Hamburg 1994 (zitiert: Schäfer, S.)

Schindler, Sven

Public Electronic Procurement kommunaler Einkaufsgemeinschaften, Chemnitz 2008 (zitiert: Schindler, S.)

Schmalz, Dieter

Allgemeines Verwaltungsrecht und Grundlagen des Verwaltungsrechtsschutzes, 3. Auflage, Baden-Baden 1998 (zitiert: Schmalz, Rdn.)

Schmid, Hans

Die staatliche Beschaffungspolitik, Stuttgart 1972 (zitiert: Schmid, S.)

Schmidt, Reiner/ Vollmöller, Thomas

Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2007 (zitiert: Bearbeiter in Schmidt/Vollmöller, S.)

Schmidt-Bleibtreu, Bruno/ Klein, Franz

Kommentar zum Grundgesetz, Neuwied und Kriftel 1999, 9. Auflage (zitiert: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art., Rdn.)

Schmidt-Bleibtreu, Bruno/ Hofmann, Hans/ Hopfauf, Axel

Kommentar zum Grundgesetz, 11. Auflage, München 2008 (zitiert: Bearbeiter in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Art., Rdn.)

Schnattinger, Andrea

Die Rückwirkung des Europarechts auf das deutsche Gewerberecht, Göttingen 2005 (zitiert: Schnattinger, S.)

Schneider, Tobias

Primärrechtsschutz nach Zuschlagserteilung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Berlin 2007 (zitiert: Schneider, S.)

Schnichels, Dominik,

Reichweite der Niederlassungsfreiheit, Baden-Baden 1995 (zitiert: Schnichels, S.)

Schonebeck, Karl-Heinz/ Schwenker, Christian

Das Vergaberecht in der anwaltlichen und gerichtlichen Praxis, 1. Auflage, Berlin 2003 (zitiert: Schonebeck/Schwenker, S.)

Schramm, Johannes/ Aicher, Josef/ Fruhmann, Michael/ Thienel, Rudolf

Bundesvergabegesetz 2002, Wien 2005 (zitiert: Bearbeiter in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, §, Rdn.)

Schumacher, Friedrich Arndt

Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, Regensburg 1998 (zitiert: Schumacher, S.)

Siebel, Ulf R./ Röver Jan-Hendrik/ Knütel, Christian

Rechtshandbuch Projektfinanzierung und PPP Vertragsgestaltung und Projektdurchführung nach deutschem Recht unter Berücksichtigung internationaler Erfahrungen, 2. Auflage, Köln, München 2008 (zitiert: Bearbeiter in Siebel/Röver/Knütel, Rdn.)

Steiner, Doris/ Windisch, Martin

Einführung in das Vergaberecht, 1. Auflage, Wien 2004 (zitiert: Steiner/Windisch, S.)

Sterner, Frank

Rechtsbindungen und Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 1. Auflage, Stuttgart 1996 (zitiert: Sterner, S.)

Stockmann, Markus

Die Deckung des öffentlichen Bedarfs an Bauleistungen aus verfassungsrechtlicher Sicht – Rechtsstellung und Rechtsschutz der Bauunternehmer, Tönning 2005 (zitiert: Stockmann, S.)

Stolz, Kathrin

Das öffentliche Auftragswesen in der EG, 1. Auflage, Baden-Baden 1991 (zitiert: Stolz, S.)

Streinz, Rudolf

Europarecht, 7., neubearbeitete Auflage, Heidelberg 2005 (zitiert: Streinz, Rdn.)

Streinz, Rudolf

Beck'scher Kurzkommentar EUV/EGV, München 2003 (zitiert: Streinz, EUV/EGV, Art., Rdn.)

v. Mangoldt, Hermann/ Klein, Friedrich/ Starck, Christian

Das Bonner Grundgesetz, Band 1: Präambel, Art. 1 bis 19, 5. Auflage, München 2005 (zitiert: Bearbeiter in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Band 1, Art., Rdn.)

v. Mangoldt, Hermann/ Klein, Friedrich/ Starck, Christian

Das Bonner Grundgesetz, Band 2: Art. 20 bis 78, 4. Auflage, München 2000
(zitiert: Bearbeiter in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Band 2, Art., Rdn.)

von der Groeben, Hans/ Schwarze, Jürgen

Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der
Europäischen Gemeinschaft, 6. Auflage, Baden-Baden 2003 (zitiert: von der
Groeben/Schwarze, Art., Rdn.)

von Wietersheim, Mark

Das neue Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1. Auflage, Berlin u. a.
2009 (zitiert: Wietersheim, S.)

Voppel, Reinhard/ Osenbrück, Wolf/ Bubert, Christoph

VOF: Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen, 1. Auflage, Mün-
chen 2001 (zitiert: Voppel/Reinhard/Bubert, §, Rdn.)

Waldner, Thomas

Bieterschutz im Vergaberecht unter Berücksichtigung der europäischen Vor-
gaben, Baden-Baden 2000 (zitiert: Waldner, S.)

Weyand, Rudolf

Vergaberecht, Praxiskommentar zu GWB, VgV, VOB/A, VOL/A, VOF, 2.
Auflage, München 2007 (zitiert: Weyand, Rdn.)

Weyand, Rudolf

Ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand 29.07.2008, <http://www.ibr-online.de/IBRKommentare/index.php?SessionID=c01bc3c5a74dea5e9cf-c642d91549af7&zg=1&Textnr=3>, (zitiert: Weyand, Online-Kommentar, Rdn.)

Weyand, Rudolf

Ibr-online-Kommentar Vergaberecht 2009, Stand 25.01.2010, <http://www.ibr-online.de/IBRKommentare/index.php?SessionID=46ace8-433a44caca87bd34fda5e31906&zg=0&Textnr=15>, (zitiert: Weyand, Online-Kommentar 2009, Rdn.)

Widmann, Simon Philipp

Vergaberechtsschutz im Unterschwellenbereich, 1. Auflage, Baden-Baden 2008 (zitiert: Widmann, S.)

Wiedemann, Gerhard

Handbuch des Kartellrechts, 1. Auflage, München 1999 (zitiert: Bearbeiter in Wiedemann, §, Rdn.)

Willenbruch, Klaus/ Bischoff, Kristina

Kompaktkommentar Vergaberecht, Köln 2008 (zitiert: Bearbeiter in Willenbruch, §, Rdn.)

Wimmer, Norbert/ Müller, Thomas

Wirtschaftsrecht, Wien 2007 (zitiert: Wimmer/Müller, S.)

Wolff, Hans J./ Bachof, Otto/ Stober, Rolf,

Verwaltungsrecht I, 10. Auflage, München 1994 (zitiert: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, §, Rdn.)

Zöller, Richard

Zivilprozessordnung, 28. Auflage, Köln 2010 (zitiert: §, Rdn.)

2. Aufsätze/ Gutachten

Aicher, Josef

Aspekte des Vergaberechtsschutzes vor den Zivilgerichten, JRP 1999, 253 – 256

Aicher, Josef/ Holoubek, Michael

Überlegungen zu einer Neustrukturierung des Bundesvergabegesetzes, RPA 2004, 84 – 85

Alexander, Christian

Öffentliche Auftragsvergabe und unlauterer Wettbewerb, WRP 2004, 700 – 712

Alvermann, Michael/ Wanninger, Rainer/ Stolze, Simon-Finn

Auswirkungen der Nachprüfungsverfahren gemäß GWG bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge auf die Baukosten bei der Durchführung von öffentlichen Baumaßnahmen des Bundes, Endbericht, Quelle: http://www.bbr.bund.de/cln_007/nn_21272/DE/Veroeffentlichungen/BBR-Online/2002-2006/DL__Auswirkungen,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/DL_Auswirkungen.pdf, (zitiert: Alvermann/Wanninger/Stolze, S.)

Antweiler, Clemens

Chancen des Primärrechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte, VergabeR 2008, 352 – 360

Balensiefen, Gotthold/ Raiber, Michael

Das gegenwärtige öffentliche Vergabewesen aus Sicht der Bieter in der Bauwirtschaft, VergabeR 2005, 305 – 312

Bitterich, Klaus

Rechtsschutz bei Verletzung aus dem EG-Vertrag abgeleiteter „Grundanforderungen“ an die Vergabe öffentlicher Aufträge, NVwZ 2007, 890 – 896

Boesen, Arnold

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

Boesen, Arnold

EuGH bejaht Vorlageberechtigung der Vergabeüberwachungsausschüsse –
Überraschende Entscheidung des EuGH zur Frage der Gerichtsqualität i. S.
von Art. 177 EGV, NJW 1997, 3350 – 3353

Braun, Christian

Verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellen-
werte, SächsVBl. 2006, 249 – 262

Braun, Christian

Europarechtlicher Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte,
VergabeR 2007, 17 – 25

Braun, Christian

Vergabemanagement: Überlegungen zu einer Strategie bei der Durchführung
von Ausschreibungsverfahren, SächsVBl. 2008, 67 – 71

Braun, Christian

Zivilrechtlicher Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte,
NZBau 2008, 160 – 162

Burgi, Martin

Rechtsschutz ohne Vergabeverfahren?, NZBau 2003, 16 – 23

Burgi, Martin

Streitbeilegung unterhalb der Schwellenwerte durch "Vergabeschlichtungs-
stellen": Ein Vorschlag zur aktuellen Reformdiskussion, VergabeR 2010, 403
– 414

Darbinghausen, Gerhard

Preissteigerungen bei Bauzeitverzögerungen infolge vergaberechtlicher
Nachprüfungsverfahren, VergabeR 2007, 176 – 183

Dabringhausen, Gerhard/ Sronka, Patricia

Vergaberechtlicher Primärrechtsschutz auch unterhalb der EU-Schwellenwerte durch Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges?, VergabeR 2006, 462 – 473

Dammert, Bernd/ Köhler, Silvia

Das Sächsische Vergabegesetz – Ziele, Inhalte, Folgen, SächsVBl. 2002, 257 – 263

Dähne, Horst

Sekundärer Rechtsschutz gegen Vergabeverstöße – Welcher Schaden ist zu ersetzen?, NZBau 2003, 489 – 491

Delius, Nils S.

Analoge Anwendung von § 13 Satz 4 VgV?, ZfBR 2003, 341 – 344

Dieckmann, Martin

Effektiver Primärrechtsschutz durch Zuschlagsverbote im deutschen Vergaberecht – Reichweite und Regelungsdefizite im Lichte praktischer Erfahrungen, VergabeR 2005, 10 – 22

Diemon-Wies, Ingeborg/ Graiche, Stefan

Vergabefremde Aspekte – Handhabung bei der Ausschreibung gem. § 97 IV GWB, NZBau 2009, 409 – 419

Diehr, Matthias

„Vergabeprimärrecht“ nach der An-Post-Rechtsprechung des EuGH, VergabeR 2009, 719 – 729

Dietlein, Johannes/ Spießhofer, Birgit

Zur Anwendbarkeit des § 13 VgV bei der de-facto-Vergabe öffentlicher Aufträge, VergabeR 2003, 509 – 518

Dörr, Oliver

Das deutsche Vergaberecht unter dem Einfluss von Art. 19 Abs. 4 GG, DÖV
2001, 1014 – 1024

Dreher, Meinrad

Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2002, 419 – 429

Edlinger, Astrid

VKS Wien: Nichtigerklärung eines rechtswidrigen Widerrufs ist auch im Un-
terschwellenbereich möglich, RPA 2005, 301 – 303

Estermann, Gunter/ Marckhgott, Pia

Widerruf der Ausschreibung – Gründe und Rechtsschutz im Spiegel der
Rechtsprechung, RPA 2003, 272 – 283

Fett, Bernhard

Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, VergabeR 2007, 298 – 304

Fink, Christian

Vergabe „Stadion Waidmannsdorf“ – Eine Einschätzung der Zuständigkeits-
frage, RPA 2005, 158 – 160

Franke, Horst

Analyse und Bewertung der Fragebogenaktion und der Rechtsprechung zur
Evaluierung des Vergaberechtsänderungsgesetzes (VgRÄG), Gutachten für
das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Quelle:
[http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/A/analyse-und-bewertung-
vergaberechtsaenderungsgesetz,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=trtr.pdf](http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/A/analyse-und-bewertung-vergaberechtsaenderungsgesetz,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=trtr.pdf) (zitiert: Franke, S.)

Franz, Birgit

VOB/A 2009: Fehlende Preisangabe führt nicht zwingend zum Ausschluss!,
IBR 2010, 72

Freise, Harald

Das österreichische Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 2006 –
Neue Anregungen für die Weiterentwicklung des deutschen Vergaberechts,
NZBau 2007, 343 – 347

Frenz, Walter

Grundrechte und Vergaberecht, EuZW 2006, 749 – 752

Frenz, Walter

Unterswellenvergabe, VergabeR 2007, 1 – 17

Freund, Matthias

Korruption in der Auftragsvergabe, VergabeR 2007, 311 – 325

Fruhmann, Michael/ Mayr, Clemens

Das Bundesvergabegesetz 2006, ecolex 2006, 92 – 94

Funk, Bernd-Christian

Reform des Vergaberechtsschutzes, JRP 1999, 251 – 253

Gabriel, Marc

Einflussnahme von Unternehmen auf öffentliche Auftragsvergaben: Persuasi-
on, Kollusion oder Korruption, VergabeR 2006, 173 – 193

Gaier, Reinhardt

Verfassungsrecht - Fesseln und Freiheiten für das (Kartell-)Vergaberecht,
NZBau 2008, 289 – 293

Gehrlein, Markus

Kein präventiver Rechtsschutz durch einstweilige Verfügung in Vergabever-
fahren unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2001, 483 – 484

Götzl, Philipp

Die einstweilige Verfügung im Vergaberecht, RPA 2004, 285 – 296

Gröning, Jochem

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

Gröning, Jochem

Vergaberechtliche Bewältigung nachprüfungsbedingter Bauzeitverschiebungen und dadurch verursachter Preiserhöhungen, BauR 2004, 199 – 210

Heuvels, Klaus/ Kaiser, Christoph

Die Nichtigkeit des Zuschlags ohne Vergabeverfahren, NZBau 2001, 479 – 481

Himmelmann, Steffen

Außenwirksame Anforderungen an die Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte – insbesondere bei beschränkten Ausschreibungen und freihändigen Vergaben, VergabeR 2007, 342 – 354

Hirschberger, Sebastian

Bewegte Zweiteilung im Vergaberecht – Effektiver Rechtsschutz im Unterschwellenbereich, BayVBl. 2007, 741 – 745

Hofer, Kristina

Bundesvergabegesetz-Novelle 2007: Ein Streifzug, RPA 2007, 5 – 14

Hoffer, Raoul/ Schmölz, Clemens

Vorläufige Maßnahmen, Teil III, RPA 2002, 281 – 283

Hormann, Carsten

Zur Rechtsnatur des Vergaberechts -
Zugleich Entgegnung auf den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom
2.5.2007 – 6 B 10.07, VergabeR 2007, 337

Hornbanger, Kathrin

Kann man dem BVergGgeber 2006 noch vergeben?, ecolex 2005, 95 – 98

Hösch, Ulrich W.

Die Nachprüfung von Vergabeentscheidungen der öffentlichen Hand,
BayVerwBl 1997, 193 – 201

Huber, Peter M.

Der Schutz des Bieters unterhalb der sog. Schwellenwerte, JZ 2000, 877 –
884

Irmer, Wolfram

Schutz vor den Verwaltungsgerichten bei Vergabeverfahren unterhalb der
Schwellenwerte – Eine unendliche Geschichte oder nur ein kurzer Spuk?,
ZfBR 2007, 233 – 244

Irmer, Wolfram

Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs bei Vergaben außerhalb des Anwen-
dungsbereichs von § 100 GWB oder Aufgabe der Zweiteilung und Neuord-
nung des Vergaberechts

Teil I: Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs bei Vergabeverfahren außer-
halb des Anwendungsbereiches des GWB – Besprechung der Entscheidungen
des VG Koblenz und des OVG Rheinland-Pfalz, VergabeR 2006, 159 – 172

Irmer, Wolfram

Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs bei Vergaben außerhalb des Anwen-
dungsbereichs von § 100 GWB oder Aufgabe der Zweiteilung und Neuord-
nung des Vergaberechts

Teil II: Verfassungsmäßigkeit der Zweiteilung des Vergaberechts und Vorschläge zur Überarbeitung des Primärrechtsschutzes, VergabeR 2007, 308 – 321

Jasper, Ute/ Pooth, Stefan

De-facto-Vergabe und Vertragsnichtigkeit, ZfBR 2004, 543 – 548

Jäckle, Wolfgang

Die Haftung der öffentlichen Verwaltung aus culpa in contrahendo im Licht der oberinstanzlichen Rechtsprechung, NJW 1990, 2520 – 2525

Jäger, Wolfgang

Neuerungen zur Rügeobliegenheit (§ 107 III GWB) durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, NZBau 2009, 558 – 562

Jarass, Hans D.

Allgemeine Probleme der Gesetzgebungskompetenz des Bundes, NVwZ 2000, 1089 - 1096

Kaelble, Hendrik

Anspruch auf Zuschlag und Kontrahierungszwang im Vergaberecht, ZfBR 2003, 657 – 671

Kallerhoff, Dieter

Zur Begründetheit von Rechtsschutzbegehren unterhalb der vergaberechtlichen Schwellenwerte, NZBau 2008, 97 – 103

Kischenbaum, Dietrich

Zuständigkeiten und Kompetenzen im Bereich der Verwaltung nach dem 8. Abschnitt des Grundgesetzes, JuS 1977, 565 - 572

Kleiser, Christoph

Die neue Kompetenzverteilung im Vergaberecht, ÖJZ 2003, 449 – 457

Koenig, Christian/ Haratsch, Andreas

Grundzüge des deutschen und des europäischen Vergaberechts, NJW 2003,
2637 – 2642

Krist, Matthias

Gerichtlicher Rechtsschutz in Vergabeverfahren unterhalb der EU-
Auftragsschwellenwerte, VergabeR 2001, 373 – 376

Krist, Matthias

Zur Verfassungswidrigkeit des schwellenwertabhängigen Vergaberechts-
schutzes nach §§ 97ff. GWB, VergabeR 2003, 17 – 23

Krist, Matthias/ Kutzscher, Dirk

Von der Unwilligkeit einer Gerichtsbarkeit – oder: Das schnelle Ende des
verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes im Vergaberecht?, VergabeR 2006,
823 – 831

Krohn, Wolfram

Ende des Rechtswegwirrwarrs: Kein Verwaltungsrechtsschutz unterhalb der
Schwellenwerte, NZBau 2007, 493 – 496

Kuckuk, Günter

Probleme des Vollzugs von Rahmengesetzen, DÖV 1978, 355 – 362

Kus, Alexander

Auswirkungen der EuGH-Entscheidung „Alcatel Austria AG“ auf das deut-
sche Vergaberecht, NJW 2000, 544 – 548

Langeder, Doris

Reform des Vergaberechtsschutzes aus der Vergabepaxis betrachtet, JRP
1999, 263 – 264

Latotzky, René/ Janz, Norbert

Der Bieter im Vergaberecht bei geringwertigen Auftragswerten: Ein fortdauerndes „Rechtsschutz-Prekariat“?, VergabeR 2007, 438 – 446

Lindenthal, Burkhard

Begründet § 13 Satz 6 VgV die Nichtigkeit von de-facto-Vergaben? – Zugleich eine Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.04.2003 – Verg 67/02, VergabeR 2003, 630 – 637

Losch, Alexandra

Brennpunkt „Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte“ – Der status quo, VergabeR 2006, 298 – 307

Lutz, Martin

Die Mitteilung der Europäischen Kommission zur Vergabe von Aufträgen, die nicht unter die europäischen Vergaberichtlinien fallen, VergabeR 2007, 372 – 378

Madl, Raimund

Widerruf der Ausschreibung nicht bekämpfbar?, RPA 2004, 15 – 23

Mayramhof, Klaus

Reform des Vergaberechtsschutzes aus der Sicht einer Landesvergabekontrollenrichtung, RPA 1999, 249 – 251

Mecenovic, Werner/ Ozimic, Martin

Praxiskommentar zu den Neuerungen des Bundesvergabegesetzes 2002, RPA 2003, 183 – 193

Müller-Stoy, Walter

Alternativer und kumulativer Primärrechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – eine Bestandsaufnahme, WRP 2006, 330 – 339

Müller-Wrede, Malte/ Kaelble, Hendrik

Primärrechtsschutz, Vorabinformation und die Rechtsfolgen einer De-facto-Vergabe, VergabeR 2002, 1 – 11

Heuvels, Klaus

Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2005, 570 - 572

Niestedt, Marian/ Hölzl, Franz Josef

Zurück aus der Zukunft? Verfassungsmäßigkeit der Primärrechtsschutzbeschränkung im Vergaberecht oberhalb bestimmter Schwellenwerte, NJW 2006, 3680 – 3683

Opitz, Marc

Die Entwicklung des EG-Vergaberechts in den Jahren 2001 und 2002, RPA 194 – 205

Pesendorfer, Wolfgang

Vergaberecht und VwGH, RPA 2001, 209 – 214

Pieroth, Bodo/ Hartmann, Bernd J.

Rechtswegbeschränkung zur Sicherung des Leihverkehrs mit ausländischen Kulturgütern, NJW 2000, 2129 – 2135

Pietzcker, Jost

Der persönliche und sachliche Anwendungsbereich des neuen Vergaberechts, ZVgR 1999, 24 – 33

Pietzcker, Jost

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

Pietzcker, Jost

Vergaberechtliche Sanktionen und Grundrechte, NZBau 2003, 242 – 249

Pietzcker, Jost

Defizite beim Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, NJW 2005, 2881 – 2884

Pietzcker, Jost

Gerichtsschutz im Unterschwellenbereich und Tariftreueklauseln – zwei klärende Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, ZfBR 2007, 131 (Zitiert: Pietzcker, ZfBR 2007, 131 – 137)

Pock, Ralf D.

Praxiskommentar zu den Neuerungen des Bundesvergabegesetzes 2002, RPA 2002, 266 – 280

Pock, Ralf D.

Die gemeinschaftsrechtliche (Un-)Zulässigkeit gesondert anfechtbarer Entscheidungen und Präklusionsfristen im BVergG, RPA 2003, 27 – 31

Portz, Norbert

Rechtsschutz bei Vergabefehlern und Vermeidung von Vergabebeschwerden, ZVgR 1998, 596 – 603

Prieß, Hans-Joachim/ Gabriel, Marc

Das Akteneinsichtsrecht im Zivilprozess als vergaberechtliches Rechtsschutzproblem, NJW 2008, 331 – 334

Puhl, Thomas

Der Staat als Auftraggeber, VVDStRL 2001, 456 – 512

Pukall, Kirstin

Die Neuregelung des Vergaberechts – Stand und Perspektiven, VergabeR 2006, 586 – 592

Quack, Friedrich

Deliktischer Rechtsschutz im Vergabeverfahren – oder – ist VOB/A ein Schutzgesetz?, ZVgR 1997, 92 - 99

Raabe, Marius

Verbindlichkeit „faktisch“ vergebener öffentlicher Aufträge? – Zum Müllverbrennungs-Beschluss des OLG Düsseldorf, NJW 2004, 1284 – 1287

Ramm, Martin

Akteneinsicht und Untersuchungsgrundsatz im Vergabeverfahren, VergabeR 2007, 739 – 745

Rechten, Stephan/ Junker, Maike

Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts – oder: Nach der Reform ist vor der Reform, NZBau 2009, 490 – 493

Rohrmüller, Johann

Zivilrechtliche Folgen des bewussten Ausnutzens von Fehlern des Leistungsverzeichnisses durch Bieter?, IBR 2008, 491

Rojahn, Dieter

Die Kosten des Nachprüfverfahrens nach dem Kostenrechtsmodernisierungsgesetz, VergabeR 2004, 454 – 457

Ruhland, Bettina

Dienstleistungskonzessionsvergabe – quo vadis? – Nicht nur eine Frage des Verfahrens, sondern auch des Rechtsschutzes, VergabeR 2006, 731 – 740

Ruthig, Josef

Rechtsschutz von Bietern bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, DÖV 1997, 539 – 545

Ruthig, Josef

Verwaltungsrechtsschutz bei der staatlichen Auftragsvergabe?, NZBau 2005, 497 – 503

Sauer, Ralf/ Hollands, Martin

Mangelnder Rechtsschutz im Unterschwellenbereich – Verfassungsrechtliche Zweifel und politischer Handlungsbedarf, NZBau 2006, 763 – 768

Schätzlein, Thorsten

VOB/A 2009: Nachforderung fehlender Erklärungen und Nachweise künftig möglich!, IBR 2010, 9

Schnorbus, York

Der Schadensersatzanspruch des Bieters bei der fehlerhaften Vergabe öffentlicher Aufträge – Anspruchsgrundlagen, Umfang, Durchsetzung im Zivilprozess und Zukunft des sekundären Rechtsschutzes nach der Neuordnung des Vergaberechts, BauR 1999, 77 – 106

Spießhofer, Birgit/ Sellmann, Christian

Rechtsschutz im „Unterschwellenbereich“ – zur begrenzten Tragweite der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, VergabeR 2007, 159 – 167

Schwartz, Walter

Die Neuerungen des BVergG 2006, RPA 2005, 214 – 223

Schwenker, Christian

Vergaberechtsschutz bald auch unterhalb der Schwellenwerte?, IBR 2001, 135

Schwenker, Christian

Keine Kostenfestsetzung mehr durch Vergabekammer!, IBR 2010, 112

Thienel, Rudolf

Ausgewählte Probleme der Antragstellung im Nachprüfungsverfahren nach dem BVerG 2002, RPA 2003, 7 – 22

Thienel, Rudolf

Anfechtung und Nichtigerklärung nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen?, RPA 2004, 73 – 77

Tomerius, Stephan/ Kiser, Folma

Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz bei nationalen Auftragsvergaben – auf dem Weg zur „unterschwellig“ Rechtswegspaltung? VergabeR 2005, 551 – 562

v. Bechtolsheim, Caroline

Neuerungen im Sächsischen Vergaberecht, LKV 2003, 458 – 460

Wanninger, Rainer/ Stolze, Simon-Finn

Auswirkungen der Nachprüfungsverfahren gemäß GWB bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge auf die Baukosten bei der Durchführung von öffentlichen Baumaßnahmen des Bundes, Bonn 2006, BBR-Online-Publikation, (zitiert: Wanninger/Stolze, S.)

Weber, Stefan

Kapitalverkehr und Kapitalmärkte im Vertrag über die Europäische Union, EuZW 1992, 561 – 566

Weyand, Rudolf

Das Aus für das Tatbestandsmerkmal der Unverzüglichkeit in § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB?, IBR 2010, 159

Wilhelm, Georg

Das schale Salz der Vergabegesetze und wie das Salz gesalzen wird – Erzwingbarer Vertragsabschluss mit dem Bestbieter, ecolex 1998, 381 – 388

Wollenschläger, Ferdinand

Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte nach der Entscheidung des BVerfG vom 13.Juni 2006: verfassungs- und verwaltungsrechtliche Determination, DVBl. 2007, 589 – 599

3. Sonstiges

Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2004

Quelle: <http://www.oeffentliche-auftraege.de/g/4-04/brh-bemerkungen-2004.pdf>

Franke, Horst

Analyse und Bewertung der Fragebogenaktion und der Rechtsprechung zur Evaluierung des Vergaberechtsänderungsgesetzes (VrRÄG), Gutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, (zitiert: Franke, S.)

Quelle: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/A/analyse-und-bewertung-vergaberechtsaenderungsgesetz,property=pdf,bereich=bmwi-,sprache=de,rwb=true.pdf>

Koalitionsvertrag der CDU/CSU-FDP vom 26.10.2009

Quelle: <http://www.cdu.de/doc/pdfc/091026-koalitionsvertrag-cducsu-fdp.pdf>

Kommunal-Info 9/2009 des Kommunalpolitischen Forum Sachsen e. V.

Quelle: <http://www.kommunalforum-sachsen.de/pdf/publikationen/-kommunalinfo/kommunalinfo%209-2009.pdf>

Leitfaden des Staatsministerium des Innern zur Verordnung der Sächsischen Staatsregierung zur Durchführung des Sächsischen Vergabegesetzes (Sächsische Vergabedurchführungsverordnung – SächsVergabeDVO) vom 17.03.2003 (unveröffentlicht)

Leitfaden des Staatsministerium des Innern „Hinweise zur Vergabe öffentlicher Aufträge im kommunalen Bereich im Freistaat Sachsen“ vom 15.05.2008

Quelle: http://www.kommunale-verwaltung.sachsen.de/download/-Kommunale_Verwaltung/leifaden_vergabe_oeffentliche_auftraege_4.pdf

Portz, Norbert/ Knipper, Michael (Interview)

Brauchen wir einen Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, IBR 2003, 397 – 400

Rechnungshof Sachsen, Jahresbericht 2004

<http://www.rechnungshof.sachsen.de/jb2004/jb2004.pdf>

Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit eines Gesetzes zur Neuregelung des Vergaberechts vom 29.03.2005

Quelle: http://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige.php-?SessinID=f6c8c3d2d4ab6c06fefb3c8e1092575a&zg=0&S_GS=1&S_Volltext=vergabe&S_Kategorie=materialien&HTTP_DocType=Material&MatID=216&SuchNavi=20%3A10348%3A273%3Amaterialien

Stellungnahme des Deutschen Städte- und Gemeindebundes zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Vergaberechts vom 05.03.2005,

Quelle: http://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige.php-?SessionID=f6c8c3d2d4ab6c06fefb3c8e1092575a&zg=0&S_GS=-1&S_Volltext=vergabe&S_Kategorie=materialien&HTTP_DocType=Material&MatID=215&SuchNavi=85%3A10348%3A273%3Amaterialien

Stellungnahme des Deutschen Industrie- und Handelskammertag an das BVerfG im Verfahren 1 BvR 1160/03 vom 02.03.2005 (unveröffentlicht)

Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins "Vorschlag einer gesetzlichen Regelung zum Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte vom 12.04.2010

Quelle: http://www.ibr-online.de/IBRMaterialien/pdf/Vergabe_Stellungnahme_DAV.pdf

Vergabebericht des Freistaates Sachsen für das Jahr 2004

http://www.smwa.sachsen.de/set/431/vergabebericht_2004.pdf

Vergabebericht des Freistaates Sachsen für das Jahr 2005

http://www.smwa.sachsen.de/set/431/vergabebericht_2005.pdf

Vergabebericht des Freistaates Sachsen für das Jahr 2006

<http://www.smwa.sachsen.de/set/431/Vergabebericht%202006%20pdf.pdf>

Vergabebericht des Freistaates Sachsen für das Jahr 2007

<http://www.smwa.sachsen.de/set/431/Vergabebericht%202007.pdf>

Vergabebericht des Freistaates Sachsen für das Jahr 2008

http://www.smwa.sachsen.de/set/431/Vergabebericht%202008_gesch%C3%BCtzt.pdf

Vergabebericht des Freistaates Sachsen für das Jahr 2009

http://www.smwa.sachsen.de/set/431/Vergabebericht%202009%20Endfassung_180610.pdf

Verzeichnis der Gerichtsentscheidungen**1. Europäischer Gerichtshof**

- EuGH, Urteil vom 20.02.1973, Rs. 54/72, Slg. 1973, S. 193
EuGH, Urteil vom 19.06.1973, Rs. 77/72, Slg. 1973, S. 611
EuGH, Urteil vom 04.04.1974, Rs. 167/73, Slg. 1974, S. 359
EuGH, Urteil vom 30.04.1974, Rs. 155-73, Slg. 1974, S. 409
EuGH, Urteil vom 11.07.1974, Rs. 8-74, Slg. 1974, S. 837
EuGH, Urteil vom 08.04.1976, Rs. 48/75, Slg. 1976, S. 497
EuGH, Urteil vom 14.07.1977, Rs. 1-77, Slg. 1977, S. 1473
EuGH, Urteil vom 28.03.1979, Rs. 175/78, Slg. 1979, S. 1129
EuGH, Urteil vom 14.07.1981, Rs. 155/80, Slg. 1981, S. 1993
EuGH, Urteil vom 03.02.1982, Rs. 62 und 63/81, Slg. 1982, S. 223
EuGH, Urteil vom 23.01.1986, Rs. 289/84, Slg. 1986, S. 247
EuGH, Urteil vom 03.07.1986, Rs. 66/85, Slg. 1986, S. 2121
EuGH, Urteil vom 31.01.1984, Rs. 286/82 und 26/83, Slg. 1984, S. 377
EuGH, Urteil vom 12.07.1984, Rs. 107/83, Slg. 1984, S. 2971
EuGH, Urteil vom 11.07.1985, Rs. 60/84 und 61/84, Slg. 1985, S. 2605
EuGH, Urteil vom 10.03.1987, Rs. 199/85, Slg. 1987, S. 1039
EuGH, Urteil vom 27.09.1987, Rs. 263/86, Slg. 1988, S. 5365
EuGH, Urteil vom 15.10.1987, Rs. C-222/86, Slg. 1987, S. 4097
EuGH, Urteil vom 09.07.1987, Rs. C-27/86, Slg. 1988, S. 3368
EuGH, Urteil vom 07.07.1988, Rs. 143/87, Slg. 1988, S. 3877
EuGH, Urteil vom 20.09.1988, Rs. C-31/87, Slg. 1988, S. 4635
EuGH, Urteil vom 02.02.1989, Rs. C-186/87, Slg. 1989, S. 195
EuGH, Urteil vom 27.03.1990, Rs. C-113/89, Slg. 1990, S. I-1417
EuGH, Urteil vom 03.06.1992, C-360/89, Slg. 1992, S. I-3401
EuGH, Urteil vom 09.07.1992, Rs. C-2/90, Slg. 1992, S. I-4431
EuGH, Urteil vom 10.11.1992, Rs. C-3/91, Slg. 1992, I-5529
EuGH, Urteil vom 22.06.1993, Rs. C-243/89, Slg. 1993, S. I-3353
EuGH, Urteil vom 11.08.1995, Rs. C-433/93, Slg. 1995, S. I-2303
EuGH, Urteil vom 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995, S. I-4921

XLVII

- EuGH, Urteil vom 20.03.1997, Rs. C-323/95, Slg. 1997, S. I-1711
- EuGH, Urteil vom 27.04.1997, Rs. C-393/92, Slg. 1994, S. I-1477
- EuGH, Urteil vom 15.09.1998, Rs. C-54/96, Slg. 1998, I-3377
- EuGH, Urteil vom 04.02.1999, Rs. C-103/97, Slg. 1997, I-551
- EuGH, Urteil vom 29.04.1999, Rs. C-224/97, Slg. 1999, S. I-2517
- EuGH, Urteil vom 21.09.1999, Rs. C-44/98, Slg. 1999, I-6286
- EuGH, Urteil vom 28.10.1999, Rs. C-81/98, Slg. 1999, S. I-7671
- EuGH, Urteil vom 13.01.2000, C-254/98, Slg. 2000, I-151
- EuGH, Urteil vom 06.06.2000, Rs. C-281/98, Slg. 2000, S. I-4139
- EuGH, Urteil vom 15.03.2001, Rs. C-165/98, Slg. 2001, S. I-2189
- EuGH, Urteil vom 03.12.2001, Rs. C-59/00, Slg. 2001, I-9505
- EuGH, Urteil vom 18.06.2002, Rs. C-92/00, Slg. 2002, I-5553
- EuGH, Urteil vom 25.07.2002, Rs. C-50/00, Slg. 2002, I-06677
- EuGH, Urteil vom 15.05.2003, Rs. C-214/00, Slg. 2003, I-4667
- EuGH, Urteil vom 30.09.2003, Rs. C224/01, Slg. 2003, S. I-10239
- EuGH, Urteil vom 16.10.2003, Rs. C-283/00, Slg. 2003, S. I-11697
- EuGH, Urteil vom 11.01.2005, Rs. C-26/03, Slg. 2005, S. I-1
- EuGH, Urteil vom 14.04.2005, Rs. C-341/02, Slg. 2005, S. I-2733
- EuGH, Urteil vom 02.06.2005, Rs. C-15/04, Slg. 2005, I-4876
- EuGH, Urteil vom 21.07.2005, Rs. C-231/03, Slg. 2005, I-7287
- EuGH, Urteil vom 20.10.2005, Rs. 264/03, Slg. 2005, I-08831
- EuGH, Urteil vom 21.09.2006, Rs. C-168/04, Slg. 2006, I-09041
- EuGH, Urteil vom 26.04.2007, Rs. C-195/04, Slg. 2007, I-03351
- EuGH, Urteil vom 13.11.2007, Rs. C-507/03, Slg. 2007, S. I-9777
- EuGH, Urteil vom 18.12.2007, Rs. C-532/03, Slg. 2007, I-11353
- EuGH, Urteil vom 21.02.2008, Rs. C-412/04, Slg. 2008, I-00619
- EuGH, Urteil vom 03.04.2008, C-346/06, Slg. 2008, I-2045
- EuGH, Urteil vom 08.05.2008, C-491/06, Slg. 2008, I-03339
- EuGH, Urteil vom 15.05.2008, Rs. C-147/06 und 148/06, Slg. 2008, I-03565
- EuGH, Urteil vom 28.01.2010, Rs. C-406/08, Quelle: www.eur-lex.europa.eu
- EuGH, Urteil vom 28.01.2010, Rs. C-456/08, Quelle: www.eur-lex.europa.eu

2. Europäisches Gericht erster Instanz

EuG, Urteil vom 20.05.2010, Rs. T-258/06, ABl. C 179, S. 32

3. Bundesverfassungsgericht

BVerfG, Urteil vom 23.10.1951, 2 BvG 1/51, BVerfGE 1, 14
BVerfG, Urteil vom 05.04.1952, 2 BvH 1/52, BVerfGE 1, 208
BVerfG, Urteil vom 17.12.1953, 1 BvR 147/52, BVerfGE 3, 58
BVerfG, Beschluss vom 21.10.1954, 1 BvL 2/53, BVerfGE 4, 74
BVerfG, Urteil vom 16.03.1955, 2 BvK 1/54, BVerfGE 4, 144
BVerfG, Beschluss vom 23.02.1956, 1 BvL 28/55, BVerfGE 4, 387
BVerfG, Beschluss vom 25.10.1956, 1 BvR 440/54, BVerfGE 6, 12
BVerfG, Urteil vom 30.07.1958, 2 BvG 1/58, BVerfGE 8, 122
BVerfG, Beschluss vom 28.10.1958, 2 BvL 3/57, BVerfGE 8, 240
BVerfG, Beschluss vom 12.11.1958, 2 BvL 4, 26, 40/56; BVerfGE 8, 274
BVerfG, Urteil vom 19.03.1959, 1 BvR 295/58, BVerfGE 9, 223
BVerfG, Beschluss vom 12.01.1960, 1 BvL 17/59, BVerfGE 10, 264
BVerfG, Beschluss vom 22.06.1960, 2 BvR 37/60, BVerfGE 11, 232
BVerfG, Beschluss vom 27.05.1964, 1 BvL 4/59, BVerfGE 18, 38
BVerfG, Beschluss vom 11.10.1966, 2 BvL 15/64, BVerfGE 20, 238
BVerfG, Beschluss vom 17.01.1967, 2 BvL 24/63, BVerfGE 21, 106
BVerfG, Urteil vom 06.06.1967, 2 BvR 375, 53/60 und 18/65, BVerfGE 22/ 49
BVerfG, Beschluss vom 16.10.1968, 1 BvR 241/66, BVerfGE 24, 236
BVerfG, Beschluss vom 18.12.1968, 1 BvL 11/65, BVerfGE 25, 1
BVerfG, Beschluss vom 10.06.1969, 2 BvR 480/61, BVerfGE 26, 172
BVerfG, Beschluss vom 17.12.1969, 2 BvR 23/65, BVerfGE 27, 297
BVerfG, Beschluss vom 08.02.1972, 1 BvR 170/71, BVerfGE 32, 311
BVerfG, Beschluss vom 01.02.1973, 1 BvR 426/72, BVerfGE 34, 252
BVerfG, Beschluss vom 09.05.1973, 2 BvL 43, 44/71, BVerfGE 35, 65
BVerfG, Beschluss vom 07.05.1974, 2 BvL 17/73, BVerfGE 37, 191
BVerfG, Beschluss vom 28.10.1975, 2 BvR 883/73 und 379, 497, 526/74, BVerfGE
40, 237
BVerfG, Beschluss vom 24.03.1976, 2 BvR 804/75, BVerfGE 42, 64
BVerfG, Beschluss vom 04.10.1977, 2 BvR 80/77, BVerfGE 46, 17

XLIX

- BVerfG, Beschluss vom 12.10.1977, 1 BvR 216/75, BVerfGE 46, 120
BVerfG, Beschluss vom 09.08.1978, 2 BvR 831/76, BVerfGE 49, 148
BVerfG, Beschluss vom 03.06.1980, 1 BvR 627/78, BVerfGE 54, 173
BVerfG, Beschluss vom 11.06.1980, 1 PBvU 1/79, BVerfGE 54, 277
BVerfG, Beschluss vom 18.06.1980, 1 BvR 697/77, BVerfGE 54, 301
BVerfG, Urteil vom 10.12.1980, 2 BvF 3/77, BVerfGE 55, 274
BVerfG, Beschluss vom 06.10.1981, 2 BvR 384/81, BVerfGE 58, 177
BVerfG, Beschluss vom 08.12.1982, 2 BvL 12/79, BVerfGE 62, 354
BVerfG, Beschluss vom 14.05.1985, 1 BvR 449/82, BVerfGE 70, 1
BVerfG, Beschluss vom 10.12.1985, 2 BvL 18/83, BVerfGE 71, 255
BVerfG, Beschluss vom 11.02.1987, 1 BvR 475/85, BVerfGE 74, 228
BVerfG, Beschluss vom 08.04.1987, 2 BvR 909, 934, 935, 938, 941, 942, 947/82,
64/83, 142/84, BVerfGE 75, 108
BVerfG, Beschluss vom 08.04.1987, 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223
BVerfG, Beschluss vom 10.05.1988, 1 BvR 111/77, BVerfGE 78, 155
BVerfG, Beschluss vom 21.06.1988, 2 BvR 602/ 974/83, BVerfGE 78, 331
BVerfG, Beschluss vom 14.03.1989, 1 BvR 1033/82 und 174/84, BVerfGE 80, 1
BVerfG, Beschluss vom 19.09.1989, 2 BvR 1576/88, NJW 1990, 501
BVerfG, Beschluss vom 30.05.1990, 1 BvL 2/83, BVerfGE 82, 126
BVerfG, Beschluss vom 17.10.1990, 1 BvR 283/85, BVerfGE 83, 1
BVerfG, Beschluss vom 30.10.1990, 2 BvR 562/88, BVerfGE 83, 24
BVerfG, Beschluss vom 19.01.1991, 1 BvR 207/87, BVerfGE 83, 182
BVerfG, Beschluss vom 07.11.1991, 1 BvR 1469/86, BVerfGE 85, 97
BVerfG, Beschluss vom 11.02.1992, 1 BvR 890/84 und 74/87, BVerfGE 85, 226
BVerfG, Beschluss vom 12.02.1992, 1 BvL 1/89, BVerfGE 85, 337
BVerfG, Beschluss vom 26.01.1993, 1 BvL 38/92, BVerfGE 88, 87
BVerfG, Beschluss vom 02.03.1993, 1 BvR 249/92, BVerfGE 88, 118
BVerfG, Beschluss vom 22.02.1994, 1 BvL 21/85, BVerfGE 90, 46
BVerfG, Beschluss vom 10.01.1995, 1 BvL 20/87, BVerfGE 91, 389
BVerfG, Beschluss vom 22.01.1997, 2 BvR 1915/91, BVerfGE 95, 173
BVerfG, Urteil vom 17.02.1998, 1 BvF 1/91, BVerfGE 97, 228
BVerfG, Beschluss vom 10.03.1998, 1 BvR 178/97, BVerfGE 97, 332
BVerfG, Urteil vom 27.10.1998, 1 BvR 2306-96, BVerfGE 98, 265

L

BVerfG, Urteil vom 02.03.1999, 1 BvL 2/91, BVerfGE 99, 367
BVerfG, Beschluss vom 19.07.2000, 1 BvR 539/96, BVerfGE 102, 197
BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002, 1 BvR 558/91, BVerfGE 105, 252
BVerfG, Urteil vom 17.12.2002, 1 BvL 28, 29, 30/95, BVerfGE 106, 275
BVerfG, Beschluss vom 30.04.2003, 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395
BVerfG, Urteil vom 18.07.2005, 2 BvR 2236/04, BVerfGE 113, 272
BVerfG, Beschluss vom 23.05.2006, 1 BvR 2530/04, BVerfGE 116, 1
BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135
BVerfG, Beschluss vom 27.02.2008, 1 BvR 437/08. Quelle: www.ibr-online.de

4. Verfassungsgerichtshof (Österreich)

VfGH, Beschluss vom 07.10.1998, B 2103/97, Quelle: www.ris.bka.gv.at
VfGH, Erkenntnis vom 03.03.1998, G 450/97, Quelle: www.ris.bka.gv.at
VfGH, Erkenntnis vom 30.11.2000, G 110/99 ua, Quelle: www.ris.bka.gv.at
VfGH, Erkenntnis vom 09.10.2001, G 10/01, Quelle: www.ris.bka.gv.at
VfGH, Erkenntnis vom 26.02.2001, G 43/00, Quelle: www.ris.bka.gv.at
VfGH, Erkenntnis vom 26.02.2002, G 351/01 ua, Quelle: www.ris.bka.gv.at
VfGH, Erkenntnis vom 23.02.2004, G 216/03, Quelle: www.ris.bka.gv.at

5. Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes

GmS OBG, Beschluss vom 10.04.1986, GmS-OBG 1/85, Quelle: www.juris.de
GmS OBG, Beschluss vom 10.07.1989, GmS-OBG 1/88, BGHZ 108, 284

6. Bundesgerichtshof

BGH, Urteil vom 26.10.1961, KZR 1/61, Quelle: www.juris.de
BGH, Urteil vom 27.11.1963, V ZR 201/61, BGHZ 40, 306
BGH, Urteil vom 08.04.1965, III ZR 230/63, VersR 1965, 764
BGH, Urteil vom 23.09.1969, VI ZR 19/68, BGHZ 52, 325
BGH, Urteil vom 08.06.1976, VI ZR 50/75, BGHZ 66, 388
BGH, Urteil vom 04.10.1979, VII ZR 11/79, NJW 1980, 180
BGH, Urteil vom 18.01.1983, VI ZR 270/80, NJW 1983, 812
BGH, Urteil vom 04.04.1984, I ZR 9/82, GRUR 1984, 665
BGH, Urteil vom 03.10.1985, III ZR 60/84, NJW 1986, 1109

BGH, Urteil vom 25.02.1988, VII ZR 310/86, BauR 1988, 338–340
BGH, Urteil vom 21.11.1991, VII ZR 203/90, NJW 1992, 827
BGH, Urteil vom 25.11.1992, VIII ZR 170/91, NJW 1993, 520
BGH, Urteil vom 21.11.1991, VII ZR 203/90, BauR 1992, 221
BGH, Urteil vom 22.04.1993, VII ZR 118/92, Quelle: www.ibr-online.de
BGH, Urteil vom 14.10.1993, VII ZR 96/92, BauR 1994, 98
BGH, Urteil vom 12.01.1995, III ZR 136/93, NJW 1995, 1284
BGH, Urteil vom 08.09.1998, X ZR 48/97, NJW 1998, 3636
BGH, Urteil vom 08.09.1998, X ZR 99-96, NJW 1998, 3640
BGH, Urteil vom 26.10.1999, X ZR 30/98, NJW 2000, 661
BGH, Urteil vom 19.12.2000, X ZB 14/00, NJW 2001, 1492
BGH, Urteil vom 21.11.2000, VI ZR 231/99, NJW 2001, 971
BGH, Urteil vom 19.12.2000, KartVerg 3/00, NJW 2001, 1492
BGH, Urteil vom 12.06.2001, X ZR 150/99, VergabeR 2001, 293
BGH, Urteil vom 18.09.2001, X ZR 107/00, Quelle: www.ibr-online.de
BGH, Urteil vom 16.04.2002, X ZR 67/00, VergabeR 2002, 462
BGH, Urteil vom 24.02.2003, X ZB 12/02, NZBau 2003, 337
BGH, Urteil vom 10.12.2002, VI ZR 171/02, NJW 2003, 1040
BGH, Urteil vom 09.12.2003, X ZB 14/03, VergabeR 2004, 414
BGH, Urteil vom 09.12.2003, X ZB 14/03, NZBau 2004, 285
BGH, Urteil vom 18.02.2003, X ZB 43/02, VergabeR 2003, 313
BGH, Urteil vom 16.12.2003, X ZR 282/02, NJW 2004, 2165
BGH, Urteil vom 03.06.2004, X ZR 30/03, VergabeR 2004, 604
BGH, Urteil vom 07.06.2005, X ZR 19/02, VergabeR 2005, 617
BGH, Beschluss vom 01.02.2005, X ZR 27/04, VergabeR 2005, 328
BGH, Urteil vom 19.05.2006, V ZR 264/05, NJW 2006, 3139
BGH, Urteil vom 03.04.2007, X ZR 19/06, VergabeR 2007, 750
BGH, Urteil vom 27.06.2007, X ZR 34/04, NJW 2008, 366
BGH, Urteil vom 27.11.2007, X ZR 18/07, VergabeR 2008, 219
BGH, Urteil vom 18.12.2008, VII ZR 201/06, NJW 2009, 835
BGH, Urteil vom 11.05.2009, VII ZR 11/08, NZBau 2009, 370
BGH, Urteil vom 22.07.2010, VII ZR 129/09, Quelle:
<http://juris.bundesgerichtshof.de>

BGH, Urteil vom 22.07.2010, VII ZR 213/08, Quelle:
<http://juris.bundesgerichtshof.de>

7. Bundesverwaltungsgericht

BVerwG, Urteil vom 07.11.1957, II C 109/55, BVerwGE 5, 325
 BVerwG, Urteil vom 08.03.1962, VIII C 160/60, BVerwGE 14, 65
 BVerwG, Urteil vom 13.03.1970, VII C 80/67, BVerwGE 35, 103
 BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007, 6 B 10.07, Quelle: www.ibr-online.de
 BVerwG, Urteil vom 17.10.1991, 3 C 45/90, BVerwGE 89, 121
 BVerwG, Urteil vom 27.04.2000, 1 C 7/99, BVerwGE 111, 143

8. Bundes-Vergabekontrollkommission (Österreich)

B-VKK, Empfehlung vom 12.05.1999, S-65/99-15, Quelle: www.ris.bka.gv.at

9. Bundesvergabeamt (Österreich)

BVA, Bescheid vom 30.11.1998, N-33/98-17, Quelle: www.ris.bka.gv.at
 BVA, Bescheid vom 25.05.1999, N-22/99-7, Quelle: www.ris.bka.gv.at
 BVA, Bescheid vom 14.09.1999, N-39/99-8, Quelle: www.ris.bka.gv.at
 BVA, Bescheid vom 29.08.2002, N-19/02-19, Quelle: www.ris.bka.gv.at
 BVA, Bescheid vom 20.12.2002, N-20/01-31 ua, Quelle: www.ris.bka.gv.at
 BVA, Bescheid vom 19.02.2003, 11F-06*02-13, Quelle: www.ris.bka.gv.at
 BVA, Bescheid vom 24.02.2003, 06N-05/03-13, Quelle: www.ris.bka.gv.at
 BVA, Bescheid vom 14.05.2003, 06N-05/03-15, Quelle: www.ris.bka.gv.at
 BVA, Beschluss vom 08.07.2003, 14N-64/03, Quelle: www.ris.bka.gv.at
 BVA, Bescheid vom 08.10.2003, N-19/01-44, Quelle: www.ris.bka.gv.at
 BVA, Bescheid vom 24.02.2006, N/0006-BVA/05/2006-16, Quelle:
www.ris.bka.gv.at

10. Oberlandesgerichte

BayObLG, Beschluss vom 15.07.2002, Verg 15/02, VergabeR 2002, 534
 BayObLG, Beschluss vom 10.09.2001, Verg 14/01, NZBau 2002, 294
 BayObLG, Beschluss vom 28.05.2003, Verg 6/03, VergabeR 2003, 675
 BayObLG, Beschluss vom 16.02.2005, Verg 28/04, Quelle: www.ibr-online.de

- KG, Urteil vom 10.04.1995, Kart U 7605/94, NJW 1995, 2797
- KG, Beschluss vom 31.05.1995, Kart. W 3259/95, BauR 1995, 837
- KG, Urteil vom 14.08.2003, 27 U 264/02, NZBau 2004, 167
- KG, Urteil vom 05.10.2007, 21 U 52/07, NZBau 2008, 180
- KG, Beschluss vom 20.10.2009, 2 Verg 12/06, BauR 2007, 707
- OLG Brandenburg, Beschluss vom 27.02.2003, Verg W 2/03, VergabeR 2003, 469
- OLG Brandenburg, Beschluss vom 20.03.2007, Verg W 12/06, Quelle: www.ibr-online.de
- OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.12.2007, 13 W 79/07, Quelle: www.ibr-online.de
- OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.05.2008, 12 U 235/07, Quelle: www.ibr-online.de
- OLG Brandenburg, Beschluss vom 02.10.2008, 12 U 91/08, Quelle: www.ibr-online.de
- OLG Celle, Beschluss vom 21.03.2001, 13 Verg 4/01, VergabeR 2001, 338 - 342
- OLG Celle, Beschluss vom 16.01.2002, 13 Verg 1/02, VergabeR 2002, 299
- OLG Celle, Beschluss vom 02.09.2004, 13 Verg 11/04, Quelle: www.ibr-online.de
- OLG Celle, Beschluss vom 26.04.2010, 13 Verg 4/10, VergabeR 2010, 661
- OLG Dresden, Beschluss vom 14.06.2001, WVerg 4/01, VergabeR 2001, 342
- OLG Dresden, Beschluss vom 17.08.2001, WVerg 5/01, Quelle: www.juris.de
- OLG Dresden, Beschluss vom 10.07.2003, WVerg 16/02, VergabeR 2004, 92
- OLG Dresden, Beschluss vom 06.04.2004, WVerg 1/04, Quelle: www.ibr-online.de
- OLG Dresden, Beschluss vom 25.04.2006, 20 U 467/06, Quelle: www.ibr-online.de
- OLG Dresden, Beschluss vom 11.09.2006, WVerg 13/06, Quelle: www.ibr-online.de
- OLG Dresden, Beschluss vom 07.05.2010, WVerg 6/10, Quelle: www.ibr-online.de
- OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.11.1985, BauR 1986, 107
- OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.07.1998, U (Kart) 24/98, BauR 1999, 241
- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.1999, Verg 1/99, NZBau 2000, 45
- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.11.2000, VergabeR 2001, 162
- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.05.2002, Verg 5/02, VergabeR 2002, 665
- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.02.2002, Verg 33/01, Quelle: www.ibr-online.de
- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.01.2003, Verg 67/02, VergabeR 2003, 435
- OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.01.2003, I-5 U 13/02, NZBau 2003, 459

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.11.2003, Verg 22/03, Quelle: www.ibr-online.de
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.12.2003, VII Verg 37/03, NJW 2004, 1331
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.02.2005, Verg 87/04, Quelle: www.ibr-online.de
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.02.2005, Verg 88/04, Quelle: www.ibr-online.de
OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.01.2006, 2 U (Kart) 1/05, NZBau 2006, 464
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.06.2006, Verg 2/06, Quelle: www.ibr-online.de
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.12.2007, Verg 40/07, Quelle: www.ibr-online.de
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.10.2008, 27 W 2/08, Quelle: www.ibr-online.de
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.10.2009, Verg 28/09, Quelle: www.ibr-online.de
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.11.2009, Verg 35/09, Quelle: www.ibr-online.de
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.01.2009, Verg 67/08, Quelle: www.ibr-online.de
OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2010, 27 U 1/09, Quelle: www.ibr-online.de
OLG Hamburg, Urteil vom 03.02.2005, 5 U 65/04, NJW 2005, 3003
OLG Hamburg, Urteil vom 28.12.2005, 14 U 124/05, BauR 2007, 537
OLG Hamm, Urteil vom 05.12.2006, 24 U 58/05, BauR 2007, 878
OLG Hamm, Urteil vom 12.02.2008, 4 U 190/07, Quelle: www.ibr-online.de
OLG Hamm, Urteil vom 26.06.2008, 21 U 17/08, BauR 2008, 1622
OLG Jena, Beschluss vom 22.11.2000, 6 Verg 8/00, VergabeR 2001, 52
OLG Jena, Beschluss vom 30.05.2002, 6 Verg 3/02, VergabeR 2002, 488
OLG Jena, Urteil vom 27.02.2002, 6 U 360/01, VergabeR 2002, 419
OLG Jena, Beschluss vom 24.10.2003, 6 Verg 9/03, Quelle: www.ibr-online.de
OLG Jena, Beschluss vom 28.01.2004, 6 Verg 11/03, Quelle: www.ibr-online.de
OLG Jena, Beschluss vom 07.10.2003, 6 Verg 6/03, VergabeR 2004, 106
OLG Jena, Urteil vom 22.03.2005, 8 U 318/04, IBR 2005, 462
OLG Jena, Urteil vom 08.12.2008, 9 U 431/08, Quelle: www.ibr-online.de
OLG Koblenz, Urteil vom 03.02.1988, 1 U 594/87, VersR 1989, 372
OLG Koblenz, Beschluss vom 05.09.2002, 1 Verg 2/02, Quelle: www.ibr-online.de
OLG Koblenz, Beschluss vom 18.09.2003, 1 Verg 4/03, Quelle: www.ibr-online.de
OLG Koblenz, Beschluss vom 31.05.2006, 1 Verg 3/06, Quelle: www.ibr-online.de
OLG Koblenz, Beschluss vom 29.08.2003, 1 Verg 7/03, VergabeR 2003, 699
OLG Koblenz, Beschluss vom 18.09.2003, 1 Verg 4/03, VergabeR 2003, 709.
OLG München, Beschluss vom 06.11.2006, Verg 17/06, Quelle: www.ibr-online.de
OLG München, Beschluss vom 16.11.2006, Verg 14/06, Quelle: www.ibr-online.de

OLG München, Beschluss vom 13.04.2007, Verg 1/07, Quelle: www.ibr-online.de
 OLG München, Beschluss vom 17.09.2007, Verg 10/07, Quelle: www.ibr-online.de
 OLG Naumburg, Beschluss vom 09.09.2003, 1 Verg 5/03, ZfBR 2003, 830
 OLG Naumburg, Beschluss vom 16.01.2003, 1 Verg 10/02, VergabeR 2003, 360
 OLG Naumburg, Beschluss vom 05.05.2004, 1 Verg 7/04, Quelle: www.ibr-online.de
 OLG Naumburg, Urteil vom 23.12.2004, 4 U 162/04, Quelle: www.ibr-online.de
 OLG Naumburg, Beschluss vom 25.01.2005, 1 Verg 22/04, VergabeR 2005, 667
 OLG Naumburg, Beschluss vom 02.03.2006, 1 Verg 1/06, Quelle: www.ibr-online.de
 OLG Naumburg, Beschluss vom 03.07.2009, 1 Verg 4/09, Quelle: www.ibr-online.de
 OLG Nürnberg, Urteil vom 18.09.1985, 4 U 3597/84, NJW 1986, 437
 OLG Oldenburg, Beschluss vom 02.09.2008, 8 W 117/08, VergabeR 2008, 995
 OLG Oldenburg, Urteil vom 14.10.2008, 12 U 76/08, IBR 2008, 711
 OLG Rostock, Beschluss vom 05.07.2006, 17 Verg 7/06, Quelle: www.ibr-online.de
 OLG Saarbrücken, Urteil vom 13.05.2008, 4 U 500/07, IBR 2008, 425
 OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.12.1982, 2 Kart 3/82, WuW/E 1421
 OLG Stuttgart, Beschluss vom 24.03.2000, 2 Verg 2/99, NZBau 2000, 301
 OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.06.2001, 2 Verg 2/01, VergabeR 2001, 451
 OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.08.2001, 2 Verg 3/01NZBau 2002, 292
 OLG Stuttgart, Urteil vom 11.04.2002, 2 U 240/01, NZBau 2002, 395
 OLG Stuttgart, Urteil vom 09.02.2010, 10 U 76/09, Quelle: www.ibr-online.de

11. Oberster Gerichtshof (Österreich)

OGH, Beschluss vom 16.02.1972, 1 Ob 18/72, Quelle: www.ris.bka.gv.at
 OGH, Beschluss vom 23.11.1982, 5 Ob 662/82, Quelle: www.ris.bka.gv.at
 OGH, Beschluss vom 29.11.1989, 1 Ob 663/89, Quelle: www.ris.bka.gv.at
 OGH, Beschluss vom 19.10.1994, 7 Ob 568/94, Quelle: www.ris.bka.gv.at
 OGH, Beschluss vom 22.11.1994, 4 Ob 573/94, Quelle: www.ris.bka.gv.at
 OGH, Beschluss vom 12.03.1996, 4 Ob 10/96, Quelle: www.ris.bka.gv.at
 OGH, Beschluss vom 28.01.1997, 4 Ob 2360/96d, Quelle: www.ris.bka.gv.at
 OGH, Beschluss vom 13.04.1998, 1 Ob 539/88, Quelle: www.ris.bka.gv.at

OGH, Beschluss vom 12.08.1998, 4 Ob 188/98w, Quelle: www.ris.bka.gv.at
OGH, Beschluss vom 20.08.1998, 10 Ob 212/98 und 7 Ob 159/97 a, Quelle:
www.ris.bka.gv.at
OGH, Beschluss vom 18.09.1998, 4 Ob 67/95, Quelle: www.ris.bka.gv.at
OGH, Beschluss vom 13.09.1999, 4 Ob 155/99v, Quelle: www.ris.bka.gv.at
OGH, Beschluss vom 29.03.2000, 7 Ob 92/99a, Quelle: www.ris.bka.gv.at.
OGH, Beschluss vom 29.03.2000, 1 Ob 201/99m, Quelle: www.ris.bka.gv.at
OGH, Beschluss vom 24.10.2000, 4 Ob 232/00x, Quelle: www.ris.bka.gv.at
OGH, Beschluss vom 27.03.2001, 1 Ob 262/00m, Quelle: www.ris.bka.gv.at
OGH, Beschluss vom 27.06.2001, 7 Ob 200/00p, Quelle: www.ris.bka.gv.at
OGH, Beschluss vom 29.01.2002, 4 Ob 20/02y, Quelle: www.ris.bka.gv.at
OGH, Beschluss vom 16.12.2002, 4 Ob 226/03v, Quelle: www.ris.bka.gv.at

12. Oberverwaltungsgerichte

OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28.07.2006, 1 L 59/06, Quelle: www.ibr-online.de
OVG Lüneburg, Beschluss vom 14.07.2006, 7 OB 105/06, Quelle: www.ibr-online.de
OVG Lüneburg, Beschluss vom 26.07.2006, 7 OB 65/06, Quelle: www.ibr-online.de
OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 20.09.2005, 15 E 1188/05, Quelle:
www.ibr-online.de
OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 11.08.2006, 15 E 880/06, Quelle:
www.ibr-online.de
OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 04.05.2006, 15 E 453/06, Quelle:
www.ibr-online.de
OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 12.01.2007, 15 E 1/07, Quelle: www.ibr-online.de
OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 25.05.2005, 7 B 10356/05, DVBl 2005, 988
OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 14.09.2006, 2 B 11024/06, Quelle: www.ibr-online.de
OVG Sachsen, Beschluss vom 13.04.2006, 2 E 270/05, Quelle: www.ibr-online.de

13. Landgerichte

- LG Augsburg, Urteil vom 05.06.2008, 6 O 1562/08, Quelle: www.ibr-online.de
- LG Bad Kreuznach, Beschluss vom 06.06.2007, 2 O 198/07, Quelle: www.ibr-online.de
- LG Bad Kreuznach, Beschluss vom 24.10.2008, 2 O 326/08, Quelle: www.ibr-online.de
- LG Berlin, Urteil vom 22.03.2006, 23 O 118/04, NZBau 2006, 397
- LG Cottbus, Urteil vom 24.10.2007, 8 O 99/07, Quelle: www.ibr-online.de
- LG Düsseldorf, Urteil vom 16.03.2005, 12 O 225/04, Quelle: www.ibr-online.de
- LG Frankfurt a. M., Urteil vom 26.11.2003, 2-06 O 345/03, Quelle: www.ibr-online.de
- LG Frankfurt/Oder, Urteil vom 14.11.2007, 13 O 360/07, Quelle: www.ibr-online.de
- LG Hamburg, Urteil vom 28.10.1998, 406 O 169/98, WRP 1999, 441
- LG Heilbronn, Urteil vom 19.11.2001, 22 O 294/01, NZBau 2002, 239 - 240
- LG Konstanz, Urteil vom 18.09.2003, 4 O 226/03, Quelle: www.ibr-online.de
- LG Landshut, Urteil vom 11.12.2007, 73 O 2576/07, Quelle: www.ibr-online.de
- LG Leipzig, Urteil vom 30.04.2008, 7 O 915/07, IBR 2008, 1093
- LG Mannheim, Urteil vom 01.04.2005, 7 O 404/04, VergabeR 2005, 768 - 769
- LG Meiningen, Beschluss vom 07.07.2000, HKO 104/00, Quelle: www.ibr-online.de
- LG München I, Urteil vom 20.12.2005, 33 O 16465/05, Quelle: www.ibr-online.de
- LG Potsdam, Beschluss vom 14.11.2007, 2 O 412/07, Quelle: www.ibr-online.de

14. Verwaltungsgerichte

- VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 15.10.2004, 12 L 2120/04, Quelle: www.ibr-online.de
- VG Köln, Beschluss vom 19.04.2007, 4 K 879/07, Quelle: www.ibr-online.de
- VG Leipzig, Beschluss vom 05.09.2005, 5 K 1069/05, Quelle: www.ibr-online.de
- VG Leipzig, Beschluss vom 06.09.2005, 5 K 1018/05, Quelle: www.juris.de
- VG Neustadt, Beschluss vom 19.10.2005, 4 L 1715/05, Quelle: www.ibr-online.de
- VG Neustadt, Beschluss vom 20.02.2006, 4 L 210/06, Quelle: www.ibr-online.de
- VG Potsdam, Beschluss vom 20.07.2006, 2 L 430/06, Quelle: www.ibr-online.de

15. Vergabekammern

- VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 07.11.2007, 1 VK 43/07, IBR 2008, 231
- VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 30.04.2008, 1 VK 12/08, Quelle: www.ibr-online.de
- VK Bund, Beschluss vom 30.06.1999, VK 2-14/99, Quelle: www.juris.de
- VK Bund, Beschluss vom 24.06.2003, VK 2-60/02, Quelle: www.juris.de
- VK Bund, Beschluss vom 16.06.2006, VK 1-34/06, Quelle: www.juris.de
- VK Bund, Beschluss vom 29.12.2006, VK 2-128/06, Quelle: www.ibr-online.de
- VK Bund, Beschluss vom 05.03.2010, VK 1-16/10, Quelle: www.ibr-online.de
- VK Bund, Beschluss vom 08.02.2008, VK 3-29/08, Quelle: www.juris.de
- VK Hamburg, Beschluss vom 25.07.2002, VgK FB 1/02, Quelle: www.ibr-online.de
- VK Hamburg, Beschluss vom 07.04.2010, VK BSU 2/10, Quelle: www.ibr-online.de
- VK Hessen, Beschluss vom 10.07.2002, 69 d VK-28/2002, Quelle: www.juris.de
- VK Lüneburg, Beschluss vom 15.01.2002, 203-VgK-24/2001, Quelle: www.juris.de
- VK Lüneburg, Beschluss vom 12.10.2004, 203-VgK-23/2004, Quelle: www.juris.de
- VK Lüneburg, Beschluss vom 07.07.2005, VgK-27/2005, Quelle: www.juris.de
- VK Lüneburg, Beschluss vom 10.10.2006, VgK-23/2006, Quelle: www.juris.de
- VK Lüneburg, Beschluss vom 11.01.2007, VgK-36/2006, Quelle: www.ibr-online.de
- VK Niedersachsen, Beschluss vom 21.08.2006, VgK-18/2006, Quelle: www.ibr-online.de
- VK Nordbayern, Beschluss vom 10.02.2010, 21.VK-3194-01/10, Quelle: www.ibr-online.de
- VK Münster, Beschluss vom 30.03.2007, VK 4/07, Quelle: www.ibr-online.de
- VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 25.06.2009, VK 27-09, Quelle: www.ibr-online.de
- VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 20.04.2010, VK 2-7/10, Quelle: www.ibr-online.de
- VK Saarland, Beschluss vom 08.03.2010, 1 VK 03/2010, Quelle: www.ibr-online.de
- VK Sachsen, Beschluss vom 21.03.2002, 1/SVK/011-02, Quelle: www.juris.de
- VK Sachsen, Beschluss vom 12.02.2004, 1/SVK/164-03G, Quelle: www.juris.de
- VK Sachsen, Beschluss vom 31.01.2005, 1/SVK/144-04, Quelle: www.ibr-online.de
- VK Sachsen, Beschluss vom 13.04.2006, 1/SVK/028-06, Quelle: www.ibr-online.de
- VK Sachsen, Beschluss vom 13.06.2007, 1/SVK/039-07, Quelle: www.juris.de

VK Sachsen, Beschluss vom 24.01.2008, 1/SVK/087-07, Quelle: www.ibr-online.de

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 22.05.2008, 1 VK LVwA 5/08, IBR 2008, 1236

VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 29.01.2009, 1 VK LVwA 31/08, Quelle: www.ibr-online.de

VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 28.07.2006, VK-SH 18/06, Quelle: www.ibr-online.de

VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 14.01.2010, VK-SH 25/09, Quelle: www.ibr-online.de

VK Südbayern, Beschluss vom 08.02.2002, 41-11/01, Quelle: www.juris.de

VK Südbayern, Beschluss vom 12.11.2003, 44-09/03, Quelle: www.ibr-online.de

VK Südbayern, Beschluss vom 06.06.2007, Z3-3-3194-1-19-05/07, Quelle: www.juris.de

16. Vergabekontrollsenat (Österreich)

VKS Wien, Bescheid vom 26.08.2005, VKS-2581/05, Quelle: www.ris.bka.gv.at

VKS Wien, Bescheid vom 26.08.2005, VKS-2582/05, Quelle: www.ris.bka.gv.at

VKS Wien, Bescheid vom 26.08.2005, VKS-2583/05, Quelle: www.ris.bka.gv.at

VKS Wien, Bescheid vom 11.11.2005, VKS-2781/05, Quelle: www.ris.bka.gv.at

VKS Wien, Bescheid vom 13.07.2006, VKS-1715/06, Quelle: www.ris.bka.gv.at

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
Absatz-Nr.	Absatznummer
AllMBI	Bayrisches Allgemeines Ministerialblatt
Art.	Artikel
BAnz.	Bundesanzeiger
BauR	Baurecht (Zeitschrift)
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BayVerwBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BHO	Bundshaushaltsordnung
BKR	Baukoordinierungsrichtlinie
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVA	Bundesvergabeamt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVergG	Bundesvergabegesetz
B-VG	Bundesverfassungsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVFG	Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge
bzw.	beziehungsweise
c. i. c.	culpa in contrahendo
DLKR	Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
ECU	European Currency Unit
EG	Europäische Gemeinschaft

EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FN	Fußnote
GG	Grundgesetz
GemHVO	Gemeindehaushaltsverordnung
GmS OGB	Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes
GPA	Government Procurement Agreement
GVOBl. SH.	Gesetz- und Verordnungsblatt Schleswig-Holstein
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGrG	Haushaltgrundsatzgesetz
IBR	Immobilien- und Baurecht (Zeitschrift)
i. V. m.	in Verbindung mit
JRP	Journal für Rechtspolitik (ö)
JZ	JuristenZeitung
KG	Kammergericht
LHO	Landeshaushaltsordnung
LG	Landgericht
LKR	Lieferkoordinierungsrichtlinie
MFG	Gesetz zur Förderung des Mittelstandes (Schleswig-Holstein)
Mio.	Million
Nr.	Nummer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
öBGBI	Bundesgesetzblatt der Republik Österreich
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
Rdn.	Randnummer
RPA	Recht und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (ö)
Rs	Rechtssache
S.	Seite
S. ebd.	Siehe ebenda
SäHO	Sächsische Haushaltsordnung
Sächs.ABl.	Sächsisches Amtsblatt
Sächs. GVBl.	Sächsische Gesetz- und Verordnungsblatt
SächsVBl	Sächsische Verwaltungsblätter
SächsVerf	Verfassung des Freistaates Sachsen
SächsVergabeG	Sächsisches Vergabegesetz
SächsVergabeDVO	Sächsische Vergabedurchführungsverordnung
SHGvVO	Schleswig-Holsteinische Vergabeverordnung
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
StAnz. Bay.	Staatsanzeiger Bayern
Sys	Systematische Darstellung
ThürGemHV	Thüringer Gemeindehaushaltsverordnung
ThürLHO	Thüringer Landeshaushaltsordnung
ThürStAnz	Thüringer Staatsanzeiger
u. a.	unter anderem
VergabeR	Vergaberecht (Zeitschrift)
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VG	Verwaltungsgericht
Vgl.	Vergleiche
VgV ¹	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge
VHB	Vergabehandbuch des Bundes
VOB/A, B, C	Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil A, B, C
VOF	Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen

¹ Angaben ohne Zusatz verweisen auf die derzeit gültige Fassung vom 07.06.2010, BGBl. I S. 724.

VOL	Verdingungsordnung für Leistungen
VV-BHO	Verwaltungsvorschrift zur Bundeshaushaltsordnung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WTO	World Trade Organisation (Welthandelsorganisation)
z. B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZVgR	Zeitschrift für deutsches und internationales Vergaberecht
ZPO	Zivilprozessordnung

A. Einleitung

Die Materie der öffentlichen Auftragsvergabe von Bauleistungen ist zwar nicht mehr neu², sie ist aber in sich schwierig, nämlich vielschichtig und kompliziert³. Dadurch werden die Vergabeverfahren einerseits fehleranfällig und begünstigen Korruption,⁴ wobei auch aufgrund der weniger strengen Formalien die überwiegende Zahl der Korruptionsfälle unterhalb der EU-Schwellenwerte zu verzeichnen sind.⁵ Andererseits kommt hinzu, dass der öffentlichen Auftragsvergabe wegen der allgemeinen wirtschaftlichen Stagnation und bei ausbleibender wirtschaftlicher Erholung eine ständig wachsende Bedeutung zukommt.⁶

So werden durch Bund, Länder und Gemeinden jährlich Aufträge in Höhe von rund 300 Mrd. Euro vergeben⁷, was einem Anteil von 13 % des Bruttoinlandsproduktes entspricht⁸. Allein im Freistaat Sachsen beliefen sich die diesbezüglichen Ausgaben des Freistaates im Jahr 2003 ohne die besonderen Aufwendungen zur Beseitigung der Folgen der Flutkatastrophe des Jahres 2002 auf 432,9 Mio. EUR und stiegen nach dem Staatshaushaltsplan für das Jahr 2004 um 39,1 % auf 602,0 Mio. EUR⁹. Andererseits ist die heutige Zeit geprägt von einer anhaltenden Krise der öffentlichen Haushalte und einer zunehmenden staatlichen und kommunalen Verschuldung¹⁰.

Gleichzeitig wurden bei der Durchführung der öffentlichen Auftragsvergabe gravierende Fehler festgestellt, die zu der Einschätzung führen, dass die vergebenden Stellen eine geringe Bereitschaft zeigen, die Auftragsvergabe wettbewerbsgerecht zu

² Das heute geltende nationale Vergaberecht wurde 1998 durch das Vergaberechtsänderungsgesetz (BGBl. 1998 I, 2512) reformiert.

³ BayObLG, Beschluss vom 16.02.2005, Verg 28/04: Reinbacher, S. 3 (für Österreich); Koenig/Haratsch, NJW 2003, 2637 (2637).

⁴ Buhr, S. 207; so auch Schneider, S. 27.

⁵ Gabriel, VergabeR 2006, 173 (178).

⁶ Schonebeck/Schwenker, S. V.

⁷ Kommunal-Info 9/2009 des Kommunalpolitischen Forum Sachsen e. V., Quelle: <http://www.kommunalforum-sachsen.de/pdf/publikationen/kommunalinfo/kommunalinfo%209-2009.pdf>.

⁸ Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2004, S. 96; Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kulartz, Einl., Rdn. 1; Schneider, S. 27.

⁹ Rechnungshof Sachsen, Jahresbericht 2004, S. 76.

¹⁰ Rechnungshof Sachsen, Jahresbericht 2004, Vorwort.

gestalten¹¹ oder Vergabeverfahren sorgfältig abzuwickeln¹². So führten 20 von 25 Auftraggebern, die im Rahmen einer Prüfung des Bundesrechnungshofes im Zeitraum der Jahre 2000 bis 2003 kontrolliert wurden, die Mehrzahl ihrer Vergaben ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb durch¹³.

Bei dem vorhandenen Machtpotenzial der öffentlichen Auftraggeber ist es entscheidend, dass die Möglichkeit zur Bildung und Ausübung eines Gegengewichtes vorhanden sein muss¹⁴, was unter anderem durch die Gewährleistung eines angemessenen Rechtsschutzes für potenzielle Auftragnehmer erfolgen kann.¹⁵

Für die Zurverfügungstellung von Rechtsschutzmöglichkeiten ist dabei die Interessenlage von entscheidender Bedeutung. Die potenziellen Auftraggeber einerseits wünschen eine weitestgehende Entscheidungsfreiheit und sehen in der Gewährleistung eines effizienten Vergaberechtsschutzes die Gefahr von Investitionsverzögerungen und die Erforderlichkeit von personellen Aufstockungen¹⁶. So werden Freigrenzen gefordert, in deren Rahmen freihändig, also ohne die Zwänge eines Vergabeverfahrens, vergeben werden soll¹⁷.

Die Bauunternehmen selbst sehen in einem fehlenden Vergaberechtsschutz die Gefahr, dass eine zunehmende Zahl öffentlicher Auftraggeber zur Missachtung vergaberechtlicher Grundsätze verleitet und dadurch ein freier und chancengleicher Wettbewerb behindert wird¹⁸.

¹¹ Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2004, S. 17.

¹² Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2004, S. 96.

¹³ Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2004, S. 97.

¹⁴ Prinzip der „Checks and Balances“, wonach bei der Bildung eines Machtpotenziales ein Gegengewicht vorhanden sein muss, sodass ein Machtgleichgewicht entstehen kann.

¹⁵ Noch, Diss., S. 91.

¹⁶ Portz/Knipper, IBR 2003, 397 (399).

¹⁷ Die Begründung ist teilweise eine offene Ankündigung des „Ausreizens“ persönlicher Beziehungen bei der Auftragsvergabe. So beklagen Bürgermeister und Landräte, die „mit den meisten Inhabern von Handwerksbetrieben nicht nur in der Sache, sondern auch persönlich gut zusammenarbeiten“, den geringen Spielraum für eine Berücksichtigung dieser Betriebe (Quelle: www.IBR-Online.de, News Nr. 7446 vom 29.05.2006).

¹⁸ Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2004, S. 17; ebenso Lorenz, Rede anlässlich des 27. Niedersächsischen Baugewerbetages am 25.11.2005 (Göttingen).

Die Umsetzung des EG-Vergaberechts in nationales (deutsches) Recht nach Vorgaben der Europäischen Union¹⁹ erfolgte als Teil 4 des GWB, in welchem Grundzüge und Nachprüfungsverfahren für Aufträge detailliert geregelt sind. Allerdings gelten diese Regelungen bei Bauaufträgen nur bei einem Auftragswert ab 4,845 Mio. EUR²⁰. Ein separater Rechtsschutz unterhalb dieser Werte ist bundesgesetzlich nicht vorgesehen.

Im Rahmen der nachfolgenden Darstellung²¹ sollen daher die Rechtsschutzmöglichkeiten von Bietern insbesondere bei öffentlichen Auftragsvergaben von Bauleistungen mit einem Wert von unter 4,845 Mio. EUR mit Schwerpunkt auf Auftragsvergaben im Freistaat Sachsen analysiert werden.

Dabei soll in Anbetracht wachsender Diskussionen über die Einschränkung des Rechtsschutzes einerseits die Verfassungsmäßigkeit dieser Zweiteilung und auch der Art des Rechtsschutzes, andererseits die Effektivität der vom Freistaat Sachsen zur Verfügung gestellten Rechtsschutzmöglichkeiten in der Praxis untersucht werden. Eine Unternehmensbefragung der Baubetriebe in Sachsen²² sowie eine Rechtsvergleichung der Rechtsschutzmöglichkeiten unterhalb des Schwellenwertes in Sachsen mit den Rechtsschutzmöglichkeiten in Österreich und einzelnen ausgewählten anderen deutschen Bundesländern sollen helfen, die Wirksamkeit des Rechtsschutzes zu untersuchen und Verbesserungsmöglichkeiten aufzuzeigen. Der Rechtsvergleich mit den Rechtsschutzmöglichkeiten in Österreich kann eventuelle Defizite und Verbesserungsmöglichkeiten der nationalen deutschen Regelungen erkennen lassen, weil seit dem Jahr 2002 in Österreich²³ die auch in der Bundesrepublik Deutschland bekannte Zweiteilung des Vergaberechtsschutzes nach verfassungsgerichtlicher Beanstandung²⁴ aufgegeben wurde.

¹⁹ Hier u. a. Rechtsmittelrichtlinie zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe 89/665/EWG (ABl. L 395 v. 30.12.1998, 33).

²⁰ § 2 Nr. 4 VgV in Umsetzung der Richtlinie 97/52/EG (ABl. L 328 v. 28.11.1997, S. 1).

²¹ Bei der Ausarbeitung ist der Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsstand bis 31.07.2010 berücksichtigt.

²² Anlage I.

²³ Bundesvergabegesetz 2002, öBGBI. I, 2002, 99.

²⁴ VGH, Erkenntnis vom 30.11.2000, G 110/99 u. a.

B. Vergaberecht – Begriffe und Grundlagen, europäische Ansätze

I. Einflüsse des europäischen Rechts²⁵

Das Vergaberecht umfasst die Gesamtheit aller Vorschriften, die bei der Beschaffung von Gütern (sachlichen Mitteln und Leistungen) durch öffentliche Stellen oder diesen nahestehende Institutionen beachtet werden müssen²⁶. Das Vergaberecht hat dabei die Aufgabe, ein geordnetes Verfahren für die Beschaffung von Gütern zur Verfügung zu stellen und zu gewährleisten.²⁷

Ausgangspunkt des heutigen Vergaberechts und auch Auslöser²⁸ für den Erlass eines Vergaberechtsänderungsgesetzes vom 26.08.1998²⁹ als Grundlage für das heutige Vergaberecht waren vor allem europarechtliche Vorgaben³⁰.

1. Primäres Gemeinschaftsrecht

a) Einleitung

Das Europäische Gemeinschaftsrecht wird unterschieden in primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht, wobei das Primärrecht als Prüfungsmaßstab für die Rechtmäßigkeit des sekundären Gemeinschaftsrechts gilt³¹.

Primäres Gemeinschaftsrecht umfasst vor allem die Verträge zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG³²) vom 25.03.1957³³, der Europäischen Atomgemeinschaft (EAG³⁴) vom 25.03.1957³⁵ sowie der Europäischen Gemein-

²⁵ Hierunter fallen sowohl das Recht der Europäischen Union als auch das Europäische Gemeinschaftsrecht, wobei diese Differenzierung im allgemeinen Sprachgebrauch eher selten vorgenommen wird.

²⁶ Schönebeck/Schwenker, S. V; Buhr, S. 23.

²⁷ Arzt-Mergemeier in Willenbruch, Vorb., Rdn. 4.

²⁸ Durch die Kommission der EG wurde wegen der haushaltsrechtlichen Lösung ein Vertragsverletzungsverfahren im Herbst 1995 eingeleitet (EuGH, Urteil vom 11.08.1995, Rs. C-433/93, Slg. 1995, I-2303 ff.).

²⁹ BGBl. I, S. 2545.

³⁰ Reidt/Stickler/Glahs, Einleitung, Rdn. 4; Arzt-Mergemeier in Willenbruch, Vorb., Rdn. 4.

³¹ Streinz, Rdn. 404; Oppermann, § 6, Rdn. 11.

³² Ursprünglich EWG genannt.

³³ BGBl. II, S. 766.

³⁴ Auch „Euratom“ genannt.

³⁵ BGBl. II, S. 1014.

schaft für Kohle und Stahl (EGKS) vom 18.04.1951³⁶, aber auch den Vertrag zur Gründung der Europäischen Union vom 07.02.1992³⁷, jeweils mit ihren späteren Änderungen und Ergänzungen, und den Vertrag von Lissabon vom 13.12.2007³⁸, welcher insbesondere EU und EG zusammenführte. Weiterhin sind hierzu die vom Europäischen Gerichtshof in wertender Rechtsvergleichung entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsätze³⁹ sowie die Gemeinschaftsgrundrechte⁴⁰ zu zählen.

Im Primärrecht sind allerdings keine ausdrücklichen Regelungen für das öffentliche Auftrags- und Vergabewesen zu finden. Der Grund für das Fehlen dürfte im befürchteten Widerstand der einzelnen Mitgliedsstaaten zum Zeitpunkt der Entstehung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft liegen⁴¹.

Hinweise auf Regelungen für das Recht der öffentlichen Aufträge lassen sich nur in Art. 179 Abs. 2 AEUV (Art. 163 Abs. 2 EGV) sowie Art. 199 Nr. 4 AEUV (Art. 183 Nr. 4 EGV) finden. Während Art. 179 Abs. 2 AEUV (Art. 163 Abs. 2 EGV) von einer Öffnung des einzelstaatlichen öffentlichen Auftragswesens zur Förderung der Zusammenarbeitsbestrebungen der Gemeinschaftsunternehmen auf dem Gebiet der Forschung und technologischen Entwicklung spricht, wird durch Art. 199 Nr. 4 AEUV (Art. 183 Nr. 4 EGV) festgelegt, dass bei Ausschreibungen der Gemeinschaft selbst das Gebot der Gleichbehandlung aller Staatsangehörigen der Mitgliedsstaaten gilt. Beide Regelungen lassen aber keinen Rückschluss auf eine Kodifizierung des Vergaberechts im EGV zu.

Im Mittelpunkt der wirtschaftlichen Integrationsbemühungen der Europäischen Gemeinschaft steht aber der Gemeinsame Markt bzw. der Binnenmarkt⁴²; dieser wird durch Art. 26 Abs. 2 AEUV (Art. 14 Abs. 2 EGV) als ein „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist“, definiert.

³⁶ Die Geltungsdauer dieses Vertrages war auf 50 Jahre festgelegt, weshalb die EGKS seit 23.07.2002 nicht mehr existiert.

³⁷ BGBl. II, S. 1253.

³⁸ ABl. C 115 vom 09.05.2008, S. 13.

³⁹ Streinz, Rdn. 412; Haratsch/Koenig/Pechstein, Rdn. 326.

⁴⁰ Oppermann, § 6, Rdn. 26.

⁴¹ Öhler, S. 42.

⁴² Zum Verhältnis Gemeinsamer Markt – Binnenmarkt vgl. Hailbronner/Jochum, Rdn. 11f, welche den Gemeinsamen Markt als temporäre Vorstufe des Binnenmarktes betrachten.

Geprägt wird damit auch das öffentliche Auftrags- und Vergabewesen durch die allgemeinen Vertragsgrundsätze, das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV (Art. 12 EGV) und die in Art. 26 AEUV (Art. 14 EGV) genannten Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes. Dabei ist aber zu beachten, dass sich die europäischen Grundfreiheiten ausschließlich auf den Bereich der Vergabe anwenden lassen, wenn Maßnahmen von Mitgliedsstaaten grenzüberschreitenden Bezug haben⁴³. Hierfür reicht zwar grundsätzlich die Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Behinderung aus⁴⁴, wobei der EuGH in der Vergangenheit eher dazu neigte, den grenzüberschreitenden Bezug faktisch zu unterstellen, sofern es keine gegenteiligen Anhaltspunkte gab⁴⁵. Diese äußerst weit gefasste Rechtsprechung hat der EuGH zwischenzeitlich aufgegeben und fordert den Nachweis des grenzüberschreitenden Bezuges im jeweiligen Einzelfall⁴⁶. Als Kriterium für den grenzüberschreitenden Charakter kann dabei nicht nur der Preis angesehen werden, weil es auch niedrige Auftragswerte mit einem eindeutigen grenzüberschreitenden Interesse geben kann⁴⁷. Als weitere maßgebliche Kriterien kommen insbesondere die wirtschaftliche Bedeutung⁴⁸, aber auch technische Kriterien und der maßgebliche Ort für die Durchführung der Arbeiten in Frage⁴⁹.

b) Freiheit des Warenverkehrs - Art. 28 - 37 AEUV (Art. 23 - 30 EGV)

Zur Erreichung des freien Warenverkehrs sehen Art. 28 - 37 AEUV (Art. 23 – 30 EGV) als wesentliche Ziele die Schaffung einer Zollunion, welche sich auf den gesamten Warenaustausch zwischen den Mitgliedsstaaten erstreckt, und die Aufhebung aller mengenmäßigen Beschränkungen vor.

aa) Sachlicher Anwendungsbereich

Sachlich erstreckt sich der Warenverkehr auf den gesamten „Waren“austausch⁵⁰.

⁴³ EuGH, Urteil vom 11.07.1974, Rs. 8/74, Slg. 1974, S. 837, Rdn. 5; Widmann, S. 53.

⁴⁴ EuGH, Urteil vom 10.11.1992, Rs. C-3/91, Slg. 1992, I-5529, Rdn. 20.

⁴⁵ EuGH, Urteil vom 21.07.2005, Rs. C-231/03, Slg. 2005, I-7287, Rdn. 20.

⁴⁶ EuGH, Urteil vom 13.11.2007, Rs. C-507/03, Slg. 2007, I-9777, Rdn. 29; Diehr, VergabeR 2009, 719 (729).

⁴⁷ EuGH, Urteil vom 15.05.2008, C-147/06 und C-148/06, Slg. 2008, I-03565, Rdn. 35.

⁴⁸ EuGH, Urteil vom 21.07.2005, C-231/03, Slg. 2005, I- 07287, Rdn. 20.

⁴⁹ EuGH, Urteil vom 15.05.2008, C-147/06 und C-148/06, Slg. 2008, I-03565, Rdn. 24.

⁵⁰ Frenz, Rdn. 630; Hailbronner/Jochum, Rdn. 216.

(a) Ware

Der Begriff „Waren“ ist zwar im EG-Vertrag nicht definiert. In Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit definiert man Waren allgemein als körperliche Gegenstände⁵¹, welche einen Handelswert⁵² besitzen und Gegenstand von Handelsgeschäften sein können⁵³.

Vom Warenbegriff werden hierbei sowohl Waren aus den Mitgliedsstaaten selbst als auch Waren aus Drittländern, sofern sie sich gemäß Art. 29 AEUV (Art. 24 EGV) innerhalb der Gemeinschaft im freien Verkehr befinden, erfasst.⁵⁴

(b) Zollunion

Die für die Freiheit des Warenverkehrs grundlegende Zollunion ist durch die Merkmale

- Aufhebung der Zölle⁵⁵ zwischen den Mitgliedern,
- Festlegung eines einheitlichen Außenzolltarifs,
- Aufteilung der Zolleinnahmen unter den Mitgliedern

gekennzeichnet⁵⁶.

(c) Mengenmäßige Beschränkung

Hinzu kommen das Verbot mengenmäßiger Ein- und Ausfuhrbeschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung zur Abschaffung von Handelshemmnissen. Im Ergebnis betrifft dies alle staatlichen Maßnahmen, „die geeignet sind, unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell“ den Handelsverkehr zwischen den Mitglieds-

⁵¹ EuGH, Urteil vom 14.07.1977, Rs. 1-77, Slg. 1977, S. 1473, Rdn. 4; EuGH, Urteil vom 30.04.1974, Rs. 155/73, Slg. 1974, 409, Rdn. 7/8; EuGH, Urteil vom 11.07.1985, Rs. 60/84 und 61/84, Slg. 1985, 2605, Rdn. 9. Eine wichtige Ausnahme gilt für Elektrizität, welche gerade kein verkörpertes Gut ist (vgl. EuGH, Urteil vom 27.04.1997, Rs. C-393/92, Slg. 1994, S. I-1477, Rdn. 30).

⁵² Auch als Geldwert bezeichnet.

⁵³ Haratsch/Koenig/Pechstein, Rdn. 714; vgl. auch EuGH, Urteil vom 09.07.1992, Rs. C-2/90, Slg. 1992, S. I-4431, Rdn. 26.

⁵⁴ Kahl in Schmidt/Vollmöller, S. 25 f.

⁵⁵ Hailbronner/Jochum, Rdn. 342: Zölle definieren sich als Abgaben, die nach Maßgabe eines Zolltarifes von der Warenbewegung über die Zollgrenze erhoben werden und als Zoll bezeichnet sind; ebenso: Grabenwarter/Griller/Holoubek, S. 161; Kahl in Schmidt/Vollmöller, S. 26.

⁵⁶ Streinz, EUV/EGV, Art. 23, Rdn. 5; Kahl in Schmidt/Vollmöller, S. 26 f.; Wimmer/Müller, S. 109.

staaten zu behindern⁵⁷. Ausgenommen hiervon sind Maßnahmen, welche sich ausschließlich innerhalb eines einzigen Mitgliedsstaates auswirken⁵⁸.

bb) Personeller Anwendungsbereich

Die Warenverkehrsfreiheit ist nach Art. 34, 35 AEUV (Art. 28, 29 EGV) als ausschließlich staatsgerichtet anzusehen⁵⁹. Sie untersagt den Mitgliedsstaaten, die subjektive Rechtsposition der Unionsbürger in Form des freien Warenverkehrs zu beschränken, wobei sich dieses Verbot an alle Staatsgewalten eines Mitgliedsstaates⁶⁰ richtet.

Über den eigentlichen Wortlaut hinaus sind aber auch die Gemeinschaftsorgane selbst an diese Maßgaben gebunden⁶¹.

Der Schutzbereich ist dabei nicht auf Staatsangehörige der Mitgliedsstaaten beschränkt⁶². Entscheidendes Kriterium ist also gemäß Art. 34 i. V. m. 28 Abs. 2 AEUV (Art. 28 i. V. m. 23 Abs. 2 EGV) nicht die Herkunft des Weitergebenden, sondern vielmehr die weitergegebene Ware⁶³ als solche.

cc) Freiheit des Warenverkehrs im Rahmen der Vergabe von Bauleistungen

Ein die Freiheit des Warenverkehrs beschränkendes Hindernis ist bei der Vergabe von Bauleistungen beispielsweise darin zu sehen, wenn sich mittelbar oder unmittelbar aus der Ausschreibung eine unterschiedliche Behandlung von importierten oder einheimischen Materialien ergibt. Dies kann z. B. die ausdrückliche Materialvorgabe eines nationalen Herstellers bzw. Lieferanten sein⁶⁴. Deshalb verbietet Art. 23 Abs. 8 der Richtlinie 2004/18/EG⁶⁵ bspw. bei der Definition der Leistung im Rahmen eines

⁵⁷ EuGH, Urteil vom 11.07.1974, Rs. 8-74, Slg. 1974, S. 837, Rdn. 5; EuGH, Urteil vom 21.09.1999, C-44/98, Slg. 1999, I-6286, Rdn. 6.

⁵⁸ EuGH, Urteil vom 14.07.1981, Rs. 155/80, Slg. 1981, S. 1993, Rdn. 16.

⁵⁹ Frenz, Rdn. 729.

⁶⁰ Epiney in: Calliess/Ruffert, Art. 28, Rdn. 44.

⁶¹ Siehe ebd.

⁶² Haratsch/Koenig/Pechstein, Rdn. 722.

⁶³ Streinz, EUV/EGV, Art. 28, Rdn. 24/46; EuGH, Urteil vom 13.01.2000, C-254/98, Slg. 2000, I-151, Rdn. 26/29.

⁶⁴ EuGH, Urteil vom 22.06.1993, Rs. C-243/89, Slg. 1993, S. I-3353, Rdn. 45; EuGH, Urteil vom 03.12.2001, Rs. C-59/00, Slg. 2001, I-9505, Rdn. 22; Noch, Diss., S. 11; Fichtner, S. 91.

⁶⁵ ABl. L 134 v. 30.04.2004, S. 114.

Vergabeverfahrens auch jeglichen Verweis auf bestimmte Erzeugnisse bestimmter Produktionen oder Ursprungsorte und Marken⁶⁶.

Allerdings erfährt dieses Gebot der neutralen Ausschreibung in mehrfacher Hinsicht eine Lockerung. Einerseits lässt Art. 23 Abs. 8 der Richtlinie eine Nennung bestimmter Produkte dann zu, wenn ausgeschlossen ist, dass bestimmte Unternehmen oder Produkte begünstigt werden. Dabei muss allerdings klargestellt werden, dass die Regelung nur theoretisch eine Einschränkung zulässt, weil wohl jede Nennung einer bestimmten Marke oder eines Produktes eine Begünstigung darstellt. Denkbar wäre allenfalls die praktisch eher seltene Variante, dass es nur ein einziges Produkt für die Erreichung des Werkerfolges gibt.⁶⁷ Andererseits kann vom Gebot der neutralen Ausschreibung abgewichen werden, wenn der Auftragsgegenstand anders nicht hinreichend genau oder verständlich beschrieben werden kann. Ein derartiger Fall ist beispielsweise möglich, wenn sich bestimmte Erzeugnisse oder Verfahrensarten mit einer eigenen Bezeichnung auf dem Markt so durchgesetzt haben, dass dieser Name in den fachlichen Sprachgebrauch übergegangen ist und es hierfür sonst allgemein verständliche Begriffe nicht gibt⁶⁸.

Beide Ausnahmen sind aber nur unter der Bedingung zulässig, dass diese Angaben mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ erfolgen.

c) Freiheit des Dienstleistungsverkehrs - Art. 56 AEUV (Art. 49 EGV)

Die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs erfasst die Erbringung von Dienstleistungen in einem anderen Staat als demjenigen, in welchem der Dienstleister ansässig ist.

aa) Sachlicher Anwendungsbereich

Die Dienstleistungsfreiheit erstreckt sich gemäß Art. 56 Abs. 1 AEUV (Art. 49 Abs. 1 EGV) auf alle Dienstleistungen in einem Mitgliedsstaat, in dem der Leistungserbringer nicht ansässig ist.

⁶⁶ Diese Regelung ist in § 7 Abs. 8 VOB/A 2009 (§ 9 Nr. 10 VOB/A 2006) übernommen.

⁶⁷ Beispielhaft könnte man hier die Markenbezeichnung „perma-color“ nennen, welche für eine besondere Betonprägung und Farbgestaltung steht.

⁶⁸ Ingenstau/Korbion (2010), § 7 VOB/A, Rdn. 84, nennt hier als Beispiel „Dyckerhoff-Weiß“ für einen besonderen Zement.

Eine Definition des Begriffes „Dienstleistung“ ist Art. 56 ff. AEUV (Art. 49 ff. EGV) nicht zu entnehmen. Gemäß Art. 57 AEUV (Art. 50 EGV) kann als Dienstleistung grundsätzlich aber jede gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeit angesehen werden, welche nur vorübergehend und ohne Wohnsitzverlagerung erbracht wird⁶⁹. Diese recht allgemeine Definition bedarf allerdings, insbesondere wegen der erforderlichen Abgrenzung zu anderen Grundfreiheiten, noch einiger Einschränkungen. So ist gemäß Art. 57 Satz 1 AEUV (Art. 50 Abs. 1 EGV) die Leistung gegen Entgelt zu erbringen; geschützt wird insoweit ausschließlich eine wirtschaftliche Betätigung, wobei unter Entgelt jede wirtschaftliche Gegenleistung zu verstehen ist⁷⁰. Hinzu kommt, dass die Leistung in Abgrenzung zur Warenverkehrsfreiheit nicht-körperlicher Art⁷¹ und in Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit selbstständig⁷² erbracht werden muss. Außerdem sind Tätigkeiten in Ausübung öffentlicher Gewalt⁷³ gemäß Art. 62 AEUV i. V. m. Art. 51 AEUV (Art. 55 EGV i. V. m. Art. 45 EGV) insgesamt aus dem Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit herausgenommen.

Art. 56 AEUV (Art. 49 EGV) enthält dabei einerseits ein umfassendes Gebot der Inländergleichbehandlung, andererseits aber ein Beschränkungsverbot⁷⁴.

Ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit liegt vor, wenn durch Maßnahmen auf Seiten des Leistungsempfängers oder des Leistenden mittelbar oder unmittelbar eine Beschränkung für die Ausübung der Dienstleistung erfolgt, welche ihrerseits nicht durch Rechtfertigungsgründe gedeckt ist. Beispielhaft erwähnenswert ist hier insbesondere der Verbraucherschutz, welcher Auslöser für qualitätssichernde Berufsregelungen sowie Registrierungs- oder Niederlassungspflichten war.⁷⁵

⁶⁹ Grabenwarter/Griller/Holoubek, S. 178; Streinz, Rdn. 721 – Mit diesem Merkmal soll die Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit erfolgen.

⁷⁰ EuGH, Urteil vom 27.09.1987, Rs. 263/86, Slg. 1988, S. 5365, Rdn. 17.

⁷¹ EuGH, Urteil vom 30.04.1974, Rs. 155-73, Slg. 1974, S. 409 ff.

⁷² EuGH, Urteil vom 27.03.1990, Rs. C-113/89, Slg. 1990, S. I-1417 ff; Grabenwarter/Griller/Holoubek, S. 179; Wimmer/Müller, S. 118.

⁷³ Frenz, Rdn. 1996, welcher als Beispiel für öffentliche Gewalt die beurkundende Tätigkeit der Notare nennt.

⁷⁴ Frenz, Rdn. 2439.

⁷⁵ Frenz, Rdn. 2663.

bb) Personeller Anwendungsbereich

Jeder Unionsbürger, der auch in der EU, d. h. im Geltungsbereich des AEUV ansässig ist⁷⁶, wird unmittelbar vom Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit erfasst. Hierbei sind sowohl der Leistungserbringer als auch der Leistungsempfänger geschützt⁷⁷. Art. 62 i. V. m. 54 AEUV (Art. 55 i. V. m. Art. 48 EGV) erweitert den Anwendungsbereich darüber hinaus auf Gesellschaften, welche ihren Sitz oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben. Verpflichtet sind erneut die Mitgliedsstaaten.

cc) Freiheit des Dienstleistungsverkehrs im Rahmen der Vergabe von Bauleistungen

Für die Vergabe von Bauleistungen sind insbesondere gewerbliche handwerkliche Tätigkeiten relevant⁷⁸. Ein die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs beschränkendes Verhalten würde u. a. vorliegen, wenn die Vergabebedingungen vorsehen, dass nur nationale Bewerber zugelassen werden⁷⁹. Ebenfalls diskriminierend wäre es, für ausländische Bieter die zusätzliche Hinterlegung einer Kautions im Aufnahmeland zu verlangen⁸⁰ oder besondere Zuverlässigkeitsnachweise zu fordern.⁸¹

Ein Eingriff würde ebenso vorliegen, wenn die vergebende Stelle, zumindest bei Auftragswerten oberhalb der Schwellenwerte, insgesamt auf eine europaweite Ausschreibung verzichtet⁸², weil hierdurch die Beteiligung ausländischer Unternehmen gänzlich verhindert wird.

d) Freiheit des Personenverkehrs - Art. 45, 49 AEUV (Art. 39, 43 EGV)

Die Freiheit des Personenverkehrs ist dadurch gekennzeichnet, dass Unionsbürger zur Wahrnehmung der Freiheiten Grenzen zwischen Mitgliedsstaaten überschreiten

⁷⁶ Haratsch/Koenig/Pechstein, Rdn. 861.

⁷⁷ Haratsch/Koenig/Pechstein, Rdn. 861; Streinz, Rdn. 724.

⁷⁸ Für die Vergabe von freiberuflichen Tätigkeiten gilt aufgrund der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) ein eigenes Vergaberegime.

⁷⁹ EuGH, Urteil vom 03.06.1992, C-360/89, Slg. 1992, S. I-3401, Rdn. 10; EuGH, Urteil vom 20.10.2005, Rs. C-264/03, Slg. 2005, I-08831, Rdn. 69.

⁸⁰ Stolz, S. 50.

⁸¹ EuGH, Urteil vom 21.09.2006, Rs. C-168/04, Slg. 2006, I-09041; ebenso Noch, Diss., S. 11, welcher dies allerdings der Freiheit des Warenverkehrs zuordnet.

⁸² EuGH, Urteil vom 10.03.1987, Rs. 199/85, Slg. 1987, S. 1039, Rdn. 10 f.; EuGH, Urteil vom 11.01.2005, Rs. C-26/03, Slg. 2005, S. I-1, Rdn. 51.

dürfen. Aufgrund der Gemeinsamkeiten des geschützten Rechts werden unter dem Oberbegriff Personenverkehr einerseits die Arbeitnehmerfreizügigkeit natürlicher Personen gemäß Art. 45 AEUV (Art. 39 EGV), andererseits die Niederlassungsfreiheit für Unternehmer bzw. Unternehmen gemäß Art. 49 AEUV (Art. 43 EGV) zusammengefasst⁸³.

aa) Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art. 45 AEUV (Art. 39 EGV)

(a) Sachlicher Anwendungsbereich

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit erfasst die unselbstständigen Erwerbstätigkeiten eines Arbeitnehmers. Eine Arbeitnehmertätigkeit gemäß Art. 45 AEUV (Art. 39 EGV) liegt dann vor, wenn eine natürliche Person eine Leistung gegen Entgelt bei gleichzeitiger Weisungsgebundenheit erbringt⁸⁴.

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit stellt ein umfassendes Gebot der Inländergleichbehandlung dar und fordert gemäß Art. 45 Abs. 2 AEUV (Art. 39 Abs. 2 EGV) die Abschaffung jeglicher Diskriminierung. Darüber hinaus handelt es sich bei ihr ebenfalls um ein umfassendes Beschränkungsverbot⁸⁵.

Allerdings gilt auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit nur für zwischenstaatliche Sachverhalte innerhalb der Gemeinschaft⁸⁶.

(b) Personeller Anwendungsbereich

Vom Anwendungsbereich werden unmittelbar ausschließlich Unionsbürger und deren Angehörige⁸⁷ erfasst.

Verpflichtete der Arbeitnehmerfreizügigkeit sind in erster Linie erneut die Mitgliedsstaaten und ihre innerstaatlichen Stellen. Hierzu zählen beispielsweise alle Träger der öffentlichen Verwaltung⁸⁸, die regionalen bzw. kommunalen Gebietskörperschaften

⁸³ Frenz, Rdn. 1132.

⁸⁴ EuGH, Urteil vom 03.07.1986, Rs. 66/85, Slg. 1986, S. 2121, Rdn. 17.

⁸⁵ EuGH, Urteil vom 04.04.1974, Rs. 167/73, Slg. 1974, S. 359, Rdn. 35; EuGH, Urteil vom 07.07.1988, Rs. 143/87, Slg. 1988, S. 3877, Rdn. 13; EuGH, Urteil vom 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995, S. I-4921, Rdn. 93.

⁸⁶ EuGH, Urteil vom 28.03.1979, Rs. 175/78, Slg. 1979, S. 1129, Rdn. 11; EuGH, Urteil vom 23.01.1986, Rs. 289/84, Slg. 1986, S. 247 ff.

⁸⁷ Diese wurden sekundärrechtlich durch Verordnung über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (kurz FreizügigkeitsVO) vom 15.10.1968, VO (EWG) Nr. 1612/68 (ABl. L 257 vom 19.10.1968, S. 2) ausdrücklich mit einbezogen.

⁸⁸ EuGH, Urteil vom 29.04.1999, Rs. C-224/97, Slg. 1999, S. I-2517, Rdn. 26.

oder auch Gerichte⁸⁹. Hierbei ist zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich nicht nur staatliche Stellen an die Grundsätze der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und das damit verbundene Diskriminierungsverbot gebunden sind. Vielmehr gilt das Diskriminierungsverbot gemäß Art. 7 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1612/68⁹⁰ z. B. auch für Einzelarbeitsverträge, woraus sich auch eine Geltung der Gebote der Arbeitnehmerfreizügigkeit für Private ergibt⁹¹. Diesem Grundverständnis wurde auch der nationale Gesetzgeber durch Schaffung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes⁹² gerecht, welches sich u.a. in Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG⁹³ auf das allgemeine Diskriminierungsverbot stützt.

bb) Niederlassungsfreiheit

(a) Sachlicher Anwendungsbereich

Die Niederlassungsfreiheit umfasst die Niederlassung einer natürlichen oder juristischen Person in einem anderen Mitgliedstaat zum Zwecke der Aufnahme und Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit⁹⁴.

Die „selbstständige“ Erwerbstätigkeit stellt dabei das Abgrenzungskriterium zur Arbeitnehmerfreizügigkeit dar⁹⁵. Der Begriff ist weit auszulegen, er umfasst sowohl gewerbliche Tätigkeiten in Industrie, Handel und Handwerk⁹⁶ als auch freiberufliche⁹⁷ Tätigkeiten. Für diese Erwerbstätigkeit ist eine Niederlassung im Sinne einer dauerhaften⁹⁸, festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat erforderlich, wobei es sich auch um Zweigniederlassungen handeln kann.

⁸⁹ EuGH, Urteil vom 30.09.2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003, S. I-10239 ff.

⁹⁰ ABl. L 257 vom 19.10.1968, S. 2.

⁹¹ EuGH, Urteil vom 04.04.1974, Rs. 167/73, Slg. 1974, S. 1405, Rdn. 35; EuGH, Urteil vom 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995, S. I-4921, Rdn. 93; EuGH, Urteil vom 06.06.2000, Rs. C-281/98, Slg. 2000, S. I-4139, Rdn. 34.

⁹² BGBl. 2006 I, S. 1897.

⁹³ ABl. L 303 vom 02.12.2000, S. 16.

⁹⁴ Bröhmer in: Calliess/Ruffert, Art. 43, Rdn. 9; Grabenwarter/Griller/Holoubek, S. 174; Wimmer/Müller, S. 119.

⁹⁵ Kreßner, S. 58 – Beim „weisungsgebundenen“ Arbeitnehmer scheidet eine selbstständige Erwerbstätigkeit aus.

⁹⁶ Schnattinger, S. 50.

⁹⁷ EuGH, Urteil vom 12.07.1984, Rs. 107/83, Slg. 1984, S. 2971, Rdn. 17.

⁹⁸ Grabenwarter/Griller/Holoubek, S. 179 – Dies ist das Abgrenzungskriterium zur Dienstleistungsfreiheit (dort ist dauerhaft nicht erforderlich); ebenso Kreßner, S. 58.

Der Schutz der Niederlassungsfreiheit erstreckt sich auf jede Art von Diskriminierung und wird allgemein als Beschränkungsverbot bezüglich jeder offenen oder versteckten Diskriminierung⁹⁹ betrachtet.

Generell ausgenommen von der Niederlassungsfreiheit sind gemäß Art. 51 AEUV (Art. 45 EGV) jedoch Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt in Zusammenhang stehen¹⁰⁰.

(b) Personeller Anwendungsbereich

Personell erfasst die Niederlassungsfreiheit grundsätzlich jeden Unionsbürger und verpflichtet die Mitgliedstaaten.

Art. 49 Abs. 2 i. V. m. Art. 54 AEUV (Art. 43 Abs. 2 i. V. m. Art. 48 EGV) stellt klar, dass auch Gesellschaften, also juristische Personen, die nach dem Recht (eines Mitgliedsstaates) der Europäischen Union gegründet sind, mit geschützt werden. Allerdings gilt dies nur unter Berücksichtigung der Kapitalverkehrsfreiheit, deren Beschränkungen grundsätzlich auf die Niederlassungsfreiheit durchschlagen können¹⁰¹.

cc) Freiheit des Personenverkehrs im Rahmen der Vergabe von Bauleistungen

Im Rahmen der Vergabe von Bauleistungen würde ein die Freiheit des Personenverkehrs beschränkendes Verhalten einerseits vorliegen, wenn sich ein ausländisches Unternehmen im Mitgliedsstaat des Auftraggebers niederlässt und, im Gegensatz zu einheimischen Bewerbern, kein Angebot einreichen darf, weil nur einheimische Bewerber zugelassen sind¹⁰² oder dem Unternehmen vorgeschrieben wird, nur einheimische Arbeitskräfte zu beschäftigen bzw. einzusetzen¹⁰³. Die Freiheit des Personenverkehrs wäre (neben einer gleichzeitigen Verletzung der Dienstleistungsfreiheit) auch verletzt, wenn bei Auftragswerten oberhalb der Schwellenwerte generell auf

⁹⁹ Schnichels, S. 115; von der Groeben/Schwarze, Art. 43, Rdn. 71 f.

¹⁰⁰ Vgl. oben, 1.c)aa).

¹⁰¹ Bröhmer in: Calliess/Ruffert, Art. 43, Rdn. 8.

¹⁰² EuGH, Urteil vom 10.03.1987, Rs. 199/85, Slg. 1987, S. 1039 ff.

¹⁰³ Fichtner, S. 91.

eine öffentliche Ausschreibung verzichtet wird¹⁰⁴ oder eine ausschließliche Vergabe an Unternehmen, die unmittelbar oder mittelbar ganz oder mehrheitlich in staatlichem oder öffentlichem Besitz stehen, erfolgt.¹⁰⁵ Ebenso liegt eine Verletzung vor, wenn die ausgeschriebenen Arbeiten Unternehmen vorbehalten werden sollen, die ihren Sitz in der Region der ausschreibenden Stelle haben¹⁰⁶. Ein Eingriff in die Freiheit des Personenverkehrs kann auch schon darin liegen, wenn Vergabebedingungen vorliegen, die ausländischen Bietern mehr Schwierigkeiten bereiten als inländischen Bietern,¹⁰⁷ beispielsweise wenn ausländische Teilnehmer weitere Sicherheiten (sei es für die Beteiligung am Vergabeverfahren, sei es auch nur für die Vertragserfüllung) nachweisen müssen. Hierzu zählt auch die Forderung nach besonderen Genehmigungen.

Nicht als Verletzung der Freiheit des Personenverkehrs ist aber beispielsweise die in der Bundesrepublik Deutschland vorgesehene Mindestlohnregelung¹⁰⁸ zu sehen¹⁰⁹.

e) **Freiheit des Kapitalverkehrs - Art. 63 AEUV (Art. 56 EGV)**

aa) **Sachlicher Anwendungsbereich**

Weder die Gemeinschaftsverträge noch das sekundäre Gemeinschaftsrecht definieren den Begriff des Kapitalverkehrs¹¹⁰. Auch in der Rechtsprechung wurde bisher keine umfassende Definition aufgestellt. Der Europäische Gerichtshof nimmt einzelfallorientierte¹¹¹ Abgrenzungen gegenüber den anderen Grundfreiheiten vor, um den Begriff des Kapitalverkehrs einzugrenzen¹¹². Nach der Definition der Literatur ist unter Kapitalverkehr in Anlehnung an diese Rechtsprechung eine einseitige Wertübertragung von einem Staat in einen anderen, die regelmäßig zugleich eine Vermögensan-

¹⁰⁴ EuGH, Urteil vom 11.01.2005, Rs. C-26/03, Slg. 2005, S. I-1, Rdn. 51.

¹⁰⁵ Frenz in Willenbruch, EU-Primärrecht, Grundlagen, Rdn. 17.

¹⁰⁶ EuGH, Urteil vom 10.03.1987, Rs. 199/85, Slg. 1987, S. 1039; EuGH, Urteil vom 03.06.1992, C-360/89, Slg. 1992, S. I-3401 ff.

¹⁰⁷ Frenz in Willenbruch, EU-Primärrecht, Grundlagen, Rdn. 19.

¹⁰⁸ Für das Bauhandwerk gilt bspw. seit 01.09.2010 in Sachsen ein Mindestlohn von 9,50 EUR gemäß § 2 TV Mindestlohn vom 23.05.2009, BAnz 2009, Nr. 128, S. 2997. Welcher gemäß § 1 AEntG auch für Arbeitgeber mit Sitz im Ausland (bei Beschäftigung von Arbeitnehmern in der Bundesrepublik Deutschland) gilt.

¹⁰⁹ EuGH, Urteil vom 14.04.2005, Rs. C-341/02, Slg. 2005, S. I-2733 ff.; EuGH, Urteil vom 15.03.2001, Rs. C-165/98, Slg. 2001, S. I-2189, Rdn. 28; EuGH, Urteil vom 03.02.1982, Rs. 62 und 63/81, Slg. 1982, S. 223, Rdn. 14.

¹¹⁰ Bröhmer in: Calliess/Ruffert, Art. 56, Rdn. 8; Honrath, S. 23.

¹¹¹ EuGH, Urteil vom 31.01.1984, Rs. 286/82 und 26/83, Slg. 1984, S. 377, Rdn. 20.

¹¹² Frenz, Rdn. 2736.

lage darstellt¹¹³, zu verstehen. Art. 63 AEUV (Art. 56 EGV) verbietet dabei jede Beschränkung, allerdings wiederum ausschließlich bei grenzüberschreitendem Kapitalverkehr¹¹⁴. Dies bedeutet eine sehr weite Auslegung des Beschränkungsbegriffes; dieser umfasst sowohl alle direkten Eingriffe in Transaktionen als auch indirekte Behinderungen des Kapitalverkehrs¹¹⁵, sowohl zwischen den EG-Mitgliedsstaaten als auch im Verhältnis zu Drittstaaten.

bb) Personeller Anwendungsbereich

Begünstigte der Freiheit des Kapitalverkehrs sind grundsätzlich alle Anleger. Berechtigte sind insoweit auch natürliche und juristische Personen, unabhängig von ihrem Herkunftsland. Art. 63 AEUV (Art. 56 EGV) bestimmt nicht, wer berechtigt ist. Befreit von einer Beschränkung ist daher die Kapitalbewegung selbst, nicht der Kapitale leistende bzw. der Empfänger¹¹⁶.

cc) Freiheit des Kapitalverkehrs im Rahmen der Vergabe von Bauleistungen

Im Rahmen der Vergabe von Bauleistungen kann eine Einschränkung der Freiheit des Kapitalverkehrs dann vorliegen, wenn die Vergabebedingungen vorsehen, dass ausländische Bieter im Falle der Auftragsvergabe Sicherheiten in Form von Bürgschaften leisten müssen, welche von inländischen Kreditinstituten gestellt sind. So wäre eine Vereinbarung der Sicherheitsleistung durch Bürgschaft nach den Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 765 ff.) im Hinblick auf die Freiheit des Kapitalverkehrs als Eingriff anzusehen, weil § 239 BGB nach seinem Wortlaut verlangt, dass der Bürge seinen allgemeinen Gerichtsstand (§§ 12 ff. ZPO) im Inland hat¹¹⁷.

¹¹³ Frenz, Rdn. 2737; Bröhmer in: Callies/Ruffert, Art. 56, Rdn. 8; Honrath, S. 42, 56.

¹¹⁴ Bröhmer, in: Callies/Ruffert, Art. 56, Rdn. 36.

¹¹⁵ Bröhmer, in: Callies/Ruffert, Art. 56, Rdn. 48.

¹¹⁶ Weber, EuZW 1992, 561 (563).

¹¹⁷ Deshalb sieht § 17 Nr. 2 VOB/B ausdrücklich vor, dass es ausreicht, wenn der Kreditversicherer bzw. das Kreditinstitut in der Europäischen Gemeinschaft zugelassen ist.

f) **Allgemeines Diskriminierungsverbot - Art. 18 AEUV (Art. 12 EGV)**

Das allgemeine Diskriminierungsverbot verbietet jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und gilt umfassend, also nicht bezogen auf spezielle wirtschaftliche Vorgänge¹¹⁸.

Auf das allgemeine Diskriminierungsverbot kann sich grundsätzlich jede Person berufen, sofern sie sich in einer gemeinschaftsrechtlich geregelten Situation befindet¹¹⁹. Ein derartiger Fall liegt im Rahmen der Vergabe bereits dann vor, wenn eine nationale Regelung mittelbar auf den Austausch von Waren und Dienstleistungen zwischen Mitgliedsstaaten Einfluss hat¹²⁰.

In der Praxis findet aber das allgemeine Diskriminierungsverbot im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe kaum Anwendung, weil es lediglich als Auffangrecht fungiert und spezielleren Diskriminierungsverboten des Primärrechts gegenüber nachrangig ist¹²¹.

2. **Sekundäres Gemeinschaftsrecht**

a) **Einleitung**

Wegen der sehr knappen Aussagen des Primärrechts für öffentliche Vergaben von Bauleistungen kommt dem sekundären Gemeinschaftsrecht hier zentrale Bedeutung zu¹²².

Unter sekundärem Gemeinschaftsrecht sind die von den Organen der Europäischen Union in Form von Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen erlassenen (verbindlichen) Rechtsakte zu fassen.

Entscheidende Bedeutung im Rahmen der Vergabe von Bauleistungen haben hierbei Richtlinien.¹²³ Während Verordnungen und Beschlüsse gemäß Art. 288 Abs. 2 bzw. 4 AEUV (Art. 249 Abs. 2 bzw. 4 EGV¹²⁴) eine direkte Wirkung in den bzw. gegen-

¹¹⁸ Frenz, Rdn. 2899; Noch, Diss., S. 8.

¹¹⁹ EuGH, Urteil vom 02.02.1989, Rs. 186/87, Slg. 1989, S. 195, Rdn. 10.

¹²⁰ EuGH, Urteil vom 20.03.1997, Rs. C-323/95, Slg. 1997, S. I-1711, Rdn. 13.

¹²¹ Speziellere Diskriminierungsverbote sind beispielsweise die oben dargestellten Grundfreiheiten.

¹²² Sterner, S. 46.

¹²³ Kiser, S. 14.

¹²⁴ Gemäß Art. 249 Abs. 4 EGV handelte es sich bis dahin um Entscheidungen.

über Mitgliedsstaaten entfalten, sind Richtlinien gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV (Art. 249 Abs. 3 EGV) für die jeweiligen Mitgliedsstaaten ausschließlich bezüglich ihrer Regelungsziele verbindlich. Sie bedürfen also einer Umsetzung durch den jeweiligen Mitgliedsstaat (zweistufiges Rechtsetzungsverfahren)¹²⁵. Die Umsetzung ist gemäß Art. 4 Abs. 3 Satz 2 EUV (Art. 10 Abs. 1 Satz 1 EGV) eine Pflicht des Mitgliedsstaates¹²⁶.

Eine Regelung des Vergaberechts durch Richtlinie statt durch Verordnung dürfte der Rücksichtnahme des europäischen Gesetzgebers auf die unterschiedlichen nationalen Rechtssysteme geschuldet sein¹²⁷, weil das Vergaberecht in den Rechtstraditionen der einzelnen Mitgliedsstaaten teils dem Zivilrecht¹²⁸, teils dem öffentlichen Recht¹²⁹ zugeordnet wird.

Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Richtlinien im Bereich des Vergaberechts ist Art. 114 Abs. 1 AEUV (Art. 95 Abs. 1 EGV), welcher „für die Verwirklichung der Ziele des Artikels 26“¹³⁰ die Berechtigung des Rates enthält, Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten, „welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben“, zu treffen.

Die für das öffentliche Auftragswesen erlassenen Rechtsakte lassen sich in Richtlinien des materiellen Vergaberechts¹³¹ sowie prozessuale Fragen behandelnde Rechtsmittelrichtlinien einordnen.

¹²⁵ Grundmann, S. 12.

¹²⁶ Nur in seltenen Ausnahmefällen kann sich eine Direktwirkung ergeben, wobei dies voraussetzt, dass die Richtlinie so exakt formuliert ist, dass hieraus unmittelbare Rechte abgeleitet werden können und dass die Umsetzungsfrist ohne Umsetzung verstrichen ist (vgl. BVerfGE 75, 223); sonst ist zumindest eine richtlinienkonforme Auslegung vorzunehmen (vgl. Frenz, Band 5, Rdn. 1086).

¹²⁷ Noch, S. 36.

¹²⁸ Riese, S. 2; ebenso Rittner, S. 30 (Deutschland); Holoubek/Fuchs/Weinhandl, S. 2 (Österreich); ebenso: Pesendorfer, RPA 2001, 209 (209); König, S. 7.

¹²⁹ Kus, NJW 2000, 544 (545) für Frankreich; ebenso Rittner, S. 30.

¹³⁰ Art. 26 AEUV (Art. 14 EGV) statuiert das Ziel der schrittweisen Verwirklichung des Binnenmarktes.

¹³¹ Diese werden auch Koordinierungs- oder Harmonisierungsrichtlinien genannt.

b) **Richtlinien zum materiellen Vergaberecht**

Durch die im AEUV (EGV) aufgeführten Grundfreiheiten¹³² werden nicht nur Diskriminierungs-, sondern auch Beschränkungsverbote geschaffen, die aber allein noch keinen ungehinderten Zugang natürlicher Personen oder Unternehmen zu dem jeweiligen fremden nationalen Markt gewährleisten können. Dies folgt daraus, dass sie nur negative Einschränkungen durch Verbot verhindern sollen, ohne ein bestimmtes Verhalten positiv zu verlangen¹³³. Die Europäische Kommission musste deshalb sehr zeitig feststellen, dass die Marktfreiheiten für sich genommen nicht ausreichen und sich die Beschaffungsgewohnheiten der einzelnen Mitgliedsstaaten durch ausschließliche Anwendung des Primärrechts nicht grundlegend verändern lassen¹³⁴.

aa) **„Altes“ (bis 31.01.2006 geltendes) Recht**

Zur Harmonisierung und Liberalisierung der Vergabeverfahren der einzelnen Mitgliedsstaaten wurden daher folgende Richtlinien erlassen:

Die **Baukoordinierungsrichtlinie (BKR)**¹³⁵ sollte eine einheitliche Ebene der öffentlichen Ausschreibung auf dem Gebiet der Vergabe von Bauaufträgen schaffen. Sie hat den Anspruch, ein objektiviertes und überprüfbares Ausschreibungs- und Vergabeverfahren für öffentliche Bauaufträge zu normieren. Die ursprüngliche Fassung vom 26.07.1971 (71/305/EWG)¹³⁶ wurde durch die Richtlinie 93/37/EWG¹³⁷ grundlegend neu normiert und war bis 31.01.2006 in der Fassung der Änderung durch Richtlinie 2001/78/EG¹³⁸ vom 13.09.2001 anzuwenden.

Die **Lieferkoordinierungsrichtlinie (LKR)** umfasst die Regelungen zum Abbau nationaler Beschränkungen bei der staatlichen Beschaffung von Waren. Auch deren erste Fassung (77/62/EWG)¹³⁹ wurde mit der Richtlinie 93/36/EWG¹⁴⁰ vom

¹³² Vgl. oben, 1.b)-f).

¹³³ Stolz, S. 81.

¹³⁴ Motzke/Pietzcker/Prieß, Sys, Rdn. 31.

¹³⁵ ABl. 1993, L 199, S. 54.

¹³⁶ ABl. 1971, L 185, S. 5.

¹³⁷ ABl. 1993, L 199, S. 54.

¹³⁸ ABl. 2001, L 285, S. 1.

¹³⁹ ABl. 1977, L 13, S. 1.

¹⁴⁰ ABl. 1993, L 199, S. 1.

14.06.1993 grundlegend geändert und galt bis 31.01.2006 in der Fassung der durch Richtlinie 2001/78/EG¹⁴¹ vom 13.09.2001 eingeführten Änderungen.

Durch die mit **Dienstleistungsrichtlinie (DLKR)** 92/50/EWG¹⁴² vom 18.06.1992 in der Fassung durch Richtlinie 2001/78/EG¹⁴³ vom 13.09.2001 eingeführten Änderungen werden die Regelungen der öffentlichen Auftragsvergabe auf Dienstleistungen erstreckt und vervollständigt. Die Richtlinie ist aber nur subsidiär auf die Bereiche anzuwenden, für welche die BKR oder die LKR nicht einschlägig sind.

Die **Sektorenrichtlinie (SKR)** 90/531/EWG¹⁴⁴ vom 17.09.1990, geändert durch Richtlinie 93/38/EWG¹⁴⁵ vom 14.06.1993, erfasst die traditionell von den Vergaberegeln ausgenommenen Sektoren Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Telekommunikation und vervollständigt die Regelungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge. Die Ursache dieser Sonderbehandlung liegt in der unterschiedlichen Struktur der einzelnen Mitgliedsstaaten, insbesondere in der unterschiedlichen Zuordnung der Sektoren zum öffentlichen bzw. privaten Recht und der deshalb erschwerten Vereinheitlichung¹⁴⁶.

Alle vorgenannten Richtlinien waren in ihrer Geltung beschränkt bis 31.01.2006.

bb) „Neues“ (ab 01.02.2006 geltendes) Recht

Durch die Richtlinie 2004/17/EG¹⁴⁷ vom 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste wurde die bisherige Sektorenrichtlinie (SKR) zum 31.01.2006 aufgehoben und grundlegend neu gestaltet. Zur Vermeidung eines rechtsfreien Raums besteht gemäß Art. 71.1 der Richtlinie für die Mitgliedsstaaten diesbezüglich eine Umsetzungspflicht bis 31.01.2006.

¹⁴¹ ABl. 2001, L 285, S. 1.

¹⁴² ABl. 1992, L 209, S. 1.

¹⁴³ ABl. 2001, L 285, S. 1.

¹⁴⁴ ABl. 1990, L 297, S. 1.

¹⁴⁵ ABl. 1993, L 199, S. 84.

¹⁴⁶ Motzke/Pietzcker/Prieß, Sys I, Rdn. 47.

¹⁴⁷ ABl. 2004, L 134, S. 1.

Auch die bisherigen BKR, LKR und DLKR sind zum 31.01.2006 aufgehoben. Durch Richtlinie 2004/18/EG¹⁴⁸ vom 31.03.2004 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge sind diese Vergaberegeln zusammengefasst. Die Mitgliedstaaten sind gemäß Art. 80 der neuen Richtlinie verpflichtet, diese bis 31.01.2006 umzusetzen.

cc) Zielsetzung und Inhalt der aktuellen Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG im Überblick

Grundsätzliches Ziel der beiden Koordinierungsrichtlinien war es, vertragliche Vorgaben für die Auftragsvergabe zu konkretisieren und nationale Vorschriften und Verwaltungspraktiken insoweit einzuschränken, dass eine ungehinderte Teilnahme am Vergabeverfahren gewährleistet ist. Hierzu sollten die einzelnen innerstaatlichen Verfahren auf eine gemeinsame Grundlage gestellt werden, um so gleiche Voraussetzungen für die Teilnahme an öffentlichen Bau- und Lieferaufträgen in allen Mitgliedstaaten zu schaffen.

Zu diesem Zweck sahen die bisherigen Vergaberichtlinien drei Vergabeverfahren vor, die durch die Auftraggeber zwingend anzuwenden waren:

Beim "**offenen Verfahren**" kann jeder an der ausgeschriebenen (Bau-)Leistung interessierte Wirtschaftsteilnehmer ein Angebot abgeben. Es handelt sich um ein stark formalisiertes Verfahren¹⁴⁹, bei welchem durch Vergabebekanntmachung eine unbeschränkte (offene) Anzahl von Bietern aufgefordert wird, ein Angebot innerhalb einer Frist abzugeben. Die Formstrenge hat zur Folge, dass nach der Angebotsfrist die Angebote nicht mehr verändert werden dürfen. Außerdem darf ein Angebot nicht nachverhandelt werden.

Das nachrangige¹⁵⁰ "**nicht-offene Verfahren**" unterscheidet sich hiervon dahingehend, dass nur ausgewählte, vom öffentlichen Auftraggeber aufgeforderte Wirtschaftsteilnehmer ein konkretes Angebot abgeben dürfen. Die Auswahl der Wirtschaftsteilnehmer erfolgt auf der Grundlage eines Wettbewerbs, bei dem sich alle an

¹⁴⁸ ABl. 2004, L 134, S. 114.

¹⁴⁹ Buscher/Theurer/Meyer, S. 31.

¹⁵⁰ Buscher/Theurer/Meyer, S. 33; Schonebeck/Schwenker, Rdn. 189.

der ausgeschriebenen (Bau-)Leistung interessierten Wirtschaftsteilnehmer um die Teilnahme bewerben können.

Wählt der öffentliche Auftraggeber das "**Verhandlungsverfahren**", kann er sich an Wirtschaftsteilnehmer seiner Wahl wenden und mit einem oder mehreren von ihnen über die Auftragsbedingungen verhandeln. Beim Verhandlungsverfahren kann der öffentliche Auftraggeber außerdem noch wählen, ob eine Vergabebekanntmachung, d. h. ein Teilnahmewettbewerb, dem Verhandlungsverfahren vorangeht oder das Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Vergabebekanntmachung durchgeführt wird. Der öffentliche Auftraggeber kann dabei grundsätzlich frei wählen zwischen dem offenen und nicht-offenen Verfahren. Ein Verhandlungsverfahren kann nur in Ausnahmefällen zur Anwendung gelangen, wobei in diesen Fällen das Verhandlungsverfahren mit öffentlicher Vergabebekanntmachung vorrangig war.

Die Vergaberichtlinien regeln dabei detailliert sowohl die Verfahren zur Einleitung einer öffentlichen Vergabe als auch die Behandlung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung.

Die neuen Richtlinien von 2004 dienen vorrangig einer Zusammenführung der unterschiedlichen Richtlinien und auch einer Modernisierung des Vergaberechts.

So wurden die neuen technischen Möglichkeiten in das Vergaberecht eingebunden und die Möglichkeit elektronischer Vergabeverfahren eröffnet:

Das "**dynamische Beschaffungssystem**" ist ein vollelektronisches Verfahren, nach welchem standardisierte marktübliche Leistungen¹⁵¹ zeitlich befristet während der gesamten Verfahrensdauer jedem Wirtschaftsteilnehmer offenstehen, sofern er die Eignungskriterien erfüllt und ein erstes unverbindliches Angebot abgegeben hat. Umgangssprachlich handelt es sich um einen elektronischen Katalogeinkauf, bei dem es mehrere konkurrierende Bieter gibt.

Als weiteres mögliches Vergabeverfahren steht die „**elektronische Auktion**“ zur Verfügung, bei der, nach einer vollständigen Prüfung der eingegangenen Angebote, die geeigneten Bieter mit einem ordnungsgemäßen Angebot zur Auktion zugelassen werden und dort durch Abgebote, also nach unten korrigierte Preise, der günstigste Bieter ermittelt wird¹⁵².

¹⁵¹ Wimmer/Müller, S. 290 – bspw. Büromaterial, Computer.

¹⁵² Deshalb spricht man üblicherweise auch von einer umgekehrten Auktion („reverse auction“).

Durch die Richtlinien werden darüber hinaus als weitere Vergabeverfahren der "**wettbewerbliche Dialog**" und die "**Rahmenvereinbarung**" zur Verfügung gestellt. Der wettbewerbliche Dialog ist für die Vergabe komplexer Leistungen vorgesehen, bei denen die konkrete Leistung noch nicht abschließend exakt definiert werden kann. Die Bieter beteiligen sich in einer ersten Stufe an der Erarbeitung der dem ausgeschriebenen Ziel entsprechenden Lösung und geben dann in einer zweiten Stufe Angebote entsprechend der erarbeiteten Lösung ab¹⁵³. Die Rahmenvereinbarung hat nicht das Ziel, einen sofortigen Auftrag auszulösen. Vielmehr sollen durch die Rahmenvereinbarung die Bedingungen für Aufträge, die in einem bestimmten Zeitrahmen vergeben werden sollen, vor allem im Hinblick auf den Preis und die in Aussicht gestellte Menge vereinbart werden. Für die vorgenannten neuen Vergabeverfahren besteht allerdings keine Umsetzungsverpflichtung, die Mitgliedsstaaten können im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie frei wählen, ob sie diese im Einzelnen regeln wollen.

Ebenfalls mit den Richtlinien wurden Möglichkeiten der elektronischen Kommunikation eröffnet und gleichwertig neben die traditionellen Kommunikationsformen gestellt. Außerdem wurde den Mitgliedsstaaten nach Art. 52 der Richtlinien die Möglichkeit zur Einführung amtlicher Verzeichnisse zugelassener Bieter bzw. einer Zertifizierung der Bieter durch öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Stellen eingeräumt¹⁵⁴.

c) Richtlinien im Bereich des Rechtsschutzes

aa) „Altes“ (bis 09.01.2008 geltendes) Recht

Zur wirksameren Durchsetzung der Harmonisierungsrichtlinien wurden die Überwachungsrichtlinie 89/665/EWG¹⁵⁵ vom 21.12.1989 sowie die Sektorenüberwachungsrichtlinie 92/13/EWG¹⁵⁶ vom 25.02.1992 geschaffen. Beide sollten ein rechtzeitiges

¹⁵³ Ein Beispiel wären hier vor allem ÖPP-Projekte, wie zum Beispiel die Errichtung des Justizzentrums der Stadt Chemnitz. Das Ziel des Bauvorhabens steht fest, die konkrete Ausführung wird im Dialog ermittelt (vgl. EU-Vergabebekanntmachung, Sächsisches Ausschreibungsblatt Nr. 34 vom 26.08.2005, 43).

¹⁵⁴ Sogenannte Präqualifikation.

¹⁵⁵ ABl. 1989, L 395, S. 33.

¹⁵⁶ ABl. 1992, L 76, S. 14.

Einschreiten durch nationale Vergabestellen in Fällen drohender Rechtsverletzung gewährleisten¹⁵⁷. Dies war vor allem deshalb nötig, weil verschiedene Mitgliedsstaaten keine Nachprüfungsmöglichkeit einräumten¹⁵⁸.

Die Kernforderung der Richtlinie war dabei die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten zur Bereitstellung eines Nachprüfungsverfahrens für Vergaben, die von den Koordinierungsrichtlinien erfasst werden¹⁵⁹. Dazu musste gewährleistet sein, dass das Nachprüfungsverfahren jedem potenziellen Bieter zur Verfügung stand. Außerdem war die Nachprüfungsbehörde mit weitreichenden Befugnissen auszustatten. So musste einerseits aufgrund der Schnelligkeit der öffentlichen Vergaben die Möglichkeit vorläufiger Maßnahmen bestehen. Andererseits sollte die Nachprüfungsbehörde zur Aufhebung oder Korrektur rechtswidriger Entscheidungen sowie auch zur Zuerkennung von Schadensersatz befugt sein. Allerdings waren die Rechtsmittelrichtlinien nur eine Darstellung im Sinne der Definierung eines Mindeststandards. Eine exakte Ausgestaltung des Nachprüfungsverfahrens konnte den Richtlinien nicht entnommen werden¹⁶⁰.

bb) „Neues“ (ab 10.01.2008 geltendes) Recht

Auf Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaft vom 04.05.2006¹⁶¹ ist am 11.12.2007 die Richtlinie 2007/66/EG¹⁶² zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG ergangen.

Die Richtlinie beinhaltet ausschließlich Änderungen mit dem Ziel, die Bestimmungen über das Nachprüfungsverfahren vor Vertragsschluss klarer und wirksamer zu gestalten. Dabei geht es im Wesentlichen um die Beseitigung von erkannten Schwachstellen¹⁶³.

Die Hauptmaßnahme sieht einerseits die Einführung einer einheitlichen Stillhaltefrist zwischen Information über die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung und Vertrags-

¹⁵⁷ Motzke/Pietzcker/Prieß, Syst I, Rdn. 49.

¹⁵⁸ Hierzu zählte auch Deutschland.

¹⁵⁹ Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 89/665/EWG.

¹⁶⁰ Schumacher, S. 44.

¹⁶¹ ABl. 2006, C 303, S. 92.

¹⁶² ABl. 2007, L 335, S. 31.

¹⁶³ Vgl. Begründungserwägungen zur Richtlinie 2007/66/EG, ABl. 2007, L 335, S. 31.

schluss vor. Andererseits soll eine wirksame Bekämpfung rechtswidriger freihändiger Vergaben, d. h. die rechtswidrige Vergabe von Aufträgen ohne Durchführung des erforderlichen Vergabeverfahrens¹⁶⁴, durch Bekanntmachungspflichten und Stillhaltefristen gewährleistet werden. Hintergrund der Überlegung dürfte sein, dass durch den EuGH bereits mehrfach klargelegt wurde, das Ziel der Rechtsmittelrichtlinie sei es, vorrangig einen Rechtsschutz zu gewährleisten, wenn Vergabeverstöße noch beseitigungsfähig sind¹⁶⁵. Nachdem aber mit Zuschlag ein Vertrag geschlossen wird, andererseits aber bei de-facto-Vergaben regelmäßig beim Rechtsschutz mangels Kenntnis bisher wohl eher nach dem Prinzip „Wo kein Kläger, da kein Richter“ verfahren werden konnte, soll durch die Informations- und Stillhaltefrist dem potenziellen Bieter die Möglichkeit zum Eingreifen eingeräumt werden¹⁶⁶.

Es handelt sich insoweit nicht um grundlegende Veränderungen, sondern um Regelungen zur Klarstellung und Korrektur.

Die Richtlinie ist am 10.01.2008 in Kraft getreten. Die Umsetzung hatte durch die Mitgliedsstaaten spätestens bis 20.12.2009¹⁶⁷ zu erfolgen.

3. Schwellenwerte

Die Richtlinien des materiellen Vergaberechts und auch des Rechtsschutzes gelten allerdings nicht uneingeschränkt. Der Anwendungsbereich der Richtlinien eröffnet sich erst, wenn das Auftragsvolumen einen bestimmten Schwellenwert erreicht oder überschreitet. Der Schwellenwert ist dabei abhängig von der Art der zu vergebenden Leistung.

Die Vorgabe von Schwellenwerten begründet sich vor allem darin, dass bis zu einem gewissen Auftragswert eine Beteiligung ausländischer Bieter unwahrscheinlich ist¹⁶⁸

¹⁶⁴ Auch de-facto-Vergabe genannt.

¹⁶⁵ EuGH, Urteil vom 11.01.2005, Rs. C-26/03, Slg. 2005, S. I-1, Rdn. 39; EuGH, Urteil vom 28.10.1999, Rs. C-81/98, Slg. 1999, S. I-7671, Rdn. 43.

¹⁶⁶ Prieß/Niestedt, S. 26 f.

¹⁶⁷ Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2007/66/EG.

¹⁶⁸ Mitteilung der Kommission – Vademecum über öffentliches Auftragswesen in der Gemeinschaft, ABl. 1987, C 358, S. 1.

und damit auch kein grenzüberschreitender Bezug besteht. Deshalb wäre bis zu diesem Wert der Aufwand für eine gemeinschaftsweite Ausschreibung zu hoch¹⁶⁹.

a) Schwellenwert bei der Vergabe von Bauleistungen

Für die Vergabe von Bauleistungen wurde der Schwellenwert in der Baukoordinierungsrichtlinie ursprünglich auf 5 Mio. ECU¹⁷⁰ festgesetzt, wobei dieser Wert gemäß Art. 2 Abs. 1 S. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1103/97¹⁷¹ des Rates vom 17.06.1997 wertmäßig identisch in Euro umgewandelt wurde.

Die Vergaberichtlinien setzten mit Festsetzung dieser Schwellenwerte das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA¹⁷²)¹⁷³ um, dem die Europäische Gemeinschaft per 01.01.1996 beigetreten war¹⁷⁴.

Im nationalen Recht erfolgte ursprünglich die Umsetzung dieser Schwellenwerte durch § 2 VgV 2003¹⁷⁵ mit identischen Werten. So wurde für Bauleistungen der Schwellenwert gemäß § 2 Nr. 4 VgV 2003 auf 5 Mio. EUR festgesetzt. Eine Sonderstellung nimmt hier § 2 Nr. 7 VgV ein, welcher den Schwellenwert bei einer losweisen Vergabe auf 1 Mio. EUR pro Los herabsetzt, wobei der Gesamtauftragswert 5 Mio. EUR betragen muss. Daneben wurde das sogenannte „20%-Kontingent“ geschaffen. Dabei ist der Auftraggeber berechtigt, Lose, die im Wert zusammengerechnet weniger als 20 % der Gesamtauftragssumme betragen, ohne Beachtung der Vergaberegeln zu vergeben. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass ein Auftraggeber mindestens 80 % aller Lose eines Auftrages (bei Erreichen des Schwellenwertes durch den Gesamtauftragswert) öffentlich ausschreiben muss, selbst wenn die Lose den Wert von 1 Mio. EUR nicht erreichen¹⁷⁶.

¹⁶⁹ Bechthold, GWB, § 100 Rdn. 1.

¹⁷⁰ „European Currency Unit“.

¹⁷¹ ABl. 1997, L 162, S. 1.

¹⁷² Agreement on Government Procurement.

¹⁷³ BGBl. 1994 II, S. 1625.

¹⁷⁴ Reidt/Stickler/Glahs, VgV § 2, Rdn. 1.

¹⁷⁵ BGBl. 2003 I, S. 168.

¹⁷⁶ Reidt/Stickler/Glahs, VgV § 2, Rdn. 5.

Bei der erforderlichen Umsetzung der Richtlinie 2004/18/EG wurde der Schwellenwert auf 5,278 Mio. EUR¹⁷⁷ angehoben. Durch die am 01.08.2008 in Kraft tretende Verordnung Nr. 1422/2007 vom 04.12.2007¹⁷⁸ zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG wurden die Schwellenwerte mit sofortiger und unmittelbarer Geltung für die Mitgliedsstaaten vorerst auf 5,15 Mio. EUR gesenkt, wobei hier eine Änderung der VgV nicht erfolgte. Eine weitere Anpassung auf 4,845 Mio. EUR trat per 01.01.2010 durch Verordnung 1177/2009¹⁷⁹ in Kraft und wurde mit VgV 2010¹⁸⁰ formell umgesetzt.

Entscheidenden Einfluss auf die Brisanz der Problematik zur Zweiteilung des Rechtsschutzes dürfte die Senkung um 0,155 Mio. EUR aber eher nicht haben, weil die Schwellenwertgrenze immer noch erheblich ist und die Anzahl der Verfahren, welche die Schwellenwerte überschreiten werden, nur unerheblich steigen dürften.

b) Bestimmung der Auftragswerte

Die für die Anwendbarkeit der Schwellenwerte maßgeblichen Werte richten sich nach dem Nettoauftragswert.

§ 3 Abs. 1 VgV bestimmt hierzu, dass sich die Auftragswerte nach der geschätzten Gesamtvergütung ohne Mehrwertsteuer ermitteln. Gleichzeitig statuiert § 3 Abs. 2 VgV ein Umgehungsverbot, d. h., der Wert darf nicht in der Absicht geschätzt werden, ihn der Anwendung des Vergaberechts zu entziehen. Selbst bei einer geplanten Auftragsvergabe in einzelnen Teillosten soll die Schätzung des Auftragswertes anhand aller Lose erfolgen, § 3 Abs. 5 VgV.

Im Ergebnis ist der Auftraggeber gehalten, eine realistische, seriöse und nachvollziehbare Prognose¹⁸¹, welche ausschließlich an objektiven Kriterien¹⁸² zu messen ist, durchzuführen.

¹⁷⁷ Ursprünglich war eine Anhebung auf 6,242 Mio. EUR vorgesehen. Zur Schaffung einheitlicher Schwellenwerte auch mit dem GPA wurde der Schwellenwert mit Verordnung (EG) Nr. 2083/2005 vom 19.12.2005 (ABl. L 333, S. 28) auf 5,278 Mio. EUR angeglichen.

¹⁷⁸ ABl. L 317, S. 34.

¹⁷⁹ ABl. L 314, S. 64.

¹⁸⁰ BGBl. 2010 I, S. 724.

¹⁸¹ Buscher/Theurer/Meyer, S. 28.

4. Öffentliche Auftraggeber

a) Einleitung

Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers im Sinne des Vergaberechts ist personell an diejenigen Personen gebunden, die beim Einkauf der Leistungen die vergaberechtlichen Vorschriften zu beachten haben.

Dabei kommen drei Gruppen als öffentliche Auftraggeber in Frage:

Die erste Gruppe bildet die **öffentliche Hand im engeren Sinne**, d. h. die sogenannten „**klassischen öffentlichen Auftraggeber**“¹⁸³ Bund, Länder und Kommunen sowie Sondervermögen des Bundes oder der Länder. Hinzu kommen noch die bundes- und landesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die zweite Gruppe besteht aus der **öffentlichen Hand im weiteren Sinn**, d. h. zusätzlich zur ersten Gruppe die von der öffentlichen Hand im engeren Sinn beherrschten oder finanzierten privaten Gesellschaften.

Die dritte Gruppe sind die **privaten Unternehmen**, welche eigentlich nach den Grundsätzen der Marktwirtschaft nicht dem Vergaberecht unterliegen, aber aufgrund ihrer monopolistischen Stellung weitgehend nicht am Wettbewerb beteiligt sind oder ihre Tätigkeiten mit öffentlichen Geldern bzw. staatlichen Subventionen ausführen.

b) Klassische öffentliche Auftraggeber

Unproblematisch sind die „klassischen öffentlichen Auftraggeber“¹⁸⁴ an die Vergabegrundsätze gebunden. Auf Kommunalebene gehören bspw. auch Kommunalverbände und kommunale Stiftungen zu den öffentlichen Auftraggebern.¹⁸⁵ Diese sind gemäß § 30 HGrG sowie § 55 BHO zur öffentlichen Ausschreibung verpflichtet.¹⁸⁶

¹⁸² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.05.2002, Verg 5/02.

¹⁸³ Jacob/Ring/Wolf, § 4, Rdn. 13; Reidt/Stickler/Glahs, § 98, Rdn. 7; Motzke/Pietzcker/Prieß, § 98 GWB, Rdn. 1.

¹⁸⁴ Vgl. oben, a).

¹⁸⁵ Brombosch, S. 38; Motzke/Pietzcker/Prieß, § 98, Rdn. 2.

¹⁸⁶ Auf Landesebene gilt in Sachsen § 55 SÄHO.

Das Abgrenzungskriterium für die Bindung an das öffentliche Vergaberecht ist hier grundsätzlich die öffentlich-rechtliche Organisationsform der einkaufenden („auftraggebenden“) Stelle.

c) Öffentliche Hand im weiteren Sinn/ private Unternehmen

aa) Einleitung

Die neben den klassischen öffentlichen Auftraggebern ebenfalls als öffentliche Auftraggeber in Frage kommenden natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts zählen allein durch die Organisationsform, unabhängig von ihrer Beherrschung oder Finanzierung durch die öffentliche Hand, nicht als „Staat“ und sind auch nicht ohne Weiteres zur Einhaltung des öffentlichen Haushaltsrechts verpflichtet¹⁸⁷.

Für diese stellt sich insoweit die Frage, ob sie, bspw. gerade aus Gründen der überwiegenden Beherrschung oder Finanzierung, dennoch dem öffentlichen Vergaberecht unterfallen. Grundsätzlich ist hier zwischen Vergaben ober- und unterhalb der Schwellenwerte zu unterscheiden.

bb) Öffentlicher Auftraggeber oberhalb der Schwellenwerte

Durch die EU-rechtlichen Vorgaben der Vergaberichtlinien ist dieser persönliche Anwendungsbereich erweitert worden¹⁸⁸.

Der Europäische Gerichtshof hat bereits frühzeitig im Geltungsbereich der EG-Vergaberichtlinien eine „funktionelle“ Auslegung des Auftraggeberbegriffes¹⁸⁹ gefordert und darauf hingewiesen, dass der Anwendungsbereich der EG-Vergaberichtlinien weit, die Ausnahmen hiervon eng auszulegen sind¹⁹⁰. Ein öffentlicher Auftraggeber ist hiernach einheitlich in allen Mitgliedsstaaten ausschließlich anhand von drei Tatbestandsmerkmalen, nämlich Allgemeininteresse bzw. besondere Staatsgebundenheit, Nichtgewerblichkeit und eigene Rechtspersönlichkeit zu be-

¹⁸⁷ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 98, Rdn. 1.

¹⁸⁸ Pietzcker, ZVgR 1999, 24.

¹⁸⁹ Deshalb wird heute oberhalb der Schwellenwerte von einem funktionellen Auftraggeberbegriff gesprochen.

¹⁹⁰ EuGH, Urteil vom 16.10.2003, C-283/00, Slg. 2003, S. I-11697, Rdn. 73; EuGH, Urteil vom 15.05.2003, Rs. C-214/00, Slg. 2003, S. I-4667, Rdn. 52; EuGH, Urteil vom 20.09.1988, Rs. 31/87, Slg. 1988, S. 4635, Rdn. 11.

stimmen¹⁹¹. Damit sollte vermieden werden, dass durch die Wahl einer privatrechtlichen Rechtsform eine „Flucht aus dem Vergaberecht“ erreicht wird¹⁹².

Die heute geltende Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG definiert deshalb den Begriff des öffentlichen Auftraggebers auch dahingehend, dass unter öffentlichem Auftraggeber „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ zu verstehen sind, diese Einrichtungen aber bereits dann vorliegen, wenn sie Rechtspersönlichkeit besitzen, zum Zwecke der nichtgewerblichen Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben gegründet wurden und überwiegend von der öffentlichen Hand finanziert werden¹⁹³.

Diesen Auftraggeberbegriff beinhaltet in der Bundesrepublik Deutschland bereits im Rahmen der ursprünglichen reinen haushaltsrechtlichen Lösung § 57 a Abs. 1 HGrG, welcher den klassischen Auftraggeberbegriff richtlinienkonform erweiterte (auch wenn im Übrigen die haushaltsrechtliche Lösung nicht den europäischen Vorgaben entsprach)¹⁹⁴ und u. a. auch die privat organisierten, aber staatlich beherrschten Unternehmen der öffentlichen Daseinsvorsorge sowie die in den Sektorenbereichen tätigen privaten Unternehmen in den personellen Anwendungsbereich mit einbezog. Diese Regelung wurde dann durch den seit 1998 geltenden § 98 GWB inhaltlich weitgehend übernommen, wobei die Formulierung von § 98 GWB bisher unverändert blieb.

Ausgehend vom funktionalen Auftraggeberbegriff sind oberhalb der Schwellenwerte daher alle drei Gruppen der möglichen öffentlichen Auftraggeber erfasst.

cc) Öffentlicher Auftraggeber unterhalb der Schwellenwerte

Es stellt sich allerdings die Frage, ob unterhalb der Schwellenwerte der gleiche Auftraggeberbegriff gilt.

¹⁹¹ EuGH, Urteil vom 16.10.2003, C-283/00, Slg. 2003, I-11697, Rdn. 69.

¹⁹² Heiermann/Zeiss/Kullack/Blaufuß, § 98, Rdn. 7.

¹⁹³ Zusätzlich muss die Einrichtung der Aufsicht einer öffentlichen Körperschaft unterliegen oder alternativ das Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern bestehen, welche von der öffentlichen Körperschaft benannt sind.

¹⁹⁴ EuGH, Urteil vom 11.08.1995, Rs. C-433/93, Slg. 1995, I-2303.

(a) Einleitung

Der richtlinienkonforme „funktionelle Auftraggeberbegriff“ des EuGH¹⁹⁵ ist unterhalb der Schwellenwerte nicht anzuwenden. Dies verbietet die ausdrückliche Schwellenwertregelung der Richtlinien.

Eine Anwendung des Auftraggeberbegriffes aus dem GWB bzw. den EG-Vergaberichtlinien scheitert ebenfalls an der Schwellenwertregelung. Die Anwendungsbereiche beider Vorschriften sind auf Vergaben oberhalb der Schwellenwerte beschränkt, weshalb eine direkte Anwendung nicht in Frage kommt.

Auch eine analoge Anwendung der Regelungen des GWB kommt nicht in Frage. Voraussetzung für eine analoge Anwendung von Rechtsvorschriften wäre eine planwidrige Regelungslücke¹⁹⁶. Dies würde bedeuten, dass der Gesetzgeber bei Erkennen der Regelungslücke die gesetzlichen Regelungen angepasst hätte. Hiervon kann nicht ausgegangen werden. Der Gesetzgeber hat sich ausdrücklich darauf beschränkt, für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte besondere gesetzliche Regelungen, nämlich das GWB, zu schaffen. Dies zeigen auch die Zielsetzungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWi)¹⁹⁷, welches u. a. ausführt: „Unterhalb der Schwellenwerte gilt Haushaltsrecht. Das soll auch in Zukunft so bleiben.“ Für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte ging und geht der Gesetzgeber damit bewusst davon aus, dass es keinen primären Rechtsschutz gibt und der Bieter auf sekundären Rechtsschutz verwiesen bleiben soll¹⁹⁸. Dies ist der Zuordnung der Vergabeverfahren zum Haushaltsrecht geschuldet.

Eine Auftraggeberdefinition ist auch in den Verdingungsordnungen nicht zu finden.

(b) Institutioneller Auftraggeberbegriff

Unterhalb der Schwellenwerte richtet sich die öffentliche Auftraggebereigenschaft, sofern im Einzelfall keine weitergehenden landesrechtlichen Vorschriften existieren,

¹⁹⁵ Vgl. oben, I.4.

¹⁹⁶ Wolff/Bachof/Stober, § 28, Rdn. 66.

¹⁹⁷ Eckpunkte der Bundesregierung für eine Verschlinkung des Vergaberechts (Quelle: http://www.dstgb.de/vis/home/aktuelles_news/aktuell/eckpunkte_fuer_eine_vergaberechtsreform/eckpunkte.pdf).

¹⁹⁸ Schmalz, Rdn. 23.

damit allein nach der Tatsache, ob der Auftraggeber zur Anwendung des deutschen Haushaltsrechts verpflichtet ist.

Hier wird daher allgemein von einem institutionellen (formellen) Auftraggeberbegriff ausgegangen¹⁹⁹.

Auftraggeber in diesem Sinne sind daher in erster Linie ausschließlich die klassischen öffentlichen Auftraggeber der ersten Gruppe.

Private, d. h. natürliche oder juristische Personen des Privatrechts (unabhängig von der Beherrschung), sind generell nicht dem Vergaberecht unterworfen²⁰⁰. Allerdings kann ein Hoheitsträger auch eine natürliche bzw. juristische Person des Privatrechts ausdrücklich zur Anwendung der Vergaberegeln verpflichtet. Bei der öffentlichen Hand im weiteren Sinne (zweite Gruppe der öffentlichen Auftraggeber) erfolgt dies regelmäßig durch das dortige Beherrschungsverhältnis. Bei den sonstigen privaten Unternehmen (dritte Gruppe der öffentlichen Auftraggeber) wird die Anwendung der Vergaberegeln im Einzelfall durch besondere Weisung, beispielsweise durch Zuwendungsvertrag oder Zuwendungsbescheid, auferlegt²⁰¹.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass unterhalb der Schwellenwerte grundsätzlich nur der „klassische öffentliche Auftraggeber“ (Gruppe 1) direkt zur Anwendung des öffentlichen Vergaberechts verpflichtet ist. Eine Erweiterung der Verpflichtung zur Anwendung des öffentlichen Vergaberechts auf die weiteren Gruppen der möglichen öffentlichen Auftraggeber kann nur durch Einflussnahmen von Einrichtungen der Gruppe 1 erfolgen.

(c) Öffentlicher Auftraggeber im Freistaat Sachsen

Der unterhalb der Schwellenwerte geltende institutionelle Auftraggeberbegriff wird im Freistaat Sachsen durch das Sächsische Vergabegesetz²⁰² dahingehend erweitert, dass die staatlichen und kommunalen Auftraggeber bei der Ausübung ihrer Gesell-

¹⁹⁹ Schonebeck/Schwenker, Rdn. 104.

²⁰⁰ § 48 Abs. 3 HGrG schreibt lediglich vor, dass mehrheitlich von der öffentlichen Hand beherrschte Unternehmen im Rahmen ihrer Jahresabschlüsse einer erhöhten Aufklärungspflicht und Rechnungs-führung unterliegen (§ 53 HGrG).

²⁰¹ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 98, Rdn. 1.

²⁰² Sächs. GVBl. 2002, S. 218.

schafterrechte auf die Einhaltung der Bestimmungen des Vergabegesetzes zu achten haben. Der Landesgesetzgeber hat insoweit die als Einzelfall mögliche Weisung zur Anwendung des Vergaberechts zur Regel gemacht. Dabei stellt § 1 Abs. 2 SächsVergabeG die Legaldefinition eines „Kommunalen Auftraggebers“ auf, den das GWB vom Begriff her nicht kennt; allerdings sind kommunale Auftraggeber im Sinne des § 1 Abs. 2 SächsVergabeG regelmäßig auch öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB.²⁰³

Gemäß § 5 Abs. 1 a SächsVergabeG haben die juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Rahmen ihrer rechtlichen Möglichkeiten vor allem die Beachtung der Verdingungsordnungen auch denjenigen juristischen Personen des Privatrechts aufzuerlegen, auf die sie direkt oder indirekt bestimmenden Einfluss nehmen können (Gruppe 2).

Gleichzeitig wird gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 SächsVergabeG für Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 4 und 5 GWB auf die „besonderen Vergabebestimmungen“ verwiesen und insoweit die Anwendung des Abschnitts a der VOB/A vorgeschrieben, wodurch auch die privaten Unternehmen mit monopolistischer Stellung oder staatlicher Finanzierung bzw. Subventionierung (Gruppe 3) den Regelungen des Vergaberechts unterworfen werden.

Allerdings erfährt dieser Auftraggeberbegriff durch § 5 Abs. 2 SächsVergabeG eine Einschränkung dahingehend, dass die Regelungen nicht für juristische Personen des Privatrechts gelten, welche mit Gewinnerzielungsabsicht am Markt tätig sind, im Wettbewerb mit anderen Unternehmen stehen und auch ihre Aufwendungen ohne Zuwendungen der öffentlichen Hand decken. Die Geltung des § 5 Abs. 1 SächsVergabeG soll außerdem aufgehoben sein, wenn die Auftragswerte bei Bauleistungen 50.000 EUR²⁰⁴ nicht überschreiten. Ebenfalls hiervon ausgenommen sind Vergaben im Sinne des § 100 Abs. 2 GWB, also bei Vergabe bspw. in Zusammenhang mit Verteidigungsausgaben oder aufgrund internationaler Abkommen. Lediglich wenn Unternehmen Zuwendungen der öffentlichen Hand in Höhe von mindestens 50.000

²⁰³ Dammert/Köhler, SächsVBl. 2002, 257 (258).

²⁰⁴ Sog. Bagatellgrenze.

EUR erhalten, soll vorbehaltlich speziellerer Subventionsregelungen § 5 Abs. 2 SächsVergabeG nicht gelten.

(d) Zwischenergebnis

Im Ergebnis gilt unterhalb der Schwellenwerte, abgesehen von einzelfallorientierten Weisungen, grundsätzlich der institutionelle Auftraggeberbegriff (Gruppe 1).

Im Freistaat Sachsen ist der Auftraggeberbegriff bis zu Auftragswerten von 50.000 EUR identisch. Bei Aufträgen oberhalb der Bagatellgrenze von 50.000 EUR ist im Freistaat Sachsen auch unterhalb der Schwellenwerte nicht nur der institutionelle Auftraggeberbegriff, sondern der funktionelle Auftraggeberbegriff gültig. Es werden insoweit Auftraggeber aller drei Gruppen erfasst.

II. Deutsches Vergaberecht - Richtlinienumsetzung

1. Traditionelles deutsches Vergaberecht

Traditionell war das Vergaberecht in Deutschland dem öffentlichen Haushaltsrecht zugeordnet²⁰⁵ und in §§ 57 a – c HGrG²⁰⁶ geregelt. Damit handelte es sich um rein objektives Recht, dessen primäres Ziel die Umsetzung des Gebotes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit in der Haushaltsführung²⁰⁷ des Staates war. Diese sogenannte „haushaltsrechtliche Lösung“ hatte das Ziel, im Interesse einer effektiven Durchführung der Vergabeverfahren keine subjektive (und einklagbare) Rechtsposition der Bieter entstehen zu lassen.²⁰⁸ Das Vergaberecht war also als reines Innenrecht ausgestaltet²⁰⁹, insbesondere auch ohne die Möglichkeit für einen Bieter, gerichtlichen Rechtsschutz gegen rechtswidrige Entscheidungen in Anspruch nehmen zu können²¹⁰.

Erst mit Einführung des Vergaberechtsänderungsgesetzes²¹¹ wurde das Vergaberecht in das Wettbewerbsrecht eingegliedert²¹² und ist seitdem von den Prinzipien eines größtmöglichen Wettbewerbs und eines transparenten, diskriminierungsfreien

²⁰⁵ Voppel/Osenbrück/Bubert, Einl., Rdn. 5; Koenig/Haratsch, NJW 2003, 2637 (2637).

²⁰⁶ BGBl. 1993 I, 1928.

²⁰⁷ § 55 BHO, § 55 LHO, § 31 GemHVO.

²⁰⁸ Ruthig, DÖV 1997, 539 (540).

²⁰⁹ Voppel/Osenbrück/Bubert, Einl., Rdn. 6.

²¹⁰ BT-Drucks. 12/4636, S. 12.

²¹¹ In Kraft seit 01.01.1999.

²¹² § 97 – 129 GWB.

Vergabeverfahrens geprägt²¹³. Wesentliche Neuerung war die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur Einhaltung eines speziellen Vergabeverfahrens und – hierzu korrespondierend – die Einräumung der Möglichkeit für den Bieter, im Wege des Primärrechtsschutzes Verfahrensverstöße im Vergabeverfahren anzugreifen.

2. Überblick über das (bis 23.04.2009 geltende) deutsche Vergaberecht

a) Umsetzungsfragen

aa) Umsetzung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG

Zum von den Richtlinien statuierten Termin am 31.01.2006 war seitens der Bundesrepublik Deutschland keine Umsetzung erfolgt.

Parallel zur Umsetzung der Richtlinien 2004/17/EG sowie 2004/18/EG hatte der Gesetzgeber eine Verschlinkung des Vergaberechts geplant, um dieses zu vereinfachen und eine höhere Akzeptanz zu erreichen²¹⁴. Hierzu wurde durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (BWA) am 29.03.2005 ein Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Vergaberechts vorgestellt²¹⁵. Das Gesetzgebungsverfahren konnte allerdings aufgrund der vorzeitigen Auflösung des Bundestages im Jahr 2005 nicht beendet werden.

Als Übergangslösung wurden die öffentlichen Auftraggeber des Bundes in einem Rundschreiben des (nunmehrigen) Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BWT) vom 26.01.2006²¹⁶ gebeten, die EG-Vergaberichtlinien unmittelbar anzuwenden und zu beachten. Diese unmittelbare Geltung wurde auch in der Rechtsprechung ausdrücklich bestätigt²¹⁷.

Eine einheitliche Umsetzung erfolgte erst per 01.11.2006. In einem 1. Schritt fand eine Anpassung der VOB/A statt, deren Neufassung vom 20.03.2006 am 18.05.2006

²¹³ § 106 des Regierungsentwurfes, BT-Drucks. 13/9340.

²¹⁴ Eckpunkte der Bundesregierung für eine Verschlinkung des Vergaberechts (Quelle: http://www.dstgb.de/vis/home/aktuelles_news/aktuell/eckpunkte_fuer_eine_vergaberechtsreform/eckpunkte.pdf).

²¹⁵ http://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige.php?SessionID=fd381b7313b58-c98-ac64b8f2a1ee4e09&zg=0&HTTP_DocType=Material&MatID=216.

²¹⁶ Quelle: http://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige.php?SessionID=fd381b7313b58c98-ac64b8f2a1ee4e09&zg=0&HTTP_DocType=Material&MatID=347.

²¹⁷ OLG München, Beschluss vom 06.11.2006, Verg 17/06; OLG Koblenz, Beschluss vom 31.05.2006, 1 Verg 3/06; VK Niedersachsen, Beschluss vom 21.08.2006, VgK-18/2006.

bekannt gemacht wurde²¹⁸. Die VOB/A war damit aber aufgrund der statischen Verweise der VgV noch nicht anwendbar und bedurfte einer Änderung der VgV. Diese erfolgte am 23.10.2006²¹⁹ und trat am 01.11.2006 in Kraft.

bb) Umsetzung der Richtlinie 2007/66/EG

Die Richtlinie 2007/66/EG reformiert zwar die bisherigen Regelungen und ist von ihrer Zielsetzung auf die Beseitigung von Schwachstellen²²⁰ gerichtet.

Allein aus der Forderung zur Umsetzung der Richtlinie dürfte sich aber keine umfassende Änderungspflicht der deutschen Vergaberegeln ergeben.

(a) Vorabinformationsfrist

Eine geringfügige Änderung verlangt Art. 2a Abs. 1 der Richtlinie 2007/66/EG, wonach die Mitgliedsstaaten den Bietern ausreichend Zeit zwischen der Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung und dem Zuschlag gewährleisten müssen, um gegen die Zuschlagsentscheidung ein Nachprüfungsverfahren anstrengen zu können. Gemäß Art. 2 a Abs. 2 der Richtlinie beträgt die Frist bei Übermittlung der Zuschlagsentscheidung per Fax oder auf elektronischem Weg mindestens 10 Kalendertage, gerechnet ab dem Tag nach Absendung²²¹ der Mitteilung. Bei anderen Kommunikationsmitteln soll die Frist mindestens 15 Kalendertage betragen.

Gemäß § 13 VgV 2006 betrug die Vorabinformationsfrist generell 14 Kalendertage, gerechnet ab dem Tag nach Absendung der Information und unabhängig von der Versendungsart.

Damit war lediglich die papiergebundene Information an die Richtlinie 2007/66/EG anzupassen und um 1 Kalendertag zu erhöhen. Aufgrund der von der Kommunikationsart unabhängigen Geltung des § 13 VgV dürfte die einheitliche Anhebung der Informationsfrist auf 15 Kalendertage die einfachste Lösung sein.

²¹⁸ Sofortpaket des DVA zur Anpassung der VOB/A an zwingende Änderungen durch neue EU-Vergaberichtlinien (Richtlinie 2004/17/EG und Richtlinie 2004/18/EG) und das ÖPP-Beschleunigungsgesetz, BAnz. 95a vom 18.05.2006.

²¹⁹ Dritte Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung, BGBl. I S. 2334.

²²⁰ Vgl. oben, I.2.c)bb).

²²¹ Auf den Zugang der Mitteilung kommt es für die Berechnung der Frist nicht an.

Außerdem war § 13 VgV 2006 gemäß Art. 2 a Abs. 2 der Richtlinie 2007/66/EG dahingehend zu ergänzen, dass die Bieter über die geltende Stillhaltefrist informiert werden.

Mit Änderung des GWB im Jahr 2009²²² wurden diese Forderungen dann in § 101 a GWB vollumfänglich umgesetzt.

(b) De-facto-Vergabe

Umfangreicher gestaltet sich der Umsetzungsbedarf im Hinblick auf Vergaben ohne jegliches Vergabeverfahren (De-facto-Vergabe).

Art. 2 d Abs. 1 der Richtlinie 2007/66/EG sieht vor, dass durch Nachprüfungsbehörden die Unwirksamkeit von Verträgen im Falle von De-facto-Vergaben erklärt werden kann. Dabei obliegt es gemäß Art. 2 d Abs. 2 der Richtlinie 2007/66/EG dem jeweiligen Mitgliedsstaat, die Unwirksamkeitsfolgen, also die Frage, ob die vertraglichen Verpflichtungen rückwirkend oder nur für die Zukunft entfallen bzw. ob diese in Ausnahmefällen erhalten bleiben, näher auszugestalten. Gleichzeitig lässt Art. 2 f Abs. 1 der Richtlinie 2007/66/EG den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit offen, die Nachprüfung bei De-facto-Vergaben zeitlich zu begrenzen.

Das deutsche Vergaberecht sah hier explizit keine Regelungen oder Sanktionen vor. Dabei war umstritten²²³, inwieweit § 13 VgV 2006 zumindest entsprechend auf De-facto-Vergaben angewendet werden konnte, d. h. der Vertrag trotz Zuschlagserteilung als nichtig betrachtet wurde. So wurde durch den Bundesgerichtshof und auch vereinzelte Oberlandesgerichte eine Anwendung des § 13 VgV 2006 zumindest dann bejaht, wenn trotz unterlassener Ausschreibung zumindest in der Angebotsphase mehrere Unternehmen als Bieter beteiligt waren²²⁴. Fast einhellig wurde aber die Anwendbarkeit des § 13 VgV 2006 zumindest dann abgelehnt, wenn weder eine

²²² BGBl. I, 1102.

²²³ Raabe, NJW 2004, 1284 (1285).

²²⁴ BGH, Beschluss vom 01.02.2005, X ZR 27/04; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.02.2005, Verg 87/04; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.02.2005, Verg 88/04; OLG Jena, Beschluss vom 28.01.2004, 6 Verg 11/03; a. A. VK Lüneburg, Beschluss vom 15.01.2002, 203-VgK-24/2001; Jasper/Pooh, ZfBR 2004, 543 (546); Delius, ZfBR 2003, 341 (343); Schneider, S. 243.

Ausschreibung noch die Beteiligung mehrerer Bieter zu einem Vertrag führten²²⁵, weil ein lediglich potenziell Interessierter gerade kein Bieter ist.²²⁶ Dabei nahm die Literatur für diese Fälle teilweise eine Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz gemäß § 134 BGB i. V. m. §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 GWB an²²⁷.

Der Meinung der Rechtsprechung und Literatur, dass bei einer De-facto-Vergabe § 13 VgV 2006 nicht anwendbar sein sollte, ist zuzustimmen. § 13 VgV 2006 knüpfte nach seinem Wortlaut die Nichtigkeitsfolge an die fehlende Vorabinformation des Bieters. Bei einer De-facto-Vergabe fehlt es bereits an einer Beteiligung der Bieter²²⁸, sodass die direkte Anwendung nicht möglich ist. Letztlich kommt es für die Umsetzungsfrage insoweit auf die Entscheidung der Diskussion über die analoge Anwendung nicht an. Eine „nur“ analoge Anwendung scheidet bereits deshalb aus, weil es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt.²²⁹ Im Übrigen entspricht eine analoge Anwendung nicht den Umsetzungserfordernissen für eine Richtlinie, weil die Anforderungen der Richtlinie aktiv, d. h. durch Rechtsnormen, umgesetzt werden müssen²³⁰.

Deshalb erfolgt hier mit Änderung des GWB im Jahr 2009 die Einführung des § 101 b GWB, in welchem die Unwirksamkeit von Verträgen geregelt ist, wenn der Auftraggeber gegen die Informations- und Wartefrist des § 101 a GWB verstoßen hat oder gar kein Vergabeverfahren durchführte. Beachtenswert ist aber, dass diese Unwirksamkeit aus Rechtssicherheitsgedanken nur befristet festgestellt werden kann. So kann eine Feststellung gemäß § 101 b Abs. 2 GWB nur innerhalb von 30 Kalendertagen nach Kenntnis des Verstoßes bzw. Bekanntmachung der Auftragsvergabe, jedoch keinesfalls später als 6 Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht werden.

b) Vergaberecht im Überblick

Das aktuelle Vergaberecht in der Bundesrepublik Deutschland ist gekennzeichnet vom sogenannten Kaskaden- und Schubladenprinzip.

²²⁵ Reidt/Stickler/Glahs, § 13 VgV, Rdn. 10; Leinemann, Rdn. 81; Jasper/Pooth, ZfBR 2004, 543 (546); Delius, ZfBR 2003, 341 (343); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.12.2003, VII Verg 37/03; Dietlein/Spießhofer, VergabeR 2003, 509 (513); a. A Burgi, NZBau 2003, 16 (21).

²²⁶ Lindenthal, VergabeR 2003, 630 (633); Kiser, S. 230; Schneider, S. 236.

²²⁷ Müller-Wrede, VergabeR 2002, 1 (7); Heuvels/Kaiser, NZBau 2001, 480.

²²⁸ Kiser, S. 230.

²²⁹ Raabe, NJW 2004, 1284 (1286).

²³⁰ Degenhart, Rdn. 250.

Das Kaskadenprinzip kennzeichnet die Verteilung der Rechtsquellen des Vergaberechts auf drei Normenhierarchien²³¹, wobei sich diese Rechtsquellen gegenseitig ergänzen und auch voneinander abhängig sind.

Ausgangspunkt ist das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)²³², welches die Grundsätze des Vergabeverfahrens enthält. Dort ist einerseits definiert, wer als öffentlicher Auftraggeber²³³ gilt und was öffentliche Aufträge²³⁴ sind. Außerdem werden die anzuwendenden Vergabeverfahren genannt und definiert²³⁵. Andererseits werden die Grundsätze des Wettbewerbs, der Diskriminierungsfreiheit und Wirtschaftlichkeit festgeschrieben²³⁶. Darüber hinaus ist ausschließlich im GWB das Nachprüfungsverfahren geregelt sowie die Ermächtigungsgrundlage²³⁷ für die Vergabeverordnung (VgV)²³⁸ enthalten, welche quasi als Bindeglied zu den Verdingungsordnungen dient²³⁹.

Die VgV enthält selbst keine detaillierten Vergabevorschriften. In ihr werden lediglich grundlegende Regelungen zur Durchführung von Vergabeverfahren getroffen. So sind in § 2 VgV die Schwellenwerte definiert, wobei § 3 VgV festlegt, wie der Auftragswert für die Beurteilung der Schwellenwerte ermittelt wird. Darüber hinaus ordnet die VgV im Wesentlichen an, welche Abschnitte der Verdingungsordnungen²⁴⁰ durch die in § 98 GWB genannten Auftraggeber anzuwenden sind.

Die Verdingungsordnungen²⁴¹ regeln das materielle Vergaberecht, also die eigentlichen Details der Auftragsvergabe, und enthalten quasi das Handwerkszeug für die Durchführung der öffentlichen Vergabe. Der Bundesgerichtshof hat dies für die VOB/A wie folgt umrissen: „Die Ausschreibung nach VOB/A ist ein den Vertragsschluss regelndes Vorbereitungs- und Abschlussverfahren, bei dem von den beteilig-

²³¹ Bericht der Bundesregierung zum Vergaberechtsänderungsgesetz, S. 7 (Quelle: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/B/bericht-der-bundesregierung-zum-vergaberechtsaenderungsgesetz,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>).

²³² I. d. F. v. 25.05.2009.

²³³ § 98 GWB.

²³⁴ § 99 GWB.

²³⁵ § 101 GWB.

²³⁶ § 97 GWB.

²³⁷ § 127 GWB.

²³⁸ I. d. F. v. 07.06.2010.

²³⁹ Kiser, S. 19.

²⁴⁰ Es handelt sich hier um einen statischen Verweis, d. h., die VgV verweist nicht auf die Verdingungsordnung in der jeweils gültigen Fassung. Vielmehr wird die konkrete Verdingungsordnung in einer bestimmten Fassung in Bezug genommen.

²⁴¹ VOB/A, VOL/A, VOF.

ten Kreisen zu erwarten ist, dass sie die Regeln des Verfahrens kennen und sich auf sie als Grundlage der Vertragsverhandlungen einstellen.“²⁴²

Unter dem Begriff „Schubladenprinzip“ ist die Aufteilung der Verdingungsordnungen in mehrere Abschnitte zu verstehen²⁴³. Dabei stellt die Verdingungsordnung, abhängig von Auftraggeber und Schwellenwertüberschreitung, jeweils in einem einzelnen Abschnitt die maßgeblichen Vorschriften bereit²⁴⁴. Die VOB/A war bis 2010 in 4 Abschnitte aufgeteilt. Die grundlegende Trennung innerhalb dieser Abschnitte war durch die Schwellenwerte vorgegeben. Der 1. Abschnitt der VOB/A (sog. Basisparagrafen) regelte die Vergaben unterhalb der Schwellenwerte, die Abschnitte 2 – 4 der VOB/A ergänzten die Basisparagrafen jeweils für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte²⁴⁵. Der 2. Abschnitt (A-Paragrafen) war von den klassischen Auftraggebern gemäß § 98 Nr. 1 – 3, 5, 6 GWB anzuwenden²⁴⁶. Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 1 – 3 für Tätigkeiten im Sektorenbereich, d. h. bei der Trinkwasserversorgung²⁴⁷ und im Verkehrsbereich im Sinne von § 8 Nr. 4 b und c VgV, wendeten den 3. Abschnitt der VOB/A (B-Paragrafen) an. Der 4. Abschnitt der VOB/A (SKR-Paragrafen) war öffentlichen Auftraggebern gemäß § 98 Nr. 1 – 3 GWB auf dem Gebiet der Elektrizitäts- und Gasversorgung²⁴⁸, der Wärmeversorgung²⁴⁹ sowie im Verkehrsbereich im Sinne von § 8 Nr. 4 a VgV vorbehalten. Außerdem galt dieser Abschnitt für Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 4 GWB.

3. Überblick über das (ab 24.04.2009 geltende) deutsche Vergaberecht

Die per 01.11.2006 in Kraft getretenen Änderungen des Vergaberechts waren allerdings nur der 1. Schritt der intensiven Reformbemühungen der letzten Jahre²⁵⁰. Hierbei erfolgte lediglich die Anpassung an die EG-Vergaberichtlinien.

²⁴² BGH, Urteil vom 22.04.1993, VII ZR 118/92.

²⁴³ Bericht der Bundesregierung zum Vergaberechtsänderungsgesetz, S. 7 (Quelle: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/B/bericht-der-bundesregierung-zum-vergaberechtsaenderungsgesetz,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>).

²⁴⁴ Deshalb spricht man hier von Schublade.

²⁴⁵ Man spricht hier auch vom haushaltsrechtlichen Teil (Basisparagrafen) und dem kartellrechtlichen Teil (Abschnitt 2 – 4).

²⁴⁶ § 6 VgV.

²⁴⁷ § 8 Nr. 1 VgV.

²⁴⁸ § 8 Nr. 2 VgV.

²⁴⁹ § 8 Nr. 3 VgV.

²⁵⁰ Leinemann, Vergaberecht, Vorwort.

Der Gesetzgeber plante hierzu, in einer 2. Stufe die früheren Ziele der Vereinfachung und Verschlinkung des Vergaberechts wieder aufzunehmen²⁵¹. Ein Referentenentwurf war seit 03.03.2008 veröffentlicht²⁵².

Noch vor der Bundestagswahl wurde am 23.04.2009 die Überarbeitung des GWB²⁵³ verabschiedet. Die weiteren Novellierungsbemühungen endeten vorerst aufgrund des Ablaufs der Legislaturperiode. Allerdings gab es trotz der Bundestagswahlen im Jahr 2009 im Hinblick auf die begonnene Novellierung des Vergaberechts vorerst keinen grundlegenden Kurswechsel, sodass nach der Bundestagswahl die bereits eingeleiteten Reformen mit der Verkündung einer neuen Sektorenverordnung (SektVO)²⁵⁴ am 23.09.2009, der neuentwickelten VOB/A²⁵⁵ sowie der überarbeitenden VgV²⁵⁶ am 07.06.2010 vorerst abgeschlossen wurden. Im Rahmen dieser Reformen wurde entgegen früheren Überlegungen²⁵⁷, welche aufgrund des Widerstandes der beteiligten Interessen und des Regierungswechsels im Jahr 2005 aufgegeben wurden²⁵⁸, das Kaskaden- und Schubladenprinzip im Wesentlichen beibehalten. Lediglich die im Sektorenbereich tätigen Auftraggeber wurden mit Inkrafttreten der SektVO endgültig von der Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnungen befreit²⁵⁹.

Die neue SektVO führte auch dazu, dass die VOB/A nicht mehr die bisher übliche Vierteilung²⁶⁰ beibehielt und auf 2 Abschnitte verschlankt wurde. Übrig blieben der Abschnitt der Basisparagrafen (für die Vergabe unterhalb der Schwellenwerte) und der 2. Abschnitt (A-Paragrafen) für die Vergaben der Auftraggeber gemäß § 98 GWB. Daneben erfolgte eine grundlegende Neugestaltung der VOB/A, welche eine Anpassung zur Straffung und thematischen Sortierung sowie eine Änderung der Nummerierungsstruktur in Anlehnung an den Nummerierungsaufbau von Gesetzen

²⁵¹ Die zukünftige Entwicklung wurde durch Ministerialrat Dr. Rüdiger Kratzenberg, Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, im Rahmen eines Vortrages zur VOB-Tagung des Bauindustrieverbandes Sachsen und Sachsen-Anhalt am 19.04.2007 erläutert.

²⁵² http://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige.php?SessionID=9196d6db-072e36ec1b59ea2fe54c0f49&zg=1&HTTP_DocType=Material&MatID=491.

²⁵³ BGBl. I, 1102.

²⁵⁴ BGBl. I, 3110.

²⁵⁵ BAnz. Nr. 155 vom 15.10.2009, 3549.

²⁵⁶ BGBl. 2010 I, 724.

²⁵⁷ Stellungnahme des Deutschen Städte- und Gemeindebundes zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Vergaberechts vom 03.03.2005; Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit eines Gesetzes zur Neuregelung des Vergaberechts (Stand: 29.03.2005).

²⁵⁸ Ley, S. 1.

²⁵⁹ Leinemann, Vergaberecht, Vorwort.

²⁶⁰ Siehe oben, 4.

und Verordnungen beinhaltete²⁶¹. Tiefgreifende inhaltliche Änderungen der VOB/A erfolgten (mit einigen Ausnahmen) allerdings nicht. Beachtenswert ist bei der Neufassung der VOB/A aber insbesondere eine Abkehr vom bisher bei den Vergaben üblichen Formalismus bei der Angebotsabgabe, was in der Vergangenheit auch regelmäßig zu hohen Ausschlussraten führte²⁶². Während bis zur Neufassung Angebote wegen kleinster Formalfehler (bspw. Nichtvorlage von Eignungsnachweisen oder Nichtabgabe geforderter Erklärungen) sofort ausgeschlossen werden mussten²⁶³, sieht § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nunmehr vor, dass auch Angebote zuzulassen sind, welche formale oder unwesentliche Mängel beinhalten²⁶⁴. Ebenfalls neu ist die Definition von Schwellenwerten für die Durchführung von beschränkten Ausschreibungen und freihändigen Vergaben. So sind bspw. gemäß § 3 Abs. 5 Satz 1 VOB/A (§ 3 Nr. 3 VOB/A 2006) nunmehr freihändige Vergaben bis zu einem Auftragswert von 10.000 EUR (netto) jederzeit möglich, gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 1 b) VOB/A dürfen bis zu einem Auftragswert von 150.000 EUR (netto) beschränkte Ausschreibungen durchgeführt werden. Erwähnenswert ist aber auch, dass § 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A erstmals für den Unterschwellenbereich ausdrücklich festlegt, dass die Vergabe im Rahmen eines „transparenten Vergabeverfahrens“ erfolgen muss.

Die wesentlichsten Änderungen erfolgten allerdings im Rahmen der Neufassung des GWB²⁶⁵. Die dortigen Änderungen erstrecken sich einerseits auf eine Stärkung und Förderung des Mittelstandes, indem gemäß § 97 Abs. 3 GWB die Aufteilung der zu vergebenden Leistung in Teil- und Fachlose nunmehr die Regel sein muss. Andererseits ist es dem öffentlichen Auftraggeber gemäß § 97 Abs. 4 GWB nunmehr ausdrücklich erlaubt, auch vergabefremde Kriterien, insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Kriterien, bei der Vergabe zu berücksichtigen, sofern sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen. Grundlegende Änderungen erfolgten aber vor allem im Bereich der Vorabinformation und des Nachprüfungsverfahrens mit dem Ziel, das Nachprüfungsverfahren im Hinblick auf Zeit

²⁶¹ Hinweise für die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, BAnz. 155a vom 15.10.2009, 5.

²⁶² Hinweise für die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, BAnz. 155a vom 15.10.2009, 8.

²⁶³ BGH, Urteil vom 07.06.2005, X ZR 19/02; OLG Naumburg, Beschluss vom 05.05.2004, 1 Verg 7/04; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.10.2009, Verg 28/09; VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 29.01.2009, 1 VK LVwA 31/08; VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 25.06.2009, VK 27-09.

²⁶⁴ Schätzlein, IBR 2010, 9; Franz, IBR 2010, 72.

²⁶⁵ BGBI. 2009 I, 1102.

und Umfang zu begrenzen²⁶⁶. Erwähnenswert ist hier insbesondere die Straffung der Rügemöglichkeiten des Bieters gemäß § 107 Abs. 3 GWB. Einerseits legt § 107 Abs. 3 Nr. 2 und 3 GWB fest, dass Vergabeverstöße, die aus der Bekanntmachung bzw. den Vergabeunterlagen erkennbar sind, spätestens mit der Angebotsabgabe gerügt werden müssen, anderenfalls wäre ein Nachprüfungsantrag unzulässig. Hinzu kommt gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB auch die Festlegung, dass ein Bieter spätestens 15 Kalendertage nach der Information des Auftraggebers, wonach einer Rüge nicht abgeholfen wird, einen Nachprüfungsantrag stellen muss. Ein späterer Antrag ist unzulässig. Ebenfalls einer Straffung des Verfahrens dient § 110 Abs. 1 Satz 1 GWB, welcher zwar grundsätzlich der Vergabekammer auferlegt, Sachverhalte von Amts wegen zu erforschen. Allerdings darf sich die Vergabekammer gemäß § 110 Abs. 1 Satz 2 GWB auf das Vorbringen der Beteiligten beschränken und ist gerade nicht zu einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle verpflichtet. Dies entspricht einer gesetzlichen Normierung der bisher üblichen Praxis, bei der die Vergabekammern von sich aus normalerweise nur ganz schwerwiegende und offensichtliche Fehler gerügt haben²⁶⁷. Grundlegend verändert wurde auch die Kostenregelung für die Beteiligten im Verfahren vor der Vergabekammer. Bis zu dieser Änderung des GWB konnte ein Nachprüfungsverfahren mangels entsprechender Kostenerstattungsregelung durch Antragsrücknahme beendet werden, ohne dass die am Verfahren Beteiligten (Vergabestelle und beigeladener Bieter) einen Anspruch auf Erstattung ihrer Kosten hatten²⁶⁸. Im Falle einer Entscheidung der Vergabekammer in der Sache erfolgte gemäß § 128 Abs. 4 GWB a. F. auf der Grundlage einer entsprechenden Kostengrundentscheidung der Vergabekammer auf Antrag ein Kostenfestsetzungsverfahren über die zu erstattenden Kosten der Verfahrensbeteiligten²⁶⁹. Mit der Gesetzesänderung im Jahr 2009 wurde erstmals gemäß § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB ausdrücklich auch eine Kostenerstattung im Falle einer Antragsrücknahme geregelt. Allerdings findet gemäß § 128 Abs. 4 Satz 5 GWB kein gesondertes Kostenfestsetzungsverfahren durch die Vergabekammer mehr statt, sodass der jeweilige Beteiligte seine jeweiligen Erstat-

²⁶⁶ Rechten/Junker, NZBau 2009, 490 (491).

²⁶⁷ Wietersheim, S. 23.

²⁶⁸ Kulartz/Kus/Portz, § 128, Rdn. 25; Heiermann/Zeiss/Kullack/Blaufuß, § 128, Rdn. 15; Prieb/Niestedt, S. 105; Weyand, Online-Kommentar, Rdn. 2969; a. A. Leinemann, Rdn. 372.

²⁶⁹ Reidt/Stickler/Glahs, § 128, Rdn. 24 a; Prieb/Niestedt, S. 105.

tungsansprüche zukünftig außerhalb des Nachprüfungsverfahrens, notfalls durch Klage beim Zivilgericht, geltend machen muss²⁷⁰.

4. Weiterer Ausblick

„Nach der Reform ist vor der Reform.“²⁷¹ Die seit dem Jahr 2009 durchgeführte Vergabereform ist nicht völlig kritikfrei, weshalb bereits unter diesen Gesichtspunkten schon jetzt weiterer Reformbedarf besteht.

Einerseits wurde durch den EuGH in seiner Entscheidung vom 28.01.2010²⁷² eine Regelung für europarechtswidrig erklärt, welche das Kriterium der Unverzüglichkeit der Verfahrenseinleitung in das Ermessen eines Gerichtes oder der Nachprüfbehörde stellt. Diese Entscheidung hat grundlegende Auswirkungen auf § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB, welcher einen Nachprüfungsantrag unzulässig werden lässt, wenn der Bieter den Verstoß nicht unverzüglich gerügt hat. Dieser ist insoweit als europarechtswidrig einzustufen²⁷³, was auch dazu führt, dass das Kriterium der Unverzüglichkeit bei den Vergabekammern unbeachtet bleiben muss²⁷⁴.

Andererseits ergeben sich auch Probleme bezüglich der nunmehr zugelassenen vergabefremden Kriterien, insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass diese die Grundsätze des Gemeinschaftsrechtes, insbesondere das Diskriminierungsverbot, nicht verletzen dürfen²⁷⁵. So hatte der EuGH bereits in der Vergangenheit bspw. die Tariftreuegesetze, welche in den letzten Jahren Grundlage für die Aufnahme des vergabefremden Kriteriums Tariflohn waren, für gemeinschaftswidrig erklärt²⁷⁶. Auch die Berücksichtigung solcher vergabefremden Kriterien wie bspw. des Umweltschutzes in Form des CO₂-Ausstoßes eines Fuhrparks wird spätestens dann

²⁷⁰ Weyand, Online-Kommentar 2009, Rdn. 4507.

²⁷¹ Rechten/Junker, NZBau 2009, 490 (493).

²⁷² EuGH, Urteil vom 28.01.2010, Rs. C-406/08, Rdn. 41; EuGH, Urteil vom 28.01.2010, Rs. C-456/08, Rdn. 74.

²⁷³ Jaeger, NZBau 2009, 558 (560); Weyand, IBR 2010, 159.

²⁷⁴ VK Nordbayern, Beschluss vom 10.02.2010, 21.VK-3194-01/10; VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 20.04.2010, VK 2-7/10; VK Saarland, Beschluss vom 08.03.2010, 1 VK 03/2010; OLG Celle, Beschluss vom 26.04.2010, 13 Verg 4/10; VK Hamburg, Beschluss vom 07.04.2010, VK BSU 2/10; a. A. OLG Dresden, Beschluss vom 07.05.2010, WVerg 6/10; VK Bund, Beschluss vom 05.03.2010, VK 1-16/10.

²⁷⁵ Dieman-Wies/Graiche, NZBau 2009, 409 (412); VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 14.01.2010, VK-SH 25/09.

²⁷⁶ EuGH, Urteil vom 03.04.2008, C-346/06, Slg. 2008, I-01989, Rdn. 31.

problematisch, wenn die Forderung dazu führt, dass nur noch wenige der sonst am Markt tätigen Unternehmen Angebote abgeben können²⁷⁷.

Hinzu kommt, dass bereits zum jetzigen Zeitpunkt die Novellierung als nicht endgültig angesehen werden kann²⁷⁸. So wurde durch den Bundesrat im Rahmen seiner Zustimmung zur Änderung des GWB die Bundesregierung gebeten, im Zuge der nächsten Novellierung des GWB Regelungen zur interkommunalen Kooperation aufzunehmen²⁷⁹. Außerdem ist im Koalitionsvertrag der CDU/CSU-FDP vom 26.10.2009 festgelegt, das Vergaberecht „insgesamt zu vereinfachen und transparenter zu gestalten“, was einen Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte mit einschließen soll²⁸⁰. Wie diese Novellierung ausgestaltet sein wird, ist derzeit nicht zu erkennen. Nachdem allerdings ein Gesetzentwurf bis Ende 2010 präsentiert werden soll, ist es zumindest vorstellbar, dass in Teilen auf den früheren Referentenentwurf aus dem Jahr 2005 zurückgegriffen werden wird.

²⁷⁷ Dieman-Wies/Graiche, NZBau 2009, 409 (412).

²⁷⁸ Rechten/Junker, NZBau 2009, 490 (493).

²⁷⁹ BR-Drs. 35/09 vom 13.02.2009, Nr. 3.

²⁸⁰ Koalitionsvertrag der CDU/CSU-FDP vom 26.10.2009, S. 17.

C. Rechtsschutz im Vergaberecht in Deutschland

I. Rechtsschutz oberhalb des Schwellenwertes

1. Primärer Rechtsschutz

Unter primärem Rechtsschutz ist der Rechtsschutz zu verstehen, welcher sich gegen eine Vergabeentscheidung direkt richtet.²⁸¹ Das heißt, der Bieter ist hier in der Lage, sich unmittelbar gegen eine vergaberechtliche Entscheidung zu wenden und deren Abänderung zu begehren. Ein derartiger Rechtsschutz ist gemäß § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB auf die Zeit vor der Zuschlagserteilung beschränkt. Sobald ein Vertrag durch wirksamen Zuschlag zustande kam, ist das förmliche Vergabeverfahren beendet und der Zuschlag nicht mehr aufhebbar²⁸².

a) Grundsätzliches

Der primäre vergabespezifische Rechtsschutz wird durch §§ 102 f. GWB gewährleistet.

Im Allgemeinen wird beim primären Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte von einem Nachprüfungsverfahren gesprochen, welches durch 2 Instanzen ausgestaltet ist²⁸³. Hierbei entscheidet zunächst die Vergabekammer über den Nachprüfungsantrag, deren Entscheidung dann noch durch das Oberlandesgericht überprüft werden kann. Betrachtet man aber die Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Zugang zur „1. Instanz“, also der Vergabekammer, kann von einem 3-stufigen Nachprüfungsverfahren gesprochen werden, bestehend aus

- einem Vorverfahren (Abhilfemöglichkeit der Vergabestelle),
- dem Vergabenachprüfungsverfahren (Vergabekammer) sowie
- der Rechtsmittelinstanz (Oberlandesgericht).

²⁸¹ Schneider, S. 33.

²⁸² Maier in Kulartz/Kus/Portz, § 114, Rdn. 30; Pietzcker, NJW 2005, 2882.

²⁸³ So etwa Schonebeck/Schwenker, Rdn. 574; Reidt/Stickler/Glahs, Vorb. zu §§ 102 – 124, Rdn. 7.

b) Rechtsschutzstufen

aa) Vorverfahren

Außerhalb des formellen gerichtlichen bzw. gerichtsähnlichen Nachprüfungsverfahrens standen einem Bieter bis zur Änderung des GWB im Jahr 2009 grundsätzlich 2 Mittel zur Verfügung, um vermeintliche Fehler im Vergabeverfahren prüfen zu lassen. Dies waren einerseits die Vergaberüge an die vergebende Stelle, andererseits eine fakultative²⁸⁴ Anrufung der Vergabepflichtstelle²⁸⁵. Bieter machten allerdings von der Anrufung der Vergabepflichtstellen²⁸⁶ aufgrund ihres rein fakultativen Charakters und insbesondere der Tatsache, dass die Anrufung ohne jegliche aufschiebende Wirkung ausgestaltet war, nur äußerst geringen Gebrauch²⁸⁷. Aufgrund ihrer in der Praxis nur geringen Bedeutung wurden die Vergabepflichtstellen im Rahmen der Novellierung des GWB ersatzlos gestrichen.

Die wohl wichtigste Möglichkeit zur Beseitigung eines vermeintlichen Vergabeverstoßes ist die Rüge dieses Verstoßes bei der Vergabestelle. Einerseits soll der Vergabestelle durch eine unverzügliche²⁸⁸ Rüge die Möglichkeit eingeräumt werden, eventuelle Vergabefehler zu beseitigen, was unnötige und insbesondere kosten- sowie zeitaufwendige Nachprüfungsverfahren verhindert.²⁸⁹ Andererseits soll aus diesem Grund auch vermieden werden, dass Bieter mit erkannten Fehlern spekulieren und diese nur dann Rügen erheben, wenn sie feststellen, dass der Zuschlag nicht auf ihr Angebot erteilt werden soll.²⁹⁰ Die unverzügliche Rüge ist gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gleichzeitig Zulässigkeitsvoraussetzung für das Anrufen der Vergabekammer, also der Einleitung des eigentlichen Vergabenachprüfungsverfahrens. Die

²⁸⁴ Gemäß § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB a. F. war die Anrufung der Vergabepflichtstelle keine Zulässigkeitsvoraussetzung für das eigentliche Nachprüfungsverfahren.

²⁸⁵ Die Vergabepflichtstelle war Teil der ursprünglichen haushaltsrechtlichen Lösung gemäß § 57 b HGrG und wurde in das GWB übernommen, um die formale Nachprüfungsinstanz zu entlasten (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Vergaberechtsänderungsgesetz, BR-Drucks. 646/97 vom 05.09.1997, S. 30).

²⁸⁶ Vergabepflichtstellen wurden durch den Bund sowie die Länder Bremen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein und Thüringen eingerichtet.

²⁸⁷ Prieb/Niestedt, S. 59.

²⁸⁸ Unverzüglich bedeutet ohne schuldhaftes Verzögern. Die Rechtsprechung setzt hier, abhängig vom Einzelfall, regelmäßig 5 – 7 Werktage ab Kenntniserlangung an. Die Obergrenze liegt bei maximal 2 Wochen. Vgl. u. a. VK Sachsen, Beschluss vom 13.04.2006, 1/SVK/028-06; VK Sachsen, Beschluss vom 31.01.2005, 1/SVK/144-04; OLG Naumburg, Beschluss vom 02.03.2006, 1 Verg 1/06; VK Südbayern, Beschluss vom 12.11.2003, 44-09/03; Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand 02.01.2007, § 107 GWB, Rdn. 1897 m. w. Nw.

²⁸⁹ Kulartz/Kus/Portz, § 107, Rdn. 53; Reidt/Stickler/Glahs, § 107, Rdn. 39a; Kiser, S. 206.

²⁹⁰ Kiser, S. 207.

Forderung nach der Unverzüglichkeit ist insoweit vom Gedanken der Prävention geprägt und soll die schnellstmögliche Beseitigung von Vergabeverstößen bei minimaler Beeinflussung des eigentlichen Vergabeverfahrens gewährleisten²⁹¹. Durch den EuGH wurde nunmehr in 2 Entscheidungen darauf hingewiesen, dass ein Kriterium der Unverzüglichkeit, welches in das Ermessen des Gerichtes bzw. der Nachprüfungsbehörde gestellt ist, europarechtswidrig sei²⁹². Es steht insoweit zu erwarten, dass das Kriterium der Unverzüglichkeit der Rüge als Zulässigkeitsvoraussetzung für das Nachprüfungsverfahren in der Rechtsprechung entfallen wird²⁹³.

Nachdem überdies Rügen in der Praxis teilweise unbearbeitet geblieben sind²⁹⁴, andererseits aber der Bieter keinen sofortigen Zwang zur Einleitung des Vergabenachprüfungsverfahrens hatte, sieht § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB nunmehr vor, dass ein Bieter innerhalb von 15 Kalendertagen nach Eingang einer Ablehnungsmitteilung bezüglich seiner Rüge einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer gestellt haben muss, anderenfalls ist das Nachprüfungsbegehren unzulässig. Auch diese Fristregelung hat das Ziel, möglichst frühzeitig Klarheit über die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens zu schaffen²⁹⁵.

Allerdings muss einschränkend klargestellt werden, dass die Abhilfemöglichkeit der Vergabestelle nicht unter allen Umständen gewährleistet ist. Gesetzlich ist bspw. nicht geregelt, dass der Bieter eine Entscheidung der Vergabestelle oder eine angemessene Zeit abwarten muss, bevor er die nächste Stufe des Nachprüfungsverfahrens beschreitet. Die Rüge bewirkt auch kein Zuschlagsverbot. Insoweit könnte der Bieter theoretisch parallel zur Rüge oder kurz danach sofort die nächste Stufe des Nachprüfungsverfahrens beschreiten²⁹⁶. Weil dies aber wegen des fehlenden Zuschlagsverbotes in Einzelfällen erforderlich sein kann, verlangt zumindest ein Großteil der Rechtsprechung, dass regelmäßig zwischen Rüge und Antrag auf Einleitung des Vergabenachprüfungsverfahrens eine nach den konkreten Umständen des Einzelfalls ange-

²⁹¹ Der Gesetzgeber begründet dies mit dem Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Vergaberechtsänderungsgesetz, BR-Drucks. 646/97, S. 33).

²⁹² EuGH, Urteil vom 28.01.2010, Rs. C-406/08, Rdn. 41; EuGH, Urteil vom 28.01.2010, Rs. C-456/08, Rdn. 74.

²⁹³ So schon VK Nordbayern, Beschluss vom 10.025.201021.VK-3194-01/10.

²⁹⁴ Ley, S. 11.

²⁹⁵ BT-Drs. 16/10117, S. 22.

²⁹⁶ OLG Dresden, Beschluss vom 17.08.2001, WVerg 5/01; VK Hamburg, Beschluss vom 25.07.2002, VgK FB 1/02.

messene Frist liegt²⁹⁷. Hiervon kann nur dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn die Erteilung des Zuschlages unmittelbar bevorsteht oder zumindest möglich ist.²⁹⁸

bb) Vergabenachprüfungsverfahren (Verfahren vor Vergabekammern)

Die Vergabenachprüfung unterliegt, unbeschadet der oben genannten Verfahren, primär den Vergabekammern. Zur effektiven Wahrung der Rechte eines Bieters kommt es daher primär auf das formelle Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer an.

Das Verfahren vor der Vergabekammer ist dabei „lediglich“ justizähnlich²⁹⁹ organisiert. Es handelt sich um ein Verwaltungsverfahren.³⁰⁰

(a) Grundsätzliche Darstellung

Eingeleitet wird das Nachprüfungsverfahren gemäß § 107 Abs. 1 GWB ausschließlich auf Antrag bei der zuständigen Vergabekammer³⁰¹, wobei das Verfahren gemäß § 110 Abs. 1 S. 1 GWB vom Untersuchungsgrundsatz geprägt ist. Hieraus sind drei Konsequenzen zu ziehen:

- Ein Tätigwerden der Vergabekammer von Amts wegen kommt nicht in Frage³⁰².
- Die Vergabekammer ist verpflichtet, bei Vorliegen eines zulässigen Nachprüfungsantrages eine Nachprüfung des Vergabeverfahrens vorzunehmen³⁰³.
- Die Vergabekammer überprüft das Vergabeverfahren.

Allerdings findet keine unbegrenzte Prüfung des Vergabeverfahrens statt³⁰⁴. Die Vergabekammer entscheidet über den Prüfungsumfang nach pflichtgemäßem Ermessen, wobei die wesentlichsten Anhaltspunkte gemäß § 110 Abs. 1 Satz 2 GWB die

²⁹⁷ 1. VK Bund, Beschluss vom 16.06.2006, VK 1-34/09; VK Hessen, Beschluss vom 10.07.2002, 69 d VK-28/2002; a. A. OLG Dresden, Beschluss vom 17.08.2001, WVerG 5/01; VK Hamburg, Beschluss vom 25.07.2002, VgK FB 1/02.

²⁹⁸ 2. VK Bund, Beschluss vom 24.06.2003, VK 2-60/02.

²⁹⁹ Prieß/Niestedt, S. 60.

³⁰⁰ BGH, NZBau 2004, 285; Motzke/Pietzcker/Prieß, § 108, Rdn. 3; Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Vergaberechtsänderungsgesetzes, BT-Drucks. 13/9340, S. 19.

³⁰¹ Die zuständige Vergabekammer wird durch die Vergabestelle bereits mit der Ausschreibung benannt.

³⁰² Schonebeck/Schwenker, Rdn. 586.

³⁰³ Weyand, Rdn. 1602.

³⁰⁴ Ramm, VergabeR 2007, 739 (744); Summa in Heiermann/Zeiss/Kullack/Blaufuß, § 110 GWB, Rdn. 3.

gerügten Verstöße sind³⁰⁵. Das heißt, der Umfang der vom Untersuchungsgrundsatz ausgeprägten Sachverhaltsermittlung ist bestimmt durch die als verletzt gerügten subjektiven Rechte des antragstellenden Bieters. Es ist alles aufzuklären, was für die vorgeworfene Verletzung der subjektiven Rechte maßgeblich und auch für die Überzeugungsbildung der Vergabekammer notwendig ist³⁰⁶. Dieser Grundsatz erfährt nur eine Ausnahme, wenn der Vergaberechtsverstoß schwerwiegend ist und sich faktisch aufdrängt³⁰⁷.

Im Gegensatz zur Situation bei den vorherigen Anfechtungsmöglichkeiten darf aber gemäß § 115 Abs. 1 GWB der Zuschlag nicht mehr erteilt werden, sobald der Antrag auf Nachprüfung der Vergabestelle durch die Vergabekammer in Textform mitgeteilt wurde³⁰⁸.

Grundsätzlich entscheidet die Vergabekammer, mit Ausnahme von Fällen der Unzulässigkeit bzw. der offensichtlichen Unbegründetheit des Nachprüfungsantrages³⁰⁹, gemäß § 112 Abs. 1 S. 1 GWB nur auf Grundlage einer mündlichen Verhandlung³¹⁰, welche allerdings in analoger Anwendung des § 68 Abs. 1 VwVfG unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindet, wobei sich die mündliche Verhandlung auf einen Termin beschränken soll. Gleichmaßen wird das Verfahren gemäß § 112 Abs. 1 GWB vom Grundsatz des rechtlichen Gehörs beherrscht, welches jedem Beteiligten, also auch den gemäß § 109 S. 2 GWB verfahrensrechtlich beiladungsfähigen Bietern, zu gewähren ist. Dabei unterliegen sämtliche Verfahrensbeteiligten einer erheblichen Mitwirkungs- und Prozessförderungspflicht³¹¹, was sich insbesondere dadurch begründet, dass die Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 S. 1 GWB innerhalb von 5 Wochen eine Entscheidung treffen und begründen soll. Deshalb muss der Antragstel-

³⁰⁵ Ramm, VergabeR 2007, 739 (744); Summa in Heiermann/Zeiss/Kullack/Blaufuß, § 110 GWB, Rdn. 4; Maier, NZBau 2004, 667.

³⁰⁶ VK Lüneburg, Beschluss vom 10.10.2006, VgK-23/2006; VK Lüneburg, Beschluss vom 07.07.2005, VgK-27/2005.

³⁰⁷ VK Lüneburg, Beschluss vom 10.10.2006, VgK-23/2006; VK Lüneburg, Beschluss vom 07.07.2005, VgK-27/2005; VK Lüneburg, Beschluss vom 12.10.2004, 203-VgK-23/2004; OLG Rostock, Beschluss vom 05.07.2006, 17 Verg 7/06; OLG Celle, Beschluss vom 16.01.2002, 13 Verg 1/02.

³⁰⁸ Sogenannter Suspensiveffekt.

³⁰⁹ Von diesen Fällen wird seitens der Vergabekammern nur in sehr seltenen Fällen Gebrauch gemacht.

³¹⁰ Sogenannter Grundsatz der Mündlichkeit.

³¹¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.11.2003, Verg 22/03; BGHZ 146, 202 (211).

ler auch mit seinem Antrag gemäß § 113 Abs. 2 GWB sämtliche sein Begehren rechtfertigenden Tatsachen und Beweismöglichkeiten aufzeigen.

Die Vergabekammer entscheidet über den Vergabenachprüfungsantrag gemäß § 114 Abs. 3 S. 1 GWB durch Verwaltungsakt. Dabei ist die Vergabekammer nicht an die Anträge der Parteien gebunden. Vielmehr trifft die Vergabekammer jede geeignete Maßnahme zur Beseitigung der Rechtsverletzung bzw. auch zur Verhinderung von Schäden.³¹² Es besteht aber die Verpflichtung zur Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, d. h., die Vergabekammer muss grundsätzlich das mildeste Mittel ergreifen³¹³.

Die Entscheidung der Vergabekammer entfaltet gemäß § 124 Abs. 1 GWB in nachfolgenden Schadensersatzverfahren³¹⁴ vor ordentlichen Gerichten Bindungswirkung.

(b) Ausgewählte Einzelprobleme

(1) Akteneinsichtsrecht

Zur Gewährleistung der Transparenz und Effektivität des Rechtsschutzes regelt § 111 GWB, dass sämtliche Verfahrensbeteiligten³¹⁵ ein Akteneinsichtsrecht in die Vergabeakte haben. Das Akteneinsichtsrecht kann lediglich gemäß § 111 Abs. 2 GWB bei berechtigten Interessen, wozu insbesondere der Geheimhaltungsschutz zählt, beschränkt werden. Andererseits erfährt § 111 Abs. 1 GWB dahingehend eine teleologische Reduktion, dass das Akteneinsichtsrecht nur für die entscheidungserheblichen Aktenbestandteile gewährt wird, weshalb vorrangig die Rügen des Nachprüfungsantrages für die Reichweite der Akteneinsicht bestimmend sind³¹⁶.

In der Praxis wird allerdings der Geheimhaltungsschutz extrem ausgeweitet. Die Vergabebehörden bzw. die Vergabekammer fragen bei den betreffenden Bietern die konkreten zu sperrenden Teile des Angebotes ab. Dies ist regelmäßig fast das gesam-

³¹² Maier in Kulartz/Kus/Portz, § 114, Rdn. 12.

³¹³ Die Aufhebung der Ausschreibung ist deshalb auch als ultima ratio die Ausnahme, solange die Wiederholung einzelner Verfahrensschritte möglich ist.

³¹⁴ Siehe unten, 2.

³¹⁵ Dies schließt die Beigeladenen mit ein.

³¹⁶ Kus in Kulartz/Kus/Portz, § 111, Rdn. 10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.01.2009, Verg 67/98 – selbst Aktenbestandteile der Vergabestelle sind von der Akteneinsicht ausgenommen, wenn sie ein geheimhaltungsbedürftiges Sonerwissen (hier: weitergehende Planungen und Kaufinteressen) beinhalten.

te Angebot, da die Bieter bereits ein Geheimhaltungsinteresse bei den verwendeten Fabrikaten und den dortigen Preisen bekunden. Damit beschränkt sich die Einsichtnahme regelmäßig auf die Dokumentation der Vergabestelle und allgemeine Angaben der Angebote der jeweiligen Bieter.³¹⁷

(2) Kosten des Nachprüfungsverfahrens

Mit der Novellierung des GWB im Jahr 2009 wurde auch die Regelung über die Kosten einer grundlegenden Änderung unterworfen, die zukünftig voraussichtlich wesentlichen Einfluss auf die Entscheidung zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens haben wird.

Im Wesentlichen unverändert geblieben ist der Grundsatz, dass die Vergabekammer gemäß § 128 Abs. 1 GWB für ihre Tätigkeit Gebühren erheben darf, welche gemäß § 128 Abs. 3 GWB der unterliegende Beteiligte im Nachprüfungsverfahren zu tragen hat. Neu ist die Kostenregelung bei einer Rücknahme oder anderweitigen Erledigung³¹⁸ des Nachprüfungsantrages. Während vor der Novellierung in solchen Fällen gemäß § 128 Abs. 1 Satz 2 GWB a. F. i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 1 VwKostG grundsätzlich der Antragsteller die Kosten der Vergabekammer tragen musste (wenn auch gemäß § 128 Abs. 3 Satz 3 GWB a. F. nur eine um die Hälfte reduzierte Gebühr), was bspw. bei einer Abhilfeentscheidung der Vergabestelle unbillig ist³¹⁹, sieht § 128 Abs. 3 Satz 3 GWB nunmehr vor, dass die Entscheidung darüber, wer die Kosten der Vergabekammer zu tragen hat, nach billigem Ermessen erfolgt.

Gravierender sind jedoch die Kostentragungspflichten im Hinblick auf die Kosten der jeweiligen Beteiligten. § 128 Abs. 4 GWB a. F. regelte ursprünglich, dass der Antragsteller, soweit er obsiegt, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen erstattet erhält. Soweit der Antragsteller im Verfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der anderen Beteiligten zu ersetzen. Insbesondere eine Regelung für eine Kostentra-

³¹⁷ Eine Vielzahl von Fehlern ergibt sich aber gerade aus diesen Angebotsteilen (bspw. bei Fabrikats- und Materialangaben). Deshalb sollte die Einschränkung der Akteneinsicht etwas zurückhaltender ausgeübt werden.

³¹⁸ Bspw. wenn die Vergabestelle im Nachprüfungsverfahren die Forderungen des Bieters erfüllt und (wenn auch verspätet) doch noch abhilft.

³¹⁹ Weyand, Online-Kommentar 2009, Rdn. 4362.

gungspflicht bei einer Antragsrücknahme fehlte völlig, was die Antragsteller in die Lage versetzte, noch nach der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer den Nachprüfungsantrag (zwingend aber vor Bestandskraft einer Entscheidung³²⁰) zurückzunehmen, um so zumindest einen Aufwendungsersatz an die weiteren Verfahrensbeteiligten zu vermeiden³²¹. In der Neufassung des GWB ist gemäß § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB ausdrücklich die Kostentragungspflicht der zweckentsprechenden Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen geregelt. Diese Neuregelung des § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB kann nicht als durchweg gelungen bezeichnet werden. Die Regelung mag in Anbetracht der regelmäßig aufzuwendenden Kosten für Rechtsbeistände zwar sicherlich zu einer gewissen Kostengerechtigkeit führen, weil nicht einsehbar ist, dass „willkürlich“ Anträge auf Nachprüfung angestrengt werden, welche Kosten verursachen, die aber für die übrigen Beteiligten nicht erstattbar sind. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass die Möglichkeit der „kostengünstigen“ Antragsrücknahme auch ein Mittel der Verfahrenserleichterung und -straffung war. So erledigten sich bspw. im Jahr 2007 38,70 % der Nachprüfungsanträge durch Antragsrücknahme³²². Es steht hier zu erwarten, dass die Antragsrücknahmen zurückgehen, weil den Antragstellern das Motiv der Kosteneinsparung fehlt³²³.

Ein Faktor, der diese Überlegungen von Antragstellern sicherlich bis zu einem gewissen Grad aufrechterhalten wird, ist aber die mit § 128 Abs. 4 Satz 5 GWB getroffene Neuregelung. Hiernach findet vor der Vergabekammer keinerlei Kostenfestsetzungsverfahren mehr statt, sodass der im Verfahren Obsiegende auf dem Zivilrechtsweg die Kosten vom Unterliegenden einklagen muss. Ob Beteiligte eines Nachprüfungsverfahrens tatsächlich zusätzlich noch den Klageweg beschreiten, muss angezweifelt werden³²⁴.

³²⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.11.2009, Verg 35/09.

³²¹ So auch die Empfehlungen der Ausschüsse zum Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.06.2008, BR-Drs. 349/1/08, S. 38.

³²² So auch die Empfehlungen der Ausschüsse zum Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.06.2008, BR-Drs. 349/1/08, S. 38.

³²³ Hier muss die Statistik der Vergabekammern für das Jahr 2010 abgewartet werden, da im Jahr 2009 noch ein erheblicher Anteil von Nachprüfungsverfahren nach altem Recht erfolgt sein dürfte.

³²⁴ So auch Schwenker, IBR 2010, 112, der diese Gesetzesänderung als Katastrophe für die Praxis bezeichnet.

(3) Vorläufiger Rechtsschutz - Suspensivwirkung

Auch im Verfahren vor der Vergabekammer wird eine besondere Art des vorläufigen Rechtsschutzes³²⁵ gewährt. Dieser ist als Ausnahme zum gemäß § 115 Abs. 1 GWB gesetzlich normierten Suspensiveffekt geregelt. Auf schriftlich zu begründenden Antrag der Vergabestelle hin kann gemäß § 115 Abs. 2 S. 1 GWB die Vergabekammer vorab die Zuschlagserteilung gestatten³²⁶.

Die Vergabekammer entscheidet in einer umfassenden Interessenabwägung durch Beschluss, ob die Nachteile einer Hinauszögerung der Zuschlagserteilung bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren das Interesse des Bieters an der Fortführung des Nachprüfungsverfahrens überwiegen³²⁷. Wird in diesem Beschluss die vorzeitige Gestattung des Zuschlages zugelassen, darf die Vergabestelle diesen nach Ablauf von 2 Wochen ab Bekanntgabe des Beschlusses erteilen.

Ursprünglich nicht einheitlich beantwortet wurde dabei die Frage, inwieweit die Erfolgsaussichten der Hauptsache bei der Interessenabwägung Berücksichtigung finden³²⁸. Konsequenterweise muss allerdings auch die Erfolgsaussicht in der Hauptsache bei der Interessenabwägung eine Rolle spielen³²⁹. Einerseits gibt es keinen Unterschied zu anderen Arten des vorläufigen Rechtsschutzes im Verwaltungsverfahren, bei denen regelmäßig die Erfolgsaussichten in der Hauptsache berücksichtigt werden³³⁰. Außerdem würde die Nichtberücksichtigung der Erfolgsaussichten beispielsweise dann zu nicht tragbaren Ergebnissen führen, wenn dem Antrag für das

³²⁵ Allein die Tatsache, dass eine stattgebende Entscheidung auf eine sofortige Zuschlagserteilung gerichtet ist, lässt allerdings am vorläufigen Charakter der Maßnahme zweifeln. Der Antrag zielt auf eine Vorwegnahme der Hauptsache, welche grundsätzlich lediglich im absoluten Ausnahmefall möglich ist.

³²⁶ Es handelt sich um eine Möglichkeit, welche bei den Vergabestellen, meist unter Begründung auf verloren gehende Finanzierungsmittel, regelmäßig im Rahmen von Nachprüfungsverfahren beantragt wird. Mit der gleichen Regelmäßigkeit wird dieser Antrag von den Vergabekammern aber auch abgelehnt. Aufgrund der sehr weitreichenden Folgen wird von dieser Möglichkeit nur im absoluten Ausnahmefall Gebrauch gemacht.

³²⁷ VK Sachsen, Beschluss vom 12.02.2004, 1/SVK/164-03G; VK Bund, Beschluss vom 30.06.1999, VK 2-14/99.

³²⁸ Lück, Rdn. 232.

³²⁹ So auch OLG Jena, Beschluss vom 24.10.2003, 6 Verg 9/03; OLG Celle, VergabeR 2001, 338; a. A. VK Sachsen, Beschluss vom 12.02.2004, 1/SVK/164-03G; VK Bund, Beschluss vom 30.06.1999, VK 2-14/99.

³³⁰ Bereits in der Begründung zu § 131 des Entwurfes der Bundesregierung zum Vergaberechtsänderungsgesetz, BT-Drucks. 13/9340, S. 21, wird darauf verwiesen, dass der vorläufige Rechtsschutz vergleichbar gestaltet ist.

Nachprüfungsverfahren ersichtlich nur extrem wenig Erfolg beschieden sein wird³³¹. Dies deckt sich auch mit der Regelung des § 121 Abs. 1 S. 2 GWB, nach welcher das Beschwerdegericht ausdrücklich die Erfolgsaussichten mitzubersichtigen hat. Vereinzelt³³² wurde hierzu mit Verweis auf die Begründung zum Entwurf des Vergaberechtsänderungsgesetzes³³³ die Argumentation vertreten, dass das OLG (im Gegensatz zur Vergabekammer) deshalb auch die Erfolgsaussichten prüfen soll, weil „das Gericht auf den tatsächlichen Feststellungen und der Bewertung der Vergabekammer aufbauen“ kann. Diese Argumentation vermag jedoch nicht zu überzeugen. Nachdem nämlich die Vergabekammer nach dieser Meinung keinerlei Bewertungen oder Feststellungen zur Hauptsache treffen darf, kann das Gericht auch auf keine diesbezüglichen Feststellungen aufbauen.

Nunmehr wird in § 115 Abs. 1 GWB ausdrücklich erwähnt, dass die Vergabekammer auch die allgemeinen Aussichten des Antragstellers berücksichtigen soll.

(4) Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV (Art. 234 EGV)

Das Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte ist maßgeblich durch das Europarecht geprägt³³⁴. Insofern stellen sich naturgemäß Fragen, ob die Anwendung des nationalen Vergaberechts mit den europarechtlichen Vorgaben im Einklang steht³³⁵.

Die Vergabekammer³³⁶ ist zwar bspw. in Sachsen der Landesdirektion Leipzig und damit der Exekutive zugeordnet³³⁷, allerdings gerichtsähnlich³³⁸ organisiert und besetzt. Daher stellt die Vergabekammer ein Gericht³³⁹ gemäß Art. 267 AEUV (Art. 234 EGV) dar und hat die Möglichkeit, diese Fragen dem EuGH vorzulegen. Nach dieser Vorschrift entscheidet der EuGH im Vorabentscheidungsverfahren bei Fragen über die Auslegung des Vertrages, die Gültigkeit und Auslegung der Handlungen der

³³¹ So auch Schonebeck/Schwenker, Rdn. 654.

³³² Priß/Niestedt, S. 100.

³³³ Begründung zu § 131 des Entwurfes der Bundesregierung zum Vergaberechtsänderungsgesetz, BT-Drucks. 13/9340, S. 21.

³³⁴ Vgl. oben, B.

³³⁵ Priß/Niestedt, S. 125.

³³⁶ EuGH, Rs. C-54/96, Slg. 1997, I-4961; EuGH, Rs. C-103/97, Slg. I-551.

³³⁷ Portz in Kulartz/Kus/Portz, § 105, Rdn. 3.

³³⁸ Leinemann, Vergaberecht, Rdn. 82.

³³⁹ Boesen, NJW 1997, 3350 (3352) für die früheren Vergabeüberwachungsausschüsse gemäß § 57 c HGrG; Stickler in Reidt/Stickler/Glahs, § 124, Rdn. 15; Röwekamp in Kulartz/Kus/Portz, § 124, Rdn. 19.

Organe der Union sowie die Auslegung der Satzungen der durch den Rat geschaffenen Einrichtungen, soweit die Satzungen dies zulassen. Die vergaberechtlich wichtigste Art dürfte dabei die Befassung mit der Gültigkeit und Auslegung der Handlungen der Organe der Union sein, wozu beispielsweise Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen zählen³⁴⁰.

Der Anwendungsbereich des Vorabentscheidungsverfahrens beschränkt sich aber ausschließlich auf die Normen des Europarechts³⁴¹.

Voraussetzung für die Vorlage ist, dass die zu entscheidende Frage entscheidungserheblich ist. Dabei kann gemäß Art. 104 a VerfO EuGH eine Entscheidung im beschleunigten Verfahren beantragt werden, weil Vorlageverfahren sonst regelmäßig 1,5 Jahre dauern.³⁴²

cc) Rechtsmittelinstanz

(a) Grundsätzliches

Gegen die Entscheidungen der Vergabekammer, d. h. sowohl die Entscheidungen im vorläufigen Rechtsschutz als auch die Entscheidungen im „normalen“ Nachprüfungsverfahren (Hauptsache), ist gemäß § 116 GWB die sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht statthaft³⁴³. Zwar handelt es sich bei der Entscheidung der Vergabekammer um einen Verwaltungsakt; die Verweisung an das Oberlandesgericht (statt an ein Gericht des Verwaltungsrechtszuges) wurde aber aufgrund der Sachnähe, nämlich

- der Zuordnung des GWB zur Zivilgerichtsbarkeit,
- der Bewährung der Zuordnung in Kartellrechtsverfahren,
- der Tatsache, dass Schadensersatzansprüche zur Zivilgerichtsbarkeit zählen,

durch den Gesetzgeber ausdrücklich als abdrängende Sonderzuweisung³⁴⁴ gewählt³⁴⁵.

³⁴⁰ Priß/Niestedt, S. 125.

³⁴¹ EuGH, Rs 54/72, Slg. 1973, 193; EuGH, Rs. 77/72, Slg. 1973, 611.

³⁴² Kellersmann/Treisch, S. 64.

³⁴³ Dies betrifft auch die Kostenentscheidung der Vergabekammer.

³⁴⁴ Priß/Niestedt, S. 107.

³⁴⁵ Begründung zu § 131 des Entwurfes der Bundesregierung zum Vergaberechtsänderungsgesetz, BT-Drucks. 13/9340, S. 20.

Zusätzlich ist die sofortige Beschwerde gemäß § 116 Abs. 2 GWB auch dann zulässig, wenn die Vergabekammer nicht innerhalb der 5-Wochen-Frist (§ 113 Abs. 1 Satz 1 GWB) entscheidet³⁴⁶.

Die sofortige Beschwerde, welche gemäß § 118 Abs. 3 GWB das Zuschlagsverbot aus dem Hauptverfahren fortsetzt, ist gemäß § 117 Abs. 1 GWB binnen einer Notfrist von 2 Wochen einzulegen, wobei an die Beschwerde hohe formale Anforderungen gestellt werden³⁴⁷.

Einerseits ist der Beschwerde zwingend eine Begründung beizufügen³⁴⁸. Andererseits ist der Beschwerdeführer gemäß § 117 Abs. 4 GWB verpflichtet, sämtliche Beteiligten des Nachprüfungsverfahrens durch Übersendung einer Ausfertigung der Beschwerdefrist zu informieren³⁴⁹. Außerdem besteht für das Beschwerdeverfahren (im Gegensatz zum Nachprüfungsverfahren) gemäß § 117 Abs. 3 Satz 1 GWB Rechtsanwaltszwang.

Über die Beschwerde wird, ebenfalls nach mündlicher Verhandlung, durch Beschluss entschieden. Dabei ist aber, im Gegensatz zur Vergabekammer, das OLG an die Anträge der Parteien gebunden³⁵⁰, was sich wohl auch dadurch begründet, dass im Beschwerdeverfahren Anwaltpflicht³⁵¹ besteht.

Auch die Entscheidung des Oberlandesgerichts entfaltet Bindungswirkung für nachfolgende Schadensersatzprozesse vor den Zivilgerichten³⁵².

³⁴⁶ Sogenannte Untätigkeitsbeschwerde.

³⁴⁷ Dies begründet sich insbesondere aus der besonderen Eilbedürftigkeit der Vergabesachen.

³⁴⁸ Gemäß § 117 Abs. 1 GWB müssen beide (Beschwerdeantrag und Beschwerdebegründung) innerhalb der Frist bei Gericht eingehen.

³⁴⁹ Dies ist aber keine Zulässigkeits- bzw. Wirksamkeitsvoraussetzung. Vgl. BayObLG, VergabeR 2003, 675; OLG Stuttgart, NZBau 2000, 301; OLG Düsseldorf, NZBau 2000, 45.

³⁵⁰ Dies ergibt sich aus § 120 Abs. 2 GWB, welcher keine Regelung wie § 114 Abs. 1 S. 2 GWB enthält, wonach die Vergabekammer nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist.

³⁵¹ Nicht notwendigerweise durch einen beim OLG zugelassenen Anwalt.

³⁵² Siehe oben, b) bb) (a).

(b) Einzelprobleme**(1) Vorläufiger Rechtsschutz - Suspensivwirkung****(aa) Antrag auf Herstellung der aufschiebenden Wirkung**

Auch im Beschwerdeverfahren wird gemäß § 118 Abs. 1 Satz 1 GWB durch die Einlegung der Beschwerde ein Zuschlagsverbot ausgelöst. Beachtenswert ist allerdings, dass diese aufschiebende Wirkung gemäß § 118 Abs. 1 Satz 2 GWB 2 Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist entfällt. Der unterlegene Bieter oder auch der beigeladene Bieter³⁵³, nicht aber die Vergabestelle³⁵⁴, müssen daher zur Verhinderung eines vorzeitigen Zuschlages zusätzlich und ausdrücklich innerhalb der Frist des § 118 Abs. 1 Satz 2 GWB³⁵⁵ die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung beantragen³⁵⁶. Auch dieser Antrag unterliegt gemäß § 120 Abs. 1 GWB dem Anwaltszwang.

Das Oberlandesgericht entscheidet durch Beschluss nach einer summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten der Beschwerde, § 118 Abs. 2 Satz 1 GWB. Hält das OLG die Erfolgsaussichten für gegeben, schließt sich trotzdem gemäß § 118 Abs. 2 Satz 2 GWB eine umfassende Interessenabwägung an. Ist bei der Interessenabwägung kein eindeutiges Ergebnis feststellbar, wird dem Antrag stattgegeben³⁵⁷. Das OLG wird regelmäßig einer Verlängerung des Zuschlagsverbotes zustimmen³⁵⁸, wobei selbst bei geringen Erfolgsaussichten ohne Weiteres die Interessenabwägung zu Gunsten des Bieters ausfallen kann³⁵⁹.

(bb) Vorabentscheidung über den Zuschlag

Gelangt die Vergabekammer zu dem Ergebnis, dass ein Vergabeverstöß vorliegt, ist es Sache der Vergabestelle, sofortige Beschwerde einzureichen.

In diesem Fall kann die Vergabestelle ihrerseits, nicht aber die Beigeladene³⁶⁰, gemäß § 121 Abs. 1 GWB beantragen, den Zuschlag vorab zu erteilen.

³⁵³ OLG Koblenz, VergabeR 2003, 699; OLG Naumburg, ZfBR 2003, 830.

³⁵⁴ OLG Stuttgart, VergabeR 2001, 451.

³⁵⁵ OLG Naumburg, VergabeR 2003, 360; OLG Düsseldorf, VergabeR 2001, 162; a. A. Reidt/Stickler/Glahs, § 118, Rdn. 10.

³⁵⁶ § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB spricht ausdrücklich von einer Verlängerung der aufschiebenden Wirkung, weshalb eine Wiederherstellung nicht in Frage kommt.

³⁵⁷ OLG Naumburg, ZfBR 2003, 830; OLG Jena, VergabeR 2001, 52.

³⁵⁸ OLG Jena, VergabeR 2002, 488; OLG Stuttgart, NZBau 2002, 292.

³⁵⁹ OLG Naumburg, Beschluss vom 03.07.2009, 1 Verg 4/09.

³⁶⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.01.2003, Verg 67/02.

Ebenso wie bei einem Antrag zur Aufrechterhaltung der Zuschlagserteilung gemäß § 118 Abs. 2 GWB prüft das OLG zuvorderst summarisch die Erfolgsaussichten der Beschwerde und nimmt danach eine umfassende Interessenabwägung vor. Im Gegensatz zu § 118 Abs. 2 GWB sind die Oberlandesgerichte aber eher zurückhaltend mit einer vorzeitigen Zuschlagserteilung, weil bei derartigen Entscheidungen eine Vorwegnahme der Hauptsache erfolgt³⁶¹.

(2) Divergenzvorlage

Zur Vermeidung widersprechender Rechtsprechung unterschiedlicher OLGe haben die OLGe gemäß § 124 Abs. 2 GWB die Verpflichtung zur Vorlage beim Bundesgerichtshof³⁶². Vorzulegen ist, wenn das OLG von den tragenden Rechtssätzen³⁶³ einer Entscheidung eines anderen OLG aus einem Nachprüfungsverfahren abweichen will und die betreffende Rechtsfrage Entscheidungserheblichkeit besitzt³⁶⁴.

Vor der Abgabe an den BGH ist den Beteiligten rechtliches Gehör zu gewähren³⁶⁵. Allerdings lässt sich trotz dieser gesetzlichen Verpflichtung in der Praxis eine gewisse Zurückhaltung bei der Vorlage beobachten³⁶⁶.

(3) Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV (Art. 234 EGV)

Auch das OLG hat die Möglichkeit zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens. Im Unterschied zur Vergabekammer besteht aber für das OLG gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV (Art. 234 Abs. 3 EGV) die Pflicht zur Vorlage an den EuGH, weil die Entscheidung des OLG im konkreten Fall nicht mehr mit innerstaatlichen Rechtsmitteln angefochten werden kann.

2. Sekundärer Rechtsschutz

a) Einleitung

Unter sekundärem Rechtsschutz sind alle Rechtsschutzmöglichkeiten des Bieters zu verstehen, die dieser ergreifen kann, sofern die Handlungen der Vergabestelle aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht mehr rückgängig gemacht werden kön-

³⁶¹ Prieß/Niestedt, S. 121.

³⁶² BGH, ZIP 2002, 1460.

³⁶³ BGH, NZBau 2003, 337; OLG Brandenburg, VergabeR 2003, 469.

³⁶⁴ OLG Jena, VergabeR 2004, 106; OLG Koblenz, VergabeR 2003, 709.

³⁶⁵ BGH, NZBau 2003, 337.

³⁶⁶ Prieß/Niestedt, S. 124.

nen³⁶⁷. Sekundärrechtsschutz wird sich aufgrund der fehlenden Korrekturmöglichkeiten regelmäßig auf Schadensersatz oder die Feststellung einer Rechtsverletzung zur Vorbereitung von Schadensersatz richten³⁶⁸.

Die faktisch einzige Art von irreversiblen Handlungen ist der erfolgte Zuschlag, sofern dieser nicht aufgrund eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gemäß § 134 BGB nichtig ist. Als gesetzliche Verbote kommen insoweit insbesondere die Zuschlagsverbote des § 115 Abs. 1 sowie des § 118 Abs. 1 GWB in Betracht.

Der Bieter begehrt im Rahmen des sekundären Rechtsschutzes daher nicht die Beseitigung der fehlerhaften Handlung, also das Verbot des Zuschlages an einen anderen Bieter und die Verpflichtung zum Zuschlag auf das eigene Angebot. Ziel des sekundären Rechtsschutzes ist vielmehr der Ersatz des durch die Nichterteilung des Zuschlages beim klagenden Bieter entstandenen Schadens.

Für derartige Schadensersatzklagen ist, unabhängig von der jeweiligen Anspruchsgrundlage, gemäß § 104 Abs. 2 Satz 2 GWB der Zivilrechtsweg eröffnet.

b) Besondere vergaberechtliche Schadensersatzansprüche

aa) Schadensersatzanspruch gemäß § 126 GWB

Oberhalb der Schwellenwerte gewährleistet § 126 GWB als selbstständige Anspruchsgrundlage³⁶⁹ einen besonderen gesetzlichen Schadensersatzanspruch und setzt damit die europäischen Forderungen aus Art. 2 Abs. 1 c der Richtlinie 89/665/EWG und Art. 2 Abs. 7 der Richtlinie 92/13/EWG um³⁷⁰.

Der Schadensersatzanspruch gemäß § 126 GWB ist nicht auf den Ersatz des positiven Interesses, sondern lediglich auf Ersatz des Vertrauensschadens (negatives Interesse³⁷¹)³⁷² gerichtet. Das heißt, ersetzt werden ausschließlich die Kosten für die Er-

³⁶⁷ Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, § 102, Rdn. 4; Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, S. 142; Dähne, NZBau 2003, 489 (489).

³⁶⁸ Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, § 102, Rdn. 4; Motzke/Pietzcker/Prieß, Syst IV, Rdn. 2; Hertwig, Rdn. 317; Weyand, Rdn. 1460.

³⁶⁹ VK Südbayern, Beschluss vom 08.02.2002, 41-11/01; KG Berlin, NZBau 2004, 167.

³⁷⁰ Kulartz/Kus/Portz, § 126, Rdn. 2; Prieß/Niestedt, S. 164.

³⁷¹ Heinrichs, in Palandt, Vorb. § 249, Rdn. 17.

³⁷² Reidt/Stickler/Glahs, § 126, Rdn. 2; Heiermann/Zeiss/Kullack/Blaufuß, § 126, Rdn. 1; Alexander, WRP 2004, 700 (702).

stellung des Angebotes oder auch der Teilnahme am Vergabeverfahren. Deshalb wird die Bedeutung des § 126 GWB auch als eher gering eingeschätzt³⁷³.

Anspruchsberechtigt ist nur ein Bieter, der sich auch am Vergabeverfahren beteiligt hat. Voraussetzung für einen erfolgreichen Schadensersatzanspruch ist außerdem, dass die Vergabestelle gegen eine den Schutz des Bieters bezweckende Vorschrift (nicht nur eine reine Ordnungsvorschrift oder eine Vorschrift, die lediglich haushaltsrechtliche oder wirtschaftspolitische Zwecke verfolgt³⁷⁴)³⁷⁵ verstoßen hat und dass der Bieter eine echte Chance auf den Zuschlag hatte. Daraus folgt, dass ein Schadensersatzanspruch ausscheidet, wenn der Bieter auch bei rechtmäßigem Verhalten des Auftraggebers keine echte Zuschlagschance gehabt hat³⁷⁶.

Allerdings muss der Rechtsverstoß der Vergabestelle nicht notwendig schuldhaft³⁷⁷ erfolgt sein, weil dies gemäß dem Wortlaut des § 126 GWB ausdrücklich nicht erforderlich ist.

§ 126 GWB ist aber keine abschließende Regelung für die Geltendmachung von Schadensersatz, sondern gibt dem Bieter gemäß Satz 2 das Recht zur Geltendmachung weitergehender Ansprüche, also auch auf die Geltendmachung entgangenen Gewinns³⁷⁸ (positives Interesse³⁷⁹). Denkbar sind hier insbesondere Ansprüche aus vorvertraglichem Vertrauensverhältnis³⁸⁰ gemäß § 311 Abs. 2 i. V. m. § 280 BGB, vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB, aus deliktischer Handlung bei Verletzung eines Schutzgesetzes gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. konkreten Schutzgesetzen sowie gemäß § 33 i. V. m. § 20 Abs. 1 GWB wegen Verstoßes gegen Bestimmungen des GWB, welche den Schutz eines anderen betreffen.

³⁷³ Alexander, WRP 2004, 700 (702); OLG Düsseldorf, NZBau 2003, 459 (461).

³⁷⁴ Heiermann/Zeiss/Kullack/Blaufuß, § 126, Rdn. 9; Kulartz/Kus/Portz, § 126, Rdn. 9.

³⁷⁵ Die Rechtsprechung hat sich nur punktuell mit dieser Thematik befasst. Übersicht über von der Rechtsprechung anerkannte bieterschützende Regelungen bei Weyand, Rdn. 823.

³⁷⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.06.2006, Verg 2/06; Leinemann, Rdn. 335; Reidt/Stickler/Glahs, § 126, Rdn. 18; Alexander, WRP 2004, 700 (702).

³⁷⁷ BGH, Urteil vom 27.11.2007, X ZR 18/07; a. A. Alexander, WRP 2004, 700 (703); Stockmann in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 126, Rdn. 9.

³⁷⁸ Weyand, Rdn. 1460.

³⁷⁹ Heinrichs in Palandt, Vorb. § 249, Rdn. 16.

³⁸⁰ C. i. c. (culpa in contrahendo).

bb) Schadensersatzanspruch gemäß § 125 GWB

Nicht unerwähnt bleiben darf § 125 GWB, welcher dem Antragsgegner des Nachprüfungsverfahrens, also der Vergabestelle, sowie auch den übrigen Beteiligten am Vergabeverfahren, d. h. den Beigeladenen, einen Schadensersatzanspruch wegen Missbrauchs des Antrags- und Beschwerderechts im Nachprüfungsverfahren einräumt. Die Schadensersatzansprüche, welche als Korrektiv zu den sehr umfangreichen Rechtsschutzmöglichkeiten des Bieters dienen³⁸¹, sollen verhindern, dass ein konkurrierender Bieter leichtfertig diese Möglichkeiten einsetzt und durch die zwangsläufig eintretende Verzögerung der Vergabeentscheidung erhebliche Kosten verursacht³⁸².

§ 125 GWB beinhaltet 2 mögliche Anspruchsgrundlagen:

Den konkreten Missbrauchstatbestand für die leichtfertige und missbräuchliche Verfahrensführung des Antragstellers im Nachprüfungsverfahren erfasst § 125 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 BGB. Dieser ist als spezielle Ausprägung der sittenwidrigen Schädigung gemäß § 826 GWB sowie des Prozessbetruges gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB zu sehen³⁸³. Voraussetzung ist hier zuvorderst, dass sich der Nachprüfungsantrag bzw. auch die sofortige Beschwerde als „von Anfang an ungerechtfertigt“ erweist, was bereits bei jeder Abweisung eines Nachprüfungsantrages oder der weitergehenden Beschwerde anzunehmen ist. Zusätzlich ist allerdings erforderlich, dass besondere Umstände hinzutreten, die den Antrag als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen. Diese sind beispielhaft in § 125 Abs. 2 GWB dargestellt und erstrecken sich einerseits auf ein Verhalten wie vorsätzliche oder grob fahrlässige Falschangaben im Nachprüfungsverfahren sowie andererseits auf die konkrete Absicht des Antragstellers zu Behinderung oder Schädigung von Konkurrenten oder der Vorteilserlangung durch eine spätere Antragsrücknahme. Dieses Missbrauchselement beinhaltet insoweit als subjektives Element ein vorsätzliches bzw. (im Falle der Falschangabe) grob fahrlässiges Verhalten des Antragstellers.

Demgegenüber gibt § 125 Abs. 3 GWB die Schadensersatzmöglichkeit, wenn sich eine vorläufige Entscheidung der Vergabekammer als von Anfang an ungerechtfertigt

³⁸¹ Begründung zu § 134 des Regierungsentwurfes zum GWB, BT-Drucks. 13/9340; Glahs, in: Reidt/Stickler/Glahs, § 125, Rdn. 2.

³⁸² Glahs in: Reidt/Stickler/Glahs, § 125, Rdn. 2.

³⁸³ Begründung zu § 134 des Regierungsentwurfes zum GWB, BT-Drucks. 13/9340.

tigt erweist. Dieser Anspruch ist § 945 ZPO³⁸⁴ nachgebildet. Ein subjektives (Missbrauchs-)Element ist für den Schadensersatzanspruch nicht erforderlich. Vielmehr reicht es aus, wenn, aus der rückschauenden Sicht eines objektiven Betrachters, die Voraussetzungen der angeordneten Maßnahme tatsächlich oder rechtlich gefehlt haben³⁸⁵ und die Anordnung durch leichte Fahrlässigkeit³⁸⁶ des antragstellenden Bieters veranlasst ist. Das Zuschlagsverbot ist allerdings nicht von § 125 Abs. 3 GWB erfasst, weil dieses nicht auf einer vorläufigen Maßnahme begründet ist. Es geht vielmehr um Maßnahmen der Vergabekammer im Sinne von § 115 Abs. 3 GWB³⁸⁷, welche Rechte betreffen, die auf andere Weise als durch einen Zuschlag gefährdet sind³⁸⁸.

Die Schadensersatzansprüche des § 125 GWB sind ihrer Natur nach deliktische Ansprüche, weshalb jeweils ergänzend die §§ 823 ff. BGB anzuwenden sind.³⁸⁹

Diese sind insoweit in einem separaten Verfahren vor den Zivilgerichten geltend zu machen³⁹⁰. Dies hat aber auch zur Folge, dass der Anspruchsteller zuvorderst die hohen Ansprüche an die Darlegungs- und Beweislast zu erfüllen hat³⁹¹.

Wohl auch aus diesem Grund haben Schadensersatzansprüche aus § 125 GWB (ähnlich wie auch aus § 945 ZPO) eher keine praktische Bedeutung erlangt³⁹².

³⁸⁴ § 945 ZPO regelt die Schadensersatzpflicht, sofern eine Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung als unbegründet aufgehoben wird und aus der Vollziehung der Anordnung ein Schaden entstanden ist.

³⁸⁵ Verfürth in: Kulartz/Kus/Portz, § 125, Rdn. 23.

³⁸⁶ Ingenstau/Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 125, Rdn. 13; a. A. Verschuldensunabhängigkeit, Dippel in: Heiermann/Zeiss/Kullack/Blaufuß, § 125, Rdn. 25; Kulartz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, § 125, Rdn. 14; Glahs in: Reidt/Stickler/Glahs, § 125, Rdn. 16.

³⁸⁷ Beispiele in Ingenstau/Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 115, Rdn. 10.

³⁸⁸ Ingenstau/Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 125, Rdn. 12.

³⁸⁹ Glahs in: Reidt/Stickler/Glahs, § 125, Rdn. 31; Begründung zu § 134 des Regierungsentwurfes zum GWB, BT-Drucks. 13/934; a. A. (eher spezielle Ausprägung des Anspruches aus c. i. c.) Gröning in: Motzke/Pietzcker/Prieß, § 125, Rdn. 3.

³⁹⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.02.2002, Verg 33/01; Kulartz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, § 125, Rdn. 5.

³⁹¹ Leinemann, S. 84; VK Sachsen, Beschluss vom 21.03.2002, 1/SVK/011-02 (für § 125 Abs. 3 GWB).

³⁹² Glahs in: Reidt/Stickler/Glahs, § 125, Rdn. 2; Prieß/Niestedt, S. 178.

c) Sonstige vergaberechtliche Schadensersatzansprüche

aa) Anspruch aus culpa in contrahendo gemäß § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. § 311 Abs. 2 BGB

Verletzt die Vergabestelle ihre aus dem Vertrauensverhältnis zum Bieter resultierenden Pflichten schuldhaft, steht diesem ein Schadensersatzanspruch zu, welcher sich auf den Ausgleich sowohl des positiven als auch des negativen Interesses richten kann.

Voraussetzung für einen Anspruch aus c. i. c. ist dabei das Bestehen eines vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses zwischen Bieter und Vergabestelle, welches zwischen beiden Parteien Schutz-, Rücksichts- und Vertrauenspflichten begründet³⁹³.

Die Teilnahme an einem Vergabeverfahren lässt grundsätzlich zwischen Auftraggeber und dem einzelnen Bieter ein derartiges vertragsähnliches Vertrauensverhältnis entstehen³⁹⁴, wobei dies unabhängig von den Regelungen des GWB ist, also bspw. auch bei Vergaben von Privatpersonen oder unterhalb der Schwellenwerte³⁹⁵ gilt. Dieses kann aber erst entstehen, wenn ein Kontakt mit dem Ziel eventueller späterer vertraglicher Beziehungen aufgenommen wird³⁹⁶. Damit wird spätestens mit der Abforderung der Ausschreibungsunterlagen von der Vergabestelle zwischen dieser und dem Bieter ein vorvertragliches Schuldverhältnis begründet³⁹⁷. Ein nicht am Vergabeverfahren beteiligter Bieter, was auch den Fall betrifft, dass die Vergabestelle von vornherein nur mit einem anderen Bieter Vertragsverhandlungen führt, kann sich insoweit nicht auf ein bestehendes vorvertragliches Vertrauensverhältnis berufen³⁹⁸. Dies gilt im Übrigen auch, wenn der öffentliche Auftrag völlig ohne Ausschreibung direkt vergeben wird (sogenannte de-facto-Vergabe)³⁹⁹.

³⁹³ BGH, Urteil vom 07.06.2005, X ZR 19/02; OLG Thüringen, Urteil vom 27.02.2002, 6 U 360/01; OLG Düsseldorf, Urteil v. 25.01.2006 – Az.: 2 U (Kart) 1/05.

³⁹⁴ BGH, Urteil vom 03.10.1985, III ZR 60/84; BGH, Urteil vom 25.11.1992, VII ZR 170/91; BGH, Urteil vom 08.09.1998, X ZR 99-96; BGH, Urteil vom 26.10.1999, X ZR 30/98; BGH, Urteil vom 16.12.2003, X ZR 282/02; BGH, Urteil vom 03.04.2007, X ZR 19/06.

³⁹⁵ Prieß/Niestedt, S. 170; Lederer in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A Einl., Rdn. 21; OLG Stuttgart, Urteil vom 09.02.2010, 10 U 76/09.

³⁹⁶ Ingenstau/Korbion, VOB, Einl., Rdn. 52.

³⁹⁷ Boesen, NJW 1997, 345; OLG Düsseldorf, BauR 1986, 107, Schumacher, S. 122; BGH, Urteil vom 07.06.2005, X ZR 19/02; OLG Thüringen, Urteil vom 27.02.2002, 6 U 360/01; OLG Düsseldorf, Urteil v. 25.01.2006 – Az.: 2 U (Kart) 1/05; a. A. Kulartz/Kus/Portz, § 126, Rdn. 44 (bereits mit Bekanntmachung der Vergabeabsicht).

³⁹⁸ Schumacher, S. 123, Dähne, NZBau 2003, 489 (490).

³⁹⁹ Motzke/Pietzcker/Prieß, Syst V, Rdn. 70; Prieß/Niestedt, S. 172.

Weitere Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch ist die Verletzung eines schutzwürdigen Vertrauens des Bieters, welches darauf gerichtet ist, dass die einschlägigen Vorschriften des Vergabeverfahrens beachtet werden⁴⁰⁰. Diese Schutzwürdigkeit entfällt aber einerseits, wenn der Bieter selbst ein Erfordernis für ein faires Verfahren nicht eingehalten hat, was bspw. bei Abgabe eines durch Veränderung der ausgeschriebenen Leistung nicht vergleichbaren und damit zwingend auszuschließenden Angebotes⁴⁰¹ vorliegen würde. Andererseits kann sich ein Bieter dann nicht auf seine Schutzwürdigkeit berufen, wenn sich ihm die ernsthafte Gefahr eines Regelverstößes aufdrängen musste oder sogar bekannt war⁴⁰².

Begeht die Vergabestelle eine schuldhaftige Pflichtverletzung, führt sie also das Vergabeverfahren unter Verstoß gegen die Vergabevorschriften durch⁴⁰³, kann der Bieter zuvorderst die Erfüllung des negativen Interesses verlangen. Diesen Vertrauensschaden erlangt jedoch nicht generell jeder Bieter, im Regelfall ist eine reelle Zuschlagschance für den Bieter Voraussetzung⁴⁰⁴. Ein hiervon abweichender Fall ist aber im Einzelfall möglich, bspw. wenn die Vergabestelle nicht auf Umstände hinweist, die eine Erteilung des Zuschlages generell in Frage stellen⁴⁰⁵.

Für ein erfolgreiches Begehren auf Ersatz des positiven Interesses ist darüber hinaus Voraussetzung, dass der Zuschlag tatsächlich erteilt wurde, weil kein allgemeiner Anspruch auf Zuschlagserteilung existiert⁴⁰⁶. Dieser Fall kann insoweit nur dann angenommen werden, wenn der betreffende Auftrag unter Verstoß gegen die Vergaberegeln an den falschen Bieter tatsächlich erteilt wurde⁴⁰⁷.

⁴⁰⁰ BGH, Urteil vom 08.09.1998, X ZR 99/96; BGH, Urteil vom 16.12.2003, X ZR 282/02; Vavra in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, § 2, Rdn. 58.

⁴⁰¹ BGH, Urteil vom 16.04.2002, X ZR 67/00; BGH, Urteil vom 07.06.2005, X ZR 19/02.

⁴⁰² BGH, Urteil vom 27.06.2007, X ZR 34/04; BGH, Urteil vom 03.06.2004, X ZR 30/03; KG, Urteil vom 14.08.2003, 27 U 264/02.

⁴⁰³ Kulartz/Kus/Portz, § 126, Rdn. 44.

⁴⁰⁴ BGH, Urteil vom 08.09.1998, X ZR 99-96.

⁴⁰⁵ BGH, Urteil vom 27.06.2007, X ZR 34/04 (für eine unterbliebene Belehrung, wonach im vorangegangenen Teilnahmewettbewerb ein Nachprüfungsantrag gestellt ist); BGH, Urteil vom 27.11.2007, X ZR 18/07, Rdn. 35.

⁴⁰⁶ Prieß/Niebuhr, S. 174; Kulartz/Kus/Portz, § 126, Rdn. 60.

⁴⁰⁷ Kulartz/Kus/Portz, § 126, Rdn. 55.

Der Anspruch auf Schadensersatz ist darüber hinaus dann ausgeschlossen, wenn sich der Auftraggeber mit dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens exkulpert, er also nachweist, dass der Schaden auch bei rechtmäßigem Verhalten eingetreten wäre⁴⁰⁸.

Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches erfolgt generell vor den ordentlichen Gerichten, wobei diese nicht an Entscheidungen der Vergabepflichtstelle oder der Aufsichtsbehörde, sondern lediglich gemäß § 124 Abs. 1 GWB an die rechtskräftigen Entscheidungen der Vergabekammer bzw. Vergabesenate gebunden sind⁴⁰⁹. Im Übrigen unterliegt der Anspruch des Bieters aber den Grundsätzen des Zivilprozesses, d. h., der Bieter trägt die volle Darlegungs- und Beweislast. Eine volle Nachweisführung ist dem Bieter in der Praxis dabei nur selten möglich, dies betrifft insbesondere die Tatsache, dass der Zuschlag dem Bieter bei ordnungsgemäßer Durchführung des Verfahrens erteilt worden wäre⁴¹⁰. Allerdings muss der Bieter nicht beweisen, dass der öffentliche Auftraggeber schuldhaft gehandelt hat, weil die Rechtsprechung aus § 280 Abs. 1 S. 2 BGB eine Beweislastumkehr hinsichtlich des Verschuldens bestätigt hat⁴¹¹.

bb) Anspruch aus deliktischer Handlung gemäß § 823 Abs. 1 BGB

Grundsätzlich kann darüber hinaus die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruches gemäß § 823 Abs. 1 BGB bestehen.

Hierfür ist aber die Verletzung eines absoluten Rechts des Bieters erforderlich, wofür im Rahmen eines Vergabeverfahrens ausschließlich der Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Frage kommt.⁴¹² Voraussetzung eines derartigen Anspruches ist aber, dass der Eingriff neben der Rechtswidrigkeit auch betriebsbezogen ist⁴¹³. Nachdem sich Rechtsverstöße im Vergabeverfahren jedoch regelmä-

⁴⁰⁸ BGH, Urteil vom 25.11.1992, VIII ZR 170/91 (für eine Aufhebung der Ausschreibung bei Kenntnis der Pflichtwidrigkeit).

⁴⁰⁹ Kulartz/Kus/Portz, § 126, Rdn. 55.

⁴¹⁰ Boesen, NJW 1997, 345 (349); Ingenstau/Korbion, Einl., Rdn. 69; Dähne, NZBau 2003, 489 (490).

⁴¹¹ Glahs, in: Reidt/Stickler/Glahs, § 126, Rdn. 49; Jäckle, NJW 1990, 2520 (2525).

⁴¹² Zeiss in: Heiermann/Zeiss/Kullack/Blaufuß, § 126, Rdn. 42; Verfürth in: Kulartz/Kus/Portz, § 126, Rdn. 66; Schumacher, S. 127.

⁴¹³ BGH, Beschluss vom 10.12.2002, VI ZR 171/02; BGH, Urteil vom 21.11.2000, VI ZR 231/99; BGH, Urteil vom 18.01.1983, VI ZR 270/80.

ßig nicht gegen ein Unternehmen in seiner Gesamtheit richten, kommt eine Verletzung im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB nur bei einer sich direkt auf das Unternehmen beziehenden Vergabesperre in Betracht⁴¹⁴.

Einem Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB kommt insoweit praktisch keine Bedeutung zu.⁴¹⁵

cc) Anspruch aus deliktischer Handlung bei Verletzung eines Schutzgesetzes gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Schutzgesetz

Der Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Schutzgesetz setzt zuvorderst die Verletzung eines Schutzgesetzes voraus. Unter Schutzgesetzen sind sämtliche Rechtsnormen zu sehen, welche nicht nur dem Schutz der Allgemeinheit, sondern auch dem Schutz des Einzelnen oder eines abgrenzbaren Personenkreises vor einer Rechtsverletzung dienen sollen.⁴¹⁶ Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber mit der jeweiligen Norm zumindest erkennbar die Schaffung eines individuellen Schadensersatzanspruches erstrebt haben muss.⁴¹⁷

Als Schutzgesetze kommen dabei insbesondere die Vergabevorschriften der VOB/A in Frage. Diese Schutzgesetzqualität wurde der VOB/A ursprünglich⁴¹⁸ abgesprochen, weil sie lediglich im Innenverhältnis der öffentlichen Auftraggeber als Verwaltungsvorschrift ohne unmittelbare Rechtswirkung nach außen zu qualifizieren war.⁴¹⁹ Selbst nach Inkrafttreten der §§ 57 a – c HGrG war eine Schutznormqualität der VOB/A umstritten und wurde überwiegend abgelehnt, weil die §§ 57 a – c HGrG

⁴¹⁴ OLG Koblenz, Urteil vom 03.02.1988, 1 U 594/87; OLG Stuttgart, WuW/E 1421; Schnorbus, BauR 1999, 77 (82); Pietzcker, NVwZ 1983, 121 (124); Glahs in: Reidt/Stickler/Glahs, § 126, Rdn. 49; Kreßner, S. 144; a. A. Schumacher, S. 128, wonach ein willkürlicher Ausschluss vom Vergabeverfahren ausreicht.

⁴¹⁵ Glahs, in: Reidt/Stickler/Glahs, § 126, Rdn. 57; Schnorbus, BauR 1999, 77; Verfürth, in: Kurlartz/Kus/Portz, § 126, Rdn. 67; Schäfer, S. 55; Pietzcker, NVwZ 1983, 121 (124); a. A. Elverfeld, S. 168.

⁴¹⁶ KG, Beschluss vom 31.05.1995, Kart. W 3259/95; Ruthig, DÖV 1995, 539 (544).

⁴¹⁷ BGH, Urteil vom 27.11.1963, V ZR 201/61; BGH, Urteil vom 08.06.1976, VI ZR 50/75.

⁴¹⁸ Vor dem Inkrafttreten der §§ 57 a – c HGrG.

⁴¹⁹ BGH, VersR 1965, 764; BGH, NJW 1980, 180; BGH, Urteil vom 21.11.1991, VII ZR 203/90; OLG Nürnberg, Urteil vom 18.09.1985, 4 U 3597/84; Vygen in: Ingenstau/Korbion, Einl., Rdn. 83; Kreßner, S. 143.

gerade „individuelle, einklagbare Rechtsansprüche der Bieter nicht entstehen“⁴²⁰ lassen sollten⁴²¹. Erst mit Inkrafttreten des VgRÄG haben Bieter oberhalb der Schwellenwerte gemäß § 97 Abs. 7 GWB Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren, was die VOB/A mit einbezieht. Der Gesetzgeber hat damit dem Bieter auch subjektive Rechte zuerkannt, sodass bieterschützenden Normen ein Schutznormcharakter zuerkannt werden muss.⁴²²

Allerdings wird sich ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Schutzgesetz nur in Ausnahmefällen umsetzen lassen, weil auch hier die oben⁴²³ dargestellten Darlegungs- und Beweisprobleme bestehen. Zusätzlich wird häufig der Fall vorliegen, dass die Vergabestelle die Ausschreibung nicht selbst bearbeitet hat, sondern sich eines Ingenieurbüros als Verrichtungsgehilfen bediente. In diesen Fällen wird die Vergabestelle häufig gemäß § 831 Abs. 1 BGB den Entlastungsbeweis führen können.

dd) Anspruch aus sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB

Zumindest theoretisch kann sich ein übergangener Bieter auch eines Schadensersatzanspruches durch sittenwidrige Schädigung gemäß § 826 BGB berühen.

Dies würde aber bedeuten, dass die Vergabestelle dem Bewerber in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt. Dies wäre beispielsweise denkbar, wenn die Vergabestelle und ein konkurrierender Bieter planmäßig zusammenwirken, um die Auftragserteilung an den Bieter mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu vereiteln⁴²⁴.

⁴²⁰ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Haushaltsgrundsatzgesetzes, BT-Drucks. 12/4636, S. 12.

⁴²¹ KG, Urteil vom 10.04.1995, Kart U 7605/94; KG Beschluss vom 31.05.1995, Kart W 3259/95; Vygen in: Ingenstau/Korbion, Einl., Rdn. 85; Portz, ZVgR 1998, 596; Schnorbus, BauR 1999, 77 (83); Schäfer, S. 56; Kreßner, S. 143; a. A. Schumacher, S. 129; Hösch, BayVBl 1997, 193 (200); Ruthig, DÖV 1997, 539 (544); Noch, Diss., S. 207.

⁴²² So etwa Vygen in: Ingenstau/Korbion, Einl., Rdn. 85; Motzke in: Motzke/Pietzcker/Prieß, Sys V, Rdn. 288; Glahs in: Reidt/Stickler/Glahs, § 126, Rdn. 56; Prieß/Niestedt, S. 176; Sterner, S. 133; OLG Stuttgart, Urteil vom 11.08.2002, 2 U 240/01 (unter Einschränkung nur auf den Oberschwellenbereich); a. A. Schnorbus, BauR 1999, 77 (85); Buhr, S. 231; LG Frankfurt/Oder, Urteil vom 14.11.2007, 13 O 360/07.

⁴²³ Vgl. oben, aa).

⁴²⁴ Dies müsste man schon dann bejahen, wenn ein konkurrierender Bieter den Zuschlag aufgrund von Bestechung oder internen Informationen erlangt.

Derartige Fälle sind aber in der Praxis nur sehr selten und äußerst schwer beweisbar⁴²⁵ und damit faktisch nicht durchsetzbar.

ee) Anspruch wegen Verstoßes gegen Bestimmungen des GWB gemäß § 33 i. V. m. § 20 Abs. 1 GWB

Als weitere Anspruchsgrundlage für Schadensersatz kommt § 33 i. V. m. § 20 Abs. 1 GWB in Betracht.

Voraussetzung hierfür ist aber gemäß § 20 Abs. 1 GWB, dass einem marktbeherrschenden Unternehmen bzw. einer Vereinigung dieser Unternehmen diskriminierendes Verhalten im Sinne der kartellrechtlichen Bestimmungen vorzuwerfen ist.

Eine marktbeherrschende Stellung kann jedoch nicht allein aus der Tatsache bejaht werden, dass ein öffentlicher Auftraggeber tätig wird⁴²⁶. Bereits im Hinblick darauf ist man auf eine Einzelfallbetrachtung angewiesen.⁴²⁷ Nachdem unter einer marktbeherrschenden Stellung eine monopolartige Funktion bezogen auf den gesamten Markt zu verstehen ist⁴²⁸, kann der einzelne öffentliche Auftraggeber regelmäßig dieses Erfordernis gar nicht erfüllen.⁴²⁹ Der einzelne öffentliche Auftraggeber ruft zwar im Rahmen einer Ausschreibung Bauleistungen für einzelne Bauvorhaben ab, eine Marktbeherrschung liegt hierin aber durch die Vorhabenbezogenheit des jeweiligen Bauvorhabens nicht.

Diesbezüglich muss auch beachtet werden, dass nicht jeder Vergabeverstoß einen Verstoß im Sinne des § 33 i. V. m. § 20 Abs. 1 GWB darstellt⁴³⁰. Hier kommen lediglich die Vergaberegeln in Betracht, welche sich gegen willkürlich diskriminierende Verhaltensweisen richten⁴³¹, also beispielsweise die ausschließliche Zulassung nur deutscher Bieter. Andererseits wäre der gänzliche Verzicht auf die Vorabin-

⁴²⁵ Glahs, in: Reidt/Stickler/Glahs, § 126, Rdn. 60; Schäfer, S. 57; Noch, Diss., S. 206.

⁴²⁶ Glahs, in: Reidt/Stickler/Glahs, § 126, Rdn. 59; Rittner, S. 59; Sterner, S. 72; Noch, Diss., S. 218.

⁴²⁷ Noch, Diss., S. 217.

⁴²⁸ Kreßner, S. 143.

⁴²⁹ Sterner, S. 84; Buhr, S. 232; a. A. Spießhofer/Sellmann, VergabeR 2007, 159 (165).

⁴³⁰ Glahs, in: Reidt/Stickler/Glahs, § 126, Rdn. 59; BGH, BauR 1992, 221; OLG Düsseldorf, BauR 1999, 241.

⁴³¹ Spießhofer/Sellmann, VergabeR 2007, 159 (165).

formation im Sinne des § 13 VgV nicht diskriminierend, weil sämtliche Bieter zwar vergaberechtswidrig, aber gleich behandelt werden.

Im Ergebnis dürfte nur in sehr wenigen Fällen eine Chance auf Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches im Sinne des § 33 i. V. m. § 20 Abs. 1 GWB bestehen.⁴³²

3. Zwischenergebnis

Der sekundäre Rechtsschutz⁴³³ ist im Bereich oberhalb der Schwellenwerte umfangreich ausgeprägt und lässt vielfältige Anspruchsgrundlagen zu. Für den Bieter praktisch durchsetzbar dürften aber allein wegen der schwierigen prozessualen Nachweisbarkeit nur die Ansprüche aus § 126 GWB und § 280 Abs. 1 i. V. m. § 311 Abs. 2 BGB sein. Hier sind zumindest für die Nachweisbarkeit eines Vergabeverstößes das Akteneinsichtsrecht des § 111 GWB und die Bindungswirkung des § 124 Abs. 1 GWB von entscheidendem Vorteil. Hinzu kommt, dass für Ansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB⁴³⁴ die Rechtsprechung im Hinblick auf das Verschulden eine Beweislastumkehr anerkennt⁴³⁵, welche für alle weiteren Ansprüche nicht greift. Der Bieter wird insoweit regelmäßig bei den übrigen Anspruchsgrundlagen spätestens bei der Beweisbarkeit des Verschuldens scheitern. Trotz der Beweiserleichterung wird der Bieter aber insbesondere nicht von seiner Darlegungslast befreit, er muss also die entscheidungserheblichen Tatsachen vollständig vortragen. Die hierfür erforderlichen Informationen sind in der Praxis, selbst unter Berücksichtigung eines Akteneinsichtsrechtes, nur schwer beschaffbar, weil durch die Geheimhaltungsinteressen der übrigen Bieter und die dadurch nur eingeschränkt gewährte Akteneinsicht⁴³⁶ insbesondere Fehler in den Angeboten der übrigen Bieter gar nicht bekannt werden. Eine Vielzahl von vergaberechtlichen Fehlentscheidungen, bspw. die Wertung fehlerhafter

⁴³² So auch Buhr, S. 232.

⁴³³ Nach Darbighausen/Sronka, VergabeR 2006, 462 (462) gehört hierzu auch das „Anschwärzen der Vergabestelle beim Zuschussgeber“.

⁴³⁴ Ebenso wie bei einem Schadensersatzanspruch nach § 282 BGB, für den aber zusätzlich noch das Tatbestandsmerkmal der Unzumutbarkeit der Leistung dargelegt und bewiesen werden muss.

⁴³⁵ Heinrichs, in Palandt, § 280 Rdn. 34.

⁴³⁶ Vgl. oben, 1.b)bb)(b)(1).

Konkurrenzangebote, lässt sich damit nur durch die Gewährleistung des Amtsermittlungsgrundsatzes realisieren.⁴³⁷

II. Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte

1. Rechtsnatur der Vergabe

a) Einleitung

Üblicherweise wird zum vergabespezifischen Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte pauschal behauptet, dass es unterhalb der Schwellenwerte keinen effektiven primären Rechtsschutz gibt⁴³⁸. Vor allem ausschließlich für das Vergaberecht geltende Rechtsschutzmöglichkeiten, vergleichbar mit den Regelungen des GWB, existieren freilich nicht. Für die Analyse der tatsächlichen Rechtsschutzmöglichkeiten ist insbesondere der Rechtsweg zu bestimmen. Problematisch und auch in Literatur sowie Rechtsprechung sehr umstritten ist hierbei vor allem die Frage, welche Rechtsform die Vergabe bzw. Vergabeentscheidung hat.

Die Problematik ergibt sich bei der Auftragsvergabe von Bauaufträgen vor allem aus der Tatsache, dass einerseits ein öffentlicher Auftraggeber handelt, andererseits dieses Handeln auf den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages gerichtet ist.

Die Klärung, ob damit der öffentliche Auftraggeber öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich handelt, ist aber insbesondere für die Möglichkeit des Rechtsschutzes von entscheidender Bedeutung.

b) Meinungsstreit

aa) Grundlagen

Trotz entgegenstehender Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes⁴³⁹ und auch des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes⁴⁴⁰ wurde vor allem in den letzten Jahren diese Frage in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung bei Bietern, die gegen Vergabeentscheidungen in Verfahren unterhalb der Schwel-

⁴³⁷ Noch, Diss., S. 183.

⁴³⁸ Heiermann/Riedl/Rusam, GWB, Einl.

⁴³⁹ BVerwG, Urteil vom 08.03.1962, VIII C 160/60; BVerwG, Urteil vom 13.03.1970, VII C 80/67.

⁴⁴⁰ GmS OBG, Beschluss vom 10.04.1986, GmS-OBG 1/85.

lenwerte⁴⁴¹ Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten suchten, sehr unterschiedlich diskutiert.

Die kontroverse Rechtsprechung der Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte bzw. Land- und Oberlandesgerichte reichte dabei einerseits von einer Zulassung des Rechtsweges zu den Verwaltungsgerichten⁴⁴² bis zu einer Verweisung an die ordentliche Gerichtsbarkeit⁴⁴³ und war so unübersichtlich, dass diese Rechtsprechung als „Rechtsprechungswirrwarr“ und „Rechtsprechungsdschungel“ empfunden wurde.⁴⁴⁴ Selbst bei Zulassung des jeweiligen Rechtsweges besteht dann noch Streit, ob und in welchem Umfang der Rechtsschutz auch erfolgreich sein kann. So ist Rechtsprechung bei den Zivil- und Verwaltungsgerichten jeweils von zulässigen, aber unbegründeten⁴⁴⁵ bis zu begründeten⁴⁴⁶ Rechtsschutzentscheidungen zu finden. Insgesamt dürfte die Rechtsprechung der Obergerichte als Patt-Situation zu bewerten sein.

In einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vom 02.05.2007 (Az. 6 B 10.07) wurde dann der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten erneut abgelehnt⁴⁴⁷.

⁴⁴¹ Oberhalb der Schwellenwerte ist über das GWB ein eigener Rechtsschutz eröffnet. Deshalb stellt sich hier die Frage nach der Rechtsnatur der Vergabe in der Praxis nicht.

⁴⁴² OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 20.09.2005, 15E1188/05; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 04.05.2006, 15 E 453/06; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 11.08.2006, 15 E 880/06; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 12.01.2004, 15 E 1/07; OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 14.09.2006, 2 B 11024/06; OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 25.05.2005, 7 B 10356/05; OVG Sachsen, Beschluss vom 13.04.2006, 2 E 270/05; VG Neustadt, Beschluss vom 19.10.2005, 4 L 1715/05; VG Neustadt, Beschluss vom 20.02.2006, 4 L 210/06; VG Köln, Beschluss vom 19.04.2007, 4 K 879/07.

⁴⁴³ OVG Lüneburg, Beschluss vom 14.07.2006, 7 OB 105/06; OVG Lüneburg, Beschluss vom 26.07.2006, 7 OB 65/06; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28.07.2006, 1 L 59/06; VG Leipzig, Beschluss vom 05.09.2005, 5 K 1069/05; VG Leipzig, Beschluss vom 06.09.2005, 5 K 1018/05; VG Potsdam, Beschluss vom 20.07.2006, 2 L 430/06; VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 15.10.2004, 12 L 2120/04; LG Frankfurt (Oder), Urteil vom 14.11.2007, 13 O 360/07.

⁴⁴⁴ Kallerhoff, NZBau 2008, 97 (98).

⁴⁴⁵ LG Konstanz, Urteil vom 18.09.2003, 4 O 226/03; LG Mannheim, Urteil vom 01.04.2005 (VergabeR 2005, 765); LG Heilbronn, Urteil vom 19.11.2001 (NZBau 2002, 239).

⁴⁴⁶ LG Meiningen, Beschluss vom 07.07.2000 – HK0 104/00; LG Düsseldorf, Urteil vom 16.03.2005, 12 O 225/04; LG Frankfurt a. M., Urteil vom 26.11.2003, 2-06 O 345/03.

⁴⁴⁷ Eine kurz vorher ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, befasste sich primär mit der Verfassungsmäßigkeit der Zweiteilung des Rechtsschutzes. Fragen der Ausgestaltung des Rechtsschutzes werden hier (trotz teilweiser gegenteiliger Reaktionen auf diese Entscheidung) nicht behandelt.

bb) Privatrecht – Rechtsweg zu Zivilgerichten

Eine weitverbreitete und insbesondere auch historisch gewachsene Ansicht⁴⁴⁸ ordnet die Vergabe öffentlicher Aufträge dem Privatrecht zu.

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe im Vergabeverfahren stellt danach eine *invitatio ad offerendum*⁴⁴⁹ dar. Der Zuschlag auf das Bieterangebot ist eine Annahme, welche direkt zum Vertragsschluss führt⁴⁵⁰, sodass hier ein einheitlicher Lebensvorgang existiert, welcher durch den Vertrag, also privatrechtlich geprägt ist.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist nur dann anzunehmen, wenn aufgrund von Sonderregelungen⁴⁵¹ „privilegierte Anbieter“ am Vergabeverfahren beteiligt sind⁴⁵².

cc) Öffentliches Recht - Verwaltungsrechtsweg

Die ursprünglich vorwiegend im Schrifttum vertretene Gegenansicht⁴⁵³ ist der Auffassung, dass der Weg bis zur eigentlichen (Bau-)Leistung ein zweistufiger Vorgang ist.

Das Verfahren bis zur Zuschlagserteilung stellt sich danach als eigenständiges Verfahren dar; es handelt sich um die Entscheidung über den Zuschlag und damit den späteren (Bau-)Auftrag, insoweit um das „Ob“ des Auftrages. Erst nach dieser Entscheidung steht die Frage des „Wie“, also die des privatrechtlichen Vertrages.

In dieser Konstellation sei wie im Subventionsrecht die 2-Stufen-Theorie anzuwenden (öffentlich-rechtlicher Zuschlag und privatrechtlicher Vertrag)⁴⁵⁴.

c) Stellungnahme

Die Frage, inwieweit Vergaben unterhalb der Schwellenwerte dem Verwaltungsrecht oder dem Zivilrecht zuzuordnen sind, soll durch eine Negativabgrenzung bezüglich der Zuordnung der Vergaben zum Verwaltungsrecht beantwortet werden.

⁴⁴⁸ BVerwG, Urteil vom 08.03.1962, VIII C 160/60; BVerwG, Urteil vom 13.03.1970, VII C 80/67; LG Meiningen, Beschluss vom 07.07.2000, HKO 104/00; Pietzcker, S. 362; Tomerius/Kiser, VergabeR 2005, 551 (553).

⁴⁴⁹ Aufforderung zur Angebotsabgabe.

⁴⁵⁰ Der Zuschlag ist die Annahme des Angebotes des Bieters und führt unmittelbar zum Vertrag (vgl. OLG Naumburg, Urteil vom 23.12.2004, 4 U 162/04).

⁴⁵¹ Z. B. § 67 BVFG.

⁴⁵² Mayer/Kopp, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11, S. 182.

⁴⁵³ Wollenschläger, DVBl. 2007, S. 589.

⁴⁵⁴ Maurer, § 3, Rdn. 7.

aa) Spezialzuweisung

Eine den Verwaltungsrechtsweg eröffnende Spezialzuweisung (§ 40 Abs. 1 VwGO) existiert für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte nicht.

In Frage kämen hier zwar grundsätzlich die §§ 102 ff. GWB, welche ein spezielles Nachprüfungsverfahren in Fällen der öffentlichen Vergabe beinhalten. Diese Regelungen sind jedoch gemäß § 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB i. V. m. § 2 Nr. 4 VgV ausdrücklich nur für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte gültig.

Nach herrschender Rechtsprechung und Literatur verbietet sich auch eine analoge Anwendung von § 102 ff. GWB mangels einer planwidrigen Regelungslücke⁴⁵⁵.

Einzelne Ansichten verlangen einschränkend hierzu, dass eine analoge Anwendung des GWB zumindest in den prozessualen Fragen zu prüfen sei⁴⁵⁶.

Für diese Ansicht spricht zwar vor allem die Sachnähe der spezielleren Regelungen.

So ist beispielsweise in § 100 Abs. 1 VwGO ein umfassendes Akteneinsichtsrecht der Parteien, sowohl in die Gerichtsakte als auch in die „dem Gericht vorgelegten Akten“, mithin in die vollständige Vergabeakte vorgesehen. Demgegenüber besteht gemäß § 111 Abs. 2 GWB ein nur eingeschränktes Einsichtsrecht, d. h., die Einsicht kann aus wichtigem Grund⁴⁵⁷ verweigert werden. Ein umfassendes Einsichtsrecht berücksichtigt aber nicht die Besonderheiten des Vergabeverfahrens, in welchem nicht nur Preise in vorgefertigte Leistungspositionen eingesetzt werden. Die Bieter sind gerade auch gehalten, eigene technische Alternativen zu entwickeln, und können diese im Regelfall⁴⁵⁸ als Nebenangebote in das Vergabeverfahren einbringen⁴⁵⁹. Hierzu zählen auch technische Eigenentwicklungen, welche einem besonderen Schutz unterliegen müssen⁴⁶⁰. Ein umfassendes Einsichtsrecht in die Verfahrensakten

⁴⁵⁵ Vgl. oben, B.I.4.c)cc)(a).

⁴⁵⁶ So Braun, SächsVBl. 2006, 249 (262), der grundsätzlich den Verwaltungsrechtsweg als eröffnet ansieht.

⁴⁵⁷ Wichtige Gründe sind u. a. Gründe der Geheimhaltung oder die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen, wobei die Aufzählung des § 111 Abs. 2 GWB nicht abschließend ist, was die Formulierung „insbesondere“ belegt.

⁴⁵⁸ Nebenangebote sind gemäß § 25 Nr. 5 VOB/A in der Angebotswertung zu berücksichtigen, es sei denn, sie sind ausdrücklich nicht zugelassen.

⁴⁵⁹ Ingenstau/Korbion, VOB/A § 10 Rdn. 82.

⁴⁶⁰ Hierzu zählt bereits der Urheberschutz des § 2 UrhG.

würde diesem Schutz zuwiderlaufen und insbesondere auch einen Missbrauch zur Erlangung unternehmensinterner Informationen ermöglichen.

Eine analoge Anwendung scheidet, trotz Sachnähe, an formalen Voraussetzungen⁴⁶¹ (auch eine Spezialzuweisung fehlt daher).

bb) Verwaltungsrecht

Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO nur eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben ist.

Dies kann, sofern Spezialzuweisungen fehlen, nur nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Anspruch hergeleitet wird, bestimmt werden⁴⁶².

(a) Interessentheorie

Nach der Interessentheorie⁴⁶³ erfolgt die Zuordnung zum öffentlichen bzw. privaten Recht nach der Art des Interesses, welches durch den jeweiligen Rechtssatz geschützt ist⁴⁶⁴. Rechtssätze, die dem öffentlichen Interesse oder dem Allgemeininteresse dienen, unterfallen dem öffentlichen Recht. Rechtssätze, welche dem Schutz von privaten bzw. individuellen Interessen dienen, gehören zum Privatrecht.

Grundsätzlich kann man davon ausgehen, dass das Handeln des Staates unmittelbar oder mittelbar immer dem Interesse an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient⁴⁶⁵. Für ein öffentliches Interesse, allerdings als verwaltungsinterner Zweck⁴⁶⁶, spricht außerdem, dass die Regelungen des § 6 Abs. 1 HGrG bzw. des § 55 BHO als Zielsetzung die Grundsätze der wirtschaftlichen und sparsamen Beschaffung aufstellen. Hinzu kommt, dass die Vergaberegeln auch wirtschaftspolitische Ziele verfolgen. Beispielsweise regelt § 2 Abs. 1 Satz 2 SächsVergabeG, dass eine Weitervergabe von Bauleistungen an Subunternehmer nur bis zu 50 % des zu vergebenden Auftragswertes zulässig ist. Durch die Begrenzung des Subunternehmeranteils wird die

⁴⁶¹ Vgl. oben, B.I.4.c)cc).

⁴⁶² BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007, 6 B 10.07 m. w. Nw.

⁴⁶³ Diese Abgrenzungstheorie wird wegen der nicht hinreichend präzise definierbaren Interessen als alleiniges Abgrenzungskriterium kaum noch verwendet. Als Beispiel kann hier § 679 BGB aufgeführt werden. Diese privatrechtliche Vorschrift dient bereits vom Wortlaut her dem öffentlichen Interesse.

⁴⁶⁴ Badura, § 2, Rdn. 15.

⁴⁶⁵ Hormann, VergabeR 2007, 431 (434).

⁴⁶⁶ Pietzcker, Zweiteilung, S. 85 f.; Marx in Motzke/Pietzcker/Prieß, vor 102 GWB, Rdn. 6.

Möglichkeit für Generalunternehmen bzw. Generalübernehmer eingeschränkt und dadurch die mittelständische Wirtschaft⁴⁶⁷ gefördert.

Andererseits sind dies nur mittelbare Interessenlagen, welche auch allenfalls bei einer getrennten Betrachtung des Vergabevorganges hervortreten. Für die Zuordnung eines Rechtsverhältnisses ist aber regelmäßig nicht nur ein bestimmter Teil desselben zu beachten, sondern das Rechtsverhältnis als Ganzes zu bewerten⁴⁶⁸. Bei einer gesamtheitlichen Betrachtung ist neben dem wirtschaftlichen Interesse der öffentlichen Hand aber auch das Interesse des Bieters am Auftrag und an der Beteiligung am Wettbewerb entscheidend. So steht dem Bieter bereits unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung das Recht auf Beteiligung am Wettbewerb zur Seite⁴⁶⁹. Außerdem liegen die Regelungen der VOB/A zumindest auch im Interesse des Bieters, also von Privatpersonen, weil nur sie die gleichwertige Behandlung von Bietern und deren Angeboten gewährleisten. Hinzu kommt, dass nicht jede Verwirklichung öffentlicher Zwecke automatisch ausschließt, dass diese Zwecke mit privatrechtlichen Mitteln erfüllt werden⁴⁷⁰.

Im Ergebnis ist über eine ausschließliche Anwendung der Interessentheorie keine klare Abgrenzung zu erreichen. Selbst bei einer konsequenten Trennung zwischen Vergaberegungen und Vertragsregelungen kann keine eindeutige Zuordnung zum Privatrecht vorgenommen werden, was auch im Allgemeinen gegen eine Anwendung der Interessentheorie spricht⁴⁷¹. So wird selbst bei einer Anerkennung des öffentlich-rechtlichen Charakters des Vergabeverfahrens von einem Verfahren gesprochen, welches durch privatrechtliche Elemente beeinflusst wird.⁴⁷²

Dieser Ansicht ist aber nicht zuzustimmen: Im Schwerpunkt beeinflussen die privatrechtlichen Elemente nicht das öffentliche Recht. Dieses wird vielmehr vom Privatrecht überlagert. Die mittelbaren Interessen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit treten gegenüber dem unmittelbaren Interesse der Behörde am Abschluss eines pri-

⁴⁶⁷ Begründung zu dem Entwurf des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Freistaat Sachsen, Sächs. Landtag Drucksache 3/5827.

⁴⁶⁸ BGHZ 108, 284; BVerwG, NJW 1983, 220.

⁴⁶⁹ Dies folgt bereits aus Art. 3 Abs. 1 GG.

⁴⁷⁰ BGHZ 52, 325.

⁴⁷¹ Medicus, § 1, Rdn. 9; Badura, § 2, Rdn. 15.

⁴⁷² Hormann, VergabeR 2007, 431 (434).

vatrechtlichen Vertrages einerseits und dem Interesse des Bieters an fairer und gleichmäßiger Beteiligung am Wettbewerb sowie am Abschluss des privatrechtlichen (Werk-)Vertrages zurück. Nach der Interessentheorie ist also von einer privatrechtlichen Bindung auszugehen.

(b) (Modifizierte) Subjektstheorie

(1) Einleitung

Nach der Subjektstheorie wird der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht durch die Verschiedenheit der die Rechtsordnung bildenden Rechtssätze bestimmt⁴⁷³. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt danach nur dann vor, wenn die streitentscheidenden Normen öffentlich-rechtlicher Natur sind und wenn sie einen Hoheitsträger besonders berechtigen oder verpflichten⁴⁷⁴. Hierfür reicht es allerdings nicht aus, dass formal der Staat oder seine Untergliederungen berechtigt oder verpflichtet werden⁴⁷⁵. Erforderlich für die Einordnung als öffentlich-rechtlich ist vielmehr, dass sich ein Rechtssatz an den Träger der Staatsgewalt als solchen richtet und es sich hierbei um Außenrechtssätze handelt, weil nur diese die Rechtsverhältnisse zwischen dem Staat und seinen Untergliederungen einerseits sowie den vom staatlichen Handeln betroffenen privaten Personen andererseits regeln kann⁴⁷⁶.

Die streitentscheidenden Normen für eine erforderliche Vergabe vor Auftragserteilung sowie die Form der Vergabe von Bauleistungen lassen sich in § 30 HGrG⁴⁷⁷ sowie der VOB/A finden.

Es stellt sich also die Frage, ob die vorgenannten Regelungen einen Hoheitsträger in außenwirksamer Art und Weise berechtigen bzw. verpflichten.

Während die den Privatrechtsweg favorisierende Rechtsprechung⁴⁷⁸ diese Voraussetzung mit der Begründung verneint, dass der Träger der Staatsgewalt nur als Privat-

⁴⁷³ Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, § 22, Rdn. 25.

⁴⁷⁴ Badura, § 2, Rdn. 22.

⁴⁷⁵ Dies wird der öffentliche Auftraggeber auch beispielsweise im Werkvertragsrecht, also im Privatrecht. § 634 BGB räumt dem Auftraggeber das Recht ein, Mängelbeseitigung zu fordern. Andererseits hat der öffentliche Auftraggeber gemäß § 640 BGB die Pflicht zur Abnahme.

⁴⁷⁶ Daher auch modifizierte Subjektstheorie. Hiernach ist (im Unterschied zur "alten" Subjektstheorie) öffentliches Recht das Sonderrecht des Staates, Privatrecht das sog. „Jedermannsrecht“ (zu diesen „Jedermann“ gehört auch der Staat).

⁴⁷⁷ Entsprechende Regelungen finden sich auch in den Haushaltsordnungen der Länder.

rechtssubjekt angesprochen wird⁴⁷⁹, wird in der Literatur eine Außenwirkung mit der Begründung bejaht, dass Verfahren der Auftragsvergabe insbesondere durch EG-Verfahrensvorschriften und vor allem durch Grundrechte bestimmt sind, welche ausschließlich den öffentlichen Auftraggeber verpflichten⁴⁸⁰.

(2) Ausgangspunkt: § 30 HGrG, § 55 BHO

Die Regelungen des § 30 HGrG bzw. § 55 BHO beschränken sich auf die Festlegung, dass dem Abschluss eines Vertrages über Lieferungen und Leistungen im Regelfall eine öffentliche Ausschreibung vorauszugehen hat, wobei diese vom Grundsatz des § 6 Abs. 1 HGrG, also Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, beherrscht wird. Landesrechtlich gilt in Sachsen § 31 GemHVO als Teil des Grundsatzes wirtschaftlichen Handelns gemäß § 72 SächsGemO⁴⁸¹, nach welchem bei der Vergabe von Aufträgen die Vergabegrundsätze anzuwenden sind.

Diese Regelungen sprechen den Hoheitsträger als reines Innenrecht an. Subjektive Rechte kann aus diesen Regelungen kein Bieter herleiten⁴⁸². Dies war bereits ein erklärtes Ziel des Gesetzgebers bei der Umsetzung der EG-Richtlinien durch Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes⁴⁸³ und soll nach wie vor gelten⁴⁸⁴. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ist die Forderung und damit das zu erfüllende Ziel der Behörde. Eine außenwirksame Regelung kann aus dieser Zielsetzung als solcher nicht hergeleitet werden. Auch das zur Umsetzung dieses Ziels gewählte Mittel, also die Durchführung eines Bieterwettbewerbs, kann nicht die Außenwirksamkeit des Haushaltsrechts bewirken⁴⁸⁵. Die tatsächliche Umsetzung des Ziels ist nicht selbst das Ziel, sondern nur das Mittel, welches nicht die rechtliche Einordnung

⁴⁷⁸ BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007, 6 B 10.07. Die den Verwaltungsrechtsweg eröffnende Rechtsprechung begründet dies überwiegend sofort mit der 2-Stufen-Lehre und prüft nicht separat die Subjektstheorie.

⁴⁷⁹ VG Leipzig, Beschluss vom 05.09.2005, 5 K 1069/05; a. A. Braun, SächsVBl. 2006, 249 (262).

⁴⁸⁰ Braun, SächsVBl. 2006, 249 (257).

⁴⁸¹ Dies entspricht bundesrechtlich den Anforderungen des § 6 Abs. 1 HGrG zur wirtschaftlichen und sparsamen Verwendung der Haushaltsmittel und ist gemäß § 30 HGrG auch landesrechtlich zu beachten.

⁴⁸² Heiermann/Riedl/Rusam, GWB, Einl.

⁴⁸³ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes, BT-Drucks. 12/4636, S. 12.

⁴⁸⁴ Eckpunkte der Bundesregierung für eine Verschlinkung des Vergaberechts (Quelle: http://www.dstgb.de/vis/home/aktuelles_news/aktuell/eckpunkte_fuer_eine_vergaberechtsreform/eckpunkte.pdf).

⁴⁸⁵ BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03.

der zielsetzenden Regeln selbst bewirken kann. Dies ist auch daran zu erkennen, dass die Wahl des Mittels, nämlich die Zugrundelegung der VOB, nicht durch den Gesetzgeber vorgeschrieben wird, sondern erst durch eine Verwaltungsvorschrift⁴⁸⁶ festgelegt werden musste.

(3) VOB/A

Zu keinem anderen Ergebnis gelangt man unter zusätzlicher Berücksichtigung der bei der Vergabe durch die Vergabestellen zugrunde gelegten VOB/A. Die Verbindungsordnungen teilen die Rechtsqualität der Rechtsnormen, die auf sie Bezug nehmen⁴⁸⁷.

Für die öffentlichen Ausschreibungen im Sinne des § 55 BHO gilt die Verwaltungsvorschrift zur Bundeshaushaltsordnung (VV-BHO), welche zu § 55 die Geltung der VOB/A vorschreibt. Für öffentliche Bauleistungen des Freistaates Sachsen wurde durch Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums des Inneren und der Finanzen vom 05.04.1993⁴⁸⁸ die VOB/A⁴⁸⁹ verbindlich eingeführt. Ihrer Rechtsqualität nach sind die durch die Verwaltungsvorschriften durch Verweis auf die VOB/A aufgestellten Vergabegrundsätze einschließlich der einbezogenen VOB/A trotzdem Regelungen des Haushaltsrechtes und können allenfalls über das verfassungsrechtliche Gebot der Gleichbehandlung Außenwirkung entfalten⁴⁹⁰. Im Übrigen ist die VOB/A, zumindest unterhalb der Schwellenwerte⁴⁹¹, als interne Verwaltungsvorschrift zu qualifizieren⁴⁹².

(4) Grundrechtliche und europarechtliche Bindungswirkung

Vereinzelt wird die Ansicht⁴⁹³ vertreten, dass eine außenwirksame Bindungswirkung des öffentlichen Auftraggebers aufgrund der grundrechtlichen und auch europarechtlichen Vorgaben i. V. m. einer Selbstbindung der Verwaltung vorliegt. Dies wird

⁴⁸⁶ Zu § 55 Nr. 2.2 VV-BHO.

⁴⁸⁷ Gern, Rdn. 879.

⁴⁸⁸ Sächs.ABl. 1993, 719.

⁴⁸⁹ Verbindlich eingeführt wurde ebenfalls die VOB/B.

⁴⁹⁰ BGH, Urteil vom 08.09.1998, X ZR 48-97.

⁴⁹¹ Zur Problematik oberhalb der Schwellenwerte vgl. oben, B.I.3.

⁴⁹² Quack, ZVgR 1997, 92 (94); Gröning, ZIP 1998, 370 (373); Irmer, VergabeR 2006, 159, 167.

⁴⁹³ So etwa Wollenschläger, DVBl. 2007, 589 (595 ff.); Braun, SächsVBl. 2006, 249 (257); Irmer, ZfBR 2007, 233 (240 ff.); Hormann, VergabeR 2007, 431 (434).

damit begründet, dass sowohl durch die Kommission⁴⁹⁴ als auch den EuGH⁴⁹⁵ gefordert wird, dass die aus Vergaben oberhalb der Schwellenwerte bekannten europarechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz eines Vergabeverfahrens auch unterhalb der Schwellenwerte gewährleistet sein müssen.

Diese Ansicht ist aber abzulehnen, weil diese Grundsätze keinen Aufschluss über die Handlungsform geben. Jede staatliche Stelle hat unabhängig von der Handlungsform den Gleichheitsgrundsatz zu beachten⁴⁹⁶. Dies führt zwar dazu, dass bei einer Verletzung dieses Grundsatzes dem Betroffenen auch effektiver Rechtsschutz zu gewähren ist. Wie dieser Rechtsschutz ausgestaltet ist und insbesondere welchen Rechtsweg der Betroffene zu wählen hat, kann hieraus aber nicht abgeleitet werden.

Eine Selbstbindung des öffentlichen Auftraggebers an die VOB/A, d. h. an eine interne Verwaltungsvorschrift, kann damit die rechtliche Einordnung des Rechtsverhältnisses nicht verändern. Gerade weil die staatlichen Stellen den Gleichheitsgrundsatz auch unabhängig von der Handlungsform zu beachten haben, muss für die Qualifizierung des Rechtsverhältnisses unabhängig vom Gleichheitsgrundsatz oder von europäischen Vorgaben wieder auf die Grundlagen des Rechtsverhältnisses abgestellt werden.

(5) Fazit

Die Regelungen der öffentlichen Vergabe sind daher zwar an einen Träger der Staatsgewalt adressiert, sprechen diesen aber nur als Privatrechtssubjekt an.⁴⁹⁷

Zwar findet die Verdingungsordnung für Bauwesen (bei der Vergabe die VOB/A) Anwendung. Diese stellt jedoch als „interne Anweisung der Verwaltung“⁴⁹⁸ keine Norm dar, welche direkte subjektive Rechte eines Bieters begründet. Trotz der Verpflichtung der staatlichen Vergabestellen, den grundrechtlichen und auch europarechtlichen Gleichheitsgrundsatz zu beachten, wird hiervon die Einordnung des

⁴⁹⁴ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl. 2006 Nr. C 179, S. 2.

⁴⁹⁵ EuGH, Urteil vom 21.02.2008, Rs. C-412/04 (bei grenzüberschreitender Bedeutung).

⁴⁹⁶ BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03.

⁴⁹⁷ Ebenso Badura, § 3, Rdn. 29.

⁴⁹⁸ Quack, ZVgR 1997, 92 (94); Gröning, ZIP 1998, 370 (373); Irmer, VergabeR 2006, 159, 167.

Rechtsverhältnisses nicht berührt. Gewährleistet sein muss in diesen Fällen ein Rechtsschutz überhaupt; wie dieser ausgestaltet ist und vor welchen Gerichten er in Anspruch genommen werden kann, wird durch die Bindungswirkung nicht bestimmt.

(c) Subordinationstheorie

Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht erfolgt nach der Subordinationstheorie⁴⁹⁹ unter der Annahme, dass öffentliches Recht durch ein Über- bzw. Unterordnungsverhältnis und privates Recht durch ein Gleichordnungsverhältnis gekennzeichnet ist⁵⁰⁰.

Legt man dieses Kriterium strikt zugrunde, muss das Verfahren zur Vergabe der Bauleistung als öffentliches Recht eingestuft werden. Der potenzielle öffentliche Auftraggeber ist als Nachfrager der Leistung derjenige, welcher einerseits das Vergabeverfahren bestimmt und damit beherrscht. Außerdem erfolgt eine Vergabe regelmäßig⁵⁰¹ auch nur unter der konkreten Leistungsbestimmung, d. h. der Vorgabe der eigentlichen Leistung. Dies ist bereits aus § 7 VOB/A (§ 9 VOB/A 2006) zu erkennen, wonach die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben ist. Die Vergabestellen geben in aller Regel ein umfangreiches Leistungsverzeichnis vor, welches allenfalls die Materialwahl⁵⁰² für den Bieter einräumt. Zwischenzeitlich gehen die Vergabestellen dazu über, sogar Nebenangebote, welche dem Bieter die Möglichkeit alternativer Vorschläge für die Leistung eröffnen, nicht mehr zu erlauben⁵⁰³.

Allerdings müsste bei dieser Betrachtungsweise im Rahmen der eigentlichen Abwicklung des Werkvertrages, d. h. bei faktisch allen privatrechtlichen Verträgen, auch von einem Über- bzw. Unterordnungsverhältnis gesprochen werden. Der Auf-

⁴⁹⁹ Auch Subjektionstheorie genannt.

⁵⁰⁰ Medicus, § 1, Rdn. 8; Badura, § 2, Rdn. 16; Giemullas/Jaworsky/Müller-Uri, Rdn. 182.

⁵⁰¹ Eine Ausnahme hiervon bildet das sogenannte Verhandlungsverfahren (§ 101 Abs. 5 GWB), in welchem lediglich das Ziel festgeschrieben ist (bspw. Errichtung eines Gefängnisses). Die eigentliche Leistung wird erst während der Ausschreibung gemeinsam zwischen Bieter und Vergabestelle erarbeitet.

⁵⁰² Es wird ein sogenanntes Leitfabrikat vorgegeben. Der Bieter hat die Möglichkeit, dieses zu ändern, muss aber die Gleichwertigkeit nachweisen.

⁵⁰³ Der Hintergrund dürfte sein, dass die Anforderungen an die Vergabe bei Zulassung von Nebenangeboten steigen. So müssen gemäß § 16 a Abs. 3 VOB/A (§ 25 a Nr. 3 VOB/A 2006) Mindestbedingungen für Nebenangebote aufgestellt werden. Damit erhöht sich automatisch die Angreifbarkeit des Vergabeverfahrens, weil vielfach in den Vergabestreitigkeiten über die Wertung von Nebenangeboten gestritten wird.

traggeber ist u. a. gemäß § 1 Abs. 4 VOB/B (§ 1 Nr. 4 VOB/B 2006) berechtigt, Änderungen des Bauentwurfes anzuordnen oder gemäß § 2 Abs. 4 VOB/B (§ 2 Nr. 4 VOB/B 2006) Leistungen dem Auftragnehmer zu entziehen und selbst auszuführen. Gerade im Rahmen eines Werkvertrages bewegt sich der öffentliche Auftraggeber allerdings nach einhelliger Meinung im Rahmen des Privatrechtes.

Aus diesem Grund kann die Subordinationstheorie auch kein (alleiniges) taugliches Abgrenzungskriterium sein⁵⁰⁴. Gerade die Tatsache, dass aber sowohl im öffentlichen Recht Gleichordnungsverhältnisse existieren⁵⁰⁵ als auch im privaten Recht ausgeprägte Über- und Unterordnungsverhältnisse⁵⁰⁶, macht eine Abgrenzung ausschließlich auf der Grundlage dieser Theorie unmöglich.

Ausgehend von der Tatsache, dass der Werkvertrag und die vertragspartnerliche Beziehung trotz einer gewissen Anordnungsbefugnis des Auftraggebers von einem gleichrangigen Miteinander der Vertragsparteien und damit nicht von einem Über- und Unterordnungsverhältnis geprägt sind, kann auch für das Vergabeverfahren nur ein Gleichordnungsverhältnis angenommen werden.⁵⁰⁷ Die Bestimmung der Leistung mittels Leistungsverzeichnis und auch die Vorgabe einer Förmlichkeit innerhalb der Angebotsunterbreitung und -wertung sind auch für private Auftraggeber nicht unüblich. Es handelt sich um eine durch wirtschaftliche Kriterien gekennzeichnete Abhängigkeit⁵⁰⁸, bei welcher bspw. auch staatliche Zwangsmittel nicht zur Anwendung gelangen. Allein die Tatsache, dass der (potenzielle) Auftraggeber eine staatliche Stelle ist, macht diese Art der Angebotseinholung nicht öffentlich-rechtlich, weil der „Staat als Kunde“ am allgemeinen Markt auftritt⁵⁰⁹. Die öffentliche Hand handelt im Rahmen von Austauschverträgen und damit, trotz mittelbarer wirtschaftspolitischer Ziele, als gleichrangiger Wirtschaftspartner⁵¹⁰.

⁵⁰⁴ Giemulla/Jaworsky/Müller-Uri, Rdn. 182.

⁵⁰⁵ Bspw. der öffentlich-rechtliche Vertrag gemäß § 54 VwVfG.

⁵⁰⁶ Bspw. das Direktionsrecht im Arbeitsrecht.

⁵⁰⁷ Ebenso Widmann, S. 177.

⁵⁰⁸ Widmann, S. 210.

⁵⁰⁹ Schmalz, Rdn. 660.

⁵¹⁰ So auch die Begründung zum Gesetzentwurf zum sächsischen Vergabegesetz, welche ausdrücklich feststellt, dass die öffentliche Hand „nicht hoheitlich in einem Über-Unterordnungs-Verhältnis“ agiert.

(d) Zwei-Stufen-Theorie

Die Verfechter des Verwaltungsrechtsweges begründen dies vorrangig unter Anwendung der allgemein anerkannten Zwei-Stufen-Theorie⁵¹¹. Diese bedarf eines äußerlich zweistufigen Verfahrens, d. h., die Wahrnehmung der Aufgaben hängt von in sich abgeschlossenen selbstständigen Phasen ab. Bei der Anwendung dieser Theorie wird über das Ob der Leistung aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften durch Verwaltungsakt entschieden. Hierauf folgt in der zweiten Stufe das eigentliche privatrechtliche Rechtsgeschäft⁵¹².

Für eine Anwendung der Zwei-Stufen-Theorie spricht grundsätzlich die Verfahrensweise bis zum Zuschlag, nämlich die Tatsache, dass vor dem eigentlichen Zuschlag ein Bewerbungsverfahren durchgeführt wird. Allerdings muss dieses Verfahren seinerseits die Gestaltung eines eigenständigen Verwaltungsverfahrens haben und mittels Verwaltungsakt enden (§§ 35 ff. i. V. m. §§ 9 ff. VwVfG), wobei dieser dann bspw. in der Vorabinformation gesehen werden müsste, was aber aufgrund des nur informellen und nicht regelnden Charakters abzulehnen ist.⁵¹³ Hinzu kommt, dass vielfach auf der ersten Stufe andere Personen als auf der zweiten Stufe handeln. So bestehen Rechtsbeziehungen beispielsweise bei einer Vergabe zinsgünstiger Kredite im Rahmen der ersten Stufe in der Regel zwischen Land und Kreditnehmer. Im Rahmen der zweiten Stufe bestehen die Rechtsbeziehungen zwischen der vom Land beauftragten Bank und dem Kreditnehmer⁵¹⁴.

Eine derartige Differenzierung kann für ein Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen jedoch nicht angenommen werden:

Bei einer Vergabe wird zwar sicherlich ein hohes Maß an Formalität für die Herstellung einer Vergleichbarkeit der Angebote verwendet. Hinzu kommt auch eine gewisse Zweistufigkeit (Angebotswertung/Vertrag). Allerdings hat diese Unterscheidung nicht den Charakter eines eigenständigen Verwaltungsverfahrens. Dies folgt bereits

⁵¹¹ Kahl in Schmidt/Vollmöller, S. 242: Regelmäßig findet die Zwei-Stufen-Theorie bei der Subventionsvergabe Anwendung. Über das „Ob“, d. h. die Gewährung dem Grunde nach, entscheidet die Behörde mittels Verwaltungsakt. Die Abwicklung, also das „Wie“, wird durch nachfolgenden privatrechtlichen Vertrag bestimmt.

⁵¹² Schmalz, Rdn. 647.

⁵¹³ Schneider, S. 321.

⁵¹⁴ Giemulla/Jaworsky/Müller-Uri, Rdn. 188.

daraus, dass zumindest äußerlich die Zuschlagsentscheidung nicht als Verwaltungsakt ausgebildet ist. Es fehlt an der Rechtsbehelfsbelehrung⁵¹⁵. Andererseits wird der Vertrag nicht auf einer zweiten Stufe nach einer vorhergehenden Entscheidung im Vergabeverfahren geschlossen. Der Vertrag kommt vielmehr unmittelbar mit der Vergabeentscheidung, also mit dem Zuschlag zustande, ohne dass es eines förmlichen weiteren Rechtsgeschäftes bedarf⁵¹⁶.

Ein Vergleich mit der Konstellation der Ausschreibung eines öffentlichen Auftraggebers mit der Angebotseinholung durch einen privaten Bauherrn soll die Situation verdeutlichen.

Die Ausschreibung ist die Bekanntgabe der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes, verbunden mit dem Ziel des Abschlusses eines privatrechtlichen Vertrages⁵¹⁷.

Hier besteht kein Unterschied zum Handeln eines privaten Bauherrn, welcher von mehreren Unternehmen ein Angebot für eine Leistung einholt.⁵¹⁸

Abgesehen von der Forderung zur Einhaltung von Formalien⁵¹⁹ kennzeichnet die Ausschreibung eines öffentlichen Auftraggebers allenfalls, dass regelmäßig eine größere Zahl von Bewerbern angesprochen werden soll. Der private Auftraggeber wird sich häufig mit dem Einholen von einem oder einigen Angeboten begnügen. Selbst im Rahmen der privaten Auftragsvergabe wird außerdem analog zu öffentlichen Auftragsvergaben unter Veröffentlichung der zu vergebenden Leistung eine (allerdings weniger förmliche) Ausschreibung durchgeführt und eine ähnliche Anzahl von Bietern angesprochen wie bei öffentlichen Auftragsvergaben⁵²⁰. Hinzu kommt, dass auch ein privater Bauherr regelmäßig die Leistung in Form einer Leistungsbeschreibung (je nach Einzelfall mehr oder weniger detailliert) vorgibt, weil er sonst die un-

⁵¹⁵ Dieses Argument kann allerdings nicht allein ausschlaggebend sein. Auch ohne Rechtsbehelfsbelehrung kann sich das Handeln als Verwaltungsakt darstellen, was lediglich zu einer Verlängerung der Widerspruchsfrist führt (vgl. § 70 i. V. m. § 58 Abs. 2 VwGO). Hinzu kommt, dass nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung selbst ein „inkorrektes“ Handeln mit dem Rechtsbehelf angegriffen werden kann, welcher bei einer formell richtigen Entscheidung zur Verfügung gestanden hätte (vgl. Kopp/Schenke, Vor § 122, Rdn. 22).

⁵¹⁶ § 28 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A.

⁵¹⁷ *Invitatio ad offerendum*.

⁵¹⁸ A. A. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 12.01.2007, 15 E 1/07.

⁵¹⁹ Bei öffentlichen Vergaben (auch unterhalb der Schwellenwerte) verwenden die öffentlichen Auftraggeber häufig das vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung herausgegebene Vergabehandbuch des Bundes (VHB) mit den dort enthaltenen Vergabeformularen.

⁵²⁰ Die Ausschreibung kann über Internet (bspw. www.my-hammer.de) erfolgen.

terschiedlichen Angebote nicht vergleichen kann (außer im Hinblick auf den Endpreis, der aber keine Aussage über die Qualität der Leistung gibt).

Auch die Angebotsprüfung ist in beiden Fällen nicht voneinander zu unterscheiden. Sowohl der öffentliche Auftraggeber als auch der private Bauherr werden ein Angebot rechnerisch und sachlich prüfen und den Bieter in diesem Zusammenhang auch einer Einschätzung unterziehen, ob er leistungsfähig und zuverlässig sein wird.

Damit verbleibt als verwertbarer Unterschied für die Beurteilung des öffentlichen Charakters der Vergabeentscheidung in beiden Fällen lediglich die Tatsache, dass ein „öffentlicher“ Auftraggeber handelt und dabei in aller Regel die Vorgaben der VOB Teil A sowie die Grundregeln der Haushaltswirtschaft, nämlich Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit beachtet. Hieraus kann aber kein eigenständiges Verwaltungsverfahren im Sinne der ersten Stufe hergeleitet werden⁵²¹.

Als Argument für ein stufenweises Vorgehen werden auch die Bindung der staatlichen Stelle an den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 18 Sächs-Verf) und der Vergleich mit Vergaben oberhalb der Schwellenwerte herangezogen⁵²².

Allerdings können auch diese Argumente nicht überzeugen.

Im Hinblick auf die Bindung der Verwaltung an den Gleichbehandlungsgrundsatz dürfte es insgesamt an einem Anknüpfungspunkt für ein stufenweises Vorgehen fehlen. Wenn jede staatliche Stelle unabhängig von der Handlungsform das Gleichbehandlungsgebot beachten muss, gilt dies erst recht unabhängig von einzelnen Stufen oder einem einheitlichen Vorgang.

Auch die Tatsache, dass bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte im Rahmen des primären Rechtsschutzes Vergabekammern entscheiden, welche bereits durch ihre Einordnung in die verwaltungsrechtliche Organisation⁵²³ als Teil der Verwaltung gelten⁵²⁴, kann keine verwaltungsrechtliche Einstufung der Vergaben unterhalb der Schwellenwerte begründen. Einerseits handelt es sich um ein spezielles Rechts-

⁵²¹ BVerwGE 5, 325 (327).

⁵²² Braun, SächsVBl. 2006, 249 (259).

⁵²³ In Sachsen sind die Vergabekammern den Landesdirektionen angegliedert.

⁵²⁴ Heiermann/Riedl/Rusam, GWB, Einl.

schutzsystem, welches nur für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte vorgesehen ist und auch keine analoge Anwendung zulässt⁵²⁵. Andererseits verkennen die Vertreter dieser Ansicht, dass gegen Entscheidungen der Vergabekammern der Rechtsweg „nur“ vor den ordentlichen Gerichten zulässig ist, was gerade gegen eine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung der Vergabeverfahren spricht. Die Ansiedlung einer Nachprüfungsinstanz innerhalb der Verwaltungsorganisation führt ebenfalls nicht dazu, dass das zu überprüfende Rechtsverhältnis automatisch öffentlich-rechtlich wird.

(e) Zwischenergebnis

Die Anwendung der Zwei-Stufen-Theorie kommt für öffentliche Aufträge nicht in Frage.

Es handelt sich um einen einheitlichen Vorgang, welcher mit der Entscheidung beginnt, eine Leistung auszuschreiben, und mit dem Zuschlag endet.⁵²⁶ Er kann insofern nicht künstlich in zwei Stufen aufgegliedert werden kann.⁵²⁷ Bereits die Tatsache, dass die Vergabeentscheidung (Zuschlag) gleichzeitig den Vertragsschluss darstellt, verbietet die Trennung.⁵²⁸ Die Trennung würde nämlich bedeuten, dass der Zuschlag als eigenständiger Verwaltungsakt vor dem Verwaltungsgericht angefochten werden kann, während der privatrechtliche Vertrag bereits zustande gekommen ist⁵²⁹.

Die Verfechter der Zwei-Stufen-Theorie setzen mit ihrer Trennung in „Ob“ und „Wie“ eher zu spät an. Das „Ob“ kann allenfalls die Frage betreffen, ob überhaupt ausgeschrieben wird.⁵³⁰ Die nachfolgende Vergabe betrifft dann schon das „Wie“.⁵³¹

⁵²⁵ Siehe hierzu bereits oben, B.I.4.c)cc).

⁵²⁶ Tomerius/Kiser, VergabeR 2005, 551 (558); Buhr, S. 235; Waldner, S. 33, 120; Widmann, S. 176.

⁵²⁷ Ruthig, NZBau 2005, 497 (500); a. A. Bungenberg, S. 264; ebenso Krohn, NZBau 2007, 493 (495), welcher darauf abstellt, dass zwischen Absendung und Zugang der Zuschlagsentscheidung „ein gedanklicher wie zeitlicher Abstand“ besteht.

⁵²⁸ So auch Pietzcker, Zweiteilung, S. 21; Dörr, DÖV 2001, 1014 (1024); Losch, VergabeR 2007, 298 (307); Noch, Diss., S. 177; Ruthig, NZBau 2005, 497 (500); a. A. Latotzky/Janz, VergabeR 2007, 438 (444), welche aufgrund der „umfangreichen verfahrensrechtlichen Ausgestaltung“ der Auswahlstufe eine Trennung für zwingend erforderlich halten.

⁵²⁹ So auch Dabrignhaus/Sronka, VergabeR 2006, 462 (465).

⁵³⁰ Tomerius/Kiser, VergabeR 2005, 551 (559).

⁵³¹ Tomerius/Kiser, ebenda; Irmer, VergabeR 2006, 159 (164).

(f) Historische (Hilfs-)Überlegungen

Die sogenannte Traditionstheorie stellt auf die historische Entwicklung ab.

Das Grundverständnis des öffentlichen Auftragswesens lag darin, dass die öffentliche Hand in Fällen der Erhaltung und Vermehrung von Verwaltungsvermögen sowie der Beschaffung der dafür benötigten Leistungen nicht im Rahmen eines Über- bzw. Unterordnungsverhältnisses handelte. Die öffentliche Hand beteiligte sich in diesem Rahmen am Wirtschaftsleben fiskalisch, d. h. rein privatrechtlich⁵³². Dem steht auch nicht das Argument der Bindung der Verwaltung an Grundrechte, hier vor allem den Gleichheitssatz gemäß Art. 3 GG entgegen⁵³³, weil die Grundrechtsbindung keinen Einfluss auf die Handlungsform hat.

Diesem Grundverständnis folgte die Anerkennung eines quasi zwischen den Extremen, d. h. zwischen dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht stehenden Verwaltungsprivatrechts, in dessen Bereich die öffentliche Verwaltung zwar öffentliche Aufgaben, aber trotzdem in privatrechtlicher Form wahrnimmt⁵³⁴.

Für die Vergabe öffentlicher Aufträge galt hier nach traditionellem Verständnis, dass die öffentliche Verwaltung rein privatrechtlich handelt. Überlagert, quasi ummantelt, wird dieses privatrechtliche Handeln aber öffentlich-rechtlich, nämlich durch die Prinzipien des allgemeinen Haushaltsrechts, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit⁵³⁵. Das Ergebnis der Vergabe ist ein privatrechtlicher Vertrag, weshalb die Vergabe als einheitlicher Lebensvorgang auch dem Privatrecht zuzuordnen sei.

d) Zwischenergebnis

Im Ergebnis kann den Ansichten, welche die Vergabe dem öffentlichen Recht unterstellen, nicht gefolgt werden.⁵³⁶

⁵³² Der Begriff „Fiskus“ ist dem römischen Recht angelehnt und ermöglichte im ursprünglichen Verständnis eine Trennung von staatlichem und fürstlichem Vermögen und eine Umdeutung hoheitlicher in private Rechtsverhältnisse (Lehre der Doppelpersönlichkeit des Staates, vgl. Badura, § 2, Rdn. 70). Nach neuerem Verständnis ist der Staat als Träger hoheitlicher Gewalt, aber auch als juristische Person zu verstehen, die privatrechtlich zu handeln vermag (vgl. Achterberg, § 2, Rdn. 54).

⁵³³ So Hormann, VergabeR 2007, 434 (437).

⁵³⁴ Achterberg, § 1, Rdn. 21.

⁵³⁵ Tomerius/Kiser, VergabeR 2005, 551 (558); Maurer, § 3, Rdn. 10; Rittner, S. 47.

⁵³⁶ So auch Tomerius/Kiser, VergabeR 2005, 551 (557); Hösch BayVBl. 1997, 193 (196); Heiermann/Ax, S. 102.

Die Vergabe von Bauleistungen ist kein eigenständiger, vom späteren Werkvertrag losgelöster Vorgang. Es handelt sich im Ergebnis um eine Marktrecherche im Vorfeld des Vertragsschlusses, mithin um einen einheitlichen Vorgang mit dem Ziel, einen Werkvertrag zu schließen. Eine „künstliche“ Trennung in „Ob“ und „Wie“ verbietet sich. Hierfür besteht auch kein Anlass.

In Anbetracht der Tatsache, dass die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung⁵³⁷ bereits seit Jahrzehnten einheitlich bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen den Verwaltungsrechtsweg ablehnt, ist die Diskussion wohl eher dem Versuch geschuldet, trotz entgegenstehenden Willens des Gesetzgebers aufgrund der überwiegend anerkannten Notwendigkeit⁵³⁸ einen primären Vergaberechtsschutz im unterschweligen Bereich zu generieren. Andererseits dürfte auch die Überlegung nicht vollständig fehlgehen, dass sich die Verwaltungsgerichte in Anbetracht des Rückganges der Asylverfahren und der Verlagerung der Zuständigkeit des Sozialhilferechts ein neues Arbeitsgebiet sichern wollen⁵³⁹.

Auch die Argumentation der Sachnähe der Verwaltungsgerichte kann keinesfalls überzeugen. Einerseits handelt es sich bei der Prüfung von Angebot und Annahme um das handwerkliche Rüstzeug eines Zivilrichters.⁵⁴⁰ Andererseits verkennen die Verfechter des Verwaltungsrechtsweges, dass zwar einstweiliger Rechtsschutz (sowohl beim Zivilrechtsweg als auch beim Verwaltungsrechtsweg) innerhalb weniger Tage erlangt werden kann. Das sich dem einstweiligen Rechtsschutz anschließende Hauptsacheverfahren ist aber beim Verwaltungsgericht regelmäßig von einer mehrjährigen Verfahrensdauer gekennzeichnet⁵⁴¹ und muss deshalb als eher nicht praktikabel eingeschätzt werden⁵⁴². Gerade das Problem der Verzögerung der Bauvorhaben durch die Gewährung eines primären Rechtsschutzes ist aber das Hauptargument der Gegner des Vergaberechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte. Vielmehr hat der Gesetzgeber oberhalb der Schwellenwerte das Vergaberecht dem Wettbewerbs-

⁵³⁷ BVerwG, Urteil vom 07.11.1957, II C 109/55; BVerwG, Urteil vom 13.03.1970, VII C 80/67.

⁵³⁸ Ebenso Sterner, S. 94.

⁵³⁹ Pietzcker, ZfBR 2007, 131 (135).

⁵⁴⁰ Himmelmann, VergabeR 2007, 342 (347).

⁵⁴¹ Durch den bis 2007 amtierenden Präsidenten des OVG Sachsen (Siegfried Reich) wurde der Einwand der langen Verfahrensdauer des Hauptsacheverfahrens im Rahmen der Diskussionsrunde zum VOB-Tag in Leipzig 2007 damit abgelehnt, dass er von einer außergerichtlichen Klärung der Parteien nach dem einstweiligen Rechtsschutz ausgehe, weshalb sich das Hauptsacheverfahren erübrigt.

⁵⁴² Bungenberg, S. 268.

recht zugeordnet⁵⁴³, für welches die ordentlichen Gerichte zuständig sind. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, warum unterhalb der Schwellenwerte nicht die gleiche Überlegung gelten soll, weshalb die Streitigkeit mehr dem Wettbewerbsrecht zuzuordnen und damit privatrechtlich ausgestaltet ist.

2. Bundesrechtliche Regelungen

a) Primärer Rechtsschutz

aa) Ausgangspunkt

Unterhalb der Schwellenwerte ist das Vergaberecht nach haushaltsrechtlichen Grundsätzen ausgestaltet, nachdem die Umsetzung der europäischen Richtlinien lediglich zu einer Regelung des Vergaberechts oberhalb der Schwellenwerte führte.⁵⁴⁴ Eine Ausdehnung dieses Rechtsschutzes auf Vergaben unterhalb der Schwellenwerte war⁵⁴⁵ und ist⁵⁴⁶ seitens des Gesetzgebers auch nicht gewollt. Konkrete Rechtsschutzmöglichkeiten, vergleichbar mit den Rechtsschutzmöglichkeiten oberhalb der Schwellenwerte⁵⁴⁷, mit denen Bieter einerseits Fehler im Vergabeverfahren angreifen, andererseits auch den Zuschlag an einen anderen Bieter verhindern können, gibt es nicht.

bb) Handlungsmöglichkeiten des Bieters

(a) Verwaltungsrechtliche Aufsicht

Auch die haushaltsrechtliche Ausgestaltung des Vergabewesens führt nicht dazu, dass die Tätigkeit der Verwaltungsträger völlig rechtsfrei verläuft.

So unterliegen die Maßnahmen der Verwaltung einer staatlichen Überwachung durch eine Rechts- bzw. Fachaufsicht durch entsprechende Aufsichtsbehörden.

Im Rahmen der Rechtsaufsicht wird nur die Rechtmäßigkeit, nicht jedoch die Zweckmäßigkeit der jeweiligen Maßnahme geprüft, was insbesondere im Bereich der Selbstverwaltungsaufgaben der Fall ist.⁵⁴⁸ Die Rechtsaufsichtsbehörde hat im

⁵⁴³ Irmer, VergabeR 2006, 159 (164).

⁵⁴⁴ Koenig/Haratsch, NJW 2003, 2637 (2641).

⁵⁴⁵ Begründung zu § 109 des Regierungsentwurfes, BT-Drucks. 13/9340.

⁵⁴⁶ Entwurf der Begründung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, a. a. O., S. 3.

⁵⁴⁷ Vgl. oben, I.1.

⁵⁴⁸ Stockmann, in: Immenga/Mestmäcker, GWB § 102, Rdn. 5; Ax/Reichert/Keseberg, S. 413 f.; Bosen, Vergaberecht, Rdn. 15; Heiermann/Ax, S. 12.

Rahmen ihrer Tätigkeit neben Informationsrechten auch das Recht, die Aufhebung rechtswidriger Maßnahmen sowie die Ergreifung rechtmäßiger Handlungen zu verlangen. Hierzu kann die Aufsichtsbehörde auch Maßnahmen zur Ersatzvornahme ergreifen. Allerdings müssen die Aufsichtsbehörden aufgrund der reinen Rechtskontrolle vor allem den durch die Vergabevorschriften eingeräumten umfangreichen Ermessens- und Beurteilungsspielraum beachten. Im Bereich der Vergabeverfahren kommen daher als Maßnahmen insbesondere die Aussetzung des Vergabeverfahrens, die Aufhebung der Ausschreibung bzw. die erneute Ausschreibung in Betracht.⁵⁴⁹

Bei der Fachaufsicht überprüft die Aufsichtsbehörde in den übrigen Fällen neben der Rechtmäßigkeit auch die Zweckmäßigkeit der Maßnahme⁵⁵⁰, d. h. neben dem „Ob“ auch das „Wie“. Den Fachaufsichtsbehörden kommen aufgrund der vollumfänglichen Prüfungsbefugnis in diesem Zusammenhang neben den Informationsrechten auch umfassende Weisungsrechte zu, welche sich sowohl auf das künftige Verhalten als auch die Korrektur und Aufhebung bereits erfolgter Maßnahmen erstrecken.⁵⁵¹

Für Vergabeverfahren kommen insoweit insbesondere die Beanstandung und Aussetzung desselben, die Aufhebung der Ausschreibung bzw. die Ergreifung geeigneter Maßnahmen zur Fehlerkorrektur bis hin zur Anordnung einer neuen Ausschreibung oder ein Veröffentlichen einer eigenen Ausschreibung (Selbsteintritt) in Betracht.⁵⁵²

Allen Maßnahmen gemeinsam ist, dass eine entsprechende Rüge (Beschwerde) form- und fristlos möglich ist. Der Bieter hat aber einerseits keinerlei Anspruch auf Tätigwerden der Aufsichtsbehörde⁵⁵³, was eine fehlende Einflussmöglichkeit auf das Aufsichtsverfahren einschließt. Andererseits entfaltet ein Tätigwerden der Aufsichtsbehörde oder auch nur die Rüge eines vermeintlichen Vergabeverstößes durch einen Bieter keinerlei Suspensiveffekt⁵⁵⁴, weshalb der Fortgang des Vergabeverfahrens nicht ohne Weiteres beeinflusst werden kann. Der Bieter hat daher auch keine Möglichkeit, allein durch die Einschaltung der Aufsichtsbehörden einen drohenden Zuschlag zu verhindern. Wegen des mit Zuschlag zustande kommenden wirksamen

⁵⁴⁹ Ax/Reichert/Keseberg, S. 414 f.; Heiermann/Ax, S. 13.

⁵⁵⁰ Stockmann, in: Immenga/Mestmäcker, GWB § 102, Rdn. 6; Ax/Reichert/Keseberg, S. 416 f.; Bosen, Vergaberecht, Rdn. 17.

⁵⁵¹ Ax/Reichert/Keseberg, S. 416 f.

⁵⁵² Ax/Reichert/Keseberg, S. 416 f.

⁵⁵³ Antweiler, VergR 2008, 352 (356).

⁵⁵⁴ Ax/Reichert/Keseberg, S. 416 f.

Vertrages können die Aufsichtsbehörden auch nur bis zur Zuschlagserteilung geeignete Maßnahmen treffen.⁵⁵⁵

Eine weitere sich bietende, wenn auch wenig effektive Möglichkeit⁵⁵⁶ ist, obwohl diese gesetzlich nicht ausdrücklich normiert ist, die Beschwerde bei der Dienstaufsicht. Diese führt zur Überprüfung des Verhaltens des handelnden Amtsträgers und gegebenenfalls zu disziplinarrechtlichen Maßnahmen. Auch diese Beschwerde ist form- und fristlos möglich, wobei ebenfalls keinerlei Anspruch des Bieters auf Tätigwerden besteht. Ein vergabespezifischer Rechtsschutz ist mit der Dienstaufsichtsbeschwerde aber nicht verbunden.

Ebenso zu bewerten ist die, gleichfalls nicht ausdrücklich normierte, Gegenvorstellung des Bieters, welche durch den Bieter form- und fristlos erhoben werden kann. Mit der Gegenvorstellung, die aber ebenfalls keinerlei aufschiebende Wirkung entfaltet, kann der Bieter die Vergabestelle auf einen vermeintlichen Fehler hinweisen und u. U. zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Handelns bzw. zur Korrektur zu bewegen.⁵⁵⁷

(b) Wettbewerbsrechtliche Ansprüche gemäß § 1, 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG

Das Vergaberecht ist wettbewerblich ausgeprägt, was bereits die Zuordnung der Regelungen des Vergaberechts in das GWB belegt. Insoweit könnte die Möglichkeit bestehen, dass sich ein Bieter gegen Vergabefehler im Rahmen spezieller wettbewerbsrechtlicher Ansprüche wehrt.

So verbietet § 3 UWG als generelle Regelung⁵⁵⁸ alle Wettbewerbshandlungen, welche geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil von Mitbewerbern oder sonstigen Marktteilnehmern zu beeinflussen. Bei einem derartigen Verstoß kann gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG jeder Mitbewerber einen Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung gemäß § 8 Abs. 1 UWG geltend machen.

⁵⁵⁵ Ax/Reichert/Keseberg, S. 416 f.

⁵⁵⁶ Sterner, S. 123.

⁵⁵⁷ Heiermann/Ax, S. 19; Kreßner, S. 139.

⁵⁵⁸ Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 3 UWG, Rdn. 2.

Streitig ist dabei bereits, ob eine Vergabestelle überhaupt eine Wettbewerbshandlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vornehmen kann. Diese wird in jeder Handlung gesehen, welche das Ziel hat, zugunsten eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren zu fördern. Bei der öffentlichen Hand ist dabei auf die Art der Betätigung abzustellen. Handelt die öffentliche Hand ausschließlich für erwerbswirtschaftliche Zwecke, insbesondere für den Weitervertrieb oder die Förderung eines Dritten, kann eine Wettbewerbshandlung vorliegen⁵⁵⁹. Bei einer Vergabe tritt der Staat aber lediglich als reiner Nachfrager auf, um seinen Bedarf zu decken⁵⁶⁰. In einem solchen Fall verfolgt die öffentliche Hand nicht das Ziel, den Wettbewerb zu fördern, sondern tritt am Markt in einer Position auf, welche vergleichbar mit jedem Verbraucher ist. Deshalb kann man hier auch davon ausgehen, dass die öffentliche Hand nicht darauf abzielt, den Wettbewerb Dritter zu fördern, selbst wenn mit der Vergabe bzw. dem Vergabeverfahren der Wettbewerb als solcher eröffnet wird⁵⁶¹.

Selbst unter Annahme einer Wettbewerbshandlung muss diese noch unlauter sein. Was unter unlauteren Wettbewerbshandlungen zu verstehen ist, wird in den §§ 5 – 7 UWG definiert, wobei diese lediglich Beispielstatbestände beinhalten⁵⁶². Vergabeverstöße unterhalb der Schwellenwerte können aber im Wesentlichen nur auf einer Verletzung der Regelungen der VOB/A beruhen, weshalb insbesondere ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG in Frage kommt. Hier stellt sich aber bereits in Literatur und Rechtsprechung die Frage, ob die Regelungen der VOB eine Rechtsnorm im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG darstellen⁵⁶³. Im Ergebnis wird diese aber richtigerweise nicht als Rechtsnorm im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG

⁵⁵⁹ Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 UWG, Rdn. 13.18; Alexander, WRP 2004, 700 (705); OLG Stuttgart, Urteil vom 11.04.2002, 2 U 240/01; LG Mannheim, Urteil vom 01.04.2005, 7 O 404/04.

⁵⁶⁰ BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03; LG Mannheim, Urteil vom 01.04.2005, 7 O 404/04.

⁵⁶¹ So auch Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 UWG, Rdn. 13.22; Alexander, WRP 2004, 700 (705); LG Mannheim, Urteil vom 01.04.2005, 7 O 404/04; LG Bad Kreuznach, Beschluss vom 06.06.2007, 2 O 198/07.

⁵⁶² Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 3 UWG, Rdn. 6.

⁵⁶³ Ablehnend: Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 UWG, Rdn. 11.27; Piper/Ohly, UWG § 4, Rdn. 11/13; Gröning in Motzke/Pietzcker/Prieß, Sys IV, Rdn. 106; Bestätigend: Prieß/Niestedt, S. 153; Alexander, WRP 2004, 700 (706).

behandelt. Die gegenteilige Ansicht⁵⁶⁴ beachtet nicht den Gesetzeswortlaut des § 4 Nr. 11 UWG, welcher ausdrücklich von „gesetzlicher Vorschrift“ spricht. Der VOB stellt aber nur eine Verwaltungsrichtlinie dar, welche nicht die Qualität einer Rechtsnorm hat⁵⁶⁵. Insoweit können Verstöße der Vergabestelle gegen die VOB/A nicht im Sinne des UWG geahndet werden⁵⁶⁶.

Grundsätzlich kann auch noch ein Verstoß gegen § 4 Nr. 10 UWG in Form von gezielten Behinderungen von Mitbewerbern in Frage kommen. Ein derartiger Verstoß könnte jedoch lediglich von einem Mitbewerber und somit Bieter ausgehen, weshalb das eigentliche Vergabeverfahren nicht berührt wird und in diesem Verfahren auch kein Rechtsschutz begehrt werden kann.

Im Ergebnis bestehen insoweit praktisch keine Möglichkeiten, bei Vergabeverstößen erfolgreich nach den Regelungen des Wettbewerbsrechtes gegen die Vergabestelle vorzugehen.

(c) Kartellrechtliche Ansprüche gemäß § 33 i. V. m. § 20 Abs. 1 GWB

Auch unterhalb der Schwellenwerte kommen gemäß § 33 GWB grundsätzlich Ansprüche auf Unterlassen und Beseitigung von wettbewerbsbeschränkendem und diskriminierendem Verhalten im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB in Frage. Der Anspruch ist insoweit nicht nur auf die Möglichkeit von Schadensersatz im Sinne eines sekundären Rechtsschutzes gerichtet. Möglich ist insbesondere auch die Unterbindung und Beseitigung einer bestehenden Rechtsverletzung, also die Wiederherstellung einer rechtmäßigen Lage⁵⁶⁷. Allerdings ist auch dieser Anspruch praktisch nicht durchsetzbar. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen oben unter I.2.d)ee) verwiesen.

⁵⁶⁴ Müller-Stoy, WRP 2006, 330 (334); ebenso LG Hamburg, Urteil vom 28.10.1998, 406 O 169/98, welches schon einen Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz des § 2 VOL/A als sittenwidrigen Verstoß im Sinne des § 1 UWG einordnet.

⁵⁶⁵ BGH, GRUR 1984, 665 (667).

⁵⁶⁶ A. A. LG Heilbronn, Urteil vom 19.11.2001, 22 O 294/01, welches § 2 Nr. 2 VOB/A als direkte Verbotsnorm im Sinne des § 1 UWG behandelt.

⁵⁶⁷ Emmerich in Immenga/Mestäcker, § 33, Rdn. 101, Lübbert in Wiedemann, § 30 Rdn. 5; Kreßner, S. 141.

(d) Zwischenergebnis

Aufgrund der haushaltsrechtlichen Ausgestaltung des Vergaberechtes unterhalb der Schwellenwerte kann man die Rechtsschutzmöglichkeiten von Bieter unterhalb der Schwellenwerte nicht gerade als ausgeprägt bezeichnen.

Weder die Möglichkeiten der Rechts- oder Fachaufsicht noch die kartell- bzw. wettbewerbsrechtlichen Möglichkeiten können einen praktikablen Rechtsschutz des Bieters unterhalb der Schwellenwerte gewährleisten. Bei sämtlichen Aufsichtsmaßnahmen hat der Bieter noch nicht einmal Einfluss auf die Verfahren und kann insoweit im Zweifel noch nicht einmal erreichen, dass die Aufsichtsbehörde überhaupt tätig wird. Dies betrifft vor allem die Dienstaufsichtsbeschwerden, bei welchen man vom Grundsatz ausgehen kann: „formlos-fristlos-fruchtlos“.

Die kartell- und wettbewerbsrechtlichen Möglichkeiten des Bieters bestehen auch nur theoretisch und scheitern in der Praxis regelmäßig an der fehlenden Beweisbarkeit durch den Bieter.⁵⁶⁸

cc) „Korrektive“ Rechtsprechung

Trotz des durch den Gesetzgeber geäußerten Willens, keine subjektiven Rechte der Bieter unterhalb der vergaberechtlichen Schwellenwerte zuzulassen, besteht in Literatur⁵⁶⁹ und Praxis⁵⁷⁰ der zunehmende Ruf nach einem primären Rechtsschutz. Bereits vor der Einführung entsprechender gesetzlicher Regelungen wird in der Rechtsprechung ein äußerst eingeschränkter Rechtsschutz basierend auf den Grundrechten, insbesondere dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung des Art. 3 GG diskutiert.

Nachdem die früheren Bestrebungen zur Einschaltung der Verwaltungsgerichte durch den Beschluss des BVerwG vom 02.05.2007⁵⁷¹ im Ergebnis abgeschnitten wurden, konzentrieren sich die Versuche nunmehr mit der gleichen Argumentation⁵⁷² auf die Zivilgerichte. Neben der reinen Folgenbeseitigung in Form eines Schadenser-

⁵⁶⁸ Fett, VergabeR 2007, 298 (299); Prieß/Niestedt, S. 150 f.

⁵⁶⁹ Vgl. u. a. Pietzcker, NJW 2005, 2881 (2884); Dreher, NZBau 2002, 419 (428); Burgi, VergabeR 2010, 403 (409); Irmer, ZfBR 2007, 233 (243); Latotzky/Janz, VergabeR 2007, 438 (44); Losch, VergabeR 2006, 298 (307); Stoy, WRP 2006, 330 (338); Sauer/Hollands, NZBau 2006, 763 (763).

⁵⁷⁰ DAV in seiner Stellungnahme vom 12.04.2010 zum "Vorschlag einer gesetzlichen Regelung zum Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte"; die Empfehlungen des 1. Deutschen Baugerichtstages, BauR 2006, 1535 f.

⁵⁷¹ BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007, VIII C 160/60.

⁵⁷² Leider auch mit dem gleichen eingeschränkten Erfolg.

satzanspruches⁵⁷³ wird in der Rechtsprechung und Literatur daher zunehmend die Möglichkeit diskutiert, ob der Bieter die Möglichkeit hat, im Rahmen eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens gemäß § 935, 940 ZPO der Vergabestelle die Zuschlagserteilung zu verbieten, weil mit Zuschlagserteilung nach einhelliger Ansicht (ebenso wie oberhalb der Schwellenwerte gemäß § 114 GWB⁵⁷⁴) ein Primärrechtsschutz nicht mehr möglich sein kann und durch das entstandene Vertragsverhältnis verhindert wird⁵⁷⁵.

Die Rechtsprechung geht hierbei grundsätzlich einhellig davon aus, dass bei einem geschlossenen Vertrag, d. h. nach erfolgtem Zuschlag, auch bei einer Verletzung vorvertraglicher Pflichten, mit Ausnahme eines außerordentlichen Kündigungsrechtes des Auftraggebers⁵⁷⁶, kein Anspruch auf Vertragsanpassung besteht.⁵⁷⁷ Ist der Zuschlag erteilt, besteht insoweit nur ein Anspruch auf Schadensersatz in Form von Geld. Bei noch schwebenden Vertragsverhandlungen kann dies allerdings nicht gelten, sodass abweichend vom Grundsatz „dulde und liquidiere“ bei einem noch nicht geschlossenen Vertrag eine Unterlassung bzw. Anpassung des fehlerhaften Vertragsanbahnungsverhaltens⁵⁷⁸ bis hin zur Verpflichtung der Zuschlagserteilung möglich ist⁵⁷⁹.

In der Rechtsprechung hat sich allerdings noch keine klare Linie zur Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes abgezeichnet. Geht man mit der Entscheidung des BVerwG vom 02.05.2007⁵⁸⁰ von einer Eröffnung des Zivilrechtsweges aus⁵⁸¹, ist zwar der Weg für eine einstweilige Verfügung im Sinne der §§ 935, 940 ZPO grund-

⁵⁷³ BGH, Urteil vom 19.05.2006, V ZR 2647/05.

⁵⁷⁴ Siehe oben, I. 1.; OLG Dresden, Beschluss vom 25.04.2006, 20 U 467/06; OLG Oldenburg, Beschluss vom 02.09.2008, 8 W 117/08.

⁵⁷⁵ OLG Oldenburg, Beschluss vom 02.09.2008, 8 W 117/98; Pietzcker, NVwZ 1983, 121 (124); Pietzcker, NJW 2005, 2881 (2883).

⁵⁷⁶ LG München, Urteil vom 20.12.2005, 33 O 16465/05.

⁵⁷⁷ Ausnahme: BGH, Urteil vom 16.09.2001, X ZR 107/00: Hier wurde für den Fall einer versäumten Anfechtungsfrist ein Schadensersatzanspruch auf Vertragsaufhebung auf c. i. c. bestätigt.

⁵⁷⁸ BGH, Urteil vom 12.01.1995, III ZR 136/93 (für pVV); OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.05.2008, 12 U 235/07; OLG Hamburg, Urteil vom 03.02.2005, 5 U 65/04 (für pVV).

⁵⁷⁹ BGH, Urteil vom 26.10.1961, KZR 1/61; Grunsky in Münchner Kommentar zum BGB, § 249, Rdn. 12.

⁵⁸⁰ BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007, 6 B 10.70.

⁵⁸¹ Vgl. auch oben, II. 1.

sätzlich eröffnet.⁵⁸² Streitig ist aber, ob dem Bieter ein Verfügungsanspruch zur Seite steht und auf welche Rechtsgrundlage dieser zu stützen ist.

Das OLG Dresden⁵⁸³ und auch das LG Potsdam⁵⁸⁴ gehen davon aus, dass es bereits an einem Verfügungsanspruch fehlt, weil ein Zuschlagsverbot ausschließlich in § 115 Abs. 1 GWB enthalten sei, welcher gemäß § 100 Abs. 1 GWB ausschließlich oberhalb der Schwellenwerte gelte.

Das Oberlandesgericht Brandenburg⁵⁸⁵ und auch das LG Cottbus⁵⁸⁶ wiederum nehmen einen aus den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluss hergeleiteten Unterlassungsanspruch an. Allerdings hat das OLG Brandenburg⁵⁸⁷ auch klargestellt, dass weder ein Kontrahierungszwang noch das Verbot zur nachträglichen Aufhebung der Ausschreibung (in den Grenzen des § 26 VOB/A 2006) besteht.

Das OLG Stuttgart⁵⁸⁸, das LG Bad Kreuznach⁵⁸⁹ sowie das LG Frankfurt/Oder⁵⁹⁰ bzw. das LG Augsburg⁵⁹¹ gehen von einem Unterlassungsanspruch gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB, 1004 BGB analog i. V. m. Art. 3 GG aus⁵⁹². Das OLG Hamm⁵⁹³ leitet demgegenüber aus einer direkten Anwendung des Art. 3 GG einen Primärrechtsschutz ab.

Entscheidungen in den jeweiligen Hauptsacheverfahren gibt es nicht, was vermutlich darauf zurückzuführen ist, dass vor der Einleitung derartiger Verfahren in Anbetracht der zu erwartenden Verfahrensdauer eine außergerichtliche Klärung angestrebt wird. Der Grund für derart wenige Entscheidungen dürfte schon darin liegen, dass häufig der Bieter aufgrund einer fehlenden Verpflichtung zur Information analog der Regelungen des § 101 a Abs. 1 GWB (§ 13 VgV 2006) erst nach Vertragsschluss von einem entsprechenden Vergabeverstoß erfährt. Völlig unabhängig vom jeweiligen Ver-

⁵⁸² So auch schon Hösch, BayVBl. 1997, 193 (196).

⁵⁸³ OLG Dresden, Beschluss vom 25.04.2006, 20 U 467/06.

⁵⁸⁴ LG Potsdam, Beschluss vom 14.11.2007, 2 O 412/07.

⁵⁸⁵ OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.05.2008, 12 U 235/07; OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.12.2007, 13 W 79/07.

⁵⁸⁶ LG Cottbus, Urteil vom 24.10.2007, 8 O 99/07.

⁵⁸⁷ OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.12.2007, 13 W 79/07.

⁵⁸⁸ OLG Stuttgart, Urteil vom 11.04.2002, 2 U 240/01.

⁵⁸⁹ LG Bad Kreuznach, Beschluss vom 06.06.2007, 2 O 198/07.

⁵⁹⁰ LG Frankfurt/Oder, Urteil vom 14.11.2007, 13 O 360/07.

⁵⁹¹ LG Augsburg, Urteil vom 05.06.2008, 6 O 1562/08.

⁵⁹² Im Ergebnis wohl auch LG Landshut, Urteil vom 11.12.2007, 73 O 2576/07, welches die Rechtsgrundlage offenließ, jedoch Art. 3 GG heranzog.

⁵⁹³ OLG Hamm, Urteil vom 12.02.2008, 4 U 190/07; ebenso OLG Brandenburg, Beschluss vom 02.10.2008, 12 U 91/08.

fügungsanspruch gehen die obigen Gerichtsentscheidungen davon aus, dass der Anspruchsteller, mithin der Bieter, sämtliche Voraussetzungen für den Verfügungsanspruch darlegen und beweisen muss⁵⁹⁴. Dies wird noch dadurch erschwert, dass ein derartiger Rechtsschutz lediglich bei einem willkürlichen bzw. vorsätzlich rechtswidrigen Verhalten⁵⁹⁵ in Frage kommt.

dd) Zwischenergebnis

Die theoretisch diskutierten Möglichkeiten eines primären Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte werden in der Literatur zutreffend als „Papiertiger ohne greifbaren praktischen Gehalt“⁵⁹⁶ und in den Anforderungen als in der Praxis unerfüllbar bezeichnet⁵⁹⁷.

Einerseits führt die unterschiedliche Rechtsprechung dazu, dass der Rechtsschutz nur regional wirksam ist und damit eine Zersplitterung des Rechtsschutzsystems droht⁵⁹⁸. Andererseits führen die zivilgerichtliche Ausgestaltung des Rechtsschutzes und die dort verankerten Grundsätze des parteilichen Beibringungsgrundsatzes sowie die praktischen Probleme der Vortrags- und Beweislast des Bieters zu erheblichen Prozessrisiken, die von vielen Bietern gescheut werden, dies wohl auch im Hinblick auf die in diesem Zusammenhang entstehenden Prozesskosten. Andererseits beschränkt sich die Rechtsprechung im Wesentlichen auf eine reine Willkürprüfung. Hinzu kommt, dass ein einstweiliger Rechtsschutz bereits durch die erfolgte Zuschlagserteilung ausscheidet, weil der Bieter nur in seltenen Fällen vor der Zuschlagserteilung von einem Vergabeverstoß erfährt, weil es keine Vorabinformation entsprechend § 101 a Abs. 1 GWB (§ 13 VgV 2006) gibt.

Einen praktikablen primären Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte gibt es bundesrechtlich insoweit nicht⁵⁹⁹.

⁵⁹⁴ So etwa OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.05.2008, 12 U 235/07.

⁵⁹⁵ OLG Hamm, Urteil vom 12.02.2008, 4 U 190/07; LG Landshut, Urteil vom 11.12.2007, 73 O 2576/07; LG Bad Kreuznach, Beschluss vom 24.10.2008, 2 O 326/08; a.A. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.10.2008, 27 W 2/08; OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2010, 27 U 1/09.

⁵⁹⁶ Bitterich, NVwZ 2007, 890 (894).

⁵⁹⁷ Heuvels, NZBau 2005, 570 (572); Niestedt/Hözl, NJW 2006, 3680 (3682); Latotzky/Janz, VergabeR 2007, 438 (439); Gehrlein NZBau 2001, 483 (484).

⁵⁹⁸ Braun, NZBau 2008, 160 (162).

⁵⁹⁹ So auch Schindler, S. 49 f.; Irmer, VergabeR 2006, 308; Krist/Kutzscher, VergabeR 2006, 823 (830), welche zum gleichen Ergebnis in der Verwaltungsgerichtsbarkeit gelangen.

b) Sekundärer Rechtsschutz

Im Hinblick auf den bundesrechtlich zur Verfügung stehenden sekundären Rechtsschutz kann auf die Ausführungen oben (I.2.) verwiesen werden. Allerdings sind die dort genannten besonderen vergaberechtlichen Schadensersatzansprüche (I.2.b)) unterhalb der Schwellenwerte nicht anwendbar.

3. Landesrechtliche Regelungen

Auch im Hinblick auf die einzelnen Landesgesetzgebungen kann auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen werden.

Ein vergabespezifischer gerichtlicher Rechtsschutz ist auch in der Gesetzgebung der einzelnen Bundesländer nicht zu finden. Der Grund hierfür dürfte vor allem in der hierzu bestehenden (fehlenden) Gesetzgebungszuständigkeit liegen. Gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zählen das Gebiet des gerichtlichen Verfahrens und die Gerichtsverfassung zur konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes, von welcher der Bund auch umfassend Gebrauch gemacht hat⁶⁰⁰.

Die Frage, inwieweit durch die einzelnen Bundesländer landesspezifische Regelungen getroffen wurden, die den Bieter in die Lage versetzen, bei Verletzungen von Vergaberegeln weitergehende Rechte geltend zu machen, und ob diese das Kriterium eines ausreichenden Rechtsschutzes erfüllen können, soll später untersucht werden.

⁶⁰⁰ Buhr, S. 33; Klingner, S. 653; Arzt-Mergemeier in Willenbruch, § 1 HGrG, Rdn. 3.

Exkurs Vergaberecht in Österreich

I. Einleitung

Das österreichische Vergaberecht war, im Gegensatz zur Rechtsentwicklung in Deutschland, traditionell dem Privatrecht zuzuordnen und nicht Bestandteil des öffentlichen Rechts⁶⁰¹. Dabei waren die öffentlichen Auftraggeber im Wesentlichen zivilrechtlich frei, mit wem und zu welchen Konditionen sie Verträge abschlossen.⁶⁰² Dadurch hatte ein Bieter ursprünglich nur die Möglichkeit, das übergeordnete Aufsichtsorgan mittels Aufsichtsbeschwerde zu informieren⁶⁰³. Außerdem war das Vergaberecht in Österreich (insbesondere unterhalb der Schwellenwerte) gekennzeichnet von einer starken Rechtszersplitterung⁶⁰⁴. Bund und Länder hatten unterschiedliche Vergabeordnungen, denen zwar häufig die ÖNORM A 2050⁶⁰⁵ „Vergabe von Leistungen“⁶⁰⁶ zugrunde lag, allerdings je nach Auftraggeber mit erheblichen Anpassungen⁶⁰⁷. Das Vergaberecht war dabei ursprünglich auch zum überwiegenden Teil über verwaltungsinterne Anweisungen geregelt, die als „Selbstbindungsnorm“⁶⁰⁸ durch das jeweilige oberste Verwaltungsorgan in Kraft gesetzt wurden⁶⁰⁹. Im Zuge des Beitritts Österreichs zum EG⁶¹⁰ wurden aber, anders als in Deutschland, sofort außenwirksame Vergabegesetze geschaffen, wobei aus Kompetenzgründen⁶¹¹ neben einem Bundesvergabegesetz auch 9 Landesvergabegesetze entstanden⁶¹². Dabei sind auch in Österreich ähnliche Fehler bei der Durchführung der Vergabeverfahren festzustellen wie in Deutschland. So bestehen bspw. häufige Probleme bei den Dokumentationspflichten, bei der Vorbefasstheit bzw. Befangenheit einzelner Personen auf der Auftraggeberseite, einer nicht hinreichenden Definition des Leistungsgegen-

⁶⁰¹ König, S. 7.

⁶⁰² König, ebenda.

⁶⁰³ Reinbacher, S. 17.

⁶⁰⁴ Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Nationale Rechtsgrundlagen, Rdn. 1; Funk, JRP 1999 251 (251); Heid/Hauck/Preslmayr 1998, S. 175; König, S. V.

⁶⁰⁵ öBGBI. Nr. 17/1994.

⁶⁰⁶ Die ÖNORM ist vergleichbar mit den Verdingungsordnungen in Deutschland. Sie wird vom Österreichischen Normungsinstitut geschaffen und wird erst durch Anordnung der Exekutive verbindlich.

⁶⁰⁷ Kropik/Mille/Sachs, BVergG 2002, S. 8; Heid/Hauck/Preslmayr 1998, S. 19.

⁶⁰⁸ König, S. 7.

⁶⁰⁹ Klingner, S. 206.

⁶¹⁰ Heid/Hauck/Preslmayr 1998, S. 19.

⁶¹¹ öVfGH, Beschluss vom 07.10.1998, B 2103/97.

⁶¹² Heid/Hauck/Preslmayr, S. 9; König, S. 8; Mayramhof, RPA 1999, 249 (249).

standes oder auch der Wahl des falschen Vergabeverfahrens⁶¹³. Insofern kommt auch hier dem Rechtsschutz eine hohe Bedeutung zu.

II. Rechtsschutz in Österreich

Im Folgenden soll der Rechtsschutz bei Vergaben mit speziellem Augenmerk auf den Bundesbereich, d. h. auf der Grundlage des Bundesvergabegesetzes erläutert werden. Zwar differieren die Rechtsschutzmöglichkeiten der einzelnen Länder zu den bundesrechtlichen Regelungen teilweise⁶¹⁴, eine separate Erläuterung auch der Landesvergabegesetze bzw. Landesvergabenachprüfungsgesetze überschreitet aber den Rahmen der vorliegenden Arbeit.

1. Entwicklung und Rechtsschutz bis zum BVergG 2002

Ursprünglich war der Rechtsschutz gegen unkorrekte Vorgehensweisen bei der Vergabe auch in Österreich nur beim Zivilgericht möglich und richtete sich vorrangig auf Schadensersatz. Dabei handelte es sich aber um Einzelfallrechtsprechung, einen gesicherten Rechtsschutz gab es nicht⁶¹⁵.

Das durch den Beitritt zum EWR im Zuge einer erforderlichen Neuregelung des Vergaberechts geschaffene BVergG trat am 01.01.1994⁶¹⁶ in Kraft und bestand zur Vermeidung von Divergenzen zwischen österreichischem und europäischem Recht zum Teil aus einer wörtlichen Übernahme der EU-Richtlinien⁶¹⁷, ohne dass eine selbstständige innerstaatliche Regelung für ein öffentliches Auftragswesen erfolgte⁶¹⁸. Allerdings berücksichtigte das BVergG ausschließlich die Bau- und Lieferkoordinierungsrichtlinie⁶¹⁹. Sowohl Dienstleistungs-⁶²⁰ als auch Sektorenüberwachungsrichtlinie⁶²¹ waren unberücksichtigt geblieben und nicht umgesetzt. Insbesondere aus diesem Grund erfuhr das Gesetz mit dem BVergG 1997⁶²² eine erste grundlegende Änderung, bei welcher insbesondere auch die Regelungen der Dienstleis-

⁶¹³ Pachner in Kandlhofer/Seyfried, S. 11 f.

⁶¹⁴ König, S. 8.

⁶¹⁵ Aichner, JRP 1999, 253 (253).

⁶¹⁶ öBGBl I 1993/462.

⁶¹⁷ Heid/Hauck/Preslmayr, S. 9; König, S. 8.

⁶¹⁸ Mayramhof, RPA 1999, 249 (250).

⁶¹⁹ Allerdings wurden lediglich die veralteten Richtlinien berücksichtigt. Die seit 1993 geltenden Richtlinien 93/36/EWG und 92/50/EWG waren noch nicht aufgenommen.

⁶²⁰ 92/50/EWG.

⁶²¹ 92/13/EWG.

⁶²² öBGBl. I 1997/56.

tungsrichtlinie sowie die Schaffung von Rechtsschutzmöglichkeiten auch im Sektorenbereich eingearbeitet wurden.⁶²³

Der vergabespezifische Rechtsschutz in Österreich war aber bis zum Jahr 2002 insbesondere im Hinblick auf die Schwellenwertteilung ähnlich wie in der Bundesrepublik Deutschland ausgestaltet. Vergaberechtsschutz wurde nur oberhalb der Schwellenwerte gewährt. Gemäß § 3 Abs.1 BVergG⁶²⁴ bzw. § 6 Abs. 1 BVergG⁶²⁵ war ausdrücklich ein Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte ausgeschlossen, indem das BVergG nur für Vergabe oberhalb der Schwellenwerte für anwendbar erklärt wurde.

a) Primärer Rechtsschutz

aa) Oberhalb der Schwellenwerte

Der Rechtsschutz⁶²⁶ war im Wesentlichen 2-stufig aufgestellt⁶²⁷.

Als vorgeschaltetes und obligatorisches Schlichtungsverfahren konnte bis zur Zuschlagserteilung gemäß §§ 109 ff. BVergG die Bundes-Vergabekontrollkommission angerufen werden. Nach Zuschlagserteilung bestand keine Verpflichtung für ein Schlichtungsverfahren mehr. Antragsberechtigt waren gemäß § 109 Abs. 2 BVergG sowohl die Vergabestelle als auch ein Bewerber bzw. Bieter. Ab dem Zeitpunkt des Anrufens der Bundes-Vergabekontrollkommission bestand gemäß § 109 Abs. 8 BVergG ein Zuschlagsverbot, bei dessen Verletzung die von Amts wegen zu berücksichtigende absolute Nichtigkeit des Zuschlages eintrat⁶²⁸. Das Verfahren war gemäß § 108 Abs. 2 BVergG⁶²⁹ für die Parteien gebührenfrei und hatte gemäß § 110 Abs. 3 BVergG das Ziel, eine gütliche Einigung der Parteien herbeizuführen. Nur wenn eine solche nicht erreichbar war, sollte eine Empfehlung durch die Bundes-

⁶²³ Heid/Hauck/Preslmayr, S. 10.

⁶²⁴ öBGBI. I 1993/462.

⁶²⁵ öBGBI. I 1997/36.

⁶²⁶ Die nachfolgenden Paragraphen beziehen sich auf das BVergG 1997.

⁶²⁷ Neben dem dargestellten 2-stufigen Rechtsschutzverfahren war die Bundes-Vergabekontrollkommission auch für die Erstellung von Gutachten bspw. gemäß § 109 Abs. 1 Nr. 2 BVergG über die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung vor einem Zuschlag zuständig.

⁶²⁸ B-VKK, Empfehlung vom 12.05.1999, S-65/99-15; BVA, Bescheid vom 30.11.1998, N-33/98-17; BVA, Bescheid vom 25.05.1999, N-22/98-7; BVA, Bescheid vom 14.09.1999, N-39/99-8.

⁶²⁹ Die Begutachtungen der Bundes-Vergabekontrollkommission waren dagegen gemäß § 108 Abs. 1 BVergG gebührenpflichtig.

Vergabekontrollkommission ausgesprochen werden, wobei gemäß § 110 Abs. 4 BVergG Verlauf und Ergebnis dem Bundesvergabeamt zuzuleiten waren.

Nach Ablauf des obligatorischen Schlichtungsverfahrens bestand gemäß § 115 Abs. 1 BVergG die Möglichkeit zur Einleitung des eigentlichen Nachprüfungsverfahrens beim Bundesvergabeamt (BVA), wobei gemäß § 115 Abs. 1 BVergG antragsberechtigt ausschließlich der Unternehmer sein sollte, welcher ein Interesse am Abschluss des Vertrages hatte und welchem aus der behaupteten Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden war oder zu entstehen drohte. Die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens unterlag gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 3 BVergG einer Ausschlussfrist von 2 Wochen ab Kenntnis der Empfehlung der Bundes-Vergabekontrollkommission. Anders als beim Schlichtungsverfahren war mit der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens gemäß § 115 Abs. 6 BVergG keine automatische Sperrfrist verbunden.

Allerdings hatte der Bieter gemäß § 116 Abs. 1 BVergG, ebenfalls innerhalb einer Ausschlussfrist von 2 Wochen ab Kenntnis der Empfehlung der Bundes-Vergabekontrollkommission (§ 115 Abs. 2 BVergG), geeignete Maßnahmen im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens zu beantragen. Der Antrag auf einstweilige Verfügung musste insoweit regelmäßig mit dem Nachprüfungsantrag eingereicht werden⁶³⁰. Die durch eine einstweilige Verfügung gemäß § 115 Abs. 4 BVergG zu erlangende Sperrwirkung war aber nicht zwingend. Vielmehr hatte das Bundesvergabeamt vor deren Erlass gemäß § 115 Abs. 3 BVergG die beidseitigen Interessen inklusive des drohenden Schadens abzuwägen und eine einstweilige Verfügung zu unterlassen, wenn die nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung überwiegen.

Das Bundesvergabeamt entschied gemäß § 113 Abs. 2 BVergG vor Zuschlagserteilung durch Nichtigerklärung der rechtswidrigen Entscheidungen der Vergabestelle. Nach Zuschlagserteilung erging gemäß § 113 Abs. 3 BVergG die Feststellung eines Verstoßes gegen das BVergG und auch, auf Antrag des Auftraggebers, dass ein Bieter keine Chance auf Zuschlagserteilung hatte. Von praktischer Bedeutung war noch, dass das Bundesvergabeamt gemäß § 118 Abs. 3 BVergG i. V. m. § 35 AVG auch

⁶³⁰ König, S. 107.

sogenannte Mutwillensstrafen bis in Höhe von 1 % des geschätzten Auftragswertes, höchstens jedoch 800.000 Schilling⁶³¹ festsetzen durfte.

Gegen Entscheidungen der B-VKK oder des BVA war ein weiterer Instanzenzug nicht möglich. Einerseits regelte § 99 Abs. 2 BVergG ausdrücklich, dass Entscheidungen der B-VKK oder des BVA in erster und letzter Instanz ergehen. Hinzu kam, dass das BVA als Behörde mit richterlichem Einschlag (gemäß § 99 Abs. 4 BVergG mussten der Vorsitzende und sein Stellvertreter aus dem Richterstand ernannt werden) aufgestellt war, sodass eine Einschaltung des Verwaltungsgerichtshofes gemäß Art. 133 Nr. 4 B-VG ausdrücklich ausgeschlossen ist.

Neben den vorgenannten Rechtsschutzmöglichkeiten sah das BVergG zusätzlich noch gemäß § 119 BVergG die Möglichkeit einer außerstaatlichen (europäischen) Kontrolle durch eine unabhängig von einem Mahn- bzw. Vertragsverletzungsverfahren mögliche Einflussnahme der Europäischen Kommission vor. Hinzu kam für den Sektorenbereich gemäß § 121 BVergG die Möglichkeit einer außerstaatlichen Schlichtung. Beide Möglichkeiten haben aber keine praktische Relevanz erlangt⁶³².

bb) Unterhalb der Schwellenwerte

Im Bereich unterhalb der Schwellenwerte bestand für die Bieter keine Möglichkeit der Anrufung der Bundes-Vergabekontrollkommission bzw. des Bundesvergabebeamten. Zwar bestand gemäß § 14 Abs. 1 BVergG grundsätzlich für die österreichische Bundesregierung die Möglichkeit, insbesondere die Regelungen für den Rechtsschutz auch auf den Unterschwellenbereich auszudehnen. Diese wurde jedoch ausschließlich durch den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten für seinen Wirkungsbereich mit Erstreckungsverordnung 2000⁶³³ in Anspruch genommen. Außerhalb dieses Bereiches konnten Bieter bei Vergaben sowohl im Landes- als auch im Bundesbereich lediglich bei den ordentlichen Gerichten Rechtsschutz verlangen⁶³⁴.

Die Möglichkeiten für Bieter waren aber in der Rechtsprechung im Gegensatz zu Deutschland bereits relativ ausgeprägt, was vermutlich auch darauf zurückzuführen

⁶³¹ Entspricht 58.138,27 EUR.

⁶³² Heid/Hauck/Preslmayr, S. 233.

⁶³³ öBGBI. II 2000/35.

⁶³⁴ Heid/Hauck/Preslmayr, S. 231; König, S. 114.

sein dürfte, dass der Rechtsweg feststand und nicht durch die unterschiedlichen Diskussionen über Rechtsschutzmöglichkeit und Rechtswegeröffnung, die in Deutschland erfolgten⁶³⁵, quasi verzettelt wurde.

Entsprechend der Rechtsprechung in Deutschland leiteten sich die wesentlichsten Rechte der Bieter aus dem Grundsatz her, dass zwischen Bieter und öffentlichem Auftraggeber ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis besteht⁶³⁶.

Nach ständiger Rechtsprechung und in Anlehnung an die in Deutschland vertretene Sanktionierung auf der Grundlage des Verschuldens bei Vertragsschluss⁶³⁷ hatte ein Bieter im Rahmen dieses vorvertraglichen Schuldverhältnisses einen Anspruch aus culpa in contrahendo in Verbindung mit der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Einhaltung freiwillig zugrunde gelegter Vergabebedingungen⁶³⁸. Dabei konnte sich der öffentliche Auftragnehmer nicht dadurch seiner Pflicht entziehen, dass er die Vergabebedingungen in Form der ÖNORM A 2050 ausschließt. Vielmehr hatte der öffentliche Auftraggeber die Grundsätze der ÖNORM A 2050 auch dann zu beachten, wenn er weder durch seine internen Vorschriften noch seine Vergabebedingungen hierauf Bezug nahm, weil die Grundsätze der ÖNORM eine Konkretisierung des verfassungsmäßigen Gleichheitsgrundsatzes darstellten⁶³⁹. Aus den Grundsätzen des vorvertraglichen Schuldverhältnisses resultierte ein Anspruch der interessierten Bieter aus culpa in contrahendo auf Beteiligung am Vergabeverfahren⁶⁴⁰. Nach Ansicht der Literatur⁶⁴¹, die aber in der Rechtsprechung bis zur Reformierung des Vergaberechts mit dem BVergG 2002 keinen Niederschlag gefunden hatte, bestand aus den Grundsätzen der c. i. c. für den Bieter sogar ein Anspruch auf Zuschlagserteilung. Dies wurde daraus hergeleitet, dass die Rechtsprechung dem Bieter bei einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes einen Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsschadens, d. h. neben dem Ersatz der Angebotserstellungskosten auch den entgangenen Gewinn, zugestanden hat⁶⁴². Ein Erfüllungsinteresse kann dem Bieter nach richtiger Ansicht⁶⁴³ aber nur dann zustehen, wenn er auch einen

⁶³⁵ Vgl. oben, C.II.f.

⁶³⁶ König, S. 115; Mayramhof, RPA 1999, 249 (251).

⁶³⁷ Reinbacher, S. 91.

⁶³⁸ OGH, Beschluss vom 12.08.1998, 4 Ob 198/98w; OGH, Beschluss vom 19.10.1994, 7 Ob 568/94.

⁶³⁹ OGH, Beschluss vom 20.08.1998, 10 Ob 212/98; 7 Ob 159/97 a.

⁶⁴⁰ OGH, Beschluss vom 29.11.1989, 1 Ob 663/89; OGH, Beschluss vom 22.11.1994, 4 Ob 573/94.

⁶⁴¹ Wilhelm, *ecolex* 1998, 381; zustimmend König, S. 117.

⁶⁴² OGH, Beschluss vom 13.04.1998, 1 Ob 539/88; OGH, Beschluss vom 19.10.1994, 7 Ob 568/94.

⁶⁴³ Wilhelm, *ecolex* 1998, 381.

Anspruch auf Zuschlagserteilung hatte. Darüber hinaus erkannte die Rechtsprechung⁶⁴⁴ aus den Grundsätzen der c. i. c. heraus einen Anspruch des Bieters auf Unterlassung einer rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung an.

Außerdem bestand grundsätzlich auch die Möglichkeit, eine Nichtigkeit der Entscheidungen wegen Wettbewerbsverstößes gemäß § 1 UWG⁶⁴⁵ zu erlangen. Die diesbezügliche Möglichkeit bestand im Ergebnis aber nur in Ausnahmefällen, da der übergangene Bieter eine Wettbewerbsabsicht des Auftraggebers nachweisen musste⁶⁴⁶, was sich im Einzelfall regelmäßig als sehr schwierig darstellte. Der diesbezügliche Anspruch war grundsätzlich gegen den öffentlichen Auftraggeber gerichtet. Daneben kam in Einzelfällen auch ein Anspruch des übergangenen Bieters gegen seinen Mitkonkurrenten in Betracht⁶⁴⁷.

b) Sekundärer Rechtsschutz

Die Möglichkeit des Bieters, im Falle der Verletzung von Vergabevorschriften Schadensersatz geltend machen zu können, spielt im österreichischen Vergaberecht eine relativ große Rolle und ist dem Umstand geschuldet, dass der Bieter nach Zuschlagserteilung entsprechend dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ auf Schadensersatzansprüche angewiesen ist⁶⁴⁸.

aa) Oberhalb der Schwellenwerte

Oberhalb der Schwellenwerte bestand mit § 122 Abs. 1 BVergG eine sondergesetzliche Schadensersatzregelung, welche einem übergangenen Bieter im Falle der schuldhaften Verletzung des BVergG oder von Verordnungen, welche auf Grundlage des BVergG erlassen wurden, einen Schadensersatz auf Erstattung der Kosten der Angebotserstellung und der durch die Teilnahme am Vergabeverfahren sonstig entstandenen Kosten zusprach. Der Schadensersatzanspruch war insoweit auf die Erstattung des Vertrauensschadens gerichtet und gemäß § 125 Abs. 1 BVergG (ohne Rücksicht auf den Streitwert) beim Gerichtshof I. Instanz geltend zu machen. Voraussetzung für einen derartigen Schadensersatzanspruch war aber gemäß § 122 Abs.

⁶⁴⁴ OGH, Beschluss vom 28.01.1997, 4 Ob 2360/96d.

⁶⁴⁵ OGH, Beschluss vom 12.03.1996, 4 Ob 10/96.

⁶⁴⁶ OGH, Beschluss vom 29.01.2002, 4 Ob 20/02y; OGH, Beschluss vom 12.03.1996, 4 Ob 10/96; OGH, Beschluss vom 18.09.1998, 4 Ob 67/95.

⁶⁴⁷ OGH, Beschluss vom 13.09.1999, 4 Ob 155/99v; OGH, Beschluss vom 24.10.2000, 4 Ob 232/00x.

⁶⁴⁸ Reinbacher, S. 59.

2 BVergG, dass durch das Bundesvergabeamt gemäß § 113 Abs. 3 BVergG festgestellt worden war, dass der Bieter eine echte Chance auf Zuschlag hatte. Dies hatte insbesondere den Zweck, die ordentlichen Gerichte zu entlasten und eine einheitliche Auslegung des Vergaberechtes zu gewährleisten.⁶⁴⁹ Das Zivilgericht war dabei gemäß § 125 Abs. 2 Satz 2 BVergG an die Feststellungen des Bundesvergabeamtes gebunden. Fehlte ein solcher Feststellungsbescheid, war eine Schadensersatzklage gemäß § 125 Abs. 2 Satz 1 BVergG bereits unzulässig. Zwar handelt es sich bei § 122 Abs. 1 BVergG um einen verschuldensorientierten Schadensersatzanspruch, sodass grundsätzlich der Bieter vortrags- und beweisbelastet ist. Die Rechtsprechung lässt aber genügen, dass der Bieter einen Nachweis einer objektiv fehlerhaften und daher rechtswidrigen Vergabe erbringt, woraufhin dann der Auftraggeber den Entlastungsbeweis antreten muss⁶⁵⁰.

§ 124 BVergG stellte im Übrigen klar, dass ein übergangener Bieter Ersatzansprüche auch nach anderen Rechtsvorschriften geltend machen kann. Insofern kam § 124 BVergG eine besondere Bedeutung zu, als der Weg für all jene Ansprüche, welche nicht auf § 122 BVergG gestützt werden konnten, durch das BVergG eröffnet wurde⁶⁵¹.

Die wohl entscheidendste Anspruchsgrundlage außerhalb des BVergG ist ein Anspruch aus culpa in contrahendo⁶⁵², welcher dem Bieter nicht nur den Zugang zum Vergabeverfahren bzw. den Anspruch auf Unterlassung rechtswidrigen Vergabeverhaltens eröffnet, sondern bis zum Ersatz des Erfüllungsschadens geht⁶⁵³.

Neben den Schadensersatzansprüchen aus c. i. c. und einem möglichen Schadensersatz gemäß § 1 UWG⁶⁵⁴ kommt darüber hinaus eine Haftung gemäß § 1311 Satz 2 Alt. 2 ABGB in Betracht. Zwar ergab sich ursprünglich aus den Grundlagen der ÖNORM 2050 kein diesbezüglicher Anspruch, weil die ÖNORM mangels rechtli-

⁶⁴⁹ OGH, Beschluss vom 16.12.2002, 4 Ob226/03v.

⁶⁵⁰ OGH, Beschluss vom 27.06.2001, 7 Ob 200/00p; OGH, Beschluss vom 29.03.2000, 7 Ob 92/99a.

⁶⁵¹ Reinbacher, S. 71.

⁶⁵² Siehe oben, 1. a) bb).

⁶⁵³ Siehe oben, 1. a) bb).

⁶⁵⁴ Siehe oben, 1. a) bb).

cher Verbindlichkeit kein Schutzgesetz darstellte⁶⁵⁵. Allerdings erkennt die Rechtsprechung zwischenzeitlich den Schutzcharakter des BVergG an⁶⁵⁶, weshalb wegen der Verbindlichkeitserklärung des § 13 Abs. 1 BVergG auch die ÖNORM 2050 als Schutzgesetz eingestuft werden konnte⁶⁵⁷.

bb) Unterhalb der Schwellenwerte

Im Hinblick auf den Unterschwellenbereich wird auf die vorgenannten Ausführungen (mit Ausnahme des § 122 BVergG) verwiesen. Im Unterschwellenbereich konnte grundsätzlich⁶⁵⁸ kein Anspruch aus § 122 BVergG hergeleitet werden, da das BVergG nicht für den Unterschwellenbereich galt. Für die weitergehenden Ansprüche gibt es keine Unterscheidung zwischen Unter- und Oberschwellenbereich.

c) Zwischenergebnis

Vor dem BVergG 2002 kann auch in Österreich nicht von einem effektiven Rechtsschutz gesprochen werden⁶⁵⁹. Zwar kam in Österreich keinerlei Diskussion im Hinblick auf die Rechtswegzuständigkeit auf, wobei dies in Deutschland eher dem Umstand geschuldet war, dass sich der Gesetzgeber weigerte, einen unterschwelligen Primärrechtsschutz zur Verfügung zu stellen, und insoweit Praxis und Rechtsprechung eine praktikable Lösung suchten⁶⁶⁰. Jedoch war der Verweis auf das Zivilrecht auch in Österreich vor dem Hintergrund einer häufigen Beschränkung auf Schadensersatzansprüche und fehlender Einflussnahmemöglichkeit auf den öffentlichen Auftraggeber⁶⁶¹ sowie der völligen Zersplitterung auch im Hinblick auf materielles Vergaberecht nicht praxisgerecht.

⁶⁵⁵ OGH, Beschluss vom 16.02.1972, 1 Ob 18/72; OGH, Beschluss vom 23.11.1982, 5 Ob 662/82; OGH, Beschluss vom 27.03.2001, 1 Ob 262/00m.

⁶⁵⁶ OGH, Beschluss vom 29.03.2000, 1 Ob 201/99m; OGH, Beschluss vom 19.10.1994, 7 Ob 568/99.

⁶⁵⁷ Reinbacher, S. 127.

⁶⁵⁸ Mit Ausnahme des Geltungsbereiches der Erstreckungsverordnung 2000, öBGBI. II 2000/35.

⁶⁵⁹ Holoubek/Fuchs/Weinhandl, S. 125.

⁶⁶⁰ Siehe oben, C. II. 1. d).

⁶⁶¹ Holoubek/Fuchs/Weinhandl, S. 125.

2. Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG 2002)

a) Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs

Mit Entscheidung vom 30.11.2000⁶⁶² wurde die Beschränkung des § 3 Abs. 1 BVergG für verfassungswidrig erklärt.

In seiner Begründung ging der Verfassungsgerichtshof davon aus, dass das Fehlen außenwirksamer Regelungen eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich ohne sachliche Rechtfertigung gegen den Gleichheitsgrundsatz verstößt. Ebenfalls gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen würde das Fehlen eines vergabespezifischen Rechtsschutzes. Zwar verlangen die europarechtlichen Richtlinien nur einen Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte. Auch steht dem Gesetzgeber grundsätzlich ein Gestaltungsspielraum zur Seite, ob weitergehende Regelungen erlassen werden. Jedoch unterliegt der Gesetzgeber einer doppelten Bindung, neben dem Gemeinschaftsrecht muss er auch den verfassungsrechtlichen Rahmen beachten⁶⁶³. Auch der Einwand, dass die Erweiterung des Rechtsschutzes zu einer massiven Steigerung der Anzahl der Nachprüfungsverfahren führen würde und damit eine erhebliche Verzögerung der Ausschreibungen eintritt, wurde verworfen. Verfassungsrechtlich bedenklich ist vielmehr das vollkommene Fehlen subjektiver Rechte der Bieter und eines vergabespezifischen Rechtsschutzsystems. Unbedenklich sei aber die Verschlankung, d. h. die Einschränkung der Rechte und des Rechtsschutzes bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte. Die vorhandene zivilgerichtliche Judikatur habe zwar einen gewissen Rechtsschutz gewährleistet. Für die Effektivität eines vergabespezifischen Rechtsschutzes müsse jedoch das Verfahren einerseits nicht so aufwendig sein, andererseits seien rasche und einfache Maßnahmen im einstweiligen Rechtsschutz erforderlich. Beide Forderungen könne die zivilgerichtliche Judikatur nicht hinreichend erfüllen.

b) Primärer Rechtsschutz

aa) Einleitung

Aufgrund der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes trat am 01.09.2002 das Bundesvergabegesetz 2002⁶⁶⁴ in Kraft, welches erstmals einen vollumfänglichen

⁶⁶² VfGH, Erkenntnis vom 30.11.2000, G 110/99 ua.

⁶⁶³ VfGH, Erkenntnis vom 03.03.1998, G 450/97.

⁶⁶⁴ öBGBI. I 2002, 99.

Rechtsschutz sowohl unterhalb als auch oberhalb der Schwellenwerte regelte. Hinzu kam, dass durch das BVergG 2002 zumindest im Hinblick auf das materielle Vergaberecht die bis dahin bestehende Zersplitterung zwischen Bundes- und Landesrecht beseitigt wurde; die Inhalte der ÖNORM 2050 sind in diesem Zusammenhang im Wesentlichen direkt in das BVergG aufgenommen worden.⁶⁶⁵ Ausgangspunkt dieser Neuordnung war, dass dem Bund mit Einführung des Art. 14 b Abs. 1 B-VG⁶⁶⁶ für die Regelung des Vergabeverfahrens die Gesetzgebungskompetenz verliehen wurde. Art. 14 b Abs. 2 B-VG beließ aber die Gesetzgebungskompetenz für die Vollziehung, d. h. insbesondere die Gestaltung des Rechtsschutzes bei den Ländern. Mit dieser Kompetenzverteilung sollte ein organisationsrechtlicher Gestaltungsspielraum der Länder gewährleistet werden, welcher eine den Erfahrungen und Bedürfnissen angepasste Gestaltung der Nachprüfungsbehörden zuließ⁶⁶⁷. Das BVergG 2002 sollte eine praxisgerechte Anwendbarkeit gewährleisten und stellte ein weitgehend homogenes Regelwerk für Ober- und Unterschwellenvergabe zur Verfügung⁶⁶⁸. Gleichzeitig wurden die aktuellen EU-Richtlinien umgesetzt, was beispielsweise zur Aufnahme von elektronischen Auftragsvergaben und der gezielteren Nutzung elektronischer Medien für das Vergabeverfahren führte. Das BVergG 2002 regelte insoweit einheitlich für alle öffentlichen Auftraggeber (inklusive Sektorenbereich) das materielle Vergaberecht und setzt gleichzeitig die aktuellen EU-Richtlinien (unter weitgehender Vorwegnahme der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG) inklusive der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH um⁶⁶⁹.

Gleichzeitig erfolgten wesentliche Änderungen im Rechtsschutzbereich, wobei aber die grundlegende Gliederung in Bundes-Vergabekontrollkommission, Bundesvergabebeamter sowie außerstaatliche (europäische) Kontrolle und Schadensersatz vor Zivilgerichten beibehalten wurde.

bb) Bundes-Vergabekontrollkommission (B-VKK)

Die Bundes-Vergabekontrollkommission besteht grundsätzlich als Rechtsschutzeinrichtung des Bundes seit dem BVergG 1993. Im Zuge des BVergG 2002 wurden der

⁶⁶⁵ Aicher/Holoubek, RPA 2004, 84 (84).

⁶⁶⁶ öBGBI. I 2002, 99 (Die Einführung des Art. 14 b B-VG erfolgte innerhalb der Bekanntmachung der Novellierung des BVergG 2002).

⁶⁶⁷ Kleiser, ÖJZ 2003, 449 (454).

⁶⁶⁸ Kropik/Mille/Sachs, BVergG 2002, S. 15.

⁶⁶⁹ Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Nationale Rechtsgrundlagen, Rdn. 6.

Aufgabenbereich und die Tätigkeitsfelder der B-VKK kurz gesagt dahingehend modernisiert, dass man insoweit von einer modernen Form einer vergaberechtlichen Mediationsstelle sprechen kann⁶⁷⁰.

Die B-VKK ist gemäß § 159 Abs. 1 BVergG 2002 ausschließlich für das Vergabeverfahren bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw. der Beendigung des Vergabeverfahrens durch Widerruf⁶⁷¹ zuständig. Damit können die Zuschlagsentscheidung oder der Widerruf als solche nicht mehr Gegenstand des Verfahrens vor der B-VKK sein⁶⁷². Dabei wird die B-VKK gemäß § 159 Abs. 2 BVergG 2002 nur auf Antrag der Vergabestelle oder eines Bieters bzw. Bewerbers tätig. Ein Tätigwerden von Amts wegen scheidet insoweit aus⁶⁷³. Im Unterschwellenbereich müssen allerdings gemäß § 160 Abs. 2 BVergG 2002 beide Beteiligten die Einleitung des Schlichtungsverfahrens beantragen. Ein Schlichtungsverfahren scheidet darüber hinaus gemäß § 160 Abs. 1 Nr. 2 BVergG 2002 im Unterschwellenbereich bei sogenannten Bagatellaufträgen gemäß §§ 26 Abs. 1⁶⁷⁴ und 3⁶⁷⁵, 27⁶⁷⁶ BVergG 2002 sowie gemäß § 160 Abs. 1 Nr. 1 BVergG 2002 bei dringlichen Vergaben im beschleunigten Verfahren aus.

Für die Durchführung des Schlichtungsverfahrens besteht gemäß § 161 Abs. 1 BVergG der Grundsatz der Amtsermittlung. Allerdings ist das Schlichtungsverfahren im Gegensatz zu früheren Regelungen nicht mehr obligatorisch. Hinzu kommt, dass auch nicht mehr grundsätzlich eine begründete Empfehlung abgegeben wird, sondern dies gemäß § 161 Abs. 3 BVergG 2002 nur bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung in Frage kommt, wobei auch dies im Ermessen der B-VKK liegt⁶⁷⁷.

⁶⁷⁰ Sachs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 135, Rdn. 14; Mecenovic/Ozimic, RPA 2003, 183 (185).

⁶⁷¹ Es handelt sich beim Widerruf um eine Aufhebung der Ausschreibung.

⁶⁷² Holoubek/Fuchs/Weinhandl, S. 128; Kropik/Mille/Sachs, BVergG 2002, S. 73.

⁶⁷³ Sachs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 135, Rdn. 8.

⁶⁷⁴ Vergabe von Bauaufträgen im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung bis 120.000 EUR (netto).

⁶⁷⁵ Vergabe von Bauaufträgen im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung bis 80.000 EUR (netto).

⁶⁷⁶ Vergabe von Bauaufträgen durch Direktvergabe bis 20.000 EUR (netto).

⁶⁷⁷ Sachs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 161, Rdn. 7.

Im Ergebnis besteht im Hinblick auf das Schlichtungsverfahren durchweg Freiwilligkeit, wobei die Vorteile in einer weitgehend formlosen und raschen Möglichkeit einer Einigung gesehen werden können⁶⁷⁸, welche auch noch gebührenfrei ist.

Allerdings entfaltet das Schlichtungsverfahren keinerlei aufschiebende Wirkung, sodass es sicherlich nur im Anfangsstadium des Vergabeverfahrens betreibbar ist, da man sonst von den vollendeten Tatsachen im Vergabeverfahren überholt wird und gezwungen ist, parallel das Bundesvergabeamt anzurufen. Nachdem die Zahl der Schlichtungsverfahren seit 2002 aber drastisch zurückging, entfaltete die B-VKK keine praktische Relevanz mehr⁶⁷⁹.

cc) **Bundesvergabeamt (BVA)**

Mit dem BVergG 2002 übernahm das BVA die Rolle des zentralen Vergabekontrollorgans, wobei das Nachprüfungsverfahren grundlegend neu strukturiert wurde. Grundsätzlich gleich blieb die Zuständigkeit des BVA. Bis zur Zuschlagsentscheidung war das BVA gemäß § 162 Abs. 2 BVergG 2002 für den Erlass einstweiliger Verfügungen (§ 171 BVergG 2002) sowie die Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers (§ 174 BVergG) zuständig. Nach Zuschlagserteilung war das BVA gemäß § 162 Abs. 3 BVergG 2002 zuständig für die Feststellung, ob wegen eines Vergabeverstößes der Zuschlag nicht auf das günstigste Angebot erteilt wurde, sowie auch für die Feststellung, dass der Antragsteller auch bei Einhaltung aller Vergabevorschriften keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte, was für die Frage eines Schadensersatzes bedeutsam wird. Hinzu kamen Kompetenzen festzustellen, gemäß § 162 Abs. 4 BVergG 2002 nach Zuschlagserteilung, ob im Falle einer Direktvergabe das richtige Vergabeverfahren gewählt wurde, sowie gemäß § 162 Abs. 4 BVergG 2002, ob der Widerruf einer Ausschreibung rechtmäßig war.

Ebenfalls grundsätzlich gleich geblieben ist, dass der Antrag auf Nachprüfung nicht automatisch aufschiebende Wirkung entfaltet (§ 163 Abs. 4 BVergG 2002) und daher der Auftraggeber die Vergabe uneingeschränkt fortführen darf.⁶⁸⁰ Der Antragsteller muss die aufschiebende Wirkung zwingend durch einen separaten Antrag auf

⁶⁷⁸ Holoubek/Fuchs/Weinhandl, S. 128.

⁶⁷⁹ Mecenovic/Ozimic, RPA 2003, 183 (183).

⁶⁸⁰ Steiner/Windisch, S. 255.

einstweilige Verfügung gemäß § 171 BVergG begehren, welcher allerdings mit dem Nachprüfungsantrag verbunden werden darf.⁶⁸¹ Dabei obliegt dem BVA eine umfassende Interessenabwägung.⁶⁸² Lediglich Anträgen auf einstweilige Verfügungen, welche auf die Untersagung der Erteilung des Zuschlages oder die Unterlassung der Angebotseröffnung gerichtet sind, kommt gemäß § 171 Abs. 7 BVergG 2002 ab Verständigung des Auftraggebers bis zur Entscheidung des BVA eine sofortige und automatische aufschiebende Wirkung zu, selbst wenn der Antrag mangelhaft, also bspw. nicht die notwendigen Angebotsinhalte beinhaltet.⁶⁸³

Im Übrigen wurde das Verfahren aber grundlegend verändert:

Neu war, dass der Antragsteller eines Nachprüfungsverfahrens (trotz nicht eintretender aufschiebender Wirkung) grundsätzlich den Auftraggeber zu verständigen hat, was sicherstellen sollte, dass der Auftraggeber rechtzeitig vom Verfahren Kenntnis erlangt⁶⁸⁴. Vor Zuschlagserteilung muss diese Verständigung gemäß § 163 Abs. 2 BVergG 2002 vor Antragseinleitung, spätestens jedoch mit derselben erfolgen. Nach Zuschlagserteilung genügt gemäß § 164 Abs. 2 – 3 BVergG 2002 eine Benachrichtigung am nächsten Arbeitstag, weil in diesem Fall aufgrund des Zuschlages keine Eilbedürftigkeit mehr besteht⁶⁸⁵.

Ebenfalls neu und eine grundlegende Änderung zum bisherigen Rechtsschutz war die Einführung von sogenannten „gesondert anfechtbaren Entscheidungen“ und „nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen“. Diese Unterscheidung zielte im Wesentlichen auf eine bessere Strukturierung des Vergabeverfahrens sowie eine effizientere Abwicklung des Rechtsschutzverfahrens⁶⁸⁶ ab. Während die gesondert anfechtbaren Entscheidungen in § 20 Nr. 13 a) BVergG 2002 (aufgegliedert nach der Vergabeverfahrensart) abschließend⁶⁸⁷ benannt sind, zählen zu den nicht gesondert anfechtbaren

⁶⁸¹ Steiner/Windisch, ebenda.

⁶⁸² Götzl, RPA 2004, 285 (291).

⁶⁸³ Götzl, ebenda.

⁶⁸⁴ Thiemel, RPA 2003, 7 (17); Holoubek/Fuchs/Weinhandl, S. 148; Thienel in Schramm/Aicher/-Fruhmann/Thienel, § 163, Rdn. 77.

⁶⁸⁵ Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 164, Rdn. 20.

⁶⁸⁶ Pock, RPA 2003, 27 (27).

⁶⁸⁷ Holoubek/Fuchs/Weinhandl, S. 134; Kropik/Mille/Sachs, S. 77.

Entscheidungen all jene, die nicht ausdrücklich im Gesetz aufgeführt sind⁶⁸⁸. Zu den gesondert anfechtbaren Entscheidungen zählen bspw. im offenen Verfahren

- die Ausschreibung,
- sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist,
- die Zuschlagsentscheidung.

Nur diese gesondert anfechtbaren Entscheidungen können zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht werden, anderenfalls ist der Nachprüfungsantrag gemäß § 166 Abs. 2 Nr. 1 BVergG 2002 unzulässig.

Zu den nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen zählen insbesondere die Entscheidung über den Ausschluss eines Bieters⁶⁸⁹ und auch die Widerrufsentscheidung zur Aufhebung der Ausschreibung. Solche nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen konnten gemäß § 20 Nr. 13 b) nur zusammen mit der nachfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten werden. Dabei musste sich aber der Nachprüfungsantrag zwingend auf die gesondert anfechtbare Entscheidung beziehen, weshalb sich im Falle der Ausschlussentscheidung der Antrag auf Nichtigkeit des Zuschlages richten musste⁶⁹⁰.

Im Falle einer Ausschlussentscheidung, welche nach der Angebotsfrist erfolgt, konnte ein Bieter diese insoweit nur mit der Zuschlagsentscheidung als gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 20 Nr. 13 a) BVergG 2002 im Nachprüfungsverfahren angreifen⁶⁹¹.

Der Widerruf dagegen konnte nach dem BVergG 2002 mangels nachfolgender gesondert anfechtbarer Entscheidung nicht angegriffen und daher auch nicht für nichtig erklärt werden.⁶⁹² Insoweit konnte dieser ursprünglich nur zum Gegenstand eines Feststellungsverfahrens gemacht werden.⁶⁹³ Allerdings stellte sich diese Regelung im Hinblick auf den Ausschluss der Nichtigklärung des Widerrufs aufgrund der Rechtsprechung des EuGH⁶⁹⁴ als europarechtswidrig⁶⁹⁵ dar, sodass die Rechtsmittel-

⁶⁸⁸ Pock, RPA 2002, 266 (278).

⁶⁸⁹ Pock, RPA 2002, 266 (278); Steiner/Windisch, S. 245.

⁶⁹⁰ Steiner/Windisch, S. 245; Thienel, RPA 2004, 73 (74); a. A. BVA, Bescheid vom 24.02.2003, 06N-05/03-13; BVA, Bescheid vom 14.05.2003, 06N-34/03-15, welche eine zusätzliche Antragstellung der Nichtigkeit einer nicht gesondert anfechtbaren Entscheidung für zulässig halten.

⁶⁹¹ Steiner/Windisch, S. 245; Holoubek/Fuchs/Weinhandl, S. 134.

⁶⁹² Madl, RPA 2004, 15 (22); Estermann/Marckhgott, RPA 2003, 272 (282).

⁶⁹³ Madl, RPA 2004, 15 (19); Estermann/Marckhgott, RPA 2003, 272 (279).

⁶⁹⁴ EuGH, Urteil vom 18.06.2002, C-92/00.

⁶⁹⁵ BVA, Beschluss vom 08.07.2003, 14N-64/03-11.

richtlinie insoweit direkte Geltung erlangte⁶⁹⁶. Die Rechtsprechung⁶⁹⁷ hat daher nachfolgend sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich die Nichtigerklärung eines rechtswidrigen Widerrufs zugelassen, wobei dies im Unterschwellenbereich zwar nicht auf eine direkte Anwendung der Richtlinie, aber unter Zugrundelegung der Rechtsprechung der VfGH⁶⁹⁸ auf den Gleichheitsgrundsatz gestützt wurde⁶⁹⁹.

Ein weiteres Mittel zur Straffung und Strukturierung des Vergabeverfahrens und damit des Primärrechtsschutzes⁷⁰⁰ war die Einführung von Anfechtungsfristen, nach deren Ablauf ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 166 Abs. 2 Nr. 2 BVergG 2002 unzulässig ist. Dabei bestehen gemäß § 169 BVergG je nach Art des Verfahrens und auch der gesondert anfechtbaren Entscheidung unterschiedliche Fristen. Im Oberschwellenbereich bei einem nicht beschleunigten offenen Verfahren beträgt die Anfechtungsfrist bspw. gegen die Zuschlagsentscheidung gemäß § 169 Abs. 1 Nr. 1 c) i. V. m. § 100 Abs. 2 BVergG 2002 14 Tage ab Bekanntgabe der Entscheidung, was der Stillhaltefrist des § 100 Abs. 2 BVergG 2002 entspricht. Bei sonstigen Festlegungen des Auftraggebers während der Angebotsfrist im offenen, nicht beschleunigten Verfahren beträgt die Anfechtungsfrist gemäß § 169 Abs. 1 Nr. 1 b) BVergG 2002 im Oberschwellenbereich ebenfalls 14 Tage. Im Unterschwellenbereich sind dagegen überwiegend kürzere Anfechtungsfristen zu finden. So beträgt die Anfechtungsfrist für eine Zuschlagsentscheidung im offenen, nicht beschleunigten Verfahren zwar gemäß § 169 Abs. 2 Nr. 1 c) erneut 14 Tage, weil auch im Unterschwellenbereich die Stillhaltefrist zwischen Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und Zuschlag gemäß § 100 Abs. 2 BVergG 2002 besteht. Im Hinblick auf die Anfechtung der sonstigen Festlegungen der Auftraggeber während der Angebotsfrist beträgt die Anfechtungsfrist gemäß § 169 Abs. 2 Nr. 1 b) BVergG 2002 jedoch nur 7 Tage.

⁶⁹⁶ EuGH, Urteil vom 02.06.2005, Rs. C-15/04, Slg. 2005, I-04855; Rdn. 29.

⁶⁹⁷ BVA, Bescheid vom 29.08.2002, N-19/02-19; BVA, Bescheid vom 20.12.2002, N-20/01-31 ua; BVA, Bescheid vom 19.02.2003, 11F-06/02-13; BVA, Bescheid vom 08.10.2003, N-19/01-44; Madl, RPA 2004, 15 (23).

⁶⁹⁸ öVfGH, Erkenntnis vom 30.11.2000, G 11/99 ua; öVfGH, Erkenntnis vom 09.10.2001, G 10/01; öVfGH, Erkenntnis vom 26.02.2001, G 43/00; öVfGH, Erkenntnis vom 26.02.2002, G 351/01 ua; öVfGH, Erkenntnis vom 23.02.2004, G 216/03.

⁶⁹⁹ BVA, Bescheid vom 24.02.2006, N/0006-BVA/05/2006-16; VKS Wien, Bescheid vom 26.08.2005, VKS-2581/05 und 2582/05; VKS Wien, Bescheid vom 11.11.2005, VKS-2781/05; VKS Wien, Bescheid vom 13.07.2006, VKS-1715/06; Edlinger, RPA 2005, 301 (303).

⁷⁰⁰ Holoubek/Fuchs/Weinhandl, S. 134.

Auch im BVergG 2002 ist es dabei geblieben, dass für die Inanspruchnahme des BVA grundsätzlich gemäß § 177 BVergG 2002 Gebührenpflicht besteht, wobei die Gebühren vor Antragstellung zu begleichen sind. Allerdings sah das BVergG 2002 zumindest gemäß § 177 Abs. 5 BVergG 2002 vor, dass die an das BVA gezahlten Gebühren selbst bei einem bereits teilweisen Obsiegen des Antragstellers vom Antragsgegner an den Antragsteller zu erstatten sind. Die Erstattung erfolgt aber nicht wie in Deutschland durch Bescheid des BVA. Vielmehr handelt es sich um einen zivilrechtlichen Ersatzanspruch, der vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden muss⁷⁰¹. Nicht vorgesehen war aber die Erstattung der Kosten anwaltlicher Vertretung, für welche gemäß § 74 AVG grundsätzlich gilt, dass jeder Beteiligte seine Kosten selbst zu tragen hat, wodurch sich das Kostenrisiko eines Antragstellers erheblich minimierte.

Das BVergG 2002 sieht grundsätzlich keine ausdrückliche 2. Instanz in Vergabesachen vor⁷⁰². Allerdings wurde die Stellung des BVA als Bundesbehörde gemäß Art. 133 Nr. 4 B-VG aufgegeben und diese nunmehr als unmittelbare Bundesbehörde gemäß Art. 102 Abs. 2 B-VG aufgestellt⁷⁰³. Gegen Entscheidungen dieser Behörden ist die Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof eröffnet. Eine ausdrückliche Regelung im BVergG 2002 war dabei aufgrund der ausdrücklichen Einrichtung des BVA als Verwaltungsbehörde nicht geboten⁷⁰⁴. Bei dieser Regelung wird davon ausgegangen, dass einerseits die Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung sichergestellt wird, weil der Verwaltungsgerichtshof auch für die Entscheidungen der Landesinstanzen zuständig ist. Andererseits wird auch keine Verzögerung der Abwicklung der Vergabeverfahren erwartet, weil Beschwerden vor dem Verwaltungsgerichtshof grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommt⁷⁰⁵.

dd) Außerstaatliche Kontrolle

Neben der innerstaatlichen Kontrolle sah auch das BVergG 2002 gemäß §§ 178 – 180 BVergG 2002 eine "außerstaatliche" Kontrolle vor, d. h. eine Vergabekontrolle

⁷⁰¹ Steiner/Windisch, S. 258.

⁷⁰² Kropik/Mille/Sachs, BVergG 2002, S. 75.

⁷⁰³ König/Reichel-Holzer, S. 378.

⁷⁰⁴ König/Reichel-Holzer, S. 378.

⁷⁰⁵ Kropik/Mille/Sachs, BVergG 2002, S. 75.

auf europäischer Ebene. Diese beinhaltet einerseits gemäß § 178 BVergG die Möglichkeit der Kommission, die Republik Österreich zu einer Beseitigung eines Vergabeverstößes aufzufordern. Hinzu kamen für den Sektorenbereich gemäß § 179 BVergG ein Bescheinigungsverfahren, welches die Übereinstimmung des Vergabeverfahrens mit Gemeinschaftsrecht und BVergG untersuchen und bescheinigen sollte, sowie gemäß § 180 BVergG die Möglichkeit einer außergerichtlichen Schlichtung.

c) **Sekundärer Rechtsschutz**

Im Hinblick auf den sekundären Rechtsschutz wird auf die Ausführungen oben unter 1. b) verwiesen, da das Schadensersatzrecht durch das BVergG 2002 faktisch unverändert geblieben ist⁷⁰⁶. Im Unterschied zu den dortigen Darstellungen entfällt allerdings eine Unterscheidung in Ober- bzw. Unterschwellenbereich. Beachtenswert ist lediglich, dass durch das BVergG 2002 die in § 183 Abs. 1 lt. Satz, § 183 BVergG 2002 enthaltenen Verweise nunmehr den Anspruch des Bieters auf Ersatz des Erfüllungsinteresses klarstellten⁷⁰⁷.

d) **Zwischenergebnis**

Die Entscheidung des öVfGH im Jahr 2000 war ein wichtiger Impuls in Richtung eines notwendigen vergabespezifischen Rechtsschutzes sowohl oberhalb als auch unterhalb der Schwellenwerte. Wichtigster Schritt war die Ausweitung des Rechtsschutzes auf den Unterschwellenbereich. Trotz allem dürfen verschiedene Kritikpunkte nicht übersehen werden. Die nicht geregelte Anfechtungsmöglichkeit einer Widerrufsentscheidung ist einer der wichtigsten. Ebenfalls ein Problem im Rahmen des BVergG 2002 ist die fehlende Angreifbarkeit von Direktvergaben⁷⁰⁸. Der Bieter kann sich zwar grundsätzlich gegen die Wahl der Vergabeart wenden, allerdings fehlt es für die unverzügliche Einleitung von Rechtsschutzmöglichkeiten mangels Bekanntgabe regelmäßig an entsprechenden Informationen. Die Frage der Präklusionswirkung über das Konstrukt der gesondert anfechtbaren Entscheidungen und die hierfür bestehenden Anfechtungsfristen ist sicherlich etwas gewöhnungsbedürftig,

⁷⁰⁶ Mecenovic/Ozimic, RPA 2003, 183 (192).

⁷⁰⁷ Mecenovic/Ozimic, RPA 2003, 183 (192).

⁷⁰⁸ A. A. Pock, RPA 2003, 27 (31), der für diesen Fall die Präklusionsfristen des § 169 Abs. 1 Ziff. 9 und Abs. 2 Ziff. 12 BVergG 2002 aus „gemeinschaftsrechtlichen Gründen“ für unanwendbar hält.

entspricht aber dem gleichen Ziel wie die in Deutschland vorgeschriebene sofortige bzw. unverzügliche Rügepflicht des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB, nämlich einer Konzentrations- und Beschleunigungswirkung. Allerdings ist die Vielzahl der Präklusionsfristen (28 im Oberschwellenbereich, 40 im Unterschwellenbereich) mit einer Erhöhung der Rechtsunsicherheit im Rechtsschutzverfahren verbunden⁷⁰⁹. Außerdem ist das Verfahren trotz allem von einer gewissen Zersplitterung gekennzeichnet, welche auch zu erheblichen Kompetenzproblemen bis zu abstrusen Situationen führt, dass weder Landes- noch Bundeskontrollorgane zuständig sind⁷¹⁰. Hinzu kommt ein fast noch höherer Formalismus im Nachprüfungsverfahren als in Deutschland, nach dem der Antragsteller bspw. zu einer separaten, aber in der Praxis wohl obligatorischen Antragstellung zur Herstellung der aufschiebenden Wirkung gezwungen wird⁷¹¹.

3. Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006)⁷¹²

a) Einleitung

Das Bundesvergabegesetz 2002 unterlag insbesondere der Kritik dahingehend, dass es keine geschlossene Systematik und zu widersprüchliche Formulierungen enthielt⁷¹³. Deshalb entschloss sich der Gesetzgeber auch, nicht nur die Umsetzung der Richtlinie 2004/18/EG mittels einer Einzelnovellierung durchzuführen, sondern nahm eine umfassende Neuanpassung vor, welche neben der Einarbeitung der aktuellen Rechtsprechung auch zu einer besseren Lesbarkeit des Gesetzes, bspw. durch Verzicht auf die bis dahin vorhandenen „Verweisketten“⁷¹⁴ führen sollte⁷¹⁵. Im Zuge dieser Gesamtnovellierung wurde das BVergG 2002 durch das am 01.02.2006 in Kraft tretende Bundesvergabegesetz 2006⁷¹⁶ ersetzt.

Das Ziel des BVergG 2006 war, ebenso wie beim BVergG 2002, die Vereinheitlichung des Vergaberechtes, weshalb, mit Ausnahme des Rechtsschutzes, nicht mehr

⁷⁰⁹ So auch Pock, RPA 2003, 27 (31).

⁷¹⁰ Fink, RPA 2005, 158 (158).

⁷¹¹ So auch Thienel, RPA 2004, 73 (74), für die durch die Rechtsprechung bestätigte zusätzliche Beantragung für die Feststellung der Nichtigkeit nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen.

⁷¹² Stand: novellierte Fassung 2007, öBGBI. I 2007, 86.

⁷¹³ Aichner/Holoubek, RPA 2004, 84 (84); Ausschussbericht zum Bundesvergabegesetz 2006, Nr. GP XXII AB 1245, Abschnitt 1.5; Elsner, Rdn. 1.

⁷¹⁴ Freise, NZBau 2007, 343 (344).

⁷¹⁵ Elsner, Rdn. 1; Casati/Holoubek, S. 13.

⁷¹⁶ öBGBI. I 2006, 17.

zwischen Bund und Ländern unterschieden wird⁷¹⁷. Das materielle Vergaberecht wurde richtlinienkonform angepasst. Hinzu kommt, dass durch das BVergG 2006 nunmehr auch Vergabeverfahren der Sektorenauftraggeber im Detail geregelt wurden und auf die bisher vorhandenen zahlreichen Verweisungen verzichtet wurde.⁷¹⁸ Außerdem hat der Gesetzgeber Gebrauch von den mit der Richtlinie 2004/17/EG zur Verfügung gestellten neuen Vergabeverfahren gemacht. So wurden als neue Vergabeverfahren das „dynamische Beschaffungssystem“ sowie der „wettbewerbliche Dialog“⁷¹⁹ für sämtliche Auftragswerte, d. h. auch unterhalb der Schwellenwerte eingeführt. Außerdem berücksichtigt das Gesetz die unterschiedlichen Erfordernisse im Unter- und Oberschwellenbereich. So sieht das BVergG 2006 im Zuge der Entbürokratisierung⁷²⁰ des Vergabeverfahrens gemäß § 38 Abs. 1 S. 2 BVergG 2006 vor, dass bei Unterschwellenvergaben bis zu einem Auftragswert von 350.000 EUR generell, d. h. ohne besondere Begründung, ein Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung stattfinden kann. Auch im BVergG 2006 sind sogenannte Subschwellenwerte geregelt, bei denen erleichterte Vergaben durchgeführt werden dürfen. So ist gemäß § 41 Abs. 2 Nr. 1 BVergG 2006 bis zu einem Auftragswert von 40.000 EUR für jedwede Leistung eine Direktvergabe möglich. Weitere Abstufungen waren in Abhängigkeit von der Leistung möglich. Gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 102 Abs. 3 S. 3 BVergG 2006 kann bspw. bis zu einem Wert von 80.000 EUR ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit 3 Bietern, gemäß § 37 Nr. 1 i. V. m. § 102 Abs. 3 S. 2 BVergG 2006 bis zu einem Wert von 120.000 EUR ein nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung mit 5 Bietern durchgeführt werden. In diesem Zusammenhang gelten auch die sonst sehr hohen Anforderungen an die Dokumentations- und Prüfpflicht nur sehr eingeschränkt. Bspw. sind gemäß § 78 BVergG 2006 bei einer Vergabe von Bauleistungen bis zu einem Wert von 120.000 EUR die sonst grundsätzlich einzufordernden Nachweise für Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit nicht erforderlich, wenn an der Leistungsfähigkeit und Eignung der eingeladenen Bieter keine Zweifel bestehen. Hinzu kommt gemäß § 70 Abs. 3 BVergG 2006 die Möglichkeit, den Bietern in diesen Fällen einzuräumen, Unterlagen nachzureichen bzw. zu vervollständigen. Außerdem gilt im Unterschwellenbereich gemäß § 100 S.

⁷¹⁷ Materialien zum BVergG 2006, zu § 3 Abs. 1.

⁷¹⁸ Casati/Holoubek, S. 13.

⁷¹⁹ Siehe oben, B.I.2.b)cc).

⁷²⁰ Casati/Holoubek, S. 17.

4 BVergG 2006, selbst bei Nichtbekanntgabe von Zuschlagskriterien, uneingeschränkt das Prinzip des Billigstbieters, d. h., der niedrigste Preis ist das entscheidende Kriterium. In Anpassung an die Rechtsprechung des EuGH⁷²¹ wurde außerdem im § 132 Abs. 2 BVergG 2006 erstmals eine Nichtigkeitssanktion für unzulässige Direktvergaben und auch Zuschlagserteilungen während der Stillhaltefrist eingeführt⁷²².

Auch beim vergabespezifischen Rechtsschutz erfolgten wesentliche Änderungen, mit denen der Gesetzgeber auf die unterschiedlichen Anforderungen sowohl aus innerstaatlicher Sicht als auch europäischer Handlungsvorgaben reagierte⁷²³.

b) Primärer Rechtsschutz

Grundsätzlich blieb auch im BVergG 2006 bezogen auf den Rechtsschutz die bis dahin bestehende Zweiteilung erhalten, wonach das BVergG 2006 nur die Regelungen eines vergabespezifischen Rechtsschutzes für Vergabeverfahren des Bundes bzw. dem Bund zurechenbarer Auftraggeber beinhaltet. Allerdings enthält das BVergG 2006 auch zwingende Vorgaben für die Regelung des Rechtsschutzes der Länder, so bspw. das System der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen und der Präklusionsfristen⁷²⁴.

aa) Bundes-Vergabekontrollkommission (B-VKK)

Durch das BVergG 2006 wurde die B-VKK, ebenso wie das Schlichtungsverfahren als solches, abgeschafft. Der Grund der Abschaffung dürfte darin liegen, dass der B-VKK relativ geringe Bedeutung zukam, was unter anderem auf die fehlende Präklusionsfrist zurückzuführen ist⁷²⁵.

bb) Bundesvergabeamt (BVA)

Dem BVA kommt damit im Rechtsschutzbereich eine zentrale Bedeutung zu. Im Hinblick auf das Verfahren kann grundsätzlich auf die Darstellungen oben unter 2. b) cc) verwiesen werden.

⁷²¹ EuGH, Urteil vom 11.01.2005, Rs. C-26/03.

⁷²² Hornbanger, *ecolex* 2006, 95 (96).

⁷²³ Casati/Holoubek, S. 119.

⁷²⁴ Casati/Holoubek, S. 119.

⁷²⁵ Gast, S. 309; Elsner, Rdn. 134, 563.

Allerdings erfolgten einige grundsätzliche Änderungen:

Entgegen der früheren Regelung ist gemäß § 312 Abs. 4 BVergG 2006 insbesondere der Widerruf der Ausschreibung anfechtbar, wobei der Auftraggeber gemäß § 140 Abs. 1 BVergG 2006 ebenfalls verpflichtet wird, den Widerruf allen bekannten Bietern mitzuteilen. Zu diesem Zweck wurde auch beim Widerruf ein zweistufiges System eingeführt, bei welchem zunächst die Widerrufsentscheidung ergeht und als gesondert anfechtbare Entscheidung (§ 2 Nr. 16 a cc) BVergG 2006) angegriffen werden kann. Die zur Wirksamkeit des Widerrufs führende Widerrufserklärung darf erst nach einer Stillhaltefrist gemäß § 140 Abs. 3 BVergG 2006⁷²⁶ ergehen.

Das BVA entscheidet nunmehr grundsätzlich in Dreiersenaten, mit Ausnahme von einstweiligen Verfügungen, deren Entscheidung dem Senatsvorsitzenden alleine vorbehalten bleibt.

Mit dem BVergG 2006 wurde auch an dem Grundsatz der Präklusionsfristen und der Unterscheidung von gesondert anfechtbaren bzw. nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen festgehalten und dieser sogar verstärkt⁷²⁷. So wurde der Katalog der gesondert anfechtbaren Entscheidungen gemäß § 2 Nr. 16 a) BVergG 2006 erweitert.

c) **Sekundärer Rechtsschutz**

Auch im Bereich des sekundären Rechtsschutzes kann auf die Ausführungen oben unter 1. b) verwiesen werden. Im Unterschied zu den dortigen Darstellungen entfällt aber die Unterscheidung in Ober- bzw. Unterschwellenbereich.

Beachtenswert ist allerdings, dass zum Zwecke der Vermeidung divergierender Rechtsprechungen ausdrücklich auch für wettbewerbliche Unterlassungsansprüche gemäß § 341 Abs. 2 BVergG 2006 die vorherige positive Feststellung der Rechtswidrigkeit erfolgen muss.

III. **Zwischenergebnis**

Das BVergG 2006 stellt sich als praktikables und durchaus in der grundsätzlichen Konzeption beispielhaftes Gesetz zur Systematisierung und gesetzlichen Regelung

⁷²⁶ In der Regel 14 Tage, wobei gemäß § 140 Abs. 4 BVergG 2006 je nach Verfahren auch eine Verkürzung auf 7 Tage möglich ist.

⁷²⁷ Casati/Holoubek, S. 120.

des Vergaberechtes und des diesbezüglichen Rechtsschutzes dar. Im Vergleich zum BVergG 2002 wurden durch das BVergG 2006 wichtige Lücken, bspw. im Hinblick auf die Nichtigkeitssanktion bei unzulässigen Direktvergaben, geschlossen⁷²⁸ und auch Fehler und unpraktikable Bestimmungen beseitigt⁷²⁹. Vor allem beweist die Praxis bei der Anwendung des BVergG auch im Unterschwellenbereich, dass sich sämtliche in Deutschland aufgestellten Befürchtungen, wonach die Vergaben generell verzögert werden oder die Auftraggeber durch die Vielzahl der Nachprüfungen nur noch unter Personalaufstockungen und mit erheblich erhöhtem Aufwand agieren können, nicht bewahrheiten. Dies zeigt allein die Anzahl der eingeleiteten Verfahren, welche eher leicht rückläufig ist. So wurden bspw. im Jahr 2007 auf Bundesebene ca. 1490 Ausschreibungen durchgeführt, von welchen 950 Ausschreibungen europaweit erfolgten⁷³⁰. Hierzu wurden 119 Nachprüfungsverfahren eingeleitet, d. h., noch nicht einmal 10 % der Verfahren waren betroffen.

Das BVergG 2006 mag noch nicht alle Probleme im Hinblick auf das Ziel einer ausgewogenen Vergabep Praxis und eines praktikablen Rechtsschutzes gelöst haben. Insbesondere der extrem gewachsene Gesetzesumfang macht ein fehlerfreies Vergabeverfahren sowohl für Bieter als auch für Vergabestellen eher nur sehr schwer erreichbar⁷³¹. Allerdings stellt es den richtigen Schritt in die richtige Richtung dar und kann als überwiegend positiv bewertet werden⁷³².

Mängel in der Leistungsbeschreibung verursachen einen großen Teil der Differenzen zwischen Auftraggeber und Bieter, wobei dies häufig auf Nichtwissen und Überforderung zurückzuführen ist⁷³³.

⁷²⁸ Hornbanger, *ecolex* 2006, 95 (96).

⁷²⁹ Schwartz, RPA 2005, 214 (223).

⁷³⁰ 6. Tätigkeitsbericht des BVA Jahr 2007, S. 5, Quelle: <http://www.bva.gv.at-/BVA/Organisation/Taetigkeitsbericht/default.htm>.

⁷³¹ Schwartz, RPA 2005, 214 (223).

⁷³² Fruhmann, Mayr, *ecolex* 2006, 92 (94); Hofer, RPA 2007, 5 (14).

⁷³³ Langeder, JRP 1999, 263.

D. Die Zweiteilung des Rechtsschutzes

Das Bundesverfassungsgericht⁷³⁴ hat die schon oben⁷³⁵ beschriebene Zweiteilung des vergabespezifischen Rechtsschutzes als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen. Andererseits hatte zuvor der österreichische Verfassungsgerichtshof⁷³⁶ die zu § 100 Abs. 1 GWB analog existierende Regelung des § 3 Abs. 1 öBVergG wegen eines Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz für verfassungswidrig erklärt. Diese Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes war auch in der Literatur der Grund für einen vorsichtigen Optimismus dahingehend, dass das Bundesverfassungsgericht aus ähnlichen Erwägungen heraus auch die in der Bundesrepublik herrschende Zweiteilung des vergabespezifischen Rechtsschutzes für verfassungswidrig erklären und den Gesetzgeber zum Handeln zwingen werde⁷³⁷. Die nachfolgende Untersuchung soll insoweit die Gründe für die verfassungsrechtliche Bestätigung der vorherrschenden Zweiteilung des Vergaberechtsschutzes näher behandeln.

I. Europäische Grenzen

1. Grundsätzliches

Der Gesetzgeber ist im Hinblick auf das Vergaberecht grundsätzlich an die Vorgaben der Europäischen Union und die dort erlassenen Richtlinien gebunden. Dabei gilt grundsätzlich, dass die Richtlinien der Europäischen Union durch einen Mitgliedsstaat gemäß Art. 4 Abs. 3 Satz 2 EUV (Art. 10 Abs. 1 EGV) vollständig, genau und innerhalb der in der Richtlinie verankerten Frist umzusetzen sind. Die Form und auch das Mittel der Umsetzung stehen aber dem Mitgliedsstaat gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV (Art. 249 Abs. 3 EGV) zur freien Auswahl. Ein Mitgliedsstaat soll jedoch das Umsetzungsmittel und die Umsetzungsform ergreifen, welche die Wirksamkeit der Richtlinie am besten gewährleistet⁷³⁸. Nach der Rechtsprechung des EuGH steht einem Mitgliedsstaat bei der Umsetzung zumindest ein Wertungsspielraum zu, welcher insbesondere dann zum Tragen kommt, wenn der nationale Gesetzgeber die Min-

⁷³⁴ BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03.

⁷³⁵ Siehe oben, C.

⁷³⁶ öVfGH, Erkenntnis vom 30.11.2000, G 110/99 u. a.

⁷³⁷ Grundmann, S. 44; Krist, VergabeR 2001, 373 (373); Krist, VergabeR 2003, 17 (18); Schwenker, IBR 2001, 135.

⁷³⁸ EuGH, Rs. 48/75, Slg. 1976, S. 497, Rdn. 69,73.

destbedingungen bei der Umsetzung überschreitet⁷³⁹. Die Überschreitung der Mindestbedingungen, d. h., die überobligationsmäßige Umsetzung der Richtlinie, ist zumindest dann vom Wertungsspielraum des nationalen Gesetzgebers erfasst, wenn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet wird und das Hauptziel der Richtlinie gewährleistet ist⁷⁴⁰.

Die europäischen Bestimmungen gelten gemäß Art. 7 der Richtlinie 2004/18/EG nur für Vergabeverfahren, welche die dort genannten Schwellenwerte erreichen oder überschreiten. Damit gilt im Rahmen der Umsetzung für den nationalen Gesetzgeber nur die Pflicht, nationale Regelungen für Vergaben zu schaffen, welche die Schwellenwerte erreichen. Eine weitergehende Umsetzung unterliegt nicht mehr dem Zwang des Art. 4 Abs. 3 Satz 2 EUV (Art. 10 Abs. 1 EGV). Nachdem der nationale Gesetzgeber allerdings auch weitergehende Regelungen treffen darf, besteht grundsätzlich das Recht des nationalen Gesetzgebers, auch Regelungen im Unterschwellenbereich zu treffen.

2. Mitteilung der Kommission vom 01.08.2006

Die Europäische Kommission hat am 01.08.2006 eine Mitteilung⁷⁴¹ veröffentlicht, die unter Beachtung u. a. der Grundfreiheiten und der Rechtsprechung des EuGH hierin das Verständnis der Kommission zu Verfahrensgrundfragen bei Vergaben darstellt, welche nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen. Allerdings soll die Mitteilung, welche als Handlungsform nicht ausdrücklich normiert ist,⁷⁴² keine neuen rechtlichen Regelungen oder Verpflichtungen einführen, es werden insoweit keine verbindlichen Rechtswirkungen entfaltet.⁷⁴³ Sie dient nur der Auslegung, gibt dabei die Grundsätze der Rechtsprechung des EuGH wieder und gestaltet diese im Rahmen der Ansätze des Gerichtshofes näher aus⁷⁴⁴.

⁷³⁹ Haratsch/Koenig/Pechstein, Rdn. 337.

⁷⁴⁰ Haratsch/Koenig/Pechstein, Rdn. 337; EuGH, Urteil vom 08.05.2008, Rs. C-491/06, Slg. 2008, S. I-03339, Rdn. 31.

⁷⁴¹ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht mehr oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl. 2006 C 179, S. 2.

⁷⁴² Widmann, S. 49.

⁷⁴³ EuG, Urteil vom 20.05.2010, Rs. T-258/06, ABl. C 179 v. 03.07.2010, S. 32; Latotzky/Janz, VergabeR 2007, 438 (441); a. A. Frenz, Band 5, Rdn. 1538, welcher die Mitteilung als „eigenständige Kategorie untergesetzlicher Normierung“ bezeichnet.

⁷⁴⁴ Frenz, VergabeR 2007, 1 (2).

a) Inhalt

Die Kommission stellt zuvorderst klar, dass auch bei Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte die öffentlichen Auftraggeber an die Grundsätze des EG-Vertrages gebunden sind, zu denen insbesondere der freie Warenverkehr, die Niederlassungsfreiheit, die Dienstleistungsfreiheit sowie Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung, Transparenz, Verhältnismäßigkeit und gegenseitige Anerkennung gehören⁷⁴⁵. Dies gilt einschränkend allerdings nur, soweit die Aufträge eine Binnenmarktrelevanz aufweisen, was bei Aufträgen bspw. mit nur geringfügiger wirtschaftlicher Bedeutung eher nicht der Fall sein wird⁷⁴⁶. Ist die Binnenmarktrelevanz, welche für den jeweiligen Einzelfall geprüft werden muss, aber gegeben, sollen die Grundfreiheiten uneingeschränkt gelten.

Auch für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte geht die Kommission davon aus, dass für die Bestimmung des Auftraggeberbegriffes die Regelungen der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG herangezogen werden können⁷⁴⁷, sodass auch unterhalb der Schwellenwerte der funktionale Auftraggeberbegriff⁷⁴⁸ gelten soll.

Die Hauptpflicht bei Aufträgen mit Binnenmarktrelevanz ist nach Darstellung der Kommission aber, dass auch derartige Aufträge ausschreibungspflichtig sind, weil nur so die Forderungen nach Transparenz und Diskriminierungsfreiheit erfüllt werden können. Diese Ausschreibung muss mittels angemessener und hinreichend zugänglicher Bekanntmachung erfolgen, weil das bloße „Kontaktieren einer bestimmten Anzahl potenzieller Bieter“ nicht ausreichend ist, den grenzüberschreitenden Bezug herzustellen⁷⁴⁹.

Konkrete Aussagen traf die Kommission auch im Hinblick auf den erforderlichen Rechtsschutz für Bieter unterhalb der Schwellenwerte. Geht man davon aus, dass die Grundregelungen für die Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte den Regelungen für die Vergabe oberhalb der Schwellenwerte allein aufgrund der

⁷⁴⁵ Mitteilung der Kommission, ABl. 2006, C 179 S. 2, Abschnitt 1.1.

⁷⁴⁶ EuGH, Urteil vom 21.07.2005, Rs. C-231/03, Slg. 2005, S. I-7287, Rdn. 20.

⁷⁴⁷ Mitteilung der Kommission, ABl. 2006, C 179 S. 2, FN. 4.

⁷⁴⁸ Siehe oben, B.I.4.c)bb).

⁷⁴⁹ Mitteilung der Kommission, ABl. 2006, C 179 S. 2, Abschnitt 2.

Grundprinzipien der öffentlichen Auftragsvergabe angenähert, wenn auch weniger detailliert geregelt sind, erscheint es konsequent, auch unterhalb der Schwellenwerte entsprechende Rechtsschutzmöglichkeiten einzuräumen⁷⁵⁰. Die Kommission geht daher davon aus, dass sich aus der Judikatur des EuGH⁷⁵¹ herleitet, dass der Einzelne einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen können muss⁷⁵². Deshalb sollen nach Ansicht der Kommission auch nicht berücksichtigte Bieter eine fehlerhafte Vergabe im Unterschwellenbereich anfechten und etwaige Verstöße gegen die Grundanforderungen an die Vergabe geprüft werden können⁷⁵³. Dem Bieter soll insoweit ein Primärrechtsschutz zustehen, ein Sekundärrechtsschutz besteht ergänzend daneben⁷⁵⁴. Insbesondere dürfen die Rechtsbehelfe nicht weniger wirksam sein als die, welche bei entsprechenden Verstößen gegen nationales Recht zur Verfügung stehen, oder einen Rechtsschutz faktisch unmöglich machen⁷⁵⁵.

b) Zwischenergebnis

Mitteilungen sind Handlungsformen der Kommission, welche weder im EGV noch im AEUV ausdrücklich vorgesehen sind. Zur Wahrung einer einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechtes innerhalb des Geltungsbereiches des EGV und auch als Hinweis an die jeweiligen Mitgliedsstaaten haben sich jedoch derartige Mitteilungen bewährt⁷⁵⁶. Rechtsverbindlichkeit kommt den Mitteilungen aber nur dann zu, wenn die einzelnen Mitgliedsstaaten der Ausarbeitung einer derartigen Mitteilung ausdrücklich zustimmen⁷⁵⁷, wodurch die Mitteilung faktisch eine vertragliche Grundlage erhält und auch bindet. Fehlt es – wie in aller Regel – an einer solchen Zustimmung, fehlt auch die Rechtsgrundlage der Mitteilung, weshalb sie keine Bindung entfalten kann⁷⁵⁸. Hinzu kommt, dass sich die Frage, ob einer Mitteilung Bindungswirkung zukommen soll, vor allem nach dem Willen der Kommission richtet. Der Willen der Kommission ist aber in der Mitteilung selbst dokumentiert, in wel-

⁷⁵⁰ Frenz, VergabeR 2007, 1 (4).

⁷⁵¹ EuGH, Urteil vom 15.10.1987, Rs. C-222/86, Slg. 1987, S. 4097, Rdn. 14; EuGH, Urteil vom 25.07.2002, Rs. C-50/00, Slg. 2002, I-06677, Rdn. 39.

⁷⁵² Mitteilung der Kommission, ABl. 2006 C 179 S. 2, Abschnitt 2.3.3.

⁷⁵³ Latotzky/Janz, VergabeR 2007, 438 (441).

⁷⁵⁴ Frenz, VergabeR 2007, 1 (9).

⁷⁵⁵ Mitteilung der Kommission, ABl. 2006 C 179 S. 2, Abschnitt 2.3.3.

⁷⁵⁶ Schröder in Streinz, EGV/EUV, Art. 249 EGV, Rdn. 33.

⁷⁵⁷ Widmann, S. 49.

⁷⁵⁸ Kugelmann in Streinz, EGV/EUV, Art. 211 EGV, Rdn. 38; Latotzky/Janz, VergabeR 2007, 438 (441).

cher es heißt, dass die Mitteilung „keine neuen rechtlichen Regeln“ einführt⁷⁵⁹. Trotzdem kann man von einer faktisch bindenden Wirkung ausgehen⁷⁶⁰, nachdem die Kommission auch zur Durchsetzung der in der Mitteilung verankerten Vergabe-grundsätze bereits vor deren Veröffentlichung verschiedene Vertragsverletzungsver-fahren gegen Mitgliedsstaaten einleitete, welche Vergaben unterhalb der Schwellen-werte betrafen⁷⁶¹. Aus diesem Grund hat sich die Bundesregierung auch entschlos-sen, hiergegen Nichtigkeitsklage⁷⁶² zu erheben, wobei sich die Klage nicht gegen die von der Kommission angewendeten Prinzipien von Transparenz und Wettbewerb, wohl aber gegen eine faktische Entmachtung durch Schaffung neuer Vergaberege-lungen richtet⁷⁶³. Allerdings hatte die Klage der Bundesrepublik nur geringe Erfolgs-aussichten⁷⁶⁴. Zwar bestehen zugegebenermaßen faktische Zwänge zur Beachtung der in der Mitteilung dargestellten Grundsätze. Diese resultieren jedoch nicht aus der Mitteilung der Kommission selbst, sondern ausschließlich aus den von den europäi-schen Grundfreiheiten und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auf-gestellten Grundsätzen. Eine Vergabe, welche zwar unterhalb der Schwellenwerte liegt, jedoch aufgrund ihrer Bedeutung jedenfalls grenzüberschreitenden Charakter innehat, darf auch ohne die Mitteilung der Kommission keine Festlegung enthalten, wonach ausschließlich deutsche Materialien zum Einsatz kommen dürfen oder nur deutsche Unternehmen zur Angebotsabgabe zugelassen sind. Dies ergibt sich nicht erst aus der Mitteilung der Kommission, sondern schon aus den europäischen Grund-freiheiten als solchen. Die Mitteilung der Kommission ist insoweit als das zu be-trachten, was sie ist, eine zusammenfassende und klar verständliche Darstellung von vergaberechtlichen Grundprinzipien, welche für europäisch relevante Vergaben auch ohne eine ausdrückliche Mitteilung zu beachten wären.

⁷⁵⁹ ABl. 2006, C 179 S. 2, Einleitung.

⁷⁶⁰ So auch die Stellungnahme des DStGB vom 07.11.2005, Quelle: http://www.dstgb-vis.de/home/aktuelles_news/aeltere_beitraege/dstgb_stellungnahme_zur_mitteilung_der_eu_kommission_zur_vergabe_oeffentlicher_auftraege_unterhalb_der_schwellenwerte/index.html.

⁷⁶¹ EuGH, Urteil vom 13.11.2007, Rs. C-507/03, Slg. 2007, I-09777; EuGH, Urteil vom 18.12.2007, Rs. C-532/03, Slg. 2007, I-11353; EuGH, Urteil vom 26.04.2007, Rs. C-195/04, Slg. 2007, I-03351.

⁷⁶² ABl 2006, C 294 S. 52.

⁷⁶³ Lutz, VergabeR 2007, 372 (378).

⁷⁶⁴ EuG, Urteil vom 20.05.2010, Rs. T-258/06, ABl. C 179 v. 03.07.2010, S. 32; so auch Widmann, S. 50.

II. Verfassungsgemäßheit der Zweiteilung

Die durch § 100 Abs. 1 GWB statuierte Zweiteilung wird in Literatur und Rechtsprechung auch nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes⁷⁶⁵ umfangreich streitig diskutiert. Die Gründe hierfür dürften dabei einerseits in der Tatsache liegen, dass das Bundesverfassungsgericht die Zweiteilung anerkennt. Andererseits dürfte dies aber vor allem darin begründet sein, dass die bestehende Zweiteilung, in Anbetracht des ungleichen Verhältnisses von Oberschwellen- zu Unterschwellenvergaben, als zwingend korrekturbedürftig angesehen wird, obwohl sich der Bundesgesetzgeber trotz der von ihm behaupteten mittelstandsgerechten Modernisierung des Vergaberichtes⁷⁶⁶ strikt weigert, einen derartigen Rechtsschutz einzuführen⁷⁶⁷.

1. Gleichbehandlung, Art. 3 Abs. 1 GG

Zuvorderst bestehen verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf die Einhaltung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes gemäß Art. 3 Abs. 1 GG (auch in Verbindung mit dem Grundsatz auf Selbstbindung der Verwaltung).

a) Schutzbereich

Der in Art. 3 Abs. 1 GG statuierte allgemeine Gleichheitsgrundsatz verbietet allen Staatsgewalten, wesentlich Gleiches ohne sachlichen Grund (willkürlich)⁷⁶⁸ ungleich zu behandeln⁷⁶⁹. Dabei normiert Art. 3 Abs. 1 GG neben dem Verbot auch ein subjektives Recht auf Gleichbehandlung⁷⁷⁰. Andererseits realisiert Art. 3 Abs. 1 GG nicht Gleichbehandlung um jeden Preis, weil dies im Extremfall bei einer Vergabe der Aufteilung des Auftrages auf mehrere Bieter bedürfen würde, sich der Staat aber letztlich für einen Bieter entscheiden muss⁷⁷¹. Der Gleichheitsgrundsatz ist dabei verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst sachlich einleuchtender Grund für eine bestehende Ungleichbehandlung nicht

⁷⁶⁵ BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03.

⁷⁶⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Vergaberechtes, BT-Drucks. 16/10117, S. 1.

⁷⁶⁷ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Vergaberechtes, BT-Drucks. 16/10117, S. 1.

⁷⁶⁸ BVerfGE 1, 14 (16); 3, 58 (135); 18, 38 (46).

⁷⁶⁹ BVerfGE 3, 58 (135); 42, 64 (72); 49, 148 (165); 71, 255 (271); Kannegießer in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, Art. 3, Rdn. 14; Osterloh in Sachs, Art. 3, Rdn. 83.

⁷⁷⁰ Kannegießer in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, Art. 3, Rdn. 14; Osterloh in Sachs, Art. 3, Rdn. 38.

⁷⁷¹ Pietzcker, NZBau 2003, 242 (243); Kaelble, ZfBR 2003, 657 (668).

finden lässt⁷⁷². Für die Bewertung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines derartigen Eingriffes kommt es dabei auf die Art der Beeinträchtigung als solche an⁷⁷³. Die Bewertung ist danach dann großzügig vorzunehmen und auf eine reine Willkürprüfung beschränkt, sofern nur reine Sachverhalte ungleich behandelt werden⁷⁷⁴. Werden dagegen Personen oder Personengruppen ungleich behandelt, bedarf dies einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung dahingehend, dass die Gründe für einen Eingriff umso schwerwiegender sein müssen, je gravierender dieser ist⁷⁷⁵. Dabei ist die strenge Bindung allerdings nicht ausschließlich auf Personen oder Personengruppen beschränkt. Sie gilt auch bei einer Ungleichbehandlung von Sachverhalten, sofern sie sich zumindest mittelbar als Ungleichbehandlung von Personengruppen auswirkt⁷⁷⁶.

b) Eingriff

Durch den vorhandenen zweigeteilten vergabespezifischen Rechtsschutz wird ein gleicher Sachverhalt, nämlich die öffentliche Auftragsvergabe, ungleich behandelt. Einziges Abgrenzungskriterium ist dabei gemäß § 100 Abs. 1 GWB i. V. m. § 2 VgV der jeweilige Auftragswert.

Bei einer Abgrenzung nur nach den Auftragswerten kann eine Ungleichbehandlung von Personengruppen⁷⁷⁷ nicht angenommen werden⁷⁷⁸. Zwar könnte man theoretisch dahingehend differenzieren, dass durch einen fehlenden Primärrechtsschutz vor allem mittelständische Interessen betroffen sind. Allerdings betrifft die Zweiteilung gerade nicht ausschließlich den Mittelstand, wobei schon eine personelle Abgrenzbarkeit des „Mittelstandes“ als Gruppe nicht möglich ist.⁷⁷⁹ Ebenso könnte theoretisch dahingehend differenziert werden, dass es einerseits eine Personengruppe gibt, die an Ausschreibungsverfahren im Oberschwellenbereich, und andererseits eine Personengruppe, die an Ausschreibungen im Unterschwellenbereich teilnimmt⁷⁸⁰.

⁷⁷² BVerfGE 1, 14 (52); 1, 208 (247); 4, 144 (155).

⁷⁷³ BVerfGE 88, 87 (96); 91, 389 (401); 99, 367 (388); Pierroth/Schlink, Art. 3, Rdn. 43; a. A. Herzog in Maunz/Dürig, Anh. zu Art. 3, Rdn. 10, welcher für eine generelle Überprüfung anhand der Erheblichkeit des Eingriffes plädiert.

⁷⁷⁴ BVerfGE 83, 1 (22).

⁷⁷⁵ BVerfGE 90, 46 (56); 99, 367 (388); Herzog in Maunz/Dürig, Anh. zu Art. 3, Rdn. 6.

⁷⁷⁶ BVerfGE 99, 367 (388).

⁷⁷⁷ So etwa Grundmann, S. 51; Voigtländer, EWiR 2001, 387 (388).

⁷⁷⁸ BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03; Sauer/Hollands, NZBau 2006, 763 (766).

⁷⁷⁹ Sauer/Hollands, NZBau 2006, 763 (766).

⁷⁸⁰ Krist, VergabeR 2003, 17 (19); Grundmann, S. 50.

Diese Differenzierung ist jedoch in der Praxis nicht möglich, weil es keine feste Personengruppe gibt, die sich nur an einer einzigen Art der Vergabe beteiligt. Im Rahmen einer Unternehmensbefragung des Verfassers⁷⁸¹ hat sich bestätigt, dass sich die Mehrzahl der Unternehmen an Ausschreibungen sowohl ober- als auch unterhalb der Schwellenwerte beteiligt hat. Dies dürfte einerseits daran liegen, dass aufgrund der gemäß § 5 VOB/A (§ 4 VOB/A 2006) vorgeschriebenen losweisen Ausschreibung trotz einer die Schwellenwerte überschreitenden Gesamtbaumaßnahme eine Beteiligung kleinerer Bauunternehmen an Oberschwellenvergaben zu verzeichnen ist. Andererseits sind auch größere Bauunternehmen, die für Oberschwellenvergaben quantitativ besser geeignet sein dürften, an Unterschwellenvergaben beteiligt. Dies ist insbesondere auch daraus ersichtlich, dass die Unterschreitung der Oberschwellengrenze bereits bei einer Minimierung des Auftragswertes um einen Cent erfolgen kann, was keine Veränderung der Angebotsstruktur oder des Aufwandes sowohl bei der Vergabestelle als auch beim Bieter erfordert. Solche minimalen Unterschreitungen dürften auch keinen Bieter dazu bewegen, sich an derartigen Vergaben nicht mehr zu beteiligen. Eine Differenzierung hinsichtlich der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Personengruppe kann insoweit nicht bestätigt werden⁷⁸².

c) **Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Diese Ungleichbehandlung von gleichen Sachverhalten ist sachlich nicht bereits deshalb gerechtfertigt, weil in Richtlinie 2004/17/EG der Schwellenwert vorgegeben ist. Zwar diene die Einführung der Schwellenwerte insbesondere der Regelung von Aufträgen mit europarechtlicher Relevanz⁷⁸³. Die Regelungen der Richtlinien führen aber nicht dazu, dass der Gesetzgeber nicht auch Sachverhalte unterhalb dieser Schwellenwerten ebenso wie oberhalb der Schwellenwerte regeln darf⁷⁸⁴. Vielmehr stellen die Richtlinien lediglich einen Mindeststandard dar⁷⁸⁵, sodass die Beseitigung der Ungleichbehandlung durch Ausweitung des Rechtsschutzes grundsätzlich möglich wäre.

⁷⁸¹ Siehe unten, Anlage II.

⁷⁸² BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03.

⁷⁸³ Bechthold, GWB, § 100, Rdn. 1.

⁷⁸⁴ Pietzcker, Zweiteilung, S. 49.

⁷⁸⁵ EuGH, Rs. C-31/87, Slg. 1988, 4652; EuGH, Rs. C-27/86, Slg. 1988, 3368.

Fraglich ist aber, ob die Entscheidung des Gesetzgebers dahingehend, dass aus Gründen der Verfahrensökonomie⁷⁸⁶ nur das in der Richtlinie 2001/78/EG bzw. auch den nachfolgenden Richtlinien geforderte Mindestmaß umgesetzt wird, einen geeigneten und verfassungsrechtlich tauglichen Rechtfertigungsgrund darstellt.

Hierzu stellt sich zuvorderst die Frage, ob eine Abstufung nach Auftragswerten (Schwellenwert) ein taugliches Abgrenzungskriterium für die Zweiteilung des Rechtsschutzes sein kann. Dies wird man im Ergebnis bejahen müssen: Einerseits ist dies das Abgrenzungskriterium, welches durch die Richtlinien vorgegeben wird. Andererseits erscheint eine Abgrenzung nach Auftragswerten bereits unter dem Gesichtspunkt als geeignet, weil selbst unter den Verfechtern eines vergabespezifischen Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte überwiegend anerkannt ist, dass dieser nicht generell bzw. nicht uneingeschränkt gelten soll und innerhalb von sogenannten Bagatellgrenzen eine freihändige Vergabe möglich sein muss⁷⁸⁷. Die Abgrenzung erfolgt insoweit auch anhand der Auftragswerte. Eine Abgrenzung nach Auftragswerten, d. h. nach der Größe des Bauvorhabens ist damit unter dem Gesichtspunkt einer allgemein verbindlichen Bestimmtheit geeignet und tauglich⁷⁸⁸. Andere mögliche Abgrenzungskriterien könnten sich lediglich aus der Art der Leistung, dem Auftraggeber oder der Anzahl der Bieter ergeben. Diese Abgrenzungskriterien sind allerdings so unbestimmt, dass sie nicht verallgemeinert werden könnten.

Fraglich ist dann aber, ob verfahrensökonomische Gesichtspunkte, insbesondere auch im Hinblick auf die Tatsache, dass Unterschwellenvergaben ca. 90 – 95 % aller Vergaben ausmachen⁷⁸⁹, eine taugliche Rechtfertigung des Eingriffes in den Gleichheitsgrundsatz darstellen können. In Anbetracht der Tatsache, dass sich bei der Ungleichbehandlung von Sachverhalten die Rechtfertigung gerade nicht nach einer Bewertung der Erheblichkeit der Ungleichbehandlung, sondern nach dem Willkürverbot richtet, erscheint der Rückgriff der Verfechter eines vergabespezifischen Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte auf den Umfang der Unterschwellenvergaben bei gleichzeitiger Anerkennung von Bagatellgrenzen als widersprüchlich. Vielmehr stellt sich bei Einräumung von Bagatellgrenzen genau wieder die Frage nach einer

⁷⁸⁶ BT-Drucks. 13/9340 – Anlage 1 zur Begründung, Seite 25.

⁷⁸⁷ Irmer, ZfBR 2007, 233; Pietzcker, Zweiteilung, S. 41; Dreher, NZBau 2002, 419 (430).

⁷⁸⁸ Pietzcker, Zweiteilung, S. 54.

⁷⁸⁹ 10 Kernforderungen des DStGB an eine Novellierung des Vergaberechts, http://www.dstgb-vis.de/home/aktuelles_news/aktuell/modernisierung_des_vergaberechts_stellungnahme_der_bundesve_reinigung_vorgelegt/novellierung_des_vergaberechts_neu.pdf.

verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, welche aber nicht mit einer reinen Willkürbewertung, sondern ausschließlich über die Höhe der Erheblichkeit gelöst werden könnte. Nur in diesem Fall wird die Frage aufgeworfen, ob in Anbetracht der Tatsache, dass Unterschwellenvergaben die große Mehrzahl aller Vergaben ausmachen, der Umfang des Vergabeanteils unterhalb der Schwellenwerte einen Einfluss auf die verfassungsrechtliche Rechtfertigung haben kann. Dieser Umfang kann aber für eine sachliche Rechtfertigung von Sachverhalten keinesfalls ausschlaggebend sein, weil es im Rahmen der Gleichbehandlung grundsätzlich darum geht, eine Minderheit ungleich zu behandeln⁷⁹⁰, sodass dies für eine sachliche Rechtfertigung nicht ausschlaggebend ist. Der sachliche Rechtfertigungsgrund muss im Ergebnis bereits für einen einzelnen Ausnahmefall vorliegen und bestehen. Richtigerweise stellt sich ausschließlich daher die Frage, ob in der Überlegung zu einer konsequenten Verfahrensökonomie eine willkürliche Bewertung des Gesetzgebers liegt. Die Einräumung der Bagatellgrenzen für die freihändige Vergabe erfolgt ebenfalls mit der Begründung, dass hier der Aufwand eines förmlichen Vergabeverfahrens nicht angezeigt ist⁷⁹¹. Insoweit gestehen selbst die Befürworter eines Unterschwellenrechtsschutzes eine Abgrenzung aus Gründen der Verfahrensökonomie zu. Auch kann den Verfechtern der Zweiteilung des Rechtsschutzes⁷⁹² nicht abgesprochen werden, dass eine Ausweitung des vergabespezifischen Rechtsschutzes des GWB auch auf Unterschwellenvergaben einen erhöhten Verwaltungs- und Kostenaufwand für die Vergabestellen bedeutet. Neben der Tatsache, dass die Bearbeitung von Rügen der Bieter bis hin zur generellen Bieterinformationspflicht des § 101 a GWB (§ 13 VgV 2006) den Verwaltungsaufwand auch unabhängig von der Einschaltung der Vergabekammer oder des Gerichts erhöhen, ist auch die Überlegung nachvollziehbar, dass der durch das GWB gewährleistete Rechtsschutz durch Rügeverfahren, Entscheidungsfindung der Vergabekammer und nachfolgend des Oberlandesgerichtes einen nicht unerheblichen Zeit- und Kostenfaktor darstellt, welcher die zu vergebenden Baumaßnahmen lange und zeitlich unkalkulierbar verschieben kann. So kann man davon ausgehen, dass Nachprüfungsverfahren im Sinne des GWB im Mittel einen Zeitraum

⁷⁹⁰ A. A. Herzog in Maunz/Düring, Anh. zu Art. 3, Rdn. 6; Stockmann, S. 120.

⁷⁹¹ Blome, S. 50.

⁷⁹² 10 Kernforderungen des DStGB an eine Novellierung des Vergaberechts, http://www.dstgb-vis.de/home/aktuelles_news/aktuell/modernisierung_des_vergaberechts_stellungnahme_der_bundesve_reinigung_vorgelegt/novellierung_des_vergaberechts_neu.pdf.

von 9 Wochen in Anspruch nehmen⁷⁹³. Diese durch ein Nachprüfungsverfahren eintretende Verzögerung könnte zwar grundsätzlich durch die Einplanung sogenannter Pufferzeiten⁷⁹⁴ kompensiert bzw. zumindest reduziert werden, was die Rechtsprechung auch von den Vergabestellen zur Vermeidung unplanmäßiger Verzögerungen verlangt⁷⁹⁵. Allerdings ist nicht jeglicher Zeitablauf, d. h. auch eine extreme Zeitverzögerung, kalkulierbar, was für eine Berechtigung einer Ungleichbehandlung spricht. Hinzu kommt, dass hier auch die Interessen der Bieter berücksichtigt werden müssen. Je länger die Dauer bis zum Zuschlag ist, desto länger sind die Bieter an ihre Preisangaben im Angebot gebunden, obwohl der Markt teilweise erhebliche Preisschwankungen verzeichnet⁷⁹⁶. Derartige Preisänderungen werden in der Rechtsprechung als Risikobereich des Bieters betrachtet, weshalb kein Anspruch auf Preisanzug besteht⁷⁹⁷. Eine extreme Verlängerung der Zuschlagsfristen würde insoweit zu einem nicht mehr kalkulierbaren Risiko der Unternehmen führen⁷⁹⁸. Nachprüfungsverfahren beinhalten aber auch preisliche Faktoren, die zu berücksichtigen sind. So wurden Kosten der Vergabestellen im Mittel in Höhe von ca. 12.000 EUR⁷⁹⁹ festgestellt, welche sich sowohl aus internen Kosten für die Bearbeitung der Nachprüfungsverfahren in den Vergabestellen als auch externen Kosten in Form von Rechtsberatungskosten zusammensetzen. Diese Kosten waren bisher selbst bei einem unberechtigten Nachprüfungsverfahren zumindest dann nicht erstattungsfähig, wenn der Bieter seinen Nachprüfungsantrag vor einer Entscheidung der Vergabekammer zurückgenommen hatte⁸⁰⁰. Hinzu kommen regelmäßige Nachtragsforderungen der ausführenden Unternehmen, beispielsweise für die Beschleunigung und Optimierung des durch das Nachprüfungsverfahren gestörten Bauablaufes⁸⁰¹.

⁷⁹³ Alvermann/Wanninger/Stolze, S. 30.

⁷⁹⁴ In die zeitliche Planung des Vergabeverfahrens und auch der Baumaßnahme wird ein Zeitraum für ein eventuelles Nachprüfungsverfahren berücksichtigt.

⁷⁹⁵ OLG Dresden, Beschluss vom 14.06.2001, WVerG 4/01.

⁷⁹⁶ So war bspw. im Jahr 2004 eine Preisexplosion von ca. 95 % beim Einkaufspreis von Walzstahl zu verzeichnen. Eine ähnliche Entwicklung (ca. 50 %) gab es bei den Kraftstoffen im Jahr 2008.

⁷⁹⁷ OLG Hamburg, Urteil vom 28.12.2005, 14 U 124/05.

⁷⁹⁸ VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 07.11.2007, 1 VK 43/07.

⁷⁹⁹ Alvermann/Wanninger/Stolze, S. 40.

⁸⁰⁰ BGH, Beschluss vom 09.12.2003, X ZB 14/03; VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 22.05.2008, 1 VK LVwA 5/08.

⁸⁰¹ Alvermann/Wanninger/Stolze, S. 41 f.; BayObLG, Beschluss vom 15.07.2002, Verg 15/02; OLG Jena, Urteil vom 22.03.2005, 8 U 318/04; OLG Hamm, Urteil vom 26.06.2008, 21 U 17/08; OLG Oldenburg, Urteil vom 14.10.2008, 12 U 76/08; a. A. OLG Saarbrücken, Urteil vom 13.05.2008, 4 U 500/07.

Die Ausweitung des Vergaberechtsschutzes auch auf den Unterschwellenbereich könnte insoweit dazu führen, dass der Verwaltungsaufwand, insbesondere für Kleinmaßnahmen, teilweise finanziell höher einzuschätzen ist als die Maßnahme selbst.

Eine Differenzierung aus Gründen der Verfahrensökonomie (unabhängig von der Höhe der Auftragswerte) ist insoweit nicht willkürlich, der diesbezügliche Eingriff also sachlich gerechtfertigt.

d) Zwischenergebnis

Durch die Zweiteilung des vergabespezifischen Rechtsschutzes besteht zwar ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 3 Abs. 1 GG. Dieser ist jedoch gerechtfertigt⁸⁰². Der Gesetzgeber darf zwischen größeren und kleineren Aufträgen unterscheiden und sich hierbei auch an den europarechtlichen Vorgaben orientieren. Berücksichtigt man die Tatsache, dass Bagatellgrenzen anerkannt sind und dort auch keine Verfassungswidrigkeit gesehen wird, dreht sich die Frage der verfassungsrechtlichen Ungleichbehandlung im Ergebnis nicht darum, dass generell aus Gründen der verfassungsrechtlichen Ungleichbehandlung ein vergabespezifischer Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte vorhanden sein muss. Die Frage dreht sich um die Tatsache, ab welchem Auftragswert eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung vorliegen soll. Dies sind aber Fragen der Erheblichkeit, die einer verfassungsrechtlichen Willkürprüfung⁸⁰³ nicht zugänglich sind.

2. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Durch die von § 100 Abs. 1 GWB ausgelöste Zweiteilung des vergabespezifischen Rechtsschutzes könnte aber die von Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Berufsfreiheit verletzt sein.

a) Schutzbereich

Art. 12 Abs. 1 GG schützt die freie Wahl und Ausübung von Berufen, wobei unter Beruf jede Tätigkeit zu verstehen ist, die in ideeller oder materieller Hinsicht der

⁸⁰² Losch, VergabeR 2006, 298 (302); A. A. Sauer/Hollands, NZBau 2006, 763 (767); Krist, VergabeR 2003, 17 (23); Irmer, ZfBR 2007, 233 (242), welche eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung zumindest wegen einer fehlenden ordnungsgemäßen Abwägung ablehnen.

⁸⁰³ A. A. Sauer/Hollands, NZBau 2006, 763 (766).

Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient⁸⁰⁴. Dabei ist das Grundrecht gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auf juristische Personen anwendbar, soweit diese eine Tätigkeit zu Erwerbszwecken ausüben, die ihrem Wesen nach in gleicher Weise juristischen und natürlichen Personen offensteht⁸⁰⁵. Durch die Garantie der Berufsfreiheit entsteht Wettbewerb, Art. 12 Abs. 1 GG hat insofern wettbewerbsfördernde Wirkung⁸⁰⁶. Deshalb wird die Freiheit im Wettbewerb als Bestandteil der beruflichen Sphäre angesehen und ist vom Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG erfasst⁸⁰⁷. Allerdings ist der grundrechtliche Schutz durch die Regeln und Grenzen des Wettbewerbs begrenzt, weshalb die grundrechtliche Gewährleistung nicht den Schutz vor Einflüssen auf die wettbewerblichen Faktoren erfasst⁸⁰⁸. Daher bietet das Grundrecht keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb und auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten⁸⁰⁹, weil Art. 12 GG nur den Wettbewerb, nicht aber vor Wettbewerb schützt⁸¹⁰.

b) Eingriff

Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG kann dann vorliegen, wenn der Staat mit Erlass von Regeln in den Wettbewerb eingreift⁸¹¹. Dabei ist aber fraglich, ob ein Eingriff in den Schutzbereich bereits dann vorliegt, wenn die öffentliche Hand als ein Nachfrager unter vielen auftritt, oder erst dann, wenn die öffentliche Hand eine marktbeherrschende Stellung einnimmt.⁸¹²

Allein aus der Regelung der Zweiteilung des vergabespezifischen Rechtsschutzes kann allerdings kein Eingriff in die Berufsfreiheit angenommen werden, weil ein zweigeteilter Rechtsschutz dem Grunde nach keinen Einfluss auf eine Vergabe und die Eröffnung des Wettbewerbes haben kann.

⁸⁰⁴ BVerfGE 54, 301 (313); 97, 228 (252); 102, 197 (212); BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002, 1 BvR 558/91, Absatz-Nr. 39.

⁸⁰⁵ BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002, 1 BvR 558/91, Absatz-Nr. 39.

⁸⁰⁶ Jarass/Pierroth, Art. 12, Rdn. 15.

⁸⁰⁷ V. Mangoldt/Klein, Art. 12, Rdn. 67; Widmann, S. 94.

⁸⁰⁸ BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002, 1 BvR 558/91, Absatz-Nr. 41; Gaier, NZBau 2008, 289 (290).

⁸⁰⁹ BVerfGE 24, 236 (251); 34, 252 (256).

⁸¹⁰ Pietzcker, NZBau 2003, 242 (244); Gaier, NZBau 2008, 289 (290).

⁸¹¹ BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137).

⁸¹² Huber, S. 440; v. Mangoldt/Klein, § 12, Rdn. 97; Grundmann, S. 62.

Das Bundesverfassungsgericht⁸¹³ hat hierzu (einschränkungslos) festgestellt, dass bei der Durchführung der Vergabe die staatliche Stelle als Nachfrager am Markt auftritt, wodurch nicht der Wettbewerb von außen beeinflusst wird⁸¹⁴. Die Durchführung der Vergabe eröffnet gerade den Wettbewerb⁸¹⁵. Bei der Vergabe geht es im Ergebnis allenfalls um eine Frage der Verteilungsgerechtigkeit, welche nicht Art. 12 Abs. 1 GG, sondern Art. 3 Abs. 1 GG zuzuordnen wäre.⁸¹⁶

Gegen diese Ansicht bestehen aber zumindest dahingehend Bedenken, dass der Wettbewerb tatsächlich bei jeglicher Vergabe eröffnet sein kann. Bei der Durchführung einer rechtmäßigen Vergabe wird man grundsätzlich bestätigen können, dass der Staat als Nachfrager auftritt und der Wettbewerb eröffnet ist.⁸¹⁷ Bedenken hierzu bestehen allerdings jedenfalls in den Fällen, in denen staatliche Stellen gänzlich ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens und unter Verstoß gegen die Ausschreibungspflicht Aufträge erteilen⁸¹⁸ oder in denen die staatliche Stelle sich weigert, mit einem Unternehmen zu verhandeln (bspw. weil sich dieses nach Meinung der staatlichen Stelle in der Vergangenheit als unzuverlässig erwiesen hat),⁸¹⁹ also eine Auftragsperre⁸²⁰ gegen einen potenziellen Bieter ausgesprochen wird.⁸²¹

Insoweit kann für die Bewertung eines Eingriffes nicht nur auf die generelle Zweiteilung des Vergaberechtsschutzes abgestellt werden. Für einen rechtmäßigen Zuschlag müssen zwar die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Grundsätze gelten⁸²², d. h., der Schutzbereich ist nicht eröffnet⁸²³. Wenn aber ein rechtswidriger Zuschlag (beispielsweise wegen gänzlichen Fehlens eines Vergabeverfahrens) erteilt wird,

⁸¹³ BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03; BVerfG, Beschluss vom 27.02.2008, 1 BvR 437/08.

⁸¹⁴ Ebenso Noch, Diss., S. 25 f.; Knöbl, S. 41.

⁸¹⁵ BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03; Pietzcker, NZBau 2003, 242 (249).

⁸¹⁶ V. Mangoldt/Klein, Art. 12, Rdn. 97, Noch, Diss., S. 33.

⁸¹⁷ Ebenso Widmann, S. 116.

⁸¹⁸ Frenz, EuZW 2006, 749 (751).

⁸¹⁹ Freund, VergabeR 2007, 279 (318); ebenso: Pietzcker, Zweiteilung, S. 31; Pietzcker, NZBau 2003, 242 (245); Noch, Diss., S. 29 f., welche dies dann aber nicht Art. 12 GG, sondern Art. 3 Abs. 1 GG zuordnen.

⁸²⁰ LG Berlin, Urteil vom 22.03.2006, 23 O 118/04; LG Düsseldorf, Urteil vom 16.03.2005, 12 O 225/04.

⁸²¹ Kreßner, S. 29; Widmann, S. 99; Knöbl, S. 43.

⁸²² Entgegen Puhl, VVDStRL 60 (2001), 456 (482); Huber, JZ 2000, 877 (878); Dörr, DÖV 2001, 1014 (1017).

⁸²³ Pietzcker, NZBau 2003, 242; Burgi, NZBau 2001, 64 (66).

fehlt es an der durch ein Vergabeverfahren erzeugten Eröffnung des Wettbewerbs durch den Nachfrager Staat⁸²⁴. Ein übergangenes Unternehmen hat in diesem Fall unterhalb der Schwellenwerte keine Möglichkeit, dieses Vorgehen durch Rechtsbehelf zu verhindern (oberhalb der Schwellenwerte gilt § 13 VgV mit der Folge der Nichtigkeit)⁸²⁵. Insofern wird durch die Zweiteilung des Vergaberechtsschutzes zumindest im Fall einer rechtswidrigen Vergabe in die Berufsfreiheit eingegriffen⁸²⁶.

c) **Rechtfertigung**

Fraglich ist daher, ob dieser durch die Zweiteilung des vergabespezifischen Rechtsschutzes hervorgerufene Eingriff gerechtfertigt ist.

Hierzu ist zuvorderst nach der Stufenlehre des Bundesverfassungsgerichtes⁸²⁷ zu prüfen, ob die durch den Eingriff hervorgerufene Beschränkung die Berufsausübung oder die Berufswahl (subjektiv oder objektiv) betrifft. Ein rechtswidriger Zuschlag ohne Rechtsschutzmöglichkeiten hat jedoch weder Einfluss auf die subjektive noch auf die objektive Berufswahl, weil es nicht um die Wahl des Berufes, sondern die Ausübung und Durchführung desselben geht. Berufsausübungsbeschränkungen erfahren aber eine relativ großzügige Verhältnismäßigkeitsprüfung. Hier führt jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls zur Legitimation des Eingriffes⁸²⁸. Bei einer derartig großzügigen Kontrolle sind aber die Überlegungen des Gesetzgebers zur Zweiteilung des Vergaberechtsschutzes im Hinblick auf die Verfahrensökonomie ebenso wie bei der Prüfung der Rechtfertigung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG⁸²⁹ als vernünftig und keinesfalls willkürlich zu bezeichnen, sodass der Eingriff gerechtfertigt ist.

d) **Zwischenergebnis**

Zwar kann der Überlegung des Bundesverfassungsgerichtes im Hinblick darauf, dass der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG schon gar nicht eröffnet sein soll, nicht

⁸²⁴ So auch Sauer/Hollands, NZBau 2006, 763 (766); Ruhland, VergabeR 2006, 731 (732, 736); Lösch, VergabeR 2006, 298 (300).

⁸²⁵ Pietzcker, NZBau 2003, 242.

⁸²⁶ So auch Knöbl, S. 44 (für den Fall der sog. "Auftragssperre"); a. A. Krebner, S. 65.

⁸²⁷ BVerfGE 25, 1 (11).

⁸²⁸ BVerfGE 70, 1 (28); 78, 155 (162); 95, 173 (183).

⁸²⁹ Vgl. oben, b).

uneingeschränkt gefolgt werden. Jedenfalls ist aber selbst bei Annahme der Eröffnung des Schutzbereiches der Eingriff verfassungsgemäß.

3. Gebot effektiven Rechtsschutzes, Art. 19 Abs. 4 GG

Allerdings könnte durch die Zweiteilung des vergabespezifischen Rechtsschutzes die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG verletzt sein.

a) Schutzbereich

Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG hat das Ziel, dem Einzelnen gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt, gegen Verletzungen subjektiver Rechte, einen möglichst lückenlosen und effektiven gerichtlichen Schutz zu gewährleisten⁸³⁰.

Der Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 GG ist aber nur eröffnet, wenn die Verletzung durch öffentlich-rechtliches, d. h. hoheitliches oder schlichthoheitliches Handeln erfolgt⁸³¹. Das Bundesverfassungsgericht und die überwiegende Literatur gehen bei der Auslegung des Begriffes „öffentliche Gewalt“ dabei von einer engen Auslegung aus, wonach sich öffentliche Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG nur auf die vollziehende Gewalt erstreckt⁸³². Dies gilt zumindest in den Fällen, in welchen der allgemeine Justizgewährungsanspruch einen Rechtsschutz entfaltet⁸³³. Öffentliche Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG umfasst daher weder die Gesetzgebung noch die Rechtsprechung. Auch Verletzungen, die einem Rechtsinhaber von privater Seite zugefügt werden, sind von der Rechtsschutzgarantie nicht erfasst⁸³⁴.

Nachdem die öffentliche Hand bei der Auftragsvergabe aber privatrechtlich handelt⁸³⁵, stellt sich zuvorderst die Frage, ob Art. 19 Abs. 4 GG überhaupt für die Auftragsvergabe der öffentlichen Hand gilt, ob also die Auftragsvergabe öffentliche Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG darstellen kann. Das Bundesverfassungsgericht⁸³⁶ lehnt eine Eröffnung des Schutzbereiches mit der Begründung ab, dass die

⁸³⁰ Schmidt-Bleibtreu, Art. 19, Rdn. 16; BVerfG, Beschluss vom 23.06.2006, 1 BvR 2530/07, Absatz-Nr. 23.

⁸³¹ BVerfG, Beschluss vom 23.06.2006, 1 BvR 2530/07, BVerfG, Beschluss vom 18.07.2005, 2 BvR 2236/04; Pietzcker, NJW 2005, 2882; Widmann, S. 211.

⁸³² BVerfGE 107, 395 (403); 106, 275 (280); Pieroth/Hartmann, NJW 2000, 2129 (2133); a. A. Huber in v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 Abs. 4 und Rdn. 445.

⁸³³ BVerfGE 107, 395 (404).

⁸³⁴ V. Mangoldt/Klein, Art. 19, Rdn. 429; Pietzcker, Zweiteilung, S. 54; Dörr, DÖV 2001, 1014 (1015).

⁸³⁵ Vgl. oben, C.II.1.d).

⁸³⁶ BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03.

öffentliche Hand im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe als Nachfrager am Markt auftritt und sich damit nicht grundlegend von den übrigen Marktteilnehmern unterscheidet. In der Literatur wurde demgegenüber vermehrt die Auffassung vertreten, dass auch das verwaltungsprivatrechtliche und fiskalische Handeln der Verwaltung in den Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 GG einbezogen sein muss⁸³⁷. Begründet wird dies unter anderem damit, dass die öffentliche Auftragsvergabe lenkend und zielgerichtet in die Wirtschaft einwirkt⁸³⁸. Dieses Argument begegnet aber Bedenken. Es ist gerade nicht Sinn und Zweck der öffentlichen Ausschreibung, lenkend in die Wirtschaft einzugreifen. Bereits die Tatsache, dass das Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte dem GWB, d. h. dem Wettbewerbsrecht zugeordnet ist und gemäß § 97 Abs. 1 GWB der öffentlichen Hand eine Auftragsvergabe nach den „Vorschriften im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren“ auferlegt wird, zeigt, dass die öffentliche Hand nicht lenkend in den Wettbewerb eingreift. Die öffentliche Hand nutzt den Wettbewerb und wird Teil desselben. Auch unterhalb der Schwellenwerte besteht gemäß § 30 HGrG bzw. § 55 BHO die (interne) Verpflichtung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sowie einer Anwendung der Vergabe Grundsätze bei der Vergabe der öffentlichen Hand⁸³⁹. Das heißt, die gesetzlich normierten Vergabeverpflichtungen zielen sowohl oberhalb als auch unterhalb der Schwellenwerte nicht auf eine Lenkung der Wirtschaft ab. Vielmehr verpflichten sie zu einer Beteiligung der öffentlichen Hand am Wettbewerb. Diese durch Gesetz auferlegte und geforderte Gleichrangigkeit ist keine Grundlage für Akte der öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG⁸⁴⁰. Eine Lenkung der Wirtschaft kann allenfalls dann angenommen werden, wenn durch die öffentliche Hand, sei es durch monopolistische Ausgestaltung oder in sonstiger Weise, ein Verdrängungswettbewerb betrieben würde. Art. 19 Abs. 4 GG soll nämlich Rechtsschutz dort gewähren, wo der Einzelne und der Staat in einem Verhältnis typischer Abhängigkeit und Unterordnung stehen⁸⁴¹. Selbst in diesem Fall ist aber ein Rückgriff auf Art. 19 Abs. 4 GG nicht zwingend erforderlich, weil der allgemeine Justizgewährungsanspruch gemäß Art. 20 Abs. 3 GG diese Fälle erfassen würde. Die Eröffnung des Art. 19 Abs. 4 GG

⁸³⁷ Huber in v. Mangoldt/Klein, Art. 19, Rdn. 436; Dörr, DÖV 2001, 1014 (1015); Grundmann, S. 66; Noch, Diss., S. 90.

⁸³⁸ Grundmann, S. 66.

⁸³⁹ Vgl. oben, C.II.1.c.bb)(b)(2).

⁸⁴⁰ So wohl auch Pietzcker, S. 56.

⁸⁴¹ BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03.

würde erfordern, dass sich die öffentliche Hand generell von den Grundsätzen des Wettbewerbes sowie der Vergabe und Wirtschaftlichkeit abwendet, was in Anbetracht der bestehenden gesetzlichen Regelungen nur durch eine Veränderung derselben erfolgen könnte, weil die mit dem Verhältnis der Abhängigkeit und Unterordnung verbundenen Gefahren der Einwirkung des Staates ein besonderes Bedürfnis des Einzelnen an gerichtlichem Schutz hervorrufen⁸⁴². Hierbei kommt es aber nicht auf einzelne Verstöße, sondern auf die aus einem typisierten Unterordnungsverhältnis hervorgerufene Risikolage an.

b) Zwischenergebnis

Entgegen der vereinzelt Rechtsprechung und Literatur⁸⁴³ ist bei der Vergabe öffentlicher Aufträge der Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 GG nicht eröffnet⁸⁴⁴.

4. Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG

Ein verfassungsrechtlich relevanter Verstoß könnte aber gegen den in Art. 20 Abs. 3 GG verbürgten allgemeinen Justizgewährungsanspruch vorliegen.

a) Schutzbereich

Der sich aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG ergebende allgemeine Justizgewährungsanspruch⁸⁴⁵ soll in allen Fällen, die nicht von Art. 19 Abs. 4 GG erfasst werden, dem Einzelnen einen ebenso wirksamen Rechtsschutz gewähren⁸⁴⁶. Im Kernbereich unterscheiden sich die Rechtsweggarantie gemäß Art. 19 Abs. 4 GG und der allgemeine Justizgewährungsanspruch gemäß Art. 20 Abs. 3 GG nicht, jedoch im Anwendungsbereich⁸⁴⁷. Nachdem Art. 19 Abs. 4 GG ausdrücklich (nur) Rechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt gewähren soll, erfasst der allgemeine Justizgewährungsanspruch auch bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten⁸⁴⁸. Dabei muss ein wirksamer Rechtsschutz grundsätzlich gewährleisten, dass eine umfassende rechtliche Prüfung des Streitgegenstandes und eine verbindliche Entscheidung durch einen

⁸⁴² BVerfG, ebenda.

⁸⁴³ Dörr, DÖV 2001, 1014 (1019); Huber in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Band 1, Art. 19, Rdn. 226; Bungenberg, S. 256; OVG Sachsen, Beschluss vom 13.04.2006, 2 E 270/05.

⁸⁴⁴ Ebenso Pietzcker, Zweiteilung, S. 56; Widmann, S. 211.

⁸⁴⁵ BVerfGE 46, 17 (28); 54, 277 (277).

⁸⁴⁶ BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03.

⁸⁴⁷ BVerfGE, 107, 395 (403).

⁸⁴⁸ Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 20 Rdn. 21; BVerfGE 74, 228 (234); 82, 126 (155); 107, 395 (407).

Richter ermöglicht werden⁸⁴⁹. Allerdings wird durch das Rechtsstaatsprinzip bspw. nicht garantiert, dass gegen jede richterliche Entscheidung ein Rechtsmittel eröffnet ist oder der Rechtsweg in allen Zweigen einen Instanzenzug hat⁸⁵⁰.

b) Eingriff

Auch für einen etwaigen Eingriff in den allgemeinen Justizgewährungsanspruch gemäß Art. 20 Abs. 3 GG kommt es in erster Linie darauf an, ob ein subjektives Recht des Bieters verletzt ist⁸⁵¹. Dieses subjektive Recht wird dabei nicht durch Art. 20 Abs. 3 GG selbst gewährt, sondern ist diesem vorausgesetzt und muss sich aus dem jeweiligen materiellen Recht ergeben. Hierzu sind insbesondere die (materiellen) Grundrechte zu zählen. Als subjektives Recht kann dabei einerseits Art. 12 GG in Frage kommen, weil dessen Schutzbereich, zumindest in solchen Fällen, in denen die öffentliche Hand gänzlich ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens Aufträge erteilt, eröffnet ist.⁸⁵² Außerdem enthält Art. 3 Abs. 1 GG ein subjektives Recht des Bieters auf Gleichbehandlung, wie es regelmäßig bereits auf eine Selbstbindung der Verwaltung im Hinblick auf die Anwendung der VOB/A und damit eines einheitlichen und diskriminierungsfreien Verfahrens zurückzuführen ist⁸⁵³.

Fraglich ist aber, ob in dem Umstand, dass sich die gerichtliche Kontrolle (mit Ausnahme der wenigen Möglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes⁸⁵⁴) auf den Bereich des Sekundärrechtsschutzes beschränkt, ein Eingriff, also eine Verletzung des Schutzbereiches des allgemeinen Justizgewährungsanspruches gemäß Art. 20 Abs. 3 GG liegt. Zwar umfasst der allgemeine Justizgewährungsanspruch die Forderung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes, was den Anspruch auf Zugang zu den Gerichten und auch eine umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstandes und eine verbindliche Entscheidung durch einen Richter umfasst⁸⁵⁵. Dies schließt aber nicht aus, dass Zugangsvoraussetzungen⁸⁵⁶ oder Einschränkungen im

⁸⁴⁹ BVerfGE 54, 277 (291); 107, 395 (401).

⁸⁵⁰ BVerfGE 4, 74 (94); 4, 387 (411); 6, 12 (12); 9, 223 (230); 11, 232 (233); 54, 173 (191); 83, 24 (31).

⁸⁵¹ BVerfG, Beschluss vom 23.05.2006, 1 BvR 2530/07; BVerfGE 113, 273 (310); 83, 182 (194); 27, 297 (305).

⁸⁵² Vgl. oben, 2.a).

⁸⁵³ OLG Hamm, Urteil vom 12.02.2008, 4 U 190/07.

⁸⁵⁴ Vgl. oben, C.2.a)cc).

⁸⁵⁵ Vgl. oben, a).

⁸⁵⁶ BVerfGE 10, 264 (268); 85, 337 (345).

Instanzenzug⁸⁵⁷ normiert werden. Diese Ausgestaltung obliegt dem Ermessen des Gesetzgebers und ist erst dann überschritten, wenn der Rechtssuchende unverhältnismäßig durch die Ausgestaltung belastet bzw. sein Rechtsschutz unzumutbar erschwert wird⁸⁵⁸.

Unterhalb der Schwellenwerte ist für einen Bieter der Zivilrechtsweg eröffnet⁸⁵⁹. Insoweit liegen auch prozessual keine Erschwernisse für die gerichtliche Kontrolle vor. Das heißt, bei Vernachlässigung der Tatsache, dass es keine vergabespezifischen Anspruchsgrundlagen oder Verfahrensregelungen gibt, ist jedem Bieter der Zugang zum Gericht eröffnet. Hinzu kommt, dass auch bei der Prüfung eines Schadensersatzanspruches grundsätzlich die diesbezüglichen Voraussetzungen, d. h. insbesondere die Verletzung der Rechte des Bieters, mit geprüft werden müssen⁸⁶⁰. Das oben dargestellte praktische Problem⁸⁶¹, dass der Bieter einer erheblichen und fast nicht realisierbaren Vortrags- und Beweislast unterliegt, besteht im Rahmen des Zivilprozesses (im Gegensatz zum Verwaltungsgerichtsprozess, bei welchem der Amtsermittlungsgrundsatz vorherrscht) generell⁸⁶². Damit ist ein Bieter grundsätzlich nicht anders gestellt als jeder andere Rechtsschutzsuchende im Zivilrechtsweg, was dafür spricht, dass kein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 20 Abs. 3 GG vorliegt⁸⁶³. Allerdings ist der allgemeine Justizgewährungsanspruch auch dadurch geprägt, dass der Rechtssuchende weitestgehend davor geschützt werden muss, dass durch endgültige Maßnahmen Tatsachen geschaffen werden, die nicht mehr rückgängig gemacht werden können⁸⁶⁴. Jedoch ist der Umfang des allgemeinen Justizgewährungsanspruches keine absolute Größe und orientiert sich an den widerstreitenden Interessen⁸⁶⁵, wobei auch kein Anspruch auf ein Maximum an Individualrechtsschutz besteht⁸⁶⁶. Bedenken bestehen daher vor allem dahingehend, dass zusätzlich zur Problematik

⁸⁵⁷ BVerfGE 4, 74 (95); 11, 232 (233).

⁸⁵⁸ BVerfGE 10, 264 (268); 88, 118 (124).

⁸⁵⁹ Vgl. oben, C.II.1.ff).

⁸⁶⁰ A. A. Braun, VergabeR 2007, 17 (22), der für eine umfassende Prüfung den primären Rechtsschutz voraussetzt und dabei davon ausgeht, dass das rechtswidrige Handeln zwingend verhindert werden muss.

⁸⁶¹ Vgl. oben C.II.2.dd).

⁸⁶² Dies ist bereits am Beispiel einer "non-liquet"-Entscheidung erkennbar. Hier verliert der Beweisführer allein aus dem formellen Grund, weil er den Beweis nicht führen konnte.

⁸⁶³ So auch Pietzcker, NJW 2005, 2881 (2884).

⁸⁶⁴ BVerfGE 116, 135 (156), m. w. Nw. zu Art. 19 Abs. 4 GG.

⁸⁶⁵ BVerfGE 116, 135 (156); Huber in v. Mangoldt/Klein, Art. 19, Rdn. 436; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 19, Rdn. 18a.

⁸⁶⁶ Noch, Diss., S. 65.

der zivilgerichtlichen Vortrags- und Beweislast einerseits ein Zuschlag praktisch nur in den seltensten Fällen verhindert werden kann⁸⁶⁷ und insoweit allenfalls von einer theoretischen Möglichkeit der Einflussnahme gesprochen werden kann⁸⁶⁸. Andererseits beschränkt ein erfolgter Zuschlag eine gerichtliche Kontrolle auf Schadensersatz, weil die Zuschlagserteilung irreversibel ist⁸⁶⁹. Der allgemeine Justizgewährungsanspruch gemäß Art. 20 Abs. 3 GG könnte daher bereits dadurch verletzt sein, dass der Bieter keine Information über die bevorstehende Zuschlagsentscheidung erhält und dadurch gar nicht in der Lage ist, um primären Rechtsschutz nachzusehen. Hierfür spricht, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 19.09.1989⁸⁷⁰ für ein beamtenrechtliches Konkurrentenverhältnis entschieden hat, dass ein unterlegener Bewerber in einer für die Ergreifung von Rechtsschutz ausreichenden Zeitspanne vor der Ernennung vom Ausgang des Auswahlverfahrens Kenntnis erlangen muss, weil die Rückgängigmachung falscher Entscheidungen in Beamtenstreitigkeiten nicht möglich ist⁸⁷¹. Auf den ersten Blick handelt es sich um eine übertragbare Entscheidung, weil dem auch die Vergabesituation ähnelt.⁸⁷² Hierauf lässt grundsätzlich ebenfalls die oberhalb der Schwellenwerte bestehende gesetzliche Regelung des § 13 VgV schließen, wonach die Bieter spätestens 14 Kalendertage vor Vertragsschluss über den Bieter, dessen Angebot bezuschlagt werden soll, sowie über den Grund der Nichtberücksichtigung des eigenen Angebotes informiert werden müssen. Unterhalb der Schwellenwerte existiert ein derartiges Informationsgebot lediglich in § 19 VOB/A (§ 27 VOB/A 2006)⁸⁷³, welcher aber gemäß Abs. 1 Satz 1 nur für solche Bieter, deren Angebote ausgeschlossen werden oder nicht in die engere Auswahl gelangen, eine unverzügliche, d. h. vor der Zuschlagsentscheidung abzugebende Information vorsieht. Die Bieter, welche in die engere Wahl der Zuschlagsentscheidung fallen, für die also auch in der Praxis die Rechtsschutzmöglichkeit bestehen muss, sollen dagegen gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 VOB/A (§ 27 Nr. 1 Satz 2 VOB/A 2006) erst nach dem Zuschlag informiert werden.

⁸⁶⁷ Vgl. oben, C.II.2.

⁸⁶⁸ So auch BVerfGE 116, 135 (156).

⁸⁶⁹ BGH, NJW 2001, 1492 (1494); Weyand, Online-Kommentar; § 104 GWB, 13.2.1.2.1, Rdn. 1538; Prieß/Niestedt, S. 42.

⁸⁷⁰ BVerfG, NJW 1990, 501 (501).

⁸⁷¹ Losch, VergabeR 2006, 298 (305).

⁸⁷² Losch, ebenda.

⁸⁷³ Eine Ausnahme hierzu ist § 9 SächsVergabeDVO, welcher eine Informationspflicht ab 150.000 EUR Auftragswert vorsieht.

Allerdings weist das beamtenrechtliche Konkurrentenverhältnis auch wesentliche Unterschiede auf. Einerseits ist der Anspruch auf Information Teil der Gewährleistung der in Art. 33 Abs. 2 GG verankerten beamtenrechtlichen Verfassungsgarantie.⁸⁷⁴ Andererseits kann bei einem beamtenrechtlichen Konkurrenzverhältnis auch davon ausgegangen werden, dass hier ohne die Ermöglichung vorherigen Rechtsschutzes eine grundlegende Einflussnahme auf die Person des Konkurrenten selbst sowie dessen zukünftige berufliche Entwicklung erfolgt, die dann nicht mehr verändert werden kann⁸⁷⁵. Hier wäre ein finanzieller Ausgleich weder angemessen noch ist eine berufliche Entwicklung vollumfänglich durch Geld bewertungsfähig. Regelmäßig tritt bei einer Beförderung zwar als finanzielle Komponente eine Erhöhung der Bezüge ein, welche finanziell ausgeglichen werden kann. Die Problematik stellt sich aber bereits bei der exakten Bestimmung der Dauer der entgangenen Bezüge für die Bewertung der finanziellen Ausgleichsansprüche. Hinzu kommt vor allem, dass mit einer Beförderung regelmäßig auch erhebliche subjektive Faktoren einhergehen, wie bspw. Ansehen und Prestige. Solche Faktoren sind finanziell kaum bewertbar, aber im Rahmen eines beamtenrechtlichen Konkurrenzverhältnisses im Hinblick auf die persönliche und berufliche Entwicklung des Beamten von erheblicher Bedeutung.

Bei einem Konkurrenzverhältnis im Rahmen eines Bieterverhältnis zur Erlangung eines Auftrages für die Erbringung von Bauleistungen sind demgegenüber Interessen in aller Regel auf den finanziellen Aspekt beschränkt⁸⁷⁶.

Hierbei muss auch berücksichtigt werden, dass Vergaben von Bauaufträgen unterhalb der Schwellenwerte fast täglich und vielfach bundesweit von Behörden erfolgen, was sich bereits aus den hohen Ausgaben von jährlich 250 Mrd. EURO erschließt. Demgegenüber dürfte im Vergleich die Besetzung einzelner Beamtenstellen bzw. auch die Beamtenernennung eher als selten einzuordnen sein, weshalb eine Vergleichbarkeit der Situationen nur bedingt möglich ist. Hinzu kommt, dass bei der Ergreifung von Rechtsschutz gegen die Vergabe eines Bauauftrages grundsätzlich notwendigerweise die vollständige Baumaßnahme nicht ausgeführt werden kann, weil der Beginn der Baumaßnahme einen Vertrag voraussetzt und, anders als bei einer Besetzung einer Beamtenstelle, die Tätigkeit auch keinem Stellvertreter bzw.

⁸⁷⁴ Pietzcker, NJW 2005, 2881 (2883).

⁸⁷⁵ Pietzcker, ebenda; Noch, Diss., S. 67.

⁸⁷⁶ Noch, ebenda.

vorübergehenden Bearbeiter übertragen werden kann. Ausgehend vom Umfang der Vergaben würde ein vollumfänglicher vergaberechtlicher Rechtsschutz, d. h. ein Rechtsschutz für jede Vergabe unabhängig vom Auftragswert, zumindest die Gefahr beinhalten, dass die Durchführung der Aufträge für eine erhebliche Zeit behindert wird. Hinzu kämen die Aufwendungen der Verwaltung bspw. für die Benachrichtigung der Bieter, sodass die Wirtschaftlichkeit der Vergabe erheblich beeinträchtigt sein würde⁸⁷⁷.

5. Zwischenergebnis

Im Ergebnis sprechen gute Argumente sowohl für als auch gegen eine Verletzung des Gebotes eines effektiven Rechtsschutzes im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG⁸⁷⁸. Allerdings kann dem Gesetzgeber nicht vorgeworfen werden, dass der ihm zur Abwägung der Interessen zur Verfügung stehende Gestaltungsspielraum verletzt wurde, wenn, ausgehend von der Vielzahl der Vergaben, die Gefahr einer flächendeckenden Behinderung der Abwicklung von Aufträgen sowie die Wirtschaftlichkeit und Effektivität der Ausschreibungsverfahren gegenüber dem finanziellen Interesse des Bieters an der Erteilung des Auftrages und einem hierzu erforderlichen Primärrechtsschutz höher bewertet werden⁸⁷⁹. Dies auch deshalb, da dem Bieter im Rahmen des Schadensersatzes regelmäßig gerade das positive Interesse ersetzt wird, sofern er den Zuschlag bei Einhaltung der Vergabevorschriften erhalten hätte⁸⁸⁰. Das finanzielle Interesse des übergangenen Bieters wird insoweit erfüllt, als er in diesem Fall gerade so gestellt werden muss, wie er stehen würde, wenn er den Auftrag erhalten hätte. Die Tatsache, dass der Bieter häufig keine näheren Informationen über Vergabefehler erhält, ist insbesondere dem nicht geregelten Akteneinsichtsrecht und den "Eigenheiten" des Zivilrechtsweges im Hinblick auf die Vortrags- und Beweislast geschuldet und kann insoweit zu keinem anderen Ergebnis führen. Die praktischen Erwägungen mögen zwar sicherlich einen Bedarf an einem vergabespezifischen Rechtsschutz gebieten⁸⁸¹, hieraus lässt sich aber kein verfassungsrechtlicher Verstoß herleiten. Inso-

⁸⁷⁷ BVerfGE 116, 135 (157).

⁸⁷⁸ So auch Noch, Diss., S. 89 (für Art. 19 Abs. 4 GG).

⁸⁷⁹ Ebenso BVerfGE 116, 135 (158 f.); Gaier, NZBau 2008, 289 (292).

⁸⁸⁰ BGH, VergabeR 2007, 750; LG Leipzig, IBR 2008, 1093.

⁸⁸¹ So auch die Empfehlungen des 1. Deutschen Baugerichtstages, BauR 2006, 1535 (1583), der eine Erstreckung des Rechtsschutzes oberhalb der Schwellenwerte auch auf Unterschwellenvergaben empfiehlt.

weit kann eine Verkürzung des Schutzbereiches des Art. 20 Abs. 3 GG nicht festgestellt werden.

Die derzeitigen gesetzlichen Regelungen, welche einen vergabespezifischen Rechtsschutz nur oberhalb der Schwellenwerte vorsehen und unterhalb der Schwellenwerte den übergangenen Bieter im Ergebnis praktisch nur auf die Geltendmachung von Schadensersatz verweisen, sind verfassungsrechtlich daher nicht zu beanstanden.⁸⁸²

In extremen und offensichtlichen Fällen von Rechtsverletzungen stehen einem übergangenen Bieter die Möglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes zur Verfügung, in allen anderen Fällen kann er Schadensersatz beanspruchen.

6. Notwendigkeit eines unterschwelligen vergabespezifischen Rechtsschutzes

Obwohl verfassungsrechtlich die Zweiteilung des Rechtsschutzes nicht zu beanstanden ist, führt dies nicht automatisch dazu, dass ein vergabespezifischer Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte damit ausgeschlossen oder dies sogar geboten ist. Diese Tatsache besagt lediglich, dass aus dem Verfassungsrecht kein gesetzgeberisches Optimierungsgebot hergeleitet werden kann⁸⁸³.

Die reine Interessenlage ist eindeutig:

Die öffentlichen Auftraggeber lehnen grundsätzlich jede Ausweitung eines Primärrechtsschutzes, insbesondere unter Berufung auf die diesbezüglichen Kosten- und Zeitfolgen, ab⁸⁸⁴. Das Motto für die Vermeidung eines Primärrechtsschutzes ist dabei „Investieren statt prozessieren“.⁸⁸⁵ Die Unternehmen sowie Teile der Rechtsprechung, insbesondere der Vergabekammern, und auch die Anwaltschaft halten eine

⁸⁸² Ebenso Hirschberger, BayVBl. 2007, 741 (743); Spießhofer/Sellmann, VergabeR 2007, 159 (167).

⁸⁸³ Dreher, NZBau 2002, 419 (425).

⁸⁸⁴ Gehrlein, NZBau 2001, 483; Dabringhausen/Sroka, VergabeR 2006, 462 (468), welche die Eilbedürftigkeit bereits daraus ableiten, dass Geldmittel nur saisonal zur Verfügung stehen. Das heißt, die Mittelzuwendung erfolgt innerhalb eines Haushaltsjahres und dort teilweise unter Berücksichtigung freiwerdender Mitteln häufig erst gegen Ende des Haushaltsjahres; Stellungnahme des Deutschen Städte- und Gemeindebundes zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Vergaberechts vom 05.03.2005; Himmelmann, VergabeR 2007, 342 (350); Irmer, ZfBR 2007, 233 (238).

⁸⁸⁵ Pukall, VergabeR 2006, 586 (591).

Ausweitung des Rechtsschutzes für zwingend geboten, was u. a. auch mit der Sicherstellung der sparsamen Verwendung der Steuergelder begründet wird.⁸⁸⁶

Dies bestätigt sich auch im Rahmen der Evaluierungsbemühungen der Bundesregierung zum aktuellen Vergaberecht. Dabei führte diese eine Fragebogenaktion durch, an welcher sich insgesamt 1261 Auftraggeber und Firmen sowie auch Vergabekammern und Verbände beteiligten⁸⁸⁷. Im Rahmen dieser Befragung gaben 55 % der Teilnehmer an, dass sich die Zweiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht bewährt hat, 25 % lehnten die Zweiteilung ab und 20 % enthielten sich der Angaben. Allerdings muss einschränkend berücksichtigt werden, dass 64 % der Teilnehmer der Befragung die Auftraggeberseite vertraten.⁸⁸⁸

Dies deckt sich im Übrigen auch mit den Begründungen im Rahmen der Fragebogenaktion. Die Hauptgründe für den Wunsch nach Beibehaltung der bestehenden Zweiteilung des Rechtsschutzes lagen insbesondere darin, dass bei einer Vereinheitlichung des Rechtsschutzes erhebliche zeitliche Verzögerungen eintreten und sich im Übrigen der Aufwand für die Durchführung der Vergabeverfahren unverhältnismäßig erhöhen würde. Die Befürchtung zur Vergrößerung der Bürokratie im Wettbewerb um einen Auftrag und die zeitliche Verzögerung der Vergabeverfahren stellen also ein Hauptargument der Gegner einer Ausweitung des Rechtsschutzes dar. Andererseits war allerdings gleichfalls festzustellen, dass sich sowohl Auftragsberatungsstellen als auch Anwälte und Bauunternehmen mit einem Anteil von 80 % für eine Ausweitung des Rechtsschutzes aussprachen⁸⁸⁹.

Gegen eine Berücksichtigung ausschließlich der Interessenlage, welche keine klare Lösung bietet, spricht allerdings der Umfang der Vergaben ober- und unterhalb der Schwellenwerte. Allein 95 – 99 % aller Vergaben sind Vergaben unterhalb der Schwellenwerte⁸⁹⁰. Die Ausgaben der kommunalen Haushalte (im Bauwesen) für diese Unterschwellenvergabe bewegen sich beispielsweise in Sachsen bei ca. 60 % der Ausgaben für Bauvergaben, wobei zudem ein Rückgang der Auftragsvergaben

⁸⁸⁶ Irmer, ZfBR 2007, 233 (238).

⁸⁸⁷ Franke, S. 5.

⁸⁸⁸ Franke, S. 57.

⁸⁸⁹ Franke, S. 58.

⁸⁹⁰ Statistische Analyse der öffentlichen Auftragsvergaben Deutschlands, S. 12 f.; Kommunal-Info 9/2009 des Kommunalpolitischen Forum Sachsen e. V., Quelle: <http://www.kommunalforum-sachsen.de/pdf/publikationen/kommunalinfo/kommunalinfo%209-2009.pdf>.

oberhalb der Schwellenwerte und ein Zuwachs von Vergaben unterhalb der Schwellenwerte zu verzeichnen ist. Hier sind in Sachsen folgende Werte festzuhalten:

Auftragsvergaben im Bauwesen in Sachsen				
	Oberhalb der Schwellenwerte		Unterhalb der Schwellenwerte	
	Anzahl	Umfang in € (gesamt)	Anzahl	Umfang in € (gesamt)
Jahr 2004 ⁸⁹¹	675	365.743.000	6.033	210.512.480
Jahr 2005 ⁸⁹²	531	433.506.000	26.926	434.701.914
Jahr 2006 ⁸⁹³	404	447.774.000	32.536	578.058.867
Jahr 2007 ⁸⁹⁴	467	395.080.000	35.927	572.983.436
Jahr 2008 ⁸⁹⁵	431	288.970.000	34.006	383.483.218

Hinzu kommt, dass die Baubetriebe im Wesentlichen eine mangelnde Sachkunde vieler Kommunen und Landkreise bei der Durchführung der Vergabe beklagen.⁸⁹⁶

Nach wie vor werden grundlegende Fehler sowohl auf Bieter- als auch auf Auftraggeberseite festgestellt. So wird eingeschätzt⁸⁹⁷, dass es beispielsweise zu wiederkehrenden Fehlern der Vergabestellen kommt:

- Das wirtschaftlichste Angebot wird nicht berücksichtigt;
- Angebote werden zugelassen, die eigentlich auszuschließen wären;
- Angebote orts- oder regionsansässiger Bieter werden bevorzugt, obwohl diese nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben haben;
- die falsche Vergabeart wird gewählt.

Außerdem ist zu beachten, dass dabei insbesondere unterhalb der Schwellenwerte öffentliche Ausschreibungen umgangen oder intransparente Verfahren gewählt werden.⁸⁹⁸

⁸⁹¹ Oberhalb der Schwellenwerte: Vergabebericht des Freistaates Sachsen für das Jahr 2006, S. 54.

Unterhalb der Schwellenwerte: Vergabebericht des Freistaates Sachsen für das Jahr 2004, S. 4 ff.

⁸⁹² Oberhalb der Schwellenwerte: Vergabebericht des Freistaates Sachsen für das Jahr 2006, S. 54.

Unterhalb der Schwellenwerte: Vergabebericht des Freistaates Sachsen für das Jahr 2005, S. 24 ff.

⁸⁹³ Oberhalb der Schwellenwerte: Vergabebericht des Freistaates Sachsen für das Jahr 2007, S. 44.

Unterhalb der Schwellenwerte: Vergabebericht des Freistaates Sachsen für das Jahr 2006, S. 27 f.

⁸⁹⁴ Oberhalb der Schwellenwerte: Vergabebericht des Freistaates Sachsen für das Jahr 2008, S. 54.

Unterhalb der Schwellenwerte: Vergabebericht des Freistaates Sachsen für das Jahr 2007, S. 28.

⁸⁹⁵ Oberhalb der Schwellenwerte: Vergabebericht des Freistaates Sachsen für das Jahr 2009, Anhang II.

Unterhalb der Schwellenwerte: Vergabebericht des Freistaates Sachsen für das Jahr 2008, S. 22.

⁸⁹⁶ Artikel „Mangelnde Sachkunde bei Vergabe von Bauaufträgen“, Quelle: <http://www.naumburger-tageblatt.de/artikel?id=1274514579884> (06.06.2010).

⁸⁹⁷ Vergabebericht des Freistaates Sachsen für das Jahr 2005, S. 31; so auch Balensiefen/Raiber, VergabeR 2005, 305 (305); Braun, SächsVBl. 2008, 67 (67).

⁸⁹⁸ Braun, SächsVBl. 2008, 67 (68).

Neben reinen Ausschreibungsfehlern, d. h. Fehlern bei der Erstellung der Vergabeunterlagen, betreffen gerade die vorgenannten Fehler die Bewertung der Angebote, also den wesentlichsten Abschnitt und Aufgabenbereich des öffentlichen Auftraggebers.

Die Fehler der Auftraggeberseite in einem gravierenden Bereich der Auftragsvergabe sollen insoweit im Interesse an einer schnellen unbürokratischen Auftragsvergabe vorerst unberücksichtigt bleiben. Andererseits führen Fehler der Bieter⁸⁹⁹, wie bspw. Veränderungen der Verdingungsunterlagen, Unvollständigkeit der Angebote, zur sofortigen Konsequenz, nämlich zum sofortigen Ausschluss⁹⁰⁰.

Die überwiegende Meinung der Auftraggeberseite, dass nur eine Aufrechterhaltung der Zweiteilung und damit eine Nichtgewährung eines Primärrechtsschutzes die Effektivität und Wirtschaftlichkeit des Vergabeverfahrens gewährleisten kann, hat damit zur Folge, dass trotz der hohen Anzahl und Auftragswerte der unterschweligen Vergaben einseitig die Auftraggeberinteressen unter Vernachlässigung eigener Fehler berücksichtigt werden. Gerade die festgestellten Fehler der Vergabestellen haben aber unmittelbar die Nichtgewährleistung des fairen Verfahrens zur Folge. Insbesondere die vehemente Forderung der öffentlichen Auftraggeber zur Aufrechterhaltung der derzeitigen Rechtsschutzsituation legt die Vermutung nahe, dass die öffentliche Auftraggeberseite selbst von erheblichen eigenen Fehlern in Vergabeverfahren ausgeht und deshalb auch eine gerichtliche Überprüfung und Einschaltung von Kontrollmechanismen scheut.⁹⁰¹

Es darf auch nicht übersehen werden, dass häufig die aufsichtliche Kontrolle versagt und auch wenig Bestrebungen der Vergabestellen erkennbar sind, auf eine bessere Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu achten.⁹⁰² Hinzu kommt, dass durch die geringere Kontrollmöglichkeit und den fehlenden praktikablen primären Rechtsschutz Korruption unterhalb der Schwellenwerte erheblich begünstigt wird.⁹⁰³

⁸⁹⁹ Vergabebericht des Freistaates Sachsen für das Jahr 2005, S. 32.

⁹⁰⁰ Vgl. u. a. VK Bund, Beschluss vom 08.02.2008, VK 3-29/08; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 30.04.2008, 1 VK 12/08.

⁹⁰¹ Krist/Kutzscher, VergabeR 2006, 823 (829).

⁹⁰² Stellungnahme des Deutschen Industrie- und Handelskammertag vom 02.03.2005 an das BVerfG im Verfahren 1 BvR 1160/03.

⁹⁰³ Gabriel, VergabeR 2006, 173 (178).

Verfassungsrechtlich mag insoweit die bestehende Zweiteilung nicht zu beanstanden sein⁹⁰⁴. Das Verfassungsrecht ist aber lediglich der Rahmen und Maßstab für Gesetze, keinesfalls jedoch der alleinige Auslöser. Sowohl der Umfang der Vergaben unterhalb der Schwellenwerte als auch die möglichen grundlegenden Fehler der Vergabestellen rechtfertigen nicht ein vorrangiges Berücksichtigen der Interessen der einen Seite – der Vergabestelle – an einem zügigen, (aber eventuell) fehlerhaften Vergabeverfahren. Dies widerspricht auch der gesetzlichen Vorgabe für unterschwellige Vergaben zur sparsamen und wirtschaftlichen Mittelverwendung. Allein der hohe Anteil der Vergaben unterhalb der Schwellenwerte macht einen vergabespezifischen Rechtsschutz wünschenswert⁹⁰⁵ und auch rechtspolitisch erforderlich⁹⁰⁶. Gerade der Umstand, dass ein Bieter unterhalb der Schwellenwerte nur auf Schadensersatz verwiesen wird, ist Anlass zu Frustrationen bei den potenziellen Auftragnehmern. Es geht dem Bieter nicht um Schadensersatz, sondern um Zuschlagserteilung für den Auftrag⁹⁰⁷, also um die Arbeit als solche. Hinzu kommt, dass sich Bieter im Allgemeinen wegen der Befürchtung von Diskriminierung bei zukünftigen Vergaben mit Rechtsschutz sehr schwer tun⁹⁰⁸, was bei einem prozessual eher schwierig durchzusetzenden Schadensersatzanspruch sicherlich noch verstärkt werden dürfte. Berücksichtigt man noch, dass durch ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren Wettbewerb geschaffen wird⁹⁰⁹, gewährleistet Rechtsschutz hier gerade das ordnungsgemäße Verfahren und stärkt damit den Wettbewerb mit dem Ergebnis einer wirtschaftlichen Mittelverwendung. Andererseits kann dieses Resultat entgegen Broß⁹¹⁰ gerade nicht dadurch erreicht werden, dass der vorhandene Rechtsschutz ausgeschöpft wird. Die vorhandenen Rechtsschutzmöglichkeiten sind nicht praktikabel⁹¹¹. Effektiver Rechtsschutz kann dabei nur zeitlich vor der Zuschlagserteilung erreicht werden⁹¹², sodass grundsätzlich die Forderung der überwiegenden Literatur und Rechtsprechung nach einem vergabespezifischen Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte berechtigt

⁹⁰⁴ Vgl. oben, II.5.

⁹⁰⁵ Latotzky/Janz, VergabeR 2007, 438 (445).

⁹⁰⁶ Leinemann 2010, 654; Dreher, NZBau 2002, 419 (421); Hirschberger, BayVBl. 2007, 741 (744); Latotzky/Janz, VergabeR 2007, 438 (445); Sauer/Hollands, NZBau 2006, 763 (767).

⁹⁰⁷ Gast, S. 17; Hoffer/Schmölz, RPA 2002, 281 (281); Pietzcker, NVwZ 1983, 121 (124).

⁹⁰⁸ Müller-Stoy, WRP 2006, 330 (331); Pietzcker, NJW 2006, 2881 (2881).

⁹⁰⁹ Vgl. oben, D.II.2.b).

⁹¹⁰ So auch Pietzcker, NJW 2005, 2881 (2884); Broß, Neunte Badenweiler Gespräche, Schriftenreihe forum vergabe e. V., Heft 19.

⁹¹¹ Vgl. oben, C.II.2.a).

⁹¹² Frenz, EuZW 2006, 748 (752).

ist⁹¹³. Insbesondere sind gewisse Verzögerungen durch den Rechtsschutz hinnehmbar⁹¹⁴ und im Übrigen auch planbar. Die unterschiedliche Interessenlage zwischen Bieter und Vergabestelle kann dabei bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes berücksichtigt werden⁹¹⁵.

III. Möglichkeiten zur Entwicklung eines vergabespezifischen Rechtsschutzes

Wenn Literatur und Rechtsprechung relativ einhellig nach einem vergabespezifischen Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte rufen, stellt sich allerdings die Frage, ob, wie und vor allem durch wen dieser auszugestaltet ist. Diese Frage stellt sich insbesondere auch, weil im Rahmen der derzeitigen Novellierung des Vergaberechtes der Bundesgesetzgeber an seiner bisherigen Entscheidung festhält, keinen diesbezüglichen Vergaberechtsschutz bereitzustellen⁹¹⁶. Zwar hat die im Jahr 2009 eingegangene Koalition zwischen CDU/CSU und FDP in ihrem Koalitionsvertrag angekündigt, die Transparenz bei Vergaben im Unterschwellenbereich zu erhöhen, was auch einen wirksamen Rechtsschutz mit einschließen soll⁹¹⁷. Details zu diesen künftigen Regelungen sind aber noch nicht bekannt. Wie ein Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte aussehen könnte, wurde auch im Rahmen der Evaluierung von den dort Beteiligten abgefragt, allerdings überwiegend nicht beantwortet. Lediglich 20 % der Befragten machten dazu Angaben, wobei einerseits eine generelle Ausdehnung des bestehenden Rechtsschutzes oberhalb der Schwellenwerte, andererseits ein vereinfachter Rechtsschutz mit kürzeren Fristen und eine Beschränkung auf eine Instanz vorgeschlagen wurden. Klare Tendenzen wurden nicht erkennbar⁹¹⁸.

1. Möglicher Umfang eines vergabespezifischen Rechtsschutzes

Soweit ein vergabespezifischer Rechtsschutz gewährleistet werden soll, stellt sich allerdings die Frage, ob dies in dem gleichen Umfang wie oberhalb der Schwellen-

⁹¹³ A. A. Darbringhausen/Sronka, VergabeR 2006, 462 (473), welche dies mit der Notwendigkeit einer effektiven Auftragsvergabe rechtfertigen wollen.

⁹¹⁴ Brüggem/Schmid, S. 17.

⁹¹⁵ Irmer, VergabeR 2006, 308 (318); Widmann, S. 214; Latotzky/Janz, VergabeR 2007, 438 (446).

⁹¹⁶ In BT-Drs. 349/08, S. 22, wird ausdrücklich erklärt, dass ein Anspruch des Unternehmers entsprechend § 97 Abs. 7 GWB, wonach „der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält“, unterhalb der Schwellenwerte nicht existiert und nur Haushaltsrecht zählt.

⁹¹⁷ Koalitionsvertrag der CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, Seite 17, Quelle: <http://www.cdu.de/doc/pdfc/091026-koalitionsvertrag-cducsu-fdp.pdf>.

⁹¹⁸ Franke, S. 65.

werte erfolgen muss. Diesbezüglich gehen auch die Meinungen in der Literatur weit auseinander. Während beispielsweise Pietzcker⁹¹⁹ davon ausgeht, dass bei einer Realisierung eines vergabespezifischen Primärrechtsschutzes zwingend eine einheitliche Ausgestaltung des Primärrechtsschutzes ober- und unterhalb der Schwellenwerte erfolgen muss⁹²⁰, wird wohl eher überwiegend von einer gewissen Abstufung für den Unterschwellenbereich entweder durch eine nur teilweise Senkung der Schwellenwerte⁹²¹ oder eine Einschränkung im Rechtsschutzsystem⁹²² bzw. eine Beschränkung der anfechtbaren Vergabehandlungen nach dem Vorbild der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen⁹²³ des österreichischen BVergG⁹²⁴ ausgegangen. Die nachfolgenden Ausführungen sollen untersuchen, ob die generelle Ausweitung des überschwelligen Primärrechtsschutzes auf den Unterschwellenbereich sinnvoll oder gar geboten ist.

a) **Gerichtlicher Rechtsschutz vs. Vergabeschlichtung**

Die Nachteile des Primärrechtsschutzes gegen fehlerhafte Vergabeentscheidungen vor den ordentlichen Gerichten⁹²⁵ gehen einher mit einer in der Praxis verbreiteten Furcht der Auftragnehmer, durch (streitige) gerichtliche Verfahren den öffentlichen Auftraggeber dauerhaft zu "verprellen"⁹²⁶.

In Anbetracht derartiger Überlegungen könnte auch der Gedanke aufkommen, statt einer streitigen Primärrechtsschutzmöglichkeit eine außergerichtliche Schlichtungsmöglichkeit, bspw. durch eine Vergabeschlichtungsstelle bei den Vergabekammern⁹²⁷ oder die Inanspruchnahme externer Schlichter auf der Grundlage der Schlichtungs- und Schiedsordnung für Baustreitigkeiten (SOBau)⁹²⁸, zur Verfügung zu stellen. Eine derartige Schlichtungsmöglichkeit ist der VOB nicht fremd. So kann der Auftragnehmer bei Meinungsverschiedenheiten im Rahmen der Vertragsdurch-

⁹¹⁹ Pietzcker, NJW 2005, 2881 (2884) verlangt ein „Endweder – Oder“ im Sinne von ganz oder gar nicht.

⁹²⁰ Dreher, NZBau 2002, 419, empfiehlt lediglich die Einführung einer Bagatellgrenze von 12.500,00 EUR; ebenso Irmer, ZfBR 2007, 233 (243).

⁹²¹ Irmer, VergabeR 2006, 308 (318).

⁹²² Latotzky/Janz, VergabeR 2007, 438 (445); Irmer, ZfBR 2007, 233 (244).

⁹²³ Vgl. oben, Exkurs Vergaberecht in Österreich, II.2.b)cc).

⁹²⁴ Freise, NZBau 2007, 343 (347).

⁹²⁵ Vgl. oben, C.II.2.a)dd).

⁹²⁶ So auch Burgi, VergabeR 2010, 403 (407).

⁹²⁷ Burgi, ebenda.

⁹²⁸ <http://www.arge-baurecht.com/rechtsuchende/sobau/schiedsordnung>.

führung gemäß § 18 Abs. 2 VOB/B fakultativ⁹²⁹ zunächst die unmittelbar vorgesetzte Stelle des jeweiligen Auftraggebers anrufen, welche, nach vorheriger mündlicher Aussprache, binnen 2 Monaten schriftlich die Meinungsverschiedenheit entscheiden soll. Die Konstituierung einer derartigen Vergabeschlichtung würde zumindest die praktischen Ängste der Bieter bezüglich des "Verprellens" des Auftraggebers beseitigen, da eine Schlichtung auf eine einvernehmliche, gemeinsame Streitbeilegung abzielt. Außerdem kann hier auch eine Entlastung der Aufsichtsbehörden und der Gerichte im sekundären Rechtsschutz erwartet werden, weil eine Anrufung beider Institutionen nach einer einvernehmlichen Schlichtungslösung nicht zu erwarten ist⁹³⁰. Bedenken könnten allerdings dahingehend bestehen, dass eine außergerichtliche Schlichtung einerseits allein durch das Erfordernis einer gemeinsamen Schlichtungsverhandlung gegenüber den sonstigen Handlungsmöglichkeiten eines Bieters unterhalb der Schwellenwerte zumindest die Gefahr einer Verzögerung birgt, was den Interessen der Vergabestellen grundlegend zuwiderlaufen würde⁹³¹. Insbesondere bei obligatorischen Verfahren müsste insoweit sichergestellt werden, dass diese eine äußerst schnelle Bearbeitung gewährleisten. Ob dies bei Erfordernis einer mündlichen Schlichtungsverhandlung, auf welcher eine Schlichtung grundlegend beruht, überhaupt in einem berechenbaren Zeitrahmen realisiert werden kann, bleibt fraglich. Eine fakultative Schlichtungsmöglichkeit muss dabei, entgegen Burgi, als nicht praktikabel abgelehnt werden, da eine fakultative Schlichtungsmöglichkeit insbesondere keine Auswirkungen auf das Vergabeverfahren haben kann, sodass die für einen Rechtsschutz erforderliche obligatorische Zuschlagssperre bis zur Klärung der Vorgabestreitigkeit nicht zu Verfügung stehen würde. Wenn der Zuschlag nämlich verhindert werden soll, kann dies nicht durch fakultative Schlichtungsmöglichkeiten erzwungen werden, welche auf freiwilligen Verhaltensweisen der Schlichtungsparteien aufbauen. Die von Burgi vorgeschlagene fakultative Streitbeilegung in Vergabeverfahren hat sich im Übrigen in der Praxis nachgewiesenermaßen nicht bewährt und ist bereits aus diesem Grund abzulehnen. Eine derartige Streitbeilegung in einer fast identischen Konstellation war durch § 159 Abs. 1 BVergG 2002 in Österreich ge-

⁹²⁹ Jousen in Ingenstau/Korbion (2010), § 18 Abs. 2 VOB/B, Rdn. 6.

⁹³⁰ Burgi, VergabeR 2010, 403 (409).

⁹³¹ A. A. Burgi, VergabeR 2010, 403 (410), welcher die Schlichtungsstelle nur als fakultatives Verfahren vorsieht, aus dem sich keinerlei Verzögerungswirkungen ergeben sollen.

schaffen worden⁹³². Durch die Gesetzesänderungen des BVergG 2002 wurde der bis dahin gemäß § 109 ff. BVergG obligatorische Schlichtungscharakter der B-VKK⁹³³ gemäß § 159 Abs. 1 BVergG 2002 in ein fakultatives Schlichtungsverfahren verändert und entfaltete keinerlei praktische Relevanz mehr, sodass die Zahl der Schlichtungsverfahren seit 2002 drastisch zurückging⁹³⁴. Dies war unter anderem auch darauf zurückzuführen, dass die fakultative Schlichtungsmöglichkeit keine Präklusionsfrist enthielt⁹³⁵, was dann auch dazu führte, dass im BVergG 2006 eine derartige Schlichtung nicht mehr vorgesehen war.

Diese Konstellation ist im Übrigen ebenfalls vergleichbar mit der im GWB ursprünglich vorgesehenen Vergabeüberprüfungsstelle, welche gemäß § 103 GWB a. F. keine Zuschlagssperre enthielt und im GWB 2009 wegen fehlender praktischer Relevanz entfiel.

Eine außergerichtliche Streitbeilegung macht insoweit ausschließlich dann Sinn, wenn diese obligatorisch und nicht fakultativ ist, wobei allerdings eine obligatorische Schlichtung aufgrund der zwingend erforderlichen mündlichen Verhandlung für die Beschleunigungserfordernisse im Unterschwellenbereich⁹³⁶ abzulehnen ist. Eine fakultative Streitbeilegungsmöglichkeit dürfte praktisch ebenfalls keine Relevanz haben.

b) Mehrstufiger Rechtsschutz

Nachdem oberhalb der Schwellenwerte neben der durch die Rügepflicht generierten Eigenkontrolle grundsätzlich ein zweistufiger Rechtsschutz besteht⁹³⁷, liegt grundsätzlich der Gedanke nahe, dass dieser Rechtsschutz auch unterhalb der Schwellenwerte gewährleistet wird⁹³⁸.

Allein der gesetzgeberische Aufwand ist dabei als gering zu bezeichnen, weil im Falle einer Gewährleistung desselben Rechtsschutzes auch unterhalb der Schwellen-

⁹³² Vgl. oben, Exkurs Vergaberecht in Österreich, II.2.b)bb).

⁹³³ Vgl. oben, Exkurs Vergaberecht in Österreich, II.1.a)aa).

⁹³⁴ Mecenovic/Ozimid, RPA 2003, 183 (183).

⁹³⁵ Gast, S. 309; Elsner, Rdn. 134, 563.

⁹³⁶ Vgl. oben, II.6.

⁹³⁷ Vgl. oben C.I.1.b).

⁹³⁸ Irmer, VergabeR 2006, 308 (318).

werte allenfalls eine Änderung des § 100 Abs. 1 GWB dahingehend erforderlich wäre, dass die Regeln des 4. Teils des GWB auch für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte gelten sollen. Andererseits besteht keinerlei verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Gewährleistung eines einheitlichen Rechtsschutzes⁹³⁹. Außerdem bedarf eine Änderung des GWB der Mitwirkung des Bundesgesetzgebers, welche aber gerade von diesem nicht gewünscht wird⁹⁴⁰. Darüber hinaus dürfen auch die Überlegungen des Bundesgesetzgebers nicht außer Acht gelassen werden, wonach eine generelle Ausweitung des oberschweligen Primärrechtsschutzes zu einer nicht mehr vertretbaren Verzögerung der Vergabeverfahren führen könnte. Die zeitlichen Auswirkungen eines mehrstufigen Rechtsschutzes würden zwangsläufig dazu führen, dass ebenso wie oberhalb der Schwellenwerte Verzögerungen von durchschnittlich 9 Wochen⁹⁴¹ und Mehrkosten von durchschnittlich 12.000,00 EUR⁹⁴² auftreten würden. Dies mag bei Unterschwellenvergaben im Bereich bspw. über 2 – 3 Mio. EUR hinnehmbar sein. Allerdings sinkt die Hinnehmbarkeitsgrenze mit dem Auftragswert. Insoweit erscheint daher fraglich, ob unterhalb der Schwellenwerte tatsächlich zwingend ein mehrstufiger Rechtsschutz erforderlich sein muss oder ob die jeweiligen Interessen der am Vergabeverfahren beteiligten Parteien eine Abstufung der primären Rechtsschutzmöglichkeiten erfordern.

Geht man von der Tatsache aus, dass ein primärer vergabespezifischer Rechtsschutz im Sinne eines mehrstufigen Rechtsschutzes zeit- und kostenintensiv ist, führt dies dazu, dass die durchzuführenden Baumaßnahmen aufgrund der Verfahrensdauer für die Bieter zeitlich nicht berechenbar werden.

Die Bieter unterliegen während des Vergabeverfahrens gemäß § 19 Nr. 3 VOB/A einer Angebotsbindung, sodass bei längeren Verfahren insbesondere auf kurzfristige Preisänderungen des Marktes nicht reagiert werden kann. So war beispielsweise im Jahr 2004 und 2005 ein extremer Anstieg der Stahlpreise allein zum Vorjahr um 41 % zu verzeichnen⁹⁴³. Auch zwischen Dezember 2003 und April 2004 verteuerte

⁹³⁹ Vgl. oben, II.

⁹⁴⁰ Entwurf der Begründung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, a. a. O., S. 3.

⁹⁴¹ Wanninger/Stolze, S. 32.

⁹⁴² Wanninger/Stolze, S. 40.

⁹⁴³ Statistisches Bundesamt Deutschland, Pressemitteilung Nr. 069 vom 28.02.2005.

sich Stahl durchschnittlich um 16,5 %⁹⁴⁴. Eine ähnliche Entwicklung war im Jahr 2008 bei Kraftstoffen und erneut beim Stahl zu verzeichnen⁹⁴⁵. Gerade durch diese nicht kalkulierbare Preisschwankung lassen Materiallieferanten regelmäßig auch in Anbetracht der Preisentwicklungen keine längere Angebotsbindung zu; erworben wird regelmäßig nur zum Tagespreis. Je länger insoweit das Vergabeverfahren dauert, desto höher ist auch das Preisrisiko des Bieters. Eine Preisanpassung ist aufgrund der Angebotsbindung gemäß § 10 Abs. 7 VOB/A (§ 19 Nr. 3 VOB/A 2006) nicht möglich⁹⁴⁶ und wird frühestens dann gestattet, wenn die Bindefrist durch Verfahrensverzögerungen angepasst werden muss, weil dann Nachtragsforderungen möglich sind⁹⁴⁷.

Insbesondere für die zeitliche Planung der Bieter, wie auch der öffentlichen Auftraggeber, rechtfertigt sich insoweit ein ausführliches mehrstufiges Rechtsschutzverfahren nicht; vor allem bei kleineren Vergaben ist dies nicht mehr tragbar.

Unterhalb der Schwellenwerte rechtfertigen die beiderseitigen Interessen daher entgegen Pietzcker keinen vollwertigen Rechtsschutz, insbesondere nicht in Form eines mehrstufigen Rechtsschutzes im Sinne des GWB⁹⁴⁸. Vielmehr kann ein einstufiger Rechtsschutz ausreichen⁹⁴⁹. Dieser würde die Interessen der Bieter an einer vergabespezifischen Überprüfung dahingehend gewährleisten, dass ein Bieter aufgrund der Überprüfung eine Chance auf Erteilung des Zuschlages erhält und nicht auf Schadensersatz beschränkt wird. Hinzu käme, dass die Fehler der öffentlichen Auftraggeber im Vergabeverfahren minimiert bzw. beseitigt werden, was dem Grundsatz eines fairen Vergabeverfahrens gerecht werden würde. Andererseits ist die Verzögerung durch den Vergaberechtsschutz allein durch die Einstufigkeit eher berechenbar, was noch durch eine Fristgestaltung entsprechend § 113 GWB oder eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung gesteuert werden kann. Außerdem wäre es möglich, Schadensersatzprozesse von der vorherigen Durchführung eines Nachprüfungsver-

⁹⁴⁴ Statistisches Bundesamt Deutschland, Pressemitteilung Nr. 223 vom 17.05.2004.

⁹⁴⁵ Der Stahlpreis stieg innerhalb 1 Monats bis Mai 2008 um 35 %, gegenüber Dezember 2007 um ca. 50 %.

⁹⁴⁶ Ingenstau/Korbion (2010), § 10, Rdn. 41, Eine Lösung von der Bindung ist nur durch Anfechtung möglich.

⁹⁴⁷ BGH, Urteil vom 11.05.2009, VII ZR 11/08, Rdn. 49; BGH, Urteil vom 22.07.2010, VII ZR 129/09; BGH, Urteil vom 22.07.2010, VII ZR 213/08.

⁹⁴⁸ Ebenso Dreher, NZBau 2002, 419 (430); Grundmann, S. 135.

⁹⁴⁹ So auch Franke, S. 60; Knöbl, S. 214; a. A. Krist, S. 55, der ein zweistufiges Verfahren, bestehend aus behördlichen Vorverfahren und Rechtsmittelverfahren, vor einem staatlichen Gericht vorschlägt.

fahrens abhängig zu machen, was zu einer Entlastung der Zivilgerichte führen könnte⁹⁵⁰.

c) **Rügeflicht**

Geht man von einem nur einstufigen Rechtsschutz aus, stellt sich die Frage, ob im Rahmen der unterschwelligen Vergaben ein Rügeerfordernis entsprechend der Rügepflichten gemäß § 107 Abs. 3 GWB im Bereich der überschwelligen Vergaben aufgenommen werden sollte.

Insbesondere die Frage der Wirtschaftlichkeit der Vergabe könnte eine derartige Rügepflicht verbieten, weil unzweifelhaft die Rügepflicht des Bieters eine entsprechende Reaktion der Vergabestelle verursacht, d. h., die Rüge des Bieters muss beantwortet werden, was einen personellen und auch zeitlichen Aufwand bedeutet.

Demgegenüber muss allerdings berücksichtigt werden, dass Sinn und Zweck der Rügepflicht die Einräumung der Möglichkeit einer Selbstkorrektur der Vergabestelle ist⁹⁵¹. Legt man die Annahme zugrunde, dass ein vergabespezifischer Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte notwendig ist, entfaltet die Rügepflicht als Vorstufe des eigentlichen Rechtsschutzes die Möglichkeit, aufgetretene Fehler im Vergabeverfahren rechtzeitig zu beseitigen. Beseitigt aber die Vergabestelle einen zu Recht gerügten Fehler rechtzeitig während des Vergabeverfahrens, erübrigt sich ein nachfolgender Rechtsschutz, was gerade zu einer Zeiteinsparung und Aufrechterhaltung der Zeitdauer des reinen Vergabeverfahrens führen sollte. Darüber hinaus wird das Erfordernis einer rechtzeitigen Rüge auch dem Umstand gerecht, dass ein Vertragspartner (auch ein potenzieller) den anderen Vertragspartner nicht in Ansehung eines Fehlers quasi ins Messer laufen lassen darf. So handelt der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich treuwidrig, wenn er ein Angebot annimmt, obwohl er einen Kalkulationsirrtum des Auftragnehmers positiv kennt oder weiß, dass die Vertragsdurchführung für den Auftragnehmer unzumutbar wäre⁹⁵². Auch ein Wissensvorsprung des Bieters ohne entsprechende Aufklärung kann zur Sittenwidrigkeit der Angebotsprei-

⁹⁵⁰ Irmer, VergabeR 2006, 308 (319).

⁹⁵¹ Franke, S. 25.

⁹⁵² Weyand, Online-Kommentar, § 97 GWB, 6.9.14.1.3, Rdn. 791.

se führen. Erkennt der Bieter bei der Erarbeitung des Angebotes, dass die im Leistungsverzeichnis verankerten Mengenansätze vermutlich erheblich überschritten werden, verleitet dies häufig zur Abgabe von Spekulationspreisen, also Preisen mit einem hohen Gewinnfaktor. Derartige, durch den Wissensvorsprung des Bieters erlangte Preisvereinbarungen können jedoch treu- und sittenwidrig sein⁹⁵³. Das Vertragsverhältnis, wie auch die diesbezügliche vorhergehende Vergabe, ist geprägt von einem fairen, von Treu und Glauben bestimmten Leistungsaustausch⁹⁵⁴. Außerdem könnte der Bieter diesen Wissensvorsprung dazu verwenden, erst recht mittels Rechtsschutzes die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einzufordern, sobald er bemerkt, dass seine Spekulation nicht aufgeht, er also den Zuschlag nicht erhält⁹⁵⁵. Die Rügepflicht ist insoweit sowohl für die Aufrechterhaltung eines fairen Verfahrens als auch zur Verhinderung und Korrektur von Vergabefehlern und damit insbesondere zur Vermeidung von Rechtsschutz, unabhängig von primärem oder sekundärem Rechtsschutz, vorteilhaft. Verankert man die Rügepflicht entsprechend § 107 Abs. 3 GWB mit dem Erfordernis der Rechtzeitigkeit als Zulässigkeitsmerkmal⁹⁵⁶ für den nachfolgenden Rechtsschutz, wird zudem die für den Rechtsschutz zuständige Nachprüfungsbehörde entlastet, weil in den Fällen einer Verletzung der Rügepflicht die Abweisungsmöglichkeiten der Nachprüfungsbehörde vereinfacht werden.

d) Informationspflicht

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob auf Grund der Beendigungswirkung des Zuschlages die Vergabestelle gezwungen werden muss, die Bieter vor der Zuschlagerteilung über den beabsichtigten Zuschlag zu informieren.

Eine derartige Informationspflicht ist oberhalb der Schwellenwerte in § 101 a Abs. 1 GWB (§ 13 VgV 2006) enthalten. Unterhalb der Schwellenwerte gibt es keine vergleichbare Informationspflicht. Lediglich § 19 Abs. 1 S. 1 VOB/A (§ 27 Nr. 1 Satz 1 VOB/A 2006) legt fest, dass Bieter, deren Angebote gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A (§ 25 Nr. 1 VOB/A 2006) ausgeschlossen worden sind oder deren Angebote

⁹⁵³ BGH, Urteil vom 25.02.1988, VII ZR 310/86; BGH, Urteil vom 14.10.1993, VII ZR 96/92; BGH, Urteil vom 18.12.2008, VII ZR 201/06, Rdn. 15; Rohrmüller, IBR 2008, 491.

⁹⁵⁴ BGH, Urteil vom 18.12.2008, VII ZR 201/06, Rdn. 15.

⁹⁵⁵ BT-Drucks. 13/9340, S. 17.

⁹⁵⁶ Irmer, VergabeR 2006, 308 (319).

von vornherein nicht in die engere Wahl kommen, „so bald wie möglich“ informiert werden müssen. Alle anderen Bieter sollen gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 VOB/A (§ 27 Nr. 1 Satz 2 VOB/A) erst nach Erteilung des Zuschlages informiert werden.

Dabei dient § 19 Abs. 1 S. 1 VOB/A (§ 27 Nr. 1 Satz 1 VOB/A 2006) auch nicht dem Zwecke der Gewährleistung eines primären Rechtsschutzes, sondern lediglich zur rechtzeitigen Information, damit eine betriebliche Planung des Bieters bezüglich seines Personals und seiner Ressourcen durch die Information der Aussichtslosigkeit des abgegebenen Angebotes gewährleistet ist⁹⁵⁷. Hinzu kommt, dass der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich nach dem Wortlaut der Vorschrift den Bieter zwar unverzüglich informieren muss. Jedoch kann dies auch kurz vor Zuschlagserteilung erfolgen⁹⁵⁸, wenn beispielsweise der Ausschlussgrund erst kurz vor Zuschlagserteilung erkannt wird. Damit würde dem Bieter keinerlei Reaktionsmöglichkeit mehr bleiben.

Für den wichtigsten Teil der Bieter, nämlich die Personen, welche in die engere Wahl der Bezuschlagung fallen, sieht § 19 Abs. 1 S. 2 VOB/A (§ 27 Nr. 1 Satz 2 VOB/A 2006) eine Benachrichtigung erst nach Erteilung des Zuschlages vor. Da diese Benachrichtigung erst nach Vollzug der Maßnahme, insbesondere nach Zuschlagerteilung erfolgt, gewährleistet § 19 Abs. 1 S. 2 VOB/A (§ 27 Nr. 1 Satz 2 VOB/A 2006) lediglich eine Ex-Post-Transparenz⁹⁵⁹. Bei einer Information nach Zuschlagserteilung scheidet auf Grund der Beendigungswirkung des Zuschlages außerdem ein Primärrechtsschutz aus⁹⁶⁰. Zielrichtung ist vielmehr auch bei § 19 Abs. 1 S. 2 VOB/A (§ 27 Nr. 1 Satz 2 VOB/A 2006), die Bieter durch die Benachrichtigung über die Nichtinanspruchnahme ihrer Kapazitäten zu informieren und sie dadurch in die Lage zu versetzen, über die eigenen Betriebskapazitäten schnellstmöglich wieder verfügen zu können⁹⁶¹.

⁹⁵⁷ Weyand, Online-Kommentar, § 13 VgV, 53.11.4; Motzke/Pietzcker/Prieß, § 27, Rdn. 3; Ingenstau/Korbion 2010, § 19 VOB/A, Rdn. 5.

⁹⁵⁸ Motzke/Pietzcker/Prieß, § 27, Rdn. 3.

⁹⁵⁹ Ingenstau/Korbion 2010, § 19 VOB/A, Rdn. 2.

⁹⁶⁰ EuGH, Urteil vom 03.04.2008, Rs. C-444/06, Slg. 2008, I-2045; EuGH, Urteil vom 28.01.2010, Rs. C-456/08, Slg. 2010, I-0000.

⁹⁶¹ Ingenstau/Korbion 2010, § 19 VOB/A, Rdn. 5; Motzke/Pietzcker/Prieß, § 27, Rdn. 3; BayOLG, NZBau 2002, 294.

Soweit die bisherige gesetzgeberische Zielrichtung zur Nichtgewährung eines vergabespezifischen Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte zugrunde gelegt wird, besteht auch grundsätzlich keine Notwendigkeit, den Bieter von einer beabsichtigten Zuschlagserteilung oder von einer Nichtberücksichtigung zu informieren. Einen nennenswerten Zeitvorteil für das nicht berücksichtigte Unternehmen durch eine Information vor der Zuschlagserteilung, d. h. im Zeitraum zwischen der Entscheidung über den zu erteilenden Zuschlag und der eigentlichen Zuschlagserteilung, gibt es nicht. Vernachlässigt man insoweit einen vergabespezifischen Primärrechtsschutz, kann eine Information auch nach Zuschlagserteilung erfolgen. Dies würde einer Erklärung zur Ablehnung des Angebotes entsprechen.

Soweit allerdings, wie im Rahmen der vorliegenden Arbeit, von einer Notwendigkeit eines vergabespezifischen Primärrechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte ausgegangen wird, erscheint fraglich, ob § 19 Abs. 1 VOB/A (§ 27 Nr. 1 VOB/A 2006) für eine Gewährleistung des Rechtsschutzes ausreichend ist. Zwar gewährleistet jegliche Information eine gewisse Transparenz. Soll aber ein vergabespezifischer Primärrechtsschutz gewährleistet werden, muss dieser Rechtsschutz auch zwingend vor einer Zuschlagserteilung ergriffen werden können, da er sonst unzulässig ist⁹⁶². Eine Information erst nach Zuschlagserteilung stellt den Bieter insoweit vor vollendete Tatsachen, kann daher einen primären Rechtsschutz nicht gewährleisten. Für einen primären Vergaberechtsschutz ist eine Ex-Post-Transparenz ungeeignet. Die Gewährleistung eines vergabespezifischen Primärrechtsschutzes gebietet insoweit eine Transparenz noch vor der Zuschlagserteilung, sodass für die Gewährleistung eines derartigen Rechtsschutzes zwingend eine Informationspflicht vor Vollzug der Maßnahme erforderlich ist⁹⁶³. Der Bieter muss die Möglichkeit haben, vor der durch den Zuschlag verursachten Endgültigkeit entsprechende Maßnahmen – je nach Ausgestaltung des Rechtsschutzes in Form einer Rüge o. Ä. – einleiten zu können. Diese Maßnahmen sind aber nur auf der Grundlage einer durch rechtzeitige Information geschaffenen Transparenz möglich.

⁹⁶² Riese, S. 201; Dietlein/Spießhofer, VergabeR 2003, 509 (509).

⁹⁶³ So auch Widmann, S. 209; Knöbl, S. 211.

e) Stillhaltefrist

Außerdem ist ein effektiver Rechtsschutz nur dann zu gewährleisten, wenn zwischen der Information über die beabsichtigte Zuschlagserteilung und dem Zuschlag eine Frist (Stillhaltefrist) einzuhalten ist. Die Stillhaltefrist gewährleistet, dass die Vergabestelle nicht Information und Zuschlagserteilung zeitlich gleichzeitig oder in unmittelbar aufeinanderfolgenden Schritten durchführt. In diesem Fall wäre ein Bieter gar nicht in der Lage, Schritte zur Überprüfung eines beanstandeten Verhaltens der Vergabestelle einzuleiten. Selbst wenn die Information zeitlich vor der Zuschlagserteilung erfolgt, muss dem Bieter eine Entscheidungs- und Reaktionszeit eingeräumt werden, innerhalb derer er die Information der Vergabestelle auswertet und die Entscheidung über rechtliche Schritte trifft. Diese Erwägungen wurden für den Oberschwellenbereich auch in Richtlinie 2007/66/EG angestellt. So wird in den Gründen für den Erlass der Richtlinie ausgeführt:

„Zu den ermittelten Schwächen zählt insbesondere das Fehlen einer Frist, die eine wirksame Nachprüfung zwischen der Zuschlagsentscheidung und dem Abschluss des betreffenden Vertrags ermöglicht. Das führt zuweilen dazu, dass öffentliche Auftraggeber sehr rasch die Vertragsunterzeichnung vornehmen, um die Folgen einer strittigen Zuschlagsentscheidung unumkehrbar zu machen. Um diese Schwachstelle zu beseitigen, die einen wirksamen Rechtsschutz der betroffenen Bieter, nämlich derjenigen Bieter, die noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden, ernstlich behindert, ist es erforderlich, eine Mindest-Stillhaltefrist vorzusehen, während der der Abschluss des betreffenden Vertrags ausgesetzt wird, und zwar unabhängig davon, ob der Vertragsschluss zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung erfolgt oder nicht“⁹⁶⁴.

Geht man von der Erforderlichkeit der Einräumung eines primären Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte aus, sind die in der Richtlinie angestellten praktischen Erwägungen ebenfalls zugrunde zu legen, weil die Schwellenwertdiskussion, mithin die Frage des Auftragswertes, für die dargestellten praktischen Probleme keine Auswirkung hat.

Eine andere Frage stellt sich bei der Dauer der Stillhaltefrist und einer Abwägung der Interessen der Auftraggeber an einer schnellen Vergabe gegenüber den Interessen der Auftragnehmer an einer angemessenen Reaktionszeit. Nachdem oberhalb der Schwellenwerte gemäß Art. 2 a Abs. 2 der Richtlinie 2007/66/EG bei elektronischer

⁹⁶⁴ Begründungserwägung zur Richtlinie 2007/66/EG, ABl. L 335, S. 32.

Übermittlung (einschließlich Telefax) der Zuschlagsinformation eine Frist von mindestens 10 Kalendertagen, bei sonstiger Übermittlung von mindestens 15 Kalendertagen normiert wird, erscheint es in Anbetracht der geringeren Auftragswerte unterhalb der Schwellenwerte ohne Weiteres sachgerecht, die Stillhaltefrist angemessen, beispielsweise generell auf 7 Kalendertage, zu verkürzen.

f) Zuschlagsverbot/Nichtigkeit des Zuschlages

Zur Gewährleistung eines effektiven Primärrechtsschutzes muss demgemäß auch ein Zuschlagsverbot für die Dauer des Rechtsschutzes gewährleistet sein⁹⁶⁵. Ohne ein Zuschlagsverbot wäre es der Vergabestelle möglich, trotz Ergreifen einer Rechtsschutzmöglichkeit den Zuschlag zu erteilen, was aufgrund der Endgültigkeit des Zuschlages⁹⁶⁶ dazu führt, dass ein primärer Rechtsschutz als solcher, d. h. die Verwirklichung des Rechtsziels auf Abänderung der fehlerhaften vergaberechtlichen Handlung, nicht mehr möglich ist. Der Bieter hätte insoweit nach Zuschlag allenfalls die Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit der Maßnahme feststellen zu lassen oder direkt Schadensersatz geltend zu machen, also Maßnahmen des sekundären Rechtsschutzes zu ergreifen. Das Zuschlagsverbot gewährleistet insoweit die Durchführung und Praktikabilität eines möglichen primären Rechtsschutzes.

Ebenso wie bei der Frage, ob zwingend ein mehrstufiger Rechtsschutz erforderlich ist, muss hier aber im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt werden, ob das Zuschlagsverbot zeitlich zu beschränken ist.

Geht man von einem mehrstufigen Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte aus, wird man mit ähnlichen finanziellen und zeitlichen Auswirkungen wie bei den Vergabemaßnahmen oberhalb der Schwellenwerte⁹⁶⁷ rechnen müssen. Es besteht insoweit die Gefahr, dass selbst bei Kleinstvergaben erhebliche Zeitverzögerungen eintreten. Allerdings ist eine vom Vergabe- und Rechtsschutzverfahren losgelöste zeitlich befristete Regelung eines Zuschlagsverbotes nicht praktikabel. Ein Zuschlagsverbot muss grundsätzlich in erster Linie an die Dauer des Rechtsschutzes gebunden sein, um diesen überhaupt gewährleisten zu können.

⁹⁶⁵ Dieckmann, VergabeR 2005, 10 (10).

⁹⁶⁶ Riese, S. 201; Dietlein/Spießhofer, VergabeR 2003, 509 (509).

⁹⁶⁷ Vgl. oben, II.6.

Die Interessen der Auftraggeberseite an einer zügigen und wirtschaftlichen Auftragserteilung können nicht dazu führen, dass der Rechtsschutz generell verhindert wird. Um die zeitliche Berechenbarkeit bei gleichzeitiger Wahrung der Interessen auf Durchführung eines primären Rechtsschutzes zu gewährleisten, kann einerseits eine zeitliche Beschränkung des Rechtsschutzes analog § 113 Abs. 1 GWB, andererseits auch die Beschränkung des Rechtsschutzes auf nur eine Stufe erfolgen, wobei zudem die Entscheidungszeit der beim Rechtsschutz angerufenen Stelle vorgegeben werden kann.

Nachdem die Schaffung eines einstufigen Rechtsschutzes als erforderlich angesehen wird⁹⁶⁸, muss das Zuschlagsverbot auch für die Dauer der 1. Stufe gelten.

g) Gebühren eines primären Rechtsschutzverfahrens

Trotz einer Einstufigkeit des Rechtsschutzes, welche die zeitlichen Auswirkungen auf die zu vergebende Baumaßnahme einschränkt und berechenbar machen kann, und der Einführung einer Rügepflicht des Bieters, welche einerseits durch vorherige Fehlerbeseitigung, andererseits durch die diesbezügliche Ausschlusswirkung einen Rechtsschutz verhindern könnte, lassen sich ein Mehraufwand der öffentlichen Auftraggeber und auch eine gewisse zeitliche Verzögerung nicht gänzlich ausschließen. Der finanzielle Mehraufwand der Baumaßnahme als solcher in Form von Mehrkosten durch Vergabeverzögerungen⁹⁶⁹ dürfte aufgrund der Einstufigkeit⁹⁷⁰ und der Entscheidungsfrist⁹⁷¹ eher gering ausfallen, weil dadurch die Zeit für das Nachprüfungsverfahren von vornherein besser im Ablauf des Vergabeverfahrens berücksichtigt werden kann. Allerdings dürften insbesondere im Bereich der zusätzlichen Bearbeitung der Bieterträge sowie auch der eigentlichen Bearbeitung im Rahmen des Rechtsschutzes ein finanziell zu bewertender Personal- und Zeitaufwand sowie auch zusätzliche Materialkosten⁹⁷² des öffentlichen Auftraggebers selbst entstehen, welche beispielsweise oberhalb der Schwellenwerte für die Nachprüfungsverfahren im Mit-

⁹⁶⁸ Vgl. oben, 1.a).

⁹⁶⁹ Wanninger/Stolze, S. 47 f.

⁹⁷⁰ Vgl. oben, III.1.a).

⁹⁷¹ Vgl. ebenda.

⁹⁷² Wanninger/Stolze, S. 38.

tel mit 12.526 EUR beziffert werden können⁹⁷³. Für den Bieter entstehen neben den gleichen Aufwendungen an Personal und Material regelmäßig auch Mehraufwendungen in der Einschaltung eines Rechtsanwaltes, weil ein detailliertes Wissen zum Vergaberecht wegen der dort vorliegenden überdurchschnittlich komplizierten Materie bei Bietern (ohne eigene Rechtsabteilung) nicht vorausgesetzt werden kann⁹⁷⁴.

Insoweit stellt sich die Frage, ob für das Nachprüfungsverfahren unterhalb der Schwellenwerte eine Kostenregelung in Anlehnung an § 128 GWB getroffen werden sollte.

§ 128 GWB sieht vor, dass einerseits die Vergabekammer Kosten erheben darf. Andererseits ist die Vergabekammer auch verpflichtet, eine Kostengrundentscheidung dahingehend zu erlassen, dass die unterlegene Partei des Nachprüfungsverfahrens diese Kosten der Vergabekammer sowie die zur Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen ihres Antragsgegners zu erstatten hat.

Bereits unter Berücksichtigung des verwaltungsrechtlichen Kostendeckungsprinzips⁹⁷⁵ ist eine Erstattung der Kosten der Nachprüfungsbehörde berechtigt. Zwar könnte die Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens im Rahmen der Aufsichtsmaßnahmen⁹⁷⁶ ebenfalls erfolgen. Im Unterschied zu einem echten Rechtsschutzverfahren hat der Bieter aber auf ein derartiges Vorgehen keinerlei Anspruch. Gewährleistet man insoweit einen vergabespezifischen Rechtsschutz, auf den der Bieter ebenso wie beispielsweise im Widerspruchsverfahren Anspruch hat, rechtfertigt dies eine Erstattungsfähigkeit der Kosten der Nachprüfungsbehörde.

Ebenso rechtfertigt ein derartiges Rechtsschutzverfahren aufgrund der Mehrkosten eine Auferlegung von notwendigen Aufwendungen der beteiligten Parteien nach dem Prinzip des Obsiegens bzw. Verlierens.

Hinzu kommt, dass davon auszugehen ist, dass bei einer entsprechenden Kostenregelung sowohl öffentlicher Auftraggeber als auch Bieter gezwungen werden, in Anse-

⁹⁷³ Wanninger/Stolze, S. 40.

⁹⁷⁴ Weyand, Online-Kommentar, § 128 GWB, 37.7.2.6.; VK Sachsen, Beschluss vom 13.06.2007, 1/SVK/039-07; VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 28.07.2006, VK-SH 18/06.

⁹⁷⁵ Badura, § 44, Rdn. 18; BVerfGE 97, 332 (345).

⁹⁷⁶ Vgl. oben, C.II.2.a)bb)(a).

hung der Kostenfolge eine entsprechende Risikoabwägung vorzunehmen. Es kann insoweit davon ausgegangen werden, dass Bieter nicht von vornherein aussichtslose Verfahren einleiten, allein in der Hoffnung, durch die zeitlichen Verzögerungen den öffentlichen Auftraggeber zu einer Änderung seiner Entscheidung zu bewegen.

2. Gesetzgebungskompetenz

Nachdem der Bundesgesetzgeber im Rahmen der Reform des Vergaberechts erst im Jahr 2009 ausdrücklich ablehnte, einen vergabespezifischen Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte zur Verfügung zu stellen⁹⁷⁷, und im Übrigen auch keinerlei Handlungen diesbezüglich entfaltet werden, kann nicht erwartet werden, dass der Bundesgesetzgeber im Unterschwellenbereich in absehbarer Zeit Regelungen für einen primären Rechtsschutz schafft. Zwar sieht der Koalitionsvertrag der CDU/CSU-FDP vor, bis Ende 2010 einen ersten Gesetzentwurf zur Reformierung des Vergaberechts und auch zur Regelung eines vergabespezifischen Primärrechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte vorzulegen⁹⁷⁸. Inwieweit die Zielsetzungen des Koalitionsvertrages der CDU/CSU-FDP zur Vorlage eines ersten Gesetzentwurfes bis Ende 2010 eingehalten werden und wann dies tatsächlich zur Reformierung des Vergaberechtes auch unterhalb der Schwellenwerte führt, ist derzeit nicht einschätzbar, weil sich auch Stimmen häufen, welche eine weitere Vergaberechtsreform kritisieren⁹⁷⁹.

Die derzeit einzige Möglichkeit zur Schaffung eines derartigen Rechtsschutzes haben insoweit die einzelnen Bundesländer. Hier stellt sich allerdings die Frage, ob die einzelnen Bundesländer überhaupt die Kompetenz zur Umsetzung der oben dargelegten Rechtsschutzgrundsätze besitzen.

Für Vergaben treten sowohl Bund als auch Länder als Nachfrager und damit Wirtschaftsteilnehmer am Markt auf, wobei dies unabhängig von den Schwellenwerten ist. Vergaben stellen sich insoweit nicht als reine Bundes- oder Landesaufgabe dar,

⁹⁷⁷ BT-Drs. 349/08, S. 22.

⁹⁷⁸ Koalitionsvertrag der CDU/CSU-FDP vom 26.10.2009, S. 17.

⁹⁷⁹ Bewertung des DStGB zum Koalitionsvertrag der CDU/CSU-FDP, S. 9, Quelle: http://www.dstgb.de/homepage/artikel/schwerpunkte/bewertung_des_koalitionsvertrages_aus_kommunaler_sicht/bewertung_koalitionsvertrag_1109.pdf; Stellungnahme des ZDB vom 17.11.2009, Quelle: http://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige.php?SessionID=de007441a1a7f2bc-262c0f31c4964236&zg=0&HTTP_DocType=News&NewsID=14002.

sondern sind bauvorhabenbezogen, was keinen Rückschluss auf eine Regelungskompetenz zulässt. Ausgangspunkt für eine Bewertung der Gesetzgebungskompetenz muss insoweit der jeweilige Regelungsbereich im Rahmen der Vergabe sein. Für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte ist bei der Gesetzgebungskompetenz von einer Zweiteilung auszugehen. Insoweit ist zwischen den Regelungen für die gerichtliche Überprüfung und den Regelungen für das Vergabeverfahren selbst zu unterscheiden⁹⁸⁰. Beide Bereiche können dabei nicht der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes gemäß Art. 71, 73 GG zugeordnet werden, weshalb die Gesetzgebungskompetenzen für einen vergabespezifischen Rechtsschutz an der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit der Art. 72, 74 GG zu bemessen ist. Gemäß Art. 72 Abs. 1 GG ist danach dem jeweiligen Land die Gesetzgebungszuständigkeit zugeordnet, sofern der Bund von dieser Gesetzgebungszuständigkeit nicht Gebrauch gemacht hat.

Ausgehend von der vorgenommenen Zweiteilung in Regelungen zur gerichtlichen Überprüfung und Regelung für das Vergabeverfahren kommt als Gesetzgebungskompetenz für die gerichtliche Überprüfung Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (gerichtliches Verfahren) in Frage. Gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG sind insbesondere die Gebiete der Gerichtsverfassung und des gerichtlichen Verfahrens Teil der konkurrierenden Gesetzgebung. Dies betrifft insbesondere die Ordnung und Organisation des Gerichtswesens (Gerichtsverfassung)⁹⁸¹ und die verfahrensmäßige Behandlung der jeweiligen Angelegenheiten (gerichtliche Verfahren)⁹⁸². Zu den gerichtlichen Verfahren zählen dabei auch Regelungen zur Einleitung des Verfahrens und Maßnahmen im unmittelbaren Vorfeld des Verfahrens, sodass die Regelungen des GWB zur Einrichtung von Nachprüfbehörden, zum Nachprüfungsverfahren inklusive des Beschwerdeverfahrens unter den Anwendungsbereich des Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 1 GG fallen.⁹⁸³

Für die Regelungen des Vergabeverfahrens kann sich der Bundesgesetzgeber auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) sowie Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG (Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung) und zusätzlich auf Art. 109

⁹⁸⁰ Pietzcker, Zweiteilung, S. 92.

⁹⁸¹ Jarass/Pieroth, Art. 74, Rdn. 7.

⁹⁸² Jarass/Pieroth, Art. 74, Rdn. 8.

⁹⁸³ Buhr, S. 33.

Abs. 4 GG stützen⁹⁸⁴. Der Bundesgesetzgeber hat dabei mit dem Ziel der Vereinheitlichung der Wirtschafts- und Rechtseinheit im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG von der Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht⁹⁸⁵.

Fraglich ist aber, ob dieses Gebrauchmachen die Landesgesetzgeber daran hindert, unterhalb der Schwellenwerte abweichende Regelungen zu treffen.

Im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung verbleibt die grundsätzliche Gesetzgebungskompetenz gemäß Art. 72 Abs. 1 GG bei den Ländern, soweit nicht durch den Bund die Gesetzgebungskompetenz ausgeübt und entsprechende Regelungen geschaffen wurden. Die durch ein „Gebrauch-gemacht-Haben“ ausgelöste Sperrwirkung besteht dabei nicht nur in zeitlicher Hinsicht, sondern auch in inhaltlicher Weise, sodass eine Sperrwirkung für den Landesgesetzgeber nur eintritt, wenn beide Gesetzgebungsgegenstände identisch sind⁹⁸⁶. Geht man insoweit von der Tatsache aus, dass sich der Bundesgesetzgeber ausdrücklich weigert, Regelungen für einen vergabespezifischen Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte zu schaffen, könnte der Gedanke aufkommen, dass damit im Umkehrschluss die Länder vollumfänglich Regelungsbefugnis für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte besitzen, wodurch die Länder theoretisch die primärschutzrelevanten Vorschriften des Kartellvergaberechtes zu subjektiven Rechten und außerdem den Rechtsschutz (evtl. unter Einführung gewisser Bagatellgrenzen) für anwendbar erklären könnten⁹⁸⁷.

Problematisch ist dabei aber, dass ein Gebrauchmachen von der Gesetzgebungsbefugnis durch den Bund im Sinne des Art. 72 Abs. 1 GG nicht nur dann vorliegt, wenn durch den Bund eine ausdrückliche Regelung getroffen wurde. Die Sperrwirkung kann bereits dann einsetzen, wenn nach dem Willen des Bundes erkennbar zusätzliche Regelungen ausgeschlossen werden sollen⁹⁸⁸. Abzustellen ist daher auf die Frage, ob der Bundesgesetzgeber eine erschöpfende abschließende Regelung getroffen

⁹⁸⁴ BT-Drs. 349/08, S. 21; Buhr, ebenda; Klingner, S. 653; Arzt-Mergemeier in Willenbruch, § 1 HGrG, Rdn. 3.

⁹⁸⁵ Dies zeigt insbesondere der neu eingeführte § 115 a GWB, welcher ausdrücklich eine Abweichung von den § 107 bis 115 GWB durch Landesrecht untersagt.

⁹⁸⁶ Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 72, Rdn. 22.

⁹⁸⁷ Knöbl, S. 163.

⁹⁸⁸ BVerfGE 98, 265 (318); Oeter in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Band 2, Art. 72, Rdn. 70.

hat, ob also der Gesetzgeber erkennbar die Materie so regelte, dass kein Raum für landesrechtliche Regelungen bleibt⁹⁸⁹.

Insbesondere durch die Darstellungen des Bundes, wonach „an der Entscheidung festgehalten“ wird, „für die Vergabe von Aufträgen unterhalb der EG-Schwellenwerte keinen spezifischen Primärrechtsschutz zur Verfügung zu stellen“⁹⁹⁰, könnte eine derart umfassende Sperrwirkung ausgelöst worden sein.

Für eine abschließende Regelung spricht insbesondere die Tatsache, dass mit der Neufassung des GWB im Jahr 2009 ein neuer § 115 a GWB aufgenommen wurde, welcher vorsieht, dass Abweichungen von den Regelungen des 2. Unterabschnittes des vierten Teils des GWB durch landesrechtliche Regelungen des Verfahrens ausgeschlossen sind. Der Gesetzesentwurf (dort § 132 GWB) legt insbesondere die Intentionen des Gesetzgebers offen, welche für die Beurteilung der Sperrwirkung herangezogen werden können⁹⁹¹. Zur Begründung wurde hier angeführt, dass zum Zwecke der Vermeidung von Rechtsunsicherheiten Abweichungen durch Landesrecht ausgeschlossen sein sollen⁹⁹².

Allerdings beschränkte sich der vorgesehene Ausschluss im Gesetzeswortlaut des dort vorgesehenen § 132 ausdrücklich auf die Regelungen der §§ 107 bis 115 GWB, d. h. auf den Oberschwellenbereich. Auch in der Begründung zu § 132 wird einschränkend dargestellt, dass ein besonderes Bedürfnis „für eine bundeseinheitliche Regelung der Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern“ besteht. Man könnte insoweit davon ausgehen, dass eine erschöpfende abschließende Regelung zunächst auf den Oberschwellenbereich beschränkt sein sollte. Andererseits geht auch der Bundesgesetzgeber gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 Hs. 2 GWB davon aus, dass den Ländern in Einzelfragen Gesetzgebungskompetenz auch oberhalb der Schwellenwerte eingeräumt werden kann. Derartige gesetzliche Vorbehalte in Einzelfragen indizieren aber, dass im Übrigen der Landesgesetzgeber nicht berechtigt sein soll⁹⁹³. Dies

⁹⁸⁹ BVerfGE 98, 265 (318); Oeter in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Band 2, Art. 72, Rdn. 27, 66; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 72, Rdn. 23.

⁹⁹⁰ Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung der Vergaberechts, BT-Drs. 16/10117, S. 14.

⁹⁹¹ Oeter in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Band 2, Art. 72, Rdn. 66.

⁹⁹² Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung der Vergaberechts, BT-Drs. 16/10117, S. 26; ebenso Müller-Wrede, § 115a, Rdn. 2; Kulartz/Kus/Portz, GWB 2009, § 115a, Rdn. 1; Weyand, Online-Kommentar 2009, Rdn. 3778.

⁹⁹³ Oeter in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Band 2, Art. 72, Rdn. 69; Degenhart in Sachs, Art. 72, Rdn. 32; BVerfG, Beschluss vom 11.10.1966, 2 BvL 15/64; BVerfG, Beschluss vom 30.10.1990, 2 BvR 562/88.

deckt sich auch mit den Darstellungen in den Vorbemerkungen der Begründung zum Gesetzesentwurf, mit welchen klargestellt wurde, dass die Vergaberegeln unterhalb der Schwellenwerte im Haushaltsrecht verankert bleiben sollen⁹⁹⁴. Hieraus kann entnommen werden, dass der Bund ausschließlich den Bereich oberhalb der Schwellenwerte regeln wollte und Abweichungen von diesen Regelungen durch Landesgesetze nicht möglich sind, was aber nicht den Unterschwellenbereich einschließt. Hierfür könnte auch die verfassungsrechtliche Grundlage des § 115 a GWB, welche in Art. 84. Abs. 1 S. 5 GG⁹⁹⁵ zu finden ist, sprechen. Problematisch ist aber bereits, ob aus Art. 84 Abs. 1 S. 5 GG überhaupt eine eigenständige Gesetzgebungszuständigkeit abgeleitet werden kann, nachdem Art. 84 Abs. 1 S. 5 GG im Abschnitt VIII. "Ausführung der Bundesgesetze und die Bundesverwaltung" verankert ist. Dies könnte insbesondere deshalb problematisch sein, weil zwar einerseits Art. 84 Abs. 1 GG die vollständige Organisationsgewalt der Länder normiert. Andererseits soll der Bund in Ausnahmefällen Rahmenbedingungen für Verwaltungstätigkeit der Landesbehörden festlegen dürfen, wobei in der Praxis die Ausnahme eher zur Regel geworden sein dürfte⁹⁹⁶. Insoweit ist umstritten, ob Art. 84 Abs. 1 GG eine Annexkompetenz⁹⁹⁷ oder als *lex specialis* zu den Art. 70 ff. GG⁹⁹⁸ zu werten ist. Nachdem jedoch die klare Trennung des Abschnittes VII. (Gesetzgebung) und Abschnittes VIII. (Ausführung der Gesetze und Verwaltung) systematisch eher gegen eine Herleitung einer Annexkompetenz aus einem vorhergehenden Abschnitt spricht⁹⁹⁹, spricht gerade diese systematische Trennung für eine spezielle Regelungskompetenz des Bundes¹⁰⁰⁰. Dem Bund steht insoweit eine Gesetzgebungskompetenz aus Art. 84 Abs. 1 Satz 5 GG zur Seite. Das hierfür erforderliche Bedürfnis nach einer bundeseinheitlichen vergabespezifischen Regelung kann jedoch nur oberhalb der Schwellenwerte gelten, weil der Bundesgesetzgeber erklärtermaßen keinerlei Interesse an der Regelung eines Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte hat¹⁰⁰¹. Damit ist es dem

⁹⁹⁴ Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung der Vergaberechts, BT-Drs. 16/10117, S. 14.

⁹⁹⁵ Müller-Wrede, § 115a, Rdn. 5.

⁹⁹⁶ Kirschenbaum, JuS 1977, 565 (572); Hesse, S. 14; Grapperhaus, S. 14.

⁹⁹⁷ Jarass, NVwZ 00, 1089 (1091); Kuckuck, DÖV 78, 355.

⁹⁹⁸ Lerche in Maunz/Dürig, Art. 83, Rdn. 36; Piertoh in Jarras/Pieroth, Art. 83, Rdn. 2.

⁹⁹⁹ Grapperhaus, S. 23.

¹⁰⁰⁰ Lerche in Maunz/Dürig, Art. 83, Rdn. 36; Pieroth in Jarass/Pieroth, Art. 83, Rdn. 2; Grapperhaus, S. 24.

¹⁰⁰¹ Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung der Vergaberechts, BT-Drs. 16/10117, S. 14.

Landesgesetzgeber insbesondere verwehrt, durch weitergehende Regelungen das Kartellvergaberecht auszudehnen und hierdurch unterhalb der Schwellenwerte Primärrechtsschutz zu gewährleisten¹⁰⁰². Allerdings kommt Art. 84 Abs. 1 Satz 5 GG in seiner Sperrwirkung nur einer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz gleich¹⁰⁰³, sodass den Ländern aufgrund der nur für den Oberschwellenbereich bezweckten Regelung eine ergänzende Regelungsbefugnis zusteht¹⁰⁰⁴.

Eine Sperrwirkung könnte sich allerdings aus der Tatsache ergeben, dass sich der Gesetzgeber zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG als Gesetzgebungskompetenz auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG beruft¹⁰⁰⁵. Hier könnte insbesondere der Gedanke aufkommen, dass die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im Bereich des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nicht durch Schwellenwerte begrenzt wird und sich denotwendig auch auf den Unterschwellenbereich erstrecken muss¹⁰⁰⁶. Allerdings ist ein nur teilweises Gebrauchmachen von der Gesetzgebungskompetenz anerkannt, mit der Folge, dass der nicht geregelte Teil die Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern belässt¹⁰⁰⁷. Nachdem aber der Gesetzgeber ausdrücklich nur Rechtsverhältnisse oberhalb der Schwellenwerte regeln wollte, ist die Sperrwirkung auch nur auf diesen Bereich erstreckt¹⁰⁰⁸. Allerdings kann eine „einfache“ Absenkung der Schwellenwerte nicht erfolgen, weil hiergegen der ausdrückliche Wille des Bundesgesetzgebers steht.¹⁰⁰⁹

Durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechtes, d. h. durch die gesetzlichen Regelungen zur Ausgestaltung des Vergaberechtes oberhalb der Schwellenwerte, besteht insoweit Sperrwirkung.

Soweit vereinzelt vertreten wird, dass bereits deshalb keine Sperrwirkung für eine Landesregelung unterhalb der Schwellenwerte vorliegen könne¹⁰¹⁰, weil der Bund unterhalb der Schwellenwerte keine Gesetzgebungskompetenz besitzen soll, ist dieser Argumentation nicht zu folgen. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die

¹⁰⁰² So auch Knöbl, S. 166.

¹⁰⁰³ Pieroth in Jarass/Pieroth, Art. 84, Rdn. 2.

¹⁰⁰⁴ Pieroth, ebenda.

¹⁰⁰⁵ BR-Drs. 349/08, S. 21.

¹⁰⁰⁶ Pietzcker, Zweiteilung, S. 92.

¹⁰⁰⁷ BVerfGE 62, 354 (369); 85, 226 (234); BVerwGE 111, 143 (147).

¹⁰⁰⁸ Ebenso Müller-Wrede, § 115a, Rdn. 2; Kulartz/Kus/Portz, GWB 2009, § 115a, Rdn. 1.

¹⁰⁰⁹ Knöbl, S. 166.

¹⁰¹⁰ Marx in: Zehnte Badenweiler Gespräche, S. 127 (135); Ollmann, VergabeR 2004, 669 (670).

Umsetzung der EU-Richtlinien richtet sich nach den innerstaatlichen Kompetenzen¹⁰¹¹. Der Bund könnte sich insoweit auch unterhalb der EU-Schwellenwerte auf die gleichen Gesetzgebungskompetenzen berufen.

Für die Vergaben unterhalb der Schwellenwerte gilt insoweit das Haushaltsrecht, für welches im Wesentlichen die Länder selbst verantwortlich sind.

Der zu entwickelnde Rechtsschutz muss sich insoweit vollumfänglich innerhalb der Gesetzgebungskompetenzen der Länder bewegen, wobei auch hier noch einzelne Sperrwirkungen existieren. Diese ergeben sich auch aus nicht vergabespezifisch ausgeübten Gesetzgebungskompetenzen des Bundes, zu welchen insbesondere Regelungen zu gerichtlichen Verfahrensordnungen zählen, weil für gerichtliche Verfahrensordnungen, wie bspw. die Verwaltungsgerichtsordnung, eine erschöpfende Regelung im Sinne des Art. 72 Abs. 1 GG angenommen wird¹⁰¹², sodass hier eine entsprechende Sperrwirkung entfaltet ist.

Unterhalb der Schwellenwerte ergibt sich die Gesetzgebungskompetenz der Länder aus der Kernbereichskompetenz für ihre Haushaltswirtschaft und auch das Verwaltungsverfahren aus Art. 70 Abs. 1 GG¹⁰¹³. Damit müssen insoweit für eine landesweite Regelung eines vergabespezifischen Rechtsschutzes diese Gesetzgebungskompetenzen der Länder vorliegen, mit denen die obigen Ziele¹⁰¹⁴ umgesetzt werden können, ohne mit Bundesgesetzgebungskompetenzen zu kollidieren. Dies hat zur Konsequenz, dass insbesondere keinerlei direkte gerichtliche Regelungen geschaffen werden können. Vielmehr werden Regelungen zur Schaffung eines vergabespezifischen Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte insbesondere auf Maßnahmen zum Verwaltungsverfahren bzw. zur Verwaltungsorganisation beschränken müssen, weil hier den Ländern gemäß Art. 83, 84 Abs. 1 GG die Kompetenz zusteht.

3. Zwischenergebnis

Legt man die Maßstäbe von Pietzcker¹⁰¹⁵ zugrunde, gäbe es im Hinblick auf einen vergabespezifischen Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte nur eine Entweder-oder-Lösung: Entweder wird der existierende Vergaberechtsschutz oberhalb der

¹⁰¹¹ Badura, § 3, Rdn. 47; Degenhart, Rdn. 250.

¹⁰¹² BVerfGE 20, 238 (249); 21, 106 (115); 35, 65 (73); 37, 191 (198).

¹⁰¹³ Burgi, BauR 2010, 403 (411).

¹⁰¹⁴ Vgl. oben, III.1.

¹⁰¹⁵ Pietzcker, NJW 2005, 2881 (2884).

Schwellenwerte insgesamt und einheitlich ausgedehnt auf Vergaben unterhalb der Schwellenwerte, oder man lässt die bisherige Konstellation der Zweiteilung des Rechtsschutzes bestehen.

Diese Forderung der einheitlichen Ausdehnung des vergabespezifischen Rechtsschutzes ist zwar sicherlich die für den Bieter theoretisch bestmögliche Lösung, sofern man das Augenmerk ausschließlich und vollumfänglich auf einen möglichst idealen Rechtsschutz richtet. Berücksichtigt man aber hierzu noch die statistischen Erhebungen, wonach die Verfahren oberhalb der Schwellenwerte zurückgehen (im Jahr 2006 wurden vor der Vergabekammer Sachsen noch 125 Nachprüfungsverfahren [davon 49 im Bereich der VOB] geführt¹⁰¹⁶, während im Jahr 2009 nur noch 72 Nachprüfungsverfahren [davon 20 im Bereich der VOB]¹⁰¹⁷ bearbeitet wurden), dürften auch in den Behörden – bspw. bei Einrichtung eines Rechtsschutzes bei den Vergabekammern – entsprechende Kapazitäten für die Gewährleistung eines entsprechenden Rechtsschutzes vorliegen. Allerdings lässt diese Forderung nach einem idealen, d. h. maximalen Rechtsschutz die praktischen Bedürfnisse der an Vergabeverfahren beteiligten Parteien außer Acht.

Das Interesse der Vergabestellen an einer schnellen Vergabe ohne einen primären Rechtsschutz ist zwar keine Rechtfertigung für ein gänzlich Verweigern des primären Rechtsschutzes. Allerdings hat sich die "Befürchtung" der Vergabestellen zumindest dahingehend bestätigt, dass sich oberhalb der Schwellenwerte Verzögerungen von durchschnittlich 9 Wochen¹⁰¹⁸ und Mehrkosten von durchschnittlich 12.000,00 EUR¹⁰¹⁹ herausstellten. Die zeitliche Verzögerung der jeweiligen Baumaßnahmen kann dabei auch nicht im Interesse der jeweiligen Bieter liegen. Einerseits ist eine gewisse Verzögerung der Zuschlagsentscheidung durch Einleitung von Rechtsschutz zwar durch die Vergabestelle im Rahmen ihrer Zeitplanung kalkulierbar. Eine vollumfängliche Berücksichtigung der terminlichen Verschiebung bereits im Rahmen der Ausschreibung würde aber dazu führen, dass der Auftraggeber gezwungen wäre, in die zeitliche Ablaufplanung den vollen veranschlagten Zeitraum

¹⁰¹⁶ Vergabebericht des Freistaates Sachsen für das Jahr 2006, S. 40.

¹⁰¹⁷ Vergabebericht des Freistaates Sachsen für das Jahr 2009, S. 34.

¹⁰¹⁸ Alvermann/Wanninger/Stolze, S. 38; Dabringhausen, VergabeR 2007, 176 (176), spricht von einer regelmäßigen Dauer von fünf bis sechs Monaten.

¹⁰¹⁹ Alvermann/Wanninger/Stolze, S. 40.

des Rechtsschutzes mit aufzunehmen, was nicht praktikabel ist¹⁰²⁰. Auch der Bieter profitiert keinesfalls von einer Verzögerung der Vergabe. Der Arbeitskräfteeinsatz, d. h. die eigene betriebliche Planung, wird umso unberechenbarer, desto länger das Vergabeverfahren dauert. Selbst finanziell gibt es keinerlei wirtschaftliche Vorteile für den Bieter, wenn sich das Vergabeverfahren verzögert. Zwar kann der Bieter Mehrkosten geltend machen¹⁰²¹. Diese Ansprüche beinhalten aber keine Vergrößerung des Gewinns, sondern sind eine Fortschreibung der betrieblichen Kosten gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B anhand der Kalkulationsgrundlage des Vertrages¹⁰²².

Ein primärer Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte sollte sich insoweit auf einen einstufigen Rechtsschutz beschränken, welcher einerseits mit einer zeitlichen Grenze ausgestattet ist. Andererseits muss aber in diesem Zeitraum ein Zuschlagsverbot bestehen. Zur Vermeidung und Korrektur von Vergabefehlern ist eine Rügepflicht einzuführen. Diese muss zur Erhöhung der Effektivität außerdem Zulässigkeitsvoraussetzung sein, damit die Vergabestelle vor einem förmlichen Nachprüfungsverfahren eine zeitlich effektivere Abhilfemöglichkeit eingeräumt erhält. Außerdem sollten zur Kompensation der Aufwendungen der Nachprüfungsbehörde und gleichzeitig zur Vermeidung eines missbräuchlichen Einleitens von Vergaberechtsschutz für die Tätigkeit Gebühren erhoben werden.

¹⁰²⁰ Dabringhausen, VergabeR 2007, 176 (181).

¹⁰²¹ BGH, Urteil vom 11.05.2009, VII ZR 11/08; BGH, Urteil vom 22.07.2010, VII ZR 129/09; BGH, Urteil vom 22.07.2010, VII ZR 213/08.

¹⁰²² BGH, Urteil vom 11.05.2009, VII ZR 11/08.

E. Vergabegesetze der Länder unterhalb des Schwellenwertes

I. Exemplarische Darstellung verschiedener Landesvergabegesetze

Neben dem Freistaat Sachsen wurden in verschiedenen Bundesländern spezielle Landesvergabegesetze erlassen, wobei die Intentionen von einer mittelstandsfreundlichen Vergabegestaltung bis zur Einführung vergabefremder Aspekte, insbesondere von Tariflohnforderungen, reichen.

Vor allem im Freistaat Sachsen wurde aber auch die Möglichkeit einer rechtsschutzähnlichen Überprüfung von Vergabeentscheidungen geschaffen. Nachdem zuvor die Möglichkeit und die Erforderlichkeit eines vergabespezifischen Rechtsschutzes geprüft wurden, sollen im Folgenden die Erfüllung dieser Kriterien anhand einzelner Landesvergabegesetze, jedoch unter besonderer Berücksichtigung der Regelungen des Sächsischen Vergabegesetzes und seiner Durchführungsverordnung untersucht und diese einander gegenübergestellt werden. Sowohl der Freistaat Sachsen¹⁰²³ als auch der Verfasser¹⁰²⁴ haben zum Zwecke der Evaluierung Befragungen durchgeführt, deren Ergebnisse mit herangezogen werden sollen.

1. Bayerisches Bauaufträge-Vergabegesetz (BayBauVG)

Das am 01.07.2000 in Kraft getretene Gesetz über die Vergabe von Bauaufträgen im Freistaat Bayern¹⁰²⁵ beschränkt sich im Wesentlichen auf eine Tariftreueverpflichtung. Gemäß Art. 3 Abs. 1 BayBauVG dürfen Bauaufträge nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Auftragsvergabe verpflichten, den in Bayern für die jeweilige Tarifvertragspartei geltenden Tariflohn¹⁰²⁶ zu bezahlen. Mit Ausnahme von Regelungen zur Anwendung der Tariftreueverpflichtung enthält das Landesvergabegesetz keine Regelungen für den Bieterschutz.

¹⁰²³ Vergabebericht 2003.

¹⁰²⁴ Anlage I, II.

¹⁰²⁵ BayGVBl. Nr. 15/2000.

¹⁰²⁶ Man darf Tariflohn nicht mit dem im Baugewerbe gültigen Mindestlohn verwechseln. Die Mindestlohnregelungen werden zwar auch von den Tarifvertragsparteien in einem Tarifvertrag geregelt (für Baugewerbe: TV Mindestlohn vom 23.05.2009, BAnz. Nr. 128, S. 2996), welche dann für allgemeinverbindlich erklärt werden. Die Tariflöhne liegen aber über den Mindestlöhnen und sind entsprechend der Tätigkeit nach Lohngruppen aufgegliedert (bspw. für Facharbeiter im Baugewerbe in Sachsen: Tariflohn gemäß § 2 TV Ost, Lohngruppe 3 12,25 EUR; Mindestlohn gemäß § 2 TV Mindestlohn 9,50 EUR). Hier besteht keine Allgemeinverbindlichkeit.

Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass das Gesetz durch Rundschreiben der Obersten Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern vom 22.04.2008 inzwischen faktisch außer Kraft gesetzt wurde. Auf Grund eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 03.04.2008¹⁰²⁷, welches die Regelung zum Verlangen einer Tariftreueerklärung im Niedersächsischen Landesvergabegesetz für EG-rechtswidrig erklärte, hat das Staatsministerium des Innern in dem Rundschreiben vom 22.04.2008, Az. IIZ5-40011-018/07¹⁰²⁸ die Vergabestellen aufgefordert, die Tariftreueerklärung mit sofortiger Wirkung nicht mehr zu verlangen.

Für den Rechtsschutz in Vergabeangelegenheiten sind noch zwei Bekanntmachungen des Bayerischen Staatsministeriums des Innern relevant, welche aber lediglich verwaltungsinterne Vorschriften darstellen. Mit der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 14.05.2005, Az. I B 3 – 1512.4-138¹⁰²⁹, wurden allgemeine Vergabegrundsätze aufgestellt. So wurde u. a. die Anwendung der VOB/A und weiterer Bekanntmachungen zur mittelstandsfreundlichen Vergabe¹⁰³⁰ vorgeschrieben. Außerdem beinhaltete die Bekanntmachung Wertgrenzen für die Anwendungen einzelner Vergabeverfahren. Mit der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 21.10.2003, II Z 5-40011-065/02¹⁰³¹ wurde den jeweiligen Bezirksregierungen die Funktion als Nachprüfstelle im Sinne des § 21 VOB/A (§ 31 VOB/A 2006) zugewiesen. Trotz allem fungieren diese Nachprüfstellen als Aufsichtsbehörde mit den gleichen Einschränkungen für den Bieter¹⁰³².

Auch ein zivilrechtlicher Rechtsschutz ist in Bayern sehr unsicher und erschwert, nachdem hier bisher nur eine Entscheidung des LG Landshut¹⁰³³ existiert, welche ein zivilrechtliches Einschreiten nur bei willkürlichem, vorsätzlich rechtswidrigem und unredlichem Verhalten gewährt. Dies sind aber Voraussetzungen, welche in der Praxis nur im Ausnahmefall vom Bieter dargelegt und vor allem bewiesen werden können.

¹⁰²⁷ EuGH, Urteil vom 03.04.2008, Az. C-346/06.

¹⁰²⁸ Quelle: http://www.innenministerium.bayern.de/imperia/md/content/stmi/bauen-/themen/vergabe_vertragswesen/gesetze/aussetzung_tariftreueerklaerung_rs_080422.pdf.

¹⁰²⁹ AllMBl. Nr. 11/2005, S. 364.

¹⁰³⁰ Bekanntmachung vom 06.11.2001, StAnz. Bay. Nr. 46/2001.

¹⁰³¹ AllMBl. Nr. 16/2003.

¹⁰³² Siehe oben, C.II.2.a)bb)(a).

¹⁰³³ LG Landshut, Urteil vom 11.12.2007, 73 O 2576/07.

2. Thüringer Richtlinie zur Vergabe öffentlicher Aufträge

§ 55 Abs. 1 ThürLHO und § 31 Abs. 1 ThürGemHV legen fest, dass einem Abschluss eines Vertrages über Lieferungen und Leistungen grundsätzlich eine Vergabe vorausgehen muss. Gleichzeitig schreiben § 55 Abs. 2 ThürLHO und § 31 Abs. 2 ThürGemHV vor, dass diese Vertragsabschlüsse auf der Grundlage einheitlicher Richtlinien erfolgen sollen, welche aber lediglich eine interne Verwaltungsvorschrift darstellen¹⁰³⁴. In Vollzug dieser Regelung trat am 01.07.2004¹⁰³⁵ die Richtlinie zur Vergabe öffentlicher Aufträge des Thüringer Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Infrastruktur in Kraft¹⁰³⁶, welche gemäß Nr. 1.2 einerseits festlegt, dass Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte nach den Regelungen der VOB/A bzw. VOL/A¹⁰³⁷ erfolgen müssen. Dabei gilt im Freistaat Thüringen gemäß Nr. 1.2 der Richtlinie jedoch ausschließlich der institutionelle Auftraggeberbegriff¹⁰³⁸. Daneben sieht die Richtlinie gemäß Nr. 2.3.2 Regelungen für Beschwerdestellen bei Vergabeverstößen unterhalb der EU-Schwellenwerte vor. Danach sind Beschwerden gegen öffentliche Auftraggeber, allerdings nur, soweit diese der Rechts- oder Fachaufsicht des Landes unterliegen, an die dem Auftraggeber unmittelbar vorgesetzte Stelle als Nachprüfungsstelle zu richten. Vergaben privater Auftraggeber unterliegen grundsätzlich keinem Beschwerde- bzw. Nachprüfungsrecht des Bieters. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Bauvorhaben überwiegend mit öffentlichen Mitteln gefördert werden. In diesem Fall ist die Bewilligungsbehörde die zuständige Nachprüfungsstelle. Zur Meidung von Rechtsunsicherheiten werden die Auftraggeber verpflichtet, die Nachprüfungsstelle in den Vergabeunterlagen zu nennen. Außerdem wurde, insbesondere für Zweifelsfälle über die Beschwerdestelle, das Ministerium selbst als zentrale Anlaufstelle für Vergabebeschwerden benannt, welches jedoch nicht selbst entscheidet, sondern die Beschwerde an die zuständige Nachprüfungsstelle weiterleitet.

¹⁰³⁴ So auch der Leitfaden zur öffentlichen Auftragsvergabe des Thüringer Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Infrastruktur, S. 3, Quelle: http://www.thueringen.de/imperia/md/content/tmwta/0131_ein_leitfaden_stand_januar_2008.pdf.

¹⁰³⁵ ThürStAnz. Nr. 28/2004.

¹⁰³⁶ Nachfolgend in der Fassung vom 25.06.2009, ThürStAnz. Nr. 29/2009.

¹⁰³⁷ Jeweils in der aktuellen Fassung 2006, gemäß 2. Änderung der Richtlinie ThürStAnz. Nr. 46/2006.

¹⁰³⁸ Siehe oben, B.I.4.c)cc)(b).

Die Richtlinie generiert allerdings keine Handlungspflicht, sondern ist lediglich eine Soll-Vorschrift. Danach sollen die Nachprüfstellen in geeigneten Fällen Hinweise und Empfehlungen an die Vergabestelle richten.

Derartige Beschwerden dürften aber nur bei offensichtlichen Vergabeverstößen denkbar sein, weil einerseits eine Informationspflicht vor Zuschlagserteilung, andererseits eine entsprechende Stillhaltepflicht fehlt¹⁰³⁹. Hinzu kommt, dass auch die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung entfaltet. Damit ist auch in Thüringen der Bieter auf den unsicheren Eilrechtsschutz im Zivilverfahren angewiesen. Zumindest hat das Oberlandesgericht Thüringen¹⁰⁴⁰ zwischenzeitlich den Eilrechtsschutz in Vergabesachen bestätigt.

3. Gesetz zur Förderung des Mittelstandes Schleswig-Holstein

Das Gesetz zur Förderung des Mittelstandes (Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz MFG) vom 17.09.2003¹⁰⁴¹ regelt im Wesentlichen die Förderung der mittelständischen Wirtschaft in Schleswig-Holstein. In diesem Zusammenhang werden aber in § 14 MFG auch Grundsätze für die Vergabe öffentlicher Aufträge in Schleswig-Holstein normiert. Gemäß § 14 Abs. 1 MFG wird der Begriff des öffentlichen Auftraggebers auch im Unterschwellenbereich durch fast wörtliche Übernahme der Formulierungen des § 98 Nr. 1 – 4 GWB auf den funktionellen Auftraggeberbegriff¹⁰⁴² erweitert. Außerdem schreibt § 14 Abs. 2 MFG die Anwendung der VOB/A bzw. VOL/A für öffentliche Aufträge vor. Hinzu kommen Regelungen zur Korruptionsbekämpfung, wobei besonders beachtenswert ist, dass gemäß § 14 Abs. 5 Nr. 2 MFG der Bieter verpflichtet werden kann, eine verschlossene Zweitausfertigung seines Angebotes beizufügen, welche in Zweifelsfällen als Kontrollexemplar dienen soll. Im Hinblick auf die Gewährleistung eines vergabespezifischen Rechtsschutzes erlangt § 14 Abs. 6 MFG besondere Bedeutung. In Abweichung von § 19 Abs. 1 VOB/A (§ 27 Nr. 1 VOB/A 2006) wird der öffentliche Auftraggeber gemäß § 14 Abs. 6 MFG auch unterhalb der Schwellenwerte verpflichtet, 14 Kalendertage vor dem Vertragsschluss, mithin vor der Zuschlagserteilung, die Bieter, deren Angebote unberücksichtigt bleiben sollen, über den Namen des Bieters, dessen Angebot den

¹⁰³⁹ Siehe oben, D.III.1.c) und D.III.1.d).

¹⁰⁴⁰ OLG Jena, Urteil vom 08.12.2008, 9 U 431/08.

¹⁰⁴¹ GVOBl. SH. 2003, 432.

¹⁰⁴² Siehe oben, B.I.4.c)bb).

Zuschlag erhalten soll, sowie den Grund der Nichtberücksichtigung schriftlich zu informieren. Diese Informationspflicht entfällt lediglich bei Auftragswerten unter 10.000,00 EUR (netto). Allerdings fehlt es an einer konsequenten Einräumung eines vergabespezifischen Rechtsschutzes, weil weitergehende Regelungen zum Rechtsschutz, mit Ausnahme der Informations- und Stillhaltepflicht des § 14 Abs. 6 MFG, in Schleswig-Holstein nicht existieren. Der Bieter ist insoweit auf die äußerst unsicheren zivilprozessualen Schritte oder die in der Praxis ebenso aussichtslosen Aufsichtsmaßnahmen verwiesen.

Die daneben auf Grundlage des § 15 MFG am 03.11.2005 erlassene Landesverordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Schleswig-Holsteinische Vergabeverordnung – SHVgVO)¹⁰⁴³ regelt lediglich Grundlagen der Vergabeverfahren, insbesondere die Wertgrenzen für die Möglichkeit zur vereinfachten Vergabe mittels beschränkter bzw. freihändiger Vergabe.

II. Sächsisches Vergabegesetz

1. Einleitung

Am 01.01.2003 trat in Sachsen das Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Freistaat Sachsen (Sächsisches Vergabegesetz [SächsVergabeG])¹⁰⁴⁴ in Kraft.

Neben der Erweiterung des Auftraggeberbegriffes¹⁰⁴⁵ setzt das SächsVergabeG vorrangig Ziele der Mittelstandsförderung¹⁰⁴⁶ durch die Verpflichtung zur losweisen Vergabe gemäß § 2 SächsVergabeG und das Verbot zur Weitergabe von Leistungen an Nachunternehmer über einen Anteil von 50 % gemäß § 3 SächsVergabeG¹⁰⁴⁷ um. Nähere Regelungen für einen vergabespezifischen Rechtsschutz sind im SächsVergabeG nicht zu finden.

Allerdings wurde gemäß § 7 S. 1 SächsVergabeG die Staatsregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung die Ausführung des Vergabegesetzes näher zu regeln. Hierbei war die Staatsregierung gemäß § 7 S. 2 Nr. 6 SächsVergabeG insbesondere be-

¹⁰⁴³ GVOBl. SH. 2005, 524.

¹⁰⁴⁴ Sächs. GVBl. 2002, 218.

¹⁰⁴⁵ Siehe oben, B.I.4.c) cc) (c).

¹⁰⁴⁶ Dammert/Köhler, SächsVBl. 2002, 257 (258); v. Bechtolsheim LKV 2003, 458 (458).

¹⁰⁴⁷ Ziel des Verbotes ist es, zur Stärkung des Mittelstandes den Einsatz von Generalunternehmern einzuschränken.

fugt, „das Verfahren bei Beanstandungen der Nichteinhaltung der Vergabevorschriften durch den nicht berücksichtigten Bieter“ zu regeln.

2. Verordnung zur Durchführung des Sächsischen Vergabegesetzes

a) Einleitung

In Anwendung dieser Ermächtigungsgrundlage erließ die Sächsische Staatsregierung am 17.12.2002 die Verordnung zur Durchführung des Sächsischen Vergabegesetzes (SächsVergabeDVO)¹⁰⁴⁸, welche ebenfalls am 01.01.2003 in Kraft trat. Neben Regelungen zu Grundsätzen der Vergabe¹⁰⁴⁹ sieht § 9 SächsVergabeDVO die Möglichkeit des Bieters vor, Vergaberechtsverstöße zu rügen und eine Beseitigung der Verstöße zu verlangen, was der transparenteren Gestaltung des Vergabeverfahrens und der Schaffung von Rechtssicherheit für Auftraggeber und Bieter dienen soll.¹⁰⁵⁰ Die Regelung des § 9 SächsVergabeDVO ist durch ein vierstufiges System gekennzeichnet, nämlich

- die Informationsverpflichtung des Auftraggebers vor Zuschlagserteilung,
- eine Stillhaltefrist bis zur Zuschlagserteilung,
- das Beanstandungsrecht des Bieters innerhalb der Stillhaltefrist,
- eine Unterrichtungspflicht des Auftraggebers gegenüber der Nachprüfbehörde, verbunden mit einer Zuschlagsperre für 10 Kalendertage.

b) Informationsverpflichtung/Stillhaltefrist

Ausgangspunkt der Nachprüfungsmöglichkeit ist, dass der Auftraggeber gemäß § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO verpflichtet wird, die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den bevorstehenden Zuschlag und den Bieter, dessen Angebot bezuschlagt werden soll, sowie den Grund der Nichtberücksichtigung des jeweiligen Bieterangebotes schriftlich zu informieren.

Diese Informationspflicht muss gemäß § 9 Abs. 1 S. 2 SächsVergabeDVO 7 Kalendertage vor der Erteilung des Zuschlages erfüllt werden, was „den Bedürfnissen der

¹⁰⁴⁸ Sächs. GVBl. 2002, 378.

¹⁰⁴⁹ Hier wurden u. a. Grundsätze zur Prüfung und Wertung der Angebote, zu Sicherheitsleistungen und zur Feststellung der Bieterreife getroffen.

¹⁰⁵⁰ Dammert/Köhler, SächsVBl. 2002, 257 (261).

Praxis und den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes gerecht¹⁰⁵¹ werden soll. Maßgeblich für die Berechnung der Frist ist dabei die Absendung der Information, nicht der Zugang beim Bieter.

Der sächsische Verordnungsgeber hat mit § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO den damaligen Wortlaut des § 13 VgV a. F. fast wörtlich übernommen. Die einzige wesentliche Abweichung zu § 13 VgV a. F. ist, dass nach der SächsVergabeDVO die Information 7 Kalendertage (statt 14 Kalendertage) vor dem Zuschlag erfolgen muss. Die Verkürzung der Frist dürfte insbesondere den unterschiedlichen Auftragswerten und einem geringeren Regelungsbedarf unterhalb der Schwellenwerte, insbesondere aber auch einer Straffung des Vergabeverfahrens geschuldet sein¹⁰⁵². Fraglich ist aber, ob diese Verkürzung noch als angemessen für die Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes angesehen werden kann. Unter Berücksichtigung der beidseitigen Interessen kann man davon ausgehen, dass es im Interesse der Bieter liegt, eine möglichst lange Frist zur Feststellung von Vergabeverstößen und die Einreichung entsprechender Schritte zu Verfügung stehen zu haben. Andererseits ist die Auftraggeberseite an einem straffen Vergabeverfahren verbunden mit einer möglichst kurzfristigen Auftragserteilung interessiert. Die alleinige Bewertung der gegenseitigen Interessen führt insoweit zu keinem Ergebnis. Allerdings bieten insoweit die Regelungen im Oberschwellenbereich hinreichende Anhaltspunkte. Die Stillhaltefrist des § 13 VgV a. F. betrug 14 Kalendertage; die nunmehr gemäß § 101a Abs. 1 Satz 3 GWB n. F. geltende Stillhaltefrist beläuft sich auf 15 Kalendertage. Andererseits kann für die Angemessenheit der Frist auch das Kriterium der Unverzüglichkeit der Rügeerhebung gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB n. F. herangezogen werden, nachdem es auch in diesem Fall darum geht, dass der Bieter einen erkannten Vergabeverstoß in angemessener Frist, nämlich unverzüglich rügt. Unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB n. F. ist entsprechend § 121 Abs. 1 BGB dahingehend zu verstehen, dass die Rüge ohne schuldhaftes Zögern erfolgt¹⁰⁵³. Dabei ist keine feste Frist vorgesehen, vielmehr kommt es entscheidend auf die Umstände des Einzelfalles

¹⁰⁵¹ Leitfaden des Staatsministeriums des Innern zur Verordnung der Sächsischen Staatsregierung zur Durchführung des Sächsischen Vergabegesetzes (Sächsische Vergabedurchführungsverordnung – SächsVergabeDVO) vom 17.03.2003, S. 3.

¹⁰⁵² So auch Brügggen/Schmid, SächsVergabeDVO § 9, S. 141.

¹⁰⁵³ Wiese in Kulartz/Kus/Portz, GWB 2009, § 107, Rdn. 153.

an¹⁰⁵⁴. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass dem Bieter einerseits eine Überlegungsfrist¹⁰⁵⁵, andererseits auch die Einholung von Rechtsrat¹⁰⁵⁶ zugestanden werden muss, sowie des weiteren Umstandes, dass sich die Frist je nach Schwierigkeit der Angelegenheit verlängern kann, wird in der Rechtsprechung (abgesehen von einigen Ausnahmefällen¹⁰⁵⁷) eine Frist von 3 – 7 Kalendertagen als noch unverzüglich angesehen¹⁰⁵⁸. Dies wird beispielsweise auch dadurch untermauert, dass sich der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 04.07.2008 zum Gesetzentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts¹⁰⁵⁹ im Hinblick auf die Unverzüglichkeit der Rüge gemäß § 107 Abs. 3 GWB für die Festschreibung einer Frist von 1 Woche aussprach.

Legt man diese Kriterien an die Auftragsvergabe unterhalb der Schwellenwerte an, erscheint eine Stillhaltefrist von 7 Kalendertagen als durchaus angemessen, um dem Bieter, selbst unter Zuhilfenahme rechtlichen Beistandes, eine ausreichende Zeit für die Entscheidung über rechtliche Schritte einzuräumen. Auch für die Auftraggeber sollte eine derartige Zeitspanne angemessen sein, da sie einerseits als fester Zeitraum grundsätzlich in die Planung der Vergabe einkalkulierbar ist. Andererseits ist gerade die feste Frist ein besser berechenbarer Faktor als Zeitspannen, welche nur durch die Rechtsprechung ausgefüllt werden können.

c) **Beanstandungsrecht des Bieters**

Gemäß § 9 Abs. 2 S. 1 SächsVergabeDVO hat der Bieter die Möglichkeit, innerhalb der Stillhaltefrist gemäß § 9 Abs. 1 S. 2 SächsVergabeDVO eventuelle Vergabeverstöße beim Auftraggeber zu beanstanden. Die Beanstandung muss gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 SächsVergabeDVO zwingend schriftlich erfolgen und beim Auftraggeber erhoben werden.

¹⁰⁵⁴ OLG München, Beschluss vom 17.09.2007, Verg 10/07; VK Bund, Beschluss vom 29.12.2006, VK 2-128/06; OLG Naumburg, Beschluss vom 25.01.2005, 1 Verg 22/04; OLG Celle, Beschluss vom 02.09.2004, 13 Verg 11/04.

¹⁰⁵⁵ VK Sachsen, Beschluss vom 24.01.2008, 1/SVK/087-07; VK Lüneburg, Beschluss vom 11.01.2007, VgK-36/2006.

¹⁰⁵⁶ OLG München, Beschluss vom 17.09.2007, Verg 10/07; VK Bund, Beschluss vom 29.12.2006, VK 2-128/06.

¹⁰⁵⁷ 1 – 3 Tage: OLG Koblenz, Beschluss vom 18.09.2003, 1 Verg 4/03; OLG München, Beschluss vom 13.04.2007, Verg 1/07; Maximalfrist 2 Wochen: OLG Dresden, Beschluss vom 11.09.2006, WVerg 13/06; VK Münster, Beschluss vom 30.03.2007, VK 4/07; OLG Brandenburg, Beschluss vom 20.03.2007, Verg W 12/06.

¹⁰⁵⁸ OLG Brandenburg, Beschluss vom 20.03.2007, Verg W 12/06; OLG Dresden, Beschluss vom 06.04.2004, WVerg 0001/04; Wiese in Kulartz/Kus/Portz, GWB 2009, § 107, Rdn. 80; Ruhland in Müller-Wrede, § 107, Rdn. 20.

¹⁰⁵⁹ BT-Drs. 16/10117, S. 34.

Sonstige Vorschriften für die Beanstandung existieren nicht. Insbesondere fehlen weitere Zulässigkeitskriterien, wie beispielsweise Regelungen analog § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB n. F. in Form der vorherigen unverzüglichen Rüge oder Ausschlussfristen bei zu langem Zuwarten des Bieters nach einer Nichtabhilfe der Vergabestelle auf eine Rüge gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB n. F.

Problematisch dürfte aber insbesondere sein, dass § 9 SächsVergabeDVO sich ausschließlich an die Bieter als solche richtet. Unter dem Begriff „Bieter“ ist grundsätzlich ein Unternehmen anzusehen, welches in einem förmlichen Vergabeverfahren ein Angebot abgegeben hat¹⁰⁶⁰. Der Begriff „Bieter“ im Sinne des § 9 SächsVergabeDVO beinhaltet damit zwingend als Voraussetzung des Beanstandungsrechtes, dass sich das beanstandende Unternehmen auch mit einem Angebot am Vergabeverfahren beteiligt hat. Zwangsläufig nicht erfasst sind insoweit die Fälle der „de-facto-Vergabe“, mithin einer Vergabe ohne ein entsprechendes Vergabeverfahren, und auch weiterhin Fälle, in denen die Vergabestelle durch Wahl eines falschen Vergabeverfahrens ein Unternehmen hindert, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen. Hierzu zählen bspw. einerseits die Fälle, in denen unzulässigerweise die Vergabestelle eine beschränkte Ausschreibung im Sinne von § 3 Abs. 1 S. 2 VOB/A (§ 3 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A 2006) durchführt und das angebotswillige Unternehmen hiervon gar nichts erfährt oder erst zu einem späteren Zeitpunkt Informationen erhält. Andererseits sind dies Vergabeverfahren (außer der öffentlichen Ausschreibung gemäß § 3 Abs. 1 VOB/A [§ 3 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A 2006]), in denen die Vergabestelle ein angebotswilliges Unternehmen aus vergabefremden Gründen unzulässig nicht für die Angebotsabgabe berücksichtigt. Die Wahl des falschen Vergabeverfahrens kann durch einen nicht beteiligten, aber angebotswilligen Unternehmer mangels Bieterstellung nicht gemäß § 9 SächsVergabeDVO gerügt werden. Dies betrifft gleichermaßen den Fall der rechtswidrigen Nichtbeteiligung eines angebotswilligen Unternehmers am Vergabeverfahren.

Für diese Unternehmen gilt § 9 SächsVergabeDVO aufgrund des ausdrücklichen Wortlautes nicht. Diese Ansicht wird auch dadurch untermauert, dass der Bieter ge-

¹⁰⁶⁰ Hattig, S. 73; OLG Jena, Beschluss vom 28.01.2004, 6 Verg 11/03; OLG Koblenz, Beschluss vom 05.09.2002, 1 Verg 2/02.

mäß § 9 Abs. 2 Satz 1 SächsVergabeDVO die Beanstandung innerhalb der Frist des § 9 Abs. 1 Satz 2 SächsVergabeDVO erheben soll, welche aber mangels entsprechender Information gar nicht zu laufen beginnt. Der nicht am Vergabeverfahren beteiligte Unternehmer ist nämlich kein Adressat einer Bieterinformation, da die Verpflichtung des Auftraggebers gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 SächsVergabeDVO gerade nur dahingehend besteht, die Bieter zu informieren.

Für ein nicht am Vergabeverfahren beteiligtes Unternehmen existiert insoweit kein Beanstandungsrecht gemäß § 9 Abs. 2 SächsVergabeDVO. Dies führt zwar nicht dazu, dass dieser Unternehmer die „normalen“ Rechtsschutzmöglichkeiten in Form von Aufsichtsmaßnahmen und auch den zivilprozessualen Verfahren verliert. Allerdings fehlt es bei diesen Maßnahmen insbesondere an der in § 9 Abs. 2 Satz 2 SächsVergabeDVO verankerten Zuschlagssperre, auf welche nachfolgend näher eingegangen wird¹⁰⁶¹. Hinzu kommt, dass die Anrufungsstellen erheblich differieren, weshalb die Ergreifung von aufsichtsrechtlichen Maßnahmen unsicherer wird. Während nach der SächsVergabeDVO die Beanstandung bei der Vergabestelle eingereicht wird, welche die Beanstandung an die zuständige Aufsichtsstelle weiterleiten muss, ist ein nicht am Vergabeverfahren beteiligter Bieter gezwungen, diese Stelle selbst zu ermitteln. Insbesondere in den Fällen des § 9 Abs. 2 Satz 5 SächsVergabeDVO, mithin bei Zuwendungsempfängern, die nicht öffentliche Auftraggeber sind, ist eine derartige Ermittlung der Bewilligungsbehörde der Zuwendung regelmäßig sehr schwierig.

d) Unterrichtungspflicht/Zuschlagssperre

Der Auftraggeber seinerseits ist auf die Beanstandung hin verpflichtet, die Nachprüfungsbehörde¹⁰⁶² über das Vorliegen der Rüge zusammen mit einer kurzen Stellungnahme¹⁰⁶³ zu unterrichten.

¹⁰⁶¹ Siehe unten, d).

¹⁰⁶² Gemäß § 9 Abs. 2 S. 4 SächsVergabeDVO ist dies die Aufsichtsbehörde bzw. bei Zuwendungsempfängern, welche nicht (klassische) öffentliche Auftraggeber sind, die Bewilligungsbehörde.

¹⁰⁶³ Leitfaden des Staatsministeriums des Innern zur Verordnung der Sächsischen Staatsregierung zur Durchführung des Sächsischen Vergabegesetzes (Sächsische Vergabedurchführungsverordnung – SächsVergabeDVO) vom 17.03.2003, S. 4.

Ab dem Zeitpunkt der Benachrichtigung der Nachprüfbehörde besteht eine Zuschlagssperre von 10 Kalendertagen, innerhalb derer die Nachprüfbehörde die Beanstandung des Bieters bewerten kann. Ein Zuschlag darf im Falle einer Beanstandung gemäß § 9 Abs. 2 S. 2 SächsVergabeDVO nur erteilt werden, wenn die Nachprüfbehörde nicht innerhalb von 10 Kalendertagen die Beanstandungen bestätigt, andernfalls nur unter Beachtung der Beanstandungen der Aufsichtsbehörde. Geht dem Auftraggeber also innerhalb der Frist keine Entscheidung der Nachprüfbehörde zu oder weist diese Behörde die Beanstandungen des Bieters zurück, darf der Zuschlag erteilt werden.

Problematisch ist diesbezüglich, dass die Frist der Zuschlagssperre erst ab Benachrichtigung der Nachprüfbehörde zu laufen beginnt. Dies dürfte seinen Grund darin haben, dass der Vergabestelle die Möglichkeit eingeräumt werden soll, dem beanstandeten Vergabeverstoß selbst abzuwehren¹⁰⁶⁴. Aus diesem Grund dürfte auch keine zeitliche Bestimmung für die Benachrichtigung der Aufsichtsbehörde in § 9 Abs. 2 Satz 1 SächsVergabeDVO enthalten sein. Dies mag von der Intention her richtig sein, weil durch die Möglichkeit der Selbsthilfe das Vergabeverfahren gestrafft und im Übrigen auch die Nachprüfstelle entlastet wird. Bedenklich ist diesbezüglich aber einerseits, dass während des Entscheidungsfindungsprozesses der Vergabestelle darüber, ob den Beanstandungen des Bieters abgeholfen wird, weder eine Zuschlagssperre noch Sanktionen für einen dennoch erteilten Zuschlag existieren. Die Vergabestelle könnte insoweit im Zeitraum nach der Beanstandung bis zur Benachrichtigung der Nachprüfbehörde den Zuschlag erteilen. Dies sei an folgendem tatsächlich stattgefundenen Beispiel, welches aber zugegebenermaßen eher der Einzelfall sein dürfte, verdeutlicht:

Die Stadtverwaltung G schrieb für das Bauvorhaben "Gymnasium G, Am Gymnasium 1" die Rohbauarbeiten aus, für welche sich Bieter A bewarb. Auf eine Rüge des betroffenen Bieters teilte das mit der Betreuung der Vergabe betraute Architekturbüro schriftlich mit, dass der Widerspruch des Bieters abgelehnt wird.

¹⁰⁶⁴ Brüggen/Schmid, S. 141; Leitfaden des Staatsministeriums des Innern „Hinweise zur Vergabe öffentlicher Aufträge im kommunalen Bereich im Freistaat Sachsen“ vom 15.05.2008, S. 22.

Erst auf nochmalige Intervention des Bieters informierte die Vergabestelle den Bieter dann über die Abgabe an die Nachprüfbehörde, welche ihrerseits mitteilte:

"Nach Aussage der Stadt G ist der Zuschlag bereits erteilt, so dass es sich um eine Nachprüfung nach Zuschlagserteilung handelt."

Diesbezüglich ist im Übrigen auch zu beachten, dass es keinerlei Zeitbestimmung für den Entscheidungsfindungsprozess der Vergabestelle gibt. Das heißt, allein durch eine lange Bearbeitung der Beanstandung eines Bieters seitens der Vergabestelle kann das Vergabeverfahren zeitlich extrem verlängert werden. Dies widerspricht einerseits dem Bestreben der öffentlichen Auftraggeber selbst, welche einen Rechtsschutz u. a. gerade wegen der unkalkulierbaren Dauer ablehnen¹⁰⁶⁵. Andererseits widerspricht dies auch den bei der Vertragsanbahnung bestehenden gegenseitigen Fürsorgepflichten aus dem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis, da bei einer extrem langen und zeitlich unbestimmten Verzögerung des Zuschlages die vom Bieter ursprünglich kalkulierte Leistung durch eventuelle Preissteigerungen unkalkulierbar und im Übrigen auch der Personalplanung der Bieter die Grundlage entzogen wird, je länger sich das Vergabeverfahren verzögert. Dies belegen beispielsweise auch die Informationspflichten des § 19 Abs. 1 VOB/A (§ 27 Nr. 1 VOB/A 2006), welche zur Gewährleistung der betrieblichen Planung von Personal und sachlichen Ressourcen des Bieters dienen¹⁰⁶⁶.

Auch die in § 9 Abs. 2 Satz 2 SächsVergabeDVO enthaltene Zuschlagssperre ist nicht mit derartigen Sanktionen versehen. Vielmehr handelt es sich um ein „befristetes, jedoch nicht sanktioniertes Zuschlagsverbot“¹⁰⁶⁷. Dabei ist zu beachten, dass § 9 Abs. 2 Satz 2 SächsVergabeDVO gerade keine Entscheidungsfrist für die Nachprüfungsbehörde darstellt, weil § 9 Abs. 2 Satz 3 SächsVergabeDVO festlegt, dass kein Anspruch auf ein Tätigwerden der Nachprüfungsbehörde besteht. Dies ist auch daran erkennbar, dass nach dem Wortlaut von § 9 Abs. 2 Satz 2 SächsVergabeDVO der Zuschlag dann erteilt werden darf, „wenn die Nachprüfbehörde nicht innerhalb von

¹⁰⁶⁵ Vgl. oben, D.II.6.

¹⁰⁶⁶ Vgl. oben, D.III.1.c).

¹⁰⁶⁷ Brüggem/Schmid, S. 141.

10 Kalendertagen nach Unterrichtung das Vergabeverfahren mit Gründen beanstandet“. Das heißt, der Zuschlag ist ohne jegliche Bearbeitung der Beanstandung durch die Nachprüfbehörde mit Zeitablauf möglich.

Die fehlende Zuschlagssperre während der Möglichkeit zur Abhilfe und auch die fehlende zeitliche Fixierung der Handlungen der Vergabestelle selbst wie auch der Nachprüfungsbehörde führen insoweit zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit im Rahmen eines angestrebten Rechtsschutzes. Dies führt im Extremfall zu derart hohen Zeitverzögerungen, dass dies weder für die Vergabestelle noch für Bieter zeitlich oder finanziell kalkulierbar ist. Darüber hinaus ist durch die bei der Verzögerung des Vergabeverfahrens zugelassenen Nachtragsforderungen des bezuschlagten Bieters¹⁰⁶⁸ auch ein Verstoß gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit der Verwaltung gemäß § 7 SächsHO möglich. Dies sei an einem, sicherlich extremen, aber tatsächlich stattgefundenen Beispiel verdeutlicht:

Die Gemeinde A schrieb Straßenbauarbeiten national aus. Für diese Leistungen bewarb sich u. a. Bieter B, welcher auch im Submissionstermin als erstrangiger Bieter eingestuft wurde. Am 15.04.2008 gab die Gemeinde A mit Informationsschreiben gemäß § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO bekannt, dass sie das Angebot des Bieters B wegen Unzuverlässigkeit ausgeschlossen habe und beabsichtige, Bieter C den Zuschlag zu erteilen. Bieter B beanstandete fristgerecht am 16.04.2008 die Ausschlussentscheidung der Gemeinde A, wobei die Nachprüfbehörde (Landratsamt) parallel über die Beanstandung informiert wurde. Die Gemeinde A begründete mit Schreiben vom 22.04.2008 nochmals ihre Ausschlussentscheidung und lehnte damit die Beanstandung des Bieters B ab. Gleichzeitig wurde mitgeteilt, dass die Unterlagen an die Nachprüfbehörde am 18.04.2008 ausgereicht wurden. Weitere Erklärungen oder Informationen wurden durch die Gemeinde vorerst nicht abgegeben.

Von der Nachprüfbehörde erhielt Bieter B keinerlei Informationen oder Bescheide.

Am 17.07.2008, also 3 Monate nach Beanstandung durch den Bieter B, wurde dieser dann überraschend durch Gemeinde A zu einem Bietergespräch eingela-

¹⁰⁶⁸ BGH, Urteil vom 11.05.2009, VII ZR 11/08.

den und nachfolgend am 07.08.2008 (fast 4 Monate nach der Beanstandung) auch bezuschlagt.

Die Baumaßnahme begann deshalb mit 4-monatiger Verzögerung, was auch eine Verschiebung in die Winterzeit mit sich führte. Durch diese Bauzeitverschiebung entstanden in der Endabrechnung Mehrkosten in Höhe von 35.000 EUR.

An dem vorstehenden Beispiel ist zu erkennen, dass die Vergabestelle ihr Recht auf Abhilfe in zeitlicher Hinsicht offensichtlich unangemessen ausschöpfte. Der beanstandende Bieter hat zwar im Ergebnis recht bekommen, rechnete aber 4 Monate nach der Beanstandung und in Anbetracht der Zuschlagssperre von 10 Kalendertagen gemäß § 9 Abs. 2 Satz 2 SächsVergabeDVO gar nicht mehr mit der Möglichkeit einer Zuschlagserteilung. Sowohl der zeitliche Aspekt als auch die durch die Verzögerung der Baumaßnahme entstandenen Mehrkosten waren dabei durch die äußerst lange Bearbeitung der Vergabestelle bedingt. Derartige Verzögerungen dürften nicht im Einklang mit den Intentionen des Verordnungsgebers stehen, weil die Zielrichtung durch § 7 SächsHO vorgegeben ist, nämlich wirtschaftliches Handeln.

e) Einzelheiten zu den Regelungen des § 9 SächsVergabeDVO

aa) Sachlicher Anwendungsbereich

Die Regelungen des § 9 Abs. 1 und Abs. 2 SächsVergabeDVO sind gemäß § 9 Abs. 3 SächsVergabeDVO nur anzuwenden, wenn bei Bauleistungen der Auftragswert von 150.000,00 EUR (ohne Umsatzsteuer) überschritten ist. Bei Unterschreitung dieses Auftragswertes kann der Bieter (wie bisher) nur die Aufsichts- bzw. Bewilligungsbehörde direkt anrufen¹⁰⁶⁹, also die oben dargestellten Rechtsschutzformen ausschöpfen¹⁰⁷⁰.

(a) Begriff „Auftragswert“

Problematisch ist zuvorderst die Frage, wie der Auftragswert von 150.000 EUR ermittelt wird. § 9 Abs. 3 SächsVergabeDVO spricht lediglich von Auftragswert ohne

¹⁰⁶⁹ Begründung zur Verordnung der Sächsischen Staatsregierung zur Ausführung des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Freistaat Sachsen vom 26.03.2002, S. 5 (unveröffentlicht).

¹⁰⁷⁰ Vgl. oben, C.II.2.a) ff.

Umsatzsteuer. Insoweit erscheint zunächst die Regelung relativ eindeutig. Berücksichtigt man jedoch eine weitestgehend einheitliche Begriffsbestimmung bei den Vergaben unabhängig vom Schwellenwert, wird deutlich, dass unklar ist, ob der Verordnungsgeber die im Rahmen der Planung der Baumaßnahme erstellte Schätzung oder den tatsächlich zu bezuschlagenden Angebotswert zugrunde legen will.

Unter Auftragswert ist dabei einheitlich die Gesamtvergütung zu verstehen, die der Auftraggeber an den Auftragnehmer als Gegenleistung für die Auftrags Erfüllung leisten muss¹⁰⁷¹. Hierzu wird oberhalb der Schwellenwerte gemäß § 3 Abs. 1 VgV von einer „Schätzung des Auftragswertes“ im Sinne der Gesamtvergütung für die „vorgesehene Leistung“ gesprochen, was bereits auf eine Festlegung ohne konkrete Angebote hinweist. Der Auftraggeber muss für die Einstufung der Vergabe zum Ober- bzw. Unterschwellenbereich und die damit verbundene Wahl des Vergabeverfahrens zwingend gemäß § 3 Abs. 9 VgV (§ 3 Abs. 10 VgV 2006) die Schätzung der Auftragswerte zu Beginn des Vergabeverfahrens (Tag der Absendung der Bekanntmachung bzw. sonstige Einleitung des Vergabeverfahrens) vornehmen¹⁰⁷².

Für die Begriffsbestimmung des Auftragswertes im Sinne des § 9 Abs. 3 SächsVergabeDVO gehen allerdings Brügggen/Schmid davon aus, dass es es sich um den Wert handelt, welcher "jeweils der einem Bieter zu erteilende Auftrag" entsprechen soll¹⁰⁷³. Nach dieser Kommentierung, welche zumindest vereinzelt durch die Praxis auch so zur Anwendung zu gelangen scheint, wird insoweit die Einstufung des Anwendungsbereiches nicht bei Einleitung des Verfahrens, sondern erst bei Beendigung desselben und bieterkonkret vorgenommen. Problematisch ist in der Praxis dabei, dass häufig für einen Bieter nicht erkennbar ist, ob ein Vergabeverfahren unter den Anwendungsbereich des § 9 Abs. 3 SächsVergabeDVO fällt, weil die dem Bieter übergebenen Vergabeunterlagen¹⁰⁷⁴ allenfalls einen Hinweis auf Nachprüfbehörden gemäß § 21 VOB/A (§ 31 VOB/A 2006) enthalten. Hinweise zum Geltungsbereich des § 9 SächsVergabeDVO fehlen regelmäßig. Der Bieter erfährt dann erst nach seiner Beanstandung, ob die Vergabe in den Anwendungsbereich des § 9 SächsVerga-

¹⁰⁷¹ Hattig, S. 39.

¹⁰⁷² Vgl. oben, B.I.3.b).

¹⁰⁷³ Brügggen/Schmid, S. 145.

¹⁰⁷⁴ Hier wird häufig das Vergabehandbuch Bund (VHB) verwendet, welches gar keine Eintragungen für die Anwendung der SächsVergabeDVO vorsieht.

beDVO fällt, was aber bereits unter dem Gesichtspunkt des Adressaten der Beanstandung¹⁰⁷⁵ für den Bieter vor Erhebung der Beanstandung erkennbar sein muss.

Fraglich ist hier, ob diese Verfahrensweise dem Wortlaut des § 9 Abs. 3 SächsVergabeDVO entspricht und auch die Anforderungen eines transparenten Vergabeverfahrens im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A erfüllt.

§ 9 Abs. 3 SächsVergabeDVO selbst lässt vom Wortlaut her keine zeitliche Festlegung für die Bestimmung des Auftragswertes erkennen.

Für eine derartige vorherige Schätzung auch im Rahmen des Geltungsbereiches der SächsVergabeDVO spricht aber insbesondere, dass auch in dieser Verordnung auftragswertabhängige Entscheidungen für die Wahl einzelner Vergabeverfahren existieren. So legt § 1 Abs. 2 Satz 2 SächsVergabeDVO fest, dass bis „zu einem Auftragswert von 25.000 EUR (ohne Umsatzsteuer) eine Öffentliche Ausschreibung oder Beschränkte Ausschreibung“ nicht zweckmäßig ist. Auch hier ist kein Zeitfaktor für eine Bestimmung des Auftragswertes im Wortlaut zu erkennen. Allerdings ist es verfahrensimmanent, dass zwingend vor der Wahl des Vergabeverfahrens der Auftragswert ermittelt werden muss (durch Schätzen). Eine Einholung von Angeboten vor der Verfahrenswahl kommt aus sich heraus nicht in Frage, weil die Angebotseinholung bereits Teil des jeweiligen Vergabeverfahrens ist. Weder in § 1 Abs. 2 SächsVergabeDVO noch in § 9 Abs. 3 SächsVergabeDVO gibt es konkrete Festlegungen für den Zeitpunkt der Ermittlung des Auftragswertes, bei gleicher Verwendung des Begriffes. Nachdem aber eine nachträgliche Ermittlung des Auftragswertes gemäß § 1 Abs. 2 SächsVergabeDVO gar nicht möglich ist, weil dieser zwingend vor der Verfahrenseinstufung bestimmt werden muss, besteht allein aus der identischen Begriffsverwendung kein Anlass, den Auftragswertbegriff in § 1 Abs. 2 SächsVergabeDVO und § 9 Abs. 3 SächsVergabeDVO unterschiedlich zu behandeln.

Hinzu kommt, dass bei einer Bewertung nach dem tatsächlichen Auftragswert Bieter ein und desselben Vergabeverfahrens im Hinblick auf die Verfahrensweise ungleich behandelt werden müssten. Bei einem Vergabeverfahren, bei welchem Bieter sowohl Angebote unterhalb als auch oberhalb von 150.000 EUR abgegeben haben, wäre § 9 Abs. 1 und 2 SächsVergabeDVO bei einer Bewertung des tatsächlichen Auftragswer-

¹⁰⁷⁵ Adressat der Beanstandung gemäß § 21 VOB/A ist die Nachprüfbehörde; Adressat der Beanstandung gemäß § 9 Abs. 2 SächsVergabeDVO ist die Vergabestelle.

tes, d. h. des Angebotsbetrages des jeweiligen Bieters, nicht für sämtliche Bieter anwendbar. Das heißt, dass die Bieter, deren Angebot unter 150.000 EUR liegt, weder ein Informationsschreiben gemäß § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO erhalten müssten noch sie ein Beanstandungsrecht im Sinne des § 9 Abs. 2 SächsVergabeDVO hätten. Demgegenüber wären die Bieter mit dem höheren Angebotswert bevorteilt, weil ihnen sowohl ein Anspruch auf Information als auch ein Beanstandungsrecht zustünde. Legt man die Grundsätze der Kommission für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte zugrunde, müsste man dies als Fehlen von Transparenz bewerten, weil Transparenz insbesondere auch das vorherige Bekanntsein von Verfahren und Verfahrenskriterien erfordert¹⁰⁷⁶.

Für eine unterschiedliche Begriffsverwendung gibt es in der SächsVergabeDVO insoweit keinen Anhaltspunkt, weshalb die Kommentierung von Brüggem/Schmid und die teilweise Praxis eher problematisch sein dürften. Die Einstufung im Sinne des § 9 Abs. 3 SächsVergabeDVO hat daher ebenso wie die Festlegung des Vergabeverfahrens einheitlich vor der Durchführung des Vergabeverfahrens zu erfolgen, um allen Bietern den gleichen Zugang zur Information und zum Beanstandungsrecht zu gewährleisten. Aufgrund der unterschiedlichen Bewertungen wäre eine klarstellende Formulierung in der SächsVergabeDVO zur Gewährleistung des einheitlichen Verfahrens sinnvoll.

Problematisch ist diese von Kommentierung und Praxis veranlasste unterschiedliche Behandlung der Bieter im Rahmen des gleichen Vergabeverfahrens aber insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung gemäß Art. 18 Abs. 1 SächsVerf. Gemäß Art. 18 Abs. 1 SächsVerf ist ebenso wie in Art. 3 Abs. 1 GG normiert, dass alle Menschen gleich behandelt werden müssen. Im Hinblick auf die Definition des Schutzbereiches kann insoweit auf die Ausführungen unter D.II.1.a) verwiesen werden. Auch ein Eingriff in den Schutzbereich ist vergleichbar mit den Darstellungen zu den EU-Schwellenwerten unter D.II.1.b) feststellbar. Oberhalb der Bagatellgrenze von 150.000 EUR hat der Bieter Anspruch auf Information, verbunden mit der diesbezüglichen Wartefrist und Beanstandungsmöglichkeit. Unterhalb der Bagatellgrenze hat ein Bieter eine derartige Möglichkeit nicht.

¹⁰⁷⁶ Für den Fall der vorherigen Bekanntmachung: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.05.2008, Verg 19/08.

Fraglich ist, ob diese Differenzierung gerechtfertigt ist. Nachdem auch bei der Einführung der Bagatellgrenzen keine Differenzierung hinsichtlich der Zugehörigkeit zu bestimmten Personengruppen vorliegt¹⁰⁷⁷, ist insoweit zu prüfen, ob es einen vernünftigen, sich aus der Natur der Sache ergebenden bzw. sonst einleuchtenden Grund für die vorliegende Differenzierung gibt.

Auf den ersten Blick erscheint dabei eine identische Situation vorzuliegen, wie sie bei der Beurteilung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bezüglich der Zweiteilung des vergabespezifischen Rechtsschutzes besteht¹⁰⁷⁸. Das heißt, dass die Ungleichbehandlung unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie gerechtfertigt sein könnte. Ebenso wie die Ausweitung des vergabespezifischen Rechtsschutzes des GWB auf den Unterschwellenbereich bedeuten auch die Regelungen des § 9 SächsVergabeDVO einen erhöhten Verwaltungsaufwand. Neben der zusätzlichen Informationspflicht bedeutet auch die Stillhaltepflicht verbunden mit dem Rügerecht und der gleichzeitig verankerten Zuschlagssperre einen nicht zu verachtenden Zeitfaktor, verbunden mit dem Arbeitsaufwand zur Bearbeitung der Rüge als solcher. Zwar mag man über die Höhe der Bagatellgrenze diskutieren, jedoch könnte bereits unter den Gesichtspunkten der Verfahrensökonomie eine sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung zu bejahen sein.

Im Rahmen der vorliegenden Konstellation ist aber ein Unterschied vorhanden, der eine abweichende Beurteilung zulassen könnte. Während nämlich die Zweiteilung des Rechtsschutzes verfahrensbezogen ist und damit keine unterschiedliche Bieterbewertung innerhalb des Verfahrens stattfindet, erfolgt nach Kommentierung und Praxis die Zuordnung des Geltungsbereiches des § 9 SächsVergabeDVO nach dem Auftrags- bzw. Angebotswert des jeweiligen Bieters. Dadurch können aber Bieter ein und desselben Vergabeverfahrens unterschiedlich behandelt werden. Diese mögliche Ungleichbehandlung findet keinen Grund in der Verfahrensökonomie. Zwar könnte man argumentieren, dass die Vergabestelle durch die Einschränkung der Informationspflichten und Beanstandungsrechte theoretisch trotzdem entlastet sein könnte, weil gerade nicht alle Bieter beanstanden können. Allerdings ist dies nur ein theoretisches Argument, weil einerseits trotz allem Bieter informiert werden müssen. Andererseits tritt im Falle einer Beanstandung eines „zugelassenen“ Bieters der gleiche

¹⁰⁷⁷ Vgl. oben, D.II.1.b).

¹⁰⁷⁸ Vgl. oben, D.II.1.c).

Zeitverlust ein. Wesentlich problematischer ist aber die sich öffnende mehrfache Manipulationsmöglichkeit im Vergabeverfahren. Die Manipulationsmöglichkeit ergibt sich in Fällen, in denen der erstrangige Bieter unterhalb der 150.000 EUR anbietet, der nächstrangige oberhalb von 150.000 EUR. Selbst wenn der nachrangige Bieter ein fehlerhaftes Angebot abgibt, kann sich die Vergabestelle dafür entscheiden, dem nachrangigen Bieter den Zuschlag zu erteilen, weil der erstrangige Bieter gerade nicht beanstanden kann. Demgegenüber dürfte die Wahrscheinlichkeit, dass ein nachrangiger Bieter sein Beanstandungsrecht von der 3. oder 4. Bieterposition aus nutzt, zumindest wesentlich geringer sein. Andererseits werden auch Manipulationsmöglichkeiten durch Bildung von sachwidrig kleinen Losen und eine damit einhergehende Umgehungsmöglichkeit gesehen¹⁰⁷⁹. Wenn nämlich entsprechend Kommentierung und Praxis auf den Angebotspreis des jeweiligen Bieters abgestellt wird, bleiben die Gesamtmaßnahme und deren Bedeutung völlig außer Betracht.

Die in Kommentierung und Praxis übliche Differenzierung des § 9 SächsVergabeDVO nach den Auftrags- bzw. Angebotswerten der Bieter ist insoweit nicht sachlich gerechtfertigt und verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 18 Abs. 1 SächsVerf.

Hinzu kommt, dass der Wortlaut der Verordnung aufgrund der widersprüchlichen Formulierung einer entsprechenden Klarstellung bedarf.

(b) Angemessenheit

Fraglich ist, ob der angesetzte Wert von 150.000 EUR (sog. Bagatellgrenze) tatsächlich sachgerecht und angemessen ist.

Der Grund für diese Bagatellgrenze liegt darin, "Vergabeverfahren mit relativ geringen Auftragsvolumen nicht unverhältnismäßig zu verzögern und die Vergabestelle und Aufsichtsbehörden nicht übermäßig zu belasten"¹⁰⁸⁰.

Im Vorentwurf zur SächsVergabeDVO ging das Sächsische Staatsministerium für Wirtschaft und Arbeit im ursprünglichen § 9 SächsVergabeDVO gar nicht von

¹⁰⁷⁹ Brüggem/Schmid, S. 145.

¹⁰⁸⁰ Begründung zum Alternativvorschlag des § 9 im Vorentwurf der SächsVergabeDVO vom 05.04.2002 (unveröffentlicht).

Schwellenwerten aus¹⁰⁸¹. Nachträglich wurde aber ein Alternativvorschlag mit Bagatellgrenzen von 50.000 EUR für Bauleistungen unterbreitete, was der Entlastung der Auftraggeber und Aufsichtsbehörden dienen sollte.¹⁰⁸² Der Wert wurde dabei ohne nähere Begründung auf den doppelten Wert der Höchstwerte für freihändige Vergaben gemäß § 1 Abs. 2 SächsVergabeDVO angesetzt¹⁰⁸³. Selbst diese Bagatellwerte wurden durch die zur Stellungnahme aufgeforderten Verbände kritisiert. So erklärten der Sächsische Bauindustrieverband¹⁰⁸⁴ und auch die Vereinigung der Sächsischen Wirtschaft e. V.¹⁰⁸⁵, dass die Bagatellgrenze einheitlich auf 13.000 EUR festgesetzt werden solle, und führten weiterhin aus, dass die angestrebte Transparenz der Vergabeentscheidungen überwiegend ins Leere gehen würde, wenn die Informationspflicht bei 50.000 EUR beginnt. Die Auftragsberatungsstelle Sachsen e. V.¹⁰⁸⁶ plädierte ihrerseits für eine Anpassung an die Werte der freihändigen Vergabe gemäß § 1 Abs. 2 SächsVergabeDVO.

Nachdem unmittelbar hierauf die SächsVergabeDVO mit Bagatellgrenzen für Bauleistungen von 150.000 EUR bekannt gemacht wurde, steht zu vermuten, dass im vorliegenden Fall die vom Staatsministerium selbst erkannten und dargestellten Interessen der Vergabestellen, nämlich die Verringerung des Arbeitsaufwandes und Erhöhung der Effektivität¹⁰⁸⁷, noch höher bewertet wurden.

Im Ergebnis ist dies die gleiche Diskussion wie bei der Frage, ob es einen Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte geben soll oder nicht¹⁰⁸⁸. Es stellt sich die Frage, ob bzw. ab welchem Wert die Interessen der Bieter an Transparenz und Rechtsschutz die Interessen der Vergabestellen an einer Minimierung des Verwaltungs- und Zeitaufwandes überwiegen. Ein messbarer Bezug, warum diese Grenze

¹⁰⁸¹ Vorentwurf der SächsVergabeDVO vom 26.03.2002 (unveröffentlicht).

¹⁰⁸² Dammert/Köhler, SächsVBl. 2002, 257 (261).

¹⁰⁸³ Begründung zum Alternativvorschlag des § 9 im Vorentwurf der SächsVergabeDVO vom 05.04.2002 (unveröffentlicht). Der Alternativvorschlag wurde in den nachfolgenden Entwürfen in § 9 SächsVergabeDVO aufgenommen.

¹⁰⁸⁴ Schreiben vom 04.11.2002 (unveröffentlicht).

¹⁰⁸⁵ Schreiben vom 24.10.2002 (unveröffentlicht).

¹⁰⁸⁶ Schreiben vom 11.11.2002 (unveröffentlicht).

¹⁰⁸⁷ So fordert der DStGB in seiner Stellungnahme zum Koalitionsvertrag der CDU/CSU-FDP eine dauerhafte Fortführung der erleichterten Wertgrenzen des Konjunkturpaketes II und sieht in jeglichem Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte die Gefahr von Investitionsverzögerungen. Quelle: http://www.dstgb.de/homepage/artikel/schwerpunkte/bewertung_des_koalitionsvertrages_aus_kommunaler_sicht/bewertung_koalitionsvertrag_1109.pdf.

¹⁰⁸⁸ Siehe oben, D.II.6.

gerade bei 150.000 EUR liegen soll, existiert dabei nicht. Dabei ist auch § 3 Abs. 3 Nr. 1 b) VOB/A, welcher eine beschränkte Ausschreibung von Leistungen im Tief-, Verkehrswege- und Ingenieurbau bei Auftragswerten bis 150.000 EUR zulässt, zu beachten. Die Beibehaltung der Bagatellgrenze von 150.000 EUR würde dazu führen, dass bei derartigen beschränkten Ausschreibungen generell keine Informationspflicht und auch kein Beanstandungsrecht bestehen. Auch nach der VOB/A handelt es sich nicht um Bagatellverfahren. Anderenfalls wären die Leistungen in den Bereich der freihändigen Vergabe eingeordnet worden. Allein die Tatsache, dass es sich bei der beschränkten Ausschreibung trotzdem um einen Bieterwettbewerb handelt, rechtfertigt eine Information der Bieter. Der faktische Ausschluss ganzer Verfahrensbereiche kann nicht mehr als angemessen bewertet werden.

Für eine vollumfängliche Informationspflicht, unabhängig vom Auftragswert, spricht vor allem, dass die Informationspflicht im Sinne der VOB/A in jedem Fall eine Information an die Bieter vorsieht. Das heißt, durch eine Anhebung der Bagatellgrenze erspart die Vergabestelle im Hinblick auf die Informationspflicht keinerlei Verwaltungsaufwand, weil die gleiche Information gemäß § 27 Nr. 2 VOB/A (allerdings nur auf Verlangen eines Bieters) zumindest nach der Zuschlagserteilung abzugeben ist.

Entscheidend für die Beurteilung dürften vielmehr das Beanstandungsrecht der Bieter und die Überprüfung durch die Nachprüfbehörde verbunden mit der verankerten Zuschlagssperre sein. Die Bearbeitung einer Vergabebeanstandung beinhaltet dabei zugegebenermaßen einerseits einen gewissen Verwaltungsaufwand, andererseits auch den durch die Zuschlagssperre ausgelösten Zeitverlust. Dieser ist aber bedingt durch die Fristregelungen nicht vergleichbar mit den Aufwendungen oberhalb der Schwellenwerte¹⁰⁸⁹. Die Informationsfrist gemäß § 9 Abs.1 SächsVergabeDVO ist eine starre und nicht verlängerbare Frist, welche bei einer vernünftigen Bearbeitung der Vergabe jedenfalls in der überwiegenden Zahl der Vergaben mit einkalkuliert werden kann und insoweit nicht zu einer Verzögerung führt. Ähnlich sieht es bei der Sperrfrist des § 9 Abs. 2 SächsVergabeDVO aus, welche ebenfalls als starre, unveränderbare Frist ausgestaltet ist. Der einzig zusätzliche Verzögerungsfaktor ist die Prüfung der Vergabestelle im Rahmen der Abhilfemöglichkeit, welche nicht normiert ist und in Einzelfällen ein Verfahren verlängert¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁹ Siehe oben, D.III.3.

¹⁰⁹⁰ Siehe oben, d).

Insoweit ist für eine Regelung einer (zusätzlichen) Bagatellgrenze in Höhe von 150.000 EUR im Sinne des § 9 Abs. 3 SächsVergabeDVO kein nachvollziehbarer Rechtfertigungsgrund vorhanden. Allenfalls bei der vorhandenen Möglichkeit einer freihändigen Vergabe bis 25.000 EUR ist eine Information wenig sachdienlich, weil es gerade keine Beteiligung von Bietern gibt, welche dann benachrichtigt werden müssen oder können. Hinzu kommt, dass die Schaffung einer gänzlich neuen Wertgrenze auch die praktische Umsetzung beeinträchtigen kann, weil schon die Schwellenwerte im Oberschwellenbereich zeigen, wie unübersichtlich solch unterschiedliche Wertgrenzen sind.¹⁰⁹¹

bb) Ausschluss des Angebotes

Fraglich ist weiterhin, ob das in § 9 Abs. 1 und 2 SächsVergabeDVO geregelte Verfahren generell gilt, sobald der Auftragswert von 150.000,00 EUR überschritten ist. Bedenken könnten hier insbesondere für Entscheidungen zum Ausschluss von Angeboten während des Vergabeverfahrens, also der Entscheidung, ein Angebot im weiteren Vergabeverfahren¹⁰⁹² (meist wegen inhaltlicher Mängel) nicht mehr zu berücksichtigen, bestehen.

Eine ausdrückliche Erwähnung bzw. eine Regelung für Bieter, deren Angebote ausgeschlossen wurden, ist in § 9 SächsVergabeDVO nicht zu finden. § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO selbst spricht nur davon, dass „Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen“, zu informieren sind. Diese Wortwahl zeigt, dass Bieter, also die am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen, nach den Vorschriften des § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO zu benachrichtigen sind. Einschränkungen sind aus der Formulierung als solcher nicht zu erkennen.

Auch die Kommentierung von Brüggem/Schmid¹⁰⁹³ oder der Leitfaden des Staatsministeriums des Innern¹⁰⁹⁴ weisen keinerlei Einschränkungen für den Anwendungsbe-

¹⁰⁹¹ Dammert/Köhler, SächVBl. 2002, 257 (261).

¹⁰⁹² Im Gegensatz zur Aufhebung der Ausschreibung, bei der das Vergabeverfahren beendet wird, bezieht sich der Ausschluss lediglich auf ein konkretes Angebot.

¹⁰⁹³ Brüggem/Schmid, S. 141.

¹⁰⁹⁴ Leitfaden zur Verordnung der Sächsischen Staatsregierung zur Durchführung des Sächsischen Vergabegesetzes (Sächsische Vergabedurchführungsverordnung – SächsVergabeDVO) vom 17.03.2003 (unveröffentlicht).

reich aus. Hierfür spricht auch, dass Brüggem/Schmid für die Information gemäß § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO die Anwendung des für die Informationspflicht des § 13 VgV entwickelten Formulars „EFB (B) Info/Abs EG 306“ des Vergabehandbuches Bund¹⁰⁹⁵, welches auch die Informationen zum Angebotsausschluss beinhaltet, empfehlen.

Allerdings ist gemäß § 1 Abs. 1 SächsVergabeDVO die Vergabe vollumfänglich auf der Grundlage der VOB/A durchzuführen, welche in § 19 VOB/A (§ 27 VOB/A 2006) Informationspflichten regelt. Danach sind gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 VOB/A (§ 27 Nr. 1 VOB/A 2006) „Bieter, deren Angebote ausgeschlossen worden sind“, unverzüglich zu informieren. Andererseits sollen gemäß § 19 Abs. 2 VOB/A (§ 27 Nr. 2 VOB/A 2006) „den nicht berücksichtigten Bewerbern oder Bietern“ auf Verlangen die Gründe für die Nichtberücksichtigung mitgeteilt werden. Die VOB/A differenziert insoweit zwischen Bietern, deren Angebote ausgeschlossen wurden, und Bietern, deren Angebote nicht berücksichtigt worden sind. Nachdem § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO im Wortlaut identisch mit § 19 Abs. 2 VOB/A (§ 27 Nr. 2 VOB/A) ist, d. h. nur Bieter erfasst, deren Angebote nicht berücksichtigt werden, ist § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO dahingehend auszulegen, dass Bieter ausgeschlossener Angebote vom Regelungsbereich des § 9 SächsVergabeDVO selbst bei Überschreitung der 150.000 EUR nicht erfasst sind. Damit gibt es für Bieter ausgeschlossener Angebote auch kein Beanstandungsrecht im Sinne des § 9 SächsVergabeDVO, weshalb die Zuschlagssperre des § 9 Abs. 2 SächsVergabeDVO ebenfalls nicht greift.

Die Vergabestellen selbst verfahren bei der Information uneinheitlich. Einzelne Vergabestellen informieren über den Ausschluss im Rahmen der Information des § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO und legen den Vorgang nachfolgend im Falle einer entsprechenden Rüge auch der zuständigen Nachprüfungsbehörde vor¹⁰⁹⁶. Andere Vergabestellen führen die Ausschlussinformation gemäß § 19 Abs. 1 VOB/A (§ 27

¹⁰⁹⁵ VHB Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzbauverwaltungen, Ausgabe 2002, Stand 01.11.2006, Quelle: http://www.bmvbs.de/Anlage/original_1053221/VHB-2002-Stand-11-06.pdf.

¹⁰⁹⁶ Vergabeverfahren "Landratsamt Weißeritzkreis, "Kreisgymnasium Freital-Deuben, Neubau Dreifeld-Sporthalle, Los 01 – Rohbauarbeiten", Ausschlussinformation vom 11.05.2007.

Nr. 1 VOB/A 2006) durch und erteilen trotz sofortiger Beanstandung des Bieters den Zuschlag, ohne der Nachprüfstelle den Vorgang vorzulegen¹⁰⁹⁷.

Nachdem bereits bei der Einstufung der Bieter nach dem Auftragswert¹⁰⁹⁸ eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gemäß Art. 18 Abs. 1 SächsVerf festgestellt wurde, könnten auch bezüglich der unterschiedlichen Behandlung der Bieter bei Angebotsausschluss und Nichtberücksichtigung beim Zuschlag Bedenken im Hinblick auf eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gemäß Art. 18 Abs. 1 SächsVerf bestehen. Voraussetzung wäre aber zuvorderst, dass ein gleicher Sachverhalt vorliegt, welcher ungleich behandelt wird. Dies ist hier jedoch abzulehnen. Zwar liegt eine Ungleichbehandlung vor, weil beim Ausschluss des Angebotes gerade keine Information erfolgt, während sie im Übrigen erfolgen muss. Allerdings handelt es sich nicht um einen gleichen Sachverhalt. In beiden Fällen liegt ein Angebot vor, damit sind in beiden Fällen die Bieter als Beteiligte im Vergabeverfahren einzustufen. Während aber ein Angebot bereits im Rahmen der 1. Wertungsstufe (formale Angebotswertung) gemäß Anlage zu § 3 Abs. 1 SächsVergabeDVO ausgeschlossen wird, ist ein nicht berücksichtigtes Angebot auch in den Wertungsstufen 2 – 4 (Eignungsprüfung, Prüfung der Angemessenheit des Preises, Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes) beteiligt, sodass für die Bewertung der Informationspflicht kein gleicher Sachverhalt vorliegt.

Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gemäß Art. 18 Abs. 1 SächsVerf kann daher nicht festgestellt werden. Nachdem aber eine Regelung für die Aufhebung der Ausschreibung in § 9 SächsVergabeDVO fehlt, diese jedoch für eine transparente und diskriminierungsfreie Ausschreibung erforderlich ist, wäre im Rahmen einer Überarbeitung des Rechtsschutzes bei einer Neufassung des § 9 SächsVergabeDVO die Berücksichtigung der Ausschlussentscheidung zwingend erforderlich.

¹⁰⁹⁷ Vergabeverfahren "Stadt Groitzsch, "Gymnasium Groitzsch, Los 4 – Bauhauptleistung", Abschlussinformation vom 25.09.2009. In dem Verfahren wurde auf nachhaltigen Druck des Bieters die Vergabebeanstandung am 15.10.2009 an die Nachprüfstelle abgegeben, welche mit Schreiben vom 20.10.2009 mitteilte, dass der Zuschlag vor der Weitergabe bereits erteilt worden war.

¹⁰⁹⁸ Vgl. oben, D.II.2.e)aa)(a).

Diese sehr uneinheitliche Auslegung des Anwendungsbereiches des § 9 SächsVergabeDVO bedarf zwingend einer Klarstellung in der Verordnung. Dies begründet sich schon aufgrund der unterschiedlichen Herangehensweisen der Vergabestellen, durch welche jegliche Transparenz für den Bieter verloren geht. Unter der Voraussetzung, dass unterhalb der Schwellenwerte überhaupt ein vergabespezifischer Rechtsschutz gewünscht ist, stellt sich daher die Frage, ob der Ausschluss eines Angebotes vom Rechtsschutz erfasst werden soll.

Wie das obige Beispiel¹⁰⁹⁹ zeigt, ist auch der Ausschluss vom Vergabeverfahren eine vergaberechtliche Entscheidung, welche im Rahmen der Gewährung eines angemessenen Rechtsschutzes zwingend von den Rechtsschutzmöglichkeiten erfasst werden soll. Bereits aufgrund des sehr hohen Formalismus der Vergabeverfahren sind auf Bieterseite häufig Fehler vorzufinden, welche zum Ausschluss des jeweiligen Angebotes führen. Insoweit würde anderenfalls eine große Anzahl von Angeboten ohne jeglichen Rechtsschutz aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Die Klarstellung muss insoweit dahingehend erfolgen, dass die Information im Sinne des § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO auch für die Entscheidung des Ausschlusses erfolgen muss.

cc) Aufhebung der Ausschreibung

Fraglich ist darüber hinaus, ob die Aufhebung der Ausschreibung, also der vollständigen Beendigung des Vergabeverfahrens durch einseitige Entscheidung der Vergabestelle, von der Möglichkeit einer Bieterbeanstandung im Sinne des § 9 Abs. 2 SächsVergabeDVO erfasst ist.

Gemäß § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO informiert der Auftraggeber aber nur "die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen". Die Information dieser Bieter setzt begrifflich eine Wertungsentscheidung voraus, da anderenfalls gar nicht festgestellt werden kann, dass die Bieter nicht berücksichtigt werden. Diese Wertungsentscheidung wird nicht bei der Aufhebung der Ausschreibung getroffen. Zwar könnte man im Sinne einer weiten Auslegung auch davon ausgehen, dass im Falle einer Aufhebung der Ausschreibung alle Bieter "nicht berücksichtigt werden sollen", was im Falle des § 17 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A (§ 26 Nr. 1 Alt. 1 VOB/A 2006) (Aufhe-

¹⁰⁹⁹ Vgl. oben, d).

bung, weil kein Angebot eingegangen ist, welches den Ausschreibungsbedingungen entspricht) dem Ergebnis der Prüfung der Angebote entsprechen würde. Eine derartige Auslegung des § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO dürfte sich aber bereits deshalb verbieten, weil die übrigen Aufhebungsgründe nicht angebotsbezogen sind und daher die Wertungsentscheidung der Angebote nicht beinhalten. Diese (enge) Auslegung wird auch dadurch gestützt, dass § 19 VOB/A (§ 27 VOB/A 2006) separat eine Informationspflicht für "nicht berücksichtigte Bewerbungen" vorsieht, während § 17 Abs. 2 VOB/A (§ 26 Nr. 2 VOB/A 2006) eine eigene Information für die Aufhebung der Ausschreibung vorschreibt. Diesbezüglich ist auch zu berücksichtigen, dass § 9 SächsVergabeDVO "einer Informationspflicht vor Zuschlagserteilung"¹¹⁰⁰ dient, weshalb die Ausschlussentscheidung nicht erfasst ist.

Grundsätzlich ist die Entscheidung eines Auftraggebers zur Aufhebung der Ausschreibung aber eine Entscheidung, die durch den Bieter angegriffen werden können muss¹¹⁰¹. Anderenfalls könnte die Vergabestelle in die Lage versetzt werden, durch eine (rechtswidrige) Aufhebungsentscheidung die Ergebnisse eines Vergabeverfahrens zumindest dahingehend zu beeinflussen, dass unerwünschten Bietern, selbst wenn deren Gebot das wirtschaftlichste ist, durch einfache Aufhebung der Ausschreibung der Zuschlag nicht erteilt wird¹¹⁰².

Eine Aufhebung der Ausschreibung, d. h. die Entscheidung der Vergabestelle, ohne Zuschlag das Vergabeverfahren zu beenden¹¹⁰³, soll aber für die Vergabestelle nicht ohne weiteres möglich sein. Vielmehr regelt für den Bereich der Bauaufträge § 17 Abs. 1 VOB/A (§ 26 Nr. 1 VOB/A 2006) die Voraussetzungen einer Aufhebung der Ausschreibung, welche gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A (§ 26 Nr. 1 2. Alt. VOB/A 2006) u. a. dann möglich ist, wenn die Verdingungsunterlagen grundlegend verändert werden müssen. § 17 Abs. 1 VOB/A (§ 26 Nr. 1 VOB/A 2006) regelt aber keine Sanktionen für den Fall der Aufhebung, ohne dass die Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 VOB/A (§ 26 Nr. 1 VOB/A 2006) gegeben sind. Hinzu kommt, dass auch bei

¹¹⁰⁰ Brüggem/Schmid, S. 140.

¹¹⁰¹ Vgl. für den Oberschwellenbereich EuGH, Urteil vom 02.06.2005, Rs. C-15/04; EuGH, Urteil vom 18.06.2002, Rs. C-92/00.

¹¹⁰² BGH, Urteil vom 12.06.2001, X ZR 150/99; BGH, Beschluss vom 18.02.2003, X ZB 43/02;

¹¹⁰³ Portz in Ingenstau/Korbion, § 26 VOB/A, Rdn. 1.

Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 VOB/A (§ 26 Nr. 1 VOB/A 2006) kein Kontrahierungszwang der Vergabestelle besteht und damit grundsätzlich keine Verpflichtung, den Zuschlag und damit auch den Vertrag zwingend zustande zu bringen¹¹⁰⁴. Die Vergabestelle macht sich aber zumindest bei einer Aufhebung ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 VOB/A (§ 26 Nr. 1 VOB/A 2006) und damit ohne berechtigte Gründe aus den Grundsätzen der c. i. c.¹¹⁰⁵ Schadensersatzpflichtig¹¹⁰⁶. Sinn und Zweck des § 17 Abs. 1 VOB/A (§ 26 Nr. 1 VOB/A 2006) ist aber insbesondere, den Bieter vor der Erstellung kostenintensiver und zeitaufwendiger, aber nutzloser Angebote zu schützen¹¹⁰⁷.

Insbesondere zur Gewährleistung der auch unterhalb der EU-Schwellenwerte für ein Vergabeverfahren erforderlichen, diskriminierungsfreien Transparenz muss insoweit auch eine Aufhebung der Ausschreibung von einem effektiven Rechtsschutz erfasst werden. Selbst wenn von einer eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeit unterhalb der Schwellenwerte ausgegangen wird, zählt die Aufhebungsentscheidung neben der Zuschlagsentscheidung zu den Kernbereichen des Vergabeverfahrens, weil damit einerseits über das gesamte Vergabeverfahren entschieden wird, was sämtliche Bieter betrifft. Andererseits ist die Manipulationsmöglichkeit für die Vergabestelle sehr hoch, weil die Aufhebung in der Regel mit der Durchführung einer neuen Vergabe einhergeht, welche dann regelmäßig als verkürztes Verfahren (bei vorheriger öffentlicher Ausschreibung wird das folgende Verfahren als beschränkte Ausschreibung durchgeführt) erfolgt, bei welcher beispielsweise die Bieterwahl durch die Vergabestelle eher beeinflussbar ist¹¹⁰⁸. Insoweit kann auch bei einer Beschränkung der Rechtsschutzmöglichkeiten keinesfalls auf eine Rechtsschutzmöglichkeit bezüglich der Aufhebung der Ausschreibung verzichtet werden, weil ein Verweis auf Schadensersatz nicht ausreichend ist. Dies umso mehr, als die Aufhebungsentscheidung im Gegensatz zur Zuschlagsentscheidung nicht zwingend endgültig ist, sondern ein Vergabeverfahren durch erneute Aufnahme fortgeführt werden kann¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁴ Portz in Ingenstau/Korbion 2010, § 17 VOB/A, Rdn. 4; Leinemann, Vergaberecht, Rdn. 727; Kaelble, ZfBR 2003, 657 (662); BGH, Urteil vom 08.09.1998, X ZR 48/97; BGH, Beschluss vom 18.02.2003, X ZB 43/02; BGH, Urteil vom 16.12.2003, X ZR 282/02; OLG Dresden, Beschluss vom 10.07.2003, WVerg 16/02.

¹¹⁰⁵ Vgl. oben, C.I.2.b)aa); Jasper in Motzke/Pietzcker/Prieß, § 26, Rdn. 4.

¹¹⁰⁶ Portz in Ingenstau/Korbion 2010, § 17 VOB/A, Rdn. 4.

¹¹⁰⁷ Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand , § 26 VOB/A, Rdn. 110.4.

¹¹⁰⁸ VK Südbayern, Beschluss vom 06.06.2007, Z3-3-3194-1-19-05/07.

¹¹⁰⁹ BGH, Beschluss vom 18.02.2003, X ZB 43/02; Jasper/Pooth, NZBau 2003, 261.

dd) Nachprüfungsbehörde

Als Nachprüfungsbehörde ist, mit Ausnahme der Vergaben von Zuwendungsempfängern, gemäß § 9 Abs. 2 Satz 4 SächsVergabeDVO die Aufsichtsbehörde in Form der Rechtsaufsichtsbehörde¹¹¹⁰ eingesetzt. Bei Zuwendungsempfängern, also insbesondere juristischen Personen des Privatrechtes, die Zuwendungen in Höhe von mindestens 50.000 EUR erhalten¹¹¹¹, ist gemäß § 9 Abs. 2 Satz 5 SächsVergabeDVO als Nachprüfungsbehörde die Bewilligungsbehörde zuständig.

Fraglich ist, ob mit der Einsetzung der "allgemeinen" Rechtsaufsichts- bzw. Bewilligungsbehörde das gewünschte Ziel, nämlich eine vergabespezifisch fachlich fundierte Entscheidung, erlangt werden kann. Grundsätzlich wird von einer Rechtsaufsichtsbehörde erwartet werden können, dass die anstehenden rechtlichen Fragen in einer entsprechenden Qualität bearbeitet werden. Allerdings bilden das Vergaberecht und die dort anstehenden Fragen eine sehr schwierige und umfangreiche Rechtsmaterie, die bspw. in der Rechtsprechung als Materie gilt, die nicht jedem Rechtsanwalt geläufig¹¹¹² und in aller Regel umfangreich und schwierig, nämlich vielschichtig und kompliziert ist¹¹¹³. Gemessen an diesem Maßstab erscheint es zumindest als problematisch, wenn die Bewilligungsbehörde für die Fördermittel als Nachprüfungsbehörde für die vergabespezifischen Problempunkte eingesetzt wird. Die vom Verfasser durchgeführte Unternehmensbefragung¹¹¹⁴ bestätigt diese Bedenken vollumfänglich. 87 % der befragten Unternehmen plädierten für eine zentrale Nachprüfungsbehörde, u. a. mit der Begründung, dass die Fachkompetenz der verschiedenen Nachprüfungsbehörden zum Teil sehr unterschiedlich ist. Hinzu kamen der Eindruck, dass insbesondere die Aufsichtsbehörden der Landkreise überfordert waren, sowie Bedenken im Hinblick auf die Neutralität. Ferner besteht bereits oberhalb der Schwellenwerte in einer Vielzahl von Einzelproblemen keine einheitliche Rechtsprechung. So war im Hinblick auf Verzögerungen im Vergabeverfahren, wobei diese Problematik sowohl ober- als auch unterhalb der Schwellenwerte bestand, bis zu einer klärenden Ent-

¹¹¹⁰ Brüggem/Schmid, S. 142.

¹¹¹¹ Vgl. oben, B.I.4.c)cc)(c).

¹¹¹² KG, Beschluss vom 20.10.2009, 2 Verg 12/06.

¹¹¹³ Für den Oberschwellenbereich: OLG München, Beschluss vom 16.11.2006, Verg 14/06; BayObLG, Beschluss vom 16.02.2005, Verg 28/04; Rojahn, VergabeR 2004, 454 (456).

¹¹¹⁴ Anlage II.

scheidung des Bundesgerichtshofes¹¹¹⁵ für einen Bieter die Reaktion auf ein Verlangen einer Vergabestelle zur Bestätigung einer Verlängerung der Angebotsbindefrist gemäß § 10 Abs. 7 VOB/A (§ 19 Nr. 3 VOB/A 2006) abhängig von dem Bundesland, in welchem das Vergabeverfahren stattfand. Der Bieter stand im Falle der Bestätigung der Bindefristverlängerung, insbesondere wenn sich durch diese Verzögerung Kostensteigerungen andeuteten, vor einem fast unlösbaren praktischen Problem¹¹¹⁶. In einer vorbehaltlosen Bestätigung einer Bindefristverlängerung wurde teilweise die Erklärung verstanden, dass der Bieter damit auf die Geltendmachung verzögerungsbedingter Mehrkosten verzichtet, weil er damit erklärt, dass er die verzögerten Leistungen zu den ursprünglich angebotenen Preisen ausführt¹¹¹⁷. Andererseits war es dem Bieter verwehrt, die Bindefristverlängerung unter einem Vorbehalt zu erklären, weil ein derartiger Vorbehalt eine Abänderung des ursprünglichen Angebotes darstellt und damit gegen das vom Wettbewerbsprinzip getragene Nachverhandlungsverbot verstößt, was den zwingenden Ausschluss des Angebotes zur Folge hätte¹¹¹⁸. Andererseits haben verschiedene Oberlandesgerichte auch bei vorbehaltloser Bindefristverlängerung eine verzögerungsbedingte Preisanpassung zugelassen¹¹¹⁹. Erst die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 11.05.2009 brachte die Klärung dahingehend, dass eine Preisanpassung trotz vorbehaltloser Bindefristverlängerung möglich ist, weil das Vergabeverfahrensrisiko bei der Vergabestelle liegt.

Aufgrund der Vielschichtigkeit der vergaberechtlichen Probleme empfiehlt es sich insoweit, eine möglichst zentrale Nachprüfbehörde nach dem Vorbild der Vergabekammer oberhalb der Schwellenwerte einzurichten¹¹²⁰. Insoweit wird zwar sicherlich kein bundeseinheitlicher Standard gewährleistet. Allerdings können zumindest landesweit ein einheitlicher Standard bezüglich der Vergabeprobleme und auch die weitestgehende Gewährleistung von Neutralität sichergestellt werden.

¹¹¹⁵ BGH, Urteil vom 11.05.2009, VII ZR 11/08.

¹¹¹⁶ Gröning, BauR 2004, 199 (207).

¹¹¹⁷ OLG Saarbrücken, Urteil vom 13.05.2008, 4 U 500/07; Planker in Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A § 19, Rdn. 10 und 17; Dabringhausen, VergabeR 2007, 176 (178).

¹¹¹⁸ Gröning, BauR 2004, 199 (207); BGH, Urteil vom 11.05.2009, VII ZR 11/08.

¹¹¹⁹ OLG Hamm, Urteil vom 05.12.2006, 24 U 58/05; KG, Urteil vom 05.10.2007, 21 U 52/07; Kniffka, Online-Kommentar, § 631, Rdn. 31.

¹¹²⁰ So auch schon Hubertus Nelleßen im Rahmen der Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Arbeit, Technologie und Tourismus zum Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Freistaat Sachsen vom 12.04.2002, Apr. 3/50330, S. 23.

ee) Anspruch auf Tätigwerden

Zu berücksichtigen ist aber noch die Regelung des § 9 Abs. 2 Satz 3 SächsVergabeDVO, wonach der Bieter keinen Anspruch auf ein Tätigwerden der Nachprüfungsbehörde hat.

Diese Festlegung erfolgte einerseits, um das Vergabeverfahren nicht unnötig zu überfrachten und zu verzögern¹¹²¹. Sobald nämlich ein subjektives Recht des Bieters auf Tätigwerden der Nachprüfbehörde besteht, wäre der Weg zu den Gerichten eröffnet. Außerdem dürfte diese Regelung ihren Grund darin haben, dass es sich bei der Nachprüfungsbehörde um eine Aufsichtsbehörde handelt, auf deren Einschreiten grundsätzlich kein subjektives Recht besteht¹¹²².

Fraglich ist aber, ob bei einer derartigen Maßgabe überhaupt das Kriterium eines primären vergabespezifischen Rechtsschutzes erfüllt sein kann und § 9 SächsVergabeDVO geeignet ist, eine für den Unterschwellenbereich adäquate Rechtsschutzmöglichkeit bereitzustellen.

Diesbezüglich muss beachtet werden, dass die Nachprüfungsbehörde trotz dieser Formulierung nach dem Willen des Sächsischen Staatsministeriums des Innern verpflichtet sein kann, tätig zu werden, und nach pflichtgemäßem Ermessen ihr Einschreiten prüfen muss¹¹²³. Dies wird mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Verpflichtung, die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben zu gewährleisten, begründet¹¹²⁴. Brüggem/Schmid führen hierzu aus, dass kein Fall bekannt geworden sei, in welchem die Aufsichtsbehörde der Pflicht zur Nachprüfung nicht nachgekommen ist¹¹²⁵. Diese Annahme scheint sich zwar oberhalb der Auftragswerte von 150.000 EUR gemäß § 9 Abs. 3 SächsVergabeDVO tatsächlich bewahrheitet zu haben. Diesbezüglich ist aber zu beachten, dass für die jährlichen

¹¹²¹ Begründung zur Verordnung der Sächsischen Staatsregierung zur Ausführung des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Freistaat Sachsen vom 26.03.2002, S. 6 (unveröffentlicht); Leitfaden des Staatsministeriums des Innern zur Verordnung der Sächsischen Staatsregierung zur Durchführung des Sächsischen Vergabegesetzes (Sächsische Vergabedurchführungsverordnung – SächsVergabeDVO) vom 17.03.2003, S. 5.

¹¹²² Reidt in Reidt/Stickler/Glahs, § 102, Rdn. 7.

¹¹²³ Leitfaden des Staatsministeriums des Innern „Hinweise zur Vergabe öffentlicher Aufträge im kommunalen Bereich im Freistaat Sachsen“ vom 15.05.2008, S. 22; Begründung zur Verordnung der Sächsischen Staatsregierung zur Ausführung des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Freistaat Sachsen vom 26.03.2002, Seite 6 (unveröffentlicht).

¹¹²⁴ Brüggem/Schmid, S. 141.

¹¹²⁵ Ebenda.

Vergabeberichte des Freistaates Sachsen Vergaben von Kommunen und Fördermittelempfängern gerade nicht erfasst werden¹¹²⁶. Tatsächliche Erhebungen über Nachprüfverfahren im Sinne des § 9 SächsVergabeDVO existieren nicht.

Allerdings kann der Argumentation von Brüggem/Schmid zu einem Tätigwerden allein auf der Grundlage des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht gefolgt werden¹¹²⁷. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist nicht abhängig von Bagatell- bzw. Wertgrenzen. Vielmehr wäre in einem solchen Fall auch bei Unterschreiten der Bagatellgrenzen ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde erforderlich, insbesondere, wenn Vergaberechtsverstöße erkennbar sind.

Bei Unterschreiten des Bagatellwertes des § 9 Abs. 3 SächsVergabeDVO ist aber vielfach feststellbar, dass die Aufsichtsbehörde nicht tätig wird und ein Tätigwerden sogar offen verweigert. So hat ein Landratsamt auf eine Rüge eines Bieters schriftlich erklärt:

*„Im Ergebnis unserer Prüfung ist festzustellen, dass bereits der Auftragswert des § 9 Abs. 3 SächsVergabeDVO nicht erreicht ist, d. h. ein Nachprüfungsverfahren durch das Landratsamt ... ist nicht einzuleiten.“*¹¹²⁸.

Die diesbezügliche Praxis ist in Anbetracht der Voraussetzungen jedoch nur schwer nachvollziehbar. Sowohl unterhalb der 150.000 EUR des § 9 Abs. 3 SächsVergabeDVO als auch oberhalb dieses Betrages existieren die gleichen Voraussetzungen. Die Nachprüfbehörde ist die Kommunalaufsichtsbehörde. Es handelt sich beim Tätigwerden der Aufsichtsbehörde auch "nur" um eine Aufsichtsmaßnahme, weshalb der Bieter auch keinerlei Anspruch auf Tätigwerden der Behörde hat. Der einzige Unterschied ist, dass im Rahmen des § 9 SächsVergabeDVO die Rüge durch die Vergabestelle an die Aufsichtsbehörde übergeben wird, während in den übrigen Fällen der Bieter die Aufsichtsbehörde direkt informiert.

¹¹²⁶ Vergabebericht des Freistaates Sachsen 2007, S. 7; Vergabebericht des Freistaates Sachsen 2006, S. 4.

¹¹²⁷ So auch schon Hubertus Nelleßen im Rahmen der Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Arbeit, Technologie und Tourismus zum Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Freistaat Sachsen vom 12.04.2002, APr. 3/50330, S. 23; ebenso Rolf Gansauer, ebenda, APr 3/50330, S. 10.

¹¹²⁸ Auszug aus einem Schreiben des Landratsamtes Erzgebirgskreis vom 09.04.2009 im Vergabeverfahren "VV "Grüner Grund" Gemeinde Drehbach; Ausbau "Kettenhammerweg" in Drehbach".

Hintergrund der Regelung des § 9 Abs. 2 Satz 2 SächsVergabeDVO dürfte vielmehr sein, dem Bieter kein einklagbares Recht auf Tätigwerden zu geben, weil dies den Grundsatz durchbrechen würde, dass kommunale Aufsichtsmaßnahmen weder einforderbar noch einklagbar sind¹¹²⁹.

Allerdings kann in dieser Konstellation keinesfalls von effektivem Rechtsschutz gesprochen werden. Wenn bereits unterhalb der Bagatellgrenze ein Tätigwerden der Aufsichtsbehörde scheitert, obwohl auch unterhalb der Bagatellgrenze der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung besteht, kann ein Bieter nicht darauf vertrauen, dass die Aufsichtsbehörde oberhalb der Bagatellgrenze immer auf der Grundlage dieses Grundsatzes tätig wird. Der Bieter muss aber zur Verbesserung der Rechtsschutzmöglichkeiten in eine Lage versetzt werden, die es ihm im Idealfall ermöglicht, im Rahmen seiner Beanstandungen auch den Zuschlag zu erhalten. Die Alternative wäre es, den Bieter in eine praktikable Möglichkeit zu versetzen, Schadensersatz zu verlangen, also den sekundären Rechtsschutz zu realisieren. Nachdem aber § 9 SächsVergabeDVO nach dem Willen des Staatsministeriums des Innern gerade *"keine neuen, über die bereits bestehenden Möglichkeiten hinausgehenden Rechtsschutzmöglichkeiten für die unberücksichtigten Bieter"*¹¹³⁰ eröffnen soll, sind beide Alternativen für die Bieter nicht realisierbar.

ff) Gebühren

Zu berücksichtigen ist auch, dass für die Amtshandlungen der Nachprüfungsbehörde im Falle einer Beanstandung gemäß § 9 Abs. 4 SächsVergabeDVO Gebühren erhoben werden dürfen. Diese belaufen sich gemäß § 9 Abs. 4 Satz 4 SächsVergabeDVO auf mindestens 100 EUR, sollen aber 1.000 EUR nicht übersteigen. Die genaue Höhe der Gebühren soll sich gemäß Satz 3 nach dem Aufwand der Nachprüfungsbehörde unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Nachprüfungsbegehrens richten und nur den Verwaltungsaufwand decken¹¹³¹. Die diesbezügliche Formulierung der Vorschrift orientiert sich an § 128 Abs. 2 GWB, wobei sich die Gebühren des GWB von mindestens 2.500 EUR bis 50.000 EUR belaufen können.

¹¹²⁹ Vgl. oben, C.II.2.a)bb)(a).

¹¹³⁰ Leitfaden des Staatsministeriums des Innern zur Verordnung der Sächsischen Staatsregierung zur Durchführung des Sächsischen Vergabegesetzes (Sächsische Vergabedurchführungsverordnung – SächsVergabeDVO) vom 17.03.2003, S. 1 (Hervorhebung durch Verfasser).

¹¹³¹ Brüggem/Schmid, S. 145.

Eine Gebührenerhebung ist grundsätzlich angemessen und vergleichbar mit den Verfahrensgebühren eines jeden Rechtsschutzes. Vergleicht man die Gebührenhöhe zwischen GWB und SächsVergabeDVO, ist allerdings feststellbar, dass die Gebühren mit maximal 1.000 EUR gemäß SächsVergabeDVO im Vergleich zum GWB relativ niedrig angesetzt sind. Die Nachprüfungsbehörde im Sinne der SächsVergabeDVO trifft immerhin Entscheidungen bei Auftragswerten bis 4.844.999 EUR. Allein die Erhöhung auf den Oberschwellenbereich bedeutet einen Gebührensprung von 1.500,00 EUR. Der im Vergleich zum Oberschwellenbereich vorliegende Gebührensprung mag sich darin rechtfertigen, dass oberhalb der Schwellenwerte die Vergabekammer neben dem Vorsitzenden mit 2 ehrenamtlichen Beisitzern entscheidet und insoweit einen höheren personellen Aufwand aufweist. Allerdings könnte die Gebühr der Nachprüfungsbehörde sicherlich noch an den unteren Bereich der Gebühren der Vergabekammer angeglichen werden, um im Bedarfsfall eine Kostendeckung der personellen und sachlichen Aufwendungen der Nachprüfbehörde zu erreichen. Dies hätte auch den Effekt, den Befürchtungen der Vergabestellen entgegenzuwirken, dass Bieter nur aus Prinzip und ohne sachliche Rechtfertigung ein Nachprüfverfahren einleiten und dadurch die Vergabeverfahren verzögern¹¹³².

III. Zwischenergebnis

Auf Landesebene existieren trotz einzelner landesrechtlicher vergabespezifischer Regelungen keinerlei Möglichkeiten der Bieter, sich gegen Fehler der Vergabestelle effektiv zur Wehr zu setzen. Die meisten landesspezifischen Regelungen lassen bereits die für einen Rechtsschutz erforderliche Transparenz für Bieter fehlen und beschränken sich auf Regelungen zur Gewährleistung der Tariftreue und einzelne verfahrensspezifische Regelungen.

Lediglich die Regelungen des Freistaates Sachsen stellen (zumindest scheinbar) einen vergabespezifischen Rechtsschutz¹¹³³ zur Verfügung, welcher aber keinesfalls die Rechtsschutzqualität der Regelungen oberhalb der Schwellenwerte erreicht¹¹³⁴. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es nicht sinnvoll erscheint, unterhalb der

¹¹³² Vgl. oben, D.III.1.f).

¹¹³³ Leinemann 2009, 656 – spricht von einem einfachen, aber effektiven "Rechtsschutz light".

¹¹³⁴ Knöbl, S. 163.

Schwellenwerte einen identischen Rechtsschutz zu gewährleisten¹¹³⁵, sind wesentliche Forderungen eines vergabespezifischen Rechtsschutzes, wie die Informationspflicht der Vergabestelle¹¹³⁶, die Festlegung einer Stillhaltefrist¹¹³⁷, die Einräumung einer Rügemöglichkeit¹¹³⁸ in Sachsen erfüllt. Die sächsischen Vorschriften des § 9 SächsVergabeDVO enthalten damit auf den ersten Blick die Möglichkeit des Bieters, sich vergabespezifisch gegen Vergabeverstöße zu wehren.

Andererseits hat der Bieter aber keinen Anspruch auf Tätigwerden der Nachprüfungsbehörde. Darüber hinaus ist die Aufsichtsbehörde die für seine Vergaberüge zuständige Nachprüfbehörde. Damit erfüllt diese Regelung die Anforderungen eines vergabespezifischen effektiven Rechtsschutzes nicht, weil sie im weitesten Sinne nur bereits bestehende Möglichkeiten des Bieters, nämlich Anrufung der Aufsichtsbehörden ohne Anspruch auf Tätigwerden¹¹³⁹, darstellen und deshalb auch "nur" konkretisierende Regelungen für die Einleitung von rechtsaufsichtlichen Maßnahmen beinhalten. Rechtsaufsichtliche Maßnahmen stellen aber, auch wenn konkretisierende Regelungen für die Einleitung dieser Maßnahmen aufgestellt werden, gerade keine Rechtsschutzmöglichkeit dar, die im Vergaberecht eine praktikable Relevanz entfalten kann¹¹⁴⁰. Ein effektiver vergabespezifischer Rechtsschutz erfordert, dass zu Gunsten der Bieter von dem sich unterhalb der Schwellenwerte im Ergebnis darstellenden Grundsatz "Dulde und liquidiere"¹¹⁴¹ abgewichen wird. Der Bieter muss in die Lage versetzt werden, Vergabeverstöße so zu rügen, dass diese auch korrigiert werden. Dies setzt im Idealfall voraus, dass der Bieter ein subjektives Nachprüfungsrecht hat, welches auch Korrekturmöglichkeiten im Vergabeverfahren eröffnet. Zumindest muss der Bieter in die Lage versetzt werden, im Ergebnis des Nachprüfungsverfahrens den sekundären Rechtsschutz auch praktikabel durchsetzen zu können, was in der jetzigen Ausgestaltung ebenfalls nicht der Fall ist. Das für die Verwaltung geltende Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, also der Grundsatz, dass sich die Verwaltung an Recht und Gesetz hält, wird in der Praxis auch durch die sächsischen Vergaberegeln nicht gewährleistet. Dies ist an der Tatsache zu er-

¹¹³⁵ Vgl. oben, C.III.3.

¹¹³⁶ Vgl. oben, C.III.1.c).

¹¹³⁷ Vgl. oben, C.III.1.d).

¹¹³⁸ Vgl. oben, C.III.1.b).

¹¹³⁹ Vgl. oben, C.II.2.a) ff.

¹¹⁴⁰ Vgl. oben, C.II.2.a)bb)(a).

¹¹⁴¹ Widmann, S. 214; Braun, NZBau 2008, 162 (169).

kennen, dass auch in Sachsen Aufsichtsbehörden unterhalb der Bagatellgrenze des § 9 Abs. 3 SächsVergabeDVO trotz offenkundiger Vergabeverstöße nicht tätig werden¹¹⁴². Gleichzeitig ist aber zu beachten, dass selbst der sekundäre Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte aufgrund fehlender Informationen über das Vergabeverfahren nicht praktikabel ist und daher auch nur in den seltensten Fällen ergriffen wird. Dies hat sich auch im Rahmen der Unternehmensbefragung des Verfassers so dargestellt. Lediglich in 4 Fällen (von 62 auswertbaren Fragebögen) wurde sekundärer Rechtsschutz durch einen Bieter gesucht. Trotz der Erhöhung der Transparenz und Rechtssicherheit für Bieter¹¹⁴³ kann insoweit von einem effektiven Rechtsschutz auch in Sachsen nicht gesprochen werden¹¹⁴⁴.

Diese Einschätzung steht damit im Widerspruch zu den Vergabeberichten des Freistaates Sachsen, welche den Eindruck vermitteln, dass einerseits wenige Fehlerquellen seitens der Vergabestellen existieren. Andererseits wird durch die dortige Statistik, welche nur den wenigsten Beanstandungen der Bieter Erfolg bescheinigt, der Eindruck erzeugt, dass die von § 9 SächsVergabeDVO bereitgestellten Möglichkeiten der Einschaltung der Nachprüfbehörde effektiv sind und der Trend der Einleitung der Nachprüfungsverfahren sogar rückläufig ist. So wird bspw. im Vergabebericht des Freistaates Sachsen für das Jahr 2008¹¹⁴⁵ erläutert, dass die Zahl der Nachprüfungsverfahren gemäß § 9 SächsVergabeDVO von 115 im Jahr 2007 gesunken ist und im Jahr 2008 nur bei 91 lag¹¹⁴⁶. Außerdem wird dargestellt, dass von diesen 91 Verfahren allein 87 Verfahren zu Gunsten der öffentlichen Auftraggeber entschieden wurden. Nur 1 Nachprüfungsverfahren endete zu Gunsten des Antragstellers. Die übrigen Verfahren erledigten sich anderweitig.

Bei der Auswertung der Vergabeberichte ist aber zu beachten, dass die Vergabeberichte des Freistaates Sachsen grundsätzlich nicht die Vergaben der Kommunen erfassen. Die Statistik im Rahmen der Vergabeberichte über die Tätigkeit der Nachprüfungsbehörden ist insoweit auch nur relativ eingeschränkt berücksichtigungsfähig. Im Verhältnis dürften allerdings die Anzahl der Vergaben durch Kommunen und die

¹¹⁴² Vgl. oben, D.II.2.e)ee).

¹¹⁴³ Bechtolsheim, LKV 2003, 459 (460).

¹¹⁴⁴ Weyand, Online-Kommentar, Rdn. 1252.

¹¹⁴⁵ Quelle: http://www.smwa.sachsen.de/set/431/Vergabebericht%202008_gesch%C3%BC-tzt.pdf.

¹¹⁴⁶ Vergabebericht 2008, S. 47.

Vergabe von Fördermittelempfängern, welche ebenfalls jeweils nicht erfasst sind, einen wesentlich erheblicheren Anteil ausmachen. Dort liegt auch ein Großteil der Fehler bzw. des Fehlerpotenzials. Dies ist insbesondere auch daran zu erkennen, dass im Vergabebericht 2008 Gesamtausgaben an Bauleistungen in Höhe von 383.483.218,00 EUR vergeben wurden¹¹⁴⁷. Dem gegenüber erfolgten Ausgaben für Baumaßnahmen durch Kommunalhaushalte in Höhe von insgesamt 1.059.000.000,00 EUR im Jahr 2008¹¹⁴⁸, sodass der Vergabebericht 2008 auch nur einen Anteil der Baumaßnahmen von 36 % erfasst. Der durch die Vergabeberichte vermittelte Eindruck einer hohen Qualität der Vergabeverfahren und ordnungsgemäßer Nachprüfungsverfahren kann insoweit nicht als repräsentativ bezeichnet werden. Problematisch dürfte hier auch sein, dass der überwiegende Teil der öffentlichen Auftragsvergaben nicht unmittelbar durch die Vergabestellen bearbeitet wird, sondern private Ingenieur- bzw. Architekturbüros mit der Durchführung betraut werden, deren Qualität aber erheblich differiert.

¹¹⁴⁷ Vergabebericht 2008, S. 25.

¹¹⁴⁸ Jahresbericht des Landesrechnungshofes 2009, S. 263.

F. Möglichkeiten zur Weiterentwicklung des § 9 SächsVergabeDVO

I. Einleitung

Die vorherigen Ausführungen zeigen, dass einerseits unterhalb der Schwellenwerte ein vergabespezifischer Primärrechtsschutz erforderlich ist. Andererseits stellt aber auch § 9 SächsVergabeDVO zwar Erweiterungen der Bieterrechte dar, die in der Konsequenz aber weder den primären noch den sekundären Rechtsschutz des Bieters verbessern.

Will man die Forderungen der Europäischen Kommission¹¹⁴⁹ vollumfänglich umsetzen, was auch rechtspolitisch erforderlich wäre, bedarf dies eigentlich des Bundesgesetzgebers, weil – sei es durch Absenkung der Schwellenwerte oder durch Einführung einer tatsächlich praktikablen gerichtlichen Möglichkeit eines vergabespezifischen Primärrechtsschutzes¹¹⁵⁰ – dies nur mit der Gesetzgebungskompetenz des Bundesgesetzgebers möglich ist¹¹⁵¹.

Die Lösungsmöglichkeiten müssen sich insoweit an den Gesetzgebungskompetenzen der Länder, unter Berücksichtigung der aus Art. 72 GG resultierenden Sperrwirkung, orientieren, was auch zur Folge haben kann, dass dann eigentlich gewünschte Primärrechtsschutzmöglichkeiten nicht direkt erreicht werden können, aber bspw. durch eine Erleichterung des sekundären Rechtsschutzes einerseits praktikable Möglichkeiten für die Erlangung eines sekundären Rechtsschutzes geschaffen werden. Andererseits kann, bedingt durch die höhere Gefahr der Inanspruchnahme von Schadensersatz, der öffentliche Auftraggeber indirekt gezwungen werden, fehlerhafte Vergabepraktiken (für die Zukunft) zu korrigieren. Nachfolgend sollen dabei Vorschläge unterbreitet werden, die § 9 SächsVergabeDVO in den obigen Kritikpunkten an diese Bedürfnisse anpassen.

¹¹⁴⁹ Vgl. oben, D.I.2.

¹¹⁵⁰ Vgl. oben, D.III.1.

¹¹⁵¹ Vgl. oben, D.III.2.

II. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des aktuellen § 9 SächsVergabeDVO ist definiert von einer Bagatellgrenze sowie der Tatsache, dass insbesondere der Ausschluss von Angeboten und die de-facto-Vergabe nicht von § 9 SächsVergabeDVO erfasst sind. Nachdem aber sogar § 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A auch für den Unterschwellenbereich festlegt, dass die Vergabe in einem transparenten Verfahren zu erfolgen hat, und insbesondere die Bagatellgrenze erheblicher Kritik unterliegt, ist zu prüfen, inwieweit hier auf Landesebene Änderungen möglich sind.

1. Bagatellgrenze

Die in § 9 SächsVergabeDVO statuierte Grenze bezüglich eines Auftragswertes von 150.000 EUR¹¹⁵² unterliegt einerseits der Kritik, dass die Verknüpfung mit dem Begriff Auftragswert keine Transparenz gewährleistet¹¹⁵³ und sie im Übrigen auch in der Anwendung verfassungswidrig ist¹¹⁵⁴. Andererseits ist die Höhe der Bagatellgrenze als nicht angemessen zu bezeichnen¹¹⁵⁵. Fraglich ist insoweit, wie hier Transparenz und Angemessenheit geschaffen werden können.

a) Lösungsvorschlag

Eine Möglichkeit wäre es, die Bagatellgrenze vollständig aufzugeben, d. h. § 9 SächsVergabeDVO uneingeschränkt auf öffentliche Vergaben unterhalb der Primärschwellenwerte anzuwenden. Dies hätte den Vorteil, dass eine begriffliche Wertbestimmung einer Bagatellgrenze nicht mehr erforderlich ist. Die vom Begriff „Auftragswert“ ausgehenden Transparenz- und Verfassungsprobleme entfallen damit. Außerdem wäre durch die Informationspflicht bei sämtlichen Vergaben die Grundvoraussetzung für einen praktikablen Rechtsschutz, nämlich eine Information über die Vergabeentscheidung rechtzeitig vor Vertragsschluss, vollumfänglich erfüllt. Andererseits beinhaltet eine vollumfängliche Ausweitung des Informationsrechtes unzweifelhaft die von der öffentlichen Verwaltung¹¹⁵⁶ gesehene Gefahr, dass die Vergabe-

¹¹⁵² Vgl. oben, D.II.2.e)aa).

¹¹⁵³ Vgl. oben, D.II.2.e)aa)(a).

¹¹⁵⁴ Vgl. oben, ebenda.

¹¹⁵⁵ Vgl. oben, D.II.2.e)aa)(b).

¹¹⁵⁶ Stellungnahme des Deutschen Städte- und Gemeindebund zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Vergaberechts vom 05.03.2005.

verfahren allein durch die Information und das hieraus gemäß § 9 Abs. 2 SächsVergabeDVO resultierende Beanstandungsrecht in erheblichem Maße verzögert und behindert werden¹¹⁵⁷. Hinzu kommen rein praktische Probleme dahingehend, dass § 3 Abs. 5 Satz 2 VOB/A eine freihändige Vergabe bis zu einem Auftragswert von 10.000 EUR erlaubt. Bei einer derartigen freihändigen Vergabe gibt es keinen Bieterwettbewerb, weshalb auch eine mögliche Informationsverpflichtung an den entsprechenden Adressaten scheitert. Insoweit ist eine allumfassende Ausdehnung der Informationspflicht weder praktikabel noch erscheint es sinnvoll, selbst Vergaben mit kleinen Auftragswerten in die Information verbunden mit einem Beanstandungsrecht mit einzubeziehen.

Eine weitere Variante (neben der bereits abgelehnten Beibehaltung der derzeitigen Bagatellgrenze¹¹⁵⁸) wäre die Festlegung einer angemessenen Bagatellgrenze, d. h. die Herabsetzung der bisherigen Bagatellgrenze auf einen angemessenen Wert. Die Höhe der Bagatellgrenze kann nur im Rahmen einer Interessenabwägung festgelegt werden. Eine naheliegende Möglichkeit wäre, die Bagatellgrenze an die Grenzen der freihändigen Vergaben zu binden. Dies würde auch dem Vorschlag der Auftragsberatungsstelle Sachsen e. V. im Rahmen der Diskussion über den Entwurf der heutigen SächsVergabeDVO¹¹⁵⁹ entsprechen. Hierbei wäre berücksichtigt, dass freihändige Vergaben eine Information praktisch unmöglich machen. Andererseits wäre auch berücksichtigt, dass Kleinstaufträge keinem hohen Formalienaufwand unterliegen sollen, was bereits durch die Einordnung zu den freihändigen Vergaben dokumentiert wird. Dabei sollte allerdings eine Festschreibung an der Grenze des § 3 Abs. 5 Satz 2 VOB/A vermieden werden. Hier ist zwar eine betragsmäßige Grenze für die freihändige Vergabe festgeschrieben. Jedoch zählt § 3 Abs. 5 Satz 1 VOB/A weitere Fälle auf, in denen eine freihändige Vergabe möglich sein soll. So ist bspw. eine freihändige Vergabe gemäß § 3 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 VOB/A auch zugelassen, wenn die Leistung besonders dringlich und dadurch eine beschränkte Ausschreibung unzumutbar ist. Bindet man die Bagatellgrenze daher an die freihändige Vergabe, ist in der VOB/A kein Anhaltspunkt für eine betragsmäßige Grenze zu finden. § 1 Abs. 2 Satz 2 SächsVergabeDVO stellt allerdings einen Regelfall dahingehend auf, dass bis zu

¹¹⁵⁷ Vgl. oben, D.II.6.

¹¹⁵⁸ Vgl. oben, D.II.2.e)aa)(b).

¹¹⁵⁹ Schreiben vom 11.11.2002 (unveröffentlicht).

einem Auftragswert von 25.000 EUR eine beschränkte Ausschreibung im Regelfall unzweckmäßig sein soll, und erweitert damit den Beispielkatalog des § 3 Nr. 5 VOB/A um ein weiteres Beispiel¹¹⁶⁰. Es könnte sich daher anbieten, die Bagatellgrenze des § 9 Abs. 3 SächsVergabeDVO auf diesen Betrag festzuschreiben. Dies hätte den Vorteil, dass einheitliche Wertgrenzen geschaffen werden, was die Transparenz und Verständlichkeit der Verordnung erhöht.

Beide Varianten haben aber den Nachteil, dass zuvorderst eine Definition des Begriffes „Auftragswert“ erfolgen muss. In der derzeitigen Anwendung „Auftragswert ... ist jeweils der einem Bieter zu erteilende Auftrag“¹¹⁶¹ liegt ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsprinzip des Art. 18 Abs. 1 SächsVerf vor¹¹⁶², der beseitigt werden muss. Die Einordnung der Auftragswerte darf insoweit nicht bieterbezogen (Angebotswert), sondern muss verfahrensbezogen, vergleichbar der Einordnung eines Vergabeverfahrens in den Ober- bzw. Unterschwellenbereich, erfolgen. Hier erfolgt gemäß § 3 VgV eine Schätzung der Auftragswerte nach pflichtgemäßem Ermessen, wobei der maßgebliche Zeitpunkt der Schätzung gemäß § 3 Abs. 10 VgV der Tag der Absendung der Vergabebekanntmachung oder die sonstige Einleitung des Vergabeverfahrens ist. Insoweit bestünde zwar grundsätzlich die Möglichkeit, auch im Rahmen der SächsVergabeDVO eine solche vorgelagerte Schätzung zu verlangen. Diese Schätzung muss aber auch für Bieter dahingehend dokumentiert werden, dass ein Bieter erkennen kann, ob das Verfahren unter den Regelungsbereich des § 9 SächsVergabeDVO fällt oder nicht. Hinzu kommt, dass auch die in § 1 Abs. 2 Satz 2 SächsVergabeDVO enthaltene Regelung lediglich einen Regelfall darstellt, bei dem ein öffentlicher Auftraggeber „i. d. R. ... keine Ermessensausübung“¹¹⁶³ durchführen muss. Damit ist aber die Regelung des § 1 Abs. 2 Satz 2 SächsVergabeDVO kein Fixum für die Abgrenzung zu freihändigen Vergaben.

Nachdem aber keinerlei feste Beträge normiert sind und die betragsmäßige Bewertung der Bagatellgrenze immer den gegensätzlichen Interessen und Diskussionsansätzen von öffentlichen Auftraggebern und Bietern ausgesetzt ist, sollte eine Festschreibung von konkreten Beträgen für Bagatellgrenzen vermieden werden. Es bietet

¹¹⁶⁰ Brüggem/Schmid, S. 91.

¹¹⁶¹ Brüggem/Schmid, S. 145.

¹¹⁶² Vgl. oben, D.II.2.c)aa)(a).

¹¹⁶³ Brüggem/Schmid, S. 91.

sich insoweit an, nach der jeweiligen Verfahrensart zu differenzieren. Nachdem eine Bieterinformation bei freihändigen Vergaben mangels Bieterwettbewerb nicht in Frage kommt, kann eine Abgrenzung zwischen freihändiger Vergabe und den übrigen Vergabearten vorgenommen werden. Diese Abgrenzung beinhaltet sowohl die Grenze von 25.000 EUR nach § 1 Abs. 2 Satz 2 SächsVergabeDVO als auch die Ausnahmetatbestände außerhalb der aufgestellten Regel des § 1 Abs. 2 Satz 2 SächsVergabeDVO. Hier ist insbesondere zu berücksichtigen, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der von der Regel des § 1 Abs. 2 Satz 2 abweicht, allein durch diese Entscheidung dokumentiert, dass er der Vergabe (unabhängig vom Auftragswert) mehr Bedeutung zuordnet. Anderenfalls würde sich ein öffentlicher Auftraggeber nicht den strengeren Formalien einer anderen Ausschreibungsform unterwerfen. Auch der Aufwand des öffentlichen Auftraggebers ändert sich durch die generelle Ausweitung der Informationspflicht auf beschränkte und öffentliche Ausschreibung nicht. Der öffentliche Auftraggeber unterliegt auch nach § 19 Abs. 1 und § 19 Abs. 2 VOB/A (§ 27 Nr. 1 und § 27 Nr. 2 VOB/A 2006) einer Informationspflicht. Diese ist zwar, außer im Fall des § 19 Abs. 1 Satz 1 VOB/A (§ 27 Nr. 1 VOB/A 2006), keine generelle Pflicht, sondern findet nur auf Antrag des Bieters statt. Der öffentliche Auftraggeber kann aber nicht darauf spekulieren, dass eventuell nicht alle Bieter eine Information abfordern. Er muss vielmehr mit dem (für ihn) ungünstigsten Fall rechnen, also dass sämtliche Bieter auch die Information gemäß § 19 Abs. 2 VOB/A (§ 27 Nr. 2 VOB/A) abrufen.

Die Festschreibung der Bagatellgrenze wertunabhängig an der Verfahrensart dahingehend, dass § 9 Abs. 1 und 2 SächsVergabeDVO keine Anwendung für freihändige Vergaben findet, wird einer bieterunabhängigen (und verfassungsgemäßen) Bagatellgrenze gerecht, die auch die unterschiedlichen Interessen von Auftraggeber und Bieter berücksichtigt. Hinzu kommt, dass allein anhand der in der Vergabedokumentation dargestellten Vergabeart für Auftraggeber und Bieter von vornherein feststeht, ob die Vergabe einer Informationspflicht unterfällt oder nicht.

Insoweit bestehen 2 Möglichkeiten einer Anpassung von § 9 SächsVergabeDVO: Einerseits verbleibt es bei der betragsmäßigen Definition einer Bagatellgrenze, welche aber auf einen angemessenen Wert (denkbar wären hier die 25.000 EUR des § 1

Abs. 2 Satz 2 SächsVergabeDVO) herabzusetzen ist. Dabei ist aber eine Konkretisierung des Zeitpunktes zur Festlegung des Auftragswertes dahingehend zwingend erforderlich, dass eine Einstufung nicht anhand der Angebote, sondern verfahrensbezogen auf der Grundlage der Schätzung des Auftragswertes (vor Verfahrensbeginn) erfolgt.

Vorzugswürdiger erscheint die Variante, dass keine wertbezogene Abgrenzung mehr erfolgt und die Einstufung auf der Grundlage des angewendeten Vergabeverfahrens durchgeführt wird.

b) Regelungskompetenz

Fraglich ist aber, ob derartige Regelungen durch die Kompetenzen des Freistaates Sachsen getragen werden und ob die Sächsische Staatsregierung für derartige Regelungen die Regelungskompetenz innehat.

Die zu treffenden Regelungen stellen eine Änderung der SächsVergabeDVO dar, welche sich gemäß § 1 Abs. 1 SächsVergabeG ausschließlich an Auftraggeber richten, die § 55 SÄHO bzw. § 31 KomHVO zu beachten haben oder durch Auflagen von Zuwendungsgebern, wonach die Zuwendungsempfänger die Vergabevorschriften anzuwenden sind, vorgegeben werden müssen. Dabei ist das SächsVergabeG als landesrechtliche Vorschrift gegenüber bundesrechtlichen Vorschriften nachrangig und nur bis zu den in § 2 VgV bestimmten Schwellenwerten anwendbar¹¹⁶⁴. Es werden also durch das SächsVergabeG lediglich Materien geregelt, welche im Unterschwellenbereich liegen, wobei weder das SächsVergabeG noch die SächsVergabeDVO einen direkten Rechtsschutz gewährleisten¹¹⁶⁵. Auch durch die vorgeschlagenen Änderungen wird nur der Anwendungsbereich des § 9 SächsVergabeDVO im Bereich der Bagatellgrenzen erweitert, was keinerlei Berührungspunkte zum Oberschwellenbereich hat. Es handelt sich insoweit um eine Gesetzgebungskompetenz, von welcher der Bund keinen Gebrauch gemacht hat und von dem keine Sperrwirkung ausgeht¹¹⁶⁶.

¹¹⁶⁴ Brüggem/Schmid, S. 39.

¹¹⁶⁵ Vgl. oben, E.II.2.e)ee).

¹¹⁶⁶ Vgl. oben, D.III.2.

Soweit der Bund insofern nicht die Gesetzgebungsbefugnis innehat, ist auf Landesebene die Frage der Organisationsgewalt zu klären. Es ist insoweit zu prüfen, ob die Lösungsvorschläge vom Parlament durch Gesetz (ggf. mit Verordnungsermächtigung) oder von der Exekutive durch verwaltungsinterne Vorschrift unter Beachtung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie realisiert werden können. Art. 83 Abs. 1 SächsVerf regelt hierzu, dass Aufbau, räumliche Gliederung und Zuständigkeiten der Landesverwaltung durch Gesetz zu regeln sind. Insoweit wird dem Parlament die allgemeine Organisationshoheit für die außenwirksame Zuweisung von Aufgaben und Befugnissen zu Verwaltungsträgern bzw. -behörden zugeordnet. Hinzu kommt, dass Art. 84 Abs. 1 SächsVerf zwar grundsätzlich aufgrund der kommunalen Selbstverwaltung den Gemeinden die Trägerschaft der öffentlichen Aufgaben überträgt. Art. 84 Abs. 2 SächsVerf statuiert allerdings einen Gesetzesvorbehalt für das Parlament, "durch Gesetz oder Rechtsverordnung allgemeine Fragen" zu regeln. Die Durchführung von Vergabeverfahren beschränkt sich dabei nicht nur auf kommunale Auftraggeber, was sich bereits aus § 1 Abs. 1 Satz 1 SächsVergabeG ergibt. Eine Festlegung von allgemein verbindlichen Grundlagen für die Durchführung von Vergabefahren auf Landesebene kann daher nicht der Organisationshoheit der Kommunen unterliegen. Die Organisationshoheit muss insoweit beim Land liegen. Dabei schränken derartige allgemeine Verfahrensregeln, bspw. ein Verbot der Zuschlagserteilung bis zur Beendigung der Nachprüfung oder auch nur für eine zeitlich beschränkte Dauer, die Garantien der kommunalen Selbstverwaltung ein¹¹⁶⁷. Bereits aus diesem Umstand heraus bedarf es einer gesetzlichen Grundlage¹¹⁶⁸, weshalb die Realisierung der Lösungsvorschläge dem Parlament vorbehalten bleibt.

Der Freistaat Sachsen hat insoweit die grundsätzliche Regelungskompetenz für die vergaberechtlichen Ausgestaltungen im Bereich der unterschweligen Vergaben im Land Sachsen. Hierauf gründet sich das SächsVergabeG. Allerdings stellen die vorgeschlagenen Änderungen keine Änderungen des SächsVergabeG dar. Beide Varianten der vorgeschlagenen Neufassung des § 9 Abs. 3 SächsVergabeDVO stellen eine Änderung einer Verordnung der Sächsischen Staatsregierung dar. Insoweit bedarf

¹¹⁶⁷ Burgi, VergabeR 2010, 403 (410).

¹¹⁶⁸ Burgi, § 6, Rdn. 35.

diese Änderung gemäß Art. 75 Abs. 1 Satz 1 SächsVerf der Ermächtigung durch ein entsprechendes Gesetz.

Diese Ermächtigungsgrundlage könnte sich aus § 7 SächsVergabeG ergeben. Nach § 7 Satz 1 SächsVergabeG erlässt die Sächsische Staatsregierung die zur Ausführung des SächsVergabeG erforderlichen Vorschriften, wodurch der Verordnungsgeber bestimmt ist. Fraglich ist aber, ob die Verordnungsermächtigung des § 7 SächsVergabeDVO in sachlicher Hinsicht die vorgeschlagenen Änderungen deckt.

Als Ermächtigungsgrundlage kommt im vorliegenden Fall § 7 Satz 2 Nr. 5 SächsVergabeG bezüglich der Regelungen über „die Information, die der Auftraggeber dem Bieter zukommen lassen muss, dessen Angebot nicht berücksichtigt werden soll, und die dabei einzuhaltende Frist“ oder in § 7 Satz 2 Nr. 7 SächsVergabeG im Hinblick auf Regelungen über „die Höhe des Auftragswertes, bis zu dem eine Informationspflicht nicht besteht“, in Betracht.

Für die Frage, ob bzw. inwieweit die vorgenannten Ermächtigungsgrundlagen für die vorgeschlagenen Varianten Anwendung finden können, ist die Ermächtigungsnorm in der Art und Weise auszulegen, bei der die Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage noch gewahrt bleibt. Ist insoweit die vorgeschlagene Variante nur bei weiter Auslegung der Ermächtigungsgrundlage mit dieser vereinbar, ist weiter zu prüfen, ob das Gesetz auch den verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht¹¹⁶⁹. Dabei muss sich aber dies nicht zwingend aus der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage ergeben, sofern sich die Bestimmtheit aus dem gesamten Gesetz, mithin konkreter Ermächtigungsnorm und den weiteren Vorschriften des Gesetzeswerkes ergibt¹¹⁷⁰.

§ 7 Satz 2 Nr. 5 SächsVergabeG bildet die Ermächtigungsgrundlage für die Verordnung bzw. Verordnungsteile, welche sich mit der Information der nicht berücksichtigten Bieter befassen sollen. Insoweit könnte auch im Rahmen der Auslegung der Ermächtigungsgrundlage grundsätzlich das Ergebnis vertreten werden, dass die Regelung der Information als solcher notwendigerweise auch die Regelungen beinhalten muss, wann die Information entbehrlich sein soll. Bei einer Berücksichtigung des

¹¹⁶⁹ Degenhart, Rdn. 331.

¹¹⁷⁰ Lücke/Mann in Sachs, Art. 80, Rdn. 28; Bryde in Sachs, Art. 80, Rdn. 22; BVerfGE 8, 274 (307); BVerfGE 80, 1 (20); BVerfGE 85, 97 (104); BVerwGE 89, 121 (131).

gesamten SächsVergabeG, insbesondere der weiteren Ermächtigungspunkte gemäß § 7 SächsVergabeG, ist dieses Ergebnis allerdings nicht vertretbar. § 7 Satz 2 Nr. 7 SächsVergabeG sieht als eigenen Punkt vor, dass Regelungen über die „Höhe des Auftragswertes, bis zu dem eine Informationspflicht nicht besteht“, getroffen werden können. § 7 Satz 2 Nr. 7 SächsVergabeG betrifft insoweit ausdrücklich die Ermächtigungsgrundlage, welche die Bagatellgrenze des § 9 Abs. 3 SächsVergabeDVO regeln soll.

Nachdem beide vorgeschlagenen Varianten, wenn auch mit unterschiedlicher Herangehensweise, diese Bagatellgrenze regeln sollen und damit gerade nicht den Inhalt der Information erfassen, ist § 7 Satz 2 Nr. 7 SächsVergabeG als Ermächtigungsgrundlage für die beiden Varianten zu prüfen.

Das Herabsetzen der Bagatellgrenze auf 25.000 EUR ist dabei unzweifelhaft von der Ermächtigungsgrundlage des § 7 Satz 2 Nr. 7 SächsVergabeG erfasst, weil mit einer Herabsetzung ausschließlich die Grenze (Höhe) des Auftragswertes bestimmt wird, bis zu welcher nicht informiert werden muss.

Fraglich ist aber, ob die Definition des Auftragswertes, d. h. die Frage, wie und wann dieser Auftragswert für die Bestimmung der Bagatellgrenze ermittelt wird, auch von der Ermächtigung der Festlegung der Bagatellgrenze gemäß § 7 Satz 2 Nr. 7 SächsVergabeG erfasst ist. Dies wird man aber ohne weiteres bejahen können, weil § 7 Satz 2 SächsVergabeG ausdrücklich von „Regelungen ... über“ die Höhe des Auftragswertes spricht. Damit sind nicht nur die Festlegung der konkreten Höhe, sondern auch Festlegungen zur Ermittlung der Höhe gemeint, was sich auch aus dem Sachzusammenhang ergibt. Weder im SächsVergabeG noch in der VOB/A gibt es Regelungen zur Ermittlung der Bagatellgrenze, insbesondere auch des Auftragswertes. Diese Regelungen lassen eher eine vorherige Bestimmung des Auftragswertes erkennen¹¹⁷¹. Eine entsprechende Ermittlungsgrundlage ist daher für die Darstellung der Bagatellgrenze zwingende Voraussetzung. Dies zeigt im Übrigen auch die Anwendung der VgV, welche auf Grundlage einer ähnlichen Ermächtigung (§ 127 Nr. 1 GWB) in § 3 VgV detaillierte Anweisungen zur Ermittlung des Auftragswertes gibt.

¹¹⁷¹ Vgl. oben, D.II.2.e)aa)(a).

Problematisch könnte aber die Frage sein, ob auch die Variante bezüglich der Festlegung der Bagatellgrenze anhand der Verfahrensart, also ohne konkrete Benennung eines Auftragswertes, von der Ermächtigungsgrundlage des § 7 Satz 2 Nr. 7 SächsVergabeG getragen wird. Auch dies wird im Ergebnis zu bejahen sein. Zwar würde eine Festschreibung der Bagatellgrenze nicht an einem konkreten Betrag erfolgen. Hier ist allerdings die Auslegung am Gesetz zu berücksichtigen. Dem Gesetzgeber ging es bei der Schaffung des § 7 Satz 2 Nr. 7 SächsVergabeG ersichtlich um die Schaffung einer Bagatellgrenze für die Informationspflicht und das damit einhergehende Beanstandungsrecht. Hierzu wurde zwar konkret von einer Abgrenzung nach dem Auftragswert gesprochen. Allerdings stellt auch eine Abgrenzung nach der Vergabeart eine, wenn auch indirekte, wertmäßige Bestimmung der Bagatellgrenze dar, wenn berücksichtigt wird, dass insbesondere freihändige Vergaben gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 SächsVergabeDVO der Regelfall sein sollen. Hinzu kommt, dass § 7 Satz 2 SächsVergabeG ausdrücklich allgemein davon spricht, dass „insbesondere“ Regelungen getroffen werden können. Der Katalog des § 7 SächsVergabeG ist damit nicht abschließend. Insoweit ist auch die Art der Maßnahmen freigestellt.

Alles in allem werden sowohl die betragsmäßige Herabsetzung wie auch die Bagatellabgrenzung nach einer Verfahrensart von der Ermächtigungsgrundlage des § 7 Satz 2 Nr. 7 SächsVergabeG getragen und umsetzbar.

2. Ausschluss von Angeboten

Aufgrund der sehr uneinheitlichen Handhabung und auch der Tatsache, dass ein Ausschluss eines Angebotes für den Bieter sowohl nicht transparent als auch unabhängig vom Auftragswert nicht von § 9 SächsVergabeDVO geschützt ist, bedarf die Regelung des § 9 SächsVergabeDVO einer Änderung. Dabei muss berücksichtigt werden, dass es für einen Bieter im Ergebnis keinen Unterschied macht, ob das Angebot ausgeschlossen oder einfach nicht berücksichtigt werden soll. Beide Vergabeentscheidungen können auf Fehlern der Vergabestelle beruhen. Über beide Vergabeentscheidungen ist der Bieter zumindest gemäß § 19 VOB/A zu informieren. Bezogen auf die Nichtberücksichtigung ist dem Bieter neben der vorherigen Information auch ein Beanstandungsrecht gemäß § 9 Abs. 2 SächsVergabeDVO eingeräumt, verbunden

mit einem parallelen Verbot der Erteilung des Zuschlages. Beim Ausschluss fehlt es dagegen unabhängig von jeglichem Auftragswert an einem Beanstandungsrecht.

a) Lösungsvorschlag

Für eine Berücksichtigung ausgeschlossener Angebote im Rahmen der Anwendung des § 9 Abs. 1 und Abs. 2 SächsVergabeDVO reicht eine bloße Änderung des § 9 Abs. 3 SächsVergabeDVO nicht aus, weil für ausgeschlossene Angebote insbesondere andere Informationspflichten bestehen. Während die Information bezüglich eines nicht berücksichtigten Angebotes zur Gewährleistung der Transparenz und der Einschätzung des Bieters die Begründung der Vergabeentscheidung sowie die Benennung des zu bezuschlagenden Angebotes der Vergabestelle beinhalten muss, ist dies bei einem ausgeschlossenen Angebot nicht erforderlich und regelmäßig auch nicht möglich. Berücksichtigt man, dass der Ausschluss im Rahmen der 1. Wertungsstufe der Vergabestelle erfolgt¹¹⁷² und § 19 Abs. 1 VOB/A eine unverzügliche Unterrichtung vorschreibt, während die nicht berücksichtigten Angebote regelmäßig die 4. Wertungsstufe durchlaufen¹¹⁷³, kann die Vergabestelle häufig noch nicht über den Bieter informieren, der den Zuschlag erhalten soll.

Hier muss insoweit die Regelung des § 9 Abs. 1 bzw. Abs. 2 SächsVergabeDVO geändert werden.

Auch eine Ergänzung des § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO dahingehend, dass der Auftraggeber die Bieter informiert, deren Angebote ausgeschlossen oder nicht berücksichtigt werden sollen, kommt nicht in Frage, weil diese Information erst unmittelbar vor der Zuschlagserteilung erfolgt.

Diesbezüglich muss beachtet werden, dass die Aufnahme der Informationspflicht keinesfalls die Problematik löst. Vielmehr muss das Beanstandungsrecht des § 9 Abs. 3 SächsVergabeDVO auch auf den Ausschluss ausgedehnt werden. Hierzu sind ebenso Fristenregelungen zu treffen, da auch hier eine Abwägung zwischen Verfahrenskonzentration und Bieterinteressen vorgenommen werden muss.

Im Hinblick auf die Fristen bietet sich an, dass die Frist von 7 Kalendertagen ab Informationsabgabe übernommen werden kann, wobei die Information in Anlehnung

¹¹⁷² Vgl. oben, D.II.2.e)bb).

¹¹⁷³ Vgl. oben, ebenda.

an § 19 Abs. 1 VOB/A (§ 27 Nr. 1 VOB/A 2006) unverzüglich erfolgen soll. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass hier dem Auftraggeber auch Steuerungsmöglichkeiten zustehen, die das Verfahren beeinflussen können. Das Unverzüglichkeitskriterium des § 19 Abs. 1 VOB/A (§ 27 Nr. 1 VOB/A) stellt auf die Angebote ab, die „ausgeschlossen worden sind“, weshalb es einer Ausschlussentscheidung bedarf, sodass durch ein Verzögern der Ausschlussentscheidung der Zeitpunkt der Information gesteuert werden kann. Insoweit muss sichergestellt werden, dass ein ausgeschlossener Bieter in der ihm zustehenden Beanstandungsfrist aufgrund einer verspäteten Information nicht vom Zuschlag „überholt“ wird und damit der Rechtsschutz ins Leere laufen würde. Hinzu kommt, dass § 19 Abs. 1 VOB/A (§ 27 Nr. 1 VOB/A 2006) nur festschreibt, dass eine Information erfolgt. Inwieweit diese zu begründen ist, wird nicht normiert.

Insofern sollte die Informationspflicht, in Anlehnung an die Formulierung des § 19 Abs. 1 VOB/A, dahingehend lauten, dass Bieter, deren Angebote ausgeschlossen worden sind, unverzüglich, spätestens jedoch in der Frist gemäß § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO über den Ausschluss und den Ausschlussgrund informiert werden müssen. Sinnvoll wäre hier die Schaffung eines zusätzlichen Absatzes in § 9 SächsVergabeDVO.

Die vorgeschlagene Variante gewährleistet einerseits, dass die Bieterinformation sichergestellt ist, wodurch die Transparenz des Verfahrens gewährleistet wird. Durch die Fristenregelung ist sichergestellt, dass der Bieter sein Beanstandungsrecht ausüben kann, ohne vom Zuschlag „überholt“ zu werden.

Diese Variante beinhaltet aber die Gefahr, dass der Auftraggeber bzw. die Nachprüfbehörde dahingehend einen höheren Aufwand im Hinblick auf die Beanstandungen hat, dass zu unterschiedlichen Zeitpunkten verschiedenste Beanstandungen eingehen, die jeweils bearbeitet werden müssen. Eine derart „gestreute“ Bearbeitung könnte auch über eine andere Variante, ausgehend von den Vergaberegeln des BVergG in Österreich¹¹⁷⁴, vermieden werden. Es würde insoweit einerseits die Möglichkeit bestehen, sowohl Bieterinformation als auch Beanstandungsrecht direkt an die bereits bestehende Möglichkeit des § 9 Abs. 1 und Abs. 2 SächsVergabeDVO zu koppeln.

¹¹⁷⁴ Vgl. oben, Exkurs Vergaberecht in Österreich, II.2.b)cc).

Das heißt, die Information über den Ausschluss könnte zeitgleich mit der Information an die nicht berücksichtigten Bieter erfolgen, was auch die gleiche Beanstandungsfrist auslöst. Eine derartige Verzögerung der Information würde aber der Grundintention der Information über eine Ausschlussentscheidung, nämlich dem Bieter schnellstmöglich die Möglichkeit zu bieten, sich anderweitig um Aufträge zu bemühen, zuwiderlaufen, weil regelmäßig die Ausschlussentscheidung zeitlich der Zuschlagsentscheidung vorgelagert sein wird. Insofern wäre diese Möglichkeit abzulehnen.

Andererseits besteht die Möglichkeit, unter Beibehaltung der unverzüglichen Information das Beanstandungsrecht, ähnlich dem Prinzip der gesondert anfechtbaren und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen¹¹⁷⁵, an die Beanstandungsmöglichkeit bezüglich der Zuschlagsentscheidung zu binden. Dies hätte zwar sicherlich den Vorteil, dass ein einheitlicher Beanstandungszeitraum generiert wird. Allerdings dürfte eine derartige Verlagerung das Vergabeverfahren trotzdem erheblich verzögern. Führt eine Beanstandung zur Aufhebung der Ausschlussentscheidung, müsste das Wertungsverfahren mit diesem Angebot wiederholt werden, verbunden mit eventuellen Bietergesprächen. Das heißt, die gesamte Entscheidungsfindung für die Zuschlagsentscheidung könnte beeinflusst werden. Hinzu kommt, dass die punktuelle Konzentration von Beanstandungen sowohl durch die Vergabestelle selbst als auch durch die Nachprüfungsbehörde ungleich schwerer innerhalb fester Fristen bearbeitet werden kann.

Insofern ist eine Kopplung der Bieterinformation sowie des Beanstandungsrechtes an die Information des § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO abzulehnen. Empfehlenswert ist eine Bindung des Informationsrechtes an die Regelung des § 19 Abs. 1 Satz 1 VOB/A, wobei die Entscheidung auch mit einer identischen Frist des § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO beanstandet werden kann. Dies hat zwar den Nachteil, dass die Nachprüfbehörde zu unterschiedlichen Zeitpunkten mit dem Vergabeverfahren befasst sein kann. So kann die Nachprüfbehörde aufgrund einer Ausschlussentscheidung, bspw. unmittelbar nach der Submission, tätig werden und im gleichen Vergabeverfahren dann nochmals unmittelbar vor dem Zuschlag angerufen werden. Andererseits gibt dies die Möglichkeit einer möglichst frühzeitigen Korrektur von Vergabebefehlen und dient der Rechtssicherheit bezogen auf die Ausschlussentscheidung.

¹¹⁷⁵ Vgl. oben, Exkurs Vergaberecht in Österreich, II.2.b)cc).

Hierbei ist die Zuschlagssperre auf die Beanstandung im Falle einer Ausschlussentscheidung auszudehnen, um solche Fälle zu erfassen, in welchen die Ausschlussentscheidung unmittelbar vor der Zuschlagsentscheidung getroffen und darüber informiert wird.

b) Regelungskompetenz

Im Hinblick auf die Regelungskompetenz zur Information und Beanstandung bei ausgeschlossenen Angeboten ist fraglich, ob bzw. Kraft welcher Länderkompetenz der Anwendungsbereich des § 9 SächsVergabeDVO auf den Ausschluss von Angeboten ausgeweitet werden kann.

Es kann zuvorderst aber festgehalten werden, dass im vorliegenden Fall keine Kollision mit einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes vorliegt¹¹⁷⁶. Insbesondere sind die Lösungsvorschläge weder dazu gedacht, Regelungen im Oberschwellenbereich zu treffen noch werden hierdurch gerichtliche Vorschriften tangiert.

Nachdem die vorliegenden Lösungsvorschläge ebenfalls allgemein verbindliche Grundlagen enthalten, besteht auch die grundsätzliche Organisationshoheit beim Land. Zu prüfen ist jedoch auch im vorliegenden Fall, wo die Organisationsgewalt liegt, ob die Lösungsvorschläge also der Regelung des Parlamentes oder der Exekutive unterliegen. Dabei muss jedoch unterschieden werden zwischen Information und Beanstandung.

Der Informationsanspruch des Bieters eines ausgeschlossenen Angebotes ergibt sich aus § 19 Abs. 1 Satz 1 VOB/A (§ 27 Nr. 1 S. 2 VOB/A 2006), welcher eine unverzügliche Unterrichtung vorschreibt. Durch § 1 Abs. 1 Satz 2 SächsVergabeG ist die Anwendung der VOB "in der jeweils geltenden Fassung" angeordnet, sodass es keiner nochmaligen Regelung bedarf.

Regelungsbedürftig sind aber zumindest das Beanstandungsrecht und das damit verbundene Verfahren. Insbesondere nachdem bei einem Beanstandungsrecht bezüglich einer Ausschlussentscheidung zwingend eine Zuschlagssperre erforderlich sein

¹¹⁷⁶ Vgl. oben 1.b).

wird¹¹⁷⁷ und damit in die kommunale Selbstverwaltung eingegriffen wird¹¹⁷⁸, bedarf es einer gesetzlichen Grundlage.

Denkbar wäre hierfür insbesondere ebenfalls die Kompetenz auf der Grundlage der Verordnungsermächtigung des § 7 SächsVergabeG, wobei § 7 Satz 2 Nr. 1 SächsVergabeG (Regelung über die Prüfung und Wertung von Angeboten) und § 7 Satz 2 Nr. 6 SächsVergabeG (Regelungen über das Verfahren bei Beanstandungen der Nichteinhaltung der Vergabevorschriften durch den nicht berücksichtigten Bieter) in Betracht zu ziehen sind. Allerdings regelt § 7 Satz 2 Nr. 6 SächsVergabeG nur das Beanstandungsrecht der "nicht berücksichtigten Bieter". Unter diese Bietergruppe sind aber ausgeschlossene Angebote gerade nicht zu fassen¹¹⁷⁹. Damit scheidet § 7 Satz 2 Nr. 6 SächsVergabeG als Ermächtigungsgrundlage aus. § 7 Satz 2 Nr. 1 SächsVergabeG betrifft Regelungen über die Prüfung und Wertung der Angebote. Berücksichtigt man, dass in § 7 Satz 2 Nr. 6 SächsVergabeG ausdrücklich von Regelungen über das Beanstandungsrecht gesprochen wird, muss auch § 7 Satz 2 Nr. 1 SächsVergabeG als Ermächtigungsgrundlage ausscheiden. Nachdem das Beanstandungsrecht eine eigene Ermächtigungsgrundlage hat, ist eine Unterordnung unter die Prüfung und Wertung von Angeboten ausgeschlossen. Damit enthält § 7 SächsVergabeG ausdrücklich keinerlei Ermächtigung für Verfahrensweisen ausgeschlossener Angebote. Allerdings beinhaltet der Ermächtigungskatalog keine abschließende Aufzählung¹¹⁸⁰, sodass auch ein Beanstandungsrecht für Bieter ausgeschlossener Angebote nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist. Ersichtlich sollte durch die Ermächtigungsverordnung vor allem das Verfahren ab dem Submissionstermin geregelt werden. Die in § 7 SächsVergabeG aufgezählten Regelungsvorbehalte betreffen im Wesentlichen die Prüfungs- und Wertungsverfahren sowie die diesbezügliche Entscheidung. Hinzu kommen die Regelungen für die Information und das Verfahren bei Beanstandung. Nachdem aber die Geltung der VOB/A ebenfalls durch das SächsVergabeG festgelegt ist und selbst § 19 VOB/A (§ 27 Nr. 1 S. 2 VOB/A 2006) als Überschrift "Nicht berücksichtigte Bewerbungen und Angebote" trägt, wobei dann in Absatz 1 die Informationspflicht beim Angebotsausschluss geregelt wird, ist davon auszugehen, dass die Ermächtigungsgrundlage des § 7 SächsVergabeG auch die Infor-

¹¹⁷⁷ Vgl. oben, a).

¹¹⁷⁸ Vgl. oben, 1.b).

¹¹⁷⁹ Vgl. oben, D.II.2.e)bb).

¹¹⁸⁰ Vgl. oben, 1.b).

mations- und Beanstandungspflicht bei ausgeschlossenen Angeboten erfassen soll. Außer dem Einwand der Verfahrensökonomie¹¹⁸¹ ist kein sachlicher Grund erkennbar, warum ein Ausschluss des Angebotes nicht mit geregelt sein soll. Der Ausschluss eines Angebotes ist für den Bieter ähnlich relevant wie die Entscheidung über den Zuschlag, aber ebenso fehlerträchtig. Eine entsprechende Änderung des § 9 SächsVergabeDVO ist daher von der Ermächtigungsgrundlage des § 7 SächsVergabeG erfasst.

3. Aufhebung der Ausschreibung

Die Aufhebung der Ausschreibung stellt oberhalb der Schwellenwerte eine Entscheidung der Vergabestelle dar, die zur Sicherstellung eines Mindestmaßes an Transparenz und der Einhaltung der Vergabegrundsätze zwingend einer gerichtlichen Nachprüfung unterliegen muss.¹¹⁸²

Auch unterhalb der Schwellenwerte ist die Aufhebung, insbesondere nachdem § 17 Abs. 1 VOB/A (§ 26 Nr. 1 VOB/A 2006) eine Aufhebung der Ausschreibung nur unter besonderen Bedingungen zulässt, eine Entscheidung, die im Rahmen einer primären Rechtsschutzgewährleistung ebenfalls einer Überprüfung unterstellt werden muss.¹¹⁸³ Die Überprüfbarkeit der Aufhebung der Ausschreibung unterliegt dabei in diesem Fall auch nicht den „üblichen“ Argumenten der öffentlichen Hand, wonach durch einen Primärrechtsschutz insbesondere Investitionen verzögert werden, da die Aufhebung der Ausschreibung vorrangig den Abbruch des Vergabeverfahrens und damit auch in erster Linie den Abbruch der Investition beinhaltet.

a) Lösungsvorschlag

Im Hinblick auf eine Regelung zur Überprüfbarkeit der Aufhebungsentscheidung könnte unter Berücksichtigung des Oberschwellenbereiches die Aufhebungsentscheidung nach Entscheidungserlass einer Überprüfbarkeit zugeführt wird. Dabei gewährleistet die Rechtsprechung das Rechtsschutzziel des primären Rechtsschutzes, mithin der Erlangung des Auftrages dadurch, dass die Aufhebung der Ausschreibung

¹¹⁸¹ Vgl. oben, D.II.6.

¹¹⁸² EuGH, Urteil vom 18.06.2002, Rs. C-92/00, Slg. 2002, Seite I-5553, Rdn. 48, 53; EuGH, Urteil vom 02.06.2005, Rs. C-15/04, Slg. 2005, I-4876, Rdn. 30.

¹¹⁸³ Vgl. oben, E.II.2.e)aa).

im Gegensatz zur Zuschlagsentscheidung reversibel ist, es ist also die Aufhebung der Aufhebung möglich.¹¹⁸⁴

Diese Lösung erscheint aber auf Grund der Tatsache, dass die Entscheidung zuvor getroffen und erst wieder rückgängig gemacht werden muss, im Vergleich zum österreichischen Modell¹¹⁸⁵ als nicht wirklich praktikabel. Es besteht kein zwingender Grund, eine Entscheidung erst abzuwarten und dann gegen diese Entscheidung vorzugehen, selbst wenn die Entscheidung im Gegensatz zur Zuschlagsentscheidung reversibel ist. Diesbezüglich ist auch zu beachten, dass die Aufhebungsentscheidung den Bietern übermittelt werden muss, was im Falle der Aufhebung dieser Entscheidung eine erneute Information an die Bieter darüber erforderlich macht, dass die Aufhebungsentscheidung nicht mehr gilt und das Vergabeverfahren fortgeführt wird. Für die Bieter ist dieser Zustand, welcher keine Rechtssicherheit bedeutet und insoweit auch die Betriebsplanung der Bieter erheblich stört, als eher ungünstig zu bezeichnen. Die Generierung einer Regelung ähnlich § 140 Abs. 3 BVergG 2006, nach der die Bieter über eine beabsichtigte Aufhebung vorinformiert werden und sich hiergegen im Rahmen des Rechtsschutzes wenden können, erscheint demgegenüber unter der Berücksichtigung einer gewissen Rechtssicherheit praktikabler. Hinzu käme, dass auch die Praktikabilität für den Bieter besser gewährleistet wäre, weil es in diesem Fall keine unterschiedlichen Rechtsschutzverfahren bei Aufhebungs- oder Zuschlagsentscheidung geben würde.

Die Überprüfbarkeit der Aufhebungsentscheidung durch Vorinformation über die beabsichtigte Aufhebung und Beanstandung derselben sollte sich insoweit im Sinne der Vereinheitlichung der Verfahren an das Verfahren bezüglich der Zuschlagsentscheidung anlehnen. Im Hinblick auf die zu gewährenden Fristen können auch hier die Fristen zur Überprüfung der Zuschlagsentscheidung einheitlich übernommen werden. Die Verzögerung einer Aufhebungsentscheidung durch Beanstandungs- und Sperrfrist stellt im Falle einer tatsächlichen Aufhebung der Ausschreibung, also im Falle des Verzichtes auf die Ausschreibung, einen Zeitfaktor dar, der die Vergabestelle nicht berührt. Die Fristen werden nur in dem Fall für die Vergabestelle relevant, wenn nach der Aufhebung der Ausschreibung in ein weiteres Ausschreibungs-

¹¹⁸⁴ EuGH, Urteil vom 02.06.2005, Rs. C-15/04, Slg. 2005, I-4876, Rdn. 30; BGH, Beschluss vom 18.02.2003, X ZB 43/02.

¹¹⁸⁵ Vgl. oben, Exkurs Vergaberecht in Österreich, II.3.b)bb).

verfahren überleitet werden soll. Hier rechtfertigt sich aber die Überprüfung allein aus dem Grund, Manipulationen der Vergabestelle, über den Wechsel des Vergabeverfahrens einen Wunschbieter zu bevorzugen oder einem Rechtsstreit vorzubeugen¹¹⁸⁶, entgegenzuwirken.

b) Regelungskompetenz

Die zu treffende Regelung würde den Anwendungsbereich des § 9 SächsVergabeDVO auf die Aufhebungsentscheidung erweitern. Diese Regelung innerhalb des § 9 SächsVergabeDVO gebietet sich bereits aus der geplanten Übernahme der Vorabinformations- bzw. Sperrfrist, weshalb sich die Frage stellt, ob die Regelungskompetenz hierfür besteht.

Eine Kollision mit einer Bundeskompetenz ist nicht feststellbar. Insoweit gilt der Grundsatz des Art. 70 Abs. 1 GG, wonach die Länder die Gesetzgebungsbefugnis besitzen.

Es stellt sich allerdings auch auf Landesebene die Frage, inwieweit die Organisationshoheit beim Gesetzgeber oder der Exekutive zu suchen ist. Die Entscheidung über die Aufhebung der Ausschreibung obliegt in erster Linie der Vergabestelle selbst, mithin (ausgehend vom klassischen Auftraggeberbegriff¹¹⁸⁷) dem Träger der Selbstverwaltung gemäß Art. 82 Abs. 2 SächsVerf selbst. Mit diesem Organisationsrecht steht bereits eine Verpflichtung zur Vorabinformation im Widerspruch, weshalb dies auch als Eingriff in das kommunale Selbstverwaltungsrecht zu werten ist. Ein derartiger Eingriff darf gemäß Art. 82 Abs. 2 Satz 2 SächsVerf nur "im Rahmen der Gesetze" erfolgen. Damit bedarf eine Vorschrift zur Generierung der Überprüfbarkeit der Aufhebungsentscheidung einer Regelung durch den Gesetzgeber.

Der Vorschlag zielt dabei auf eine Erweiterung der Regelungen für die Vorabinformation zu Zuschlag und dem Beanstandungsrecht der Bieter gemäß § 9 Abs. 1 und 2 SächsVergabeDVO ab, was gemäß Art. 75 Abs. 1 SächsVerf einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf. Hierfür könnte § 7 Satz 2 Nr. 6 SächsVergabeG in

¹¹⁸⁶ Opitz, RPA 2003, 194 (203).

¹¹⁸⁷ Vgl. oben, B.I.4.b).

Betracht, welcher festlegt, dass das "Verfahren bei Beanstandungen der Nichteinhaltung der Vergabevorschriften durch den nicht berücksichtigten Bieter" durch Rechtsverordnung geregelt werden kann. Allerdings erfolgt eine Information über die Aufhebung der Ausschreibung nicht nur an die „nicht berücksichtigten Bieter“. Vielmehr hat diese an alle Bieter im Vergabeverfahren zu erfolgen. So sieht § 17 Abs. 2 VOB/A (§ 26 Nr. 2 VOB/A 2006) vor, dass die „Bewerber und Bieter“ unverzüglich über die Aufhebung der Ausschreibung und gegebenenfalls über die Absicht einer neuen Vergabe unverzüglich zu unterrichten sind. Die vorgeschlagene Regelung setzt vor diesem Zeitpunkt an, indem über diese Entscheidung eine Vorabinformation ergeht. Diese muss aber folgerichtig auch an die „Bewerber und Bieter“, weshalb eine Regelung der SächsVergabeDVO auf der Grundlage von § 7 Satz 2 Nr. 6 SächsVergabeG ausscheidet. Auch im Übrigen bietet der Katalog des § 7 Satz SächsVergabeG keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage, sodass die Erweiterung der Regelungen des § 9 SächsVergabeDVO auf die Aufhebung der Ausschreibung einer vorherigen Schaffung einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf.

III. Nachprüfbehörde

Die Zuordnung der Nachprüfungsbehörden zu den Aufsichts- bzw. Bewilligungsbehörden erscheint in Anbetracht der äußerst speziellen und vielschichtigen Materie¹¹⁸⁸ nicht sinnvoll¹¹⁸⁹, zumal bei den Bietern der Eindruck einer unterschiedlichen Qualität der Entscheidungen der jeweiligen Nachprüfungsbehörde aufgekommen ist¹¹⁹⁰. Eine vergabespezifische Nachprüfbehörde muss sich insoweit insbesondere am Kriterium der fachlichen Kompetenz messen lassen¹¹⁹¹, wobei die Behörde auch mit der nötigen personellen Kompetenz ausgestattet sein muss, die in Anbetracht der Zuschlagssperre des § 9 Abs. 2 Satz 2 SächsVergabeDVO eine rechtzeitige Entscheidung gewährleistet. Da die materiellen Vergabeprobleme im Baurecht (mit kleineren Konkretisierungen durch die a-Paragrafen der VOB/A) sowohl unter- als auch oberhalb der Schwellenwerte an den Basisparagrafen der VOB/A gemessen werden, wäre

¹¹⁸⁸ Für den Oberschwellenbereich: OLG München, Beschluss vom 16.11.2006, Verg 14/06; BayObLG, Beschluss vom 16.02.2005, Verg 28/04; Rojahn, VergabeR 2004, 454 (456).

¹¹⁸⁹ Krist, S. 55.

¹¹⁹⁰ Vgl. oben, E.II.2.e)dd).

¹¹⁹¹ Krist, S. 56.

es aus Gründen der Rechtssicherheit für die Bieter geboten, eine Einheitlichkeit der Rechtsprechung zugewährleisten¹¹⁹².

1. Lösungsvorschlag

Die einfachste Lösung zur Gewährleistung dieser Eckpunkte wäre sicherlich die Zuweisung dieser Aufgaben an spezialisierte Kammern der Zivilgerichte, ähnlich den vielfach bei den Landgerichten aufgestellten spezialisierten Kammern für Bausachen¹¹⁹³. Diese Lösung würde allein aufgrund der Spezialisierung eine entsprechende Kompetenz und Qualität gewährleisten, scheidet aber von vornherein aus, weil hierfür Bundeskompetenzen erforderlich wären¹¹⁹⁴.

Als weitere Möglichkeit bietet es sich an, eine spezielle, nur für die Nachprüfung von Vergabeverfahren eingesetzte Behörde zu schaffen, welche die Aufsichtsfunktion in Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte übernimmt. Auch hier könnte eine hohe fachliche Kompetenz allein aufgrund der sich aus der Tätigkeit ergebenden fachlichen Spezialisierung erwartet werden. Durch diese Behörde wäre auch die erforderliche Einheitlichkeit der Rechtsprechung gewahrt, weil eine "Zersplitterung" auf eine Vielzahl von Kommunalaufsichtsbehörden bzw. Bewilligungsbehörden nicht vorliegt. Die Schaffung einer völlig neuen Nachprüfbehörde dürfte allerdings bereits deshalb scheitern, weil hierfür ein erheblicher personeller und insbesondere auch finanzieller Aufwand erforderlich ist, der in Anbetracht äußerst gespannter Haushaltssituationen als unrealistisch erscheint.

Insofern verbleibt allenfalls die Möglichkeit, einer bestehenden Behörde die Aufgaben der Vergabenachprüfung zuzuordnen. Fraglich ist allerdings, welcher Behörde diese Aufgaben zuzuordnen sind, ohne dass eine ähnliche Kostenbelastung eintritt wie bei der Neuschaffung einer derartigen Behörde. Bis zur Neufassung des GWB im Jahr 2009 hätten sich für derartige Aufgaben jedenfalls die gemäß § 103 Abs. 1 GWB a. F. fakultativ einzurichtenden Vergabeprüfstellen¹¹⁹⁵ angeboten, wobei allerdings das Land Sachsen von einer derartigen Einrichtung schon gar keinen Gebrauch

¹¹⁹² So auch die Forderung des DAV in seiner Stellungnahme vom 12.04.2010 zum "Vorschlag einer gesetzlichen Regelung zum Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte".

¹¹⁹³ So bspw. beim LG Augsburg, 6. Zivilkammer.

¹¹⁹⁴ Vgl. oben, D.III.2.

¹¹⁹⁵ Die Vergabeprüfstelle war Teil der ursprünglichen haushaltsrechtlichen Lösung gemäß § 57 b HGrG und wurde ursprünglich in das GWB übernommen, um die formale Nachprüfungsinstanz zu entlasten (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Vergaberechtsänderungsgesetz, BR-Drucks. 646/97 vom 05.09.1997, S. 30).

gemacht hat. Die Vergabeprüfstellen konnten gemäß § 103 Abs. 1 Satz 2 GWB a. F. auch bei den Rechts- und Fachaufsichtsbehörden angesiedelt werden und waren insoweit als qualifizierte Rechtsaufsicht eingesetzt¹¹⁹⁶. Die Kernaufgaben der Vergabeprüfstellen erstreckten sich gemäß § 103 Abs. 2 Satz 2 GWB a. F. insbesondere auf Beratung und Streitschlichtung, sodass die Vergabeprüfstellen grundsätzlich geeignet gewesen wären, die Aufgaben einer Nachprüfbehörde auch unterhalb der Schwellenwerte zu übernehmen. Nachdem mit der Neufassung des GWB die Vergabeprüfstellen mangels praktischer Relevanz jedoch ersatzlos gestrichen wurden¹¹⁹⁷, wäre die nunmehr naheliegendste Möglichkeit eine Aufgabenübertragung auf die Vergabekammer selbst¹¹⁹⁸. Es existiert bei der Vergabekammer aufgrund der bereits bestehenden Aufgabenstellung eine Struktur, die speziell auf die besonderen Anforderungen eines vergabespezifischen und insbesondere auch zeitlich begrenzten Rechtsschutzes abgestimmt ist. Daher bietet sich die Übernahme dieser fachlichen und organisatorischen Ressourcen für die Nachprüfung im Unterschwellenbereich auch an. Jedoch wird eine einfache Erweiterung der Aufgaben verbunden mit einer Übernahme der Verfahrensstruktur aus dem Oberschwellenbereich den besonderen Anforderungen im Unterschwellenbereich nicht gerecht, weil im Unterschwellenbereich weder ein mehrstufiger Rechtsschutz noch eine Entscheidungsdauer von 5 Wochen gemäß § 113 GWB gerechtfertigt sind¹¹⁹⁹. Fraglich ist insoweit, wie (in den bestehenden Strukturen der Vergabekammer) eine Nachprüfung im Unterschwellenbereich durch die Vergabekammer gestaltet werden kann.

Im Oberschwellenbereich hat die Vergabekammer grundsätzlich gemäß § 112 Abs. 1 Satz 1 GWB aufgrund einer mündlichen Verhandlung zu entscheiden. Legt man die Tatsache zugrunde, dass die Vergabekammer im Unterschwellenbereich Aufgaben der Kommunalaufsicht übernimmt, können auch die dortigen Verfahrensgrundsätze zugrunde gelegt werden. Für aufsichtsrechtliche Entscheidungen existiert kein Erfordernis der mündlichen Verhandlung. Eine mündliche Verhandlung kann im Unter-

¹¹⁹⁶ Portz in Kulartz/Kus/Portz, § 103, Rdn. 24; Prieß/Niestedt, S. 59.

¹¹⁹⁷ Vgl. oben, C.I.1.b).

¹¹⁹⁸ So auch der DAV in seiner Stellungnahme vom 12.04.2010, S. 3, welche allerdings die Nachprüfung durch Ausweitung der Regelungen des GWB auf den Unterschwellenbereich vorschlagen.

¹¹⁹⁹ Vgl. oben, D.III.1.a).

schwellerbereich im Gegensatz zum Oberschwellerbereich insoweit grundsätzlich entfallen¹²⁰⁰.

Die Vergabekammer entscheidet oberhalb der Schwellenwerte gemäß § 105 Abs. 2 Satz 1 GWB als Spruchkörper mit einer Besetzung durch einen Vorsitzenden und zwei Beisitzer. Unterhalb der Schwellenwerte rechtfertigt die Interessenabwägung zwischen Rechtsschutzgewährleistung und Verfahrensdauer bzw. -aufwand¹²⁰¹, dass eine Entscheidung generell nicht durch den gesamten Spruchkörper, sondern ein Mitglied der Kammer getroffen wird¹²⁰².

Problematisch ist außerdem, dass die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 114 Abs. 3 Satz 1 GWB als Verwaltungsakt ergeht, was die Entscheidung aus dem internen Verwaltungshandeln „heraushebt“ und somit dem Bieter formal ein subjektives Recht auf Anfechtung einräumt. Die Verwaltungsaktqualität birgt also die Möglichkeit, dass damit der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz eröffnet wird, was die Gefahr der Vergabeverfahrensverzögerungen durch Eilrechtsschutz birgt. Der für den vergabespezifischen Rechtsschutz angestrebte einstufige Rechtsschutz¹²⁰³ kann dann nicht gewährleistet werden. Andererseits gewährleisten Aufsichtsmaßnahmen keinen subjektiven Anspruch des Bürgers bzw. Bieters, sodass klargestellt werden muss, dass die Vergabekammer hier Aufsichtsaufgaben wahrnimmt.

Eine Übertragung der Aufgaben der Nachprüfbehörde im Sinne des § 9 SächsVergabeDVO auf die Vergabekammer erscheint insoweit die sinnvollste Variante zu sein, bei der einerseits eine fachlich kompetente Entscheidung erwartet werden kann, zumal die Zahl der Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern kontinuierlich rückläufig ist.¹²⁰⁴ Andererseits ist durch eine derartige Festlegung auch eine Einheitlichkeit der Rechtsprechung gewährleistet. Die Vorteile dieser Lösung liegen darüber hinaus in der Übernahme einer bestehenden Verwaltungsstruktur, was Kosten und Aufwand erheblich reduzieren würden.

¹²⁰⁰ So auch der DAV in seiner Stellungnahme vom 12.04.2010, S. 5, welcher allerdings lediglich eine Regel-Ausnahmeregelung vorschlägt.

¹²⁰¹ Vgl. oben, D.II.6.

¹²⁰² A. A. DAV in seiner Stellungnahme vom 12.04.2010, S. 5, welcher erneut nur eine Regel-Ausnahmeregelung vorschlägt.

¹²⁰³ Vgl. oben, D.III.1.a).

¹²⁰⁴ Vgl. oben, D.III.3.

2. Regelungskompetenz

Im Hinblick auf die Regelungskompetenz zur Zentrierung der Nachprüfbehörde im Sinne des § 9 SächsVergabeDVO bei der Vergabekammer ist zuvorderst problematisch, ob hierbei die Sperrwirkung der Vergaberegeln oberhalb der Schwellenwerte¹²⁰⁵, insbesondere des GWB, berührt wird. Zwar zielt die Einrichtung der Nachprüfbehörde im Sinne des § 9 SächsVergabeDVO auf die Organisation der Aufsichtsbehörden im Rahmen der Kommunalaufsicht und ist damit Teil der Landesorganisation. Jedoch ist der Aufgabenbereich der Vergabekammer durch Bundesgesetz definiert und könnte daher insbesondere der Sperrwirkung des § 115 a GWB unterliegen. § 115 a GWB verbietet jegliche Abweichung bezüglich der Regelungen des Verwaltungsverfahrens der §§ 107 – 115 GWB durch Landesrecht. Der Bund hat insoweit durch § 115 a GWB von seiner Möglichkeit im Sinne des Art. 84 Abs. Satz 5 GG¹²⁰⁶ Gebrauch gemacht, eine bundeseinheitliche Regelung des Verwaltungsverfahrens zu treffen¹²⁰⁷.

Die Vergabekammern sind zwar gerichtsähnlich organisiert, sind aber Teil der Verwaltungsorganisation, weshalb auch das Nachprüfungsverfahren ein Verwaltungsverfahren ist¹²⁰⁸ und die Entscheidungen der Vergabekammern gemäß § 114 Abs. 3 Satz 1 GWB als Verwaltungsakt ergehen. Insoweit könnte durch eine Konzentration der Aufsichtsbefugnisse bei der Vergabekammer auch Einfluss auf das Verwaltungsverfahren im Sinne des Art. 84 Abs. 1 Satz 5 GG genommen werden. Unter Verwaltungsverfahren im Sinne des Art. 84 Abs. 1 Satz 5 GG ist dabei das Wie des Verwaltungshandelns zu verstehen, mithin alle gesetzlichen Bestimmungen, welche die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden im Blick auf Art und Weise der Ausführung des Gesetzes regeln¹²⁰⁹. Die Zuweisung weiterer Kompetenzen an die Vergabekammer, d. h. die Übertragung von Aufsichtsmaßnahmen, stellt dabei keinen direkten Eingriff in die Verwaltungsverfahren oberhalb der Schwellenwerte dar, weil die Regelungen ausschließlich unterhalb der Schwellenwerte gelten sollen und keinerlei direkte Berührungspunkte zum Verwaltungsverfahren im Sinne der §§ 107 – 115 GWB haben. Allerdings verbietet die Sperrwirkung den Ländern auch eine nur mittelbare Beein-

¹²⁰⁵ Vgl. oben, D.III.2.

¹²⁰⁶ Vgl. oben, ebenda.

¹²⁰⁷ Weyand, Online-Kommentar 2009, Rdn. 3778.

¹²⁰⁸ Vgl. oben, C.I.1.b)bb)(a).

¹²⁰⁹ BVerfGE 55, 274 (320); 75, 108 (152).

trächtigung in dem Sinne, dass eine Wahrnehmung der Gesetzgebungskompetenz erheblich beeinträchtigt wird¹²¹⁰. Damit würden sich Landesregelungen verbieten, welche eine Durchführung des auf der Grundlage von Art. 84 Abs. 1 Satz 5 GG geregelten Vergabeverfahrens faktisch unmöglich machen. Ein solcher Fall könnte bei einer Übertragung der Aufsichtsmaßnahmen an die Vergabekammer, zumindest theoretisch, dadurch entstehen, wenn Aufsichtsmaßnahmen in einer solchen Konzentration vorliegen, dass die Vergabekammer die ihr primär zugewiesenen Aufgaben als Nachprüfbehörde im Sinne des GWB nicht mehr ordnungsgemäß erfüllen kann. Diese (theoretische) Kapazitätsüberlastung kann aber durch eine entsprechende Organisation der Vergabekammern ausgeschlossen werden, für die gemäß § 106 Abs. 2 GWB ausdrücklich die Länder verantwortlich sind. Die Erweiterung der personellen Struktur der Vergabekammer unterliegt insoweit den Kompetenzen des jeweiligen Landes.

Zu prüfen ist daher, ob eine Aufgabenzuweisung für Aufsichtsaufgaben in Vergabeverfahren an die Vergabekammer durch Gesetzgeber oder Exekutive erfolgen kann. Gemäß Art. 89 Abs. 1 SächsVerf steht die Aufsicht über die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung dem Freistaat Sachsen zu. Insoweit scheidet eine anderweitige Organisationskompetenz, bspw. der Kommunen, von vornherein aus. Gleichzeitig ordnet Art. 83 Abs. 1 SächsVerf dem Parlament die allgemeine Organisationshoheit für die außenwirksame Zuweisung von Aufgaben und Befugnissen von Verwaltungsträgern bzw. Behörden zu¹²¹¹, sodass die diesbezüglichen Aufgabenzuweisungen auch nicht durch die Exekutive erfolgen können. Dies ist auch insoweit erforderlich, als die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden der Rechtsaufsicht durch § 112 SächsGemO mittels Gesetz geregelt sind.

Allerdings könnte der Zuständigkeitswechsel gegen die Grundsätze der kommunalen Selbstverwaltung im Sinne des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verstoßen. Träger der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie sind nicht nur Gemeinden, sondern auch Gemeindeverbände, zu denen auch Landkreise gehören¹²¹². Durch eine Zuweisung der Aufsichtskompetenzen wird aber den Landkreisen diese Aufgabe und Kompetenz

¹²¹⁰ Pieroth in Jarass/Pieroth, Art. 72, Rdn. 6.

¹²¹¹ Vgl. oben, II.1.b).

¹²¹² Gern, Rdn. 91.

entzogen. Allerdings ist die organisatorische Ausgestaltung der Staatsaufsicht grundsätzlich Sache der Binnenorganisation¹²¹³. Solange die Reichweite der Aufsicht erweitert wird oder sich die Änderung der Aufsichtszuständigkeit dahingehend auswirkt, dass sich der Charakter bspw. zur Fachaufsicht verdichtet, kann der Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 GG nicht berührt werden¹²¹⁴.

Die Zuweisung von Aufsichtsmaßnahmen an die Vergabekammer ist insoweit dem Landesgesetzgeber vorbehalten, was eine Änderung des § 112 Abs. 1 SächsGemO bedarf, weil dort die Zuordnung der Aufsichtsbehörden exakt definiert ist¹²¹⁵.

IV. Anspruch auf Tätigwerden

Der Anspruch auf Tätigwerden der Nachprüfbehörde ist zur Gewährleistung eines effektiven vergabespezifischen Rechtsschutzes sehr wichtig, weil hier der Bieter eine Bearbeitung der Vergabebeanstandung und damit die Beseitigung von Vergabefehlern aktiv fordern und durchsetzen kann¹²¹⁶. Insbesondere aufgrund der gegensätzlichen Interessen im Hinblick auf die Einräumung eines vergabespezifischen Rechtsschutzes stellt sich insoweit die Frage, ob dieser Anspruch auf Tätigwerden im Rahmen des primären Rechtsschutzes oder (lediglich) auf sekundärer Rechtsschutzebene eingeräumt werden soll¹²¹⁷.

1. Lösungsvorschlag

Die Einführung eines Bieteranspruches auf Tätigwerden der Nachprüfbehörde bereits im Rahmen der Primärschutzebene wäre dabei eigentlich die anzustrebende Lösung, weil diese gewährleistet, dass bestehende Vergabefehler auf Betreiben des Bieters tatsächlich beseitigt werden und damit der Bieter auch die Chance auf eine Auftragserteilung hätte. Allerdings kann dieser Anspruch einerseits nur auf Landesgesetzgebungsebene realisiert werden¹²¹⁸, andererseits muss die Interessenabwägung zwischen Bieterinteressen und Interessen der Vergabestellen gewahrt bleiben¹²¹⁹.

¹²¹³ BVerfGE 78, 331 (341).

¹²¹⁴ BVerfGE 78 311 (340).

¹²¹⁵ So ist bspw. für kreisangehörige Gemeinden das Landratsamt als Aufsichtsbehörde festgelegt.

¹²¹⁶ Vgl. oben, D.II.4.a).

¹²¹⁷ Vgl. oben, E.III.

¹²¹⁸ Vgl. oben, D.III.2.

¹²¹⁹ Vgl. oben, D.II.6.

Die sicherlich einfachste Lösung könnte darin bestehen, dass die Vergabekammer nicht nur als Aufsichtsbehörde tätig und die Verwaltungsaktqualität der Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 114 Abs. 3 S. 1 GWB beibehalten wird. Führt man aber ein subjektives Recht des Bieters auf Tätigwerden der Behörde ein, beinhaltet dies gleichzeitig die Möglichkeit des Bieters, das subjektive Recht auf Tätigwerden der Nachprüfbehörde verwaltungsgerichtlich geltend zu machen. Dies versetzt den Bieter aber auch in die Lage, im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes weitergehende Rechtsschritte zur Unterbindung des Zuschlages auszulösen, was der angestrebten Beschleunigung zuwiderlaufen würde¹²²⁰.

Unter Beibehaltung der Überlegung, dass die Nachprüfstelle weiterhin nur im Rahmen der Kommunalaufsicht tätig wird, würde allerdings ein Anspruch auf Tätigwerden der Nachprüfbehörde im Rahmen einer Aufsichtsmaßnahme dem Grundprinzip der Kommunalaufsicht widersprechen, bei der der Bieter keinerlei subjektive Rechte entfalten kann. Allerdings beinhaltet die Beibehaltung der Tätigkeit als Aufsichtsmaßnahme auch unter dem Gesichtspunkt des Erfordernisses des gesetzmäßigen Handelns der Behörde das Risiko, dass keine rechtzeitige Aufsichtsmaßnahme durch die Nachprüfbehörde ergriffen wird. In Anbetracht der kurzen Zuschlagssperre, welche beibehalten werden soll¹²²¹, besteht aber zumindest die Wahrscheinlichkeit, dass eine Aufsichtsmaßnahme nicht mehr rechtzeitig vor Zuschlag ergeht. Wenn der Bieter aber keinen Anspruch haben soll, kann die Vergabestelle, selbst bei offensichtlicher Gefahr des Überschreitens der Sperrfrist, allenfalls auf dem Zivilrechtsweg im Eilrechtsschutz gezwungen werden, den Zuschlag nicht zu erteilen, was jedoch insbesondere aufgrund der erforderlichen Vortrags- und Beweislast häufig nicht praktikabel ist¹²²². Ein praktikables Einschreiten des Bieters gegen Fehler im Vergabeverfahren ist insoweit trotz der Zuordnung der Aufsichtsmaßnahmen zur Vergabekammer aufgrund der Zuschlagserteilung durch Fristablauf nicht gewährleistet.

Andererseits wird gleichzeitig auch keine Verbesserung des Rechtsschutzes des Bieters im sekundären Bereich bewirkt¹²²³, da der Bieter von eventuellen Aufsichtsmaßnahmen oder Beanstandungen der Nachprüfbehörde gegenüber der Vergabestelle

¹²²⁰ Vgl. oben, III.1).

¹²²¹ Vgl. unten, IV.1).

¹²²² Vgl. oben, C.II.a)dd).

¹²²³ Vgl. oben, E.III.

(auch nach Zuschlagserteilung) nichts erfährt. Damit wäre der Bieter weiterhin auf einen nicht praktikablen und wenig aussichtsreichen sekundären Rechtsschutz beschränkt. Die Qualität einer eventuellen Nachprüfungsentscheidung wäre zwar durch Einschaltung der Vergabekammer als Aufsichtsbehörde sicherlich höher, allerdings durch Fristablauf der Sperrfrist auch für den Bieter wirkungslos.

Ein Anspruch des Bieters auf Einschreiten der Nachprüfbehörde im Primärrechtsschutz ist unter Berücksichtigung der notwendigen Beschränkung der Verfahrensdauer und der damit verbundenen Vermeidung weitergehender gerichtlicher Schritte insoweit auf Landesebene nicht praktikabel. Dies wäre nur durch entsprechende parallele Regelungen auf Bundesebene, bspw. durch Regelungen in der ZPO oder im GWB, realisierbar. Allerdings könnte die Möglichkeit bestehen, den Bieter im sekundären Rechtsschutz zu stärken. Dies ist zwar grundsätzlich nicht die angestrebte Variante eines primären Rechtsschutzes, kann aber in Verbindung mit einer vergaberechtlich hoch qualifizierten Aufsichtstätigkeit der Vergabekammer auch die jeweiligen Vergabestellen bereits aufgrund der höheren Gefahr des sekundären Rechtsschutzes zu einer höheren Qualität der Ausschreibungen und damit zur Vermeidung von Vergabefehlern motivieren. Entsprechend der Regelungen des GWB gemäß § 114 Abs. 2 Satz 2 zur Feststellungsentscheidung nach Zuschlagserteilung bzw. der österreichischen Regelung des § 331 Abs. 1 BVergG 2006, nach welcher ebenfalls für die Vorbereitung eines Schadensersatzanspruches eine Feststellungsentscheidung zur Rechtswidrigkeit des Vergabehandels beantragt werden kann, könnte die Möglichkeit bestehen, die Bieterrechte praktikabler zu gestalten.

Für einen praktikableren sekundären Rechtsschutz bedarf es für den Bieter insbesondere der Informationsbeschaffung, d. h., der Bieter muss in die Lage versetzt werden, einschätzen zu können, ob seine Beanstandung im vorherigen Vergabeverfahren rechtmäßig war (ob also ein diesbezüglicher Vergabefehler vorlag). Insofern wäre es einerseits denkbar, der Vergabekammer eine Informationspflicht im Hinblick auf ihre Aufsichtsentscheidung gegenüber dem Bieter einzuräumen. Dies hätte den Vorteil, dass die diesbezügliche Informationspflicht keinen primären Rechtsschutz für das laufende Vergabeverfahren auslösen würde. Hinzu käme, dass, geht man von einem gesetzmäßigen Handeln der Aufsichtsbehörde aus, d. h. dem Ergreifen einer

kommunalaufsichtlichen Maßnahme bei Bekanntwerden entsprechender Vergabefehler, diese Informationspflicht sich lediglich als zusätzlicher Kostenfaktor bezüglich der Übersendung der diesbezüglichen Entscheidung ohne Anfechtungsmöglichkeiten darstellt. Die diesbezügliche Maßnahme sichert allerdings einerseits nicht ab, dass die Aufsichtsbehörde überhaupt tätig wird, wodurch auch für den sekundären Rechtsschutz keinerlei Vorteile entstehen. Es würden also nur solche Fälle den Bieter durch die Informationspflicht auch im sekundären Rechtsschutz unterstützen, bei der die Nachprüfungsbehörde zwar beanstandet, der Bieter hiervon aber weder durch ein nach außen getragenes Tätigwerden der Vergabestelle oder der Aufsichtsbehörde informiert wird, wie dies im obigen Beispielfall aufgetreten ist¹²²⁴. Andererseits ist durch eine Information ausschließlich zu der Aufsichtsentscheidung, bspw. einer Entscheidung, nicht tätig zu werden, noch nicht gewährleistet, dass dies auch mit einer entsprechenden Begründung erfolgt, was für den Bieter im sekundären Rechtsschutz keine Vorteile bietet. Insoweit wäre eine reine Informationspflicht bezüglich der Aufsichtsentscheidung nicht ausreichend und kommt als Lösungsvariante nicht in Frage.

Zur Unterstützung des sekundären Rechtsschutzes besteht aber die Möglichkeit, der Aufsichtsbehörde (in Anlehnung an die österreichische Regelung des § 162 Abs. 5 BVergG 2002, wonach das Bundesvergabeamt nach Widerruf der Ausschreibung auf Antrag festzustellen hat, ob der Antragsteller bei Einhaltung der Vergabevorschriften keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte) aufzuerlegen, nach Ablauf der Sperrfrist bzw. nach Zuschlagserteilung auf separaten Antrag des Bieters eine rechtliche Bewertung der Beanstandungen des Bieters innerhalb einer angemessenen vorgegebenen Frist vorzunehmen und festzustellen, ob der beanstandende Bieter eine Chance auf Zuschlag hatte. Diese Beanstandung im Sinne beispielsweise eines Kurzgutachtens der vergaberechtlichen Problematik kann den Bieter einerseits in die Lage versetzen, die von ihm beanstandete Vergabeproblematik aufgrund der fachlichen Bewertung der Nachprüfbehörde als Vorbereitung der Durchsetzung eines eventuellen Schadensersatzanspruches besser bewerten zu können, um damit sein Risiko eines Verfahrens vor dem Zivilgericht abzuwägen. Andererseits dient die Bewertung der Zuschlagschance gleichzeitig der Einschätzung, ob der Bieter in einem eventuellen Verfahren negativen oder positiven Schadensersatz geltend macht, weil für die

¹²²⁴ Vgl. oben, E.II.2.d).

Geltendmachung des positiven Schadens erforderlich ist, dass der Bieter ohne Vergabefehler und bei sonst ordnungsgemäßer Vergabe den Zuschlag erhalten hätte¹²²⁵.

Diese Begutachtungsvariante birgt verschiedene Vorteile: Einerseits wäre aufgrund der Einräumung der Möglichkeit nur für die Zeit nach Zuschlagserteilung keinerlei Behinderung des Vergabeverfahrens gegeben, weshalb hier auch nicht die Gefahr einer irgendwie gearteten Verzögerung gesehen wird. Gleichzeitig wäre sichergestellt, dass die Begutachtung nicht als Automatismus verstanden wird, sondern durch die separate Beantragung auch nur im Bedarfsfall erfolgt. Die Befristung gewährleistet dabei die Erlangung der Information innerhalb eines für den Bieter berechenbaren Zeitraumes. Durch eine zusätzliche Gebührenerhebung sollte dabei sichergestellt werden, dass nicht eine pauschale Antragstellung durch die jeweiligen Bieter erfolgt. Aufgrund eines derartigen subjektiven Rechtes des Bieters würde darüber hinaus die Möglichkeit bestehen, die Zivilgerichtsbarkeit zu entlasten. Die Regelung könnte so gestaltet werden, dass die Begutachtung durch die Nachprüfbehörde eine Voraussetzung für die Einleitung zivilrechtlicher Schritte ist. Ohne eine Begutachtung könnten insoweit Schadensersatzansprüche nicht geltend gemacht werden, was die Bieter zwingt, vor gerichtlichen Schritten die Vergabefehler fachlich vorprüfen zu lassen. Gleichzeitig würde dies die Zivilgerichte insoweit entlasten, als, selbst bei Nichtgewährleistung einer Bindungswirkung bezüglich der fachlichen Bewertungen der Nachprüfbehörde, voraussichtlich kein Bieter bei ablehnender Begutachtung eine Schadensersatzklage einleiten wird.

2. Regelungskompetenz

Im Hinblick auf die Untersuchung der Kompetenzen zur Umsetzung des Regelungsvorschlages ist in zwei Bereiche zu unterscheiden:

- die Festlegung zur Gutachtenfertigung durch die Aufsichtsbehörde,
- die Festlegung einer Zugangsvoraussetzung zur Zivilgerichtsbarkeit.

¹²²⁵ BGH, Urteil vom 03.04.2007, X ZR 19/06.

a) **Gutachtenfertigung durch Aufsichtsbehörde**

Fraglich ist insoweit zuvorderst, ob der als Nachprüfbehörde fungierenden Aufsichtsbehörde die Aufgabe zugewiesen werden kann, eine gutachterliche Stellungnahme über die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens abzugeben. Kann also eine Behörde des Landes im Rahmen ihrer Tätigkeit als Aufsichtsbehörde gezwungen werden, gutachterliche Stellungnahmen zu erstellen, auf welche der Antragsteller ein subjektives Recht hat?

Nachdem es sich bei der gutachterlichen Stellungnahme trotz allem um ein Handeln der Aufsichtsbehörde dreht, kommt eine Kollision mit Bundesrecht nicht in Frage, weil die Staatsaufsicht über die Gemeinden ausschließlich den Bundesländern zusteht und dem Bund nach der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes ein direktes Recht auf Durchgriff auf die Gemeinden fehlt¹²²⁶.

Allerdings unterliegen Aufsichtsmaßnahmen dem Grundsatz, wonach diese keine verletzungsfähigen subjektiven Rechte Dritter, insbesondere insoweit auch von Bietern generieren¹²²⁷, was allerdings durch ein subjektives Recht auf ein Gutachten oder eine dienstliche Stellungnahme nicht mehr gewährleistet wäre. Jedoch stellt ein Gutachten auch keine klassische Aufsichtsmaßnahme dar. Im Rahmen der Rechtsaufsicht bestehen sowohl präventive als auch repressive Handlungsmöglichkeiten. Während die Aufsichtsbehörde präventiv die Kommunen berät, sind bspw. Beanstandung gemäß § 114 SächsGemO bzw. Anordnung gemäß § 115 SächsGemO Möglichkeiten der repressiven Rechtsaufsicht¹²²⁸. Eine gutachterliche Stellungnahme kann dabei beiden Maßnahmen zugeordnet werden, da diese sowohl beratende als auch anweisende Elemente enthalten kann. Dabei zielt eine Beanstandung oder Anordnung regelmäßig auf die Herstellung eines rechtmäßigen Zustandes, indem die Kommune entweder "gezwungen" wird, den Rechtsverstoß gar nicht zu begehen oder durch eine Rückgängigmachung zu beseitigen. Die Rückgängigmachung des Rechtsverstoßes setzt jedoch voraus, dass der Rechtsverstoß überhaupt wieder beseitigt werden kann, was bei einer Zuschlagserteilung bedenklich ist. Anders als bei einem rechtswidrigen Verwaltungsakt, bei dem gemäß § 48 VwVfG eine Rücknahme

¹²²⁶ Gern, Rd. 910; BVerfGE 8, 122 (137); BVerfGE 26, 172 (181).

¹²²⁷ Gern, Rdn. 913.

¹²²⁸ Gern, Rdn. 914, 919.

in Frage kommt, ist der Zuschlag die zivilrechtliche Annahme eines Angebotes¹²²⁹. Nichtigkeitsgründe bzw. eine schwebende Unwirksamkeit, wie in § 101 b GWB für den Oberschwellenbereich geregelt, existieren nicht. Vielmehr müssten gesetzliche oder vertragliche Auflösungsgründe existieren, anderenfalls wäre eine Beanstandung unzulässig¹²³⁰. Nachdem aber bei Werkverträgen kein außerordentliches Kündigungsrecht, sondern nur eine ordentliche Kündigung verbunden mit der Verpflichtung zur Bezahlung des Werklohnes abzüglich ersparter Aufwendungen gemäß § 649 BGB bzw. § 8 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B besteht, wird im Rahmen einer ordnungsgemäßen Ermessensausübung der Aufsichtsbehörde eine derartige Kündigung nur in Ausnahmefällen verlangt werden können, bspw. bei einhergehenden Korruptionsdelikten. Im Regelfall ist damit eine Beanstandung ausgeschlossen, sodass nach Zuschlagserteilung repressive Maßnahmen ausscheiden.¹²³¹

Allerdings kann ein unter Fehlern im Vergabeverfahren geschlossener Vertrag Anlass für eine präventive Beratung der Kommune sein, welche auch in einer gutachterlichen Auswertung eines vorhergehenden Verfahrens liegt. Maßnahmen der präventiven Rechtsaufsicht sind im Gesetz nicht ausdrücklich genannt, jedoch stellt die Beratung eine der wichtigsten Formen präventiver Kommunalaufsicht dar, wobei sich die Beratung im Einzelfall koordinierend, schützend und auch rechtsvergleichend bzw. -auslegend sowie auch fachlich belehrend ausdrücken kann¹²³². Eine fachliche Auswertung eines Vergabeverfahrens nach Zuschlagserteilung stellt dabei eine zumindest fachliche Belehrung dar und kann als Teil der Tätigkeit der staatlichen Aufsicht betrachtet werden. Die Organisations- und Regelungskompetenz liegt beim Landesgesetzgeber.

Allerdings ist fraglich, ob dem Bieter im Hinblick auf diese gutachterliche Stellungnahme ein subjektives Recht eingeräumt werden kann. Die gutachterliche Stellungnahme ist, wie oben festgestellt, eine rechtsaufsichtliche Maßnahme im Sinne der präventiven Rechtsaufsicht. Ein subjektives Recht des Bieters auf diese gutachterliche Stellungnahme beinhaltet aber insoweit auch ein subjektives Recht auf Durchführung einer kommunalen Aufsichtsmaßnahme, was den Grundsätze der kommunalaufsichtlichen

¹²²⁹ Vgl. oben, C.II.1.c)bb)(d).

¹²³⁰ Gern, Rdn. 923; VGH München, NVwZ 1993, 373.

¹²³¹ Heiermann/Ax, S. 16.

¹²³² BVerfGE 58, 177 (195).

len Aufsichtstätigkeit widerspricht. Ein Recht des Bieters auf eine gutachterliche Stellungnahme durch die Rechtsaufsichtsbehörde ist daher abzulehnen.

Insbesondere wenn der Bieter gezwungen wird, vor der Geltendmachung sekundären Rechtsschutzes ein Nachprüfungsverfahren durchzuführen, wäre ein derartiges Vorverfahren ein Tätigwerden der Nachprüfbehörde bzw. ohne ein Informationsrecht des Bieters nicht praktikabel¹²³³. Geht man insoweit von einer Umsetzung des Lösungsvorschlages dahingehend aus, dass, im Falle einer Untätigkeit der Nachprüfbehörde innerhalb der Zuschlagssperre, die Verpflichtung einer zeitlich befristeten gutachterlichen Stellungnahme für die Nachprüfbehörde besteht, welche Teil der präventiven Rechtsaufsicht ist, muss der Bieter für eine praktikable landesrechtliche Lösung mangels subjektivem Recht auf Tätigwerden der Aufsichtsbehörde zumindest die fachliche Stellungnahme der Rechtsaufsichtsbehörde zur Kenntnis erlangen. Mangels subjektiven Rechtes auf ein Tätigwerden der Aufsichtsbehörde sollte dem Bieter aber zumindest ein Informationsrecht eingeräumt werden.

Fraglich ist daher, inwieweit für eine Verpflichtung der Rechtsaufsichtsbehörde zur Information des Bieters über den Inhalt der obligatorischen gutachterlichen Stellungnahme landesrechtliche Kompetenzen bestehen. Geregelt werden soll eine Informationspflicht der Aufsichtsbehörde gegenüber dem beanstandenden Bieter, mithin eine Information über eine Aufsichtstätigkeit. Trotz der Tatsache, dass die Aufsichtsmaßnahme durch die Vergabekammer als zentrale Nachprüfbehörde erfolgt, besteht keine bundesrechtliche Kompetenz oder Sperrwirkung¹²³⁴. Der Informationszugang zu einem Aufsichtsverfahren stellt insofern eine Regelung dar, welche bei dem dieses Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsorganisation regelnden Land liegt¹²³⁵. Fraglich ist hierzu jedoch, ob die Regelungskompetenz beim Gesetzgeber oder der Exekutive liegt.

Geregelt wird hier der Informationszugang zu einem Aufsichtsverfahren und insoweit zu einem Verfahren, welches über Art. 89 Abs. 1 SächsVerf i. V. m. § 111 SächsGemO der Regelung des Freistaates obliegt. Bereits die Zuweisung der Aufsicht an die Vergabekammer stellt eine Maßnahme dar, welche zwar dem Land mög-

¹²³³ Vgl. oben, IV.1.

¹²³⁴ Vgl. oben, III.2.

¹²³⁵ So auch die Begründung zum Gesetzentwurf für das Informationsfreiheitsgesetz für den Freistaat Sachsen, Sächs. Landtags-Drs. 3/2394, S. 2.

lich ist, aber durch den Landesgesetzgeber erfolgen muss¹²³⁶. Die Zuweisung von gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehenen Aufsichtsmaßnahmen (gutachterliche Stellungnahme) als obligatorische Maßnahme und Ausgangspunkt der Einräumung eines subjektiven Rechts des Bieters auf diesbezügliche Information kann ebenfalls nicht der Exekutive obliegen. Zwar ist die präventive Aufsicht als solche nicht gesetzlich ausdrücklich geregelt, jedoch führt "Zwang" zur Durchführung einer solchen speziellen Aufsichtsmaßnahme bereits unter dem Gesichtspunkt der kommunalen Selbstverwaltung zu einem "Berühren" der Gemeinden bzw. Gemeindeverbände im Sinne von Art. 84 Abs. 2 GG, was einer gesetzlichen Regelung bedarf. Demgegenüber ist die Informationspflicht (ohne hieraus ein originäres subjektives Recht des Bieters zu generieren) als eine organisatorische Regelung einer Verwaltungstätigkeit, die keinesfalls durch Gesetz geregelt werden muss, für die also eine exekutive Maßnahme in Form einer Verwaltungsvorschrift ausreichen würde. Allerdings kann bei einer Verwaltungsvorschrift als Verwaltungsinternum ein subjektives Recht nur unter dem Gesichtspunkt der Selbstbindung der Verwaltung und dem Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne des Art. 3 GG bzw. Art. 18 SächsVerf hergeleitet werden¹²³⁷. Ein originäres subjektives Recht des Bieters unterliegt insoweit der Regelung des Gesetzgebers, wobei die Ausgestaltung durch Rechtsverordnung möglich ist. Nachdem im vorliegenden Fall eine vergabespezifische Regelung und ein vergabespezifisches subjektives Recht eingeräumt werden sollen, ist die Regelung im Rahmen der SächsVergabeDVO möglich. Allerdings bedarf dies zuvorderst einer Erweiterung der Verordnungsermächtigung des § 7 SächsVergabeG, da hierfür die in Satz 2 verankerten Regelungspunkte nicht herangezogen werden können.

b) Nachprüfung als Zugangsvoraussetzung

Darüber hinaus ist fraglich, ob auf Landesebene Regelungen getroffen werden können, die den Zugang eines Bieters zum Zivilgericht an eine vorherige Anrufung der Aufsichtsbehörde binden.

Denkbar wäre eine Verletzung des durch Art. 20 Abs. 3 GG geschützten allgemeinen Justizgewährungsanspruches, welcher auch den Zugang zu Gerichten und eine um-

¹²³⁶ Vgl. oben, III.2.

¹²³⁷ Prieß/Niestedt, S. 143; Tomerius/Kiser, VergabeR 2005, 551 (561); Himmelmann, VergabeR 2007, 342 (345); Irmer, ZfBR 2007, 233 (240); Knöbl, S. 35.

fassende Prüfung des Streitgegenstandes gewährleistet¹²³⁸. Durch die beabsichtigte Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens wird jedoch der Zugang nicht generell ausgeschlossen, sondern allenfalls erschwert. Nachdem Art. 20 Abs. 3 GG Zugangsvoraussetzungen oder Einschränkungen im Instanzenzug nicht ausschließt¹²³⁹, ist aber zu prüfen, ob die beabsichtigte Pflicht zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens eine unzumutbare Erschwernis für den Bieter (Rechtssuchenden) bedeutet¹²⁴⁰. Das Ziel des Nachprüfungsverfahrens für einen Bieter ist in erster Linie die Erlangung des Auftrages, nicht aber Schadensersatz¹²⁴¹. Dies deckt sich mit dem Ziel des Nachprüfungsverfahrens, was sich aus der in § 9 Abs. 2 Satz 2 SächsVergabeD-VO enthaltenen Zuschlagssperre ergibt. Gerade die (wenn auch zeitlich befristete) Verhinderung des Zuschlages soll der Vergabestelle eine Abhilfe-, der Nachprüfbehörde eine Beanstandungsmöglichkeit und damit eine Korrekturmöglichkeit einräumen. Schadensersatz, mithin sekundärer Rechtsschutz, würde demgemäß erst nach einer trotz durchgeführten Nachprüfverfahrens erfolgten fehlerhaften Vergabeentscheidung in Frage kommen. Die geforderte vorrangige Durchführung eines Nachprüfverfahrens verfolgt insoweit das vom Bieter selbst angestrebte Ziel und ergibt sich bereits aus den gegenseitigen Fürsorgepflichten einer Partei, welche aus dem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis der Parteien herrühren¹²⁴². Hinzu kommt, dass durch die Anrufung der Nachprüfbehörde auch (im Vergleich zu üblichen Verfahrensdauern bei Zivilgerichten von mehreren Monaten bis hin zu Jahren) keine wesentliche zeitliche Beschränkung des Bieters vorliegt, weil die befristete Zuschlagssperre und die Frist zur gutachterlichen Stellungnahme der Aufsichtsbehörde eine zeitlich konkret bestimmte und berechenbare Verzögerung darstellt, die aber durch die fachliche Bewertung der streitigen Vergabeproblematik und die daraus resultierende vorherige Risikoeinschätzung kompensiert wird. Die Pflicht zur vorherigen Durchführung eines Nachprüfverfahrens kann daher nicht als unzumutbare Erschwerung des Zugangs zu den Gerichten angesehen werden.

¹²³⁸ Vgl. oben, D.II.4.a).

¹²³⁹ Vgl. oben, D.II.4.b).

¹²⁴⁰ Vgl. oben, ebenda.

¹²⁴¹ Vgl. oben, D.II.6.

¹²⁴² Vgl. oben, C.I.2.c)aa).

Allerdings könnte eine solche landesrechtliche Regelung an der Sperrwirkung des § 4 EGZPO i. V. m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG scheitern. Der Bund hat von der Gesetzgebungsbefugnis im Hinblick auf das Prozessrecht insbesondere durch GVG, ZPO und EGZPO Gebrauch gemacht, wobei sich die Sperrwirkung für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, an denen eine öffentliche Behörde beteiligt ist, aus § 4 EGZPO ergibt¹²⁴³. Danach darf durch Landesgesetzgebung der Rechtsweg zu den Zivilgerichten nicht deshalb ausgeschlossen werden, weil eine öffentliche Behörde hieran beteiligt ist. Die Sperrwirkung verbietet insoweit den generellen Ausschluss des Zugangs zu den Zivilgerichten, was aber mit der beabsichtigten Regelung nicht erfolgen soll. § 4 EGZPO schließt aber landesrechtliche Erschwerungen für das Beschreiten des Rechtsweges nicht aus¹²⁴⁴, es sei denn, die Erschwernisse wären unzumutbar¹²⁴⁵, was aber, wie oben festgestellt, gerade nicht der Fall ist.

Im Hinblick auf die Organisationskompetenzen scheidet dabei eine Regelungskompetenz der Exekutive ersichtlich aus, weil die Verpflichtung zur Durchführung eines Vorverfahrens keine Regelung eines Verwaltungsverfahrens darstellt, sondern den Bieter direkt betrifft. Insoweit hat die Regelung zwingend durch den Landesgesetzgeber zu erfolgen.

V. Zuschlagssperre

Die Verhinderung des Zuschlages während der Dauer eines vergabespezifischen Rechtsschutzes gewährleistet einen effektiven Primärrechtsschutz¹²⁴⁶, da ein Zuschlag jeglichen Primärrechtsschutz beendet¹²⁴⁷. Eine Zuschlagssperre ist insoweit zwingende Voraussetzung jeglichen Rechtsschutzes.¹²⁴⁸ Es ist allerdings fraglich, ob dies landesrechtlich, auch unter Berücksichtigung des Rechtsaufsichtscharakters der Nachprüfbehörde, möglich ist.

1. Lösungsvorschlag

Die einfachste Möglichkeit, die den Primärrechtsschutz vollumfänglich gewährleistet, wäre es, der Vergabestelle bei Einleitung einer Rechtsschutzmaßnahme zu unter-

¹²⁴³ BVerfGE 40, 237 (247) für die ähnlich gelagerte Regelung des § 24 Abs. 2 EGGVG.

¹²⁴⁴ Zöller, EGZPO, § 4, Rdn. 2.

¹²⁴⁵ BVerfGE 8, 240 (246); 22, 49 (81); 40, 237 (257); 107, 395 (401).

¹²⁴⁶ Vgl. oben, D.II.6.

¹²⁴⁷ Vgl. oben, D.III.1.f).

¹²⁴⁸ Dieckmann, VergabeR 2005, 10 (10).

sagen, den Zuschlag für die Dauer der Rechtsschutzmaßnahme, d. h. bis zur Entscheidung der Nachprüfbehörde, zu erteilen. Dies würde allerdings nur dann Sinn ergeben, wenn eine Entscheidung der Nachprüfbehörde in jedem Fall erfolgt, der Bieter also Anspruch auf ein Tätigwerden der Nachprüfbehörde hätte. Ohne einen derartigen Anspruch des Bieters ist eine zwingende abschließende Entscheidung sowohl bezüglich der Rechtsschutzmaßnahme als auch der Zuschlagssperre nicht gewährleistet. Eine hierauf gerichtete Zuschlagssperre wäre insoweit zeitlich unbestimmt, was für eine Vergabestelle weder berechenbar noch zumutbar wäre und insbesondere zu erheblichen Verzögerungen der zu vergebenden Baumaßnahmen, verbunden mit den diesbezüglichen Mehrkosten¹²⁴⁹, führen kann.

Nachdem oben¹²⁵⁰ vorgeschlagen wurde, dass für den eigentlichen Primärrechtsschutz kein Anspruch des Bieters auf Tätigwerden der Nachprüfbehörde bis zur Zuschlagserteilung existieren soll und ein Anspruch gegen die Nachprüfbehörde frühestens nach Zuschlagsentscheidung auf gutachterlicher Stellungnahme besteht, kann insoweit eine (zeitlich lediglich auf die Entscheidung der Nachprüfbehörde beschränkte) Zuschlagssperre nicht festgelegt werden und wäre nicht praktikabel.

Ohne eine Zuschlagssperre wäre aber die Anrufung der Nachprüfbehörde auch als Rechtsaufsichtsbehörde im Ergebnis ausschließlich auf eine Gutachtenerstellung beschränkt, weil dann die Vergabestellen unabhängig vom Anrufen der Nachprüfbehörde den Zuschlag erteilen können.

Die einzige Alternative ist insoweit, eine zeitlich beschränkte Zuschlagssperre festzulegen, innerhalb derer die Entscheidung der Nachprüfbehörde abgewartet werden kann und muss. Eine derartige Zuschlagssperre ist bereits in § 9 Abs. 2 S. 2 SächsVergabeDVO enthalten, sodass sich hier nur noch die Frage stellt, ob die dort statuierte Frist von 10 Kalendertagen für ein Tätigwerden der Nachprüfbehörde als Rechtsaufsichtsbehörde ausreichend ist und ab wann diese Zuschlagssperre beginnen soll.

Die derzeitige Regelung des § 9 Abs. 2 S. 2 SächsVergabeDVO beinhaltet die Möglichkeit, dass eine Behörde vor der Benachrichtigung der Nachprüfbehörde den Zu-

¹²⁴⁹ Vgl. oben, E.II.2.d).

¹²⁵⁰ Vgl. oben, IV.

schlag erteilt, da die Frist des § 9 Abs. 2 S. 2 SächsVergabeDVO erst ab Benachrichtigung der Nachprüfbehörde beginnt¹²⁵¹. Diese Möglichkeit muss zur Sicherstellung der Tätigkeit der Nachprüfbehörde beseitigt werden, d. h., die Zuschlagssperre muss ab Eingang der Beanstandung des Bieters gelten. Es wäre insoweit denkbar, die in § 9 Abs. 2 S. 2 SächsVergabeDVO verankerte Zuschlagssperre auf den Zeitpunkt des Einganges der Beanstandung des Bieters zu legen. Andererseits würde eine sofortige Zuschlagssperre unter Beibehaltung der 10 Kalendertage ab Eingang des Nachprüfungsantrages bei der Vergabestelle die Möglichkeit entziehen, der Beanstandung des Bieters selbst abzuweichen, weil anderenfalls die verbleibende Bearbeitungsfrist für die Nachprüfbehörde so kurz wäre, dass sich auch hier – analog der Situation ohne Zuschlagssperre – die Tätigkeit der Nachprüfbehörde in der Praxis auf die gutachterliche Stellungnahme nach Zuschlagserteilung beschränken wird. Die Zuschlagssperre könnte daher, bei Beibehaltung einer festen Frist, so verlängert werden, dass sowohl Vergabestelle als auch Nachprüfbehörde eine Entscheidungsmöglichkeit haben. Dies hätte aber den Nachteil, dass eine schnelle Entscheidung der Vergabestelle nicht zu einer schnelleren Zuschlagsmöglichkeit führt.

Daher wäre eine Kombination aus flexibler und fester Zuschlagssperre empfehlenswerter. Die Zuschlagssperre sollte insoweit zwingend ab Beanstandung des Bieters beginnen (flexibler Teil), kann aber auf einen festen Zeitraum nach Abgabe an die Nachprüfbehörde beschränkt werden (fester Teil). Dadurch ist gewährleistet, dass die Vergabestelle einem Vergabeverstoß abhelfen kann. Andererseits hat es die Vergabestelle in der Hand, ab wann die Ablauffrist der Zuschlagssperre zu laufen beginnt. Dabei erscheint eine 10-kalendertägige Zuschlagssperre bei Fristbeginn ab Absendung an die Nachprüfbehörde in Anbetracht auch der Beschleunigungsinteressen der Vergabestellen als ausreichende Bearbeitungsfrist.

2. Regelungskompetenz

Für die Regelungskompetenz zur klarstellenden Erweiterung des § 9 SächsVergabeDVO gelten die zur Regelungskompetenz bezüglich des Anwendungsbereiches (dort Ausschluss von Angeboten)¹²⁵² gemachten Ausführungen.

¹²⁵¹ Vgl. oben, E.II.2.d).

¹²⁵² Vgl. oben, II.2.b).

Eine Kollision mit einer Bundeskompetenz ist nicht feststellbar. Der Lösungsvorschlag beinhaltet nach wie vor ein sanktionsloses Zuschlagsverbot, welches lediglich zeitlich erweitert wird. Insoweit liegt insbesondere kein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB vor, sodass keinerlei Berührungspunkte zu einer diesbezüglichen Bundeskompetenz existieren. Insoweit gilt der Grundsatz des Art. 70 Abs. 1 GG, wonach die Länder die Gesetzgebungsbefugnis besitzen.

Auch im Falle der klarstellenden Erweiterung des § 9 SächsVergabeDVO stellt sich allerdings die Frage, inwieweit die Organisationshoheit beim Gesetzgeber oder der Exekutive zu suchen ist. Allerdings stellt auch die klarstellende Erweiterung jedenfalls einen Eingriff in das kommunale Selbstverwaltungsrecht dar, nachdem der Vergabestelle verboten wird, den Zuschlag (befristet) nicht zu erteilen¹²⁵³. Daher bedarf die klarstellende Erweiterung einer Regelung durch den Gesetzgeber.

Der Vorschlag zielt dabei auf eine Klarstellung bzw. Änderung der Regelung des § 9 Abs. 2. Satz 2 SächsVergabeDVO ab, was gemäß Art. 75 Abs. 1 SächsVerf einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf. Hierfür kommt insbesondere § 7 Satz 2 Nr. 6 SächsVergabeG in Betracht, welcher festlegt, dass das "Verfahren bei Beanstandungen der Nichteinhaltung der Vergabevorschriften durch den nicht berücksichtigten Bieter" durch Rechtsverordnung geregelt werden kann. Die klarstellende Erweiterung des § 9 Abs. 2 SächsVergabeDVO soll gerade regeln, dass bei (ab) einer Beanstandung durch den Bieter einerseits eine Selbstabhilfemöglichkeit bzw. Überprüfung durch die Nachprüfbehörde stattfindet. Andererseits soll in diesem Fall der Vergabestelle ein (vorzeitiger) Zuschlag verwehrt werden, weil damit der Überprüfung mit eventueller Beanstandung durch die Aufsichtsbehörde, also der Auflage zur Beseitigung des Vergabefehlers, wegen der Endgültigkeit des Zuschlages der Boden entzogen wird. Damit betrifft die Regelung des Zuschlagsverbotes direkt das Verfahren bei einer Beanstandung der Nichteinhaltung von Vergabevorschriften, wobei auch das gesamte Verfahren ab dem Zeitpunkt der Beanstandung (nicht erst ab Benachrichtigung der Nachprüfbehörde) vom Wortlaut des § 7 Satz 2 Nr. 6 SächsVergabeG erfasst wird.

¹²⁵³ Vgl. oben, II.1.b).

Die klarstellende Erweiterung des § 9 Abs. 2 Satz 2 SächsVergabeDVO dahingehend, dass das dort bereits verankerte Zuschlagsverbot nicht erst ab Abgabe an die Nachprüfbehörde, sondern ab Zugang der Beanstandung beim Auftraggeber besteht, ist daher von der Verordnungsermächtigung des § 7 Satz 2 Nr. 6 SächsVergabeG erfasst.

VI. Akteneinsichtsrecht

Weder in der SächsVergabeDVO noch dem SächsVergabeG ist ein Akteneinsichtsrecht des Bieters in die Vergabeakte geregelt. Während oberhalb der Schwellenwerte § 111 GWB die Möglichkeit der Akteneinsicht unter Berücksichtigung der Geheimhaltungsinteressen der anderen Bieter¹²⁵⁴ regelt, wird unterhalb der Schwellenwerte das Akteneinsichtsrecht mangels ausdrücklicher Regelung durch die jeweiligen Vergabestellen bzw. auch die Nachprüfbehörde äußerst unterschiedlich gehandhabt. Es stellt sich insoweit die Frage, ob ein Akteneinsichtsrecht zur Gewährleistung des Primärrechtsschutzes erforderlich ist und wie dieses Akteneinsichtsrecht ausgestaltet sein muss; ob also der Bieter uneingeschränkt in die Vergabeakten Einsicht nehmen kann oder die Geheimhaltungsinteressen der übrigen Bieter berücksichtigt bleiben müssen. Auch hier ist eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des beanstandenden Bieters auf umfassende Akteneinsicht und dem Interesse der übrigen Bieter auf Wahrung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse durch die Vergabestelle erforderlich¹²⁵⁵, welche aber auch das Effektivitätsinteresse der Vergabestelle mit einbeziehen muss.

1. Lösungsvorschlag

Die sicherlich einfachste Lösung wäre, das Akteneinsichtsrecht des § 111 GWB sinngemäß zu übernehmen, sodass ein Bieter Einsicht in die Akte bei der Nachprüfbehörde nehmen könnte. Die Nachprüfbehörde würde die Akteneinsicht unter Berücksichtigung insbesondere der Geheimhaltungsinteressen der übrigen Bieter gewährleisten.

¹²⁵⁴ Vgl. oben, C.I.1.b)bb)(b).

¹²⁵⁵ Schidlof in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 165, Rdn. 6 (für Österreich).

Fraglich ist allerdings, ob ein derart umfangreich ausgestaltetes Akteneinsichtsrecht in Anbetracht der Rechtsschutzregelungen der SächsVergabeDVO für den Bieter überhaupt erforderlich ist. Im Gegensatz zur Vergabekammer unterliegt die Aufsichtsbehörde im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit dem allgemeinen Untersuchungsgrundsatz, sodass auch eine detaillierte Begründung der Vergabebeanstandung in einer zum überschweligen Nachprüfungsantrag an die Vergabekammer vergleichbaren Art und Weise gar nicht nötig ist. Der beanstandende Bieter muss insoweit weder einen möglichen Schaden noch zwingend die behauptete Rechtsverletzung mit Sachverhaltsdarstellung und Bezeichnung der verfügbaren Beweismittel i. S. d. § 108 Abs. 2 GWB darlegen. Hinzu kommt, dass sich das Akteneinsichtsrecht im Sinne des § 111 GWB trotz der Tatsache, dass es allumfassend sein und sich auf alle materiellen Bestandteile der Vergabeakte erstrecken soll¹²⁵⁶, in der Praxis auf eine Akteneinsicht in die oberhalb der Schwellenwerte zwingend anzufertigende Vergabedokumentation beschränkt und sämtliche Angebotsinhalte anderer Bieter vom Akteneinsichtsrecht ausgeschlossen werden. Der Bieter darf insoweit zum Zwecke der Ausforschung¹²⁵⁷ in die Lage versetzt werden, Angebote konkurrierender Bieter auf Fehler zu überprüfen, was auch nicht Sinn und Zweck des Nachprüfungsverfahrens ist. Vielmehr geht es auch im Nachprüfverfahren oberhalb der Schwellenwerte um eine Rechtsverletzung des antragstellenden Bieters, mithin um fehlerhafte Wertungen in Bezug auf das Angebot des Bieters.

Nachdem aber die Aufsichtsbehörde im Gegensatz zum Oberschwellenbereich dem allgemeinen Untersuchungsgrundsatz unterliegt, erscheint ein allgemeines Akteneinsichtsrecht des Bieters, selbst unter Berücksichtigung der Geheimhaltungsinteressen, als eher unzweckmäßig und bürgt auch die Gefahr, die ohnehin kurze Bearbeitungsmöglichkeit der Aufsichtsbehörde von 10 Kalendertagen zu beeinträchtigen. Insbesondere im Rahmen der Interessenabwägung zwischen Effektivität des Verfahrens und Gewährleistung eines vergabespezifischen Rechtsschutzes erscheint im Hinblick auf den ohnehin existierenden Untersuchungsgrundsatz ein vollumfängliches Akteneinsichtsrecht eher unzweckmäßig.

¹²⁵⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.12.2007, Verg 40/07.

¹²⁵⁷ Weyand, Online-Kommentar 2009, Rdn. 3345.

Allerdings könnte ein beschränktes Akteneinsichtsrecht eine Variante darstellen, welche sowohl Bieter- als auch den Effektivitätsinteressen der Vergabestelle gerecht werden kann. Schon seit Beginn der Reformbemühungen im Jahr 2005 sollte die Dokumentation ein zentraler Baustein in den Vergabeverfahren auch unterhalb der Schwellenwerte sein, wobei besonderes Augenmerk auf die Begründung der jeweiligen Entscheidung gelegt werden sollte.¹²⁵⁸ In Umsetzung dieser Überlegungen ist nunmehr gemäß § 20 VOB/A (§ 30 Nr. 1 VOB/A 2006) auch unterhalb der Schwellenwerte die Vergabestelle generell verpflichtet, eine Vergabedokumentation zu erstellen, welche insbesondere die tragenden Entscheidungen der Vergabestelle, beispielsweise die Gründe für die Ablehnung von ungewöhnlich niedrigen Angeboten gemäß § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 VOB/A oder den Namen des Auftragnehmers sowie die Gründe für die Erteilung des Zuschlages gemäß § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 VOB/A, dokumentiert. Nachdem selbst oberhalb der Schwellenwerte in der Praxis regelmäßig aufgrund der zu beachtenden Geheimhaltungsinteressen die Akteneinsicht auf die entsprechende Vergabedokumentation beschränkt ist, kommt als Alternative zur Übernahme des Akteneinsichtsrechtes aus § 111 GWB auch in Frage, den beanstandenden Bieter auf Antrag oder obligatorisch Einsichtnahme in die gemäß § 20 VOB/A (§ 30 VOB/A 2006) anzufertigende Vergabedokumentation zu gewähren. Dieses beschränkte Akteneinsichtsrecht würde aus sich heraus die Geheimhaltungsinteressen der anderen Bieter berücksichtigen, weil gerade keine Einsicht in Angebote gewährt wird. Außerdem ist bei einer derartigen Regelung ein Streit über den Umfang des Akteneinsichtsrechtes, im Gegensatz zum Oberschwellenbereich, wo gemäß § 111 Abs. 4 GWB im Rahmen des sofortigen Beschwerdeverfahrens beim Oberlandesgericht gemäß § 116 ff. GWB gerügt werden kann, ausgeschlossen. Die Regelung eines Akteneinsichtsrechtes in die Vergabedokumentation würde die Transparenz und Nachprüfbarkeit des Vergabeverfahrens durch Bieter ermöglichen, was sowohl für einen praktikablen primären als auch sekundären Rechtsschutz erforderlich ist.¹²⁵⁹

¹²⁵⁸ Pukall, VergabeR 2006, 586 (589).

¹²⁵⁹ Ingenstau/Korbion, VOB/A § 20 Rdn. 3; ebenso für den Oberschwellenbereich, Losch, VergabeR 2008, 739 (750).

Hinzu kommt, dass durch die Gewährleistung der Einsicht in die Vergabedokumentation auch die Praktikabilität des sekundären Rechtsschutzes dahingehend erhöht wird, dass dem Bieter die im Zivilprozess erforderliche Vortrags- und Beweislast durch die Dokumentation erleichtert wird.¹²⁶⁰ Durch die bessere Überprüfbarkeit und auch die Erhöhung der Praktikabilität des sekundären Rechtsschutzes ist die jeweilige Vergabestelle zumindest mittelbar gezwungen, die Einhaltung des Vergabeverfahrens strenger zu überwachen. Die Außenkontrolle durch einen Bieter im Rahmen der Akteneinsicht entbindet zwar die Behörde keinesfalls von einer entsprechenden eigenen Kontrolle, sollte aber im Regelfall die Motivation zur erhöhten Eigenkontrolle darstellen und einen disziplinierenden Effekt auch zur Vermeidung von Vetternwirtschaft und Korruption erzeugen¹²⁶¹.

Insoweit wäre die beschränkte Akteneinsicht zumindest in die Vergabedokumentation für den Bieter zu gewährleisten. Dabei ist ein regelmäßiges Akteneinsichtsrecht für jedweden Bieter unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Bieter vorrangig eine Nachprüfung anstreben soll und erst danach in den sekundären Rechtsschutz übergeleitet werden kann, eher von Nachteil. Das Akteneinsichtsrecht sollte daher auf diejenigen Bieter beschränkt werden, die einen Vergabefehler im Sinne des § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO beanstanden. Die Beschränkung des Akteneinsichtsrechtes auf die beanstehenden Bieter wird damit auf das Interesse beschränkt, welches sich aus der Beteiligung am Prüfverfahren gemäß § 9 SächsVergabeDVO ergibt, und verhindert ein allgemeines "Popular"-Einsichtsrecht. Gewährt man nur einem Bieter ein Akteneinsichtsrecht, der auch im Sinne des § 9 Abs. 2 S. 1 SächsVergabeDVO beanstandet, und beschränkt man das Akteneinsichtsrecht auf die Vergabedokumentation gemäß § 20 VOB/A (§ 30 VOB/A 2006), besteht darüber hinaus neben einer Akteneinsicht auf Grundlage eines separaten Antrages des Bieters auch die Möglichkeit, das Akteneinsichtsrecht obligatorisch zu gestalten. Die Vergabedokumentation ist ein genau definierter und abgrenzbarer Aktenbestandteil, dessen weitere Kontrolle durch den beanstehenden Bieter auch nur dann erforderlich wird, wenn die Beanstandung des Bieters seitens der Nachprüfbehörde nicht bestätigt wird oder der Bieter aufgrund der Erteilung des Zuschlages sekundären Rechtsschutz suchen müsste. Da auch ein weiterer Antrag einer entsprechenden Bearbeitung und eines entsprechen-

¹²⁶⁰ Ingenstau/Korbion, VOB/A § 20 Rdn. 5.

¹²⁶¹ Pukall, VergabeR 2006, 586 (590).

den Verwaltungsaufwandes bedarf, erscheint eine obligatorische Beifügung der Vergabedokumentation an eine die Beanstandung des Bieters nicht abhelfende Entscheidung bzw. die fachliche Stellungnahme nach Zuschlagserteilung der effizienteste Weg zur Berücksichtigung der Informationsinteressen des Bieters. Durch ein obligatorisches Beifügen an die Entscheidungen, die den Zuschlag gewährleisten bzw. nach Zuschlagserteilung erfolgen, dürfte sich auch der Verwaltungsaufwand nur geringfügig erhöhen.

Ein allgemeines Akteneinsichtsrecht, bei dem allerdings auch die Geheimhaltungsinteressen der Bieter analog § 111 GWB beachtet werden müssten, ist insoweit abzulehnen und in Anbetracht der erforderlichen Entscheidung über den Umfang des Akteneinsichtsrechts auch mit Streitpotenzial behaftet, was einer Verfahrensökonomie unterhalb der Schwellenwerte eher nicht gerecht wird. Das Akteneinsichtsrecht ist auf die Vergabedokumentation zu beschränken, was aufgrund der exakt abgrenzbaren Aktenbestandteile keinerlei Entscheidungsspielraum und damit auch Streitpotenzial beinhaltet. Die obligatorische Übersendung der Vergabedokumentation im Falle einer negativen Entscheidung der Aufsichtsbehörde rechtfertigt sich in der Zielsetzung, dass das Nachprüfungsverfahren einem sekundären Rechtsschutz vorgeschaltet sein soll. Dabei wird durch die obligatorische Übersendung der Vergabedokumentation auch mittelbar die Motivation der Vergabestelle zu einer höchstmöglichen Fehlervermeidung erhöht.

2. Regelungskompetenz

Fraglich ist, wer für ein derartiges Akteneinsichtsrecht die Regelungskompetenz innehat.

Eine Kollision mit einer Bundeskompetenz ist nicht feststellbar. Zwar könnte grundsätzlich ein (allgemeines) Akteneinsichtsrecht außerhalb des Anwendungsbereiches des § 111 GWB nach § 810 BGB bestehen und vor dem Zivilgericht geltend gemacht werden.¹²⁶² Eine Sperrwirkung dahingehend, dass keine spezielleren Akteneinsichtsrechte geschaffen werden können, ist allerdings nicht ersichtlich. Insoweit gilt der

¹²⁶² Losch, VergabeR 2008, 739 (750); Prieß/Gabriel, NJW 2008, 331 (334).

Grundsatz des Art. 70 Abs. 1 GG, wonach die Länder die Gesetzgebungsbefugnis besitzen.

Bei der Schaffung eines obligatorischen, wenn auch beschränkten, Akteneinsichtsrechtes stellt sich allerdings auch auf Landesebene die Frage, inwieweit die Organisationshoheit beim Gesetzgeber oder der Exekutive zu suchen ist. Die Entscheidung zur Gewährung einer Akteneinsicht obliegt in erster Linie der Vergabestelle selbst, mithin (ausgehend vom klassischen Auftraggeberbegriff¹²⁶³) dem Träger der Selbstverwaltung gemäß Art. 82 Abs. 2 SächsVerf selbst. Die Anweisung zur obligatorischen Akteneinsicht steht mit diesem Organisationsrecht im Widerspruch, weshalb dies auch als Eingriff in das kommunale Selbstverwaltungsrecht zu werten ist, was gemäß Art. 82 Abs. 2 Satz 2 SächsVerf nur "im Rahmen der Gesetze" möglich ist. Damit bedarf es für die obligatorische Akteneinsicht einer Regelung durch den Gesetzgeber.

Der Vorschlag zielt dabei auf ein obligatorisches Akteneinsichtsrecht, welches auf die Vergabedokumentation beschränkt sein soll und nur dem Bieter zu gewähren ist, welcher im Sinne des § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO sein Beanstandungsrecht ausübt. Damit ist einerseits in personeller Hinsicht nur ein "Beteiligter" des Nachprüfungsverfahrens im Sinne des § 9 SächsVergabeDVO anspruchsberechtigt. Andererseits ist das Akteneinsichtsrecht auch in materieller Hinsicht auf das Nachprüfungsverfahren des § 9 SächsVergabeDVO beschränkt. Insoweit würde sich eine Ergänzung der Regelungen des § 9 SächsVergabeDVO anbieten, was gemäß Art. 75 Abs. 1 SächsVerf einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf. Hierfür kommt insbesondere § 7 Satz 2 Nr. 6 SächsVergabeG in Betracht, welcher festlegt, dass das "Verfahren bei Beanstandungen der Nichteinhaltung der Vergabevorschriften durch den nicht berücksichtigten Bieter" durch Rechtsverordnung geregelt werden kann. Das Akteneinsichtsrecht soll obligatorisch dem beanstandenden Bieter im Falle einer ablehnenden Entscheidung bzw. fachlichen Stellungnahme gewährt werden. Nachdem das Akteneinsichtsrecht insbesondere bei einer ablehnenden Entscheidung der Nachprüfbehörde (Bestätigung der Zuschlagsabsicht bzw. fachliche Stellungnahme

¹²⁶³ Vgl. oben, B.I.4.b).

nach Ablauf der Zuschlagssperre) gewährt und mit dieser verbunden werden soll, kann dies als Teil des Nachprüfverfahrens gewertet werden.

Die Erweiterung des § 9 SächsVergabeDVO dahingehend, dass dem beanstandenden Bieter ein obligatorisches, aber beschränktes Akteneinsichtsrecht durch Übersendung der Vergabedokumentation eingeräumt wird, ist daher von der Verordnungsermächtigung des § 7 Satz 2 Nr. 6 SächsVergabeG erfasst.

VII. Zwischenergebnis

Die Lösungsvorschläge zur Anpassung des § 9 SächsVergabeDVO führen nicht zu einer Begründung eines allumfassenden vergabespezifischen Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte auf Landesebene. Hierfür sind Befugnisse des Landesgesetzgebers nicht ausreichend, da die für einen gerichtlichen bzw. gerichtsähnlichen vergabespezifischen Rechtsschutz erforderlichen Schlüsselgesetzgebungsbefugnisse, insbesondere die Gesetzgebungsbefugnisse im Hinblick auf die Gerichtsorganisation und das Gerichtsverfahren gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Art. 72 Abs. 1 GG beim Bund liegen.

Die Lösungsvorschläge sollten allerdings geeignet sein, § 9 SächsVergabeDVO insoweit auszugestalten, dass die Regelung dem von Leinemann¹²⁶⁴ dargestellten "Rechtsschutz light" mit den Mitteln des Landesgesetzgebers nahe kommt.

Die ausdrückliche Berücksichtigung ausgeschlossener Angebote und die daraus resultierende Überprüfbarkeit der Ausschlussentscheidung entsprechen der Wesentlichkeit des Ausschlusses und dem (für den Oberschwellenbereich) von der Kommission geforderten Grundsatz, dass derartige Entscheidungen einer Überprüfbarkeit unterliegen müssen¹²⁶⁵. Die Wesentlichkeit der Entscheidung für den Bieter innerhalb des Vergabeverfahrens rechtfertigt auch eine Berücksichtigung im Rahmen eines Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte. Den Bedenken der Vergabestellen ist durch die eingeschränkte Zuschlagssperre und die, im Gegensatz zum Oberschwellenbereich, verkürzte Vorabinformationspflicht Rechnung getragen. Es ist für die Vergabestelle ohne weiteres möglich, eine maximal 17-tägige Überprüfungsfrist

¹²⁶⁴ Leinemann 2009, Rdn. 656.

¹²⁶⁵ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht mehr oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl. 2006 C 179, S. 2.

(unter Einbeziehung der Vorabinformation) in die zeitliche Planung eines Vergabeverfahrens einzubeziehen und zu berücksichtigen.

Die vom Freistaat Sachsen gewählte Lösung mag man zwar als "Lichtblick am Horizont" bezeichnen können, allerdings können diese Regelung und auch die Lösungsvorschläge keinen speziellen primären Rechtsschutz für den Bieter begründen, weshalb man richtigerweise auch nicht von einem "Rechtsschutz light" sprechen kann.¹²⁶⁶ Durch Erhöhung der Transparenz mittels Vorabinformationspflicht der Vergabestelle und dem Beanstandungsrecht des Bieters sowie dem vorgeschlagenen eingeschränkten Akteneinsichtsrecht kann der Anspruch eines primären Rechtsschutzes im Sinne eines subjektiven Rechtes allein aufgrund des fehlenden Anspruches auf Tätigwerden der Nachprüfungsbehörde nicht erfüllt werden. Jegliche Generierung eines subjektiven Rechtes auf Tätigwerden der Nachprüfungsbehörde beinhaltet jedoch ohne zusätzliche Regelungen in den Verfahrens- bzw. Prozessordnungen die Möglichkeit, dass der Bieter durch dieses subjektive Recht auf die allgemeinen Gerichtsverfahren zurückgreift, was in Anbetracht der langen Verfahrensdauer nicht praktikabel sein kann. Insofern verbleibt lediglich die Möglichkeit zur Erhöhung der Transparenz für den Bieter unter mittelbarer Erleichterung des sekundären Rechtsschutzes für den Bieter durch weitergehende Informationsverschaffung mittels Übersendung der Vergabedokumentation sowie der fachlichen Stellungnahme der Aufsichtsbehörde. Die bundesweit nur in geringer Anzahl geführten Streitigkeiten auf Ersatz eines Schadens wegen Fehlern im Vergabeverfahren legen auch nahe, dass, bei aller Argumentation, wonach dem Bieter ein sekundärer Rechtsschutz zur Verfügung steht, die öffentliche Hand wohl auch mit dem bisher bestehenden hohen prozessualen Risiko eines sekundären Rechtsschutzes für den Bieter spekuliert. Die Erleichterung des sekundären Rechtsschutzes durch eine Erhöhung der Transparenz sollte die Motivlage der öffentlichen Hand insoweit verändern. Ein erhöhtes Risiko auf Inanspruchnahme im sekundären Rechtsschutz rechtfertigt eine erhöhte Aufmerksamkeit der öffentlichen Hand zur Vermeidung eventueller Vergabefehler.

¹²⁶⁶ A. A. Leinemann 2009, Rdn. 656.

G. Empfehlungen/Thesen

Die derzeitige gesetzliche Situation im Hinblick auf einen vergabespezifischen primären Rechtsschutz mag verfassungsrechtlich unbedenklich sein¹²⁶⁷, eine Rechtfertigung für die Verweigerung der bisherigen Bundesregierung zur Schaffung des zumindest rechtspolitisch zwingend erforderlichen Rechtsschutzes¹²⁶⁸ ist dies keinesfalls. Insbesondere kann auch der (theoretisch) zur Verfügung stehende sekundäre Rechtsschutz weder aufgrund seiner nicht vorhandenen Praktikabilität¹²⁶⁹ noch aus der Tatsache, dass es den Bietern wirtschaftlich nicht um die Erlangung von Schadensersatz geht¹²⁷⁰, einen ausreichenden Ausgleich für die durch den primären Rechtsschutz zu wahrende Möglichkeit auf Erlangung des Auftrages bieten.

Allerdings hat die Prüfung für eine Veränderung auch gezeigt, dass der Versuch der Umgestaltung der landesrechtlichen Regelung nicht darüber hinwegtäuschen kann, dass ein effektiver vergabespezifischer primärer Rechtsschutz auf Landesebene mit den zur Zeit zur Verfügung stehenden Gesetzgebungskompetenzen nicht generiert werden kann. Auf Landesebene ist es möglich, zumindest die Grundvoraussetzung für einen effektiven Rechtsschutz, nämlich Transparenz und ein Zuschlagsverbot, ohne weiteres auszugestalten. Dies verbessert zwar den eigentlichen primären Rechtsschutz nicht, jedoch sollte durch verbesserte landesrechtliche Regelungen auch die Voraussetzung geschaffen werden, dass sich die Vergabestellen zumindest mittelbar der Gefahr ausgesetzt sehen, dass Bieterrechte besser gewahrt werden.

Die Wahl der Vergabekammer als Aufsichtsbehörde kann hierbei die in der bisherigen Praxis häufig vermisste fachliche Qualität der Aufsicht in Vergabesachen erhöhen. Gleichzeitig wird gewährleistet, dass, wenn auch mit europarechtlich spezifischen Abweichungen, auf die Art und Weise bezogen auf das materielle Vergaberecht einheitliche Spruchpraxis erreicht wird, die dann auf Bieterseite auch besser bewertet werden kann.

Durch eine auf Landesebene eingeführte Verbesserung der Transparenz, welche insbesondere durch die Vorabinformation des Bieters sowie die obligatorische Akten-

¹²⁶⁷ Vgl. oben, D.II.5.

¹²⁶⁸ Vgl. oben, D.II.6.

¹²⁶⁹ Vgl. oben, C.II.2.a)bb).

¹²⁷⁰ Vgl. oben, D.II.6.

einsicht in die nach § 20 VOB/A zu fertigende Vergabedokumentation und die Informationspflichten der Nachprüfbehörde erzielt werden soll, wird der Bieter in die Lage versetzt, die Verfahrensschritte der Vergabestelle besser nachzuvollziehen. Dies dient einerseits der Möglichkeit des Bieters, die für den sekundären Rechtsschutz erforderlichen Informationen zu erlangen. Andererseits kann der Bieter auch eine bessere Risikoeinschätzung vornehmen, was unüberlegte gerichtliche Schritte vermeidet. Hinzu kommt, dass durch die Erhöhung der Gefahr der Realisierung von sekundärem Rechtsschutz für die Vergabestelle auch diese für eine Einhaltung der materiellen Vergabevorschriften sensibilisiert wird und insbesondere nicht mehr ohne weiteres damit spekulieren kann, dass der Bieter keinen Schadensersatz verlangen wird. Auch die Abgrenzung des Anwendungsbereiches des § 9 SächsVergabeDVO auf alle Vergabeverfahren, unter Ausschluss der freihändigen Vergaben, dient dieser Transparenz, weil hier eine zusätzliche (intransparente) Wertabgrenzung¹²⁷¹ nicht mehr erfolgt.

Unter Berücksichtigung der obigen Lösungsvorschläge¹²⁷² schlägt der Verfasser daher folgende Änderung des § 9 SächsVergabeDVO vor, wobei vereinzelte parallele Gesetzesänderungen, insbesondere der SächsGemO¹²⁷³, erforderlich sein werden:

- (1) Der Auftraggeber informiert die Bieter, deren Angebote **ausgeschlossen oder** nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll, und über den Grund **des Angebotsausschlusses oder.** der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes. Er gibt die Information schriftlich spätestens sieben Kalendertage vor dem Vertragsschluss ab.
- (2) **Der Auftraggeber informiert die Bieter unter Angabe der Gründe darüber, dass die Ausschreibung aufgehoben werden soll und ob die Absicht besteht, ein neues Vergabeverfahren einzuleiten. Er gibt die Information schriftlich spätestens sieben Kalendertage vor Aufhebung der Ausschreibung ab.**

¹²⁷¹ Vgl. oben, F.II.1.a).

¹²⁷² Vgl. oben, F.

¹²⁷³ Vgl. oben, F.III.2..

- (3) Beanstandet ein Bieter vor Ablauf der Frist schriftlich beim Auftraggeber die Nichteinhaltung der Vergabevorschriften, hat der Auftraggeber die Nachprüfungsbehörde zu unterrichten. Ab dem Eingang der Beanstandung des Bieters beim Auftraggeber darf der Zuschlag nur erteilt werden, wenn der Auftraggeber der Beanstandung abhilft oder die Nachprüfbehörde innerhalb von zehn Kalendertagen nach Unterrichtung das Vergabeverfahren die Zuschlagsabsicht des Auftraggebers mit Gründen bestätigt oder nicht mit Gründen beanstandet; in diesem Fall hat der Auftraggeber die Auffassung der Nachprüfbehörde zu beachten.

Bestätigt die Nachprüfungsbehörde nicht gemäß Satz 2 innerhalb der zehn Kalendertage die Zuschlagsabsicht des Auftraggebers oder beanstandet sie nicht das Vergabeverfahren, hat die Nachprüfbehörde innerhalb eines Zeitraumes von drei Monaten eine mit Gründen versehene fachliche Bewertung der Beanstandung des Bieters und des Vergabeverfahrens dem Auftraggeber zu übergeben.

Satz 3 gilt für die Aufhebung der Ausschreibung.

- (4) Nachprüfbehörde ist die 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen. Ein Anspruch auf Tätigwerden der Nachprüfbehörde besteht nicht.

Der beanstandende Bieter ist durch die Nachprüfbehörde von der Bestätigung der Zuschlagsabsicht oder der Beanstandung der Zuschlagsabsicht gemäß Abs. 2 Satz 2 sowie der fachlichen Stellungnahme gemäß Abs. 2 Satz 3 schriftlich zu informieren. Im Falle der Bestätigung der Zuschlagsabsicht oder der fachlichen Stellungnahme erfolgt die Information jeweils unter Beifügung der vom Auftraggeber gemäß § 20 VOB/A zu erstellenden Dokumentation.

- (5) Die Absätze 1 und 2 finden bei freihändigen Vergaben keine Anwendung.

...

Beachtung finden müssen allerdings noch die Bemühungen zur Schaffung eines primären vergabespezifischen Rechtsschutzes auf Bundesebene, welche zumindest im Koalitionsvertrag der CDU/CSU und FDP verankert sind. Berücksichtigt man einerseits, dass bis Ende 2010 lediglich ein Referentenentwurf vorliegen soll, und andererseits, dass die letzten Novellierungsbemühungen 3 Jahre andauerten, dürfte eine

Anpassung auf Landesebene trotz allem zur schnelleren Umsetzung eines praktikablen Zustandes im Unterschwellenbereich erforderlich und sinnvoll sein.

Anlage I – Fragebogen zur Unternehmensbefragung

Fragebogen zur Prüfung der Effektivität des vergaberechtlichen Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte in Sachsen

A. Allgemeine Angaben zum Auskunftgeber

I. Angaben zum Betrieb (freiwillig – Angaben werden streng vertraulich behandelt)

Name:	
Straße:	
PLZ/Ort:	
Tätigkeitsgebiet/Gewerk:	

II. Größe des Betriebes (zutreffendes bitte ankreuzen)

Bis 10 Mitarbeiter	Bis 25 Mitarbeiter
Bis 50 Mitarbeiter	Bis 100 Mitarbeiter
über 100 Mitarbeiter	

III. Anteil der öffentlichen Aufträgen (Schätzung) bezogen auf das jährliche Gesamtauftragsaufkommen (zu öffentlichen Aufträgen zählt jeder Auftrag welcher durch öffentliche Ausschreibung erlangt wird)

Bis 25 %	Bis 50 %	Bis 75 %	Bis 100 %
----------	----------	----------	-----------

IV. Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen in den letzten 12 Monaten (Grobschätzung)

1. oberhalb der Schwellenwerte (Bauleistung: über 5,278 Mio. EUR für Gesamtbauvorhaben (es handelt sich um das gesamte Bauvorhaben des öffentlichen Auftraggebers unabhängig von einzeln beauftragten Losen))

1 – 25	25-50	50–100	Größer 100 Geschätzte Anzahl:
--------	-------	--------	----------------------------------

2. unterhalb der Schwellenwerte (Bauleistung: unter 5,278 Mio. EUR für Gesamtbauvorhaben (Siehe Ziffer 1.))

1 – 10	25 - 50	50– 100	Größer 100 Geschätzte Anzahl:
--------	---------	---------	----------------------------------

V. erteilte Zuschläge in den letzten 12 Monaten (Schätzung)

1 – 25	25 - 50	50 - 100	Größer 100 Geschätzte Anzahl:
--------	---------	----------	----------------------------------

2. Wenn Ja, soll diese Informationspflicht bei Bauleistungen auf Vergaben über 150.000 EUR (netto) beschränkt sein (§ 9 Abs. 1 Sächsische Vergabedurchführungsverordnung (SächsVergabeDVO))?

Zu niedrig	Zu hoch	In Ordnung
Ab welchem Betrag soll informiert werden?		
Bemerkung:		

IV. Allgemeines

1. Sollen Fehler bei Vergabeverfahren durch eine einheitliche oder zentrale Behörde (evtl. ähnlich der Vergabekammer und den Regierungspräsidium angeschlossen) überprüft werden?

Ja	Nein
Bemerkungen:	----- -----

2. Halten Sie den derzeitigen Rechtsschutz (in Sachsen) gegen Vergaben unterhalb der Schwellenwerte für ausreichend?

Ja	Nein
Bemerkungen:	----- -----

C. Ergänzende Bemerkungen /Anregungen

Anlage II – Hinweise zum Fragebogen zur Unternehmensbefragung

Die durch den Verfasser durchgeführte Unternehmensbefragung erfolgte in Unterstützung des Bauindustrieverbandes Sachsen/Sachsen-Anhalt e. V. sowie des Sächsischen Baugewerbeverbandes e. V. Die Befragung erfolgte unter Versendung der Fragebögen an die Mitglieder der Verbände sowie Mandanten des Verfassers. Angesprochen wurden ca. 700 sächsische Unternehmen, von denen sich 62 Unternehmen an der Fragebogenaktion beteiligten.

Die Unternehmensbefragung hatte das Ziel, einerseits das Angebotsverhalten der Unternehmen bezogen auf die Betriebsgröße zu ergründen. Andererseits sollten die Einschätzungen der Unternehmen bezüglich der Regelungen des § 9 SächsVergabeDVO im Hinblick auf Akzeptanz und Erfahrungen bei der Inanspruchnahme des dortigen Rechtsschutzes analysiert werden. Das Sächsische Staatsministerium für Wirtschaft und Arbeit führte bereits im Jahr 2004 eine Evaluierung zu den Auswirkungen des Sächsischen Vergabegesetzes und der Sächsischen Vergabedurchführungsverordnung durch¹²⁷⁴, bei welcher allerdings die weitaus größte Beteiligung bei den öffentlichen Auftraggebern lag¹²⁷⁵.

Die vorliegende Fragebogenaktion hatte das Ziel, vorrangig die Meinungen und Anregungen der Bieterseite insbesondere zu den Rechtsschutzregelungen des § 9 SächsVergabeDVO zu erfassen. Dabei waren erhebliche Abweichungen zu den Erhebungen des Sächsischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Arbeit erkennbar. So geht die überwiegende Anzahl der Unternehmen beispielsweise davon aus, dass die in § 9 SächsVergabeDVO verankerte Vorabinformationspflicht (ab einem Auftragswert von 150.000 EUR netto) auch auf niedrigere Vergaben ausgedehnt werden müsste. Hinzu kommt der Wunsch auf Schaffung einer einheitlichen Prüfungsbehörde. Vermutlich aus diesen Gründen wird der Rechtsschutz in Sachsen auch als noch nicht ausreichend angesehen.

¹²⁷⁴ Vergabebericht 2003.

¹²⁷⁵ Von 176 Antworten waren nur 10 Wirtschaftsverbände bzw. Unternehmen beteiligt.