Jonas Henrik Jürgens

Effektivität und Effizienz im Vergaberechtsschutz: Europa- und verfassungsrechtliche Anforderungen und deren Umsetzung in Deutschland

Dissertation

2021

Andrássy Gyula Deutschsprachige Universität Budapest

Interdisziplinäre Doktorschule – Teilprogramm Staats- und Rechtswissenschaften

Leiterin: Prof. Dr. Ellen Bos

Jonas Henrik Jürgens

Effektivität und Effizienz im Vergaberechtsschutz: Europa- und verfassungsrechtliche Anforderungen und deren Umsetzung in Deutschland

Betreuerin/Betreuer:

Priv.-Doz. Dr. Attila Vincze

Promotionsausschuss
Vorsitzende/Vorsitzender:

Prof. Dr. Michael Anderheiden

Gutachterinnen/Gutachter:

Dr. Miklós Szirbik
Univ-Prof. Dr. LL.M. Claudia Fuchs

Mitglieder:

Univ-Prof. Dr. LL.M. Andras Jakab
Prof. Dr. Stefan Okruch
Prof. Dr. Christian Schubel
Prof. Dr. LL.M. Ádám Fuglinszky
Prof. Dr. Ulrich Huefeld

Eingereicht am 06.07.2021

Abkürzungen

a.A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art.	Artikel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
DRiG	Deutsches Richtergesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f.	folgende
ff.	fortfolgende
GG	Grundgesetz
GrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
KonzVgV	Konzessionsvergabeverordnung
lit.	Buchstabe/Litera
LHO	Landeshaushaltsordnung

m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NTVergG	Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OLG	Oberlandesgericht
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
SektVO	Sektorenvergabeverordnung
ThürVgG	Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge
UAbs.	Unterabsatz
UVgO	Unterschwellenvergabeverordnung
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
VgG M-V	Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Mecklenburg-Vorpommern
Vgl.	vergleiche
VgV	Vergabeverordnung
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A
VOL/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A
VOL/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil B
VsVgV	Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WTO	Welthandelsorganisation
ZPO	Zivilprozessordnung

ABKÜRZUNGEN II

TEIL 1: EINLEITUNG 1

A. Problemaufriss 1
I. Die wirtschaftliche Bedeutung des Vergaberechts 1
II. Die Europäisierung des Vergaberechts 2
III. Der Vergaberechtsschutz 3

B. Gang der Untersuchung 4
I. Der Maßstab 4
1. Effektivität 4
2. Effizienz 5
II. Der Untersuchungsgegenstand 5
III. Aufbau der Arbeit 6

TEIL 2: AKTUELLE RECHTSLAGE / RELEVANTE RECHTSQUELLEN 7

Kapitel 1: Verfassungsrechtliche Vorgaben 7

A. Rechtsschutzgarantie, Art. 19 Abs. 4 GG 8
I. Allgemein / Verhältnis zu anderen Gewährleistungen 8
II. Tatbestand des Art. 19 Abs. 4 GG 9
1. Persönlicher Schutzbereich 10
2. Verletzung in eigenen Rechten / subjektive öffentliche Rechte 11
3. Öffentliche Gewalt 14
III. Garantiegehalt / Anforderungen an den Rechtsweg 17
1. Zugang zu einem Rechtsweg 18
2. Wirksamkeit der Rechtsbehelfe 20

B. Allgemeiner Justizgewährleistungsanspruch, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG 21
I. Allgemein / Verhältnis zu anderen Rechtsgrundlagen 22
II. Tatbestand / Anwendungsbereich 22
III. Garantiegehalt / Anforderungen 23

C. Weitere Justizgrundrechte 27
I. Garantie des gesetzlichen Richters 28
1. Anwendungsbereich 28
2. Schutzgehalt / Anforderungen 29
II. Garantie des rechtlichen Gehörs 30
1. Anwendungsbereich 30
2. Schutzgehalt / Anforderungen 31

D. Materielle Grundrechte 33
I. Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG 35
II. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG 38
III. Eigentumsfreiheit, Art. 14 Abs. 1 GG 41

E. Wertung / Zusammenfassung / Problemfelder 42

Kapitel 2: Europarechtliche Vorgaben **43**

A. Rechtsmittelrichtlinien 44
I. Primärrechtsschutz 45
1. Vorwirkungen in das Vergabeverfahren: Informationspflicht und Stillhaltefrist 46
2. Nachprüfungsverfahren 48
a) Die Nachprüfungsstellen 49
b) Zulässigkeit / Zugangsvoraussetzungen 50
aa) Vorverfahren 50
bb) Antragsbefugnis 50
cc) Rügepflicht 51
c) Vorläufiger Rechtsschutz 52
d) Hauptsacheentscheidung bis zum wirksamen Zuschlag 53
e) Nachvertraglicher Rechtsschutz 54
aa) Vertragsunwirksamkeit 55
bb) Alternative Sanktionen 57
II. Sekundärrechtsschutz 58

B. Primärvergaberecht / Grundfreiheiten 59
I. Die Grundfreiheiten 59
1. Anwendbarkeit der Grundfreiheiten 60
a) Grenzüberschreitender Bezug des Vergaberechts 61
b) Verpflichtungsadressaten 63
c) Qualifizierte wirtschaftliche Tätigkeit 66
2. Schutzgehalt der Grundfreiheiten 67
a) Persönlicher Schutzgehalt 67
b) Sachlicher Schutzgehalt 68
aa) Verfahrensrechtliche Vergabegrundsätze 68
bb) Prozessrechtliche Dimension der Grundfreiheiten 71
3. Schranken 77
II. Weiteres Primärvergaberecht 78
1. Europäisches Wettbewerbsrecht für Unternehmen (Art. 101 – 106 AEUV) 78
2. Beihilfenrecht (Art. 107 – 109 AEUV) 79

C. Grundrechtecharta 81
I. Anwendungsbereich – Art. 51 Abs. 1 GrCh 82
1. Organe der Union 82
2. Mitgliedstaaten 83
II. Materielle und verfahrensrechtliche Grundrechte 86
1. Berufs- und Unternehmensfreiheit 86
2. Eigentumsfreiheit 90
3. Gleichbehandlungsgrundsatz 92
4. Recht auf eine gute Verwaltung 93
III. Art. 47 GrCh 94
1. Verhältnis zur EMRK und anderen Rechtsnormen 95
a) Art. 6, 13 EMRK 96
b) Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV 97
2. Akzessorietät / Anwendungsvoraussetzung 98
3. Schutzgehalt 100

a) Art. 47 Abs. 1 GrCh 100
b) Art. 47 Abs. 2 GrCh 105
c) Art. 47 Abs. 3 GrCh 107
IV. Art. 52 Abs. 1 GrCh - Schranken 108
D. Wertung / Zusammenfassung / Problemfelder 110
Kapitel 3: Status Quo des deutschen Vergaberechtsschutzregimes 113
A. Primärrechtsschutz 114
I. Oberschwellenbereich – Vergaberechtsschutz im GWB 115
1. Erste Instanz - Die Vergabekammern 115
a) Antragsbefugnis – § 160 GWB 117
b) Verfahrensmodalitäten 125
aa) Verfahrensbeteiligte – § 162 GWB 125
bb) Untersuchungsgrundsatz – § 163 GWB 127
cc) Akteneinsichtsrecht – § 165 GWB 129
dd) Mündliche Verhandlung – § 166 GWB 131
ee) Beschleunigungsgrundsatz – § 167 GWB 132
c) Umfang der Entscheidung durch die Vergabekammer und mögliche Rechtsfolgen 133
d) Vorläufige Sicherung von Rechtspositionen 137
e) Kostenentscheidung 144
2. Zweite Instanz – Die Oberlandesgerichte als Beschwerdegerichte 145
a) Die sofortige Beschwerde 146
aa) Zulässigkeit 146
bb) Aufschiebende Wirkung 150
cc) Verfahrensmodalitäten 154
dd) Entscheidung durch das Beschwerdegericht 155
ee) Kostenentscheidung 157
b) Eilverfahren nach § 169 Abs. 2 S. 6, 7, 8 GWB 158
II. Unterschwellenbereich 159
1. Gerichtliche Zuständigkeit 160
2. Verfahrensmöglichkeiten – §§ 935, 940 ZPO 161
a) Anordnungsanspruch 162
b) Anordnungsgrund 165
c) Inhalt der Verfügung 165
3. Problematische Verfahrensaspekte des Zivilrechtswegs 166
4. Landesrechtliche Normen 168
a) Thüringen 169
b) Sachsen 170
c) Sachsen-Anhalt 171
d) Mecklenburg-Vorpommern 172
e) Niedersachsen 173
B. Sekundärrechtsschutz 174
I. Anspruchsgrundlagen GWB 175
1. § 180 GWB 175
a) § 180 Abs. 1, 2 GWB 176
b) § 180 Abs. 3 GWB 177

2. § 181 GWB 178
II. Weitere Anspruchsgrundlagen 182
1. Vorvertragliches Schuldverhältnis – §§ 280 Abs. 1 S. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB 182
2. Deliktsrechtliche Ansprüche – § 823, 826 BGB 186
3. Wettbewerbsrechtliche Ansprüche 188

Kapitel 4: Zwischenergebnisse 190

TEIL 3: VERTIEFTE DISKUSSION AUSGEWÄHLTER PROBLEMFELDER 192

Kapitel 5: Prozessrechtliche Einschränkungen des Zugangs zum Vergaberechtsschutz sowie des Umfangs des Verfahrensgegenstandes 193

A. Antragsbefugnis / Verletzung subjektiver Rechte 194
I. § 160 Abs. 2 GWB: Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB 195
II. Unterschwellenbereich: Anordnungsanspruch §§ 935, 940 ZPO 198
III. § 171 Abs. 1 S. 2 GWB 200

B. Beteiligtenregelung 201
I. § 162 GWB 202
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben 203
2. Europarechtliche Vorgaben 203
II. § 174 GWB 206
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben 206
2. Europarechtliche Vorgaben 208

C. Fristen 208

D. Prozessgegenstand / Umfang der Ermittlungen 212
I. Anlasslose Ermittlung durch Nachprüfungsstellen und Prozessführung zu Lasten des Klägers 212
II. Präkludierte Anliegen / Materielle Präklusion 214

Kapitel 6: Vorabinformationspflicht und Akteneinsichtsrecht im unterschwelligen Vergaberechtsschutz 218

A. Verpflichtung des Gesetzgebers nach verfassungsrechtlichen Vorgaben 219

B. Verpflichtung des Gesetzgebers nach europarechtlichen Vorgaben 224

Kapitel 7: Die Vorabgestattungsverfahren im Oberschwellenbereich 227

A. Auftraggeberinitiierte Durchbrechung des Suspensiveffekts / Erzwungene Verkürzung auf vorläufigen Rechtsschutz 229
I. Verfassungsrechtliche Vorgaben 230
II. Europarechtliche Vorgaben 234
1. Rechtsmittelrichtlinie 235
2. Primärvergaberecht 237

B. Prüfintensität im Eilverfahren 239
I. Verfassungsrechtliche Vorgaben 240
II. Europarechtliche Vorgaben 246

Kapitel 8: Ausreichender Sekundärrechtsschutz und seine Ausgestaltung 248

A. Fehlende Kompensationsmöglichkeiten bei Verfahrensfehlern oberhalb der Schwellenwert 249
I. Nach Verfassungsrecht 250
II. Nach Unionsrecht 252
1. Sekundärrechtsschutz Rechtsmittelrichtlinien 252
2. Anforderungen des Primärvergaberechts 255

B. Fehlende Kompensationsmöglichkeiten bei Verfahrensfehlen unterhalb der Schwellenwerte 259
I. Nach nationalem Recht 259
II. Nach Unionsrecht 261

TEIL 4: RECHTSFOLGEN UND RECHTSPOLITISCHE MAßNAHMEN NACH JURISTISCHEM UND ÖKONOMISCHEM MAßSTAB 263

Kapitel 9: Rechtsfolgen und rechtspolitische Empfehlungen 264

A. Rechtsfolgen in Bereichen mangelnder Effektivität der Rechtsbehelfe 264

B. Zwingende Anpassungen des *status quo* und mögliche rechtspolitische Maßnahmen 266
I. Unterschwellenbereich 267
II. 169 Abs. 2 GWB 272
III. Weitere Aspekte 274

Kapitel 10: Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes anhand von Effizienz 276

A. Effizienz als Maßstab 279
I. Positive vs. normative Analyse 279
II. Methodik und verwendeter Effizienzbegriff 280
III. Rechtspolitischer Nutzen des Maßstabes „Effizienz“ im Vergaberechtsschutz 285
IV. Verhältnis von Effizienz, Effektivität und anderen Rechtsprinzipien 289

B. Anwendung des Effizienzkriteriums / Coase-Theorems im Vergaberechtsschutz 290
I. Anwendung Effizienzkriterium de lege lata 293
1. Anwendung des Effizienzkriteriums in den Eilverfahren der §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 2, 176 GWB 294
2. Vergleiche im aktuellen Vergaberechtsschutz 296
II. Neuausrichtung anhand von Effizienz 302
1. Neugestaltung von Vergleichs-Instrumenten 303
2. Nachvertragliche Verhandlung 308

TEIL 5: ZUSAMMENFASSUNG UND FAZIT 309

LITERATURVERZEICHNIS 320

Teil 1: Einleitung

Die öffentliche Auftragsvergabe ist mittlerweile fast allgegenwärtig. Dieser Befund gilt sowohl für die wirtschaftliche wie juristische Perspektive und bezogen auf Praxis wie Wissenschaft gleichermaßen. Versteht man dabei den Begriff des Vergaberechts als Gesamtschau aller rechtlichen Normen, die den Einkauf durch den Staat regeln und damit sämtliche staatlichen oder staatsnahen Stellen bei der vertraglich-entgeltlichen Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen binden,[1] offenbart sich die enorme Bedeutung dieses Rechtsbereichs. Daher vermag die vermehrte wissenschaftliche[2] und praktische[3] Aufmerksamkeit für das Vergaberecht kaum mehr zu überraschen.

Gegenstand dieser Arbeit wird jedoch speziell das Vergabeprozessrecht und seine Wirksamkeit sein. Daher gilt es in der folgenden Einleitung zunächst die, dem Untersuchungsgegenstand zugrunde liegende Bedeutung darzustellen sowie den Gang der Untersuchung zu skizzieren.

A. Problemaufriss

Die besondere Bedeutung des Vergaberechtsschutzes und die Notwendigkeit seiner Effektivität ergeben sich aus der Bedeutung des materiellen Vergaberechts selbst, dessen historischer Entwicklung und der daraus resultierenden Funktion des Rechtsschutzes, welche im Folgenden dargestellt werden. Aus dieser Gemengelage ergibt sich dann das erkenntnisleitende Interesse und der Gang der Untersuchung.

I. Die wirtschaftliche Bedeutung des Vergaberechts

Wie bereits angedeutet hat das Vergaberecht in den letzten Jahrzehnten einen massiven Bedeutungsgewinn erfahren. Dies muss als logische Folge des enormen wirtschaftlichen Umfangs der öffentlichen Beschaffung angesehen werden. So schätzte die OECD allein für Deutschland ein jährliches, öffentliches Auftragsvolumen von 500 Milliarden Euro, was rund

[1] Vgl. *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 1.
[2] Siehe etwa die zahlreichen Dissertationen in der Schriftenreihe „Schriften zum Vergaberecht“ im Nomos-Verlag.
[3] Seit 2015 existiert der „Fachanwalt Vergaberecht“, welcher der beruflichen Bedeutung des Vergaberechts nunmehr gerecht wird.

15 Prozent des deutschen BIPs entspricht.[4] Die EU-Kommission schätzt, dass 2017 im gesamten EU-Raum fast 2050 Milliarden Euro und damit rund 13 bis 14 Prozent des unionsweiten BIPs durch die öffentliche Beschaffung ausgegeben wurden.[5] Mit dieser wirtschaftlich kaum zu überschätzenden Nachfragemacht geht eine entsprechende Bedeutung des Beschaffungswesen für den Wettbewerb an sich, den einzelnen Wirtschaftsteilnehmer und auch die staatlichen Finanzen einher. Folglich muss dem materiellen Vergaberecht, welches das Einkaufsverhalten bezüglich Verfahren und Auswahlkriterien maßgeblich bestimmt, eine entsprechende Bedeutung zugesprochen werden.

II. Die Europäisierung des Vergaberechts

Aufgrund der wesentlichen Bedeutung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Binnenmarkt und die einzelnen Wirtschaftsteilnehmer ist das Vergaberecht im Laufe der Jahrzehnte in den Fokus der EU gelangt. Bereits in den 60er Jahren begann eine erste Entwicklung hin zur unionsrechtlichen Koordinierung von Bau- und Lieferaufträgen, die in der ersten Generation von Vergaberichtlinien in den Jahren 1971 und 1976 mündete.[6] In den 90er Jahren wurde das Vergaberecht dann wesentlich reformiert. Das Ergebnis waren die zwei heute noch gültigen Rechtsmittelrichtlinien sowie vier Richtlinien zur Harmonisierung des materiellen Vergaberechts. Auch im Rahmen der WTO entstand mit dem „GPA (Government Procurement Agreement)“ 1994 ein Abkommen über die öffentliche Beschaffung.[7]

Diese internationale Entwicklung überwarf jedoch die traditionelle Einordung des Vergabewesens in der deutschen Rechtsordnung. Die öffentliche Beschaffung unterfiel nämlich bis dato durchgehend dem Haushaltsrecht. Daraus folgte, dass den beteiligten Anbietern keinerlei subjektive Rechte eingeräumt wurden. Das öffentliche Beschaffungssystem unterlag ausschließlich haushaltsrechtlichen Grundsätzen, denen keine rechtliche Außenwirkung zukam. Mit den EU-Richtlinien zur Koordinierung der Vergabeverfahren und den akzessorischen Rechtsmittelrichtlinien wurde diese Ausgestaltung der Auftragsvergabe unhaltbar. Die entsprechenden Urteile des EuGH machten eindeutig klar, dass das europäische

[4] OECD, Öffentliche Vergabe in Deutschland, 2019, S. 15.
[5] EU-Kommission, Public Procurement Indicators 2017, 2019, S. 9.
[6] Vgl. *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 235; *Egger*, Europäisches Vergaberecht, 2008, Rn. 42 ff.
[7] Siehe auch *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, 224 ff., 235 ff.

Vergaberechtsregime die Durchsetzbarkeit der Bieterrechte vor den nationalen Gerichten verlangte.[8]

III. Der Vergaberechtsschutz

Die Voraussetzung des unionsrechtlich vorgeformten Vergaberechts, dass Bieter ihre Rechte gerichtlich durchsetzen können müssen, liegt in der Systematik des Unionsrechts begründet. Im Rahmen der Binnenmarktintegration greift das Unionsrecht auf das Prinzip der funktionalen Subjektivierung zurück. Demnach soll durch eine dezentrale, also mitgliedstaatliche, gerichtliche Kontrolle der Anwendung des Binnenmarktrechts dessen wirksame Durchsetzung garantiert werden. Dabei wird der Wirtschaftsteilnehmer dazu mobilisiert, das bestehende Unionsrecht, das dem vermeintlichen Interesse der Mitgliedstaaten an tradierten, potenziell protektionistischen Verhaltensweisen zuwiderläuft, geltend zu machen.[9] Damit geht wiederum die besondere Funktion des Prozessrechts einher, eine wirksame Durchsetzung des materiellen Binnenmarktrechts zu erwirken.[10]

Diese Funktion hat auch das Vergaberechtsschutzregime zu erfüllen. Vor dem Hintergrund der lange nicht erreichten Marktöffnung der nationalen Beschaffungsmärkte wurde mit den Rechtsmittelrichtlinien eine unüblich weitgehende Harmonisierung des Prozessrechts zugunsten der wirksamen Durchsetzung des binnenmarktrelevanten Vergaberechts vorgenommen.[11] Das Vergabeprozessrecht dient also der Erzwingung der Anwendung des unionsrechtlich vorgegebenen Vergaberechts, das zum Teil den tradierten nationalen Beschaffungswesen widerspricht.

Damit das vergaberechtliche Prozessrecht diese wesentliche Funktion auch gegen potenzielle Widerstände in der nationalen Rechtsanwendung erfüllen kann, muss es jedoch selbst ausreichend wirksam beziehungsweise effektiv ausgestaltet sein.

Daraus folgt, dass im Vergaberecht die Notwendigkeit eines ausreichend effektiven und wirksamen Rechtsschutzes besteht. Ohne diesen kann eine korrekte Anwendung auch aufgrund des nationalen, tradierten Verständnisses des öffentlichen Beschaffungswesens nicht

[8] EuGH, Urteil vom 11.8.1995, Rs. C-433/93; *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 2, Rn. 3.
[9] *Chen*, Vergaberechtsschutz im Spannungsfeld zwischen Beschleunigungsgebot und Gewährung effektiven Rechtsschutzes, 2019, S. 175.
[10] *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 20, Rn. 3.
[11] *Chen*, Vergaberechtsschutz im Spannungsfeld zwischen Beschleunigungsgebot und Gewährung effektiven Rechtsschutzes, 2019, S. 176.

gewährleistet werden. Vor dem dargestellten Hintergrund der wirtschaftlichen Bedeutung des materiellen Vergaberechts für die Wirtschaftsteilnehmer, den Markt an sich und die finanziellen Interessen der Öffentlichkeit muss der korrekten Anwendung des Vergaberechts und dessen wirksamer Durchsetzung durch einen effektiven Rechtsschutz große Bedeutung zugesprochen werden. Daher soll in der folgenden Arbeit der Vergaberechtsschutz auf seine ausreichende Effektivität und Wirksamkeit hin untersucht werden. Denn nur wenn diese gegeben ist, vermag das Vergaberechtsschutzregime seiner, für das Vergaberecht fundamentalen, Funktion gerecht zu werden.

B. Gang der Untersuchung

Ziel dieser Arbeit ist es also, die Wirksamkeit oder Effektivität des vergaberechtlichen Rechtsschutzes zu beurteilen. Folglich gilt es, den Untersuchungsgegenstand, nämlich das Vergaberechtsschutzregime, anhand des Untersuchungsmaßstabes, der Effektivität, zu messen. Beides soll zunächst hinsichtlich des jeweiligen Umfangs kurz umrissen werden, bevor der Aufbau der Arbeit darzustellen ist.

I. Der Maßstab

Zur Beantwortung der Frage, ob das aktuelle Vergaberechtsschutzregime ausreichend effektiv ausgestaltet ist, um seiner Funktion zur Durchsetzung des materiellen Vergaberechts gerecht zu werden, muss zunächst der Maßstab der Effektivität entwickelt und definiert werden. Darüber hinaus soll in dieser Arbeit der rein rechtwissenschaftliche Ansatz der Effektivität/Wirksamkeit durch die interdisziplinäre ökonomische Analyse des Rechts in Form einer Einbeziehung von Effizienz ergänzt werden.

1. Effektivität

Als wesentlicher Maßstab zur Überprüfung des Vergaberechtsschutzregimes dient die, zur Erfüllung seiner Funktion notwendige, Effektivität des Rechtsschutzes. Aus juristischer Perspektive ergibt sich die notwendige, beziehungsweise ausreichende Effektivität oder Wirksamkeit des einfachgesetzlichen Vergabeprozessrechts aus den einschlägigen übergeordneten Normen. Dies umfasst einerseits immer das nationale Verfassungsrecht

(hier beschränkt auf Deutschland), andererseits, aufgrund der Entwicklung des Vergaberechts aus dem Unionsrecht, auch das vergaberechtsrelevante Sekundär- und Primärrecht der EU. Folglich müssen zur Entwicklung des Maßstabes der notwendigen Effektivität sämtliche vergaberechtsrelevanten Vorgaben des deutschen Verfassungsrechts und des Unionsrechts zur Ausgestaltung des einfachgesetzlichen Prozessrechts herangezogen werden. In der Gesamtschau ergibt sich dann der rechtswissenschaftliche Maßstab, an dem das anwendbare Vergaberechtsschutzregime gemessen werden muss.

2. Effizienz

Die ökonomische Natur und Bedeutung des Vergaberechts sollen jedoch auch als Anlass dazu dienen, den juristischen Horizont dieser Arbeit zu erweitern. So muss man zugestehen, dass eine rein rechtswissenschaftliche Analyse des Vergaberechtsschutzes eine recht einseitige Antwort auf die Frage nach der Effektivität liefert. Ob die Wirtschaftsteilnehmer durch den Vergaberechtsschutz tatsächlich in die Lage versetzt werden, die korrekte Anwendung des materiellen Vergaberechts zu garantieren und damit zur Binnenmarktintegration beizutragen, liegt auch an Umständen, die sich jenseits der Rechtmäßigkeit des Prozessrechts befinden. Deshalb soll der rechtswissenschaftliche Maßstab der Effektivität durch den ökonomischen Maßstab der Effizienz ergänzt werden. Dies erfolgt im Rückgriff auf den Ansatz der ökonomischen Analyse des Rechts. In deren Rahmen vermag Effizienz als normatives Kriterium auch für den Vergaberechtsschutz geltend gemacht zu werden. Damit geht wiederum eine gewisse Verschiebung der Begrifflichkeiten innerhalb der Arbeit einher. So ist zu beachten und vorausgesetzt, dass insbesondere der Begriff der Normativität im rechtswissenschaftlichen Kontext (bezogen auf die Rechtsnorm) anders verwendet wird als im ökonomischen (normativ als das, was sein soll).

II. Der Untersuchungsgegenstand

Wie bereits deutlich wurde, ist der Gegenstand der Untersuchung das Vergaberechtsschutzregime in Deutschland. Dies umfasst sowohl den Sonderrechtsweg des sekundärrechtlich vorgeformten GWB-Vergaberechts sowie das Vergabeprozessrecht außerhalb des Anwendungsbereichs der Rechtsmittelrichtlinien. Davon ausgenommen bleiben die verschiedenen Bereichsausnahmen des Vergaberechts. Somit wird ein umfassender, die

sogenannte Zweiteilung des Vergaberechts umspannender, Ansatzpunkt gewählt, der jedoch die weiteren gesetzgeberischen Einschränkungen des Anwendungsbereichs des Vergaberechts respektiert. Vor dem Hintergrund der allgemeinen Wahrnehmung eines besonders umfangreich gewährleisteten Rechtsschutzes im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts und einer prekären Lage im sogenannten Unterschwellenbereich sind beide Aspekte von Interesse. Einerseits gilt es zu prüfen, ob die vermeintliche Effektivität im Oberschwellenbereich tatsächlich gegeben ist, andererseits zwingt die anhaltende Diskussion des Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte des GWB zu einer entsprechenden Stellungnahme.

III. Aufbau der Arbeit

Die Arbeit gliedert sich in drei inhaltliche Hauptteile. Zu Beginn soll in Teil zwei sowohl der juristische Maßstab der Effektivität entwickelt wie auch das aktuelle Vergaberechtsschutzregime überblicksartig dargestellt werden. So erlaubt es der zuvor entwickelte Maßstabbei der Darstellung des *status quo* des Vergaberechts parallel einen ersten Abgleich vorzunehmen. Hierbei auftretende Konfliktpunkte zwischen der einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes und den normhierarchisch übergeordneten verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben zur effektiven Ausgestaltung des Prozessrechts müssen dann im dritten Teil ausführlich diskutiert werden. Hier gilt es, tatsächlich vorliegenden Verletzungen des Maßstabes der Effektivität aufzuzeigen und deren Rechtfertigung zu diskutieren.

Sofern entsprechende Verletzungen, also eine mangelnde Effektivität des Vergaberechtsschutzes, bestehen, gilt es rechtspolitische Empfehlungen für deren Abhilfe aufzuzeigen. Diese sollen zu Beginn des vierten Teils ausgesprochen und durch die ökonomische Analyse des Vergaberechtsschutzes begleitet werden. In diesem Sinne ist es das Ziel, nicht nur rechtswissenschaftlich betrachtet notwendige, sondern auch aus ökonomischer Perspektive sinnvolle Anpassungen des Vergaberechtsschutzes aufzuzeigen.

In Gänze betrachtet eröffnet sich dann ein umfassendes Bild des Vergaberechtsschutzes, welches sich aus den verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben über dessen notwendige Effektivität, der Darstellung des aktuellen Vergaberechtsschutzregimes in Deutschland sowie deren Konfliktbereiche und Unvereinbarkeiten ergibt. Dieses Bild wird außerdem durch die

juristisch notwendigen und ökonomisch sinnvollen rechtspolitischen Empfehlungen abgerundet.

Teil 2: Aktuelle Rechtslage / Relevante Rechtsquellen

Im zweiten Teil dieser Arbeit gilt es, den Maßstab der notwendigen Effektivität des Rechtsschutzes und die aktuelle Ausgestaltung des deutschen Vergaberechtsschutzes darzustellen. Auch wenn die Effektivität von Rechtswegen mittlerweile fast ein geflügeltes Wort darstellt,[12] muss zunächst definiert werden, was diese ausmacht. Dazu sind die einschlägigen verfassungs- und unionsrechtlichen Normen auf ihren Schutzgehalt bezüglich der Effektivität von Rechtsbehelfen hin zu überprüfen. Vor diesem Hintergrund soll dann der *status quo* des deutschen Vergaberechtsschutzes überblicksartig dargestellt werden. Sollten sich bei der Darstellung der verschiedenen Rechtswege und Rechtsbehelfe potenzielle Konflikte mit dem zuvor entwickelten Maßstab ergeben, gilt es diese im dritten Teil der Arbeit detailliert zu diskutieren und zu bewerten.

Kapitel 1: Verfassungsrechtliche Vorgaben

Als Überprüfungsmaßstab für den einfachgesetzlich geregelten Vergaberechtsschutz kommen sowohl verfassungsrechtliche als auch europarechtliche Normen in Betracht. Zunächst sollen in diesem Kapitel die verfassungsrechtlichen Normen auf ihren Gehalt, beziehungsweise auf die Anforderungen an die Effektivität des Vergaberechtsschutzes untersucht werden.

Als verfassungsrechtlicher Überprüfungsmaßstab des Vergaberechtsschutzregimes eignen sich unterschiedliche Normen des Grundgesetzes. Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG kommen offensichtlich als Maßstab in Frage. Folglich gilt es, diese zuerst auf ihre Anwendbarkeit im Kontext des Vergaberechts und dann auf ihre tatsächlichen Vorgaben für das Prozessrecht hin zu untersuchen. Daneben kommen aber auch die Justizgrundrechte und die materiellen Grundrechte in Betracht, um konkrete Anforderungen an die Ausgestaltung des vergaberechtlichen Rechtsschutzregimes zu stellen.

[12] Siehe beispielsweise auch *Wagner*, ZfBR 39 (2), 112.

Während von den Justizgrundrechten die Garantien auf einen gesetzlichen Richter (Art. 101 GG) und auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) interessant scheinen, sind vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Natur des Vergaberechts die Berufsfreiheit (Art. 12 GG), die Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG) sowie der Gleichheitssatz des Art. 3 GG auf prozessrechtliche Vorgaben hin zu untersuchen.

Durch die folgende Darstellung der genannten verfassungsrechtlichen Normen kann ein umfassender Überblick der grundgesetzlichen Anforderungen an die effektive Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzregimes gewährt werden.

A. Rechtsschutzgarantie, Art. 19 Abs. 4 GG

Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ist ein wesentlicher Baustein des grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzips. Dabei liegt ihr der Gedanke zugrunde, dass insbesondere Grundrechte erst dann ihr volle Wirksamkeit entfalten, wenn sie gerichtlich durchgesetzt werden können. Die Effektivität von Rechten hängt also unmittelbar von ihrer Durchsetzbarkeit ab. Die Rechtsschutzgarantie soll dementsprechend eine wirksame gerichtliche Kontrolle der staatlichen Stellen zugunsten des Individuums garantieren und stellt somit den „Schlussstein im Gewölbe des Rechtsstaates“[13] dar.[14]

I. Allgemein / Verhältnis zu anderen Gewährleistungen

Art. 19 Abs. 4 GG statuiert ein subjektives Recht auf ein Rechtsschutzverfahren. Systematisch gesehen ist die Rechtsschutzgarantie eine Entscheidung für den Individualrechtsschutz[15] und daher als eigenständiges, formell-verfahrensrechtliches Grundrecht ausgestaltet, welches materielle Rechtspositionen ergänzt. Ohne eine solche materielle Rechtsposition, welche mithilfe der Rechtsschutzgarantie gerichtlich durchgesetzt werden soll, ist der Art. 19 Abs. 4 GG nicht anwendbar.[16] In dieser Funktion wird es als individuelles „formelles

[13] *Enders*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 44. Ergänzungslieferung, Stand: 15.08.2020, 2020, Art. 19 GG, Rn. 51.
[14] *Huber*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 19 GG, Rn. 333.
[15] BVerfG, Beschluss vom 10.6.2009, Rs. 1 BvR 198/08, Rn. 10.
[16] *Enders*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 44. Ergänzungslieferung, Stand: 15.08.2020, 2020, Art. 19 GG, Rn. 51.

Hauptgrundrecht“ bezeichnet,[17] das weniger der objektiven Korrektur der staatlichen Stellen dienen soll.[18] Außerdem muss die Rechtsschutzgarantie als „normgeprägt“ verstanden werden. Das heißt, dass der Gesetzgeber einen effektiven Rechtsschutz schaffen und ausgestalten muss. Der Gesetzgeber muss also in Bindung des Art. 19 Abs. 4 GG Gerichte und Prozessordnungen so gestalten, dass keine Eingriffe in die Rechtsschutzgarantie vorliegen. Dabei kommt ihm die Aufgabe zu, die Rechtsschutzgarantie mit verfassungsimmanenten Schranken, also kollidierendem Verfassungsgut, auszugleichen. Der so geartete Ausgestaltungsauftrag führt zu einem weiten Ermessensspielraum des Gesetzgebers. Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG gilt folglich nicht uneingeschränkt. Vielmehr muss der Gesetzgeber zugunsten konfligierender Verfassungsgüter die, der Rechtsschutzgarantie immanenten, Grenzen des Art. 19 Abs. 4 GG festlegen. Gerade im Bereich der mehrpoligen Rechtsverhältnisse wird diese Notwendigkeit besonders deutlich.[19]

Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG als „formelles Hauptgrundrecht“ steht jedoch in ihrer Funktion im Grundgesetz nicht isoliert dar. Sie muss vielmehr als Ausfluss des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs verstanden werden, den das BVerfG aus dem Rechtsstaatsprinzip (i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) ableitet.[20] Dabei ist Art. 19 Abs. 4 GG hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzung jedoch spezieller als der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch. Folglich wäre, sofern die Tatbestandsmerkmale des Art. 19 Abs. 4 GG erfüllt sein sollten, die Rechtsschutzgarantie vorrangig anzuwenden und entsprechend vorrangig zu prüfen. In diesem Sinne ist der Art. 19 Abs. 4 GG komplementär zum Justizgewährleistungsanspruch, den anderen Justizgrundrechten sowie den verfahrens- und prozessrechtlichen Inhalten der materiellen Grundrechte zu sehen.

II. Tatbestand des Art. 19 Abs. 4 GG

Damit aus der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG überhaupt Vorgaben zur Effektivität des Vergaberechtsschutzes abgeleitet werden können, müssen die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm in vergaberechtsrelevanten Sachverhalten erfüllt werden. Dazu

[17] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 8.
[18] *Huber*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 19 GG, Rn. 342.
[19] *Enders*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 44. Ergänzungslieferung, Stand: 15.08.2020, 2020, Art. 19 GG, Rn. 52; *Huber*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 19 GG, Rn. 375 ff.
[20] *Enders*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 44. Ergänzungslieferung, Stand: 15.08.2020, 2020, Art. 19 GG, Rn. 51.

müssen neben dem persönlichen Schutzbereich („jemand“) auch die Tatbestandsvoraussetzungen einer Verletzung in eigenen Rechten durch die „öffentliche Gewalt“ erfüllt sein.

1. Persönlicher Schutzbereich

Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ist ein Jedermann-Grundrecht. Das umfasst zunächst sämtliche natürlichen Personen. Auf eine deutsche Staatsbürgerschaft oder ähnliche Voraussetzungen kommt es im Bereich des persönlichen Schutzbereichs nicht an. Folglich können sogar Ausländer oder Staatenlose in den Genuss der Rechtsschutzgarantie kommen.[21]

Außerdem fallen auch juristische Personen unter den Schutz des Art. 19 Abs. 4 GG. Neben den klassischen juristischen Personen des Privatrechts (inländisch wie ausländisch) sind auch teilrechtsfähige Personenverbände erfasst.[22] Juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich wohl nur auf Art. 19 Abs. 4 GG berufen, wenn sie grundrechtsfähig sind. In der Voraussetzung der Grundrechtsfähigkeit wird die verfassungsrechtliche Wertung als „formelles Hauptgrundrecht“ deutlich. Folglich fallen juristische Personen des öffentlichen Rechts nur in den persönlichen Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 GG, wenn sie sich ausnahmsweise auf Grundrechte berufen können. Dies gilt etwa für Universitäten, Rundfunkanstalten und Kirchen.[23]

Da in dieser Arbeit der Art. 19 Abs. 4 GG auf Vorgaben zur Rechtsweggestaltung des Vergaberechts untersucht werden soll, kann festgehalten werden, dass sämtliche in Frage kommenden Bieter des Vergabeverfahrens in den persönlichen Schutzbereich der Rechtsschutzgarantie fallen. Einer Anwendbarkeit des Art. 19 Abs. 4 GG im vergaberechtlichen Kontext steht der persönliche Schutzbereich der Norm jedenfalls nicht im Wege. Die Frage, ob juristischen Personen des öffentlichen Rechts in vergaberechtlichen Streitfällen der Rechtsweg eröffnet ist, ist vornehmlich im Rahmen der Anwendbarkeit des materiellen Vergaberechts zu diskutieren. Entsprechende Bereichsausnahmen, wie die sogenannte

[21] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 38 f.; *Schroeder*, JA 42 (3), 167 (168).

[22] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 40.

[23] Diese Einordnung ist zwar strittig, es sollte sich aber aufgrund der dargelegten Argumentation den h.M. angeschlossen werden: Vgl. *Huber*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 19 GG, Rn. 395; vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 42.

In-House-Vergabe, welche sich auch auf den Umfang des Vergaberechtsschutzes niederschlagen, sind folglich keine genuin prozessrechtlichen Probleme.

2. Verletzung in eigenen Rechten / subjektive öffentliche Rechte

Gemäß Wortlaut des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG muss jemand „in seinen Rechten verletzt" sein, damit der Schutzbereich der Rechtsschutzgarantie eröffnet ist. Daher muss die Verletzung eines „Rechts" i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG, also eines subjektiven öffentlichen Rechts, geltend gemacht werden.

Bei der Qualifizierung von Rechtsnormen als „Recht" i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG spielt die subjektive und individuelle Wirkung der in Frage stehenden Norm eine wesentliche Rolle. Während sich das Grundgesetz traditionell stark auf diese Aspekte bezieht und sie als Voraussetzung für das Bestehen eines subjektiv öffentlichen Rechts sieht, wird diese Fokussierung in jüngerer Zeit insbesondere durch das Europarecht immer wieder durchbrochen. Diese Entwicklung schlägt sich mittlerweile unmittelbar in der deutschen Rechtsordnung nieder. Einerseits erkennt das BVerwG beispielsweise an, dass der § 42 Abs. 2 VwGO in europarechtlich geregelten Bereichen erweitert ausgelegt werden muss,[24] andererseits bestehen auch in den nicht unmittelbar vom EU-Recht erfassten Rechtsbereichen Bemühungen, den Begriff der subjektiven Rechte zu erweitern.[25]

Trotz dieser Entwicklung bleiben die Subjektivität und Individualität der Rechtsnormen die entscheidenden Faktoren eines subjektiven Rechts i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG. So definiert *Schmidt-Aßmann* ein „Recht" i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG (subjektives öffentliches Recht) als „eine personalisierte und individualisierte Rechtsmacht, die Rechtsordnung zur Verfolgung eigener Interessen in Bewegung setzen zu können. Die damit umrissene Position muss auf einer Norm beruhen, die – zumindest auch – dem Schutz der Interessen des Berechtigten zu dienen bestimmt ist".[26] Demzufolge kann die bloße Betroffenheit einer Person durch die in Frage stehende Norm nicht ausreichen, um die Norm als subjektives Recht zu qualifizieren.[27]

[24] Siehe etwa BVerwG, Urteil vom 5.9.2013, Rs. 7 C 21/12, Rn. 43 ff.
[25] Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, 177a.
[26] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 118 m.w.N.
[27] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 120.

Vielmehr muss ein Rechtssatz die individualisierte Rechtsmacht einer Person zumindest bezwecken. Dies wird allgemein anhand der Schutznormtheorie bewertet.[28] Zweifelsfrei ist die Schutznormqualität bei Grundrechten gegeben. Die Grundrechte wirken unmittelbar und begründen subjektive Rechtspositionen auch ohne eine Konkretisierung durch einfaches Recht.[29] Daneben kommt es jedoch primär dem einfachgesetzlichen Recht zu, subjektive Rechte zu begründen. Dem Gesetzgeber obliegt es aufgrund seiner „Konfliktlösungsprärogative" Rechtspositionen durch einfaches Recht detailliert auszugestalten.[30]

Welche Rechtssätze des einfachen Rechts subjektive Rechte i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG begründen, ist im Rahmen der Schutznormlehre durch ihre Auslegung zu ermitteln. Gemäß der Schutznormlehre ist anhand des objektivierten Willens des Gesetzgebers sowie dem den Rechtssatz umgebenden Normengefüge der Schutzzweck der Norm zu ermitteln.[31] Setzt man diesen Maßstab an das materielle GWB-Vergaberecht an, wird deutlich, dass der § 97 Abs. 6 GWB geradezu beispielhaft subjektive Rechte i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG begründet. Da gemäß § 97 Abs. 6 GWB Unternehmen einen Anspruch darauf haben, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden, werden sie mit einer subjektiven Rechtsmacht zur Durchsetzung der Vergabeverfahrensvorschriften ausgestattet. Im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts liegen subjektive Rechte der Bieter also zweifelsfrei vor, sodass der oberschwellige Vergaberechtsschutz den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG unterworfen werden kann.[32]

Fraglich ist aber, ob auch das materielle Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte subjektive Rechte i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG begründen kann. Das materielle Verfahrensrecht basiert in diesem Bereich nicht auf einer einfachgesetzlichen Rechtsgrundlage, sondern ergibt sich regelmäßig aus innenrechtlichen Verwaltungsvorschriften ohne unmittelbare

[28] *Huber*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 19 GG, Rn. 395.
[29] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 125; *Schroeder*, JA 42 (3), 167 (169); *Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 284.
[30] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 127; *Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 549.
[31] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 128; a.A. *Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 549, der auf den, durch die Grundrechte geprägten, objektiven Gehalt des Gesetzes abstellt.
[32] Man kommt auch zu keinem anderen Ergebnis, wenn man gemäß *Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 551 f. auf den potenziellen und konkreten Schutznormcharakter des GWB-Vergaberechts abstellt. Die Verfahrensvorschriften stellen eine (unionsrechtliche) Konkretisierungen von grundrechtsrelevanten Gehalten dar. Verletzungen dieser Normen stellen somit einen Eingriff dar, welcher der Verwaltung auch unmittelbar zuzurechnen ist.

Außenwirkung.[33] Damit kann dem unterschwelligen Vergabeverfahrensrecht selbst kein Schutznormcharakter zukommen.[34] Jedoch hat das BVerfG in seinem Urteil zum unterschwelligen Vergaberechtsschutz die subjektive Wirkung des materiellen Vergaberechts außerhalb des GWB bejaht. So seien die Bieter im unterschwelligen Vergabeverfahren wegen des grundrechtlichen Anspruchs auf Gleichbehandlung, beziehungsweise des Willkürverbots (Art. 3 Abs. 1 GG) und im Rahmen einer Selbstbindung der Verwaltung durch die Vergabepraxis subjektiv berechtigt.[35] Folglich kann das materielle Vergaberecht außerhalb des GWB als Verwaltungsvorschrift subjektive Rechte nicht unmittelbar begründen, in Verbindung mit Grundrechten[36] oder als Konkretisierung gesetzlicher Tatbestandsmerkmale, wie etwa im Rahmen des vorvertraglichen Schuldverhältnisses nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB, weist es jedoch einen ausreichenden Schutzzweck auf.[37] Dementsprechend ist anzunehmen, dass die Tatbestandsvoraussetzung der subjektiven Rechte auch im unterschwelligen Vergaberecht erfüllt sein kann. Einer Anwendung des Art. 19 Abs. 4 GG im Vergabe- und Rechtsschutzverfahren unterhalb der Schwellenwerte steht das Tatbestandsmerkmal der subjektiven Rechte folglich nicht im Wege.

Es lässt sich also feststellen, dass Vergabeverfahrensvorschriften unmittelbar oder in Verbindung mit Grundrechten ober- und unterhalb der Schwellenwerte subjektive Rechte i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG begründen. Neben dem Bestehen eines subjektiven Rechts muss außerdem eine Verletzung dieser Rechte hinzutreten. Entgegen dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 4 GG bedarf es aber lediglich einer konkreten Möglichkeit der Verletzung. Eine solche Verletzung setzt die Rechtswidrigkeit des angegriffenen Aktes voraus. Diese ist regelmäßig bei der falschen Anwendung des Rechts oder der Annahme eines unrichtigen Sachverhaltes gegeben.

---

[33] *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 153 f.; *Barth*, Das Vergaberecht ausserhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, 2010, S. 22.

[34] *Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 448 f.

[35] Aufgrund der detaillierten Verwaltungsvorschriften im Bereich des unterschwelligen Vergabeverfahrens kann regelmäßig von einer Selbstbindung der Verwaltung ausgegangen werden. Die Ausführungen des BVerfG zu den subjektiven Rechten der Bieter ergingen zwar im Rahmen des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs, dessen Tatbestandsvoraussetzung eines subjektiven Rechts ist jedoch äquivalent zur Rechtsschutzgarantie nach Art. 19 Abs. 4 GG.

[36] *Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 446. Zur Grundrechtsrelevanz der öffentlichen Auftragsvergabe siehe auch Teil 2 1.d.

[37] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 131 ff. Zur Begründung subjektiver Rechte in Verbindung mit dem vorvertraglichen Schuldverhältnis siehe auch die Ausführungen zum zivilrechtlichen Rechtsschutz.

3. Öffentliche Gewalt

Damit die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG anwendbar ist, muss die geltend gemachte Verletzung subjektiver Rechte der „öffentlichen Gewalt“ zuzurechnen sein.[38] In Bezug auf die aus der Rechtschutzgarantie abzuleitenden Vorgaben zum Vergaberechtsschutz ist diese Tatbestandsvoraussetzung kritisch.

So hat das BVerfG in seinem Urteil zur Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte eindeutig und abschlägig festgestellt,[39] dass die öffentlichen Auftraggeber außerhalb des Anwendungsbereichs des GWB im Vergabeverfahren keine öffentliche Gewalt ausüben.[40] Vielmehr sei Art. 19 Abs. 4 GG nur da anwendbar, „wo der Einzelne sich zu dem Träger staatlicher Gewalt in einem Verhältnis typischer Abhängigkeit und Unterordnung befindet“.[41] Das BVerfG führt weiter aus, dass die Vergabestelle bei der Anwendung des unterschwelligen Vergaberechts lediglich als „Nachfrager am Markt“ tätig wird und sich dabei nicht grundlegend von anderen Marktteilnehmern unterscheidet.[42] Diese vergleichsweise enge Auslegung des Begriffs der „öffentlichen Gewalt“ kommt im Rahmen des Vergabeverfahrens oberhalb der Schwellenwerte an ihre Grenzen. So kann aufgrund der verwaltungsrechtsähnlichen Ausformung des Vergabeverfahrens mit seinen weitreichenden Schutzmechanismen kaum mehr argumentiert werden, dass der öffentliche Auftraggeber ein typischer Nachfrager am Markt sei.[43] Vielmehr muss die Ausführung des materiellen Vergaberechts oberhalb der Schwellenwerte zwingend als Ausübung öffentlicher Gewalt verstanden werden.

Im Bereich unterhalb der Schwellenwerte ist dies laut Rechtsprechung des BVerfG jedoch nicht der Fall. Hier werde nicht auf eine „übergeordnete öffentliche Rechtsmacht“ zurückgegriffen;[44] das Tatbestandsmerkmal der „öffentlichen Gewalt“ sei daher nicht erfüllt. Bestätigt wird diese Rechtsprechung (indirekt) auch durch die Beschlusslage des BVerwG.[45]

---

[38] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 153 ff., 171 ff.
[39] So auch *Dageförde*, NZBau 21 (2), 72 (75).
[40] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 50 ff.
[41] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 51.
[42] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 52.
[43] So auch *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, 65a; *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 140.
[44] Kritisch *Barth*, Das Vergaberecht ausserhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, 2010, S. 153, die bei Vorliegen einer besonderen Marktmacht von der Ausübung öffentlicher Gewalt ausgeht.
[45] BVerwG, Beschluss vom 2.5.2007, Rs. 6 B 10.07.

Dieser Beschluss ordnet das Vergaberecht dem Rechtsbereich des Zivilrechts zu. Auch wenn privatrechtliches Verwaltungshandeln grundsätzlich in den Schutzbereich der Rechtsschutzgarantie fallen kann, bestärkt diese Entscheidung die Einordnung des Vergaberechts in einen rein wirtschaftlichen, nicht-staatlichen Tätigkeitsbereich jenseits der Anwendung öffentlicher Gewalt. Diese inhaltlich miteinander korrespondierenden und sich gegenseitig bestärkenden Beschlüsse des BVerfG und BVerwG sind aber nicht von Kritik verschont geblieben. So ist insbesondere die Zuordnung des Vergaberechts zum Zivilrecht wiederholt angegriffen worden.[46] Das BVerwG hat indes befunden, dass sich die Vergabeverfahren nicht in zwei separate Stufen einteilen ließen. Vielmehr falle die Entscheidung über die Auftragsvergabe durch den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages. Die öffentlich-rechtlichen Bindungen, denen die Vergabestelle unterliegt, führten nicht zu einer losgelösten Vergabeentscheidung, die als erste öffentlich-rechtliche Stufe von der zweiten zivilrechtlichen Stufe des Vertragsschlusses zu lösen sei.[47] Die somit erteilte Absage an die Zweistufen-Theorie führt letztlich zur Qualifizierung des Vergaberechts als eine öffentlich-rechtlich überlagerte privatrechtliche Auftragsvergabe.

Diese Ansicht übersieht allerdings die rechtliche Realität. So müssen öffentliche Auftraggeber sowohl bei oberschwelligen als auch zum Teil bei unterschwelligen[48] Vergabeverfahren über die explizit getroffene Vergabeentscheidung vor der Erteilung des Zuschlags informieren. Diese Praxis berechtigt zur Annahme, dass die Beurteilung des Vergabeverfahrens als einheitlicher Vorgang, in dem die Vergabeentscheidung mit dem Vertragsschluss untrennbar zusammenhänge, eine künstliche Verschmelzung zweier getrennter Verfahrensabschnitte darstellt.[49] Diese Ansicht wird auch dadurch gestützt, dass selbst in den unterschwelligen Vergabeverfahren, welche durch Verwaltungsvorschriften für die Vergabestellen verbindlich vorgegeben werden, öffentlich-rechtliche Bindungen für die staatlichen Stellen bestehen. Gerade diese Verpflichtungen der öffentlichen Stellen im Prozess der Auftragsvergabe, die eben nicht für zivilrechtliche Akteure bestehen, begründen das unterschwellige Vergabeverfahren. Dieses Sonderrecht führt konkret und unmittelbar zu einem

[46] Siehe etwa *Burgi*, NZBau 8 (12), 737; kritisch auch *Sauer/Hollands*, NZBau 7 (12), 763.
[47] BVerwG, Beschluss vom 2.5.2007, Rs. 6 B 10.07, Rn. 15.
[48] Die Pflicht zur Information über die Vergabeentscheidung beruht auf den noch darzustellenden Landesvergabegesetzen.
[49] So auch *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 200 ff.; *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 1973. Das BVerwG hat dagegen gerade die Trennung der Vergabeentscheidung (als erste Stufe) vom Zuschlag und gleichzeitigen Vertragsschluss (als zweite Stufe) als künstlich bezeichnet, vgl. BVerwG, Beschluss vom 2.5.2007, Rs. 6 B 10.07, Rn. 15.

marktuntypischen Verhalten der Vergabestellen. So müssen die Vergabestellen zwangsweise die wirtschaftlichsten Angebote ohne weitere Verhandlungen (wie es unter rein privaten Parteien etwa möglich und üblich wäre) mit einem Zuschlag bedenken. Es besteht also auch im Bereich unterhalb der Schwellenwerte eindeutig ein Sonderrecht für die Vergabestellen, das deren Handlungen wesentlich vorgibt und damit von regulären Marktteilnehmern abweichen lässt.[50] Diesem verwaltungsvorschriftlich begründeten Sonderrecht wird außerdem mittelbar eine Außenrechtswirkung verliehen. Gemäß der Sonderrechtstheorie sind jedoch „solche Rechtsverhältnisse dem öffentlichen Recht zuzuzählen […], bei denen auf einer Seite als Berechtigter oder Verpflichteter notwendig ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt sein muss, weil es sich um Rechte und Pflichten handelt, die nur einem Träger öffentlicher Gewalt zustehen beziehungsweise diesen treffen können".[51] Die Verpflichtungen, die die Vergabestellen unzweifelhaft treffen, sind aber Verpflichtungen, die niemals einem Privaten auferlegt werden könnten. Ganz besonders gilt dies für die noch darzustellenden unionsrechtlichen Verpflichtungen der Auftraggeber. In deren Anwendungsbereich wird besonders deutlich, das öffentliches Sonderrecht auch dann unweigerlich besteht, wenn die konkreten Handlungsanweisungen Verwaltungsvorschriften darstellen. Ein Verstecken des Auftraggebers hinter der Rechtsform des Vergabeverfahrens sollte es nicht geben. Folglich ist entgegen der Annahme des BVerwG bei unterschwelligen Vergabeverfahrens von einem, durch zivilrechtliche Handlungsformen geprägtem, öffentlichen Rechtsbereich auszugehen. Folglich ist der Ansicht zu folgen, dass sämtliches materielles Vergaberecht in Anwendung der Zweistufen-Theorie dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist. Das führt wiederum dazu, dass die Einordnung des unterschwelligen Vergaberechts als nicht-öffentliche Gewalt durch das BVerfG abgelehnt werden muss.[52] Nimmt man an, dass die den Auftragsvergaben durch staatliche Stellen (unbeachtlich der Schwellenwerte) zugrundeliegenden Rechtsnormen als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sind, muss auch die Durchführung dieser Normen als öffentliche Gewalt begriffen werden.[53]

---

[50] Vgl. *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 201; *Klingner*, Die Vorabinformationspflicht des öffentlichen Auftraggebers, 2005, S. 227; a.A. beispielsweise *Seidel/Mertens*, in: Dauses/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 51. Ergänzungslieferung, Stand: Oktober 2020, 2020, H. IV. Öffentliches Auftragswesen, Rn. 9.

[51] *Zimmermann*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 5. Aufl. 2017, § 13 GVG, Rn. 8.

[52] Ebenso *Knauff*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, Rn. 21.

[53] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 59.

Beide Ansichten (Vergaberecht als Zivilrecht und nicht „öffentliche Gewalt“ gegenüber Vergaberecht als öffentliches Recht und „öffentliche Gewalt“) basieren auf grundsätzlich verschiedenen Wahrnehmungen des Vergaberechts. Die bestehenden Rechtsprechungen des BVerfG und BVerwG orientiert sich stark an der klassischen Einordnung des Vergaberechts als Haushaltsrecht und nimmt die europarechtliche Durchbrechung dieser Tradition lediglich im Oberschwellenbereich hin. Das führt zum Festhalten an veralteten Sichtweisen im Unterschwellenbereich, was eine Qualifikation des Vergaberechts als Zivilrecht und damit den Ausschluss der Anwendung der Rechtsschutzgarantie nach sich zieht. Dagegen begreift die konträre Ansicht das Vergaberecht mittlerweile als Ganzes in einer, durch europarechtliche Einflüsse begründeten, neuen Perspektive. Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung lassen sich auch die nationalen Rechtsgrundlagen sinnvoll und schlüssig angepasst auslegen. Die aktuelle Rechtsprechung hat sich dem aber bislang verschlossen. Diese eindeutige Rechtsprechungslage macht eine Änderung der Rechtsschutzpraxis im Unterschwellenbereich unwahrscheinlich.[54]

Folglich muss festgehalten werden, dass gemäß aktueller Rechtsprechung des BVerfG die Anwendung des materiellen Vergaberechts unterhalb der Schwellenwerte keine „öffentliche Gewalt“ i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG darstellt. Im Bereich des GWB-Vergaberechts kann das wesentlich detaillierter ausgestaltete Rechtsschutzsystem jedoch anhand der Vorgaben der Rechtsschutzgarantie untersucht werden. Vor dem Hintergrund, dass von der dargestellten Rechtsprechung allerdings begründeterweise abgewichen wird, soll auch das Rechtsschutzregime für Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte dem Maßstab des Art. 19 Abs. 4 GG unterworfen werden.

III. Garantiegehalt / Anforderungen an den Rechtsweg

Nachdem aufgezeigt wurde, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 19 Abs. 4 GG im Vergaberechtsschutz erfüllt werden (wenn zum Teil auch nur in Abweichung von der bestehenden Rechtsprechung), gilt es nun den Schutzgehalt der Rechtsschutzgarantie darzustellen. Grundsätzlich gewährleistet die Rechtsschutzgarantie den Zugang zum Rechtsweg und die Wirksamkeit des Rechtsbehelfs. Es bedarf also einer besonders ausgestalteten

[54] Vgl. *Dageförde*, NZBau 21 (2), 72 (75).

Rechtswegeröffnung und eines ausreichend effektiv ausgestalteten gerichtlichen Verfahrens.[55] Dementsprechend sollen beide Aspekte getrennt untersucht werden.

1. Zugang zu einem Rechtsweg

Der durch Art. 19 Abs. 4 GG garantierte Rechtsweg verlangt, dass ein Zugang zu einem staatlichen Gericht im Sinne der Art. 92, 97 GG gegeben ist.[56] Dementsprechend muss im Rahmen des GWB-Vergaberechts und auch unterhalb der Schwellenwerte überhaupt ein Zugang zu einem Gericht eröffnet sein. Vor dem Hintergrund, dass die Rechtsschutzgarantie keinen Instanzenzug vorschreibt, stellt diese Anforderung keine besonders hohe prozessrechtliche Hürde dar. Außerdem muss der notwendige Zugang zu einem Rechtsweg ausreichend klar bestimmt sein, was durch die abdrängende Sonderzuweisungen des GWB sowie die Rechtsprechung des BVerfG im Unterschwellenbereich gegeben ist. Eine obligatorische Inanspruchnahme eines verwaltungsrechtlichen Vorverfahrens, welches einerseits das Bestreiten des Rechtsweges erschwert, jedoch gleichzeitig als kosteneffizientes und vor allem schnelles Rechtsinstrument auch dem Kläger dient, ist von Art. 19 Abs. 4 GG gedeckt. Es stellt keine unzulässige Rechtswegerschwerung dar.[57]

Unter der Maßgabe, dass es sich bei der angegriffenen Handlung um ein Verwaltungsverfahren handelt, verlangt die Rechtsschutzgarantie außerdem eine Bekanntgabe der in Frage stehenden Entscheidung und begründet eine Aktenführungs- und Akteneinsichtspflicht. Diese Vorwirkungen in das Verwaltungsverfahren liegen in dem Umstand begründet, dass Rechtsweg und Verwaltungsverfahren eng miteinander verwoben sind. Ohne entsprechende Bezugnahmen des Verwaltungsverfahrens auf den Verwaltungsprozess könnten beide Vorgänge kaum sinnvoll und wirksam nebeneinander durchgeführt werden. Sie würden sich vielmehr gegenseitig „überspielen“.[58] Die Publikationspflicht der Rechtsschutzgarantie erstreckt sich zwar insbesondere auf Rechtsakte mit außenrechtlichem

[55] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 229.
[56] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 174.
[57] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 249.
[58] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 248; zum funktionalen Zusammenhang zwischen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren bezüglich des Rechtsschutzes ausführlich *Siegel*, ZUR 28 (9), 451.

Regelungsgehalt, jedoch können sich auch für Akte ohne Regelungsgehalt Veröffentlichungspflichten ergeben. Außerdem ist die Informationspflicht derart zu erfüllen, dass die Betroffenen noch rechtzeitig Rechtsschutz in Anspruch nehmen können; es handelt sich also um eine Pflicht zur Ankündigung hoheitlich belastender Maßnahmen.[59] Auch wenn unter der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG und BVerwG die Durchführung von öffentlichen Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte nicht als Verwaltungsverfahren zu qualifizieren ist, könnte das Verständnis des Vergaberechts als öffentliches Rechtsgebiet diese Verpflichtungen des Art. 19 Abs. 4 GG auslösen.

Als weiteren Gewährleistungsgehalt sieht Art. 19 Abs. 4 GG vor, dass materielle Präklusionswirkungen ausschließlich unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sind. So darf keine Präklusion vorgesehen werden, wenn ansonsten offenkundige Fehler, die der Zuschlagsentscheidung die Bestandskraft nähmen, nicht angegriffen werden könnten. Außerdem ist eine Präklusion unzulässig, wenn der Verfahrensfehler zum Zeitpunkt des Fristablaufs nicht bekannt war, zu hohe Anforderungen an den Detaillierungsgrad der Rüge gestellt wurden oder eine Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand bei schuldlosem Versäumnis nicht möglich ist.[60]

Grundsätzlich verlangt Art. 19 Abs. 4 GG also den nicht unzulässig eingeschränkten Zugang zu einem Rechtsweg. Die Rechtsschutzgarantie verlangt jedoch nicht, dass überhaupt keine verfahrens- oder prozessrechtlichen Zugangsbeschränkungen zu diesen Rechtswegen bestehen dürfen. Während verwaltungsrechtliche Nachprüfungs- oder Widerspruchsverfahren keine unzulässige Einschränkung des Rechtswegs darstellen, ist dies jedoch bei zu restriktiven Präklusionswirkungen der Fall. Außerdem erlegt der Art. 19 Abs. 4 GG der Verwaltung Publikations- und Informationspflichten auf, die den Zugang zum Rechtsweg erst ermöglichen.

[59] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 250, 252a; *Enders*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 44. Ergänzungslieferung, Stand: 15.08.2020, 2020, Art. 19 GG, Rn. 76.
[60] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 261.

2. Wirksamkeit der Rechtsbehelfe

Neben dem Zugang zu einem Rechtsweg stellt Art. 19 Abs. 4 GG weitere Anforderungen an die Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens. So hat der Einzelne den substanziellen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz. Das bedeutet, dass eine wirkungsvolle gerichtliche Kontrolle, sprich eine tatsächlich wirksame und möglichst lückenlose gerichtliche Überprüfung des streitigen Sachverhalts in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht möglich sein muss.[61] Dabei muss das Gericht „die tatsächlichen Grundlagen selbst ermitteln und seine rechtliche Auffassung unabhängig von der Verwaltung, deren Entscheidung angegriffen ist, gewinnen und begründen“[62]. Dies schließt jedoch nicht sämtliche Ermessens- und Beurteilungsspielräume der Exekutive sowie prozessuale Einschränkungsbefugnisse der Legislative aus.[63] Grundsätzlich ist es die Aufgabe des Gesetzgebers, die einschlägigen Verfahrens- und vor allem auch Prozessordnungen dementsprechend auszugestalten.[64]

Dabei statuiert die Rechtsschutzgarantie einen grundsätzlichen Vorrang des Primärrechtsschutzes gegenüber dem Sekundärrechtsschutz. So soll die Rechtsschutzgarantie die Integrität der subjektiven Rechte schützen, was nur durch Unterlassungs- und Folgenbeseitigungsansprüche erreicht werden kann.[65] Sekundärrechtsschutz, welcher Kompensationsansprüche begründet, kann lediglich einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 GG abmildern und ihn so im Rahmen der Verhältnismäßigkeit rechtfertigen.[66] Außerdem ist insbesondere die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes notwendig. Aus der Anforderung der Wirksamkeit lässt sich nämlich ableiten, dass irreversible Folgen der öffentlichen Gewalt so weit wie möglich zu vermeiden sind.[67] Art. 19 Abs. 4 GG verlangt also die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes, um die Vollendung von Tatsachen durch ein laufendes Verfahren,

[61] Vgl. *Enders*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 44. Ergänzungslieferung, Stand: 15.08.2020, 2020, Art. 19 GG, Rn. 74; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 183.
[62] BVerfG, Beschluss vom 27.10.1999, Rs. 1 BvR 385/90, Rn. 68.
[63] *Enders*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 44. Ergänzungslieferung, Stand: 15.08.2020, 2020, Art. 19 GG, Rn. 75 f.; ausführlich zur Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Beurteilungs- und Ermessenspielräumen der Verwaltung *Hillen*, Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht, 2018, S. 320 ff.
[64] *Enders*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 44. Ergänzungslieferung, Stand: 15.08.2020, 2020, Art. 19 GG, Rn. 79. Eine im Bereich der Unterschwellenvergabe theoretisch nötige Prüfung der (gesamten) ZPO ist jedoch aufgrund des Umfangs der Arbeit und der allgemeinen Anwendungspraxis nicht angemessen.
[65] *Huber*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 19 GG, Rn. 457.
[66] *Huber*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 19 GG, Rn. 458.
[67] BVerfG, Beschluss vom 19.6.1973, Rs. 1 BvL 39/69 und 14/72; Beschluss vom 14.9.2016, Rs. 1 BvR 1335/13, Rn. 19; vgl. *Enders*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 44. Ergänzungslieferung, Stand: 15.08.2020, 2020, Art. 19 GG, Rn. 78; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 273.

gegen das Rechtsschutz in Anspruch genommen wird, zu verhindern. Zur Erfüllung dieses Garantiegehalts stehen dem Gesetzgeber verschiedene Sicherungstechniken zur Verfügung. Sofern eine Sicherung des Rechtsschutzbegehrens im vorläufigen Rechtsschutzverfahren ergeht, ist eine zunächst summarische Prüfung der Sach- und Rechtsfragen unbedenklich.[68] Dennoch muss die Prüfungsintensität mit der Schwere der drohenden Rechtsverletzung steigen. Dies kann sogar dazu führen, dass unter Umständen eine Sach- und Rechtslage nicht nur summarisch, sondern abschließend zu prüfen ist. Außerdem kann die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes bei drohenden, durch das Hauptsacheverfahren nicht zu beseitigenden Verletzungen nur dann versagt werden, wenn einer Gewährung „ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen".[69]

Bei der Untersuchung des Vergaberechtsschutzregimes anhand des Art. 19 Abs. 4 GG darf jedoch nicht der große Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zugunsten eines ausgeglichenen Rechtsschutzsystems vernachlässigt werden.[70] Gerade im Bereich multipolarer (Verwaltungs-)Rechtsverhältnisse lässt sich ein potenzieller Eingriff in grundrechtlich geschützte Interessen, also Verletzungen subjektiver Rechte, nur im Einzelfall in einer Gesamtschau aller relevanter Aspekte feststellen.[71] Sollte die aktuelle Ausgestaltung des Vergaberechts also nicht den Anforderungen der Rechtsschutzgarantie entsprechen, muss eine Rechtfertigung des Eingriffs aufgrund legitimer widerstreitender Interessen in Betracht gezogen werden. Bei der entsprechenden Bewertung muss auch die Ausgestaltung des Sekundärrechtsschutzes ausreichend Beachtung finden, die dieser Eingriffe in die Wirksamkeit des Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG kompensieren kann.

B. Allgemeiner Justizgewährleistungsanspruch, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG

Neben der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG besteht mit der allgemeinen Justizgewährungspflicht ein weiteres Verfassungsprinzip, das für den Maßstab der Effektivität des

[68] BVerfG, Beschluss vom 1.2.2010, Rs. 1 BvR 1165/08, Rn. 35: „Denn nach wie vor ist festzuhalten, dass Art. GG Artikel 19 Abs. GG Artikel 19 Absatz 4 GG nicht davor schützt, dass im Eilverfahren lediglich eine summarische Prüfung erfolgt, die im Hauptsacheverfahren eingehender überprüft werden und deshalb ein anderes Ergebnis haben kann". Grundsätzlich kritisch *Heinemann*, NVwZ 38 (8), 517.
[69] Siehe beispielsweise BVerfG, Beschluss vom 8.4.2016, Rs. 1 BvR 704/16, Rn. 4.
[70] *Huber*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 19 GG, Rn. 376 ff.
[71] Diese Verletzung subjektiver Rechte ist die Grundlage, welche eine Überprüfung des Vergaberechtsschutzregimes anhand von Art. 19 Abs. 4 GG überhaupt erst ermöglicht. Vgl. *Huber*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 19 GG, Rn. 405, 408.

Rechtsschutzes einschlägig ist. Aus diesem objektiven Verfassungsgrundsatz, der dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG zu entnehmen ist, lässt sich i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG (oder spezielleren Grundrechten) der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch ableiten.[72] Dabei korrespondiert der Justizgewährleistungsanspruch unmittelbar mit der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Justizgewährungspflicht.

I. Allgemein / Verhältnis zu anderen Rechtsgrundlagen

Bereits die in Art. 19 Abs. 4 GG normativ verankerte Rechtsschutzgarantie ist der Justizgewährungspflicht und damit dem Rechtsstaatsprinzip geschuldet. Sie ist ein tatbestandlich eigenständiges Instrument zur Erfüllung dieser elementaren Staatspflicht.[73] Im Anwendungsbereich „öffentlicher Gewalt" erfüllt die Rechtsschutzgarantie damit die Anforderungen des Rechtsstaatsprinzip an die Gewährung eines angemessenen Rechtsschutzes. Art. 19 Abs. 4 GG ist somit eine spezialgesetzliche Ausformung der Justizgewährungspflicht.[74] Der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch des Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG ist damit wie Art. 19 Abs. 4 GG Teil des Rechtsstaatsprinzips, jedoch im Gegensatz zur Rechtsschutzgarantie kein als Grundrecht konzipiertes Recht auf effektiven Rechtsschutz. Vielmehr stellt der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch die Konkretisierung eines objektiven Verfassungsgrundsatzes mitsamt der objektiven Wertentscheidung des einschlägigen Grundrechts dar.[75] Dies hat wesentlichen Einfluss auf den materiellen Gehalt der Verfassungsnorm. Doch auch im Anwendungsbereich unterscheidet sich der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch wesentlich von Art. 19 Abs. 4 GG.

II. Tatbestand / Anwendungsbereich

Als Ausfluss von objektiven Verfassungsgrundsätzen und Verfassungswerten weist der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch keine spezielle normative Ausgestaltung auf. Es lassen sich also nicht wie bei der Rechtsschutzgarantie besondere Tatbestandsmerkmale unmittelbar aus der Norm selbst ableiten. Aufgrund der weitgehenden Parallelitäten des

[72] *Huber*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 19 GG, Rn. 355.
[73] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 16.
[74] *Huber*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 19 GG, Rn. 356.
[75] *Huber*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 19 GG, Rn. 358.

Justizgewährleistungsanspruchs und der Rechtsschutzgarantie in ihrer Funktion, lässt sich aber aufgrund des speziellen Anwendungsbereichs der Rechtsschutzgarantie im Umkehrschluss auch der Anwendungsbereich des Justizgewährleistungsanspruch bestimmen.

Der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch gewährleistet daher „in den nicht von Art. 19 Abs. 4 GG erfassten Fällen Rechtsschutz gegenüber der behaupteten Verletzung einer Rechtsposition".[76] Sobald eine Streitpartei „öffentliche Gewalt" anwendet und damit der öffentlich-rechtlichen Sphäre zuzuordnen ist, wird der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch durch die speziellere und damit einschlägige Norm des Art. 19 Abs. 4 GG verdrängt.[77] Der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch betrifft damit insbesondere Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten, also den Zivilprozess.[78] Außerdem lässt sich auch eine spezifische Kontrolle richterlicher Gewalt (Verfahrensverzögerungen, „greifbare Gesetzeswidrigkeiten") vornehmen, sodass der Tatbestand der „öffentlichen Gewalt" (des Art. 19 Abs. 4 GG) einem geringerem Auslegungsdruck ausgesetzt ist.[79] Jedenfalls entfaltet der Justizgewährleistungsanspruch überall da seinen Schutzgehalt, wo innerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes Art. 19 Abs. 4 GG nicht einschlägig ist.[80]

III. Garantiegehalt / Anforderungen

Der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch garantiert, wie auch Art. 19 Abs. 4 GG, die Zugänglichkeit und Wirksamkeit eines richterlichen Rechtsschutzes.[81] Dafür muss dem Rechtsschutzsuchenden zunächst ein Rechtsweg zu einem Richter garantiert sein; andere Justiz- oder Verwaltungsorgane können diese Anforderung nicht erfüllen. Bei der Ausgestaltung des Rechtswegs hat der Gesetzgeber grundsätzlich einen weiten Gestaltungsspielraum, den er durch einfachgesetzliche Rechtswegzuweisungen und Verfahrensgestaltung im

[76] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 53.
[77] *Papier*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2010, § 176, Rn. 5.
[78] Etwa *Huber*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 19 GG, Rn. 362.
[79] Vgl. dazu *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 17a; ob die Kontrolle richterlicher Gewalt anhand des Art. 19 Abs. 4 GG oder des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch vorgenommen werden sollte, soll hier nicht diskutiert oder beantwortet werden.
[80] Der Anspruch ist also auch als Auffangtatbestand des Art. 19 Abs. 4 GG zu verstehen. Siehe *Papier*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2010, § 176, Rn. 17.
[81] *Papier*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2010, § 176, Rn. 12.

Rahmen von Prozessordnungen nutzen kann. Zumutbare und sachlich begründete Zulässigkeitsvoraussetzungen sind regelmäßig unproblematisch. Im Bereich des unterschwelligen Vergaberechtsschutzes[82] ist die Zuweisung zur ordentlichen Gerichtsbarkeit[83] und die grundsätzliche Ausgestaltung des Prozessrechts durch die ZPO zweifelsfrei mit der Justizgewährungspflicht zu vereinbaren. Rechtsmittel müssen aufgrund des Justizgewährleistungsanspruchs nicht garantiert werden. Lediglich bei Verfahrensverstößen der Fachgerichte (etwa bei Verstößen gegen das Gebot rechtlichen Gehörs) kann ein Instanzenzug notwendig sein, sofern keine Abhilfemöglichkeit im Rahmen des Verfahrens vorgesehen ist.[84]

Neben dem Zugang zu einem Gericht verlangt auch der Justizgewährleistungsanspruch die Wirksamkeit des Rechtsschutzes. Dies bedeutet, dass es einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle der Streitfrage in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht bedarf. Eine reine Revisionskontrolle ist damit unzulässig. Außerdem verlangt auch der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch eine wirksame Beseitigung der geltend gemachten Rechtsverletzung.[85] Da der Justizgewährleistungsanspruch jedoch kein subjektives Recht darstellt, kann aus ihm verfassungsunmittelbar nur ein Untermaßverbot abgeleitet werden. Dementsprechend verfügt der Gesetzgeber bei der einfachgesetzlichen Ausgestaltung des zu gewährenden Rechtsschutzes über einen sehr weiten Gestaltungsspielraum. Dies betrifft insbesondere die Abwägung verschiedener Interessenslagen im und am Gerichtsprozess und die dahinterstehenden rechtlichen Positionen.[86] Neben diesem allgemeinen Ausfluss des Justizgewährleistungsanspruchs können auch bei Beeinträchtigungen subjektiver Rechte die Gewährleistungen des Anspruchs individuell vor Gericht geltend gemacht werden.[87]

Hinsichtlich des hier in Frage stehenden Rechtsschutzes bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte hat das BVerfG bereits im Jahr 2006 eine umfassende Bewertung anhand

[82] Der Rechtsschutz für Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte fällt unzweifelhaft in den Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 4 GG, sodass lediglich die richterliche Kontrolle von Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte sowie der zivilrechtliche Schadensersatz anhand des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs überprüft werden müssen.

[83] BVerwG, Beschluss vom 2.5.2007, Rs. 6 B 10.07; BGH, Beschluss vom 23.1.2012, Rs. X ZB 5/11.

[84] Eine solche „innerinstanzliche" Abhilfe ist etwa die Anhörungsrüge, wie sie beispielsweise in § 321a ZPO installiert wurde. Vgl. *Papier*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2010, § 176, Rn. 17.

[85] *Papier*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2010, § 176, Rn. 18.

[86] *Huber*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 19 GG, Rn. 358.

[87] *Papier*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2010, § 176, Rn. 26. Siehe z.B.: BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 64 f.

des Justizgewährleistungsanspruch vorgenommen.[88] Zunächst stellte das BVerfG fest, dass über die Konstruktion des Gleichbehandlungsanspruchs und einer verwaltungsrechtlichen Selbstbindung im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG auch ein subjektives Recht zur Einhaltung des Vergabeverfahrens unterhalb der Schwellenwerte gegeben ist. Dementsprechend besteht gemäß Justizgewährleistungsanspruch i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG auch ein subjektives Recht auf einen wirksamen Rechtsschutz.[89]

Bei der Gewährung und Ausgestaltung dieses Rechtsschutzes spricht das BVerfG dem Gesetzgeber jedoch „einen Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zu, der sich auf die Beurteilung der Vor- und Nachteile für die jeweils betroffenen Güter sowie auf die Güterabwägung mit Blick auf die Folgen für die verschiedenen rechtlich geschützten Interessen bezieht“, zu.[90] So verlange der Justizgewährleistungsanspruch „in Lagen, in denen unterschiedliche Interessen Mehrerer betroffen sind, keine schlichte Maximierung der Rechtsschutzmöglichkeiten des einzelnen Rechtsuchenden“.[91] Vielmehr muss der Gesetzgeber die einzelnen rechtlichen Interessen abwägen und unter deren Beachtung einen angemessen Rechtsschutz ausgestalten. Bei öffentlichen Auftragsvergaben bestehen neben dem Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz des unterlegenen Bieters auch das Erfüllungsinteresse des Auftraggebers und das Interesse an einem wirksamen Verfahrensabschluss des erfolgreichen Bieters. Diese Interessenslagen kollidieren und verlangen eine entsprechende Gewichtung durch den Gesetzgeber.[92] Da seitens des unterlegenen Bieters jedoch lediglich wirtschaftliche Interessen bestünden, die „nicht als solches verfassungsrechtlichen Schutz“ genössen, sei die Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte durch die ZPO zulässig.[93] So bestünde kein Anspruch auf eine spezielle Ausgestaltung des Rechtsweges, die eine faktisch realisierbare Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz garantiere. Explizit sei keine Informationspflicht des Auftraggebers notwendig, die garantieren würde, dass der erfolglose Bieter die zivilprozessualen Instrumente der einstweiligen Verfügungen vor Vertragsschluss nutzen könne.[94] So sei die faktische Verweisung auf

[88] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03.
[89] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 65.
[90] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 69.
[91] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 68.
[92] *Schmidt*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, Rn. 33.
[93] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 78 f.
[94] Grundsätzlich sagt das BVerfG aber, dass entsprechende Vorwirkungen auf das (Vergabe-)Verfahren durch den allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch bestehen können: BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 73.

Sekundärrechtschutz im legitimen gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum.[95] Jedoch verlange der Justizgewährleistungsanspruch in diesem Fall, dass die Ausgestaltung des Sekundärrechtschutzes dem gemäß Art. 3 Abs. 1 GG bestehenden Rechtsschutzinteresses „hinreichend Rechnung trägt".[96] Außerdem müsse dem unterlegenen Bieter auch die Möglichkeit einer Feststellungsklage eröffnet sein.

Folgt man dem Urteil des BVerfG, besteht also keine Differenz zwischen dem Schutzgehalt des Justizgewährleistungsanspruchs und der Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte. Diese Wertung ist explizit angesichts des Umstandes ergangen, dass ohne eine Vorabinformation über den beabsichtigten Zuschlag durch den Bieter effektiv kein Primärrechtsschutz in Anspruch genommen werden kann. Diese faktische Versagung eines primären Rechtsweges wird mit der geringen Gewichtung der Rechtsposition des unterlegenen Bieters durch den Gesetzgeber begründet und laut BVerfG gerechtfertigt. So sei das rein wirtschaftliche Interesse des unterlegenen Bieters eben nicht verfassungsrechtlich als solches geschützt. Unter diesen Annahmen ist sowohl die Wertung des Gesetzgebers, die Einordnung des Vergaberechts als rein wirtschaftliches Handeln am Markt als auch die Rechtmäßigkeit des Rechtsweges ohne Vorabinformation systemisch stimmig.

Demgegenüber würde eine Einordnung des (unterschwelligen) Vergaberechts als öffentliches Recht die Rechtsposition des in seinen Rechten verletzten Bieters wesentlich Stärken. In diesem Fall könnte ein Übergehen der Rechtsposition kaum mit den ebenfalls rein wirtschaftlichen Interessen des bevorzugten Bieters sowie dem Erfüllungsinteresse des Staates (mit Ausnahmen bei besonderer Dringlichkeit) gerechtfertigt werden. Konsequenterweise müsste man dann jedoch auch die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG anwenden. Für eine Stärkung der Rechtsposition des in seinen Rechten verletzten Bieters spricht auch ein Aspekt, den das BVerfG selbst eingeführt hat. So haben Bieter durch die Selbstbindung der Verwaltung regelmäßig einen grundrechtlich geschützten Anspruch auf die korrekte Durchführung der unterschwelligen Vergabeverfahren (neben dem allgemeinen Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG welches willkürliche Zuschlagsentscheidungen verbietet).[97] Trotz der so begründeten Außenwirkung der vergaberechtlichen Verwaltungsvorschriften[98] prüft

[95] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 74.
[96] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 82.
[97] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 65; *Barth*, Das Vergaberecht ausserhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, 2010, S. 29 ff.
[98] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 65.

das BVerfG den Rechtsweg jedoch lediglich am Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG. Eine umfassende gerichtliche Überprüfung der potenziellen Verfahrensverletzung des unterschwelligen Vergaberechts[99] wird also der Außenwirkung zum Trotz nicht als notwendig erachtet. Vielmehr genieße diese Rechtsposition „als solche" keinen verfassungsrechtlichen Schutz. So erkennt das BVerfG zwar die unmittelbare subjektive Wirkung des unterschwelligen Vergaberechts über die Konstruktion der Selbstbindung der Verwaltung an, verweigert dem unterlegenen Bieter dann aber die logische Folge des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz mit der Begründung, die Norm „als solche" sei nicht schützenswert. Damit verliert die Konstruktion der Außenwirkung über Art. 3 Abs. 1 GG jegliche Bedeutung.

Die tatsächliche Rechtmäßigkeit des unterschwelligen Vergaberechtsschutzes vor dem Maßstab des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs ist also keinesfalls so eindeutig gegeben, wie es der Beschluss des BVerfG suggeriert. Zwar mag aufgrund der eindeutigen Rechtsprechung des BVerfG eine gerichtlich erzwungene Modifizierung des Vergaberechtswegs auszuschließen sein, eine wissenschaftliche, detaillierte Analyse ist jedoch gerechtfertigt. Bei dieser zu leistenden Untersuchung kann dann auch die Frage diskutiert werden, ob der bestehende Sekundärrechtsschutz einen gegebenenfalls legitimen Ausschluss des Primärrechtsschutzes überhaupt rechtfertigen kann.

C. Weitere Justizgrundrechte

Neben der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und dem allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch sind auch die weiteren Justizgrundrechte für den Maßstab der Effektivität von Bedeutung. So lassen sich aus ihnen ebenfalls konkrete Anforderungen an die Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes ableiten. Dafür kommen insbesondere das Recht auf einen gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) sowie auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) in Frage.[100] Während die Rechtsschutzgarantie als speziellere, grundrechtsgleiche Norm den allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch verdrängt, können die Justiz- oder auch Verfahrensgrundrechte wiederum die Rechtsschutzgarantie verdrängen.

[99] So sieht das Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte (siehe etwa die UVgO) nicht nur Wertungsmaßstäbe, sondern detaillierte Vergabeverfahrensvorschriften vor.

[100] Das strafrechtliche Rückwirkungs- und Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG), das Verbot der Doppelbestrafung (Art. 103 Abs. 3 GG) sowie die Rechtsgarantien bei Freiheitsentziehungen (Art. 104 GG) vervollständigen die Justizgrundrechte, sind aber hinsichtlich des hier zu untersuchenden Vergaberechtsschutzes nicht von Interesse.

Damit geben die Justizgrundrechte spezielle Standards vor, deren Schutzgehalt nicht von der Rechtsschutzgarantie aufgegriffen werden muss.[101] Die Justizgrund- oder Verfahrensrechte haben ihrer systematischen Einordnung außerhalb des Grundrechtskatalogs zum Trotz eine subjektiv-rechtliche Wirkung. So eignen sie sich als Verfassungsnormen einerseits als objektive Verfahrensnorm zur Auslegung des einfachen Rechts, als subjektives Recht andererseits aber auch zum unmittelbaren Maßstab mit materiellem Gehalt.[102]

I. Garantie des gesetzlichen Richters

Gemäß der Garantie des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG darf niemandem sein gesetzlicher Richter entzogen werden. Indem das subjektive Recht unmittelbar an den Richter als Bezugsposition der Verfahrensgarantie anknüpft, weist es neben formal-funktionellen Anforderungen an den Richter auch einen materiellen Gehalt auf.[103]

1. Anwendungsbereich

Aus dem Wortlaut der Norm ergibt sich, dass die Garantie des gesetzlichen Richters ein Jedermann-Recht ist. Neben sämtlichen natürlichen Personen und juristischen Personen des Zivilrechts können auch juristische Personen des öffentlichen Rechts von der Garantie begünstigt sein, sofern sie im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde beschwerdeberechtigt oder der Hoheitsgewalt unabhängiger Gerichte unterworfen sind.[104]

Als weitere Anwendungsvoraussetzung bezieht sich die Garantie nur auf Akte der Judikative. Dementsprechend sind formelle und inhaltliche Anforderungen nur an konkrete Personen und Verfahren zu stellen, in denen Rechtsstreitigkeiten gerichtlich zu entscheiden sind. Verwaltungsverfahren fallen nicht in diese Kategorie. Zwar können vorgeschaltete Verwaltungsverfahren unter Umständen ein Gericht im funktionellen Sinne darstellen, was den

[101] Vgl. *Huber*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 19 GG, Rn. 363 f.; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 18 f.
[102] Siehe *Knemeyer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2010, § 178, Rn. 20 ff., 82; *Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 101 GG, Rn. 1, 13 ff.
[103] *Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 101 GG, Rn. 25, 29.
[104] *Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 101 GG, Rn. 25, 27 f.

Vorsitzenden funktional zum Richter machen würde, entscheidend für die Eröffnung des Anwendungsbereichs ist jedoch die formelle Ernennung zum Richter.[105]

2. Schutzgehalt / Anforderungen

Die Garantie des gesetzlichen Richters entfaltet zunächst einen hauptsächlich formellen Gehalt. Sie verlangt vom Gesetzgeber (und anderen Normgebern), dass die gerichtlich zu entscheidenden Streitigkeiten durch abstrakt-generelle Regeln einem Richter zugewiesen werden. Damit diese Anforderung erfüllt ist, müssen auf drei Ebenen Zuweisungen der Streitigkeiten bestehen. So ist der Gesetzgeber verpflichtet, die sachlichen, örtlichen und funktionellen Zuständigkeiten der Gerichte zu präzisieren. Dann muss das Präsidium des so für zuständig erklärten Gerichts einen Geschäftsverteilungsplan für die Spruchkörper erarbeiten. Innerhalb eines Spruchkörpers muss dann wiederum durch ein Geschäftsverteilungsplan (oder Mitwirkungsplan) die Verteilung der Verfahren und die Mitwirkung der bestimmten Richter festgelegt werden.[106]

Neben diesen formalen Anforderungen stellt der Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG jedoch auch materielle Anforderungen an den zu führenden Gerichtsprozess. Zunächst hat der Berechtigte einen Anspruch auf Tätigwerden eines Richters i.S.d. Art. 92, 97 GG. Dementsprechend muss das entscheidungsbefugte Gericht den Ansprüchen der Art. 92, 97 GG genügen. Dies setzt insbesondere die Unabhängigkeit, die Unparteilichkeit sowie Neutralität und Distanz gegenüber den Beteiligten voraus.[107] Vor dem Hintergrund, dass im Vergaberechtsschutz die Zuständigkeiten bei den Oberlandesgerichten (Oberschwellenbereich: sofortige Beschwerde) oder den Landesgerichten (Unterschwellenbereich: einstweilige Verfügungen)[108] liegen, ist eine grundsätzliche Verletzung der Garantie des gesetzlichen Richters durch die gesetzgeberische Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzregimes grundsätzlich nicht anzunehmen.

---

[105] Zu dieser Voraussetzung *Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 101 GG, Rn. 30.
[106] *Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 101 GG, Rn. 50 f.
[107] *Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 101 GG, Rn. 85.
[108] *Sitsen*, ZfBR 41 (7), 654 (656).

II. Garantie des rechtlichen Gehörs

Die in Art. 103 Abs. 1 GG kodifizierte Garantie rechtlichen Gehörs verlangt, dass „vor Gericht […] jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör“ haben muss. Das Prozessgrundrecht bezieht sich damit auf die Art und Weise der Durchführung des durch Art. 19 Abs. 4 GG garantierten Rechtsweges.[109] Neben der Garantie des gesetzlichen Richters ist damit auch dieses Prozessrecht geeignet, Vorgaben für die Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes zu enthalten.

1. Anwendungsbereich

Als prozessuales „Urrecht“[110] erstreckt sich die Garantie auf Verfahren vor „Gericht“ und gilt dort für „Jedermann“. Der personelle Schutzbereich des Jedermann-Rechts ist grundsätzlich weit. Jede natürliche oder juristische Person (in- oder ausländisch) sowie nichtrechtsfähige Personenvereinigungen können sich somit auf Art. 103 Abs. 1 GG berufen.[111] Des Weiteren muss die Person jedoch in einer unmittelbaren rechtlichen Beziehung zum gerichtlichen Verfahren stehen.[112] Hier wird der persönliche Anwendungsbereich wesentlich eingeschränkt. So besteht eine unmittelbare rechtliche Beziehung nur dann, wenn jemand „an einem gerichtlichen Verfahren als Partei oder in ähnlicher Stellung beteiligt ist oder unmittelbar rechtlich von dem Verfahren betroffen wird“.[113] Dies umfasst neben dem Antragsteller und Antragsgegner alle weiteren förmlich am Verfahren Beteiligte. Ein entsprechender Status ergibt sich hauptsächlich aus den einschlägigen einfachgesetzlichen Regelungen der Prozessordnungen. Neben den formell Beteiligten ist Dritten dann rechtliches Gehör zu schenken, wenn diese unmittelbar rechtlich durch die gerichtliche Entscheidung betroffen sind. Eine mittelbare Betroffenheit oder eine Berührung von bloßen Interessen ist dementsprechend nicht ausreichend.[114] Auch ist ein Verfahren vor einem

[109] *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 103 Abs. 1 GG, Rn. 31.
[110] BVerfG, Beschluss vom 9.7.1980, Rs. 2 BvR 701/80; Vgl. *Knemeyer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2010, § 178, Rn. 17.
[111] *Knemeyer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2010, § 178, Rn. 27.
[112] *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 103 Abs. 1 GG, Rn. 44.
[113] BVerfG, Beschluss vom 3.11.1983, Rs. 2 BvR 348/83; *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 103 Abs. 1 GG, Rn. 44; *Nolte*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Abs. 1 GG, Rn. 24.
[114] *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 103 Abs. 1 GG, Rn. 48.

Gericht i.S.d. Art. 92 GG zwingend notwendig; in verwaltungsrechtlichen Vorverfahren entwickelt der Art. 103 Abs. 1 GG folglich keine Geltung.

2. Schutzgehalt / Anforderungen

Insgesamt lassen sich drei Bereiche ausmachen, in denen der Art. 103 Abs. 1 GG unmittelbare Anforderungen an das Rechtsschutzverfahren stellt. So kann aus dem Recht auf rechtliches Gehör insbesondere ein Recht auf Information, ein Recht auf Stellungnahme und ein Recht auf Berücksichtigung abgeleitet werden.

Der erste Teilgehalt des Art. 103 Abs. 1 GG ist das Recht auf Information. Ohne einen Informationsanspruch wäre dem Rechtsschutzsuchenden keine wirksame Wahrnehmung des Äußerungsrechts möglich. Dementsprechend enthält der Art. 103 Abs. 1 GG eine Informationspflicht des Gerichts über alle relevanten Tatsachen, damit sich der Beteiligte vollständig und effektiv im Verfahren äußern kann.[115] Dies umfasst Mitteilungen über das gesamte prozessuale Geschehen. Insbesondere die Wertung von Tatsachen als gerichtskundig und Mitteilungen über die Beweiserhebung spielen dabei eine Rolle. Die relevanten Informationen müssen den Beteiligten so mitgeteilt werden, dass sich diese rechtzeitig vor der gerichtlichen Entscheidung dazu äußern können.[116] Hinweispflichten bezüglich der Rechtsauffassung des Gerichts bestehen nur in Ausnahmefällen, etwa wenn von bestehender höchstrichterlicher Rechtsprechung abgewichen werden soll (oder anderweitig unvorhersehbar entschieden werden soll).[117] Die Informationspflicht betrifft jedoch ausschließlich prozessuale Vorgänge, sodass eine Vorwirkung auf die Vergabeverfahren nicht aus Art. 103 Abs. 1 GG abgeleitet werden kann. Auch das aus dem Informationsanspruch abgeleitete Akteneinsichtsrecht bezieht sich lediglich auf die Prozessakten.[118] Ein Akteneinsichtsrecht für die Verfahrensakten, welches für die effektive Inanspruchnahme des

[115] *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 103 Abs. 1 GG, Rn. 78.
[116] *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 103 Abs. 1 GG, Rn. 81; *Knemeyer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2010, § 178, Rn. 29.
[117] BVerfG, Beschluss vom 7.10.2003, Rs. 1 BvR 10/99; *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 103 Abs. 1 GG, Rn. 82.
[118] *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 103 Abs. 1 GG, Rn. 87.

Rechtswegs eine große Rolle spielt,[119] kann dem Art. 103 Abs. 1 GG also nicht entnommen werden.

Durch den Informationsanspruch vorbereitet, haben die Beteiligten dann ein Recht auf Stellungnahme. Dieses Äußerungsrecht umfasst jedoch nicht den Anspruch auf eine mündliche Verhandlung.[120] Vielmehr muss dem Betroffenen ausreichend früh die Möglichkeit gegeben werden, sich zu allen verfahrensrelevanten Tatsachen- und Rechtsfragen äußern zu können und somit Einfluss auf die gerichtliche Entscheidung zu nehmen.[121] Dafür ist ihm eine angemessene Vorbereitungszeit einzuräumen, was zumutbaren Äußerungsfristen jedoch nicht im Wege steht.[122] Inhaltlich umfasst das Äußerungsrecht den gesamten Verfahrensstoff, also Tatsachenvorträge, Aussagen zu Vorträgen anderer Beteiligter, Beweisvorträge und Vorträge zur Rechtslage sowie das Stellen der prozessrechtlich vorgesehenen Anträge.[123]

Letztlich muss das Gericht die Äußerungen des Beteiligten berücksichtigen. So hat das Gericht gemäß Rechtsprechung des BVerfG „die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen".[124] Das Gericht muss dementsprechend die vorgetragenen Aspekte aufnehmen und prüfen, ob sie erheblich und richtig sind.[125] Dies schlägt sich dann wiederum in der Pflicht zur Begründung der Entscheidung wieder. Jedoch muss sich das Gericht in der Entscheidung nicht detailliert mit der vorgebrachten Argumentation auseinandersetzen.[126]

[119] *Dageförde*, NZBau 21 (2), 72 (73).
[120] *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 103 Abs. 1 GG, Rn. 65.
[121] *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 103 Abs. 1 GG, Rn. 73, 76.
[122] *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 103 Abs. 1 GG, Rn. 75.
[123] Umfasst sind auch offen- und gerichtskundige Tatsachen und von Amts wegen erhobene Beweismittel; *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 103 Abs. 1 GG, Rn. 76.
[124] BVerfG, Beschluss vom 9.3.2015, Rs. 1 BvR 2819/14, Rn. 15.
[125] *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 103 Abs. 1 GG, Rn. 94.
[126] *Knemeyer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2010, § 178, Rn. 32.

D. Materielle Grundrechte

Neben den originär-prozessrechtlichen Ansprüchen der Rechtsschutzgarantie, des Justizgewährleistungsanspruchs und der Justizgrundrechte kommen auch die materiellen Grundrechte in Betracht, um Vorgaben zur Ausgestaltung des Rechtsschutzregimes zu beinhalten. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass die verfahrensrechtliche und gerichtliche Durchsetzbarkeit Bestandteil jeden Rechts selbst sein muss. So ist in Literatur und Rechtsprechung allgemein anerkannt, dass auch den Grundrechten selbst unmittelbar ein Rechtsschutzanspruch entnommen werden kann.[127]

Dieser grundrechtsunmittelbare Rechtsschutzanspruch muss jedoch mit den „formellen Hauptansprüchen" aus Art. 19 Abs. 4 GG sowie dem Justizgewährleistungsanspruch austariert werden. Letztlich bleibt die Rechtsschutzgarantie „die zentrale Verbürgung gerichtlichen Rechtsschutzes *auch der Grundrechte* im gerichtlichen Verfahren vor den Fachgerichten".[128] Dieser Umstand führt zu unterschiedlichen Ansätzen bei der Abgrenzung der Schutzbereiche. Einerseits wird der Rechtsschutzanspruch der materiellen Grundrechte stärker mit dem allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch in Verbindung gebracht. So seien die grundrechtsunmittelbaren Ansprüche dort anzuwenden, wo Art. 19 Abs. 4 GG eben nicht anwendbar ist, was wiederum zu einer Verschmelzung der grundrechtsunmittelbaren Gewährleistungen mit dem allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch führt.[129] Vor dem Hintergrund, dass eine subjektive Geltung des Justizgewährleistungsanspruchs ausschließlich in Verbindung mit den Grundrechten gegeben ist, überzeugt diese Ansicht. Allerdings führt diese Interpretation dazu, dass den Grundrechten kein eigenständiger prozessualer Schutzgehalt zugesprochen werden könnte und die Wirkung im Rahmen des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch diskutiert werden müsste.

Andererseits wird der verfahrens- und prozessrechtliche Gehalt der Grundrechte insbesondere auf administrative und legislative Verfahren bezogen. Zwar kann die Rechtsschutzgarantie ebenfalls Vorwirkungen auf Verwaltungsverfahren entwickeln, einem

[127] BVerfG, Beschluss vom 27.10.1999, Rs. 1 BvR 385/90, Rn. 64; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 23; *Huber*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 19 GG, Rn. 365 ff.
[128] BVerfG, Beschluss vom 20.4.1982, Rs. 2 BvL 26/81.
[129] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 23.

eigenständigen Schutzgehalt der Grundrechte steht dies jedoch nicht im Wege.[130] So bezieht auch das BVerfG den verfahrensrechtlichen Schutzgehalt der Grundrechte auf „eine dem Grundrechtsschutz angemessene Verfahrensgestaltung".[131] Diese, „den Grundrechtsschutz effektuierende Organisations- und Verfahrensgestaltung" ist umso nötiger, wenn potenzielle Grundrechtsverletzungen durch eine spätere gerichtliche Kontrolle nicht mehr korrigiert werden können.[132] Da dies im Vergaberecht ohne eine verfahrensrechtliche Absicherung des effektiven Rechtsschutzes wegen des Grundsatzes *pacta sunt servanda* regelmäßig der Fall wäre, kann diese an sich verfahrensrechtliche und nicht prozessuale unmittelbare Wirkung der Grundrechte auch für den Vergaberechtsschutz ausschlaggebend sein. Dementsprechend muss die Prüfung der Effektivität des (gerichtlichen) Rechtsschutzes die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Auftragsvergabe zwingend umfassen.

Letztlich muss sich der verfahrensrechtliche, unmittelbare Schutzgehalt der Grundrechte aber nicht auf die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens beschränken. Auch wenn der genuin prozessrechtliche Gehalt der Grundrechte gewissermaßen mit dem allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch verschmilzt, entwickeln die Grundrechte einen eigenständigen Rechtsschutzgehalt, „wenn es um besondere oder zusätzliche Maßgaben geht, die gerade im Interesse einer bestimmten verfassungsrechtlichen Freiheitsgarantie erforderlich sind".[133] Verlangt also die Eigenheit eines bestimmten Grundrechtes eine besondere, nicht zu verallgemeinernde Ausgestaltung der gerichtlichen Überprüfung, so ist dieser prozessrechtliche Anspruch unmittelbar dem grundrechtlichen Schutzgehalt zuzuschreiben. Zwar steht dieser Anspruch dann in starker Verbindung mit dem allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch, eine eigenständige Diskussion im Rahmen des Schutzgehalts des Grundrechts ist aber dennoch gerechtfertigt, da der potenzielle Anspruch unmittelbar mit dem materiellen Gehalt des Grundrechts verknüpft und in diesem begründet liegt. Die folgende Untersuchung der im Vergabeverfahren potenziell einschlägigen Grundrechte erstreckt sich also sowohl auf deren verfahrensrechtliche Vorwirkung in das Vergabeverfahren als auch auf rein prozessrechtliche

[130] *Papier*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 14 GG, Rn. 44; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 23.
[131] BVerfG, Beschluss vom 20.9.2002, Rs. 1 BvR 819/01, Rn. 14.
[132] *Dombert*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2018, § 14 VwVfG, Rn. 9.
[133] BVerfG, Beschluss vom 27.10.1999, Rs. 1 BvR 385/90, Rn. 64.

Gewährleistungen bezüglich der gerichtlichen Überprüfung der öffentlichen Auftragsvergabe.

I. Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG

Als erstes Grundrecht, das eine verfahrens- und prozessrechtliche Dimension bezüglich des Vergaberechts entwickeln kann, kommt der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG in Frage. Das BVerfG hat in seinem Beschluss zum unterschwelligen Vergaberechtsschutzsystem im Jahr 2006 den Art. 3 Abs. 1 GG schließlich bereits als Maßstab angewendet.

Dem BVerfG zufolge konnte sich der Beschwerdeführer auf den Art. 3 Abs. 1 GG als subjektives Recht im Vergabeverfahren berufen. Dieses subjektive Recht müsse dann gemäß dem allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch effektiv gerichtlich durchsetzbar sein.[134] Insofern prüfte das BVerfG anschließend die Ausgestaltung des unterschwelligen Vergaberechtsschutzes anhand des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs und nicht anhand von eigenständigen formellen Verfahrensvorgaben des Art. 3 Abs. 1 GG selbst.[135] Auf die Ausführungen des BVerfG muss jedoch insoweit zurückgegriffen werden, als dass es den vom Vergabeverfahren berührten Schutzbereich des Gleichheitssatzes definiert. So habe „jede staatliche Stelle […] bei ihrem Handeln, unabhängig von der Handlungsform und dem betroffenen Lebensbereich, die in dem Gleichheitssatz niedergelegte Gerechtigkeitsvorstellung zu beachten. […] Der staatlichen Stelle, die einen öffentlichen Auftrag vergibt, ist es daher verwehrt, das Verfahren oder die Kriterien der Vergabe willkürlich zu bestimmen".[136]

Das Willkürverbot wiederum ist gemäß Rechtsprechung des BVerfG verletzt, „wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht mehr finden lässt".[137] In dieser Form richtet sich das Willkürverbot primär an den Gesetzgeber als Differenzierungsauftrag.[138] Das BVerfG hat die Erfüllung des Differenzierungsauftrags für den Fall

[134] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 64.
[135] Zur Argumentation des BVerfG und dessen Einordnung siehe die Ausführungen zum Tatbestandsmerkmal der „öffentlichen Gewalt" des Art. 19 Abs. 4 GG.
[136] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 64 f.
[137] Seit BVerfG, Urteil vom 23.10.1951, Rs. 2 BVG 1/51.
[138] *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 3 Abs. 1 GG, Rn. 264; *Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 519.

der Zweiteilung des Rechtsweges für ober- und unterschwellige Vergabeverfahren dementsprechend überprüft. Der Gesetzgeber könne jedoch aufgrund der unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedeutung von Vergabeverfahren unter- und oberhalb der Schwellenwerte die unterschiedliche prozessuale Handhabung der Verfahren rechtfertigen. Auch eine strengere Prüfung anhand des Willkürverbots im Sinne der Verhältnismäßigkeit sei aufgrund der Anknüpfung der unterschiedlichen Behandlung an Sachverhalte (und nicht etwa an die Zugehörigkeit zu einer Personengruppe) und der Qualifizierung der beeinträchtigten Rechtspositionen als grundrechtlich nicht geschützte Freiheiten nicht erforderlich.[139]

Neben dieser Grundsatzfrage der Zweiteilung des Vergaberechts diskutierte das BVerfG auch die konkrete Ausgestaltung des unterschwelligen Vergaberechtsschutzes. Der Gesetzgeber könne jedoch aufgrund des Erfüllungsinteresses der Vergabestelle und des wirtschaftlichen Interesses des bevorzugten Bieters den unterschwelligen Rechtsweg so gestalten, dass ein Primärrechtsschutz faktisch ausgeschlossen sei und den Bieter damit auf eine Feststellungsklage und den Sekundärrechtsschutz verweisen.[140] Allerdings ist diese Feststellung auf den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Rahmen des letztlich geprüften allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs zurückzuführen, der erst durch den eröffneten Schutzbereich des Art. 3 Abs. 1 GG anwendbar wurde.

Eine Prüfung des Rechtsschutzregimes anhand des Art. 3 Abs. 1 GG hat das BVerfG also streng genommen nicht durchgeführt. Ein eigenständiger, unmittelbarer verfahrens- und prozessrechtlicher Schutzgehalt des Art. 3 Abs. 1 GG besteht jedoch, wenn die Durchsetzung des Schutzgehalts eine besondere, individuelle Ausgestaltung des Vergabeverfahrens oder dessen gerichtlicher Überprüfung verlangt. Bei der Beurteilung, ob dies gegeben ist, muss zunächst erwähnt werden, dass das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG auch beim Vollzug von Gesetzen Wirkung entfaltet. Sofern der Gesetzgeber seinem Differenzierungsauftrag durch die gesetzliche Ausgestaltung der Vergabeverfahren Genüge getan hat, verstärkt der Art. 3 Abs. 1 GG auch die Regelungskraft dieser gesetzlichen Differenzierungen.[141] Das heißt, dass der Gleichheitssatz nicht nur die Schaffung, sondern auch die Einhaltung gesetzlicher Differenzierungen zwischen unterschiedlichen Sachverhalten verlangt. Dementsprechend

[139] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 88 f.; siehe auch *Barth*, Das Vergaberecht ausserhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, 2010, S. 30 f.
[140] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 74.
[141] *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 3 Abs. 1 GG, Rn. 285.

muss die Verwaltung beim Vorliegen eines Ermessens- oder Gestaltungsspielraums dem Gleichheitssatz unterliegen.[142] Wenn aber auch die Einhaltung der gesetzlichen Differenzierungen in den Schutzbereich des Gleichheitssatzes fällt, muss diese Einhaltung wiederum auch aufgrund des Art. 3 Abs. 1 GG verfahrens- und prozessrechtlich abgesichert werden.

Fraglich ist nun, ob die Eigenheiten des Schutzbereichs des Art. 3 Abs. 1 GG, der die Einhaltung der Verfahrensvorgaben zur Anwendung der unterschiedlichen Verfahrensarten und (zumindest) Zuschlagskriterien umfasst,[143] auch eine besondere verfahrens- und/oder prozessrechtliche Ausgestaltung erfordern. Anders gefragt: Was kann verlangt werden, damit speziell eine widerrechtliche, willkürliche Verfahrenswahl sowie ein willkürlicher Zuschlag verhindert werden können?

Um entsprechend schwerwiegende Verfahrensfehler wirksam verhindern zu können, bedarf es auch im Unterschwellenbereich der Möglichkeit eines wirksamen vorläufigen Rechtsschutzes. Da ein einmal wirksam erteilter Zuschlag gemäß der ZPO regelmäßig nicht mehr aufgehoben werden kann, muss dieser, sofern er das Ergebnis willkürlichen Verwaltungshandelns wäre, vorab zu verhindern sein. Wenn Bieter gemäß Art. 3 Abs. 1 GG ein Anrecht auf die sachlich gerechtfertigte Auswahl eines Vergabeverfahrens und der Zuschlagskriterien haben, muss diese Auswahl wirksam gerichtlich geltend zu machen sein. Dafür wäre etwa bezüglich der sogenannten De-facto-Vergaben eine *ex ante* Publikationspflicht der beabsichtigten Vertragsschlüsse nötig. Wenn diese nach Vertragsschluss nicht mehr anzugreifen sind, muss eine entsprechende Überprüfung zwingend vor der Zuschlagserteilung ergehen. Ähnliches gilt auch für potenziell willkürliche Verfahrensführungen. Damit diese überhaupt gerichtlich überprüfbar sein können, bedarf es einer Vorabinformationspflicht über den beabsichtigten Zuschlag mitsamt Wartefrist. Dies gilt insbesondere für die Kontrolle der korrekten Auswahl und Anwendung von nicht-willkürlichen Zuschlagskriterien. Es bedarf daher einer großen Transparenz des Verfahrens und der aufgestellten Zuschlagskriterien, um die legitimen Wertungen des Auftraggebers innerhalb seiner Beurteilungsspielräume zu kontrollieren. Ein Abweichen von den ausgeschriebenen und sachlich gerechtfertigten Zuschlagskriterien müsste schließlich als willkürliches Verhalten des Auftraggebers

[142] *Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 519 f.; *Pollmann*, Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im öffentlichen Vergaberecht, 2009, S. 28.

[143] Für eine ausführliche Darstellung der verfahrensrechtlichen Anforderungen des Gleichheitssatzes im Beschaffungsverfahren siehe beispielsweise *Pollmann*, Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im öffentlichen Vergaberecht, 2009, S. 43 ff.

qualifiziert werden. Diese Transparenz kann nur durch die Führung von und die Einsicht in Vergabeakten hergestellt werden.[144]

Ohne diese besonderen verfahrens- und prozessrechtlichen Elemente der Vorabinformation, dem Vergabeakteneinsichtsrecht sowie einer umfassenden Vergabebekanntmachungspflicht können willkürliche (da zentrale Verfahrensvorschriften, die zu einer sachgerechten Entscheidung führen sollen, nicht eingehalten wurden) Entscheidungen der Vergabestellen nicht angegriffen werden. Allerdings muss in diese Beurteilung wiederum auch mit einfließen, dass Eingriffe in Grundrechte durch den Gesetzgeber gerechtfertigt sein können. Auch aufgrund der inhaltlichen Nähe zum allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch bedarf es (insbesondere in mehrpoligen Rechtsverhältnissen) einer Abwägung von konfligierenden Interessen durch den Gesetzgeber. Die regelmäßig angeführten Interessen des bevorzugten Bieters am Zuschlag stellen zwar bei genauerem Hinsehen auch „nur" rein wirtschaftliche, nicht grundrechtlich geschützte Rechtspositionen dar,[145] eine zwingende Einführung von Vorabinformation, Akteneinsichtsrecht sowie umfassender Vergabebekanntmachungspflicht aufgrund des unmittelbaren prozessrechtlichen Schutzgehalts des Art. 3 Abs. 1 GG bedarf aber wohl einer weiteren Diskussion der vom Gesetzgeber getroffenen Wertungen bei der Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes. Hier muss dann auch diskutiert werden, ob die vom BVerfG geforderte Feststellungsklage sowie die Ausgestaltung der Schadensersatzansprüche grundrechtlich begründete Mängel des Vergaberechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte kompensieren können.

II. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Fraglich ist auch, ob Vergabeverfahrensverletzungen Eingriffe in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit darstellen können und gegebenenfalls deshalb spezielle verfahrens- und prozessrechtliche Absicherungen notwendig sind.

---

[144] *Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 519 f. *Huber* zählt die Bekanntgabe, das Anhörungsrecht, den Anspruch auf Begründung und das Akteneinsichtsrecht als eigenständige verfahrensrechtliche Ausprägung der Gleichheitsbindung der Verwaltung auf.

[145] Zumindest wenn man der Argumentation des BVerfG folgt, dass das Interesse am Zuschlag nicht grundrechtlich geschützt ist, muss dies auch für den bevorzugten Bieter gelten. Der zu Unrecht unterlegene Bieter hat jedoch auch den Anspruch auf die korrekte Durchführung des Vergabeverfahrens. Dies folgt aus der mittelbaren Außenwirkung des unterschwelligen Vergabeverfahrensrecht aufgrund der Selbstbindung der Verwaltung.

Im grundlegenden Beschluss des BVerfG aus dem Jahr 2006 verneint das oberste Gericht die Einschlägigkeit der Berufsfreiheit bei unterschwelligen Vergabeverfahren. Die Berufsfreiheit schütze lediglich das berufsbezogene Verhalten einzelner Personen oder Unternehmen am Markt und ermögliche die Teilhabe am Wettbewerb.[146] Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge beeinflusse die Vergabestelle den Wettbewerb jedoch nicht, sondern werde selbst nur als Nachfrager tätig und ermögliche dadurch den Vergabewettbewerb.[147] Selbst wenn der Staat als quasi alleiniger Nachfrager in einem Marktsegment tätig ist, sei die Nichtbeachtung eines Bieters bei einer Ausschreibung kein funktionales Äquivalent zum Eingriff in die Berufsfreiheit.[148]

Diese Auslegung orientiert sich stark am „klassischen" Schutzgehalt der Berufsfreiheit. Demnach ist die Berufsfreiheit eine einheitliche Freiheitsgewährleistung, welche die freie Berufsausbildung, freie Berufs- und Arbeitsplatzwahl sowie die freie Berufsausübung garantiert.[149] Durch einen, auch aufgrund von Verfahrensverletzungen zu Unrecht nicht erteilten, öffentlichen Auftrag wird diese Berufsausübung jedoch nicht eingeschränkt. Die Bieter haben vor diesem Hintergrund „keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb und auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten".[150] Letztlich sei nur das Anbieten von Produkten am Markt durch die Berufsfreiheit geschützt, eine Nachfrage durch den Staat hingegen nicht.[151] Lediglich langfristige Vergabesperren aufgrund von Eintragungen in die sogenannten Wettbewerbsregister können einen vergaberechtlich begründeten Eingriff in die freie Berufsausübung darstellen.[152] Erst durch eine solche betriebsbezogene staatliche Handlung könnte überhaupt ein Eingriff in die Berufsausübung vorgenommen werden. Dementsprechend lassen sich aus Art. 12 Abs. 1 GG beispielsweise Anforderungen an die Vergabe von Notarstellen ableiten, da hier die grundsätzliche Möglichkeit berührt wird, überhaupt den Beruf

[146] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 60.
[147] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 61.
[148] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 63. Vor dieser Rechtsprechung kritisch *Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 504 f.
[149] *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 12 GG, Rn. 266.
[150] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 60.
[151] *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 155.
[152] Das hier untersuchte Vergaberechtsschutzregime richtet sich jedoch nur gegen Verfahrensfehler im Vergabeverfahren und nicht gegen weitere staatlicher Handlungen im Kontext der Vergabe öffentlicher Aufträge.

des Notars auszuüben.[153] Ein nicht korrekt durchgeführtes Vergabeverfahren weist jedoch die notwendige Betriebsbezogenheit nicht auf.[154]

Schließt man jedoch die Wettbewerbsfreiheit in den Schutzbereich der Berufsfreiheit mit ein, ergibt sich zum Teil ein anderes Bild. Zwar kann der Berufsfreiheit des Grundgesetzes keine objektive Gewährleistung des Wettbewerbs entnommen werden, sofern aber einfachgesetzliche Wirtschaftsfreiheiten bestehen oder Gesetze den Wettbewerb sogar institutionell schützen sollen, kommt darin auch ein durch den Gesetzgeber installiertes „Schutzversprechen" der Berufsfreiheit zum Ausdruck.[155] Folglich ist gemäß der Rechtsprechung des BVerfG „das Verhalten der Unternehmer in diesem Wettbewerb […] Bestandteil ihrer Berufsausübung".[156] Während sich daraus unmittelbar eine grundrechtliche Relevanz des oberschwelligen Vergabeverfahrensrechts herleiten lässt, lehnt das BVerfG eine wettbewerbsrechtliche Dimension des auf Haushaltsrecht basierenden unterschwelligen Vergaberechts ab. Der Zweck des Haushaltsrechts sei es, durch Wettbewerb wirtschaftliches Handeln des Staates zu garantieren und nicht der Wettbewerb als Institution selbst. Folglich findet die Wettbewerbsfreiheit lediglich in ihren einfachgesetzlichen Ausgestaltungen Ausdruck und kann nicht als verfassungsunmittelbares Prinzip in das Haushaltsvergaberecht hineinwirken. In dieser grundgesetzlichen Interpretation der Berufsfreiheit verliert die Wettbewerbsfreiheit als „geschützter Teil der Berufsfreiheit"[157] enorm an Bedeutung. Entscheidend ist demnach ausschließlich die gesetzliche Aktivierung durch den Gesetzgeber und damit einfaches Recht. Die Argumentation, dass ein Haushaltsrecht verletzender und damit vergaberechtswidriger Zuschlag den Wettbewerb zwischen Anbietern schädigt, da er das Tätigwerden der Bieter im Wettbewerb mit dem zu Unrecht begünstigten Bieter gleich doppelt erschwert,[158] wird dadurch unmöglich.

---

[153] BVerfG, Beschluss vom 18.6.1986, Rs. 1 BvR 787/80; *Barth*, Das Vergaberecht ausserhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, 2010, S. 32 f.

[154] *Manssen*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 12 GG, Rn. 97.

[155] *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 12 GG, Rn. 88.

[156] BVerfG, Beschluss vom 8.2.1972, Rs. 1 BvR 170/71.

[157] *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 12 GG, Rn. 88.

[158] So wird die Position des Bieters mit dem wirtschaftlicheren Angebot durch das Ausbleiben des Umsatzes und Gewinns geschwächt, während die Marktposition des anderen Bieters durch die Auftragserteilung ungerechtfertigterweise gestärkt wird. Eine entsprechende Eingriffsqualität wird auch mit Verweis auf die „Geringfügigkeit" des Wettbewerbsvorteils abgelehnt: *Pollmann*, Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im öffentlichen Vergaberecht, 2009, S. 41.

Art. 12 Abs. 1 GG ist daher nur geeignet, um Anforderungen an oberschwellige Vergabeverfahren zu begründen. Allerdings würden sich diese aus der einfachgesetzlichen, speziellen Ausgestaltung des Rechtsschutzes in diesem Bereich ergeben. Eine Überprüfung des Rechtsschutzsystems anhand von sich selbst kann jedoch nicht vorgenommen werden. Über die Gewährleistungen des Art. 19 Abs. 4 GG hinausgehende Anforderungen aufgrund des Art. 12 Abs. 1 GG sind also nicht zu erwarten.[159] Es ist außerdem festzustellen, dass aufgrund einer gewissen Blindheit des berufsfreiheitlichen Schutzbereiches für exekutives Handeln unterhalb der gesetzlichen Schwelle keine verfahrens- oder prozessrechtlichen Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG an den unterschwelligen Vergaberechtsschutz bestehen.

III. Eigentumsfreiheit, Art. 14 Abs. 1 GG

Auch die Eigentumsfreiheit des Grundgesetzes vermag eine verfahrensrechtliche Dimension zu entwickeln. Wie bei sämtlichen grundrechtsunmittelbaren Verfahrensansprüchen bezieht sich diese Dimension vor allem auf die Bereiche, welche nicht von Art. 19 Abs. 4 GG geschützt werden. Namentlich sind dies die behördlichen Verfahren sowie zivilrechtliche Prozesse, die zur Durchsetzung eigentumsrechtlich geschützter Positionen durchgeführt werden.[160]

Diese Schutzdimension verlangt aber eine bereits bestehende vermögenswerte Rechtsposition. Interessen, Chancen oder Verdienstmöglichkeiten werden hingegen nicht durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützt.[161] Die Möglichkeit, sich im Vergabeverfahren durch Art. 14 Abs. 1 GG geschütztes Eigentum anzueignen, fällt also nicht in den Schutzbereich der Eigentumsfreiheit. Dies wird auch nicht durch den Umstand geändert, dass das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG ist.[162] Der Schutz der Eigentumsfreiheit bezieht sich nämlich nicht auf die gewerbliche Tätigkeit, sondern auf vorhandene Werte, die sich in einer bestehenden Organisation von Mitteln

---

[159] So auch *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 4, Rn. 10, welcher der Berufsfreiheit aufgrund der „intensiven materiellrechtlichen Reglementierung“ keine Bedeutung beimisst.

[160] *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 14 GG, Rn. 126, 130, 132; *Stern*, in: ders. (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2006, § 113, Rn. 1.

[161] *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 14 GG, Rn. 160; St. Rspr: BVerfG, Beschluss vom 16.3.1971, Rs. 1 BvR 52/66, 1 BvR 665/66, 1 BvR 667/66, 1 BvR 754/66; Beschluss vom 29.6.2016, Rs. 1 BvR 1015/15, Rn. 92.

[162] *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 14 GG, Rn. 200.

niederschlagen. Ein Anspruch auf den weiteren Aufbau dieser Werte durch den Gewerbebetrieb ist nicht durch Art. 14 Abs. 1 GG, sondern durch die Berufsfreiheit geschützt.[163]

E. Wertung / Zusammenfassung / Problemfelder

Betrachtet man die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes zur effektiven Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzregimes eröffnen sich einige interessante Aspekte. Zweifelsohne von größtem Interesse ist dabei das formelle Hauptgrundrecht des Art. 19 Abs. 4 GG. Während das materielle Vergaberecht ober- und unterhalb der Schwellenwerte (i.V.m. Grundrechten oder als Konkretisierung zivilrechtlicher Pflichten) subjektive öffentliche Rechte begründet,[164] welche die Inanspruchnahme der Rechtsschutzgarantie voraussetzt, kann das unterschwellige Vergaberecht die Tatbestandsvoraussetzung einer Rechtsverletzung durch „öffentliche Gewalt" laut Rechtsprechung des BVerfG nicht erfüllen. Das durch Verwaltungsvorschriften begründete unterschwellige Vergaberecht als rein wirtschaftliches, zivilrechtliches Handeln der Vergabestellen solle daher nicht in den Schutzbereich der Rechtsschutzgarantie fallen. Diese Einordnung des Vergaberechts kann aber nicht gänzlich überzeugen. Nimmt man entgegen der Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG an, dass es sich beim unterschwelligen Vergaberecht um öffentliches Recht handelt, lassen sich auch in diesem Bereich die Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG geltend machen. Der Überprüfungsmaßstab des Art. 19 Abs. 4 GG entfaltet sodann neben Vorgaben zu Präklusionsfristen auch Vorwirkungen in das Vergabeverfahren. So gebietet sich aufgrund der Rechtsschutzgarantie eine ausreichende Informationspflicht der Verwaltung, die eine wirksame gerichtliche Überprüfung bestehender Rechtspositionen ermöglicht. Dies gilt umso mehr, wenn eine Sicherung der potenziell verletzten Rechtsposition nur im vorläufigen Rechtsschutz zu verwirklichen ist. Des Weiteren lässt sich dem Art. 19 Abs. 4 GG entnehmen, dass mit der Schwere der geltend gemachten Rechtsverletzung die Prüfungsdichte im vorläufigen Rechtsschutz zunehmen muss. So kann insbesondere bei schweren Rechtsverletzungen und der Gefahr einer Vorwegnahme der Hauptsache eine umfassende Prüfung der Sach- und Rechtsfragen nötig sein.

---

[163] *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 14 GG, Rn. 205.

[164] Bezüglich subjektiver Rechte unterhalb der Schwellenwerte siehe auch *Knöbl*, Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte, 2009, 29 ff., 48.

Kritikwürdig ist auch die Rechtsprechung des BVerfG zum hilfsweise bemühten Justizgewährleistungsanspruch und dessen Ausfluss zum unterschwelligen Vergaberechtsschutzregime. Die Rechtfertigung der begrenzten prozessualen Möglichkeiten von Bietern über die Geringschätzung ihrer in Frage stehenden Rechtsposition verkennt letztlich die mittelbare Außenwirkung des verwaltungsvorschriftlichen Vergaberechts. Von daher ist auch gemäß dem Schutzbereich des Justizgewährleistungsanspruchs entgegen der Rechtsprechung des BVerfG eine Verletzung der Effektivität des Vergaberechtsschutzes denkbar. Dafür spricht wiederum auch der verfahrens- und prozessrechtliche Gehalt des Art. 3 Abs. 1 GG in vergaberechtlichen Kontexten. Dieser verlangt nicht nur die ausreichende differenzierte gesetzgeberische Ausgestaltung der öffentlichen Beschaffung, sondern auch die Einhaltung der dazu notwendigen Verfahrensvorschriften. Dementsprechend muss gemäß Art. 3 Abs. 1 GG die willkürliche Verfahrensführung im Beschaffungsverfahren wirksam gerichtlich verhindert werden können. Dies wiederum spricht für eine umfassende Publikationspflicht bezüglich beabsichtigter Zuschlagsentscheidungen und für ein Vergabeakteneinsichtsrecht.

Nichtsdestotrotz muss bei der Analyse der aktuellen Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes die Normprägung der verfahrens- und prozessrechtlich einschlägigen Vorgaben des Grundgesetzes beachtet werden. Sollten die dargestellten prozessrechtlichen Anforderungen an die Effektivität des Rechtsschutzes nicht umfassend durch den Vergaberechtsschutz erfüllt werden, ist immer noch deren Rechtfertigung durch kompensatorischen Rechtsschutz sowie entgegenstehenden Rechtspositionen in Betracht zu ziehen.

Kapitel 2: Europarechtliche Vorgaben

Das Vergaberecht kann für die Europäisierung weiter Rechtsbereiche als ein Paradebeispiel dienen. So entstand erst durch den Motor des europäischen Rechts das subjektiv berechtigende Vergaberecht, wie es oberhalb der Schwellenwerte praktiziert wird.[165] Nicht zuletzt die Zweiteilung des Vergaberechts und deren weitreichende Folgen bis in den Vergaberechtsschutz zeugen von der enormen Bedeutung des europäischen Rechts für die nationale Ausgestaltung dieses Rechtsbereichs.

Aus diesen Umständen folgt auch, dass weitreichende europarechtliche Anforderungen an die Effektivität des Vergaberechtsschutzregimes bestehen. Dabei existieren die

[165] Vgl. etwa *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 3, Rn 2 ff.

europarechtlichen Ausgestaltungsvorgaben auf verschiedenen normhierarchischen Ebenen. Zunächst hat der europäische Gesetzgeber mit einer Reihe von Richtlinien sowohl das Vergabeverfahren als auch das Rechtsschutzregime weitgehend vorgeformt. Aus diesen Richtlinien ergeben sich unmittelbar Vorgaben zur Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes durch den nationalen Gesetzgeber. Eine Überprüfung des nationalen Vergaberechtsschutzregimes muss also zunächst an den sekundärrechtlichen Vorgaben der einschlägigen Richtlinien vorgenommen werden. Als „Maßstabsnorm“[166] für das nationale Vergaberechtsschutzregime kommen dabei die sogenannten Rechtsmittelrichtlinien für Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge[167] und für den Sektorenbereich[168] in Betracht. Daneben kann das europäische Primär(vergabe)recht ebenfalls unmittelbare Geltung erlangen und in Form der Grundfreiheiten konkrete Anforderungen an die Ausgestaltung des Vergaberechts(schutzes) stellen. Der Anwendungsbereich des Primärvergaberechts kann dabei den Anwendungsbereich der Richtlinien übertreffen und so auch im Unterschwellenbereich unmittelbare Geltung entfalten. Neben den Grundfreiheiten kommen auch die europäischen Grundrechte in Betracht, um Vorgaben zur Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzregimes zu enthalten. Dies gilt sowohl für die wirtschaftlich-materiellen Grundrechte wie auch für den Art. 47 GrCh.

A. Rechtsmittelrichtlinien

Unmittelbare europarechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung des Vergaberechts-schutzes ergeben sich zunächst insbesondere aus den sogenannten Rechtsmittelrichtlinien. Diese Richtlinien ergänzen die materiellen Vergabeverfahrensrichtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe[169] sowie die Sektorenrichtlinie[170] um Vorgaben zur Ausgestaltung eines

[166] Vgl. *Martlreiter*, Europäisierung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Unterschwellenaufträgen, 2011, S. 33.
[167] Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. Nr. L 395 vom 30.12.1989, S. 33-35.
[168] Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. Nr. L 76 vom 23.3.1992, S. 14-20.
[169] Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe, ABl. L 94/65 vom 28.3.2014.
[170] Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. L 94/243 vom 28.3.2014.

effektiven Rechtsschutzes, der die korrekte Anwendung des Vergabeverfahrensrechts garantieren soll. Nachdem die Rechtsmittelrichtlinie für öffentliche Liefer- und Bauaufträge bereits 1989 verabschiedet wurde, folgte die Rechtsmittelrichtlinie für die Sektorenvergabe Anfang 1992. Beide Richtlinien wurden durch die Richtlinie 2007/66/EG[171] reformiert und inhaltlich im Wesentlichen kongruent ausgestaltet.[172] Im Rahmen der Vergabeverfahrensrechtsmodernisierung im Jahr 2014 wurden die Rechtsmittelrichtlinien nicht reformiert. Ihr Anwendungsbereich wurde lediglich auf die „neue" Konzessionsvergaberichtlinie[173] erstreckt.[174] Aus der Anknüpfung des Anwendungsbereichs der Rechtsmittelrichtlinien an den Anwendungsbereich der jeweiligen materiellen Vergaberichtlinie folgt auch, dass die sekundärrechtlichen Vorgaben zum Rechtsschutz nur für öffentliche Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte gelten. Eine Anwendung der Rechtsmittelrichtlinien außerhalb des harmonisierten Vergabeverfahrensrechts ist damit explizit ausgeschlossen.

Aufgrund der inhaltlich weitgehenden Übereinstimmung der beiden Rechtsmittelrichtlinien soll im folgenden Teil vorrangig die Rechtsmittelrichtlinie für die öffentliche Auftragsvergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen dargestellt werden (folgend RL 89/665/EWG[175]). Die Ausführungen gelten inhaltlich jedoch auch für die Sektorenvergabe. Die Sektorenrechtsmittelrichtlinie ermöglicht weitergehend lediglich die Verhängung eines Zwangsgelds zur Behebung eines Verfahrensverstoßes des Auftraggebers und sieht eine spezielle Regelung bezüglich des Sekundärrechtsschutzes vor.[176]

I. Primärrechtsschutz

Die Rechtsmittelrichtlinie verlangt von den nationalen Rechtsordnungen die Bereitstellung von sowohl Primär- wie auch Sekundärrechtschutz. Dem bisher angewendeten

[171] Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABl. L 335/31 vom 20.12.2007.
[172] *Shirvani*, Optimierung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, 2016, S. 103; *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 96.
[173] Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. Nr. L 94/1 vom 28.3.2014.
[174] Siehe Art. 46, 47 der RL 2014/23/EU.
[175] Die RL 89/665/EWG wurde zuletzt durch die RL 2007/66/EG und die RL 2014/23/EU geändert und wird in dieser aktuellen Fassung zitiert.
[176] *Shirvani*, Optimierung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, 2016, S. 103; *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 96; *Seidel/Mertens*, in: Dauses/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 51. Ergänzungslieferung, Stand: Oktober 2020, 2020, H. IV. Öffentliches Auftragswesen, Rn. 316 ff.

Analyserahmen folgend, soll zunächst die Untersuchung der Vorgaben zur Ausgestaltung des Primärrechtsschutzes vorgenommen werden. Dabei umfasst die Rechtsmittelrichtlinie neben dem reinen Rechtsschutzverfahren auch verfahrensrechtliche Vorwirkungen in das Vergabeverfahren. Diese Vorwirkungen in Form einer Informationspflicht und Stillhaltefrist sind keine Aspekte des Nachprüfungsverfahrens an sich, stellen aber dennoch eine wesentliche Absicherung dessen Effektivität dar. Entsprechende Anforderungen an die Ausgestaltung des Verfahrensrechts zugunsten der Effektivität des Rechtsschutzes bestehen auch im Rahmen des Art. 19 Abs. 4 GG und überraschen somit nicht. Aufgrund der verfahrensrechtlichen Vorlagerung soll die Informationspflicht und Stillhaltefrist zuerst dargestellt werden, bevor anschließend die Anforderungen an das eigentliche Nachprüfungsverfahren untersucht werden.

1. Vorwirkungen in das Vergabeverfahren: Informationspflicht und Stillhaltefrist

Wie bereits erwähnt, erstreckt sich die Rechtsmittelrichtlinie inhaltlich bis in das Vergabeverfahrensrecht. So war die Einführung einer Informationspflicht in Verbindung mit einer Stillhaltefrist, die sich auf den Zeitraum zwischen der Zuschlagsentscheidung und dem Vertragsschluss erstreckt, ein Kernelement der Reform im Jahr 2007.[177] Diese wesentliche Neuerung folgte den Urteilen *Alcatel* und *Stadt Halle* des EuGH.[178] Gemäß dieser Rechtsprechung muss eine, dem Vertragsschluss vorangehende, Zuschlagsentscheidung unbedingt in einem primären Nachprüfungsverfahren überprüft werden können.[179] Vor dem Hintergrund, dass die Rechtsmittelrichtlinie der mitgliedstaatlichen Praxis Rechnung trägt und daher den Ausschluss primären Rechtsschutzes nach einem Vertragsschluss erlaubt,[180] ist eine Stillhaltefrist die einzige Lösung, um eine wirksame Überprüfung der Vergabeentscheidung zu garantieren.

[177] *Costa-Zahn/Lutz*, NZBau 9 (1), 22 (23); *Seidel/Mertens*, in: Dauses/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 51. Ergänzungslieferung, Stand: Oktober 2020, 2020, H. IV. Öffentliches Auftragswesen, Rn. 40.
[178] *Shirvani*, Optimierung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, 2016, S. 91.
[179] EuGH, Urteil vom 28.10.1999, Rs. C-81/98, Alcatel Austria, Rn. 43. Unterstützt wird dieser Ansatz durch EuGH, Urteil vom 11.1.2005, Rs. C-26/03, Stadt Halle, nach dem ein Nachprüfungsverfahren in jedem Verfahrensstadium ermöglicht werden müsse. Vgl. *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 83.
[180] Siehe Art. 2 Abs. 7 UAbs. 2 RL 89/665/EWG.

Dementsprechend sieht Art. 2a Abs. 1 RL 89/665/EWG vor, dass die Mitgliedstaaten Fristen festlegen, „die sicherstellen, dass die in Artikel 1 Absatz 3 genannten Personen gegen Zuschlagsentscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksame Nachprüfungsverfahren anstrengen können“. Betroffene Bieter und Bewerber müssen gemäß Art. 2 Abs. 2 RL 89/665/EWG ausreichend früh über den beabsichtigen Zuschlag informiert werden. Die dazu notwendige Mitteilung muss eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe der Zuschlagserteilung sowie eine genaue Angabe der Stillhaltefrist enthalten (Art. 2a Abs. 2 UAbs. 4 RL 89/665/EWG). Die Zusammenfassung der einschlägigen Entscheidungsgründe umfasst auch die Vorteile des bevorzugten Angebots sowie den Namen des erfolgreichen Bieters.[181] Die Dauer der Stillhaltefrist hängt vom gewählten Mitteilungsweg ab. So muss der Auftraggeber bei einer elektronischen Übermittlung mindestens zehn Kalendertage nach der Übermittlung, bei anderweitiger Übermittlung (etwa per Post) 15 Kalendertage, stillhalten. Sofern das Datum des Eingangs den Fristbeginn darstellt, muss der Auftraggeber mindestens zehn Kalendertage warten, bis er den Zuschlag wirksam erteilen darf (Art. 2a Abs. 2 UAbs. 1 RL 89/665/EWG). Der Auftraggeber hat sämtliche betroffenen Bieter über die beabsichtigte Zuschlagserteilung zu informieren. Dies umfasst vom Vergabeverfahren bereits ausgeschlossene Bieter lediglich dann, wenn ihnen zuvor keine Information über die Ablehnung ihres Angebots mitgeteilt wurden.[182]

Gemäß Art. 2b RL 89/665/EWG müssen die Mitgliedstaaten die Stillhaltefrist nicht anwenden, wenn keine vorherige Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung erforderlich ist (Art. 2b lit. a) RL 89/665/EWG), im Vergabeverfahren lediglich ein einziger Bieter im Sinne des Art. 2a Abs. 2 UAbs. 2 RL 89/665/EWG betroffen ist (Art. 2b lit. b) RL 89/665/EWG) oder ein Einzelauftrag aus einer Rahmenvereinbarung oder einem dynamischen Beschaffungssystem vergeben wird (Art. 2b lit. c) RL 89/665/EWG). Sollte ein Mitgliedstaat den letzten Ausnahmetatbestand der Einzelverträge umsetzen, muss er jedoch sicherstellen, dass der in Rede stehenden Vertrag *ex post* für Unwirksam erklärt werden kann, wenn im Rahmen der Auftragsvergabe erneut zum Wettbewerb aufgerufen werden muss und der Vertrag die

[181] *Shirvani*, Optimierung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, 2016, S. 91.
[182] *Seidel/Mertens*, in: Dauses/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 51. Ergänzungslieferung, Stand: Oktober 2020, 2020, H. IV. Öffentliches Auftragswesen, Rn. 323 f.

Schwellenwerte überschreitet (Art. 2b UAbs. 2 RL 89/665/EWG).[183] Auch für die gemäß Art. 2b UAbs. 1 lit. a) RL 89/665/EWG bestehende Ausnahme bei rechtmäßigen Direktvergaben besteht die Möglichkeit, diese nach einem Zuschlag durch Primärrechtsschutz angreifen zu können.

Die umfassende Informations- und Wartepflicht des Auftraggebers stellt sicher, dass jeder Bieter, der nach der allgemeinen Antragsbefugnis des Art. 1 Abs. 5 RL 89/665/EWG Anspruch auf Primärrechtsschutz hat,[184] diesen auch tatsächlich wahrnehmen kann. Die bestehenden Ausnahmen von der Stillhaltefrist sind immer mit einer nachvertraglichen Primärrechtsschutzmöglichkeit der betroffenen Bieter kombiniert. Durch die potenzielle Rechtsfolge einer nachträglichen Unwirksamkeit der geschlossenen Verträge wird so auch in den Ausnahmetatbeständen ein wirksamer Primärrechtsschutz garantiert.

2. Nachprüfungsverfahren

Der Großteil der Rechtsmittelrichtlinie befasst sich mit der konkreten Ausgestaltung eines wirksamen Nachprüfungsverfahrens. So haben die Mitgliedstaaten im Allgemeinen die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, „um sicherzustellen, dass […] die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch […] auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können“ (Art. 1 Abs. 1 UAbs. 3 RL 89/665/EWG). Konkret macht das Sekundärrecht Vorgaben zur Organisation und Besetzung der Nachprüfungsstellen, ermöglicht verschiedene Zulässigkeitsvoraussetzungen der Nachprüfungsverfahren und normiert Vorgaben zu einem notwendigen vorläufigen Rechtsschutz, zur Hauptsacheentscheidung sowie zu einem nachvertraglichen Rechtsschutz. Das Zusammenspiel der einzelnen Vorgaben zur Ausgestaltung des Nachprüfungsverfahrens untereinander sowie in Verbindung mit der verfahrensrechtlichen

[183] *Costa-Zahn/Lutz*, NZBau 9 (1), 22 (24); *Seidel/Mertens*, in: Dauses/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 51. Ergänzungslieferung, Stand: Oktober 2020, 2020, H. IV. Öffentliches Auftragswesen, Rn. 352.

[184] So Art. 2a Abs. 1 der Rechtsmittelrichtlinie. Siehe dazu auch die ausführlichen Ausführungen zur Antragsbefugnis nach § 160 GWB.

Stillhaltefrist sollen so einen wirksamen[185] Rechtsschutz im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien gewährleisten.

a) Die Nachprüfungsstellen

Die Rechtsmittelrichtlinie räumt den Mitgliedstaaten einen weiten Gestaltungsspielraum bei der Besetzung und Organisation der Nachprüfungsinstanzen ein. Vor dem Hintergrund der nationalen Verfahrensautonomie kann dies nicht überraschen und gewährleistet eine einfache Eingliederung der Nachprüfungsstellen in das nationale Verfassungs- und Prozessrecht.[186] Dementsprechend können gemäß Art. 2 Abs. 2 RL 89/665/EWG die notwendigen Befugnisse der Nachprüfungsstellen auf mehrere Stellen verteilt werden. Insbesondere eine Teilung der Zuständigkeiten für Fragen des primären und sekundären Rechtsschutzes erscheint praxisnah und sinnvoll.

Die unterschiedlichen Nachprüfungsstellen müssen darüber hinaus nicht zwingend ein Gericht im Sinne des Art. 267 AEUV sein. Wenn die Mitgliedstaaten jedoch eine erstinstanzliche Nachprüfungsstelle installieren, die diesem Anspruch nicht genügt, muss dessen Entscheidung zwingend von einem Gericht im Sinne des Art. 267 AEUV überprüft werden können (Art. 2 Abs. 9 UAbs. 1 S. 2 RL 89/665/EWG). Außerdem muss die unabhängige Stelle ihre Entscheidung schriftlich begründen. Auch organisatorisch stellt Art. 2 Abs. 9 UAbs. 2 RL 89/665/EWG Anforderungen an die Nachprüfungsstelle. So müssen für ihre Mitglieder bezüglich der Dauer und ihrer Absetzbarkeit die gleichen Bedingungen wie für Richter gelten.[187] Außerdem muss zumindest der Vorsitzende der unabhängigen Stelle die juristische und berufliche Qualifikation eines Richters aufweisen. Gibt es hingegen keinen Instanzenzug, muss die Nachprüfungsstelle zwingen dem Gerichtsbegriff des Art. 267 AEUV entsprechen.[188]

[185] Wirksam im Sinne der Rechtsmittelrichtlinien sowie des europäischen Gesetzgebers. Die Erwägungsgründe aller drei Richtlinien beziehen sich außerordentlich oft auf die Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren.
[186] *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 89.
[187] Vor diesem Hintergrund ist die entsprechende Forderung von *Burgi*, NZBau 21 (1), 3 (5), die Dauer der Besetzung auf acht Jahre zu verlängern, zu unterstützen.
[188] *Seidel/Mertens*, in: Dauses/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 51. Ergänzungslieferung, Stand: Oktober 2020, 2020, H. IV. Öffentliches Auftragswesen, Rn. 312 f.

b) Zulässigkeit / Zugangsvoraussetzungen

Damit einem Bieter der Zugang zu den Nachprüfungsstellen und den gemäß Rechtsmittelrichtlinie notwendigen Nachprüfungsverfahren offensteht, können die Mitgliedstaaten verschiedene Zugangsvoraussetzungen installieren. Die entsprechenden Zulässigkeitsvoraussetzungen stellen folglich keine Einschränkung der Effektivität des Rechtsschutzes im Sinne der Rechtsmittelrichtlinie dar. Den Mitgliedstaaten ist es daher erlaubt, dem Nachprüfungsverfahren ein behördliches Vorverfahren vorzuschalten, eine Antragsbefugnis des Bieters zu verlangen sowie dem Bieter eine Rügepflicht aufzuerlegen.

aa) Vorverfahren

Gemäß Art. 1 Abs. 5 RL 89/665/EWG können die Mitgliedstaaten verlangen, dass ein Bieter zunächst eine Überprüfung des Verfahrens beim öffentlichen Auftraggeber selbst beantragt. Dieser verfahrensrechtliche Widerspruch stellt jedoch nicht die Überprüfung des Verfahrens vor einer unabhängigen Nachprüfungsinstanz dar, welche wiederum nicht zwingend ein Gericht i.S.d. Art. 267 AEUV sein muss. Der Widerspruch ist lediglich eine vorgeschaltete auftraggeberseitige Überprüfung des Verfahrens.[189] Sofern die Mitgliedstaaten ein entsprechendes Vorverfahren installiert haben, muss dieses zunächst durchlaufen werden. Ein Antrag zur Überprüfung muss jedoch unmittelbar einen Suspensiveffekt auslösen, der nicht vor Ablauf einer Frist von zehn (bei Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel) oder 15 (bei anderen Kommunikationsmitteln) Kalendertagen nach der Mitteilung der Antwort des Auftraggebers endet. Durch den Suspensiveffekt wird gewährleistet, dass vor Vertragsschluss ein Nachprüfungsverfahren vor einer unabhängigen Nachprüfungsstelle eingeleitet werden kann.

bb) Antragsbefugnis

Die RL 89/665/EWG sieht gemäß Art. 1 Abs. 3 weiter vor, dass Nachprüfungsverfahren „zumindest jeder Person zur Verfügung stehen, die ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und der durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht“. Eine entsprechende Einschränkung des Umfangs des Rechtsschutzverfahrens schlägt sich regelmäßig in der verlangten Antragsbefugnis für den Rechtsbehelf nieder.

[189] *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 89.

Gemäß Rechtsmittelrichtlinie kann dementsprechend ein spezifisches Interesse am Auftrag, eine geltend gemachte Verfahrensverletzung sowie ein potenzieller Schaden durch die Verletzung verlangt werden. Dies umfasst die Antragsvoraussetzung einer Kausalität zwischen dem geltend gemachten Verfahrensverstoß und dem zu entstehen drohenden Schaden.

cc) Rügepflicht

Laut Art. 1 Abs. 4 RL 89/665/EWG können die Mitgliedstaaten dem rechtsschutzsuchenden Bieter außerdem eine Rügeobliegenheit auferlegen. Demnach ist es zulässig zu verlangen, dass der Bieter den öffentlichen Auftraggeber über den behaupteten Verstoß und die beabsichtigte Nachprüfung unterrichtet. Dadurch soll der Auftraggeber in die Lage versetzt werden, den Verfahrensfehler selbstständig zu beheben und somit eine rasche und wirksame Beseitigung der Beschwer zu ermöglichen. Diese Rügeobliegenheit darf jedoch nicht dazu führen, dass die Wartefrist des Auftraggebers verkürzt wird. Sollte ein Bieter nach der Mitteilung über den beabsichtigten Zuschlag eine Rüge erheben, muss ihm nach der Antwort des Auftraggebers der Rest der vollen Wartefrist zu Verfügung stehen. Eine unmittelbare Beantragung eines Nachprüfungsverfahrens nach der Entscheidung des Auftraggebers, der Rüge nicht abhelfen zu wollen, kann vom Bieter nicht verlangt werden.[190]

Während sich der Regelung zur Rügeobliegenheit keine genauen Vorgaben für eine Mindestdauer der Rügefrist entnehmen lassen,[191] hat der EuGH geurteilt, dass Anträge zur Einleitung von Nachprüfungsverfahren nicht unverzüglich nach der Erkenntnis über Verfahrensverstöße gefordert werden dürfen.[192] Eine Übertragung dieser Rechtsprechung auf die grundsätzlich von der Einlegung eines Rechtsmittels zu trennende Rügeobliegenheit ist jedoch legitim.[193] Auch die Rechtsfolge einer versäumten Rügefrist, nämlich der Ausschluss der Rechtsverletzung von der Überprüfung im Nachprüfungsverfahren, ist von der Rechtsmittelrichtlinie umfasst.[194]

---

[190] *Shirvani*, Optimierung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, 2016, S. 90.
[191] Vgl. Art. 2f Abs. 2 RL 89/665/EWG, die auf das nationale Recht verweist.
[192] EuGH, Urteil vom 28.1.2010, Rs. C-406/08, Uniplex; Urteil vom 28.1.2010, Rs. C-456/08, Kommission/Irland; *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 87.
[193] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 64.
[194] Siehe auch *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 88; EuGH, Urteil vom 12.12.2002, Rs. C-470/99, Universale Bau, Rn. 76.

c) Vorläufiger Rechtsschutz

Gemäß Art. 2 Abs. 1 RL 89/665/EWG sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, Rechtsschutz in Form von vorläufigen Maßnahmen bereitzustellen. Der einstweilige Rechtsschutz ist ein Kernbereich eines wirksamen Vergaberechtsschutzregimes. Vor dem Hintergrund, dass wirksam erteilte Zuschlagsentscheidungen in den nationalen Rechtsordnungen zum Teil nicht mehr gerichtlich anzugreifen sind,[195] muss ein Bieter auf einstweiligen Rechtsschutz zurückgreifen können. Die Rechtsmittelrichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten dementsprechend dazu, dass die Nachprüfungsstellen vorläufige Maßnahmen ergreifen können, „um den behaupteten Verstoß zu beseitigen oder weitere Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern“ (Art. 2 Abs. 1 lit. a) RL 89/665/EWG). Diese vorläufigen Maßnahmen umfassen auch die Aussetzung des Vergabeverfahrens oder jeder anderen Entscheidung des Auftraggebers.

Werden entsprechende Anträge auf vorläufige Maßnahmen erstinstanzlich von einer unabhängigen Stelle überprüft, löst der einstweilige Rechtsschutz gemäß Art. 2 Abs. 3 RL 89/665/EWG einen automatischen Suspensiveffekt aus. Demnach müssen die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass der Auftraggeber den Vertragsschluss nicht vornehmen kann, bis die Nachprüfungsstelle über den Antrag auf vorläufige Maßnahmen entschieden hat. Da ein solcher Suspensiveffekt auch durch Anträge in der Hauptsache ausgelöst wird (Art. 2 Abs. 3 RL 89/665/EWG), verliert der einstweilige Rechtsschutz jedoch an Bedeutung. Dies gilt aber nicht für Fälle, in denen andere Entscheidungen des Auftraggebers als die Zuschlagsentscheidung durch einen Bieter angegriffen werden. Sofern eine Rechtsverletzung durch eine andere Verfahrensentscheidung einträte, ist die Anordnung weiterer vorläufiger Maßnahmen notwendig.[196]

Gemäß Art. 2 Abs. 5 RL 89/665/EWG können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die Nachprüfungsstelle eine Interessenabwägung bezüglich der Gewährung vorläufiger Maßnahmen vornehmen muss. Dabei müssen neben dem Schutzzweck der Richtlinie, dem Bieterschutz, vornehmlich die Interessen der Allgemeinheit an einer raschen Auftragserfüllung berücksichtigt werden. Eine Ablehnung vorläufiger Maßnahmen beeinträchtigt die weiteren Rechte des Antragstellers, etwa Schadensersatzansprüche oder seine Position im

[195] Siehe dazu auch den vierten Erwägungsgrund der RL 2007/66/EG; *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 90.
[196] Vgl. *Shirvani*, Optimierung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, 2016, S. 99.

Hauptsacheverfahren, nicht, jedoch entfällt danach der Suspensiveffekt auf das Vergabeverfahren. Sollten die beantragten vorläufigen Maßnahmen also nach der umfassenden Interessenabwägung durch die Nachprüfungsstelle abgelehnt werden, kann der Auftraggeber trotz anhängigem Hauptsacheverfahren rechtmäßig einen Vertragsschluss vornehmen. In diesem Sinne darf laut Art. 2 Abs. 3 S. 1 RL 89/665/EWG ein Zuschlag nicht vorgenommen werden bis „die Nachprüfungsstelle eine Entscheidung über einen Antrag auf vorläufige Maßnahmen oder eine Entscheidung in der Hauptsache getroffen hat".

Eine vom Auftraggeber oder bisherigen Bestbieter beantragte Durchbrechung des Suspensiveffekts ist in der Rechtsmittelrichtlinie gemäß Wortlaut damit nicht vorgesehen. Lediglich wenn ein Bieter weitere vorläufige Maßnahmen beantragt, diese aber abgelehnt werden, kann der Suspensiveffekt bereits vor einer Entscheidung in der Hauptsache aufgehoben werden. Eine vom Auftraggeber beantragte Aufhebung des Suspensiveffekts ist damit keinesfalls gleichzusetzen. Das Risiko der Aufhebung des Suspensiveffekts trägt der Bieter bei Beantragung weitere vorläufiger Maßnahmen selbst. Bei einer auftraggeberinitiierten vorläufigen Entscheidung wird ihm hingegen das Risiko aufgezwungen. Sofern bei der Auslegung der Rechtsmittelrichtlinie jedoch ausschließlich auf den Sicherungserfolg in der Form abgestellt wird, dass überhaupt eine Entscheidung einer unabhängigen Stelle vor einem wirksamen Zuschlag getroffen werden kann, wäre es unerheblich, von welcher Partei die Entscheidung herbeigeführt wird.

d) Hauptsacheentscheidung bis zum wirksamen Zuschlag

Neben dem vorläufigen Rechtsschutz verlangt die Rechtsmittelrichtlinie von den Mitgliedstaaten auch die Gewährleistung regulären wirksamen Rechtsschutzes in Form einer Hauptsachenentscheidung. Daher verpflichtet der Art. 2 Abs. 1 lit. b) RL 89/665/EWG die Mitgliedstaaten dazu, den Nachprüfungsbehörden die Kompetenz zu verleihen, rechtswidrige Entscheidungen der Auftraggeber aufzuheben.[197] Dies umfasst laut Rechtsmittelrichtlinie insbesondere die „Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen in den Ausschreibungsdokumenten, den Verdingungsunterlagen oder in jedem sonstigen sich auf das betreffende Vergabeverfahren beziehenden Dokument". Dazu muss die Nachprüfungsstelle in jedem Verfahrensstadium ermächtigt sein, rechtswidrige

[197] *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 91.

Entscheidungen aufzuheben oder aufheben zu lassen, um einen diskriminierungsfreien Wettbewerb zu garantieren.[198] Eine Aufhebung von Ausschreibungen bei Verfahrensfehlern ist beispielsweise möglich, aber keinesfalls immer zwingend vorzusehen. Bei ihrer Entscheidung muss die Nachprüfungsstelle schließlich auch das unionsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip beachten.

Wesentlich begrenzt wird die Reichweite der Hauptsacheentscheidung dadurch, dass die Mitgliedstaaten gemäß Art. 2 Abs. 7 RL 89/665/EWG den Primärrechtsschutz auf den Zeitraum bis zur wirksamen Zuschlagserteilung begrenzen können. Wie bereits erwähnt ist diese Begrenzung jedoch eng mit dem Suspensiveffekt, den auch das Nachprüfungsverfahren in der Hauptsache entwickelt (Art. 2 Abs. 3 RL 89/665/EWG), verknüpft. Ausnahmen vom Ausschluss des Primärrechtsschutzes sind dementsprechend dann vorgesehen, wenn der Auftraggeber gegen den Suspensiveffekt verstößt, die Stillhaltefrist unbeachtet lässt oder eine Unwirksamkeit des Vertrages nach Art. 2d RL 89/665/EWG vorliegt. In der Gesamtschau kann so garantiert werden, dass ein Bieter über die geplante Zuschlagsentscheidung informiert wird und aufgrund der Stillhaltefrist ausreichend Zeit hat einen Nachprüfungsantrag zu stellen, welcher dann eine wirksame Zuschlagserteilung unterbindet. Außerdem räumt die Rechtsmittelrichtlinie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, Fristen für die Beantragung einer Nachprüfung vorzusehen. Gemäß Art. 2c RL 89/665/EWG müssen diese Ausschlussfristen mindestens der Stillhaltefrist entsprechen. Je nach Kommunikationsmittel darf ein Bieter also verpflichtet werden, innerhalb von zehn oder 15 Kalendertagen nach einer Mitteilung über eine Verfahrensentscheidung ein Nachprüfungsverfahren zu beantragen. Sollte eine Mitteilung über die Verfahrensentscheidung nicht notwendig sein, läuft die Frist ab Veröffentlichung der anzugreifenden Entscheidung.

e) Nachvertraglicher Rechtsschutz

Verstöße gegen die, für die Wirksamkeit des Rechtsschutzes essenzielle, Informations- und Wartepflicht, gegen den Suspensiveffekt sowie besonders qualifizierte Verfahrensverstöße müssen gemäß Rechtsmittelrichtlinie trotz (rechtswidrigem) Vertragsschluss anfechtbar sein. Dazu sieht die Rechtsmittelrichtlinie neben dem Sekundärrechtsschutz in bestimmten Fällen wirksamen primären Rechtsschutz auch nach einem erteilten Zuschlag vor. Neben der

[198] *Reindl*, Effektivität des vergaberechtlichen Rechtsschutzes in Ungarn, 2010, S. 206.

Rechtsfolge der Unwirksamkeit der geschlossenen Verträge bei bestimmten Verfahrensverletzungen räumt die Rechtsmittelrichtlinie den Mitgliedstaaten auch die Option ein, alternative Sanktionen vorzusehen.

aa) Vertragsunwirksamkeit

Grundsätzlich ermöglicht die Rechtsmittelrichtlinie, dass wirksam abgeschlossene Vergabeverträge von Nachprüfungsverfahren ausgenommen werden können (Art. 2 Abs. 7 RL 89/665/EWG). Diese Rücksichtnahme auf die Zivilrechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten kennt aber bestimmte Ausnahmen. So sieht Art. 2d RL 89/665/EWG bei besonderen Verfahrensverstößen vor, dass ein Vertrag durch die Entscheidung der Nachprüfungsstelle selbst für Unwirksam erklärt wird oder sich die Unwirksamkeit aus der Entscheidung ergibt. Folglich ist eine durch den Auftraggeber herbeigeführte Unwirksamkeit ebenso zulässig wie eine gesetzlich vorgesehene.[199]

Diese weitreichende Rechtsfolge ist bei drei Kategorien von Verfahrensverstößen angedacht. Die erste Fallgruppe umfasst die sogenannten Direktvergaben. Entsprechend Art. 2d Abs. 1 lit. a) RL 89/665/EWG muss ein abgeschlossener Vertrag für unwirksam erklärt werden, wenn der Auftraggeber einen Auftrag ohne vorherige Bekanntmachung im Amtsblatt der EU vergeben hat, obwohl dies aufgrund der Vergaberichtlinien nötig gewesen wäre. Außerdem muss ein Vertrag für unwirksam erklärt werden, wenn ihn der Auftraggeber ohne Einhaltung der Stillhaltefrist oder trotz eines bestehenden Suspensiveffekts geschlossen hat. In diesen Fällen mussten durch die Verfahrensverletzung jedoch zusätzlich die rechtzeitige Inanspruchnahme des Rechtsschutzes verhindert sowie die Aussichten des Bieters auf die Zuschlagserteilung beeinträchtigt werden. Erst dann ist der Mitgliedstaat verpflichtet, die Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrags sicherzustellen (Art. 2d Abs. 1 lit. b) RL 89/665/EWG). Als dritter Unwirksamkeitsgrund führt die Rechtsmittelrichtlinie die Vergabe von Einzelverträgen aus Rahmenvereinbarungen und dynamischen Beschaffungssystemen an, die in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fallen und unter Nichtbeachtung der Stillhaltefrist durchgeführt wurden.[200] Die Rechtsmittelrichtlinie sieht also grundsätzlich nur bei besonders qualifizierten

[199] *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 92.
[200] *Seidel/Mertens*, in: Dauses/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 51. Ergänzungslieferung, Stand: Oktober 2020, 2020, H. IV. Öffentliches Auftragswesen, Rn. 329 ff.

Verfahrensverstößen eine Unwirksamkeit bereits geschlossener, vergaberechtlicher Verträge vor. Außerdem korrespondieren die Unwirksamkeitsgründe explizit mit den für die Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren wesentlichen Verfahrensvorgaben der Stillhaltefrist und des Suspensiveffekts.[201] Hieraus wird deutlich, dass die Vertragsunwirksamkeit nur bei einem „ganz beträchtlichen Verstoß gegen das Unionsvergaberecht" vorgesehen sein muss.[202] Dies ist der Fall, wenn der Bieter durch den Verfahrensfehler an der Inanspruchnahme des vorläufig sichernden Rechtsbehelfs gehindert wurde.

Darüber hinaus legt Art. 2d Abs. 3 RL 89/665/EWG fest, dass eine Unwirksamkeit bei Vorliegen eines Unwirksamkeitsgrundes keinesfalls zwingend herbeizuführen ist. Vielmehr räumt die Richtlinie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, den Nachprüfungsstellen eine Abwägung zu gestatten. Sofern die unabhängige Stelle „nach Prüfung aller einschlägigen Aspekte zu dem Schluss kommt, dass zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, die Wirkung des Vertrags zu erhalten", muss der Vertrag nicht für unwirksam erklärt werden. In diesen Fällen ist jedoch zwingend die Verhängung alternativer Sanktionen vorzusehen.

Wenn eine Nachprüfungsstelle einen Vertrag für unwirksam erklärt, kann diese Unwirksamkeit nach Ermessen der Mitgliedstaaten *ex nunc* oder *ex tunc* eintreten. Sollte ein Mitgliedstaat die Unwirksamkeit erst zum Zeitpunkt der Entscheidung und nicht rückwirkend vorsehen, müssen ebenfalls weitere alternative Sanktionen gegen den Auftraggeber verhängt werden.

Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 2d Abs. 4 RL 89/665/EWG eine drohende Unwirksamkeit von Direktvergaben ausschließen, wenn sie die beabsichtigte Direktvergabe im Amtsblatt der EU veröffentlichen und eine, der Stillhaltefrist entsprechende Frist abwarten. Art. 2d Abs. 5 RL 89/665/EWG sieht eine ähnliche Regelung für die Vergabe von Einzelverträgen in Rahmenvereinbarungen oder dynamischen Beschaffungssystemen vor. Sofern die Vergabestelle alle betroffenen Bieter in einer erneuten Ausschreibung über die beabsichtigte Zuschlagserteilung informiert und eine dem Art. 2a RL 89/665/EWG entsprechende Stillhaltefrist einhält, ist eine nachträgliche Unwirksamkeit der abgeschlossenen Verträge ausgeschlossen.

[201] Vgl. *Costa-Zahn/Lutz*, NZBau 9 (1), 22 (25).
[202] EuGH, Urteil vom 11.1.2005, Rs. C-26/03, Stadt Halle, Rn. 37; *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 92.

Sofern die Mitgliedstaaten von diesen Ausnahmen keinen Gebrauch gemacht haben oder die Unwirksamkeit des bereits geschlossenen Vertrags auch gemäß der Rechtsmittelrichtlinie nicht vorgesehen ist, richten sich die Ausschlussfristen für die Erwirkung einer Unwirksamkeit nach Art. 2f RL 89/665/EWG. Sollte der öffentliche Auftraggeber eine Direktvergabe *ex post* veröffentlicht haben, besteht gemäß Art. 2f Abs. 1 lit. a) erster Spiegelstrich RL 89/665/EWG eine Frist von 30 Kalendertagen zur Einlegung des Rechtsbehelfs. Sollte der Auftraggeber die betroffenen Bieter vor einer Direktvergabe korrekt informiert, aber die Stillhaltefrist nicht korrekt angegeben oder ignoriert haben, besteht ebenfalls eine Frist von 30 Kalendertagen (Art. 2f Abs. 1 lit. a) zweiter Spiegelstrich RL 89/665/EWG). In allen anderen Fällen muss ein betroffener Bieter mindestens innerhalb von sechs Monaten dazu berechtigt sein, einen vergaberechtswidrig abgeschlossenen Vertrag für unwirksam erklären zu lassen.

bb) Alternative Sanktionen

Laut Art. 2e Abs. 1 RL 89/665/EWG ist die Verhängung von alternativen Sanktionen bei Verstößen gegen den Suspensiveffekt eines Nachprüfungsverfahrens oder der Stillhaltefrist möglich, sofern sie nicht in den Anwendungsbereich des Art. 2d Abs. 1 lit. b) RL 89/665/EWG fallen, also den Bieter nicht daran gehindert haben ein Nachprüfungsverfahren rechtzeitig einzuleiten oder seine Chancen auf den Zuschlag beeinträchtigt haben. In diesen Fällen kann der Nachprüfungsstelle eingeräumt werden, den Vertrag für wirksam zu erachten, dafür aber alternative Sanktionen zu verhängen. Die Bußgelder oder die Vertragskürzung müssen jedoch wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Eine Anordnung der alternativen Sanktionen ist aufgrund eines Gesetzes oder durch die Entscheidung einer Nachprüfungsstelle möglich.[203] Bei der Entscheidung der Nachprüfungsstelle können alle relevanten Faktoren berücksichtigt werden, „einschließlich der Schwere des Verstoßes, des Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers und — in den in Artikel 2d Absatz 2 genannten Fällen — des Umfangs, in dem der Vertrag seine Gültigkeit behält“. Schadensersatz stellt ausweislich des Art. 2e Abs. 2 UAbs. 3 RL 89/665/EWG keine angemessene Sanktion dar. Eine entsprechende Umsetzung der Möglichkeit zur Verhängung von alternativen Sanktionen hat der deutsche

[203] *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 94; *Reindl*, Effektivität des vergaberechtlichen Rechtsschutzes in Ungarn, 2010, S. 209.

Gesetzgeber jedoch nicht vorgenommen, was aufgrund seines Ermessensspielraums aber auch nicht weiter problematisch ist.

II. Sekundärrechtsschutz

Neben dem dargestellten primären Rechtsschutz in Form des vorläufigen Rechtsschutzes und der Hauptsacheentscheidung, die unter Umständen sogar nachvertraglich wirksam Rechtsschutz gewährleistet, verpflichtet die Rechtsmittelrichtlinie die Mitgliedstaaten auch dazu, Sekundärrechtsschutz bereitzustellen. Art. 2 Abs. 1 lit. c) RL 89/665/EWG fordert dementsprechend, denjenigen, die durch einen Vergabeverfahrensverstoß geschädigt worden sind, Schadensersatz zuzusprechen. Der Schadensersatz ist dem betroffenen Bieter zu jeder Zeit des Vergabeverfahrens einzuräumen. Vor Vertragsschluss ist dies dem Umstand geschuldet, dass nicht jede rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers zwingend aufzuheben ist. Die weiterhin bestehende Verletzung der Rechte des Bieters muss dann durch Schadensersatz kompensiert werden können.[204] Nach einem wirksamen Vertragsabschluss ist der Bieter regelmäßig auf den sekundären Rechtsschutz begrenzt, was auch gemäß EuGH-Rechtsprechung solange zulässig ist, wie der Bieter vor Vertragsschluss ein Nachprüfungsverfahren initiieren konnte.[205]

Art. 2 Abs. 1 lit. c) RL 89/665/EWG verlangt als Anspruchsvoraussetzung für Schadensersatzansprüche einen, durch einen Verstoß gegen materielles Vergaberecht entstandenen, Schaden. Weitere Anspruchsvoraussetzungen werden durch die Rechtsmittelrichtlinie nicht vorgegeben, woraus regelmäßig ein weiter Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten abgeleitet wird.[206] Vor dem Hintergrund, dass den Mitgliedstaaten eine weite Beschränkung des primären Bieterschutzes ermöglicht wird, hat der EuGH einen verschuldensabhängigen Schadensersatz jedoch für unionrechtswidrig erklärt. So dürfe selbst bei einer Beweislastregelung zu Ungunsten des Auftraggebers kein Verschulden als Anspruchsvoraussetzung verlangt werden.[207] Dies leitet der EuGH für die RL 89/665/EWG daraus ab, dass der

[204] *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 94.
[205] EuGH, Urteil vom 30.9.2010, Rs. C-314/09, Strabag AG, Rn. 37 f.; *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 94.
[206] *Reindl*, Effektivität des vergaberechtlichen Rechtsschutzes in Ungarn, 2010, S. 209; *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 95; *Seidel/Mertens*, in: Dauses/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 51. Ergänzungslieferung, Stand: Oktober 2020, 2020, H. IV. Öffentliches Auftragswesen, Rn. 314.
[207] EuGH, Urteil vom 30.9.2010, Rs. C-314/09, Strabag AG, Rn. 41; *Prieß/Hölzl*, NZBau 12 (1), 21 (22).

Schadensersatz als Äquivalent zum Primärrechtsschutz ebenfalls kein Verschulden des Auftraggebers voraussetzen dürfe.[208] Im Gegensatz zur RL 89/665/EWG weist die Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie mit Art. 2 Abs. 7 eine spezielle Regelung über den Schadensersatz des negativen Interesses auf. Gemäß dieser Norm ist zum Ersatz des negativen Schadens explizit nur ein materieller Verfahrensverstoß, eine echte Chance des Bieters auf den Zuschlag und eine Kausalität zwischen Schaden und Verstoß nötig. Ansonsten machen die Rechtsmittelrichtlinien keine weiteren Vorgaben über den notwendigen Umfang des zu gewährenden Schadensersatzes.

B. Primärvergaberecht / Grundfreiheiten

Mit den Vergabe- und Rechtsmittelrichtlinien hat der europäische Gesetzgeber konkrete sekundärrechtliche Vorgaben zur Ausgestaltung des Vergabeverfahrensrechts und Vergaberechtsschutzes gemacht. Neben diesen richtlinienrechtlichen Vorgaben existieren jedoch auch Anforderungen an die Ausgestaltung der öffentlichen Auftragsvergabe unmittelbar aufgrund des europäischen Primärrechts. Diese Vorschriften werden Vergabeprimärrecht[209] oder Primärvergaberecht genannt und wurden durch den EuGH im Wesentlichen aus den Grundfreiheiten abgeleitet.[210] Außerdem besteht zwischen dem europäischen Wettbewerbsrecht sowie der öffentlichen Auftragsvergabe eine enge Verbindung,[211] sodass auch das europäische Kartellrecht (Art. 101-106 AEUV) sowie das Beihilfenrecht (Art. 107-109 AEUV) auf Vorgaben zur Ausgestaltung der öffentlichen Auftragsvergabe untersucht werden müssen.

I. Die Grundfreiheiten

Obwohl der EuGH im Rahmen seiner Rechtsprechung zu den sogenannten Vergabegrundsätzen zunächst auf „die Grundregeln des Vertrages im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen“ abstellte, soll die Diskussion dieser Vorgaben im Rahmen der Grundfreiheiten erfolgen. So hat der

[208] EuGH, Urteil vom 30.9.2010, Rs. C-314/09, Strabag AG, Rn. 39; *Shirvani*, Optimierung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, 2016, S. 101 ff.
[209] *Dörr*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, Rn. 5.
[210] Grundlegend EuGH, Urteil vom 7.12.2000, Rs. C-324/98, Telaustria, Rn. 61 f.
[211] Siehe etwa *Hagenbruch*, Das Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht, 2020, S. 372.

EuGH in seiner späteren Rechtsprechung zwar nur kumulativ auf die Grundfreiheiten verwiesen,[212] das teilweise Abweichen von der Wortwahl des EuGH ist aber insofern gerechtfertigt, da die grundfreiheitlichen Diskriminierungsverbote das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV als speziellere Normen verdrängen.[213] Grundsätzlich ist es nicht überraschend, dass die Grundfreiheiten infolge ihrer immensen Bedeutung[214] für das europäische Wirtschaftsrecht auch Einfluss auf die Ausgestaltung des Vergaberechts haben. Um die grundfreiheitlichen Anforderungen an den Vergaberechtsschutz jedoch genauer untersuchen zu können, muss zunächst deren potenzielle Reichweite diskutiert werden. Die Grundfreiheiten kommen in ihrer Funktion als Primärrecht nämlich sowohl für das harmonisierte als auch das nicht harmonisierte Vergaberecht in Frage. Sofern die Grundfreiheiten als Maßstabsnorm für das nicht harmonisierte Vergaberecht fungieren sollen, muss aufgezeigt werden, dass sie in diesem Bereich überhaupt einschlägig sind. Andererseits gilt es darzustellen, ob sich die Grundfreiheiten als Überprüfungsmaßstab für europäisches Sekundärrecht eignen. Dies ist nur dann der Fall, wenn der europäische Gesetzgeber den Grundfreiheiten verpflichtet ist. Sofern im Rahmen dieser Fragen der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten bei der öffentlichen Auftragsvergabe im und außerhalb des Anwendungsbereichs der Vergaberechtlinien eröffnet sein sollte, gilt es, danach die abzuleitenden Anforderungen an den Vergaberechtsschutz darzustellen.

1. Anwendbarkeit der Grundfreiheiten

Die Grundfreiheiten haben trotz ihrer normenhierarchischen Einordnung als Primärrecht keinen uneingeschränkten Geltungsbereich. Ihr Schutzbereich ist eng mit dem Binnenmarktziel aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV verknüpft.[215] In gewisser Hinsicht unterscheidet sie dieser Umstand von den „universellen“ Grundrechten.[216] Letztlich führt dies zu der Beschränkung

[212] EuGH, Urteil vom 6.4.2006, Rs. C-410/04, ANAV, Rn. 23.
[213] Auch *Mangold* diskutiert die Vergabegrundsätze im Rahmen der Grundfreiheiten. Ein Trennung des vergaberelevanten Schutzgehaltes der Grundfreiheiten von den Vergabegrundsätzen kann schlichtweg nicht sinnvoll vorgenommen werden, *Mangold*, Primärrechtsschutz im Vergaberecht, 2015, S. 21; so auch *Seidel/Mertens*, in: Dauses/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 51. Ergänzungslieferung, Stand: Oktober 2020, 2020, H. IV. Öffentliches Auftragswesen, Rn. 208.
[214] Siehe etwa *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 1; vgl. *Mangold*, Primärrechtsschutz im Vergaberecht, 2015, S. 16.
[215] *Graske*, Die verfahrensrechtliche Dimension der Grundfreiheiten der Europäischen Union, 2017, S. 132 f.
[216] *Graske*, Die verfahrensrechtliche Dimension der Grundfreiheiten der Europäischen Union, 2017, S. 131.

des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten auf Tätigkeiten im Rahmen des Handels zwischen den Mitgliedstaaten, also auf binnenmarktrelevante Sachverhalte.[217] So wird regelmäßig angenommen, dass ein „grenzüberschreitender Bezug" vorliegen muss, damit der Gehalt der Grundfreiheiten Anwendung finden kann.[218] Für die öffentliche Auftragsvergabe bedeutet dies, dass die materiellen Vorgaben der Grundfreiheiten nur dann gelten können, wenn ein „grenzüberschreitendes Interesse" an einem öffentlichen Auftrag besteht. Sofern die Grundfreiheiten auch als Maßstabsnorm für das sekundärrechtliche Vergaberecht dienen sollen, muss darüber hinaus aufgezeigt werden, dass der europäische Gesetzgeber ein Verpflichtungsadressat ist. Letztlich sind, je nach Grundfreiheit, lediglich bestimmte wirtschaftliche Tätigkeiten geschützt. Nur wenn die öffentliche Auftragsvergabe diese Bedingungen erfüllt, kommen die Grundfreiheiten und ihr Schutzgehalt als Maßstab für die Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes in Frage.

a) Grenzüberschreitender Bezug des Vergaberechts

Ein grenzüberschreitendes Interesse an öffentlichen Aufträgen und damit auch ein grenzüberschreitender Bezug des Vergaberechts ist insbesondere im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien zwingend anzunehmen. Die in den Vergaberichtlinien festgelegten Schwellenwerte fungieren als verbindlicher Indikator für einen grenzüberschreitenden Bezug der öffentlichen Auftragsvergaben.[219] Im Bereich des richtlinienrelevanten Vergaberechts, auf welchen der Rechtsschutz gemäß Rechtsmittelrichtlinie Anwendung findet, ist aufgrund des Erreichens der Schwellenwerte folglich immer ein grenzüberschreitendes Interesse an den öffentlichen Aufträgen gegeben. Ohne einen entsprechenden Binnenmarktbezug hätte der europäische Gesetzgeber ohnehin nicht tätig werden dürfen.

Die Voraussetzung eines grenzüberschreitenden Interesses an öffentlichen Aufträgen ist von daher insbesondere für die unmittelbare Anwendbarkeit der Grundfreiheiten außerhalb des harmonisierten Vergaberechts von Bedeutung. Bereits im Jahr 2000 befand der EuGH, dass

[217] *Graske*, Die verfahrensrechtliche Dimension der Grundfreiheiten der Europäischen Union, 2017, S. 133.
[218] *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, §7, Rn. 25, 31, 73; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 71. Ersatzlieferung, Stand: August 2020, 2020, Art. 56, 57 AEUV, Rn. 49.
[219] So verweist der europäische Gesetzgeber in seinen Erwägungsgründen mehrmals auf die notwendige grenzüberschreitende Dimension der zu regelnden Beschaffungsvorhaben und verknüpft die Vermutung über das Vorliegen des grenzüberschreitenden Interesses unmittelbar an einen Schwellenwert. Siehe z.B. Erwägungsgrund 115 der RL 2014/24/EU; Vgl. *Dageförde*, NZBau 21 (2), 72 (75).

„die Grundregeln des Vertrages im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen“ auch dann auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen anzuwenden seien, wenn diese nicht den einschlägigen Vergaberichtlinien unterfallen.[220] Während der EuGH zunächst die Möglichkeit für ausreichend erachtete, dass ein ausländisches Unternehmen Interesse am öffentlich Auftrag haben könnte,[221] schränkte das Gericht den unmittelbaren Anwendungsbereich der Grundfreiheiten mit der fortschreitenden Rechtsprechung immer weiter ein.[222] Gemäß aktueller Rechtsprechung verlangt der EuGH einen eindeutigen Nachweis über das Bestehen oder Fehlen eines grenzüberschreitenden Interesses, damit die Vergabe des öffentlichen Auftrages jenseits der Vergaberechtlinien den Grundfreiheiten unterworfen werden kann.[223] Für die Feststellung des grenzüberschreitenden Interesses sieht der EuGH die Höhe des Auftragswertes zwar als maßgebliches Indiz an, räumt aber ein, dass beispielsweise auch technische Merkmale oder der Ort der Ausführung ausschlaggebend sein können.[224] Generell lässt sich unterhalb der Schwellenwerte nur im Einzelfall über einen potentiellen Binnenmarktbezug des öffentlichen Auftrags entscheiden, was zu einer Vielseitigkeit der Faktoren seiner Bestimmung führt.[225] Unabhängig vom konkreten Nachweis eines grenzüberschreitenden Interesses im Einzelfall ist jedoch festzustellen, dass der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten auch bei der öffentlichen Auftragsvergabe unterhalb der Schwellenwerte eröffnet sein kann.[226] Somit sind die Grundfreiheiten geeignet, Vorgaben zur Ausgestaltung des Vergaberechts und dessen Rechtsschutzes jenseits der Vergabe- und Rechtsmittelrichtlinien zu enthalten. Daraus folgt, dass auch der unterschwellige Vergaberechtsschutz grundfreiheitlichen Vorgaben zur Ausgestaltung eines effektiven Rechtsschutzes unterworfen werden kann. Darüber hinaus kann auch das harmonisierte Vergaberecht anhand des Schutzgehaltes der Grundfreiheiten

[220] EuGH, Urteil vom 7.12.200, Rs. C-324/98, Telaustria, Rn. 60.
[221] EuGH, Urteil vom 21.7.2005, Rs. C-231/03, Co. Na. Me., Rn. 17.
[222] Detailliert dazu *Stein/v. Rummel*, NZBau 19 (10), 589.
[223] Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 22.10.2015, Rs. C-425/14, Impresa Edilux und SICEF, Rn. 22.
[224] Vgl. *Mangold*, Primärrechtsschutz im Vergaberecht, 2015, S. 31; EuGH, Urteil vom 15.5.2008, Rs. C-146/06, SECAP, Rn 31.
[225] *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, 1. Teil Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 43; *Dörr*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, Rn. 21. Zu den Merkmalen anhand derer ein grenzüberschreitendes Interesse festgestellt werden muss, siehe auch die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl. C 179/2 vom 1.8.2006, S. 3; *Stein/v. Rummel*, NZBau 19 (10), 589; *Dehling*, NZBau 12 (12), 725.
[226] So auch *Seidel/Mertens*, in: Dauses/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 51. Ergänzungslieferung, Stand: Oktober 2020, 2020, H. IV. Öffentliches Auftragswesen, Rn. 27.

überprüft werden, wenn der europäische Gesetzgeber durch das Primärvergaberecht verpflichtet wird.

b) Verpflichtungsadressaten

Primäre Verpflichtungsadressaten der Grundfreiheiten sind zunächst einmal die Mitgliedstaaten.[227] Dabei ist das formelle Auftreten der Mitgliedstaaten nicht ausschlaggebend. Vielmehr unterfallen alle den Mitgliedstaaten zurechenbare Einheiten dem Schutzbereich der Grundfreiheiten. Dem Staat zurechenbar sind Handlungen immer dann, wenn er in irgendeiner Weise Kontrolle ausüben kann. Damit sind nicht nur jegliche juristischen Personen des öffentlichen Rechts wie Bund, Länder und Kommunen an die Grundfreiheiten gebunden, sondern sämtliche Einrichtungen, über welche eine öffentliche Stelle beherrschenden Einfluss ausübt.[228] Solch ein beherrschender Einfluss ist zum Beispiel gegeben, wenn die Mitglieder der beherrschten Einrichtung vom Staat ernannt werden, die Einrichtung durch öffentliche Mittel finanziert wird oder Eigentumsrechte seitens des Staates bestehen.[229] Eine Einschränkung des Adressatenkreises der Grundfreiheiten aufgrund der Handlungsform (Wahl der Rechtsform o.ä.) oder des Gründungszwecks einer Einrichtung wäre unzulässig.[230] Damit unterfallen die öffentlichen Stellen, die im Vergaberecht beschaffend tätig werden, zweifelsfrei der Bindung der Grundfreiheiten. Eine entsprechende Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Einhaltung potenzieller Vorgaben der Grundfreiheiten ist daher gegeben.

Die Überprüfung des Vergaberechtsschutzes im Anwendungsbereich der Rechtsmittelrichtlinien anhand der Grundfreiheiten ist allerdings nur dann möglich, wenn auch der Unionsgesetzgeber bei der Errichtung des Binnenmarktes durch die Grundfreiheiten gebunden ist. Es stellt sich also die Frage, ob die EU selbst den Verbotstatbeständen der Grundfreiheiten, der so genannten negativen Integration, unterworfen ist.[231] In der Literatur

---

[227] *Mangold*, Primärrechtsschutz im Vergaberecht, 2015, S. 18; *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 7, Rn. 52.
[228] *Dörr*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, Rn. 24.
[229] EuGH, Urteil vom 24.11.1982, Rs. 249/81, Kommission/Irland, Rn. 6 ff.; Urteil vom 20.9.1988, Rs. C-302/88, Hennen Olie / ICOVA und Niederlande State, Rn. 15 f.; *Mangold*, Primärrechtsschutz im Vergaberecht, 2015, S. 18 f.; *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 52.
[230] EuGH, Urteil vom 24.11.1982, Rs. 249/81, Kommission/Irland, Rn. 3 ff.; *Mangold*, Primärrechtsschutz im Vergaberecht, 2015, S. 19.
[231] Für eine genauere Darstellung des Begriffspaars „positive und negative Integration“ siehe etwa *Valta*, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, 2013, S. 252.

wird eine solche Bindung des Unionsgesetzgebers bei der sekundärrechtlichen Ausgestaltung des Binnenmarktes, sprich positiven Integration, zum Teil verneint.[232] Letztlich geht es bei dieser Diskussion um das Verhältnis von Art. 114 AEUV zu den Grundfreiheiten. Teilweise wird bestritten, dass der Unionsgesetzgeber bei der Herstellung des Binnenmarktes durch Rechtsangleichung den Binnenmarkt behindern könne. Es wird weiter ausgeführt, dass die Grundfreiheiten in ihrer angedachten Funktion ausschließlich gegen die Mitgliedstaaten gerichtet seien und außerdem keine Gefährdungslage seitens der Union selbst für den Binnenmarkt bestehe.[233]

Eine andere Auffassung geht davon aus, dass im Rahmen von Art. 114 AEUV insgesamt ein positiver Beitrag zum Binnenmarkt geleistet werden muss. So seien Rechtsakte, die inhaltlich überwiegend positiv für den Binnenmarkt wirken, zulässig. Eine überwiegende Beschränkung hingegen sei unzulässig. Diese Ansicht stützt sich vor allem auf die Rechtsprechung des EuGH zu Werbeverboten.[234] Dabei wird der Schutzgehalt dann aber auf das Diskriminierungsverbot reduziert. Sämtliche Vorgaben der Grundfreiheiten nicht nur den Mitgliedstaaten, sondern auch der Union bei der Harmonisierung gegenüber geltend zu machen, überdehne diese.[235]

Diesen Argumenten zum Trotz muss von einer umfassenden Bindung des Uniongesetzgebers an die Grundfreiheiten ausgegangen werden. Die Grundfreiheiten sind in Ihrer Bedeutung mittlerweile mehr als Beschränkungen der Mitgliedstaaten. Sie orientieren sich unmittelbar am Rechtssubjekt, weshalb es irrelevant ist, von welcher öffentlichen Stelle eine Diskriminierung oder Beschränkung ausgeht.[236] Auch die Union ist vor dieser subjektiven Schutzwirkung nicht gefeit - vollkommen unabhängig davon, ob sie überhaupt ein Interesse an der Einschränkung der Grundfreiheiten hat. Dies muss genauso für den Binnenmarkt an sich gelten, welchen die Grundfreiheit schützen. So ist es vollkommen unerheblich, welche Ebene den Binnenmarkt behindert. Der Binnenmarkt kann nicht als „Eigentum“ der Union begriffen werden, welches einer Willkür oder zumindest einer Beschränkung seitens der EU

[232] Siehe etwa *Zazoff*, Der Unionsgesetzgeber als Adressat der Grundfreiheiten, 2011, S. 223 ff., 229; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Aufl. 2016, Art. 36 AEUV, Rn. 110.
[233] *Zazoff*, Der Unionsgesetzgeber als Adressat der Grundfreiheiten, 2011, S. 225.
[234] Etwa EuGH, Urteil vom 5.10.2000, Rs. C-376/98, Deutschland/Parlament und Rat, Rn. 83 ff.; *Korte*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Aufl. 2016, Art. 114 AEUV, Rn. 46, 48.
[235] *Classen*, in: Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 114 AEUV, Rn. 181.
[236] *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 71. Ersatzlieferung, Stand: August 2020, 2020, Art. 114 AEUV, Rn. 51 f.

ausgeliefert sein darf.[237] Dies müssen die Grundfreiheiten gegenüber den Mitgliedstaaten genauso wie gegenüber der EU sicherstellen. Die materiellen Vorgaben der Grundfreiheiten müssen somit für Union und Mitgliedstaaten umfassend gelten.[238] Eine Beschränkung von Schutzwirkungen anhand von bestimmten Gefährdungslagen widerstrebt der europäischen Rechts(staats)union außerordentlich. Der Anwendungsbereich einer Norm kann nicht mit einem bloßen Verweis darauf überzeugend eingegrenzt werden, dass eine Institution grundsätzlich kein Interesse an der Verletzung des sachlichen Schutzbereichs hat. Dennoch gelten die Verbotstatbestände der Grundfreiheiten für die positive Integration nicht uneingeschränkt. Eine beschränkende Wirkung von integrativer EU-Regulierung kann selbstverständlich anhand der üblichen Schranken gerechtfertigt werden und letztlich zu einer Verkürzung der wirtschaftlichen Freiheiten führen.[239] Darüber hinaus stehen erlassenes Sekundärrecht und die Grundfreiheiten zwar in einer gewissen Wechselwirkung, welche zur Auslegung der einen Rechtsquelle im Lichte der jeweils anderen führt,[240] dennoch bleibt die Normenhierarchie zwischen Primär- und Sekundärrecht davon unberührt.[241] Teilweise wird trotzdem die Auffassung vertreten, dass aufgrund der hohen sekundärrechtlichen Regelungsdichte im Bereich des Vergaberechts das einschlägige Primärrecht an Bedeutung verloren hat.[242] Dieser Umstand kann aber nicht dazu führen, dass das Primärrecht seine Auslegungs- und Kontrollfunktion einbüßt.[243] Die Grundfreiheiten kommen damit grundsätzlich als Überprüfungsmaßstab für Unionsrechtsakte und damit auch für die Effektivität des harmonisierten europäischen Vergaberechtsschutzes in Frage.

---

[237] Für diese Sicht sprechen auch die Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 26 Abs. 1, 2 AEUV, welche die Union dem Binnenmarkt verpflichten und ihn inhaltlich auch durch die Grundfreiheiten definieren.

[238] EuGH, Urteil vom 29.2.1984, Rs. 37/83, Rewe-Zentrale, Rn. 18; Urteil vom 9.8.1994, Rs. C-51/93, Meyhui/Schott Zwiesel Glaswerke, Rn. 11; Urteil vom 25.6.1997, Rs. C-114/96, Kieffer und Thill, Rn. 26. So auch *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, §7, Rn. 53; *Blanke*, in: Niedobitek (Hrsg.), Politiken der Union, 2014, § 2, Rn. 311; *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 71. Ersatzlieferung, Stand: August 2020, 2020, Art. 114 AEUV, Rn. 53.

[239] Vgl. *Schröder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 114 AEUV, Rn. 68.

[240] *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 7, Rn. 9; kritisch: *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, 1. Teil Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 37.

[241] *Graske*, Die verfahrensrechtliche Dimension der Grundfreiheiten der Europäischen Union, 2017, S. 131; *Harms*, Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2013, S. 39; *Ehlers* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2014, § 7, Rn. 53.

[242] Siehe *Mangold*, Primärrechtsschutz im Vergaberecht, 2015, S. 13.

[243] *Mangold*, Primärrechtsschutz im Vergaberecht, 2015, S. 14; *Harms*, Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2013, S. 39.

Darüber hinaus können die Grundfreiheiten (exklusive Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit) gemäß EuGH-Rechtsprechung[244] ebenfalls private Dritte in ihrem Handeln binden. Anfänglich wurde diese unmittelbare Drittwirkung nur bei staatsähnlich oder kollektiv regelnden Privaten angenommen.[245] Mittlerweile wurde das Diskriminierungsverbot aber gefestigt auch auf alle weiteren Verträge zwischen Arbeitnehmern ausgeweitet.[246] Etwaige Folgeprobleme aus dieser Rechtsprechung oder die in der Literatur geführte Debatte darüber können und sollen hier nicht weiter ausgeführt werden. Eine grundsätzliche Verpflichtung aller Privaten zu einem formalisierten Beschaffungsvorgang inklusive effektivem Rechtsschutzverfahren aufgrund der Drittwirkung der Grundfreiheiten zu fordern, wäre zweifelsfrei überzogen. Wettbewerbsschädigendes Verhalten Privater (ob Beschaffungsvorgänge überhaupt hierunter subsumiert werden können, sei dahingestellt) fällt in den Bereich des Wettbewerbsrechts und soll hier nicht weiter thematisiert werden.[247]

c) Qualifizierte wirtschaftliche Tätigkeit

Wie dargelegt, entfalten die Grundfreiheiten nur für bestimmte wirtschaftliche Tätigkeiten ihren Schutzgehalt. Dabei richten sich die Grundfreiheiten grundsätzlich auf die Marktöffnung für ausländische Akteure.[248]

Das jeweils genau geschützte Verhalten hängt von der jeweiligen Grundfreiheit ab. Im Bereich des Vergaberechts ist es offensichtlich, dass insbesondere die Waren-, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit regelmäßig betroffen sind.[249] Ziel des durch das Vergaberecht geregelten, öffentlichen Beschaffungsvorgangs ist der Einkauf von Waren und Dienstleistungen durch den öffentlichen Auftraggeber. Ohne auf den jeweiligen Schutzgehalt genau

[244] EuGH, Urteil vom 12.12.1974, Rs. 36/74, Walrave und Koch, Rn. 16 ff.; Urteil vom 15.12.1995, Rs. C-415/93, Bosman, Rn. 84; Urteil vom 12.07.2012, Rs. C-171/11, Fra.Bo.
[245] Etwa EuGH, Urteil vom 11.12.2007, Rs. C-438/05, Vikings; *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 7, Rn. 57; *Lengauer*, Drittwirkung von Grundfreiheiten, 2011, S. 156.
[246] EuGH, Urteil vom 6.6.2000, C-281/98, Angonese; Urteil vom 17.7.2008, Rs. C-94/07, Raccanelli.
[247] Dazu und zum Verhältnis von Art. 101 ff. AEUV zum Vergaberecht siehe etwa auch *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 108 ff.
[248] *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 7, Rn. 23, 74 ff.; *Riem*, Die europäischen Grundfreiheiten als Rechtsgrundlage von Leistungsansprüchen, 2010, S. 29.
[249] *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 39–66; *Harms*, Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2013, S. 102.

eingehen zu müssen, lässt sich sagen, dass die materiellen Vorgaben des Vergaberechts damit dem Schutzgehalt der jeweiligen Grundfreiheit zwangsweise unterfallen. [250]

2. Schutzgehalt der Grundfreiheiten

Wie aufgezeigt eignen sich die Grundfreiheiten prinzipiell als Überprüfungsmaßstab für die Ausgestaltung des Rechtsschutzes im Vergaberecht sowohl im Anwendungsbereich der Vergabe(rechtsmittel)richtlinien als auch im Unterschwellenbereich. Folglich können die Grundfreiheiten auf materielle Vorgaben für die Effektivität des Rechtsschutzes im Vergaberecht untersucht werden.

a) Persönlicher Schutzgehalt

Berechtigte der Grundfreiheiten sind vor allem die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten sowie juristische Personen. Die Berechtigung der Unionsbürger und Unionsbürgerinnen ergibt sich für die Arbeitnehmer, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit bereits aus dem Wortlaut der Normen und auch für die Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit muss sie angenommen werden.[251]

Bei juristischen Personen als Berechtigte der Grundfreiheiten ist ein grundsätzlich weites Verständnis angebracht. Für die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit ordnet der AEUV explizit die Gleichstellung von Gesellschaften und natürlichen Personen an (Art. 54 UAbs. 1, 62 AEUV). Dabei sind Gesellschaften als „Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen“ (Art. 54 UAbs. 1 AEUV) zu verstehen. Auf eine national zugesprochene (Teil)Rechtsfähigkeit kommt es insoweit nicht an. Ein Erwerbszweck wird

[250] *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, 1. Teil Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 6. Für eine kurze Übersicht inklusive Bezug zum Vergaberecht siehe etwa auch *Mangold*, Primärrechtsschutz im Vergaberecht, 2015, S. 20; ausführlicher *Harms*, Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2013, S. 135 ff. (Warenverkehrsfreiheit9, 146 ff. (Dienstleistungsverkehrsfreiheit), 147 (Niederlassungsfreiheit), 148 (Arbeitnehmerfreizügigkeit).

[251] *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 7, Rn 43, 45.

bereits dann angenommen, wenn eine wirtschaftliche Tätigkeit lediglich auf eine teilweise Kostendeckung zielt.[252]

Fraglich ist außerdem, ob der vergaberechtliche Schutzgehalt der Grundfreiheiten ausschließlich ausländische Bieter umfasst. Eine dementsprechende Inländerdiskriminierung ist jedenfalls in der grundsätzlichen Schutzrichtung der Grundfreiheiten veranlagt.[253] Ohne jedoch dem materiellen Schutzgehalt der Vergabegrundsätze vorgreifen zu wollen, soll bereits hier darauf verwiesen werden, dass der EuGH in seiner Rechtsprechung den vergaberechtsrelevanten Gehalt der Grundfreiheiten explizit auch auf rein inländische Sachverhalte angewandt hat.[254] Eine „Befreiung" vom einschlägigen Vergabeprimärrecht bei inländischen Bietern kann es also nicht geben.

Ein Bieter im Vergabeverfahren wird daher dem weiten persönlichen Schutzbereich regelmäßig unterfallen. Somit kann unterstellt werden, dass Bieter im öffentlichen Beschaffungsvorgang immer durch die Grundfreiheiten berechtigt werden. Der persönliche Schutzbereich steht der Geltendmachung potenzieller Vorgaben der Grundfreiheiten für das Vergabeprozessrecht folglich nicht im Wege.

b) Sachlicher Schutzgehalt

Fraglich ist nun, ob sich aus den Grundfreiheiten konkrete Vorgaben für die Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes ableiten lassen. Während dies für das Vergabeverfahrensrecht aufgrund der eindeutigen Rechtsprechung des EuGH unproblematisch ist, sind Vorgaben zur Ausgestaltung des Rechtsschutzes bislang nicht explizit gefordert worden.

aa) Verfahrensrechtliche Vergabegrundsätze

Die Grundfreiheiten waren in ihrer ursprünglichen Funktion zunächst spezielle Diskriminierungsverbote in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich. Sie konkretisieren damit das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV und gehen diesem als *lex specialis* vor.[255] Durch die Rechtsprechung des EuGH, insbesondere durch die berühmten *Dassonville-*

[252] Vgl. *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 7, Rn. 46.
[253] Kühling*/Huerkamp*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, 1. Teil Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 151.
[254] EuGH, Urteil vom 14.11.2014, Rs. C-221/12, Belgacom, Rn. 32, 34.
[255] *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 67.

und *Cassis-de-Dijon*-Urteile,[256] entwickelten sich die Grundfreiheiten schrittweise zu allgemeinen Beschränkungsverboten.[257] Letztlich ist den Grundfreiheiten ebenfalls eine Schutzpflicht des Staates vor schädigenden Handlungen Privater zu entnehmen.[258]

Dieser allgemeine Schutzgehalt der Grundfreiheiten findet auch im Vergaberecht Niederschlag. So hat der EuGH für den Unterschwellenbereich explizit die sogenannten Vergabegrundsätze aus den Grundfreiheiten und dem allgemeinem Diskriminierungsverbot abgeleitet.[259] Seit der *Telaustri*a-Entscheidung trifft die öffentlichen Auftraggeber daher eine Verpflichtung zur Transparenz, welche durch ein angemessenes Maß der Öffentlichkeit die Nachprüfung der Unparteilichkeit des Vergabeverfahrens ermöglichen soll.[260] Die aus den Grundfreiheiten abgeleiteten Vergabegrundsätze sollen im Wesentlichen die Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Transparenz der öffentlichen Auftragsvergabe garantieren.[261] Die Vergabegrundsätze erstrecken sich aber zunächst nur auf das Vergabeverfahren an sich. Besonders im Unterschwellenbereich geben sie so konkrete Vorgaben für das unionsrechtlich nicht weiter vorgeformte Vergabeverfahren vor, die mittlerweile nahtlos von den nationalen Gerichten übernommen wurden.[262] So hat der EuGH klargestellt, dass sich insbesondere Zulassungs-, Eignungs- und Auswahlkriterien nicht diskriminierend auf die verschiedenen Bieter auswirken dürfen.[263] Neben dem Verbot einer (mittelbaren) Diskriminierung aufgrund der Nationalität der Bieter verlangen die Grundfreiheiten in Verbindung mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot außerdem eine allgemeine Gleichbehandlung. Etwaige Vorteile einzelner Bieter, die etwa ihr Angebot nachträglich verändern können, ohne dass dieselbe Möglichkeit für die anderen Bieter besteht, stellen eine Verletzung der

[256] EuGH, Urteil vom 11.7.1974, Rs. 8/17, Dassonville; Urteil vom 20.2.1979, Rs. 120/78, Rewe/Cassis de Dijon.
[257] *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 7, Rn. 30; *Zazoff*, Der Unionsgesetzgeber als Adressat der Grundfreiheiten, 2011, S. 54 f.
[258] *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 7, Rn. 38.
[259] EuGH, Urteil vom 7.12.2000, Rs. C-324/98, Telaustria, Rn. 60 ff.; Urteil vom 21.7.2005, Rs. C-231/03, Coname, Rn. 16; Urteil vom 13.10.2005, Rs. C-458/03, Parking Brixen, Rn. 46. *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 175.
[260] EuGH, Urteil vom 7.12.2000 Rs. C-324/98, Telaustria, Rn. 60-62. Vgl. *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 175.
[261] *Dörr*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, Einleitung: Vergaberecht in Deutschland, Rn. 185.
[262] *Dörr*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, Einleitung: Vergaberecht in Deutschland, 167, 174 mit entsprechenden Nachweisen zur Rechtsprechung.
[263] *Dörr*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, Einleitung: Vergaberecht in Deutschland, Rn. 186.

Vergabegrundsätze dar.[264] Außerdem besteht seit der *Telaustria*-Entscheidung des EuGH eine verfahrensrechtliche Pflicht zur Transparenz. Daraus folgt die auftraggeberseitige Pflicht zur angemessenen Bekanntmachung von Auftragsvergaben. Zwar lässt sich hieraus keine zwingende Pflicht zur formellen Ausschreibung ableiten,[265] eine formlose, hinreichend zugängliche Bekanntmachung ist jedoch unerlässlich.[266] Selbst wenn das Fehlen einer Bekanntmachung keine Diskriminierung ausländischer Bieter darstellt, kann ein Verstoß gegen das Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten vorliegen, da den Bietern der Zugang zum ausländischen Markt aufgrund fehlender Informationen erschwert wird.[267] Das „Wie" der Bekanntmachung hängt dabei unmittelbar mit der Beschaffenheit des öffentlichen Auftrages zusammen. So ist von einer „je-desto"-Wirkung des Auftrags auszugehen. Je interessanter der Auftrag für ausländische Bieter ist, desto weitreichender muss er bekanntgemacht werden.[268] Jedoch lassen sich aus der Verpflichtung zur *Ex-ante*-Transparenz keine allgemeingültigen Regeln zur Bekanntmachung unterschwelliger binnenmarktrelevanter Aufträge ableiten. Vielmehr ist es mangels einer genauen Konkretisierung durch den EuGH oder den Unionsgesetzgeber den Mitgliedstaaten überlassen, den Vorgaben durch ihr Verfahrensrecht gerecht zu werden. Letztlich ist damit ein erheblicher Ausgestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten verbunden.[269]

Neben den Bekanntmachungspflichten und der Pflicht zur Verwendung nicht-diskriminierender Zuschlagskriterien besteht außerdem die Notwendigkeit eines fairen und unparteiischen Verfahrens sowie eine umfassende Dokumentationspflicht des Auftrag-gebers. Ohne eine lückenlose Dokumentation der einzelnen Verfahrensschritte kann keine

[264] *Dörr*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, Einleitung: Vergaberecht in Deutschland, Rn. 187.
[265] EuGH, Urteil vom 21.7.2005, C-231/03, Coname, Rn. 21.
[266] EuGH, Urteil vom 13.10.2005, C-458/03, Parking Brixen, Rn. 50; *Martlreiter*, Europäisierung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Unterschwellenaufträgen, 2011, S. 77; *Dörr*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, Einleitung: Vergaberecht in Deutschland, Rn. 189.
[267] *Martlreiter*, Europäisierung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Unterschwellenaufträgen, 2011, S. 76.
[268] *Martlreiter*, Europäisierung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Unterschwellenaufträgen, 2011, S. 81; siehe auch die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl. C 179/2 vom 1.8.2006.
[269] *Martlreiter*, Europäisierung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Unterschwellenaufträgen, 2011, S. 82; *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, 1. Teil Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 17. Zur Ausgestaltung der Vergabegrundsätze im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien siehe *Seidel/Mertens*, in: Dauses/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 51. Ergänzungslieferung, Stand: Oktober 2020, 2020, H. IV. Öffentliches Auftragswesen, Rn. 208 ff.

Überprüfung des Vergabeverfahrens erfolgen und somit auch der Grundsatz der Transparenz nicht erfüllt werden.[270] Die Vorgaben der Grundfreiheiten für die Ausgestaltung von Vergabeverfahren umfassen also mindestens verfahrensrechtliche Anforderungen, die eine nicht-diskriminierende und den Binnenmarkt nicht beschränkende Vergabe öffentlicher Aufträge mit Binnenmarktrelevanz garantieren sollen.

bb) Prozessrechtliche Dimension der Grundfreiheiten

Neben diesen unmittelbar verfahrensrechtlichen Gehalt der Grundfreiheiten tritt jedoch auch die Verpflichtung zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes. Bereits in der *Telaustria*-Entscheidung stellt der EuGH darauf ab, dass die Transparenzverpflichtung eine Nachprüfung ermöglichen muss. Außerdem ist es unbestritten, dass unmittelbar anwendbares und subjektiv-berechtigendes Unionsrecht Einzelnen ein Recht auf effektiven Rechtsschutz zur Durchsetzung dieses Unionsrechts gewährt.[271] Diese grundsätzliche Aussage muss so auch für die Grundfreiheiten gelten. Der Umstand, dass Grundrechten ihre eigene verfahren- und prozessrechtliche Dimension, beziehungsweise Absicherung, immanent ist, ist in der deutschen Rechtswissenschaft allgemein anerkannt.[272] *Graske* überträgt diesen Ansatz rechtstheoretisch überzeugend auch auf die Grundfreiheiten.[273] Außerdem hat der EuGH schon früh die prozessrechtliche Dimension der Grundfreiheiten anerkannt und festgestellt, dass ein Verfahren zu garantieren sei, welches „mit den Erfordernissen des Gemeinschaftsrechts in Bezug auf den effektiven Schutz der […] Grundrechte in Einklang steht". Deshalb müsse „jede Entscheidung gerichtlich auf ihre Rechtmäßigkeit im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht überprüft werden" können.[274] So besteht etwa im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit und der Personenverkehrsfreiheit eine gefestigte Rechtsprechung, welche eine gerichtliche Überprüfung von Einschränkungen der Grundfreiheit

[270] *Martlreiter*, Europäisierung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Unterschwellenaufträgen, 2011, S. 83 f.
[271] *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 7, Rn. 41; *Harms*, Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2013, S. 93; grundsätzlicher *Calliess/Kahl/Puttler*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Aufl. 2016, Art. 4 EUV, Rn. 81; *Martlreiter*, Europäisierung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Unterschwellenaufträgen, 2011, S. 86 ff.
[272] Siehe etwa *Graske*, Die verfahrensrechtliche Dimension der Grundfreiheiten der Europäischen Union, 2017, S. 49 ff. für eine detaillierte Darstellung der Entwicklung.
[273] *Graske*, Die verfahrensrechtliche Dimension der Grundfreiheiten der Europäischen Union, 2017, S. 107–144.
[274] EuGH, Urteil vom 7.5.1991, Rs. C-340/89, Vlassopoulou, Rn. 22.

verlangt.[275] Auch die bereits angesprochenen Vergabegrundsätze unterstützen diese Sichtweise. So fordert der EuGH, die Nachprüfbarkeit der Vergabeverfahren durch ein angemessenes Maß an Öffentlichkeit sicherzustellen.[276] Dies ist zwar an sich keine Verpflichtung zur Bereitstellung eines effektiven Rechtsschutzverfahrens, sichert ein solches aber verfahrensrechtlich ab.[277] Damit liefert der EuGH ein weiteres Argument für die Verpflichtung zu effektivem Rechtsschutz aufgrund der prozessrechtlichen Dimension der Grundfreiheiten.

Grundsätzlich besteht also eine prozessrechtliche Dimension der Grundfreiheiten, welche eine Pflicht zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gegenüber Eingriffen verlangt.[278] Auch vor dem Hintergrund einer potenziellen Auslegung im Sinne des *effet utile* überzeugt diese Ansicht.[279] So mussten die Grundfreiheiten vor der Einführung eines subjektiven Prozessgrundrechts (Art. 47 GrCh) die Mittel zu ihrer effektiven Durchsetzung bereits umfassen. Der Grundsatz des *effet utile* verlangt schließlich eine Auslegung des Gemeinschaftsrechts, welche dessen praktische Wirksamkeit gewährleistet. Dies erfordert, dass die subjektive Rechtsposition, die das Unionsrecht verleiht, immer auch gerichtlich durchsetzbar sein muss.[280] Mangels einer zentralen Anspruchsnorm, die das garantierte, musste jeder Norm selbst das Recht zur gesetzlichen Durchsetzung inhärent sein. Das entsprechende Prozessgrundrecht (Art. 47 GrCh), welches diese Aufgabe mittlerweile ebenfalls übernimmt, trat schließlich rechtsverbindlich erst mit dem Lissabon-Vertrag in Kraft. Auch davor mussten die

[275] EuGH, Urteil vom 28.1.2010, Rs. C-333/08, Kommission/Frankreich, Rn. 81; GA Bobek, Schlussanträge vom 21.7.2016, Rs. C-282/15, Rn. 59, 60; EuGH, Urteil vom 17.3.2011, verb. Rs. C-372/09 C-373/09, Peñarroja Fa, Rn. 63; *Graske*, Die verfahrensrechtliche Dimension der Grundfreiheiten der Europäischen Union, 2017, S. 211, 250 f., 269.

[276] EuGH, Urteil vom 7.12.2000, Rs. C-324/98, Telaustria, Rn. 62.

[277] *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 204; *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, 1. Teil Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 68.

[278] Eindeutig auch *Harms*, Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2013, S. 152 ff., 220 m.w.N.

[279] So auch *Huerkamp/Kühling*, NVwZ 30 (23), 1409 (1411). Grundsätzlich zur Auslegung mithilfe dieses Grundsatzes: *Riem*, Die europäischen Grundfreiheiten als Rechtsgrundlage von Leistungsansprüchen, 2010, S. 114.

[280] *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, 1. Teil Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 163. Dieser leitet daraus gleichzeitig den Vorrang des Primärrechtsschutzes ab.

Grundfreiheiten aber bereits wirksam durchzusetzen sein. Von einem Verlust dieser Eigenschaft durch die Einführung des Art. 47 GrCh ist nicht auszugehen.[281]

Allerdings ist der EuGH in seiner bisherigen Rechtsprechung selten auf den genauen Inhalt der Anforderung eines effektiven Rechtsschutzes gemäß den Grundfreiheiten eingegangen. Hauptsächlich fordert der Gerichtshof den Zugang zur gerichtlichen Überprüfung des potenziellen Eingriffs.[282] Im Urteil *Wall* verweist der EuGH hingegen explizit auf den Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz. So sei es in Ermangelung einer Unionsregelung Sache des innerstaatlichen Rechts, die Rechtsschutzmöglichkeiten zu bestimmen, die den Schutz der, dem Bürger aus dem Unionsrecht erwachsenden, Rechte gewährleisten sollen. „Diese Rechtsschutzmöglichkeiten dürfen nicht weniger günstig ausgestaltet sein als die entsprechenden innerstaatlichen Rechtsschutzmöglichkeiten (Grundsatz der Gleichwertigkeit) und die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Grundsatz der Effektivität)“.[283]

Fraglich ist nun, welche konkreten Mindestanforderungen insbesondere aus dem Effektivitätsgrundsatz abgeleitet werden können. Für die Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes kommt es dabei im Wesentlichen auf die Frage an, ob bei der Vergabe öffentlicher Aufträge immer primärer Rechtsschutz gewährleistet werden muss, oder eine Kompensation von Rechtsverletzungen durch Schadensersatz genügen kann.[284] Im Urteil Wall entschied der EuGH lediglich, dass nicht in allen Fällen, in denen die Transparenzpflicht verletzt worden sei, die nationalen Behörden zur Kündigung eines Vertrags und die nationalen Gerichte zu einer Unterlassungsanordnung verpflichtet werden könnten. Vor dem Hintergrund, dass auch im Rahmen der Rechtsmittelrichtlinie nicht alle Verfahrensverletzungen zwingend zur Unwirksamkeit eines bereits geschlossenen Vertrages oder zur Aussetzung des Vergabeverfahrens

[281] *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 174. Gegen eine vollständige Verdrängung der Grundfreiheiten durch die Grundrechte auch *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 14, Rn. 23; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 15 GrCh, Rn. 19. Da in diesem Fall keine Kollision von Grundfreiheiten und Grundrechten zu erwarten ist, muss auch eine potenzielle Hierarchie der Normen nicht diskutiert werden. Es spricht nichts dagegen, den Schutzgehalt beider Normtypen zu entwickeln und nebeneinander als Überprüfungsmaßstab für den Vergaberechtsschutz anzuwenden. Bemerkenswert ist allerdings, dass der EuGH zur Klärung des Schutzgehalts von Art. 47 GrCh unmittelbar auf frühere Rechtsprechung zum verfahrensrechtlichen Schutzgehalt der Grundfreiheiten zurückgreift: EuGH, Urteil vom 4.6.2013, Rs. C-300/11, ZZ, Rn. 53.

[282] *Graske*, Die verfahrensrechtliche Dimension der Grundfreiheiten der Europäischen Union, 2017, S. 211, 250.

[283] EuGH, Urteil vom 13.4.2010, Rs. C-91/08, Wall, Rn. 63 f.; siehe auch *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, 1. Teil Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 150.

[284] *Huerkamp/Kühling*, NVwZ 30 (23), 1409 (1411).

führen müssen,[285] überzeugt diese Rechtsprechung. Dennoch bleibt die Frage unbeantwortet, ob und wenn ja welche Maßnahmen die Mitgliedstaaten vornehmen müssen, um eine Überprüfung und gegebenenfalls eine Korrektur der Entscheidung einer Vergabestelle zu garantieren. Die allgemeine Rechtsprechung des EuGH kann durchaus in konträre Richtungen interpretiert werden.

So lässt die Judikatur des EuGH bezüglich Sanktionen zur effektiven Durchsetzung von Unionsrecht einen rein auf Schadensersatz basierenden Rechtsschutz explizit zu. Im Bereich der Diskriminierungsrichtlinie befand der EuGH etwa, dass ein zu leistender Schadensersatz unter gewissen Voraussetzungen „zur Gewährleistung eines tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutzes geeignet ist".[286] So muss der Schadensersatz unabhängig von einem Verschulden und von der Frage, ob der Bewerber schlussendlich erfolgreich gewesen wäre, gewährt werden sowie über das negative Interesse hinaus auch immaterielle Schäden umfassen.[287] Dennoch besteht im Rahmen des Effektivitätsgebots grundsätzlich ein Vorrang des primären vor dem sekundären Rechtsschutz.[288] Dies drückt sich auch in der Rechtsprechung des EuGH zum richtlinienrelevanten Vergaberecht aus, in dem die belastende Entscheidung des Auftraggebers unmittelbar und unabhängig von Schadensersatzansprüchen anfechtbar sein muss.[289] Eine Übertragung dieses Anspruchs der Rechtsmittelrichtlinien auf den Schutzgehalt der Grundfreiheiten verbietet sich jedoch, da der Gesetzgeber mit den Rechtsmittelrichtlinien eine legislative Entscheidung für die Notwendigkeit eines Primärrechtsschutzes vorgenommen hat. Der EuGH stellte (vor der Reform durch die RL 2007/66/EG) mit seiner Rechtsprechung lediglich sicher, dass dieses einfachgesetzlich verbürgte Recht auch wirksam in Anspruch genommen werden kann. Während rechtspolitische Erwägungen zwar klar für einen verbindlichen Vorrang des Primärrechtsschutzes sprechen, da dieser dem Zweck der

[285] Nur hinreichend qualifizierte Vergabeverfahrensverstöße führen zur Unwirksamkeit nach Art. 2d RMR. Im Rahmen der Ergreifung vorläufiger Maßnahmen besitzen die Nachprüfungsstellen die Kompetenz zur Interessenabwägung, sodass nicht zwingend die beantragte Maßnahme ergriffen werden muss.
[286] EuGH, Urteil vom 22.4.1997, Rs. C-180/95, Draehmpaehl, Rn. 25, 32, 33; siehe auch *Dörr*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, Einleitung: Vergaberecht in Deutschland, Rn. 197; *Martlreiter*, Europäisierung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Unterschwellenaufträgen, 2011, S. 88 m.w.N.
[287] EuGH, Urteil vom 22.4.1997, Rs. C-180/95, Draehmpaehl, Rn. 33 f.; *Harms*, Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2013, S. 93.
[288] Vgl. EuGH, Urteil vom 15.10.1987, Rs. C-222/86, Heylens, Rn. 14; *Martlreiter*, Europäisierung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Unterschwellenaufträgen, 2011, S. 88; *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, 1. Teil Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 163 ff.
[289] EuGH, Urteil vom 28.10.1999, Rs. C-81/98, Alcatel Austria, Rn. 43.

Verwirklichung des Binnenmarktes wesentlich wirksamer dienen würde,[290] kann eine handfeste Pflicht zur Gewährung primären Rechtsschutzes nicht aus den Grundfreiheiten abgeleitet werden. In Verbindung mit dem Urteil *Wall*, das eine unmittelbare Beseitigung der Rechtsverletzung in Form des rechtswidrig geschlossenen Vertrags nicht in allen Fällen als notwendig erachtet, ermöglicht dies den Mitgliedstaaten den bewussten Ausschluss von Primärrechtsschutz in bestimmten Fällen.

Der Rechtsprechung des EuGH lässt sich jedoch auch entnehmen, dass der Effektivitätsgrundsatz einen wirksamen vorläufigen Rechtsschutz gegen mitgliedstaatliche Entscheidungen verlangt, die gemeinschaftsrechtlich begründete Rechte verletzen könnten.[291] Dieser Rechtsschutz ist, sofern kein eigener Rechtsbehelf vorgesehen wurde, notfalls im Rahmen der ordentlichen Gerichtsbarkeit oder anderer bestehender Rechtsbehelfe durch unionsrechtskonforme Auslegung herbeizuführen. Bringt man diese Entscheidung nun in Verbindung mit den Anforderungen der Vergabegrundsätze, ergibt sich ein neues Bild. So muss grundsätzlich ausreichende Transparenz geschaffen werden, damit eine Vergabeentscheidung gerichtlich überprüfbar ist. Außerdem muss aufgrund des Effektivitätsgebots, sofern der Mitgliedstaat primären Rechtsschutz in gerechtfertigten Fällen nicht explizit ausgeschlossen hat,[292] ein wirksamer vorläufiger Rechtsschutz gewährleistet werden. Soll aber nun ein Vergabeverfahren im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes überhaupt wirksam gerichtlich überprüfbar sein, ist eine Vorabinformationspflicht des Auftraggebers unerlässlich. Diese Vorabinformationspflicht entspringt aber den Vergabegrundsätzen erst in Verbindung mit dem Umstand, dass vorläufiger Rechtsschutz gewährleistet werden muss. Wenn also der Vergabegrundsatz der Transparenz eine gerichtliche Überprüfung ermöglichen soll und diese gerichtliche Überprüfung (sofern Primärrechtsschutz nicht explizit durch den nationalen Gesetzgeber ausgeschlossen wurde) zwangsweise vorläufigen Rechtsschutz umfasst, muss dem Transparenzgrundsatz auch eine Vorabinformationspflicht

[290] Ausführlich *Martlreiter*, Europäisierung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Unterschwellenaufträgen, 2011, S. 89; *Huerkamp/Kühling*, NVwZ 30 (23), 1409 (1411).
[291] EuGH, Urteil vom 13.3.2007, Rs. C-432/05, Unibet, Rn. 66-77; *Dörr*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, Einleitung: Vergaberecht in Deutschland, Rn. 200.
[292] Dieser Ausschluss steht im Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers. Ein kompletter Ausschluss des Primärrechtsschutzes im binnenmarktrelevanten Vergaberecht wurde bislang aber nicht durch den EuGH bestätigt. Lediglich aus der Übertragung der Rechtsprechung aus anderen Rechtsbereichen und dem Umstand, dass nicht zwingend umfassender Primärrechtsschutz im Vergaberecht gewährleistet werden muss, lässt sich diese Aussage indirekt ableiten. Gegen eine Übertragung siehe etwa *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, 1. Teil Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 166.

zu entnehmen sein. Ohne Vorabinformationspflicht würde sonst der Notwendigkeit eines vorläufigen Rechtsschutzes jeder Sinn geraubt. Wenn vorläufiger Rechtsschutz zwingend vorzusehen ist, muss dieser schließlich auch eine faktische Wirkung haben. Ohne Vorabinformationspflicht ist dies aber nicht gewährleistet.

Es lässt sich also festhalten, dass, aufgrund der verfahrens- beziehungsweise prozessrechtlichen Schutzdimension der Grundfreiheiten, eine eigenständige Verpflichtung zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes besteht.[293] Diese Verpflichtung bleibt in der Ausgestaltung durch den EuGH jedoch vage. Mit Sicherheit lässt sich lediglich sagen, dass überhaupt der Zugang zu einem Rechtsweg bestehen und dieser dem Effektivitäts- und Äquivalenzgebot entsprechen muss. Darüber hinaus lässt sich aus einer übergreifenden Analyse der EuGH-Rechtsprechung ableiten, dass ein Ausschluss von Primärrechtsschutz zugunsten eines verstärkten Sekundärrechtsschutzes zulässig sein kann.[294] Maßgeblich ist hier, dass auch ohne Primärrechtsschutz eine wirksame Durchsetzung des Unionsrechts im Sinne des Effektivitätsgrundsatzes und des *effet utile* bewirkt werden kann.[295] Sofern jedoch kein Ausschluss von Primärrechtsschutz durch den nationalen Gesetzgeber vorgenommen wurde, muss auch wirksamer vorläufiger Rechtsschutz gewährleistet werden. Grundsätzlich wäre es dem nationalen Gesetzgeber jedoch erlaubt, den vergaberechtlichen Primärrechtsschutz weiterführend einzuschränken. Sofern er dies aber nicht explizit gesetzlich vornimmt, müssen aufgrund der Grundfreiheiten die bestehenden Rechtsmittel und die Verfahrensausgestaltung dem Effektivitätsgebot mitsamt dem Grundsatz der Transparenz genügen. Dies setzt eine, der Regelung der Rechtsmittelrichtlinie zumindest ähnliche, Vorabinformations- und Wartepflicht des Auftraggebers voraus.[296] Diese Anforderungen müssen dann auch bei binnenmarktrelevanten Auftragsvergaben außerhalb der Vergaberichtlinien gelten.

Sobald der nationale Gesetzgeber Primärrechtsschutz zur Absicherung der grundfreiheitlichen Verfahrensvorschriften ausschließt, muss die Ausgestaltung des vergaberechtlich einschlägigen Sekundärrechtsschutzes eine wirksame Durchsetzung des

[293] Ähnlich *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, 1. Teil Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 68.
[294] Ähnlich *Wollenschläger*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, Rn. 20, der einen Vorrang des Primärrechtsschutzes sieht, welcher bei ausreichend gewichtiger Rechtfertigung durchbrochen werden kann.
[295] Vgl. *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, 1. Teil Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 164.
[296] Ähnlich *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, 1. Teil Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 169.

Primärvergaberechts garantieren. Dazu muss der sekundäre Vergaberechtsschutz so ausgestaltet sein, dass die Mitgliedstaaten zur wirksamen Umsetzung der materiellen Verfahrensvorgaben veranlasst werden. Dazu hat der EuGH festgehalten, dass entsprechende Schadensersatzansprüche unverschuldet und unabhängig von der Frage, ob der Bewerber schlussendlich erfolgreich gewesen wäre, gewährt werden müssen sowie mehr als das negative Interesse zu umfassen hat. Außerdem kann vor dem Hintergrund des *effet utile* angenommen werden, dass eine ausreichend abschreckende Wirkung vor Verfahrensverstößen gegeben sein muss. Diese notwendige Funktion kann wohl nur bei einer ausreichenden Höhe und Erfolgschance der Anspruchsgrundlagen erfüllt werden.[297]

3. Schranken

Sollten sich bei der weiteren Untersuchung der aktuellen Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes Konflikte mit dem Schutzgehalt der Grundfreiheiten ergeben, ist eine mögliche Rechtfertigung des potenziellen Eingriffs zu berücksichtigen.

Dafür kommen einerseits die explizit normierten Rechtfertigungsgründe der jeweiligen Grundfreiheit in Art. 36, 45, 52 und 62 AEUV in Betracht, andererseits auch eine Rechtfertigung durch die ungeschriebenen, „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses".[298] Eine Rechtfertigung durch die ungeschriebenen Gründe ist jedoch nur bei unterschiedslos wirkenden Maßnahmen der Mitgliedstaaten möglich.[299] Als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe sind insbesondere der Verbraucher- und Umweltschutz anerkannt; rein wirtschaftliche Erwägungen können jedoch keine Rechtfertigung darstellen. Bei einer Rechtfertigung der Verletzung muss auch der unionsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet werden.[300]

---

[297] *Martlreiter*, Europäisierung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Unterschwellenaufträgen, 2011, S. 90.

[298] *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 198; *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, 1. Teil Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 93 ff.

[299] *Martlreiter*, Europäisierung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Unterschwellenaufträgen, 2011, S. 71 f.; *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 3, Rn. 22. Grundlegend EuGH, Urteil vom 20.2.1979, Rs. 120/78, Rewe/Cassis de Dijon, Rn. 8.

[300] Vgl. *Martlreiter*, Europäisierung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Unterschwellenaufträgen, 2011, S. 72.

II. Weiteres Primärvergaberecht

Die Grundfreiheiten in Verbindung mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot stellen die wesentlichen primärrechtlichen Anforderungen an das Vergabeverfahren und den anhängigen Rechtsschutz. Jedoch lässt sich auch im Rahmen des Wettbewerbsrechts eine Verbindung zur öffentlichen Auftragsvergabe herstellen. Dementsprechend ist kurz darzustellen, welche Bedeutung sowohl das europäische Kartellrecht als auch das Beihilfenrecht als Vergabeprimärrecht entwickeln kann und ob sich daraus Vorgaben zum Rechtsschutz ableiten lassen.

1. Europäisches Wettbewerbsrecht für Unternehmen (Art. 101 – 106 AEUV)

Grundsätzlich richtet sich das europäische Kartellrecht zunächst an private Unternehmen und soll den Missbrauch von Marktmacht durch private Akteure verhindern. Jedoch können sich auch für den Staat Bindungen aus dem Wettbewerbsrecht ergeben. So ist er einerseits unmittelbar durch Art. 160 Abs. 1 AEUV gebunden, andererseits kann er aufgrund eines funktionalen Unternehmensbegriffs auch unter die Verbotsnorm des Art. 102 AEUV fallen.[301] Voraussetzung dafür ist insbesondere eine „wirtschaftliche Tätigkeit“, die auf eine nachfrageorientierte Tätigkeit des öffentlichen Auftragnehmers ausgeweitet werden kann.[302] Da ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch den Auftragnehmer (etwa durch die Nutzung eines Nachfragemonopols) vorliegen muss, sind entsprechende Fälle äußerst selten.[303] Dennoch ist der öffentliche Auftraggeber unter diesen Umständen dem europäischen Wettbewerbsrecht unterworfen. Jedoch ist die Rechtmäßigkeit der öffentlichen Auftragsvergabe dann eine Frage des Wettbewerbsrechts und nicht des Vergaberechts. So kann ein Vergabeverfahrensverstoß zwar gleichzeitig auch ein Verstoß gegen beispielsweise Art. 102 oder 106 Abs. 1 AEUV darstellen,[304] dies sind aber zwei verschiedene Rechtsfragen. Die faktische Überschneidung der Rechtsbereiche führt nicht zu besonderen Anforderungen an die Auftragsvergabe aus vergaberechtlichen Gesichtspunkten. Eine speziell vergaberechtliche Wirkung der Art. 101-106 AEUV, die über

[301] *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 108 f.; *Harms*, Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2013, S. 173.
[302] *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 113.
[303] *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 119; *Harms*, Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2013, S. 173.
[304] *Barth*, Das Vergaberecht ausserhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, 2010, S. 47.

die Anforderungen der Grundfreiheiten hinausgehen kann, besteht trotz der potenziellen Verknüpfung in einem Sachverhalt also nicht.

2. Beihilfenrecht (Art. 107 – 109 AEUV)

Das europäische Beihilfenrecht ist in zweierlei Hinsicht mit dem Vergaberecht verbunden. Zunächst steht im Raum, dass die Erteilung eines öffentlichen Auftrags an einen Bieter den Tatbestand einer Beihilfe erfüllen kann. Sofern jedoch das Vertragsentgelt eine angemessene Gegenleistung für die erbrachte Leistung darstellt, ist nicht von einer Beihilfe auszugehen. Gemäß dem Urteil *Altmark* ist dies bei einer vergaberechtlich korrekten Auftragsvergabe zu vermuten.[305] Umstritten ist diese Wertung der Auftragsvergabe bei der Berücksichtigung sogenannter vergabefremder, beziehungsweise strategischer Kriterien. Diese ökosozialen strategischen Ziele unterfallen nicht unmittelbar den wirtschaftlichen Kriterien und könnten so zu einer Überzahlung des erfolgreichen Bieters führen. Jedoch sind die strategischen Ziele mittlerweile als normative Zuschlagskriterien anerkannt und damit Bestandteil einer erweiterten Wirtschaftlichkeitsbetrachtung.[306] Außerdem wäre eine ungerechtfertigte Beihilfe in Form einer öffentlichen Auftragsvergabe aus vergaberechtlicher Sicht unproblematisch. Der Rechtsverstoß ergäbe sich aus einem beihilfenrechtlichen Verbotstatbestand, der nicht in den Rechtskreis des Vergaberechts fällt. Zwar bestünde hier wie beim Wettbewerbsrecht nach Art. 101-106 AEUV eine Verknüpfung beider Rechtsbereiche im konkreten Sachverhalt, die Erfüllung des Beihilfeverbots ist aber kein Verstoß gegen das materielle Vergaberecht.[307] Eine Untersuchung der primärrechtlichen Vorgaben des Beihilfenrechts gebietet sich also aus der vergaberechtlichen Perspektive nicht.

Das Beihilfenrecht kann jedoch einen weiteren Anknüpfungspunkt an vergaberechtliche Sachverhalte entwickeln. So könnte die staatliche Subventionierung eines Bieters eine Verzerrung der Chancengleichheit der konkurrierenden Bieter darstellen. Der EuGH hat in seinem Grundsatzurteil *ARGE Gewässerschutz* jedoch festgestellt, dass die Zulassung von Auftragnehmern, die Zuwendungen erhalten, keine Ungleichbehandlung der Bieter oder ein

[305] EuGH, Urteil vom 24.7.2003, Rs. C-280/00, Altmark, Rn. 95; *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 121.
[306] *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 123 f.
[307] Vgl. *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 3, Rn. 35.

Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit darstellt.[308] Vor dem Hintergrund, dass es widersprüchlich wäre, erst eine Beihilfe zu gewähren, um damit eine Benachteiligung wie den Ausschluss von der öffentlichen Auftragsvergabe zu begründen, kann diese Rechtsprechung durchaus überzeugen.[309] Diese Beurteilung einer Beihilfe kann jedoch nicht bestehen, wenn sie nicht rechtmäßig erteilt wurde. In diesen Fällen ist die vergaberechtlich geforderte Chancengleichheit der Bieter nicht zwingend gewährleistet. Ein Verstoß gegen Beihilfenrecht kann deshalb zum Ausschluss des Bieters im Vergabeverfahren führen. Eine entsprechende Handhabe ist im Urteil *ARGE Gewässerschutz* explizit erwähnt und im harmonisierten Vergaberecht (Art. 69 Abs. 4 RL 2014/24/EU und Art. 84 Abs. 4 RL2014/25/EU) vorgesehen. So kann der Auftraggeber ein ungewöhnlich niedriges Angebot ausschließen, wenn der Bieter nicht nachweisen kann, dass die Beihilfe, die zum niedrigen Angebotspreis führt, rechtmäßig erteilt wurde.[310] Eine entsprechende Ungleichbehandlung der Bieter durch rechtswidrig erteile Beihilfen bestünde jedoch auch im Bereich binnenmarktrelevanter Vergaben außerhalb des Anwendungsbereichs der Vergaberichtlinien, was für eine verbotene Beschränkung der Grundfreiheiten spricht. Jedoch lässt der EuGH im Sekundärvergaberecht vorgesehene Ausschlussgründe regelmäßig auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinien zu.[311] Vor diesem Hintergrund ist ein Ausschluss ungewöhnlich niedriger Angebote, die auf rechtswidrig erlangten Beihilfen beruhen, auch außerhalb des Sekundärvergaberechts möglich.[312] Ein entsprechendes Gebot unterfällt damit dem grundfreiheitlich begründeten materiellen Vergaberecht. Anforderungen an den Rechtsschutz ergeben sich daher ebenfalls aus den Grundfreiheiten.

Trotz der engen Verknüpfung des europäischen Beihilfenrechts mit vergaberechtlichen Sachverhalten können daraus keine weiterführenden, eigenständigen Anforderungen an den Vergaberechtsschutz abgeleitet werden. Vielmehr besteht zwar eine Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber durch die Normen des europäischen Wettbewerbs- und Beihilfenrechts auch im Vergaberecht, besondere Anforderungen an das Vergaberecht aufgrund des

[308] EuGH, Urteil vom 7.12.2000, Rs. C-94/99, ARGE Gewässerschutz, Rn. 32, 36 ff.; *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 130.
[309] *Hagenbruch*, Das Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht, 2020, S. 251.
[310] *Hagenbruch*, Das Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht, 2020, S. 250 ff.
[311] EuGH, Urteil vom 18.12.2014, Rs. C-470/13, Generali-Providencia Biztosító.
[312] Außerdem besteht die Möglichkeit, Bieter bei begründeten Beihilferückforderungen aufgrund mangelnder finanzieller Kapazitäten zur Erfüllung des Auftrags von der Auftragsvergabe ausschließen zu können. Ausführlich dazu *Hagenbruch*, Das Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht, 2020, S. 253 ff.; *Barth*, Das Vergaberecht ausserhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, 2010, S. 50.

primärrechtlichen Beihilfenrechts bestehen jedoch nicht. Vergabe- und Beihilfenrecht verlaufen also weitgehend parallel und wirken nur vereinzelt in den jeweils anderen Rechtsbereich hinein.[313]

C. Grundrechtecharta

Bereits vor der Ausarbeitung der Grundrechtecharta im Jahr 2000 war die EU als supranationales Rechtssubjekt den Freiheitsrechten seiner Bürger unterworfen. Mit der EMRK begann in den 50er Jahren eine Entwicklung zu einem gemeineuropäischen Grundrechtsstandard, der den EuGH dazu veranlasste, aus den „gemeinsamen Verfassungstraditionen" der Mitgliedstaaten europäische Grundrechte zu entwickeln.[314] Mit der europäischen Grundrechtecharta und deren Rechtsverbindlichkeit, die durch das Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon eintrat, erlangte der Grundrechtsschutz eine neue Qualität.[315] Damit sind die europäischen Grundrechte mittlerweile den Verträgen „gleichrangig" und als europäisches Primärrecht zu qualifizieren, womit ihnen eine Funktion als Auslegungs- und Kontrollmaßstab zukommt.[316] Folglich sind auch die europäischen Grundrechte mit einem vergaberechtlichen Bezug geeignet, Vorgaben zur Ausgestaltung des Vergabeverfahrensrechts sowie des Rechtsschutzes zu machen. Zwar haben die Grundrechte in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zum Vergaberecht im Vergleich zu den Grundfreiheiten keinerlei Rolle gespielt,[317] einer Verpflichtung der Unionsorgane und der Mitgliedstaaten bei der Schaffung und Anwendung des unionsrechtlichen Vergaberechts steht dies jedoch nicht im Wege.

Damit aus den Grundrechten klare Anforderungen an das Vergaberecht und insbesondere an die Effektivität des Vergaberechtsschutzes abgeleitet werden können, muss einerseits deren Anwendungsbereich eröffnet sein und andererseits auch deren Schutzgehalt

---

[313] *Hagenbruch*, Das Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht, 2020, S. 373 ff.; *Barth*, Das Vergaberecht ausserhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, 2010, S. 51.

[314] Zur Darstellung dieser Entwicklung siehe etwa *Nicolaysen*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2. Aufl. 2020, § 1, S. 1-26; zu verschiedenen nationalen Gehalten des Grundsatzes des effektiven Rechtsschutzes siehe *Weber*, Der europarechtliche Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes und das EG-Sekundärrecht, 2008, S. 23 ff.

[315] Siehe etwa *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 71. Ersatzlieferung, Stand: August 2020, 2020, Art. 6 EUV, Rn. 12.

[316] *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 71. Ersatzlieferung, Stand: August 2020, 2020, Art. 6 EUV, Rn. 28.

[317] *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 134.

vergaberelevante Aspekte umfassen. Sofern solche Gewährleistungen vorliegen, kann ein Abgleich mit dem bestehenden Vergaberechtsschutzregime vorgenommen werden.

Bei der folgenden Prüfung werden die europäischen Grundrechte gemäß der Grundrechtecharta untersucht. Auch wenn die Grundrechte der EMRK gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts sind, sollen diese an sich eigenständigen Gewährleistungen im Rahmen der Grundrechtecharta Beachtung finden.[318] Eine eigenständige, separate Untersuchung dieser allgemeinen Grundsätze wäre vor dem Hintergrund ihrer Funktion als Entwicklungsklausel nicht angemessen.[319]

I. Anwendungsbereich – Art. 51 Abs. 1 GrCh

Um als Maßstab für die Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzregimes in Frage zu kommen, muss der Anwendungsbereich der Grundrechtecharta die legislative Gestaltung und die administrative Durchführung der öffentliche Auftragsvergabe umfassen. Der dafür ausschlaggebende Anwendungsbereich der Grundrechte richtet sich dabei nicht nach dem einzelnen Grundrecht, sondern nach der allgemeinen Norm des Art. 51 Abs. 1 GrCh.

1. Organe der Union

Gemäß Wortlaut des Art. 51 Abs. 1 GrCh gilt die Grundrechtecharta „für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“. Daraus resultiert eine umfassende Bindung der Union an den Grundrechtskatalog der Charta. Explizit genannt werden die Organe (im Sinne der Vertragsorgane), Einrichtungen und sonstige Stellen der Union. Dies umfasst neben den Vertragsorganen auch alle Nebenorgane, durch Sekundärrecht geschaffene Stellen wie Ämter und Agenturen sowie sämtliche durch unionsrecht geschaffene Organisationseinheiten.[320] Diese Verpflichteten sind wiederum in ihren Tätigkeiten umfassend gebunden. Sowohl in den klassischen Bereichen der Rechtssetzung,

[318] Ohnehin besteht im Rahmen der Grundrechtecharta eine starke Geltung der EMRK als Rechtserkenntnisquelle oder darüber hinaus. *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 71. Ersatzlieferung, Stand: August 2020, 2020, Art. 6 EUV, Rn. 51.
[319] Siehe dazu etwa *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 71. Ersatzlieferung, Stand: August 2020, 2020, Art. 6 EUV, Rn. 52.
[320] *Schwerdtfeger*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 51 GrCh, Rn. 29.

des unionsunmittelbaren Verwaltungshandeln, der Rechtsprechung als auch in intergouvernementalen Bereichen wie etwa der gemeinsamen Sicherheits- und Außenpolitik besteht eine umfassende Bindung. Sogar außerhalb des Unionsrechts sind die Organe der Union weiterhin der Grundrechtecharta verpflichtet.[321]

Da die unionseigene Beschaffung nicht Teil dieser Arbeit sein soll, führt die umfassende Bindung der Unionsstellen an die Grundrechtecharta dazu, dass die sekundärrechtliche Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes auch anhand der Grundrechte gemessen werden kann. Es besteht zwar zum Teil eine konkretisierende Wechselwirkung zwischen den Grundrechten und dem Sekundärrecht, welche aber nicht zur Determinierung eines Grundrechts durch einen Sekundärrechtsakt führen kann.[322] Folglich ist der unionsrechtliche Gesetzgeber bei der Schaffung von Sekundärrecht durch die Grundrechte verpflichtet. Dies umfasst auch seine Pflicht, bei Eingriffen in den Schutzbereich von Grundrechten „klare und präzise Regeln" festzulegen, „die zu gewährleisten vermögen, dass sich der Eingriff tatsächlich auf das absolut Notwendige beschränkt".[323] Die Nicht-Anwendung einer grundrechtsverletzenden Norm ist aber erst dann geboten, wenn eine grundrechtskonforme Auslegung des Sekundärrechts ausgeschlossen ist.[324] Den Rechtsmittelrichtlinien kommt daher in dieser Arbeit eine Doppelrolle zu. Einerseits ist die nationale Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes anhand der Rechtsmittelrichtlinien zu überprüfen, andererseits kann diese aber ebenfalls einem grundrechtlichen Maßstab unterworfen werden.

2. Mitgliedstaaten

Neben der gesetzgeberischen Ausgestaltung des harmonisierten Vergaberechtsschutzes durch die Union ist auch dessen nationale Umsetzung sowie das Vergaberechtsschutzregime außerhalb des Anwendungsbereichs der Rechtsmittelrichtlinien von Interesse. Sofern diese Bereiche den grundrechtlichen Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz unterworfen werden sollen, müssen auch die Mitgliedstaaten bei der gesetzgeberischen

[321] *Schwerdtfeger*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 51 GrCh, Rn. 31 ff.; EuGH, Urteil vom 20.7.2016, verb. Rs. C-8/15 P, C-10/15 P, Ledra Advertising, Rn. 67.
[322] *Kainer*, NZA 35 (14), 894 (895).
[323] EuGH, Urteil vom 8.4.2014, verb. Rs. C-293/12, C-594/12, Digital Rights Ireland, Rn. 65. Kritisch dazu *Teetzmann*, EuR 51 (1), 90 (90), der eine ausschließliche Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie favorisiert, welche einen Wettbewerb des Grundrechtsschutzes eröffnen würde.
[324] *Dörr*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, Rn. 8.

Ausgestaltung und der Anwendung des Vergaberechtsschutzregimes durch die Grundrechtecharta verpflichtet sein.

Gemäß Wortlaut des Art. 51 Abs. 1 GrCh ist dies jedoch „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“ der Fall. Spätestens seit dem *Åkerberg Fransson* Urteil ist eine heftige Diskussion über die Bindung der Mitgliedsaaten an die Grundrechtecharta entbrannt. Grundsätzlich geht der EuGH davon aus, dass eine Bindung der Mitgliedstaaten dann vorliegt, wenn der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist.[325] Im Urteil *Åkerberg Fransson* bejahte der EuGH dies im Fall einer Sanktion, die nicht unmittelbar in einer Richtlinie vorgesehen, aber zur Durchsetzung der Richtlinie im Sinne des *effet utile* notwendig war.[326] Eingeschränkt wurde dieses sehr weite Verständnis der Durchführung von Unionsrecht durch die konkretisierende Rechtsprechung des EuGH. So bedürfe es „eines Zusammenhangs zwischen einem Unionsrechtsakt und der fraglichen nationalen Maßnahme […], der darüber hinausgeht, dass die fraglichen Sachbereiche benachbart sind oder der eine von ihnen mittelbare Auswirkungen auf den anderen haben kann“.[327] Zur Feststellung eines ausreichenden Zusammenhangs entwickelte der EuGH Fallgruppen, anhand derer im Einzelfall die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Charta überprüft werden kann. So besteht in Bereichen, in denen die Mitgliedstaaten ohne Bezug zum Unionsrecht handeln[328] oder die Union keine Kompetenz (ausgeübt) hat,[329] keine Bindung an die Grundrechtecharta. Auch wenn Mitgliedstaaten über eine Mindestharmonisierung hinaus weitergehend regulieren oder im Rahmen von Öffnungsklauseln gesetzgeberisch tätig werden, besteht keine Bindung.[330] Eine solche Bindung entsteht jedoch, wenn die Mitgliedstaaten durch Richtlinien vorgesehene Gestaltungsspielräume wahrnehmen[331] oder Grundfreiheiten beschränken wollen[332]. Grundsätzlich ist im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten von

[325] EuGH, Urteil vom 30.4.2014, Rs. C-390/12, Pfleger u.a., Rn. 34; Urteil vom 26.2.2013, Rs. C-617/10, Åkerberg Fransson; vgl. *Latzel*, EuZW 26 (17), 658 (658).
[326] Vgl. *Schubert*, EuZA 13 (3), 302 (305); *Thym*, NVwZ 32 (14), 889 (890); *Ohler*, NVwZ 32 (22), 1433 (1436); *Latzel*, EuZW 26 (17), 658 (659).
[327] EuGH, Urteil vom 10.07.2014, Rs. C-198/13, Hernandez, Rn. 34; *Latzel*, EuZW 26 (17), 658 (659).
[328] EuGH, Urteil vom 10.07.2014, Rs. C-198/13, Hernandez.
[329] EuGH, Urteil vom 6.3.2014, Rs. C-206/13, Siragus, Rn. 25; Urteil vom 16.1.2014, verb. Rs. C-614/12, C-10/13, Dutka; vgl. *Schubert*, EuZA 13 (3), 302 (305).
[330] *Schubert*, EuZA 13 (3), 302 (306) m.w.N.
[331] EuGH, Urteil vom 9.3.2017, Rs. C-406/15, Milkova, Rn. 52 f.; *Schwerdtfeger*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 51 GrCh, Rn. 48 ff.
[332] *Schubert*, EuZA 13 (3), 302 (306); *Schwerdtfeger*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 51 GrCh, Rn. 50.

einer Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten auszugehen, wenn sich aus dem Unionsrecht konkrete Vorgaben ergeben.[333]

Außerdem eröffnet der EuGH in seiner Rechtsprechung die Möglichkeit einer bedingten Doppelgeltung von unionsrechtlichen und nationalen Grundrechten. So könne, „sofern durch diese Anwendung weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom *Gerichtshof* ausgelegt wird, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden", durch die Behörden und Gerichte weiterhin nationale Grundrechtsstandard angewendet werden.[334] Diese Rechtsprechung hat das BVerfG wiederholt kritisiert[335] oder sich ihr explizit widersetzt. In der neueren Judikatur unterwirft sich jedoch auch das BVerfG dem grundsätzlichen Vorrang der Unionsgrundrechte bei hinreichender Determinierung des Sachverhalts durch Unionsrecht. Dennoch behält es sich eine primäre Prüfung des Sachverhalts an nationalen Grundrechten insofern vor, wie kein europäisches Fachrecht bestehe.[336]

Letztlich ist der Streit zwischen dem EuGH und dem BVerfG über den Anwendungsbereich der Grundrechtecharta für die Mitgliedstaaten im zu untersuchenden Vergaberecht jedoch von geringerer Bedeutung als es die allgemeine Diskussion vermuten lassen würde. Im Bereich der Vergaberichtlinien besteht eine weitgehende Determinierung des Vergabeverfahrens- und Vergabeprozessrechts, sodass zwingend von einer „Durchführung des Unionsrechts" durch die Mitgliedstaaten ausgegangen werden muss. Auch im Bereich der binnenmarktrelevanten, unterschwelligen öffentlichen Auftragsvergabe ist aufgrund der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten und der aus ihnen abgeleiteten, ganz konkreten, Handlungspflichten in Form der Vergabegrundsätze von einem hinreichenden Zusammenhang zwischen dem Unionsrecht und den nationalen Maßnahmen auszugehen.[337] Selbst wenn man dem BVerfG folgt und im Unterschwellenbereich aufgrund der nicht

---

[333] *Latzel*, EuZW 26 (17), 658 (660); *Thym*, NVwZ 32 (14), 889 (894); kritisch *Wollenschläger*, EuZW 25 (15), 577 (580), der eine rote Linie überschritten sieht, wenn der EuGH einen „Zusammenhang mit grundfreiheitlich geschützten Tätigkeiten für die Aktivierung des EU-Grundrechtsschutzes genügen ließe".

[334] EuGH, Urteil vom 26.2.2013, Rs. C-617/10, Åkerberg Fransson, Rn. 29.

[335] Unmittelbare Kritik zum weiten Anwendungsbereich des Unionsrechts im Sinne des Urteils Åkerberg Fransson etwa: BVerfG, Urteil vom 24.4.2013, Rs. 1 BvR 1215/07, Rn. 91: „Insofern darf die Entscheidung nicht in einer Weise verstanden und angewendet werden, nach der für eine Bindung der Mitgliedstaaten durch die in der Grundrechtecharta niedergelegten Grundrechte der Europäischen Union jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrechts oder rein tatsächliche Auswirkungen auf dieses ausreiche".

[336] *Hoffmann*, NVwZ 39 1-2, 33 (35). BVerfG, Urteil vom 6.11.2019, Rs. 1 BvR 16/13, Rn. 54 f.

[337] *Barth*, Das Vergaberecht ausserhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, 2010, S. 58 f.

vollständigen Determinierung der Rechtslage durch das Unionsrecht Sachverhalte primär an den Grundrechten des Grundgesetzes prüfen würde, muss bei konkreten und hinreichenden Anhaltspunkten für ein Unterschreiten des unionsrechtlichen Schutzstandards eine Prüfung unmittelbar anhand der Grundrechtecharta vorgenommen werden.[338]

Der Anwendungsbereich der Grundrechtecharta ist also für Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Bereich des harmonisierten Vergaberechts sowie bei binnenmarktrelevanten öffentlichen Auftragsvergaben außerhalb der Vergaberichtlinien eröffnet.

II. Materielle und verfahrensrechtliche Grundrechte

Da die Grundrechtecharta in den wesentlichen Bereichen des Vergaberechts anwendbar ist, gilt es nun den Schutzgehalt der Grundrechte zu untersuchen. Für vergaberechtliche Rechtslagen und Sachverhalte sind die wirtschaftlichen Grundrechte der Berufs- (Art. 15 GrCh) und Unternehmensfreiheit (Art. 16 GrCh), die Eigentumsfreiheit (Art. 17 GrCh), der Gleichheitsgrundsatz (Art. 20 GrCh) und das Verfahrensgrundrecht auf eine gute Verwaltung (Art. 41 GrCh) sowie das Prozessgrundrecht des Art. 47 GrCh potenziell einschlägig.

1. Berufs- und Unternehmensfreiheit

Die unionsrechtliche Berufsfreiheit wurde ursprünglich als allgemeiner Rechtsgrundsatz durch den EuGH entwickelt. Das Charta-Grundrecht stützt sich laut den Erläuterungen des Präsidiums explizit auf diese Grundlage.[339] Während in der Rechtsprechung des EuGH nicht immer klar zwischen der Berufs- und Unternehmensfreiheit unterschieden wurde, trennt die Grundrechtecharta die Gewährleistungen in zwei separate Grundrechte. Dennoch bestehen zwischen beiden Grundrechten inhaltliche Überschneidungen. Letztlich ist davon auszugehen, dass die Unternehmensfreiheit in ihrem Anwendungsbereich die Berufsfreiheit als speziellere Norm verdrängt.[340]

Berufs- und Unternehmensfreiheit lassen sich folglich primär über ihren persönlichen Schutzbereich unterscheiden. Die Berufsfreiheit als Jedermann-Grundrecht schützt alle natürlichen Personen, welche die Unionsbürgerschaft besitzen oder einen legalen Zugang

[338] BVerfG, Urteil vom 6.11.2019, Rs. 1 BvR 16/13, Rn. 63; *Hoffmann*, NVwZ 39 1-2, 33 (36).
[339] Charta-Erläuterungen, ABl. 2007 C 303/02 vom 14.12.2007.
[340] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 15 GrCh, Rn. 4.

zum Arbeitsmarkt der Union besitzen. Darüber hinaus unterfallen auch Selbstständige, juristische Personen und Personenvereinigungen dem Schutz des Art. 15 Abs. 1 GrCh. Sofern Selbständige oder juristische Personen jedoch als Unternehmen im Sinne des Art. 16 GrCh qualifiziert werden können, ist regelmäßig die Unternehmensfreiheit einschlägig.[341] Aufgrund der, auf die Person des Arbeitnehmers fokussierten, Schutzrichtung der Berufsfreiheit ist insbesondere die Wahl und Ausübung einer entgeltlichen Arbeit, also eines Berufs, geschützt. Wie bereits bei der grundgesetzlichen Berufsfreiheit besteht damit insofern kein Anknüpfungspunkt zum Vergaberecht, da Art. 15 Abs. 1 GrCh kaum subjektive Anspruchspositionen der Berechtigten umfasst. Für die Verpflichteten bestehen lediglich Schutzpflichten und damit ein Fokus auf die abwehrrechtliche Komponente.[342] Ein Anspruch auf eine berufliche Tätigkeit, etwa durch die Verschaffung eines Arbeitsplatzes,[343] respektive auf die Nachfrage eines angebotenen Produktes oder einer Dienstleistung durch den Staat besteht nicht. Durch die öffentliche Auftragsvergabe an einen Konkurrenten wird weder die Wahl noch die Ausübung des Berufs beschränkt.[344]

Von Interesse für eine mögliche vergaberechtsrelevante Gewährleistung ist jedoch der Art. 15 Abs. 2 GrCh. In diesem zweiten Absatz werden die Arbeitnehmer-, die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit im Sinne ihrer Normierungen im AEUV in die Grundrechtecharta aufgenommen. Gemäß Art. 52 Abs. 2 GrCh führt dieser Verweis dazu, dass die Grundfreiheiten auch nach Art. 15 Abs. 2 GrCh gemäß den Bedingungen und Grenzen des AEUV angewandt werden müssen.[345] Ohne dabei auf das schwierige und weithin diskutierte Verhältnis von Grundrechten und Grundfreiheiten eingehen zu müssen, konkretisieren die genannten Grundfreiheiten damit auch den Schutzgehalt der Berufsfreiheit.

Bei vergaberechtlichen Sachverhalten wird jedoch primär die Unternehmensfreiheit nach Art. 16 GrCh einschlägig sein. Die Bieter in einem Vergabeverfahren werden regelmäßig dem

[341] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 16 GrCh, Rn. 8.
[342] *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 15 GrCh, Rn. 15 f.
[343] *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 15 GrCh, Rn. 15.
[344] Vgl. *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 153 f.
[345] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 15 GrCh, Rn. 19; *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 15 GrCh, Rn. 23.

Unternehmensbegriff des Art. 16 GrCh unterfallen,[346] der in Anlehnung an das Wettbewerbsrechts jede wirtschaftliche Tätigkeit unabhängig von Art, Umfang, Rechtsform oder Finanzierung umfasst. Fraglich ist lediglich, ob eine Gewinnerzielungsabsicht vorausgesetzt werden muss; eine entgeltliche Tätigkeit ist mindestens zu fordern.[347]

Vom Schutzbereich der Unternehmensfreiheit ist die Freiheit eine Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit auszuüben, die Vertragsfreiheit und der freie Wettbewerb erfasst.[348] Im Gegensatz zum Art. 12 Abs. 1 GG wurde eine subjektive Wirkung der Wettbewerbsfreiheit durch die Rechtsprechung des EuGH bislang nicht ausgeschlossen. Zwar wird in der Literatur auch im Rahmen der Grundrechtecharta betont, dass der freie Wettbewerb als ordnungspolitischer Grundsatz zu verstehen sei,[349] die konkrete Zuordnung des freien Wettbewerbs zum Schutzgehalt der zwingend subjektiv-rechtlichen Unternehmensfreiheit lässt aber eine subjektive Wirkung der Wettbewerbsfreiheit vermuten. Solange diese Grundrechtsqualität nicht durch den EuGH ausgeschlossen wird, hat ein Unternehmen einen Anspruch auf die unternehmerische Tätigkeit im freien Wettbewerb. Vor diesem Hintergrund müssen auch mittelbare Auswirkungen von Rechts- und Realakten der Verpflichteten als potenzielle Eingriffshandlungen in den Schutzbereich der Berufs- und Unternehmensfreiheit betrachtet werden.[350] Ein Eingriff liegt jedenfalls dann vor, wenn dem Grundrechtsverpflichteten zurechenbare Handlungen die Position eines Bieters im freien Wettbewerb ohne sachlichen Grund beeinträchtigen. So wäre ein ungerechtfertigter Ausschluss von Bietern von der öffentlichen Auftragsvergabe eine faktische Benachteiligung im Wettbewerb. Auch fehlende Bekanntmachungen oder Ausschreibungen, die dazu führen, dass lediglich bestimmte Anbieter von der Auftragsvergabe Kenntnis erlangen, verzerren den freien Wettbewerb. Letztlich sind mit Rückgriff auf den Verweis auf die Grundfreiheiten im Art. 15 Abs. 2 GrCh, die den Schutzgehalt der Berufsfreiheit konkretisieren, ähnliche Anforderungen an das Vergabeverfahren zu stellen, wie sie der EuGH im Rahmen der Vergabegrundsätze

[346] *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 153: Die Berufsfreiheit sei jedoch bei kleinen, personalisierten Betrieben, etwa im Handwerk, einschlägig.
[347] *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 16 GrCh, Rn. 24 fordert eine Gewinnerzielungsabsicht, während *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 16 GrCh, Rn. 8 nur die entgeltliche Tätigkeit fordert.
[348] EuGH, Urteil vom 22.1.2013, Rs. C-283/11, Sky Österreich, Rn. 42.
[349] *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 16 GrCh, Rn. 15.
[350] So auch *Harms*, Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2013, S. 164; kritisch dazu *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 16 GrCh, Rn. 14 f.

entwickelt hat. So müssen die Grundrechtsverpflichteten zur Bewahrung des freien Wettbewerbs die nötige Transparenz und Öffentlichkeit der Auftragsvergabe sowie die Verwendung von wettbewerbsgerechten Vergabekriterien sicherstellen.[351] Entsprechende derivative Teilhabeansprüche an bestehenden Handlungen des Staates können grundsätzlich aus Unionsgrundrechten abgeleitet werden.[352] Eine Verzerrung des freien Wettbewerbs durch eine willkürliche, nicht sachorientierte öffentliche Auftragsvergabe stellt demnach einen Eingriff in die Berufs- und Unternehmensfreiheit dar.[353]

Aufgrund dieser materiellen Anforderungen an die öffentliche Auftragsvergabe entstehen verfahrensrechtliche Verpflichtungen der öffentlichen Auftraggeber. Wie schon den Grundfreiheiten ist auch den Grundrechten eine verfahrensrechtliche Dimension zu eigen, die eine wirksame Durchsetzung der materiellen Rechtsposition gewährleistet.[354] Folglich ist nicht nur im Rahmen der Vergabegrundsätze, sondern auch aufgrund der Berufs- und Unternehmensfreiheit eine verfahrensrechtliche Gewährleistung einer wettbewerbsgerechten Vergabe notwendig. Fraglich ist aber, ob verfahrensrechtliche Ansprüche jenseits der Vergabegrundsätze bestehen. So tritt die Verpflichtung der Vergabestellen zur Gewährleistung der Wettbewerbsfreiheit aus Art. 16 GrCh zwar neben die Grundfreiheiten, ein weitergehender Schutz kann aber nicht angenommen werden. Schließlich würde ein nicht-diskriminierendes, unwillkürliches Vergabeverfahren keinen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit darstellen, da kein Bieter in seiner Wettbewerbsposition benachteiligt werden würde. Eine Vorabinformations- und Stillhaltepflicht lässt sich dem Schutzgehalt des Art. 16 GrCh jedoch nicht zuordnen. Diese Pflicht dient im Rahmen der Vergabegrundsätze der wirksamen (gerichtlichen) Durchsetzung der materiellen Ansprüche, was innerhalb der Grundrechtecharta dem speziellere Art. 47 GrCh zukommt. Somit muss den materiellen Grundrechten keine prozessrechtliche Dimension zugesprochen werden.

[351] Vgl. *Mangold*, Primärrechtsschutz im Vergaberecht, 2015, S. 40 f.
[352] *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 135. Wenn also Vergabestellen öffentliche Aufträge vergeben, haben Bieter Anspruch auf die dargestellte Durchführung der Auftragsvergabe. Ein grundsätzlicher Anspruch darauf, dass überhaupt Aufträge durch den Staat erteilt werden, besteht jedoch nicht.
[353] Kritisch *Barth*, Das Vergaberecht ausserhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, 2010, S. 61, die auf eine differenzierende Betrachtung im Einzelfall abstellt.
[354] *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 174.

2. Eigentumsfreiheit

Die Eigentumsfreiheit des Art. 17 GrCh ist eine weitere essenzielle wirtschaftliche Freiheit, die vergaberechtsrelevant sein könnte. Dieses normgeprägte Recht bedarf jedoch der gesetzgeberischen Ausgestaltung durch die Eigentumsordnung, was wiederum im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten liegt. Daher ist im Rahmen der Grundrechtecharta ein grundsätzlich weites, völkerrechtliches Verständnis von Eigentum notwendig.[355]

Folglich sind unabhängig von einer nationalen zivilrechtlichen Ausgestaltung alle „vermögenswerte[n] Rechte, aus denen sich im Hinblick auf die Rechtsordnung eine gesicherte Rechtsposition ergibt, die eine selbständige Ausübung dieser Rechte durch und zugunsten ihres Inhabers ermöglicht“, durch Art. 17 Abs. 1 GrCh geschützt.[356] Dies umfasst insbesondere das Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen, aber auch alle anderen bereits rechtmäßig erworbenen, rechtlich gesicherten vermögenswerten Rechtspositionen. Im Hinblick auf das Vergaberecht sind also bereits geschlossene Verträge zwischen dem Auftraggeber und einem Bieter durch Art. 17 Abs. 1 GrCh geschützt.[357] Dabei ist aber fraglich, ob ein Vertrag, dem ein zu Unrecht erteilter Zuschlag zugrunde liegt, als rechtmäßig erworbenes Eigentum i.S.d. Art 17 Abs. 1 GrCh qualifiziert werden kann. So hat der EuGH geurteilt, dass die Anordnung der Rückzahlung einer Beihilfe bei Nichterfüllung einer Zahlungsvoraussetzung keinen Eingriff in die Eigentumsfreiheit darstellt.[358] Außerdem hat der EuGH im Urteil *Sky Österreich* festgestellt, dass eine vertraglich zugeordnete Rechtsposition (im Fall eine Vertragsklausel), die gegen eine zwingende Richtlinienbestimmung verstößt, keine durch Art. 17 Abs. 1 GrCh geschützte gesicherte Rechtsposition darstellt.[359] Diese Rechtsprechung spricht dafür, dass ein geschlossener Vertrag, der auf einer Verletzung von Vergabeverfahrensvorschriften basiert, nicht durch die unionsrechtliche Eigentumsfreiheit geschützt ist.

---

[355] Siehe etwa Art. 345 AEUV; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 17 GrCh, Rn. 6; *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 17 GrCh, Rn. 13.

[356] EuGH, Urteil vom 22.1.2013, Rs. C-283/11, Sky Österreich, Rn. 34.

[357] EuGH, Urteil vom 18.7.2007, Rs. C-503/04, Kommission/Deutschland, Rn.36; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 17 GrCh, Rn. 9.

[358] EuGH, Urteil vom 26.5.2016, Rs. C-273/15, Ezernieki, Rn. 47 ff.

[359] EuGH, Urteil vom 22.1.2013, Rs. C-283/11, Sky Österreich, Rn. 31 ff.; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 17 GrCh, Rn. 8.

Nicht durch Art. 17 Abs. 1 GrCh geschützt sind zudem „bloße kaufmännische Interessen oder Aussichten, deren Ungewissheit zum Wesen der wirtschaftlichen Tätigkeiten gehört“.[360] Dementsprechend begründet die Teilnahme an einer öffentlichen Auftragsvergabe keine durch Art. 17 Abs. 1 GrCh geschützte Rechtsposition.[361] Dies überzeugt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der öffentliche Auftraggeber zu keinem Zeitpunkt verpflichtet ist, eine Auftragsvergabe tatsächlich durchzuführen. Beendet die Vergabestelle jedoch das Vergabeverfahren mit einer wirksamen Zuschlagserteilung und einem Vertragsschluss, kann ein vermögenswertes Recht, aus dem sich eine gesicherte Rechtsposition ergibt, angenommen werden. Träger dieses Rechts muss aber derjenige Bieter sein, der den Zuschlag rechtmäßig hätte erhalten müssen. Dies folgt daraus, dass ein mit Unionsrecht unvereinbarer Zuschlag keine geschützte Rechtsposition i.S.d. Art. 17 Abs. 1 GrCh begründen kann. Zukünftige Einnahmen sind hingegen dann geschützt, wenn ein berechtigtes Vertrauen begründet ist, einen Vermögenswert zu erhalten.[362] Unklar ist, ob dem Bieter (sofern ein öffentlicher Auftrag tatsächlich erteilt wurde) ein berechtigtes Vertrauen darauf zugesprochen werden kann, dass eine rechtmäßige öffentliche Auftragsvergabe durchgeführt wird. Daraus würde folgen, dass der Bieter, der bei korrekter Durchführung des Vergabeverfahrens den Zuschlag hätte erhalten müssen, einen Anspruch auf die vermögenswirksame Position des Vergabeverfahrens hat.[363] Allerdings kann dem Bieter diese Rechtsposition wohl nur dann zugesprochen werden, wenn er nachweisen kann, dass er den Zuschlag zuvor hätte erhalten müssen.[364]

Neben den in Frage stehenden, durch die öffentliche Auftragsvergabe geschaffenen, vermögenswirksamen Rechten in Form der zu vergebenden Verträge schützt Art. 17 Abs. 1 GrCh auch die Nutzung des erworbenen Eigentums. Dies umfasst einen rudimentären Unternehmensschutz. Auch wenn ein umfassender Schutz am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb angezweifelt werden kann, ist jedenfalls die Nutzung der Eigentumspositionen des Unternehmens durch Art. 17 Abs. 1 GrCh geschützt.[365] Ein Bezug

[360] EuGH, Urteil vom 22.1.2013, Rs. C-283/11, Sky Österreich, Rn. 34.
[361] *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 161.
[362] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 17 GrCh, Rn. 7.
[363] A.A. *Barth*, Das Vergaberecht ausserhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, 2010, S. 59.
[364] *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 164; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 17 GrCh, Rn. 9.
[365] Kritisch zum Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs: *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 17 GrCh, Rn. 13; positiv dagegen *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 163; siehe auch *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 17 GrCh, Rn. 16.

zum Vergaberecht lässt sich aus dieser Verwendungsfreiheit des Eigentums jedoch kaum herleiten. Selbst eine rechtwidrige öffentliche Auftragsvergabe schränkt die praktische Nutzung von Produktionsmitteln nicht ein.

Grundsätzlich vermag die Eigentumsfreiheit also keine Vorgaben zur Ausgestaltung des Vergaberechts zu machen. Es werden lediglich die gemäß dem materiellen Vergaberecht zu erteilenden vermögenswirksamen Verträge geschützt. Damit ist der Schutzgehalt aber auch für das Vergaberecht von Bedeutung, da es die Rechtsposition des Bieters stärkt, der den Zuschlag bei korrekter Durchführung des Vergabeverfahrens hätte erhalten müssen (sofern tatsächlich ein Zuschlag erteilt wurde). Im Gegensatz dazu schützt der Art. 17 Abs. 1 GrCh rechtswidrig erteilte Zuschläge nicht. Dementsprechend muss einem Bieter, der nachweisen kann, dass er den rechtswidrig erteilten Zuschlag hätte erhalten müssen, zumindest der entgangene Gewinn als Schadensersatz zugesprochen oder aber der Auftrag erteilt werden. Außerdem kann der Schutzgehalt der unionsrechtlichen Eigentumsfreiheit insbesondere bei der Abwägung widerstreitender Interessen bezüglich der Ausgestaltung des Rechtsschutzregimes hinzugezogen werden, da Verträge die unter Missachtung von zwingenden Verfahrensvorschriften geschlossen wurden, keine durch Art. 17 Abs. 1 GrCh geschützte Rechtsposition darstellen.[366]

3. Gleichbehandlungsgrundsatz

Mit Art. 20 GrCh umfasst auch die Grundrechtecharta einen allgemeinen Gleichheitssatz, der gewährleistet, dass alle natürlichen und juristischen Personen vor dem Gesetz gleich zu behandeln sind. Der Gleichheitsgrundsatz betrifft sowohl die Rechtsanwendung als auch die Gesetzgebung der durch die Charta verpflichteten Stellen und verlangt, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden.[367] Dies umfasst gemäß der Rechtsprechung des EuGH explizit auch die Pflicht zur allgemeinen Gleichbehandlung von Bietern bei öffentlichen Auftragsvergaben, die sowohl außerhalb des harmonisierten Vergaberechts als auch unabhängig von einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

[366] Die Eigentumsfreiheit stützt, wie aufgezeigt, eher die Rechtsposition des Bieters, der den Zuschlag hätte erhalten müssen. Damit spricht die Eigentumsfreiheit nicht dafür, vergaberechtswidrige Verträge für wirksam zu erachten, da sie nicht in den Schutzbereich des Art. 17 Abs. 1 GrCh fallen. Eine Bevorzugung des Grundsatzes *pacta sunt servanda* wird also durch die unionsrechtliche Eigentumsfreiheit nicht gefordert.

[367] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 20 GrCh, Rn. 3, 8 ff.; *Hölscheidt*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 20 GrCh, Rn. 16, 18 ff.

besteht. Insofern entspringen die Vergabegrundsätze nicht nur dem Schutzbereich der Grundfreiheiten, sondern werden laut EuGH auch durch den allgemeinen Gleichheitssatz bestimmt. Insbesondere der Aspekt des allgemeinen Gleichbehandlungsgebots der Vergabestellen lässt sich dabei speziell dem Art. 20 GrCh zuordnen, sodass dieser den grundfreiheitlichen, vergaberechtsrelevanten Schutzgehalt ergänzt.[368]

Darüber hinaus verbietet die Grundrechtecharta gemäß Art. 21 Abs. 1, 2 GrCh auch die Diskriminierung aufgrund spezieller Merkmale, wie etwa aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Abs. 2). Die Schutzgehalte des Art. 21 Abs. 1, 2 GrCh verdrängen in ihrem Anwendungsbereich als speziellere Normen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 20 GrCh.[369] Aufgrund der mangelnden Differenzierung zwischen dem Gleichheitsgrundsatz und den speziellen Diskriminierungsverboten durch den EuGH[370] sowie dem Umstand, dass Art. 21 Abs. 2 GrCh als Wiederholung des Art. 18 UAbs. 1 AEUV gemäß Art. 52 Abs. 2 GrCh ausschließlich im selben Rahmen wie die Vertragsnorm angewendet werden darf,[371] kann Art. 21 GrCh keinen weitergehenden Gehalt als die Vergabegrundsätze entwickeln.[372] Vielmehr müssen die Gewährleistungen des Art. 21 GrCh hinter den speziellen Verboten der Grundfreiheiten zurücktreten,[373] sodass sich die Prüfung des Vergaberechtsschutzregimes auf die Vergabegrundsätze beschränkt.

4. Recht auf eine gute Verwaltung

Neben den wirtschaftlich-materiellen Grundrechten ist auch das in der Grundrechtcharta als Bürgerrecht deklarierte Verfahrensgrundrecht auf eine gute Verwaltung von vergaberechtlichem Interesse. Zwar bindet der Art. 41 GrCh gemäß Wortlaut nur die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union und damit explizit nicht die Verwaltung der

[368] *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, 1. Teil Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 23 ff.
[369] *Hölscheidt*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 21 GrCh, Rn. 31; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 21 GrCh, Rn. 6.
[370] *Hölscheidt*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 20 GrCh, Rn. 11.
[371] *Hölscheidt*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 21 GrCh, Rn. 58.
[372] A.A. *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, 1. Teil Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 23 ff. Vor dem Hintergrund, dass die Vergabegrundsätze unmittelbar auch auf das allgemeine Diskriminierungsverbot gestützt werden, umfassen Sie auch ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot.
[373] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 21, Rn. 41.

Mitgliedstaaten,[374] welchen aber durch den, Art. 41 GrCh zugrunde liegenden, allgemeinen Rechtsgrundsatz vergleichbare Anforderungen auferlegt werden.[375]

Hinsichtlich des vergaberechtlichen Rechtsschutzverfahrens ist insbesondere das Teilrecht des Art. 41 Abs. 2 lit. b) GrCh auf Akteneinsicht von Interesse. Dementsprechend hat jede Person das Recht auf Zugang zu den sie selbst betreffenden Akten. Dies umfasst explizit auch Akten, die einen primären Bezug zu Dritten aufweisen, jedoch den Grundrechtsträger betreffen.[376] Darunter muss jedenfalls auch die Vergabeakte subsumiert werden, da das Vergabeverfahren die einzelnen Bieter zwar nicht singulär aber doch ausreichend stark betrifft. So muss das Vergabeverfahren als die gemäß Art. 41 Abs. 1 GrCh notwendige eigene Angelegenheit eines jeden Bieters verstanden werden. Vor diesem Hintergrund spricht das in Art. 41 Abs. 2 lit. b) verankerte Akteneinsichtsrecht für ein Einsichtsrecht der betroffenen Bieter in die Vergabeakte. Das Recht auf eine gute Verwaltung bindet diesbezüglich nicht nur die ausführende Verwaltung, sondern auch den Gesetzgeber bei der Gestaltung des Verwaltungsverfahrens. Jedoch wird die Justiz von dieser Verpflichtung explizit nicht umfasst. Vielmehr sei hier das justizielle Grundrecht des Art. 47 GrCh einschlägig.[377]

Fraglich ist, inwiefern dieser Schutzgehalt bei der Ausgestaltung des Vergaberechtsschutz-regimes einschlägig ist. Einerseits ist bei der nationalen Gewährung des Rechtswegs „nur“ der allgemeine Rechtsgrundsatz anzuwenden, andererseits entfaltet dieser keine Wirkung im justiziellen Bereich. Selbst wenn der Schutzgehalt des Art. 41 GrCh damit nicht unmittelbar für den Vergaberechtsschutz als Maßstab genommen werden kann, so kann er jedoch mindestens Indizien bei der Diskussion strittiger Fragen liefern.

III. Art. 47 GrCh

Neben den materiellen Grundrechten umfasst die Grundrechtecharta mit Art. 47 GrCh auch das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und auf ein unparteiisches Gericht. Grundsätzlich soll die Rechtsschutzgewährleistung des Art. 47 GrCh Berechtigte in die Lage versetzen, materielle Rechtspositionen wirksam vor Gericht durchsetzen zu können. Die Rechtsschutzgewährleistung der Grundrechtecharta ist damit, wie schon der

[374] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 41 GrCh, Rn. 4.
[375] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 41 GrCh, Rn. 11.
[376] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 41 GrCh, Rn. 25.
[377] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 41 GrCh, Rn. 4, 6.

Art. 19 Abs. 4 GG, ein wesentlicher Baustein des europäischen Grundrechtsschutzes. Erst durch die Garantie, eigene Rechte auch wirksam durchsetzen zu können, erhalten diese einen Wert. Vor dem Hintergrund der Eigenschaft der „Rechtsgemeinschaft“ der Union hat der Art. 47 GrCh folglich sowohl in der Theorie als auch in der Rechtsprechungspraxis eine besondere Bedeutung.[378]

Bevor jedoch der Schutzgehalt des Art. 47 GrCh untersucht werden kann, muss zunächst das für den Schutzgehalt wesentliche Verhältnis des Art. 47 GrCh zur EMRK sowie zum weiteren Unionsrechts geklärt werden. Außerdem ist zu erwähnen, dass die Anwendung der Rechtsschutzgewährleistung lediglich akzessorisch vorgenommen werden darf. Es bedarf also einer bereits bestehenden Rechtsposition des Berechtigten, die anhand des Art. 47 GrCh durchgesetzt werden kann. Folglich ist darzustellen, wann die Anwendungsvoraussetzung der Akzessorietät erfüllt ist.

1. Verhältnis zur EMRK und anderen Rechtsnormen

Für den Gehalt und das Verständnis des Art. 47 GrCh sind sowohl Vorgaben aus der EMRK als auch bestimmte Gewährleistungen des EU-Primärrechts wesentlich. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass Art. 47 GrCh seit dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta die neueste Kodifizierung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes des effektiven Rechtsschutzes darstellt.[379] Dieser Grundsatz lässt sich historisch aus zwei verschiedenen Ansatzpunkten ableiten. Der EuGH entwickelte den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes seit den 1980er Jahren aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten (also der EMRK) und ließ ihn auch im Unionsrecht als Grundrecht gelten.[380] Dementsprechend verweisen die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte auf die einschlägigen Normen der EMRK, die dadurch für den Schutzgehalt des Art. 47 GrCh Bedeutung erlangen (siehe folgender Gliederungspunkt). Außerdem lässt sich der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes auch aus dem Grundsatz der Unionstreue gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV sowie aus dem Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV ableiten. Daher gilt es auch deren Verhältnis zum Art. 47 GrCh zu klären.

---

[378] Vgl. *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 47 GrCh, Rn. 3 f.
[379] *Harms*, Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2013, S. 176 f.
[380] EuGH, Urteil vom 15.5.1986, Rs. 222/84, Johnston, Rn. 18; vgl. *Harms*, Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2013, S. 178.

a) Art. 6, 13 EMRK

Die Ableitung des Grundsatzes des effektiven Rechtsschutzes aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedsaaten führt zu gleich zwei Berührungspunkten der Grundrechtecharta mit der EMRK. Zunächst entspricht der Art. 47 Abs. 2, 3 GrCh dem Art. 6 Abs. 1 EMRK, ist jedoch in seiner Tragweite umfassender als das Konventionsgrundrecht.[381] Damit darf das Schutzniveau des Art. 6 Abs. 1 EMRK gemäß Art. 52 Abs. 3 GrCh durch den Art. 47 Abs. 2, 3 GrCh nicht unterschritten werden. Lediglich die Beschränkung auf zivilrechtliche und strafrechtliche Sachverhalte des Art. 6 Abs. 1 EMRK entfällt.[382] Außerdem „stützt sich" Art. 47 Abs. 1 GrCh auf den Art. 13 EMRK. Eine strenge Bindung an den Schutzgehalt des Art. 13 EMRK gemäß Art. 52 Abs. 3 GrCh entfällt daher zwar, eine besondere Bedeutung als Rechtserkenntnisquelle ist aber nicht von der Hand zu weisen.[383]

Neben dieser „Inkorporation" der EMRK und damit auch der Rechtsprechung des EGMR zu den Art. 6 Abs. 1, 13 EMRK in die Grundrechtecharta sowie der Kodifizierung des Art. 47 GrCh behält auch der allgemeine Rechtsgrundsatz des effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV weiterhin Geltung. Da der EuGH in ständiger Rechtsprechung bei der Auslegung des Rechtsgrundsatzes ebenfalls auf die Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 13 EMRK zurückgreift, hat die EMRK auch hier für den Inhalt der Gewährleistung wesentliche Bedeutung. Jedoch ist selbst bei der Annahme einer Idealkonkurrenz zwischen dem Grundrecht auf wirksamen Rechtsschutz aus Art. 47 GrCh und dem Rechtsgrundsatz des effektiven Rechtsschutzes[384] nicht ersichtlich, dass der Schutzgehalt einer Rechtsquelle den der anderen über- oder unterschreitet. Folglich soll aufgrund der ohnehin bestehenden wesentlichen Verknüpfung der EMRK-Grundrechte sowohl mit dem Art. 47 GrCh als auch mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 6 Abs. 3 EUV die vorzunehmende Prüfung des Schutzgehaltes auf Art. 47 GrCh beschränkt werden. Eine parallele Anwendung beider Rechtsgrundlagen ist zwar ohne weiteres denkbar, ein

[381] Charta-Erläuterungen, ABl. 2007 C 303/02 vom 14.12.2007, S. 30, 34.
[382] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 47 GrCh, Rn. 1.
[383] Vgl. *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 57; *Jürgens*, in: Schubel/Kirste/Müller-Graff u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Vergleichende Staats- und Rechtswissenschaften 2018/2019, 2020, S. 217.
[384] Siehe dazu ausführlicher etwa *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 55 ff.

unterschiedlicher Schutzgehalt ist vor dem Hintergrund der jeweiligen Ableitung aus und der Verknüpfung mit den Gewährleistungen der EMRK jedoch nicht ersichtlich.

b) Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV

Der Rechtsgrundsatz des effektiven Rechtsschutzes kann außerdem aus den Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV abgeleitet werden. Der Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet die Mitgliedstaaten im Rahmen des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit zur wirksamen Durchsetzung des Unionsrechts.[385] Daraus leiten sich konkrete Handlungspflichten der Mitgliedstaaten ab, die auch die Bereitstellung eines effektiven Rechtsschutzes umfassen.[386] Parallel dazu sieht auch Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV vor, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Rechtsbehelfe schaffen, um einen wirksamen Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen zu gewährleisten. Beide Regelungen sind im Kontext der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten zu sehen. So sind in erster Linie die Mitgliedstaaten verpflichtet, Unionsrecht durchzuführen und einen ausreichenden Rechtsschutz bei dessen Anwendung bereitzustellen. Hierbei genießen die Mitgliedstaaten Verfahrensautonomie. Diese Autonomie findet jedoch in der Wirksamkeit des Unionsrechts ihre Grenzen. Für den Rechtsschutz bedeutet dies, dass das nationale Prozessrecht eine wirksame (gerichtliche) Durchsetzung des materiellen Unionsrechts gewährleisten muss.[387] Zur Absicherung dieser Verpflichtung der Mitgliedstaaten hat der EuGH den Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz entwickelt, der die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten begrenzt.[388] Die Verpflichtungen der Art. 4 Abs. 3, 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV wirken jedoch in erster Linie objektiv-rechtlich. Zwar lässt sich aus ihnen konkret der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz ableiten, die angedachte Wirkrichtung der Art. 4 Abs. 3 EUV, Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV widmet sich aber der kompetenziellen Verflechtung von EU und Mitgliedstaaten. So sind die Art. 4 Abs. 3, 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV als grundsätzlicher Auftrag zu verstehen, Rechtsbehelfe für die Durchsetzung des Unionsrechts zu schaffen, da die Verträge selbst genuin unionsrechtliche Rechtsbehelfe nur in einem sehr begrenzten

[385] *Dörr*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, Rn. 9.
[386] *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 54; *Huerkamp/Kühling*, NVwZ 30 (23), 1409 (1410).
[387] *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 54 f.
[388] *Martlreiter*, Europäisierung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Unterschwellenaufträgen, 2011, S. 36; *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 55.

Umfang vorsehen.[389] In dieser objektiv-rechtlichen Dimension ist (abgesehen vom Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz) keinesfalls klar, welche konkreten Anforderungen an die nationalen Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzregimes gestellt werden können. Die grundrechtliche Norm des Art. 47 GrCh hingegen eignet sich in seiner Funktion als Grundrecht dafür wesentlich besser. Hinzu kommt, dass der Äquivalenz und Effektivitätsgrundsatz aller Voraussicht nach auch im Schutzbereich des Art. 47 GrCh zu verorten ist.[390] Vor diesem Hintergrund soll hier keine selbstständige Prüfung der Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes anhand des Rechtsgrundsatzes des effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 4 Abs. 3, 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV neben der Prüfung anhand des Art. 47 GrCh vorgenommen werden.

2. Akzessorietät / Anwendungsvoraussetzung

Die Rechtsschutzgewährleistung des Art. 47 GrCh weist eine spezielle Anwendungsvoraussetzung auf. So muss neben der Eröffnung des allgemeinen Anwendungsbereichs der Charta gemäß Art. 51 Abs. 1 GrCh auch eine Verletzung der „durch das Recht der Union garantierte(n) Rechte(n) oder Freiheiten“ bestehen. Dabei ist zunächst unstrittig, dass nicht tatsächlich eine Verletzung dieser Rechte und Freiheiten bestehen muss, sondern eine solche in vertretbarer Weise zu behaupten ist.[391] Fraglich ist dann, welche Rechtsnormen Rechte und Freiheiten i.S.d. Art. 47 Abs. 1 GrCh begründen können. In seiner Grundkonstellation ähnelt der Art. 47 GrCh damit der Rechtsschutzgarantie des Grundgesetzes, welche eine Verletzung in subjektiven Rechten voraussetzt. Bei der Bestimmung der Rechte und Freiheiten besteht auf europäischer Ebene jedoch keine ausführliche dogmatische Grundlage wie mit der Schutznormtheorie in Deutschland. Dementsprechend unklar bleibt die akzessorische Anwendungsvoraussetzung des Art. 47 Abs. 1 GrCh.[392] Grundsätzlich muss angenommen werden, dass sämtliche durch das Unionsrecht eingeräumten

[389] Siehe dazu ausführlicher *Rademacher*, JuS 58 (4), 337 (337).
[390] Selbst wenn man das Effektivitätsgebot dogmatisch vom Art. 47 Abs. 1 GrCh trennen will, bleibt eine parallele Überprüfung der Schutzgehalte systematisch sinnvoll. Vgl. dazu *Hillen*, Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht, 2018, S. 291 f.
[391] *Eser/Kubiciel*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 47 GrCh, Rn. 19; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 47 GrCh, Rn. 13.
[392] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 47 GrCh, Rn. 9.

Rechtspositionen als Rechte und Freiheiten verstanden werden können.[393] Dies umfasst insbesondere das Primärrecht, das Sekundärrecht (und Tertiärrecht) sowie völkerrechtliche Verträge, welche die Union binden. Aber auch das Recht der Mitgliedstaaten kann Rechte i.S.d. Art. 47 Abs. 1 GrCh begründen, wenn es Unionsrecht umsetzt oder durchführt. Diese Vorschriften müssen jedoch zumindest zum Teil auch dem Schutz von Betroffenen dienen. Dabei orientiert sich das Unionsrecht jedoch stärker am französischen Modell des *intérêt légitime* als an der strengen deutschen Schutznormlehre. Das führt dazu, dass Normen dann Rechte verleihen, wenn sie den Interessenkreis von Personen unmittelbar betreffen. Maßgeblich ist also nicht der Schutzzweck der Norm, sondern die Frage, ob eine Person von der Anwendung oder Nicht-Anwendung einer Norm betroffen ist, also ein spezifisches Interesse daran hat.[394]

Vor dem Hintergrund der vergaberechtsrelevanten Normen des Unionsrechts verliert diese vage Definition des Anwendungsbereichs jedoch ihre Problematik. Letztlich begründen die Grundfreiheiten, zum Teil materielle Grundrechte sowie das sekundärrechtliche Vergaberecht subjektive Rechtspositionen der Bieter. Sämtliche genannten Rechtsquellen verleihen ohne weiteres eine Rechtsmacht zur Durchsetzung von (auch nur nebensächlichen) Eigeninteressen der Bieter. Den Grundfreiheiten, Grundrechten der Charta und dem detaillierten harmonisierten Unionsvergaberecht muss zwingend die Fähigkeit zugesprochen werden, Rechte und Freiheiten der Bieter zu begründen.[395] Insbesondere die Vergabegrundsätze müssen damit nicht nur aufgrund der Verfahrens- und Prozessdimension der Grundfreiheiten, sondern auch aufgrund des Art. 47 GrCh wirksam durchzusetzen sein. Eine Begrenzung des Zugangs zum Rechtsweg auf Verletzungen subjektiver Rechte im Sinne der Schutznormlehre kann also potenziell im Widerspruch zum Art. 47 GrCh stehen.

Außerdem kommt es bei der Geltendmachung der Rechtsverletzung durch den Betroffenen nicht darauf an, welcher Staatsgewalt die potenzielle Verletzung zuzurechnen ist. Während die Gewährleistung eines Rechtsbehelfs gegen die Exekutive immer vorausgesetzt wird, ist nicht ersichtlich, warum eine Bindung der Legislative und Judikative an das Grundrecht des

[393] *Eser/Kubiciel*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 47 GrCh, Rn. 18.
[394] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 47 GrCh, Rn. 7 ff.
[395] *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 48.

Art. 47 GrCh nicht gegeben sein sollte.[396] Eine umfassende Grundrechtsbindung sämtlicher (europäischer) Staatsgewalt wird auch im Rahmen des Art. 51 Abs. 1 GG angenommen, weshalb ein Abweichen davon unbegründet erscheint.[397] Außerdem wurde der Schutzbereich der EMRK-Rechtsschutzgewährleistung bezüglich des Anwendungsbereichs explizit erweitert, sodass eine Übernahme einer beschränkten Grundrechtsverpflichtung mit Verweis auf den Art. 1 EMRK nicht überzeugen kann.[398]

3. Schutzgehalt

Die Rechtsschutzgewährleistung des Art. 47 GrCh stellt ein einheitliches Grundrecht dar.[399] Dennoch lässt sich der Schutzgehalt der unionsrechtlichen Rechtsschutzgarantie anhand der Struktur der Norm organisieren. Im Folgenden soll dementsprechend der (vergaberechtsschutzrelevante) Inhalt des Art. 47 GrCh gemäß seiner drei Absätze dargestellt werden.

a) Art. 47 Abs. 1 GrCh

Neben der Anwendungsvoraussetzung einer Verletzung von Rechten und Freiheiten, welche aufgrund der Einheitlichkeit des Art. 47 GrCh für sämtliche Aspekte des Schutzgehalts gelten muss, verbürgt der erste Absatz das Recht, „nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf“ einlegen zu können. Grundsätzlich umfasst der Art. 47 Abs. 1 GrCh also das Recht auf den Zugang zu einer gerichtlichen Entscheidung. Dabei weicht die Grundrechtecharta explizit von Art. 13 EMRK ab und fordert den Zugang zu einem „Gericht“.[400] Da jedoch der Zugang zu einem Gericht „nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen“

[396] So etwa *Eser/Kubiciel*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 47 GrCh, Rn. 20.
[397] *Schwerdtfeger*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 51 GrCh, Rn. 31.
[398] *Eser/Kubiciel*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 47 GrCh, Rn. 20. Hier wird argumentiert, dass eine Bindung über die Exekutive hinaus offengelassen wird und „aus den gleichen Gründen wie bei der EMRK“ dementsprechend nur „nur rechtsverletzende Akte der Verwaltung direkt rechtsbehelfsfähig sein können“. A.A. *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 20 GrCh, Rn. 11; *Lenz/Staeglich*, NVwZ 23 (12), 1421 (1424).
[399] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 47 GrCh, Rn. 2.
[400] Die EMRK toleriert auch eine rein behördliche Überprüfung, siehe *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 47 GrCh Rn. 22; *Meyer-Ladewig/Renger*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer (Hrsg.), EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 13 EMRK, Rn. 5.

gewährleistet werden muss und der Art. 47 Abs. 2 GrCh die Anforderungen an das Gericht konkretisiert, soll dieser Themenkomplex im folgenden Gliederungspunkt diskutiert werden.

Der von Art. 47 Abs. 1 GrCh geforderte Zugang zu Gericht führt jedoch nicht zu einer Ausweitung der in den Verträgen vorgesehenen Rechtsbehelfe. Insofern können Rechtsakte und Handlungen der Stellen der Union durch das Rechtsschutzsystem der Unionsverträge unmittelbar angegriffen werden. Eine Ausweitung der sehr begrenzten Klagebefugnisse durch Art. 47 GrCh ist jedoch nicht vorgesehen. Vielmehr müssen die Mitgliedstaaten bei mangelnden Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Unionsrechtsakte die Lücken des Unionsrechtsschutzes durch eigene Rechtsbehelfe kompensieren. Dies ist insbesondere durch die Kombination von Feststellungsklagen und Vorlageverfahren sowie der vorläufigen Nichtanwendung des Unionsrechts denkbar.[401] Die vor diesem Hintergrund bereitzustellenden Rechtsbehelfe müssen dann den Anforderungen des Art. 47 GrCh entsprechen. Gemäß Wortlaut des ersten Absatzes müssen die Rechtsbehelfe „wirksam“ sein. Bezüglich der notwendigen Wirksamkeit eines Rechtsbehelfs hat der EuGH im Rahmen des allgemeinen Grundsatzes des effektiven Rechtsschutzes insbesondere die bereits genannten Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsätze entwickelt, welche er auch im Schutzgehalt des Art. 47 GrCh verortet.[402] Für die Erfüllung des Effektivitätsgrundsatzes ist es wie bei der verfahrens- und prozessrechtlichen Dimension der Grundfreiheiten wesentlich, ob zwingend primärer Rechtsschutz zu gewährleisten ist. Wie jedoch bereits dargestellt, kann trotz einer gewissen Ambivalenz der EuGH-Judikative keine eindeutige Verpflichtung zur Gewährung eines primären Rechtsschutzes ausgemacht werden.[403] Vielmehr hat der EuGH auch in der Rechtssache *Unibet* eine inzidente Kontrolle der angegriffenen Maßnahme im Rahmen einer Schadensersatzklage als ausreichend erachtet, um europäische Rechte und Freiheiten wirksam zu schützen.[404] Demnach reicht die Gewährung sekundären Rechtsschutzes aus, um dem Effektivitätsgrundsatz und damit dem Schutzgehalt eines wirksamen Rechtsbehelfs gemäß Art. 47 Abs. 1 GrCh gerecht zu werden.[405] Der Schadensersatz muss jedoch dann

[401] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 47 GrCh, Rn. 30 ff.
[402] EuGH, Urteil vom 6.10.2015, Rs. C-71/14, East Sussex County Council, Rn. 52; Urteil vom 13.3.2007, Rs. C-432/05, Unibet, Rn. 37, 43.
[403] So auch *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 62 ff.; A.A. *Martlreiter*, Europäisierung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Unterschwellenaufträgen, 2011, S. 133 ff.
[404] EuGH, Urteil vom 13.3.2007, Rs. C-432/05, Unibet, Rn. 56, 58.
[405] EuGH, Urteil vom 13.3.2007, Rs. C-432/05, Unibet, Rn. 53, 64; so auch *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 63.

unabhängig vom Tatbestand des Schadens und der Kausalität gewährt werden.[406] Darüber hinaus ist im Sinne des Effektivitätsgrundsatzes auch zu fordern, dass der Schadensersatz eine abschreckende Wirkung vor weiteren Rechtsverletzungen hat. Nur wenn die Rechtsverletzung mit einer ausreichend schweren Sanktion durch den zu gewährenden Schadensersatz belegt wird, kann der sekundäre Rechtsbehelf zur wirksamen Durchsetzung der unionsrechtlich verliehenen Rechte und Freiheiten beitragen. Ist dies nicht gegeben, würden die auf Sekundärrechtsschutz beschränkten Klagebefugnisse eine tatsächliche Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren und somit gegen den Effektivitätsgrundsatz verstoßen. Die Qualifizierung eines ausschließlichen Sekundärrechtsschutzes als wirksamen Rechtsbehelf kann sich auch auf die Rechtsprechung des EGMR stützen. Im Rahmen der Rechtsprechung zu überlangen Gerichtsverfahren hat der EGMR eindeutig anerkannt, dass die Konventionsverletzung (also das überlange Gerichtsverfahren) selbst beseitigt werden kann oder eine angemessene Entschädigung gewährleistet werden muss.[407] Diese Rechtsprechung stützt zwar den EuGH darin, dass alleiniger Sekundärrechtsschutz eine wirksame Abhilfe der Rechtsverletzung und damit einen wirksamen Rechtsbehelf darstellen kann, eine automatische Allgemeingeltung kann daraus aber nicht abgeleitet werden. Schließlich würden primäre Rechtsbehelfe gegen überlange Gerichtsverfahren zu einer noch längeren Verfahrensdauer führen, sodass der angestrebte Schutzzweck durch primäre Rechtsbehelfe noch weiter untergraben würde. Generell ist es schwierig, den Gehalt übergeordneter, allgemeiner Normen von der Praxis in einem spezifischen Rechtsbereich abzuleiten. Die jeweiligen materiell-rechtlichen Zusammenhänge und Notwendigkeiten können bei einer Verallgemeinerung spezieller Regelungsgehalte nicht zu befriedigenden Ergebnissen führen.[408] Dennoch hat der EuGH allgemein und recht deutlich ausformuliert, dass eine inzidente Überprüfung möglicher Rechtsverletzungen im Rahmen von Schadensersatzklagen einen wirksamen Rechtsbehelf darstellen können. Auch wenn sich rechtspolitisch hervorragend argumentieren lässt, dass dies im Vergaberecht (wie etwa bei

[406] EuGH, Urteil vom 13.3.2007, Rs. C-432/05, Unibet, Rn. 59.
[407] EGMR, Urteil vom 26.10.2000, Rs. 30210/96, Kudla, Rn. 157 f; Urteil vom 8.6.2006, Rs. 75529/01, Sürmeli, Rn. 98.
[408] *Burgi*, NZBau 19 (10), 579 (584). So könnte zum Beispiel auch die Praxis bei der sogenannten Konkurrentenklage zur Bestimmung eines wirksamen Rechtsbehelfs herangezogen werden. Im Beamtenrecht muss bei der Vergabe einer Stelle der unterlegene Bewerber vierzehn Tage vor der Besetzung informiert werden, um mögliche Rechtsbehelfe in Anspruch nehmen zu können. Siehe etwa Hauck-Scholz, öAT 10 (6), 114 (114).

der Konkurrentenklage im nationalen Recht[409]) zu keinem befriedigenden Ergebnis führt, ist die EuGH-Rechtsprechung insoweit eindeutig.

Genauso eindeutig ist die EuGH-Rechtsprechung aber auch darin, dass zur Sicherung von unionsrechtlich begründeten Rechten vor tatsächlichen und unumkehrbaren Verletzungen vor dem Hauptsacheverfahren ein vorläufiger Rechtsschutz gewährleistet werden muss. Ursprünglich leitete der EuGH diesen Anspruch aus dem Art. 4 Abs. 3 EUV ab,[410] er muss allerdings auch dem damals noch nicht bestehenden Chartagrundrecht des Art. 47 GrCh zugesprochen werden.[411] Außerdem hat der EuGH im Rahmen der Rechtsmittelrichtlinie geurteilt, dass vorläufiger Rechtsschutz vor dem Hintergrund des Ausschlusses primärer Rechtsbehelfe nach einem wirksamen Vertragsschluss für einen wirksamen Primärrechtsschutz unerlässlich sei.[412]

Grundsätzlich widersprechen sich diese beiden Aussagen der EuGH-Rechtsprechung. Einerseits muss nicht zwingend primärer Rechtsschutz gewährleistet werden, andererseits bedarf es jedoch eines vorläufigen (also immer primär wirkenden) Rechtsschutzes zur Absicherung unionaler Rechte vor unumkehrbaren Verletzungen. Jedoch stellt die Gewährung von Primärrechtsschutz die Grundlage für einen vorläufigen Rechtsschutz dar. Ist also kein Primärrechtschutz zu gewähren, muss auch kein vorläufiger Rechtsschutz bereitgestellt werden.[413] Es lässt sich also festhalten, dass der nationale Gesetzgeber den Rechtsweg ohne primären Rechtsbehelf ausgestalten darf. Steht ein solcher jedoch zur Verfügung, muss dieser auch vorläufigen Rechtsschutz umfassen, welcher wiederum insbesondere dem Effektivitätsgrundsatz entsprechen muss. Folglich kommt man auch im Rahmen des Art. 47 Abs. 1 GrCh zu dem Ergebnis, dass der nationale Gesetzgeber primären Rechtsschutz zwar explizit ausschließen kann, solange er dies aber nicht tut, also Primärrechtsschutz zu Verfügung steht, dieser den Anforderungen des Effektivitätsgrundsatzes entsprechen muss. So lässt sich die nicht ganz eindeutige Rechtsprechung des EuGH, welche durchaus durch die EGMR-Rechtsprechung gestützt wird, sinnvoll zusammenfügen. Damit umfasst der Art. 47 Abs. 1 GrCh, wie bereits die prozessuale Dimension der Grundfreiheiten, auch eine Vorabinformationspflicht für Vergabeverfahren, sofern ein Zugang zu einstweiligen

[409] Siehe etwa *Brinktrine*, JURA 37 (11), 1192.
[410] EuGH, Urteil vom 19.6.1990, Rs. C-213/89, Factortame, Rn. 18-22.
[411] *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 76.
[412] EuGH, Urteil vom 28.10.1999, Rs. C-81/98, Alcatel Austria, Rn. 43.
[413] *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 62.

Verfügungen in den nationalen Prozessordnungen besteht. Ein solcher vorläufiger Rechtsschutz kann nämlich ohne eine entsprechende Vorabinformations- und Wartepflicht eine tatsächliche Rechtsverletzung nicht verhindern. Folglich würde die Ausgestaltung des Rechtsbehelfs die Durchsetzung der unionsrechtlich begründeten Freiheiten im Sinne des Effektivitätsgrundsatzes praktisch unmöglich machen. Zwar ließe sich argumentieren, dass dem Bieter mit einem entsprechend ausgestalteten Sekundärrechtsschutz auch nach einer Zuschlagserteilung immer noch ein wirksamer Rechtsbehelf zur Verfügung stünde, dies würde jedoch der eindeutigen Rechtsprechung zur Wirksamkeit der bereitgestellten Rechtsbehelfe (insbesondere der Pflicht zum vorläufigen Rechtsschutz) jeglichen Sinn rauben. Ließe man Schadensersatzansprüche als ausreichend wirksame Rechtsbehelfe gelten wenn nicht wirksame primäre Rechtsbehelfe bestehen, bedürfte es dieses Primärrechtsschutzes überhaupt nicht. Der EuGH fordert jedoch explizit die Wirksamkeit des Primärrechtsschutzes, wenn dieser besteht.[414] Deshalb ist aufgrund der bestehenden Vorwirkung des Art. 47 Abs. 1 GrCh in das Vergabeverfahren[415] so lange eine Vorabinformations- und Wartepflicht zu fordern, wie im Rahmen des einschlägigen Rechtswegs vorläufiger Rechtsschutz vorgesehen ist. Wird dem Bieter der Rechtsbehelf der einstweiligen Verfügung eröffnet, muss er dies wirksam in Anspruch nehmen können. Dazu benötigt er eine Vorabinformation der Vergabestelle über den beabsichtigten Zuschlag. Ist dies nicht gewährleistet, kann der bestehende Rechtsbehelf die Ausübung der unionsrechtlich begründeten Rechte nicht ansatzweise sicherstellen, sodass sie in der Praxis regelmäßig unmöglich zu verfolgen sind.

Darüber hinaus ist noch zu erwähnen, dass die gemäß Art. 47 Abs. 1 GrCh nötige Wirksamkeit eines Rechtsbehelfs der Kontrolldichte im Gerichtsverfahren eine Untergrenze setzt. So muss das Gericht über sämtliche rechtliche und tatsächliche Fragestellungen entscheiden.[416] Es besteht zwar keine Pflicht zur Erhebung von Beweisen von Amts wegen, jedoch muss das Gericht „alle für die bei ihm anhängige Streitigkeit relevanten Tatsachen und Rechtsfragen

[414] So wie der vorläufige Rechtsschutz wesentlich für die Wirksamkeit des bestehenden Primärrechtsschutzes ist, so ist die Vorabinformations- und Wartepflicht wesentlich für die Wirksamkeit des bestehenden vorläufigen Rechtsschutzes.

[415] Siehe dazu etwa auch *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 47 GrCh, Rn. 60.

[416] *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 72; *Hillen*, Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht, 2018, S. 288.

[…] prüfen“ können.[417] Entsprechende Informationen sind daher durch das Gericht einzuholen. Für vergaberechtsrelevante Rechtsbehelfe umfasst dies in der Praxis zwingend die von den Vergabestellen geführten Vergabeakten. Ohne diese detaillierte Dokumentation des Vergabeverfahrens ist eine nachvollziehbare Überprüfung der relevanten Sachverhalte nicht möglich. Dies ist insbesondere auch vor dem Hintergrund gegeben, dass der Bieter gemäß grundfreiheitlich begründeten Vergabegrundsätzen Anspruch auf ein faires und transparentes Vergabeverfahren hat. Ohne die entsprechenden Informationen, welche den Wertungen und anderen wesentlichen Verfahrensschritten zugrunde liegen, ist eine wirksame gerichtliche Überprüfung des Vergabeverfahrens nicht möglich. Hinsichtlich des in Art. 47 Abs. 2 GrCh verbürgten Rechts auf ein faires Gerichtsverfahren stellt sich dann die Frage, ob diese essenziellen Informationen der Vergabeakten nicht nur dem Gericht, sondern auch dem Bieter zugänglich zu machen sind.

b) Art. 47 Abs. 2 GrCh

Der zweite Absatz des Art. 47 GrCh definiert das Gericht, zu dem jede Person gemäß Art. 47 Abs. 1 GrCh Zugang haben muss, und stellt darüber hinaus bestimmte Vorgaben für die Durchführung des Gerichtsverfahrens auf.

Laut Art. 47 Abs. 2 GrCh hat jede Person das Recht, „dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht“ verhandelt wird. Die explizit angeführten Ansprüche der Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Gesetzlichkeit decken sich mit den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK, der als verbindlicher Mindeststandard für Art. 47 Abs. 2 GrCh gilt, sowie mit der Rechtsprechung des EuGH zum Gerichtsbegriff im Rahmen des Art. 267 AEUV.[418] Demgemäß sind neben den in Art. 47 Abs. 2 GrCh genannten Eigenschaften außerdem der ständige Charakter der Einrichtung sowie die Endgültigkeit ihrer Entscheidung über Rechtsfragen in einem streitigen Verfahren notwendig.[419] Die Unabhängigkeit des Gerichts kommt in seiner Stellung gegenüber anderen Stellen der Mitgliedstaaten zum Ausdruck, was sich in der Art der Berufung und Abberufung seiner

[417] EuGH, Urteil vom 6.11.2012, Rs. C-199/11, Otis, Rn. 49.
[418] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 47 GrCh, Rn. 22, der sich für die Bestimmung des Gerichtsbegriffs auf die Rechtsprechung zum Art. 267 AEUV bezieht.
[419] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 47 GrCh, Rn. 22; *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 71. Ersatzlieferung, Stand: August 2020, 2020, Art. 267 AEUV, Rn. 15 ff.; *Eser/Kubiciel*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 47 GrCh, Rn. 32 ff.

Mitglieder sowie der Weisungsfreiheit der Richter manifestiert. Auch eine Rechenschaftspflicht darf nicht bestehen. Das Erfordernis vorab durch Gesetz errichtet worden zu sein schließt *ad hoc* Gerichte oder Sondergerichte aus, sodass der Rechtsweg gegen deren Entscheidungen eröffnet sein muss. Die Unparteilichkeit verbietet die Befangenheit jedes einzelnen Richters. Da kein Anspruch auf einen Instanzenzug besteht, muss lediglich Zugang zu einer, einem Gericht entsprechenden, Instanz gewährleistet werden.[420]

Neben den dargestellten Ansprüchen an ein potenzielles Gericht sieht Art. 47 Abs. 2 GrCh bestimmte Verfahrensgrundsätze vor. So muss gemäß Wortlaut vor dem „Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt“ werden. Neben dem Grundsatz des fairen Verfahrens verlangt der Art. 47 Abs. 2 GrCh also insbesondere die Öffentlichkeit des Verfahrens und eine Entscheidungsfindung innerhalb einer angemessenen Frist. Neben der Öffentlichkeit wird aus dem Begriff „verhandelt“ auch der Grundsatz der Mündlichkeit der Verhandlung abgeleitet. Beide Grundsätze können jedoch durch ausreichend gewichtige Gründe, etwa der öffentlichen Ordnung oder einem Verzicht auf die Mündlichkeit durch die Streitparteien, eingeschränkt werden.[421] Die Angemessenheit des Zeitraums bis zur Entscheidung durch das Gericht hängt wesentlich von der Komplexität des Streitgegenstandes ab. Wesentlich für die effektive Ausgestaltung des Rechtsbehelfs ist außerdem der Grundsatz des fairen Verfahrens. Der EGMR untersucht dazu das Gerichtsverfahren in Gänze auf seine Fairness.[422] Regelmäßig wird dabei insbesondere die Waffengleichheit der Streitparteien herausgestellt, welche gleichwertige, effektive Prozessbefugnisse beider Streitparteien verlangt.[423] Dadurch sollen die Parteien ausreichend Mitwirkungsrechte erhalten, welche eine einseitige Benachteiligung verhindert.[424] Dementsprechend kann auch das Recht auf rechtliches Gehör dem Art. 47 Abs. 2 GrCh zugeordnet werden. Danach muss der Kläger ausreichend über den Prozess informiert werden (Streitschriften etc.), Stellung beziehen können und dabei auch berücksichtigt

[420] EuGH, Urteil vom 11.3.2015, Rs. C-464/13, Oberto, Rn. 73; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 47, GrCh Rn. 29.
[421] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 47 GrCh, Rn. 50 f.
[422] *Eser/Kubiciel*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 47 GrCh, Rn. 37.
[423] *Eser/Kubiciel*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 47 GrCh, Rn. 37; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 47 GrCh, Rn. 49.
[424] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 47 GrCh, Rn. 49.

werden.[425] Darüber hinaus kann dem Grundsatz des fairen Verfahrens ein Akteneinsichtsrecht entnommen werden.[426] In einem vergaberechtlichen Kontext ist fraglich, inwieweit nicht nur die Prozessakten, sondern auch die, durch die Vergabestelle geführten, Vergabeakten unter dieses Recht fallen. Letztlich ist einem Bieter ein substantiierter Vortrag nur möglich, wenn er die nötigen Informationen über die Grundlagen der Verfahrensentscheidungen der Vergabestelle einsehen kann. Zwar ist eine anlasslose Bereitstellung der Vergabeakten nicht zu fordern, kann ein Bieter jedoch Hinweise auf eine rechtswidrige Verfahrensentscheidung vortragen, ist er regelmäßig erst aufgrund der Informationen aus den Vergabeakten in der Lage, Verfahrensfehler aufzuzeigen und zu beweisen. Eine effektive Prozessführung ist ohne diese detaillierten Informationen nicht möglich.[427] Vor dem Hintergrund, dass die Bieter gemäß Vergabegrundsätzen Anspruch auf eine transparente Verfahrensdurchführung haben, lässt sich ein entsprechendes Einsichtsrecht in die Vergabeakten potenziell aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens ableiten. Jedenfalls muss ein solcher Anspruch in Erwägung gezogen werden.

Art. 47 Abs. 2 S. 2 GrCh räumt dem Kläger schließlich noch das Recht ein, sich beraten, verteidigen und vertreten zu lassen. Die Gewährleistung überschneidet sich insofern mit dem Art. 48 GrCh.[428]

c) Art. 47 Abs. 3 GrCh

Abschließend verpflichtet Art. 47 Abs. 3 GrCh die Union und die Mitgliedstaaten dazu, eine Prozesskostenhilfe zu gewährleisten. Dieser Teilgehalt der Rechtsschutzgewährleistung soll den natürlichen und juristischen Personen, welche nicht über die notwendigen finanziellen Mittel verfügen um den Rechtsweg zu bestreiten, die Einlegung eines wirksamen Rechtsbehelfs ermöglichen. Der Anspruch deckt die Kosten ab, die für eine sachgemäße Rechtsverfolgung notwendig sind. Dies umfasst insbesondere die Gerichts- und Anwaltskosten.[429] Jedoch darf das Rechtsbegehren nicht offensichtlich aussichtslos sein.[430]

[425] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 47 GrCh, Rn. 41 ff.
[426] *Eser/Kubiciel*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 47 GrCh, Rn. 37.
[427] *Dageförde*, NZBau 21 (2), 72 (73).
[428] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 47 GrCh, Rn. 56; *Eser/Kubiciel*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 47 GrCh, Rn. 40.
[429] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 47 GrCh, Rn. 63.

Letztlich garantiert die Prozesskostenhilfe die Eröffnung des Rechtswegs, wenn eine Vertretungspflicht besteht und der Kläger sich ansonsten keine Rechtsvertretung leisten könnte. Das verhindert in entsprechenden Fällen ein Eingriff in den Schutzgehalt des Art. 47 GrCh durch die Verordnung einer Vertretungspflicht.

IV. Art. 52 Abs. 1 GrCh - Schranken

Eingriffe in den vergaberechtsrelevanten Schutzgehalt der Charta-Grundrechte müssen nicht zwingend eine rechtswidrige Grundrechtsverletzung darstellen. Tatsächliche Eingriffe können schließlich gemäß der allgemeinen Schrankenregelung aus Art. 51 Abs. 1 GrCh gerechtfertigt werden.

Grundsätzlich kann ein Eingriff in den diskutierten Schutzgehalt der vergaberechtsrelevanten Grundrechte nur dann gerechtfertigt sein, wenn er gesetzlich vorgesehen ist, den Wesensgehalt des Grundrechts nicht verletzt, ein legitimes Gemeinwohlziel verfolgt und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht. Der Gesetzesvorbehalt verpflichtet die Union und die Mitgliedstaaten etwaige Eingriffe in den Schutzgehalt eines Grundrechts ausschließlich auf Grundlage eines Gesetzes vorzunehmen. Dabei wird angenommen, dass ein Gesetz im materiellen Sinne vorliegen muss, also nicht zwingend ein Gesetz nach einem formellen Verfahren notwendig ist. Vielmehr können Eingriffe durch alle Rechtssätze, denen allgemeinverbindliche Wirkung zukommt, vorgenommen werden.[431] Daneben muss gemäß Wortlaut auch der Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten geachtet werden.

Eingriffe müssen darüber hinaus den von der Union anerkannten Gemeinwohlzielen dienen. Dies sind neben den in Art. 3 EUV genannten Zielen auch andere primärrechtlich besonders geschützte Interessen, wie etwa der Verbraucherschutz, Gesundheitsschutz oder die Bekämpfung des internationalen Terrors. Insofern ist hier ein weiter Ansatz zugrunde zu legen.[432] Außerdem kann der Schutz der Rechten und Freiheiten Dritter einen Eingriff in die Grundrechte rechtfertigen.

---

[430] *Eser/Kubiciel*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 47 GrCh, Rn. 41 ff.
[431] *Schwerdtfeger*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 52 GrCh, Rn. 32.
[432] *Schwerdtfeger*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 52 GrCh, Rn. 35.

Wesentliche Bedeutung im Rahmen der Rechtfertigung eines Eingriffs hat auch das einzuhaltende Verhältnismäßigkeitsprinzip. Gemäß diesem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts muss eine Maßnahme geeignet und erforderlich sein sowie deren Nachteile in einem angemessenen Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen.[433] Während die Geeignetheit voraussetzt, dass die Maßnahme in systematischer und kohärenter Weise dem geltend gemachten Ziel dient, verlangt die Erforderlichkeit, dass kein milderes Mittel zur Zielverwirklichung zur Verfügung steht.[434] Die Angemessenheit verlangt ein „angemessenes Gleichgewicht" zwischen den verschiedenen geschützten Rechtsgütern.[435]

Diese Voraussetzungen für die Einschränkbarkeit von Grundrechten sind trotz einer gewissen Ungeeignetheit auch auf positive Pflichten, welche aus dem Schutzbereich der Grundrechte resultieren, anwendbar.[436] Ein Kläger hat insbesondere im Rahmen der Rechtsweggarantie des Art. 47 GrCh Anspruch auf die Bereitstellung und effektive Ausgestaltung eines Rechtsweges, beziehungsweise auf die besondere Ausgestaltung der vorherigen Verwaltungsverfahren. Diese Ansprüche gegenüber dem Gesetzgeber sind leistungsrechtlicher Natur. Letztlich findet dieser Umstand Niederschlag in der anzulegenden Prüfungsdichte. Den unionsrechtlichen und nationalen Gesetzgebern ist bei ihren Entscheidungen grundsätzlich ein weites Ermessen einzuräumen. So führen die Ansprüche in Form von positiven Leistungspflichten sowie der Umstand, dass im Vergaberechtsschutz regelmäßig konkurrierende Interessen geschützt werden müssen, zu einem erheblichen Ermessensspielraum der Gesetzgeber[437] bei der Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes. Bei der Beurteilung, ob der Vergaberechtsschutz den Vorgaben der Grundrechtecharta entspricht, ist dies ausreichend in Betracht zu ziehen.

[433] EuGH, Urteil vom 10.3.2005, verb. Rs. C-96/03 und C-97/03, Tempelman und van Schaijk, Rn. 47; Urteil vom 16.7.2015, Rs. C-83/14, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, Rn. 123; Urteil vom 25.1.2018, Rs. C-473/16, F, Rn. 56; *Schwerdtfeger*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 52 GrCh, Rn. 38.

[434] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 52 GrCh, Rn. 38 f.

[435] EuGH, Urteil vom 18.10.2018, Rs. C-149/17, Bastei Lübbe, Rn. 45; *Schwerdtfeger*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 52 GrCh, Rn. 39.

[436] *Schwerdtfeger*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 52 GrCh, Rn. 44; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 52 GrCh, Rn. 48.

[437] *Schwerdtfeger*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 52 GrCh, Rn. 43; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 52 GrCh, Rn. 46.

D. Wertung / Zusammenfassung / Problemfelder

Das Recht der Europäischen Union weist eine Vielzahl von Anknüpfungspunkten zum Vergaberecht auf. Angefangen mit dem harmonisierten Sekundärvergaberecht, über den vergaberelevanten Schutzgehalt der Grundfreiheiten bis hin zur Grundrechtecharta wirkt das Europarecht tief in die öffentliche Auftragsvergabe hinein. Dabei lassen sich einige handfeste Vorgaben zur effektiven Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes ableiten.

Besonders die Rechtsmittelrichtlinien installieren im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien ein komplexes System zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes. Dabei handelt es sich um ein Zusammenspiel von Informations- und Wartepflichten, einem durch den Suspensiveffekt vorvertraglich und vorläufig wirkenden Hauptsacheverfahren, dem regelmäßigen Ausschluss von Primärrechtsschutz nach wirksamer Zuschlagserteilung und nachvertraglichem Primärrechtsschutz bei besonders qualifizierten Verfahrensverstößen. Die Kombination all dieser Maßnahmen stellt sicher, dass der Bieter tatsächlich die Möglichkeit hat, vor einer wirksamen Zuschlagserteilung Primärrechtsschutz in Anspruch zu nehmen und dass zugleich weitgehende Rechtssicherheit nach einem Vertragsschluss gegeben ist. Der für die Effektivität des Rechtswegs essenzielle Suspensiveffekt entfällt lediglich nach Abschluss des Hauptsacheverfahrens oder einer vorläufigen Entscheidung über weitere Maßnahmen, die vom klagenden Bieter beantragt wurden. Wenn dem Bieter aufgrund eines Verfahrensfehlers der Zugang zum vorläufig sichernden primären Rechtsbehelf verwehrt wurde, kann er auch nach Vertragsschluss wirksamen Primärrechtsschutz erlangen. Darüber hinaus erlaubt die Rechtsmittelrichtlinie jedoch, neben einer besonderen Antragsbefugnis zur Inanspruchnahme von Nachprüfungsverfahren, verschiedene prozessuale Zulässigkeitskriterien zur Einschränkung des Umfangs des Rechtswegs.

Außerhalb des Anwendungsbereichs der Rechtsmittelrichtlinien haben insbesondere die Grundfreiheiten maßgeblichen Einfluss auf die Ausgestaltung des Vergaberechts und seines Rechtswegs. Das wesentliche Primärvergaberecht in Form der, vom EuGH aus den Grundfreiheiten abgeleiteten, Vergabegrundsätze wirkt sich zunächst auf das Vergabeverfahrensrecht aus. Unter der Voraussetzung der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten umfasst dies explizit auch die nationale Auftragsvergabe jenseits der Vergaberichtlinien. Dazu muss insbesondere ein grenzüberschreitendes Interesse an den öffentlichen Aufträgen (und damit eine Binnenmarktrelevanz) vorliegen, welches auch unterhalb der Schwellenwerte der

Vergaberichtlinien nachgewiesen werden kann. Sofern dieser grenzüberschreitende Bezug vorliegt, hat die Vergabestelle die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz zugunsten eines funktionierenden Wettbewerbs zu beachten. Die notwendige Wirksamkeit des Unionsrechts (*effet utile*) verlangt die wirksame gerichtliche Durchsetzbarkeit dieser hauptsächlich verfahrensrechtlich wirkenden Grundsätze. Die daraus folgenden prozessrechtlichen Anforderungen an den Vergaberechtsschutz werden wesentlich durch den Effektivitätsgrundsatz definiert. Dieser verlangt zur effektiven Durchsetzung unionsrechtlich begründeter Rechte jedoch nicht zwingend Primärrechtsschutz. Vielmehr ist es dem nationalen und europäischen Gesetzgeber gestattet, ausschließlich Sekundärrechtsschutz bereitzustellen und dennoch dem Effektivitätsgrundsatz zu genügen. Sofern jedoch ein primärer Rechtsbehelf im einschlägigen Rechtsweg eröffnet ist, muss dieser effektiv ausgestaltet sein. Außerdem ist es unstrittig, dass der Sekundärrechtschutz, sofern er als einziger Rechtsweg vorgesehen ist, besonderen Anforderungen entsprechen muss, um eine effektive Durchsetzung der unionsrechtlich begründeten Rechte sicherzustellen.

Abschließend wurde festgestellt, dass sich die Grundrechte der Grundrechtecharta als Überprüfungsmaßstab für die Ausgestaltung des Vergaberechts(schutzes) eignen, sofern ein ausreichender Anknüpfungspunkt des Vergabeverfahrens an das Unionsrecht vorliegt. Die Geltung der Grundfreiheiten stellen einen solchen Anknüpfungspunkt dar, sodass auch die Grundrechtecharta bei einer Binnenmarktrelevanz der öffentlichen Auftragsvergabe anwendbar ist. Außerdem ist der europäische Gesetzgeber bei der Gestaltung des harmonisierten Vergaberechts an die verfahrens- und prozessrechtlichen Vorgaben der einschlägigen Grundrechte gebunden. Inhaltlich vermittelt insbesondere die Unternehmensfreiheit mit der subjektiv wirkenden Wettbewerbsfreiheit einen ähnlichen Anspruch auf die Durchführung eines gleichberechtigten und transparenten Vergabeverfahrens wie die Vergabegrundsätze der Grundfreiheiten. Eine in den Rechtsschutz hineinwirkende Vorabinformationspflicht kann dem Art. 16 GrCh jedoch nicht entnommen werden, da diese wesentlich für die gerichtliche Durchsetzung der Verfahrensrechte und somit Art. 47 GrCh zuzuordnen ist. Die Eigentumsfreiheit (Art. 17 Abs. 1 GrCh) vermag den Bietern einen Anspruch auf die Erfüllung des, aus einem korrekt durchgeführten Vergabeverfahren resultierenden, vermögenswirksamen Rechtes zu verleihen. Ein Vertrag der entgegen europarechtlichen Normen geschlossen wurde, etwa nach Verstoß gegen Vergabeverfahrensrecht, wird hingegen nicht durch die

Eigentumsfreiheit geschützt, sodass der Art. 17 GrCh eher die Position des Bieters stärkt, der die korrekte Durchführung einer öffentlichen Auftragsvergabe gerichtlich sicherstellen will.

Für die Effektivität des Vergaberechtsschutzes wesentlich ist außerdem der Art. 47 GrCh. Als eigenständiges Prozessgrundrecht ist es die für die Überprüfung des Vergaberechtsschutzes geeignetste Kodifizierung des allgemeinen Grundsatzes des effektiven Rechtsschutzes. Diesbezüglich folgt aus der geringen Schwelle der Akzessorietät des Art. 47 Abs. 1 GrCh, dass eine zu enge Auslegung subjektiver Rechte im Sinne der Schutznormtheorie den geringen Anforderungen an die Rechtswegeröffnung des Art. 47 GrCh widerspricht. Darüber verlangt Art. 47 Abs. 1 GrCh die Wirksamkeit der Rechtsbehelfe im Sinne des Effektivitätsgrundsatzes. Die dazu ergangene, nicht ganz widerspruchsfreie erscheinende, EuGH-Rechtsprechung lässt sich wie im Rahmen der Grundfreiheiten nur auf eine bestimmte Weise kohärent interpretieren. So verlangt der Schutzgehalt des Art. 47 Abs. 1 GrCh zwar nicht zwingend die Bereitstellung von Primärrechtsschutz, sobald dieser aber im eröffneten Rechtsweg besteht, muss er auch wirksam ausgestaltet sein. Daraus lässt sich ableiten, dass im binnenmarktrelevanten Vergabeverfahren auch unterhalb der Schwellenwerte eine Vorabinformations- und Wartepflicht der Vergabestellen so lange gegeben ist, wie ein Zugang zu vorläufigem Rechtsschutz existiert. Sofern ein nationaler Gesetzgeber Primärrechtsschutz explizit ausschließt, müssen an den Sekundärrechtsschutz erhöhte Anforderungen gestellt werden, die eine wirksame Durchsetzung der unionsrechtlich begründeten Rechte und Freiheiten garantieren. Letztlich umfasst auch die Verfahrensvorgabe eines fairen Verfahrens gemäß Art. 47 Abs. 2 GrCh in Verbindung mit dem Vergabegrundsatz der Transparenz einen vergaberechtsrelevanten Gehalt. So lässt sich argumentieren, dass ein entsprechend faires Verfahren in Verbindung mit dem Transparenzgrundsatzes nur möglich ist, wenn dem klagenden Bieter bei begründetem Anlass Einsicht in die Vergabeakten gewährt wird.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich aus den europarechtlichen Vorgaben zur Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes umfangreiche verfahrens- und prozessrechtliche Anforderungen ableiten lassen, die im Folgenden mit dem *status quo* des deutschen Vergaberechtsschutzes abzugleichen sind.

Kapitel 3: Status Quo des deutschen Vergaberechtsschutzregimes

Nachdem in den beiden bisherigen Kapiteln der verfassungs- und unionsrechtliche Maßstab der notwendigen Effektivität des Rechtsschutzes erarbeitet wurde, gilt es nun das aktuelle deutsche Vergaberechtsschutzregime überblicksartig darzustellen. Sich hierbei ergebende Konfliktbereiche zwischen dem Vergaberechtsschutz und dem Maßstab der Effektivität des Rechtsschutzes müssen im anschließenden Teil der Arbeit detailliert untersucht werden. Zur Darstellung lässt sich der deutsche Vergaberechtsschutz systematisch in verschiedene Bereiche aufteilen. Als erste und grundlegendste Unterteilung der Rechtsbehelfe wird zwischen dem Primärrechtsschutz und Sekundärrechtsschutz unterschieden. Während sich primäre Rechtsbehelfe unmittelbar gegen eine Statusverletzung richten, umfasst der davon abzugrenzende Sekundärrechtschutz sämtliche Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche.[438] Diese Differenzierung des allgemeinen Beseitigungsanspruchs[439] findet sich nicht nur im Vergaberecht, sondern eignet sich als grundsätzliche Unterscheidung für Rechtsbehelfe.

Im Bereich des Primärrechtsschutzes lässt sich eine weitere vergaberechtsspezifische Unterteilung des Rechtswegs ober- und unterhalb der Schwellenwerte, also anhand des Anwendungsbereichs des GWB, ausmachen. So ist im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts ein spezieller Rechtsweg vorgesehen, der im Unterschwellenbereich nicht einschlägig ist. Dementsprechend sind sämtliche einschlägigen, primären Rechtsbehelfe ober- und unterhalb der Schwellenwerte darzustellen, um einen umfassenden Überblick über den vergaberechtlichen Primärrechtsschutz zu gewährleisten.

Um den gesamten *status quo* des deutschen Vergaberechtsschutzes abzubilden, werden anschließend die sekundären Rechtsmittel untersucht. Auch in diesem Bereich bestehen mit den §§ 180, 181 GWB spezifische Anspruchsgrundlagen im oberschwelligen Vergaberechtsschutz. Allerdings lassen sich weitere, für den Sekundärrechtsschutz wesentliche, Anspruchsgrundlagen außerhalb des Vergaberechts auffinden, die damit sowohl für Vergabeverfahren ober- und unterhalb der Schwellenwerte des GWB in Frage kommen.

---

[438] *Erbguth*, in: Alexy (Hrsg.), Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, 2002, S. 222 f.; *Schneider*, Primärrechtsschutz nach Zuschlagserteilung bei einer Vergabe öffentlicher Aufträge, 2007, S. 67.

[439] *Erbguth*, in: Alexy (Hrsg.), Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, 2002, S. 222.

In der Gesamtschau dieser systematisch zu unterscheidenden prozessualen Instrumente (Primärrechtsschutz ober- und unterhalb der Schwellenwerte, Sekundärrechtsschutz) offenbart sich dann der *status quo* des deutschen Vergaberechtsschutzes, welcher mit dem entwickelten Maßstab der Effektivität abzugleichen ist.

A. Primärrechtsschutz

Im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts ist mit dem Vergabenachprüfungsverfahren und der sofortigen Beschwerde ein spezieller Rechtsweg vorgesehen. Deshalb sind die Anwendungsvoraussetzungen des oberschwelligen Vergabeverfahrensrechts auch für die Einschlägigkeit der im GWB vorgesehenen Rechtsbehelfe entscheidend. Neben den Anwendungsvoraussetzungen des öffentlichen Auftraggebers (im Sinne des § 98 GWB) und dem Vorliegen eines öffentlichen Auftrags (bzw. Konzession) ist das Erreichen der Schwellenwerte aus § 106 GWB für den einzuschlagenden primären Rechtsweg entscheidend.[440] Erreicht ein öffentlicher Auftrag beispielweise den Schwellenwert nicht, sind mangels einer spezifischen bundeseinheitlichen Regelung entweder einschlägige Ländernormen oder der ordentliche Rechtsweg anzuwenden (Unterschwellenbereich).[441] Entsprechende Landesvergabegesetze, welche spezifische Rechtsmittel vorsehen, sind aktuell in Thüringen, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Mecklenburg-Vorpommern und Niedersachsen zu finden.

Die daraus folgende Zweiteilung des primären Vergaberechtsschutzes ist bereits seit geraumer Zeit Gegenstand einer lebhaften Diskussion und trotz der eindeutigen Rechtsprechung des BVerfG[442] wiederholter Kritik ausgesetzt.[443] Zur vollständigen Darstellung des *status quo* des deutschen Vergaberechtsschutzes sind beide Ebenen des Primärrechtsschutzes überblicksartig darzustellen.

[440] *Landsberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 155 GWB, Rn. 2.
[441] Zunächst einer statt vieler: *Sitsen*, ZfBR 41 (7), 654 (654).
[442] BVerfG, Urteil vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03.
[443] *Pünder*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, Einführung, Rn. 31; *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 133 ff.

I. Oberschwellenbereich – Vergaberechtsschutz im GWB

Gesetzt den Fall, dass der materielle und sachliche Anwendungsbereich des GWB Vergaberechts eröffnet ist,[444] findet sich die einfachgesetzliche Ausgestaltung des einschlägigen Primärrechtsschutzes in den §§ 155-185 GWB. Die ersten beiden Abschnitte (§§ 155-170 GWB) regeln die Grundsätze und das Verfahren vor den Vergabekammern, der dritte Abschnitt (§§ 171-184 GWB) die sofortige Beschwerde vor den Beschwerdegerichten. Damit bestehen im Rahmen des GWB-Vergaberechts zwei spezielle Rechtsbehelfe, die den primären Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte begründen.

1. Erste Instanz - Die Vergabekammern

Als erster primärer Rechtsbehelf im Oberschwellenbereich kommt das Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern gemäß §§ 155-170 GWB in Betracht. Diese sind laut §§ 155, 156 Abs. 2 GWB ausschließlich zuständig für die Überprüfung der Vergabeverfahren gemäß dem GWB. Dementsprechend gelten die Bereichsausnahmen für das Vergabeverfahren, wie beispielsweise die Vergabe von Dienstleistungen und Konzessionen für den Katastrophen- und Zivilschutz, der Gefahrenabwehr,[445] der sogenannten In-House-Vergaben und der Open-House-Verfahren[446] auch für die Überprüfungen vor den Vergabekammern.

Unabhängig vom Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern können jedoch auch Aufsichtsbehörden oder Vergabeprüfstellen existieren. Die als Aufsichtsbehörden bezeichneten vorgesetzten Dienststellen der Vergabestelle können von Amts wegen im Rahmen der Rechts- oder Fachaufsicht in die Vergabeverfahren ihrer nachgeordneten Behörden eingreifen. Das Fehlen eines automatischen Suspensiveffekts einer Beschwerde und das nicht gerichtlich überprüfbare Ermessen der Aufsichtsbehörde verhindern aber eine praktische Bedeutung dieser Kontrollmöglichkeit.[447] Die Kontrollen durch Aufsichtsbehörden und Vergabeprüfstellen resultieren aus der Entwicklung des Vergaberechts aus dem

[444] Neben den erwähnten Anwendungsvoraussetzungen müssen auch die Bereichsausnahmen der §§ 107, 108, 109 GWB beachtet werden. Vgl. dazu ausführlicher *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 178 GWB, Rn. 2.
[445] Ausführlich siehe etwa *Bühs*, NVwZ 38 (19), 1410 (1410).
[446] Siehe dazu *Gabriel*, NZBau 20 (9), 568, der den Ausschluss der Open-House-Verfahren von der Überprüfung durch die Vergabekammern als besonders kritisch und rechtsschutzverschließend erachtet.
[447] *Landsberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 155 GWB, Rn. 8 f.

Haushaltsrecht und dienen explizit nicht dem Rechtsschutz von Individuen.[448] In diesem Sinne sind ausschließlich die Vergabekammern für die Geltendmachung von subjektiven Verfahrensrechten zuständig (§ 156 Abs. 2 GWB).[449]

Das Verfahren vor den Vergabekammern ist somit der erste darzustellende Rechtsbehelf des Vergaberechtsschutzregimes. Allerdings ist auch das Nachprüfungsverfahren ein Verwaltungsverfahren.[450] Entscheidungen von Vergabekammern ergehen gemäß § 168 Abs. 3 GWB als Verwaltungsakt und sind das Ergebnis eines Verwaltungsverfahrens nach § 9 VwVfG.[451] Die Nachprüfung durch die Vergabekammern ist einem echten Gerichtsverfahren jedoch äußerst ähnlich.[452] Für dieses Verständnis spricht auch die organisatorische Ausgestaltung der Vergabekammern. So setzen sich die Kammern aus jeweils zwei hauptamtlichen Mitgliedern, von denen eines die Befähigung zum Richteramt haben muss, und einem ehrenamtlichen Mitglied zusammen (§ 157 Abs. 2 GWB). Diese gerichtsähnliche Besetzung wird durch die in § 157 Abs. 1, 4 GWB garantierte Unabhängigkeit („nur dem Gesetz unterworfen“) ergänzt. Erst nach Ablauf der Berufung (für fünf Jahre) fallen die Mitglieder wieder in die Hierarchiestruktur ihrer „Heimatbehörde“.[453] Letztlich handelt es sich damit bei den Vergabekammern zwar immer noch um Verwaltungsbehörden, diese stellen aber zweifelsfrei die erste materielle Instanz beim oberschwelligen Vergaberechtsschutz dar.

Da Vergabekammern jedoch nicht als Gerichte im Sinne der verfassungsrechtlichen Maßstabsnormen der Rechtsschutzgarantie und der Justizgrundrechte zu verstehen sind,[454] kann das hier als „erstinstanzlich“ benannte Nachprüfungsverfahren die verfassungsrechtlichen Anforderungen der Effektivität des Vergaberechtsschutzes nicht

[448] *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 20–20 Rn. 11; *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 2056; zur Darstellung der Entwicklung aus dem Haushaltsrecht siehe *Seidel/Mertens*, in: Dauses/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 51. Ergänzungslieferung, Stand: Oktober 2020, 2020, H. IV. Öffentliches Auftragswesen, Rn. 390 ff.

[449] *Reider*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 156 GWB, Rn. 4. Ausführlich zum Verhältnis von Vergabekammern und Aufsichtsbehörden: *Reider*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 155 GWB, Rn. 12.

[450] *Landsberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 155 GWB, Rn. 6; *Burgi*, NZBau 21 (1), 3 (3).

[451] *Landsberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 155 GWB, Rn. 6; *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 2059; *Burgi*, NZBau 21 (1), 3 (3).

[452] *Eiermann*, NZBau 17 (1), 13 (14).

[453] Vgl. *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 20, Rn. 12 f.

[454] *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 157 GWB, Rn. 13.

erfüllen.[455] Vor dem Hintergrund, dass mit der sofortigen Beschwerde jedoch Zugang zu einem Beschwerdegericht (OLG) besteht, ist dies nicht weiter problematisch. Im Gegensatz zur grundgesetzlichen Qualifizierung des Nachprüfungsverfahren als Verwaltungsverfahren vermögen die Vergabekammern aber als „Gerichte“ im Sinne der europäischen Anforderungen zu gelten. Gemäß EuGH-Rechtsprechung sind die Vergabekammern eindeutig als Gerichte im Sinne des Art. 267 AEUV zu qualifizieren.[456] Vor diesem Hintergrund erfüllen die vorlageberechtigten Vergabekammern die unionsrechtlichen Anforderungen zur Gewährung eines Zugangs zu Gericht im Sinne der Vergabegrundsätze sowie des Art. 47 Abs. 1 GrCh. Selbst wenn diese Einschätzung nicht überzeugen sollte,[457] besteht mit der sofortigen Beschwerde vor den Beschwerdegerichten eine zweite Instanz, die unzweifelhaft als Gericht im Sinne des Art. 267 AEUV zu qualifizieren ist. Die Vergabekammern sind darüber hinaus als unabhängige Nachprüfungsstelle gemäß der Rechtsmittelrichtlinie zu verstehen. Lediglich die Amtsdauer von fünf Jahren unterscheidet die Mitglieder der Vergabekammern von förmlichen Richtern, sodass eine entsprechende legislative Anpassung hin zur Anwendung des DRiG für die Mitglieder der Vergabekammern zu fordern ist.[458]

a) Antragsbefugnis – § 160 GWB

Die Zulässigkeit des Vergabenachprüfungsverfahrens richtet sich maßgeblich nach der Antragsbefugnis des § 160 GWB. Es besteht somit eine Antragserfordernis (§ 160 Abs. 1 GWB). Der Antrag wiederum bedarf einer Antragsbefugnis (§ 160 Abs. 2 GWB) und unterliegt verschiedenen Ausschlussgründen (§ 160 Abs. 3 GWB).

---

[455] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 176; *Knemeyer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2010, § 178, Rn. 26; *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 20, Rn. 10.

[456] EuGH, Urteil vom 17.9.1997, Rs. C-54/96, Dorsch, Rn. 38; Urteil vom 18.9.2014, Rs. C-549/13, Bundesdruckerei, Rn. 23; *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 157 GWB, Rn. 14; *Reider*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 155 GWB, Rn. 6.

[457] *Vavra*, in: Hattig/Maibaum (Hrsg.), Praxiskommentar Kartellvergaberecht, 2. Aufl. 2014, § 124 GWB, Rn. 28.

[458] *Burgi*, NZBau 21 (1), 3 (5). Die unabhängigen Nachprüfungsstellen sind schließlich gemäß Art. 2 Abs. 9 UAbs. 2 RL 89/665/EWG unter den gleichen Bedingungen wie förmliche Richter zu behandeln. *Burgi* sieht jedoch auch aufgrund von verfassungsrechtlichen Bedenken eine Gleichbehandlung der Vergabekammern als nötig an und fordert eine Verlängerung der Abstellung auf acht Jahre sowie die Anwendung der beamtenrechtlichen Vorgaben des DRiG.

Das Antragserfordernis aus § 160 Abs. 1 GWB führt dazu, dass anders als die Aufsichtsbehörden der Vergabestellen, die Vergabekammern nicht von Amts wegen ein Nachprüfungsverfahren anstoßen können.[459] Der Antrag ist gemäß § 161 Abs. 1 GWB schriftlich und begründet einzureichen. Dabei muss der Antragsteller von Beginn an Stellung beziehen und sowohl Identität als auch Begehren offenlegen.[460] Ein Anwaltszwang besteht vor den Vergabekammern nicht, auch die Benennung des Begehrens als „Nachprüfungsantrag" ist nicht zwingend notwendig, sofern sich aus dem Antrag ergibt, dass Rechtsschutz eingefordert wird.[461] Mit dem Eingang des Antrags beginnt das Nachprüfungsverfahren sowie seine Rechtsanhängigkeit,[462] wobei schon hier erwähnt werden soll, dass die Vergabekammer gemäß § 168 Abs. 1 S. 2 GWB bei ihrer Entscheidung nicht an diesen Antrag gebunden ist.

Eine erfolgreiche Antragstellung setzt die Antragsbefugnis aus § 160 Abs. 2 GWB voraus. Diese ist nur gegeben, wenn der Antragsteller („jedes Unternehmen") ein Interesse am Auftrag hat, eine Verletzung von Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB geltend machen kann und durch diese Verletzung ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Das erste Tatbestandsmerkmal der Antragsbefugnis ist die Qualifizierung als „Unternehmen". Hier muss der aus dem Unionsrecht stammende funktionale Unternehmensbegriff zugrunde gelegt werden, der auch im Wettbewerbsrecht Anwendung findet.[463] Demnach ist jeder Antragsteller ein Unternehmen, der gewerblich oder freiberuflich selbstständig wirtschaftlich tätig wird und sich nicht auf die Deckung des privaten Bedarfs beschränkt.[464] Es kommt also auf die wirtschaftliche Tätigkeit in Form eines Angebotes am Markt an. Eine Gewinnerzielungsabsicht oder eine bestimmte Rechtsform ist dabei unerheblich.[465] Auch ein Zusammenschluss von Bietern zu Arbeits- und Bietergemeinschaften ist unschädlich.[466] Die jeweiligen Mitglieder der Gemeinschaft sind in

[459] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 21; *Eiermann*, NZBau 17 (1), 13 (13).
[460] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 22.
[461] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, 21 f.
[462] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 25.
[463] *Glahs*, NZBau 5 (10), 544 (545); *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 28; *Hagenbruch*, Das Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht, 2020, S. 93.
[464] *Glahs*, NZBau 5 (10), 544 (545).
[465] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 28; *Hagenbruch*, Das Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht, 2020, S. 85, 95.
[466] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 29.

der Regel aber nicht isoliert antragsbefugt.[467] Strittig ist hingegen die Frage, ob sogenannte „Subunternehmen“ antragsbefugt sind. Während vorgebracht wird, sie hätten als Vertragspartner des Auftragnehmers kein hinreichendes Interesse an der unmittelbaren Auftragsvergabe,[468] wird dies unter bestimmten Umständen explizit angenommen.[469]

Als zweites Tatbestandsmerkmal muss der Antragsteller ein „Interesse am Auftrag“ nachweisen können. Grundsätzlich ist hier eine weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals notwendig.[470] Ein Interesse ist zweifelsfrei gegeben, wenn das Unternehmen am Vergabeverfahren teilgenommen oder zumindest ein Angebot oder einen Teilnahmeantrag eingereicht hat.[471] Ein Interesse ist ebenfalls anzunehmen, wenn der Antragsteller geltend macht, aufgrund einer unrechtmäßigen Leistungsbeschreibung oder grundlegenden Rahmenbedingungen der Vergabe an einer Angebotsabgabe gehindert worden zu sein.[472] Ein weiterer Fall, in dem ein Interesse am Auftrag seitens eines Unternehmens denkbar ist, ist das Ausbleiben einer öffentlichen Ausschreibung. Geht ein Unternehmen davon aus, dass der öffentliche Auftrag gemäß materiellem Vergaberecht ausgeschrieben werden müsste, hat es lediglich glaubhaft darzulegen, dass es sich an der ausgebliebenen Ausschreibung tatsächlich beteiligt hätte.[473]

Als drittes Tatbestandsmerkmal des § 160 Abs. 2 GWB ist die Geltendmachung einer Verletzung von eigenen Rechten i.S.d. § 97 Abs. 6 GWB nötig.[474] Ein vollkommen vager Antrag, ohne konkreten Vorwurf, welche Norm verletzt wurde, entspricht diesen Anforderungen regelmäßig nicht. Eine Rechtsverletzung darf außerdem nicht offensichtlich ausgeschlossen sein.[475] Von wesentlicher Bedeutung ist dabei die Frage, welche materiellen

[467] Mit Ausführungen zu Ausnahmen dieser Regel: *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 31.
[468] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 32.
[469] *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 20, Rn. 37 mit Verweis auf *Wichmann*, Die Antragsbefugnis des Subunternehmers im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren, 2006,.
[470] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 33; *Eiermann*, NZBau 17 (1), 13 (19).
[471] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 34; *Jaeger*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 160 GWB, Rn. 16.
[472] *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 20, Rn 37; *Eiermann*, NZBau 17 (1), 13 (19); *Jaeger*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 160 GWB, Rn. 17.
[473] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 36; *Vetter/Bergmann*, EuZW 16 (19), 589 (590); *Schneider*, Primärrechtsschutz nach Zuschlagserteilung bei einer Vergabe öffentlicher Aufträge, 2007, S. 221 f.
[474] *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 160 GWB, Rn. 30; *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 38.
[475] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 38, 40; *Bultmann/Hölzl*, NZBau 5 (12), 651 (654).

Rechtsvorschriften des Vergaberechts Rechte i.S.d. § 97 Abs. 6 GWB begründen. Laut dieser Norm haben Unternehmen einen „Anspruch darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden“. Unstrittig ist hierbei zunächst, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren umfassend zu begreifen sind.[476] So kommen neben den Vorschriften des GWB auch die VgV, die VOB/A EU, die VSVgV, KonzVgV und die SektVO als materielles Vergaberecht in Frage.[477] Zweifelsfrei liegt eine mögliche Verletzung eigener Rechte auch vor, wenn vergaberechtswidrig überhaupt kein Vergabeverfahren durchgeführt wurde.[478] Darüber hinaus können Verletzungen allgemeiner Rechtsgrundsätze wie Treu und Glauben oder der Neutralität des Verwaltungshandeln sowie von Rechtsnormen aus anderen Rechtsbereichen geltend gemacht werden. Entscheidend ist dann eine vergaberechtliche Anknüpfungsnorm.[479] In der Praxis werden sonstige nicht aus § 97 Abs. 6 GWB resultierende Ansprüche jedoch regelmäßig dann ausgeschlossen, wenn sie zeitlich oder sachlich vor dem Vergabeverfahren liegen.[480] Ein Nachprüfungsantrag mit dem Ziel, einen Zuschlag nicht zu erhalten, ist mangels eines Rechtsschutzinteresses regelmäßig ebenfalls unzulässig. Jedoch sind Ausnahmefälle denkbar, in denen ein Antrag gegen die Erteilung eines Zuschlags durch den erfolgreichen Bieter etwa aufgrund geänderter, unzumutbarer Bedingungen zulässig wäre.[481] Strittig ist aber, ob die Geltendmachung einer Verletzung jedweder Vergabeverfahrensnorm für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals in Frage kommt, oder eine bieterschützende Vergabevorschrift dafür notwendig ist. Letzteres wird aus der Formulierung des § 160 Abs. 2 GWB („Verletzung in seinen Rechten“) sowie aus

[476] *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 97 GWB, Rn. 158; *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 20, Rn. 6.
[477] *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 20, Rn. 6.
[478] *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 97 GWB, Rn. 159; *Opheys*, NZBau 18 (12), 714 (716).
[479] *Jaeger*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 160 GWB, Rn. 31.
[480] Entgegen der Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB sind die Vergabekammern gemäß § 156 Abs. 2 GWB auch für „sonstige Ansprüche“ jenseits des § 97 Abs. 6 GWB zuständig. Fraglich ist hier, inwieweit die Vergabekammern über Rechtsfragen aus anderen Rechtsbereichen als dem Vergaberecht entscheiden dürfen. *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 156 GWB, Rn. 9 ff. Weiterführend zum Wiederspruch der §§ 156 Abs. 2, 160 Abs. 2 GWB: *Dreher*, NZBau 14 (11), 665, welcher eine Zuständigkeit der Vergabekammern zwingend annimmt, wenn die Entscheidung der vorgelagerten Rechtsfrage für die vergaberechtliche Entscheidung notwendig ist (Voraussetzungsabhängigkeit). So auch *Jaeger*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 160 GWB, Rn. 32.
[481] *Johannsen*, NZBau 20 (3), 166 (167); OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.10.2017, Rs. VII-Verg 21/17.

der verwaltungsrechtlichen Schutznormtheorie abgeleitet.[482] Mittlerweile wird aber selbst bei der Ansicht, dass eine bieter- oder drittschützende Wirkung der Norm vorliegen muss, regelmäßig angenommen, dass dadurch kaum Einschränkungen der Antragsbefugnis ausgehen.[483] Lediglich für den Ausschluss ungewöhnlich niedriger Konkurrenzangebote nach § 60 VgV, § 54 SektVO wird eine mangelnde bieterschützende Funktion diskutiert. So sei deren Ausschluss dem Schutz des Auftraggebers gedacht und nur dann auch bieterschützend, wenn das Angebot gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstieße.[484] *Burgi* hingegen geht pauschal davon aus, dass sämtliche Bestimmungen über das Vergabeverfahren Schutznormcharakter aufweisen, misst dieser Qualifizierung vor dem Hintergrund der „kraftvollen Durchsetzung von Wettbewerb und Binnenmarkt“ aber auch keine weitere Bedeutung zu.[485] Auch wenn die Einschränkung der Antragsbefugnis auf Verletzungen von bieterschützenden Normen im Sinne der Schutznormtheorie in der Praxis keine große Rolle mehr spielt, bleibt sie dogmatisch weiterhin von Interesse. Die unionsrechtlichen Maßstabsnormen des Primärvergaberechts und der Rechtsmittelrichtlinie orientieren sich schließlich weniger am beabsichtigten Schutzzweck der Verfahrensnorm, als eher an einem durch Betroffenheit begründeten spezifischen Interesse an der Anwendung einer Norm. So kann weder im Einklang mit der Rechtsmittelrichtlinie noch mit Art. 47 Abs. 1 GrCh ein Schutzzweck der potenziell verletzten Verfahrensnorm zur Eröffnung des Rechtswegs verlangt werden. Vielmehr reicht das Bestehen einer einfachen Verfahrensvorschrift und das spezifische Interesse eines Bieters an deren korrekten Anwendung aus, um eine Klagebefugnis gemäß Rechtsmittelrichtlinie und Art. 47 Abs. 1 GrCh zu begründen. Sofern nun alle materiellen Verfahrensvorschriften der Vergaberichtlinien als subjektive Rechte im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB interpretiert werden, wird dem Bieter keine über die Voraussetzungen der Rechtsmittelrichtlinie hinausgehende Anforderung auferlegt.[486] Auch wenn das Tatbestandsmerkmal der Verletzung in eigenen Rechten im Sinne der Schutznormlehre dogmatisch über die Anforderung der

[482] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 39; *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 160 GWB, Rn. 29; *Jaeger*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 160 GWB, Rn. 33.
[483] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 39 f.; *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 160 GWB, Rn. 29.
[484] *Conrad*, ZfBR 40 (1), 40 (40).
[485] *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 20, Rn. 6, 7, 36.
[486] *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 160 GWB, Rn. 27.

Rechtsmittelrichtlinie und des Art. 47 GrCh hinausgeht, wird dem Bieter faktisch keine weitergehende prozessuale Einschränkung auferlegt. Vor dem Hintergrund des Spielraums der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Richtlinien muss dieses Ergebnis als gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des § 160 Abs. 2 GWB verstanden werden.[487] Eine unzulässige Eingrenzung des Vergaberechtsschutzes liegt also unter der Maßgabe, dass sämtliche durch die Vergaberichtlinien begründeten Verfahrensvorschriften eigene Rechte der Bieter darstellen, nicht vor. Dennoch besteht zumindest dogmatisch eine Diskrepanz zwischen der Antragsbefugnis gemäß § 160 Abs. 2 GWB und den unionsrechtlichen Anforderungen an einen effektiven Vergaberechtsschutz. Eine detailliertere Untersuchung zur Bestätigung des vorläufigen Ergebnisses ist folglich notwendig.

Als letztes Tatbestandsmerkmal des § 160 Abs. 2 GWB muss der Antragsteller einen bereits entstandenen oder einen zu entstehen drohenden Schaden, welcher aus der behaupteten Verletzung eigener Rechte resultiert, geltend machen. Auch hier ist wieder anzumerken, dass es lediglich eines schlüssigen Vortrags und keines Nachweises des Schadens bedarf.[488] Die Kammer darf also nicht bereits in der Zulässigkeitsprüfung die Existenz des tatsächlichen Schadens prüfen.[489] In diesem Sinne sollen auch an dieses Tatbestandsmerkmal keine hohen Anforderungen gestellt werden.[490] Allerdings wird angenommen, dass sich der Schaden zwingend auf die Zuschlagschance beziehen muss, da ein möglicher Schaden nur in der rechtswidrigen Erteilung des Zuschlags an einen anderen Bieter liegen kann.[491] Wenn der Antragsteller bei korrekter Durchführung des Vergabeverfahrens keinerlei Chance auf den Zuschlag haben sollte, kann ihm die Antragsbefugnis folglich abgesprochen werden.[492] Tatsächlich vorliegende, zwingende Ausschlussgründe des Angebots des Antragstellers

[487] Vgl. *Seeger*, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, S. 86.
[488] *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 160 GWB, Rn. 32.
[489] *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 160 GWB, Rn. 33; *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 20, Rn. 38.; *Bultmann/Hölzl*, NZBau 5 (12), 651 (653); *Müller-Wrede*, NZBau 12 (11), 650 (654).
[490] *Glahs*, NZBau 5 (10), 544 (546); *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 20, Rn. 38.
[491] Siehe *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 160 GWB, Rn. 33; *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 39; *Jaeger*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 160 GWB, Rn. 34.
[492] *Glahs*, NZBau 5 (10), 544 (546). Auf eine realistische Zuschlagschance darf es jedoch nicht ankommen, sodass auch dritt oder anderen schlecht platzierten Bietern eine Antragsbefugnis zugesprochen werden muss: *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 160 GWB, Rn. 39.

dürfen aber erst in der Begründetheitsprüfung Beachtung finden.[493] Ergänzend dazu wird in der Literatur zum Teil eine Kausalität zwischen dem geltend gemachten Vergaberechtsverstoß und dem Schaden verlangt. Daran seien aber wiederum keine besonderen Anforderungen zu stellen, sodass eine konkrete Möglichkeit eines kausalen Zusammenhangs zwischen Vergabefehler und vorgebrachtem Schaden ausreiche.[494] Vor dem Hintergrund, dass die Rechtsmittelrichtlinie das Vorliegen einer Kausalität zwischen dem Verfahrensverstoß und dem geltend gemachten Schaden als Voraussetzung einer möglichen Antragsbefugnis gestattet und insgesamt keine hohen Anforderungen an die Darlegung des potenziellen Schadens gestellt werden, ist dieser Aspekt unproblematisch.

Im dritten Absatz des § 160 GWB werden abschließend die Präklusionsfristen des Nachprüfungsantrags geregelt. Im Gegensatz zur Vorgängerregelung des § 107 Abs. 3 GWB aF., welche eine „unverzügliche" Rüge verlangte,[495] sieht § 160 Abs. 3 GWB nun zeitlich bestimmte Fristen zur Erfüllung der Rügeobliegenheit vor. Dabei wird zwischen einer Rügeobliegenheit bei bereits vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannten Vergaberechtsverstößen (Nr. 1), bei Vergaberechtsverstößen, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind (Nr. 2) und bei Verstößen, die aufgrund der Vergabeunterlagen zu erkennen sind (Nr. 3), unterschieden. Im ersten Fall besteht eine Frist von zehn Kalendertagen, während im zweiten und dritten Fall eine Rüge bis zum Ende der Frist zur Bewerbung oder Angebotsabgabe erhoben werden muss. Außerdem ist der Nachprüfungsantrag präkludiert, wenn er nicht innerhalb von 15 Kalendertagen nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, eingereicht wird. Die so ausgestaltete Rügeobliegenheit dient einerseits der Verfahrensbeschleunigung, andererseits aber auch dem Bieter, da durch Abhilfe der Rügen ein kosten- und zeitintensives Nachprüfungsverfahren abgewendet werden kann.[496] In der Praxis wird dieses Ziel aber durch eine „Weichspülung" der Rügeobliegenheit konterkariert.[497] So wird die Erkennbarkeit

[493] *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 160 GWB, Rn. 34; *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 44 f.
[494] Etwa *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 47; *Müller-Wrede*, NZBau 12 (11), 650 (654). Mit Verweis auf europa- und verfassungsrechtliche Bedenken ablehnend *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 20, Rn. 39.
[495] Dazu und zur anhängigen Problematik siehe etwa *Kühnen*, NZBau 5 (8), 427; *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 20, Rn. 42.; *Yan*, Rechtsschutz im chinesischen und deutschen Vergaberecht, 2018, S. 92; *Ax/Schneider*, Rechtsschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe, 2011, S. 39 ff.
[496] *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 20, Rn. 40 ff.; *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 52.
[497] So *Opitz*, NZBau 20 (10), 617 f. (617).

eines Vergaberechtsverstoßes nicht nur von den tatsächlichen Umständen, sondern auch vom Rechtskenntnisstand des Bieters abhängig gemacht. Da bei diesem aber regelmäßig keine Fachkenntnisse zu erwarten sind und auch die Zuhilfenahme eines Rechtsbeistandes nicht verlangt werden kann, sind keine hohen Anforderungen an die Erkennbarkeit von Verfahrensfehlern zu stellen.[498] Im Zweifel muss das positive Erkennen sogar durch den Antragsgegner nachgewiesen werden.[499] Außerdem können in Ausnahmefällen Rügen entbehrlich sein. Dies ist etwa dann gegeben, wenn eine Rüge nicht zur Verhinderung eines Nachprüfungsverfahrens führen kann.[500]

Damit hat der deutsche Gesetzgeber die Fristenregelungen zur Einlegung eines Rechtsbehelfs oder einer Rüge im Rahmen der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags gemäß § 160 Abs. 3 GWB unionsrechtskonform umgesetzt. Da die Fristen zur Bewerbung und Angebotsabgabe, nach denen sich die Rügefrist zum Teil richtet, selbst maximal verkürzt immer mindestens zehn Kalendertage umfassen[501] und auch die sonstigen Fristen zur Beantragung des Nachprüfungsverfahrens zehn Kalendertage nicht unterschreiten, entspricht die Rügeobliegenheit den Art. 2c, 2f Abs. 3 RL 89/665/EWG. Jedoch muss im Rahmen der § 160 Abs. 3 Nr. 2, 3 GWB eine Rügeobliegenheit zwingend nur beim „Erkennenmüssen“ und nicht bei einer grundsätzlichen „Erkennbarkeit“ der Verstöße gegeben sein. Eine restriktive Auslegung des Wortlauts („Verstöße […] erkennbar sind“) widerspräche der eindeutigen Rechtsprechung des EuGH, der das tatsächliche Erkennen oder das „Erkennenmüssen“ und nicht die bloße „Erkennbarkeit“ eines Verfahrensfehlers zur Auslösung einer Präklusionsfrist voraussetzt.[502] Auch die Ausschlussfristen für die Geltendmachung von Verletzungen der Vorabinformations- und Wartepflicht (§ 134 GWB) sowie von rechtswidrigen Direktvergaben

[498] *Opitz*, NZBau 20 (10), 617 f. (617); *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 67 ff.
[499] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 70.
[500] OLG Düsseldorf, Urteil vom 31.5.2017, Rs. VII-Verg 36/16; *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 178 GWB, Rn. 2; *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 53 ff.
[501] § 15 Abs. 4 VgV sieht eine Angebotsfrist von zehn Kalendertagen bei elektronischer Übermittlung in offenen Verfahren vor; § 16 Abs. 7 VgV ermöglicht ebenfalls eine Angebotsfrist von zehn Kalendertagen bei nicht offenen Verfahren, verlangt dazu jedoch nicht die elektronische Übermittlung. Entsprechend der eindeutigen Vorgaben muss § 16 Abs. 7 VgV richtlinienkonform so ausgelegt werden, dass die maximal verkürzte Angebotsfrist nur gelten kann, wenn eine elektronische Übermittlung stattgefunden hat. Vor dem Hintergrund, dass § 15 Abs. 4 VgV dies bei offenen Verfahren explizit vorsieht, scheint eine solche Auslegung ohnehin angemessen.
[502] EuGH, Urteil vom 12.3.2015, Rs. C-538/13, eVigilo, Rn. 52; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 160 GWB, Rn. 91; *Jaeger*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 160 GWB, Rn. 75, 79. *Jaeger* und *Dreher* beurteilen den § 160 Abs. 3 Nr. 2, 3 GWB daher als europarechtswidrig.

(§ 135 Abs. 2, 3 GWB) entsprechen den Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie (Art. 2f Abs. 1 RL 89/665/EWG).

Darüber hinaus hat der deutsche Gesetzgeber von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, Direktvergaben durch eine vorab veröffentlichte Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union und der Einhaltung einer Wartefrist von zehn Tagen gegen die drohende Rechtsfolge der Unwirksamkeit abzusichern. Auch diese Ausschlussregelung entspricht den Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie (Art. 2d Abs. 4 RL 89/665/EWG). Die im deutschen Vergaberechtsschutz vorgesehenen, verschiedenen Ausschlussfristen entsprechen damit insgesamt den unionsrechtlichen Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz gemäß Rechtsmittelrichtlinie und Primärvergaberecht.

b) Verfahrensmodalitäten

Das gemäß § 160 GWB eingeleitete Rechtschutzverfahren unterliegt dann dem speziell durch das GWB angeordnetem Prozessrecht. Die §§ 162-167 GWB sehen dazu besondere Verfahrensmodalitäten vor.

aa) Verfahrensbeteiligte – § 162 GWB

So besteht mit § 162 GWB eine spezielle Regelung zur Verfahrensbeteiligung Dritter im Nachprüfungsverfahren. Als „geborene“ Beteiligte sind Antragsteller und Antragsgegner im Verfahren zwangsläufig eingebunden.[503] Im Zweifel muss der Antragsgegner nach materiell-rechtlichen Gesichtspunkten bestimmt werden, wobei die Vergabestelle zum Zeitpunkt der angegriffenen Handlung Antragsgegner sein muss.[504]

Als weitere Verfahrensbeteiligte kommen gemäß § 162 GWB dritte Unternehmen in Betracht, „deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden“. Dabei gilt wie bei der Antragsbefugnis der funktionale Unternehmensbegriff des Kartellrechts. Sollte eine spezielle, atypische Fallkonstellation aber sonstige Dritte (etwa eine Kommune) schwerwiegend, gegebenenfalls rechtsgestaltend betreffen, ist davon auszugehen, dass auch

[503] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 162 GWB, Rn. 1.
[504] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 162 GWB, Rn. 4.

Nicht-Unternehmen beigeladen werden können.[505] Eine schwerwiegende Berührung von Interessen ist die materielle Voraussetzung, um durch die Vergabekammer beigeladen werden zu können. Davon sind auch wirtschaftliche Interessen potenzieller Auftragnehmer umfasst. Diese müssen aber durch die Entscheidung der Vergabekammer berührt werden, nicht etwa durch Entscheidungen der Vergabestellen. In diesen Fällen müssen die in Frage kommenden, konkurrierenden Bieter eigene Anträge im Sinne des § 160 GWB stellen.[506] Eine Berührung liegt beispielsweise vor, wenn der bislang favorisierte Bieter durch das Nachprüfungsverfahren im Rang zurückfallen könnte. Dies geht jedoch immer mit einer besonderen Anwendung einer Verfahrensnorm einher, sodass wirtschaftliche Interessen regelmäßig immer auch rechtliche Interessen darstellen.[507] Die Möglichkeit der Berührung ist bereits ausreichend.[508] Die entsprechende Beiladung wird durch die Vergabekammern im pflichtgemäßen Ermessen durchgeführt. Eine Pflicht zur Beiladung (sogenannte notwendige Beiladung) besteht, wenn die Entscheidung der Vergabekammer bei einem Dritten zu einem Rechtsverlust führen würde.[509] Den Beigeladenen stehen alle Rechte eines Verfahrensbeteiligten zu, was jedoch keine Pflicht zur Verfahrensbeteiligung umfasst.[510] Die Entscheidung über die Beiladung ist gemäß § 160 S. 2 GWB nicht anfechtbar. Im Gegensatz zur Antragsbefugnis wird im Rahmen der Beteiligung keine potenzielle Verletzung subjektiver Rechte verlangt.[511] Vielmehr reicht eine „schwerwiegende Berührung“ von Interessen dritter Bieter aus, um gemäß § 162 GWB im Nachprüfungsverfahren beteiligt werden zu können. Das Kriterium der „schwerwiegenden Berührung“ entspricht vom Wortlaut her eher dem geringen Schwellenwert der unionsrechtlichen Vorgaben, nach dessen Erreichen der Zugang zu einem Rechtsweg eröffnet sein muss, als es die Verletzung subjektiver Rechte im Rahmen der Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB vermag. Dennoch besteht eine Pflicht der Vergabekammern zur Beiladung erst bei einem drohenden

[505] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 162 GWB, Rn. 5.
[506] *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 162 GWB, Rn. 16 f.
[507] *Jaeger*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 162 GWB, Rn. 3.
[508] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 162 GWB, Rn. 10.
[509] *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 20, Rn. 45; *Jaeger*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 162 GWB, Rn. 6.
[510] *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 162 GWB, Rn. 28 ff.
[511] *Jaeger*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 162 GWB, Rn. 4 *Jaeger* stellt hinsichtlich des § 162 GWB nicht auf die Verletzung subjektiver Rechte, sondern auf eine, der Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB entsprechende Verschlechterung der Zuschlagschance, ergo den geltend zumachenden Schaden ab.

Rechtsverlust der Unternehmen. Außerdem lässt die Verengung der Beiladung auf „schwerwiegende“ Berührungen eine restriktive Anwendung der Beiladungsregelung vermuten oder zumindest als angedacht erscheinen. Fraglich ist also, ob die Beiladungsregelung des § 162 GWB in der Praxis ausreichend weit ausgelegt und angewendet wird, damit allen Bietern, die potenziell durch die Entscheidung der Vergabekammer betroffen werden, ausreichend rechtliches Gehör und damit Zugang zu einem wirksamen Rechtsbehelf gewährt wird. Eine detaillierte Untersuchung der Beteiligtenregelung im Nachprüfungsverfahren anhand der unionsrechtlichen Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz (insbesondere Art. 47 GrCh) ist also geboten.

bb) Untersuchungsgrundsatz – § 163 GWB

§ 163 Abs. 1 GWB ordnet für das Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern den Amtsermittlungsgrundsatz an. Darüber hinaus sieht § 163 Abs. 2 GWB eine Vorprüfung des Nachprüfungsantrags auf eine offensichtliche Unzulässigkeit und Unbegründetheit vor.

Die Vergabekammer führt das Nachprüfungsverfahren gemäß § 163 Abs. 1 GWB wie einen Verwaltungsprozess gemäß dem Untersuchungsgrundsatz (siehe § 24 VwVfG). Die Vergabekammer ermittelt daher den Sachverhalt von Amts wegen (S. 1), wobei sie sich auf das beschränken kann, was von den Beteiligten vorgebracht wird oder ihr sonst bekannt sein muss (S. 2). Sie ist damit nicht zu einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle verpflichtet (S. 3). Diese Konstellation ist auch dem Umstand der gebotenen Verfahrensbeschleunigung (§ 167 GWB) geschuldet (vgl. S. 4), sodass trotz einer kurzen Verfahrenszeit eine angemessene Tatsachenentscheidung getroffen werden kann. Dem Untersuchungsgrundsatz sind also im Interesse des Verfahrensabschlusses Grenzen gesetzt.[512] Insgesamt ist die Vergabekammer dennoch dazu verpflichtet, alle notwendigen Tatsachen aufzuklären, um eine objektive Entscheidung treffen zu können.[513] Objektive Rechtmäßigkeitskontrollen des Vergabeverfahrens, die nicht vom individuellen Rechtsschutzbedürfnis der Beteiligten verlangt werden, werden vor diesem Hintergrund regelmäßig abgelehnt.[514] Dies ist jedoch insofern fraglich, da der Gesetzgeber das Nachprüfungsverfahren auch dem Schutz des

[512] *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 20, Rn. 45.
[513] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 163 GWB, Rn. 9; so auch *Brauer*, NZBau 10 (5), 297 (299), die jedoch auf praktische Schwierigkeiten bei der vorzunehmenden Eingrenzung sieht.
[514] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 163 GWB, Rn. 8; *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 20, Rn. 45.

öffentlichen Interesses und dem Vergabeverfahren verpflichtet hat.[515] Im Rahmen dieser Fragestellung[516] offenbart sich der Zielkonflikt des Nachprüfungsverfahrens bezüglich einer raschen, beschleunigten sowie einer ausreichend umfangreichen Nachprüfung des Vergabeverfahrens. Dabei ist jedoch zu beachten, dass sich aus dem Schutzzweck der Nachprüfung zugunsten des Verfahrensablaufs auch Ermittlungsbefugnisse der Nachprüfungsstellen zuungunsten des Rechtsschutzsuchenden ableiten lassen. Jedenfalls muss im Rahmen des § 163 Abs. 1 GWB weiter erörtert werden, welchen Umfang das Nachprüfungsverfahren einerseits gemäß § 163 Abs. 1 GWB haben soll, andererseits, welcher Umfang aufgrund der verfassungs- und unionsrechtlichen Anforderungen an die Effektivität des Rechtsschutzes notwendig ist. Vor diesem Hintergrund muss dann auch diskutiert werden, ob der Umfang des Nachprüfungsverfahrens unter besonderen Umständen präkludierte Anliegen umfassen darf oder muss. In diesem Sinne ist der gemäß den Vorgaben zur Effektivität des Rechtsschutzes zulässige und notwendige Umfang des Prozessgegenstandes bezüglich eigenständiger Ermittlungen der Nachprüfungsstellen und der Inbezugnahme auch präkludierter Anliegen detaillierter zu untersuchen.

Darüber hinaus ergibt sich aus dem Untersuchungsgrundsatz auch der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Gemäß diesem müssen an die entscheidende Überzeugung der Vergabekammer hohe Anforderungen gestellt werden, sodass keine vernünftigen Zweifel an einem Sachverhalt oder Beweis mehr bestehen dürfen.[517] Ist ein Umstand nicht zu beweisen, muss daher jeweils die Seite, die aus dem behaupteten Umstand eine ihr günstige Rechtsfolge ableiten will, benachteiligt werden. Die materielle Beweislast (eine formale Beweislast besteht bei der Amtsermittlung nicht) trägt daher derjenige, der ein Recht in Anspruch nehmen will.[518]

Zur Ermittlung der Beweise verweist § 163 Abs. 2 S. 5 GWB auf die §§ 57 bis 59 Abs. 1 bis 5, 61 GWB. Diese regeln die Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden und ermöglichen eine umfassende Beweiserhebung (§ 57 GWB),

[515] *Shirvani*, Optimierung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, 2016, S. 184; BT-Drs. 13/9340, S. 19, 50; *Jaeger*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 163 GWB, Rn. 1.
[516] Siehe auch *Jaeger*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 163 GWB, Rn. 8.
[517] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 163 GWB, Rn. 25.
[518] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 163 GWB, Rn. 24.

Beschlagnahmungen (§ 58 GWB), das Einholen von Auskünften (§ 59 GWB) und verlangen eine Begründung von Verfügungen (§ 61 GWB).

§ 163 Abs. 2 S. 1 GWB sieht abschließend eine Vorprüfung des Antrags auf seine offensichtliche Unzulässigkeit und Unbegründetheit vor. Dabei kann vom Antragsgegner eine vorsorgliche Schutzschrift zur Widerlegung der Vorwürfe abgegeben werden, die per Gesetz von der Vergabekammer beachtet werden muss (§ 163 Abs. 2 S. 2 GWB). Die Vorprüfung hat sofort, sprich spätestens am nächsten Werktag, zu erfolgen und soll den Auftraggeber vor weiteren Konsequenzen eines Nachprüfungsverfahrens schützen (insbesondere Zuschlagsverbot gemäß § 169 Abs. 1 GWB).[519] Eine offensichtliche Unzulässigkeit liegt etwa vor, wenn die Schwellenwerte nicht erreicht sind, der Antragsteller keine Antragsbefugnis aufweist oder er die Ausschlussfristen des § 160 Abs. 3 GWB offensichtlich verstreichen lassen hat.[520] Eine offensichtliche Unbegründetheit kann nur dann vorliegen, wenn das Begehren keinen Zusammenhang zur Verfahrensführung aufweist oder offensichtlich querulatorische Vorhaltungen beinhaltet.[521] Fällt die Vorprüfung negativ aus, leitet die Vergabekammer eine Kopie des Antrags an den Antragsgegner weiter und fordert die dort vorhanden Vergabeakten an (§ 163 Abs. 2 S. 3 GWB). Diese Akten sind der Vergabekammer sofort zur Verfügung zu stellen und spielen in der Beweisführung regelmäßig eine wesentliche Rolle.[522]

cc) Akteneinsichtsrecht – § 165 GWB

§ 165 Abs. 1 GWB räumt auch den Verfahrensbeteiligten ein Akteneinsichtsrecht in diese Vergabeakten ein, welches die Vergabekammer gemäß § 165 Abs. 2 GWB jedoch aus „wichtigen Gründen“ versagen kann. Der dritte Absatz begründet eine Mitwirkungspflicht der Beteiligten, während im vierten Absatz die sofortige Beschwerde gegen die Gewährung oder Versagung der Akteneinsicht gewährleistet wird. Das Akteneinsichtsrecht besteht grundsätzlich nur für die Beteiligten, setzt also einen zulässigen Antrag nach § 160 Abs. 1 GWB oder eine Beiladung nach § 162 GWB voraus.[523] Die Gewährung der Einsichtnahme kann durch die Vergabekammer aufgrund eines entsprechenden Antrags des

[519] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 163 GWB, Rn. 28.
[520] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 163 GWB, Rn. 31.
[521] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 163 GWB, Rn. 33.
[522] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 163 GWB, Rn. 15 ff.; *Düsterdiek*, NZBau 5 (11), 605 (606).
[523] *Düsterdiek*, NZBau 5 (11), 605 (606).

Verfahrensbeteiligten gewährt werden.[524] Die Vergabeakten i.S.d. § 162 Abs. 1 GWB umfassen alle materiellen Bestandteile der Vergabeakten, womit auch Gutachten, Auskünfte, Vor- und Beiakten gemeint sind.[525] Das Akteneinsichtsrecht besteht nur im Rahmen des Rechtsschutzinteresses des Beteiligten. Dies bedeutet auch, dass nur entscheidungserhebliche Akten eingesehen werden dürfen, welche sich aus dem vorgebrachten Begehren ergeben. Eine generelle Durchsicht des Verfahrens zur Generierung neuer Rügen, die bislang nicht verfolgt wurden, wird nicht gewährleistet.[526] Eine weitere Einschränkung findet das Akteneinsichtsrecht im Schutz von Offenlegungs- und Geheimhaltungsinteressen.[527] Die Vergabekammer muss den Schutz der regelmäßig von den Beteiligten selbst als solche angezeigten (§ 165 Abs. 3 GWB) Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse mit dem Rechtschutzinteresse der anderen Beteiligten abwägen. Dabei umfasst die Kennzeichnungspflicht der schutzwürdigen Passagen auch eine Darlegungspflicht, welche Schäden ihnen durch die Akteneinsicht entstehen würden.[528] Die von der Vergabekammer vorzunehmende Abwägung zwischen legitimen Offenlegungs- und Geheimhaltungsinteressen kann nur bei einem eindeutigen Übergewicht eines Interesses zum Nachteil des anderen ausfallen. Ein genereller Vorrang eines Interesses besteht nicht. So wird durch eine Verweigerung des Akteneinsichtsrechts unter Umständen die Transparenz des Verfahrens und der Rechtschutz des unterlegenen Beteiligten angegriffen, während durch Akteneinsicht der Geheimwettbewerb der Bieter ausgehöhlt werden kann.[529] Soll jedenfalls ein als schutzbedürftig markierter Bereich der Vergabeakten uneingeschränkt zur Einsicht freigegeben werden, muss die Vergabekammer dem Betroffenen rechtliches Gehör schenken.[530] Ergänzt wird das Akteneinsichtsrecht und der hier gewährleistete Geheimnisschutz durch § 164 GWB, welcher die Vertraulichkeit von Verschlusssachen im Nachprüfungsverfahren sicherstellen soll. Die Vertraulichkeit bezieht sich aber hier auf die VSVgV und das Sicherheitsüberprüfungsgesetz des Bundes. Insofern steht § 164 GWB dem Akteneinsichtsrecht nicht im Wege, da Verschlusssachen ohnehin bereits durch

[524] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 165 GWB, Rn. 5. *Düsterdiek*, NZBau 5 (11), 605 (606).
[525] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 165 GWB, Rn. 7.
[526] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 165 GWB, Rn. 11; *Düsterdiek*, NZBau 5 (11), 605 (606).
[527] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 165 GWB, Rn. 13.
[528] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 165 GWB, Rn. 17, *Düsterdiek*, NZBau 5 (11), 605 (607).
[529] *Düsterdiek*, NZBau 5 (11), 605 (608).
[530] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 165 GWB, Rn. 23.

§ 165 Abs. 2 GWB geschützt sind.[531] Damit besteht vor den Vergabekammern, die als einziger vergaberechtsschutzrelevanter Akteur überhaupt der Verwaltung zugeordnet werden könnten,[532] ein Akteneinsichtsrecht, wie es Art. 41 Abs. 2 lit. b) GrCh fordert.

dd) Mündliche Verhandlung – § 166 GWB

Gemäß § 166 Abs. 1 S. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer in lediglich einer mündlichen Verhandlung. Im zweiten Satz wird das rechtliche Gehör aller Beteiligten verankert und im dritten Satz des ersten Absatzes die Ausnahmen von der mündlichen Verhandlung geregelt. § 166 Abs. 2 GWB legt fest, dass auch bei Nichterscheinen der Beteiligten in der Sache verhandelt und entschieden werden kann. Die mündliche Verhandlung soll eine umfassende Erörterung des Streitstoffes in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht gewährleisten. So besteht für die Beteiligten die Möglichkeit, sich zu den Schriftsätzen ergänzend zum Sachverhalt zu äußern und sachdienliche Anträge zu stellen. Die Vergabekammer hat in analoger Anwendung der prozessrechtlichen Vorgaben der VwVfg und VwGO (etwa § 68 Abs. 2 S. 2 VwVfG, § 86 Abs. 3 VwGO) darauf hinzuwirken, dass etwaige Unklarheiten in den Anträgen oder im Sachverhalt ausgeräumt werden. So dient § 166 Abs. 1 GWB nicht nur der Verfahrensbeschleunigung, da die mündliche Verhandlung wesentlich effizienter als ein langwieriger Austausch von Schriftsätzen ist, sondern ebenfalls dem Anspruch der Beteiligten auf rechtliches Gehör. Dieses ist in der mündlichen Verhandlung ausreichend sicherzustellen. Demgemäß besteht ein Vorrang der mündlichen Aussagen vor widersprechenden Schriftsätzen. Nur beim Fernbleiben der Beteiligten gilt ausschließlich dessen schriftlicher Vortrag.[533] Die mündliche Verhandlung soll nur einen Termin umfassen, was durch die Verfahrensführung der Vergabekammer sicherzustellen ist. Dazu müssen unter Umständen entsprechende Maßnahmen, wie Ausschlussfristen, genutzt werden. Nur bei besonders umfangreichen oder komplexen Nachprüfungen kann die Vergabekammer mehrere Termine anberaumen.[534] In Fällen, in denen sich die Beteiligten damit einverstanden erklären oder der Nachprüfungsantrag unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist, kann nach Aktenlage

[531] *Schellenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 164 GWB, Rn. 9.
[532] Jedoch gelten die Vergabekammern als Gerichte im Sinne des Art. 267 AEUV und sind damit der Judikative zuzuordnen.
[533] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 166 GWB, Rn. 2, 5, 7 f., 22.
[534] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 166 GWB, Rn. 10.

entschieden werden. In diesen Fällen kann den Beteiligten durch den Einbezug von Schriftsätzen ausreichend rechtliches Gehör geschenkt werden.

ee) Beschleunigungsgrundsatz – § 167 GWB

In § 167 GWB wird der, sich durch den gesamten vierten Teil des GWB ziehende, Beschleunigungsgrundsatz explizit normiert. So hat die Vergabekammer ihre schriftlich begründete Entscheidung innerhalb einer Frist von fünf Wochen nach Eingang des Nachprüfungsantrags zu treffen. Eine Verlängerung der Entscheidungsfrist kann dementsprechend nur vor Fristablauf durch den Vorsitzenden der Vergabekammer verfügt werden. Diese Verlängerung bedarf aber der Rechtfertigung durch besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten und muss den Beteiligten mitgeteilt sowie schriftlich begründet werden. Besondere Schwierigkeiten müssen sich dabei aus dem Fall selbst ergeben, eine grundsätzlich bestehende hohe Arbeitslast der Vergabekammer wird dazu nicht anerkannt.[535] Die Begründung muss den Beteiligten nicht mitgeteilt werden und unterliegt auch keiner Überprüfung.[536] Laut § 167 Abs. 1 S. 3 GWB soll dieser Zeitraum zwar nicht länger als 14 Tage umfassen, gebunden ist der Vorsitzende daran aber nicht. Auch eine mehrfache Verlängerung ist möglich.[537] In der Praxis werden rund die Hälfte der eingeleiteten Nachprüfungsverfahren über die Fünf-Wochen-Frist hinaus verlängert.[538] Die fünfwöchige Frist beginnt in Anwendung von § 31 VwVfG i.V.m. § 187 Abs. 1 BGB am Tag nach der Zustellung des Antrags und endet am Wochentag der Zustellung fünf Kalenderwochen später. Ob eine Übermittlung an den Auftraggeber im Sinne des § 169 Abs. 1 GWB stattfindet, ist dafür unerheblich.[539] Sollte die Vergabekammer die Entscheidung nicht fristgerecht treffen, entsteht die sogenannte Ablehnungsfiktion. Gemäß § 171 Abs. 2 GWB gilt der Antrag dann als abgelehnt und kann mithilfe der sofortigen Beschwerde weiterverfolgt werden.

In § 167 Abs. 2 GWB wird die Mitwirkungspflicht der Beteiligten konkretisiert. Diese begründet eine Pflicht alle Angriffs- und Verteidigungsmittel von Beginn an vorzutragen und

[535] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 167 GWB, Rn. 17 ff.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 5.9.2016, Rs. VII-Verg 19/16.
[536] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 167 GWB, Rn. 14, 20.
[537] *Gröning*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 167 GWB, Rn. 16.
[538] *Burgi*, NZBau 21 (1), 3 (4); für das Jahr 2019 weist die Vergabestatistik 426 Verlängerungen der Entscheidungsfrist bei 799 eingegangenen Nachprüfungsanträgen aus.
[539] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 167 GWB, Rn. 6; *Gröning*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 167 GWB, Rn. 7.

alle potenziellen Verfahrensverstöße umgehend geltend zu machen. Entsprechenden Vorträgen können durch die Vergabekammer eine Präklusionsfrist gesetzt werden. Dies gilt insbesondere auch für eine Antragsbegründung, die nicht gleich mit dem Nachprüfungsantrag gemäß § 161 Abs. 1 GWB eingereicht wurde. Die Durchführung dieser Maßnahme unterliegt dem Ermessen der Vergabekammer. Dabei muss den Beteiligten eine angemessene Frist zur Äußerung eingeräumt werden.[540]

c) Umfang der Entscheidung durch die Vergabekammer und mögliche Rechtsfolgen

Das Vergabenachprüfungsverfahren führt unter den dargestellten Umständen schließlich zu einer Entscheidung der Vergabekammer nach § 168 Abs. 1 S. 1 GWB darüber, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist. Dabei handelt es sich um eine reine Rechtmäßigkeitskontrolle des Vergabeverfahrens seitens der Vergabekammer. Erwägungen über die Zweckmäßigkeit, beziehungsweise über die Ermessensausübungen des Auftraggebers, darf die Vergabekammer nicht vornehmen.[541] Stellt die Vergabekammer eine Verletzung der Verfahrensvorschriften und damit eine Verletzung des Antragstellers in seinen Rechten fest,[542] trifft sie die „geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern“. Für die Entscheidung ist es unerheblich, ob aus der Rechtsverletzung eine Verschlechterung in Bezug auf die Chance für eine Zuschlag resultiert. Dies folgt allein schon aus der Definition der subjektiven Rechte im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB, welche regelmäßig sämtliche Verfahrensvorschriften umfasst.[543]

Während die Kammer damit kein Ermessen über das Tätigwerden bei einer vorliegenden Verletzung hat (Erschließungsermessen), steht ihr jedoch bei der Auswahl der geeigneten Maßnahme ein weites Ermessen zu (Auswahlermessen).[544] Dabei unterliegt die Vergabekammer aber dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.[545] Die geeignete Maßnahme zur Beseitigung der Rechtsverletzung liegt regelmäßig in der Anordnung der rechtskonformen

[540] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 167 GWB, Rn. 24 ff.
[541] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 168 GWB, Rn. 4; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 168 GWB, Rn. 18.
[542] Für Beispiele von praxisrelevanten, typischen Verletzungen subjektiver Rechte durch die öffentlichen Auftraggeber siehe *Eiermann*, NZBau 17 (2), 76.
[543] Vgl. auch *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 168 GWB, Rn. 48, siehe auch *Müller-Wrede*, NZBau 12 (11), 650 (651).
[544] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 168 GWB, Rn. 37.
[545] *Burballa*, ZfBR 32 (2), 134 (139).

Wiederholung oder Durchführung des fraglichen Verfahrensschrittes.[546] Außerdem kann eine Aufhebung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber seitens der Vergabekammer aufgehoben werden.[547] Allerdings kann der Auftraggeber der „Aufhebung seiner Aufhebung" zum Trotz nicht zum Abschluss eines Vertrages und damit zum Abschluss des Vergabeverfahrens gezwungen werden, wenn der Vergabewille des Auftraggebers erloschen ist.[548] Der Auftraggeber ist in seiner Beschaffungsentscheidung frei, sodass der erfolgreiche Antragsteller bei einer „Aufhebung der Aufhebung" letztlich nur Schadensersatzansprüche begründen kann.[549] Dabei muss sich die dazu nötige, rechtmäßige Aufhebungsentscheidung natürlich an die einschlägigen Vorgaben des materiellen Vergaberechts halten (§ 63 VgV, § 57 SektVO, § 17 VOB/A-EU und § 32 KonzVgV).[550] Eine Normverwerfungskompetenz und die Möglichkeit der Richtervorlage (Art. 100 GG) besitzt die Vergabekammer aufgrund ihrer Qualifizierung als Behörde nicht. Die Vorlageberechtigung im Sinne des Art. 267 Abs. 2 AEUV bleibt davon aber unberührt.[551]

Gemäß § 168 Abs. 1 S. 2 GWB ist die Vergabekammer in ihrer Entscheidung über die zu ergreifenden, geeigneten Maßnahmen an Anträge nicht gebunden. Unstrittig ist in Bezug darauf zunächst, dass die Vergabekammer in der Auswahl der Maßnahmen zur Beseitigung der Rechtsverletzung frei ist. Fraglicht ist hingegen, ob die Kammer auch potenzielle Rechtsverstöße untersuchen darf, gegen die keine Rüge oder Anträge eingereicht wurden. *Antweiler* spricht explizit davon, dass es keine ungefragte Fehlersuche beziehungsweise allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle geben dürfe.[552] Sofern dies aber bereits Rechtsverletzungen einschließt, die der Antragsteller nicht erkannt hat oder erkennen konnte und damit weder gerügt noch der Vergabekammer vorgetragen hat, kann diese Ansicht nicht überzeugen. Vielmehr muss die Vergabekammer in solchen Fällen im Sinne des

[546] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 168 GWB, Rn. 38; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 168 GWB, Rn. 24.
[547] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 168 GWB, Rn. 41; *Burballa*, ZfBR 32 (2), 134 (140).
[548] *Fett*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 168 GWB, Rn. 41 f.
[549] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 168 GWB, Rn. 42; *Burballa*, ZfBR 32 (2), 134 (137 f.).
[550] *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 2128; *Fett*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 168 GWB, Rn. 51.
[551] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 168 GWB, Rn. 6; *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 168 GWB, Rn. 45 f.
[552] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 168 GWB, Rn. 47 f. *Antweiler* geht aber dennoch davon aus, dass nicht beantragte, aber nicht präkludierte Anliegen durch die Kammer entschieden werden können.

Amtsermittlungsgrundsatzes befugt sein, gegen entsprechende Rechtsverletzungen, die ja auch nicht im Sinne des § 160 Abs. 3 GWB präkludiert sind, vorzugehen.[553] Davon abgesehen wird eine Antragsbindung im Gegensatz zum Wortlaut des § 168 Abs. 1 S. 2 GWB in Fällen angenommen, in denen Anliegen gemäß § 160 Abs. 3 GWB präkludiert sind. Eine Überprüfung präkludierter Verstöße widerspräche wesentlich dem Normzweck des § 160 Abs. 3 GWB. Darüber hinaus sei es „systemwidrig", wenn die Zulässigkeit des Antrages zwingend notwendig ist, der Gegenstand eines unzulässigen Antrages aber dennoch durch die Vergabekammer überprüft werden könne.[554] Für ein Ermessen der Vergabekammer auch präkludierte, aber ansonsten zulässige Anträge behandeln zu können, sprechen allerdings die daraus resultierende Verfahrensökonomie, der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie der Wortlaut des § 168 Abs. 1 S. 2 GWB (bzw. der Wille des Gesetzgebers).[555] Letztlich ergibt sich aus dieser unklaren Rechtslage wie schon im Rahmen des § 163 Abs. 1 GWB, die Notwendigkeit einer weiteren Diskussion der Ermittlungs- und Entscheidungskompetenz der Vergabekammern. So ist fraglich, inwieweit die Vergabekammern unabhängig vom individuellen, beantragten Rechtsschutzziel und auch unabhängig von einer materiellen Präklusion Aspekte des Nachprüfungsverfahrens prüfen dürfen. Aus der Perspektive der Effektivität des Rechtsschutzes ist es dabei von besonderem Interesse, ob sich eine solche Kompetenz aus den verfassungsrechtlichen Kautelen für materielle Präklusionen ergibt,[556] oder sich eine Verschlechterung der Rechtsposition des Antragstellers durch die ungefragte Fehlersuche seitens der Vergabekammer verbietet.[557]

Die grundsätzlich weitreichende Entscheidungskompetenz der Vergabekammern in der Hauptsache wird jedoch durch § 168 Abs. 2 GWB wesentlich eingeschränkt: Wirksam erteilte Zuschläge können nämlich nicht mehr aufgehoben werden. Dieses Grundprinzip des deutschen Vergaberechts positiviert den Grundsatz *pacta sunt servanda* für das öffentliche Auftragswesen.[558] Damit wird der primäre Rechtsschutz auf die laufenden Vergabeverfahren

[553] So auch *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 168 GWB, Rn. 7.
[554] Vgl. *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 168 GWB, Rn. 8.
[555] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 168 GWB, Rn. 8; *Shirvani*, Optimierung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, 2016, S. 184; BT-Drs. 13/9340, S. 50.
[556] Die verfassungsrechtlichen Anforderungen bestehen zwar nur im Beschwerdeverfahren, jedoch stellt sich dort dieselbe Frage des Umfangs der Entscheidung.
[557] Gegen eine solche Kompetenz etwa *Franßen/Pottschmidt*, NZBau 5 (11), 587 Siehe auch *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 168 GWB, Rn. 9.
[558] *Schneider*, Primärrechtsschutz nach Zuschlagserteilung bei einer Vergabe öffentlicher Aufträge, 2007, S. 134; *Opitz*, NZBau 6 (4), 213 (213).

beschränkt. Auch ein fehlerhaftes Vergabeverfahren, welches durch einen wirksam erteilten Zuschlag und dem damit gemäß §§ 145 ff. BGB geschlossenen Vertrag beendet wurde, ist vor einer Aufhebung geschützt.[559]

Die Wirksamkeit des Zuschlags ist gemäß § 135 Abs. 1 GWB aber nur gegeben, wenn er unter Beachtung der Informations- und Wartepflicht aus § 134 GWB erfolgte und nicht auf einer rechtswidrigen Direktvergabe basiert. Die weitreichende Rechtsfolge der Unwirksamkeit wird allerdings durch die Ausschlussfristen des § 135 Abs. 2 GWB eingeschränkt. Demnach kann der unterlegene Bieter, sollte er über den Vertragsschluss informiert worden sein, die Unwirksamkeit nur innerhalb von 30 Tagen feststellen lassen. Veröffentlicht der Auftraggeber die Auftragsvergabe im Amtsblatt der Union, kann die Unwirksamkeit des Vertrages ebenfalls nur innerhalb von 30 Tagen nach der Veröffentlichung festgestellt werden.[560] Außerdem ist eine De-facto-Vergabe zulässig, wenn vorab eine Absichtserklärung über den beabsichtigten Vertragsschluss im Amtsblatt der EU veröffentlicht wurde, diese Erklärung die Daten nach § 135 Abs. 3 S. 2 GWB enthält und anschließend eine Wartefrist von zehn Tagen eingehalten wird. Ein Zuschlag hingegen, der trotz bestehendem Zuschlagsverbot aus § 169 Abs. 1 GWB erteilt wurde, muss als unwirksam qualifiziert werden.[561] Damit hat der deutsche Gesetzgeber Ausschlussfristen im Rahmen der Rechtsmittelrichtlinien unionsrechtskonform umgesetzt.

Neben der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens durch einen wirksamen Zuschlag kommen gemäß § 168 Abs. 2 S. 2 GWB außerdem die Erledigung durch Aufhebung/Einstellung des Vergabeverfahrens sowie eine Erledigung „in sonstiger Weise“ in Betracht. Die Aufhebung/Einstellung des Vergabefahrens umfasst eine rechtmäßige, endgültige Aufgabe des Beschaffungsvorhabens, welche sich nach dem spezifischen Vergabeverfahrensrecht richten muss (etwa § 63 VgV).[562] Eine Erledigung des Nachprüfungsverfahrens in sonstiger Weise (Auffangtatbestand) tritt etwa dann ein, wenn der öffentliche Auftraggeber vor Abschluss des Nachprüfungsverfahrens den vom Antragsteller gerügten Rechtsverstoß beseitigt hat.[563] Liegt eine solche Erledigung vor, kann

[559] *Fett*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 168 GWB, Rn. 35.
[560] *Mentzinis*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 135 GWB, Rn. 19 ff.
[561] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 168 GWB, Rn. 28.
[562] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 168 GWB, Rn. 31.
[563] So *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 168 GWB, Rn. 32.

die Vergabekammer auf einen gesonderten Antrag hin, welcher einen zulässigen Nachprüfungsantrag voraussetzt,[564] nur noch das Fortsetzungsfeststellungsverfahren durchführen. Dabei ist in der Literatur umstritten, ob ein besonderes Fortsetzungsfeststellungsinteresse des Antragstellers nötig ist.[565] Dieses Rechtsschutzinteresse, so man es denn voraussetzt, muss jedoch regelmäßig angenommen werden, da es schon aufgrund der Bindungswirkung des Fortsetzungsfeststellungsverfahren für die ordentlichen Gerichte im Rahmen des sekundären Rechtsschutzes (§ 179 Abs. 1 GWB) gegeben ist. Lediglich wenn Schadensersatzansprüche offensichtlich aussichtslos erscheinen, kann das erforderliche Feststellungsinteresse verneint werden.[566] Führt die Vergabekammer das beantragte Fortsetzungsfeststellungsverfahren durch, entfällt gemäß § 168 Abs. 2 S. 3 GWB der Beschleunigungsgrundsatz aus § 167 Abs. 1 GWB.

d) Vorläufige Sicherung von Rechtspositionen

Aufgrund des Ausschlusses wirksam erteilter Zuschläge vom primären Rechtsschutz ist eine umfangreiche vorläufige Absicherung der Rechte der Bieter vorgesehen. So löst das Einreichen eines nicht offensichtlich unzulässigen und unbegründeten Nachprüfungsantrags ein Zuschlagsverbot für die Vergabestelle aus (§ 169 Abs. 1 GWB i.V.m. § 163 Abs. 3 S. 3 GWB). Dieses Zuschlagsverbot wird durch die Vorabinformations- und Wartepflicht aus § 134 GWB ergänzt. Dadurch wir der Auftraggeber verpflichtet, die erfolglosen Bewerber vor dem Vertragsschluss über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung, das erfolgreiche Unternehmen und den frühesten möglichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu informieren (§ 134 Abs. 1 GWB). Der beabsichtigte Vertragsschluss darf gemäß § 134 Abs. 2 GWB frühestens zehn Kalendertage nach Absenden der Information vorgenommen werden. Diese Ausgestaltung soll es allen unterlegenen Bietern ermöglichen, vor Erteilung des Zuschlags und damit vor der Erledigung des Vergabeverfahrens einen Nachprüfungsantrag zu stellen und damit das Zuschlagsverbot aus § 169 Abs. 1 GWB zu aktivieren. Dadurch soll ein ausreichend wirksamer Primärrechtsschutz vor den Vergabekammern und den Beschwerdegerichten

[564] Vgl. *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 168 GWB, Rn. 36; *Fett*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 168 GWB, Rn. 54.
[565] Ausführlich *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 168 GWB, Rn. 37 ff.
[566] *Fett*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 168 GWB, Rn. 66.

gewährleistet werden.[567] Allerdings führt die Fristsetzung nach Kalendertagen dazu, dass in besonderen Zeiträumen (etwa bei Feiertagen) eine effektive Verkürzung der Frist auf drei bis vier Arbeitstage zur Einreichung des Nachprüfungsantrags eintritt.[568] Vor dem Hintergrund der überragenden Bedeutung der §§ 134, 168 Abs. 2, 169 Abs. 1 GWB für die Effektivität des Nachprüfungsverfahrens ist diese faktisch sehr kurze Ausschlussfrist durchaus kritisch. Darüber hinaus kann der Auftraggeber gemäß § 169 Abs. 4 GWB unter den Voraussetzungen der § 117 Nr. 1-3 GWB und § 150 Nr. 1-6 GWB das Zuschlagsverbot aufheben, wenn wesentliche Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen des Staates berührt sind. Das Zuschlagsverbot entfällt dann fünf Tage nachdem dem Antragsteller der entsprechende Schriftsatz durch die Vergabekammer zugestellt wurde. Auf Antrag kann das Beschwerdegericht das Zuschlagsverbot wiederherstellen. Allerdings ist die Frist von fünf Tagen zur Geltendmachung des Rechtsmittels sehr knapp bemessen, sodass ein Verstoß gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes auch hier nicht auszuschließen ist.[569] Zwar lassen sich dem Unionsprimärvergaberecht und den verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Effektivität des Rechtsschutzes keine genauen zeitlichen Vorgaben für Ausschlussfristen entnehmen, eine ausreichende Zeitspanne zur Entscheidungsfindung über die Inanspruchnahme eines Rechtsbehelfs muss aber gewährleistet werden. Jedenfalls legen die extrem kurzen Zeiträume zur Inanspruchnahme der notwendigen prozessualen Mittel die Vermutung eines Unterschreitens dieser Anforderung nahe und bedürfen daher einer vertieften Diskussion.

Das Zuschlagsverbot des § 169 Abs. 1 GWB wird durch eine, von der Vergabekammer an die Vergabestelle geleitete, Information über den Eingang eines Nachprüfungsantrags ausgelöst. Bevor das Zuschlagsverbot einsetzt, bedarf es damit einer Vorprüfung des Nachprüfungsantrags durch die Vergabekammer.[570] Nur wenn der Antrag nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist, leitet die Kammer den Antrag, beziehungsweise eine

[567] Vgl. *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 168 GWB, Rn. 20 ff.; *Schneider*, Primärrechtsschutz nach Zuschlagserteilung bei einer Vergabe öffentlicher Aufträge, 2007, S. 172; *Opitz*, NZBau 6 (4), 213 (213).

[568] *Chen*, Vergaberechtsschutz im Spannungsfeld zwischen Beschleunigungsgebot und Gewährung effektiven Rechtsschutzes, 2019, S. 368.

[569] Vgl. zu dieser Einschätzung auch *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 169 GWB, Rn. 18.

[570] A.A. *Reider*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 169 GWB, Rn. 8. *Reider* sieht aufgrund der geänderten Rechtsgrundlage mittlerweile keine Vorprüfung des Antrags vor, diese sei jedoch aufgrund des Wortlauts des § 163 Abs. 2 S. 2 GWB dann durchzuführen, wenn die Vergabestelle eine Schutzschrift hinterlegt haben sollte. Dieser Meinungsstreit muss jedoch nicht entschieden werden, da auch bei einer Vorprüfung regelmäßig rechtzeitig ein Zuschlagsverbot ergehen sollte und die Effektivität des Rechtsbehelfs damit gewahrt bleibt.

entsprechende Information, an den Auftraggeber weiter. Erst dann setzt das gesetzliche Zuschlagsverbot gemäß § 169 Abs. 1 GWB ein. Ein „automatischer Suspensiveffekt“ ist also entgegen der üblichen Bezeichnung nicht gegeben.[571] Setzt das Zuschlagsverbot dann jedoch ein, hat ein Verstoß dagegen nicht nur die Unwirksamkeit des Zuschlags, sondern auch die Vertragsnichtigkeit im Sinne des § 134 GWB zur Folge.[572] Das Zuschlagsverbot hindert den Auftraggeber jedoch nicht daran, dass Vergabeverfahren weiterzuführen und den Zuschlag durch die Vornahme der Angebotswertung oder das Führen von Aufklärungsgesprächen vorzubereiten. Das Zuschlagsverbot endet regelmäßig mit der Entscheidung der Vergabekammer nach § 168 Abs. 1 GWB und der sich anschließenden Beschwerdefrist von zwei Wochen (§ 172 Abs. 1 GWB).[573]

Bezüglich der vorläufigen Sicherung der Bieterrechte ist auch die Regelung des § 169 Abs. 2 GWB wesentlich. Diese Norm ermöglicht es der Vergabekammer, auf Antrag des Auftraggebers oder des von ihm bevorzugten Bieters einen wirksamen Zuschlag vorab zu gestatten. So kann das, für die Effektivität des Nachprüfungsverfahrens wesentliche, Zuschlagsverbot aus § 169 Abs. 1 GWB wirksam durchbrochen werden. Vor diesem Hintergrund gibt § 169 Abs. 2 GWB einen detaillierten Entscheidungsmaßstab für das Vorabgestattungsverfahren vor.[574] Voraussetzung dieser Entscheidung ist ein Antrag durch den Auftraggeber oder den in der Information gemäß § 134 GWB genannten bevorzugten Bieter. Über weitere (formelle) Anforderungen, wie eine zwingende Schriftform oder eine Begründung, wird mangels gesetzlicher Vorgaben in der Literatur gestritten; eine höchstrichterliche Klärung ist nicht ersichtlich. Vor dem Hintergrund der vorzunehmenden Abwägung ist aber zumindest eine Antragsbegründung unerlässlich. Die Kammer eröffnet anschließend das entsprechende, von der Hauptsache zu unterscheidende,

[571] *Chen*, Vergaberechtsschutz im Spannungsfeld zwischen Beschleunigungsgebot und Gewährung effektiven Rechtsschutzes, 2019, S. 367 ff.
[572] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 169 GWB, Rn. 10; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 169 GWB, Rn. 28.
[573] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 169 GWB, Rn. 11, 14; *Reider*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 169 GWB, Rn. 12.
[574] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 169 GWB, Rn. 20.

Antragsverfahren, in welchem auch den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens (wie Untersuchungsgrundsatz, rechtliches Gehör) genüge getan werden muss.[575]

Die, durch die Vergabekammer zu treffende, Ermessensentscheidung über die Durchbrechung des Suspensiveffekts basiert auf einer umfangreichen Interessenabwägung. So kann die Kammer den beantragten vorzeitigen Zuschlag genehmigen, „wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen".[576] Die „möglicherweise geschädigten Interessen" betreffen dabei regelmäßig den Antragsteller im Hauptsachverfahren. Sollte das Gestattungsverfahren Erfolg haben, läuft sein primäres Rechtsmittel (ungeachtet der Beschwerdemöglichkeit gegen die vorzeitige Zuschlagsgestattung) ins Leere. Darüber hinaus können aber auch auf Seiten des Auftraggebers und aller anderen Beteiligten Interessenschädigungen durch den vorzeitigen Zuschlag entstehen. Regelmäßig werden diese Akteure zwar eher Interesse an einem möglichst raschen Zuschlag haben, eine Interessenschädigung ist aber dennoch grundsätzlich denkbar.[577] Diese „möglicherweise geschädigten Interessen" sind mit dem Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens abzuwägen. Allerdings muss das Interesse der Allgemeinheit das grundsätzliche Beschleunigungsinteresse, welchem durch den entsprechenden Grundsatz (etwa 167 GWB) bereits Rechnung getragen wird, übersteigen.[578] Insoweit sind hohe Anforderungen zu stellen. Grundsätzlich hat der Auftraggeber Verzögerungen und Mehrkosten durch Nachprüfungsverfahren nämlich bereits einzuplanen.[579] Lediglich wenn durch das Nachprüfungsverfahren und die damit eingetretene Verzögerung erheblich Mehrkosten entstehen und/oder die Beschaffung damit insgesamt obsolet werden würde, kann das allgemeine Interesse überwiegen. Diese Fälle bilden aber eine Ausnahme, sodass auch

[575] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 169 GWB, Rn. 20, 24; *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 169 GWB, Rn. 34; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 169 GWB, Rn. 65 f.
[576] Für eine umfassende Darstellung aller zu berücksichtigenden Interessen siehe *Goebel*, Gesamtwirtschaftliche Aspekte im vorläufigen Vergaberechtsschutz, 2008, S. 96 ff.
[577] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 169 GWB, Rn. 27.
[578] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 169 GWB, Rn. 28.
[579] Zu den, durch Nachprüfungsverfahren verursachten, Kosten bei öffentlichen Bauvorhaben siehe etwa *Wanninger/Stolze/Kratzenberg*, NZBau 7 (8), 481.

normsystematisch von einer Regel-Ausnahme-Situation ausgegangen werden muss.[580] § 169 Abs. 2 S. 2-5 GWB gibt für die im ersten Satz genannte Abwägung weitere Belange vor. Demnach ist auch das Allgemeininteresse an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers zu beachten. Der im Vergaberechtsmodernisierungsgesetz von 2009 eingefügte Passus soll klarstellen, dass wirtschaftliche Interessen seitens des Auftraggebers überhaupt ein legitimes Abwägungsinteresse darstellen können. Die dargestellten hohen Anforderungen bleiben daher bestehen.[581] Außerdem sind in gegebenen Fällen explizit Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen durch die Vergabekammern zu beachten, welche aber durch den Antragsteller darzulegen sind.[582] Gemäß § 169 Abs. 2 S. 3 GWB überwiegen die verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Interessen in der Regel, wenn der öffentliche Auftrag unmittelbar mit einer Krise, einem mandatierten Einsatz der Bundeswehr, einer einsatzgleichen Verpflichtung der Bundeswehr oder einer Bündnisverpflichtung zusammenhängt. Nach § 169 Abs. 2 S. 4 GWB ist die zuständige Vergabekammer verpflichtet, auch die allgemeine Aussicht des Antragstellers (des Hauptsacheverfahrens) im Vergabeverfahren zu berücksichtigen, womit die Chance auf eine Zuschlagserteilung gemeint ist.[583] Eine Berücksichtigung der Erfolgsaussichten des Nachprüfungsverfahrens muss nicht in jedem Fall vorgenommen werden. Dennoch ist die Vergabekammer grundsätzlich dazu angehalten, die Erfolgschance des ursprünglichen Rechtsmittels zu berücksichtigen. Nur wenn gewichtige Gründe, etwa eine wesentliche Verzögerung der Entscheidung aufgrund einer komplexen Tatsachen- und Rechtslage, dies unterbinden, kann die Kammer davon absehen. Dabei ist anzumerken, dass geringe Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags nur in Verbindung mit einem besonderen Beschleunigungsinteresse des Auftraggebers einen vorzeitigen Zuschlag rechtfertigen können.[584]

Die Entscheidung der Vergabekammer im Gestattungsverfahren ergeht analog zu § 168 Abs. 3 GWB durch einen Verwaltungsakt.[585] Seitens der Vergabekammer besteht keine

[580] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 169 GWB, Rn. 37, 38, 40; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 169 GWB, Rn. 56.
[581] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 169 GWB, Rn. 31 f.
[582] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 169 GWB, Rn. 41.
[583] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 169 GWB, Rn. 34 f.
[584] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 169 GWB, Rn. 41; *Opitz*, NZBau 6 (4), 213 (213); *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 169 GWB, Rn. 62.
[585] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 169 GWB, Rn. 44.

Kompetenz, die einmal getroffene Entscheidung abzuändern oder aufzuheben.[586] Allerdings darf der genehmigte Zuschlag erst zwei Wochen nach der entsprechenden Entscheidung der Vergabekammer erteilt werden (§ 169 Abs. 2 S. 1 GWB).[587] In dieser Zeit besteht für den jeweils unterlegenen Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit, ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung der Vergabekammer einzulegen. Gemäß § 169 Abs. 2 S. 6 GWB kann das Beschwerdegericht das Zuschlagsverbot auf Antrag wiederherstellen, während gemäß § 169 Abs. 2 S. 7 GWB der Auftraggeber bei Ablehnung des vorzeitigen Zuschlags berechtigt ist, einen Antrag auf Erteilung des vorzeitigen Zuschlags an das Beschwerdegericht zu stellen.

Darüber hinaus kann die Vergabekammer gemäß § 169 Abs. 3 GWB auch mit weiteren „vorläufigen Maßnahmen“ in das Vergabeverfahren eingreifen, wenn Rechte des Antragstellers aus § 97 Abs. 6 GWB auf andere Weise als durch den drohenden Zuschlag gefährdet sind. Die weiteren vorläufigen Maßnahmen können auf „besonderen Antrag“ angeordnet werden. Antragsbefugt ist dabei der Antragsteller der Hauptsache, welcher ein Rechtsschutzbedürfnis darlegen kann. Dieses Bedürfnis darf nicht bereits durch das allgemeine Zuschlagsverbot abgedeckt werden;[588] es bedarf außerdem einer ernsthaften Möglichkeit der Verletzung subjektiver Rechte.[589] Bei der Entscheidung über vorläufige Maßnahmen hat die Vergabekammer gemäß § 169 Abs. 3 S. 2 GWB den Beurteilungsmaßstab des Abs. 2 S. 1 anzuwenden. Die unter diesen Voraussetzungen zu treffenden Maßnahmen können dann vielfältiger Art sein. Grundsätzlich sind alle Maßnahmen, welche die Rechtsposition des Antragstellers absichern und einen konkreten Bezug zum Vergabeverfahren aufweisen, zulässig. So können die vorläufigen Maßnahmen von der Anordnung einer bestimmten Fristverlängerung bis zur Anordnung, das gesamte Verfahren ruhen zu lassen reichen.[590] Die getroffene Entscheidung ist gemäß § 169 Abs. 3 S. 3 GWB selbst nicht anfechtbar, muss also im Rahmen einer sofortigen Beschwerde gegen die Hauptsache angegriffen werden.

Mit dem § 169 GWB hat der deutsche Gesetzgeber also umfassenden vorläufigen Rechtsschutz sowohl für den Antragsteller als auch Antragsgegner der Hauptsache installiert. Dieses System gewährleistet, dass durch den beabsichtigten Zuschlag beschwerte Bieter

[586] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 169 GWB, Rn. 45.
[587] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 169 GWB, Rn. 42.
[588] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 169 GWB, Rn. 60.
[589] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 169 GWB, Rn. 62.
[590] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 169 GWB, Rn. 67.

aufgrund der Informationspflicht rechtzeitig vorläufigen Rechtsschutz (durch § 169 Abs. 1 GWB entfaltet bereits die Hauptsache eine vorläufig sichernde Wirkung) und damit einen wirksamen Rechtsbehelf einlegen können. Darüber hinaus können durch die Vergabekammer gemäß § 169 Abs. 3 GWB weitere Maßnahmen zur vorläufigen Sicherung der Rechte des Antragstellers angeordnet und vollzogen werden. Diese mustergültige Sicherung des wirksamen Primärrechtsschutzes wird jedoch durch die Möglichkeit der Durchbrechung des Suspensiveffekts eingeschränkt. Diese Durchbrechung des Suspensiveffekts durch das Eilverfahren des § 169 Abs. 2 GWB führt zunächst nicht zur Vereitelung der gerichtlichen Kontrolle. Dennoch reduziert es den tatsächlich wirksamen Rechtsschutz auf die Eilverfahren zur vorzeitigen Gestattung des Zuschlags. Nach Zuschlagserteilung kann schließlich in der immer noch anhängigen Hauptsache die Rechtsposition des Antragstellers nicht mehr durchgesetzt werden. Das Gestattungsverfahren des § 169 Abs. 2 GWB in Form eines summarischen Eilverfahrens ist also eine faktische Entscheidung über die Gewährung des primären Rechtsschutzes insgesamt. Da die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen bezüglich der Effektivität des Rechtsschutzes jedoch nicht auf das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer anwendbar sind, kommt für den § 169 Abs. 2 GWB lediglich eine Kontrolle anhand der unionsrechtlichen Vorgaben in Betracht. Diesbezüglich kann zunächst festgestellt werden, dass der deutsche Gesetzgeber die verfahrensrechtlichen Vorwirkungen der Rechtsmittelrichtlinie sehr genau im GWB umgesetzt hat. So besteht gemäß § 134 Abs. 1 GWB die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers die betroffenen Bieter über den geplanten Zuschlag zu informieren. Inhalt und Adressaten der Mitteilung entsprechen exakt den sekundärrechtlichen Vorgaben. Auch die Dauer der jeweiligen Wartefrist stimmt mit den Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie überein.[591] Die ganz wesentlichen Regelungen der Rechtsmittelrichtlinie bezüglich der Mitteilungspflicht und Stillhaltefrist sind im entsprechenden Anwendungsbereich des europäischen Sekundärrechts damit uneingeschränkt umgesetzt.

Allerdings weicht die vorläufige Sicherung der Rechte der Bieter von den Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie durchaus ab. Während die RL 89/665/EWG einen Wegfall des Suspensiveffekts bei der Ablehnung weiterer vom Antragsteller beantragten vorläufiger

[591] Der deutsche Gesetzgeber hat sich für die Mindestfrist von 15, beziehungsweise zehn Kalendertagen je nach Art der Übermittlung und nach Absendung entschieden.

Maßnahmen vorsieht, ermöglicht der deutsche Gesetzgeber mit dem § 169 Abs. 2 GWB dem Auftraggeber oder dem von ihm bevorzugten Bieter auf eigenen Antrag hin, den Suspensiveffekt des Nachprüfungsverfahrens zu durchbrechen. Sieht man den ausschließlichen Zweck des Suspensiveffekts sowie des einstweiligen Rechtsschutzes darin, dass ein Zuschlag nicht vor einer Entscheidung (und sei es nur in einem Eilverfahren) einer Nachprüfungsstellte erteilt werden darf, ist eine vom Auftraggeber initiierte Durchbrechung des Suspensiveffekts unproblematisch.[592] Der Wortlaut der Rechtsmittelrichtlinie umfasst eine solche Durchbrechung des Suspensiveffekts jedoch nicht. Sollte ein Bieter keinen Antrag auf vorläufige Maßnahmen im Sinne des § 169 Abs. 3 GWB gestellt haben, dürfte der Suspensiveffekt nicht bis zu einer Entscheidung der Hauptsache aufgehoben werden. Damit ist das Vorabgestattungsverfahren des § 169 Abs. 2 GWB letztlich nicht von der Rechtsmittelrichtlinie umfasst. Eine genauere Untersuchung des § 169 Abs. 2 GWB vor dem Maßstab der Rechtsmittelrichtlinie ist also gerechtfertigt. Dabei muss gegebenenfalls auch das Primärvergaberecht und sein Schutzgehalt bezüglich vorläufigen Rechtsschutzes zur Auslegung der Rechtsmittelrichtlinie herangezogen werden. Außerdem ist dabei auch die Kontrolldichte des vorläufigen Eilverfahrens zu diskutieren. So ist fraglich, ob der deutsche Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Abwägungsmaßstabes des § 169 Abs. 2 S. 1-5 GWB die unionsrechtlichen Vorgaben ausreichend beachtet hat. Während der Abwägungsmaßstab zur Ablehnung oder Gewährung vorläufiger Maßnahmen in der Rechtsmittelrichtlinie sehr allgemein gehalten ist, hat der deutsche Gesetzgeber spätestens mit der letzten Aktualisierung weitreichende, konkretisierende Interessenwertungen vorgegeben. Auch die faktische Verkürzung des primären Rechtsschutzes auf ein einziges vorläufiges Eilverfahren bedarf einer vertieften Diskussion insbesondere anhand des Maßstabes des Art. 47 GrCh.

e) Kostenentscheidung

Für das gerichtsähnliche Verwaltungsverfahren vor den Vergabekammern müssen gemäß § 182 Abs. 1 S. 1 GWB Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben werden. Dabei kommen die Vorschriften des Verwaltungskostengesetzes des Bundes zur Anwendung. Gemäß § 182 Abs. 2 GWB soll die Spanne der Verfahrensgebühr von 2.500 EUR bis 50.000 EUR

[592] Vgl. dazu etwa *Costa-Zahn/Lutz*, NZBau 9 (1), 22 (25).

reichen. Davon kann bei besonderen, im Einzelfall auftretenden, Umständen sowohl nach unten (bis zu einem Zehntel von 2.500 EUR) also auch nach oben (bis 100.000 EUR) abgewichen werden. Grundsätzlich orientieren sich die Vergabekammern dabei an Gebührentabellen, welche die Verfahrensgebühren an den Auftragswert koppeln.[593] Vom so ermittelten Richtwert kann aber aufgrund eines tatsächlichen Mehr- oder Minderaufwands im Einzelfall abgewichen werden. So soll die erhobene Gebühr gemäß Kostendeckungsprinzip der Gesamtheit der sachlichen und personellen Kosten, welche durch die Verwaltungsleistung entstanden sind, entsprechen.[594]

Regelmäßig hat der im Nachprüfungsverfahren unterlegene Beteiligte diese Kosten zu tragen (§ 182 Abs. 3 S. 1 GWB). Verschuldet ein Beteiligter Kosten, muss er diese Tragen. Die erstattungsfähigen Kosten umfassen dabei regelmäßig die Anwaltskosten. Die Vergabekammer kann darüber hinaus weitere Aufwendungen als erstattungsfähig qualifizieren. Bei Erledigung des Verfahrens sind die Kosten lediglich zur Hälfte zu tragen. Außerdem kann die Vergabekammer nach billigem Ermessen von der Erhebung der Kosten gänzlich absehen. Die entsprechende Kostenentscheidung nimmt die Vergabekammer mit der Entscheidung der Hauptsache vor. Im Falle eines Gestattungsverfahrens nach § 169 Abs. 2 GWB können die Kosten separat beschieden werden. Ungleich dem Wortlaut des § 182 GWB entscheidet die Vergabekammer auch über die Gestattung einer Prozesskostenhilfe.[595] Eine Einschränkung der Effektivität des Rechtsschutzes ergibt sich vor diesem Hintergrund nicht.

2. Zweite Instanz – Die Oberlandesgerichte als Beschwerdegerichte

Das bislang dargestellte Verfahren vor den Vergabekammern stellt den erstinstanzlichen primären Rechtsbehelf dar. Gegen die Entscheidungen der Vergabekammern wurde mit der sofortigen Beschwerde (§§ 171-179 GWB) ein Rechtsmittel bei den Oberlandesgerichten (OLG) eingerichtet.[596] Dabei entschied sich der Gesetzgeber für eine ausschließliche Zuständigkeit der OLG (§ 171 Abs. 3 GWB), welche damit eine abdrängende Sonderzuweisung darstellt und den Rechtsweg vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit

[593] Siehe etwa *Landsberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 182 GWB, Rn. 12.
[594] *Landsberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 182 GWB, Rn. 11, 13.
[595] *Landsberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 182 GWB, Rn. 3.
[596] *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 20, Rn. 14.

ausschließt.[597] Ergänzt wird die „sofortige Beschwerde“ durch ein eigenständiges Eilverfahren, das sich speziell aus der Regelung des § 169 Abs. 2 GWB ergibt. Diese Rechtsmittel sowie die allgemeinen Verfahrensmodalitäten gilt es im Folgenden zu skizzieren.

Die örtliche Zuständigkeit der Beschwerdegerichte ergibt sich gemäß § 171 Abs. 3 GWB aus dem Sitz der Vergabekammern. Die Zuständigkeit kann aber gemäß § 171 Abs. 4 GWB durch Rechtsverordnungen der Landesregierungen oder der Landesjustizverwaltungen abgeändert werden, wovon alle Bundesländer Gebrauch gemacht haben. So ist jeweils ein Gericht durch eine Konzentrationsverordnung für sämtliche Verfahren in einem Bundesland zuständig. Lediglich in Bayern ist das Oberste Landesgericht zuständig,[598] ansonsten jeweils ein OLG. An den zuständigen Gerichten muss ein Vergabesenat gebildet werden.[599]

a) Die sofortige Beschwerde

Das einschlägige Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Vergabekammern ist die sofortige Beschwerde gemäß den §§ 171-179 GWB. Sofern man die Vergabekammern als Gericht im Sinne eines Rechtswegs erachtet, besteht mit dem Verfahren vor den Beschwerdegerichten bei der öffentlichen Auftragsvergabe oberhalb der Schwellenwerte ein Instanzenzug. Folglich gilt es, die Rechtszugvoraussetzungen und die weiteren Aspekte des Beschwerdeverfahrens darzustellen.

aa) Zulässigkeit

Gemäß § 171 Abs. 1 S. 1 GWB ist die sofortige Beschwerde gegen „Entscheidungen der Vergabekammer […] zulässig“. Damit ist sie grundsätzlich bei allen verfahrensabschließenden Entscheidungen der Vergabekammern nach § 168 GWB statthaft.[600] Dies umfasst etwa die Einschätzung der Vergabekammer, dass ein Antrag auf Nachprüfung offensichtlich unzulässig oder unbegründet sei, die sonstige (auch teilweise) Abweisung des Antrags oder eine

[597] *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 171 GWB, 66; *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 171 GWB, Rn. 28 ff.
[598] Siehe § 33 Abs. 3 der Gerichtliche Zuständigkeitsverordnung Justiz (GZVJu) vom 11. Juni 2012 (GVBl. S. 295, BayRS 300-3-1-J), zuletzt geändert durch die Verordnung vom 28. Dezember 2018 (GVBl. S. 2).
[599] Vgl. etwa *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 171 GWB, 93 ff.
[600] *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 171 GWB, Rn. 9.

entsprechende Stattgabe. Ebenso kann die Entscheidung der Vergabekammer angegriffen werden, dass das Vergabeverfahren erledigt sei, dass kein Zuschlag zu gewähren ist oder, dass die Wertung neu vorzunehmen sei.[601] Auch Kostenentscheidungen und Vollstreckungsmaßnahmen können als Haupt- oder Nebensache angegriffen werden.[602] Dient die Entscheidung der Vergabekammer aber der Durchführung eines Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH, ist eine sofortige Beschwerde nicht statthaft.[603] Zwischenentscheidungen der Vergabekammern sind mit Ausnahme der dargestellten Fälle (Feststellung offensichtlicher Unzulässigkeit oder Unbegründetheit, Aussetzungsentscheidung) grundsätzlich nicht angreifbar. Der Beschleunigungsgrundsatz verlangt, dass die durch die Überprüfung der Zwischenentscheidungen entstehenden Verzögerungen verhindert werden.[604] Dementsprechend hat der Gesetzgeber in fünf Fällen die Überprüfung von Zwischenentscheidungen gesetzlich ausgeschlossen.[605] Auch anderweitige, nicht im GWB normierte Zwischenentscheidungen, welche analog den Vorschriften der ZPO getroffen werden, sind nicht durch eine sofortige Beschwerde anzugreifen.[606] Dieser Ausschluss von Zwischenentscheidungen von der Überprüfung durch ein OLG ist allerdings nur temporär. Eine Überprüfung kann im Rahmen einer sofortigen Beschwerde gegen die endgültige Entscheidung der Vergabekammer in der Hauptsache unproblematisch vorgenommen werden.

Die sofortige Beschwerde ist auch dann statthaft, wenn die Vergabekammer nicht innerhalb der durch § 167 Abs. 1 GWB vorgegebenen Frist von fünf Wochen zur Entscheidung gekommen ist. Sofern keine Fristverlängerung vorgenommen wurde, gilt ein nicht fristgerecht beschiedener Nachprüfungsantrag als abgelehnt.[607] Wenn die Vergabekammer die Vergabestelle aufgrund einer offensichtlichen Unzulässigkeit oder Unbegründetheit des

[601] *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 171 GWB, Rn. 9.
[602] Siehe dazu weiterführend *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 171 GWB, Rn. 10 f.
[603] *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 171 GWB, Rn. 23 ff.
[604] *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 171 GWB, Rn. 25; *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 171 GWB, Rn. 12.
[605] Diese Fälle sind: die Übertragung der Entscheidung an den Vorsitzenden ohne mündliche Verhandlung (§ 158 Abs. 3 GWB); Entscheidungen über Beiladungen (§ 162 S. 2 GWB); die Versagung der Akteneinsicht (§ 165 Abs. 4 GWB); Entscheidung über die Gewährung eines vorzeitigen Zuschlags (§ 169 Abs. 2 S. 1 und 5 GWB); Entscheidung über vorläufige Maßnahmen (§ 169 Abs. 3 S. 3 GWB).
[606] Mit Beispielen *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 171 GWB, Rn. 26 ff.; *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 171 GWB, Rn. 14 ff.
[607] *Gröning*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 171 GWB, Rn. 35.

Antrags nicht über dessen Eingang informiert hat und damit das Zuschlagsverbot nicht ausgelöst wird, muss Sie den Antragsteller über den entsprechenden Beschluss informieren. Da ein wirksamer Zuschlag bis zur Einlegung der sofortigen Beschwerde vorgenommen werden kann,[608] muss die Vergabekammer den Antragsteller ausreichend früh informieren. In diesen Fällen ist die sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer ebenfalls statthaft.[609]

Grundsätzlich statthaft ist auch eine (un)selbständige Anschlussbeschwerde. Zwar ist dieses Rechtsmittel nicht gesondert im GWB vorgesehen, allerdings ist eine analoge Anwendung des entsprechenden (Verwaltungs-)Prozessrechts (§§ 524, 567 Abs. 3 ZPO; § 127 VwGO) im Rahmen des Vergaberechtsschutzes mittlerweile auch höchstrichterlich abgesichert.[610]

Neben der Statthaftigkeit der sofortigen Beschwerde muss auch eine Beschwerdeberechtigung vorliegen. Beschwerdeberechtigt sind gemäß Wortlaut des § 171 Abs. 1 S. 2 GWB alle Beteiligten des Nachprüfungsverfahrens. Dies umfasst die geborenen Verfahrensbeteiligten der Antragsteller und -gegner sowie die durch die Vergabekammern gemäß § 162 GWB beigeladenen Dritten. Vom Wortlaut nicht umfasst sind daher sämtliche Bieter, die einem entsprechenden Antrag zum Trotz nicht durch die Vergabekammer beigeladen wurden. Vor dem Hintergrund, dass die Entscheidung der Vergabekammer über die Beiladung Dritter gemäß § 162 S. 2 GWB nicht angefochten werden kann, offenbart sich hier eine potenzielle Rechtsschutzlücke.[611] So wird der Zugang zur gerichtlichen Überprüfung einer geltend gemachten Beschwer durch die Vergabekammer von einer Entscheidung derselben abhängig gemacht. Potenziell rechtswidriger Weise nicht beigeladenen Dritten wird damit scheinbar der Zugang zu einem effektiven Rechtsbehelf gegen diese Entscheidung der Vergabekammer verweigert. Damit einher geht dann auch eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs. Da die Vergabekammern aus verfassungsrechtlicher Perspektive der Verwaltung zuzuordnen sind, wird insofern die gerichtliche Kontrolle einer Verwaltungsentscheidung von einer weiteren Verwaltungsentscheidung abhängig gemacht. Insofern bedarf auch die Antragsbefugnis zur sofortigen Beschwerde in Form des § 171 Abs. 1 S. 2 GWB einer weiteren Untersuchung.

---

[608] *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 171 GWB, Rn. 42.
[609] *Reider*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 169 GWB, Rn. 10
[610] Vgl. BGH, Beschluss vom 4.4.2017, Rs. X ZB 3/17, Postdienstleistungen, Rn. 16; *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 171 GWB, Rn. 45.
[611] *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 171 GWB, Rn. 17.

Darüber hinaus wird für die Antragsbefugnis zur sofortigen Beschwerde eine Beschwer des Antragstellers verlangt. Diese kann in formeller oder materieller Form vorliegen.[612] Eine formelle Beschwer ist gegeben, wenn der Verfahrensbeteiligte im Nachprüfungsverfahren mit einem Antrag nicht oder nur teilweise Erfolg hatte. Entscheidend ist dabei der Tenor der Nachprüfungsentscheidung. Falls ein Verfahrensbeteiligter keinen eigenen Antrag gestellt hat und damit eine formelle Beschwer nicht gegeben sein kann, kann dieser immer noch materiell beschwert sein. Dazu muss entweder seine Stellung im Vergabeverfahren durch die Entscheidung der Vergabekammer negativ berührt oder sein subjektives Recht auf die korrekte Durchführung des Vergabeverfahrens eingeschränkt werden.[613] Mit der Beschwer geht regelmäßig auch das nötige Rechtsschutzbedürfnis einher.[614]

Falls die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde nach § 171 Abs. 1, 2 GWB gegeben ist, kann diese gemäß den Anforderungen des § 172 GWB eingelegt werden. Die Beschwerdefrist beträgt laut § 172 Abs. 1 GWB zwei Wochen. Die Qualifizierung der Frist als Notfrist i.S.d. § 224 ZPO hat zur Folge, dass sie nicht verlängert werden kann. Die Frist beginnt mit der ordnungsgemäßen Zustellung der Entscheidung der Vergabekammer und berechnet sich gemäß den §§ 187 ff. BGB.[615] Falls die Entscheidung der Vergabekammer den Beteiligten zu unterschiedlichen Zeitpunkten zugestellt wurde, führt dies zu unterschiedlichen Fristberechnungen. Sollte der Entscheidung keine Rechtsmittelbelehrung beigefügt sein, bieten sich zwei alternative Rechtsfolgen an. Einerseits wird gefordert, dass über die Anwendung des § 58 VwGO die Rechtsmittelfrist dann ein Jahr beträgt.[616] Eine andere Ansicht geht davon aus, dass über die analoge Anwendung des §§ 233, 234 ZPO bei einer unverschuldet versäumten Frist bis zu einem Jahr die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt werden kann.[617] Im Fall des § 171 Abs. 2 GWB (fingierte Ablehnung des

[612] Ausführlich *Reider*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 171 GWB, Rn. 25 ff.
[613] *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 171 GWB, Rn. 36 ff.
[614] *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 171 GWB, Rn. 40.
[615] *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 172 GWB, Rn. 7; *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 171 GWB, Rn. 2 ff. Ob man die Geltung der Vorschriften des BGB über § 222 ZPO oder § 31 VwVfG herleitet ist dabei nebensächlich.
[616] *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 172 GWB, Rn. 2.
[617] *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 172 GWB, Rn. 8; *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 171 GWB, Rn. 6.

Nachprüfungsantrags) beginnt die Frist am Tag nach dem Ablauf der fünfwöchigen Entscheidungsfrist der Vergabekammer.[618]

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt (§ 172 Abs. 3 GWB) unterschrieben und im Original, per Fax oder ausnahmsweise per E-Mail übermittelt werden.[619] Es besteht somit eine anwaltliche Vertretungspflicht im zweitinstanzlichen Vergaberechtsschutzverfahren. Durch die Vertretungspflicht soll eine zügige und umfassende Verfahrensführung gewährleistet werden. Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind vom Anwaltszwang ausgenommen.[620] Außerdem ist die sofortige Beschwerde gemäß § 172 Abs. 2 GWB mit ihrer Einlegung zu begründen. Demnach muss erklärt werden, „inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird“ (§ 172 Abs. 2 Nr. 1 GWB) sowie dargelegt werden, auf welchen Tatsachen und Beweismitteln die Beschwerde basiert (§ 172 Abs. 2 Nr. 2 GWB). Eine Teilanfechtung ist vor diesem Hintergrund möglich. An die Anträge sind insgesamt keine hohen Anforderungen zu stellen. So ist weder ein förmlicher Sachantrag zwingend erforderlich, noch sind an die Bestimmtheit des Antrags hohe Anforderungen zu stellen.[621] Auch die angeführten Tatsachen und Beweismittel müssen nicht abschließend vorgetragen werden, da der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 175 Abs. 2 GWB) das Vorbringen und Einbeziehen weiterer Beweismittel ermöglicht. Abschließend verpflichtet § 172 Abs. 4 GWB den Beschwerdeführer dazu, bei der Einlegung der Beschwerdeschrift den Beteiligten des Nachprüfungsverfahrens dieselbe zu übermitteln. Diese Ordnungsvorschrift dient allein der Verfahrenskonzentration. Ein Verstoß des Beschwerdeführers berührt weder den Suspensiveffekt des Verfahrens, noch hat er eine andere Sanktion zur Folge.[622]

bb) Aufschiebende Wirkung

Legt der nach § 171 GWB berechtigte Beschwerdeführer eine gemäß 172 GWB form- und fristgerechte sofortige Beschwerde ein, tritt ein Suspensiveffekt gemäß § 173 Abs. 1 GWB ein. Die aufschiebende Wirkung des § 169 Abs. 1 GWB bleibt bis zum Ablauf der

[618] *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 172 GWB, Rn. 11.
[619] *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 172 GWB, Rn. 6.
[620] *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 172 GWB, Rn. 20 f.; *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 171 GWB, 17 ff.
[621] *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 172 GWB, Rn. 15; *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 172 GWB, Rn. 12.
[622] *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 172 GWB, Rn. 13 ff.

Beschwerdefrist aus § 171 Abs. 1 GWB bestehen. Nach Ablauf der Beschwerdefrist greift gemäß § 173 Abs. 1 S. 2 GWB dann der Suspensiveffekt der sofortigen Beschwerde und untersagt die Erteilung eines Zuschlags für zwei weitere Wochen (es kommt auf die Einlegung der Beschwerde und nicht ihre Zustellung an; ein in Unwissenheit der Einlegung erteilter Zuschlag ist nichtig).[623] Nach Ablauf der Beschwerdefrist und der folgenden Zwei-Wochen-Frist entfällt die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde. Diese Regelung soll eine weitere Verzögerung des Zuschlags und der damit einhergehenden Investitionen begrenzen.[624]

Wenn die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag abgelehnt hat, räumt der § 173 Abs. 1 S. 3 GWB dem Beschwerdeführer jedoch das Recht ein, einen Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung zu stellen.[625] Falls die Vergabekammer dem Nachprüfungsantrag durch Untersagung des Zuschlags stattgegeben hat, bleibt das Zuschlagsverbot gemäß § 173 Abs. 3 GWB bis zu einer Entscheidung des OLG nach § 176 GWB (Eilverfahren über Zuschlagsverbot) oder § 178 GWB (reguläre Entscheidung über die sofortige Beschwerde) bestehen.

Zur Verlängerung der Aufschiebenden Wirkung ist gemäß Wortlaut des § 173 Abs. 1 S. 3 GWB nur der Beschwerdeführer selbst antragsberechtigt. Jedenfalls ist ein Verlängerungsantrag dann zulässig, wenn der Beteiligte selbst eine sofortige Beschwerde erhebt.[626] Der Antrag kann frühestens mit dem Einlegen der sofortigen Beschwerde gestellt werden. Ein späteres Stellen des Antrags empfiehlt sich nicht, da das Beschwerdegericht den Parteien rechtliches Gehör gewähren muss und daher notfalls das Zuschlagsverbot einstweilen zu verlängern hat.[627] Bei der Entscheidung über den Antrag zur Fristverlängerung hat das Beschwerdegericht den Maßstab des § 173 Abs. 2 GWB anzuwenden.

Dieser, dem § 169 Abs. 2 GWB sehr ähnliche, Maßstab verpflichtet das Beschwerdegericht dazu, eine Abwägung zwischen allen möglichen Nachteilen einer verzögerten Vergabe und deren Vorteilen vorzunehmen (S. 1). Dabei ist das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers zu berücksichtigen (S. 2).

[623] *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 173 GWB, Rn. 5 ff.
[624] *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 173 GWB, Rn. 1.
[625] *Ax/Schneider*, Rechtsschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe, 2011, S. 116.
[626] *Reider*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 173 GWB, 33.
[627] *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 173 GWB, Rn. 22; *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 173 GWB, Rn. 15.

Außerdem muss[628] das Beschwerdegericht die Erfolgsaussicht des Antragstellers im Rahmen der sofortigen Beschwerde und im Vergabeverfahren berücksichtigen. Bei der Anwendung dieses gesetzlichen Maßstabes ist zunächst unklar, ob die Prüfung der Erfolgsaussichten Teil der Interessenabwägung[629] oder eine eigenständige vorgelagerte Entscheidung ist[630]. Vor dem Hintergrund, dass selbst bei ersterer Ansicht eine negative Erfolgsaussicht regelmäßig zur Ablehnung des Verlängerungsantrags führt, ist dies aber nicht entscheidend. Genauso ist in Fällen, in denen eine Zulässigkeit und Begründetheit der sofortigen Beschwerde wahrscheinlich ist, die Abwägungsentscheidung zugunsten des Antragstellers relativ klar.[631] Sollte aber bei der summarischen Prüfung[632] der Sach- und Rechtslage keine Aussage zur Erfolgsaussicht getroffen werden können (weil etwa Tatsachenfragen nicht ermittelt werden konnten oder es noch keine höchstrichterliche Entscheidung zu einer Streitfrage vorliegt), stellt sich die Frage nach dem Vorrang der Interessen. Damit weist der § 173 Abs. 2 GWB, wie schon § 169 Abs. 2 GWB, problematische Elemente auf. So tritt mit dem Wegfall der aufschiebenden Wirkung regelmäßig eine Vorwegnahme der Hauptsache ein,[633] da auch die Beschwerdegerichte wirksam erteile Zuschläge nicht aufheben können. Fraglich ist dabei, ob der gesetzliche Abwägungsmaßstab die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die nötige Prüfintensität erfüllt. So ist gemäß Art. 19 Abs. 4 GG eine endgültige Vorwegnahme der Hauptsache zulasten des Rechtsschutzsuchenden nur in absoluten Ausnahmefällen legitim. Ob die vom Gesetzgeber intendierte höhere Gewichtung des öffentlichen Interesses am Zuschlag bei unklarer Sach- oder Rechtslage über das Interesse des Rechtsschutzsuchenden mit den Vorgaben zur Effektivität des Rechtsschutzes vereinbar ist, ist daher keineswegs eindeutig. Auch ist fraglich, ob das summarische Eilverfahren vor dem Hintergrund des Ausschlusses primären Rechtschutzes nach der Zuschlagserteilung den Anforderungen an die

[628] Hier liegt der Unterschied zu § 169 Abs. 2 GWB, in dessen Rahmen die Einbeziehung der Erfolgsaussuchten im Ermessen der Vergabekammer liegt.
[629] So *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 173 GWB, Rn. 17.
[630] So *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 173 GWB, Rn. 24; *Reider*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 173 GWB, Rn. 48.
[631] *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 173 GWB, Rn. 28; auch wenn *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 173 GWB, Rn. 20 darauf besteht, dass die Erfolgsaussicht in der Abwägungsentscheidung nur einen gleichgewichteten Aspekt darstellt.
[632] *Opitz*, NZBau 6 (4), 213 (213).
[633] *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 169 GWB, Rn. 51; *Goebel*, Gesamtwirtschaftliche Aspekte im vorläufigen Vergaberechtsschutz, 2008, S. 178.

Prüfungsdichte bei einer Vorwegnahme der Hauptsache entspricht. Eine genauere Untersuchung ist also durchaus geboten.

Neben der Möglichkeit, den Suspensiveffekt der sofortigen Beschwerde gemäß § 173 Abs. 2 GWB zu verlängern, existiert mit dem § 176 GWB auch ein Instrument zur Gestattung eines vorzeitigen Zuschlags. Die Anwendung dieses prozeduralen Gegenstücks des § 173 Abs. 2 GWB kommt dann in Betracht, wenn aufgrund einer entsprechenden Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 173 Abs. 3 GWB das Zuschlagsverbot im Beschwerdeverfahren fortdauert. Das Zuschlagsverbot kann dann durch das OLG ausgesetzt und eine unmittelbare Gestattung des beabsichtigten Zuschlags genehmigt werden. Sollte ein Antrag des Bieters auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 173 Abs. 1 S. 3 GWB bewilligt worden sein, entfällt das nötige Rechtsschutzbedürfnis des Antrags nach § 176 GWB aber solange, wie keine neuen Tatsachen vorgebracht werden können.[634] Für den Antrag nach § 176 Abs. 1 GWB gelten weitere Voraussetzungen. So ist lediglich der Auftraggeber oder der beteiligte Bieter, welcher nach § 134 GWB als Bestbieter benannt ist, antragsbefugt. Außerdem muss der Antrag gemäß § 176 Abs. 2 GWB schriftlich und begründet eingereicht sowie dessen Eilbedürftigkeit glaubhaft gemacht werden. Die Entscheidung hat das Beschwerdegericht innerhalb von fünf Wochen zu treffen (§ 176 Abs. 3 S. 1 GWB); eine mündliche Verhandlung ist nicht zwingend vorgesehen (S. 2). Der entscheidungserhebliche Maßstab und auch die systemische Wirkung des § 176 Abs. 1 GWB sind identisch mit dem § 173 Abs. 2 GWB und weisen damit dieselbe Problematik auf. Ein Rechtsmittel gegen die Vorabgestattung ist nicht zulässig (§ 176 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 GWB).

Aus dem Eilverfahren zur Vorabentscheidung über den Zuschlag nach § 176 GWB ergibt sich die besondere Rechtsfolge nach § 177 GWB. Sollte der Auftraggeber oder bevorzugte Bieter mit dem Gestattungsantrag unterliegen, endet das Vergabeverfahren nach Ablauf einer zehntägigen Frist, sofern der Auftraggeber nicht „die Maßnahmen zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens ergreift, die sich aus der Entscheidung ergeben“. Das

[634] Ein Antrag nach § 176 GWB wäre bei bereits verlängertem Suspensiveffekt unsinnig, da für die Entscheidungen der identische Maßstab vorgegeben ist. Siehe § 173 Abs. 2 und § 176 Abs. 1 GWB; *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 176 GWB, Rn. 4.

Rechtsschutzverfahren kann in solch einem Fall lediglich in Form des Fortsetzungsfeststellungsverfahren weitergeführt werden.[635]

cc) Verfahrensmodalitäten

Auch für die sofortige Beschwerde ordnet das GWB mit den §§ 174, 175 GWB besondere Verfahrensmodalitäten an, die den vergaberechtlichen Sonderrechtsweg weiter ausgestalten.

§ 174 GWB regelt etwa speziell, wer am Beschwerdeverfahren beteiligt werden kann. Gemäß Wortlaut sind dies zunächst die Personen, welche bereits am Verfahren vor den Vergabekammern beteiligt waren. Diese Beteiligung ist kraft des Gesetzes gegeben und bedarf keiner erneuten Beiladung durch das Beschwerdegericht.[636] Fraglich ist hingegen, ob der Kreis der Beteiligten vor dem Beschwerdegericht erweitert werden kann. Aufgrund des Wortlauts wird in der Literatur zum Teil angenommen, dass das Beschwerdegericht keine Befugnis zur Beiladung weiterer Dritter hat.[637] Allerdings kann eine wesentliche Berührung wirtschaftlicher Interessen (wie sie zur Beiladung im Nachprüfungsverfahren verlangt wird) auch erstmals im Beschwerdeverfahren auftreten. In diesen Fällen ist es dann fraglich, wie den erstmals betroffenen Bieter ausreichend rechtliches Gehör geschenkt werden kann. In der Literatur und auch in der Rechtsprechungspraxis wird dem Beschwerdegericht deshalb ein eigenständiges Beiladungsrecht zugesprochen.[638] Dabei ist der § 162 GWB analog heranzuziehen.[639] Es besteht also ein Recht auf die pflichtgemäße Ermessensentscheidung über die Beiladung Dritter, welche eine wesentliche Berührung (wirtschaftlicher) Interessen voraussetzt. Dies kann erstmals im Beschwerdeverfahren auftreten, oder durch die Vergabekammer verkannt worden sein, sodass das Beschwerdegericht eine erstmalige Beiladung auszusprechen hat.[640] Diese Praxis steht jedoch im expliziten Widerspruch zum eindeutigen Wortlaut des § 174 GWB, sodass eine weitere Untersuchung der Beteiligtenregelung der sofortigen Beschwerde bezüglich ihrer Normgrundlage, praktischen

[635] *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 177 GWB, Rn. 7 ff.
[636] *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 174 GWB, Rn. 7.
[637] Siehe *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 174 GWB, Rn. 4.
[638] vgl. *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 174 GWB, Rn. 9; OLG Rostock, Beschluss vom 18.10.2000, Rs. 17 W 12/00; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.11.2000, Rs. Verg 14/00; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.2.2020, Rs. Verg 26/17, Rn. 93.
[639] *Ax/Schneider*, Rechtsschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe, 2011, S. 118.
[640] *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 174 GWB, Rn. 5.

Anwendung und den übergeordneten Anforderungen aus dem Verfassungsrecht gerechtfertigt ist.

Weitere Verfahrensmodalitäten des Beschwerdeverfahrens werden gebündelt im § 175 GWB geregelt. Gemäß § 175 Abs. 1 S. 1 GWB besteht für die Beteiligten vor dem Beschwerdegericht eine Vertretungspflicht durch einen Rechtsanwalt. Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind davon ausgenommen, sofern sie sich durch Beamte oder Angestellte mit einer Befähigung zum Richteramt vertreten lassen.

Der zweite Absatz des § 175 GWB verweist unmittelbar auf eine Reihe von Normen des Kartellverfahrensrechts sowie die §§ 165, 167 Abs. 2 S. 1 GWB. Von Bedeutung ist insbesondere der Verweis auf die Mündlichkeit der Verhandlung (§ 69 GWB), den Amtsermittlungsgrundsatz (§ 70 GWB), die Anhörungsrüge (§ 71a GWB), das Akteneinsichtsrecht (§§ 72, 165 GWB) und den Beschleunigungsgrundsatz (§ 167 Abs. 2 S. 1 GWB). Allerdings können die in Bezug genommenen prozessualen Vorschriften keine komplette Verfahrensordnung darstellen. Dementsprechend hat der BGH bei Entscheidungen über Kostenfragen zur Ergänzung des Prozessrechts konsequent auf die ZPO zurückgegriffen. Einer Anwendung der VwGO ist damit ein Riegel vorgeschoben.[641]

dd) Entscheidung durch das Beschwerdegericht

Das Beschwerdegericht entscheidet über die sofortige Beschwerde gemäß § 178 GWB. Dabei überprüft das Gericht die Entscheidung der Vergabekammer in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht.[642] Der Prüfungsumfang umfasst sowohl die Zulässigkeitsvoraussetzungen der sofortigen Beschwerde als auch des Nachprüfungsverfahrens. Die Präklusionswirkung des § 160 Abs. 3 S. 1 GWB ist somit auch vor den Beschwerdegerichten gegeben, weshalb von einer materiellen Präklusion gesprochen werden muss.[643] Kommt das Beschwerdegericht zu dem Schluss, dass die Entscheidung im Nachprüfungsverfahren die subjektiven Rechte[644] des Antragstellers verletzt, muss es die Entscheidung der Vergabekammer aufheben. Dabei

[641] *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 175 GWB, Rn. 8.
[642] *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 178 GWB, Rn. 4.
[643] Vgl. *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 51.
[644] In Frage kommen alle Normen des materiellen Vergaberechts. Hier stellt sich aber wieder die aufgeworfene Frage nach der, für notwendig erachteten, bieterschützenden Funktion der Vergabeverfahrensnorm. Siehe dazu vorherige Ausführungen zu § 160 GWB. Siehe auch *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 178 GWB, Rn. 6 für eine übersichtliche Aufzählung aller einschlägigen Verfahrensnormen.

können auch neue Tatsachen und Rechtsauffassungen berücksichtigt werden.[645] Der Wortlaut des § 178 GWB erlaubt es dem Beschwerdegericht den Fall selbst zu entscheiden oder an die Vergabekammer zurückzuverweisen, wobei aufgrund der Eilbedürftigkeit regelmäßig das OLG selbst entscheiden sollte, was umso mehr gilt, wenn die Entscheidung spruchreif ist.[646] Kommt das OLG zum Schluss, dass die sofortige Beschwerde unzulässig oder unbegründet ist, tritt die Bestandskraft der Entscheidung der Vergabekammer ein.[647] Bei seiner Entscheidung ist das OLG weder an Anträge noch an eine vorher ergangene Sachentscheidung gebunden.[648] Neben der Aufhebung der Entscheidung der Vergabekammer oder der Zurückweisung der Beschwerde kann das OLG auf Antrag eine Verletzung von Rechten des Antragstellers mit bindender Wirkung nach § 179 GWB feststellen. Voraussetzung dafür ist aber analog zu § 168 Abs. 2 GWB die Erledigung des Verfahrens.[649] Damit ist auch im Rahmen der sofortigen Beschwerde ein Fortsetzungsfeststellungsverfahren gegeben. Die Bindungswirkung erstreckt sich auf Sach- und Rechtsentscheidungen bezüglich des materiellen Vergabeverfahrensrechts. Etwaige Ausführungen über Kausalitäten oder die Höhe eines entstandenen Schadens binden die für den Schadensersatzanspruch zuständigen Gerichte nicht.[650]

Der primäre Vergaberechtsschutz endet mit der sofortigen Beschwerde vor den OLG; Rechtsmittel gegen die Entscheidung über die sofortige Beschwerde sind nicht vorgesehen. Lediglich Anhörungsrügen bei Verletzungen des rechtlichen Gehörs vor den Vergabekammern oder Beschwerdegerichten kommen entsprechend § 175 Abs. 2 GWB, § 71 a GWB, § 152 a VwGO in Frage.[651] Eine weiteres eigenständiges Rechtsmittel stellt dies aber nicht dar. Allerdings besteht gemäß § 179 Abs. 2 GWB eine Vorlagepflicht des Beschwerdegerichts, wenn es von einer Entscheidung eines anderen OLG oder des BGH abweichen will. Diese Divergenzvorlage stellt aber kein Rechtsmittel, sprich dritte Instanz,

[645] *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 178 GWB, Rn. 3.
[646] *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 178 GWB, Rn. 6; *Gröning*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 178 GWB, Rn. 18.
[647] *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 178 GWB, Rn. 2.
[648] *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 178 GWB, Rn. 3, 4.
[649] Siehe dazu die entsprechenden Ausführungen zu § 168 Abs. 2 GWB oder etwa *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 178 GWB, Rn. 11 ff.
[650] *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 179 GWB, Rn. 2; *Gröning*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 179 GWB, 3 ff.
[651] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.05.2017, Rs. Verg 36/16; *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 178 GWB, Rn. 22.

dar.[652] Die Vorlagepflicht besteht gemäß Wortlaut des § 179 Abs. 2 S. 4 GWB nicht im Verfahren nach § 173 Abs. 1 S. 3 und § 176 GWB. Nach der Rechtsprechung des BGH gilt diese Ausnahme aufgrund der enormen Bedeutung der in den Eilverfahren verhandelten Fragen nicht, „1. wenn es nur noch um die Anwendung des Rechts auf einen feststehenden Sachverhalt geht, 2. mitunter bereits im Eilverfahren die Streitfragen erschöpfend zu beantworten sind und 3. es dann ggf. nicht mehr zu einer Entscheidung in der Hauptsache kommt".[653] Weitere Vorlagepflichten, die etwa aus Art. 267 Abs. 3 AEUV oder Art. 93, 100 GG entstehen können, bleiben jedoch unberührt.[654]

ee) Kostenentscheidung

Für das Beschwerdeverfahren wird die Kostenentscheidung gemäß der Verweisung aus § 175 Abs. 2 GWB nach § 78 GWB getroffen. § 78 S. 1 GWB ordnet für die Kostenentscheidung des Beschwerdeverfahrens das Billigkeitsprinzip an. Danach kann das Gericht feststellen, dass die Gerichtskosten sowie die außergerichtlichen Aufwendungen der Beteiligten nach Würdigung aller Umstände des Einzelfalls durch einen anderen Beteiligten ganz oder teilweise zu erstatten sind. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls sowie der Verfahrensausgang ausreichend zu würdigen.[655] Letztlich ist der Verfahrensausgang regelmäßig trotzdem der ausschlaggebende Faktor für die Verteilung der angefallenen Kosten. Nur unter besonderen Umständen wird das Gericht bei der Kostenfestlegung von der Verteilung nach (teilweisem) Obsiegen und Unterliegen abrücken.[656] Der Streitwert umfasst fünf Prozent der Bruttoauftragssumme (§ 50 Abs. 2 GKG). Da vor dem Beschwerdegericht eine Vertretungspflicht besteht, sind auch die Anwaltskosten zwangsläufig erstattungsfähig, die sich nach den Regeln des Gesetzes über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte richtet. Ansonsten sind gemäß § 78 S. 1 GWB lediglich „die Kosten, die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendig waren" zu erstatten.

---

[652] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 179 GWB, Rn. 25.
[653] Zitat nach *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 179 GWB, Rn. 8; BGH, Beschluss vom 31.1.2017, Rs. X ZB 10/16.
[654] Siehe etwa *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 179 GWB, Rn. 19 ff.
[655] *Landsberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 182 GWB, Rn. 62.
[656] *Gröning*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 178 GWB, Rn. 54.

b) Eilverfahren nach § 169 Abs. 2 S. 6, 7, 8 GWB

Neben der sofortigen Beschwerde besteht mit dem § 169 Abs. 2 S. 6-8 GWB ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung der Vergabekammer im Gestattungsverfahren. Die Gestattungsverfahren vor den Vergabekammern sind nämlich von einer Überprüfung im Rahmen der sofortigen Beschwerde explizit ausgenommen (§ 169 Abs. 2 S. 9 GWB). § 169 Abs. 2 S. 6-8 GWB sieht aber eine eigenständige Überprüfung der Eilentscheidung über die Gewährung des vorzeitigen Zuschlags durch ein Beschwerdegericht vor. Somit besteht ein eigenständiger, von der sofortigen Beschwerde nach § 171 Abs. 1 GWB unabhängiger, Rechtsbehelf.[657] Aufgrund der Bedeutung einer Durchbrechung des Suspensiveffekts des laufenden primären Rechtsbehelfs für die Effektivität des Rechtsweges wäre der Ausschluss einer richterlichen Überprüfung des Eilverfahrens kaum haltbar. Das Beschwerdegericht kann jedoch auf Antrag das Zuschlagsverbot des § 169 Abs. 1 GWB wiederherstellen oder einen sofortigen Zuschlag gestatten. Damit das Beschwerdegericht eine dieser Entscheidungen vornehmen kann, müssen die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Rechtsmittels erfüllt werden. Dazu ordnet § 169 Abs. 2 S. 8 GWB die Geltung der § 176 Abs. 2 S. 1, 2 und Abs. 3 GWB an. Folglich ist die Beschwerde schriftlich einzulegen und zu begründen, wobei die den Antrag begründenden Tatsachen und deren Eilbedürftigkeit glaubhaft zu machen sind.[658] Aufgrund der Verweisung des § 176 Abs. 3 S. 4 GWB auf den § 175 GWB herrscht eine Vertretungspflicht. Antragsbefugt sind jeweils der Auftraggeber (bei Nichtgestattung des Zuschlags) oder ein beschwerter Bieter (bei Gestattung des Zuschlags).[659] Bei der Entscheidung über den Antrag muss das Beschwerdegericht denselben Maßstab anwenden wie die Vergabekammer, sprich die Folgen- und Interessenabwägung nach § 169 Abs. 2 S. 1-5 GWB vornehmen. Die Entscheidung unterliegt dem Unverzüglichkeitsgebot des § 176 Abs. 3 GWB, muss also spätestens nach fünf Wochen getroffen und begründet werden. Hier offenbaren sich zwei Probleme. Zunächst wird der kritische Maßstab des § 169 Abs. 2 S. 2-5 GWB übernommen und nicht korrigiert oder verändert. Auch wenn mit der Beschwerde gegen die Eilentscheidung der Vergabekammer der primäre Rechtsschutz in diesem vulnerablen Bereich gestärkt wird, bleibt die ihm zugrundeliegende Problematik in Form des gesetzlichen Maßstabes der Abwägung der

[657] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 169 GWB, 47.
[658] Der Untersuchungsgrundsatz ist damit nicht einschlägig. *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 169 GWB, Rn. 77.
[659] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 169 GWB, Rn. 49.

Interessen unverändert. Darüber hinaus sieht der § 169 Abs. 2 GWB bei der Gestattung des vorzeitigen Zuschlags eine zweiwöchige Wartefrist vor. Das Beschwerdegericht ist aber lediglich verpflichtet, innerhalb von fünf Wochen über das Rechtsmittel gegen die Gestattung zu entscheiden. Sollte das OLG nicht innerhalb der ersten zwei Wochen über die Beschwerde entscheiden, könnte ein wirksamer Zuschlag durch den Auftraggeber vorgenommen werden (dies wird durch § 169 Abs. 2 S. 6 Hs. 2 GWB bekräftigt).[660] Das Eilverfahren hat im Gegensatz zur sofortigen Beschwerde (welche ja explizit ausgeschlossen ist) nämlich keine aufschiebende Wirkung i.S.d. § 173 Abs. 1 GWB. Daher ist es notwendig, zeitgleich mit der Einlegung der Beschwerde gegen die Eilentscheidung eine Verlängerung des Suspensiveffekts in Form einer Zwischenverfügung zu beantragen.[661]

II. Unterschwellenbereich

Der vergaberechtliche Oberschwellenbereich und dessen Rechtsschutz ist aufgrund seiner speziellen Kodifizierung im GWB detailliert ausgestaltet. Im Gegensatz dazu ist der Unterschwellenbereich, also der Bereich der öffentlichen Beschaffung, in dem die Anwendungsvoraussetzungen des GWB nicht gegeben sind, weniger deutlich ausgearbeitet. Dabei spielt die Auftragsvergabe unterhalb der Schwellenwerte in der Verwaltungspraxis und auch ökonomisch betrachtet eine wesentlich größere Rolle. So schätzte das Bundwirtschaftsministerium 2017 den Anteil der öffentlichen Beschaffung unterhalb der Schwellenwerte auf über 90 Prozent der insgesamt durchgeführten Vergabeverfahren sowie auf rund 75 Prozent des finanziellen Volumens aller öffentlichen Beschaffungen.[662] Vor diesem Hintergrund ist in den vergangenen Jahren eine ausführliche und andauernde Diskussion über den Vergaberechtsschutz im Bereich unterhalb der Schwellenwerte geführt worden. Wesentliche Fragen, wie beispielsweise die gerichtliche Zuständigkeit, sind mittlerweile geklärt. Dennoch soll und muss dieser Bereich auch hier dargestellt werden, um ihn an den übergeordneten, konkreten Vorgaben zur Effektivität des Rechtsschutzes messen zu können. Dazu soll zunächst die Diskussion um den einschlägigen Rechtsweg kurz berührt

[660] *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 169 GWB, Rn. 72; *Reider*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 169 GWB, Rn. 29.
[661] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 169 GWB, Rn. 49; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 169 GWB, Rn. 72.
[662] Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Schlaglichter der Wirtschaftspolitik, 2017, S. 5.

werden, um dann die daraus resultierenden prozessrechtlichen Möglichkeiten darstellen zu können.

1. Gerichtliche Zuständigkeit

Ausschlaggebend für die prozessrechtliche Ausgestaltung des Rechtsschutzregimes ist die Einschlägigkeit des Rechtswegs, beziehungsweise die gerichtliche Zuständigkeit. Zur Überprüfung der öffentlichen Beschaffung kommen grundsätzlich sowohl die Zivilgerichtsbarkeit als auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Frage. Diese lange geführte Diskussion[663] hat sich mit der eindeutigen Rechtsprechung des BVerwG[664] sowie des BGH[665] mittlerweile erledigt. Gemäß dem entscheidenden Urteil des BVerwG aus dem Jahr 2007 muss sich der einzuschlagende Rechtsschutzweg „nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird“ ergeben.[666] Entscheidend für die Frage, ob der unterschwellige Vergaberechtsschutz vor den Verwaltungs- oder Zivilgerichten zu verfolgen ist, ist also die Qualifizierung des Vergaberechts als öffentliches oder ziviles Recht.

Das BVerwG bezog sich dabei zunächst auf die Subordinationstheorie, die darauf abstellt, ob ein hoheitliches Verhältnis der Über- und Unterordnung zwischen den Rechtssubjekten besteht. Es führt aber weiter aus, dass auch im Fall eines Gleichordnungsverhältnisses eine öffentlich-rechtliche Rechtsgrundlage bestehen kann. Diese sei dann dem öffentlichen Recht zuzuordnen, wenn die beherrschenden Rechtsnormen „nicht für jedermann gelten, sondern Sonderrecht des Staates oder sonstiger Träger öffentlicher Aufgaben sind, das sich zumindest auf einer Seite nur an Hoheitsträger wendet“.[667] Damit wendet das BVerwG die sogenannte Sonderrechtstheorie, beziehungsweise modifizierte Subjektstheorie an. Das BVerwG führt weiter aus, dass die öffentlichen Stellen bei der Vergabe der unterschwelligen Aufträge ausschließlich privates Recht anwenden. So sei das Vergabeverfahren eine

[663] *Burgi*, NZBau 8 (12), 737 (738). *Burgi* spricht von 70 Aufsätzen über diese Thematik in den zwei Jahren vor der Entscheidung des BVerwG.
[664] BVerwG, Beschluss vom 2.5.2007, Rs. 6 B 10.07.
[665] BGH, Beschluss vom 23.1.2012, Rs. X ZB 5/11, Rn. 18 ff.
[666] BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007, Rs. 6 B 10.07, Rn. 4. Weniger eindeutig ist die gerichtliche Zuständigkeit im Bereich der Konzessionsvergabe. Hier kommt bei vergaberechtsfreien Konzessionen auch eine Zuordnung zum Verwaltungsrecht und damit die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte in Frage. Dabei wird sogar die Auffassung vertreten, dass die Verwaltungsgerichte für die gerichtliche Kontrolle hoheitlicher Verteilungsentscheidungen am „besten gerüstet seien“: *Braun*, NZBau 20 (10), 622 (624). Zur Streitfrage der Zuständigkeiten bei der (Rettungsdienstleistungs)Konzessionsvergabe siehe auch *Bühs*, NVwZ 36 (7), 440; *Rennert*, NZBau 20 (7), 411; *Siegel*, NZBau 20 (6), 353.
[667] BVerwG, Beschluss vom 2.5.2007, Rs. 6 B 10.07, Rn. 4.

Vertragsverhandlung, die ein privatrechtliches Rechtsverhältnis darstelle. Dieses diene der Vorbereitung einer privatrechtlichen Willenserklärung, welche die Rechtsnatur des beabsichtigen Rechtsgeschäftes teile. Das beabsichtigte Rechtsgeschäft ist ein rein privatrechtlicher Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem bevorzugten Bieter. Damit sei „die Vergabe öffentlicher Aufträge […] als einheitlicher Vorgang insgesamt dem Privatrecht zuzuordnen".[668] Daran ändere auch eine Bindung des Auftraggebers an öffentlich-rechtliche Normen, wie etwa die Grundrechte oder die VOB/A sowie die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben nichts. Der öffentliche Zweck der Beschaffung ist also vom privatrechtlichen Mittel zu trennen.[669] Auch die Zweistufen-Theorie, welche Verwaltungshandeln in die zwei Stufen des öffentlichen-rechtlichen „ob" und des gegebenenfalls privatrechtlichen „wie" unterteilt, sei nicht anzuwenden. Das BVerwG geht vielmehr davon aus, dass die öffentliche Beschaffung nicht mehrphasig verläuft. Es fehle eine selbständige Vergabeentscheidung, sodass diese unmittelbar durch den Vertragsschluss erfolge, welcher gleichzeitig den Zuschlag darstelle.[670]

Diese eindeutige Positionierung, die im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH steht, beantwortet die Frage nach dem einschlägigen Rechtsweg zweifelsfrei. Dennoch wird die Argumentation der obersten deutschen Gerichte, insbesondere die dargestellte Entscheidung des BVerwG in Literatur weiterhin kritisiert.[671] Diese Diskussion soll aber hier nicht weiter vertieft werden, da die Rechtsprechung kein Abweichen von der Praxis erlaubt. Damit ist der darzustellende *status quo* des Rechtsschutzregimes im Unterschwellenbereich allein im zivilen Prozessrecht zu finden, vollkommen unabhängig davon, ob der Verwaltungsrechtsweg dem Rechtsbereich sowie den Beteiligten durch seine Spezifika eher gerecht werden könnte.[672]

2. Verfahrensmöglichkeiten – §§ 935, 940 ZPO

Zur Inanspruchnahme von Rechtsschutz kommt unterhalb der Schwellenwerte folglich ausschließlich der Zivilrechtsweg nach § 13 GVG in Betracht. Der vor den Zivilgerichten zu

[668] BVerwG, Beschluss vom 2.5.2007, Rs. 6 B 10.07, Rn. 6.
[669] BVerwG, Beschluss vom 2.5.2007, Rs. 6 B 10.07, Rn. 8, 10.
[670] BVerwG, Beschluss vom 2.5.2007, Rs. 6 B 10.07, Rn. 15.
[671] *Frenz*, Vergaberecht EU und national, 2018, Rn. 1972 ff.; *Mangold*, Primärrechtsschutz im Vergaberecht, 2015, S. 88.
[672] So z.B. *Burgi*, NZBau 8 (12), 737.

erlangende primäre Rechtsschutz ist allerdings nur bis zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung verfügbar.[673] Zwar fehlt es im Unterschwellenbereich an einer klaren Kodifizierung dieses Grundsatzes (wie etwa durch § 168 Abs. 2 GWB), ein einmal geschlossener Vertrag kann dennoch regelmäßig nicht wieder aufgehoben werden. Eine Nichtigkeit oder Aufhebung des einmal geschlossenen Vergabevertrags kann sich lediglich aus den allgemeinen Vorschriften des Zivilrechts, beispielsweise § 134 GWB, ergeben. Jedoch wird dem materiellen Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte die dafür nötige Qualifikation als Schutzgesetz weithin abgesprochen.[674] Vor dem Hintergrund der aktuellen Gesetzes- und Rechtsprechungslage ist primärer Rechtsschutz also regelmäßig nur bis zum endgültigen Zuschlag und damit einem Vertragsschluss mit einem Bieter zu erlangen.[675]

Die prozessrechtlichen Instrumente, um primären Rechtsschutz im Unterschwellenbereich in Anspruch zu nehmen sind vor diesem Hintergrund die einstweiligen Verfügungen gemäß §§ 935, 940 ZPO. Obwohl sie sich in ihrer Schutzrichtung unterscheiden, sollen sie aufgrund ihrer identischen materiell-rechtlichen Voraussetzungen jedoch zunächst zusammen betrachtet werden.[676] Damit das Gericht eine einstweilige Verfügung aussprechen kann, muss sowohl ein Anordnungsanspruch als auch ein Anordnungsgrund vorliegen.

a) Anordnungsanspruch

Der Anordnung- oder Verfügungsanspruch stellt den zu sichernden Anspruch des Antragstellers da. Im Bereich des Vergaberechts sind dies die subjektiven Rechte des Bieters im unterschwelligen Vergabeverfahren. Im Gegensatz zum GWB-Vergaberecht ist es im Unterschwellenbereich jedoch problematisch, aus welchen Normen sich subjektive Rechte der Bieter ergeben können.

Die Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte richten sich nach dem einschlägigen Haushaltsrecht.[677] Ausschlaggebend sind der § 55 BHO sowie die dazugehörigen

[673] *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 148 ff.
[674] Lediglich bei Sittenwidrigkeit oder kollusivem Verhalten besteht ein Nichtigkeitsgrund. *Siegel*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, Haushaltsvergaberecht, Rn. 81 f.
[675] *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 148 ff.
[676] Ausführlich zur Unterscheidung bzw. Ähnlichkeit der einstweiligen Verfügungen nach §§ 935, 940 ZPO siehe etwa *Mayer*, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), BeckOK ZPO, 39. Ergänzungslieferung, Stand: 01.12.2020, 2020, § 935 ZPO, Rn. 6 f.
[677] *Barth*, Das Vergaberecht ausserhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, 2010, S. 22.

Verwaltungsvorschriften, beziehungsweise dessen landes- und kommunalrechtlichen Äquivalente. Im Rahmen dieser Normen wird regelmäßig die Anwendung der Verdingungsordnungen (bei Bauleistungen die VOB/A; bei Dienstleistungen die UVgO oder die VOL/A) angeordnet. Dieses untergesetzliche, haushaltsrechtliche Verwaltungsinnenrecht regelt die einzuhaltenden Verfahrensregeln, begründet mangels unmittelbarer Außenwirkung aber keine subjektiven Rechte der Bieter.[678] Dennoch gibt es mittlerweile zwei allgemein anerkannte Wege, um subjektive Rechte auch in den unterschwelligen Vergabeverfahren zu begründen.

So können sich Bieter etwa aufgrund einer Selbstbindung der Verwaltung auf eine subjektive Außenwirkung des Haushaltsvergaberechts berufen. Sofern die Verwaltung diese Verfahrensvorschriften in ständiger Vergabepraxis anwendet und sich damit selbst bindet, lassen sich aufgrund von Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit den einschlägigen haushaltsrechtlichen Normen subjektive Rechte der Bieter herleiten. Eine Selbstbindung der Verwaltung liegt aber nur dann vor, wenn eine ständige Praxis der Anwendung geübt wird und ein Abweichen von der bisherigen Praxis ohne hinreichende Rechtfertigung, also willkürlich vorgenommen wird.[679] Darüber hinaus kann sich ein Bieter auch unmittelbar auf die Einhaltung des Art. 3 Abs. 1 GG bei der Durchführung von haushaltsrechtlichen Vergabeverfahren berufen. Der Anspruch auf Gleichbehandlung verlangt allerdings nur die unwillkürliche Festlegung der Vergabekriterien; weitere Verfahrensrechte lassen sich nicht ableiten.[680] Dennoch bietet der Art. 3 Abs. 1 GG allein und in Verbindung mit den einschlägigen haushaltsrechtlichen Normen einen legitimen Anordnungsanspruch für eine einstweilige Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO.[681]

Neben den (un)mittelbar subjektiven Rechten aus dem Gleichheitssatz in Verbindung mit dem Haushaltsrecht können sich auch aus zivilrechtlichen Rechtsverhältnissen subjektive Rechte des Bieters ableiten. Dazu kommt insbesondere ein vorvertragliches Schuldverhältnis nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB in Betracht.[682] Dieses vorvertragliche Schuldverhältnis

[678] BVerwG, Beschluss vom 2.5.2007, Rs. 6 B 10.07, Rn. 11; *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 153 f.; *Barth*, Das Vergaberecht ausserhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, 2010, S. 22; *Kallerhoff*, NZBau 9 (2), 97 (101).
[679] *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 158 ff.
[680] BVerfG, Beschluss vom 13. 6. 2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 64 f.
[681] So schon *Braun*, NZBau 9 (3), 160 (161).
[682] OLG Jena, Beschluss vom 8.12.2008, Rs. 9 U 431/08; *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 163.

entsteht durch die Aufnahme des Vergabeverfahrens, beziehungsweise der damit einhergehenden Vertragsverhandlungen, und verpflichtet den Auftraggeber „zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen“ der Bieter. Dies umfasst dann die Einhaltung der Vorgaben des Haushaltsvergaberechts, da der Auftraggeber die Einhaltung dieser Regeln verspricht.[683] Logische Konsequenz daraus ist aber auch, dass im Rahmen einer de-facto-Vergabe gar kein vorvertragliches Schuldverhältnis eingegangen wird. Dieser massive Verfahrensfehler ist also über §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB nicht anzugreifen.[684] Neben der *culpa in contrahendo* werden Ansprüche außerdem aus § 823 Abs. 2 BGB und § 1004 BGB diskutiert. Diese Anspruchsgrundlagen bedürfen einen Verstoß gegen eine als Schutzgesetzt zu qualifizierende Verfahrensnorm. Dafür kann wiederum auf die Konstruktion der Selbstbindung der Verwaltung i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG zurückgegriffen werden.[685] Jedenfalls besteht im Rahmen der zivilrechtlichen Schuldverhältnisse ein Anordnungsanspruch, wenn ein Verstoß gegen Vergabevorschriften gelten gemacht werden kann. Es findet damit nicht nur eine Willkürkontrolle wie im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 statt.

Grundsätzlich sind die Verletzungen der dargestellten Normen, die eine subjektive Rechtsposition des Bieters begründen, nach §§ 920 Abs. 2, 936 ZPO glaubhaft zu machen. Damit geht eine Beweiserleichterung einher, da das Vorliegen einer Tatsache nach richterlicher Überzeugung lediglich wahrscheinlicher sein muss als ihr Nichtvorliegen.[686] Gelingt die glaubhafte Darlegung einer solchen Verletzung, liegt ein Anordnungsanspruch vor.[687] Bei der einstweiligen Verfügung wird lediglich eine summarische Prüfung des Sachverhalts vorgenommen.[688] Darüber hinaus kann aufgrund der regelmäßig vorliegenden Dringlichkeit gemäß §§ 937 Abs. 2, 936, 922 Abs. Satz 1 ZPO ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss entschieden werden. Im Rahmen der einstweiligen Verfügung werden also wesentliche prozessuale Vereinfachungen vorgenommen.

[683] OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.1.2010, Rs. I-27 U 1/09.
[684] *Sitsen*, ZfBR 41 (7), 654 (657); *Huerkamp/Kühling*, NVwZ 30 (23), 1409 (1410).
[685] Während *Martlreiter*, Europäisierung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Unterschwellenaufträgen, 2011, S. 166 ff. und *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 163 diese Ansprüche ablehnen, bejaht Burgi diese ausdrücklich: *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 26 Rn. 17.
[686] *Mayer*, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), BeckOK ZPO, 39. Ergänzungslieferung, Stand: 01.12.2020, 2020, § 920 ZPO, Rn. 11 f.
[687] *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 26, Rn. 17.
[688] *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 152.

b) Anordnungsgrund

Neben dem Anordnungsanspruch muss auch ein Anordnungsgrund dargelegt werden. Dieser ist in vergaberelevanten Fällen deshalb gegeben, weil sich der Primäranspruch des klagenden Bieters mit einem Zuschlag, sprich Vertragsschluss, regelmäßig erledigt. Durch den Zuschlag wird die Verwirklichung des Rechts des Bieters (auf eine korrekte Durchführung des Vergabeverfahrens) vereitelt. Folglich liegt regelmäßig eine „Dringlichkeit" vor, sodass der Verfügungsgrund einer einstweiligen Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO gegeben sein sollte.

c) Inhalt der Verfügung

Inhaltlich sind die einstweiligen Verfügungen aus §§ 935, 940 ZPO nicht ganz eindeutig voneinander zu trennen. Dementsprechend können Richter im Zweifel Anordnungen auf beide Normen stützen.[689] Grundsätzlich wird die einstweilige Verfügung bezüglich des Streitgegenstandes aus § 935 ZPO als Sicherungsverfügung bezeichnet. Diese soll sicherstellen, dass die Verwirklichung einer Rechtsposition des Gläubigers (bzw. Bieters) nicht durch eine bestimmte Duldung, Unterlassung oder Handlung vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Im Gegensatz dazu dient die einstweilige Verfügung aus § 940 ZPO zur Regelung eines einstweiligen Zustandes. Diese sogenannte Regelungsverfügung soll festlegen, was im streitigen Verfahren bezüglich gegenseitiger Rechte und Pflichten der Parteien vorläufig gilt. Sie wirkt damit rechtsgestaltend und verhindert nicht nur eine für den Gläubiger nachteilig wirkende Veränderung.[690] Entsprechend dieser Schutzrichtungen der einstweiligen Verfügungen nach §§ 935, 940 ZPO ist im vergaberechtlichen Fall eine Kombination beider Verfügungen anzustreben. So wäre eine maximale Wirksamkeit des Rechtsbehelfs gegeben, wenn zunächst durch eine Regelungsverfügung nach § 940 ZPO das Vergabeverfahren in einen Stand zurückversetzt wird, in dem die geltend gemachten Mängel behoben werden können. Dazu sollte eine Sicherungsverfügung nach § 935 ZPO beantragt und gegebenenfalls erteilt werden, die ein befristetes Zuschlagsverbot begründet. Dies ist nötig, da ein dem § 169 Abs. 1 GWB entsprechendes Zuschlagsverbot sonst fehlt und die Vergabestelle entgegen der einstweiligen Verfügung vollendete Tatsachen schaffen könnte. Ohne die ergänzende Sicherungsverfügung läuft der Bieter also Gefahr, trotz erfolgreichem primärem

[689] *Mayer*, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), BeckOK ZPO, 39. Ergänzungslieferung, Stand: 01.12.2020, 2020, § 920 ZPO, Rn. 6.
[690] *Mayer*, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), BeckOK ZPO, 39. Ergänzungslieferung, Stand: 01.12.2020, 2020, § 920 ZPO, Rn. 3, 4.

Rechtsmittel effektiv nur den Sekundärrechtsschutz in Anspruch nehmen zu können. Außerdem kann ein Zuschlag durch einen Hängebeschluss gemäß § 938 Abs. 1 ZPO während des Verfahrens über die einstweilige Verfügung untersagt werden.[691] Dennoch sollte der Bieter von sich aus versuchen, einen Zuschlag zu unterbinden und nicht auf die Initiative des Gerichts vertrauen. In der Kombination beider einstweiligen Verfügungen bietet der Zivilrechtsweg im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes also eine Verfahrensmöglichkeit, subjektive Rechte der Bieter im unterschwelligen Vergabeverfahren zu schützen.

3. Problematische Verfahrensaspekte des Zivilrechtswegs

Die prozeduralen Instrumente des ordentlichen Rechtswegs in vergaberechtlichen Fällen müssen allerdings im Kontext der Vergabeverfahrensvorschriften betrachtet werden. Hier offenbaren sich einige Besonderheiten, die eine wirksame Inanspruchnahme des Primärrechtsschutzes erschweren.

Zentrales und viel diskutiertes Thema ist dabei die fehlende Informationspflicht des Auftraggebers gegenüber nicht berücksichtigten Bietern. So sehen § 46 UVgO, § 19 VOL/A und § 19 VOL/B zwar jeweils eine Information der im Verfahren ausgeschlossenen Bieter und/oder der Bieter, die den Zuschlag nicht erlangt haben, vor; letztere muss aber erst nach dem Abschluss des Verfahrens und der erfolgten Zuschlagserteilung ergehen. Eine Wartepflicht, wie sie § 134 Abs. 2 GWB vorsieht, ist im Unterschwellenbereich nicht kodifiziert. Damit dient die Information der Bieter lediglich deren betriebswirtschaftlichen Planung und nicht der Effektivität eines eventuell in Anspruch genommenen primären Rechtsbehelfs.[692] Vor diesem Hintergrund ist es einem beteiligten Bieter regelmäßig unmöglich, primären Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Er wird schlichtweg erst nach der Zuschlagserteilung über die Beendigung des Vergabeverfahrens in Kenntnis gesetzt. Zu diesem Zeitpunkt können dann die bestehenden prozessualen Werkzeuge der einsteiligen Verfügungen nicht mehr genutzt werden.[693]

Darüber hinaus werden nur die beteiligten Bieter informiert. Sollte die Vergabestelle kein förmliches Vergabeverfahren durchführen oder die „falsche“ Verfahrensart wählen, besteht keinerlei Sanktionsmöglichkeit. Die sogenannte De-facto-Vergabe, welche im

[691] *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 26, Rn. 4.
[692] *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 26, Rn. 4.
[693] *Huerkamp/Kühling*, NVwZ 30 (23), 1409 (1410).

Oberschwellenbereich aufgrund von § 135 GWB als unwirksam erklärt werden kann, ist bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte nicht wirksam anzugreifen.[694] Bereits die ungerechtfertigte Wahl einer beschränkten Ausschreibung ohne Teilnehmerwettbewerb (§ 11 UVgO) verhindert die Kenntnis der nicht unmittelbar aufgeforderten Unternehmen über die Vergabe. In beiden Fällen können sich die potenziell interessierten und in ihren Rechten verletzten Bieter faktisch nur noch um Sekundärrechtschutz bemühen.

Letztlich wird auch noch das Fehlen des Akteneinsichtsrechts, des Amtsermittlungsgrundsatzes sowie eine Zuständigkeitszersplitterung und die damit einhergehende fachliche Unsicherheit der Landesgerichte bezüglich der Mängel des Zivilrechtswegs angeführt. Während das Akteneinsichtsrecht besonders in vergaberechtlichen Fällen ein wesentliches prozessuales Recht zum Nachweis der geltend gemachten Verletzung darstellt und dessen Fehlen somit ein wesentliches Manko des Zivilprozessrechts darstellt, ist die unterstellte fachliche Fehlorientierung der zuständigen Gerichte an Grundsätzen anderer Rechtsbereiche eher nebensächlich.[695] Mit dem § 299 ZPO besteht hingegen lediglich ein Einsichtsrecht in die Prozessakte, was die Verfahrensakte/Vergabeakte jedoch nicht umfasst. Dem fehlenden Amtsermittlungsgrundsatz wird hingegen dadurch versucht Rechnung zu tragen, dass ein Vortrag des Klägers nur glaubhaft gemacht werden muss und dem Prozessgegner eine sekundäre Darlegungslast auferlegt werden kann.[696]

Trotz der grundsätzlich bestehenden Rechtsbehelfe vor der Zivilgerichtsbarkeit weist der primäre Rechtsschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe unterhalb der Schwellenwerte erhebliche Schwächen auf. Insbesondere das Fehlen einer echten Informations- und Wartepflicht verhindert eine wirksame Inanspruchnahme primärer Rechtsbehelfe. Dieser Makel wird durch die fehlende Aufhebbarkeit schwerer Vergaberechtsverstöße (de-facto-Vergabe, ungerechtfertigte Auswahl bestimmter Vergabeverfahren) erweitert und durch das fehlende Akteneinsichtsrecht verstärkt. Daher muss die Ausgestaltung des unterschwelligen Vergaberechtsschutzes insgesamt an den entwickelten Maßstäben der notwendigen Effektivität des Rechtsschutzes detailliert untersucht werden. Dabei gilt es zunächst, die Anwendbarkeit der verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG weiter dazulegen. Sofern nämlich der Art. 19 Abs. 4 GG auch im Unterschwellenbereich einschlägig ist, muss auch

[694] *Klingner*, Die Vorabinformationspflicht des öffentlichen Auftraggebers, 2005, S. 605 f.
[695] Siehe etwa *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 26 Rn. 3, 5.
[696] *Sitsen*, ZfBR 41 (7), 654 (657).

dessen Vorwirkung in das Vergabeverfahren in Form einer Vorabinformationspflicht und einem Vergabeakteneinsichtsrecht weiter diskutiert werden. Eine weiterführende, detaillierte Diskussion dieser Aspekte ist auch vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Anforderungen an die Effektivität des Rechtsschutzes notwendig, da diese bei binnenmarktrelevanten Aufträgen auch außerhalb des Sekundärvergaberechts anwendbar sind und ganz überwiegend für einen weiterreichenden Rechtsschutz als den aktuell gewährleisteten sprechen.

4. Landesrechtliche Normen

Neben dem bundesrechtlichen Vergaberecht (GWB) und dem unterschwelligen Haushaltsvergaberecht bestehen in allen Bundesländern außer Bayern außerdem Landesvergabegesetze. Dabei binden die Landesvergabegesetze die Landesbehörden und die kommunale Verwaltung bei der Durchführung von Bundes- und Landesgesetzen und ergänzen damit die haushaltsrechtlichen Verordnungen.[697] Grundsätzlich liegt der Fokus der sogenannten Landesvergabegesetze auf der Legitimierung politscher Sekundärzwecke. Diese umfassen insbesondere soziale und umweltpolitische Aspekte wie die Tariftreue der Anbieter[698] oder die Verwendung nachhaltiger Zuschlagskriterien.[699] Dabei bewegen sich die Länder mit ihren eigenen Vorgaben zum Vergaberecht kompetenziell in einem schwierigen Bereich. Für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte wird angenommen, dass der Bund im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit nach Art. 72 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG abschließen und umfassend von seiner Kompetenz zur Festlegung von ökosozialen Wertungs- und Zuschlagskriterien Gebrauch gemacht hat. Lediglich für die besonderen Auftragsausführungsbedingungen besteht gemäß §§ 128 Abs. 2, 129 GWB Raum für ergänzende landesrechtliche Vorgaben.[700] Außerdem können die Landesvergabegesetze mit ihren Tariftreue und Mindestlohnforderungen in Konflikt mit den europäischen Grundfreiheiten kommen.[701] Diese Problemfelder betreffen aber vor allem das materielle

[697] *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 4, Rn. 31.
[698] Folgerichtig werden die entsprechenden Gesetze oft „Tariftreue- und Vergabegesetz“ o.ä. betitelt.
[699] *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 4, Rn. 31.
[700] Siehe etwa *Opitz*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 129 GWB, Rn. 15; *Burgi*, NZBau 16 (10), 597 (599), 602; *Burgi*, VergabeR 16 (3), 261 (269).
[701] Siehe einschlägige EuGH-Rechtsprechung: EuGH, Urteil vom 3.4.2008, Rs. C-346/06, Rüffert; Urteil vom 18.9.2014, Rs. 549/13, Bundesdruckerei; Urteil vom 17.11.2015, Rs. C-115/14, RegioPost.

Vergabeverfahren und sind für das Vergabeprozessrecht nicht weiter von Bedeutung, weshalb sie hier nicht weiter kommentiert werden sollen.[702]

Neben den tarifrechtlichen und ökologischen Bedingungen zur Auftragsausführung umfassen die Landesvergabegesetze jedoch zum Teil auch prozessrechtliche Vorgaben.[703] Diese gelten ausschließlich für Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte[704] und können in diesem Bereich eine wesentliche Ergänzung des zivilprozessualen Rechtsschutzes darstellen. Daher gilt es, die einschlägigen landesrechtlichen Bestimmungen zum Vergaberechtsschutz im Folgenden darzustellen.

a) Thüringen

§ 19 ThürVgG begründet eine, dem § 134 GWB sehr ähnliche, Informations- und Wartepflicht des Auftraggebers. So muss die Vergabestelle gemäß § 19 Abs. 1 ThürVgG spätestens sieben Kalendertage vor dem beabsichtigten Vertragsschluss die nicht berücksichtigten Bieter über den Namen des erfolgreichen Bieters, die Gründe der Zuschlagsentscheidung und den frühesten möglichen Zeitpunkt des Zuschlags informieren. Innerhalb dieser Frist kann ein Bieter einen Verstoß gegen Vergabevorschriften beim Auftraggeber rügen. Sofern der Auftraggeber dieser Rüge nicht abhilft, ist die Nachprüfungsbehörde, gemäß § 19 Abs. 3 ThürVgG die beim Landesverwaltungsamt eingerichtete Vergabekammer, durch die Übersendung der vollständigen Vergabeakten zu informieren. Ist die Vergabekammer informiert, darf ein Zuschlag nur vorgenommen werden, wenn die Vergabekammer nicht innerhalb von 14 Tagen das Vergabeverfahren begründet beanstandet. Diese Frist beginnt mit dem Eingang der Unterrichtung bei der Vergabekammer und kann in Ausnahmefällen um sieben weitere Tage verlängert werden. Gemäß § 19 Abs. 2 S. 5 ThürVgG besteht kein Anspruch des Bieters auf ein Tätigwerden der Nachprüfungsbehörde. Wird die Behörde aber tätig, entscheidet sie abschließend, ob der Bieter durch die Nichteinhaltung von Vergabevorschriften in seinen Rechten verletz wurde. Gemäß § 19 Abs. 4 ThürVgG gelten die

[702] Ob kompetenzielle Überschreitungen durch Landesvergabegesetze vorliegen, muss hier nicht beantwortet werden, da der Fokus der Arbeit auf der Effektivität des Vergaberechtsschutzes liegt. Daher sind lediglich die prozessualen Ausführungen der Landesvergabegesetze darzustellen. Für genauere Ausführungen siehe etwa *Opitz*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 129 GWB, Rn. 18 ff.
[703] Siehe etwa *Opitz*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 129 GWB, Rn. 18 ff. für eine Übersicht.
[704] *Conrad*, ZfBR 39 (2), 124 (125). Zur Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern bezüglich Rechtsschutzbestimmungen im Unterschwellenbereich ausführlich *Burgi*, NVwZ 30 (20), 1217.

Verfahrensvorschriften ab einem voraussichtlichen Gesamtauftragswert von 150.000 EUR bei Bauleistungen und 50.000 EUR bei Waren und Dienstleistungen.

Mit den prozessualen Ausführungen des § 19 ThürVgG hat der thüringische Landesgesetzgeber einen, dem Nachprüfungsverfahrens aus dem GWB sehr ähnlichen, verwaltungsinternen Rechtsbehelf geschaffen. So wird eine Informations- und Wartepflicht installiert, die Vergabekammer als Nachprüfungsbehörde benannt und eine aufschiebende Wirkung des eingelegten Rechtsbehelfs von 14 Tagen begründet. Durch die Kombination dieser Elemente ist garantiert, dass die nicht berücksichtigten Bieter rechtzeitig von der Zuschlagsentscheidung erfahren und nicht durch einen übereilt ergangenen Zuschlag vor vollendete Tatsachen gestellt werden. In ihrer potenziellen Wirksamkeit wird diese Regelung nur dadurch eingeschränkt, dass kein Anspruch auf ein Tätigwerden der Nachprüfungsbehörde besteht. Außerdem wird durch die knappe Fristsetzung von sieben beziehungsweise 14 Tagen trotz erweiterter Beschwerdemöglichkeiten der Bieter eine rasche Durchführung des Vergabeverfahrens gewährleistet. Alles in allem hat der Thüringische Landesgesetzgeber somit weitreichende landesrechtliche Ergänzungen des primären Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich vorgenommen.

b) Sachsen

Auch in Sachsen hat der Landesgesetzgeber ein verwaltungsinternes Nachprüfungsverfahren für die Vergabe öffentlicher Aufträge ab einem Wert von 75.000 EUR bei Bauleistungen und 50.000 EUR bei sonstigen Gütern und Dienstleistungen vorgesehen. Wie in Thüringen muss der Auftraggeber die nicht berücksichtigten Bieter über den Namen des bevorzugten Bieters und die Gründe der Zuschlagsentscheidung informieren. Diese Information ist zehn Tage vor dem Vertragsschluss zu geben. Innerhalb dieses Zeitraums kann ein Bieter die Nichteinhaltung einer Vergabevorschrift rügen. Wird der Rüge nicht abgeholfen, ist die Nachprüfungsbehörde zu unterrichten, welche dann innerhalb von 10 Tagen das Verfahren begründet beanstanden kann. Diese relativ kurze Frist zur Überprüfung des Vergabeverfahrens kann nicht verlängert werden. Nimmt die Aufsichtsbehörde in diesem Zeitraum eine Beanstandung vor, hat der Auftraggeber die Auffassung der Nachprüfungsbehörde zu beachten; hat die Nachprüfungsbehörde nichts zu beanstanden, kann der Auftraggeber den Zuschlag erteilen. Ein Anspruch auf ein Tätigwerden der

Nachprüfungsbehörde besteht ebenfalls nicht. Ein wesentlicher Unterschied zur Regelung in Thüringen besteht darin, dass die Nachprüfungsbehörde keine Vergabekammer, sondern die zuständige Aufsichtsbehörde ist.

Insgesamt ist damit in Sachsen ein ähnliches System zur Überprüfung der unterschwelligen Vergabeverfahren wie in Thüringen vorgesehen. Während die Wartefrist nach der Bieterinformation zwar etwas länger ist, muss die Nachprüfungsbehörde in dem wesentlich kürzeren Zeitraum von 10 Tagen eine Überprüfung vornehmen. Da die reguläre Aufsichtsbehörde diese Aufgabe übernimmt und nicht die fachlich wesentlich geeignetere Vergabekammer, wird die Qualität des behördlichen Überprüfungsverfahrens weiter geschmälert. Ob vor diesem Hintergrund wie beim Verfahren aus dem GWB von einem gerichtsähnlichen Verfahren gesprochen werden kann, ist zu bezweifeln. Nichtsdestotrotz existiert auch in Sachsen eine „prozessuale" Ergänzung zu den Vorschriften der ZPO. Besonders die Informationspflicht gewinnt dabei an Bedeutung, da sie auch die Chance einer erfolgreichen Anwendung der einstweiligen Verfügungen steigert.

c) Sachsen-Anhalt

In Sachsen-Anhalt besteht ein, den Regelungen in Thüringen und Sachsen sehr ähnliches, Rechtsschutzverfahren für die Vergabe öffentlicher Aufträge ab einem Betrag von 150.000 EUR (Bauleistungen) beziehungsweise 50.000 EUR (sonstige Leistungen und Lieferungen). Es besteht ebenfalls eine Informationspflicht des Auftraggebers über den Namen des berücksichtigten Bieters sowie die Zuschlagsgründe. Die Information ist sieben Tage vor Vertragsschluss zu übermitteln. Innerhalb dieser Wartefrist kann der Bieter einen Verstoß gegen Verfahrensvorschriften rügen. Soweit der Rüge nicht abgeholfen wird, ist die Nachprüfungsbehörde, eine Vergabekammer, zu informieren. Diese hat in Sachsen-Anhalt sogar vier Wochen Zeit, um das Verfahren zu beanstanden und kann die Frist um zwei weitere Wochen verlängern. Erst nach Ablauf der Frist oder der Entscheidung der Vergabekammer darf der Zuschlag erteilt werden. Gemäß Spruchpraxis der VK Sachsen-Anhalt ist ein Vertrag, der unter Missachtung der Informations- und Wartefrist geschlossen wird, darüber hinaus gemäß § 134 BGB nichtig.[705]

[705] VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 6.9.2013, Rs. 3 VK LSA 35/13; Beschluss vom 22.12.2016, Rs. 3 VK LSA 50/16; *Conrad*, ZfBR 39 (2), 124 (126).

Das verwaltungsinterne Überprüfungsverfahren unterscheidet sich insofern nur durch die lange Entscheidungsfrist vom System Thüringens. Die einschlägigen Normen in Thüringen, Sachsen und Sachsen-Anhalt sind sich inhaltlich wie auch vom Wortlaut sehr ähnlich. Lediglich die Fristen sowie die Auswahl der Nachprüfungsbehörden scheinen vom jeweiligen Landesgesetzgeber als Stellschrauben genutzt worden zu sein.

d) Mecklenburg-Vorpommern

Gemäß § 12 VgG M-V muss der Auftraggeber die beim Zuschlag nicht berücksichtigten Bieter über den Namen des erfolgreichen Bieters und den Grund ihrer Nichtberücksichtigung informieren. Die Information muss spätestens sieben Tage vor dem Vertragsschluss abgegeben werden. § 12 Abs. 2 VgG M-V ermächtigt die Landesregierung zu einer Rechtsverordnung, in der eine Mindesthöhe für den Auftragswert festgelegt werden kann, unterhalb welcher der erste Absatz keine Anwendung findet. Von dieser Ermächtigung hat die Landesregierung mit der Vergabegesetzdurchführungslandesverordnung[706] Gebrauch gemacht und den Mindestbetrag für Bauleistungen auf 1.000.000 EUR sowie für sonstige Leistungen auf 100.000 EUR festgelegt. Ein spezielles Überprüfungsverfahren vor einer Nachprüfungsbehörde sieht das VgG M-V darüber hinaus nicht vor. Außerdem ist ein Verstoß gegen die Informationspflicht in Mecklenburg-Vorpommern nicht weiter sanktionsbewährt. Sollte der Auftraggeber die nicht berücksichtigten Bieter entgegen § 12 Abs. 1 VgG M-V nicht informieren, wird der geschlossene Vertrag gemäß der Rechtsprechung des LG Rostock nicht unwirksam.[707] Es handele sich bei § 12 Abs. 1 VgG M-V lediglich um reine Ordnungsvorschrift und kein gesetzliches Verbot. Eine Verletzung der Informationspflicht führe deshalb nicht zu einer Nichtigkeit gemäß § 134 BGB.[708] Damit besteht hinsichtlich der Qualifizierung der landesrechtlichen Informations- und Wartepflichten und den Rechtsfolgen einer Missachtung der Vorschriften keine einheitliche Rechtsprechung. Insoweit ist eine Übertragung der Rechtsprechung des LG Rostock auf die Landesvergabegesetze Thüringens, Sachsens und Sachsen-Anhalts kaum vertretbar.[709]

---

[706] Landesverordnung zur Durchführung des Vergabegesetzes Mecklenburg-Vorpommern (Vergabegesetzdurchführungslandesverordnung – VgGDLVO M-V) vom 22. Mai 2012 (GVOBl. M-V S. 149) GS Meckl.-Vorp. 703-2-1, zuletzt geändert durch Dritte ÄndVO vom 12.9.2019 (GVOBl. M-V S. 613).
[707] LG Rostock, Urteil vom 6. 11. 2015, Rs. 3 O 703/15.
[708] Vgl. auch *Sitsen*, ZfBR 41 (7), 654 (656).
[709] Gegen eine Nichtigkeit auch *Siegel*, NZBau 20 (6), 353 (357).

Auch in Ermangelung eines Zuschlagsverbots im VgG M-V trägt die Informationspflicht wesentlich zur Wirksamkeit der ohnehin bestehenden Rechtsmittel aus der ZPO bei. Durch die fristgerechte Information werden die Bieter überhaupt erst in die Lage versetzt, die Rechtsmittel der einstweiligen Verfügungen zu nutzen.[710]

e) Niedersachsen

Mit dem Gesetz zur Änderung des Niedersächsischen Tariftreue- und Vergabegesetzes und der Niedersächsischen LHO vom 20.11.2019[711] führte auch der niedersächsische Landesgesetzgeber mit § 16 NTVergG eine Informations- und Wartepflicht ein. Laut § 16 Abs. 1 NTVergG muss der Auftraggeber bei öffentlichen Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte aus § 106 GWB die nicht berücksichtigten Bieter über den erfolgreichen Bieter und die Gründe der Nichtberücksichtigung informieren. Der zweite Absatz verpflichtet den Auftraggeber zu einer Wartefrist von 15 beziehungsweise zehn Tagen (bei elektronischer Information oder Telefax). Erst nach Ablauf dieser Frist darf ein Zuschlag vorgenommen werden. Der dritte Absatz schränkt die Informationspflicht in besonderen Fällen ein. So entfällt sie bei besonderer Dringlichkeit. Außerdem kann der Auftraggeber bei verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Aufträgen und aus Gründen der Geheimhaltung auf die Mitteilung bestimmter Informationen verzichten. Grundsätzlich ist die Informations- und Wartepflicht damit der Regelung des VgG M-V sehr ähnlich.

Es lassen sich im Grunde also zwei Kategorien von landesrechtlichen Vorschriften zum Vergaberechtsschutz ausmachen. Entweder sehen die Landesvergabegesetze eine Informations- und Wartepflicht in Verbindung mit einem gesonderten behördeninternen Nachprüfungsverfahren vor (Thüringen, Sachsen, Sachsen-Anhalt) oder es wird lediglich eine Informations- und Wartepflicht statuiert (Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen). Dabei kann das erste Modell in der Bestimmung der Nachprüfungsbehörde variieren. Generell entschieden sich alle Landesgesetzgeber für unterschiedliche Fristen, die von sieben bis 15 Kalendertagen bezüglich der Informations- und Wartepflicht und von zwei bis sechs Wochen bezüglich des Überprüfungszeitraums reichen.

[710] *Conrad*, ZfBR 39 (2), 124 (125).
[711] Nds. GVBl. 19, S. 354.

Grundsätzlich erweitern damit mehr als ein Viertel aller Bundesländer den unterschwelligen Vergaberechtsschutz durch objektive Beanstandungsverfahren[712] wesentlich. Vor dem Hintergrund der dargestellten Schwäche des zivilen Rechtsschutzes (Mangel an Vorabinformation i.V.m. Geltung *pacta sunt servanda*) sind auch die „schwächeren" Vorschriften in Niedersachsen und Mecklenburg-Vorpommern in ihrer Wirkung nicht zu unterschätzen.

B. Sekundärrechtsschutz

Neben der Möglichkeit, den rechtsverletzenden Status oder eine drohende Rechtsverletzung im Vergabeverfahren unmittelbar anzugreifen, kann für eine bestehende und/oder nicht reversible Rechtsverletzung auch Schadensersatz geltend gemacht werden. Wie ausführlich dargestellt wurde, weist der vergaberechtliche Primärrechtsschutz einige Eigenheiten auf, welche dazu führen können, dass einer potenziellen Rechtsverletzung im Vergabeverfahren nicht durch primäre Rechtsbehelfe Abhilfe geleistet werden kann. Während dies im Anwendungsbereich des GWB vor allem aufgrund eines (vorzeitigen) wirksamen Zuschlags gegeben sein kann, kommt im Unterschwellenbereich erschwerend noch die (teilweise) fehlende Informations- und Wartepflicht des Auftraggebers hinzu.

Neben diesen Fällen, in denen dem Bieter ein wirksamer primärer Rechtsbehelf faktisch verwehrt wird, ist auch der Umstand denkbar, dass ein Bieter die aufwendigen Rechtsbehelfe nicht in Anspruch nehmen will. Unabhängig von den Umständen und der Motivation kommt für den Bieter eine Geltendmachung des Schadensersatzes in Betracht.[713] Die deutsche Rechtsordnung stellt dazu gleich mehrere Anspruchsgrundlagen zu Verfügung. Im Folgenden sollen diese dargestellt werden, um einen umfassenden Überblick über den vergaberechtlichen Sekundärrechtsschutz zu gewinnen. In Verbindung mit dem bereits untersuchten Primärrechtsschutz ergibt sich so eine umfassende Darstellung des *status quo* des deutschen Vergaberechtsschutzes.

[712] Die Verfahren dienen nicht der Durchsetzung subjektiver Rechte, ermöglichen dies jedoch vor der Zivilgerichtsbarkeit durch die Informations- und Wartepflicht. Vgl. *Conrad*, ZfBR 39 (2), 124 (127)

[713] Ob die Inanspruchnahme eines primären Rechtsmittels eine Voraussetzung zur Geltendmachung des Schadensersatzes ist, hängt von der Anspruchsgrundlage ab und ist gegebenenfalls in dessen folgender Darstellung deutlich zu machen.

I. Anspruchsgrundlagen GWB

Obwohl Schadensersatzansprüche grundsätzlich eher im Zivilrecht verortet sind, hat der Bundesgesetzgeber zwei spezifische Anspruchsgrundlagen im Rahmen des genuinen Vergaberechts geschaffen. Sie sind systematisch gesehen den Bestimmungen der sofortigen Beschwerde zugeordnet und schließen sich den Prozessbestimmungen des zweitinstanzlichen Rechtsmittels unmittelbar an. In § 180 GWB hat der Gesetzgeber zunächst eine Anspruchsgrundlage des Antragsgegners der primären Rechtsbehelfe geschaffen. Diese richtet sich gegen eine missbräuchliche Nutzung der Rechtsmittel. Mit § 181 GWB schließt sich dann eine Anspruchsgrundlage für Bieter, deren Rechte im Vergabeverfahren verletzt wurden, an.

1. § 180 GWB

Gegenstand des § 180 GWB sind Schadensersatzansprüche bei missbräuchlicher Nutzung der im GWB kodifizierten Rechtsbehelfe. Damit richtet sich § 180 GWB nicht gegen den öffentlichen Auftraggeber, sondern gegen konkurrierende Bieter, die einen Rechtsbehelf in Anspruch genommen haben. Aufgrund dieses Schutzzwecks wird § 180 GWB nicht dem Sekundärrechtsschutz zugeordnet. Der Sekundärrechtsschutz richtet sich nämlich als Rechtsbehelf gegen den Auftraggeber, beziehungsweise die von ihm verursachten Verletzungen subjektiver Rechte des Bieters und dient daher ausschließlich diesem. § 180 GWB hingegen soll ein Korrektiv des ausgeweiteten Rechtsschutzes für Bieter darstellen und bildet somit eine eigenständige Kategorie des Schadensersatzes.[714] Dennoch kann auch § 180 GWB eine Schutzwirkung für Bieter entfalten, die vor dem Rechtsmissbrauch konkurrierender Bieter geschützt werden. Deshalb sollen auch die Anspruchsgrundlagen aus dem § 180 GWB kurz dargestellt werden.

§ 180 Abs. 1 und 3 GWB bilden dabei zwei unterschiedliche, eigenständige Anspruchsgrundlagen. So kann § 180 Abs. 1 GWB bei einem Missbrauch des Nachprüfungsverfahrens und der sofortigen Beschwerde geltend gemacht werden. § 180 Abs. 3 GWB hingegen kann Schadensersatzansprüche aufgrund einer Anordnung von vorläufigen Maßnahmen nach § 169 Abs. 3 GWB begründen. Während § 180 Abs. 1 GWB somit eine spezielle Variante der

[714] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 180 GWB, Rn. 10; *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 180 GWB, Rn. 2.

§§ 823, 826 BGB (Prozessbetrug und sittenwidrige Schädigung) darstellt, orientiert sich § 180 Abs. 3 GWB am § 945 ZPO. Beide Anspruchsgrundlagen müssen vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden; eine Entscheidung im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens oder der sofortigen Beschwerde ist nicht möglich.[715]

a) § 180 Abs. 1, 2 GWB

Damit ein Schadensersatz gemäß § 180 Abs. 1 GWB geltend gemacht werden kann, müssen vier Voraussetzungen erfüllt sein. Zunächst muss überhaupt ein Nachprüfungsantrag gemäß § 160 GWB oder eine sofortige Beschwerde nach § 171 GWB vorliegen. Als zweite Voraussetzung muss sich der entsprechende Antrag gemäß Wortlaut „als von Anfang an ungerechtfertigt“ erweisen. Ungerechtfertigt ist der Antrag oder die Beschwerde, wenn er unzulässig und unbegründet ist. Dies ist anhand von objektiven Kriterien zu bestimmten und bedarf keiner offensichtlichen Unbegründetheit. Darüber hinaus muss der Antrag „von Anfang an“ ungerechtfertigt sein. Ausschlaggebend ist dabei der Zeitpunkt der Antragstellung, beziehungsweise der Einreichung der sofortigen Beschwerde. Ergibt sich im Laufe des Prozesses, dass der Rechtsbehelf ungerechtfertigt ist, kann ein Schadensersatz aufgrund des § 180 Abs. 1 GWB nicht geltend gemacht werden.[716] Als dritte Voraussetzung muss ein Missbrauch des Rechtsbehelfs vorliegen. Ein Missbrauch ist insbesondere in den von § 180 Abs. 2 GWB gegebenen Beispielen anzunehmen. Diese umfassen die Erwirkung einer Aussetzung des Vergabeverfahrens durch vorsätzlich oder grob fahrlässig vorgetragene falsche Angaben, eine Überprüfung des Verfahrens mit dem Ziel das Verfahren zu behindern oder Konkurrenten zu schädigen und eine Antragsstellung in der Absicht, ihn später gegen Geld oder andere Vorteile zurückzunehmen. Diese Aufzählung ist nicht abschließend und stellt lediglich typische Missbrauchsfälle dar.[717] Grundsätzlich sind an die Voraussetzung des Missbrauchs hohe Anforderungen zu stellen. Eine legitime Inanspruchnahme der bestehenden Rechtsbehelfe darf auch Schädigungen Anderer in Kauf nehmen oder geringe Erfolgsaussichten aufweisen. Lediglich in Fällen, in denen die Rechtsbehelfe allein zur Schädigung der Vergabestelle oder Konkurrenten sowie dazu genutzt werden, die Vergabestelle zu einer dem Antragsteller nützlichen Entscheidung zu bringen auf die

[715] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 180 GWB, Rn. 9.
[716] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 180 GWB, Rn. 10 ff.
[717] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 180 GWB, Rn. 17.

keinerlei Anspruch besteht, liegt ein Rechtsmissbrauch vor.[718] Außerdem muss der Schaden durch den Missbrauch entstanden sein, also ein Kausalzusammenhang vorliegen.[719] Als letzte Voraussetzung muss der Antragsteller des Rechtsbehelfs, gegen welchen sich der Schadensersatz richtet, den Schaden verschulden. Während den Beispielen aus § 180 Abs. 2 GWB ein Verschulden bereits immanent ist, muss auch bei den ungeschriebenen Rechtsmissbräuchen ein Verschulden gegeben sein. Diese Voraussetzung wird regelmäßig aber bei einem echten Rechtsmissbrauch vorliegen, da dieser ein Verschulden gewissermaßen voraussetzt.[720]

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist der gesamte, durch den Missbrauch verursachte, Schaden nach den Regeln der §§ 249 ff. BGB zu ersetzen. Die anspruchsbegründenden Voraussetzungen und der geltend gemachte Schaden sind dazu vom Kläger darzulegen und zu beweisen. Besonders die Voraussetzung des Rechtsmissbrauchs ist in der Praxis nur selten nachzuweisen, sodass § 180 Abs. 1 GWB auch als „stumpfes Schwert“ bezeichnet wird.[721] Gelingt der Nachweis dennoch, ist der Zustand herzustellen, der ohne den Missbrauch bestanden hätte. Soweit dies nicht möglich ist, muss der Schaden in Geld ersetzt werden. Dies umfasst insbesondere die Kosten der Verzögerung.[722]

b) § 180 Abs. 3 GWB

§ 180 Abs. 3 GWB ist eine eigenständige und von § 180 Abs. 1 GWB unabhängige Anspruchsgrundlage. Dementsprechend weist sie eigene Anspruchsvoraussetzungen auf. § 180 Abs. 3 GWB bezieht sich auf die Ergreifung weiterer vorläufiger Maßnahmen nach § 169 Abs. 3 GWB. Sofern die Vergabekammer entsprechend einem Antrag weitere vorläufige Maßnahmen ergreift, diese aber von Anfang an ungerechtfertigt waren, ist der Antragsteller dem öffentlichen Auftraggeber zum Schadensersatz verpflichtet.

Als erste notwendige Anspruchsvoraussetzung muss ein besonderer Antrag auf vorläufige Maßnahmen nach § 169 Abs. 3 GWB vorliegen. Außerdem muss die Vergabekammer diesem

[718] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 180 GWB, Rn. 15 ff.
[719] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 180 GWB, Rn. 14.
[720] Vgl. *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 180 GWB, Rn. 13 (verweist auf *Wietersheim*, in: Prieß (Hrsg.), Wettbewerb, Transparenz, Gleichbehandlung, 2013, S. 839).
[721] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 180 GWB, Rn. 10 (der auf *Horn*, NZBau 1 (2), 63 f. (63) verweist); siehe auch *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 180 GWB, Rn. 66 ff.
[722] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 180 GWB, Rn. 34 f.

Antrag „entsprechende“ Maßnahmen tatsächlich anordnen. Geht die Kammer in ihrer Entscheidung über den Antrag hinaus oder bleibt hinter den Forderungen des Antrags zurück, kann kein Schadensersatz geltend gemacht werden. Diese, dem Antrag entsprechende Entscheidung muss wie beim § 180 Abs. 1 GWB von Anfang an ungerechtfertigt, also bei objektiver Betrachtung unzulässig und unbegründet, sein.[723] Im Gegensatz zum Schadensersatz nach § 180 Abs. 1 GWB muss allerdings kein Rechtsmissbrauch vorliegen, sodass von einem verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch gesprochen werden kann. Damit trägt der anspruchsverpflichtete Antragsteller das Risiko für den, über das Zuschlagsverbot hinausgehenden, Rechtsbehelf, mit dem er in das Vergabeverfahren eingreifen und dies behindern kann.[724] Sollten die Anspruchsvoraussetzungen dargelegt und bewiesen werden, muss der Antragsteller des besonderen Antrags nach § 169 Abs. 3 GWB alle Nachteile adäquat ersetzen, die kausal aus der ungerechtfertigten Anordnung vorläufiger Maßnahmen entstanden sind.[725]

2. § 181 GWB

§ 181 GWB stellt die erste zu untersuchende und dem klassischen Sekundärrechtsschutz zuzuordnende Anspruchsgrundlage dar. Im Gegensatz zum § 180 GWB dient § 181 GWB ausschließlich dem vergaberechtlichen Rechtsschutz der beteiligten Bieter. Sie ist eine spezielle Anspruchsgrundlage aus dem GWB-Vergaberecht und keine Konkretisierung bestehender Schadensersatzansprüche des BGB.[726] Da aufgrund der gesetzgeberischen Fokussierung auf die Rechtssicherheit einmal geschlossener Verträge wirksam erteilte Zuschläge nicht aufgehoben werden können, kommt dem Sekundärrechtsschutz eine essenzielle Bedeutung zu.[727] Dementsprechend hat der Gesetzgeber mit § 181 GWB eine eigenständige Anspruchsgrundlage bei Rechtsverletzungen im Vergabeverfahren geschaffen, die neben der nachträglichen Abhilfe des Verfahrensverstoßes auch dem präventiven Zweck dient, den öffentlichen Auftraggeber zur korrekten Ausführung des Vergabeverfahrens anzuhalten.[728]

[723] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 180 GWB, Rn. 42 ff.
[724] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 180 GWB, Rn. 22 ff.
[725] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 180 GWB, Rn. 48 f.
[726] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 5.
[727] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 6.
[728] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 8.

Gemäß Wortlaut des § 181 GWB ist die erste Tatbestandvoraussetzung ein Verstoß des öffentlichen Auftraggebers gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift. In Frage kommen dazu alle vergaberechtlichen Vorschriften der §§ 97 ff. GWB, der VgV, der SektVO, der KonzVgV und der VSVgV sowie der untergesetzlichen Vorschriften der Vergabe- und Vertragsordnungen.[729] Allerdings muss die in Frage stehende Norm den Schutz des Unternehmens bezwecken. Auch im Rahmen des Sekundärrechtsschutzes besteht also wieder eine Einschränkung auf bieterschützende Verfahrensvorschriften. Letztlich umfasst der Anwendungsbereich des § 181 GWB zu Gunsten der Einheitlichkeit des Vergaberechts damit die Verfahrensvorschriften i.S.d. § 97 Abs. 6 GWB und § 160 Abs. 2 S. 1 GWB.[730] Die bereits geführte Diskussion über den zum Teil verlangten Schutzzweck einer Verfahrensnorm und daraus resultierende Eingrenzungen des Rechtsschutzes auf bestimmte Verfahrensvorschriften gilt folglich auch für den § 181 GWB. Demnach sollen Vorschriften, die keinen Bezug zum Bieter haben, sondern ausschließlich allgemeine, gesamtwirtschaftliche Erwägungen konkretisierten, die Voraussetzung einer Schutznorm nicht erfüllen. Daraus folgt, dass eine Verletzung von ordnungs- und haushaltsrechtlichen Vorschriften keinen Schadensersatzanspruch i.S.d. § 181 GWB auslösen können.[731] Somit weist sowohl der Primär- als auch der Sekundärrechtsschutz im Vergaberecht eine dogmatische Begrenzung des Umfangs der rechtlichen Überprüfung des Verfahrens auf. Auch wenn dies vor dem Hintergrund der üblichen deutschen Rechtsanwendung nicht überrascht, sollte solch eine Einschränkung aufgrund der europarechtlichen Vorgaben sicherlich genauer untersucht werden.

Als weitere Tatbestandsvoraussetzung wird eine „echte Chance“ des Bieters, den Zuschlag bei korrekter Durchführung des Vergabeverfahrens zu erhalten, verlangt. Das Kriterium der echten Chance auf den Zuschlag wird streng ausgelegt und ist daher Gegenstand einiger Diskussion. So hat der BGH geurteilt, dass überhaupt eine Wertung der Angebote möglich sein müsse, damit ein Bieter eine echte Chance auf den Zuschlag haben könne. Führe der Verstoß seitens des Auftraggebers dazu, dass die Angebote nicht miteinander zu vergleichen seien, könne auch keine „echte Chance“ eines Bieters festgestellt werden.[732] Daraus folgt,

[729] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 11.
[730] *Gröning*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 181 GWB, Rn. 7.
[731] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 17.
[732] BGH, Urteil vom 1.8.2006, Rs. X ZR 146/03; BGH, Urteil vom 27.11.2007, Rs. X ZR 18/07.

dass schwere Mängel in der Leistungsbeschreibung regelmäßig nicht zu Schadensersatzansprüchen nach § 181 GWB führen. Aber selbst wenn eine Vergleichbarkeit der Angebote und damit eine Wertung möglich ist, haben laut BGH lediglich die Angebote mit „besonders qualifizierte(n) Aussichten auf die Zuschlagserteilung“ eine echte Chance auf den Zuschlag.[733] Gemäß BGH-Rechtsprechung liegt eine „echte“ Chance daher nur vor, wenn das Angebot im Wertungsspielraum der Vergabestelle lag, den Zuschlag darauf zu erteilen.[734] Teilweise wird diese Rechtsprechung in der Literatur so weit abgelehnt, dass lediglich ein formell einwandfreies Angebot und alle erforderlichen Eignungsnachweise gefordert werden, um eine echte Chance auf den Zuschlag zu begründen.[735] Außerdem wird zum Teil ebenfalls abgelehnt, dass nur Bieter mit einer etwaigen Erfolgswahrscheinlichkeit im Vergabeverfahren, also eine Spitzengruppe von Bietern, eine echte Chance auf den Zuschlag habe.[736]

Vor dem Hintergrund des gesetzgeberisch angedachten Zwecks der Anspruchsgrundlage muss jedenfalls von einer sehr begrenzten Anzahl von Anspruchsberechtigten ausgegangen werden. Damit weist das Kriterium der echten Chance, wie es durch Gesetzgebung und Rechtsprechung installiert wurde, erhebliches Problempotenzial auf. Während sich der RL 89/665/EWG keine Vorgaben zu besonderen Anspruchsvoraussetzungen entnehmen lassen, sieht die Sektorenrechtsmittelrichtlinie für die Ersatzfähigkeit des negativen Interesses eine echte Chance auf die Zuschlagserteilung vor. Jedoch ist dem Vorbild des § 181 GWB[737] nicht zu entnehmen, wann eine echte Chance auf den Zuschlag besteht. Während der § 181 GWB dazu explizit eine Chance bei der Wertung der Angebote verlangt, ist dem Art. 2 Abs. 7 RL 92/13/EWG eine solche Einschränkung nicht zu entnehmen. Vielmehr scheint dem Art. 2 Abs. 7 RL 92/13/EWG ein grundsätzlichen weiter Anwendungsbereich angedacht.[738] Im Gegensatz dazu wirken die Anspruchsvoraussetzungen des § 181 GWB, die eine zumindest hypothetische Wertung der der Angebote verlangen und darüber hinaus nicht mal einer Spitzengruppe, sondern lediglich potenziellen Bestbietern

[733] BGH, Urteil vom 27.11.2007, Rs. X ZR 18/07; ähnlich BGH, Urteil vom 26.1.2010, Rs. X ZR 86/08. Ebenso OLG Koblenz, Beschluss vom 4.2.2009, Rs. 1 Verg 4/08; vgl. *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 181 GWB, Rn. 13.
[734] BGH, Urteil vom 27.11.2007, Rs. X ZR 18/07, Rn. 29; *Gröning*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 181 GWB, Rn. 10 ff.
[735] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 181 GWB, Rn. 15.
[736] Siehe etwa *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 30 ff.
[737] BT-Drucksache 13/9340, S. 22.
[738] Vgl. auch Rechtsprechung des Österreichischen OGH, Beschluss vom 27.6.2001, Geschäftszahl 7Ob200/00p.

einen Anspruch zugestehen, sehr restriktiv.[739] Dementsprechend bedarf es einer weiteren Untersuchung der Anspruchsvoraussetzungen einer „echten Chance“, da ein Verstoß gegen die sekundärrechtlichen Vorgaben zur Ausgestaltung des Sekundärrechtsschutzes durchaus möglich ist. Dabei muss gegebenenfalls auch mit einbezogen werden, ob der Sekundärrechtsschutz einen Eingriff in die Effektivität des Rechtsschutzes durch eingeschränkten Primärrechtschutz kompensieren und deshalb großzügiger ausgestalten werden muss.

Neben dem Verstoß gegen eine bieterschützende Vorschrift und einer echten Chance auf den Zuschlag müssen diese Voraussetzungen kausal zusammenhängen. Das heißt, dass nur dann ein Recht auf Schadensersatz besteht, wenn die echte Chance auf den Zuschlag durch den Verfahrensfehler beeinträchtigt wurde. Dies ist immer dann nicht gegeben, wenn auch bei einem hypothetischen Wegfall des Vergabeverstoßes keine echte Chance auf den Zuschlag bestehen würde.[740] Insbesondere ist dies der Fall, wenn das Angebot des Bieters vom Auftraggeber hätte ausgeschlossen werden müssen oder, wenn der Auftraggeber das Verfahren rechtmäßig aufgehoben hat.[741]

Sind diese Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt,[742] ist der öffentliche Auftraggeber dem klagenden Unternehmen anspruchsverpflichtet. Der Umfang des Anspruchs erstreckt sich auf das negative Interesse, sprich den Vertrauensschaden, welcher regelmäßig in Geld geschuldet wird. Die gesetzliche Formulierung nennt beispielhaft die Kosten der Vorbereitung des Angebots „oder“ der Teilnahme am Vergabeverfahren, wobei beide Posten geltend gemacht werden können. Außerdem gehören innerbetriebliche Sachkosten, Gemeinkosten und Personalkosten[743] sowie Rechtsanwaltskosten zu den ersatzfähigen Posten. Im Gegensatz dazu ist das positive Interesse, sprich der entgangene Gewinn, nicht von der Anspruchsgrundlage des § 181 GWB umfasst.[744]

---

[739] Vgl. *Gröning*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 181 GWB, Rn. 16.
[740] Vgl. *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 181 GWB, Rn. 17.
[741] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 181 GWB, Rn. 37.
[742] Auf ein Verschulden des öffentlichen Auftraggebers sowie eine Rüge des in seinen Rechten verletzten Bieters kommt es nicht an. Vgl. *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 40 ff., 46; bezüglich Rügeobliegenheit a.A. *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 181 GWB, Rn. 16, 21 f.
[743] Umstritten, siehe z.B. OLG Naumburg, Urteil vom 1.8.2013, Rs. 2 U 151/12.
[744] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 181 GWB, Rn. 23 ff.

§ 181 S. 2 GWB stellt klar, dass weiterreichende Schadensersatzansprüche unberührt bleiben. Somit kommt eine ganze Reihe weiterer Anspruchsgrundlagen auch für vergaberechtliche Sachverhalte und damit für die Effektivität des Rechtsschutzes im Vergaberecht in Frage.

II. Weitere Anspruchsgrundlagen

Da die öffentlichen Auftraggeber beim Beschaffungsvorgang Privatrecht anwenden, kommen auch die zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche für Bieter in Betracht. So können aufgrund eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses und aus dem Deliktsrecht Schadensersatzansprüche gegen den Auftraggeber geltend gemacht werden. Diese Ansprüche lassen sich im Gegensatz zum § 181 GWB auch bei Auftragsvergaben außerhalb des Anwendungsbereichs des GWB anwenden und können daher zur Effektivität des Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte beitragen.

1. Vorvertragliches Schuldverhältnis – §§ 280 Abs. 1 S. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB

So wie sich im Bereich unterhalb der Schwellenwerte aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis der §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB ein subjektives Recht des Bieters auf die Einhaltung des haushaltsrechtlichen Vergabeverfahrens ergibt, so kann sich aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB auch ein Schadensersatzanspruch des Bieters ergeben. Bereits bei der Anbahnung eines Vertrages kann ein Schuldverhältnis gemäß § 311 Abs. 2 BGB entstehen, welches dann Rücksichtnahmepflichten der beiden Parteien gemäß § 241 Abs. 2 BGB begründet. Bei einer Verletzung dieser Pflicht kann der betroffene Bieter dann unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 S. 1 BGB Schadensersatz verlangen.

Zunächst setzt diese Anspruchsgrundlage voraus, dass ein vorvertragliches Schuldverhältnis im Sinne des § 311 Abs. 2 BGB besteht. Ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Bieter und Auftraggeber ist seit einer Änderung der Rechtsprechung des BGH nicht mehr

notwendig.[745] Sobald der Auftraggeber formal mit der Durchführung des Vergabeverfahrens beginnt, muss ein vorvertragliches Schuldverhältnis angenommen werden.[746]

Daraus folgt auch, dass ein vorvertragliches Schuldverhältnis nicht gegeben sein kann, wenn der Auftraggeber kein Vergabeverfahren durchführt, obwohl er dazu verpflichtet gewesen wäre (oder ein falsches Verfahren durchführt, zu dem er nicht berechtigt ist). Bei den sogenannten De-facto-Vergaben kann also kein Schadensersatz aufgrund der §§ 280 Abs. 1 S. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB geltend gemacht werden. Außerdem entfällt der Anspruch, wenn der Auftraggeber das Verfahren rechtmäßig aufhebt oder der Bieter zwingend hätte ausgeschlossen werden müssen.[747] In allen anderen Fällen ist ein vorvertragliches Schuldverhältnis gegeben, da die Durchführung eines Vergabeverfahrens als „ähnliche geschäftliche Kontakte“ im Sinne des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB bewertet werden muss. Sollte es im Rahmen des Verfahrens zu Vertragsverhandlungen kommen, greift zusätzlich § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB.[748]

Als zweite Anspruchsvoraussetzung muss eine Pflichtverletzung im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB seitens des Auftraggebers bestehen. Die Rücksichtnahme- und Sorgfaltspflicht des Auftraggebers umfasst neben den, den Schutz des Bieters bezweckenden, Vergabeverfahrensvorschriften[749] auch Pflichten bei der Durchführung von Vergabeverfahren außerhalb des GWB-Vergaberechts. Daher eignet sich die Anspruchsgrundlage auch für die Geltendmachung von Verfahrensfehlern im Unterschwellenbereich.[750] So muss der Auftraggeber die Unternehmen beispielsweise über alle wesentlichen Umstände der Beschaffung aufklären. Dazu gehören Informationen über eingereichte Rügen oder beispielsweise die Information, dass ein Bauvorhaben noch nicht sicher finanziert ist. Diese Aufklärungs- und Mitteilungspflicht umfasst keine Umstände, die

[745] BGH, Urteil vom 11.11.2014, Rs. X ZR 32/14; BGH, Urteil vom 9.6.2011, Rs. X ZR 143/10, Rettungsdienstleistungen II; *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 181 GWB, Rn. 30 ff.
[746] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 181 GWB, Rn. 32.
[747] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 63 ff.; *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 181 GWB, Rn. 33.
[748] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 60.; *Wagner*, NZBau 6 (8), 436 (437).
[749] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 67 ff. Der Schutzzeck richtet sich dabei jedoch nicht nach der verwaltungsrechtlichen Schutznormtheorie, sondern ist grundsätzlich unabhängig davon zu ermitteln.
[750] *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 230; *Siegel*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, Haushaltsvergaberecht, Rn. 89.

dem Auftraggeber nicht bekannt sind oder in der Risikosphäre des Bieters liegen.[751] Klassische Verstöße des Auftraggebers gegen diese Pflichten sind nicht ausreichend bestimmte Leistungsverzeichnisse, Fehler bei der Wertung der Angebote sowie Verstöße bezüglich Ausschlüssen von Bietern.[752]

Umstritten ist in der Literatur, ob ein Verschulden des potenziellen Schuldners notwendig ist. Dazu wird angeführt, dass gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB kein Schadensersatz geleistet werden muss, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten habe. Gemäß § 276 Abs. 1 BGB hat der Auftraggeber lediglich vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten zu vertreten.[753] Die Gegenauffassung führt jedoch an, dass laut EuGH-Rechtsprechung ein Verschulden des Auftraggebers bei Schadensersatzansprüchen, die auf der Rechtsmittelrichtline 89/665/EWG basieren, keine Anspruchsvoraussetzung sein dürfe.[754] Daraus wird abgeleitet, dass in Fällen der öffentlichen Auftragsvergabe oberhalb der Schwellenwerte Schadensersatz gemäß §§ 280 Abs. 1 S. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB richtlinienkonform verschuldensunabhängig zu gewähren sei. Dies gelte unabhängig vom eindeutigen Wortlaut sowie der Einheitlichkeit der Rechtsordnung.[755] Dem wird wiederum entgegnet, dass sich die Rechtsprechung lediglich auf den vergaberechtsspezifischen Schadensersatz nach § 181 GWB beziehe. Die konkurrierenden §§ 280 Abs. 1 S. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB seien davon nicht erfasst. Immerhin sei aber die Vermutung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zugunsten des Anspruchsberechtigten auszulegen, sodass der Auftraggeber darlegen und beweisen muss, warum er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten habe.[756]

Außerdem muss eine Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem entstanden Schaden vorliegen. Insofern kann auf die Ausführungen zum § 181 GWB verwiesen werden. Auch für den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens gilt entsprechendes. So führt eine rechtmäßige Aufhebung des Vergabeverfahrens dazu, dass kein Schadensersatz geleistet

[751] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 69; *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 181 GWB, Rn. 35.
[752] Weitere Beispiele etwa bei *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 69; *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 181 GWB, Rn. 37.
[753] Vgl. *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 72.
[754] EuGH, Urteil vom 30.9.2010, Rs. C-314/09, Stadt Graz.
[755] Vgl. *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 181 GWB, Rn. 38.
[756] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 72.

werden muss. Führt der Auftraggeber jedoch an, dass er die Ausschreibung aufgehoben hätte, muss sich dies zwingend aus der „kann“-Vorschrift des § 63 VgV oder der entsprechenden Übung des Auftraggebers ergeben.[757]

Zum Teil wird in der Literatur angenommen, dass auch im Rahmen der §§ 280 Abs. 1 S. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB eine Rügeobliegenheit als Schadensersatzvoraussetzung besteht.[758] Sofern sich über eine Rügeobliegenheit als Anspruchsvoraussetzung des § 181 S. 1 GWB noch streiten ließe, ist eine Übertragung dieser vergaberechtsspezifischen Voraussetzung auf die allgemeine Anspruchsgrundlage des vorvertraglichen Schuldverhältnisses überzogen. So ist nicht ersichtlich, warum eine Präklusionsregel, die sich vom Wortlaut nur auf die Antragsbefugnis im primären Nachprüfungsverfahren erstreckt, auch für eine gänzlich anders begründete, allgemeine Anspruchsgrundlage für Schadensersatz gelten sollte. Auch vor dem Hintergrund, dass gemäß neuerer BGH-Rechtsprechung kein Vertrauensverhältnis zwischen Bieter und Auftraggeber bestehen muss und damit eine Rüge (bzw. die Kenntnis über den Verfahrensfehler) nicht zum Verlust des Schadensersatzanspruchs führen kann, ist eine Rügeobliegenheit abzulehnen.

Der Umfang des Schadensersatzes umfasst zunächst das negative Interesse. Dieses wird in der Regel in Geld ersetzt und entspricht den Ansprüchen aus dem § 181 S. 1 GWB. Allerdings ermöglicht die Anspruchsgrundlage der §§ 280 Abs. 1 S. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB auch den Ersatz des positiven Interesses. Dann ist der Anspruchsberechtigte so zu stellen, als ob er den ausgeschriebenen Auftrag erhalten und durchgeführt hätte. In diesem Fall ist der entgangene Gewinn zu ersetzen, welcher durch das Gericht gemäß § 287 ZPO geschätzt werden kann. Allerdings kann das positive Interesse nur ersetzt werden, wenn der Bieter bei korrekter Durchführung des Vergabeverfahrens den Zuschlag erhalten hätte. Dieser Umstand ist durch den Bieter im Prozess darzulegen und zu beweisen. Außerdem muss der öffentliche Auftraggeber tatsächlich einen Zuschlag erteilt haben. Wie beim Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens dürfte der Bieter außerdem nicht zwingend von der Wertung ausgeschlossen werden.[759]

[757] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 70 f.; *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 181 GWB, Rn. 43.
[758] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 181 GWB, Rn. 42.
[759] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 80; *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 181 GWB, Rn. 44 ff.

Mit den §§ 280 Abs. 1 S. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB stellt das Zivilrecht also eine weitreichende, konkurrierende Anspruchsgrundlage für den vergaberechtlichen Sekundärrechtsschutz bereit. Sie ergänzt den vergaberechtsspezifischen Schadensersatz des § 181 GWB sinnvoll. Dabei weist sie aber mit der verschuldensabhängigen Haftung sowie der Voraussetzung, dass überhaupt ein Vergabeverfahren durchgeführt wurde wesentliche Einschränkungen auf. Außerdem bestehen zum Ersatz des positiven Interesses erhebliche Beweispflichten, sodass regelmäßig nur das negative Interesse ersatzfähig sein wird.

2. Deliktsrechtliche Ansprüche – § 823, 826 BGB

Neben dem Schadensersatzanspruch aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis kommen auch deliktsrechtliche Ansprüche für den vergaberechtlichen Sekundärrechtsschutz in Betracht. § 823 Abs. 1 BGB verpflichtet zum Ersatz von Schäden, die durch verschuldete und rechtswidrige Verletzungen „sonstiger Rechte“ entstehen. In vergaberechtlichen Fällen kommt hierfür lediglich das Recht am Unternehmen, beziehungsweise das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Frage. Vergaberechtswidriges Verhalten oder Unterlassen des öffentlichen Auftraggebers weist aber regelmäßig keine Betriebsbezogenheit auf. Lediglich in Fällen einer Vergabesperre ist eine betriebsbezogene Handlung gegeben, die Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB auslösen könnte.[760]

§ 823 Abs. 2 BGB hingegen ist geeigneter, um in vergaberechtlichen Fällen Schadensersatzansprüche zu begründen. Gemäß dieser Anspruchsgrundlage kann bei einer verschuldeten und rechtswidrigen Verletzung eines Schutzgesetzes der kausal daraus entstandene Schaden eingeklagt werden. Dabei indiziert die Verletzung des Schutzgesetzes regelmäßig die Rechtswidrigkeit der Handlung.[761] Entscheidend ist also vielmehr, welche Normen als Schutzgesetz qualifiziert werden können. Während dies für das Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte aufgrund von § 97 Abs. 6 GWB regelmäßig angenommen werden muss, ist dies für die Verwaltungsvorschriften des Unterschwellenbereichs strittig. Letztlich erkennt aber auch die Seite, die eine Qualifizierung der haushalts- und verwaltungsrechtlichen Verfahrensvorgaben als Schutzgesetze ablehnt,

[760] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 89 f.
[761] Spindler, in: Gsell/Krüger/Lorenz u.a. (Hrsg.), Beck-online.Großkommentar zum Zivilrecht, 2021, § 823 BGB, Rn. 270.

diesen Normen eine Indizfunktion zu.[762] Stellt man etwa nicht nur auf die Motive des Erlasses dieser Normen, sondern auf deren Wirkung in der Praxis ab,[763] kommt man also nicht umhin, auch aufgrund von Verletzungen der verwaltungsinternen Vergabeverfahrensnormen Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB zuzulassen. Dennoch kann dem haushaltsrechtlichen Vergaberecht unter der Geltung der dargestellten Rechtsprechung unmittelbar keine Schutzgesetzqualität zugesprochen werden, da ansonsten vergaberechtswidrig geschlossene Verträge gemäß § 134 GWB nichtig sein müssten. Einer unmittelbaren Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB aufgrund des unterschwelligen materiellen Vergaberechts ohne eine Inbezugnahme des Art. 3 Abs. 1 GG ist also nicht möglich. Somit spiegelt sich auch bei der Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB die grundsätzliche Frage der Normqualität des Haushaltsvergaberechts wider.

Da bei dieser Anspruchsgrundlage im Gegensatz zum vorvertraglichen Schuldverhältnis kein besonderes Rechtsverhältnis der Parteien nötig ist, kommt die deliktsrechtliche Haftung insbesondere bei De-facto-Vergaben oder einer rechtswidrigen Auswahl einer beschränkten Verfahrensart in Betracht. Diese Verletzungen des Vergabeverfahrensrechts sind aufgrund einer fehlenden echten Chance und des Mangels eines Schuldverhältnisses nicht mit § 181 GWB oder den §§ 280 Abs. 1 S. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB zu kompensieren.[764] Da der Geschädigte in diesen Fällen aber regelmäßig nicht am Verfahren teilnehmen konnte und somit keine Ausgaben für die Angebotsabgabe hatte, ist auch kein Ersatz des negativen Interesses möglich. Will der Bieter aber das positive Interesse geltend machen, muss er nachweisen, dass er bei korrekter Durchführung des Vergabeverfahrens den Zuschlag erhalten hätte. Mangels Wertungskriterien ist dies bei Direktvergaben jedoch nicht möglich. Aufgrund dieser hohen Anforderung kommt dem § 823 Abs. 2 BGB in der vergaberechtlichen Praxis keine Bedeutung zu.[765]

Gemäß § 826 BGB ist der Auftraggeber dem Bieter gegenüber verpflichtet, Schadensersatz zu leisten, wenn er vorsätzlich und sittenwidrig gegen Vergaberecht verstößt. Diese Tatbestandsvoraussetzung ist etwa bei Korruption, kollusivem Zusammenwirken mit einem Bieter zum Schaden eines anderen Bieters oder ähnlich schwerwiegenden Verstößen

[762] So *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 87.
[763] So Spindler, in: Gsell/Krüger/Lorenz u.a. (Hrsg.), Beck-online.Großkommentar zum Zivilrecht, 2021, § 823 BGB, Rn. 259.
[764] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 85.
[765] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 181 GWB, Rn. 50.

denkbar.[766] Auch bei den De-facto-Vergaben kommt ein Schadensersatzanspruch gemäß § 826 BGB in Frage. Da aber mangels eines eingereichten Angebotes keine negativen Interessen geschädigt sind, muss beim Ersatz des positiven Interesses auch hier der Nachweis gelingen, dass der Bieter den Zuschlag hätte erhalten müssen. Da aber keine Wertungskriterien aufgestellt wurde, ist dies regelmäßig unmöglich.[767]

3. Wettbewerbsrechtliche Ansprüche

Neben den spezifisch vergaberechtlichen Ansprüchen der §§ 180, 181 GWB und den Anspruchsgrundlagen aus dem BGB hält das Wettbewerbsrecht zwei weitere Grundlagen für sekundäre Rechtsbehelfe vor. So können aus dem Lauterkeitsrecht, genauer gesagt § 9 Abs. 1 UWG, Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden. Außerdem sieht hält das GWB mit § 33a Abs. 1 GWB eine kartellrechtliche Anspruchsgrundlage bereit.

§ 9 Abs. 1 UWG verpflichtet Mitbewerber, die andere Bewerber durch eine geschäftliche Handlung schädigen, zum Schadensersatz. Der öffentliche Auftraggeber ist in der Regel nicht als Mitbewerber zu qualifizieren. Es fehlt am Wettbewerbsverhältnis zu den Bietern, da eine Auftragsvergabe in einem vertikalen Verhältnis zwischen Bieter und Auftraggeber erfolgt. Außerdem nimmt der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen regelmäßig keine geschäftlichen Handlungen vor, die zu den gesetzlichen Anforderungen des § 9 Abs. 1 UWG gehört. In Ausnahmefällen können beide Tatbestandsmerkmale dennoch erfüllt werden. So kommt es auf ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Auftraggeber und Bieter nicht an, wenn der Auftraggeber bestimmte Bieter bevorzugt und somit eine Förderung fremden Wettbewerbs vornimmt.[768] Außerdem ist eine geschäftliche Handlung dann anzunehmen, wenn der Auftraggeber in den Wettbewerb der Bietern zugunsten eines Bieters aktiv eingreift, um durch die Förderung eines Bieters selbst einen Vorteil zu erlangen.[769] Nur in diesen Ausnahmefällen kommt ein Schadensersatzanspruch gemäß § 9 Abs. 1 UWG überhaupt in Frage. Zusätzlich muss ein unlauteres Verhalten des Auftraggebers gegeben sein. Gemäß §§ 3 Abs. 1, 3a UWG ist dies gegeben, wenn der Auftraggeber eine gesetzliche Vorschrift bricht, „die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der

[766] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 181 GWB, Rn. 52; *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 91.
[767] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 181 GWB, Rn. 52.
[768] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 93.
[769] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 94.

Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln“ und dieser Rechtsbruch die Interessen der Mitbewerber spürbar beeinträchtigt.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des unlauteren Verhaltens und der Spürbarkeit sind bei Verletzungen des materiellen Vergaberechts (§§ 97 ff. GWB inklusive KonzVgV, SektVO, VgV und VSVgV) erfüllt.[770] Ergänzend kommt noch das unlautere Verhalten im Sinne des § 3 Abs. 1 UWG i.V.m. § 4 Nr. 2, 4 UWG (Anschwärzen, gezielte Behinderung eines Mitbewerbers) sowie i.V.m. § 4a UWG (aggressive geschäftliche Handlung) in Betracht. Außerdem ist ein Verschulden des Auftraggebers notwendig, welches vom Geschädigten bewiesen werden muss.[771]

Gemäß § 33a Abs. 1 GWB ist jemand, der einen Kartellrechtsverstoß im Sinne des § 33 Abs. 1 GWB vorsätzlich oder fahrlässig begeht, zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet. Der öffentliche Auftraggeber kann unter Umständen als Adressat des Kartellrechts qualifiziert werden. Soweit er sich des Wettbewerbs bedient, hat der Staat auch die Wettbewerbsregeln zu beachten. So ist der öffentliche Auftraggeber durchaus als Unternehmen im Sinne der §§ 19, 20 GWB zu verstehen.[772] Diese Normen sollen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verhindern und verbieten eine unbillige Behinderung oder unsachliche Diskriminierung der Bieter durch den Auftraggeber (§ 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB). Voraussetzung dazu ist eine marktbeherrschende Stellung des öffentlichen Auftraggebers, die gemäß § 18 GWB festgestellt werden muss. Die Anspruchsgrundlage des § 33a Abs. 1 GWB setzt somit zwar eine Kartellrechtsverletzung voraus, diese ist aber auch bei Verletzungen von Vergabeverfahrensnormen, welche das Diskriminierungsverbot konkretisieren, regelmäßig gegeben.[773]

Beide wettbewerbsrechtlichen Anspruchsgrundlagen (§ 9 Abs. 1 UWG, § 33a Abs. 1 GWB) lassen sich somit auch in vergaberechtlichen Sachverhalten anwenden. Jedoch sind sie aufgrund ihrer dargestellten Tatbestandsvoraussetzungen nur im Ausnahmefall durchzusetzen und können damit kaum zur Effektivität des Vergaberechtsschutzes beitragen.

---

[770] Ausführlich dazu *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 96 ff.

[771] Ausführlich dazu *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 100 ff.

[772] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 106; *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 181 GWB, Rn. 53.

[773] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 109.

Kapitel 4: Zwischenergebnisse

Betrachtet man den dargestellten *status quo* des deutschen Vergaberechtsschutzregimes sowie die verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben zu dessen Ausgestaltung in Gänze, lassen sich insgesamt vier Bereiche oder Kategorien auszumachen, in denen Differenzen bestehen.

Den ersten Problembereich stellen die verschiedenen prozessrechtlichen Einschränkungen des Zugangs zum Rechtsweg und des Umfangs der Kontrollbefugnisse dar. Auffällig ist dabei insbesondere die Zulässigkeitsvoraussetzung der Geltendmachung einer Verletzung subjektiver Rechte im Sinne der Schutznormtheorie. Dieser Aspekt, der sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich existiert (§ 160 Abs. 2 GWB, notwendiger Anordnungsanspruch im Rahmen der einstweiligen Verfügungen nach §§ 935, 940 ZPO), widerspricht explizit den europarechtlichen Vorgaben zur Eröffnung des Rechtswegs. Zwar ist diese Differenz eher dogmatischer als praktischer Natur, nichtsdestotrotz besteht hier eine prozessrechtliche Einschränkung des Vergaberechtsschutzwegs, der den Ansprüchen der Rechtsmittelrichtlinie, dem Art. 47 Abs. 1 GrCh sowie den prozessrechtlichen Anforderungen der Grundfreiheiten scheinbar nicht gerecht wird. Darüber hinaus ist auch die Antragsbefugnis der sofortigen Beschwerde nach § 171 Abs. 1 S. 2 GWB weiter zu diskutieren. Diese ist nämlich gemäß Wortlaut nur bei einer Verfahrensbeteiligung im Nachprüfungsverfahren gegeben. Der Zugang zu einer, vor dem Maßstab der verfassungsrechtlichen Anforderungen notwendigen, gerichtlichen Überprüfung der Entscheidung der Vergabekammer scheint damit nicht in allen Fällen gewährleistet zu sein. Außerdem sind auch die Beteiligungsregelungen des Nachprüfungsverfahrens und der sofortigen Beschwerde geeignet, den Rechtswegzugang Dritter, welche durch die Gerichtsentscheidung unmittelbar berührt werden, unzulässig einzuschränken. Jedenfalls ist zu untersuchen, ob den betroffenen Unternehmen zur Geltendmachung des rechtlichen Gehörs tatsächlich keine höheren Voraussetzungen auferlegt werden als es die verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben verlangen.

Darüber hinaus weist das Nachprüfungsverfahren insbesondere im Rahmen des § 169 Abs. 4 GWB aber auch in zahlreichen anderen Vorschriften überaus kurze Fristen auf. Auch wenn sich bei der Untersuchung der verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben

keine unmittelbaren Vorgaben zu Mindestfristen finden ließen (abgesehen Rechtsmittelrichtlinie), ist eine genauere Betrachtung dieses Aspekts notwendig, da in der Praxis faktische Verkürzungen auf wenige Tage eintreten können.

Abschließend bestehen im oberschwelligen Vergaberechtsschutz offene Fragen zum prozessrechtlich legitimen Kontrollumfang. Daher ist zu diskutieren, ob die notwendige Effektivität des Rechtsschutzes einer anlasslosen Ermittlung der Nachprüfungsstelle, die gegebenenfalls zu Lasten des Klägers ergeht, sowie den materiellen Präklusionsfristen entgegensteht. Entsprechende Einschränkungen des Prozessgegenstandes könnten schließlich der notwendigen Effektivität des Vergaberechtsschutzes zuwiderlaufen.

Als zweites Problemfeld kann die fehlende Vorabinformations- und Wartepflicht des öffentlichen Auftraggebers sowie das fehlende Einsichtsrecht in die Vergabeakte im unterschwelligen Vergaberechtsschutz ausgemacht werden. Während ein entsprechender Anspruch im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben lediglich in expliziter Abweichung von der Rechtsprechung des BVerfG aus Art. 19 Abs. 4 GG oder dem allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch abgeleitet werden kann, sprechen die grundfreiheitlichen Vergabegrundsätze wie auch der Art. 47 Abs. 1, 2 GrCh für deren Bestehen. Folglich muss trotz der eindeutigen Rechtsprechungslinie des BVerfG eine mögliche Verletzung insbesondere unionsrechtlicher Vorgaben durch die aktuelle Ausgestaltung des unterschwelligen Vergaberechtsschutzes diskutiert werden. Dabei ist auch in Betracht zu ziehen, dass der Rechtsprechung des BVerfG nicht gefolgt werden sollte und die Richter in ihrer systematischen Einordnung des Vergaberechts als rein wirtschaftliches Privatrecht falsch liegen. Eine entsprechende, notwendige Neueinordnung des Haushaltsvergaberechts als öffentliches Recht hätte insofern weitreichende Folgen und muss weiter diskutiert werden. Daneben gilt es auch, die unionsrechtlichen Vorgaben in ihrem Anwendungsbereich außerhalb des GWB ausreichend zu beachten. Jedenfalls stellt der unterschwellige primäre Rechtsschutz in seiner Ausgestaltung ohne Vorabinformationspflicht und Vergabeakteneinsichtsrecht ein wesentliches Problemfeld für die Effektivität des Vergaberechtsschutzes dar.

Als dritter Untersuchungsschwerpunkt können die Vorabgestattungsverfahren der §§ 169 Abs. 2, 176 GWB sowie die Eilentscheidung zur Verlängerung des Suspensiveffekts der sofortigen Beschwerde (§ 173 Abs. 2 GWB) ausgemacht werden. Sowohl die

verfassungsrechtlichen als auch die unionsrechtlichen Vorgaben geben Anlass zur weiteren Untersuchung. Während vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG insbesondere die Prüfungsdichte in den Eilverfahren von Interesse ist, gerät der Art. 169 Abs. 2 GWB auch mit der Rechtsmittelrichtlinie in Konflikt. Das Sekundärrecht sieht eine entsprechende Berechtigung des Auftraggebers oder des bevorzugten Bieters zur Durchbrechung des Suspensiveffekts der Hauptsache durch ein vorläufiges Verfahren nicht vor. Aufgrund der Bedeutung des Suspensiveffekts für die Effektivität des Primärrechtschutzes ist eine weitere Diskussion der Eilverfahren zur Aufhebung oder Verlängerung des Suspensiveffekts notwendig.

Als vierter und letzter Problembereich ist die Ausgestaltung des Sekundärrechtschutzes auszumachen. So weist der § 181 GWB als spezielle vergaberechtsspezifische Anspruchsgrundlage mit der Voraussetzung der „echten Chance auf den Zuschlag“ eine kritische Ausgestaltung auf. Sofern der Sekundärrechtsschutz außerdem als Kompensation für den (legitimen) Ausschluss wirksamen Primärrechtsschutzes dienen muss, müssen auch besondere Ansprüche an seine Ausgestaltung gestellt werden. Einerseits kann dann nicht ausreichen, dass zum Teil lediglich das negative Interesse ersatzfähig ist, andererseits dürfen Anspruchsgrundlagen, in deren Rahmen auch der entgangene Gewinn ersatzfähig ist, keine zu restriktiven Anspruchsvoraussetzungen aufweisen. Insbesondere die unionsrechtlichen Vorgaben in Form des Effektivitätsgrundsatzes verlangen beim Ausschluss primären Rechtsschutzes nämlich eine wirksame Durchsetzung des materiellen Unionsrechts durch Sekundärrechtsschutz. Eine ausreichend hohe Erfolgswahrscheinlichkeit und Abschreckungswirkung sind dafür essenziell, im anwendbaren deutschen Sekundärrechtsschutz aber nicht unbedingt garantiert.

Teil 3: Vertiefte Diskussion ausgewählter Problemfelder

Bei der Darstellung des übergeordneten verfassungs- und europarechtlichen Maßstabs der Effektivität des Rechtswegs und dessen Abgleich mit dem deutschen Vergaberechtsschutz haben sich folglich vier Problembereiche herauskristallisiert, in denen potenzielle Eingriffe in die Effektivität des Rechtsschutzes bestehen. Im folgenden Teil der Arbeit sind die fraglichen Aspekte nun dahingehend genauer zu untersuchen, ob sie tatsächlich einen Eingriff in die Effektivität des Vergaberechtsschutzes darstellen und ob dieser Eingriff durch andere

Rechtsgüter gerechtfertigt werden kann. Folglich gilt es, die aufgezeigten prozessrechtlichen Einschränkungen des Zugangs zum und des Kontrollumfangs des Vergaberechtsschutzes (1), die Ausgestaltung des unterschwelligen Vergaberechtsschutzes ohne Vorabinformationspflicht und Akteneinsichtsrecht (2), die Vorabgestattungsverfahren im Oberschwellenbereich (3) und die ausreichende Gewährleistung des Sekundärrechtsschutzes (4) detailliert zu untersuchen und zu bewerten.

Kapitel 5: Prozessrechtliche Einschränkungen des Zugangs zum Vergaberechtsschutz sowie des Umfangs des Verfahrensgegenstandes

Betreffend den Zugang zum Rechtsweg ergibt sich zunächst im Rahmen der jeweils vorausgesetzten Antragsbefugnis weiterer Diskussionsbedarf. So wird insbesondere gemäß dem § 160 Abs. 2 GWB aber auch beim Anordnungsanspruch der §§ 935, 940 ZPO eine Verletzung subjektiver Rechte im Sinne der Schutznormtheorie verlangt. Den übergeordneten europäischen Rechtsquellen ist eine dementsprechende Beschränkung des Zugangs zum Rechtsweg jedoch fremd. Folglich bedarf diese prozessrechtliche Einschränkung des Zugangs zum Rechtsweg einer genaueren Betrachtung. Darüber hinaus weist auch die verlangte Antragsbefugnis zur sofortigen Beschwerde nach § 171 Abs. 1 S. 2 GWB problematische Aspekte auf. So erlaubt der Wortlaut der Norm ausschließlich den Beteiligten des Nachprüfungsverfahrens die Einlegung des Rechtsmittels. Potenzielle Rechtsverletzungen durch die Vergabekammer bei der Beiladung Dritter werden dadurch jedoch der gerichtlichen Kontrolle durch das Beschwerdegericht entzogen, sodass auch hier weiterer Diskussionsbedarf besteht.

Neben der Antragsbefugnis bedürfen auch die Regelungen zur Beteiligtenfähigkeit einer vertieften Betrachtung. So weist die Praxis der Beschwerdegerichte im Rahmen der Beteiligtenfähigkeit nach §§ 162, 174 GWB von den gesetzlichen Vorgaben abzuweichen bereits auf eine sehr restriktive Normierung der Prozessbeteiligung hin. Eine vom Gesetzgeber angedachte, zu restriktive Handhabung könnte den Zugang Dritter zum Gericht, die durch das Gerichtsverfahren betroffen sind, unzulässig einschränken.

Außerdem fiel die grundsätzliche Kürze der einschlägigen Fristen zur Erhebung prozessualer Instrumente besonders auf. Dieser, dem Beschleunigungsgrundsatz zuzuordnende Umstand findet seine stärkste Ausprägung in der lediglich vier Wochentage andauernden Frist des

§ 169 Abs. 4 GWB. Bei einem so kurzen Zeitraum zur Entscheidungsfindung in mitunter für die Effektivität des Prozesses wesentlichen Entscheidungen ist eine genauere Untersuchung anhand der einschlägigen Vorgaben zur Effektivität des Rechtsweges geboten.

Aus der Prozesspraxis selbst ergeben sich auch die Fragen, ob eine Nachprüfungsstelle oder das Beschwerdegericht ohne Anlass Sach- und Rechtsfragen, die nicht durch die Anträge der Beteiligten berührt werden, erörtern darf sowie ob eine Prozessführung zu Lasten des Klägers möglich ist. Jedenfalls ist zu klären, ob die Anforderungen der Effektivität des Rechtwegs einen entsprechenden Kontrollumfang des Nachprüfungsverfahrens und der sofortigen Beschwerde verlangen oder verbieten. Eine systematisch ebenfalls in diesen Bereich fallende Problemstellung sind die im Vergaberechtsschutz vorgesehenen materiellen Präklusionen. Die Ausschlussfristen des § 160 Abs. 3 GWB beschränken den Umfang der rechtlichen und sachlichen Überprüfung der Vergabeverfahren. Insbesondere gemäß der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG dürfen entsprechende materielle Präklusionen jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen vorgesehen sein. Folglich müssen auch die Präklusionsfristen des § 160 Abs. 3 GWB einer weiteren Untersuchung unterzogen werden.

Letztlich lassen sich all diese unterschiedlichen Aspekte in der Kategorie der Einschränkungen des Zugangs zum einschlägigen Rechtsweg sowie des Umfangs des Prozessgegenstandes zusammenfassen. Im Gegensatz zu den anderen ausgemachten Problemfeldern handelt es sich dabei jeweils um einzelne Aspekte, die für die systematische Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes eine untergeordnete Rolle spielen. Dennoch sind alle aufgeworfenen Fragen grundsätzlich für die Effektivität des Vergaberechtsschutzes von Interesse und bedürfen somit einer vertieften Untersuchung.

A. Antragsbefugnis / Verletzung subjektiver Rechte

Wesentlich für die Gangbarkeit eines effektiven Rechtswegs ist die Antragsbefugnis der einschlägigen Rechtsbehelfe. Diese prozessrechtliche Einschränkung des Zugangs zum Vergaberechtsschutz wurde für das erstinstanzliche Nachprüfungsverfahren in § 160 Abs. 2 GWB vorgenommen. In Bezug auf den Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte lässt sich eine dogmatisch gleich wirkende Eingrenzung der Verfügbarkeit der Rechtsmittel im geforderten Anordnungsanspruch für die einstweiligen Verfügungen

nach §§ 935, 940 ZPO ausmachen. In beiden Fällen müssen die Antragsteller neben weiteren Tatbestandsvoraussetzungen eine „Verletzung in eigenen Rechten“ geltend machen, damit sie einen zulässigen Antrag zur Nachprüfung des Vergabeverfahrens einreichen können. Dabei wird in der Literatur mit Hinweis auf die Übereinstimmung mit Art. 19 Abs. 4 GG und § 42 Abs. 2 VwGO regelmäßig eine Verletzung subjektiver Rechte im Sinne der Schutznormlehre vorausgesetzt.[774] Tatsächlich verlangen die verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes, insbesondere der Art. 19 Abs. 4 GG, erst bei Verletzungen subjektiver öffentlicher Rechte die Eröffnung eines effektiven Rechtsweges. Fraglich ist daher, ob eine entsprechende Auslegung auch mit den europarechtlichen Anforderungen zu vereinbaren ist.

Außerdem steht gemäß Wortlaut des § 171 Abs. 1 S. 2 GWB ausschließlich „den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten“ die sofortige Beschwerde zu. Damit ist eine Antragsbefugnis zum zweitinstanzlichen Rechtsmittel im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts nur für Antragsteller und -gegner sowie durch die Vergabekammern Beigeladenen gegeben. Auch hier stellt sich damit die Frage, ob ein ausreichend weiter Zugang zum Vergaberechtsweg eröffnet ist.

I. § 160 Abs. 2 GWB: Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB

Der Wortlaut des § 160 Abs. 2 GWB verlangt im Rahmen der Antragsbefugnis eine Verletzung des Antragstellers in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB. Blickt man daraufhin in den § 97 Abs. 6 GWB, lässt sich diesem lediglich entnehmen, dass Unternehmen einen Anspruch auf die Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren haben. Auch die entsprechende Norm der Rechtsmittelrichtlinie (Art. 1 Abs. 3 RL 89/665/EWG) verlangt einen potenziellen Schaden durch einen „behaupteten Verstoß“. Über die Art des Verstoßes lässt sich der Rechtsmittelrichtlinie des Weiteren kaum etwas entnehmen. Lediglich in den Erwägungsgründen 17, 18 und 19 wird die Antragsbefugnis nach Art. 1 Abs. 3 RL 89/665/EWG wiederholt sowie von schweren Verstößen wie etwa gegen die obligatorische Stillhaltefrist und „anderen Verstößen gegen förmliche Anforderungen“ gesprochen. Daraus lässt sich indirekt ableiten, dass im Sinne des Art. 1 Abs. 3 RL 89/665/EWG wohl keine besondere

[774] Siehe etwa *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 38 f.; *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 160 GWB, Rn. 29; für §§ 935, 940: *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 152.

Qualifikation des Verstoßes oder der Norm, gegen welche vom Auftraggeber verstoßen wurde, vorauszusetzen ist.[775] In diesem Sinne lässt sich auch dem Wortlaut des § 97 Abs. 6 GWB keine Unterscheidung zwischen den Vergabeverfahrensnormen entnehmen, die dazu führt, dass nur bestimmte Verfahrensnormen subjektive Rechte der Bieter begründen. Dennoch verlangen Teile der Literatur und Rechtsprechung explizit, dass nur diejenigen Verfahrensnormen subjektive Rechte nach § 97 Abs. 6 GWB begründen, die dem Zweck des Bieterschutzes dienen.[776] Gleichzeit ist jedoch unstrittig, dass (laut BGH Urteil „regelmäßig") „die Missachtung von Regeln des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge oder der einschlägigen Verdingungsordnung einschließlich der sich aus diesen Regeln ergebenden Bindung an die in der Bekanntmachung oder Ausschreibung festgelegten Bedingungen des betreffenden Vergabeverfahrens" eine mögliche Verletzung subjektiver Rechte des Bieters darstellt.[777] Darüber hinaus zählt das OLG Düsseldorf mittlerweile auch die „ganz allgemein von der Verwaltung zu beachtende[n] Grundsätze wie das aus dem Gebot von Treu und Glauben herzuleitende Prinzip, sich nicht in Widerspruch zu eigenem vorangegangenem rechtserheblichen Tun zu setzen, das Gebot der Verfahrensfairness, sowie der verwaltungsrechtliche Grundgedanke, dass rechtmäßige begünstigende Maßnahmen nicht ohne Weiteres widerrufen werden können, und die Selbstbindung der Verwaltung"[778] zu den bieterschützenden Regelungen.[779] Dieses überaus weite Verständnis von verfahrensrechtlich begründeten subjektiven Rechten des Bieters führt letztlich dazu, dass jede vergaberechtliche Verfahrensnorm subjektive Rechte des Bieters begründet. Es liegt also ein pauschaler bieterschützender Zweck des gesamten oberschwelligen Vergaberechts vor.

---

[775] *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 160 GWB, Rn. 27; *Knauff*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, Rn. 34.

[776] *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160 GWB, Rn. 38 f.; *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 160 GWB, Rn. 29; ausführlich *Knauff*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 97 GWB, Rn. 405 ff. OLG Naumburg, Beschluss vom 2.8.2012, Rs. 2 Verg 3/12, Rn. 39; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.6.2017, Rs. VII-Verg 2/17, Rn. 27 ff.

[777] BGH, Beschluss vom 26.9.2006, Rs. X ZB 14/06, Rn. 31.

[778] Diese Erweiterung der bieterschützenden Normen ist grundsätzlich sehr zu begrüßen. So können die aufgeführten Grundsätze ohne weiteres zum Beispiel auch dem europäischen Grundrecht auf eine gute Verwaltung (Art. 41 GrCh) zugesprochen werden. In diesem Sinne stellen die Grundsätze damit auch unionsrechtlich begründete Rechte und Freiheiten dar, gegen deren Verletzungen gemäß Art. 47 GrCh ein wirksamer Rechtsbehelf gewährt werden muss. Auch im verwaltungsrechtlichen Vergabeverfahren sind diese Grundsätze damit einzuhalten. Entsprechende Verletzungen müssen dann auch im Vergaberechtsschutz anzugreifen sein. Durch die Qualifizierung als bieterschützende Normen durch das OLG Düsseldorf wird dies letztlich gewährleistet.

[779] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.6.2017, Rs. VIII Verg 2/17, Rn. 17.

Diese Auslegung hat zweierlei Folgen. Einerseits kommt der § 160 Abs. 2 GWB i.V.m. § 97 Abs. 6 GWB nicht in Konflikt mit den europarechtlichen Vorgaben zur Ausgestaltung eines effektiven Vergaberechtsschutzes,[780] andererseits wird das Beharren auf der Verletzung subjektiver Rechte mit Verweis auf die Schutznormtheorie vollkommen obsolet. Zunächst ist festzuhalten, dass durch das sehr weite Verständnis der subjektiven Rechte der Bieter alle unionsrechtlich begründeten Ansprüche gerichtlich durchgesetzt werden können. Das Beharren auf einer Verletzung subjektiver Rechte im Sinne der Schutznormtheorie hat dennoch das Potenzial, eine unzulässige Einschränkung des Zugangs zum Rechtsweg darzustellen. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass der Art. 47 Abs. 1 GrCh schon dann die Eröffnung eines Rechtswegs fordert, wenn Normen (möglicherweise) verletzt werden, von deren Anwendung die Person betroffen ist und sie daher ein Interesse an der (Nicht)Anwendung hat. Darin liegt ein dogmatisch qualitativer Unterschied zur deutschen Schutznormlehre, die verlangt, dass zumindest zum Teil auch der Schutz einer Person durch die Norm bezweckt werden muss.[781] Da und sofern jedoch jeder vergaberechtlichen Verfahrensnorm pauschal ein solcher Schutzzweck zugeschrieben wird, kommt es zu keinem Konflikt der unterschiedlichen Ausgangspunkte. In dieser Konstellation wird das Rechtsinstitut der Schutznormtheorie im Bereich des sekundärrechtlich geprägten Vergaberechts jedoch obsolet. So führt das Beharren auf der Figur des zumindest teilweisen Schutzzwecks zur Aushöhlung des möglicherweise sinnvollen Gehalts in anderen Rechtsbereichen. Außerdem kann die unnötige Betonung des Schutzzwecks zu schlichtweg falschen Aussagen führen, die einen Schutzzweck bestimmter Verfahrensnormen dem weiten Verständnis zum Trotz ausschließen und somit eine unzulässige Eingrenzung des Vergaberechtswegs fordern.[782] Die Möglichkeit einer solchen Auslegung besteht insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass der BGH eine Verletzung subjektiver Rechte bei Abweichungen von jeglichen Vergabeverfahrensnormen lediglich „regelmäßig“ in Betracht kommen lässt, also Ausnahmen als möglich erachtet. Dennoch ist festzuhalten, dass mit der Tatbestandsvoraussetzung der „Verletzung in eigenen Rechten“ gemäß

[780] So auch *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 160 GWB, Rn. 27; *Knauff*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, Rn. 34.
[781] Vgl. *Knauff*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 97 GWB, Rn. 407 ff.
[782] So etwa bei *Conrad*, ZfBR 40 (1), 40 (40), der den § 60 VgV, § 54 SektVO nur dann einen Schutzzweck zusprechen will, wenn auch der Wettbewerbsgrundsatz durch ein ungewöhnlich niedriges Angebot verletzt würde.

§ 160 Abs. 2 GWB in seiner dargelegten Auslegung keine unzulässige Einschränkung der Gewährung des Vergaberechtsschutzweges vorliegt.

II. Unterschwellenbereich: Anordnungsanspruch §§ 935, 940 ZPO

Auch im bestehenden Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte existiert eine, der Antragsbefugnis ähnliche, Einschränkung des Zugangs zu den Rechtsbehelfen. So wird im Rahmen der §§ 935, 940 ZPO ein Anordnungsanspruch der Kläger verlangt, welcher regelmäßig in der Geltendmachung einer Verletzung subjektiver Rechte im unterschwelligen Vergabeverfahren besteht. Wie bereits aufgezeigt wurde, ist dies auf der rein nationalen Ebene lediglich durch aufwendige Konstellationen über die Selbstbindung der Verwaltung oder zivilrechtliche Schuldverhältnisse (insbesondere dem vorvertraglichen Schuldverhältnis aus § 311 Abs. 2 BGB i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB) möglich. Insofern ist auch ohne Rückgriff auf das Unionsrecht ein primärer Rechtsweg bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte eröffnet. Fraglich ist jedoch, ob diese Konstruktion den Anforderungen der Vergabegrundsätze sowie des Art. 47 GrCh entspricht und eine wirksame Durchsetzung der unionsrechtlich begründeten Rechte und Freiheiten im Unterschwellenbereich nicht wesentlich erschwert oder praktisch unmöglich macht. Dies scheint keinesfalls gewährleistet. Einerseits führt der Maßstab des Willkürverbots aus Art. 3 Abs. 1 GG lediglich zu einer rudimentären Überprüfung der Ausschreibungspraxis, andererseits besteht etwa bei vergaberechtswidrigen De-facto-Vergaben explizit kein vorvertragliches Schuldverhältnis.[783] Vor diesem Hintergrund ist es denkbar, dass nicht sämtliche unionsrechtlich begründeten, materiellen Rechte und Freiheiten im Vergaberecht über die Hilfskonstruktionen der vorvertraglichen Schuldverhältnisse oder den Art. 3 Abs. 1 GG als Anordnungsanspruch der §§ 935, 940 ZPO erfolgreich geltend gemacht werden können. Ein detaillierter Abgleich zwischen den materiellen Verfahrensvorschriften mit Außenwirkung, die durch Art. 3 Abs. 1 GG und § 311 BGB im unterschwelligen Vergabeverfahren begründet werden, und den unionsrechtlich begründeten Vergabegrundsätze kann jedoch umgangen werden, indem auch dem Primärvergaberecht selbst zugestanden wird, subjektive Rechte der Bieter zu begründen. Grundsätzlich ist anzunehmen, dass auch das Vergabeprimärrecht unmittelbar subjektive Rechte der Bieter unterhalb der Schwellenwerte begründet, sofern

[783] Zur prozessrechtlichen Nutzbarkeit subjektiver Rechte aus den Hilfskonstruktionen siehe etwa *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 185–192.

ihr Anwendungsbereich eröffnet ist.[784] Bei dieser Auslegung stellt sich dann jedoch die Frage, welche konkreten Verfahrensrechte dem Bieter aufgrund der Vergabegrundsätze zustehen. Wie aufgezeigt, lassen sich aus den Vergabegrundsätzen zwar konkrete Verfahrensvorschriften ableiten, jedoch bleiben die der EuGH-Judikatur entstammenden Vorgaben sehr vage. Dem stehen die detaillierten verwaltungsinnenrechtlichen Verfahrensvorschriften des unterschwelligen Vergabeverfahrens entgegen, die in der Praxis angewendet werden. Im Streitfall müsste dann erörtert werden, ob die Verfahrensvorschriften der UVgO mit den Anforderungen des Primärvergaberechts korrespondieren und sich ein subjektives Recht auf Einhaltung der UVgO-Norm in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG oder § 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB ergibt. Sollte sich aus der UVgO i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG oder § 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB kein subjektives Recht des Bieters ergeben, dies jedoch aufgrund der primärrechtlichen Vergabegrundsätze notwendig sein, müsste das Vergabeprimärrecht der Grundfreiheiten unmittelbar angewendet werden. Eine diesem Anspruch entsprechende Praxis vor den Zivilgerichten scheint jedoch unnötig komplex und daher unpraktikabel.

Ein praktikablerer Ansatz wäre es hingegen, die Vorschriften der UVgO aufgrund ihrer inhaltlichen Nähe zum GWB-Vergaberecht pauschal als gesetzgeberische Konkretisierung der Vergabegrundsätze anzusehen. Bei einer Binnenmarktrelevanz würde damit aufgrund der primärrechtlichen Ansprüche der UVgO eine unmittelbare Außenwirkung zukommen. Dies würde die zwangsläufig mit großen Rechtsunsicherheiten verbundene unmittelbare Anwendung der Vergabegrundsätze umgehen. So entstünde einerseits Rechtssicherheit, andererseits würde auch den unkonkreten Vergabegrundsätzen in Form der UVgO im binnenmarktrelevanten Unterschwellenbereich der notwendige Rechtsweg zur Seite gestellt werden. Jedenfalls wäre eine unzulässige Einschränkung des Zugangs zum Primärrechtsweg im binnenmarktrelevanten Unterschwellenbereich ohne eine komplizierte Hilfskonstruktion subjektiver Rechte über Art. 3 Abs. 1 GG oder zivilrechtliche Schuldverhältnisse verhindert. Dies würde jedoch zu einer weiteren Zersplitterung des Vergaberechtsschutzes führen. So würde die bereits bestehende Aufteilung in die Bereiche ober- und unterhalb der Schwellenwerte durch eine unterschiedliche Prozessführung bei Binnenmarktrelevanz der unterschwelligen öffentlichen Aufträge in Form der unmittelbaren Außenwirkung der UVgO

[784] *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 156 f.

ergänzt. Hinzu kommen dann noch die landesrechtlichen Nachprüfungsverfahren, die gegebenenfalls zu bestreiten wären. Vor dem Hintergrund, dass die unionsrechtlich begründeten Verfahrensrechte jedoch zwingend gerichtlich überprüfbar sein müssen und in der bisherigen Praxis die rechtliche Herleitung der gemäß ZPO notwendigen subjektiven Rechte unzuverlässig erscheint, ist die unmittelbare Außenwirkung der UVgO bei Binnenmarktrelevanz der Aufträge der vorzugswürdige Weg. Dadurch würde sichergestellt, dass Verletzungen der unionsrechtlichen materiellen Verfahrensansprüche gerichtlich überprüft werden können und damit den Anforderungen des Art. 47 Abs. 1 GrCh genüge getan.

III. § 171 Abs. 1 S. 2 GWB

Auch im Rahmen der sofortigen Beschwerde besteht mit der Regelung des § 171 Abs. 1 S. 2 GWB eine wesentliche Einschränkung des Zugangs zum Vergaberechtsschutz. Gemäß Wortlaut steht die sofortige Beschwerde nämlich ausschließlich den Beteiligten des Nachprüfungsverfahren zur Verfügung. Damit ist all jenen Bietern der Zugang zum Rechtsmittel verwehrt, die nicht von der Vergabekammer gemäß § 162 GWB beigeladen wurden.

Insbesondere vor dem verfassungsrechtlichen Maßstab des effektiven Rechtsschutzes ist dieser Ausschluss des Zugangs zum Rechtsweg auf Grundlage der Entscheidung einer Verwaltungsbehörde (Vergabekammer) problematisch. Eine administrative Entscheidung, die über den Zugang zum Rechtsweg abschließend bestimmt und selbst nicht gerichtlich kontrolliert werden kann, steht dem Schutzgehalt des Art. 19 Abs. 4 GG diametral entgegen. Zwar richtet sich die Entscheidung der Vergabekammer in der Hauptsache nicht primär gegen den gegebenenfalls zu beteiligenden Dritten, eine unmittelbare Berührung seiner rechtlichen Interessen ist dabei jedoch nicht ausgeschlossen. Sofern im Nachprüfungsverfahren also subjektive Rechte Dritter erstmals verletzt werden, die Vergabekammer die betroffenen Bieter jedoch rechtswidrig nicht beilädt, können diese die bestehende Rechtsverletzung nicht gerichtlich angreifen. In diesen Fällen ist ein dritter Bieter dann darauf angewiesen, dass die sofortige Beschwerde durch einen am Nachprüfungsverfahren beteiligten Akteur initiiert und er im Rahmen des Prozesses dann

beteiligt wird.[785] Ein eigenständiger Rechtsbehelf steht ihm jedoch trotz potenzieller Rechtsverletzung nicht zur Verfügung. Vor dem Hintergrund derselben Rechtslage besteht gemäß Rechtsprechung des BGH zum § 73 Abs. 2 GWB im Kartellrecht eine erweiterte Beschwerdebefugnis Dritter, denen die Kartellbehörde eine Beteiligung versagt hat, obwohl sie die subjektiven Voraussetzungen der Beiladung erfüllen.[786] Eine entsprechende Auslegung ist folgerichtig auch für den § 171 Abs. 1 S. 2 GWB zu fordern.[787] Sollte ein Bieter nämlich durch die Entscheidung der Vergabekammer unmittelbar und subjektiv, rechtlich berührt, aber aus Gründen der Verfahrensökonomie oder rechtswidrig nicht beigeladen werden, bestünde für den Bieter kein eigenständiger Zugang zu einem Rechtsbehelf gegen die Entscheidung der Vergabekammer. Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Effektivität des Rechtsschutzes ergibt sich die Problematik folglich daraus, dass ohne eine Beiladung durch die Vergabekammer gemäß Wortlaut der §§ 162, 171 Abs. 1 GWB auch einer potenziellen Rechtsverletzung zum Trotz keine gerichtliche Kontrolle der Entscheidung der Vergabekammer gewährleistet ist. Da die Vergabekammer verfassungsrechtlich betrachtet der Verwaltung zuzuordnen ist, ist eine gerichtliche Kontrolle jedoch zwingend nötig. Auch eine potenzielle Beiladung im Rahmen der sofortigen Beschwerde kann diesem Mangel insofern nicht abhelfen, da der in seinen Rechten verletzte Bieter dann von der Klageerhebung eines Verfahrensbeteiligten abhängig ist.

Im Gegensatz zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen bedarf es gemäß dem Art. 47 GrCh lediglich im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens einer hinreichenden Einbindung Dritter. Dementsprechend ist die Vereinbarkeit der Beiladungsregel des § 162 GWB mit den unionsrechtlichen Anforderungen an die Gewährung rechtlichen Gehörs entscheidend.

B. Beteiligtenregelung

Das GWB-Vergaberechtsregime weist mit den §§ 162, 174 GWB jeweils eine spezielle Beiladungsregelung für das Nachprüfungsverfahren sowie die sofortige Beschwerde auf. Zunächst lassen sich zwar aus den direkten unionsrechtlichen Vorgaben, sprich der

[785] Ob ein entsprechendes Beiladungsrecht der Beschwerdegerichte besteht, ist angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 174 GWB noch zu erläutern.
[786] *Reider*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 171 GWB, Rn. 8.
[787] *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 171 GWB, Rn. 50.

Rechtsmittelrichtlinie, keine unmittelbaren Anforderungen an die Beteiligung weiterer (juristischer) Personen neben dem Kläger und Beklagten an den Rechtsbehelfen ableiten. Jedoch ist gemäß der Antragsbefugnis nach Rechtsmittelrichtlinie und auch im Rahmen des Art. 47 Abs. 1 GrCh ein grundsätzlich weiter Zugang zum Rechtsweg zu gewähren. Außerdem verlangt der Art. 47 Abs. 2 GrCh bereits bei der ausreichend schweren Beeinträchtigung eines unionsrechtlich begründeten Interesses die Gewährung rechtlichen Gehörs. Im Gegensatz dazu wird in der deutschen Rechtsordnung regelmäßig ein qualifizierteres Merkmal im Sinne einer Verletzung subjektiver Rechte nach Schutznormtheorie verlangt. Diese grundsätzliche Differenz bezieht sich zwar in erster Linie auf die Antragsbefugnis, kann sich jedoch auch auf die Beteiligung Dritter im Rechtsbehelf erstrecken, wenn besonders hohe Anforderungen für eine Beiladung und damit für die Gewährung rechtlichen Gehörs verlangt werden. Schließlich ist es möglich, dass ein Bieter durch das Rechtsschutzverfahren erstmals in seinen geschützten Interessen beeinträchtigt wird. Dieser Fall ist von einer Beschwer im Vergabeverfahren selbst strikt zu trennen, gegen welche ein eigenständiger Rechtsbehelf eingelegt werden kann.[788] Wird jedoch ein geschütztes Interesse durch die Nachprüfungsstelle oder das Beschwerdegericht eingeschränkt, müssen dem Betroffenen prozessuale Rechte zugestanden werden, um sich ausreichend einbringen zu können. Eine zu restriktive Handhabung der Beteiligung würde dies verhindern. Genau das lässt der Wortlaut der beiden entscheidenden Normen jedoch vermuten. Insofern ist eine genauere Untersuchung geboten, ob die Beteiligtenregelungen im Nachprüfungsverfahren und der sofortigen Beschwerde die Effektivität der beiden Rechtsbehelfe unzulässig einschränken.

I. § 162 GWB

Gemäß Wortlaut des § 162 GWB sind diejenigen Unternehmen durch die Vergabekammer beizuladen, „deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden“. Eine Beiladung erfolgt dabei von Amts wegen oder auf Antrag eines Unternehmens.[789] Voraussetzung für eine Beiladung ist zwingend eine „schwerwiegende“ Berührung eines Interesses am Auftrag. Fraglich ist, ob das Merkmal „schwerwiegend“ eine legitime Einschränkung der Gewährung prozessualer Rechte Dritter ist.

[788] *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 126 GWB, Rn. 17.
[789] *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 126 GWB, Rn. 27.

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Als verfassungsrechtliche Vorgaben für Beiladungen Dritter kommen grundsätzlich der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch sowie das Gebot des rechtlichen Gehörs in Frage. In Bezug auf die Regelung des § 162 GWB sind jedoch beide Normen nicht anwendbar, da es sich beim Nachprüfungsverfahren verfassungsrechtlich betrachtet um ein besonderes Verwaltungsverfahren und eben nicht um ein Gerichtsverfahren handelt. Unzulässige Einschränkungen des Zugangs zu einem Gericht im Rahmen der Beteiligung Dritter könnten folglich nur durch den § 174 GWB vorgenommen werden.

2. Europarechtliche Vorgaben

Im Gegensatz zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Ausgestaltung des Rechtswegs unterfällt das Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern den europarechtlichen Anforderungen an die Effektivität des Rechtsschutzes. Dementsprechend muss gemäß Art. 47 Abs. 1 GrCh bei einer ausreichenden Betroffenheit der Zugang zum Rechtsweg gewährleistet werden. Grundsätzlich wird dieser Zugang anhand der Antragsbefugnis geregelt und gegebenenfalls eingeschränkt. Eine Antragsbefugnis liegt im Rahmen des § 160 GWB jedoch nur gegen Verletzungen eigener Rechte durch die Vergabestelle vor. Wie bereits angedeutet, kann das Interesse eines Unternehmens am Auftrag auch durch eine Verfahrensentscheidung der Nachprüfungsstelle beeinträchtigt werden. In diesen Fällen müsste dem beschwerten Unternehmen, das nicht Antragsteller oder -gegner der Hauptsache ist, eine ausreichende Beteiligung im Nachprüfungsverfahren, sprich rechtliches Gehör, eingeräumt werden. Da gemäß den unionsrechtlichen Vorgaben zur Effektivität des Rechtsschutzes kein Instanzenzug verlangt werden kann, ist eine ausreichende Einbindung des in seinen Interessen beschwerten, dritten Unternehmens im Nachprüfungsverfahren zu fordern.[790] Sofern jedoch für eine Beteiligung am Nachprüfungsverfahren unzulässig hohe Voraussetzungen bestehen, ist die Verbürgung des rechtlichen Gehörs und damit die Effektivität des Vergaberechtsschutzes verletzt. Somit bedarf der § 162 GWB einer

[790] Eine Beschwerdebefugnis von beschwerten Dritten gegen den erstinstanzlichen Rechtsbehelf würde die Gewährung rechtlichen Gehörs zwar ebenfalls sicherstellen, verbietet sich jedoch aus Gründen der Prozessökonomie. Vor diesem Hintergrund ist die Gewährung rechtlichen Gehörs der betroffenen Dritten im Rahmen der Prozessbeteiligung zu erreichen. Sofern dies nicht gewährleistet ist, könnte eine Beschwerdebefugnis im Rahmen des § 171 Abs. 1 S. 2 GWB diesem Mangel zur Not abhelfen.

Auslegung, die keine höheren Anforderungen an die Beteiligung von potenziell durch das Nachprüfungsverfahren beschwerten Unternehmen stellt als es die Akzessorietät des Art. 47 Abs. 1 GrCh vorsieht. Insofern ist entscheidend, ob eine schwerwiegende Interessenberührung im Sinne des § 162 GWB mehr voraussetzt als eine Verletzung von unionsrechtlich begründeten Rechten und Freiheiten im Sinne des Art. 47 Abs. 1 GrCh.

Eine Verletzung von Rechten und Freiheiten im Sinne des Art. 47 Abs. 1 GrCh liegt bereits dann vor, wenn ein Bieter von der spezifischen (Nicht-)Anwendung einer Norm in seinem Interessenkreis betroffen ist. Entscheidet also die Nachprüfungsstelle über einen Verfahrensschritt oder eine Verfahrensentscheidung, von der ein Bieter spürbar betroffen ist, muss ihm rechtliches Gehör geschenkt werden.[791] Folglich muss eine „schwerwiegende" Interessenberührung im Sinne des § 162 GWB immer dann angenommen werden, wenn die Entscheidung der Vergabekammer nachteilig Einfluss auf die Handhabung des Angebots des Bieters haben kann. Auf eine etwaige rechtsgestaltende Wirkung der Entscheidung für den zu beteiligenden Bieter kann es damit nicht ankommen. Außerdem kann nicht gefordert werden, dass der Bieter zwingend in die engere Auswahl der Vergabestelle kommen muss oder bei bereits vorliegender Wertung in einer Spitzenposition liegt.[792]

Die Auslegung der „schwerwiegenden Berührung" durch die deutsche Rechtsprechung kommt dieser europarechtskonformen Definition jedoch ausgesprochen nahe. So seien die Interessen eines Bieters schon dann schwerwiegend berührt, wenn die Entscheidung im Nachprüfungsverfahren unabhängig von den konkreten Erfolgsaussichten abstrakt geeignet sei, die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot dieses Bieters zu verhindern.[793] Dementsprechend wird regelmäßig zumindest der Zuschlagskandidat, sofern dieser schon feststeht, beigeladen. Sollte noch keine Wertung der Angebote vorgenommen worden sein und daher auch kein Zuschlagskandidat feststehen, entfällt eine Beiladung anderer Bieter jedoch regelmäßig.[794] Diese Praxis verkennt letztlich, dass auch dann der Interessenkreis

[791] Ein eigenständiger Rechtsbehelf gegen eine richterliche Entscheidung würde einen Instanzenzug bedeuten, der explizit nicht vom Schutzbereich des effektiven Rechtsschutzes umfasst ist. Insofern muss die Beteiligung am Gerichtsverfahren, in dem eine potenzielle Verletzung der unionsrechtlich begründeten Rechte und Freiheiten in Rede steht, als ausreichend effektiver Rechtsschutz gegen potenzielle Rechtsverletzungen im Rechtsschutzverfahren betrachtet werden.

[792] So etwa *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 162 GWB, Rn. 9 ff.

[793] OLG Naumburg, Beschluss vom 9.12.2004, Rs. 1 Verg 21/04; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.2.2020, Rs. Verg 26/17, Rn. 93.

[794] *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 126 GWB, Rn. 13 f.

eines Bieters berührt sein kann, wenn er nicht von der Vergabestelle bevorzugt wird. Grundsätzlich sind Entscheidungen der Vergabestelle möglich, die eine Schlechterstellung eines Bieters bewirken, der nicht unmittelbar durch den ursprünglichen Antrag betroffen war. In solchen Fällen wäre eine Beiladung durch die Vergabekammer ebenfalls notwendig. Das Ausbleiben einer entsprechenden Beiladung wäre dann ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 47 GrCh.

Die Entscheidung über die Beiladung eines Unternehmens treffen die Vergabekammern gemäß deutscher Rechtsordnung in pflichtgemäßem Ermessen.[795] Sofern die Vergabekammer die Beiladung eines Bieters, der durch die Entscheidung potenziell betroffen ist, nicht vornimmt, kann dieser Eingriff jedoch durchaus gerechtfertigt sein. So ist eine entsprechende Entscheidungskompetenz der Vergabekammer in § 162 GWB gesetzlich vorgesehen. Außerdem stellen die rasche Verfahrensdurchführung und die damit verbundene Erfüllung öffentlicher Aufgaben ein legitimes Ziel dar. In der Ermessensentscheidung muss die Vergabestelle dann abwägen, ob die Wirkung der ausbleibenden Beiladung in einem angemessenen Verhältnis zur raschen Verfahrensdurchführung steht. Sollte der Bieter, der eine Beteiligung anstrebt, also nur einen geringen Nutzen von der Verfahrensbeteiligung haben, da er etwa keinerlei Aussicht auf Erfolg hat oder seine Einwände im Prozess ohnehin bereits vertreten sind, ist das Ausbleiben einer Beiladung absolut verhältnismäßig. Entsprechende Abwägungen dieser legitimen Zwecke werden durch die Vergabekammern regelmäßig vorgenommen,[796] sodass ungerechtfertigte Grundrechtseingriffe durch ausbleibende Beiladungen im Bereich der Einzelfälle auftreten würden. Die Rechtsprechungspraxis zeugt jedenfalls von einem recht weiten Verständnis der ausschlaggebenden „schwerwiegenden“ Interessenberührung, sodass durch die Beteiligtenregelung des § 162 GWB kein evidenter Rechtsbruch der europarechtlichen Vorgaben vorliegt. Von einer, im Wortlaut begründeten, zu restriktiven Auslegung der Beiladung ist vor diesem Hintergrund jedoch zu warnen.[797]

[795] *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 162 GWB, Rn. 13.
[796] *Jaeger*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 162 GWB, Rn. 6.
[797] In diese Richtung gehend etwa *Bungenberg*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 162 GWB, Rn. 9 ff.

II. § 174 GWB

Der § 174 GWB regelt die Beiladung weiterer Unternehmen durch das Beschwerdegericht im Rahmen der sofortigen Beschwerde. Gemäß Wortlaut der Norm sind die Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer auch am Verfahren vor dem Beschwerdegericht beteiligt. Daher ist insbesondere fraglich, ob dem Beschwerdegericht eine erstmalige Beiladung von dritten Unternehmen erlaubt beziehungsweise aus Gründen der Effektivität des Rechtsschutzes notwendig ist.

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Als verfassungsrechtliche Vorgaben zur Ausgestaltung der Beteiligung Dritter am Vergaberechtsschutzsystem kommen der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch sowie das Recht auf rechtliches Gehör in Betracht. Zum Verständnis dafür ist es entscheidend, zwischen der Beschwer durch Entscheidungen der Vergabestelle und einer eigenständigen Beschwer durch das Verhalten des Beschwerdegerichts, also der Justiz, zu differenzieren. Die Frage der Beteiligung Dritter an einem Rechtsbehelf fällt nämlich in den Bereich der potenziellen Rechtsverletzungen durch die Justiz. Die Beteiligung Dritter am Rechtsschutzverfahren soll eine Verletzung ihrer Rechte durch die Prozessentscheidung verhindern. Durch die ausreichende Einbindung in den Prozess sollen die materiellen und prozessrechtlichen Ansprüche der durch die Entscheidung des Gerichts betroffenen Dritten gewährleistet werden. Deshalb ist es grundsätzlich fraglich, ob die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG einschlägig ist. Ursprünglich ist diese schließlich als Schutz durch den Richter und nicht vor dem Richter konzipiert.[798] Auch wenn der Ausschluss der richterlichen Gewalt von der Tatbestandsvoraussetzung der öffentlichen Gewalt des Art. 19 Abs. 4 GG in der jüngeren Zeit aufgeweicht wurde,[799] lässt sich der verfahrensspezifische Schutz vor richterlicher Gewalt sinnvoll und effektiv durch den allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch in Verbindung mit den Prozessgrundrechten gewährleisten. Dementsprechend ist der wesentliche Schutzgehalt zur Gewährung einer ausreichenden Einbindung Dritter in ein, diesen betreffendes, Gerichtsverfahren insbesondere der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG.

[798] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 96.
[799] Siehe *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 96.

Gemäß Art. 103 Abs. 1 GG ist Unternehmen und anderen Dritten dann rechtliches Gehör zu gewähren, wenn sie durch das Urteil potenziell rechtsgestaltend betroffen werden. Im Falle des § 162 GWB, der letztlich auch für die Beteiligung Dritter an der sofortigen Beschwerde wesentlich ist, sind rechtgestaltend betroffene Unternehmen und andere Dritte zwingend beizuladen. Die Voraussetzung der schwerwiegenden Interessenberührung kann bereits bei rein wirtschaftlichen Sachverhalten erfüllt sein, sodass die rechtsgestaltende Betroffenheit einer (juristischen) Person zwingend zur Beiladung durch die Vergabekammern führen muss. Entsprechende Personen sind dann gemäß § 174 GWB auch im Rahmen der sofortigen Beschwerde beteiligt, was mit ausführlichen Verfahrensrechten einhergeht,[800] die den Anforderungen des rechtlichen Gehörs gerecht werden. Diese Konstellation ist aber selbst dann problematisch, wenn einem aus prozessökonomischen Gründen nicht beteiligten Dritten eine Antragsbefugnis zur sofortigen Beschwerde zugesprochen wird. Dann wäre das Beschwerdegericht zwar nicht mehr an die Entscheidung einer Verwaltungsstelle gebunden, es ist aber darüber hinaus möglich, dass im Beschwerdeverfahren erstmalig eine Betroffenheit Dritter auftritt.

Während sich die Einschränkung des Zugangs zum Rechtsschutzverfahren durch die Entscheidung der Vergabekammer über die Beiladung bereits aufgrund des Art. 19 Abs. 4 GG verbietet, stellt auch das fehlende Beiladungsrecht des Beschwerdegerichts bei einer erstmaligen rechtsgestaltenden Betroffenheit eines Dritten einen Verstoß gegen den Art. 103 Abs. 1 GG dar. Folglich muss nicht nur dem, durch die Vergabekammer nicht beigeladenen, Dritten eine Antragsbefugnis zur sofortigen Beschwerde aufgrund der verweigerten Beiladung eingeräumt werden, sondern auch ein eigenständiges Beiladungsrecht des Beschwerdegerichts bestehen.[801] In der Gerichtspraxis werden solche Beiladungen, die nicht nur Unternehmen, sondern etwa auch in ihrer Planungshoheit betroffene Kommunen erfassen können,[802] regelmäßig vorgenommen.[803] Strittig ist lediglich, ob eine entsprechende Beiladung durch das Gericht im Sinne einer analogen Anwendung des § 13 Abs. 2 VwVfG und § 65 VwGO nur bei rechtsgestaltender Wirkung der sofortigen Beschwerde oder auch schon bei einer wirtschaftlichen Interessenberührung vorgenommen

[800] *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 174 GWB, Rn. 13.
[801] *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 174 GWB, Rn. 9.
[802] *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 174 GWB, Rn. 6 ff.
[803] *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 174 GWB, Rn. 9; *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 174 GWB, Rn. 8.

werden darf. Diesbezüglich ist aus verfassungsrechtlicher Perspektive festzustellen, dass sich ein entsprechendes Ermessen des Beschwerdegerichts bei einer rechtsgestaltenden Wirkung für einen Dritten auf die Pflicht zur Beiladung reduziert.[804] In anderen Fällen besteht aufgrund der gesetzlichen Regelungslücke[805] mit Hinblick auf eine analoge Anwendung des § 162 GWB wohl tatsächlich ein Ermessen des Beschwerdegerichts.[806]

Vor dem Hintergrund der gerichtlichen Praxis, die auch den Beschwerdegerichten ein Beiladungsrecht zugesteht, werden die §§ 162, 174 GWB den verfassungsrechtlichen Anforderungen in ihrer aktuellen Auslegung also gerecht. Erwähnenswert ist dabei jedoch, dass eine Beiladung aufgrund des Art. 103 Abs. 1 GG (mit der die dem Schutzgehalt entsprechenden Verfahrensrechte des Beteiligten einhergehen)[807] nur dann zwingend vorzunehmen ist, wenn der beizuladende Dritte rechtsgestaltend in seinen Rechten betroffen wird.

2. Europarechtliche Vorgaben

Die europarechtlichen Vorgaben zur Beteiligung Dritter am oberschwelligen Vergaberechtsschutzverfahren werden bereits durch eine weite Auslegung der Beteiligtenfähigkeit nach § 162 GWB erfüllt. Da das Unionsrecht kein Recht auf einen Instanzenzug vorsieht, ist eine ausreichende Beteiligung von betroffenen Dritten im Beschwerdeverfahren also nicht notwendig.

C. Fristen

Zur Wahrung des öffentlichen, beziehungsweise staatlichen, Interesses an einer schnellen und effizienten Durchführung der Nachprüfungs- sowie Vergabeverfahren haben der europäische und deutsche Gesetzgeber eine Reihe von Fristen installiert. Diesbezüglich ist fraglich, ob die sehr knappe Bemessung dieser Fristen die Inanspruchnahme der Rechtsbehelfe unzulässigerweise erschwert.

---

[804] *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 174 GWB, Rn. 10.
[805] Eine planwidrige Regelungslücke attestiert auch *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 174 GWB, Rn. 7.
[806] *Wilke*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 174 GWB, Rn. 7.
[807] Siehe dazu *Vavra*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 174 GWB, Rn. 13.

Die prominenteste fristenrechtliche Beschränkung des Zugangs zum Vergaberechtsschutz stellen die Ausschlussfristen des Art. 160 Abs. 3 GWB dar. Während die Rechtsmittelrichtlinien den Mitgliedstaaten grundsätzlich die Möglichkeit zur Bestimmung von Rügefristen einräumt, ist der EuGH-Rechtsprechung zumindest zu entnehmen, dass keine „unverzügliche" Rügeobliegenheit der Bieter vorgesehen werden darf.[808] Eine spezifische Mindestdauer für eine Ausschlussfrist lässt sich der EuGH-Rechtsprechung jedoch nicht entnehmen.[809] Die Ausschlussfristen des Art. 160 GWB entsprechen ausdrücklich des Willens des Gesetzgebers jedoch allesamt der „Mindestüberlegungsfrist" zur Beantragung einer Nachprüfung der Rechtsmittelrichtlinie (Art. 2c RL 2007/66/EG), die mit der Stillhaltefrist identisch ist. Eine Rechtsunsicherheit mangels gesetzlich festgelegter Ausschlussfristen oder eine zu knapp bemessene Rügefrist ist vor dem Maßstab der Rechtsmittelrichtlinie also nicht gegeben.

Jedoch sieht das GWB-Vergaberecht verschiedene weitere Frist vor, in denen verfahrens- und prozessrelevante Maßnahmen durch die Vergabestellen oder die Antragsteller vorgenommen werden müssen. Die grundsätzlich kurzen Fristen entsprechen dem Beschleunigungsgrundsatz und sind regelmäßig durch das Sekundärvergaberecht anerkannt. Jedoch führt die Berechnung der Fristen anhand von Kalendertagen dazu, dass die „Mindestüberlegungsfrist" von zehn Kalendertagen in Fällen von Feiertragen auf effektiv drei bis vier Wochentage verkürzt wird. Wie der EuGH jedoch festgestellt hat, dürfen Fristen zur Inanspruchnahme des Rechtsweges die Durchsetzung der unionsrechtlich begründeten Rechte und Freiheiten nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Wenn aber innerhalb dieses extrem kurzen Zeitraums die Information empfangen, beurteilt und ein Antrag auf ein Nachprüfungsverfahren eingereicht werden muss, steht eine Verletzung des Effektivitätsgrundsatzes zweifelsfrei im Raum. Vor dem Hintergrund dieser Problematik hat das OLG Düsseldorf festgestellt, dass die Vergabekammern befugt sind, tatsächliche Behinderungen der Inanspruchnahme des Vergaberechtsschutzes durch geeignete Maßnahmen auszugleichen. So kann die Vergabekammer beispielsweise anordnen, dass eine Bieterinformation bei besonders stark verkürzten Zeiträumen die Wartefrist nicht auslöst oder das OLG eine vorherige Rüge des Bieters für nicht notwendig

[808] EuGH, Urteil vom 28.1.2020, Rs. C-406/08, Uniplex.

[809] Gemäß EuGH, Urteil vom 12.12.2002, Rs. C-470/99, Universale-Bau, Rn. 79 muss die Frist „angemessen" sein. *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, 1. Teil Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 76.

erklären.[810] Eine solche Gerichtspraxis ist in Ausnahmefällen notwendig, um die Effektivität des Rechtsschutzes sicherzustellen. Zwar muss die Festlegung eines konkreten Zeitraums zur Entscheidungsfindung für den Rechtsschutzsuchenden dem Gesetzgeber überlassen werden, eine Regelung, die in Ausnahmefällen ein Handeln in lediglich drei bis vier Tagen notwendig macht, unterscheitet jedoch die Mindestanforderungen an einen effektiven Rechtsschutz. Dementsprechend müssen notfalls geeignete Gegenmaßnahmen der Vergabekammern und Beschwerdegerichte zum Ausgleich der tatsächlichen Verkürzung der wesentlichen Verfahrensfristen vorgenommen werden.

Eine weitere besonders kurze Frist findet sich außerdem im § 169 Abs. 4 GWB. Danach kann der öffentliche Auftraggeber das Zuschlagsverbot des § 169 Abs. 1 GWB aussetzen, wenn er einen Ausnahmetatbestand nach § 117 Nr. 1 bis 3 oder § 150 Nr. 1 oder 6 GWB geltend macht. Daraufhin entfällt fünf Kalendertage nach Zustellung des entsprechenden Schriftsatzes durch die Vergabekammer an den Antragsteller der Hauptsache das Zuschlagsverbot. Durch mögliche, weitere Verkürzungen des Zeitraums aufgrund von Feiertagen verstärkt sich die Problematik noch weiter. Zwar kann der Bieter eine Wiedereinsetzung des Zuschlagsverbots durch die Vergabekammer beantragen, dieser Antrag löst jedoch selbst keinen Suspensiveffekt aus, sodass ein Zuschlag dann vorgenommen werden kann, wenn der Antrag nicht innerhalb von nur fünf Kalendertagen gestellt und beschieden wird.[811]

Die Voraussetzungen der § 117 Nr. 1 bis 3, § 150 Nr. 1, 6 GWB stellen Ausnahmetatbestände vom GWB-Vergaberecht in Fällen von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Interessen des Mitgliedstaates dar. Der § 117 GWB umfasst darüber hinaus lediglich Vergaben von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Aufträgen, die ebenfalls nicht in den Anwendungsbereich der VSVKR fallen. Dementsprechend kann zumindest in den Fällen, in denen Ausschlussgründe nach § 117 Nr. 1 bis 3 GWB zu Recht geltend gemacht werden kein Verstoß gegen sekundärrechtliche Vorgaben zur Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes (hier Art. 56 Abs. 3 VSVKR) im Raum stehen, da diese mangels Anwendbarkeit des Sekundärvergaberechts ebenfalls nicht anwendbar sind.[812] Jedoch gelten in diesen Fällen einerseits die Anforderungen des Vergabeprimärrechts, andererseits ist die Rechtmäßigkeit

[810] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.11.2014, VII-Verg 20/14, Rn. 37; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.10.2016, VII-Verg 24/16, Rn. 16; *Chen*, Vergaberechtsschutz im Spannungsfeld zwischen Beschleunigungsgebot und Gewährung effektiven Rechtsschutzes, 2019, S. 368 f.
[811] *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 169 GWB, Rn. 94.
[812] *Voll*, Sicherheit als Argument im Vergaberecht, 2020, S. 356.

der Geltendmachung der Bereichsausnahme keinesfalls garantiert. Alle einschlägigen europa- wie verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Ausgestaltung des Rechtsschutzes verlangen (sofern Primärrechtsschutz gewährt wird), dass eine potenziell irreversible Schädigung von geschützten Interessen oder subjektiven Rechten des Bieters zumindest einer vorläufigen richterlichen Überprüfung unterzogen werden muss. Dies garantiert der § 169 Abs. 4 GWB jedoch explizit nicht, da der informierten Vergabekammer weder eine Prüfungskompetenz bei Eingang der Geltendmachung eines Ausschlussgrundes zugesprochen wird noch eine tatsächliche Verhandlung eines Antrags auf Wiedereinsetzung des Zuschlagsverbotes innerhalb der fünf Kalendertage sichergestellt ist. Dementsprechend würde eine Praxis gemäß Wortlaut der aktuellen Rechtslage einen Eingriff in die Effektivität des Vergaberechtsschutzes darstellen.[813] Jedoch zeigt die Spruchpraxis des OLG Düsseldorf eine mögliche Umgehung der Verletzung der Effektivität des Rechtsschutzes auf. So hat das Beschwerdegericht den Antrag auf Wiedereinsetzung des Zuschlagsverbots ohne Anhörung der Vergabestelle zunächst bewilligt, um dann unter Nachholung des rechtlichen Gehörs eine nachträgliche Entscheidung zu treffen.[814] Eine weitere Möglichkeit, um einen Eingriff in die Effektivität des Vergaberechtsschutzes zu verhindern liegt darin, der Vergabekammer eine Kompetenz zur Schlüssigkeitsprüfung der schriftlich begründeten Annahme eines Ausnahmetatbestandes zuzusprechen. Auch dann würde die extrem kurze Frist von fünf Tagen bis zum Wegfall des Zuschlagsverbots ein Eingriff in die Wirksamkeit des Effektiven Rechtsschutzes darstellen, eine entsprechende Auslegung des § 169 Abs. 4 GWB wäre jedoch der eindeutig schonendere Eingriff in den Schutzbereich. Durch die Sicherstellung, dass zumindest keine unsubstantiierte Behauptung des Auftraggebers vorläge, kann die Beschränkung der Effektivität des Rechtsschutzes vor dem Hintergrund der enormen Bedeutung der verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Interessen hingenommen werden. Die Möglichkeit, ein Vorliegen dieser Gründe unsubstantiiert geltend zu machen, steht jedoch in keinem angemessenen Verhältnis zur weitreichenden Rechtsfolge eines Ausschlusses wirksamen Primärrechtsschutzes.[815]

[813] *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 169 GWB, Rn. 96.
[814] *Voll*, Sicherheit als Argument im Vergaberecht, 2020, S. 356; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.6.2010, Rs. VII-Verg 26/10.
[815] So auch *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 169 GWB, Rn. 18.

D. Prozessgegenstand / Umfang der Ermittlungen

Neben den prozessrechtlichen Einschränkungen des Zugangs zum Rechtsweg muss auch der sachliche und rechtliche Umfang der Überprüfung des Vergabeverfahrens diskutiert werden. So wird in der Literatur zum Teil angenommen, dass die Prüfungs- und Entscheidungskompetenz der Vergabekammern gleich in zweierlei Hinsicht begrenzt sei.[816] Einerseits dürfe das Vergabeverfahren nicht außerhalb des Schutzes der geltend gemachten subjektiven Rechte des Antragstellers überprüft werden, andererseits sei es den Vergabekammern verboten, präkludierten Anliegen des Antragstellers Beachtung zu schenken. Vor dem Hintergrund des Amtsermittlungsgrundsatzes und dem Umstand, dass die Vergabekammer nicht an Anträge gebunden ist, ist es somit fraglich, ob der Grundsatz der Effektivität anlasslose Ermittlung der Nachprüfungsstellen zu Lasten des Rechtsschutzsuchenden erlaubt oder verbietet und inwiefern auch präkludierte Anliegen Verhandlungsgegenstand sein dürfen oder müssen.

I. Anlasslose Ermittlung durch Nachprüfungsstellen und Prozessführung zu Lasten des Klägers

Entscheidend für die Beantwortung dieser Fragen ist neben dem § 168 Abs. 1 S. 2 GWB auch die Reichweite des Untersuchungsgrundsatzes nach § 163 GWB. Teile der Literatur sowie Rechtsprechung verneinen die Kompetenz der Vergabekammern, weitere Sach- und Rechtsfragen zu prüfen, die nicht dem Schutz des Antragstellers dienen und sogar eine Schlechterstellung im Vergabeverfahren bewirken.[817] Gemäß Wortlaut des § 163 Abs. 1 GWB ist die Vergabekammer nicht zu einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle verpflichtet. Jedoch ist das Nachprüfungsverfahren laut Gesetzgeber nicht nur zum Schutz der Bieterrechte, sondern auch der Beschleunigung des Nachprüfungsverfahren und damit dem Vergabeverfahren verpflichtet.[818] Dementsprechend ist eine anlasslose Ermittlung der Vergabekammer, die beispielsweise den Ausschluss des Angebots des Antragstellers bewirkt, in dem Sinne erwünscht, dass sich weitere Nachprüfungsverfahren frühzeitig erledigen und sich somit eine rasche Durchführung des Vergabeverfahrens bewirken lässt.[819] Fraglich ist

[816] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 168 GWB, Rn. 48.
[817] Siehe *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 168 GWB, Rn. 48.
[818] *Shirvani*, Optimierung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, 2016, S. 184; BT-Drs. 13/9340, S. 50.
[819] Siehe etwa *Shirvani*, Optimierung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, 2016, S. 183 ff.

nun, ob die verfassungs-[820] und europarechtlichen Vorgaben zur Effektivität des Rechtsschutzes eine solche Ermittlung zu Lasten des Rechtsschutzsuchenden erlauben.

Sowohl der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch[821] wie auch der Art. 47 GrCh dient zunächst den subjektiven Rechten, beziehungsweise unionsrechtlich begründeten Interessen von Rechtsschutzsuchenden. Im Vergaberecht erstreckt sich dieser Schutzbereich regelmäßig auf die korrekte Durchführung von rechtsförmigen Verfahren. Insbesondere der Art. 47 Abs. 1 GrCh verlangt, dass die Erwirkung der korrekten Anwendung des Vergabeverfahrensrechts durch das Rechtsschutzverfahren nicht wesentlich erschwert oder unmöglich gemacht wird. Wenn aber nun eine Vergabekammer feststellt, dass ein Angebot bei der korrekten Anwendung des Verfahrensrechts schlechter zu stellen wäre als es bislang getan wurde, verhindert dies nicht die Verwirklichung der rechtlich geschützten Position des Bieters. Sogar bei einem notwendigen Ausschluss des Angebots, welcher erst durch die Vergabekammer festgestellt würde, bestünde nämlich kein Anspruch auf die weitere Handhabung des Angebots. Dementsprechend besteht auch kein, durch den allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch oder den Art. 47 GrCh geschütztes, subjektives Recht oder legitimes Interesse. Da der Gesetzgeber das Nachprüfungsverfahren explizit auch zum Zweck der Verfahrensökonomie vorgesehen hat, ist es durchaus legitim, dass Vergabekammern ungefragt eine Schlechterstellung des Rechtsschutzsuchenden ermitteln. Eine wirksame Durchsetzung der materiellen Ansprüche anhand eines effektiven Rechtsschutzes ist in diesen Fällen nicht beeinträchtigt und bei einem zwingend vorzunehmenden Ausschluss auch nicht nötig.[822] Für dieses Verständnis spricht auch die Rechtsprechung des EuGH, die eine Überprüfung des Vergabeverfahrens durch eine Nachprüfung von Amts wegen auch aufgrund von „finanziellen Interessen der Europäischen Union“, also explizit nicht aufgrund des Schutzes von Bieterrechten, als vereinbar mit den Rechtsmittelrichtlinien ansieht.[823] Solange dem Bieter die Möglichkeit eingeräumt wird, sich zu den gegen ihn erstmals

[820] Die verfassungsrechtlichen Vorgaben sind insofern einschlägig, da sich die Vorgaben der §§ 163, 168 Abs. 1 GWB auch auf das Verfahren der sofortigen Beschwerde vor den OLG erstrecken. Vgl. *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 168 GWB, Rn. 7.
[821] Art. 19 Abs. 4 GG ist im Rahmen der sofortigen Beschwerde nicht einschlägig da es sich bei der Ermittlung gegen die Interessen des Bieters durch die Beschwerdegerichte um Akte richterlicher Gewalt handelt.
[822] Im Ergebnis so auch *Shirvani*, Optimierung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, 2016, S. 185.
[823] EuGH, Urteil vom 26.3.2020, Rs. C-496/18, C-497/18, Hungeod.

vorgebrachten Aspekten zu äußern, besteht durch den nicht beantragten Einbezug weiterer Sachverhalte keine Einschränkung der Effektivität des Rechtsschutzes.[824]

In diesem Sinne stehen einer eigenständigen Ermittlung von Sach- und Rechtsfragen der Vergabekammer, die wohlmöglich zu Lasten des Rechtsschutzsuchenden geht, keine Bedenken gegenüber.[825] Solange das Nachprüfungsverfahren dadurch nicht wesentlich verlängert wird,[826] beziehungsweise sich im durch § 167 Abs. 1 GWB vorgegebenen Rahmen bewegt, entsteht durch die eigenständige Ermittlung keine Beeinträchtigung der Effektivität des Rechtsbehelfs im Sinne der verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben. Eine dementsprechende Praxis ist damit entgegen der in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Auffassung im Bereich des legitimen Ermessens der Vergabekammern.[827] Gerade weil der Gesetzgeber das Nachprüfungsverfahren auch dem Schutz des Beschaffungsvorgangs verpflichtet hat, ist ein Zurücktreten des grundsätzlich einschlägigen Dispositionsgrundsatzes[828] zugunsten des Amtsermittlungsgrundsatzes möglich. Daher können die Nachprüfungsstellen Sachverhalte eigenständig ermitteln und in ihre Entscheidung mit einbeziehen, die eine Schlechterstellung des Rechtsschutzsuchenden bewirken. Jedenfalls verbietet sich eine solche Auslegung der §§ 163 Abs. 1, 168 Abs. 1 GWB weder aus Gründen der Effektivität des Rechtsschutzes noch aus prozessökonomischen Gründen, wenn der Verfahrensablauf nicht wesentlich verzögert wird.

II. Präkludierte Anliegen / Materielle Präklusion

Eine weitere Beschränkung des Kontrollumfangs entsteht durch die in § 160 Abs. 3 GWB vorgesehenen materiellen Präklusionswirkungen, die sowohl den europarechtlichen als auch verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz unterliegen. Diesbezüglich ist zunächst unstrittig, dass Verfahrensfehler der Vergabestelle, die der

[824] Siehe auch EuGH, Urteil vom 19.6.2003, Rs. C-249/01, Hackermüller, Rn. 29; *Franßen/Pottschmidt*, NZBau 5 (11), 587 (590).
[825] So auch *Jaeger*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 163 GWB, Rn. 10.
[826] *Fett*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 168 GWB, Rn. 12.
[827] Mit Verweis auf die beschränkende Dispositionsmaxime a.A. *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 168 GWB, Rn. 13; *Knauff*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 97 GWB, Rn. 392.
[828] *Knauff*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 97 GWB, Rn. 392.

Antragsteller nicht erkannt hat und nicht erkennen konnte, ihn aber in seinen subjektiven Rechten (oder in seinen geschützten Interessen) beschränken, durch die Vergabekammer beseitigt werden dürfen.[829] Eine entsprechende Auslegung des § 160 Abs. 3 Nr. 2, 3 GWB, die eine theoretische Erkennbarkeit als Voraussetzung der Präklusionswirkung annimmt, verbietet sich daher.[830]

Darüber hinaus verlangt die Effektivität des Rechtsschutzes, dass Gerichte (im europarechtlichen Sinne) umfassend in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht über den strittigen Fall entscheiden können müssen. Jedoch hat der EuGH eindeutig festgestellt, dass eine materielle Präklusionswirkung, also der Ausschluss von nicht fristgerecht geltend gemachten Mängeln im Rechtsschutzverfahren, mit der RL 89/665/EWG vereinbar ist.[831] Dementsprechend kann sich der nationale Gesetzgeber auf den Art. 1 Abs. 4 RL 89/665/EWG stützen, der eine Rügepflicht der Bieter vor der Klageerhebung erlaubt.

Fraglich ist jedoch, ob dies einen zwingenden Ausschluss präkludierter Anliegen in jedem Fall rechtfertigt. Sofern nämlich die Verhandlung auch präkludierter Mängel nicht dem Beschleunigungsgrundsatz widerspricht und eine Verzögerung der Entscheidung über die vorgesehene Frist hinaus bewirkt, ist auch kein Ausschluss der präkludierten Anliegen notwendig. Außerdem kann eine umfassende sachliche Kontrolle auch nicht der Rechtssicherheit des beabsichtigten Rechtsgeschäfts abträglich sein.[832] Insofern ist nicht ersichtlich, warum ein Versäumnis des Rechtsschutzsuchenden die Pflicht zu einer umfassenden sachlichen und rechtlichen Entscheidung zwangsweise beschränken sollte, wenn dazu keine zeitlich begründete Notwendigkeit besteht. Daher ist vor dem Maßstab der objektiven Wirkung des unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatzes zu fordern, dass der subjektive Anspruch auf die Geltendmachung bestimmter Mängel mit einer Präklusion erlischt,[833] dies jedoch nicht zwingend mit einem Verbot der eigenständigen Kontrolle durch

[829] EuGH, Urteil vom 28.1.2010, Rs. C-406/08, Uniplex, Rn. 32; Urteil vom 12.3.2015, Rs. C-538/13, eVigilo, Rn. 52; *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 168 GWB, Rn. 48; *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 168 GWB, Rn. 7.
[830] *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 160 GWB, Rn. 91.
[831] EuGH, Urteil vom 12.12.2002, Rs. C-470/99, Universal-Bau, Rn. 79. Die Rechtsprechung soll hier für die grundsätzlich zu trennenden Fragen von Rügefristen und regulären Ausschlussfristen gleichermaßen gelten. So auch *Jaeger*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 160 GWB, Rn. 79.
[832] EuGH, Urteil vom 15.10.2015, Rs. C-137/14, Kommission/Deutschland, Rn. 79.
[833] So auch *Ax/Schneider*, Rechtsschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe, 2011, S. 47.

die Nachprüfungsinstanz einhergeht.[834] Voraussetzung dafür ist jedoch das Vorliegen eines zulässigen Antrags in einem anderen Streitpunkt, da aufgrund der Antragserfordernis und der Unzulässigkeit des präkludierten Antrags ansonsten kein Nachprüfungsverfahren zustande kommt,[835] in dem dann ein präkludiertes Anliegen „hinzugezogen" werden könnte. Besteht jedoch ein anderweitig zulässiger Antrag, kann in dessen Rahmen dann nach Ermessen der Vergabekammer auch ein gemäß § 160 Abs. 3 GWB möglicherweise präkludiertes Anliegen berücksichtigt werden. Wenn es der zeitliche Rahmen explizit zulässt, sollte eine umfassende Ermittlung des Sachverhalts und somit auch der präkludierten Anliegen vorgenommen werden können. Einem entsprechenden Ermessen der Nachprüfungsstellen, das dem Amtsermittlungsgrundsatz in Verbindung mit dem objektiven Geltungsanspruch des Unionsrechts unter Vorbehalt einer nicht unangemessenen Verzögerung des Verfahrens den Vorrang vor der Präklusionswirkung des § 160 Abs. 3 GWB einräumt, steht der unionsrechtliche Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes nicht entgegen; er fordert es vielmehr. Vor dem Hintergrund der weitreichenden Befugnisse der Vergabekammern in den §§ 163 Abs. 1, 168 Abs. 1 GWB ist ein entsprechendes Ermessen der Nachprüfungsstellen entgegen der einhelligen Ansicht in Literatur und Rechtsprechung nicht zwingend auszuschließen.

Darüber hinaus unterliegen die materiellen Präklusionsfristen auch dem Schutzgehalt des Art. 19 Abs. 4 GG, der ganz konkrete Anforderungen an Ausschlussfristen stellt. Diesen Kautelen wird weitestgehend Beachtung geschenkt, sodass insbesondere bei schuldlosem Verstreichen der Frist, da der Bieter den Verfahrensfehler nicht erkennen konnte, keine Präklusionswirkung eintritt. Auch wird keine hohe Anforderung an den Grad der Detailliertheit oder das Wissen des Bieters über die korrekte Verfahrensdurchführung verlangt.[836] In diesem Sinne können die Vergabekammer und das Beschwerdegericht, da sie nicht an Anträge gebunden sind, entsprechende Verfahrensfehler auch ohne Hinweise des Antragstellers ermitteln. Fraglich ist jedoch, ob nicht ganz besonders schwere Verfahrensfehler, die tatsächlich präkludiert sind, von Amts wegen durch die

[834] A.A. *Jaeger*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 160 GWB, Rn. 69, 72. *Fett*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 168 GWB, Rn. 13; OLG Naumburg, Beschluss vom 23.7.2001, Rs. 1 Verg 3/01.

[835] Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.12.2015, Rs. VII-Verg 25/15, Rn. 43; ähnlich *Ax/Schneider*, Rechtsschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe, 2011, S. 62.

[836] *Jaeger*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 160 GWB, Rn. 82.

Vergabekammer sowie das Beschwerdegericht beachtet werden dürfen. So ist anerkannt, dass schwere und offenkundige Fehler, die einer verfahrensabschließenden Entscheidung letztlich die Bestandskraft nehmen würden, keiner Präklusionswirkung unterliegen können.[837] Außerdem hat ein Bieter im Verwaltungsverfahren vor den Vergabekammern lediglich keinen Anspruch darauf, dass präkludierte Anliegen beachtet werden. Behörden bleibt es grundsätzlich erlaubt, die präkludierten Einwendungen zu beachten.[838] Auch der Wortlaut des § 163 Abs. 1 GWB, der den Vergabekammern grundsätzlich ein weites Ermessen bei der Untersuchung des Sachverhalts einräumt und sie lediglich nicht verpflichtet, eine umfassende Rechtmäßigkeitskontrolle vorzunehmen, spricht für ein solches Verständnis. Vor diesem Hintergrund kann ein zwingender Ausschluss präkludierter Anliegen im Nachprüfungsverfahren und damit auch vor dem Beschwerdegericht (da das Beschwerdegericht die Entscheidung der Vergabekammer verhandelt) in allen Fällen nicht verlangt werden. Vielmehr muss es in Fällen, in denen der Ausschluss präkludierter Anliegen zur Bestandskraft von Vergabeentscheidungen und damit Vergabeverträgen führen würde, die ansonsten der Rechtsfolge der Unwirksamkeit im Sinne der § 135 GWB und Art. 2d RL 89/665/EWG unterlägen, den Vergabekammern erlaubt sein, auch präkludierte Anliegen in ihre Entscheidung mit einzubeziehen.[839]

Eine zu strenge Auslegung der Ausschlussfristen des § 160 Abs. 3 GWB, die es den Vergabekammern verbieten würde besonders schwerwiegende und offenkundige Verfahrensfehler nicht zu korrigieren, ist vor dem Maßstab des Art. 19 Abs. 4 GG nicht haltbar. Auch eine Auslegung des § 160 Abs. 3 Nr. 2, 3 GWB, die eine bloße Erkennbarkeit aber nicht die Pflicht zum Erkennen bereits als Präklusionsgrund zulässt, verbietet sich aufgrund der unionsrechtlichen Anforderungen an die Effektivität des Rechtswegs. Insgesamt bedürfen die an sich strengen Präklusionsfristen des § 160 Abs. 3 GWB daher im Zweifelsfall einer nachsichtigen Auslegung.

[837] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 261.
[838] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 259.
[839] So auch *Nowak*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 168 GWB, Rn. 8 m.w.N.

Kapitel 6: Vorabinformationspflicht und Akteneinsichtsrecht im unterschwelligen Vergaberechtsschutz

Ein weiterer wesentlicher Problembereich, der im Abgleich zwischen dem *status quo* des deutschen Vergaberechtsschutzes und den übergeordneten Vorgaben ausgemacht werden konnte, ist die Ausgestaltung des unterschwelligen primären Vergaberechtsschutzes. Im Unterschied zum Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte besteht für den öffentlichen Auftraggeber insbesondere keine, dem § 134 GWB vergleichbare, Informations- und Wartepflicht sowie kein Einsichtsrecht in die Vergabeakte[840]. Beide Prozessrechte des Klägers sind für die Effektivität des Rechtsschutzes wesentlich. Während das Fehlen einer Informations- und Wartepflicht in der Praxis regelmäßig eine rechtzeitige und damit wirksame Inanspruchnahme der einstweiligen Verfügungen unmöglich macht, kann der Kläger ohne Einsicht in die Vergabeakte oft die behaupteten Rechtsverletzungen nicht weiter untermauern.

Diese Ausgestaltung ist in zweierlei Hinsicht genauer zu diskutieren. Erstens konnte aufgezeigt werden, dass die Rechtsprechung des BVerfG zum unterschwelligen Vergaberechtsschutz, welche diese Ausgestaltung legitimiert, nicht ohne Kritik bleiben kann. Die aufgeführten Mängel in der Rechtsprechung gilt es weiter darzulegen und gegebenenfalls in der Bewertung des Rechtschutzes begründet von der Ansicht des BVerfG abzuweichen. Des Weiteren ist es fraglich, ob den unionsrechtlichen Vorgaben zur Effektivität des Rechtsschutzes bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte ausreichend Beachtung geschenkt wurde. So lassen sich binnenmarktrelevante öffentliche Aufträge unterhalb der Schwellenwerte insbesondere den grundfreiheitlichen Vergabegrundsätzen und auch dem Art. 47 GrCh unterwerfen. Daraus resultieren weitreichende Anforderungen an die Ausgestaltung des Rechtsschutzes. So spricht der Effektivitätsgrundsatz dafür, dass sofern Primärrechtsschutz vorgesehen ist, dieser auch in Form von wirksamem vorläufigem Rechtsschutz zu gewähren ist. Dementsprechend ist fragwürdig, ob der aktuelle primäre Rechtsweg in Form der §§ 935, 940 ZPO ausreichend effektiv ist oder ob der Gesetzgeber verpflichtet ist, auch im Unterschwellenbereich eine Informations- und Wartepflicht sowie das Akteneinsichtsrecht zu kodifizieren.

[840] Es besteht lediglich ein Akteneinsichtsrecht in die Prozessakten nach § 299 ZPO. Im Rahmen dieser Vorschrift kann gegen den Willen der Behörde jedoch keine Einsicht in Verfahrensakten, also in die Vergabeakten, gewährt werden. Vgl. *Bacher*, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), BeckOK ZPO, 39. Ergänzungslieferung, Stand: 01.12.2020, 2020, § 299 ZPO, Rn. 11.

A. Verpflichtung des Gesetzgebers nach verfassungsrechtlichen Vorgaben

Für die Frage, ob das Fehlen einer Vorabinformationspflicht sowie eines Vergabeakteneinsichtsrechts mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Effektivität des Rechtsschutzes vereinbar ist, ist die Anwendung des Überprüfungsmaßstabes entscheidend. Wie bereits aufgezeigt, ist der Art. 19 Abs. 4 GG nach herrschender Ansicht und den entsprechenden Urteilen des BVerfG im Unterschwellenbereich nicht einschlägig. Ebenso sieht das BVerfG durch die Ausgestaltung des Rechtsweges ohne Vorabinformation oder erweitertem Akteneinsichtsrecht den einschlägigen Justizgewährleistungsanspruchs nicht als verletzt an. In beiden Aussagen kann die Rechtsprechung des BVerfG jedoch kritisiert werden.

So hat das BVerfG für das materielle Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte pauschal angenommen, dass dessen Anwendung keine „öffentliche Gewalt" darstelle. Inhaltlich korrespondierend hat auch das BVerwG anerkannt, dass der Beschaffungsvorgang nicht in den Bereich des öffentlichen Rechts fällt und somit vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit gemäß ZPO verhandelt werden muss. In sich ist diese Qualifizierung und das darauffolgende Urteil zur Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes stimmig. Jedoch verkennt diese „klassische" Wahrnehmung des Vergaberechts die vergaberechtliche Realität. Bereits die starke Annäherung des unterschwelligen materiellen Vergaberechts an das GWB-Vergaberecht durch die UVgO spricht für eine abweichende Qualifizierung. So ist dem öffentlichen Auftraggeber durch das materielle Vergaberecht auch unterhalb der Schwellenwerte ein komplexes Verfahrensgefüge vorgeschrieben, das er beim Beschaffungsvorgang zu beachten hat. Diesen Verfahrensvorschriften kommt jedoch aufgrund ihrer Normqualität als Verwaltungsvorschriften keine unmittelbare Außenrechtswirkung zu. Dieser Umstand, der durchaus als Argument dafür dienen kann, dass im Beschaffungsvorgang keine öffentliche Gewalt besteht, wird aber durch eine Selbstbindung der Verwaltung beschränkt. Außerdem hat sich im Laufe der Untersuchung gezeigt, dass auch im Bereich unterhalb der Schwellenwerte materielle Verfahrensvorgaben in Form der unionsrechtlichen Vergabegrundsätze bestehen. Die Vergabegrundsätze, welche subjektive Rechte der Bieter begründen,[841] müssen mittelbar oder unmittelbar Außenwirkung entfalten. Dabei eignet sich das unterschwellige Vergaberecht hervorragend dazu, diese Anforderungen zu erfüllen. Beharrt man jedoch darauf, dass

[841] So auch schon *Knöbl*, Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte, 2009, S. 53.

dem nationalen unterschwelligen Vergaberecht keinerlei Außenwirkung zukommt und es damit auch keine vorgeschaltete öffentlich-rechtliche Stufe im Sinne der Zwei-Stufen-Theorie begründet, müssten die Vergabestellen unterhalb der Schwellenwerte die Vergabegrundsätze unmittelbar, ohne weitere gesetzgeberische Qualifizierung, anwenden.[842] Folglich ist insbesondere vor dem Hintergrund der Vergabegrundsätze eine unmittelbare Außenwirkung der vergaberechtlichen Verwaltungsvorschriften in Form des § 55 BHO i.V.m. der UVgO (und deren landesrechtlichen Entsprechungen) anzunehmen.[843] Doch auch ohne die Inbezugnahme der unionsrechtlichen Vergabegrundsätze kann die Qualifizierung des Vergaberechts unterhalb der Schwellenwerte als Privatrecht nicht überzeugen. Faktisch besteht in der Anwendungspraxis ein ausführliches unterschwelliges Vergabeverfahrensrecht. Zwar ist dieses zu großen Teilen in Form von Verwaltungsvorschriften normiert, dennoch illustriert es eine in der Praxis immer vorgenommene eigenständige Vergabeentscheidung der Vergabestellen. Die Aussage, dass die Vergabeentscheidung unmittelbar mit dem Vertragsschluss vorgenommen wird, verkennt die Vergabepraxis, die eben keine typische Vertragsverhandlung, sondern viel mehr ein, dem typischen Marktteilnehmer atypisches Verhalten darstellt. Vor diesem Hintergrund muss im Sinne der Zwei-Stufen-Theorie die Verfahrensentscheidung in Form eines beabsichtigten Zuschlags dem öffentlichen Recht zugeordnet werden. Entsprechend ist diese Zuschlagsentscheidung (§ 43 Abs. 1 UVgO) dann dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Daraus folgt jedoch, dass nicht der Zivilrechtsweg, sondern der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein muss.[844]

Vor dem Hintergrund, dass dem unterschwelligen Vergabeverfahrensrecht in Form der Verwaltungsvorschriften eine unmittelbare Außenwirkung zukommen muss und auch die Zuschlagserteilung des Auftraggebers ein öffentlich-rechtlicher Verwaltungsrechtsakt ist, muss darüber hinaus der Art. 19 Abs. 4 GG für den Vergaberechtsweg unterhalb der Schwellenwerte als einschlägig erachtet werden.[845]

[842] Siehe auch *Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 469 f. Die Aussage, dass Richtlinienbestimmungen unmittelbar anwendbar sein müssen, wenn deren nationaler Umsetzung keine Außenrechtswirkung zukommt, lässt sich auf die Grundfreiheiten übertragen.
[843] *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 195.
[844] *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 198 ff.
[845] Vor dem Urteil des BVerfG so auch *Klingner*, Die Vorabinformationspflicht des öffentlichen Auftraggebers, 2005, S. 626.

Daraus folgt dann wiederum, dass für die öffentlichen Vergabestellen aus der Rechtsweggarantie abzuleitende Informationspflichten bestehen.[846] Ohne eine entsprechende Vorabinformation ist nämlich kein lückenloser Rechtsschutz gewährleistet. Auch muss aufgrund der Vorwirkungen der Rechtsschutzgarantie Einsicht in die Verfahrensakten gewährleistet werden. Beide Verfahrensrechte würden letztlich dazu führen, dass Bieter auch jenseits des GWB-Vergaberechts wirksam Rechtsschutz in Anspruch nehmen könnten. Im Rahmen der VwGO und in Verbindung mit den notwendigen Vorabinformationspflichten, Wartefristen und einem Akteneinsichtsrecht bestünde dann ein ganz ähnlicher Rechtsschutzstandard wie im Bereich des GWB-Vergaberechts.[847] So umfasst die VwGO mit den §§ 80, 80a VwGO Regelungen zum wirksamen vorläufigen Rechtsschutz, welche Widerspruch und Anfechtungsklage einen suspensiven Effekt zusprechen.[848] Dadurch würde auch der Bestandskraft einmal geschlossener Verträge ausreichend Rechnung getragen.

Aufgrund der spezialgesetzlichen Kodifizierung des Vergabeverfahrens in der UVgO, welcher bei der Binnenmarktrelevanz der Aufträge außerdem eine unmittelbare Außenwirkung zugestanden werden muss, kann jedoch auch der tatsächlich einschlägige Verwaltungsrechtsweg nicht ohne weiteres die Effektivität des Rechtsschutzes garantieren. Vielmehr muss die spezialgesetzliche Kodifizierung in der UVgO im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung oder unmittelbar aufgrund des Art. 19 Abs. 4 GG um eine Vorabinformations- und Wartepflicht sowie ein Einsichtsrecht in die Vergabeakten ergänzt werden. Sofern dies nicht geschieht, besteht eine Verletzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Effektivität des Rechtsschutzes, da eine unzumutbare Erschwerung des Rechtsweges vorliegt. Eine praktische Durchsetzung der subjektiven Rechte in Form der Vergabeverfahrensnormen wäre schlichtweg nicht möglich.

---

[846] So auch schon *Knöbl*, Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte, 2009, S. 187.

[847] *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 169 GWB, Rn. 51.

[848] Die §§ 80, 80a VwGO weisen eine systematisch sehr ähnliche Sicherungstechnik wie der vorläufige Rechtsschutz im GWB-Vergaberecht auf. *Ax/Schneider*, Rechtsschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe, 2011, S. 83. So löst ein Widerspruch oder der Rechtsbehelf in der Hauptsache gemäß § 80 Abs. 1 VwGO einen Suspensiveffekt aus. Diese aufschiebende Wirkung kann durch die Behörde im Rahmen des § 80a Abs. 1 VwGO durch die Anordnung einer sofortigen Vollziehung eines Verwaltungsakts mit Drittwirkung durchbrochen werden. Gegen diese Entscheidung kann dann gemäß § 80 Abs. 5 VwGO gerichtlich vorgegangen werden. Im Rahmen des § 80 Abs. 5 VwGO wird vor dem Hintergrund der Effektivität des Rechtsschutzes dann sogar diskutiert, ob zur Inanspruchnahme der aufschiebenden Wirkung bei sofort vollziehbaren Verwaltungsakten zwingend der einschlägige Rechtsbehelf in der Hauptsache eingelegt werden muss. Siehe dazu etwa *Stepanek*, AöR 144 (1), 536.

An diesen Aussagen kann auch der Umstand nichts ändern, dass der Art. 19 Abs. 4 GG eine normgeprägte verfassungsrechtliche Vorgabe darstellst. Zwar ist das Ziel der Rechtsschutzeffektivität keine Formel, um rechtspolitischen Forderungen verfassungsrechtliche Geltung zu verleihen, die Anwendbarkeit des Art. 19 Abs. 4 GG auf das unterschwellige Vergaberecht gestattet jedoch keinen praktischen, sachlich ungerechtfertigten Ausschluss eines wirksamen Primärrechtsschutzes. Dem Gesetzgeber muss zwar die Möglichkeit eingeräumt werden, einen ausgewogenen Rechtsschutz einfachgesetzlich zu gestalten,[849] in der jetzigen Form können aber weder staatliche noch private, dritte Interessen den bestehenden Ausschluss wirksamen Primärrechtsschutz rechtfertigen. So wird das legitime Interesse an einer ausreichend raschen Beschaffung, welche essenziell für die Erfüllung sämtlicher staatlichen Aufgaben ist, im Rahmen des Verwaltungsrechtswegs ausreichend berücksichtigt. Die entsprechenden prozessualen Vorkehrungen ermöglichen eine sofortige Vollziehung der Zuschlagsentscheidung, gegen welche wiederum vorläufiger Rechtsschutz in Form eines Eilverfahrens gewährleistet wird. Das Bestehen dieses vorläufigen Rechtsschutzes ist gerade der einschlägige Schutzgehalt des Art. 19 Abs. 4 GG. Eine Verkürzung des Rechtswegs darüber hinaus, wie sie aktuell im Unterschwellenbereich besteht, kann nämlich nicht für die Beschaffung geltend gemacht werden, wenn sie in anderen Verwaltungsrechtsbereichen nicht bestehen darf. Zwar ist die Beschaffung für die Erfüllung dieser Verwaltungsaufgaben grundlegend, sie kann aber nicht in dem Sinne wichtiger sein, als es die Verwaltungshandlung selbst ist. Selbst in krassen Ausnahmefällen, in denen eine besonders beschleunigte Beschaffung zwingend notwendig ist, kann dem durch eine weitere Verfahrensbeschleunigung und der faktischen Beschränkung auf den Eilrechtsschutz ausreichend Rechnung getragen werden. Der komplette Ausschluss von jeglichem Primärrechtsschutz kann besonders im Regelfall auch durch die grundlegende Funktion der öffentlichen Beschaffung nicht gerechtfertigt werden.

Das zweite regelmäßig vorgetragene Argument für die bestehende Verkürzung des wirksamen Rechtsschutzes ist das private Interesse der bevorzugten Bieter an einer rechtssicheren Vergabe. Dabei ist das Argument der Rechtssicherheit bereits erfüllt, wenn ein einmal geschlossener Vertrag regelmäßig nicht mehr aufgehoben werden kann. Die grundsätzliche Beschränkung auf den primären Rechtsschutz (abgesehen vom Feststellungsverfahren) bis

[849] *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 4 f.

zum Abschluss des Vergabevertrags wird jedoch nicht angezweifelt. Ein wirksamer vorläufiger Rechtsschutz führt gerade dazu, dass aufgrund des Suspensiveffekts der Zuschlag nicht erteilt wird und somit auch kein wirksamer Vertrag zustande kommt. Die Rechtssicherheit des bevorzugten Unternehmens wird also durch den tatsächlichen Zugang zu vorläufigem Rechtsschutz nicht beeinträchtigt. Das Interesse des bevorzugten Unternehmens am Abschluss des Vertrags ist aber nicht grundrechtlich geschützt. So besteht kein Anspruch auf den Abschluss, geschweige denn auf einen beschleunigten Abschluss des Vergabeverfahrens. So hat das BVerfG festgestellt, dass das rein wirtschaftliche Interesse am Vergabeverfahren nur ein sehr geringes Gewicht bei der Abwägung über die Gewährung des Rechtsschutzes hat. Dies gilt für das Interesse des bevorzugten Bieters ebenso wie für das Interesse des klagenden Bieters. Darüber hinaus muss jedoch das geschützte Interesse der Bieter an einer korrekten Verfahrensführung mit einbezogen werden. Da den einschlägigen Verfahrensnormen eine unmittelbare Außenwirkung zukommen müsste, besteht ein klares Übergewicht der Abwägungsgründe für die Gewährung eines wirksamen vorläufigen Rechtsschutzes inklusive Vorabinformationspflicht und erweitertem Akteneinsichtsrecht. Eine höhere Gewichtung des möglichst schnellen Abschlusses des Vergabeverfahrens ist jedenfalls nicht sachlich gerechtfertigt.

Letztlich ist eine Rechtfertigung des Eingriffs in den Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 GG in Form der mangelnden Vorabinformationspflicht und dem fehlenden erweiterten Akteneinsichtsrecht durch die aktuelle Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte nicht ersichtlich. Dem kann und muss durch die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs mitsamt einer verfassungskonformen Auslegung der einschlägigen Spezialvorschriften, einer analogen Anwendung entsprechender verwaltungsrechtlicher Vorschriften oder der Herleitung entsprechender verfahrens- und Prozessrechte unmittelbar aus dem Art. 19 Abs. 4 GG abgeholfen werden.

Sofern jedoch nicht die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, sondern der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch als einschlägig erachtet wird, sind die Schlussfolgerungen des BVerfG überzeugend. Aus der objektiven Verfassungsnorm lassen sich erst i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG oder einem vorvertraglichen Schuldverhältnis konkrete subjektive Prozessrechte ableiten. Diese subjektiven Rechte decken das Vergabeverfahren jedoch nur rudimentär ab. So bleiben wesentliche Rechtsschutzlücken bestehen, die gemäß dem allgemeinen

Justizgewährleistungsanspruch nicht gerichtlich zu kontrollieren sind.[850] Außerdem lassen sich im Gegensatz zum Art. 19 Abs. 4 GG keine konkreten prozessualen Instrumente aus dem Justizgewährleistungsanspruch ableiten. Vielmehr muss dem Gesetzgeber ein noch weiterer Ermessensspielraum zugestanden werden, in dessen Rahmen der Gesetzgeber gegebenenfalls lediglich wirksamen Sekundärrechtschutz vorsehen kann. Zwar lässt sich aus dem unmittelbar wirkendem Schutzgehalt des Gleichheitssatzes in vergaberechtlichen Fällen grundsätzlich ableiten, dass willkürliche Verfahrenshandlungen der Vergabestellen nur wirksam durch Primärrechtsschutz verhindert werden können. Jedoch hat das BVerfG vor dem Hintergrund der Abwägungsprärogative des Gesetzgebers bei Eingriffen in den Schutzbereich von Grundrechten in seinem Urteil zur Ausgestaltung des Unterschwellenvergaberechtsschutzes zu Recht auf die bestehenden Schadens-ersatzansprüche verwiesen. Sofern jedoch den potenziellen Rechtsverletzungen durch die Verwaltung (willkürliche Auftragsvergabe) auch im Rahmen des Sekundärrechtsschutz keinerlei Abhilfe geleistet werden könnten, würde der *status quo* des Vergaberechtsschutzes den „normexternen" Schutzgehalt des Gleichheitssatzes[851] im unterschwelligen Vergaberechtsschutzes vollkommen verkennen. Wie in der bereits geleisteten Untersuchung aufgezeigt wurde, scheint aber auch der Sekundärrechtsschutz nicht lückenlos gewährleistet zu werden. Jedenfalls müssen die Ergebnisse der noch zu leistenden Untersuchung dieser Aspekte in die endgültige Bewertung der Effektivität des Vergaberechtsschutzes mit einbezogen werden, was bei Ablehnung der Einschlägigkeit des Art. 19 Abs. 4 GG umso mehr gelten muss.

B. Verpflichtung des Gesetzgebers nach europarechtlichen Vorgaben

Auch das Unionsrecht verpflichtet den deutschen Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte. So lassen sich aus den materiellen Grundrechten (Gleichbehandlungsgrundsatz, Unternehmensfreiheit), den Grundfreiheiten und dem Art. 47 GrCh sowohl materielle Verfahrensrechte als auch deren prozessrechtliche Absicherung ableiten.[852] Voraussetzung dafür ist jeweils die Anwendbarkeit der Grund-rechtecharta und der Grundfreiheiten. Diese ist regelmäßig dann gegeben, wenn ein

[850] *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 185–192.
[851] *Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 284 f.
[852] Vgl. *Knauff*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, Rn. 2.

grenzüberschreitendes Interesse am öffentlichen Auftrag vorliegt, diese also binnenmarktrelevant sind. Der grenzüberschreitende Bezug der öffentlichen Aufträge kann auch im Bereich unterhalb der Schwellenwerte auftreten, sodass der einschlägige Schutzgehalt auch hier Beachtung finden muss.

Während sich die verfahrensrechtlichen Anforderungen zwar nicht nur, aber doch wesentlich aus den Vergabegrundsätzen ergeben, folgt aus deren Bestehen und der prozessrechtlichen Schutzebene der Grundfreiheiten sowie des Art. 47 GrCh die Notwendigkeit, mögliche Verletzungen dieser Verfahrensrechte gerichtlich überprüfen lassen zu können. Die materiellen Verfahrensrechte, die sich hauptsächlich aus dem Grundsatz der Transparenz ableiten, haben spätestens mit der UVgO eine detaillierte Umsetzung auf nationaler Ebene erfahren. Fraglich ist jedoch, ob im aktuellen Rechtsschutzsystem auch wirksame Rechtsbehelfe gegen mögliche Verletzungen dieser Verfahrensrechte bestehen. Dazu lässt sich im Wesentlichen der Effektivitätsgrundsatz heranziehen, der in den Grundfreiheiten selbst und auch in Art. 47 GrCh seinen Ursprung findet. Entsprechend dem Effektivitätsgrundsatz darf die gerichtliche Durchsetzung geschützter Rechtspositionen durch die Ausgestaltung der einschlägigen Rechtsbehelfe nicht übermäßig erschwert oder praktisch unmöglich gemacht werden.

Zwar lässt sich den unionsrechtlichen Vorgaben zur Ausgestaltung des Rechtsschutzes keine allgemeine Pflicht zur Gewährleistung von Primärrechtsschutz entnehmen, jedoch muss der Primärrechtsschutz, sofern er gewährleistet wird, zwingend Instrumente zur Gewährleistung wirksamen vorläufigen Rechtsschutzes beinhalten. Diese grundsätzlich widersprüchlich wirkende Rechtsprechung lässt sich nur so sinnvoll interpretieren, dass der Gesetzgeber zwar einen Ausschluss primären Rechtsschutzes vornehmen kann, solange dies jedoch nicht geschieht oder Zugang zu einer allgemeinen Gerichtsbarkeit besteht, auch wirksamer vorläufiger Rechtsschutz zu garantieren ist. Diesbezüglich weist der unterschwellige Rechtsschutz vor den Zivilgerichten zwei wesentliche Schwachpunkte auf. So besteht mit den einstweiligen Verfügungen nach §§ 935, 940 ZPO zwar die Möglichkeit des vorläufigen Rechtsschutzes, dieser kann aber nur bei einer zufällig erlangten Kenntnis über den beabsichtigten Zuschlag durch den Auftraggeber in Anspruch genommen werden. Sobald ein Zuschlag jedoch erteilt und damit der Vergabevertrag abgeschlossen wird, entfällt der Anordnungsanspruch des Klägers. Darüber hinaus ist dann nach herrschender Meinung der

geschlossene Vertrag regelmäßig nicht mehr anzugreifen, da die unterschwelligen Vergabevorschriften kein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB darstellen.[853] Selbst wenn der Kläger Kenntnis über den bevorstehenden Zuschlag erlangen sollte, wird er die potenziellen Verfahrensverletzungen ohne Einsicht in die Vergabeakte kaum weiter substantiieren oder glaubhaft machen können. Ohne Vorabinformations- und Wartepflicht wird die Inanspruchnahme bestehender Rechtsbehelfe also zweifelsfrei übermäßig erschwert, wenn nicht sogar praktisch unmöglich gemacht.[854] Insofern besteht im *status quo* des unterschwelligen Vergaberechtsschutzes ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 47 Abs. 1, 2 GrCh sowie in den prozessrechtlichen Schutzbereich der Vergabegrundsätze/Grundfreiheiten.

Diesbezüglich ist fraglich, ob der entsprechende Eingriff im Rahmen der jeweiligen Schrankenregelung der übergeordneten Normen gerechtfertigt werden kann. Während sich Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 47 GrCh nach dem Art. 52 Abs. 1 GrCh richten müssen, kennen die Grundfreiheiten jeweils eigene geschriebene und ungeschriebene Rechtfertigungsgründe. Während formale Kriterien der Einschränkungen wie die Gesetzlichkeit (Eingriff geschieht durch die ZPO) vorliegen, stellt sich bei beiden Normtypen (Grundrecht und Grundfreiheit) die Frage nach dem legitimen Zweck. Das Interesse am Abschluss des Vergabeverfahrens kann nur auf die Erfüllung staatlicher Funktionen zurückgeführt werden, da das private Interesse an einem raschen Abschluss des Verfahrens nicht geschützt ist. Vielmehr besteht ein grundrechtlich geschützter Anspruch Privater auf ein korrekt durchgeführtes Verfahren, das keine Verzerrung des Wettbewerbs bewirkt. Die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes beeinträchtigt daher lediglich das staatliche Interesse an einer raschen Durchführung des Vergabeverfahrens. Es ist jedoch wie im Bereich des Verfassungsrechts nicht ersichtlich, wie ein faktischer Ausschluss eines formell bestehenden vorläufigen Rechtsschutzes gerechtfertigt sein soll. Sofern der Gesetzgeber die Beschleunigung der Beschaffung so stark gewichtet, dass eine Verzögerung um jeden Fall verhindert werden soll, müsste er den Primärrechtsschutz gänzlich ausschließen. Räumt er jedoch die formelle Möglichkeit ein, vorläufigen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen und

[853] *Klingner*, Die Vorabinformationspflicht des öffentlichen Auftraggebers, 2005, S. 608 f. Selbst wenn die grundfreiheitlichen Vergabegrundsätze als Verbotsnormen qualifiziert werden, was gemäß BVerfG-Rechtsprechung zu tun ist, wird unter Verweis auf ein überwiegendes Bestandsinteresse eine Nichtigkeit ausgeschlossen, siehe *Wollenschläger*, NVwZ 35 (21), 1535 (1538).

[854] Was das BVerfG in seinem Urteil zur Ausgestaltung des Unterschwellenbereich auch einräumt; BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 81.

verhindert durch das Fehlen einer Vorabinformationspflicht dann dessen praktische Nutzung, ist die Beschränkung definitiv nicht kohärent und systemisch stimmig vorgenommen. Insofern entspricht die Einschränkung des Schutzgehalts des Art. 47 GrCh und der prozessrechtlichen Ebene der Vergabegrundsätze nicht der zwingenden Anforderung der Verhältnismäßigkeit.[855] Konsequent wäre es jedenfalls, bei einer entsprechenden Gewichtung der grundsätzlich legitimen staatlichen Interessen, Primärrechtsschutz explizit auszuschließen, was dann wiederum mit einer besonderen Ausgestaltung des Sekundärrechtschutzes einhergehen müsste.

Letztlich stellt das Fehlen einer Vorabinformationspflicht sowie eines erweiterten Akteneinsichtsrechts also eine Verletzung der unionsrechtlichen Anforderungen an die Effektivität des Rechtsschutzes in Form des Art. 47 Abs. 1, 2 GrCh sowie der prozessrechtlichen Ebene der Grundfreiheiten dar. [856] Diese Verletzung besteht bei den binnenmarktrelevanten Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte und im Gegensatz zur Verletzung nationaler verfassungsrechtlicher Vorgaben recht offensichtlich.

Kapitel 7: Die Vorabgestattungsverfahren im Oberschwellenbereich

Wie in der Arbeit bereits ausführlich aufgezeigt wurde, ist das GWB-Vergaberechtsschutzsystem dank einer Vorabinformations- und Wartepflicht des Auftraggebers sowie eines Suspensiveffekts der Rechtsbehelfe grundsätzlich so aufgebaut, dass Bieter trotz der Unangreifbarkeit wirksam geschlossener Verträge effektiven Primärrechtsschutz in Anspruch nehmen können. Für die Wirksamkeit dieser Konstruktion ist der Suspensiveffekt sämtlicher primären Rechtsbehelfe essenziell. Faktisch geht damit jedoch eine Vermischung des regulären und vorläufigen Rechtsschutzes einher. Der auch vorläufig sichernd wirkende Rechtsbehelf in der Hauptsache wird abschließend durch weitere vorläufige Maßnahmen ergänzt, die auf Antrag durch die Vergabekammer oder das Beschwerdegericht ergriffen werden können.

Der europäische Gesetzgeber erreicht durch diese Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes, dass sich der Anspruch auf primären Rechtsschutz des Bieters mit dem Anspruch

[855] A.A. *Barth*, Das Vergaberecht ausserhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, 2010, S. 174
[856] So auch *Wollenschläger*, NVwZ 35 (21), 1535 (1538); *Huerkamp/Kühling*, NVwZ 30 (23), 1409 (1412); a.A. *Barth*, Das Vergaberecht ausserhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, 2010, S. 174 f.

auf Rechtssicherheit und dem Interesse an einer raschen Beschaffung vereinen lässt. Die dazu notwendige umfassende vorläufige Sicherung von subjektiven Rechten in der Hauptsache wird jedoch durch die sogenannten Gestattungsverfahren durchbrochen. Die §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 1, 2 und 176 Abs. 1 GWB ermöglichen es der Vergabekammer und dem Beschwerdegericht, den Suspensiveffekt des Rechtsbehelfs aufzuheben und einen vorzeitigen wirksamen Zuschlag zu gestatten. Im Nachprüfungsverfahren ermächtigt der § 169 Abs. 2 GWB die Vergabekammer dazu, auf Antrag der Vergabestelle oder des Bieters, der gemäß der Vorabinformation den Zuschlag erhalten soll, einen Zuschlag trotz anhängigen Rechtsbehelfes zu gestatten. Gegen die beantragte Entscheidung können sowohl der Auftraggeber sowie der Antragsteller der Hauptsache ein eigenes Rechtsmittel beim Beschwerdegericht nach § 169 Abs. 2 S. 6-9 GWB einlegen.

Auch Im Rahmen der sofortigen Beschwerde besteht die Möglichkeit, den Suspensiveffekt der Beschwerde zu durchbrechen. Da die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels jedoch zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist entfällt, muss der Kläger eine Verlängerung des Suspensiveffekts gemäß § 173 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 GWB beantragen. Außerdem kann gemäß § 176 Abs. 1 GWB der ursprünglich bestehende Suspensiveffekt aufgehoben werden. Grundsätzlich bestehen damit unterschiedliche prozessrechtliche Varianten, um die aufschiebende Wirkung der Rechtsbehelfe aufzuheben.

In Bezug auf die Effektivität des Vergaberechtsschutzes nimmt der Suspensiveffekt der Rechtsbehelfe in der Hauptsache eine essenzielle Stellung ein. Diese Bedeutung geht mit der beschriebenen, besonderen Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes einher, die sowohl die Effektivität des Rechtsschutzes als auch das Interesse an der Rechtssicherheit der geschlossenen Verträge vereinen soll. Aus dieser Gemengelage ergeben sich zwei Problembereiche der Gestattungsverfahren. Einerseits stellt sich die Frage, ob die Durchbrechung des Suspensiveffekts in einem Eilverfahren durch die Initiative des Auftraggebers oder des bevorzugten Bieters im System des Vergaberechtsschutzes eine (unzulässige) Einschränkung der Effektivität des Rechtsschutzes darstellt. So sieht die Rechtsmittelrichtlinie bei einer wörtlichen Auslegung keine Möglichkeit vor, dass die Vergabestellen eine Entscheidung über die vorzeitige Gewährung des Zuschlags vor der Entscheidung in der Hauptsache herbeiführen können. Dazu kommt erschwerend hinzu, dass ein erfolgreiches Eilverfahren regelmäßig die Entscheidung in der Hauptsache vorwegnimmt,

da ein wirksamer primärer Rechtsbehelf nach der Zuschlagserteilung nicht mehr besteht.[857] Vielmehr ist der Bieter dann auf das Fortsetzungsfeststellungsverfahren und Schadensersatzansprüche verwiesen. Das ausgeklügelte System primären Rechtsschutzes wird letztlich also umgangen und eine durch den Auftraggeber initiierte Verkürzung des Rechtsweges auf vorläufigen Rechtsschutz in einem Eilverfahren ermöglicht. Neben der Frage, ob diese prozessrechtliche Ausgestaltung systematisch gesehen effektiven Rechtsschutz gewährleistet, stellt sich auch die Frage nach der nötigen Prüfintensität im entscheidenden Eilverfahren. Insbesondere der Art. 19 Abs. 4 GG stellt besondere Anforderungen an den Umfang der Ermittlungen des Sachverhalts und die Beurteilung der offenen Rechtsfragen. Den Vorabgestattungsverfahren ist ein umfangreicher gesetzlicher Entscheidungsmaßstab vorgeschrieben, der dementsprechend mit den verfassungs- und unionsrechtlichen Anforderungen abgeglichen werden muss.

A. Auftraggeberinitiierte Durchbrechung des Suspensiveffekts / Erzwungene Verkürzung auf vorläufigen Rechtsschutz

Wie bereits dargelegt, durchbrechen die unterschiedlichen Vorabgestattungsverfahren die grundsätzliche, systematische Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes. Vor dem Hintergrund, dass der Suspensiveffekt der Rechtsbehelfe eine ganz wesentliche Voraussetzung der Effektivität des Primärrechtsschutzes ist, stellt sich die Frage, ob diese Durchbrechung eine unzulässige Einschränkung des Vergaberechtsschutzes darstellt. Im Folgenden soll unterschieden nach den verfassungs- und unionsrechtlichen Anforderungen diskutiert werden, ob die Vorabgestattungsverfahren eine Verletzung der Effektivität des Rechtsschutzes oder eine legitime Ausgestaltung des Rechtsweges durch den Gesetzgeber darstellen. Im Bereich des Art. 19 Abs. 4 GG stellt sich insbesondere die Frage nach der grundsätzlich verbotenen Vorwegnahme der Hauptsache im vorläufigen Rechtsschutz. Im Bereich des Unionsrechts bedarf es eines weiteren Abgleichs mit den Rechtsmittelrichtlinien, welche auftraggeberinitiierte Vorabgestattungsverfahren nicht vorsehen, sowie dem Vergabeprimärrecht.

[857] *Ax/Schneider*, Rechtsschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe, 2011, S. 126 f.

I. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die Vorabgestattungsverfahren sowie das Verfahren zur Verlängerung des Suspensiveffekts der sofortigen Beschwerde richten sich nach § 169 Abs. 2 GWB und den §§ 173 Abs. 2, 176 Abs. 1 GWB. Auch wenn das Gestattungsverfahren vor der Vergabekammer nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Effektivität des Rechtsschutzes unterworfen werden kann, so muss dies jedoch für die gerichtliche Überprüfung der Entscheidung vor den Beschwerdegerichten nach § 169 Abs. 2 S. 6-9 GWB gelten. Da das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gegen die Entscheidung im Gestattungsverfahren explizit ausgeschlossen ist, stellt das eigenständige Rechtsmittel nach § 169 Abs. 2 S. 6 9 GWB die einzige gerichtliche Überprüfung der Verwaltungsentscheidung dar.

Wie dargestellt weist das vergaberechtliche Rechtsschutzsystem einige Besonderheiten auf. Während die Informations- und Wartepflicht sowie der automatische Suspensiveffekt eines Rechtsbehelfs dazu führen, dass in der Regel die Durchführung des Hauptsacheverfahrens gewährleistet wird, verkürzen die Vorabgestattungsverfahren aus den §§ 169 Abs. 2, 176 Abs. 1 GWB den Primärrechtsschutz wiederum auf vorläufigen Rechtsschutz in Form eines Eilverfahrens. Die Beschränkung des Suspensiveffekts der sofortigen Beschwerde auf zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist führt ergänzend dazu, dass der Kläger einen Antrag auf Verlängerung des Suspensiveffekts gemäß § 173 Abs. 1, 2 GWB stellen sollte, über den ebenfalls in einem Eilverfahren entschieden wird. Letztlich führen also die prozessrechtlichen Normen der §§ 169 Abs. 1, 173 Abs. 1, 2 und 176 Abs. 1 GWB bei ihrer Anwendung dazu, dass der primäre Rechtsschutz auf ein Eilverfahren im Sinne eines vorläufigen Rechtsschutzverfahrens reduziert wird, da ein gestatteter Zuschlag nicht wieder aufgehoben werden kann.[858] Jedoch wird dieses Eilverfahren (abgesehen von § 173 Abs. 1, 2 GWB) nicht vom Rechtsschutzsuchenden, sondern von der Vergabestelle oder dem bevorzugten Bieter initiiert und es führt bei Erfolg regelmäßig zu einer Vorwegnahme der Hauptsache. Daher stellen sich vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG zwei Fragen. Einerseits könnte die auftraggeberseitige Verkürzung des primären Rechtsschutzes auf die summarische Verhandlung im Eilverfahren eine unzulässige Verkürzung des Rechtsschutzes darstellen. Andererseits ist fraglich, ob durch die Vorabgestattungsverfahren eine

[858] *Pollmann*, Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im öffentlichen Vergaberecht, 2009, S. 158 f.

Vorwegnahme der Hauptsache geschehen kann und ob diese den Anforderungen der Rechtsschutzgarantie entspricht.

Bezüglich der möglichen Verkürzung des Rechtsweges ist zu beachten, dass der Gesetzgeber bei der Gestaltung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes die Gefahr „unerträglicher" Verzögerungen des Vergabeverfahrens durch die aufschiebende Wirkung der Rechtsbehelfe gesehen hat.[859] Bestünde nicht die Möglichkeit einer Vorabgestattung des Zuschlags, wäre der Auftraggeber gezwungen, die Durchführung des gesamten Nachprüfungsverfahrens sowie des Beschwerdeverfahrens abzuwarten. Auch wenn dem Beschleunigungsgrundsatz eine nicht unerhebliche Bedeutung bei der Gestaltung des Rechtswegs eingeräumt wurde, kann die volle Ausschöpfung aller bestehenden Rechtsmittel einen erheblichen Zeitraum in Anspruch nehmen. Unter Umständen könnte dadurch nicht nur ein Schaden für den öffentlichen Auftraggeber entstehen, sondern auch der Beschaffungsgrund wegfallen. Vor dem Hintergrund dieser Sachlage sowie dem Umstand, dass Art. 19 Abs. 4 GG den Gesetzgeber grundsätzlich dazu verpflichtet, einen „ausgewogenen" Rechtsweg bereit zu stellen, scheint eine Verkürzung des Rechtswegs auf ein Eilverfahren grundsätzlich angemessen. Auch lässt sich dem Art. 19 Abs. 4 GG lediglich entnehmen, dass Rechtsschutzsuchende ein Recht auf vorläufigen Rechtsschutz haben. Dieser vorläufige Rechtsschutz wird regelmäßig in Form eines Eilverfahrens gewährleistet, in dem die Richter eine prognosebasierte, abwägende Entscheidung zu treffen haben. In diesem Sinne räumt etwa auch der § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO der Verwaltung die Möglichkeit ein, die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln aufzuheben, welche dann gemäß § 80 Abs. 5 VwGO gerichtlich wieder hergestellt werden kann. Im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit wie auch des Art. 19 Abs. 4 GG besteht also grundsätzlich nur Anspruch auf Schutz durch einstweiligen Rechtsschutz (bzw. eine aufschiebende Wirkung), nicht vor einstweiligem Rechtsschutz.

Im Bereich des Vergaberechts ist aufgrund der weitreichenden vorläufigen Wirkung des Hauptsacheverfahrens lediglich die Initiierung des einstweiligen Rechtsschutzes verkehrt. Nicht der Bieter muss seine Rechte per einstweiligem Rechtsschutz sichern, sondern der Antragsgegner der Hauptsache kann eine vorläufige Entscheidung im Eilverfahren erwirken.[860] Diese systematisch grundsätzlich umgekehrte Herbeiführung einstweiligen, vorläufigen Rechtsschutzes kann jedenfalls vor dem Maßstab des Art. 19 Abs. 4 GG nicht

[859] BT-Drs. 13/9340, S. 21.
[860] *Ax/Schneider*, Rechtsschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe, 2011, S. 82.

problematisch sein, da der Anspruch auf sichernde, einstweilige gerichtliche Entscheidungen immer noch erfüllt bleibt. Entscheidend ist nicht die Sicherungstechnik, sondern der Sicherungserfolg, der auch bei Anwendung der Gestattungsverfahren gegeben ist.[861] Bezieht man die Drittwirkung des Zuschlags für den bevorzugten Bieter mit ein, kann aufgrund des Art. 19 Abs. 4 GG sogar argumentiert werden, dass der begünstigte Bieter die sofortige Vollziehbarkeit des Zuschlag beantragen können muss.[862] Da diese Forderung jedoch der prozessualen Waffengleichheit entnommen wird und der Gesetzgeber durch den automatischen Suspensiveffekt im Nachprüfungsverfahren kein klassisches Aussetzungsverfahren vorgesehen hat, lässt sich das Argument in diesem Bereich nicht sehr gut übertragen. Im Bereich der sofortigen Beschwerde, in dem der Antragsteller auf eine Verlängerung des Suspensiveffekts gemäß § 173 Abs. 1, 2 GWB angewiesen ist, besteht jedoch folgerichtig ein prozessrechtliches Äquivalent für den vom Rechtsbehelf negativ betroffenen Bieter in Form des § 176 GWB. Vor dem Hintergrund, dass jedoch der zeitlich beschränkte Suspensiveffekt der sofortigen Beschwerde ebenfalls gesetzlich angeordnet ist und ein Antrag nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB einen Antrag nach 176 GWB obsolet werden lässt, scheint das Gestattungsverfahren nicht zwingend erforderlich zu sein.

Es stellt sich jedoch auch die Frage nach einer unzulässigen Vorwegnahme der Hauptsache. Während im Bereich der regulären Verwaltungsgerichtsbarkeit die Vorwegnahme der Hauptsache regelmäßig zu Gunsten des Antragstellers der Hauptsache geschehen würde, tritt eine Vorwegnahme der Hauptsache in Vorabgestattungsverfahren zu Gunsten des Auftraggebers ein.[863] Ein vorab gestatteter Zuschlag kann schließlich nicht mehr im Rahmen des Vergaberechtsschutzes aufgehoben werden; es tritt also keine grundsätzlich legitime vorläufige Vorwegnahme der Hauptsache, sondern eine endgültige Vorwegnahme der Hauptsache ein.[864] Aufgrund der „verkehrten" Initiierung des einstweiligen Rechtsschutzes hat das BVerwG aber bislang lediglich festgehalten, dass eine entsprechende endgültige Vorwegnahme der Hauptsache nur ausnahmsweise aus zwingenden Gründen des effektiven

[861] Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 273a f.
[862] Vgl. *Schoch*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 39. Ergänzungslieferung, Stand Juli 2020, 2020, § 80 VwGO, Rn. 330.
[863] *Lux*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), GWB, 2016, § 176 GWB, Rn. 5.
[864] Dazu etwa *Hong*, NVwZ 31 (8), 468 (468).

Rechtsschutzes in Betracht kommt.[865] Die bestehende vorläufige Vorwegnahme der Hauptsache durch den Suspensiveffekt des Rechtsbehelfs zugunsten des Antragstellers wird im erfolgreichen Gestattungsverfahren jedoch durch eine endgültige Vorwegnahme der Hauptsache zugunsten des Auftraggebers verdrängt. Es muss jedoch angenommen werden, dass analog zur Rechtfertigung einer Vorwegnahme aufgrund der Effektivität des Rechtsschutzes ähnlich gewichtige Gründe auch eine Vorwegnahme der Hauptsache zugunsten der Vergabestellen rechtfertigen können. Systematisch gesehen ist die drohende Vorwegnahme der Hauptsache zu Lasten des Rechtsschutzsuchenden durch eine auftraggeberinitiierte Vorabgestattung des Zuschlags also mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar. Jedoch müssen entsprechend gewichtige Gründe angeführt werden, um die Verkürzung des primären Rechtswegs durch eine endgültige Vorwegnahme der Hauptsache in Form eines vorab gestatteten Zuschlags zu rechtfertigen. In diesem Sinne stellen die Vorabgestattungsverfahren also einen prozessrechtlichen Eingriff in die Effektivität des Vergaberechtsschutzes dar, der jedoch aufgrund legitimer Zwecke im Rahmen der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt werden kann. Die bloße prozessrechtliche Möglichkeit, einen solchen gerechtfertigten Eingriff durch das Beschwerdegericht vornehmen zu lassen, ist keine Verletzung der Effektivität des Vergaberechtsschutzes. Jedoch müssen an den Abwägungsmaßstab, nach dem die Interessenabwägung vorgenommen wird, besonders strenge Anforderungen gestellt werden. Eine mit der Gewährung des Vorabzuschlags einhergehende Verkürzung des Primärrechtsschutzes muss die absolute Ausnahme bleiben.[866] Der gesetzlich vorgesehene Abwägungsmaßstab vermittelt jedoch nur bedingt den Eindruck, dass eine Gestattung ausschließlich bei besonders schwerwiegenden Gründen vorgenommen werden darf. Gemäß Wortlaut bedarf es lediglich eines Überwiegens der Vorteile einer Vorabgestattung gegenüber den „nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung“. Dabei seien neben allen „möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens“ auch „das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers zu berücksichtigen“. Darüber hinaus überwiegen verteidigungs- und sicherheitsspezifische Interessen (sofern § 104 GWB einschlägig ist) am Abschluss des Vergabeverfahrens, wenn die Auftragsvergabe unmittelbar im Zusammenhang

[865] BVerwG, Beschluss vom 16.8.2004, Rs. 1 WDS-VR 4.04, Rn. 31; Beschluss vom 14.7.2009, Rs. 1 WDS-VR 3.09, Rn. 21. Vgl. auch *Goebel*, Gesamtwirtschaftliche Aspekte im vorläufigen Vergaberechtsschutz, 2008, S. 121 ff.
[866] *Lux*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), GWB, 2016, § 176 GWB, Rn. 6.

mit einer Krise[867], einem mandatierten Einsatz der Bundeswehr, einer einsatzgleichen Verpflichtung der Bundeswehr oder einer Bündnisverpflichtung stehe. Legt man diesen Abwägungsmaßstab wörtlich aus, ist eine Vielzahl von Fällen denkbar, in denen die Gestattung eines vorzeitigen Zuschlags legitim wäre. So kann beispielsweise angenommen werden, dass eine Großzahl von Vergaben im Rahmen der VSVgV unmittelbar mit mandatierten Einsätzen der Bundeswehr in Zusammenhang stehen. Es ist aber keinesfalls anzunehmen, dass bei allen Auftragsvergaben ein besonderes, schwerwiegendes, über den Beschleunigungsgrundsatz hinausgehendes Beschleunigungsinteresse vorliegt. Erst wenn eine Verzögerung der Beschaffung „unzumutbare" Folgen hätte, kann aber eine Verkürzung des primären Rechtsweges durch die endgültige Vorwegnahme der Hauptsache in Form eines vorabgestatteten Zuschlags gerechtfertigt sein.

Folglich kann zunächst festgestellt werden, dass die Vorwegnahme der Hauptsache zulasten des Rechtsschutzsuchenden im Eilverfahren auch im Vergaberecht grundsätzlich legitim ist. Allerdings verlangt der Art. 19 Abs. 4 GG dafür einen entsprechend strengen Abwägungsmaßstab, der im Folgenden (3.b.i.) noch weiter zu untersuchen ist.

II. Europarechtliche Vorgaben

Die auftraggeberinitiierte Durchbrechung des Suspensiveffekts nach §§ 169 Abs. 2, 176 Abs. 1 GWB muss auch vor dem unionsrechtlichen Maßstab der Effektivität des Vergaberechtsschutzes untersucht werden. Dabei kommt insbesondere die Rechtsmittelrichtlinie in Frage, da dieser detaillierte Vorgaben zur Ausgestaltung des Suspensiveffekts der Rechtsbehelfe zu entnehmen sind. Darüber hinaus muss die Regelung der Rechtsmittelrichtlinie aber auch in ihrer normhierarchischen Einordnung betrachtet werden. In diesem Sinne ist die Regelung zum Suspensiveffekt der Rechtsmittelrichtlinie mit den Vorgaben des Primärrechts zur Effektivität des Rechtsschutzes abzugleichen und gegeben einer Unvereinbarkeit zu modifizieren oder primärrechtskonform auszulegen.

[867] Im Sinne der Legaldefinition nach § 4 Abs. 1 VSVgV.

1. Rechtsmittelrichtlinie

Wie bereits aufgezeigt, wird der, für die Effektivität des Vergaberechtsschutzes wesentliche, Suspensiveffekt der Rechtsmittel durch die unionsrechtliche Rechtsmittelrichtlinie vorgegeben. Demnach verlangt die Rechtsmittelrichtlinie, „dass der öffentliche Auftraggeber den Vertragsschluss nicht vornehmen kann, bevor die Nachprüfungsstelle eine Entscheidung über einen Antrag auf vorläufige Maßnahmen oder eine Entscheidung in der Hauptsache getroffen hat“. Dementsprechend müssen Bieter gemäß Art. 2 a) RL 89/665/EWG einstweilige Verfügungen beantragen können, um den behaupteten Verstoß zu beseitigen oder weitere Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern. Außerdem muss gemäß Art. 2 b) RL 89/665/EWG die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen der Vergabestelle möglich sein. Der nationale Gesetzgeber ist also verpflichtet, vorläufigen Rechtsschutz im Rahmen einstweiliger Verfügungen und ein Rechtsbehelf zur Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, also ein Hauptsacheverfahren, bereitzustellen. Im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes kann ein Gericht oder eine unabhängige Stelle „die voraussehbaren Folgen der vorläufigen Maßnahmen im Hinblick auf alle möglicherweise geschädigten Interessen sowie das Interesse der Allgemeinheit berücksichtigen“ und Maßnahmen gegebenenfalls nicht ergreifen. Darüber hinaus ist gemäß Art. 2 Abs. 3 RL 89/665/EWG ein automatischer Suspensiveffekt nur bei verwaltungsrechtlichen Vorverfahren (Widerspruch) und in der ersten gerichtlichen Instanz vorzusehen. Dementsprechend lassen sich der Rechtsmittelrichtlinie keine Vorgaben zur Gewährung eines Suspensiveffekts in der zweiten Instanz, also der sofortigen Beschwerde entnehmen. Ein Widerspruch der Regelungen des GWB mit dem unionsrechtlichen Sekundärrecht kommt damit lediglich für § 169 Abs. 1 GWB in Betracht.

Hier ist ein Verstoß gegen die Vorgaben der Rechtmittelrichtlinie insofern möglich, da der Suspensiveffekt gemäß Art. 2 Abs. 3 RL 89/665/EWG nicht aufgehoben werden darf, „bevor die Nachprüfungsstelle eine Entscheidung über einen Antrag auf vorläufige Maßnahmen oder eine Entscheidung in der Hauptsache getroffen hat“. Da jedoch schon das Hauptsacheverfahren einen automatischen Suspensiveffekt auslöst, ist der Antragsteller der Hauptsache nur in Ausnahmefällen, nämlich wenn eine Verletzung subjektiver Rechte durch andere Entscheidungen als der Zuschlagsentscheidung in Betracht kommt, daran interessiert, weitere vorläufige Maßnahmen zu beantragen. Solange er diese Möglichkeit, welche nach § 169 Abs. 3 GWB besteht, nicht beansprucht, muss der automatische Suspensiveffekt bis zur Entscheidung der Hauptsache bestehen. Jedenfalls stellt ein Antrag auf die

Vorabgestattung des Zuschlags nach § 169 Abs. 2 GWB keinen Antrag auf vorläufige Maßnahmen im Sinne des Art. 2 Abs. 1 a) der RL 89/665/EWG dar. Die Vermischung des vorläufigen Rechtsschutzes mit dem Hauptsacheverfahren, die darin begründet liegt, dass bereits der Rechtsbehelf der Hauptsache einen Suspensiveffekt auslöst, führt zu einer gewissen Überflüssigkeit des klassischen vorläufigen Rechtsschutzes in Form der einstweiligen Verfügungen. Eine Rechtswidrigkeit der Gestattungsverfahren würde also aus der gesetzlichen Umkehrung der praktischen Pflicht zur Inanspruchnahme des vorläufigen Rechtsschutzes führen: Da die Bieter bereits durch den Rechtsbehelf in der Hauptsache in den Genuss eines Suspensiveffekts kommen, müssen sie keine weiteren vorläufigen Maßnahmen beantragen. Weil der Suspensiveffekt aber erst nach einer Entscheidung über vorläufige Maßnahmen oder in der Hauptsache entfallen darf, darf der Zuschlag regelmäßig erst nach dem Hauptsacheverfahren erteilt werden. Jedenfalls ist gemäß Wortlaut und auch systematisch keine auftraggeberinitiierte Durchbrechung des Suspensiveffekts in den Rechtsmittelrichtlinien vorgesehen. Fraglich bleibt jedoch, ob diese Rechtsfolge vom europäischen Gesetzgeber so vorgesehen wurde. Der automatische Suspensiveffekt der Rechtsbehelfe im vorläufigen Rechtsschutz sowie in der Hauptsache wurde erst mit der RL 2007/66/EG implementiert. Vorher war die Bereitstellung vorläufigen Rechtsschutzes also von wesentlich größerer Bedeutung, da nur durch einstweilige Verfügungen die Erteilung eines wirksamen Zuschlags verhindert werden konnte. Den Erwägungsgründen der RL 2007/66/EG lässt sich ebenfalls entnehmen, dass neben der Wartefrist auch eine Mindestfrist vorzusehen ist, die garantiert, dass ein Gericht entweder über einen Antrag auf vorläufige Maßnahmen oder in der Hauptsache entscheidet (Erwägungsgrund 12). Ziel der Rechtsmittelrichtlinie scheint es also zu sein, dass ein Gericht oder eine unabhängige Stelle überhaupt eine Entscheidung über Sach- und Rechtsfragen treffen kann, bevor ein wirksamer Zuschlag erteilt wird und sich die Hauptsache damit regelmäßig erledigt. Jedenfalls ist den Erwägungsgründen beziehungsweise der gesamten Rechtsmittelrichtlinie keine Präferenz für das Hauptsacheverfahren zu entnehmen. Es lässt sich daher argumentieren, dass die Rechtsmittelrichtlinie nur die Gewährung überhaupt einer Entscheidung vor Zuschlagserteilung garantieren soll. Daher ist es aus teleologischer Sicht unerheblich, von welcher Seite aus das Eilverfahren über vorläufige Maßnahmen initiiert wird. Schutzzweck der Richtlinie ist lediglich, dass überhaupt ein solches Verfahren vor einem wirksamen Zuschlag durchgeführt wird. Das Vorabgestattungsverfahren entspricht

qualitativ gesehen diesen Anforderungen. Zwar wird es durch den Auftraggeber oder den bevorzugten Bieter herbeigeführt, die Verhandlung entspricht jedoch einer Entscheidung über die Gewährung vorläufiger Maßnahmen.

Während man damit bei einer wörtlichen und systematischen Auslegung der Rechtsmittelrichtlinie einen nicht unerheblichen Unterschied zwischen den Vorgaben zum Suspensiveffekt der Rechtsbehelfe sowie dem Vorabgestattungsverfahren nach § 169 Abs. 2 GWB ausmachen kann, erfüllt die Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes auch vor dem Hintergrund der auftraggeberinitiierten Durchbrechung des Suspensiveffekts das von der Rechtsmittelrichtlinie angedachte Schutzniveau. Bezieht man nun mit ein, dass Richtlinien zuvorderst ein Regelungsziel vorgeben und damit den Mitgliedstaaten bezüglich der konkreten Ausgestaltung der Rechtsordnung einen weiten Ermessensspielraum einräumen, kann keine Verletzung der einschlägigen sekundärrechtlichen Vorgaben durch den Art. 169 Abs. 2 GWB ausgemacht werden. Zwar führt die Verkehrung der Initiierung eines einstweiligen Rechtsschutzes vom Rechtsschutzsuchenden zum Antragsgegner zu einem Bruch mit dem Wortlaut der Rechtsmittelrichtlinie, ihr Ziel, die Gewährleistung einer Entscheidung eines Gerichts oder einiger unabhängigen Stelle vor Erteilung eines Zuschlags, ist aber nicht verletzt. Fraglich bleibt jedoch, ob die in den Rechtsmittelrichtlinien vorgesehene Verkürzung des Rechtswegs auch im Sinne des Vergabeprimärrechts unproblematisch ist. Da die Rechtsmittelrichtline als Sekundärrecht diesen Vorgaben unterliegt, kann sich aus deren Untersuchung gegebenenfalls eine andere Auslegung ergeben.

2. Primärvergaberecht

Dem Schutzgehalt des Art. 47 GrCh lässt sich, wie auch der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, lediglich ein Recht auf vorläufigen Rechtsschutz entnehmen. Sofern Primärrechtsschutz gewährleistet wird, muss dieser wirksamen vorläufigen Rechtsschutz umfassen. Gemäß Rechtsmittelrichtlinie erfüllt der primäre Rechtsbehelf in der Hauptsache diese Funktion bereits aufgrund des automatischen Suspensiveffekts. Diese Konstellation steht einem auftraggeberinitiierten Eilverfahren zur Durchbrechung des Suspensiveffekts jedoch nicht entgegen. Auch bei der Anwendung des § 169 Abs. 2 GWB ist immer noch eine Entscheidung der Vergabekammer notwendig, damit der Auftraggeber trotz eines anhängigen Rechtsschutzverfahrens in der Hauptsache einen wirksamen Zuschlag

vornehmen darf. Die Frage, ob der gesetzliche Entscheidungsmaßstab für den einstweiligen Rechtsschutz nach § 169 Abs. 2 GWB den Anforderungen des Art. 47 GrCh entspricht, soll im nachfolgenden Gliederungspunkt separat diskutiert werden. Die systematische Ausgestaltung des Rechtsweges in der Form, dass der Antrag in der Hauptsache aufschiebende Wirkung hat, der Antragsgegner dann aber das Verfahren auf den einstweiligen, vorläufigen Rechtsschutz verkürzen kann, widerspricht jedenfalls nicht den Anforderungen des Art. 47 GrCh. Der von Art. 47 GrCh geforderte Mindeststandard des vorläufigen Rechtsschutzes in Form eines Eilverfahrens ist durch die Anwendung des § 169 Abs. 2 GWB damit nicht unterschritten.

Allerdings ergibt sich aus den Vergabegrundsätzen und insbesondere dem Effektivitätsgebot im Sinne des *effet utile* auch der Schutzzweck einer wirksamen Durchsetzung des Unionsrechts. Eine wirksame Durchsetzung des vergaberechtsrelevanten Unionsrechts kann jedoch erst nach der Durchführung eines wirksamen Rechtsbehelfs angenommen werden. Da der Art. 47 GrCh keinen Anspruch auf einen Instanzenzug umfasst, ist anzunehmen, dass die Durchführung eines Hauptsacheverfahrens eine ausreichend wirksame Durchsetzung des Unionsrechts gewährleistet. Eine Verkürzung des Rechtswegs auf den einstweiligen und vorläufigen Rechtsschutz kann diesem Anspruch jedoch nicht gerecht werden. Ein Eilverfahren mit einer prognostischen Abwägung möglicherweise beeinträchtigter Interessen ist keine geeignete Maßnahme, um sicherzustellen, dass einschlägiges Unionsrecht mit ausreichend hoher Wahrscheinlichkeit durchgesetzt wird. Dies kann lediglich durch eine umfassende Prüfung der Sach- und Rechtsfragen im Hauptsacheverfahren sichergestellt werden. In diesem Sinne entbindet der Art. 47 GrCh die Mitgliedstaaten bei der Bereitstellung vorläufigen Rechtsschutzes nicht von der Durchführung eines Hauptsachverfahrens. Ein solches muss durchgeführt werden, wenn der Primärrechtsschutz nicht in Gänze vom Gesetzgeber ausgeschlossen ist. Aufgrund der eingeschränkten Angreifbarkeit eines wirksam erteilten Zuschlags ist es aber nun denkbar, dass bei einer fehlerhaften Entscheidung im Gestattungsverfahren eine wirksame Durchsetzung des Unionsrechts durch den Primärrechtsschutz nicht mehr sichergestellt werden kann. So ist die auftraggeberinitiierte Verkürzung des Vergaberechtsschutzes grundsätzlich legitim und auch der Ausschluss von primärem Rechtsschutz nach einer wirksamen Zuschlagserteilung widerspricht nicht dem Schutzgehalt des Art. 47 GrCh. Die im Sinne des *effet utile* durch den Rechtsschutz zu erwirkende, effektive Durchsetzung des Unionsrechts ist in den Fällen, in denen der einstweilige und vorläufige

Rechtsschutz in Form des Gestattungsverfahren dies nicht erreicht, jedoch nicht gewährleistet. Grundsätzlich muss bei der Ausgestaltung des Rechtsweges mit einer Verkürzung auf einstweiligen, vorläufigen Rechtsschutz und dem Ausschluss wirksamen Primärrechtsschutz nach der Zuschlagsentscheidung also die Möglichkeit vorgesehen werden, bei einer fehlerhaften Entscheidung im Eilverfahren auf anderem Wege die wirksame Durchsetzung der unionsrechtlich begründeten Rechte und Freiheiten zu gewährleisten. Dafür kommt bezüglich des Rechtswegs bei der aktuellen Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes ausschließlich der Sekundärrechtsschutz in Betracht.

Es lässt sich also festhalten, dass die systematische Verkürzung des Rechtsweges auf ein einstweiliges Rechtsschutzverfahren durch den Auftraggeber in Einklang mit dem Primärvergaberecht ist. Da jedoch ein wirksamer Primärrechtsweg bei einer fehlerhaften Entscheidung im Eilverfahren über den vorläufigen Rechtsschutz nicht existiert, muss die wirksame Durchsetzung der unionsrechtlich begründeten Ansprüche durch den Sekundärrechtsschutz oder alternative Sanktionen gewährleistet werden. Dieser Anspruch ließe sich bei einer wirksamen Durchführung des Hauptsacheverfahrens nicht aus Art. 47 GrCh ableiten. Da die Unaufhebbarkeit eines wirksam erteilten Zuschlags jedoch die Wirksamkeit des Hauptsacheverfahrens massiv einschränkt und der Zuschlag aufgrund eines (möglicherweise fehlerhaften Eilverfahrens) vorgenommen werden kann, muss bei einer falschen Entscheidung im prognostischen Eilverfahren vor der Vergabekammer die Durchsetzung des Unionsrechts auf andere Weise erwirkt werden. Der *status quo* des Vergaberechtsschutzes führt also zu erweiterten Anforderungen an den Sekundärrechtsschutz bei fehlerhaften Entscheidungen im Eilverfahren nach § 169 Abs. 2 GWB.

B. Prüfintensität im Eilverfahren

Neben der Frage, ob die Gestattungsverfahren den Vergaberechtsweg systemisch unzulässig verkürzen, ist auch fraglich, ob in den Eilverfahren eine ausreichende Prüfintensität gegeben ist. Weder verfassungs- noch unionsrechtliche übergeordnete Normen stehen der Anwendung der Gestattungsverfahren der §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 1, 2, 176 Abs. 1 GWB grundsätzlich im Wege. Allerdings sehen die Normen einen detaillierten gesetzlichen Abwägungsmaßstab für die Vergabekammern und Beschwerdegericht vor. Dieser bestimmt die Kontrolldichte im Eilverfahren maßgeblich. Auch wenn aus systematischer Perspektive eine

Verkürzung des Rechtswegs auf die Eilverfahren legitim ist, müssen diese eine ausreichende Kontrolle des Vergabeverfahrens und eine mit den Vorgaben zur Effektivität des Vergaberechtsschutzes vereinbare Abwägungsentscheidung der Überprüfungsstellen gewährleisten.

I. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Wie aufgezeigt ist der Gesetzgeber verfassungsrechtlich verpflichtet, einstweiligen Rechtsschutz bereitzustellen. Durch die Ausgestaltung des Vergaberechtswegs mit einem automatischen Suspensiveffekt der Rechtsbehelfe, der durch Gestattungsverfahren durchbrochen werden kann, tritt dieser Sicherungserfolg ein. Es besteht damit immer noch ein Eilverfahren, das vorläufigen Rechtsschutz gewährleistet.

Grundsätzlich kommt Art. 19 Abs. 4 GG aber auch die Aufgabe zu, irreversible Rechtsverletzungen so weit wie möglich zu verhindern.[868] Eine dementsprechende Vorwegnahme der Hauptsache ist in den Eilverfahren nach §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 1, 2, 176 Abs. 1 GWB durchaus vorgesehen. So kann auch ein fälschlicherweise vorab gestatteter und erteilter Zuschlag gemäß § 168 Abs. 2 GWB nicht mehr aufgehoben werden. Der geschädigte Bieter ist dann auf das Fortsetzungsfeststellungsverfahren beschränkt. Wirksame Abhilfe der Rechtsverletzung kann dann nur noch aufgrund von Schadensersatzansprüchen erwirkt werden. Dementsprechend müssen im Rahmen des Schutzgehaltes des Art. 19 Abs. 4 GG besondere Ansprüche an die Gewährleistung vorläufigen Rechtsschutzes im Vergaberecht gestellt werden. Da der nationale Gesetzgeber dem entscheidenden Gericht, beziehungsweise der entscheidenden Vergabekammer, einen detaillierten Abwägungsmaßstab vorgegeben hat, gilt es diesen auf seine Komptabilität mit der Rechtsschutzgarantie abzugleichen.

Der Abwägungsmaßstab der §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 2, 176 Abs. 1 GWB unterscheidet sich nur in dem Punkt, dass im Gestattungsverfahren vor den Vergabekammern die Erfolgsaussichten des Rechtsschutzsuchenden im Hauptsacheverfahren beachten werden können, während die Beschwerdegerichte die Erfolgschancen beachten müssen.

[868] BVerfG, Beschluss vom 14.9.2016, Rs. 1 BvR 1335/13, Rn. 19.

Daher stellt sich vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG und dem Umstand, dass die Vergabekammer die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags gemäß § 169 Abs. 2 S. 5 GWB nicht in jedem Fall mit einbeziehen muss, die Frage nach dem Umfang der materiellen Prüfung der im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Ansprüche. Grundsätzlich ist es regelmäßig unproblematisch, den Rechtsschutzanspruch des Grundrechtsträgers aufgrund einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtsfragen hinter Interessen des allgemeinen Wohls zurückzustellen.[869] Jedoch bedarf es dabei ausreichend gewichtiger öffentlicher Belange. Außerdem steigt die notwendige Prüfintensität im summarischen Verfahren mit der drohenden Rechtsverletzung. Insbesondere wenn dem Antragsteller der Hauptsache aufgrund einer vorläufigen, einstweiligen Entscheidung irreversible Schäden entstehen können, muss das Gericht eine eingehende Untersuchung der Sach- und Rechtsfragen vornehmen. Jedenfalls spricht die faktische Erledigung der Hauptsache durch die Entscheidung im vorläufigen Eilverfahren für eine wesentliche Verdichtung der Prüfintensität von Sach- und Rechtsfragen.[870] Von dieser Pflicht zur eingehenden Untersuchung der einschlägigen Sach- und Rechtsfragen kann lediglich aus entgegenstehenden, überwiegenden, besonders gewichten Gründen abgewichen werden. Die Regelung des § 169 Abs. 2 GWB stellt den Einbezug der Erfolgsaussichten des Hauptantrages, in dessen Rahmen die einschlägigen Sach- und Rechtsfragen zwangsweise erörtert werden, in das pflichtgemäße Ermessen der Vergabekammer und des Beschwerdegerichts (im Rahmen des eigenständigen Rechtsmittels). Insofern besteht kein Widerspruch des Abwägungsmaßstabes des § 169 Abs. 2 GWB zum Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 GG, wenn insbesondere das Beschwerdegericht die eingehende Diskussion der einschlägigen Sach- und Rechtsfragen vornimmt, beziehungsweise nur bei besonders gewichtigen Gründen soweit wie nötig unterlässt.[871] Im Rahmen des Aussetzungsverfahrens nach § 173 Abs. 2 GWB und dem prozessualen Gegenstück des § 176 Abs. 1 GWB sind die Beschwerdegerichte sogar verpflichtet, die Erfolgsaussichten des Hauptantrags zu berücksichtigen. Diese Einbeziehung

[869] Etwa BVerfG, Beschluss vom 14.9.2016, Rs. 1 BvR 1335/13, Rn. 20.

[870] BVerfG, Beschluss vom 14.9.2016, Rs. BvR 1335/13, Rn. 20. So auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.05.2016, Rs. VII-Verg 16/16, Rn. 21.

[871] So auch *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 169 GWB, Rn. 61. Gegen die Entscheidung der Vergabekammer im Vorabgestattungsverfahren besteht ein eigenständiges Rechtsmittel vor den Beschwerdegerichten gemäß § 169 Abs. 2 S. 6 GWB. Dabei ist das Beschwerdegericht auf den Maßstab des § 169 Abs. 2 S. 1-4 GWB verwiesen. Da das Ermessen über die Beachtung der Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren (§ 169 Abs. 2 S. 5 GWB) davon nicht umfasst wird, gebietet sich analog zu §§ 173 Abs. 2, 176 Abs. 1 GWB eine Einbeziehung der Erfolgsaussichten des Hauptantrags, was eine ausreichende Ermittlung der Sach- und Rechtsfragen voraussetzt.

in den Abwägungsmaßstab muss dann in dem Sinne ausgeführt werden, dass regelmäßig eine ausreichend eingehende Ermittlung der einschlägigen Sach- und Rechtsfragen vorgenommen wird. Sofern sich daraus dann eine hinreichend sichere Erfolgsprognose der Hauptsache ableiten lässt, kann diese als vorrangiges Entscheidungskriterium herangezogen werden.[872] Ausschließlich in Fällen, in denen dies aufgrund besonders gewichtiger Gründe nicht möglich ist, kann die eingehende Untersuchung zugunsten einer reinen Abwägungsentscheidung zwischen den Vor- und Nachteilen einer weiteren Verzögerung durch den Rechtsbehelf unterlassen werden.[873]

Bislang ist also lediglich festzustellen, dass die Beschwerdegerichte im Rahmen der §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 2, 176 Abs. 1 GWB die Erfolgsaussichten des Hauptantrags ausreichend eingehend zu ermitteln und zu beachten haben. Darüber hinaus haben sich im Rahmen der §§ 80, 123 VwGO jedoch unterschiedliche Systeme entwickelt, nach denen die Gerichte eine Abwägung der widerstreitenden Interessen vornehmen sollen. Der gesetzliche Maßstab der §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 2, 176 Abs. 1 GWB zählt jedenfalls eine Vielzahl von Abwägungsgründen auf. Im Wesentlichen ist jedoch immer das Interesse des Rechtsschutzsuchenden im Hauptsacheverfahren mit den Interessen der Allgemeinheit an einer raschen Durchführung der Auftragsvergabe, also der Vermeidung weiterer Verzögerungen durch anhängige Rechtsbehelfe, abzuwägen. Bei der Gewichtung dieser Gründe erweist sich die Rechtsprechung des BVerfG als wenig ausschlaggebend. So hat das BVerfG in Bezug auf Einzelfälle eine Interessenabwägung unter der maßgeblichen Berücksichtigung der Erfolgsaussichten (sofern diese offensichtlich sind) gebilligt, andererseits aber auch akzeptiert, dass die Erfolgsaussichten nur ein Abwägungskriterium unter vielen ist und eine reine Interessenabwägung zugelassen, wenn sich die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes nicht hinreichend überblicken lasse.[874] In der Literatur und Rechtsprechung hat sich jedoch das Zwei-Stufenmodell einer materiell-akzessorischen Prüfung durchgesetzt. Demnach sei

[872] Vgl. *Reider*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 173 GWB, 48, 54. Siehe z.B. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.2.2016, Rs. Verg. 6/16, Rn. 3. Das OLG sieht den Vorrang des Rechtsschutzinteresses solange die Beschwerde „aller Voraussicht nach keinen Erfolg haben wird."

[873] *Schoch*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 39. Ergänzungslieferung, Stand Juli 2020, 2020, § 80 VwGO, Rn. 376.

[874] *Schoch*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 39. Ergänzungslieferung, Stand Juli 2020, 2020, § 80 VwGO, Rn. 376.

die Erfolgsaussicht des Hauptsacheverfahrens (sofern ersichtlich) ausschlaggebend.[875] Erst wenn eine Prognose über die Erfolgschancen im Hauptsacheverfahren nicht zu treffen ist, kann das Gericht ausschließlich anhand der Vor- und Nachteile eines vorabgestatteten Zuschlags entscheiden.[876] Fraglich ist in diesen Fällen, welchem Interesse grundsätzlich der Vorrang gegeben werden sollte. So kann entweder dem weiteren Ablauf des Vergabeverfahrens regelmäßig Vorrang zugesprochen werden oder dem Rechtsschutzinteresse des Klägers in der Hauptsache. In dieser strittigen Frage[877] ist der gesetzgeberische Wille recht eindeutig. Für das Eilverfahren vor der Vergabekammer hat der Gesetzgeber seinen Willen formuliert, dass der Zuschlag regelmäßig erteilt werden soll, wenn keine Anhaltspunkte für ein rechtswidriges Verhalten des Auftraggebers vorliegen.[878] Auch im Eilverfahren vor den Beschwerdegerichten spricht die systematische Entscheidung, den Suspensiveffekt auf zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist zu beschränken, für einen grundsätzlichen Vorrang des Abschlusses des Vergabeverfahrens. Die entsprechende Ansicht, dass in Fällen unklarer Erfolgsaussichten der Ablauf des Vergabeverfahrens Vorrang habe,[879] konnte sich in der Praxis bislang jedoch nicht durchsetzen.[880]

Betrachtet man die Entscheidung des Gesetzgebers als ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der Gestattung des Zuschlags, was durch die neueste Anpassung der §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 2, 176 Abs. 1 GWB[881] bestärkt wird („Die besonderen Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen überwiegen in der Regel, wenn…"), kommt man jedoch in einen Konflikt mit Art. 19 Abs. 4 GG. Gemäß der Rechtsschutzgarantie sind irreversible Rechtsverletzungen im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes nämlich so weit wie möglich zu vermeiden. Ein genereller Vorrang der Interessen des Auftraggebers und der Allgemeinheit an

[875] *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 173 GWB, Rn. 22; *Goebel*, Gesamtwirtschaftliche Aspekte im vorläufigen Vergaberechtsschutz, 2008, S. 178; *Reider*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 173 GWB, Rn. 54.
[876] *Schoch*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 39. Ergänzungslieferung, Stand Juli 2020, 2020, § 80 VwGO, Rn. 373; *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 173 GWB, Rn. 18; ähnlich *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 173 GWB, Rn. 17.
[877] Vgl. *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 173 GWB, Rn. 20.
[878] Vgl. BT-Drs. 13/9340, S. 21; *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 173 GWB, Rn. 21; so auch schon *Goebel*, Gesamtwirtschaftliche Aspekte im vorläufigen Vergaberechtsschutz, 2008, S. 79 f.
[879] So etwa *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 173 GWB, Rn. 23.
[880] Vgl. *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 173 GWB, Rn. 25; so auch *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 173 GWB, Rn. 24.
[881] Vorgenommen durch das Gesetz zur beschleunigten Beschaffung im Bereich der Verteidigung und Sicherheit und zur Optimierung der Vergabestatistik vom 25.03.2020, BGBl. I, S. 674.

einer raschen Beschleunigung der Vergabe wird diesem Anspruch jedoch nicht gerecht. So ist unstrittig, dass unaufschiebbare Maßnahmen im Interesse des allgemeinen Wohls zu einer Verkürzung des effektiven Primärrechtsschutz führen müssen.[882] Einen generellen Vorrang des Beschleunigungsinteresses vor dem Rechtsschutzinteresse der Bieter kann dies aber nicht rechtfertigen. So wird dem Beschleunigungsinteresse des Auftraggebers im Vergabeverfahren bereits eine wesentliche Bedeutung eingeräumt. Besonders in Fällen einer Krise oder anderen Fällen, in denen ein besonderes Beschleunigungsinteresse besteht, existieren verfahrensrechtliche Möglichkeiten, verkürzte Beschaffungsverfahren durchzuführen. Sofern in Ausnahmefällen dann immer noch besondere Umstände zur weiteren Beschleunigung in Form der Verkürzung des Rechtswegs bestehen, ist dies zweifelsfrei im Rahmen der Gestattungsverfahren möglich. Das BVerfG hat jedoch klar geurteilt, dass für die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsaktes ein besonderes öffentliches Interesse erforderlich sei, das über jenes Interesse hinausgeht, das den Verwaltungsakt selbst rechtfertigt.[883] Der Maßstab der §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 2, 176 Abs. 1 GWB verlangt in der Auslegung, dass bei unklarer Erfolgsaussicht des Hauptantrags dem Interesse an einer Vorabgestattung Vorrang einzuräumen ist, jedoch keinerlei „besonderes öffentliches Interesse“. Nicht in jedem Fall führt die Durchführung eines Hauptsacheverfahrens zur schwerwiegenden Schädigung von allgemeinen Interessen. Als Beispiel dafür kann die beschleunigte Beschaffung von Schutzausrüstung während der COVID-Krise herangezogen werden. Da zu Beginn der Pandemie das Vorliegen einer Krise im Sinne des § 169 Abs. 2 GWB erklärt wurde,[884] hätte gemäß Abwägungsmaßstab jeder anhängige Rechtsbehelf mit offener Erfolgsprognose im Rahmen der Gestattungsverfahren automatisch auf das Eilverfahren begrenzt werden können. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass sämtliche Güter, die beschafft werden sollten (wie etwa Schutzmasken), zu jeder Zeit so knapp vorhanden waren, dass eine zusätzliche Verzögerung nicht hinzunehmen gewesen wäre. Vielmehr zeigen die vielfach mangelhaften Produkte, dass eine gründlichere Verfahrensdurchführung, zu welcher Rechtsbehelfe im Vergaberecht wesentlich beitragen, auch im Sinne des Auftraggebers gewesen wäre. Sicherlich muss anerkannt werden, dass in entsprechenden Ausnahmesituationen die Verkürzung des Rechtswegs möglich sein muss. Der vom Gesetzgeber angedachte grundsätzliche Vorrang des

[882] BVerfG, Beschluss vom 14.9.2016, Rs. 1 BvR 1335/13.
[883] BVerfG, Beschluss vom 21.3.1985, Rs. 2 BvR 1642/83. Vgl. auch *Ax/Schneider*, Rechtsschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe, 2011, S. 126 f.
[884] Ausführlicher dazu *Jürgens*, VergabeR 20 (4), 578 (578).

Interesses an einer raschen Beschaffung ist aber nicht gerechtfertigt. Da bei der Durchbrechung des Suspensiveffekts der primäre Rechtsschutz regelmäßig ins Leere läuft,[885] ist grundsätzlich dem Interesse des Rechtsschutzsuchenden ein Vorrang einzuräumen. Denn laut BVerfG lässt sich lediglich im Einzelfall entscheiden, wann „ausnahmsweise" der Rechtsschutzanspruch hinter den Interessen der Allgemeinheit zurücktreten muss.[886] In diesem Sinne ist dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, der sich insbesondere im Wortlaut der Maßstäbe der §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 2, 176 Abs. 1 GWB widerspiegelt und den grundsätzlichen Vorrang des Ablaufs des Vergabeverfahrens bei unklarer Erfolgsaussicht des Hauptsachenantrags vorsieht, nicht Folge zu leisten.[887]

Betrachtet man die Vergabestatistik, scheint lediglich das starke Aufkommen von Anträgen nach § 169 Abs. 2 GWB sowie deren Erfolgschance vor der VK Sachsen-Anhalt für ein Abweichen von diesen strengen Vorgaben zu sprechen. Während im Jahr 2018 sieben der insgesamt 16 bundesweit gestellt Anträge auf Zuschlagsgestattung vor der VK Sachsen-Anhalt gestellt und immerhin fünf davon bewilligt wurden, wurden 2019 noch drei von sieben Anträgen nach § 169 Abs. 2 GWB von der VK bewilligt (bei 15 Anträgen bundesweit). In den einschlägigen Beschlüssen[888] geht die VK Sachsen-Anhalt jedoch immer davon aus, dass neben den ausweislich geringen Erfolgschancen des Antragstellers in der Hauptsache zusätzlich ein besonderes Beschleunigungsinteresse der Vergabestelle vorliegen muss. Insofern scheint sie den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Abwägungsentscheidung zu genügen. Jedoch sieht die VK zumindest in einem Fall das besondere Beschleunigungsinteresse schon dann als gegeben an, wenn die Durchführung der beschafften baulichen Dienstleistung aufgrund der Durchführung des Nachprüfungsverfahrens verzögert würde und damit Beeinträchtigungen der Anwohner verbunden sind.[889] Die Erfüllung des Beschaffungsvorhabens und die damit bezweckte Verbesserung der Lage darf jedoch explizit nicht bereits ausreichen, um das subjektive Recht auf effektiven, also primären, Rechtsschutz zu verkürzen und damit auch das allgemeine Interesse an der korrekten Anwendung des Vergaberechts zu unterlaufen. Folgerichtig kippte das OLG Naumburg die

[885] Abgesehen vom Fortsetzungsfeststellungsverfahren, welches aber nur der Vorbereitung von Schadensersatzansprüchen dient und damit keinen wirksamen Primärrechtsschutz darstellt.
[886] BVerfG, Beschluss vom 21.3.1985, Rs. 2 BvR 1642/83. Vgl. auch *Pollmann*, Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im öffentlichen Vergaberecht, 2009, S. 160 f.
[887] So auch *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 173 GWB, Rn. 24.
[888] VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 17.9.2019, Rs. 2 VK LSA 35/19; Beschluss vom 20.9.2019, Rs. 1 VK LSA 16/19; Beschluss vom 15.10.2019, Rs. 2 VK LSA 39/19.
[889] VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 15.10.2019, Rs. 2 VK LSA 39/19, Rn. 78 f.

fragliche Entscheidung der VK.[890] In den beiden weiteren, im Beschaffungsvorhaben verbundenen Fällen bestätigte das OLG mit Verweis auf eine besondere Gefährdungslage im Straßenverkehr die von der VK Sachsen-Anhalt getroffene Abwägungsentscheidung.[891] Vor dem Hintergrund, dass 2020 zwar noch acht von bundesweit 19 Anträgen auf eine Zuschlagsgestattung vor der VK Sachsen-Anhalt gestellt, aber kein einziger mehr bewilligt wurde, scheint die VK ihre Rechtsprechung jedenfalls korrigiert zu haben. Insofern entspricht die Praxis der Vergabekammern und Beschwerdegerichte in Fragen der Vorabgestattung, welche als eine absolute Ausnahme behandelt wird, wohl eher den verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Effektivität des Rechtsschutzes als dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers.

II. Europarechtliche Vorgaben

Neben den dargestellten verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Durchführung der Gestattungsverfahren bestehen auch unionsrechtliche Anforderungen an deren Ausgestaltung.

Gemäß Art. 2 Abs. 5 RL 89/665/EWG können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass eine Nachprüfungsstelle „die voraussehbaren Folgen der vorläufigen Maßnahmen im Hinblick auf alle möglicherweise geschädigten Interessen sowie das Interesse der Allgemeinheit berücksichtigen kann und dass sie beschließen kann, diese Maßnahmen nicht zu ergreifen, wenn deren nachteilige Folgen die damit verbundenen Vorteile überwiegen“. Sofern die systematische Ausgestaltung der §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 2, 176 Abs. 1 GWB als mit Art. 2 Abs. 5 RL 89/665/EWG vereinbar verstanden wird, ergeben sich aus der Rechtsmittelrichtlinie kaum Vorgaben zum Abwägungsmaßstab selbst.[892] So kann die Nachprüfungsstelle eine Maßnahme nicht ergreifen (bzw. den Suspensiveffekt aufheben), wenn deren Nachteile die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Daher lassen sich aus der Norm insbesondere keine Anforderungen an weitergehende Ermittlungen über die Sach- und Rechtsfragen ableiten, noch ein grundsätzlicher Vorrang des Rechtsschutzinteresses oder des Interesses der Allgemeinheit.[893] Auch systematisch lässt sich aus der Rechtsmittelrichtlinie kein besonderer Vorrang des Suspensiveffekts ableiten. So ist die aufschiebende Wirkung explizit nur bis zu

[890] OLG Naumburg, Beschluss vom 22.11.2019, Rs. 7 Verg 7/19, Rn. 31 ff.
[891] OLG Naumburg, Beschlüsse vom 18.10.2019; Rs. 7 Verg 4/19, 7 Verg 5/19.
[892] *Reider*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 173 GWB, Rn. 46.
[893] So auch *Goebel*, Gesamtwirtschaftliche Aspekte im vorläufigen Vergaberechtsschutz, 2008, S. 127.

einer Entscheidung über vorläufige Maßnahmen oder eine Entscheidung in der Hauptsache begrenz (Art. 2 Abs. 3 RL 89/665/EWG). Allerdings verweisen auch keine Normen der Richtlinie auf den Vorrang des Ablaufs des Vergabeverfahrens, was vor dem Zweck der Rechtsmittelrichtlinie, nämlich der Gewährung wirksamen Rechtsschutzes, überraschen würde. Außerdem ist gemäß Wortlaut eine reine Interessenabwägung in dem Sinne möglich, dass die Erfolgsaussichten des Antragstellers in der Hauptsache nicht maßgebliche in die Abwägungsentscheidung mit einbezogen werden müssen. Daher kann der vorläufige Rechtsschutz auch bei einem offensichtlichen Vergaberechtsbruch abgelehnt werden.[894] Die Rechtsmittelrichtlinie schreibt also keine materiell-akzessorische Abwägung vor. Es müssen lediglich die Nachteile der vorläufigen Maßnahmen, in Bezugnahme aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit, die Vorteile der Maßnahmen übertreffen. Insgesamt lassen sich aus der Rechtsmittelrichtlinie also keine konkreten Vorgaben zum Abwägungsmaßstab bei der Vorabgestattung von Zuschlägen ableiten. Vielmehr räumt die Rechtsmittelrichtlinie den Mitgliedstaaten insbesondere bei der Benennung weiterer Abwägungsgründe einen weiten Ermessensspielraum ein. Lediglich eine Beschränkung auf bestimmte Gründe scheint dem Wortlaut („alle möglicherweise geschädigten Interessen“) des Art. 2 Abs. 5 RL 89/665/EWG zu widersprechen. Einer näheren Konkretisierung des Abwägungsmaßstab durch den nationalen Gesetzgeber steht dies aber nicht im Wege.[895]

Die Unbestimmtheit der Rechtsmittelrichtlinie in Bezug auf den Abwägungsmaßstab für die (Nicht)Ergreifung vorläufiger Maßnahmen und damit auch über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen kann damit zusammenhängen, dass sich das Unionsrecht am französischen Modell der sofortigen Vollziehbarkeit angefochtener Administrativakte orientiert.[896] So lässt sich dem Art. 47 GrCh zwar ein Gebot vorläufigen Rechtsschutzes entnehmen soweit dies für einen wirksamen Rechtsschutz erforderlich ist,[897] eine aufschiebende Wirkung wird jedoch lediglich unter besonderen Umständen verlangt. So hat der EuGH beispielsweise in Bezug auf die Rechtsprechung des EGMR festgestellt, dass eine aufschiebende Wirkung bei Rechtsbehelfen gegen Rückkehrentscheidungen im

[894] EuGH, Urteil vom 22.9.1988, Rs. 45/87, Dundalk; *Seidel/Mertens*, in: Dauses/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 51. Ergänzungslieferung, Stand: Oktober 2020, 2020, H. IV. Öffentliches Auftragswesen, Rn. 307; a.A. *Reider*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 173 GWB, Rn. 47.
[895] *Goebel*, Gesamtwirtschaftliche Aspekte im vorläufigen Vergaberechtsschutz, 2008, S. 127 f.
[896] *Schoch*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 39. Ergänzungslieferung, Stand Juli 2020, 2020, § 80 VwGO, Rn. 22.
[897] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 47 GrCh, Rn. 36.

Asylrecht bestehen muss, wenn „deren Vollzug geeignet ist, den betroffenen Drittstaatsangehörigen einer ernsthaften Gefahr der Todesstrafe, der Folter oder einer anderen unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe auszusetzen“. Einem grundsätzlichen Vorrang aufschiebender Wirkungen von Rechtsbehelfen vor öffentlichen Interessen kann dies jedoch nicht gleichgesetzt werden. Vor dem Hintergrund, dass im Vergaberecht die wesentlichen Interessenschädigungen durch Verfahrensfehler auch durch Schadensersatz ausgeglichen werden können (Vermögensschäden), ist ein genereller Vorrang des Rechtsschutzinteresses bei Abwägungsentscheidungen über die Gewährung eines Suspensiveffekts im Vergaberechtsschutz nicht angemessen. Außerdem haben beispielsweise auch Klagen vor dem EuGH grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung (Art. 278 AEUV), sodass dem Vergabeprimärrecht keine Vorgaben zum Abwägungsmaßstab für die Vorabgestattung eines wirksamen Zuschlags entnommen werden können. Sofern also die systematische Ausgestaltung des deutschen Vergaberechtsschutzes mit einem automatischen Suspensiveffekt aller Rechtsbehelfe, der dann durch Auftraggeber oder dritten Bieter im Rahmen der Gestattungsverfahren durchbrochen werden kann, als rechtsmittelrichtlinienkonform verstanden wird, ist auch der Abwägungsmaßstab der §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 2, 176 Abs. 1 GWB unionsrechtlich unproblematisch. Die erweiterten Anforderungen an den Sekundärrechtsschutz zur wirksamen Durchsetzung der unionsrechtlich begründeten Rechte im Vergabeverfahren bleiben davon jedoch unberührt.

Kapitel 8: Ausreichender Sekundärrechtsschutz und seine Ausgestaltung

Zur Absicherung der Effektivität des Vergaberechtsschutzes bestehen eine Vielzahl von verfahrens- und prozessrechtlichen Eigenheiten. Der Sekundärrechtsschutz spielt in dieser Hinsicht eine untergeordnete Rolle. Der europäische wie nationale Gesetzgeber ist in erster Linie darauf bedacht, durch vorläufigen Rechtsschutz in Form eines ausgedehnten Suspensiveffekts der Rechtsbehelfe (zumindest im Oberschwellenbereich) einen wirksamen Rechtsweg bis zur Zuschlagsentscheidung bereitzustellen. Dennoch ist der Vergaberechtsweg nicht auf Primärrechtsschutz beschränkt. Er legt zwar einen zu begrüßenden Fokus auf den vorrangigen Primärrechtsschutz, dieser wird jedoch durch mehrere spezielle und allgemeine Schadensersatzansprüche ergänzt. Den unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen sind jedoch gewisse Spezifika zu eigen. So ist der speziell vergaberechtliche Schadensersatz im

Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien gemäß EuGH-Rechtsprechung etwa verschuldensunabhängig zu gewährleisten. Verschiedene andere Tatbestandsvoraussetzungen, wie etwa das Vorliegen einer „echten Chance“ den Zuschlag zu erhalten, begrenzen die Schadensersatzansprüche jedoch nicht unwesentlich, sodass regelmäßig (und besonders unterhalb der Schwellenwerte) auch auf die allgemeinen Anspruchsgrundlagen des BGBs zurückgegriffen wird. Hier eignen sich wiederum nicht alle Anspruchsgrundlagen für die Geltendmachung aller potenziellen Verfahrensfehler (§ 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB können mangels Schuldverhältnisses etwa keine Direktvergaben kompensieren). Außerdem lassen sich die Anforderungen der EuGH-Rechtsprechung auf diese rein nationalen Schadensersatzansprüche nicht problemlos übertragen.

Als weiteres Problem wurden bestimmte Bereich im primären Vergaberechtsschutz ausgemacht, die einen wirksamen Primärrechtsschutz verhindern. Damit der Vergaberechtsschutz dennoch als ausreichend effektiv erachtet werden kann, beziehungsweise ein Eingriff in die Effektivität des Vergaberechtsschutzes gerechtfertigt ist, müssen in diesen Bereichen erhöhte Anforderungen an den Sekundärrechtsschutz gestellt werden. So ist insbesondere bei fehlerhaften Entscheidungen in den Eilverfahren zur Vorabgestattung des Zuschlags und im nicht wirksamen Primärrechtsschutzsystem unterhalb der Schwellenwerte eine besondere Kompensation der Eingriffe durch den Sekundärrechtsschutz möglich und nötig. Vor diesem Hintergrund stellt sich jeweils für den Bereich ober- und unterhalb der Schwellenwerte separat die Frage, ob die Ausgestaltung des Sekundärrechtsschutzes im Allgemeinen sowie besonders in den ausgemachten Bereichen mangelnder Wirksamkeit des Primärrechtsschutzes mit den übergeordneten Normen des Verfassungs- und Unionsrechts vereinbar ist.

A. Fehlende Kompensationsmöglichkeiten bei Verfahrensfehlern oberhalb der Schwellenwert

Das GWB-Vergaberecht sieht mit den Nachprüfungsverfahren sowie der sofortigen Beschwerde oberhalb der Schwellenwerte einen speziellen Vergaberechtsschutz vor. Dies umfasst auch die besondere Anspruchsgrundlage des § 181 GWB. Aus dem speziellen, primären Vergaberechtsschutzsystem oberhalb der Schwellenwerte ergibt sich wiederum der notwendige Umfang der sekundärrechtlichen Anspruchsgrundlagen. Die Frage, ob der

status quo des Sekundärrechtschutzes die Effektivität des Vergaberechtschutzes als Ganzes beschränkt oder erst garantiert, ist daher losgelöst vom Vergaberechtsschutzsystem unterhalb der Schwellenwerte zu diskutieren und am jeweiligen Maßstab der verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben zu messen. Dabei muss geklärt werden, ob die unterschiedlichen und zum Teil sehr beschränkten Anspruchsgrundlagen vor dem Hintergrund der Ausgestaltung des Primärrechtsschutzes generell ausreichend sind und etwaige Lücken der primären Rechtsbehelfe kompensieren können.

I. Nach Verfassungsrecht

Die verschiedenen Anspruchsgrundlagen, welche für die Gewährung von Schadensersatz bei Vergabeverfahrensfehlern in Betracht kommen, weisen jeweils spezielle Anspruchsvoraussetzungen auf. Diese Anspruchsvoraussetzungen schränken den vergaberechtsrelevanten Schadensersatz zum Teil wesentlich ein. So ist etwa gemäß § 181 GWB ein Verstoß gegen eine bieterschützende Norm, eine echte Chance auf den Zuschlag und eine Kausalität zwischen Verfahrensverletzung und eingetretenem Schaden notwendig, damit ein Bieter Schadensersatz für die Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren erwirken kann. Da gemäß Rechtsprechung des BGH eine echte Chance auf den Zuschlag nur dann vorliegt, wenn eine Vergleichbarkeit der Angebote und damit ihre Wertung möglich ist, können wesentliche Verfahrensverletzungen im Rahmen der Leistungsbeschreibung nicht durch den § 181 GWB kompensiert werden. Stimmt man dem BGH sogar darin zu, dass lediglich eine Spitzengruppe von Bietern überhaupt eine Chance auf den Zuschlag haben kann,[898] fällt die Kompensation der Verfahrensverletzung für alle anderen Bieter ebenfalls weg. Außerdem ist durch den § 181 GWB nur das negative Interesse der Bieter einzuklagen, was den Umfang des Sekundärrechtsschutzes wesentlich einschränkt. Es ist also festzuhalten, dass der § 181 GWB nur in sehr begrenztem Maße Verfahrensverletzungen kompensieren kann.

Jedoch wird die spezielle Anspruchsgrundlage des § 181 GWB durch weitere Schadensersatzansprüche aus dem BGB ergänzt. So ist es im Rahmen des § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 311, 241 Abs. 2 BGB etwa möglich auch das positive Interesse ersetzt zu bekommen, wenn der Bieter nachweisen kann, dass er den Zuschlag bei korrekter Verfahrensführung hätte erhalten müssen. Jedoch können gemäß § 280 Abs. 1 BGB i.V.m.

[898] *Ax/Schneider*, Rechtsschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe, 2011, S. 170.

§§ 311, 241 Abs. 2 BGB rechtswidrige Direktvergaben mangels Schuldverhältnisses nicht kompensiert werden. Dies ist wiederum im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB möglich, was aber regemäßig leerläuft, da ohne Vergabeverfahren kein negatives Interesse der Bieter berührt wurde sowie nicht nachgewiesen werden kann, dass ein Bieter den Zuschlag zwingend erhalten hätte.

Insgesamt bieten der § 181 GWB und die zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche ein breites Netz an Sekundärrechtsschutz. Die Anspruchsgrundlagen haben aber gemein, dass entweder nur das negative Interesse ersatzfähig ist oder bei tatsächlich erteiltem Zuschlag erwiesen werden muss, dass der Anspruchsberechtigte den Zuschlag hätte erhalten müssen. Abgesehen davon ist auch das negative Interesse nicht ohne weiteres zu ersetzen. So muss im Rahmen des § 181 GWB eine echte Chance auf den Zuschlag vorliegen, während die zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen nicht verschuldensunabhängig Schadensersatz gewährleisten. Dieser Umstand ist aber insoweit nicht von Bedeutung, da im Primärrechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte keine verfassungsrechtlichen Mängel bestehen.[899] Die Bieter können im Rahmen der Nachprüfungsverfahren und sofortigen Beschwerde verfassungsrechtlich betrachtet effektiven Rechtsschutz in Anspruch nehmen. Auch Verfahrensfehlern, die aufgrund der unterschiedlichen restriktiven Anspruchsvoraussetzungen nicht durch Schadensersatz kompensiert werden können, kann im Vorhinein durch Primärrechtsschutz Abhilfe geleistet werden. Insofern sind aus verfassungsrechtlicher Sicht keine erhöhten Anforderungen an den Sekundärrechtsschutz zu stellen. Im Gefüge des effektiven Primärrechtsschutz besteht mit § 181 GWB eine wirksam durchzusetzende Anspruchsgrundlage, um tatsächlich eingetretene Schäden (Ausgaben im Rahmen des Verfahrens) bei vorliegender Kausalität der Verfahrensfehler zu ersetzen. Eine darüberhinausgehende Funktion als primäre Kompensation von Rechtsverletzungen muss der Sekundärrechtsschutz nicht erfüllen. Vor diesem Hintergrund ist die Anspruchsgrundlage des *culpa in contrahendo* und die deliktsrechtliche Anspruchsgrundlage des § 823 Abs. 2 BGB nur von ergänzender Natur. Jedenfalls ist es Bietern nach Maßgabe der verfassungsrechtlichen Vorgaben möglich, wirksamen Primärrechtsschutz in Anspruch zu nehmen und darüber hinaus tatsächlich eingetretene Schäden, sei es lediglich das negative Interesse oder sogar der

[899] Diese Aussage gilt hinsichtlich der nötigen Effektivität des Rechtsschutzes. Aus Gründen der Staatshaftung oder ähnlichen verfassungsrechtlichen Notwendigkeiten kann jedoch sehr wohl Sekundärrechtsschutz notwendig sein, was hier jedoch nicht debattiert werden soll.

fälschlicherweise nicht erteilte Zuschlag, ersetzt zu bekommen. Andere Verfahrensfehler, die letztlich keinen Schaden nach sich gezogen haben, sind zwar nicht durch den Schadensersatz zu kompensieren, dies ist aber vor dem Hintergrund des effektiven Primärrechtsschutz (nach verfassungsrechtlichen Vorgaben gilt dies auch für die Vorabgestattungsverfahren) auch nicht nötig.

II. Nach Unionsrecht

Die Ausgestaltung des Sekundärrechtsschutzes ist jedoch auch an den unionsrechtlichen Vorgaben zu messen. Dazu kommt neben den Rechtsmittelrichtlinien auch das Primärvergaberecht in Betracht. Für letzteres lassen sich insbesondere dort erhöhte Anforderungen an den Sekundärrechtsschutz vermuten, wo der Primärrechtsschutz Lücken aufweist.

1. Sekundärrechtsschutz Rechtsmittelrichtlinien

Wie bereits dargelegt, lassen sich der Rechtsmittelrichtlinie nur rudimentäre Vorgaben zur Ausgestaltung des Sekundärrechtsschutzes entnehmen.[900] Die Rechtsprechung des EuGH ist daher diesbezüglich übersichtlich. Zunächst ist eindeutig, dass ein Verschulden des Verfahrensfehlers durch den Auftraggeber keine Anspruchsvoraussetzung des vergaberechtlichen Schadensersatzes sein darf. Darüber hinaus hat der EuGH drei Voraussetzungen betont, nach denen zwingend Schadensersatz auch gemäß der Rechtsmittelrichtlinie zu garantieren ist. So handele es sich bei dem durch die Rechtsmittelrichtlinie vorgeschriebenen Schadensersatz im Vergaberecht um eine Konkretisierung des Grundsatzes der Haftung des Staates. Demnach muss einem Geschädigten dann Schadensersatz geleistet werden, wenn die unionsrechtliche Norm, gegen die verstoßen wurden, die Verleihung von Rechten an den Einzelnen bezweckt, der Verstoß gegen diese Norm hinreichend qualifiziert ist und zwischen diesem Verstoß und dem entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht.[901]

Davon abgesehen bleibt es (unter Vorbehalt des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes) Mitgliedstaaten unbehelligt, in ihrer Verfahrensautonomie die entsprechenden

[900] *Gröning*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 181 GWB, Rn. 2.
[901] EuGH, Urteil vom 9.12.2010, Rs. C-568/08, Combinatie Spijker, Rn. 87.

Anspruchsvoraussetzungen festzulegen.[902] Ergänzt wird diese Rechtsprechung durch eine ausführlichere Konkretisierung in der RL 92/13/EWG. Gemäß Art. 2 Abs. 7 RL 92/13/EWG ist Schadensersatz für die Kosten der Teilnahme an einer Auftragsvergabe dann zu gewähren, wenn „ein Verstoß gegen die Gemeinschaftsvorschriften für die Auftragsvergabe oder gegen einzelstaatliche Vorschriften zur Umsetzung dieser Vorschriften vorliegt“ und der Geschädigte „eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten, die aber durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde“.

Im Rahmen der Umsetzung dieser Richtlinienvorschrift durch den § 181 GWB ist lediglich die Anspruchsvoraussetzung der echten Chance des Bieters auf den Zuschlag kritisch. Während diese Anspruchsvoraussetzung in der RL 92/13/EWG zwar grundsätzlich vorzufinden ist, hat der deutsche Gesetzgeber die Voraussetzung durch den Bezug auf die Wertung der Angebote verschärft. Aufgrund des Wortlauts des § 181 S. 1 GWB muss ein Bieter bei der Wertung der Angebote eine echte Chance auf den Zuschlag gehabt haben. Folglich sind gemäß Rechtsprechung des BGH Verfahrensfehler dann nicht durch § 181 GWB zu kompensieren, wenn aufgrund von Fehlern in der Ausschreibung keine Wertung der Angebote möglich ist.[903] Dieser Ansicht folgend besteht dann ebenfalls keine echte Chance, wenn ein Verfahren in der gewählten Form nicht hätte stattfinden dürfen.[904] Diese Auslegung führt dazu, dass eine ganze Reihe von Verfahrensfehlern nicht zu Schadensersatzansprüchen nach § 181 GWB führt. Gemäß Rechtsprechung des EuGH muss Schadensersatz aber dann gewährleistet werden, wenn durch einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen eine Rechte begründende Norm kausal ein Schaden entstanden ist. Dies ist durchaus in Fällen denkbar, in denen nach § 181 GWB kein Schadensersatzanspruch besteht. So kann auch eine mangelhafte Ausschreibung dazu führen, dass sich Bieter bewerben und ihnen dadurch Kosten entstehen. Aufgrund der mangelhaften Ausschreibung kann das Vergabeverfahren dann aber nicht durchgeführt werden. Letztlich sind dem Bieter durch die mangelhaft vorgenommene Ausschreibung kausal Kosten, also Schäden, entstanden. Da der § 181 S. 1 GWB jedoch auf die notwendige Wertung der Angebote abstellt, bleiben entsprechende Verfahrensfehler unangreifbar. In Bezug auf eine notwendigerweise vorgenommene Wertung der Angebote ist die Anspruchsvoraussetzung der echten Chance also nicht mit der

[902] EuGH, Urteil vom 9.12.2010, Rs. C-568/08, Combinatie Spijker, Rn. 90.
[903] BGH, Urteil vom 1.8.2006, Rs. X ZR 146/03, Rn. 13 ff.
[904] OLG Dresden, Urteil vom 10.2.2004, Rs. 20 U 1697/03; *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 181 GWB, Rn. 27.

Rechtsprechung des EuGH in Einklang zu bringen. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass das unionsrechtliche Vorbild des § 181 S. 1 GWB, nämlich der Art. 2 Abs. 7 RL 92/13/EWG, explizit nicht auf eine Wertung der Angebote abstellt. Auch die weiteren Schadensersatzansprüche des BGB vermögen dann nicht die Anforderungen an den Sekundärrechtsschutz zu erfüllen. So sind im Rahmen des § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 311, 241 Abs. 2 BGB ebenfalls nicht alle Verfahrensfehler anzugreifen, die einen Schaden hervorrufen können. Des Weiteren werden die §§ 280 Abs. 2, 823 Abs. 2 BGB als in Betracht kommende Anspruchsgrundlagen nicht verschuldensunabhängig gewährt. Letztlich ist anzunehmen, dass § 181 GWB vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung nicht mit Art. 2 Abs. 1 lit. c) RL 89/665/EWG vereinbar ist. Die Rechtsprechung des BGH zum notwendigen Vorliegen einer „echten Chance“ bei der möglichen Wertung der Angebote fixiert sich zu stark auf den Wortlaut des § 181 GWB, der im Widerspruch zu den unionsrechtlichen Vorgaben des Art. 2 Abs. 1 lit. c) RL 89/665/EWG steht. Eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 181 GWB liegt jedoch auf der Hand. Sofern bei der Unmöglichkeit der Wertung der Angebote, wie zum Teil in der Literatur gefordert,[905] jedem Bieter eine „echte Chance“ auf den Zuschlag zugesprochen wird, der die formellen Anforderungen der Ausschreibung erfüllt, entspräche § 181 GWB den Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie zum Sekundärrechtsschutz. Sollte im Vergabeverfahren jedoch eine zumindest hypothetische Wertung möglich sein, kann der Schadensersatzanspruch auf einen kleinen Kreis der Bieter reduziert werden. Schließlich entsteht einem Bieter dann kein Schaden durch den Verfahrensfehler, wenn er ohnehin das Angebot eingereicht und dem Verfahrensfehler zum Trotz den Zuschlag nicht erlangt hätte.

Weitere Vorgaben zur Gewährung von Schadensersatz macht die Rechtsmittelrichtlinie nicht. So lässt sich aus ihr nicht ableiten, ob etwa unter bestimmten Umständen auch das positive Interesse der Bieter zu ersetzen ist oder welche Anspruchsvoraussetzungen dafür legitim wären. Darüber hinaus muss auch der Doppelstatus der Rechtsmittelrichtlinien ausreichend Beachtung finden. So hat der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien insbesondere bezüglich des Sekundärrechtsschutzes zwar einen großen Gestaltungsspielraum gelassen, dies befreit die nationalen Gesetzgeber aber nicht von den Verpflichtungen aus dem unionsrechtlichen Primärrecht. Der EuGH

[905] *Antweiler*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 181 GWB, Rn. 15.

betont richtigerweise, dass die nationalen Umsetzungen des vergaberechtlichen Sekundärrechtsschutzes nur unter Vorbehalt des Äquivalenzprinzips und des Effektivitätsgrundsatzes gelten können. Außerdem können auch die Rechtsmittelrichtlinien diesem Maßstab unterworfen werden, sodass sich bei der Diskussion der offenen Fragen (etwa Ersatzfähigkeit positives Interesse) mitunter eine primärrechtskonforme Auslegung der Rechtsmittelrichtlinien und damit weitere Anforderungen an die nationale Umsetzung ergeben können.

2. Anforderungen des Primärvergaberechts

Neben den Vorgaben des einschlägigen Sekundärrechts muss der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung des vergaberechtlichen Sekundärrechtsschutzes auch das Primärvergaberecht ausreichend beachten.

Dabei sind insbesondere der Effektivitätsgrundsatz aus Art. 47 GrCh sowie die prozessuale Ebene der Vergabegrundsätze zur wirksamen Durchsetzung des materiellen Vergaberechts im Sinne des *effet utile* einschlägig. Entscheidend für die Anforderungen dieser Normen an die Ausgestaltung des Sekundärrechtsschutzes ist im Wesentlichen das Verhältnis zum Primärrechtsschutz. So verlangen sowohl der Effektivitätsgrundsatz als auch die prozessuale Ebene der Vergabegrundsätze eine wirksame Durchsetzung des materiellen Vergaberechts in der Form, dass die Ausübung der unionsrechtlich begründeten Rechte nicht praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert wird. Gemäß Rechtsprechung des EuGH kann dies entweder durch wirksamen Primärrechtsschutz oder auch ausschließlich durch Sekundärrechtsschutz erreicht werden. Grundsätzlich bedarf es also der wirksamen Absicherung der unionsrechtlich begründeten Rechte und Freiheiten durch eine Art des Rechtsschutzes. In diesem Sinne ist der Gesetzgeber frei, die tatsächliche Durchsetzung der unionsrechtlich begründeten Freiheiten durch Primär- oder Sekundärrechtsschutz zu garantieren. Davon losgelöst ist zunächst der unionsrechtliche Grundsatz der Staatshaftung zu sehen, dessen Anforderungen durch die Anspruchsvoraussetzung einer echten Chance bei der Wertung von Angeboten im Sinne des § 181 GWB zum Teil nicht erfüllt werden können.

Im Anwendungsbereich des sekundärrechtlich vorgeformten Vergaberechts (also oberhalb der Schwellenwerte) ist im Wesentlichen von einem effektiven Primärrechtsschutz auszugehen. Die systematische Ausgestaltung eines unmittelbar vorläufig wirkenden Hauptsacheverfahrens in Verbindung mit einem weitgehenden Ausschluss von Primärrechtsschutz nach

wirksamer Zuschlagserteilung garantiert, dass Bieter regelmäßig wirksame primäre Rechtsbehelfe in Anspruch nehmen können. Dies gewährleistet dann wiederum die wirksame Durchsetzung des materiellen Vergaberechts, sprich der unionsrechtlich begründeten Rechte und Freiheiten der Bieter. In diesem Bereich bestehen im Sinne des Effektivitätsgrundsatzes und dem *effet utile* also keine besonderen Anforderungen an die Ausgestaltung des Sekundärrechtsschutzes. Anders verhält es sich jedoch in Bereichen, in denen kein wirksamer Primärrechtsschutz gewährleistet wird. Dies kann nach Maßgabe des Unionsrechts im Oberschwellenbereich lediglich bei der Anwendung der Normen über die Vorabgestattung eines Zuschlags im Nachprüfungsverfahren auftreten. Sofern die Nachprüfungsstelle im Eilverfahren über die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes eine falsche Einschätzung vornimmt, die im Hauptsacheverfahren revidiert wird, kann der Rechtsschutzsuchende aufgrund des bereits erteilten, wirksamen Zuschlags regelmäßig keinen wirksamen Primärrechtsschutz erlagen. Die Durchsetzung seiner unionsrechtlich begründeten Rechte ist dann schlichtweg nicht mehr möglich. Grundsätzlich ist diese Situation legitim und laut EuGH von der Rechtsmittelrichtlinie gedeckt.[906] Fraglich ist dann jedoch, wie die Durchsetzung des materiellen Vergaberechts gewährleistet werden kann. Diese Frage kann methodisch in zweierlei Hinsicht diskutiert werden. Erstens ließe sich die Inkaufnahme einer falschen, also rechtswidrigen Entscheidung im Eilverfahren in Verbindung mit der Rechtskraft der trotzdem vorgenommenen Verwaltungshandlung (Zuschlag) als Eingriff in den Schutzbereich des Art. 47 Abs. 1 GrCh oder der Grundfreiheiten werten. Dann käme eine Rechtfertigung über die einschlägigen Schrankenregelungen in Frage. Zweitens kann abseits der grundrechtlichen Dogmatik eine Verletzung des *effet utile* diskutiert werden. Schließlich dienen der Effektivitätsgrundsatz und auch die prozessrechtliche Ebene der Grundfreiheiten der wirksamen Durchsetzung der unionsrechtlich begründeten Rechte. In beiden Fällen ist letztlich eine Abwägung zwischen widerstreitenden Interessen notwendig. Während einerseits gewichtige Gründe des Allgemeininteresses überhaupt erst eine Verkürzung des Rechtsschutzes im Eilverfahren rechtfertigen, stehen auf der anderen Seite das bietereigene Interesse am wirksamen Rechtsschutz sowie das unionseigene Interesse der wirksamen Durchsetzung der verfahrensrechtlichen Vergabegrundsätze. Vor dem Hintergrund, dass der europäische wie deutsche Gesetzgeber eindeutig entschieden hat, dass ein Überwiegen des Allgemeininteresses möglich sein muss, kann diese grundsätzliche, systematische Entscheidung kaum

[906] EuGH, Urteil vom 9.12.2010, Rs. C-568/08, Combinatie Spijker, Rn. 79 f.

infrage gestellt werden. Dies überzeugt auch insofern, dass die Anwendung des Vergaberechts bei seiner nicht unerheblichen Bedeutung für den Binnenmarkt nicht über andere öffentliche Interessen gestellt werden kann. Daher ist ein Zurücktreten des durch Art. 47 GrCh geschützten Rechtsschutzinteresses der Bieter sowie der wirksamen Durchsetzung des materiellen Vergaberechts gemäß Rechtsmittelrichtlinie und nationaler Rechtsordnung vorgesehen und rechtmäßig.

Fraglich ist jedoch, ob dieser legitime Eingriff in Form von Vorabgestattungsverfahren und der Rechtskraft von im Eilverfahren fälschlicherweise erwirkten Verwaltungshandlungen eine ausreichende Kompensation erfährt. So ist es durchaus möglich, den allgemeinen Interessen an der wirtschaftlichen Beschaffung zur Erfüllung der staatlichen Aufgaben Rechnung zu tragen und gleichzeitig ausreichende Anreize zur Einhaltung des materiellen Verfahrensrechts im Sinne des Bieters sowie der unionalen Rechtsordnung zu schaffen. Diese Funktion könnte der Sekundärrechtschutzes erfüllen. Jedoch weisen die Anspruchsgrundlagen der Schadensersatzansprüche sehr einschränkende Spezifika auf. Einerseits ist im Rahmen des § 181 GWB lediglich das negative Interesse des Bieters ersatzwürdig, andererseits bestehen im Rahmen der §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 2 BGB für den Ersatz des positiven Interesses hohe Hürden. Außerdem können durch den Ersatz des entgangenen Gewinns nur diejenigen Verfahrensverletzungen kompensiert werden, die dem, bei rechtmäßiger Durchführung des Verfahrens erfolgreichen, Bieter beigefügt wurden. Sämtliche Rechtsverletzungen anderer Bieter können nur im Rahmen des negativen Interesses sanktioniert werden. Eine wirksame Durchsetzung des Unionsrechts durch Schadensersatzansprüche kann aber laut EuGH nur dann angenommen werden, wenn dieser verschuldens- und schadensunabhängig gewährt wird. Außerdem muss eine ausreichende Erfolgswahrscheinlichkeit und Höhe des Schadensersatzes gewährleistet sein. Der vergaberechtliche Schadensersatz orientiert sich jedoch eher am Prinzip der Staatshaftung als an der Funktion zur wirksamen Durchsetzung materiellen Vergaberechts.[907] Die Staatshaftung ist jedoch grundsätzlich nicht geeignet, die wirksame Durchsetzung des Unionsrechts zu garantieren und damit dem *effet utile* gerecht zu werden.[908] Folglich ist nicht davon auszugehen, dass die beschränkten Schadensersatzansprüche, welche unter

[907] So EuGH, Urteil vom 9.12.2010, Rs. C-568/08, Combinatie Spijker, Rn. 87.
[908] *Voß*, Die Durchbrechung der Rechtskraft nationaler Zivilgerichtsurteile zu Gunsten des unionsrechtlichen "effet utile"?, 2019, S. 167 ff.

„vereinfachten Bedingungen“ das negative Interesse ersatzfähig machen, jedoch nur sehr beschränkt das positive Interesse umfassen, die nötigen Anreize schaffen, dass die Vergabestellen das materielle Vergaberecht korrekt anwenden. Diese Kritik ist jedoch lediglich in Fällen anzubringen, in denen ein Vorabgestattungsverfahren angestrebt wurde und im Eilverfahren eine Entscheidung getroffen wurde, die sich im Hauptsacheverfahren als falsch herausstellt. Nur in diesen Fällen wird im Rahmen des Primärrechtsschutzes oberhalb der Schwellenwerte kein ausreichend wirksamer Rechtsbehelf gewährleistet, der eine wirksame Durchsetzung der materiellen Verfahrensrechte der Bieter garantieren kann. In diesem Bereich vermag dann jedoch auch der Sekundärrechtsschutz keine ausreichende Kompensation der Rechtsverletzung zu leisten. Aufgrund der Notwendigkeit einer Verkürzung des Rechtswegs in bestimmten Fällen kann zwar argumentiert werden, dass trotz ungerechtfertigter Rechtsverletzung im Eilverfahren die grundsätzliche Bestandskraft der Verwaltungshandlung gerechtfertigt ist, die wirksame Durchsetzung des Unionsrechts verlangt jedoch trotzdem eine tiefer greifende Sanktion des letztlich rechtswidrigen Verwaltungshandelns, beziehungsweise deren judikativen Legitimierung im Eilverfahren.

Betrachtet man die nationale Rechtsordnung sowie die Rechtsmittelrichtlinie jeweils in Gänze, bieten sich zwei Varianten an, um diesen Mangel zu beseitigen. So lässt sich in § 945 ZPO eine eigenständige Anspruchsgrundlag finden, die greift, wenn sich eine einstweilige Anordnung als von Anfang an ungerechtfertigt erweist. Da die Initiierung eines einstweiligen Verfahrens aufgrund des automatischen Suspensiveffekts der Hauptsache im Vergleich zum Zivilrechtsschutz verkehrt wurde, könnte die Norm als Vorbild für eine eigenständige Anspruchsgrundlage für den Bieter, der durch die ungerechtfertigte Entscheidung im Eilverfahren beschwert wurde, dienen. Sofern der Schadensersatz verschuldens- und schadensunabhängig gewährt würde und bei ausreichender Intensität der Rechtsverletzung auch einen ausreichenden Umfang umfasste, würde dies vermutlich einen ausreichenden Anreiz zur Einhaltung des Vergabeverfahrens schaffen. Jedenfalls würde dann die Rechtsverletzung durch die fälschliche Entscheidung im Eilverfahren besser kompensiert als es im Rahmen der bestehenden Anspruchsgrundlagen möglich ist.

Eine weitere Kompensationsmöglichkeit könnte durch die Verhängung alternativer Sanktionen geschaffen werden. Die Rechtsmittelrichtlinie sieht dieses Instrument dann vor, wenn schwerwiegende Verfahrensverstöße hinsichtlich des Suspensiveffekts oder der

Informations- und Wartepflicht vorliegen. Sollten die unter Missachtung dieser Normen getroffenen Zuschläge aufgrund des überwiegenden Interesses der Allgemeinheit nicht aufgehoben werden, kann die Nachprüfungsstelle alternative Sanktionen gegen den Auftraggeber erlassen. Diese Sanktionen stellen explizit keinen Schadensersatz dar. Sieht man in der Bestandskraft eines zu Unrecht vorab gestatteten Zuschlags letztlich auch einen Verstoß gegen die, den Suspensiveffekt begründende, Norm des Art. 2 Abs. 3 RL 89/665/EWG, können gemäß Art. 2e RL 89/665/EWG dann alternative Sanktionen verhängt werden. Diese müssten gemäß Art. 2e Abs. 2 RL 89/665/EWG „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein, was geradezu beispielhaft den Anforderungen einer wirksamen Durchsetzung des materiellen Vergaberechts entsprechen dürfte.

B. Fehlende Kompensationsmöglichkeiten bei Verfahrensfehlen unterhalb der Schwellenwerte

Der Primärrechtsschutz unterscheidet sich in den Bereichen ober- und unterhalb der Schwellenwerte aus § 106 GWB ganz wesentlich. Wie bereits deutlich wurde, hängen die Anforderungen der Effektivität des Rechtsschutzes an den Sekundärrechtsschutz maßgeblich von der Ausgestaltung und Bewertung des Primärrechtsschutzes ab. Insofern muss und soll der Bereich unterhalb der Schwellenwerte separat diskutiert werden.

I. Nach nationalem Recht

Den Untersuchungen dieser Arbeit zufolge kann der Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte auch unter der Maßgabe der verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht als ausreichend effektiv bewertet werden. Es muss von der Rechtsprechung des BVerfG insoweit abgewichen werden, dass auch im Bereich unterhalb der Schwellenwerte und damit außerhalb des Anwendungsbereichs des GWB die Vorgaben des Art. 19 Abs. 4 GG einschlägig sind. Daraus ergeben sich höhere Anforderungen an die Wirksamkeit der Rechtsbehelfe als aus dem allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch. Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob der zivilrechtliche Sekundärrechtsschutz eine ausreichende Kompensation der Verletzung der Rechtschutzgarantie für die Bieter bereitstellen kann.

Selbst wenn man der Auffassung des BVerfG folgt, dass lediglich der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch einschlägig und der Gesetzgeber mit der Ausgestaltung des unterschwelligen Vergaberechtsschutzes im legitimen Gestaltungsspielraum verblieben sei, müssen laut BVerfG die „Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen der Normen, aus denen sich ein Schadensersatzanspruch des erfolglosen Bieters ergeben kann, […] in einer Weise bestimmt werden, die seinem auf die Beachtung des Art. 3 Abs. 1 GG gerichteten Rechtsschutzinteresse hinreichend Rechnung trägt“.[909] Die durch Art. 3 Abs. 1 GG geschützten Interessen der Bieter sind laut BVerfG die nicht willkürliche Bestimmung der Verfahren und Kriterien der Vergabe, was wiederum dazu führt, dass jeder Mitbewerber eine faire Chance erhalten muss, nach Maßgabe der für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien berücksichtigt zu werden.[910]

Im Rahmen des § 280 Abs. 1 i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB und dem § 823 Abs. 2 BGB kann der Ersatz des positiven Interesses nur dann erwirkt werden, wenn ein Verfahren durchgeführt wurde und die Vergabestelle dabei sachgerechte Kriterien aufgestellt hat. Sobald jedoch eine sachgerechte Wertung nicht möglich ist, kann ein Bieter nicht nachweisen, dass er den Auftrag hätte erhalten müssen. Dies gilt insbesondere für den § 823 Abs. 2 BGB, der ausschließlich für die Geltendmachung von Schadensersatz bei De-facto-Vergaben in Betracht kommt. Eine Anspruchsberechtigung im Rahmen der §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB scheitert hier am Fehlen eins vorvertraglichen Schuldverhältnisses. Bei diesen De-facto-Vergaben kommt erschwerend hinzu, dass mangels Ausschreibung regelmäßig auch keine Kosten durch die Abgabe eines Angebots entstanden sind. Bei diesen schwerwiegenden Verfahrensverstößen kann ein betroffener Bieter daher keinen Schadensersatz geltend machen. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass aber gerade das Ausbleiben eines Verfahrens ein Paradebeispiel für willkürliches Handeln der Vergabestellen darstellt, bieten die bestehenden Anspruchsgrundlagen des Zivilrechts den grundrechtlich geschützten Interessen der Bieter keinerlei Schutz.

Sofern zusätzlich auch den unterschwelligen Vergabeverfahrensnormen eine unmittelbare Außenwirkung zugesprochen wird, verschärft sich diese Problematik, da neben den Direktvergaben dann auch Verletzungen einfachgesetzlicher Verfahrensrechte oftmals nicht kompensiert werden. Eine Rechtfertigung der Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG im Bereich des

[909] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 82.
[910] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, Rs. 1 BvR 1160/03, Rn. 65.

unterschwelligen Vergabeprimärrechtsschutzes durch den Sekundärrechtsschutz schließt sich daher durch den sehr eingeschränkten Anwendungsbereich der Anspruchsgrundlagen aus. Selbst wenn dem BVerfG in seiner Auffassung von der Einschlägigkeit des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs gefolgt wird, vermag der Sekundärrechtsschutz bei De-facto-Vergaben den schwerwiegenden Rechtsverletzungen der Bieter durch eine völlig willkürliche Direktvergabe nicht hinreichend Rechnung tragen. Eine ausreichende Kompensation von tatsächlich vorgenommenen Rechtsverletzungen durch die Vergabestelle unterhalb der Schwellenwerte besteht also selbst unter der Maßgabe der Rechtsprechung des BVerfG nicht.[911] Dies gilt umso mehr, wenn man von dieser Rechtsprechung, wie vorliegend, abweicht. So kann der bestehende Sekundärrechtsschutz insbesondere keine ausreichende Kompensation und damit Rechtfertigung für eine mangelnde Effektivität des Primärrechtsschutzes leisten. Selbst wenn die Ausgestaltung des Primärrechtsschutzes aufgrund eines besonders weiten Ermessensspielraums des Gesetzgebers, der aus der Einschlägigkeit des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs resultieren soll, als legitim erachtet wird, ist bietet der Sekundärrechtsschutz keinen ausreichenden Schutz vor Verletzungen des Willkürverbots bei der Durchführung der öffentlichen Auftragsvergabe. Effektiver Rechtsschutz ist damit weder unter der Geltung des Art. 19 Abs. 4 GG noch des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG gegeben.

II. Nach Unionsrecht

Wie bereits aufgezeigt wurde, stellt die aktuelle Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte ohne Informations- und Wartepflicht einen ungerechtfertigten Eingriff in die Effektivität des Rechtsschutzes dar. Dieser Befund gilt aufgrund der inkohärenten Einschränkung der bestehenden Rechtsbehelfe unabhängig von einer monetären Entschädigung der, in ihren Rechten verletzten, Bietern. Im Folgenden soll jedoch dennoch diskutiert werden, ob die einschlägigen Schadensersatzansprüche in ihrer aktuellen Ausgestaltung bei einem legitimen Ausschluss von Primärrechtsschutz einen effektiven Rechtsschutz gewährleisten könnten.

Dabei ergibt unterhalb der Schwellenwerte jedoch dieselbe Problematik wie schon im Anwendungsbereich des GWB. So kann der einschlägige Sekundärrechtsschutz eine

[911] In diese Richtung auch *Wollenschläger*, NVwZ 35 (21), 1535 (1538).

praktische Umsetzung der unionsrechtlich begründeten Rechte und Freiheiten nur dann gewährleisten, wenn er ausreichend hoch ausfällt (also zwingend das positive Interesse umfassen kann), verschuldensunabhängig, und unabhängig von den Erfolgsaussichten des Bieters im Vergabeverfahren gewährt würde.[912] Ansonsten blieben zu viele Verfahrensverletzungen gegenüber Bietern von Sanktionen befreit, um die wirksame Durchsetzung des materiellen Verfahrensrechts abzusichern. So wäre bei einer erfolgsabhängigen Gewährung des Schadensersatzes lediglich sichergestellt, dass die Vergabestelle die Rechte eines Bieters, nämlich des erfolgreichen, beachten müsste. Alle anderen Bieter, die jedoch auch einen Anspruch auf die Einhaltung des materiellen Vergaberechts haben, könnten ohne weitere Konsequenz in ihren Rechten verletzt werden.

Wie bereits aufgezeigt, vermag der im Unterschwellenbereich einschlägige zivilrechtliche Schadensersatz dies jedoch nicht zu erfüllen. Während der Ersatz des positiven Interesses insbesondere bei Direktvergaben, aber auch bei anderen Verfahrensverletzungen, die eine hypothetische Wertung verhindern, unmöglich ist (auch unter § 823 Abs. 2 GWB), ist der Ersatz des negativen Interesses nicht ausreichend, um die wirksame Durchsetzung der unionsrechtlich begründeten Rechte und Freiheiten zu gewährleisten. Die nationalen Schadensersatzansprüche vermögen also keine tatsächliche Durchsetzung der unionsrechtlich begründeten Rechte und Freiheiten der Bieter zu erwirken und damit auch nicht die Geltung des bestehenden Unionsrechts im Sinne des *effet utile* sicherzustellen.[913]

Der *status quo* des deutschen Vergaberechtschutzes unterhalb der Schwellenwerte vermag folglich auch nicht unter der Annahme eines legitimen Ausschlusses des Primärrechtsschutzes durch den Gesetzgeber den Anforderungen an einen effektiven Rechtsweg gemäß der unionsrechtlichen Primärrechtsnormen gerecht zu werden.[914]

---

[912] *Harms*, Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2013, S. 232. Dazu kritisch *Huerkamp/Kühling*, NVwZ 30 (23), 1409 (1412), die davon ausgehen, dass zwingend wirksamer Primärrechtsschutz zu gewährleisten ist, da dem Staat gegenüber ökonomische Anreize in Form von Schadensersatzhaftungen nicht ausreichend wirken würden.

[913] So auch *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, 1. Teil Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 171. Vor dem Hintergrund, dass der deutschen Rechtsordnung der Ansatz des „dulde und liquidiere" grundsätzlich fremd ist, ist dieses Ergebnis insofern stimmig. Dazu grundlegend BVerfG, Beschluss vom 15.7.1981, Rs. 1 BvL 77/78; vgl. *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 167.

[914] So auch *Huerkamp/Kühling*, NVwZ 30 (23), 1409 (1412).

Teil 4: Rechtsfolgen und rechtspolitische Maßnahmen nach juristischem und ökonomischem Maßstab

Im vertieften Abgleich des *status quo* des deutschen Vergaberechtsschutzes mit den verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben zur Effektivität des Rechtsschutzes haben sich verschiedene Schwachstellen der einschlägigen Rechtswege ergeben. Die dargestellten kritischen Aspekte des Vergaberechtsschutzes, welche als Eingriffe in die notwendige Effektivität des Rechtsschutzes bewertet werden müssen, bedürfen einer Korrektur. Dementsprechend gilt es im letzten Teil dieser Arbeit, notwendige Anpassungen des Vergaberechtsschutzes zu diskutieren und rechtspolitische Empfehlungen auszusprechen. Dabei soll im ersten Kapitel eine rein rechtswissenschaftliche Diskussion der notwendigen und möglichen Korrekturen am Vergaberechtsweg geführt werden. Dies umfasst notwendigerweise auch eine, bis hierhin noch nicht geleistete, Darstellung der möglichen Rechtsfolgen der ausgemachten Mängel. Im Anschluss daran sollen die, aufgrund der Effektivität der Rechtsbehelfe notwendigen, Anpassungen des Rechtswegs aufgezeigt werden.

Im Zweiten Kapitel wird dann, um den juristischen Horizont dieser Arbeit zu erweitern, ein interdisziplinärer Aspekt mit einbezogen. So soll versucht werden, anhand des Konzepts der volkswirtschaftlichen Effizienz, Möglichkeiten zur Optimierung des Vergaberechtschutzes zu erarbeiten. Vor dem Hintergrund, dass die rechtsschutzsuchenden Bieter als Unternehmen primär wirtschaftliche Interessen verfolgen und ihr Rechtsschutzinteresse daher letztlich immer der Beteiligung am vergebenen Auftrag oder einer entsprechenden finanziellen Entschädigung[915] dient, scheint die Orientierung an einer effizienten Verteilung von Gütern und Rechtspositionen ein vielversprechender Ansatz zur Befriedigung aller beteiligten Interessen. Dazu gilt es jedoch zunächst, Effizienz als Maßstab zu definieren und den daraus resultierenden Nutzen für den Vergaberechtsschutz aufzuzeigen. Sofern dies gelingt, kann eine „Neuausrichtung“ der prozessrechtlichen Mittel anhand von Effizienz diskutiert und entwickelt werden.

[915] Die grundsätzlich primär zu erwirkende Erteilung des Auftrags ist für Unternehmen nur die Gelegenheit, Gewinne zu erwirtschaften. Insofern kann eine finanzielle Entschädigung entsprechend dem kalkulierten Gewinn das primäre Rechtsschutzziel vollends ersetzen.

Kapitel 9: Rechtsfolgen und rechtspolitische Empfehlungen

Zunächst gilt es, die Rechtsfolgen der mangelnden Effektivität des Vergaberechtsschutzes zu diskutieren. Anschließend können dann die zwingend nötigen Anpassungen der Rechtswege sowie die dafür geeigneten rechtspolitischen Maßnahmen aufgezeigt werden.

A. Rechtsfolgen in Bereichen mangelnder Effektivität der Rechtsbehelfe

In der aktuellen Ausgestaltung des deutschen Vergaberechtsschutzes können sowohl im Unter- wie auch im Oberschwellenbereich wirksam erteilte Zuschläge und damit einmal geschlossene Verträge regelmäßig nicht mehr aufgehoben werden. Lediglich im Oberschwellenbereich ordnet das GWB bei besonders qualifizierten Verfahrensverstößen (siehe § 135 GWB) die Unwirksamkeit der geschlossenen Verträge an. Eine besondere Rechtsfolge von Verfahrensverstößen, die nicht im Rahmen des Primärrechtsschutzes gesondert erwirkt wurden, ist also regelmäßig nicht gegeben. Dasselbe gilt nach herrschender Ansicht auch im Unterschwellenbereich.[916] Wie jedoch in dieser Arbeit aufgezeigt wurde, verstößt die Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes insbesondere unterhalb der Schwellenwerte aufgrund des Fehlens einer Vorabinformations- und Wartepflicht (inklusive Vergabeakteneinsichtsrecht) sowohl gegen Art. 19 Abs. 4 GG sowie die grundfreiheitlichen Vergabegrundsätze und Art. 47 Abs. 1 GrCh.

Folgt man dieser Ansicht konsequent, ist fraglich, ob sich tatsächlich keine besonderen Rechtsfolgen für Verträge ergeben, die unter Missachtung dieser verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben geschlossen wurden. So hat das BVerfG im Jahr 2016 eindeutig festgestellt, dass Verstöße gegen unmittelbar anwendbare Grundrechte sowie die Grundfreiheiten die Nichtigkeit eines Vertrages nach sich ziehen. Dies gilt explizit auch für Primärrechtsnormen des Unionsrechts, denen nur eine Seite des Rechtsgeschäfts unterworfen ist.[917] So stellen Grundrechte und Grundfreiheiten zweifelsfrei Verbotsgesetze i.S.d. § 134 BGB dar,[918] deren Verletzung die Nichtigkeit des geschlossenen Vertrages nach sich zieht.[919] Wie im Rahmen der bisher geleisteten Untersuchung dargestellt werden konnte, ist insbesondere aufgrund der Vergabegrundsätze und damit der Grundfreiheiten

[916] *Sitsen*, ZfBR 41 (7), 654 (654); für die Rechtsprechung beispielhaft LG Berlin, Urteil vom 11.11.2019, Rs. 54 O 141/19.
[917] BVerfG, Beschluss vom 19.7.2016, Rs. 2 BvR 470/08, Ls. 4, Rn. 24, 33; *Sitsen*, ZfBR 41 (7), 654 (658).
[918] BVerfG, Beschluss vom 19.7.2016, Rs. 2 BvR 470/08, Rn. 44.
[919] *Wollenschläger*, NVwZ 35 (21), 1535 (1537)

sowie unter Abweichung der Rechtsprechung des BVerfG aufgrund des Art. 19 Abs. 4 GG auch im Unterschwellenbereich eine Informations- und Wartepflicht vorzusehen. Diese Einschätzung teilte auch das OLG Düsseldorf im Urteil vom 13.12.2017[920] und forderte im Rahmen eines *obiter dictums* die Vertragsnichtigkeit aller unter Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht geschlossenen Vergabeverträge gemäß § 134 BGB.[921]

Das OLG Düsseldorf bezieht sich bei seinen Ausführungen vage auf „die gemeinsamen Verfassungen der Mitgliedsstaaten und die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten“ und leitet aus einem Urteil des EuG[922] die Informations- und Wartepflichten des Auftraggebers im Unterschwellenbereich ab. Diese Auffassung konnte im Rahmen dieser Arbeit bestätigt und detailliert dargelegt werden. Folgerichtig ist im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG bei Vertragsschlüssen ohne Einhaltung der unmittelbar aus den Vergabegrundsätzen abzuleitenden Informations- und Wartefristen eine Vertragsnichtigkeit gemäß § 134 BGB zu fordern.[923] Diese Ansicht findet in der aktuellen Rechtsprechung soweit ersichtlich keine weitere Unterstützung.[924]

Fraglich ist jedoch, auf welche Verfahrensfehler sich die weitreichende Rechtsfolge der Vertragsnichtigkeit neben der Missachtung der Informations- und Wartepflicht übertragen lässt. Gemäß Rechtsprechung des BVerfG stellen auch die Grundfreiheiten zwar Verbotsgesetze dar, jedoch sind die Vergabegrundsätze als vergaberechtliches Substrat der Grundfreiheiten in ihrem verfahrensrechtlichen Gehalt mäßig konkret. Es ist jedenfalls anzunehmen, dass im Sinne der Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Unterschwellenbereich eine Bekanntmachungspflicht besteht, eine diskriminierungsfreie Auftragsvergabe mit angemessenen Fristen gewährleistet und auch ein effektiver Rechtsschutz bereitgestellt werden muss.[925] Dabei ist für den prozessrechtlichen Aspekt jedoch erst einmal nur die Informations- und Wartepflicht sowie das Vergabeakteneinsichtsrecht relevant. Andere Verfahrensvorschriften, die sich unmittelbar aus den Vergabegrundsätzen selbst ableiten lassen und sich größtenteils mit den Vorgaben der UvGO decken dürften, sind für die Effektivität des

[920] OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.12.2017, Rs. I-27 U 25/17.
[921] OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.12.2017, Rs. I-27 U 25/17, Rn. 17 f.
[922] EuG, Urteil vom 20.7.2011, Rs. T-461/08, Evropaïki Dynamiki.
[923] Vgl. auch *Sitsen*, ZfBR 41 (7), 654 (659).
[924] So widerspricht das OLG Celle dem OLG Düsseldorf explizit: OLG Celle, Urteil vom 9.1.2020, Rs. 13 W 56/19.
[925] *Sitsen*, ZfBR 41 (7), 654 (659); siehe auch die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl. C 179/2 vom 1.8.2006.

Vergaberechtsschutzes unerheblich und sollen hier deshalb nicht weiter diskutiert werden. Dennoch muss grundsätzlich eine Vertragsnichtigkeit in Fällen einer Missachtung des Kerngehalts der Vergabegrundsätze angenommen werden. Jedenfalls verlangt die konsequente Anwendung der unionsrechtlichen Vorgaben der Grundfreiheiten und des Art. 19 Abs. 4 GG bei einer Verletzung der Informations- und Wartepflicht sowie der damit einhergehenden Verletzung der Effektivität des Rechtsschutzes die Nichtigkeit der geschlossene Vertrag nach § 134 BGB. Vor dem Hintergrund einer solch weitreichende Rechtsfolge, die darüber hinaus unter den OLG selbst umstritten ist, ergibt sich umso stärker die Notwendigkeit einer rechtspolitischen Diskussion der notwendigen Anpassungen des Vergaberechtsschutzes.

B. Zwingende Anpassungen des *status quo* und mögliche rechtspolitische Maßnahmen

Wie aufgezeigt, weist der Vergaberechtsschutz nicht in allen Bereich die von nationalen und unionsrechtlichen Vorgaben verlangte Effektivität auf.[926] Neben vereinzelten Aspekten wie besonders kurzen Fristen oder dem Beharren auf der Schutznormtheorie, die wiederum zum großen Teil durch die gerichtliche Praxis entschärft werden, konnten Mängel insbesondere im Bereich des unterschwelligen Vergaberechtsschutzes und bei der Anwendung der Vorabgestattungsverfahren nachgewiesen werden. Diesen ungerechtfertigten Mängeln, auch wenn Sie zumindest vom deutschen Gesetzgeber wissentlich vorgesehen wurden, gilt es Abhilfe zu leisten. Eine entsprechende Anpassung des Vergaberechtsweges müsste vorrangig durch eine Änderung der gesetzlichen Grundlagen geschehen. Da jedoch die bisherige Untersuchung gezeigt hat, dass die Rechtsprechung im Rahmen der Auslegung der bestehenden Normen wesentlichen Einfluss auf den Vergaberechtschutz genommen hat und dem vom Gesetzgeber angedachten Inhalten zum Teil explizit widerspricht, sollen im Folgenden auch alternative Auslegungen der bestehenden Rechtsnormen diskutiert werden, die zur notwendigen Effektivität des Vergaberechtsschutzes führen würden. Zwar ist eine entsprechende Handhabung der folgenden Vorschläge durch die zuständigen Gerichte nicht zu erwarten, ihre Erarbeitung ist jedoch die logische Folge der bisherigen Ergebnisse dieser Arbeit.

[926] Für die Einschätzung der Wirksamkeit der Rechtsmittelrichtlinie durch die Kommission siehe außerdem etwa EU-Kommission, Bericht der Kommission an das EU Parlament über die Wirksamkeit der Rechtsmitelrichtlinie, 2015,

I. Unterschwellenbereich

Der größte Handlungsbedarf besteht zweifelsfrei im Bereich unterhalb der Schwellenwerte. Der Rechtsweg vor den Zivilgerichten kann ohne eine Informations- und Wartepflicht sowie ohne ein Akteneinsichtsrecht keinen wirksamen Primärrechtsschutz gewähren. Auch die bestehenden Schadensersatzansprüche vermögen diesen Eingriff in den einschlägigen Art. 19 Abs. 4 GG nicht rechtfertigen. Selbst wenn man der Rechtsprechung des BVerfG folgt und lediglich der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch in diesem Bereich Wirkung entfalten kann, erscheint der *status quo* des Vergaberechtsschutzes aufgrund des sehr beschränkten Schadensersatzes kritisch. Jedenfalls führt das Fehlen einer Vorabinformations- und Wartepflicht sowie das Fehlen eines Vergabeakteneinsichtsrechts zu Mängeln der Effektivität des Vergaberechtsschutzes. Im gemäß Rechtsprechung einschlägigen Zivilrechtsweg besteht außerdem die Schwierigkeit einen Anordnungsanspruch geltend zu machen. Zwar ist dies über das vorvertragliche Schuldverhältnis oder Art. 3 Abs. 1 GG aktuell möglich, führt aber zu wesentlichen Schwierigkeiten bei De-facto-Vergaben und der Geltendmachung europarechtlicher Verfahrensansprüche. Daher muss bei der Diskussion über die notwendige Anpassung des Rechtswegs auch die Qualität der Rechtsansprüche auf die Einhaltung des materiellen Vergabeverfahrensrechts mit einbezogen werden. So kann die grundsätzlich fehlende Außenwirkung des unterschwelligen Vergabeverfahrensrechts nur bedingt über das vorvertragliche Schuldverhältnis, die Selbstbindung der Verwaltung oder den Gleichheitssatz kompensiert werden. Auch die unionsrechtlich begründeten materiellen Verfahrensrechte in Form der Vergabegrundsätze können über diese Hilfskonstruktionen nicht ohne weiteres (insbesondere De-facto-Vergaben) geltend gemacht sowie kompensiert werden. Diesem Umstand kann zunächst insofern Abhilfe geleistet werden, als dass die grundfreiheitlichen Vergabegrundsätze unmittelbar selbst den im Zivilrechtsweg notwendigen Anordnungsanspruch darstellen können.[927] Insofern würde zumindest der Zugang zum Vergaberechtsweg wesentlich erleichtert. Die tatsächliche Durchsetzung der materiellen Verfahrensansprüche bleibt davon aber unberührt. Dennoch ist fraglich, ob der Rückgriff auf die unmittelbare Geltung der Vergabegrundsätze zu einem befriedigenden Ergebnis führt. Schließlich wären im Streitfall die Gerichte dann gezwungen, die vagen Vergabegrundsätze in konkrete Verfahrensschritte zu derivieren. In der Praxis wenden die Vergabestellen jedoch die detaillierten Verfahrensvorschriften der UVgO an, die

[927] So etwa *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 156.

dann als gesetzgeberisches Substrat mit den allgemeinen Vergabegrundsätzen abgeglichen werden müssten. Das zuständige Gericht wird in der Praxis jedoch regelmäßig zu dem Ergebnis kommen, dass der Bieter gemäß Vergabegrundsätzen letztlich Anspruch auf ein Vergabeverfahren hat, wie es durch die UVgO vorgeschrieben wird. Faktisch führt dieser Umstand also zu einer unmittelbaren Geltung der UVgO-Vorschriften in Verbindung mit den Vergabegrundsätzen. Eine Differenzierung zwischen unmittelbarer Außenwirkung der Vergabegrundsätze und der Verwaltungsvorschrift der UVgO wird obsolet.[928]

Diese bestehende Beschränkung des Vergaberechtswegs ist vor dem Maßstab der verfassungsrechtlichen Vorgaben weniger bedeutend. Letztlich bestehen in der deutschen Rechtsordnung weniger stark ausgeformte Verfahrensrechte der Bieter. Im Vergleich zu den unionalen Grundrechten und Grundfreiheiten lässt sich den Grundrechten des Grundgesetzes weniger vergaberechtsrelevanter Schutzgehalt entnehmen. Vor diesem Hintergrund gebietet sich aus verfassungsrechtlicher Perspektive keine Anpassung des Zugangs zum Vergaberechtsschutz, da lediglich eine Verletzung des Gleichheitssatzes im unterschwelligen Vergabeverfahren auftreten kann und diese Verletzung gleichzeitig einen legitimen Anordnungsanspruch darstellt. Insofern stellt die unmittelbare Außenwirkung der UVgO in Verbindung mit den Grundfreiheiten bei binnenmarktrelevanten Auftragsvergaben eine geeignete Möglichkeit dar, den nötigen und praktisch wirksamen Zugang zum Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte zu gewährleisten.

Sofern dieser Zugang zum Vergaberechtsschutz besteht, bedarf es dann einer Anpassung des Rechtswegs in der Form, dass eine wirksame Vorabinformations- und Wartepflicht der Auftraggeber existiert. Dies entspricht sowohl dem verfassungs- wie auch dem unionsrechtlichen Schutzgehalt der Effektivität des Rechtsweges. Dieser Mangel des deutschen Vergaberechts im Bereich unterhalb der Schwellenwerte könnte auf verschiedene Weisen beseitigt werden.

Vor dem Hintergrund, dass über die Zwei-Stufen-Theorie und der damit einhergehenden Einordnung des Vergaberechts als öffentliches Recht der Art. 19 Abs. 4 GG einschlägig ist, muss der Verwaltungsrechtsweg als eröffnet erachtet werden. Im Rahmen des

[928] So musste dem verwaltungsvorschriftlichem Haushaltsrecht in der Vergangenheit bereits aufgrund der unionsrechtlichen Anforderungen unmittelbare Außenwirkung zugesprochen werden: *Goebel*, Gesamtwirtschaftliche Aspekte im vorläufigen Vergaberechtsschutz, 2008, S. 26 f. Dies betraf damals zwar das mangelhaft umgesetzte oberschwellige Vergabeverfahren, dieser Vorgang ist jedoch auch im mangelhaft ausgestalteten Vergaberecht außerhalb des Anwendungsbereichs der Vergaberichtlinien notwendig.

Verwaltungsrechtswegs, der nach § 40 Abs. 1 VwGO einschlägig ist, besteht dann mit der allgemeinen Leistungsklage in Form einer Unterlassungsklage ein wirksames Hauptsacheverfahren, um den Zuschlag an einen Bieter zu verhindern. Die Klagebefugnis besteht aufgrund einer möglichen Verletzung subjektiver Rechte in Form der UVgO-Vorschriften in Verbindung mit den Vergabegrundsätzen oder gegen die verwaltungsrechtliche Vergabeentscheidung (Verwaltungsakt). Aufgrund bestehender verwaltungsprozessrechtlicher Einsichtnahmerechten und dem Amtsermittlungsgrundsatz ist die Darlegung eines Verfahrensverstoßes praktisch möglich.[929] Neben dem Hauptsacheverfahren besteht mit § 123 VwGO auch einstweiliger Rechtsschutz. In dessen Rahmen kann eine Vereitlung der Rechte des benachteiligten Bieters und eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache verhindert werden. Eine vorzeitige Erteilung des Zuschlags ist über den § 80a Abs. 1 VwGO unter den verfassungsrechtlichen Vorgaben jedoch weiterhin möglich. Insofern kann den übergeordneten öffentlichen Interessen weiterhin ausreichend Beachtung geschenkt werden. [930] Zur wirksamen Inanspruchnahme dieses Rechtsweges und insbesondere des einstweiligen Rechtsschutzes bedarf es jedoch zusätzlich einer Informations- und Wartepflicht der Auftraggeber. Im Unterschwellenbereich gibt es im Gegensatz zum GWB-Vergaberecht keine spezialgesetzliche Kodifizierung dieser notwendigen Verfahrensrechte. Ein Rückgriff auf das allgemeine Verwaltungsrecht, welches aufgrund der Rechtsnatur des Vergaberechts als öffentliches Recht nahe liegt, ist jedoch im Gegensatz zum Rückgriff auf das Verwaltungsprozessrecht nur bedingt geeignet, um diesem Mangel abzuhelfen. So ist der allgemeine Verwaltungsakt regelmäßig unmittelbar mit der Bekanntgabe an die Beteiligten wirksam, was wiederum zu einem unmittelbaren Vertragsschluss führen könnte. Die Bekanntmachung ist also ohne weiteres nicht geeignet, um die Funktion der Informations- und Wartepflicht zu erfüllen. Jedoch ist im Rahmen des Verwaltungsaktes eine Nebenbestimmung denkbar, die im Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG die Zuschlagsentscheidung befristet. Diese Befristung kann in Form einer aufschiebenden Befristung den Zuschlag erst nach Ablauf einer angemessenen Wartefrist wirksam werden lassen.

[929] *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 225 ff.
[930] *Pache*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 55 BHO, Rn. 228.

Innerhalb dieses Zeitraums bis zum Anfangstermin des Verwaltungsaktes könnten Bieter dann die entsprechenden Rechtsmittel der VwGO in Anspruch nehmen.[931]

Eine weitere Möglichkeit zur prozessrechtlichen Geltendmachung einer Informations- und Wartepflicht besteht darin, diese Verfahrensrechte aus den Vergabegrundsätzen unmittelbar abzuleiten oder analog aus dem GWB-Vergaberecht anzuwenden. Dies wäre explizit auch im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit möglich.

Sofern die Wertung des Vergaberechts als öffentliches Recht und damit auch die Geltung des Art. 19 Abs. 4 GG nicht überzeugen kann, bedürfte es aufgrund des eindeutigen Schutzgehalts der Vergabegrundsätze und des Art. 47 Abs. 1 GrCh auch außerhalb des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts einer Vorabinformations- und Wartepflicht. Die Vergabegrundsätze vermögen aufgrund ihrer unmittelbaren Geltung (sofern sie nicht in den nationalen Rechtsordnungen konkretisierend umgesetzt wurden) selbstständig entsprechende Verfahrensrechte zu begründen, was in der Praxis jedoch mit einer massiven Rechtsunsicherheit und einem quasi gesetzgeberischen Handlungsspielraum der Gerichte einhergehen würde.

Als Alternativen zur Gewährleistung der notwendigen Effektivität des Vergaberechtsschutzes können auch die einschlägigen Landesvergabegesetze sowie ein massiv ausgeweiteter Sekundärrechtsschutz aufgezählt werden. So zeigen die zum Teil bestehenden Landesvergabegesetze auf, dass auch auf landesrechtlicher Ebene Informations- und Wartepflichten installiert werden können. Entsprechende Regelungen bestehen aber weder flächendeckend, noch können sie die Vergabeverfahren des Bundes binden. Außerdem besteht die Gefahr einer weiteren Rechtszersplitterung des Vergaberechts, wenn alle Bundesländer eigene Rechtsbehelfe vorsehen würden. Dementsprechend ist die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes im Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte durch Landesvergaberecht zwar möglich, aber weder zu erwarten noch wirklich zu begrüßen. Auch eine ausreichende Kompensation durch ausgeweitete Schadensersatzansprüche wäre möglich. Jedoch eignen sich auch im Unterschwellenbereich die bestehenden Anspruchsgrundlagen nicht, um alle Verfahrensfehler zu kompensieren. Auch wenn grundsätzlich der Ersatz des positiven Interesses als maximale Kompensation

[931] *Tiedemann*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 51. Ergänzungslieferung, Stand: 01.04.2021, 2021, § 36 VwVfG, Rn. 33 ff.

eines Verfahrensfehlers möglich ist, macht die Anspruchsvoraussetzung des Nachweises, ein Zuschlag hätte erteilt werden müssen, den Ersatz des entgangenen Gewinns bei wesentlichen Verfahrensfehlern unmöglich. Eine entsprechende Auslegung, die eine ausreichende Kompensation durch Schadensersatzansprüche ermöglicht, würde sich wesentlich von der angedachten und bestehenden Anwendung der Anspruchsgrundlagen unterscheiden. Eine spezielle vergaberechtliche Anspruchsgrundlage besteht ebenfalls nicht. Vor diesem Hintergrund ist eine Anwendung des Sekundärrechtsschutzes zur Herstellung der notwendigen Effektivität des Rechtsschutzes nicht ersichtlich und ohne gesetzgeberische Anpassungen praktisch nicht möglich.

Vor dem Hintergrund der Ergebnisse dieser Arbeit[932] ist die Anwendung des allgemeinen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts kohärenter und überzeugender als die aufgezeigten Alternativen. Die Anwendung der tatsächlich einschlägigen Normen der VwGO sowie des VwVfG sind geeignet, um die Mängel des Vergaberechtsschutzes zu beseitigen. Letztlich spiegelt dies die überholte Einordung des Vergaberechts unterhalb der Schwellenwerte als reines Zivilrecht deutlich wider. Eine tatsächliche Neubewertung des Vergaberechts auch unterhalb der Schwellenwerte, in dessen Bereich das Beharren auf der veralteten Wahrnehmung (bei Binnenmarktrelevanz der Aufträge unionsrechtswidrig) überdauert hat, muss jedoch mit einer Änderung der Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG einhergehen. Ansonsten werden sich die dargestellten, notwendigen Anpassungen ohne Tätigwerden des Gesetzgebers nicht durchsetzen lassen. Da ohne diese Anpassungen abgeschlossene Vergabeverfahren und Verträge aufgrund eindeutiger Verstöße (zumindest gegen die Vergabegrundsätze und damit die Grundfreiheiten) gegen Schutzgesetze gemäß § 134 BGB nichtig sein müssten, verdeutlicht sich die Notwendigkeit der Vornahme dieser Anpassungen dramatisch. Schließlich wollte der deutsche wie europäische Gesetzgeber genau diese Rechtsfolge der Nichtigkeit zulasten des Auftraggebers, also eine massive Rechtsunsicherheit, tunlichst vermeiden.[933]

[932] Damit ist hier die mittlerweile überholte Einordnung des Vergaberechts als rein wirtschaftliches Handeln des Staates ohne Außenwirkung gemeint, die durch das Unionsrecht weitgehend obsolet geworden ist und zum Teil zwingend auch im Unterschwellenbereich nicht mehr beibehalten werden darf.

[933] Siehe auch *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, 1. Teil Einleitung zum Vergaberecht, Rn. 104.

II. 169 Abs. 2 GWB

Gemäß den unionsrechtlichen Vorgaben zur Effektivität des Rechtsschutzes besteht eine mangelnde Absicherung der wirksamen Durchsetzung der unionsrechtlich begründeten Rechte und Freiheiten im Gestattungsverfahren. Sofern in der abwägenden Entscheidung der Vergabekammer eine nicht sach- oder rechtsgemäße Bewertung vorgenommen wurde und im Hauptsacheverfahren daher eine andere Entscheidung als im Rahmen des Vorabgestattungsverfahrens ergeht, kann auch der Sekundärrechtsschutz keinen ausreichenden Anreiz schaffen, um eine wirksame Durchsetzung des Unionsrechts im Sinne des *effet utile* zu garantieren. Dadurch ist auch der in den Grundfreiheiten und Art. 47 GrCh verankerte Effektivitätsgrundsatz verletzt. Diesem Mangel kann vor dem Hintergrund der Bestandskraft wirksam erteilter Zuschläge nicht durch primäre Rechtsmittel abgeholfen werden.

In Betracht kommt jedoch die analoge Anwendung des allgemeinen Prozessrechts. So kennt sowohl das Zivilprozessrecht wie auch das Verwaltungsprozessrecht[934] eine spezielle Schadensersatzpflicht bei ungerechtfertigten einstweiligen Verfügungen. Gemäß § 945 ZPO ist die Partei, welche die ungerechtfertigte einstweilige Anordnung erwirkt hat, dem Gegner zum daraus entstandenen Schaden verpflichtet.[935] Diese auch bei der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO einschlägige Anspruchsgrundlage könnte analog für die Gestattungsverfahren nach § 169 Abs. 2 GWB angewendet werden. Dann würde genau in den Fällen eine spezielle Anspruchsverpflichtung des Auftraggebers oder des bevorzugten Bieters bestehen, in denen die ausreichende Effektivität des Rechtsschutzes zur Durchsetzung der unionsrechtlich begründeten Verfahrensrechte eben nicht gegeben ist. Vor dem Hintergrund, dass zur Ergänzung des speziellen Vergaberechtsschutzregimes regelmäßig auf ZPO oder VwGO zurückgegriffen wird, wäre eine entsprechende Lösung über § 945 ZPO sehr überzeugend. Fraglich ist jedoch, ob der Schadensersatzanspruch des § 945 ZPO die ausreichende Durchsetzung der Verfahrensrechte garantieren kann. So

[934] Im Rahmen des § 123 VwGO wird unter anderem auf den § 945 ZPO verwiesen. Zwar stellt der § 80a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 VwGO das verwaltungsprozessrechtliche Äquivalent des Gestattungsverfahrens dar, der dem § 123 VwGO vorrangig ist. Dennoch zeigt der Verweis des § 123 Abs. 3 VwGO auf den § 945 ZPO, dass ein entsprechender Schadensersatzanspruch durch ungerechtfertigte einstweilige Anordnungen auch dem Verwaltungsprozessrecht nicht fremd sind oder im Wege stehen.

[935] Der Gesetzgeber hat mit dem § 180 Abs. 3 GWB einen entsprechenden Schadensersatzanspruch bei ungerechtfertigten einstweiligen Verfügungen nach § 169 Abs. 3 GWB vorgesehen und sich dabei explizit an § 945 ZPO orientiert: *Gröning*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 180 GWB, Rn. 31 f. Daher drängt sich ein Äquivalent bei ungerechtfertigten Verfügungen im Rahmen der § 169 Abs. 2, 176 GWB geradezu auf.

besteht auch im Rahmen des § 945 ZPO lediglich ein schadensabhängiger Ersatzanspruch. Die Anspruchsgrundlage geht also bezüglich des Umfangs und der Erfolgswahrscheinlichkeit nicht über die anderen einschlägigen Anspruchsgrundlagen hinaus, die ein Bieter ohnehin nach Abschluss des Hauptverfahrens in Anspruch nehmen könnte. Damit kann auch der § 945 ZPO keinen ausreichenden Anreiz schaffen, der die Durchsetzung der unionsrechtlich begründeten Verfahrensrechte sicherstellt.

Letztlich ist zur Abhilfe der mangelnden Effektivität des Rechtsschutzes im Rahmen des § 169 Abs. 2 GWB auf die Rechtsmittelrichtlinie zurückzugreifen. Wie aufgezeigt, sieht die Rechtsmittelrichtlinie bei besonders qualifizierten Verstößen gegen Verfahrensvorgaben entweder die Unwirksamkeit des Vertrages oder die Verhängung alternativer Sanktionen vor. So ist gemäß Erwägungsgrund 18 und Art. 2d RL 89/665/EWG insbesondere bei Verstößen gegen die Einhaltung der Informations- und Wartepflicht sowie ungerechtfertigten De-facto-Vergaben die Unwirksamkeit der geschlossenen Verträge vorzusehen. In diesen Fällen können die Mitgliedstaaten jedoch auch alternative Sanktionen verhängen, wenn die Unwirksamkeit des Vertrages aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses als Rechtsfolge nicht geeignet ist. Außerdem können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 2e RL 89/665/EWG und im Sinne des Erwägungsgrundes 19 bei anderen Verstößen gegen förmliche Anforderungen alternative Sanktionen für den Auftraggeber vorsehen. Dafür kommen insbesondere Verstöße gegen Art. 2 Abs. 3 RL 89/665 EWG (Aufschiebende Wirkung der Rechtsbehelfe bis zu einer Entscheidung über vorläufige Maßnahmen oder in der Hauptsache) in Betracht. Gemäß Wortlaut der Rechtsmittelrichtlinie ist der deutsche Gesetzgeber also zunächst nicht gezwungen bei fehlerhaften Entscheidungen über vorläufige Maßnahmen alternative Sanktionen vorzusehen. Lediglich wenn der Suspensiveffekt ohne eine Entscheidung eines Gerichts in der Hauptsache oder über vorläufige Maßnahmen aufgehoben werden würde, bestünde eine entsprechende Pflicht zur Sanktionierung. Bezieht man jedoch die primärrechtliche Pflicht zur Absicherung der unionsrechtlich begründeten Verfahrensrechte über die bloße Durchführung wirksamen vorläufigen Rechtsschutzes hinaus mit ein, ergibt sich die Pflicht zur primärrechtskonformen Auslegung der Rechtsmittelrichtlinie. Sofern die prozessrechtliche Möglichkeit einer ungerechtfertigten, tatsächlichen Vorwegnahme der Hauptsache besteht und diese Verletzung weder durch Primärrechtsschutz noch durch Schadensersatz in dem Maße sanktioniert wird, das eine wirksame Durchsetzung des

Unionsrechts garantiert, müssen alternative Sanktionen für den Auftraggeber vorgesehen werden. Vor diesem Hintergrund verengt sich das gesetzgeberische Ermessen über die Verhängung alternativer Sanktionen zu einer Pflicht. Bei fehlerhaften Entscheidungen im auftraggeberinitiierten einstweiligen Rechtsschutz und einer damit einhergehenden Erledigung des Hauptsacheverfahrens sowie nicht ausreichend umfangreichen Schadensersatzansprüchen, kann eine im Sinne des *effet utile* wirksame Absicherung der unionsrechtlich begründeten Verfahrensrechte nur durch die Verhängung alternativer Sanktionen sichergestellt werden. Da diese jedoch nicht in der deutschen Rechtsordnung vorgesehen sind, kann den Mängeln der Effektivität des Rechtsschutzes in diesem Bereich nur durch eine unmittelbare Anwendung der Rechtsmittelrichtlinie abgeholfen werden. Dementsprechend müssen in den dargestellten Fällen gemäß Rechtsmittelrichtlinie wirksame, verhältnismäßige und abschreckende alternative Sanktionen in Form von Geldbußen oder einer Verkürzung der Vertragsdauer verhängt werden. Nur dann ist ein effektiver Rechtsschutz im Sinne des *effet utile* und des Effektivitätsgrundsatzes im Vergaberecht der deutschen Rechtsordnung gegeben.

III. Weitere Aspekte

In der geleisteten Untersuchung sind neben den Problemen der Effektivität des Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich und des Gestattungsverfahren nach § 169 Abs. 2 GWB verschiedene, einzelne Aspekte des Vergaberechtsschutzes aufgefallen. Die große Mehrzahl dieser untergeordneten Mängel wird in der Praxis bereits durch eine entsprechende Handhabung der Gerichte entschärft. Dennoch soll folgend vollständigkeitshalber noch einmal aufgezeigt werden, welche Aspekte des Vergaberechtsschutzes auch in Zukunft anders als vom Gesetzgeber intendiert ausgelegt werden müssen, um einen Eingriff in die Effektivität der Rechtswege zu vermeiden.

So ist ein zu enges Verständnis der, für die Beiladung zum Vergabenachprüfungsverfahren und sofortigen Beschwerde notwendigen, schwerwiegenden Berührung von Interessen nicht mit dem weiten Anwendungsbereich des Art. 47 GrCh vereinbar. Während in der deutschen Rechtsordnung aufgrund der Schutznormtheorie auch bei der Beiladung Dritter oft auf die Verletzung subjektiver Rechte abgestellt wird, bedarf es aufgrund der europäischen Anforderungen zur Gewährleistung rechtlichen Gehörs lediglich einer ausreichenden

Betroffenheit Dritter. In diesem Sinne wird auch gemäß § 162 GWB nur die (schwerwiegende) Berührung eines Interesses zur Beiladung Dritter verlangt. Auch die Gerichtspraxis weist ein ausreichend weites Verständnis der Vorschrift auf. Jedoch dürfen die Gerichte sich in der Praxis nicht darauf beschränken, ausschließlich den vom Auftraggeber bevorzugten Bieter beizuladen. Grundsätzlich müssen sie weiterhin anerkennen, dass auch andere Bieter durch Entscheidungen der Vergabekammern und Beschwerdegerichte ausreichend stark in ihren Interessen berührt werden können. Darüber hinaus ist auch vom Wortlaut des § 174 GWB abzuweichen und dem Beschwerdegericht ein eigenes Beiladungsrecht zuzusprechen. Eine Rückkehr zur, vom Wortlaut intendierten, engeren Auslegung des Beiladungsrechts verbietet sich folglich. Eine gesetzgeberische Ausweitung der Beteiligtenregelung und Anpassung an die notwendige Gerichtspraxis im Sinne der unionsrechtlichen Vorgaben wäre durchaus angemessen.

Entgegen der Praxis vor den Vergabekammern steht die Effektivität des Rechtsschutzes eigenständigen Ermittlungen der Nachprüfungsstellen, die womöglich zu Lasten des Rechtsschutzsuchenden wirken, nicht entgegen. Eine entsprechende Auslegung der §§ 163, 168 Abs. 1 GWB, die den Vergabekammern die vom Gesetzgeber angedachte Möglichkeit einräumt, Versäumnisse des Bieters zu ermitteln und zugunsten des auftraggeberseitigen Interesses einer raschen Verfahrensdurchführung miteinzubeziehen, wäre also durchaus legitim und geboten. Eine Verletzung der Effektivität des Rechtsweges stellt dieser Umstand jedoch nicht dar.

Problematisch für die Effektivität des Rechtsschutzes sind unter besonderen Umständen hingegen die grundsätzlich kurzen Fristen des Nachprüfungsverfahrens und der sofortigen Beschwerde. Durch die Berechnung nach Kalendertagen verkürzen sich die Fristen zum Teil effektiv auf weit weniger als eine Woche. Dementsprechend nimmt etwa das OLG Düsseldorf in solchen Fällen der extremen Verkürzung durch Feiertage Ausgleichsmaßnahmen vor, die es dem Rechtsschutzsuchenden erleichtern, effektiven Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. In besonderen Einzelfällen rettet diese Praxis gewissermaßen die Effektivität des Rechtsschutzes. Ein Beharren auf der Einhaltung der Fristen auch in extremen Fällen von Verkürzung durch Feiertage würde jedenfalls eine Verletzung der Effektivität der Rechtsbehelfe darstellen. Ganz besonders gilt dies für die seltenen Anwendungsfälle des § 169 Abs. 4 GWB, in denen das Zuschlagsverbot bereits nach einer Frist von fünf Tagen nach

Zustellung eines entsprechenden Schriftsatzes entfällt. Ohne Ausgleichsmaßnahmen wie einem unmittelbaren Hängebeschluss des Gerichts kann innerhalb dieser Frist kein wirksamer Primärrechtsschutz in Anspruch genommen werden. Insofern ist eine gesetzlich nicht vorgesehene, weite Entscheidungskompetenz der zuständigen Gerichte auch für Hängebeschlüsse oder andere Ausgleichsmaßnahmen praktisch anerkannt und notwendig.

In der Praxis von geringerer Relevanz dürften die Vorgaben des Art. 19 Abs. 4 GG zur Präklusion von Verfahrensfehlern sein. So dürfen massive Verfahrensfehler auch unter der Anwendung der Präklusionsfristen des Art. 160 Abs. 3 GWB nicht zum Ausschluss der Rechtsfrage von der Überprüfung durch die Beschwerdegerichte führen. Da entsprechend massive Verfahrensfehler jedoch kaum ungerügt bleiben dürften und auch die Beschwerdegerichte im Rahmen des Ermittlungsgrundsatzes über einen weiten Ermessensspielraum verfügen, ist eine gerichtliche Überprüfung dieser Verfahrensfehler regelmäßig sichergestellt.

Abschließend konnte auch bei der Gewährung von Schadensersatz eine Verletzung der Rechtsmittelrichtlinie aufgezeigt werden. So wird gemäß ständiger Rechtsprechung des BGH im Rahmen des Ersatzes des negativen Interesses gemäß § 181 GWB bei der Anspruchsvoraussetzung der „echten Chance auf den Zuschlag“ zu sehr auf die notwendige Möglichkeit einer Wertung der Angebote abgestellt. Zwar ist gemäß Rechtsmittelrichtlinien die Anspruchsvoraussetzung der „echten Chance auf den Zuschlag“ grundsätzlich legitim, allerdings darf diese nicht die tatsächliche oder grundsätzliche Möglichkeit der Vornahme einer Wertung voraussetzen. Ein entsprechendes Abweichen von der gesetzlichen Grundlage und der Rechtsprechung des BGH zugunsten einer richtlinienkonformen Auslegung des § 181 GWB ist daher geboten.

Kapitel 10: Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes anhand von Effizienz

Der aktuelle Vergaberechtsschutz weist ober- und unterhalb der Schwellenwerte verschiedene Schwächen und Verstöße gegen den Maßstab der notwendigen Effektivität auf. Infolge dieses Ergebnisses konnte dargestellt werden, in welchen Bereichen eine rechtspolitische Anpassung des Vergaberechtsschutzes zwingend geboten ist. So orientieren sich die Vorschläge zur Erfüllung der notwendigen Effektivität primär an den bestehenden prozessrechtlichen Regelungen und stellen somit keine grundlegende Neuordnung des kritischen Prozessrechts dar.

Im letzten Teil dieser Arbeit sollen die, sich aus dem juristischen Maßstab zwingend ergebenden, Anpassungen der Rechtsordnung oder Rechtsprechung jedoch interdisziplinär erweitert werden. So stellen die aufgezeigten Mängel des Vergaberechtsschutzes den Anlass dar, grundlegend rechtspolitische Überlegungen zu entwickeln. Wenn ohnehin die aufgezeigte Anpassung des Vergaberechtsschutzes vorgenommen werden muss, soll auch diskutiert werden, wie eine grundlegend bessere Ausgestaltung aussehen könnte. Die Absicht besteht also nicht nur darin, darzustellen was aufgrund der notwendigen Effektivität des Rechtsschutzes zwingend an Rechtsgrundlagen und Auslegung geändert werden muss, sondern auch, wie eine verbesserte Anpassung aussehen könnte. Diese Absicht basiert auf einem Verständnis der Rechtswissenschaft nicht nur als Rechtsprechungswissenschaft, sondern auch als Rechtssetzungswissenschaft.[936] Vor dem Hintergrund, dass dieser Abschnitt im Verhältnis zur positivistischen Analyse des Vergaberechtsschutzes kurz ausfällt, sollen dem Leser entsprechende rechtspolitische Aussagen zugemutet werden.

Jedenfalls bedarf es für solche Empfehlungen, sofern sie über die bereits aufgezeigten zwingenden Anpassungen des Vergaberechtsschutzes hinausgehen sollen, einen weiteren Maßstab. Dazu soll hier die ökonomische Analyse des Rechts und insbesondere das Kriterium der Effizienz dienen. Die ökonomische Analyse des Rechts entstammt dem angloamerikanischen Rechtsraum und konnte sich dort insbesondere mit der Entwicklung des Coase-Theorems sowie der umfassenden Analyse des US-amerikanischen Rechtssystems durch *Posner* in seinem Werk „Economic analysis of law“[937] durchsetzen. Über die Jahrzehnte hat sich die ökonomische Analyse des Rechts jedoch auch in Deutschland etabliert[938] und findet eine immer weitere Verbreitung.

Die grundsätzliche Idee der ökonomischen Analyse des Rechts besteht darin, wirtschaftswissenschaftliche Methodik zur Untersuchung des Rechts zu nutzen.[939] Aus diesem Anliegen ergeben sich dann unterschiedliche Schwerpunkte der ökonomischen Analyse. So besteht die Möglichkeit, eine positive Analyse des Rechts vorzunehmen, welche die Wirkung der Rechtsnormen auf das Verhalten der betroffenen Personen untersucht oder vorhersagt. Diese Folgenabschätzung ist mittlerweile ein wesentlicher Verfahrensbaustein des

[936] Vgl. *Biermann*, Prospekthaftung und Allokationseffizienz, 2018, S. 56.
[937] *Posner*, Economic analysis of law, 9. Aufl. 2014,
[938] Genannt sei hier beispielhaft das Standardwerk von *Horst Eidenmüller*: *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015,
[939] *Scheufen*, Angewandte Mikroökonomie und Wirtschaftspolitik, 2. Aufl. 2020, S. 7.

Gesetzgebungsprozesses.[940] Entsprechende Folgenabschätzungen können jedoch auch *ex post*, also bei bereits bestehenden Normen durchgeführt werden, um ihre Wirkung zu beschreiben. Neben der positiven Analyse des Rechts eignet sich die wirtschaftswissenschaftliche Methodik aber auch zu einer normativen Untersuchung von Rechtsnormen, also der Antwort auf die Frage, wie Recht ausgestaltet werden soll.[941] Dafür kann im Sinne der Wohlfahrtsökonomie auf den Maßstab der Effizienz zurückgegriffen werden. Diesen verschiedenen Ansatzpunkten ist jedoch gemein, dass ökonomische Grundannahmen als Analyserahmen verwendet werden. So wird immer das Grundmodell des vernünftigen, Eigennutz maximierenden *homo oeconomicus* und dessen Verhalten in einer Marktsituation zur effizienten Verteilung von Ressourcen und Gütern verwendet.[942] Ergänzt werden diese Grundlagen durch neuere Entwicklungen in der Verhaltensökonomik[943] oder neuen Institutionenökonomik.[944]

Aufgrund der unterschiedlichen Analyseansätze (positiv vs. normativ) sowie den unterschiedlichen Methodiken in der Ökonomie muss zunächst die hier zu verwendende Methodik und damit der rechtspolitische Maßstab entwickelt werden. Dazu gilt es, einen entsprechenden Effizienzbegriff darzustellen und dessen Verwendung, beziehungsweise rechtspolitischen Nutzen, zu begründen. Außerdem ist es notwendig, diesen ökonomischen Maßstab in ein (Hierarchie)Verhältnis zu einschlägigen Rechtsprinzipien zu setzen. Im Anschluss können dann mithilfe dieses Maßstabs der Effizienz verschiedene Lösungen der bestehenden Mängel des Vergaberechtsschutzes diskutiert und vorgeschlagen werden. Letztlich ist es das Ziel, rechtspolitische Empfehlungen aussprechen zu können, die einerseits die mangelnde Effektivität des Vergaberechtsschutzes in den ausgemachten Bereichen beheben und darüber hinaus auch unter der Maßgabe der Effizienz eine sinnvolle Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes bewirken.

[940] Siehe etwa *Jürgens*, Andrássy Working Papers in Economics and Business Administration 2019 (40), 1.
[941] *Scheufen*, Angewandte Mikroökonomie und Wirtschaftspolitik, 2. Aufl. 2020, S. 7.
[942] Ausführlicher *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 4. Aufl. 2019, S. 22 ff.; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, S. 107 ff.
[943] Für einen umfassenden Überblick siehe etwa *Zamir/Teichman*, Behavioral law and economics, 2018, S. 141 ff.
[944] *Biermann*, Prospekthaftung und Allokationseffizienz, 2018, S. 47 ff.; *Fechner*, Regulierungsprinzip Effizienz, 2020, S. 60 ff.; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, S. 117; *Schleich*, Kosteneinsparpotenziale einer effizienteren Landesbauordnung, 2018, S. 50 f.

A. Effizienz als Maßstab

Bevor Vorschläge zur Neugestaltung des Vergaberechtsschutzes gemacht werden können, ist der entsprechende Maßstab der Effizienz zu entwickeln. Daher ist zunächst der Umfang der ökonomischen Analyse festzulegen (deskriptiv/positiv oder normativ). Anschließend muss die Methodik der vorzunehmenden Analyse definiert werden, was insbesondere die Definition des verwendeten Effizienzbegriffs umfasst. Diese Methodik, von deren Anwendung das Ergebnis des letzten Teils wesentlich abhängt, bedarf dann einer gewissen Rechtfertigung. Jedenfalls muss dargelegt werden, welcher Nutzen durch die ökonomische Analyse des Rechts generiert wird, der über die notwendigen juristisch motivierten Anpassungen hinausgeht. Abschließend gilt es dann, den ökonomischen Maßstab der Effizienz und die potenziell aus ihm abgeleiteten normativen Aussagen in ein angemessenes Verhältnis insbesondere zum Rechtsprinzip der Effektivität des Rechtsschutzes zu setzen. In diesem Rahmen kann dann auch geklärt werden, ob eine Anwendung des Effizienzkriteriums *de lege lata* oder ausschließlich *de lege ferenda* möglich ist.

In Summe lässt sich so ein handhabbarer Maßstab der Effizienz entwickeln, der ausreichend genau definiert, gerechtfertigt und hierarchische in die Rechtsordnung eingeordnet ist, um anschließend rechtspolitische Maßnahmen aus ihm abzuleiten.

I. Positive vs. normative Analyse

Die ökonomische Analyse des Rechts lässt sich grundsätzlich in zwei Bereichen anwenden. Einerseits können mit der wirtschaftswissenschaftlichen Methodik die bestehenden Rechtsnormen untersucht werden. Dabei wird auf Grundlage des ökonomischen Menschenbildes die Anreizwirkung der unterschiedlichen Regelungen prognostiziert oder empirisch untersucht.[945] Klassischerweise stellt eine entsprechende deskriptive oder auch positive ökonomische Analyse des Rechts die Grundlage dar, auf deren Basis dann normative, also rechtspolitische Empfehlungen zur Korrektur oder Optimierung des Regelsystems erarbeitet werden.[946] Auch bei dieser normativen Analyse, sprich der Frage, wie eine rechtliche Regelung ausgestaltet werden soll, kommen ökonomische Maßstäbe, insbesondere das Effizienzkriterium, zur Anwendung.

[945] Vgl. *Biermann*, Prospekthaftung und Allokationseffizienz, 2018, S. 49 f.
[946] *Schulze*, Der Nachweis der vergaberechtlichen Eignung im Wandel, 2020, S. 48; *Du Mont*, Die Kombination von Rücktritt und Schadensersatz im neuen Schuldrecht, 2007, S. 95 f.

Im Rahmen der Arbeit ist bislang eine ausführliche deskriptive Analyse des bestehenden Vergaberechtsschutzes auf juristischer Ebene erfolgt. Im Abgleich mit den übergeordneten unions- und verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Effektivität des Rechtsschutzes haben sich dabei etwaige Rechtsschutzlücken aufgetan. Aus diesen Mängeln bezüglich der Effektivität ergibt sich juristisch gesehen zwingender Anpassungsbedarf des Rechtsschutzregimes über- und unterhalb der Schwellenwerte. Vor diesem Hintergrund und dem Umstand, dass eine ausführliche deskriptive ökonomische Untersuchung des Vergaberechtsschutzes sicherlich den Umfang dieser Arbeit sprengen würde, soll lediglich eine normative ökonomische Analyse durchgeführt werden. Die geleistete juristische Untersuchung des *status quo* und deren Ergebnis einer mangelnden Effektivität bieten bereits ausreichend Anlass, rechtspolitische Erwägungen anzustellen. Sofern bestimmte Bereiche des Vergaberechtsschutzes ohnehin einer veränderten Rechtsgrundlage oder Rechtsanwendung bedürfen, kann sich diese auch am Maßstab der Effizienz ausrichten. In diesem Sinne will die Arbeit sich nicht damit begnügen das juristisch Notwendige, sondern auch das rechtspolitisch Gebotene aufzuzeigen. Dazu dient dann der Rückgriff auf den ökonomischen Maßstab der Effizienz.

II. Methodik und verwendeter Effizienzbegriff

Ziel der normativen ökonomischen Analyse des Rechts ist es, eine Antwort auf die Frage zu liefern, wie Recht ausgestaltet sein soll.[947] Dazu bedarf es zwingend eines Bewertungsmaßstabes. Dabei wird regelmäßig auf den Begriff der Effizienz zurückgegriffen. Die Bedeutung des Effizienzbegriffs ist jedoch keineswegs eindeutig. In der herkömmlichen, technischen Verwendung beschreibt Effizienz das Verhältnis von eingesetzten Mitteln zum damit erzielten Erfolg.[948] Effizienz ist dann eine Frage des Kosten-Nutzen-Verhältnisses.[949] Besonders im juristischen Bereich wird Effizienz regelmäßig auf diese Dimension heruntergekürzt. So wird Effizienz in zahlreichen Abhandlungen als synonym für Wirtschaftlichkeit in Sinne einer optimierten Zweck-Mittel-Relation verwendet.[950] Die so definierte Wirtschaftlichkeit äußerst sich dann einerseits als Verfahrens- oder Prozessökonomie, die der effizienten Durchsetzung

[947] *Steinbach/van Aaken*, Ökonomische Analyse des Völker- und Europarechts, 2019, S. 17.
[948] *Steinbach/van Aaken*, Ökonomische Analyse des Völker- und Europarechts, 2019, S. 17.
[949] Für eine ausführliche Darstellung der unterschiedlichen Methoden zur Ermittlung der Wirtschaftlichkeit siehe *Hillen*, Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht, 2018, S. 48 ff.
[950] Siehe etwa *Hyckel*, Prozessökonomie, 2020, S. 441; *Schulze*, Der Nachweis der vergaberechtlichen Eignung im Wandel, 2020, S. 49 f.; *Hofmann*, ZZP 126 (1), 83 (83); *Bruns*, ZZP 124 (1), 29 (29); *Hillen*, Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht, 2018, S. 130.

anderer Zwecke dient, also Zweckakzessorisch ist.[951] Andererseits kann ein normatives Wirtschaftlichkeitsgebot auch als materieller Maßstab rechtsverbindlich vorgeschrieben sein. Dementsprechend lässt sich Wirtschaftlichkeit als eigenes Rechtsprinzip der deutschen Rechtsordnung qualifizieren.[952] Zweifellos spielt Wirtschaftlichkeit in diesem Sinne auch im Vergaberecht eine wesentliche Rolle, da das haushaltsrechtliche Kernziel des wirtschaftlichen Handelns auf keinen Fall durch unwirtschaftliches Verfahrens-, Prozessrecht oder Entscheidungsmaßstäbe konterkariert oder gar zunichte gemacht werden darf.[953] Daher befassen sich eine Vielzahl von Veröffentlichungen damit, wie ein besonders effizientes Verfahrens- und Prozessrecht ausgestaltet werden kann oder wie Wirtschaftlichkeit als Entscheidungsmaßstab zu definieren ist. Ausgemachte Indikatoren[954] für eine effiziente Verfahrens- und Prozessführung ließen sich ausführlich auf den Vergaberechtsweg anwenden, um eine Bewertung der Prozessökonomie vorzunehmen. Vor dem Hintergrund der vornehmlich wirtschaftlichen Interessen der Bieter ist sogar davon auszugehen, dass eine ausreichende Prozessökonomie des Vergaberechtsschutzes wesentlich für die Effektivität der Rechtsbehelfe ist. Bei der Untersuchung des Vergaberechtsschutzes *de lege lata* konnte jedoch kein besonders ineffizientes Prozessrecht ausgemacht werden. Die prominente Verankerung des Beschleunigungsgrundsatzes und entsprechend kurze Fristen sowie der geltende Amtsermittlungsgrundsatz sprechen viel eher für eine ausreichende Prozesseffizienz.[955]

In der ökonomischen Analyse des Rechts kann Effizienz aber auch eine grundsätzlich andere Funktion erfüllen. Im Sinne der Wohlfahrtsökonomie ist eine effiziente Verteilung von Gütern nämlich das übergeordnete Ziel. Vor der Grundannahme des rationalen, nutzenmaximierenden *homo oeconomicus* soll durch eine effiziente Allokation von Ressourcen der größtmögliche gesamtgesellschaftliche Nutzen, sprich Wohlfahrt, realisiert werden.[956] Fraglich ist dabei jedoch, wann die größtmögliche Wohlfahrt, also eine effiziente Allokation

[951] *Hyckel*, Prozessökonomie, 2020, S. 69 f.; *Fechner*, Regulierungsprinzip Effizienz, 2020, S. 59; vgl. auch *Raudla*, in: Thai/Piga (Hrsg.), Advancing public procurement, 2007, S. 214.
[952] *Schulze*, Der Nachweis der vergaberechtlichen Eignung im Wandel, 2020, S. 50 ff.; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, S. 463 ff.; *Hyckel*, Prozessökonomie, 2020, S. 134 f.; *Hillen*, Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht, 2018, S. 149 ff.
[953] *Hillen*, Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht, 2018, S. 132 f.
[954] Siehe etwa *Hyckel*, Prozessökonomie, 2020, S. 451 f.
[955] Diese Aussage stellt lediglich eine Vermutung dar. Eine eigenständige Untersuchung der Prozessökonomie scheint durchaus lohnend, soll hier jedoch nicht vorgenommen werden.
[956] Dazu auch *Hillen*, Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht, 2018, S. 46 ff.; *Biermann*, Prospekthaftung und Allokationseffizienz, 2018, S. 51.

der Ressourcen, gegeben ist. Aufgrund der Unmöglichkeit eines interpersonellen Nutzenvergleichs benötigt die Wohlfahrtsökonomie einen normativen Wertungsmaßstab in Form der Effizienz.[957]

Zur Bewertung der Verteilung von Ressourcen wurden daher zwei unterschiedliche Effizienz-Kriterien entwickelt. Gemäß dem Pareto-Kriterium ist ein Zustand dann optimal, wenn Ressourcen nicht weiter gehandelt werden können, ohne dass ein Individuum dadurch in seinem Nutzen geschädigt werden würden.[958] Lediglich wenn ein Individuum einen anderen Zustand vorzieht, ohne dass auch nur ein anderes Individuum den neuen Zustand ablehnt, ist der neue Zustand pareto-superior und weist damit eine größere Wohlfahrt auf. Vor dem Hintergrund des *homo oeconomicus* und eines funktionierenden Marktmechanismus stellt sich bei der Möglichkeit, Transaktionen von Ressourcen frei vornehmen zu können, eine pareto-optimale Allokation ein.[959] Als Maßstab zur Ausgestaltung von bestimmten Rechtsfragen, wie beispielsweise dem Vergaberecht(sschutz), eignet sich die Pareto-Effizienz jedoch nur bedingt.[960] Letztlich wird im Modell des Pareto-Kriteriums jedem beteiligten Individuum ein Veto-Recht zugesprochen: Nur wenn eine (neu)Verteilung von Gütern durch das Rechtsregime keinerlei negativen Auswirkungen auf irgendeinen Beteiligten aufweist, dürfte sie nach dem Pareto-Kriterium vorgenommen werden. Auf den Vergaberechtsschutz angewendet dürfte mit einer Entscheidung durch eine unabhängige Stelle eines Streitgegenstandes kein Beteiligter in seinem Nutzen eingeschränkt werden. Eine praktische Orientierung am Maßstab des Pareto-Kriteriums findet in der ökonomischen Analyse des Rechts folglich nicht statt.[961]

Im Gegensatz zum Pareto-Kriterium kann gemäß dem Kaldor/Hicks-Kriterium ein bestimmter Zustand auch dann einem anderen Zustand vorzugswürdig sein, wenn eine oder mehrere Akteure schlechter gestellt werden. Entscheidend ist, dass der durch die neue Allokation von Ressourcen entstandene Nutzengewinn größer ist als der Nutzenverlust. Es kommt also darauf an, ob das besser gestellte Individuum das schlechter gestellte Individuum entschädigen

[957] *Biermann*, Prospekthaftung und Allokationseffizienz, 2018, S. 52.
[958] *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, S. 14.
[959] *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 4. Aufl. 2019, S. 33.
[960] *Biermann*, Prospekthaftung und Allokationseffizienz, 2018, S. 52.
[961] *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, S. 49 f.

könnte.[962] Die Feststellung, ob eine solche Entschädigung vorgenommen werden könnte, setzt aber einen Vergleich der interpersonellen Nutzen voraus. In der Praxis läuft dies über monetäre Wertungen der Betroffenen ab. Sofern zur Feststellung, ob der Nutzen durch eine Rechtsregel insgesamt vergrößert wird, auf eine monetäre Bewertung der Folgen zurückgegriffen wird, wird streng genommen aber nicht die Veränderung des gesellschaftlichen Nutzens, sondern eine monetäre Wohlstandssteigerung gemessen.[963] Darauf stellt auch das durch Posner entwickelte Reichtumsmaximierungsprinzip ab, nach dem ein Zustand immer dann besser sei, wenn der Reichtum in ihm größer ist als im Vergleichszustand. Damit unterscheidet sich dieses Effizienzkriterium nicht vom Kaldor/Hicks-Kriterium, sondern macht sich lediglich die Lösung seines Messungs- und Wertungsproblems durch Geldeinheiten als wesentliches Merkmal zu eigen.[964]

Entscheidend für die Nutzung dieser Effizienzkriterien ist darüber hinaus das sogenannte Coase-Theorem. *Coase* ging in seinem grundlegenden[965] Artikel[966] vom Problem der externen Kosten aus. So werde von einem bestimmten Produkt dann zu viel angeboten, wenn bestehende externe Effekte nicht in die Kostenrechnung des Produzenten mit eingehen, woraus wiederum eine ineffiziente Ressourcenverteilung resultiere. Während *Pigou* zur Lösung dieses Problems eine Steuer in Höhe der externen Effekte vorschlug,[967] zeigte *Coase* auf, dass eine effiziente Allokation der Ressourcen allein durch private Verhandlungen hergestellt werden könnte. Wenn zwei Parteien eine Ressource unterschiedlich bewerten (bei negativen Externalitäten bewertet der Schädiger die Ressource als zu gering), wird immer diejenige Partei die Ressource erstehen, welche sie am höchsten bewertet. Dadurch können letztlich Externalitäten internalisiert und eine effiziente Allokation der Ressourcen erreicht werden.[968] Dieses effiziente Gleichgewicht stellt sich unabhängig von der ursprünglichen Verteilung der Verfügungs-/Eigentumsrechte ein. Wenn eine Partei in einer Ressource einen größeren Nutzen sieht, wird sie der anderen Partei die Ressource abkaufen.

---

[962] *Biermann*, Prospekthaftung und Allokationseffizienz, 2018, S. 53. Ob eine Entschädigung tatsächlich vorgenommen wird, ist jedoch unerheblich. *Sanchez-Graells*, in: Watkins/Burton (Hrsg.), Research methods in law, 2. Aufl. 2017, S. 179. Dazu kritisch auch *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 4. Aufl. 2019, S. 69 ff.
[963] *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, S. 52; *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 4. Aufl. 2019, S. 68, 72.
[964] *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, S. 54. Ausführlich zu *Posners* Reichtumsmaximierungsprinzip siehe *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 4. Aufl. 2019, S. 183 ff.
[965] *Schleich*, Kosteneinsparpotenziale einer effizienteren Landesbauordnung, 2018, S. 53.
[966] *Coase*, J.L. & Econ. 56 (4), 837.
[967] Siehe etwa *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 4. Aufl. 2019, S. 81.
[968] *Scheufen*, Angewandte Mikroökonomie und Wirtschaftspolitik, 2. Aufl. 2020, S. 264.

Die unterschiedliche monetäre Bewertung der Ressource stellt den kooperativen Überschuss dar, den die Parteien bei einer Transaktion verwirklichen können.[969] Die Verteilung dieses Überschusses hängt dabei vom Verhandlungsgeschick der Parteien ab. Die Effizienzthese des Coase-Theorems lautet also, dass eine Ressource durch denjenigen effizient genutzt wird, der sie am höchsten bewertet, was durch private Verhandlungen sichergestellt werden kann.[970] Betrachtet man das Vergaberecht unter der Maßgabe der Externalitäten drängt sich dabei folgendes Bild auf: Die Vergabestelle verursacht durch Verfahrensfehler Schädigungen in den Rechtspositionen der Bieter. Diese haben Anspruch auf die Nutzung ihrer Ressource der Verfahrensrechte, welche durch Rechtsverstöße geschädigt wird. Unter der Maßgabe, dass die Bieter in die Schädigung einwilligen können, könnten Sie ihre Verfügungsrechte an der Ressource „Verfahrensrecht" abtreten. Sofern der Nutzen der Vergabestelle an der Schädigung, also dem Abweichen vom Verfahrensrecht, größer ist als der Nutzen des Bieters am Verfahrensrecht selbst, würde mit einer entsprechenden Transaktion eine effiziente Allokation der Verfahrensrechte einhergehen.

Eine solche effiziente Verteilung der Ressourcen durch private Verhandlungslösungen setzt jedoch bestimmte Umstände voraus. So dürfen insbesondere keine zu hohen Transaktionskosten anfallen. Sobald nämlich die Kosten der Verhandlungsführung größer werden als der kooperative Überschuss, werden sich die Parteien nicht auf eine Transaktion einigen können. Außerdem setzt die Verhandlungslösung nach *Coase* voraus, dass überhaupt ein Markt besteht.[971] Für die Anwendung des Verhandlungsmodells im Recht setzt dies die Schaffung eines Marktes für Rechtspositionen voraus. Nur bei privaten Verhandlungen gemäß dem Marktmechanismus stellt sich eine effiziente Allokation ein. Sofern ein Marktversagen (auch Transaktionskosten können ein Marktversagen hervorrufen) eintritt, wäre es die Aufgabe der Rechtsordnung, den Marktmechanismus zu simulieren. Da die Coase'sche Verhandlungslösung jedoch als anti-interventionistisches Modell gedacht ist, sollte der Markt nur da simuliert werden, wo er nicht funktionstüchtig ausgestaltet werden kann.[972] Zur Schaffung

[969] Wenn Person A die Ressource R mit 100 Geldeinheiten (GE) bewertet, Person B die Ressource jedoch nur mit 50 GE bewertet, wird A die Ressource B mit 1-50 GE abkaufen. Sofern A die Ressource von vornherein besitzt, besteht bereits eine effiziente Allokation, falls nicht, wird durch die Transaktion Effizienz hergestellt. Der kooperative Überschuss von 50 GE teilt sich bei einer Transaktion je nach Verhandlungsgeschick auf A und B auf. Siehe auch *Sanchez-Graells*, in: Watkins/Burton (Hrsg.), Research methods in law, 2. Aufl. 2017, S. 182 ff.
[970] *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, S. 61; *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 4. Aufl. 2019, S. 79 ff.; *Sanchez-Graells*, in: Watkins/Burton (Hrsg.), Research methods in law, 2. Aufl. 2017, S. 181.
[971] *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, S. 79 f.
[972] *Biermann*, Prospekthaftung und Allokationseffizienz, 2018, S. 77.

eines Marktes bedarf es also insbesondere der Minimierung von Transaktionskosten. Sofern sie ausreichend niedrig gehalten werden und Rechtspositionen grundsätzlich handelbar sind, lässt sich das Coase-Theorem als wesentliches Modell für die normative ökonomische Analyse des Rechts verwenden. Durch eine Verhandlungslösung zwischen den Parteien wird bei einem funktionierenden Marktmechanismus für Rechtspositionen eine effiziente Verteilung im Sinne des Kaldor/Hicks-Kriteriums erreicht.[973] Als wesentliches rechtspolitisches Programm nach wohlfahrtsökonomischem Maßstab lässt sich daraus die Schaffung eines Marktes für Rechtspositionen ableiten. Dies setzt wiederum die Minimierung von Transaktionskosten im Verhandlungsverfahren voraus. Bei der Anwendung dieses wohlfahrtsökonomischen Effizienzbegriffs als normativen Maßstab muss jedoch daraufhin gewiesen werden, dass die Verteilung von Ressourcen beziehungsweise Rechtspositionen und damit die Verteilung des Nutzengewinns unerheblich ist; lediglich das Vorhandensein eines Nutzengewinns ist entscheidend, um eine Transaktion des Ressource oder eines Nutzungsrecht zu rechtfertigen.[974] Gemäß des Effizienzkriteriums nach Kaldor/Hicks bedarf es nämlich keiner tatsächlichen Kompensation des Individuums mit dem geringeren Nutzen und damit des durch die vorzunehmende Transaktion verbundenen Nutzenverlustes.

Bevor praktische rechtspolitische Empfehlungen anhand des wohlfahrtsökonomischen Effizienzkriteriums entwickelt werden sollen, bedarf es außerdem einer Rechtfertigung des Effizienzkriteriums als rechtspolitischem Maßstab sowie einer Einordnung des Effizienzmaßstabs zu einschlägigen Rechtsprinzipien (insbesondere der Effektivität).

III. Rechtspolitischer Nutzen des Maßstabes „Effizienz" im Vergaberechtsschutz

Nachdem der wohlfahrtsökonomische Maßstab der Effizienz dargestellt wurde, gilt es nun zu begründen, warum dieser für die Erarbeitung rechtspolitscher Vorschläge im Bereich des Vergaberechtsschutzes genutzt werden soll.

Aus wohlfahrtsökonomischer Sicht stellt sich diese Frage freilich nicht. Volkswirtschaftliche Effizienz stellt das übergeordnete Ziel dar, welches durch Nutzensteigerungen und Maximierung erreicht werden soll. Effizienz ist in diesem Sinne anzustreben, da sie eine

[973] *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 4. Aufl. 2019, S. 80.
[974] Verteilungsgerechtigkeit wird daher nicht automatisch durch eine effiziente Allokation von Ressourcen erreicht. Siehe etwa *Zamir/Teichman*, Behavioral law and economics, 2018, S. 17.

Verbesserung des bestehenden Zustands darstellt. Die Berechtigung des Effizienzmaßstabs liegt also in der Vergrößerung des gesellschaftlichen Nutzens.[975] Der wohlfahrtsökonomische Effizienzbegriff weist hier zwei grundsätzliche Schwächen auf, die miteinander in Verbindung stehen. So muss zur Messung und Wertung des Nutzens regelmäßig auf die Zahlungsbereitschaft der Parteien zurückgegriffen werden, da unmittelbare interpersonelle Nutzenvergleiche schlichtweg nicht möglich sind. Dies führt dazu, dass Effizienz durch das Verhandlungsmodell nach *Coase* und im Sinne des Kaldor/Hicks-Kriteriums streng genommen immer nur den maximalen monetären Nutzen einer Allokation von Ressourcen herbeiführt. Eine Maximierung des monetären Gewinns kann aber kaum mit dem gesellschaftlichen Nutzen gleichgesetzt werden; das Effizienzkriterium wird in seinem normativen Gehalt also auf die Maximierung des monetären Nutzens reduziert, was kaum als befriedigendes Ergebnis angesehen werden kann.[976]

Betrachtet man das in der Praxis notwendigerweise verkürzte Effizienzkriterium hinsichtlich seines normativen Gehalts im Bereich des Vergaberechts, stellt sich diese Problematik jedoch nicht. Politischer und juristischer Zweck des Vergaberechts ist eine marktkonforme Beschaffung bestimmter Güter. Das Ziel der effizienten Beschaffung im Sinne einer effizienten Kosten-Nutzen-Relation, die sich wiederum aus dem Kaldor/Hicks-Kriterium ergibt, folgt sowohl aus dem haushaltsrechtlichen Zweck des wirtschaftlichen Verhaltens des Staates als auch aus dem Grundrechtsschutz der betroffenen privaten Unternehmen. Grundrechtlich geschützt ist nämlich die möglichst uneingeschränkte wirtschaftliche Tätigkeit der Unternehmen am Markt. Das rechtspolitische Programm der wohlfahrtsökonomischen Effizienz nach *Coase* verfolgt dasselbe Ziel und auch der haushaltspolitische Zweck des wirtschaftlichen Beschaffungshandelns setzt, wie die wohlfahrtsökonomische Effizienz, einen möglichst funktionierenden Markt voraus. Grundsätzlich besteht im Bereich des Vergaberechts also kein Zielkonflikt zwischen Effizienz und anderen legitimen verfolgten Zwecken.[977] Wenn das Vergaberechtsregime eine effiziente Verteilung von Rechtspositionen zwischen den

[975] Moralische Grundlage ist der Utilitarismus, der auf eine gesamtgesellschaftliche Nutzenmaximierung abstellt. Siehe dazu etwa *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 4. Aufl. 2019, S. 142 ff. Jedoch ist wohlfahrtsökonomische Effizienz und Utilitarismus keinesfalls gleichzusetzen. Siehe etwa *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, S. 27 ff., 117 ff.

[976] *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, S. 182; *Fechner*, Regulierungsprinzip Effizienz, 2020, S. 65 ff.

[977] Vgl. *Biermann*, Prospekthaftung und Allokationseffizienz, 2018, S. 55 f. Vgl. *Kamp*, Funktion und Grenzen schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten, 2020, S. 535, der bei der Auslegung der Nebenpflichten im Rahmen des § 241 Abs. 2 BGB zu einem ähnlichen Ergebnis kommt.

Beschaffungsstellen und den verschiedenen Bietern herstellen kann, sind automatisch auch die juristischen und politischen Zwecke des Vergaberechts erfüllt. Sofern also das wohlfahrtsökonomische Effizienzkriterium dahingehend kritisiert wird, dass es lediglich den Reichtum maximieren kann, hat diese Kritik im Bereich des Vergaberechts keinen Wert. Sowohl grundrechtlich als auch allgemein betrachtet ist der wesentliche Nutzen eines Unternehmens immer sein möglichst wirtschaftliches Handeln. Auch auf Seiten des Auftraggebers geht es bei Vergabeverfahrensvorschriften immer um die Maximierung der Wirtschaftlichkeit.

Bei der Herstellung einer effizienten Allokation von Rechtspositionen ist es jedoch notwendig, Kosten und Nutzen einer Verteilung von Rechtspositionen messen und werten zu können.[978] Auch in dieser Hinsicht kann das wohlfahrtsökonomische Effizienzkriterium nach Kaldor/Hicks kritisiert werden. Ein tatsächlicher Nutzenvergleich wird regelmäßig über die monetäre Wertung durch die beteiligten Parteien hergestellt. Will man nun aber nicht das Vergaberecht, sondern den Vergaberechtsschutz so ausgestalten, dass eine effiziente Verteilung von Rechtspositionen erreicht wird, müssen die Beteiligten in der Lage sein, einer verfahrensrechtlich begründeten Rechtsposition einen monetären Wert beizumessen. Etwas abstraktes wie Verfahrensrechte, die Handelsobjekt der Verhandlungslösung im Vergabeprozess sein müssten, sind jedoch grundsätzlich schwierig monetär zu bewerten. Außerdem können auch Besitz- und Einkommenseffekte dazu führen, dass eine Transaktion auf Grundlage von monetären Wertungen verzerrt ist. Im Vergaberecht agieren zumindest als Anbieter jedoch ausschließlich wirtschaftliche Akteure. Dementsprechend sind verfahrensrechtliche Ansprüche im Vergabeverfahren zwar Ausdruck wirtschaftlicher Grundrechte (inklusive Grundfreiheiten), jedoch stehen diese Rechtspositionen immer im Zusammenhang mit der Realisierung des wirtschaftlichen Gewinns. Somit können die Bieter der Einhaltung der potenziell verletzten Verfahrensnorm einen monetären Wert zuschreiben. Sofern ein Bieter davon ausgeht, dass die Einhaltung der Verfahrensnorm seine Zuschlagschance steigert, besitzt diese einen monetären Wert, der von der Chancensteigerung des Zuschlags durch Einhaltung der Norm und seinem Nutzen aus dem Zuschlag (Gewinn) abhängt. Jedenfalls besteht der Nutzen des Bieters aus der Einhaltung der Verfahrensnorm immer aus einem Teil des durch einen Zuschlag realisierten Nutzens/Gewinns. Je wichtiger eine

[978] *Hyckel*, Prozessökonomie, 2020, S. 441.

Verfahrensnorm für den Erhalt des Zuschlags und damit der Realisierung des monetären Gewinns ist, desto höher ist auch der monetäre Wert der Verfahrensnorm für das Unternehmen. Sofern die Anwendung einer Norm sicherstellt, dass ein Unternehmen den Zuschlag erhalten müsste, wäre der monetäre Wert der Einhaltung der Norm identisch mit dem, durch den Zuschlag, erlangten Gewinn. Zumindest bei einer Partei, die bei der Herstellung einer effizienten Allokation von Rechtspositionen im Verhandlungsverfahren beteiligt wäre, ist der Nutzen der Rechtsposition vergleichbar gut durch einen monetären Wert abzubilden.

Es lassen sich somit zwei Argumente für die Anwendung des Effizienzkriteriums als rechtspolitischen Maßstab für den Vergaberechtsschutz ausmachen. Erstens besteht beim politisch/juristisch beabsichtigten Zweck des Vergaberechts und des Vergaberechtsschutzregimes (welches die Durchsetzung des Vergaberechts und damit demselben Zweck dient) sowie dem wohlfahrtsökonomischen Effizienzprinzips eine Zielidentität. Es geht immer um die möglichst wirtschaftliche, marktgetreue Beschaffung von bestimmten Gütern. Dies entspricht sowohl dem grundrechtlichen/politischen Ziel des Vergaberechts sowie einem effizienten Beschaffungsverhalten nach dem Kaldor/Hicks-Kriterium. Zweitens tritt im Verfahrens- und Prozessrecht des Vergaberechts das Wertungs- und Messungsproblem der wohlfahrtsökonomischen Effizienz nur zum Teil auf. Der Nutzen einer Rechtsposition in Form eines Verfahrensrechts im Vergabeverfahren kann durch den Bieter monetär bewertet werden, da sie unmittelbar mit der Erteilung des Zuschlags und damit der Realisierung eines monetären Werts in Verbindung gebracht werden kann. Daher kann ein Bieter den monetären Wert einer Rechtsposition (Verfahrensrecht) vergleichsweise gut als Nutzen bestimmen.

Es kann also grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass bei einer effizienten Verteilung von Rechtspositionen im Vergaberecht auch ein hoher Zielerreichungsgrad der politisch und juristisch vorgegebenen Zwecke des Vergaberechts erreicht wird. Eine effiziente Verteilung der Rechtspositionen ist aus haushaltsrechtlicher und grundrechtlicher Sicht ein optimaler Ausgleich widerstreitender Interessen. Vor dem Hintergrund, dass der Vergaberechtsschutz aus einer subjektiv-rechtlichen Position die Zwecke des Vergabeverfahrensrechts absichern soll, scheint eine Anwendung des Effizienz-Maßstabes auch für die Ausgestaltung des Prozessrechts angemessen.

IV. Verhältnis von Effizienz, Effektivität und anderen Rechtsprinzipien

Vor der Anwendung des normativen Maßstabes der Effizienz im Rahmen einer rechtspolitisch motivierten ökonomischen Analyse des Rechts ist abschließend zu klären, in welchem Maße Effizienz als Maßstab Geltung beanspruchen kann. Im Bereich der Wohlfahrtsökonomie stellt Effizienz das absolut übergeordnete Ziel dar, deren Herstellung sämtliches politisches und juristisches Tun dienen sollte.[979] Durch den vollkommenen Wettbewerb oder den korrigierenden Eingriff des Staates soll eine optimale Verteilung von begrenzten Gütern zur maximalen Bedürfnisbefriedigung, also Allokationseffizienz führen.[980] Dies schlägt sich dann auch im US-amerikanischen Verständnis des *law and economics* Ansatzes nieder, in dem die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe in dem Sinne vorgenommen werden soll, der zu Allokationseffizienz führt. In der deutschen Rechtsordnung ist eine solche Handhabung des Effizienz-Maßstabes nicht ohne weiteres möglich, da seine Verwendung in zweierlei Hinsicht begrenzt ist. Einerseits verfügt der Richter bei der Auslegung der Rechtsordnung über weniger Kompetenzen. Die Bedeutung des *case law* im US-amerikanischen Rechtsraum ermöglicht dem Richter die selbstständige Lösung rechtlicher Streitigkeiten. Im deutschen Rechtssystem ist eine Rechtsanwendung entgegen einer gesetzlichen Regelung, also *contra legem*, schlichtweg nicht möglich.[981] Das begrenzt die Anwendung des Maßstabs der Effizienz bei der Auslegung bestehender Normen auf die Fälle, in denen der Gesetzgeber die Gerichte ausdrücklich zum Einbezug wohlfahrtökonomischer Effizienzziele ermächtigt oder zumindest durch eine eigene Wertung nicht unmöglich gemacht hat.[982]

Als weiterer Adressat für eine normative rechtspolitische Geltung des Effizienzkriteriums kann jedoch der Gesetzgeber ausgemacht werden. Dieser ist zwar keineswegs von Verfassungswegen dazu verpflichtet, ökonomische Erwägungen (abseits von reinen Wirtschaftlichkeitserwägungen) in die Gesetzgebung mit einzubeziehen,[983] andererseits bestehen aber auch nur bedingt Schranken dafür. Somit stellt die Erreichung von ökonomischen Zielvorgaben wie Effizienz ein legitimes Ziel dar, das systematisch durch die

[979] *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, S. 56.
[980] *Scheufen*, Angewandte Mikroökonomie und Wirtschaftspolitik, 2. Aufl. 2020, S. 10.
[981] Etwa *Lange*, Treu und Glauben und Effizienz, 2013, S. 225 f.
[982] Vgl. *Kamp*, Funktion und Grenzen schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten, 2020, S. 331 ff. *Kamp* sieht beispielsweise bei zivilrechtlichen Haftungsfragen im Zivilrecht grundsätzlich die Möglichkeit einer Auslegung der bestehenden Rechtsordnung anhand von Effizienzkriterien.
[983] *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, S. 487.

Gesetzgebung verfolgt werden kann.[984] Dies ist jedoch keinesfalls mit einem Primat des Effizienzprinzips gleichzusetzen, da der Gesetzgeber auch bei der Verfolgung wohlfahrtsökonomischer Effizienz an verfassungsrechtliche Vorgaben gebunden ist. Dementsprechend darf das Effizienzziel bei der Erarbeitung rechtspolitscher Vorschläge zur Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes das treibende Ziel sein, aber nicht dazu führen, dass andere einschlägige und verbindliche verfassungs- und unionsrechtliche Vorgaben missachtet werden.[985] Somit kann Effizienz im Bereich des Rechtsschutzes zwar ein erstrebenswertes Ziel darstellen, aber keine Rechtfertigung einer ansonsten unangemessenen Verkürzung der Effektivität des Rechtswegs sein.

Folglich ist bei der zu leistenden Erarbeitung rechtspolitischer Vorschläge zweierlei zu beachten: Grundsätzlich ist eine Auslegung der bestehenden Normen des Vergaberechtsschutzes anhand des Effizienzkriteriums denkbar, jedoch könnte eine effiziente Verteilung der Rechtspositionen die ausgemachte, mangelnde Effektivität der Rechtsmittel nicht ohne weiteres kompensieren. Daher muss bei der Erarbeitung von Vorschlägen für eine aktualisierte und verbesserte Gesetzgebung für den Vergaberechtsschutz neben dem Effizienzziel auch die notwendige Effektivität erreicht werden. Effizienz allein kann im verfassungs- und unionsrechtlichen Rahmen eben kein absoluter Maßstab politischen Handelns sein. Im Idealfall ließe sich jedoch Effektivität und Effizienz nicht als Zielkonflikt, sondern als gegenseitige Bedingung ausgestalten. Die Rechtsnatur des Vergaberechts lässt ein solches Szenario jedenfalls grundsätzlich möglich erscheinen.

B. Anwendung des Effizienzkriteriums / Coase-Theorems im Vergaberechtsschutz

Nachdem der normative Maßstab der Effizienz entwickelt, sein rechtspolitischer Nutzen aufgezeigt und sein rechtlich legitimer Umfang dargestellt werden konnte, gilt es nun konkrete rechtspolitische Vorschläge für seine Anwendung zu erarbeiten.

Die, sich aus dem Effizienzprinzip ableitenden, wesentlichen Handlungsmaximen ergeben sich dabei aus der Umsetzung des Coase-Theorems. Fraglich ist nun, wie dieses Gedankenmodell der Verhandlungslösung auf den Vergaberechtsschutz angewendet werden kann. Dazu muss zunächst grundsätzlich erläutert werden, welche Rolle die Beteiligten des

[984] *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, S. 487.
[985] Siehe beispielsweise *Fechner*, Regulierungsprinzip Effizienz, 2020, S. 215.

Vergabeprozesses in der Verhandlungslösung einnehmen, was die handelbare Ressource sein soll und wie die Ausgangsverteilung der Eigentumsverhältnisse ausgestaltet ist.

Die maßgeblichen Beteiligten im Vergabeprozess sind zunächst der Antragsteller der Hauptsache sowie die Vergabestelle als Antragsgegnerin. In dieser Konstellation ist eine Transaktion von Rechtspositionen unproblematisch möglich.

Für die Anwendung des Verhandlungsmodells im Vergaberechtsschutz ist es außerdem entscheidend, welche Art von Rechtspositionen zwischen den Beteiligten gehandelt werden sollen. Im Vergaberechtsschutz geht es darum, die korrekte Anwendung von Bieter subjektiv berechtigenden Verfahrensnormen sicherzustellen. Gegenstand der Rechtsbehelfsverfahren sind also verfahrensrechtliche Ansprüche der Bieter in Form der Verfahrensvorschriften. Grundsätzlich besteht damit eine Rechtsposition der Bieter. In einem Verhandlungsverfahren könnte diese Rechtsposition des Antragstellers durch die Vergabestelle abgekauft werden, beziehungsweise der Bieter in die Schädigung seiner Position einwilligen. Sollte eine solche Transaktion zustande kommen, müsste der Antragsteller auf die von ihm verfolgte, bestimmte Anwendung einer Verfahrensnorm verzichten; die Antragsgegnerin wiederum müsste die Verfahrensführung nicht korrigieren. Durch die Verfügungsrechte der Bieter und eine Schadenshaftung der Vergabestelle könnte so ein effizientes Niveau von Schädigungen in Form der Verfahrensfehler herbeigeführt werden.[986] Eine entsprechende Transaktion käme dann zustande, wenn sich die Antragsteller und Antragsgegner über eine angemessene Kompensation für die geltend gemachte Schädigung einig würden. In diesen Fällen würde die Antragsgegnerin über eine höhere Zahlungsbereitschaft für die Rechtsposition verfügen als der klagende Bieter. Dementsprechend wäre der vermutete Nutzen des Bieters an der Anwendung der Rechtsnorm geringer als der Nutzen der Nichtanwendung für die Vergabestelle. Sollte eine Transaktion zustande kommen, wäre also eine effiziente Verteilung der streitigen Rechtsposition gemäß Kaldor/Hicks-Kriterium erreicht. Die Neuverteilung ginge aufgrund der ursprünglichen Eigentumsverhältnisse an der Rechtsposition „Verfahrensrecht“ mit einer Kompensation des Klägers, also einer Teilung des

[986] *Scheufen*, Angewandte Mikroökonomie und Wirtschaftspolitik, 2. Aufl. 2020, S. 263 f.

Kooperationsgewinns einher. In diesen Fällen bestünde damit eine Kompensation des Klägers für den geltend gemachten Verfahrensfehler.[987]

Es ist in diesem Modell jedoch auch denkbar, dass die Vergabestelle aus unterschiedlichen Gründen nicht bereit wäre, die geltend gemachte Rechtsposition zum vom Kläger verlangten Preis zu erwerben. Dies wäre etwa anzunehmen, wenn die Vergabestelle davon ausginge, dass keine Rechtsverletzung des Klägers vorgenommen wurde oder der Kläger einen zu hohen Preis verlangt. Sofern der Kläger dann tatsächlich in seinen Rechten verletzt wurde, das geltend gemachte Verfahrensrecht beziehungsweise seine Schädigung daher besteht, würde keine Transaktion der Rechtsposition zustande kommen, da die bestehende Verteilungssituation bereits effizient wäre. Jedoch wird in einer Vielzahl der Fälle eine Transaktion bereits daran scheitern, dass sich die Beurteilung über das Bestehens einer Schädigung des Verfahrensrechts im Vergabeprozess bei Antragsteller und Antragsgegner unterscheidet. In diesen Fällen wäre also die Klärung der Streitfrage, ob die in Rede stehende Rechtsposition des Klägers überhaupt tatsächlich verletzt ist, für eine etwaige Transaktion der Rechtsposition notwendig.

Beim Entwurf eines am Effizienzprinzip orientierten Rechtsschutzes müssen diese Aspekte ausreichend beachtet werden. So muss die Transaktion der durch den Rechtsbehelf geltend gemachten Rechtsposition (also der subjektiv berechtigenden Verfahrensnorm) grundsätzlich ermöglicht werden. Außerdem muss diese Transaktion in dem Sinne begünstigt werden, dass etwaige Streitfragen geklärt werden können. Ein effizienter Rechtsbehelf muss also gegebenenfalls rechtliche und sachliche Unklarheiten beseitigen und anschließend eine Transaktion der tatsächlich bestehenden Rechtsposition in Form eines Anspruchs auf eine bestimmte Anwendung der einschlägigen Verfahrensvorschriften ermöglichen. Sofern unter diesen Voraussetzungen eine Transaktion zwischen den Beteiligten durchgeführt wird, kann angenommen werden, dass eine effiziente Verteilung erreicht wurde. Sofern keine Transaktion zustande kommt, muss jedoch eine andere, dem Verhandlungsmodell möglichst nahekommende, Lösung der Streitfrage gefunden werden. Ein klägerseitiges Beharren auf der Rechtsposition ohne Korrektur des Vergabeverfahrens stellt schließlich weder eine effiziente Verteilung der Rechtspositionen, noch eine wirksame

[987] Die Problematik einer mangelnden Verteilungsgerechtigkeit im Rahmen einer effizienten Allokation der Rechtspositionen ist in diesem Bereich daher weniger problematisch. Vgl. *Biermann*, Prospekthaftung und Allokationseffizienz, 2018, S. 58 ff.

Lösung des bestehenden Rechtsstreits dar, da die nicht übertragene Rechtsposition immer noch einer Durchsetzung bedarf.

Grundsätzlich konnte damit aufgezeigt werden, dass sich die Verhandlungslösung im Sinne des Coase-Theorems auch auf den Vergabeprozess anwenden lässt. Jedoch sind einige Umstände denkbar, in denen eine Verhandlung zwischen den Beteiligten allein keine effiziente Verteilung der Rechtspositionen und deren Durchsetzung garantieren kann. Folglich muss der Vergabeprozess die freiwillige Verhandlung zwischen den Beteiligten ermöglichen, was gegebenenfalls die Klärung der offenen Streitfragen voraussetzt. Dies ist auch vor dem Hintergrund notwendig, dass eine tatsächlich verletzte Rechtsposition des Bieters bei einer von Beginn an effizienten Verteilung, also dem Ausbleiben einer Transaktion, immer noch einer Durchsetzung bedarf.

I. Anwendung Effizienzkriterium de lege lata

Da die Anwendung des Effizienzkriteriums bei einer entsprechenden Offenheit des bestehenden Rechts auch *de lege lata* ergehen kann, sollen zunächst die Möglichkeiten erörtert werden, ob und wie das bestehende Vergaberechtsregime abweichend oder ergänzend durch das wohlfahrtsökonomische Effizienzprinzip ausgelegt werden kann.

Das normative, rechtspolitische Programm der wohlfahrtsökonomischen Analyse des Rechts besteht in der Erreichung einer effizienten Verteilung von Rechtspositionen, beziehungsweise dessen Eigentums- und Nutzungsrechten, durch eine Verhandlungslösung der beteiligten Individuen.

Es ist jedoch nicht erkennbar, wie die grundsätzliche Prozessgestaltung des Vergaberechtswegs im Sinne des Effizienzkriteriums ausgelegt werden könnte. Die Vergabekammer muss ihre Entscheidung gemäß § 168 Abs. 1 GWB treffen. Entscheidungsmaßstab ist gemäß dieser Norm eine Verletzung der Rechte des Antragstellers. Alleiniges Entscheidungskriterium ist damit die Rechtmäßigkeit des Verfahrensablaufs. Jedenfalls kann eine Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens nicht angenommen werden, wenn es eine effiziente Verteilung der Rechtspositionen oder deren Schädigung erreicht, aber von den bestehenden Verfahrensvorschriften abweicht. Maßgabe der Entscheidung ist es dementsprechend, die Rechtsverletzung zu beseitigen und nicht wohlfahrtsökonomische Effizienz herzustellen. Auch vor den Beschwerdegerichten kann die herzustellende Rechtmäßigkeit nicht über eine

effiziente Allokation der Rechtspositionen, sondern lediglich über die korrekte Anwendung der einschlägigen Verfahrensvorschriften erreicht werden, auch wenn dies zu einer ineffizienten Verteilungssituation führt.

Letztlich stellen auch Schadensersatzleistungen im Sekundärrechtsschutz keine echte Verhandlungslösung dar, da bei Gewährung von Schadensersatz die Rechtsverletzung (also die Abtretung der Rechtsposition des Verfahrensrechts) bereits eingetreten ist. Es findet keine Verhandlung statt, da die Schädigung unwiderruflich vorgenommen wurde, ohne dass der Bieter darüber hätte entscheiden oder darin eiwilligen können. Es kommt also keine beidseitige, willentliche Transaktion der Rechtspositionen vor, sondern lediglich ein unflexibler Ersatz der eingetretenen Schäden. Eine effiziente Allokation der Rechtspositionen kann dadurch jedenfalls nicht erreicht werden. Dennoch ist eine Anwendung des Effizienzkriteriums im Vergaberechtsschutz *de lege lata* in zwei Situationen denkbar.

1. Anwendung des Effizienzkriteriums in den Eilverfahren der §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 2, 176 GWB

So besteht einerseits beim Vorabgestattungsverfahren nach §§ 169 Abs. 2, 176 GWB und der Entscheidungen über die Verlängerung des Suspensiveffekts der sofortigen Beschwerde nach § 173 Abs. 2 GWB eine umfassende Abwägungskompetenz der Nachprüfungsstellen und der Beschwerdegerichte. Bei diesen Entscheidungen im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes gibt der Gesetzgeber einen umfassenden Abwägungsmaßstab vor, um die Vor- und Nachteile eines vorab gestatteten, wirksamen Zuschlags miteinander abzuwägen. Gemäß Wortlaut der §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 2, 176 GWB müssen die Vergabekammern und die Beschwerdegerichte alle durch eine Verkürzung des Suspensiveffekts möglicherweise geschädigten Interessen mit den Vorteilen einer raschen Beschaffung abwägen. In dieser Abwägungsentscheidung kann das Effizienzkriterium eine wesentlichen Entscheidungshilfe darstellen. Grundsätzlich unterliegt der Abwägungsauftrag nämlich demselben Grundgedanken wie das Effizienzkriterium. Gemäß Abwägungsauftrag und Kaldor/Hicks-Kriterium soll die Verteilungsentscheidung getroffen werden, die den größeren Gesamtnutzen aufweisen würde. Sofern die Nachteile der Gewährung des sofortigen Zuschlags die Vorteile überwiegen, ist das Verfahrensrecht des Zuschlagsverbot zu gewährleisten. Überwiegen hingegen die Vorteile eines raschen Verfahrensabschlusses,

erhält der Auftraggeber das Recht, einen Zuschlag durchzuführen, also eine Schädigung des Verfügungsrechts des Bieters vorzunehmen. Es erhält damit die Partei die angestrebte Rechtsposition, die mit dem größeren Gesamtnutzen einhergeht (Suspensiveffekt vs. Zuschlag).[988] Im Rahmen des Kaldor/Hicks-Kriteriums, beziehungsweise des Coase-Theorems, sollte diese Allokation durch den Marktmechanismus realisiert werden. Im Bereich des Vergabeprozesses und insbesondere der §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 2, 176 GWB tritt dieser Mechanismus jedoch nicht auf. Gewissermaßen wird die sonst am Markt vorgenommene Nutzenabwägung bei den §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 2, 176 GWB durch die Vergabekammer und das Beschwerdegericht simuliert. Während im Bereich der Verhandlungslösung dabei das Problem des interpersonellen Nutzenvergleichs durch die Wertung der Nutzen anhand von Geldeinheiten mäßig befriedigend umgangen wird, wird dieses Messungs- und Wertungsproblem aus juristischer Perspektive ignoriert. Die Nachprüfungsstelle wird schlichtweg beauftrag, Vor- und Nachteile, also die Nutzen der Allgemeinheit sowie der Bieter und Auftraggeber, abzuwägen. Abgesehen von diesem Unterschied bei der Anwendung der §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 2, 176 GWB folgt die Gewährung des vorzeitigen Zuschlags oder des erweiterten Suspensiveffekts dem Prinzip der Effizienz. Diese Vorschriften sind also grundsätzlich offen für eine effizienzorientierte Auslegung.[989] Fraglich ist jedoch, worin sich eine Ausrichtung am Effizienzkriterium und die Praxis im *status quo* unterscheiden würde, da sie grundsätzlich demselben Prinzip der Nutzenmaximierung (ohne Kompensation) folgen. Offensichtlich ist lediglich, dass die ökonomische Analyse des Rechts eine transparentere Messung der Vor- und Nachteile verlangt. Jedoch ist die Bezifferung der Nutzen in einer vergleichbaren Einheit wie etwa Geldeinheiten durch die Vergabekammern und Beschwerdegerichte kaum praktikabel. Eine Verengung der Abwägung auf eine monetäre Folgenabschätzung würde die Abwägung zwar nachvollziehbarer machen, eine Bemessung des Interesses der Allgemeinheit in besonders heiklen Situationen (für welche die Vorschriften gedacht sind) scheint jedoch extrem schwierig und für eine Vergabekammer praktisch nicht durchzuführen. Die grundsätzliche Einnahme der wohlfahrtökonomische Perspektive und eine Entscheidung anhand der Nutzenmaximierung kann jedoch ein

[988] Das Gericht kann also sowohl dem Antragsteller als auch dem Antragsgegner den geltend gemachten Anspruch zusprechen. Insofern kann und muss das Gericht trotz Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) eine folgenorientierte Entscheidung treffen, die dann wiederum aufgrund einer ökonomischen Analyse getroffen werden kann. Vgl. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, S. 4 f.

[989] Vgl. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, S. 4 f.

hilfreiches Kriterium für die Abwägungsentscheidung darstellen; wesentlich erweitern würde dies die §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 2, 176 GWB jedoch nicht, da Ihnen eine Nutzenmaximierung im Sinne des Effizienzkriteriums bereits zugrunde gelegt ist.[990]

Darüber hinaus beseitigt die Simulation des Marktmechanismus durch die Vergabekammer und das Beschwerdegericht nicht die mangelnde Effektivität. Da gemäß Kaldor/Hicks-Kriterium eben keine Kompensation geleistet werden muss, wird dem Bieter bei der (ungerechtfertigten) Gewährung des Zuschlags und der damit einhergehenden Transaktion des Verfügungsrechts an der Verfahrensvorschrift zu seinen Ungunsten, immer noch kein effektiver Rechtsschutz gewährleistet. Der Rechtsverletzung (auch wenn sie erst im Hauptsacheverfahren festgestellt wird) wird in keiner Weise Abhilfe geleistet, sodass eine Auslegung der kritischen Normen der §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 2, 176 GWB anhand des Effizienzkriteriums nicht über die mangelnde Effektivität des Rechtsschutzes hinweghilft. Daher ist eine rechtspolitische Weiterentwicklung des Vergaberechtsschutzes durch die Judikative in Form einer effizienzorientierten Auslegung der §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 2, 176 Abs. 1 GWB nicht ersichtlich.

2. Vergleiche im aktuellen Vergaberechtsschutz

Als zweiter Anwendungsbereich des Effizienzkriteriums im *status quo* des Vergaberechtsschutzes kommen Vergleichsverträge in Betracht. Bei einem Vergleich treffen die Parteien im Einvernehmen ohne den Einbezug einer übergeordneten Stelle eine prozessbeendende Entscheidung über die Streitfrage. Die Rechtsposition des Bieters, also das Recht zur gerichtlichen Durchsetzung seines Verfahrensrechts, wird dabei gegen eine Gegenleistung entweder fallen gelassen (Einwilligung in die Schädigung/Abtretung der Ressource) oder ohne richterlichen Beschluss (durch Selbstverpflichtung der Parteien) durchgesetzt. Vor diesem Hintergrund ist der Vergleich das geeignete Instrument, um eine Verhandlungslösung gemäß dem Coase-Theorem im Vergabeprozessrecht zu verwirklichen.

Auch unter der aktuellen Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes können sich die beteiligten Parteien des Nachprüfungs- oder des Beschwerdeverfahrens in einem Vergleich einigen.

[990] Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt *Kamp* auch bei der Untersuchung von Nebenpflichten im Rahmen des § 241 Abs. 2 BGB. Auch hier sei die Anwendung der ökonomischen Analyse nicht unbedingt normativ verankert, würde implizit in der Rechtspraxis jedoch angewendet und bringe eine Präzisierung mit sich. Vgl. *Kamp*, Funktion und Grenzen schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten, 2020, S. 438.

Die Durchführung eines Vergleichs im Vergaberechtsschutz wird allgemein anerkannt und praktiziert.[991] Zwar ist diese Möglichkeit nicht explizit im GWB aufgeführt, jedoch wird aus dem auch im Vergaberechtsschutz einschlägigen Dispositionsgrundsatz sowie der Rücknahmemöglichkeit eines Antrags[992] abgeleitet, dass ein Vergleich grundsätzlich möglich ist.[993] Ein solcher Vergleich ist gemäß § 779 Abs. 1 BGB „ein Vertrag, der den Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt".[994] Solch eine materiell-rechtliche Bindung der beteiligten Parteien kann auf unterschiedliche Weise herbeigeführt werden. Da im GWB keine speziellen Vorschriften dazu vorhanden sind und die Praxis über die genaue dogmatische Herleitung des Vergleichs oft schweigt, bestehen einige Unsicherheiten bezüglich von Vergleichen im Vergabeprozess. So können Vergleiche in anderen Rechtsbereichen entweder außerhalb des Rechtsbehelfs oder als Prozesshandlung im Rahmen des Rechtsbehelfs selbst vorgenommen werden.

Ein außergerichtlicher Vergleich führt regelmäßig zur Verpflichtung einer Partei zur Antragsrücknahme. Somit muss der Vergleich durch eine separate Verfahrenshandlung, die vom materiell-rechtlichen Rechtsgeschäft nach § 779 Abs. 1 BGB zu unterscheiden ist, verwirklicht werden. Dies geschieht entweder durch eine Antragsrücknahme des klagenden Bieters oder durch eine entsprechende Erledigungserklärung. Alternativ wird dem am Vergleich Beteiligten eine Einrede gegen den im Vergleich erledigten Anspruch zugestanden.[995]

Ein entsprechendes materiell-rechtliches Rechtsgeschäft kann von den Beteiligten auch im Prozess selbst abgeschossen werden. Sofern eine Antragsrücknahme oder eine Erledigungserklärung[996] vorgenommen wird, ist es also unerheblich, ob es sich um einen gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleich handelt. Fraglich ist jedoch, ob einem Vergleich im Vergabeprozess eine „Doppelnatur" zukommen kann. Im Verwaltungs- und Zivilprozessrecht wird nach ganz herrschender Meinung angenommen, dass auch ohne eine durch das Gericht protokollierte Antragsrücknahme oder Erledigungserklärung das Verfahren unmittelbar

[991] *Dreher/Glöckle*, NZBau 16 (8), 459 (461); *Ax/Schneider*, Rechtsschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe, 2011, S. 65.
[992] *Jaeger*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 160 GWB, Rn. 8.
[993] *Conrad*, ZfBR 37 (7), 658 (660); *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 171 GWB, Rn. 27.
[994] *Dreher/Glöckle*, NZBau 16 (8), 459 (460).
[995] *Conrad*, ZfBR 37 (7), 658 (659).
[996] Eine Bindung des Gerichts an die Erledigungserklärung besteht beispielsweise im Beschwerdeverfahren: *Gröning*, in: Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 178 GWB, Rn. 34.

beendet wird. Im Bereich des Vergaberechtsschutzes kann eine solche Doppelnatur zwar nicht aus den Vorschriften des GWB selbst hergeleitet werden,[997] jedoch kommt dafür eine analoge Anwendung der § 106 VwGO, § 794 Abs. 1 Nr. 1 BGB und § 278 Abs. 6 Nr. 1 ZPO in Betracht.[998] Jedoch muss die Frage nach der „Doppelnatur" eines Vergleichs im Vergaberechtsschutz und die damit einhergehende unmittelbare verfahrensbeendende Wirkung hier nicht entschieden werden. Auch wenn zur Umsetzung des geschlossenen Vergleichs eine separate Verfahrenshandlung notwendig sein sollte, wird dieser Umstand den Schluss eines Vergleichsvertrages (trotz der daraus entstehenden Transaktionskosten) zwischen den Parteien nicht verhindern.

Entscheidend für die Frage, ob ein Vergleich im Rahmen des bestehenden Vergaberechtsschutzes eine effiziente Lösung von Rechtsstreitigkeiten leisten kann, ist vielmehr der legitime Umfang des Vergleichs. So müssen die Beteiligten im Rahmen des Vergleichs ausreichend frei mit ihren Rechtspositionen (also Verfahrensansprüchen) handeln können, damit eine effiziente Verteilung erreicht wird. Grundsätzlich ist dies im Rahmen eines Vergleiches möglich, da ein klagender Bieter in die Beendigung des von ihm herbeigeführten Nachprüfungsverfahrens einwilligen kann. Die verhandelte Gegenleistung darf auch finanzieller Art sein,[999] sodass ein Handel von Rechtspositionen durch den Vergleich grundsätzlich möglich ist. Der Verzicht auf die gerichtliche Durchsetzung der Verfahrensposition für eine finanzielle oder anderweitige Gegenleistung entspräche jedenfalls einer Verhandlungslösung im Sinne des Coase-Theorems. Dieser Handel unterliegt jedoch verschiedenen Voraussetzungen, die die potenzielle Verhandlungslösung im Vergleich einschränken.

Zunächst ist unstrittig, dass Vergleiche zwischen den beteiligten Parteien keine Bindung gegenüber Dritten entfalten können. Verträge zu Lasten Dritter sind unzulässig und

[997] So *Conrad*, ZfBR 37 (7), 658 (660), der explizit auf die Problematik hinweist, dass ein im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Vergleichs vorgenommener Zuschlag bei tatsächlicher Rechtswidrigkeit gemäß § 779 Abs. 1 BGB gegen § 169 Abs. 1 GWB verstößt und der geschlossene Vertrag daher nach § 134 BGB nichtig wäre. *Dreher/Glöckle*, NZBau 16 (8), 459 (461) stimmt *Conrad* insofern zu, dass den GWB-Vorschriften zum Vergaberechtsschutz keine Doppelnatur des Vergleichs entnommen werden kann, sieht in der, bei Unrechtmäßigkeit des Vergleichs drohenden, Nichtigkeitsfolge des geschlossenen Vertrags jedoch kein grundlegendes Problem bezüglich der, durch den Gesetzgeber beabsichtigten, Rechtssicherheit von Vergabeverträgen.

[998] Während *Conrad*, ZfBR 37 (7), 658 (660) die analoge Anwendung der verwaltungs- und zivilprozessualen Vorschriften ablehnt, bejaht *Dreher/Glöckle*, NZBau 16 (8), 459 (463) die Analogie.

[999] *Dreher/Glöckle*, NZBau 16 (9), 529 (530).

unwirksam.[1000] Insofern sind auch Vergleiche im Vergabeprozess unwirksam, welche die Rechte anderer Bieter, die sich aus den Bestimmungen über das Vergabeverfahren ergeben, beschränken. Ob die Unwirksamkeit bereits bei einer Verpflichtung zu unrechtmäßigen Beschränkungen von Rechten Dritter oder erst bei ihrer Durchführung eintritt, bleibt dabei nebensächlich.[1001] Diese offensichtliche Einschränkung des Umfangs eines Vergleichs ist hinsichtlich des Effizienzkriteriums unproblematisch. Bieter können und sollen ausschließlich über ihre eigenen Rechtspositionen verhandeln und diese gegebenenfalls der Vergabestelle abtreten. Ein Verkauf von Rechtspositionen dritter Personen würde zwingend zu einer verzerrten Nutzenbewertung führen, die eine effiziente Verteilung unmöglich machen würde. Vor diesem Hintergrund darf auch gemäß dem Effizienzmaßstab kein Vergleich den Handel mit Rechten Dritter umfassen.

Außerdem bestehen im *status quo* des Vergaberechtsschutzes bei Vergleichen kartellrechtliche und missbrauchsbezogene Grenzen. So darf gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV kein Abkauf von Wettbewerb vorgenommen werden. So dürfen zwei potenzielle Wettbewerber um den öffentlichen Auftrag keine Absprache vornehmen, nach der das Wettbewerbsverhältnis der Parteien begrenzt wird.[1002] Dies ist auch dann der Fall, wenn ein Bieter zugunsten eines anderen Bieters sein Angebot oder einen Rechtsbehelf zur Durchsetzung seiner Wettbewerbssituation zurücknimmt, also auf den Wettbewerb verzichtet. Der Art. 101 Abs. 1 AEUV betrifft jedoch das Verhältnis zwischen Wettbewerbern.[1003] Die Vergabestelle ist jedenfalls nicht primärer Adressat der Vorschrift, sodass Vergleiche zwischen Vergabestelle und Bieter, die darüber hinaus nicht dem Zweck der Wettbewerbsbeschränkung dienen,[1004] im Gegensatz zu Vergleichen zwischen konkurrierenden Bietern denkbar sind. Verhandlungen zwischen konkurrierenden Bietern sind unter der Maßgabe der kartellrechtlichen Vorschriften jedoch kaum haltbar.

Außerdem stellt § 180 Abs. 2 Nr. 3 GWB klar, dass die Stellung eines Nachprüfungsantrags oder eines Antrags zur sofortigen Beschwerde missbräuchlich ist, wenn er in der Absicht gestellt wurde, ihn später gegen Geld oder andere Vorteile zurückzunehmen.

[1000] *Conrad*, ZfBR 37 (7), 658 (661).
[1001] Ausführlich siehe etwa *Conrad*, ZfBR 37 (7), 658 (661).
[1002] *Conrad*, ZfBR 37 (7), 658 (663).
[1003] *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Aufl. 2016, Art. 101 AEUV, Rn. 13 ff.
[1004] *Dreher/Glöckle*, NZBau 16 (9), 529 (534).

Missbräuchliche Anträge sind dementsprechend unzulässig.[1005] Neben der Unzulässigkeit und Unbegründetheit von Anfang an umfasst der Missbrauchstatbestand des § 180 Abs. 2 Nr. 3 GWB jedoch den Umstand, dass der Antrag ausschließlich mit dem Ziel gestellt wurde, ihn gegen eine Gegenleistung zurückzunehmen.[1006] Insofern ist es ein zulässiges Verhalten von Bietern, eine Rechtsposition zunächst in der Absicht einzuklagen diese auch durchzusetzen und im Verlauf der Verhandlung deren Abtretung in Betracht zu ziehen und vorzunehmen. Ein ausschließlich zum „Verkauf" gestellter Nachprüfungsantrag würde letztlich voraussetzen, dass die Verwirklichung der, durch den Antrag verfolgten, Rechtsposition an sich keinen Nutzen für den Antragsteller hätte. In entsprechenden Fällen bedürfte es aus Gründen der Effizienz auch keiner Geltendmachung und Transaktion der Rechtsposition. Der § 180 Abs. 1 GWB, welcher durch seine Rechtsfolgen den Handel einer solchen Rechtsposition (ohne Nutzen für den Antragsteller) durchaus zu behindern vermag, stellt daher kein Hindernis der angestrebten Verhandlungslösung zur Nutzenmaximierung dar.

Eine wesentliche Begrenzung eines potenziellen Vergleichsschlusses stellt jedoch der Umstand dar, dass auch die vergleichsweise Streitbeilegung einer Bindung an objektives Recht, also dem Vergabeverfahrensrecht, unterliegt. Ausschließlich von den Beteiligten disponierbare Verfahrensnormen können Gegenstand eines Vergleichs sein.[1007] Das heißt, dass lediglich in Bereichen, in denen Auftraggeber Ermessensentscheidungen treffen können, wie etwa bei der Wertung der Angebote oder der Eignungsfeststellung der Bieter, Streitfragen durch Vergleiche beizulegen sind. Sofern ein Bieter im Vergleich auf die Geltendmachung einer Rechtsposition verzichtet und der Vergabestelle damit die Möglichkeit einräumt, gegen Verfahrensvorschriften zu verstoßen, bleibt die Vergabestelle immer noch objektivrechtlich an die Verfahrensvorschrift gebunden. Dies kann wiederum durch dienstrechtliche Aufsicht oder ähnliche Rechtsinstrumente geahndet werden.[1008] Andererseits lässt sich über die besondere Bedeutung des Beschleunigungsgrundsatzes und unter der Annahme, der § 55 VwVfG stelle einen allgemeinen, rechtsübergreifenden Grundsatz dar, auch das Vergabeverfahren gegenüber bestimmten Abweichungen von Rechtsnormen toleranter machen. So kann gemäß § 55 VwVfG durch einen subordinationsrechtlichen öffentlichen Vertrag im

[1005] *Dreher/Glöckle*, NZBau 16 (9), 529 (532).
[1006] *Alexander*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 180 GWB, Rn. 29.
[1007] *Dreher/Glöckle*, NZBau 16 (9), 529 (530).
[1008] *Dreher/Glöckle*, NZBau 16 (9), 529 (530).

Verwaltungsverfahren bei verständiger Würdigung des Sachverhalts und eine in der Rechtslage bestehende Ungewissheit bei gegenseitigem Nachgeben zum Teil von objektiv-rechtlichen Vorgaben abgewichen werden. Dies lässt sich unter Berufung auf die dadurch erreichte Verfahrensökonomie im Sinne des Beschleunigungsgrundsatzes auch auf das Vergabeverfahren anwenden.[1009] Dieses sogenannte „Privileg gesteigerter Unempfindlichkeit gegenüber Gesetzesverletzungen […], wenn und soweit sich die Ungewissheit und das Nachgeben auf ein und denselben Punkt beziehen"[1010] kann die Parteien jedoch nicht beliebig von den objektiven Verpflichtungen des Vergabeverfahrens befreien. Besonders die zwingenden vergaberechtlichen Grundsätze, die unmittelbar aus den Grundfreiheiten abgeleitet werden können, dürfen nicht durch einen Vergleich eingeschränkt werden.[1011] Für die praktische Wirksamkeit einer Verhandlungslösung ist die objektiv-rechtliche Pflicht zur Einhaltung der Vergabeverfahrensvorschriften daher problematisch. So kann auch durch privilegierte Vergleiche nur so weit von Verfahrensvorschriften abgewichen werden, wie sie bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage bestehende Ungewissheiten durch gegenseitiges Nachgeben ausräumen.[1012] Sofern den beteiligten Parteien klar ist, dass der Bieter im Rechtsschutzverfahren einen legitimen Anspruch verfolgt, dürfte im Vergleich kein Abkaufen der Rechtsposition geschehen. Zwar würde bei einer solche Handlung, sofern keine Rechte Dritter verletzt werden, aufgrund des Abtretens des Klagerechts durch den verletzten Bieter keine Sanktion eintreten, jedoch bestünde trotzdem explizit ein Rechtsbruch durch den Vergleich. Eine solche objektiv-rechtliche Rechtswidrigkeit des Vergleichs stellt jedenfalls ein wesentliches Hindernis beim Abschluss der angestrebten Verhandlungslösung dar.

Allerdings muss ein vergaberechtswidriger Vergleich immerhin nicht zur Nichtigkeit der durchgeführten Verfahrenshandlung oder des Vergleichs führen. So sieht das Vergabeverfahrensrecht die Nichtigkeit des Zuschlags nur bei besonders qualifizierten Verfahrensverstößen vor. Dementsprechend kann auch ein vergaberechtswidriger Vergleich und die daraus resultierende Verfahrenshandlung trotz Rechtswidrigkeit bestand haben. Dies kann jedoch nicht gelten, wenn Rechte Dritter eingeschränkt werden, entsprechend qualifizierte Vergaberechtsverstöße durch den Vergleich vereinbart werden oder andere

[1009] *Conrad*, ZfBR 37 (7), 658 (663).
[1010] BVerwG, Urteil vom 14.11.1975, Rs. IV C 84.73, Rn. 12.
[1011] EuGH, Urteil vom 14.11.2013, Rs. C-221/12, Belgacom.
[1012] *Conrad*, ZfBR 37 (7), 658 (663).

Nichtigkeitsgründe nach dem allgemeinen Zivilrecht vorliegen (etwa §§ 134, 138, 142 Abs. 1 BGB).[1013]

Betrachtet man die verschiedenen Vorgaben zum vergaberechtlichen Vergleich in Gänze, ergibt sich ein gemischtes Bild. Einerseits lässt die Rechtsordnung zwar grundsätzlich einen „Handel" mit bestimmten Rechtspositionen des Vergabeverfahrens zu, andererseits ist dieser „Handel" streng reguliert. Während einige Beschränkungen, wie die Nichtigkeit von Vergleichen zu Lasten Dritter, im Sinne des Effizienzprinzips wirken, führt insbesondere das objektiv-rechtliche Verbot des Vergleichs bei offenkundiger Rechtswidrigkeit zu wesentlichen Problemen bei deren Anwendung im Sinne einer Verhandlungslösung nach *Coase*. Effizienz lässt sich hier nämlich erst dann erreichen, wenn Rechtspositionen gänzlich frei zu handeln sind. Eine Beschränkung des Vergleichs auf Rechtspositionen, deren tatsächliches Bestehen ungewiss sein muss, widerspricht diesem Prinzip. In der Verhandlungslösung der normativen ökonomischen Analyse des Rechts ist es notwendig, dass Parteien ihre tatsächlich bestehende Rechtsposition verkaufen oder in ihre Schädigung einwilligen dürfen. Im *status quo* des vergaberechtlichen Vergleichs ist dies aber nur unter Inkaufnahme einer Rechtswidrigkeit des Vergleichsvertrags möglich. Zwar ergibt sich daraus nicht zwingend die Unwirksamkeit oder Nichtigkeit des Vergleichs, jedoch ist das Zustandekommen eines umfassenden Handles mit Rechtspositionen mehr als unwahrscheinlich. Dieser Handel ist ausweislich der Rechtswidrigkeit offensichtlich auch nicht angedacht. Allein der Umstand, dass die Möglichkeit zum Vergleichsschluss explizit nicht im GWB aufgeführt wird, illustriert deren Ungeeignetheit zur Verwirklichung von Effizienz. Daraus folgt, dass rechtspolitische Anpassungen unumgänglich sind, um eine, dem Verhandlungsmodell nach *Coase* entsprechende, Möglichkeit zum Vergleich *de lege* ferenda zu schaffen. Dabei gilt es jedoch auch, diese Prozessinstrumente mit anderen einschlägigen Rechtsprinzipien und Grundsätzen zu vereinen.

II. Neuausrichtung anhand von Effizienz

Neben den aufgezeigten und grundsätzlich begrenzten Möglichkeiten dem Effizienzkriterium durch eine besondere Auslegung des bestehenden Vergaberechtsschutzregimes Geltung zu verleihen, kommt dazu auch die gesetzgeberische Neuausrichtung des

[1013] *Dreher/Glöckle*, NZBau 16 (9), 529 (531).

Vergaberechtsschutzes in Betracht. Der Gesetzgeber hat im Gegensatz zur Judikative sowohl die Funktion als auch die Kompetenz, das Effizienzprinzip als maßgeblichen Mechanismus im Vergaberechtsschutz zu installieren. Im Folgenden soll untersucht werden, inwiefern sich das Effizienzkriterium prozessrechtlich als Entscheidungsmaßstab installieren ließe und ob eine entsprechende Neuausrichtung des Vergaberechtsschutzes ausreichend effektiv wäre. Dazu gilt es aufzuzeigen, wie und in welchen Bereichen eine effiziente Verteilung der Rechtspositionen des Vergabeverfahrens im Vergabeprozess erwirkt werden kann. Hierbei ist auch darzustellen, dass diese Umsetzung des Maßstabes der Effizienz den verfassungs- und europarechtlich begründeten Anforderungen an die Effektivität des Rechtsweges genügt.

1. Neugestaltung von Vergleichs-Instrumenten

Wie aufgezeigt, kann eine effiziente Verteilung der Rechtspositionen nicht durch die bestehenden Möglichkeiten zum vergaberechtlichen Vergleich erreicht werden. Es bedarf einer gezielten Anpassung des bestehenden Rechts, die eine Verhandlungslösung durch die, am Rechtsstreit beteiligten, Parteien ermöglicht. Dazu soll weiterhin auf den Vergleich zurückgegriffen werden, der jedoch einer rechtspolitischen Anpassung bedarf. Im Folgenden gilt es darzustellen, wie das Rechtsinstrument des Vergleichs spezifisch im Vergaberechtsschutz eingesetzt werden könnte, um eine effizienzorientierte Verhandlungslösung der Streitfragen zu ermöglichen. Dabei sind auch potenziell widerstreitende Rechtsgrundsätze (wie etwa die Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz oder die Effektivität des Rechtsschutzes) ausreichend miteinzubeziehen und mit dem Effizienzprinzip in Einklang zu bringen. Sollte dies gelingen, könnten die Vorschläge einen sinnvollen rechtspolitischen Beitrag zur möglichen Weiterentwicklung des Vergaberechtsschutzes darstellen.

Essenziell für eine rechtssichere Durchführung von Vergleichen im Vergaberechtsschutz ist zunächst deren Kodifizierung im einschlägigen Bereich des GWB. Der spezielle Vergaberechtsweg müsste die Möglichkeit zum Vergleich explizit umfassen. Dazu könnte auf die jeweiligen Rechtsgrundlagen des § 55 VwVfG oder des § 779 Abs. 1 BGB verwiesen werden. Jedoch ist es notwendig, diese Rechtsinstrumente im Bereich des Vergaberechtsschutzes zu modifizieren. Wie bereits aufgezeigt, ist es für den Erfolg der Verhandlungslösung essenziell, dass sowohl bei Unsicherheit als auch bei Einvernehmen über das Bestehen eines

Verfahrensrechts, beziehungsweise dessen Verletzung, eine Beilegung durch einen Vergleichsvertrag zustande kommen kann. Es muss den Vergabestellen also explizit die Möglichkeit eingeräumt werden, von den objektiv-rechtlichen Verpflichtungen der Verfahrensvorschriften abweichen zu dürfen. Sofern die Vergabestellen dazu ermächtigt werden würden, könnten sie mit dem Antragsteller in eine freie Verhandlung über die geltend gemachte Rechtsposition eintreten. Im Rahmen dieser Verhandlung kann der Bieter seinen Nutzen an der Verfahrensvorschrift mit Blick auf den erwarteten Gewinn bei einer Auftragserteilung und der Steigerung seiner Erfolgschancen durch die Verfahrensvorschrift beziffern. Auch die Vergabestelle könnte ihren Nutzen an der Nicht-Beachtung der Verfahrensnorm, etwa eine Zeitersparnis, Kosten einer Rückversetzung des Verfahrens oder gar Neuausschreibung, schätzen. Sofern der Nutzen der Vergabestelle an einer Nicht-Beachtung der Rechtsposition des Bieters größer ist als der Nutzen des Bieters am Verfahrensrecht, würde ein Handel zwischen den Parteien zustande kommen. Der dabei realisierte Kooperationsgewinn würde dann je nach Verhandlungserfolg zwischen den Parteien aufgeteilt werden. Dadurch würde eine effiziente Verteilung der streitigen Rechtsposition zwischen Bieter und Auftraggeber entstehen. Gemäß Kaldor/Hicks-Kriterium käme die Partei mit dem größten Nutzen in den Genuss der Rechtsposition. Aufgrund der anfänglich bestehenden Eigentumsrechte des Bieters an der Rechtsposition käme sogar die streng genommen nicht notwendige Kompensation des Verkäufers zustande. In den Fällen, in denen der Antragsteller den Nutzen der geltend gemachten Rechtsposition größer einschätzt als die Vergabestelle, bliebe er schlichtweg im Besitz der Rechtsposition. Regelmäßig wird zu Beginn des Nachprüfungsverfahrens/der sofortigen Beschwerde Unsicherheit über das tatsächliche Bestehen einer Rechtsposition des Antragstellers herrschen. Unter Umständen führt diese Unsicherheit dazu, dass kein Handel zwischen den Parteien zustande kommen kann. Dies kann aus einer verzerrten Bewertung des Nutzens oder anderweitig hohen Transaktionskosten herrühren. Daher ist es notwendig, die Möglichkeit zum Abschluss eines Vergleichs parallel zu einem regulären Nachprüfungsverfahren zu eröffnen. Die Notwendigkeit eines klassischen Rechtsbehelfs ergibt sich außerdem daraus, dass eine Beilegung des Rechtsstreits auch dann erreicht werden muss, wenn sich keine vergleichsweise Lösung des Streitfalls ergibt. Auch in diesen Fällen muss ein Streitbeilegungsmechanismus bereitgestellt werden. Eine während des gesamten Rechtsbehelfs bestehende Ermächtigung zum Handel mit der streitigen Rechtsposition würde jedoch

eine Verhandlungslösung zwischen den Parteien ermöglichen, die geeignet ist, eine gemäß dem Kaldor/Hicks-Kriterium effiziente Verteilung zu gewährleisten.

Dies könnte durch die spezielle Kodifizierung eines Vergleichs im GWB erreicht werden, der bei beidseitigem Einvernehmen und einer entsprechend verhandelten Gegenleistung das Abkaufen von Verfahrensrechten des Bieters auch entgegen bestehenden Verfahrensvorschriften erlaubt. Eine entsprechende Kodifizierung kann jedoch vor dem Hintergrund widerstreitender Rechtsprinzipien sowie verfassungs- und europarechtlichen Anforderungen nicht uneingeschränkt vorgenommen werden.

So verstößt ein Abweichen von bestehenden verfahrensrechtlichen Vorschriften regelmäßig gegen die Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz. Auf europäischer Ebene verstieße das bewusste Abweichen von Rechtsnomen gegen das im Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit begründete Prinzip des *effet utile*. Jedoch würde eine Kodifizierung des Vergleichs und damit die Kompetenz zum Abweichen von Verfahrensvorschriften unter den genannten Bedingungen diesen Konflikt weitgehend beseitigen. Der Gesetzgeber hat die Kompetenz, das einfachgesetzliche Verfahrensrecht zu gestalten und auszuformen. Einfache Verfahrensrechte, beziehungsweise spezielle Rechtspositionen im Vergabeverfahren, müssten dabei disponierbar ausgestaltet werden, auch wenn sie keine Ermessensspielräume der Vergabestelle umfassen. Dies kann wiederum nicht für übergeordnete Rechtsnormen gelten, denen auch der jeweilige Gesetzgeber unterliegt. Dies umfasst im Bereich des Vergaberechts insbesondere die grundfreiheitlichen Vergabegrundsätze. Als Derivat der Grundfreiheiten binden sie sowohl den europäischen wie auch die nationalen Gesetzgeber. Ein Abweichen von diesen, vor allem aus dem Europarecht stammenden, Kernvorschriften des Vergaberechts ist also auch nicht im Rahmen eines Vergleichs möglich. Regelmäßig würden Abweichungen von diesen Kernvorschriften, die vor allem die Pflicht zur Ausschreibung und nicht-diskriminierenden, transparenten Durchführung eines Vergabeverfahrens umfassen, aber auch Verletzungen von Rechten dritter Bieter darstellen. Schließlich dienen die Vergabegrundsätze gerade dem Schutz ausländischer Bieter. Es ist also von einer weitgehenden Identität der zwingenden Vergabegrundsätze mit den Rechten dritter Bieter auszugehen. Solche Verletzungen, die im Rahmen eines Vergleichs ohne Zustimmung der Betroffenen vereinbart würden, wären ohnehin nicht mit der Rechtsordnung wie auch dem

Effizienzprinzip vereinbar. Es existiert also eine Reihe von zwingenden Kernvorschriften, von deren Geltung auch zugunsten eines Vergleichs nicht abgewichen werden darf.

Fraglich ist auch, ob dieses zwingende Recht einen wirksamen primären Rechtsschutz umfasst. Während in der Arbeit ausführlich dargestellt wurde, dass der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes nach europarechtlichen Vorgaben nicht zwingend Primärrechtsschutz verlangt,[1014] lässt sich unter der Maßgabe der grundgesetzlichen Rechtsschutzgarantie Primärrechtschutz nur als Eingriff in den grundrechtlichen Schutzgehalt des Art. 19 Abs. 4 GG nicht gewähren. Da jedoch ohnehin eine Streitbeilegung jenseits der Verhandlungslösung bestehen muss, muss ein wirksamer Primärrechtsschutz nicht durch den Vergleich ersetzt, sondern lediglich ergänzt werden. Vor diesem Hintergrund stellt die Möglichkeit der freiwilligen Inanspruchnahme der Verhandlungslösung in Form eines Vergleichs bei gleichzeitigem Bestehen eines wirksamen, klassischen Primärrechtsschutzes keine Verletzung der Rechtsschutzgarantie und der unionsrechtlichen Vorgaben zur Effektivität des Rechtsschutzes dar.

Vielmehr bietet die skizzierte Verhandlungslösung ein zusätzliches Prozessinstrument, das den Bietern eine Möglichkeit zur Geltendmachung ihrer Rechtspositionen bietet. Zwar lässt sich im Vergleich, der mit dem Verkauf der Rechtsposition einhergeht, diese letztlich nicht durchsetzen, jedoch einen vergleichbaren Nutzen durch den erhaltenen Gegenwert realisieren. Vor dem Hintergrund, dass der unternehmerische Zweck der Teilnahme am Vergabeverfahren die Erwirtschaftung eines Gewinns darstellt, kommt der Verkauf einer Rechtsposition der Verwirklichung des Verfahrensrechts außerordentlich nahe. Die Verhandlungslösung in Form des Vergleichs, in dem eine (finanzielle) Gegenleistung der Vergabestelle für das Abkaufen einer Rechtsposition erbracht wird, ermöglicht damit erweiterte Kompensationsmöglichkeiten für Rechtsverletzung der Bieter.

Die Möglichkeit würde insbesondere auch der mangelhaften Kompensation der Bieter bei fehlerhaften Entscheidungen im Eilverfahren über die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes abhelfen können. Bieter könnten dann nämlich in die notwendige Schädigung ihrer Rechte einwilligen, und somit eine angemessene Entschädigung erhalten. Die unflexible und damit praktisch nicht ausreichende Kompensierung durch Sekundärrechtsschutz würde jedenfalls sinnvoll ergänzt. Neben dem allgemeinen Nutzen

[1014] Unter der Maßgabe, dass dafür ein besonders umfangreicher Sekundärrechtsschutz angeboten wird, dessen Umfang und Erfolgswahrscheinlichkeit einen ausreichend abschreckenden Effekt vor Rechtsverletzungen gewährleistet.

einer effizienzorientierten Verhandlungslösung (Nutzenmaximierung, Beschleunigung Verfahren) würde die umfassende Möglichkeit zum Vergleich auch diesen Mangel an Effektivität des oberschwelligen Vergaberechtsschutzes beseitigen.

Somit würde die umfassende Kodifizierung eines Vergleichsvertrags im Vergaberechtsschutz unter der Maßgabe bestimmter Anforderungen (kein Vertrag zu Lasten Dritter, keine Disposition der wesentlichen Vergabegrundsätze, paralleles Bestehen eines klassischen, effektiven Primärrechtsschutzes) den Vergaberechtsschutz sinnvoll ergänzen. Die Kodifizierung der Verhandlungslösung ließe sich nach politischem Belieben auch weniger umfangreich vornehmen. So könnte statt einer uneingeschränkten Befugnis zum Vergleich bei Rechtsstreitigkeiten und tatsächlichen Rechtsverletzungen im gesamten Vergabeverfahren auch nur im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes, also den Abwägungsentscheidungen der §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 2, 176 Abs. 1 GWB, ein Vergleich vorgesehen werden. Dies würde jedenfalls flexiblere Kompensationsmöglichkeiten für irreversible Rechtsverletzungen schaffen, als es der Sekundärrechtsschutz vermag. Hinsichtlich der Mängel der Effektivität des aktuellen Vergaberechtsschutzes im Oberschwellenbereich müssten die verhandelten Kompensationen jedoch regelmäßig ausreichend hoch ausfallen. Dies hängt zwar maßgeblich von der streitigen Rechtsposition, dem Verhandlungsgeschick der Beteiligten und der Zahlungsbereitschaft der Vergabestelle ab, jedoch kämen theoretische Verzerrungen aufgrund von Besitz- und Einkommenseffekten dieser Anforderung des *effet utile* entgegen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass eine Verhandlungslösung zwischen den streitenden Parteien durch Vergleichsverträge durchaus Effizienz im Sinne des Kaldor/Hicks-Kriteriums herstellen kann. Dazu wäre die explizite Kodifizierung des Vergleichs im Vergaberechtsschutz notwendig. Außerdem müssten sämtlich nicht-zwingenden Verfahrensvorschriften auch bei Rechtsklarheit über eine Verfahrensverletzung zur Disposition stehen. Ohne eine entsprechende Kodifizierung ist dies jedoch nicht möglich. Uneingeschränkt dürfte der Inhalt des Vergleichsvertrags ebenfalls nicht gewährleistet werden. Die zwingenden Vergabegrundsätze, Rechte Dritter und auch kartellrechtliche Einschränkungen dürfen im Vergleich nicht übergangen werden. Jedoch stellt die Installation eines dementsprechenden Vergleichs sowohl in den Bereichen der mangelnden Effektivität des aktuellen Vergaberechtsschutzes sowie durch eine effiziente (also nutzensteigernde) Verteilung der streitigen Rechtsposition ganz generell eine Verbesserung dar. Insbesondere in Fällen von großer

Dringlichkeit könnte eine einseitige (womöglich rechtswidrige und irreversible), paternalistische Entscheidung durch die Nachprüfungsstelle/das Beschwerdegericht und die daraus resultierende, mangelhafte Effektivität des Rechtsbehelfs umgangen werden. Stattdessen würde der Bieter freiwillig gegen eine (seiner Meinung nach) angemessene Entschädigung von seiner Rechtsposition zurücktreten und damit nicht der mangelnden Flexibilität des Sekundärrechtsschutz ausgeliefert sein. Die schwierige, normative Entscheidung der Abwägung würde von den Beteiligten selbst vorgenommen werden, was bei Erfolg der Verhandlungslösung ein besseres Ergebnis darstellt als die zwangsweise Entscheidung durch einen Richter. Dies gilt sowohl bezüglich der Effektivität des Rechtsmittels wie auch der Effizienz der Streitentscheidung. In welchem Maße das Instrument der Verhandlungslösung letztlich im Vergaberechtsschutz eingesetzt werden soll, unterliegt dabei natürlich dem politischen Gestaltungswillen des Gesetzgebers. Vorteilig wäre dessen Anwendung jedenfalls.

2. Nachvertragliche Verhandlung

Die Verhandlungslösung gemäß Coase-Theorem lässt sich neben seiner dargestellten Anwendung im Hauptsacheverfahren vor einem wirksamen Zuschlag auch im Bereich des Sekundärrechtsschutzes für rechtspolitische Empfehlungen heranziehen. So könnte eine flexible Schadensersatzklausel vorgesehen werden, die eine Kompensation von Verfahrensverletzungen jenseits des negativen oder positiven Interesses erlauben würde. Dazu könnte der Nutzen, beziehungsweise die Zahlungsbereitschaft, des verletzten Bieters für die entsprechende Norm als Maßgabe für die Höhe des Schadensersatzes herangezogen werden. Es ist zwar davon auszugehen, dass der Bieter im Nachhinein eine Verletzung wesentlich zu hoch bewerten würde, eine Korrektur könnte jedoch durch das zuständige Gericht unter Beachtung des Umstands, dass eine hohe Kompensation eine entsprechend abschreckende Wirkung vor weiteren Verfahrensverletzungen hätte, vorgenommen werden. So würde besonders im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes eine angemessene Kompensation von Verfahrensverletzungen durch den Sekundärrechtsschutz erreicht werden, welche wiederum wesentlich zur Effektivität des gesamten Rechtsweges beitragen würde. Eine entsprechende Anpassung des Sekundärrechtsschutzes unter Anwendung des Effizienzprinzips für die Bemessung der Höhe des Schadensersatzes ist daher zu empfehlen.

Zwar ließe sich dadurch nachträglich keine effiziente Verteilung der Rechtspositionen erreichen, jedoch würde zugunsten eines effektiven Rechtsschutzes und des freien Wettbewerbs[1015] weitergehender Schadensersatz möglich. Die Höhe des Schadensersatzes müsste dann entsprechend dem Effizienzprinzip am Nutzen des Bieters an der verletzten Verfahrensnorm bemessen werden. So gesehen stellt ein solcher Schadensersatz keine Effizienz her, schafft aber, durch das Effizienzprinzip inspiriert, eine effektive und angemessene Kompensation für die Verfahrensverletzung und verwirklicht damit die Effektivität des Vergaberechtsschutzes.

Teil 5: Zusammenfassung und Fazit

Abschließend gilt es nun, die Ergebnisse dieser Arbeit zusammenzufassen. Dazu sollen die nennenswerten Erkenntnisse in chronologischer Reihenfolge, also der Gliederung der Dissertation folgend, nacheinander aufgeführt werden. So lässt sich eine umfassende, abschließende Bewertung der Effektivität des Vergaberechtsschutzes bezüglich des Maßstabes und der aufgezeigten Verstöße vornehmen.

1. Zu Beginn der Arbeit, während der Darstellung und Entwicklung der verfassungsrechtlichen Vorgaben zur effektiven Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes, konnte aufgezeigt werden, dass eine Anwendbarkeit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG auch jenseits des GWB-Vergaberechts gegeben ist. Die Rechtsprechung des BVerfG und BVerwG, die das unterschwellige Vergabeverfahren als einfachen zivilrechtlichen Beschaffungsvorgang qualifiziert, überzeugt aufgrund der tatsächlich bestehenden weitreichenden öffentlichrechtlichen Bindungen nicht. Vielmehr besteht ein öffentliches Sonderrecht für den öffentlichen Auftraggeber, das zum Vorliegen der, für die Anwendbarkeit des Art. 19 Abs. 4 GG notwendigen, öffentlichen Gewalt führt. Von einem markttypischen, lediglich grundrechtsgebundenen Verhalten der öffentlichen Auftraggeber ist angesichts der

[1015] Der in seinen Rechten verletzte Bieter würde durch den Schadensersatz in seiner Wettbewerbssituation in dem Maße gestärkt, wie er durch die Rechtsverletzung geschädigt wurde. Sofern er nachweisen könnte, dass er den Zuschlag hätte erhalten müssen, würde er dann durch den Ersatz des entgangenen Gewinns in die Wettbewerbssituation versetzt, in der er sich bei korrekter Verfahrensdurchführung befunden hätte. Solange dies jedoch nicht möglich ist, wird er immerhin wettbewerbsgetreu (Ersatz des wirtschaftlichen Schadens der Verletzung) für die nachgewiesene Verfahrensverletzung entschädigt, was aktuell nicht möglich ist (abgesehen vom Ersatz des negativen Schadens).

tatsächlich bestehenden einseitigen Verpflichtungen, auch aufgrund des Landesrechts, nicht mehr auszugehen. Selbst wenn das unterschwellige Vergaberecht in Form der Verwaltungsvorschriften dieses Sonderrecht nicht begründen kann, so ist dieses spätestens bei der Anwendbarkeit der unionsrechtlichen Vergabegrundsätze nicht mehr zu leugnen.

Daneben besteht auch mit den vergabeprozessrechtsspezifischen Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 GG und den Justizgrundrechten ein umfangreicher, verfassungsrechtlicher Maßstab für die nötige Effektivität des Vergaberechtsschutzregimes.

2. Ein solcher Maßstab für das Vergabeprozessrecht besteht außerdem auf unionsrechtlicher Ebene. Aus der prozessrechtlichen Dimension der Grundfreiheiten und dem Art. 47 GrCh lassen sich ebenfalls verschiedene Anforderungen an die Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes ableiten. Daneben existieren mit den Rechtsmittelrichtlinien im Anwendungsbereich der materiellen Vergaberichtlinien detaillierte, sekundärrechtliche Vorgaben. Dabei ist zu erwähnen, dass die primärrechtlichen Vorgaben bei binnenmarktrelevanten Auftragsvergaben auch außerhalb des Richtlinienvergaberechts und für die Ausgestaltung der Rechtsmittelrichtlinien selbst gelten. Damit bestehen weitreichende unionsrechtliche Vorgaben unter- und oberhalb der Schwellenwerte der Richtlinien.

3. Der prozessrechtliche Schutzbereich des Primärvergaberechts hängt dabei wesentlich vom Verhältnis des Primär- zum Sekundärrechtsschutz ab. Aufgrund der uneindeutigen Rechtsprechung des EuGH ließ sich in einer rechtsbereichsübergreifenden Analyse jedoch festhalten, dass ein Ausschluss von Primärrechtsschutz durch den Gesetzgeber grundsätzlich möglich ist. Solange dieser jedoch nicht explizit vorgenommen wurde, muss aber wirksamer Primärrechtsschutz gewährleistet werden. Dieser dient darüber hinaus immer einer wirksamen Durchsetzung des materiellen Rechts im Sinne des *effet utile* und dem Effektivitätsgrundsatz. Vor diesem Hintergrund muss, sofern der Primärrechtsschutz explizit ausgeschlossen wurde, Sekundärrechtsschutz in dem Maße gewährt werden, dass eine ausreichende Anreizwirkung zur Einhaltung des materiellen Rechts gegeben ist. Außerdem ist der Ausschluss des Primärrechtsschutzes nicht in der Form möglich, dass Zugang zu primärem Rechtsschutz gewährt wird, dieser aber nicht wirksam zu verfolgen ist. Ein Ausschluss muss vielmehr in kohärenter Weise, explizit durch den Gesetzgeber vorgenommen werden.

4. Nach der Entwicklung/Darstellung der verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben zur effektiven Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes konnte letzterer sodann überblicksartig dargestellt werden. Neben dem GWB-Vergaberecht sehen nämlich auch das Zivilrecht (hinsichtlich Schadensersatzansprüchen und einstweiligen Verfügungen) und zum Teil das Landesrecht vergabeprozessrechtsrelevante Inhalte vor.

5. Beim Abgleich des bestehenden Vergaberechtsschutzregimes in Deutschland mit den zuvor entwickelten Vorgaben zur effektiven Ausgestaltung des Rechtswegs sind dann verschiedene Aspekte des Prozessrechts aufgefallen, die potenzielle Verletzungen des Maßstabes darstellen oder strittig sind. Insofern bedurften die folgenden Aspekte des Vergaberechtsschutzregimes einer detaillierten Untersuchung und Stellungnahme.

6. Im Bereich des Zugangs zum Vergaberechtsschutz, beziehungsweise dessen prozessrechtlichen Einschränkung, sowie des Umfangs bezüglich der vor Gericht verhandelten Tatsachen- und Rechtsfragen ergaben sich vier Einzelfragen:

6.1. Im Rahmen der Antragsbefugnis (Anordnungsanspruch bei §§ 935, 940 ZPO) wird bei den bestehenden primären Rechtsbehelfen immer eine Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte vorausgesetzt. Das Vorliegen solcher Rechte wird in der deutschen Rechtsordnung anhand der Schutznormtheorie festgestellt. Die unionsrechtlichen Vorgaben zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes (insbesondere Art. 47 GrCh) verlangen im Gegensatz dazu nur eine unmittelbare Betroffenheit in „Rechten und Freiheiten“. Dies setzt eben keinen expliziten Schutzzweck der in Frage stehenden Norm voraus, sondern verlangt lediglich ein ausreichend spezifisches Interesse an deren korrekten Anwendung. Diese Diskrepanz zwischen dem *status quo* des deutschen Vergaberechtsschutzes und dem Art. 47 Abs. 1 GrCh stellt jedoch keinen Verstoß gegen das Unionsrecht dar, da pauschal allen Verfahrensvorschriften ein bieterschützender Zweck zugesprochen wird. Vor dem Hintergrund, dass die BGH-Rechtsprechung eine Negierung des Schutzzweckes jedoch explizit zulässt, empfiehlt sich daher eine Abkehr von der Schutznormtheorie im Vergaberechtsschutz, da damit eine

potenzielle Abweichung von den unionsrechtlichen Vorgaben zur effektiven Ausgestaltung des Rechtswegs dauerhaft im Raum steht. Außerdem gehen mit der Anwendung der Schutznormtheorie erhebliche Schwierigkeiten bei der Begründung subjektiver Rechte im Unterschwellenbereich einher. Im Ernstfall müssten aufgrund der mangelnden Außenrechtswirkung der UVgO die unionsrechtlichen Vergabegrundsätze unmittelbar angewendet werden. Vor der Maßgabe der Praktikabilität empfiehlt sich in Verbindung mit den Vergabegrundsätzen daher die pauschale Aufwertung der UVgO zu einer Rechtsquelle mit Außenrechtswirkung. Dann bestünden auch im Unterschwellenbereich die gemäß deutscher Rechtsordnung zur Inanspruchnahme des Rechtswegs zwingend notwendigen subjektiv-öffentlichen Rechte im ausreichenden und konkreten Maße. Darüber hinaus ist aus verfassungsrechtlicher Sicht Bietern, die entgegen einem Antrag nicht durch die Vergabekammern beigeladen wurden, eine eigene Antragsbefugnis für die sofortige Beschwerde zuzusprechen.

6.2. Eine ähnliche Diskrepanz zwischen den unionsrechtlich gebotenen und den tatsächlich gegebenen prozessrechtlichen Anforderungen ergibt sich im Rahmen der Beteiligtenregelung vor den Vergabekammern. Die Voraussetzung der schwerwiegenden Interessenberührung (§ 162 GWB) entspricht jedoch eher der Verletzung unionsrechtlich begründeter Rechte und Freiheiten als ein Schutzzweck im Sinne der Schutznormtheorie. Jedenfalls bedarf es auch in Zukunft einer weiten Auslegung der materiellen Voraussetzungen einer Beiladung, damit den Anforderungen an die Gewährung rechtlichen Gehörs gemäß Art. 47 Abs. 2 GrCh genüge getan wird. Eine Beiladungspraxis, in der regelmäßig nur der bisherige Bestbieter gehört wird, ist lediglich bei entsprechenden verfahrensökonomischen Zwängen und einem geringen Nutzen weiterer Beiladungen legitim.

6.3. Bezüglich der zum Teil extrem kurzen Fristen des GWB-Prozessrechts (beispielsweise § 169 Abs. 4 GWB), die darüber hinaus aufgrund von Feiertagen noch weiter verkürzt werden können, bedarf es im Einzelfall entsprechender Gegenmaßnahmen der Nachprüfungsinstanzen. Ansonsten kann es zu Situationen kommen, in denen Bieter innerhalb weniger Tage weitreichende, prozessrelevante Entscheidungen treffen müssen. Entsprechend kurze Fristen sind jedoch nicht mit einem effektiven Rechtsschutz vereinbar, sodass Gerichte dann zu individuellen Gegenmaßnahmen, wie der Entbindung von einer

Rügefrist oder einem vorab erteilten Hängebeschluss mit nachträglicher Prüfung des jeweiligen Begehrens, verpflichtet sind.

6.4. Hinsichtlich des Umfangs des Prozessgegenstands war es fraglich, in welchem Maße dieser einerseits durch Präklusionen eingeschränkt werden darf, andererseits, ob außerhalb des Vortrags der Parteien durch das Gericht eigenständig ermittelt werden darf. Präklusionswirkungen sind gemäß verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben grundsätzlich legitim. Bei besonders schweren Verfahrensverstößen, welche die Bestandskraft des Zuschlags beeinträchtigen, verlangt die Effektivität des Rechtsbehelfs jedoch, dass die präkludierten Sachverhalte dennoch durch das Gericht aufgegriffen werden. In diesem Sinne erlischt zwar der subjektive Anspruch auf eine Abhilfe der Verfahrensverstöße, wenn die Zeit es aber zulässt, besteht ein Ermessen der Gerichte, die Präklusionswirkung außer Acht zu lassen. Der Maßstab der notwendigen Effektivität spricht auch für eine Auslegung des Amtsermittlungsgrundsatzes zugunsten des Ermessens der Gerichte außerhalb des Vortrags und gegebenenfalls gegen das Interesse des Rechtsschutzsuchenden ermitteln zu können. Jedenfalls ist die vom Gesetzgeber angedachte Verpflichtung der Nachprüfungsstellen, auch den Ablauf des Vergabeverfahrens zu schützen, höher zu gewichten als der Dispositionsgrundsatz. Auch die nötige Effektivität des Rechtsschutzes steht dem nicht entgegen. Dies gilt aber nur, wenn dadurch keine Verzögerung des Nachprüfungsverfahrens über die gesetzlich vorgesehenen Verfahrenszeitraum von fünf Wochen hinaus bewirkt wird.

7. Eine weitere wesentliche Frage bezüglich der Effektivität des Vergaberechtsschutz ist die mangelnde Vorabinformationspflicht im Unterschwellenbereich. Diese ist bei einer Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 4 GG aufgrund dessen weitreichender Vorwirkung in das Verfahrensrecht zwingend vorzusehen. Bei einer Binnenmarktrelevanz des öffentlichen Auftrags ist außerdem aufgrund der prozessrechtlichen Vorgaben der Grundfreiheiten sowie des Art. 47 GrCh eine Vorabinformations- und Wartepflicht solange notwendig, wie der Gesetzgeber keinen kohärenten Ausschluss des Primärrechtsschutz vorgenommen hat. Da jedoch mit den §§ 935, 940 ZPO ein entsprechender Rechtsweg gangbar ist, muss dieser gemäß verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben wirksam zu bestreiten sein. Aufgrund der weitgehenden Bestandskraft vergaberechtswidrig geschlossener Verträge ist der *status*

quo des deutschen Vergaberechts unterhalb der Schwellenwerte ohne eine Vorabinformations- und Wartepflicht sowie mangels eines Vergabeakteneinsichtsrecht als nicht ausreichend effektiv zu bewerten.

8. Im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts sind darüber hinaus die Vorabgestattungsverfahren (§ 169 Abs. 2, 176 GWB) und die Verlängerung des Suspensiveffekts der sofortigen Beschwerde (§ 173 Abs. 2 GWB) zu diskutieren gewesen. Während die auftraggeberinitiierte Durchbrechung des Suspensiveffekts aus systematischer Sicht grundsätzlich nicht problematisch ist (die Herbeiführung der Entscheidung über die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes wird dadurch zwar verkehrt, vorläufiger/einstweiliger Rechtsschutz in einem Eilverfahren ist aber dennoch gewährleistet), ist der Abwägungsmaßstab für die Gewährung/Durchbrechung des Suspensiveffekts kritisch. Die vom Gesetzgeber intendierte grundsätzliche Gewichtung zugunsten des Ablaufs des Vergabeverfahrens kann vor dem Maßstab der Effektivität des Rechtsschutzes nicht bestehen. Es muss eine hinreichend wahrscheinliche Erfolglosigkeit und ein besonderes Beschleunigungsinteresse zur Gestattung vorliegen. Dabei ist die Nachprüfungsstelle verpflichtet, die für die Prognoseentscheidung notwendigen Ermittlungen vorzunehmen. Aufgrund der drohenden Erledigung der Hauptsache, welche durch eine Vorabgestattung regelmäßig eintritt, dürfen nur bei ganz besonders schwerwiegenden Gründen die, für die Prognose notwendigen, Ermittlungen unterbleiben. Sofern eine Erfolgsprognose dennoch nicht möglich ist, muss das Rechtsschutzinteresse des Antragstellers der Hauptsache regelmäßig überwiegen. Nur bei besonders schwerwiegenden Gründen kann im Einzelfall eine Vorabgestattung erfolgen. Eine im Wortlaut der §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 2, 176 Abs. 1 GWB veranlagte Auslegung, die bei einfachen Zusammenhängen zwischen dem Beschaffungsgegenstand und beispielsweise verteidigungsspezifischen Interessen ein Überwiegen des Verfahrensablaufs vorsieht, verbietet sich hingegen aufgrund des Schutzgehaltes des Art. 19 Abs. 4 GG.

Außerdem muss aufgrund des Art. 47 Abs. 1 GrCh bei fehlerhaften Entscheidungen im Eilverfahren nach § 169 Abs. 2 GWB Schadensersatz in ausreichendem Maße gewährleistet werden. Dies gebietet sich vor dem Hintergrund des Effektivitätsgrundsatzes und des *effet utile*, da ansonsten kein ausreichender Anreiz zur wirksamen Durchsetzung des materiellen Vergaberechts besteht. Jedenfalls verlangt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass der

Verfahrensfehler, dem im Rahmen des Primärrechtsschutzes keine Abhilfe mehr geleistet werden kann, anderweitig kompensiert wird. Das gilt explizit auch dann, wenn die Verletzung des Bieterrechts im Eilverfahren im Ermessensspielraum der Nachprüfungsstelle war. Einer anderweitigen Kompensation, die aufgrund der subjektiven und objektiven Wirkung der Effektivität des Rechtsschutzes sowie der Herbeiführung der Verkürzung des Rechtswegs durch die Vergabestelle notwendig ist, steht dies jedenfalls nicht im Weg.

9. Bezüglich des Sekundärrechtsschutzes konnten zwei problematische Aspekte ausgemacht werden. So steht erstens die Anspruchsvoraussetzung der „echten Chance auf den Zuschlag“ im Rahmen des § 181 GWB nicht im Einklang mit den unionsrechtlichen Vorgaben zur Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes. Die Rechtsmittelrichtlinie als Konkretisierung des primärrechtlichen Staatshaftungsgrundsatz verlangt den Ersatz von tatsächlich entstandenen Schäden bei hinreichend qualifizierten Verstößen gegen Rechte begründende Normen des Unionsrechts. Da die „echte Chance“ auf den Zuschlag gemäß § 181 GWB jedoch eine zumindest hypothetische Wertung der Angebote voraussetzt, können Verfahrensfehler, für welche gemäß Unionsrecht Schadensersatz geleistet werden müsste, die aber zur Unvergleichbarkeit der Angebote führen, nicht anhand des § 181 GWB kompensiert werden. Wenn keine Wertung vorgenommen werden kann, ist der Verfahrensfehler, trotz hinreichend qualifiziertem Verstoß gegen Rechte begründende Norm und einem entstandenen Schaden, nicht durch den § 181 GWB zu entschädigen. Insofern besteht in der übermäßigen Bezugnahme der „echten Chance“ auf eine hypothetische Wertung ein Verstoß gegen die unionsrechtlichen Vorgaben zur Ausgestaltung des Sekundärrechtsschutzes.

Außerdem sind unter der Maßgabe, dass bei fehlerhaften Entscheidungen über die Aufhebung des Suspensiveffekts im Eilverfahren kein wirksamer Primärrechtsschutz gewährleistet wird, in diesen Fällen (behelfsmäßig) besondere Anforderungen an den Sekundärrechtsschutz zu stellen. Die restriktiven Anspruchsvoraussetzungen verhindern hier jedoch eine ausreichend hohe Erfolgswahrscheinlichkeit und Entschädigungshöhe der Schadensersatzansprüche, um die gemäß Art. 47 GrCh notwendige, wirksame Durchsetzung der unionsrechtlich begründeten Rechte und Freiheiten im Sinne des Effektivitätsgrundsatzes zu ermöglichen. Daher ist auch hier von einer mangelnden Effektivität des oberschwelligen Vergaberechtsschutzes auszugehen.

10. Entsprechendes gilt auch für den Schadensersatz für vergaberechtliche Verfahrensfehler unterhalb der Schwellenwerte. Die dort bestehenden unionsrechtlichen Rechte und Freiheiten sind im einschlägigen Zivilrechtsweg ohne eine Vorabinformation- und Wartepflicht des Auftraggebers, trotz vorgesehenem Primärrechtsschutz, nicht effektiv zu bestreiten. Darüber hinaus könnte auch die aktuelle Ausgestaltung des Sekundärrechtsschutzes einen legitimen Ausschluss des Primärrechtsschutzes nicht kompensieren. Die restriktiven Anspruchsvoraussetzungen sind insbesondere aufgrund ihrer Schadens- und Verschuldensabhängigkeit nicht geeignet, eine wirksame Durchsetzung der unionsrechtlichen Freiheiten zu garantieren. Insofern verweigert die deutsche Rechtsordnung einerseits da effektiven Primärrechtsschutz, wo sie diesen aufgrund materieller unionsrechtlicher Verpflichtungen gewähren müsste, und verweigert sich andererseits dem dann aufgrund des *effet utile* und Effektivitätsgrundsatz notwendigem Prinzip des „dulde und liquidiere".

11. Bezüglich dieser Verstöße gegen die notwendige Effektivität des Rechtsschutzes ergibt sich insbesondere bei der fehlenden Vorabinformationspflicht im Unterschwellenbereich das Problem der drohenden Unwirksamkeit der geschlossenen Verträge. Diese verstoßen schließlich gegen den Schutzgehalt der Grundfreiheiten, welche gemäß der Rechtsprechung des BVerfG Schutzgesetze im Sinne des § 134 BGB darstellen. Solange der Primärrechtsschutz nicht explizit durch den Gesetzgeber ausgeschlossen wurde, stellt die Vorabinformations- und Wartepflicht gewissermaßen den prozessrechtlichen Kerngehalt der grundfreiheitlichen Vergabegrundsätze dar. Verstöße gegen diese Pflicht müssen dann konsequenterweise zur Vertragsnichtigkeit der geschlossenen Vergabeverträge führen. Die damit im Raum stehenden Rechtsunsicherheit gilt es unmittelbar zu beseitigen.

12. Deshalb besteht in der unterschwelligen Rechtsschutzpraxis unmittelbarer und unbedingter Anpassungsbedarf. Dazu ist die analoge Anwendung des allgemeinen Verwaltungsverfahrens- und Prozessrechts zu empfehlen. Dies eröffnet den grundsätzlich wirksamen Verwaltungsrechtsweg, der anhand einer unmittelbaren Außenwirkung der UVgO in Verbindung mit den Vergabegrundsätzen und den damit begründeten subjektiven Rechten gangbar sein sollte. Außerdem wäre eine Vorabinformation der Bieter durch einen

zu erteilenden Verwaltungsakt oder eine analoge Anwendung des entsprechenden GWB-Vergaberechts (§ 134 GWB) vorzunehmen. Alternativ käme auch eine unmittelbar aus den Art. 19 Abs. 4 GG und den Vergabegrundsätzen sowie Art. 47 GrCh abgeleitete Informationspflicht zur Schließung der Rechtsschutzlücke in Betracht.

13. Darüber hinaus besteht auch im Rahmen des Gestattungsverfahren nach § 169 Abs. 2 GWB rechtspolitischer Handlungsbedarf. Während die systematische Ausgestaltung und der Abwägungsmaßstab der §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 2, 176 GWB aufgrund der vom Wortlaut abweichenden Rechtsprechung die grundsätzliche Effektivität des Vergaberechtsschutz gewährleisten, muss eine fehlerhafte Entscheidung im Eilverfahren wegen der unionsrechtlichen Anforderungen des Effektivitätsgrundsatzes weiterführende Sanktionen nach sich ziehen. Da erweiterte Schadensersatzansprüche, wie etwa aus § 945 ZPO, nicht die nötige Anreizwirkung entfalten, ist die analoge Anwendung der Rechtsmittelrichtlinie zu befürworten. Die dort vorgesehene Verhängung alternativer Sanktionen bei Verstößen gegen die Vorabinformations- und Wartpflicht stellt das sinnvollste Instrument zur Durchsetzung des materiellen Vergaberechts dar. In Verbindung mit der auszuweitenden Schadensersatzpflicht des § 181 GWB können die begangenen Verfahrensfehler ausreichend sanktioniert werden, sodass von einer wirksamen Durchsetzung des materiellen Vergaberechts ausgegangen werden kann.

14. Damit besteht aus rechtswissenschaftlicher Sicht ein nicht unerheblicher Anpassungsbedarf des Vergaberechtsschutzregimes. Dieser Anpassungsbedarf kann als Anlass zu grundsätzlichen Überlegungen zur Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes dienen. Um die rechtswissenschaftlich betrachtetet notwendigen Anpassungen sinnvoll zu ergänzen, kann dafür auf das normative wohlfahrtsökonomische Effizienzprinzip in Form des Kaldor/Hicks-Kriteriums und des Coase-Theorems zurückgegriffen werden. Deren Anwendung im Vergaberechtsschutz verspricht einen hohen Zielerreichungsgrad bei der Verfolgung der juristischen (Effektivität, Grundrechtsschutz) wie politischen Ziele (Wirtschaftlichkeit). Ein ökonomischer Imperativ in der Form, dass rechtliche Vorgaben hinter dem Ziel der Effizienz zurücktreten dürften, verbietet sich jedoch.

15. Das führt wiederum dazu, dass das Effizienzkriterium im Vergaberechtsschutz *de lege lata* lediglich bei der Abwägungsentscheidung im Gestattungsverfahren hinzugezogen werden kann. Hier entfaltet es jedoch keinen weitergehenden Nutzen, da ohnehin ein (paternalistisch vorgenommener) Nutzenvergleich vorgesehen ist. Auch die bestehenden Möglichkeiten zum Vergleichsschluss können keine Verhandlungslösung im Sinne des Coase-Theorems darstellen, da der „Handel" von Schädigungsrechten zu restriktiv geregelt ist.

16. *De lege ferenda* eignet sich das normative Effizienzkriterium hingegen besser als Maßstab. So könnten im Rahmen einer Neugestaltung des Vergabeprozessrechts Verhandlungen zwischen den Verfahrensbeteiligten ermöglicht werden, bei denen ein Bieter bei einer entsprechenden Entschädigung in die Schädigung seiner Verfahrensrechte einwilligen könnte. Durch einen entsprechenden Vergleich entstünde eine effiziente Verteilung der Rechtspositionen und bei angemessenen Entschädigungen auch ein effektiver Rechtsschutz. Dies setzt jedoch die grundsätzliche Disponibilität der Verfahrensvorschriften voraus. Die verfahrensrechtlichen Kerngehalte der Grundfreiheiten sowie Rechte Dritter dürfen jedoch nicht zur Disposition stehen. Eine demensprechende Kodifizierung des Vergabeverfahrens wäre daher notwendig. Dann könnte aber bei entsprechenden Verhandlungen, die neben anderen Streitbeilegungsmechanismen vorgesehen werden müssten, eine effiziente Verteilung der Rechtspositionen und effektiver Rechtsschutz in einem Prozessinstrument vereint werden. Dies gilt insbesondere auch für Situationen, in denen eine Vorabgestattung des Zuschlags im Eilverfahren in Betracht kommt.

Außerdem ist auch eine Flexibilisierung des Schadensersatzes, welcher sich dann behelfsmäßig am bietereigenen Nutzen der verletzten Verfahrensnorm orientiert, denkbar. Damit ginge ebenfalls eine Steigerung der Wirksamkeit des Rechtsschutzes einher, was wiederum der Durchsetzung des materiellen Vergaberechts und damit der Funktion des Vergaberechtsschutzregimes dienen würde.

Letztlich ergibt sich damit ein diverses Bild des deutschen Vergaberechtsschutzregimes. Grundsätzlich besteht insbesondere im Anwendungsbereich der sekundärrechtlichen Rechtsmittelrichtlinien ein effektives Rechtsschutzregimes, das jedoch keinesfalls frei von Mängeln ist. Die verschiedenen notwendigen Abweichungen der Rechtsprechungspraxis vom

Wortlaut des Prozessrechts und insbesondere die Möglichkeit einer Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz im vorläufigen Rechtsschutzverfahren ohne eine nachträgliche Kompensation durch Schadensersatz stellen potenzielle Mängel der Effektivität des oberschwelligen Vergaberechtsschutzes dar. In Verbindung mit der, zumindest bei binnenmarktrelevanten Auftragsvergaben zweifelsfrei, zu fordernden Informations- und Wartepflicht im Unterschwellenbereich und den zu begrenzten Schadensersatzansprüchen ergibt sich ein nicht unwesentlicher rechtspolitscher Handlungsbedarf. Bei dessen Umsetzung könnte dann auch das Coase-Theorem als Vorbild eines speziellen Vergabeprozessvergleichs herangezogen werden. So ließe sich ein umfassend effektiver und effizienter Vergaberechtsschutz schaffen, welcher seiner Funktion und der wirtschaftlichen sowie (grund)rechtlichen Bedeutung des öffentlichen Beschaffungswesen uneingeschränkt gerecht werden würde.

Literaturverzeichnis

Ax, Thomas/Schneider, Matthias, Rechtsschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe, 2011, Berlin: Schmidt.

Bader, Johann/Ronellenfitsch, Michael (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 51. Ergänzungslieferung, Stand: 01.04.2021, 2021, München: C.H. Beck.

Barth, Hanna, Das Vergaberecht ausserhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien, 2010, Frankfurt: Peter Lang.

Biermann, Jan, Prospekthaftung und Allokationseffizienz, 2018, Baden-Baden: Nomos.

Blanke, Hermann-Josef, Binnenmarkt, Rechtsangleichung, Grundfreiheiten, in: Niedobitek, Matthias (Hrsg.), Politiken der Union, 2014, Berlin: de Gruyter, S. 97–384.

Brauer, Eva, Das Verfahren vor der Vergabekammer, NZBau 10 (5), S. 297–300.

Braun, Christian, Zivilrechtlicher Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 9 (3), S. 160–162.

—, Stand der Konzessionsvergabe, NZBau 20 (10), S. 622–625.

Brinktrine, Ralf, Konkurrentenstreitverfahren im Beamtenrecht, JURA 37 (11), S. 1192–1205.

Bruns, Alexander, Der Zivilprozess zwischen Rechtsschutzgewährleistung und Effizienz, ZZP 124 (1), S. 29–43.

Bühs, Jacob, Die Vergabe von Rettungsdienstleistungen nunmehr vor dem Verwaltungsgericht: Hauptsache einstweiliger Rechtsschutz, NVwZ 36 (7), S. 440–443.

—, Trotz Bereichsausnahme: Für Rettungsdienstvergaben weiterhin der Vergaberechtsweg aufgrund Landesrecht eröffnet?, NVwZ 38 (19), S. 1410–1413.

Bultmann, Friedrich/Hölzl, Josef, Die Entfesselung der Antragsbefugnis - zum effektiven Rechtsschutz im Vergaberecht, NZBau 5 (12), S. 651–654.

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Schlaglichter der Wirtschaftspolitik – Monatsbericht März, 2017, Berlin:

Burballa, Rainer, Aufhebung der Ausschreibung und Vergabenachpeüfungsverfahren, ZfBR 32 (2), S. 134–140.

Burgi, Martin, Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, NZBau 8 (12), S. 737–742.

—, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte aus der Hand des Bundesgesetzgebers?, NVwZ 30 (20), S. 1217–1225.

—, Ökologische und soziale Beschaffung im künftigen Vergaberecht: Kompetenzen, Inhalte, Verhältnismäßigkeit, NZBau 16 (10), S. 597–602.

—, Europa- und verfassungsrechtlicher Rahmen der Vergaberechtsreform, VergabeR 16 (3), S. 261–269.

—, Entwicklungstendenzen und Handlungsnotwendigkeiten im Vergaberecht, NZBau 19 (10), S. 579–585.

—, Vergaberecht – Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung, 2. Aufl. 2018, München: C.H. Beck.

—, 20 Jahre Rechtsschutz durch Vergabekammern, NZBau 21 (1), S. 3–7.

Burgi, Martin/Dreher, Meinrad (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar – Band 1: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB - 4. Teil, 3. Aufl. 2017, München: C.H. Beck.

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar, 5. Aufl. 2016, München: C.H. Beck.

Chen, Hsi-Ping, Vergaberechtsschutz im Spannungsfeld zwischen Beschleunigungsgebot und Gewährung effektiven Rechtsschutzes, 2019, Baden-Baden: Nomos.

Coase, Ronald Harry, The Problem of Social Cost, J.L. & Econ. 56 (4), S. 837–878.

Conrad, Sebastian, Rechtsfragen des Vergleichs im Vergabenachprüfungsverfahren, ZfBR 37 (7), S. 658–664.

—, Vergaberechtlicher Rechtsschutz auf landesrechtlicher Grundlage, ZfBR 39 (2), S. 124–129.

—, Der Anspruch des Bieters auf den Ausschluss ungewöhnlich niedriger Konkurrenzangebote nach neuem Vergaberecht, ZfBR 40 (1), S. 40–43.

Costa-Zahn, Karen/Lutz, Martin, Die Reform der Rechtsmittelrichtlinien, NZBau 9 (1), S. 22–29.

Dageförde, Angela, Die Vorabinformationspflicht im Vergaberechtsschutz: Eine unendliche Geschichte, NZBau 21 (2), S. 72–77.

Dauses, Manfred/Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 51. Ergänzungslieferung, Stand: Oktober 2020, 2020, München: C.H. Beck.

Dehling, Jasmin, Kriterien der „Binnenmarktrelevanz“ und ihre Konsequenzen unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 12 (12), S. 725–731.

Dörr, Oliver, Vergabeprimärrecht, in: Müller-Wrede, Malte (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts – Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, Köln: Bundesanzeiger Verlag, S. 101–127.

Dreher, Meinrad, Andere Rechtsgebiete als Vorfrage im Vergaberecht, NZBau 14 (11), S. 665–674.

Dreher, Meinrad/Glöckle, Peter, Der Vergleich im Vergabenachprüfungsverfahren - Teil 1, NZBau 16 (8), S. 459–464.

—, Der Vergleich im Vergabenachprüfungsverfahren - Teil 2, NZBau 16 (9), S. 529–536.

Du Mont, Ivo, Die Kombination von Rücktritt und Schadensersatz im neuen Schuldrecht – Eine ökonomische und rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des Kaufvertrags, 2007, Frankfurt am Main: Peter Lang.

Düsterdiek, Bernd, Das Akteneinsichtsrecht (§ 111 GWB), NZBau 5 (11), S. 605–608.

Egger, Alexander, Europäisches Vergaberecht, 2008, Baden-Baden: Nomos.

Ehlers, Dirk, § 14 Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, Berlin: de Gruyter.

—, § 7 Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, Berlin: de Gruyter.

Eidenmüller, Horst, Effizienz als Rechtsprinzip – Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 4. Aufl. 2015, Tübingen: Mohr Siebeck.

Eiermann, Heinrich, Primärrechtsschutz gegen öffentliche Auftraggeber bei europaweiten Ausschreibungen durch Vergabenachprüfungsverfahren - Teil 1, NZBau 17 (1), S. 13–20.

—, Primärrechtsschutz gegen Öffentliche Auftraggeber bei europaweiten Ausschreibungen durch Vergabenachprüfungsverfahren Teil 2, NZBau 17 (2), S. 76–86.

Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 44. Ergänzungslieferung, Stand: 15.08.2020, 2020, München: C.H. Beck.

Erbguth, Wilfried, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, in: Alexy, Robert (Hrsg.), Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit – Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Würzburg vom 3. bis 6. Oktober 2001, 2002, Berlin: de Gruyter, S. 221–259.

EU-Kommission, Bericht der Kommission an das EU Parlament über die Wirksamkeit der Rechtsmitelrichtlinie – MARKT/2013/072/C, 2015, :

—, Public Procurement Indicators 2017, 2019, :

Fechner, Simon, Regulierungsprinzip Effizienz – Maßstäbe und Grenzen einer effizienzorientierten Regulierung im Telekommunikations- und Energiesektor, 2020, Baden-Baden: Nomos.

Franßen, Georg/Pottschmidt, Axel, Wider den amtswegigen „Rechtsschutz" gegen den rechtsschutzsuchenden Bieter, NZBau 5 (11), S. 587–594.

Frenz, Walter, Vergaberecht EU und national, 2018, Berlin: Springer.

Gabriel, Marc, Offenes Haus, geschlossene Tür: Der Vergaberechtsschutz bei Open-House-Verfahren vor dem Aus, NZBau 20 (9), S. 568–570.

Glahs, Heike, Die Antragsbefugnis im Vergabenachprüfungsverfahren, NZBau 5 (10), S. 544–547.

Goebel, Wiebke, Gesamtwirtschaftliche Aspekte im vorläufigen Vergaberechtsschutz, 2008, Baden-Baden: Nomos.

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 71. Ersatzlieferung, Stand: August 2020, 2020, München: C.H. Beck.

Graske, Daniel, Die verfahrensrechtliche Dimension der Grundfreiheiten der Europäischen Union, 2017, Hamburg: Dr. Josef Kovac.

Groeben, Hans von der/*Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Hrsg.)*, Europäisches Unionsrecht – Vertrag über die Europäische Union - Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union - Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Aufl. 2015, Baden-Baden: Nomos.

Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Hrsg.), Beck-online.Großkommentar zum Zivilrecht, 2021, München: C.H. Beck.

Hagenbruch, Tim, Das Verhältnis von Beihilfen- und Vergaberecht, 2020, Baden-Baden: Nomos.

Harms, Sophie, Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2013, Baden-Baden: Nomos.

Hattig, Oliver/Maibaum, Thomas (Hrsg.), Praxiskommentar Kartellvergaberecht – Der 4. Teil des GWB und VgV, 2. Aufl. 2014, Köln: Bundesanzeiger-Verl.

Hauck-Scholz, Neues zur Konkurrentenklage, öAT 10 (6), S. 114–117.

Heinemann, Patrick, Verwaltungsgerichtlicher Eilrechtsschutz: Die Chimäre der summarischen Rechtsprüfung, NVwZ 38 (8), S. 517–521.

Hillen, Christian, Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht, 2018, Baden-Baden: Nomos.

Hoffmann, Jan Martin, Unionsgrundrechte als verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, NVwZ 39 1-2, S. 33–37.

Hofmann, Franz, Prozessökonomie - Rechtsprinzip und Verfahrensgrundsatz der ZPO, ZZP 126 (1), S. 83–111.

Hong, Mathias, Verbot der endgültigen und Gebot der vorläufigen Vorwegnahme der Hauptsache im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren, NVwZ 31 (8), S. 468–472.

Horn, Lutz, Neues zum Schadensersatz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 1 (2), S. 63–64.

Huber, Peter M., Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht – Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der öffentlichen Verwaltung, 1991, Tübingen: Mohr Siebeck.

Huerkamp, Florian/Kühling, Jürgen, Primärrechtsschutz für Unterschwellenvergaben aus Luxemburg?, NVwZ 30 (23), S. 1409–1414.

Hyckel, Jonas, Prozessökonomie – Theorie und Methodik effizienter Rechtserkenntnis im Verwaltungsprozess, 2020, Baden-Baden: Nomos.

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht – Vergaberecht: Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht. Band 4, 6. Aufl. 2021, München: C.H. Beck.

Jarass, Hans D., Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Unter Einbeziehung der sonstigen Grundrechtsregelungen des Primärrechts und der EMRK: Kommentar, 4. Aufl. 2021, München: C.H. Beck.

Johannsen, Tanja, Vorgehen des erfolgreichen Bieters gegen Zuschlagserteilung auf eigenes Angebot, NZBau 20 (3), S. 166–168.

Jürgens, Jonas, Die Agenda zur besseren Rechtsetzung der Juncker-Kommission: Wirksamer Beitrag zur Stärkung der Union?, Andrássy Working Papers in Economics and Business Administration 2019, S. 1–22.

—, Das Vergaberecht in der (Corona-)Krise: Zwischen Beschleunigung und Protektionismus, VergabeR 20 (4), S. 578–583.

—, Effektiver Rechtsschutz im Vergaberecht: Art. 47 GRCH, die Rechtsmittelrichtlinie und deren Umsetzung in Deutschland, in: Schubel, Christian/Kirste, Stephan u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Vergleichende Staats- und Rechtswissenschaften 2018/2019, 2020, Baden-Baden: Nomos, S. 215–236.

Kainer, Friedemann, Rückkehr der unmittelbar-horizontalen Grundrechtswirkung aus Luxemburg?, NZA 35 (14), S. 894–900.

Kallerhoff, Dieter, Zur Begründetheit von Rechtsschutzbegehren unterhalb der vergaberechtlichen Schwellenwerte, NZBau 9 (2), S. 97–103.

Kamp, Florian, Funktion und Grenzen schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten – Eine dogmatische und ökonomische Analyse von § 241 II BGB, 2020, Wiesbaden: Springer Gabler.

Klingner, Matthias H., Die Vorabinformationspflicht des öffentlichen Auftraggebers – Effektiver Rechtsschutz gegen Zuschlagsentscheidung und Aufhebung der Ausschreibung im europäischen und deutschen Vergaberecht, 2005, Berlin: Duncker & Humblot.

Knauff, Matthias, Effektiver Vergaberechtsschutz - europa- und verfassungsrechtliche Anforderungen, in: Müller-Wrede, Malte (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts – Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, Köln: Bundesanzeiger Verlag, S. 683–705.

Knemeyer, Franz-Ludwig, § 178 Rechtliches Gehör im Gerichtsverfahren, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Aufl. 2010, Heidelberg: C.F. Müller.

Knöbl, Jan, Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte, 2009, Berlin: Duncker & Humblot.

Kühnen, Jürgen, Die Rügeobliegenheit, NZBau 5 (8), S. 427–431.

Lange, Christian, Treu und Glauben und Effizienz – Das Effizienzprinzip als Mittel zur Konkretisierung zivilrechtlicher Generalklauseln, 2013, Berlin: Duncker & Humblot.

Latzel, Clemens, Die Anwendungsbereiche des Unionsrechts, EuZW 26 (17), S. 658–664.

Lengauer, Alina, Drittwirkung von Grundfreiheiten – Ein Beitrag zu dem Konzept des Normadressaten im Gemeinschaftsrecht, 2011, Wien: Springer.

Lenz, Sebastian/Staeglich, Simone, Kein Rechtsschutz gegen EG-Verordnungen? - Europäische Rechtsschutzdefizite und ihr Ausgleich durch die Feststellungsklage nach § 43 I VwGO, NVwZ 23 (12), S. 1421–1429.

Mangold, Angelina, Primärrechtsschutz im Vergaberecht – Eine Untersuchung des gegenwärtigen Rechtsschutzsystems sowie möglicher Reformansätze, 2015, Göttingen: Cuvillier Verlag.

Mangoldt, Hermann von/*Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.)*, Grundgesetz – Kommentar. Bonner Kommentar, 7. Aufl. 2018, München: C.H. Beck.

Mann, Thomas/Sennekamp, Christoph/Uechtritz, Michael (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz – Großkommentar, 2. Aufl. 2018, Baden-Baden: Nomos.

Martlreiter, Julia Anna, Europäisierung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Unterschwellenaufträgen – Europarechtliche Einflüsse und Anforderungen, Verfassungsmäßigkeit, Rechtsschutzmöglichkeiten, 2011, Freiburg im Breisgau: Centaurus Verlag & Media.

Mathis, Klaus, Effizienz statt Gerechtigkeit? – Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts, 4. Aufl. 2019, Berlin: Duncker & Humblot.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 93. Ergänzungslieferung, Stand Oktober 2020, 2020, München: C.H. Beck.

Meyer, Jürgen (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Baden-Baden: Nomos.

Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin/Raumer, Stefan von (Hrsg.), EMRK – Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Baden-Baden: Nomos.

Müller-Wrede, Malte, Kausalität des Vergaberechtsverstoßes als Voraussetzung für den Rechtsschutz, NZBau 12 (11), S. 650–654.

— (Hrsg.), GWB – Vergaberecht Kommentar, 2016, Köln: Bundesanzeiger Verl.

Nicolaysen, Gert, § 1 Historische Entwicklungslinien des Grundrechtsschutzes in der EU, in: Heselhaus, Sebastian/Nowak, Carsten (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2. Aufl. 2020, München: C.H. Beck, S. 1–26.

OECD, Öffentliche Vergabe in Deutschland – Strategische Ansatzpunkte zum Wohl der Menschen und für wirtschaftliches Wachstum, 2019, Paris: OECD.

Ohler, Christoph, Grundrechtliche Bindungen der Mitgliedstaaten nach Art. 51 GRCh, NVwZ 32 (22), S. 1433–1438.

Opheys, Sascha, Effektiver Rechtsschutz im Vergabeverfahren – Die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags bezüglich geplanter De-facto- Vergaben, NZBau 18 (12), S. 714–716.

Opitz, Marc, Das Eilverfahren, NZBau 6 (4), S. 213–215.

—, Wenn es schlau ist, sich dumm zu stellen - Die Rügeobliegenheit im Vergaberecht, NZBau 20 (10), S. 617–618.

Papier, Hans-Jürgen, § 176 Justizgewähranspruch, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Aufl. 2010, Heidelberg: C.F. Müller, S. 491–506.

Pollmann, Tobias, Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im öffentlichen Vergaberecht, 2009, Berlin: Duncker & Humblot.

Posner, Richard A., Economic analysis of law, 9. Aufl. 2014, New York: Wolters Kluwer Law & Business.

Prieß, Hans-Joachim/Hölzl, Josef, Drei Worte des EuGH: Schadensersatz ohne Verschulden! Zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des § GWB § 126 S. 1 GWB, NZBau 12 (1), S. 21–23.

Pünder, Hermann/Schellenberg, Martin (Hrsg.), Vergaberecht – GWB - VgV - VSVgV - SektVO - VOL/A - VOB/A - VOF - Haushaltsrecht - Öffentliches Preisrecht, 3. Aufl. 2019, Baden-Baden: Nomos.

Rademacher, Timo, Rechtsschutzgarantien des Unionsrechts, JuS 58 (4), S. 337–342.

Raudla, Ringa, Law and Economic Analysis of the Estonian Public Procurement Act – Chapter 10, in: Thai, Khi V./Piga, Gustavo (Hrsg.), Advancing public procurement – Practices, innovation, and knowledge sharing, 2007, Boca Raton, Fla.: PrAcademics Press.

Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen – Band 3: §§ 946-1117, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2017, München: C.H. Beck.

Reindl, Dagmar, Effektivität des vergaberechtlichen Rechtsschutzes in Ungarn, 2010, Hamburg: Diplomica Verlag.

Rennert, Klaus, Konzessionen vor dem Verwaltungsgericht, NZBau 20 (7), S. 411–417.

Riem, Lioba, Die europäischen Grundfreiheiten als Rechtsgrundlage von Leistungsansprüchen – Zum Problem des Bestehens originärer Leistungsansprüche aus den europäischen Grundfreiheiten, 2010, Köln: Heymann.

Säcker, Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar - Europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht – Band 3: Vergaberecht I, 2. Aufl. 2018, München: C.H. Beck.

Sanchez-Graells, Albert, Economic analysis of law, or economically-informed legal research, in: Watkins, Dawn/Burton, Mandy (Hrsg.), Research methods in law, 2. Aufl. 2017, London, New York, NY: Routledge, Chapter 8.

Sauer, Ralf/Hollands, Martin, Mangelnder Rechtsschutz im Unterschwellenbereich - Verfassungsrechtliche Zweifel und politischer Handlungsbedarf, NZBau 7 (12), S. 763–768.

Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, Berlin: Springer.

Scheufen, Marc, Angewandte Mikroökonomie und Wirtschaftspolitik – mit einer Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts, 2. Aufl. 2020, Berlin, Heidelberg: Springer.

Schleich, Michael, Kosteneinsparpotenziale einer effizienteren Landesbauordnung – Ökonomische Analyse der Bauordnung für das Land ökonomische Analyse der Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen im Vergleich mit der englischen Bauverordnung, 2018, Wiesbaden: Springer.

Schmidt, Johannes, Verfassungsrechtliche Bezüge, in: Müller-Wrede, Malte (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts – Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, Köln: Bundesanzeiger Verlag, S. 127–145.

Schneider, Tobias, Primärrechtsschutz nach Zuschlagserteilung bei einer Vergabe öffentlicher Aufträge – Der oberhalb der Schwellenwerte bestehende vergaberechtliche Primärrechtsschutz des nichtberücksichtigten Bieters nach Zuschlagserteilung, 2007, Berlin: Duncker & Humblot.

Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung – Kommentar, 39. Ergänzungslieferung, Stand Juli 2020, 2020, München: C.H. Beck.

Schroeder, Daniela, Die Justizgrundrechte des Grundgesetzes, JA 42 (3), S. 167–174.

Schubert, Claudia, Die Grundrechtecharta der Europäischen Union als Mittel zur Expansion des Unionsrechts?, EuZA 13 (3), S. 302–319.

Schulze, Fabian, Der Nachweis der vergaberechtlichen Eignung im Wandel – Plädoyer für eine Eignungsvermutung, 2020, Baden-Baden: Nomos.

Seeger, Jan, Die Effektivität des Vergaberechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2014, Göttingen: Vandenhoeck Ruprecht.

Shirvani, Fardad, Optimierung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, 2016, Baden-Baden: Nomos.

Siegel, Thorsten, Rechtsschutz vor Gericht und im Verwaltungsverfahren - wechselseitige Kompensationsmöglichkeiten?, ZUR 28 (9), S. 451–456.

—, Die Konzessionsvergabe im Unterschwellenbereich, NZBau 20 (6), S. 353–358.

Sitsen, Michael, Ist die Zweiteilung des Vergaberechts noch verfassungskonform?, ZfBR 41 (7), S. 654–660.

Stein, Roland/v. Rummel, Leonard, Grenzüberschreitendes Interesse bei Unterschwellenvergaben, NZBau 19 (10), S. 589–592.

Steinbach, Armin/van Aaken, Anne, Ökonomische Analyse des Völker- und Europarechts, 2019, Tübingen: Mohr Siebeck.

Stepanek, Bettina, Suspensiveffekt vor Anfechtung der Hauptsache, AöR 144 (1), S. 536–576.

Stern, Klaus, § 113 Die Eigentumsfreiheit und das Erbrecht, in: ders. (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland – Bd. IV/1. Halbband: Die einzelnen Grundrechte: Der Schutz und die freiheitliche Entfaltung des Individuums, 2006, München: C.H. Beck.

Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV – Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2018, München: C.H. Beck.

Teetzmann, Constatin, Teetzmann: Grundrechtsbindung des Unionsgesetzgebers und Umsetzungsspielräume, EuR 51 (1), S. 90–105.

Thym, Daniel, Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta – Zu viel Grundrechtsschutz?, NVwZ 32 (14), S. 889–896.

Valta, Stefanie, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, 2013, Berlin: Duncker & Humblot.

Vetter, Rainer/Bergmann, Tina, Defacto Vergaben und Inhouse Geschäfte im Lichte des effet utile- Kein Raum für Schlupflöcher im Vergaberecht, EuZW 16 (19), S. 589–591.

Voll, Maximilian, Sicherheit als Argument im Vergaberecht, 2020, Baden-Baden: Nomos.

Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian (Hrsg.), BeckOK ZPO, 39. Ergänzungslieferung, Stand: 01.12.2020, 2020, München: C.H. Beck.

Voß, Catharina, Die Durchbrechung der Rechtskraft nationaler Zivilgerichtsurteile zu Gunsten des unionsrechtlichen "effet utile"?, 2019, Baden-Baden: Nomos.

Wagner, Klaus-R., Effektiver Rechtsschutz, ZfBR 39 (2), S. 112–115.

Wagner, Volkmar, Haftung der Bieter für Culpa in contrahendo in Vergabeverfahren, NZBau 6 (8), S. 436–438.

Wanninger, Rainer/Stolze, Simon-Finn/Kratzenberg, Rüdiger, Auswirkungen von Vergabenachprüfungsverfahren auf die Kosten öffentlicher Baumaßnahmen, NZBau 7 (8), S. 481–486.

Weber, Christina, Der europarechtliche Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes und das EG-Sekundärrecht, 2008, Frankfurt am Main: Peter Lang.

Wichmann, Alexander, Die Antragsbefugnis des Subunternehmers im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren, 2006, Baden-Baden: Nomos.

Wietersheim, Marc von, Schadenersatz von Auftraggebern nach gewonnenen Nachprüfungsverfahren, in: Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Wettbewerb, Transparenz, Gleichbehandlung – 15 Jahre GWB-Vergaberecht: Festschrift für Fridhelm Marx, 2013, München: C.H. Beck, S. 835–840.

Wollenschläger, Ferdinand, Primärrechtsschutz außerhalb des Anwendungsbereichs des GWB, in: Müller-Wrede, Malte (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts – Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, Köln: Bundesanzeiger Verlag, S. 705–735.

—, Anwendbarkeit der EU-Grundrechte im Rahmen einer Beschränkung von Grundfreiheiten, EuZW 25 (15), S. 577–580.

—, Vertragsnichtigkeit als Fehlerfolge bei grundrechts- und grundfreiheitenwidrigem privatrechtsförmigem Verwaltungshandeln, NVwZ 35 (21), S. 1535–1538.

Yan, Yizhou, Rechtsschutz im chinesischen und deutschen Vergaberecht, 2018, Baden-Baden: Nomos.

Zamir, Eyal/Teichman, Doron, Behavioral law and economics, 2018, New York: Oxford University Press.

Zazoff, Julien, Der Unionsgesetzgeber als Adressat der Grundfreiheiten, 2011, Baden-Baden: Nomos.