

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	9
Abkürzungsverzeichnis	17
Teil 1: Einleitung und Gang der Untersuchung	23
Teil 2: Grundlagen der Vergabesperre	31
A. Ziele und Zwecksetzung der Vergabesperre	31
B. Systematisierung der Vergabesperre	37
C. Rechtsquellen der Vergabesperre	44
D. Praktische Relevanz der Vergabesperre	67
Teil 3: Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes	71
A. Rechtliche Qualifikation der Vergabesperre	72
B. Grundrechtsbindung der öffentlichen Auftraggeber bei privatrechtlicher Beschaffungstätigkeit	83
C. Verfassungsrechtliche Maßstäbe im Vergleich	87
D. Anwendbarkeit der Rechtsweggarantie nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG am Merkmal der öffentlichen Gewalt	92
E. Anwendbarkeit der Rechtsweggarantie nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG am Merkmal der Verletzung subjektiver Rechte	103
F. Anforderungen der Rechtsweggarantie nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG	163
Teil 4: Unionsrechtliche Anforderungen an die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes	173
A. Unionsrechtliche Rechtsschutzmaßstäbe im Vergleich	174
B. Mitgliedstaatliche Bindung an das Unionsgrundrecht des Art. 47 Abs. 1 GRC	185

C. Materielle Überschneidung der unionsrechtlichen Rechtsschutzmaßstäbe	240
D. Verletzung subjektiver Unionsrechte als Voraussetzung für die Anwendung der Rechtsschutzmaßstäbe aus dem Unionsrecht	243
E. Anforderungen der europäischen Rechtsschutzmaßstäbe	279
Teil 5: Effektivität konkreter gerichtlicher Rechtsschutzmittel gegen Vergabesperren	293
A. Verfahrensgebundener Primärrechtsschutz auf dem Zivilrechtsweg	295
B. Verfahrensunabhängiger Primärrechtsschutz auf dem Zivilrechtsweg	341
C. Verwaltungsrechtsweg als erforderliche Rechtsschutzalternative?	368
Teil 6: Gesamtfazit	375
A. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes	377
B. Unionsrechtliche Anforderungen an die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes	382
C. Effektivität konkreter gerichtlicher Rechtsschutzmittel gegen Vergabesperren	388
Literaturverzeichnis	395

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Teil 1: Einleitung und Gang der Untersuchung	23
Teil 2: Grundlagen der Vergabesperre	31
A. Ziele und Zwecksetzung der Vergabesperre	31
B. Systematisierung der Vergabesperre	37
I. Abgrenzung vom Einzelfallausschluss	37
II. Erscheinungsformen der Vergabesperre	41
1. Öffentliche Auftraggeber	42
2. Einfache und koordinierte Vergabesperre	43
C. Rechtsquellen der Vergabesperre	44
I. Zweiteilung des Vergaberechts	45
II. Rechtsgrundlagen für die Verhängung einer Vergabesperre	48
1. Rechtsgrundlagen im Oberschwellenbereich	48
a) §§ 122 ff. GWB als „erschöpfende“ bundesgesetzliche Regelungen für die Verhängung von Vergabesperren?	53
aa) Überblick über die Regelungen der §§ 122 ff. GWB	54
bb) Würdigung	60
b) Zwischenergebnis	62
2. Rechtsgrundlagen im Unterschwellenbereich	62
D. Praktische Relevanz der Vergabesperre	67
Teil 3: Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes	71
A. Rechtliche Qualifikation der Vergabesperre	72
I. Rechtsnatur der Vergabe öffentlicher Aufträge	72
II. Übertragbarkeit auf die Verhängung von Vergabesperren	77

B. Grundrechtsbindung der öffentlichen Auftraggeber bei privatrechtlicher Beschaffungstätigkeit	83
C. Verfassungsrechtliche Maßstäbe im Vergleich	87
D. Anwendbarkeit der Rechtsweggarantie nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG am Merkmal der öffentlichen Gewalt	92
I. Urteil des BVerfG zur Zweiteilung des Vergaberechts	93
II. Auftragsvergabe als Akt öffentlicher Gewalt	94
III. Die Vergabesperre als Akt öffentlicher Gewalt	99
E. Anwendbarkeit der Rechtsweggarantie nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG am Merkmal der Verletzung subjektiver Rechte	103
I. Mögliche Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG durch die Vergabesperre	104
1. Allgemeiner Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG	105
a) Schutzgehalt und Anwendbarkeit auf die Vergabe öffentlicher Aufträge	105
b) Relevanz für die Verhängung von Vergabesperren	109
aa) Steigerung der Rechtfertigungsanforderungen einer Ungleichbehandlung	113
bb) Veränderung des Anknüpfungspunktes einer Ungleichbehandlung	114
cc) Grundrechtsschutz durch Verfahren	115
2. Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. den Grundsätzen der Selbstbindung der Verwaltung	119
II. Mögliche Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG durch die Vergabesperre	125
1. Eröffnung des Schutzbereichs	126
2. Eingriff	127
a) Eingriff durch Auftragsvergabe an Konkurrenzunternehmen	128
b) Eingriff durch Verhängung einer Vergabesperre	132
3. Rechtfertigung	135
a) Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage	136
aa) Ermächtigungsgrundlagen im Oberschwellenbereich	139

bb) Ermächtigungsgrundlagen im Unterswellenbereich	145
cc) Zwischenergebnis	151
b) Verhältnismäßigkeit einer Vergabesperre	153
III. Mögliche Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG durch die Vergabesperre	155
IV. Mögliche Verletzung subjektiver Rechte abseits der Grundrechte	161
V. Zwischenergebnis	162
F. Anforderungen der Rechtsweggarantie nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG	163
I. Zugänglichkeit des Rechtswegs	164
II. Wirksamkeit und Effektivität des Rechtsschutzes	165
1. Vorrang von Primärrechtsschutz	167
2. Vorbeugender und vorläufiger Rechtsschutz	171
Teil 4: Unionsrechtliche Anforderungen an die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes	173
A. Unionsrechtliche Rechtsschutzmaßstäbe im Vergleich	174
I. Inhalt und Schutzzumfang	176
1. Effektivitätsgrundsatz	176
2. Unionsgrundrecht nach Art. 47 Abs. 1 GRC	179
II. Anwendbarkeit im Lichte rechtsdogmatischer Unterschiede	181
1. Anwendbarkeit des Effektivitätsgrundsatzes im Vergaberecht	181
2. Anwendbarkeit des Unionsgrundrechts aus Art. 47 Abs. 1 S. 1 GRC im Vergaberecht	184
B. Mitgliedstaatliche Bindung an das Unionsgrundrecht des Art. 47 Abs. 1 GRC	185
I. Grundrechtsberechtigung nach Art. 47 Abs. 1 GRC	185
II. Grundrechtsverpflichtung nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC	186
1. Unionsgrundrechtsbindung der Mitgliedstaaten bei Durchführung des Rechts der Union nach engem Begriffsverständnis	187
a) Unmittelbare Durchführung von Unionsrecht	188

b) Mittelbare Umsetzung von EU-Richtlinien	190
aa) Doppelte Grundrechtsbindung nach EuGH	195
bb) Bisherige Trennungsthese des BVerfG und die Beschlüsse zum Recht auf Vergessen I und II	197
cc) Stellungnahme	200
2. Unionsgrundrechtsbindung der Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des Unionsrechts	202
a) Åkerberg Fransson und die Folgerechtsprechung	202
b) ERT-Rechtsprechung	205
3. Folge: Unionsgrundrechtsbindung im Zusammenhang mit der Verhängung von Vergabesperren	210
a) Unionsgrundrechtsbindung bei privater Beschaffungstätigkeit	211
b) Unionsgrundrechtsbindung im Oberschwellenbereich	211
aa) Nationale Umsetzung der Vergaberichtlinien auf normativer Ebene	214
bb) Nationale Anwendung des Umsetzungsrechts auf administrativer Ebene	219
c) Unionsgrundrechtsbindung im Unterschwellenbereich	220
aa) Unionsgrundrechtsbindung im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten	222
bb) Anwendbarkeit der Grundfreiheiten und (potenzielle) Binnenmarktrelevanz	224
cc) Anwendbarkeit der Grundfreiheiten im Zusammenhang mit der Verhängung von Vergabesperren	230
d) Zwischenergebnis	237
C. Materielle Überschneidung der unionsrechtlichen Rechtsschutzmaßstäbe	240

D. Verletzung subjektiver Unionsrechte als Voraussetzung für die Anwendung der Rechtsschutzmaßstäbe aus dem Unionsrecht	243
I. Grundfreiheiten und daraus abgeleitete Vergabegrundsätze	245
1. Mögliche Verletzung von Grundfreiheiten und von Art. 18 AEUV durch die Vergabesperre	246
a) Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV	247
b) Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV und Abgrenzung zu anderen Grundfreiheiten	253
c) Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV	257
d) Allgemeines Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV	258
2. Mögliche Verletzung der primärrechtlichen Vergabegrundsätze durch die Vergabesperre	259
a) Grundsatz der Gleichbehandlung	262
b) Grundsatz der Transparenz	265
c) Grundsatz des Wettbewerbs/Wettbewerbsprinzip	268
d) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	269
II. Unionsgrundrechte	270
1. Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 20 GRC)	273
2. Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit (Art. 15 und 16 GRC)	275
3. Eigentumsgarantie (Art. 17 GRC)	277
E. Anforderungen der europäischen Rechtsschutzmaßstäbe	279
I. Rechtsweggarantie	281
II. Rechtsschutzgarantie	284
1. Vorrang von Primärrechtsschutz	286
2. Vorwirkungen auf Vergabeverfahren und Begründungspflicht	288
3. Einstweiliger Rechtsschutz	289
4. Prüfungsumfang mitgliedstaatlicher Gerichte	290

Teil 5: Effektivität konkreter gerichtlicher Rechtsschutzmittel gegen Vergabesperrn	293
A. Verfahrensgebundener Primärrechtsschutz auf dem Zivilrechtsweg	295
I. Anspruchsgrundlagen und gerichtliche Durchsetzbarkeit	297
1. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 i. V. m. § 249 Abs. 1 BGB	298
2. § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog i. V. m. § 823 Abs. 1 BGB und den Grundsätzen des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs	299
3. § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB	300
a) Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften	301
b) Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. den Vorschriften der VOB/A	304
c) Verstoß gegen die nationalen Grundrechte als solche	307
aa) Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG sowie ihre (isolierte) gerichtliche Durchsetzbarkeit	308
bb) Anspruchsberechtigung EU-ausländischer Bieterunternehmen	310
d) Verstoß gegen europäisches Primärrecht	314
aa) Grundfreiheiten und allgemeines Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV	314
bb) Primärrechtliche Vergabegrundsätze	317
cc) Unionsgrundrechte	319
4. § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog i. V. m. § 826 BGB	323
II. Verfügungsgrund als Voraussetzung eines Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz nach §§ 935 ff. ZPO	324
III. Effektivität des verfahrensgebundenen Primärrechtsschutzes	326
1. Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Rechtsschutzvorgaben	328
a) Interessenabwägung und Erfordernis einer Informations- und Wartepflicht	330
b) Auswirkungen auf den Rechtsschutz gegen eine Vergabesperre	334

2. Vereinbarkeit mit den unionsrechtlichen Rechtsschutzvorgaben	336
a) Effektivitätsdefizite und Gefahr mangelnder Transparenz	338
b) Eingeschränkte Interessenabwägung und Erfordernis einer Informations- und Wartepflicht	339
B. Verfahrensunabhängiger Primärrechtsschutz auf dem Zivilrechtsweg	341
I. Anspruchsgrundlagen und gerichtliche Durchsetzbarkeit	343
1. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB	344
2. § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog i. V. m. § 823 Abs. 1 BGB und den Grundsätzen des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs	345
a) Bestehen einer Rechtsschutzlücke	345
b) Vergabesperre als betriebsbezogener Eingriff in die Substanz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs	346
c) Rechtswidrigkeit im konkreten Einzelfall	349
3. § 1004 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB analog i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB	351
a) Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften	352
b) Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. den Vorschriften der VOB/A	354
c) Verstoß gegen die nationalen Grundrechte	356
d) Verstoß gegen europäisches Primärrecht	357
4. § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog i. V. m. § 826 BGB	359
II. Verfügungsgrund als Voraussetzung eines Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz nach den §§ 935 ff. ZPO	359
III. Effektivität des verfahrensunabhängigen Primärrechtsschutzes	363
1. Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Rechtsschutzvorgaben	363
2. Vereinbarkeit mit den unionsrechtlichen Rechtsschutzvorgaben	366
C. Verwaltungsrechtsweg als erforderliche Rechtsschutzalternative?	368

Teil 6: Gesamtfazit	375
A. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes	377
B. Unionsrechtliche Anforderungen an die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes	382
C. Effektivität konkreter gerichtlicher Rechtsschutzmittel gegen Vergabesperren	388
Literaturverzeichnis	395