

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einleitung	1
Gang der Arbeit	1
<i>I. Kapitel</i> Rechtliche Grundlagen des öffentlichen Auftragswesens	3
A. Allgemeines	3
I. Begriffe	3
II. Wirtschaftliche Bedeutung der öffentlichen Auftragsvergabe	4
III. Rechtliche Einordnung der öffentlichen Auftragsvergabe	5
IV. Zur Grundrechtsbindung	6
V. Besonderheiten der öffentlichen Auftragsvergabe	8
B. Rechtsentwicklung des Vergaberechts	9
I. Historische Entwicklung des Vergaberechts in Deutschland	9
II. Rechtsentwicklung des europäischen Vergaberechts	11
1. Primäres Gemeinschaftsrecht	12
2. Sekundäres Gemeinschaftsrecht	12
3. Verhältnis von primärem zu sekundärem Gemeinschaftsrecht	14
III. Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Recht	14
1. Umsetzung der Richtlinien durch das Haushaltsrecht	15
2. Umsetzung der Richtlinien über das Vergaberechtsänderungsgesetz ...	16
IV. Internationale Übereinkommen	16
C. Anwendbarkeit des Vergaberechts	17
I. Öffentlicher Auftraggeber	17
1. Auftraggeber nach nationalem Recht	17
2. Auftraggeber nach EG-Vergaberecht	18
II. Begriff des öffentlichen Auftrags	18
D. Zweiteilung des Vergaberechts	19
I. Das deutsche Vergaberecht im Anwendungsbereich der EG- Vergaberichtlinien	19
1. Zum Anwendungsbereich	19
2. Kartellvergaberecht	19
3. Vergabeverordnung	20
4. Verdingungsordnungen	20
II. Die deutsche Rechtslage außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien	21
1. Anwendungsbereich	21
2. Rechtliche Regelung	21
a) Haushaltsrecht	22
b) Landesvergabegesetze	22
c) Verdingungsordnungen VOB/A und VOB/B	23
aa) Anwendungsbereich der Verdingungsordnungen	23

VII

(1) Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A)	23
(2) Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A)	23
bb) Die Grundsätze der Vergabe	23
(1) Wettbewerbsgrundsatz, § 2 Nr. 1 S. 2 u. S. 3 VOB/A; § 2 Nr. 1 Abs. 1 u. Abs. 2 VOL/A	24
(2) Gleichbehandlungsgebot, § 2 Nr. 2 VOB/A; § 2 Nr. 2 VOL/A	24
cc) Die Verfahrensarten	25
(1) Öffentliche Ausschreibung 25	
(2) Beschränkte Ausschreibung	26
(i) Beschränkte Ausschreibung nach öffentlichem Teilnahmewettbewerb	26
(ii) Beschränkte Ausschreibung ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb	26
(3) Freihändige Vergabe	27
dd) Würdigung	27
E. Zusammenfassung und Ausblick	28

2. Kapitel Verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Vorgaben an die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der staatlichen Auftragsvergabe außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien.....	29
A. Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Vergabeverfahren.....	29
I. Art. 3 Abs. 1 GG.....	29
II. Bindung des Gesetzgebers an den Parlamentsvorbehalt	32
III. Art. 12 GG.....	32
IV. Fazit.....	33
B. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben an die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der staatlichen Auftragsvergabe	33
I. Verhältnis Gemeinschaftsrecht und nationales Recht	33
II. Vorgaben des europäischen Primärrechts	34
1. Grundfreiheiten.....	35
a) Geltungsbereich.....	35
aa) Erfasster Personenkreis.....	35
bb) Bestimmung der einschlägigen Grundfreiheit.....	36
cc) Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezugs.....	36
dd) Erfordernis der Binnenmarktrelevanz	38
b) Vorgaben der Grundfreiheiten.....	39
aa) Dienstleistungsfreiheit	40
(1) Ansässigkeitspflichten und Ansässigkeitsbegünstigungen.....	40
(2) Nationale Qualitäts- und Klassifizierungsanforderungen.....	40
(3) Vergabefremde Kriterien.....	41
bb) Niederlassungsfreiheit	42
cc) Warenverkehrsfreiheit	43
dd) Fazit	45
2. Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit, Art. 12 EG.....	45
3. Europäisches Kartellrecht, Art. 81, 82 EG	46
4. Beihilferecht, Art. 87, 88 EG.....	47
a) Anwendbarkeit des Beihilferechts.....	47
aa) Auftragsvergabe als Beihilfe	47
bb) Verwendung von vergabefremden Kriterien als Beihilfe.....	49
cc) Berücksichtigung von gewährten Beihilfen in späteren Vergabeverfahren	49
(1) Rechtmäßig erteilte Beihilfen.....	50
(2) Rechtswidrig erteilte Beihilfen.....	50
dd) Auswirkungen der Anwendbarkeit des Beihilferechts für das Vergabeverfahren	50
5. Allgemeine Rechtsgrundsätze.....	51
a) Grundsatz der Gleichbehandlung	51
b) Grundsatz der Transparenz.....	54
c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.....	56

d) Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung.....	56
e) Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes.....	57
f) Äquivalenz- und Effektivitätsprinzip.....	57
g) Fazit.....	57
6. Europäische Grundrechte.....	58
a) Mitgliedstaaten als Grundrechtsverpflichtete.....	58
b) Vergaberelevante Gemeinschaftsgrundrechte.....	59
aa) Eigentumsschutz.....	59
bb) Berufsfreiheit/Unternehmensfreiheit.....	60
cc) Verfahrensrechtliche Grundrechtsgewährleistungen.....	61
7. Fazit.....	62
III. Rechtsprechung des Gerichtshofs.....	62
1. Rechtsprechung in Bezug auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen.....	63
a) EuGH, Rs. C-324/98, Slg. 2000, I-10749 - Teleaustria.....	63
b) EuGH, Rs. C-231/03, Slg. 2005, I-7287 - Coname.....	64
c) EuGH, Rs. C-458/03, Slg. 2005, I-8612 - Parking Brixen.....	65
d) Würdigung.....	66
2. Nicht prioritäre Dienstleistungen bzw. Vergaben, die besondere Ausnahmen im Dienstleistungsbereich betreffen.....	67
a) Zur Anwendung des Primärrechts.....	68
aa) Zum Verhältnis der Vergaberichtlinien zum primären Gemeinschaftsrecht.....	68
bb) Zum Merkmal des grenzüberschreitenden Interesses.....	69
b) Zum Transparenzgebot.....	69
c) Ausnahmen und Rechtfertigungsgründe.....	70
d) Würdigung.....	70
3. Verfahren bezüglich Unterschwellenvergaben.....	71
a) EuGH, Rs. C-195/04, Ur. v. 26.4.2007 – Kommission/Finnland.....	71
b) EuGH, Rs. C-412/04, Ur. v. 21.2.2008 – Kommission/Italien.....	72
c) Würdigung.....	73
4. Analyse der Rechtsprechung des Gerichtshofs.....	74
a) Zur bereichsspezifischen Begrenzung der Regelungen der Vergaberichtlinien durch den Gemeinschaftsgesetzgeber.....	74
aa) Ausschluss von Dienstleistungskonzessionen.....	74
bb) Verzicht auf umfassende Regelungen bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen.....	75
cc) Begrenzung des Anwendungsbereichs auf Vergaben oberhalb der Schwellenwerte.....	75
dd) Fazit.....	76
b) Verhältnis des sekundärrechtlichen Regelungsregimes zum primären Gemeinschaftsrecht.....	77
aa) Keine abschließende Regelung durch die Vergaberichtlinien.....	77
bb) Zur Anwendung der Grundfreiheiten.....	77

c) Zum grenzüberschreitenden Element im Rahmen der Grundfreiheitenkontrolle nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs.....	78
aa) Anwendung der Grundfreiheiten nur bei eindeutigem grenzüberschreitenden Interesse	78
(1) Zur spezifischen Ausformung des grenzüberschreitenden Elements im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe	78
(i) Maßgebende Faktoren für die Bestimmung eines eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses an der Vergabe	79
(ii) Differenzierende Rechtsprechung der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen und Unterschwellenvergaben	80
(iii) Prüfung der Faktoren durch den Auftraggeber	82
(iv) Nachweis des grenzüberschreitenden Interesses im Rahmen von Vertragsverletzungsverfahren durch die Kommission	82
(2) Kritische Bewertung einer solchen Typisierung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten	83
(i) Handhabbarkeit	83
(ii) Verhältnismäßigkeit	84
(3) Schlussfolgerungen	84
d) Anwendung der primärrechtlich begründeten Vorgaben	85
aa) Zum Bestimmtheitsgrad der primärrechtlich begründeten Verfahrensanforderungen	85
bb) Möglichkeit der Rechtfertigung einer nach den Grundfreiheiten grundsätzlich verbotenen Ungleichbehandlung	86
(1) Rechtfertigende „objektive Umstände“ nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs	86
(i) In-house-Kriterien	86
(ii) Grundsatz der Rechtssicherheit	87
(iii) Administrative Gründe	88
(iv) Würdigung	89
(2) Interkommunale Zusammenarbeit	89
(i) Zur den In-house-Kriterien im Rahmen der interkommunalen Zusammenarbeit	89
(ii) Zum Vorliegen einer öffentlichen Aufgabenübertragung	90
(3) Ausdrückliche im Vertrag normierte Rechtfertigungsgründe	92
(i) Art. 296, 297 EG	92
(ii) Art. 45 EG i.V.m. Art. 55 EG	93
(iii) Art. 46 i.V.m. Art. 55 EG	94
(iv) Art. 86 Abs. 2 EG	94
(4) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses	95
(5) Würdigung	96
e) Abschließende Bewertung und Ausblick	97
IV. Zur Mitteilung der Kommission zu Unterschwellenvergaben	98

1. Kernelemente der Mitteilung der Kommission zu Unterschwellevorgaben und anderen Vergaben, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen.....	99
a) Anwendungsbereich	99
b) Anforderungen an die Bekanntmachung	99
c) Anforderungen an die Auftragsvergabe	100
d) Anforderungen an den Rechtsschutz.....	100
e) Fazit	101
2. Klage der Bundesregierung gegen die Mitteilung	101
a) Zum Rechtsschutz gegen Mitteilungen	102
b) Einführung neuer Regelungen durch die Mitteilung der Kommission	103
aa) Auffassung der Politik	103
bb) Stellungnahme	104
cc) Fazit	105
C. Abschließende Würdigung.....	106

3. Kapitel Der Rechtsschutz in Deutschland unterhalb der Schwellenwerte ..	107
A. Einleitung	107
B. Gerichtlicher Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte	108
I. Bieterschützende Rechtspositionen	108
1. Bieterschützende Rechte im Einzelnen auf nationaler Ebene	108
a) Begriff des subjektiven Rechts	108
b) Verdingungsordnungen	109
c) Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung	110
d) Allgemeiner Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG	111
e) Berufsfreiheit, Art. 12 GG	113
f) Eigentumsfreiheit, Art. 14 GG	115
g) Würdigung	115
2. Bieterschützende Rechtspositionen aus dem Gemeinschaftsrecht	116
a) Zu den Rechten Einzelner nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs	116
b) Zu den Rechtspositionen im Einzelnen	117
c) Zur Einklagbarkeit subjektiver Rechte des Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht	118
II. Rechtsweg zur Durchsetzung eines Anspruchs	119
1. Öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Streitigkeit	119
2. Anwendung der Zwei-Stufen-Theorie	121
3. Folgen der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts	123
a) Aufspaltung des Rechtswegs	123
b) Prozessrechtliche Aspekte	124
4. Würdigung	126
III. Durchsetzung des gerichtlichen Rechtsschutzes vor den ordentlichen Gerichten	126
1. Primärrechtsschutz	127
a) Primärrechtsschutz des GWB	127
b) Rechtsschutz durch einstweilige Verfügungen unterhalb der Schwellenwerte	128
aa) Kritik in Rechtsprechung und Schrifttum	128
bb) Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung zum Primärrechtsschutz durch einstweilige Verfügungen	129
(1) Verfügungsanspruch	129
(2) Verfügungsgrund	132
c) Primärrechtsschutz im Wege der Nichtigkeitsklage nach § 134 oder § 138 BGB	132
d) Würdigung	132
2. Materielle Anspruchsgrundlagen im Wege des Sekundärrechtsschutzes	134
a) Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 3 BGB	134

aa) Haftungsvoraussetzungen	134
(1) Begründung eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses...	134
(2) Pflichtverletzung.....	135
(3) Vertretenmüssen des öffentlichen Auftraggebers.....	136
(4) Kausalität der Pflichtverletzung und Schaden.....	136
(5) Ersatzfähiger Schaden	137
bb) Schwächen des Schadensersatzanspruchs aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB	137
b) Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung.....	138
aa) § 823 Abs. 1 BGB	138
bb) § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz.....	138
cc) § 826 BGB	139
c) Schadensersatz wegen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht.....	139
aa) § 33 GWB	139
bb) UWG.....	140
d) Schadensersatz aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG.....	140
e) Schadensersatz aus gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch	141
aa) Anwendbarkeit.....	141
bb) Haftungsvoraussetzungen.....	142
f) Rechtliche Würdigung der bestehenden Anspruchsgrundlagen im Wege des Sekundärrechtsschutzes	143
3. Fazit zu den Rechtsschutzmöglichkeiten.....	143
C. Kritische Würdigung im Hinblick auf die verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben an einen effektiven Rechtsschutz	144
I. Kritische Würdigung im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben.....	145
1. Kritische Würdigung im Hinblick auf die Zweiteilung des Vergaberechts	145
a) Art. 3 GG	145
aa) Vergleichbare Sachverhalte	145
bb) Zur sog. Inländerdiskriminierung.....	146
cc) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	147
(1) Beschränkung auf ein Willkürverbot.....	147
(2) Stellungnahme	148
b) Art. 80 Abs. 1 GG	150
c) Fazit	151
2. Zur Verfassungsmäßigkeit der faktischen Beschränkung auf Sekundärrechtsschutz	151
a) Verfassungsrechtliche Vorgaben an den effektiven Rechtsschutz...	152
aa) Anwendung des Art. 19 Abs. 4 GG auf die staatliche Auftragsvergabe.....	152
(1) Auftragsvergabe als Akt öffentlicher Gewalt.....	152
(2) Subjektive Rechte der Bieter	154

bb) Verfassungsrechtlicher Rechtsschutzstandard des Art. 19 Abs. 4 GG	155
(1) Anspruch auf Benachrichtigung vor Vertragsschluss	156
(2) Zulässigkeit der Beschränkung auf Sekundärrechtsschutz	157
(i) Die Entscheidung des BVerfG v. 23.5.2006 – 1 BvR 2530/40 zur Bestellung eines Insolvenzverwalters	157
(ii) Entscheidung des BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03	158
Unterschiedlicher Prüfungsmaßstab bei Anwendung des Art. 19 Abs. 4 GG im Gegensatz zum allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch	159
Kritik an der Entscheidung des BVerfG zum Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte	160
(iii) Fazit	161
(3) Anforderungen an den Sekundärrechtsschutz	162
b) Fazit	163
II. Kritische Würdigung im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben	164
1. Gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an den effektiven Rechtsschutz	164
a) Rechtsschutzgebote des Primärrechts	164
aa) Allgemeiner Rechtsgrundsatz und Grundrecht des Gemeinschaftsrechts	164
bb) Mitgliedstaatliche Verpflichtung zur effektiven Durchführung von Gemeinschaftsrecht	165
cc) Verfahrensrechtliche Dimension der Grundfreiheiten	166
b) Bewertung der aktuellen Rechtslage gemessen an den Rechtsschutzgeboten	166
aa) Beschränkung auf Sekundärrechtsschutz	166
(1) Zur Zulässigkeit der Beschränkung auf Sekundärrechtsschutz	166
(i) Jüngere Rechtsprechung, insbesondere Rs. Unibet	167
(ii) Ausnahme im Bereich des Vergaberechts?	168
(2) Anforderungen an einen effektiven Sekundärrechtsschutz	168
(i) Rechtsprechung zum arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot	169
(ii) Zum Verschuldenserfordernis	170
(iii) Zur Beweislast	171
(3) Fazit	171
bb) Zum Effektivitätsprinzip	172
cc) Zum einstweiligen Rechtsschutz	174
dd) Würdigung	174
2. Rechtsschutzgebote der EMRK	175
D. Fazit	177

Schluss.....	179
Literaturverzeichnis.....	XXI