

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	27
Verzeichnis der abgekürzt zitierten Sekundärrechtsakte	35
Elektronische Fundstellen für Rechtstexte, Entscheidungen und Dokumente	39
Kapitel 1: Einleitung	43
A. Neues Rechtsgebiet – neues Spannungsfeld – neue Herausforderungen	43
B. Verbundstrukturen als theoretisch-analytischer Bezugsrahmen	46
C. Gang der Untersuchung	49
Teil 1: Das materielle europäische Vergabeprimärrecht	53
Einführung: Komplexität und Multidimensionalität des europäischen Vergabeprimärrechts	53
Kapitel 2: Grundfreiheitliches Vergabeprimärrecht	57
A. Grundfreiheiten als Kernelemente des europäischen Vergaberechts	57
B. Binnenmarktrelevanz als Anwendungsvoraussetzung	59
C. Grundmodell des Unionsvergabeverfahrensrechts	63
I. Grundlage und Hauptziele	63
II. Grundsatz der gleichen und nicht diskriminierenden Behandlung	64
III. Transparenzanforderungen	66
1. Zugang zu angemessenen Informationen über das Vergabeverfahren	66

2. Konkretisierung und Einhaltung der Transparenzanforderungen	67
3. Speziell: Transparenzgebot in Bezug auf die Zuschlagskriterien	69
D. Mitgliedstaaten als Verpflichtete des grundfreiheitlichen Vergaberegimes	71
I. Auftraggeberbegriff	71
1. Funktioneller Auftraggeberbegriff	71
2. Parallelität des Begriffsverständnisses im primären und sekundären EU-Vergaberecht	73
II. Bindungen und Gestaltungsspielräume	74
E. Ziel- und Schutzrichtung	76
I. Bieterinteresse	76
II. Unionsinteresse	78
III. »Reflexartiger« Schutz der Haushaltsinteressen der Mitgliedstaaten	80
F. Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes als Bestandteil der Grundfreiheiten	82
I. Rechtsweggebot	82
II. Gebot effektiven Primärrechtsschutzes	83
III. Vorwirkungen auf das Vergabeverfahren	85
1. Grundlegung	85
2. Mitteilungspflicht	85
3. Begründungspflicht	86
4. Angemessene, wenngleich verkürzte Stillhaltefrist	86
IV. Kein unbedingt notwendiger Primärrechtsschutz nach Vertragsschluss	88
G. Das Verhältnis von sekundärrechtlicher Harmonisierung und Vergabeprimärrecht	88
I. Geltung des Vergabeprimärrechts in nicht harmonisierten Bereichen	88
II. Bedeutung des Vergabeprimärrechts für harmonisierte Bereiche	89
1. Grundsatz: keine Sperrwirkung gegenüber dem Primärrecht	89
2. Ergänzende Anwendung des Primärrechts	91
3. Primärrechtskonforme Auslegung	91
III. Auswirkungen des Vergabesekundärrechts auf das Vergabeprimärrecht	92
1. Keine unmittelbare Übertragung auf das Vergabeprimärrecht	92
2. Als Bezugsrahmen zur Konkretisierung des Vergabeprimärrechts	93

Kapitel 3: Primärrechtliches Gewährleistungsvergaberecht	95
A. Von staatlicher Gewährleistungsverantwortung zum Gewährleistungsverbund	95
I. Staatliche Gewährleistungsverantwortung versus Autonomie des Unionsrechts	95
II. Verbundprinzip der normativen Permeabilität und Gewährleistungsverbund	97
B. Unionsrecht als Gewährleistungsvergaberecht	99
I. Gewährleistungsvergaberecht als Inhalts- und Perspektivenerweiterung des europäischen Vergaberechts	99
II. Der bisherige Forschungsstand	102
III. Vorüberlegungen für die nachfolgende Untersuchung	103
C. Rechtsquellen	105
I. Einführung: Charakterisierung und Kategorisierung	105
II. Geschriebene Rechtsquellen	106
1. Geschriebene Ausnahmetatbestände der Grundfreiheiten	106
2. Kodifizierte europäische Gemeinwohle als eigenständige grundfreiheitliche Schrankenategorie	109
a) Vorbemerkung	109
b) Bedeutung der Erweiterung des Zielkanons für die Marktintegration	110
III. Ungeschriebene Rechtsquellen	113
1. Hintergrund und Anliegen	113
2. Zwingende Erfordernisse des Unionsrechts	113
a) Rechtsquellencharakter	113
b) Methodik zur Rechtsgewinnung	114
c) Keine zwingenden Erfordernisse	116
d) Anerkannte zwingende Erfordernisse	117
e) Überlappungen von anerkannten und nicht anerkannten Gründen	118
f) Rechtfertigungskraft für mittelbare Diskriminierung	120
3. Allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts einschließlich der Grundrechte	121
a) Gewinnungsmethode	121
b) Leitbild einer Rechtsunion	122
aa) Allgemeine Rechtsgrundsätze als Fundament der EU als Rechtsunion	122
bb) Grundfreiheitliche Schrankenqualität	122
cc) Vorstellung einer rechtsstaatlich gebundenen Effektivität	123

dd) Zwischenergebnis	125
D. Nutzen, Funktionsweise und Eigenarten	125
I. Belange der Mitgliedstaaten an der Gemeinwohlsicherung	125
II. Interesse der Union	128
1. Vertragsziele als niedergelegtes Unionsinteresse	128
2. Volle Ausschöpfung der Möglichkeiten des Binnenmarktes	129
a) Die Symbiose zwischen EU und Mitgliedstaaten	129
b) Grundsatz der Beschaffungsautonomie und Nachfrageakzessorietät des Unionsvergaberechts	130
c) Optimale und Nachhaltige Ausschöpfung des Marktpotenzials mithilfe des Gewährleistungsvergaberechts	132
E. Systematisierung	133
I. Theoretische und methodische Grundlagen	133
1. Einheit und Kohärenz des Unionsrechts	133
2. Praktische Konkordanz des Unionsverfassungsrechts	134
a) Rechtes Gleichgewicht zwischen Grundfreiheiten und widerstreitenden Unionsverfassungsrechtsgütern	135
b) Vereinheitlichtes Rechtfertigungsregime und differenzierte Verhältnismäßigkeitsprüfung	138
3. Ebenenübergreifende Kohärenz des Rechts im europäischen Rechtsraum	139
II. Gemeinwohlverträglichkeit und Rechtsstaatsgebundenheit der Verwirklichung des Vergabebinnenmarktes	140
1. Verhältnismäßige Rücknahme der Geltungskraft des marktfreiheitlichen Vergaberechts	140
a) Ausdrückliche Rechtfertigungsgründe	140
b) Umwelt- und sozialpolitische Vertragsziele	142
aa) Gemeinwohlorientierter Wirtschaftlichkeitsbegriff	142
bb) Sozialer Flankenschutz bei der Auftragsausführung – Vergabemindestlöhne	144
c) Europäische Rechtsstaatlichkeit	146
2. Verhältnismäßige Reduktion der Rechtsdurchsetzungsmacht des marktfreiheitlichen Vergaberechts	147
a) Im Rahmen der zentralen Anwendungskontrolle	147
b) Im Rahmen der dezentralen Durchsetzungskontrolle	150
III. Substanzielle Ökologisierung und Sozialpolitisierung des binnenmarktlichen Vergaberechts	151
1. Bedeutung der Querschnittsklauseln für die Verwirklichung des Vergabebinnenmarkts	151

2. Umwelt- und sozialpolitische Querschnittsklauseln	152
3. Querschnittsklausel zur Funktionsgarantie öffentlicher Daseinsvorsorge	155
a) Besondere vergaberechtliche Relevanz	155
b) Funktionsgarantie für öffentliche Daseinsvorsorge als Unionsziel	155
c) Art. 14 S. 1 AEUV als Querschnittsklausel	156
d) Art. 14 S. 1 AEUV als Auslegungsmaßstab für das gesamte Unionsrecht	157
e) Konkretisierung der gemeinsamen Werte durch das Protokoll Nr. 26	160
IV. Grundlegende Aspekte der Dogmatik eines Gewährleistungsvergaberechts	162
1. Versorgungssicherheit	163
2. Kontinuitätsanspruch	164
3. Verwirklichung des Projekts	166
4. Befriedigung des Beschaffungsbedarfs	167
5. Qualitäts- und Ergebnissicherung privater Leistungserbringung – Eignungsprüfung	168
 Fazit und Ausblick	 171
 Teil 2: Unionsrechtliche Anforderungen an den nationalen Vergaberechtsschutz	 175
 Einführung: Marktintegration auf der Grundlage des effektiven rechtsstaatlichen Rechtsschutzes	 175
 Kapitel 4: Rechtsmittelrichtlinien	 179
A. Einleitung	179
B. Kompetenzrechtliche Rahmenbedingungen	180
I. Problemstellung und Problemzugang	180
II. Harmonisierung des Prozessrechts aufgrund der Binnenmarktkompetenz nach Art. 114 AEUV	184
1. Spezifika der Binnenmarktkompetenz	184
2. Binnenmarkterfordernisse im Bereich des Prozessrechts	186
a) Binnenmarktbeeinträchtigende Rechtsdisparitäten	186
b) Binnenmarktstörende Durchsetzungsdefizite	187

3. Kompetenzrechtliche Steuerung der Zielsetzung und Inhaltsrichtung der europäischen Prozessrechtsharmonisierung	190
a) Rechtsangleichung zur Beseitigung binnenmarktstörender Disparitäten	190
b) Mindestvorgaben zur Beseitigung der binnenmarktstörenden Durchsetzungsschwächen	192
C. Zielsetzung, Grundsätze und Charakteristika der RMRL	193
I. RMRL als Lösungsinstrumente für Binnenmarktprobleme	193
1. Binnenmarktstörungen mangels effektiver Vergabenachprüfungsverfahren	193
2. Binnenmarktfinalität der RMRL	194
a) Die RMRL erster Generation	194
b) Die Rechtsmittel-ÄnderungsRL 2007/66	195
II. Ziele der wirksamen und schnellen Nachprüfung	198
1. Verhältnis zum Unionsprimärrecht	198
2. Aufrechterhaltung und Verbesserung der dezentralen Durchsetzungskontrolle	200
3. Zwingende weite Eröffnung des Vergaberechtswegs	201
a) Weite Antragsbefugnis als Voraussetzung und Ausdruck der Wirksamkeit	201
b) Zulässigkeit weitergehenden Zugangs zu Nachprüfungsverfahren	203
4. Zwingende Einschaltung der funktionalen Unionsgerichte	204
5. Ermöglichung und Verstärkung des Primärrechtsschutzes	205
6. Vorrang des vorvertraglichen Rechtsschutzes	206
a) Anerkennung und Relativierung des Grundsatzes <i>pacta sunt servanda</i>	206
b) Größere Gefahr der Schaffung vollendeter Tatsachen nach Vertragsschluss	208
7. Vorwirkungen auf das Vergabeverfahren	209
a) Unterwerfung des Auftraggebers unter das Gebot effektiven Rechtsschutzes	209
b) Transparenz und Entschleunigung der Auftragsvergabe	210
c) Vereitelungsverbot	211
8. Schnelligkeit der Nachprüfung	212
a) Raschheit als Bestandteil und Ausprägung des Wirksamkeitsgebots	212
b) Speziell: schnellstmöglicher gerichtlicher Eilrechtsschutz	214
c) Unmittelbare und eigenständige Nachprüfbarkeit	215
d) Rügeobliegenheit, Selbstkontrolle und Schutzvorkehrungen	217

aa) Schranken-Schranken des Gebots einer raschen Nachprüfung	217
bb) Unberührtheit der Stillhalte- oder Nachprüfungsfrist von Rüge- und Hinweisobliegenheit	217
cc) Automatischer Suspensiveffekt bei obligatorischer Selbstkontrolle des Auftraggebers	219
dd) Unterscheidungsgebot zwischen Rügeobliegenheit und Selbstkontrolle	221
e) Kollision und Abwägung zwischen Zielen der Wirksamkeit und Schnelligkeit?	221
III. Wahrung des Grundsatzes der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten	224
1. Fragmentarischer Charakter	224
2. Mindestharmonisierung	226
a) Weitergehende Gewährleistungen	226
b) Weniger strenge Beschränkungen	227
3. Kooperativ-zweistufige Implementationsstruktur	229
4. Fazit	230
IV. Materielle Akzessorietät	230
1. Weite Auslegung des Begriffs der nachprüfaren Entscheidungen	231
2. Transformation vom materiellen Vergaberecht zum Vergabeprozessrecht	232
a) Wahrung der Vertraulichkeit im Nachprüfungsverfahren	233
b) Klare Beweislastverteilung für die Parteilichkeit eines Sachverständigen	235
D. Verbesserung des Primärrechtsschutzes gegen Zuschlagsentscheidungen	237
I. Einführung	237
II. Das vorvertragliche Sicherungsinstrumentarium	237
1. Transparenz der Zuschlagsentscheidung und Aussetzung des Vertragsschlusses	238
a) Informations- und Stillhaltepflicht	239
b) Überbrückender automatischer Suspensiveffekt	240
aa) Bedeutung und Zielsetzung	240
bb) Eigenständigkeit der beiden gesetzlichen Sicherungsmittel	242
2. Transparenz der Direktvergabeentscheidung und Aussetzung des Vertragsschlusses	242
a) Freiwillige Ex-ante-Transparenz und Stillhaltefrist	242
b) Überbrückender automatischer Suspensiveffekt	244

3. Als Geltungsvoraussetzung für den Grundsatz <i>pacta sunt servanda</i>	244
III. Das nachvertragliche Sanktionsinstrumentarium	245
1. Zweck und Systemstellung der Vertragsunwirksamkeit	245
a) Türöffnerfunktion für den vergaberechtlichen Primärrechtsschutz	245
b) Mittel zur Wiederherstellung eines transparenten und fairen Wettbewerbs	246
c) Anreiz- und Abschreckungsfunktion	247
2. Gründe für die Unwirksamkeit des Vertrags	248
a) Zwingende Unwirksamkeitsgründe	248
b) Bloße Verstöße gegen rechtsschutzsichernde Vorkehrungen als fakultative Unwirksamkeitsgründe?	249
c) Ausnahme von der Unwirksamkeit	251
3. Gebot einer wirksamen und raschen nachvertraglichen Nachprüfung	253
4. Gebot wirksamen und schnellstmöglichen Eilrechtsschutzes	254
5. Folgen der Unwirksamkeitserklärung	256
a) Beschränkte Wahlfreiheit zwischen Ex-tunc- und Ex-nunc-Wirkung	256
b) Zulässigkeit einer schlichten Ex-tunc-Aufhebung einschließlich der Wertersatzhaftung des Auftraggebers?	256
aa) Fragestellung	256
bb) Keine Richtlinienkonformität der schlichte Ex-tunc-Lösung	257
6. Gemeinwohlverträglichkeit der Unwirksamkeitssanktion	260
a) Absehen von der Unwirksamkeitserklärung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses	260
b) Ausklammern rein wirtschaftlicher Interessen	261
7. Alternative Sanktionen	262
a) Einsatzfelder und Unausweichlichkeit	262
b) Wirksamkeit, Verhältnismäßigkeit und Abschreckung	263
E. Gerichtlicher vorläufiger Rechtsschutz	264
I. Aufgaben des gerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes im System der RMRL	264
1. Perfektionierung der nahtlosen Geltung des Vertragsschlussverbots	264
2. Sicherstellung eines lückenlosen Eilrechtsschutzes	265
II. Voraussetzungen für das Absehen von vorläufigen Maßnahmen	266
1. Dogmatische Bedeutung der gewählten Regelungstechnik	266
2. Erfolgsaussichten	266
3. Interessenabwägung	267

F. Der Sekundärrechtsschutz	268
I. Niedriger Stellenwert – von Natur aus und aus Kompetenzgründen	268
II. Gebot des wirksamen und raschen Sekundärrechtsschutzes	269
G. Ausschlussfristen für Vergabenachprüfungsverfahren	272
I. Rechtssicherheit im Vergabeprozessrecht	272
1. Rechtssicherheit als Schranke für das Effektivitätsgebot	272
2. Rechtssicherheitsanforderungen als Schranken-Schranken	272
II. Ausschlussfristen als autonomer Begriff des Unionsrechts	273
III. Angemessenheit der Fristlänge	274
1. Allgemeines	274
2. Zulässigkeit kurzer Ausschlussfristen für den vergaberechtlichen Primärrechtsschutz	275
3. Keine kurze Ausschlussfrist für vergaberechtliche Schadensersatzklagen	276
IV. Klarheit und Vorhersehbarkeit der Fristlänge	277
1. Sinn, Zweck und Stellenwert	277
2. Klarheit und Vorhersehbarkeit des Fristbeginns	277
a) Fristauslösung durch Kenntnis oder Kennenmüssen von Vergaberechtswidrigkeit	278
b) Fristauslösung durch ordnungsgemäße Transparenz	279
aa) Sachliche Nachvollziehbarkeit	279
bb) Das abgestufte Fristen- und Anreizsystem	280
3. Klarheit und Vorhersehbarkeit des Fristendes	281
Fazit und Ausblick	283
Teil 3: Europäisierung des deutschen Vergabeprozessrechts	285
Einführung: Europäisierung als Verrechtsstaatlichung des öffentlichen Beschaffungswesens	285
Kapitel 5: Deutschland auf dem Weg zum effektiven Vergaberechtsschutz	287
A. Einleitung	287
B. Unionsrechtsbedingte Verselbstständigung des deutschen Vergaberechts	287
I. Paradigmenwechsel	287

II. Unionsrecht als Weiterentwicklungsschub	289
C. Charakteristika des materiellen Kartellvergaberechts	292
I. Wettbewerbsorientierung und Subjektivierung	292
II. Nachfrageakzessorietät des Vergaberechts	293
III. Klarstellungs- und Benennungsfunktion des § 97 Abs. 6 GWB	295
D. Spezifika des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes	298
I. Bedeutung des Vergabeprimärrechtsschutzes im pluralisierten europäischen Rechtsraum	298
II. Subjektiv-bieterbezogene Ausgestaltung des Nachprüfungsverfahrens	299
1. Antragsgrundsatz	300
a) Antragserfordernis	300
b) Antragsbefugnis	301
2. Keine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle	304
a) Amtsermittlungs- und Amtskorrekturprinzip	305
b) Rechtmäßigkeitskontrolle nur innerhalb des subjektiven Rechtsschutzziels	306
aa) Feststellung der subjektiven Rechtsverletzung	306
bb) Feststellung einer mindestens nicht ausschließbaren Beeinträchtigung der Zuschlagschancen	307
cc) Verbot der reformatio in peius	309
III. Gerichtsähnlicher und gerichtlicher Rechtsschutz	309
1. VK als gerichtsähnliche Eingangsinstanz	310
a) Organisatorisch in der Exekutive angesiedelt	310
b) Funktionell als Unionsgericht agierend	311
c) Vorlageunfreudigkeit deutscher VKn	312
d) Bundesdruckerei-Vorlage als erster Durchbruch	314
2. OLG-Vergabesenat als echte Gerichtsinstanz des nationalen Rechts	317
IV. Grundsatz des fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens	318
1. Unionsrechtliche Vorgaben	318
a) Unterwerfung des innerstaatlichen Nachprüfungsverfahrens unter die europäische Rechtsstaatlichkeit	318
b) Rechtsstaatliche Verfahrensgarantien des Unionsrechts im Umriss	319
c) Modifikationen zur Bewältigung des multipolaren Konflikts	321
aa) Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit	321
bb) Gebot des prozessualen Geheimnisschutzes	322

cc) In-camera-Verwertung als unionsrechtliches Instrument zur Lösung des rechtsstaatlichen Insiehkonflikts	322
d) Vervollständigung, Konkretisierung und Ausfüllung durch nationale Akteure	325
2. Verfassungsrechtliche Vorgaben	326
a) Unterschiedliche Grundlagen für das Vergabekammer- und Beschwerdeverfahren	327
b) Verlust der Maßstabfunktion	327
aa) Grundsätzlich zwingende mündliche Verhandlung	328
bb) Das Gebot der gerichtlichen In-camera-Verwertung	328
3. Vergabenachprüfung in einem fairen, kontradiktorischen Verfahren	329
a) Grundsätzlich unbeschränktes Akteneinsichtsrecht	330
aa) Sinn und Zweck	330
bb) Akzessorietät der Akteneinsicht	331
cc) Keine Beschränkung auf den Rügegegenstand	332
b) Grundsatz der Mündlichkeit	334
c) Mechanismus zur Bewältigung informationsbasierter Konflikte	335
aa) Pflicht des Auftraggebers zur Vorlage der Vergabeakten	336
bb) Ablehnung der Akteneinsicht zur Wahrung des Geheimhaltungsinteresses	338
cc) In-camera-Verwertung geheim gehaltener Informationen	345
E. Das vorvertragliche Nachprüfungsverfahren	351
I. Primärrechtsschutz im laufenden Vergabeverfahren	351
1. Vergabeverfahren als notwendiges Fundament des Vergaberechtsschutzes	351
2. Materieller Begriff des Vergabeverfahrens	353
3. Kein vorbeugender Vergaberechtsschutz	355
a) Vergaberechtsschutz als nachträglicher, repressiver Rechtsschutz	355
b) Systementscheidung für vorbeugenden Rechtsschutz wegen Unaufhebbarkeit des Vertragsschlusses?	356
c) Rechtsschutz gegen bevorstehende De-facto-Vergaben als vorbeugender Rechtsschutz?	357
II. Maßnahmen zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens	359
1. Umfassende, den Auftraggeber verpflichtende Kompetenz	359
2. Vorbehalt fortbestehender Vergabeabsicht	361

3. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	362
III. Wirksamer Zuschlag als rechtlich vollendete Tatsache	364
IV. Nahtlose Geltung des Zuschlagsverbots als fester Bestandteil des vorvertraglichen Vergaberechtsschutzes	365
1. Unionsrechtliche Vorgaben	365
2. Schwächen und Vorzüge der Zuschlagsverbote im deutschen Vergaberecht	367
a) Zuschlagsverbotslücke im Schnittstellenbereich zwischen § 134 Abs. 2 und § 169 Abs. 1 GWB	367
aa) Stillhaltefrist als vorprozessuales, befristetes Zuschlagsverbot	367
bb) Kein automatischer Suspensiveffekt des Nachprüfungsantrags auf die Zuschlagserteilung	369
cc) Suspensionsautomatik nach Art. 2 Abs. 3 RMRL	370
dd) Zuschlagsverbots- und Rechtsschutzlücke	372
ee) Notwendigkeit eines überbrückenden, automatischen Zuschlagsverbots	375
ff) Unmittelbare Wirkung von Art. 2 Abs. 3 RMRL	377
b) Effektiver Eilrechtsschutz durch ein einheitliches prozessuales Zuschlagsverbot	378
aa) Konzept des einheitlichen prozessualen Zuschlagsverbots nach § 169 Abs. 1 GWB	378
bb) Fortgeltung des Zuschlagsverbots für die Dauer des Beschwerdeverfahrens	380
F. Das nachvertragliche Nachprüfungsverfahren	390
I. EU-Vorgaben und deutsche Umsetzung	390
1. Wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen gegen schwerwiegende Vergaberechtsverstöße	390
2. Bisherige Nichtigkeitssanktion zwischen Überschuss und Mangel	392
3. Feststellung der anfänglichen Unwirksamkeit in einem Nachprüfungsverfahren	394
a) Nachvertragliches Nachprüfungsverfahren als Instrument des Primärrechtsschutzes	394
b) Prozessuale Anfechtbarkeit und Aufhebbarkeit als schwebende Wirksamkeit	396
c) Uniforme anfängliche Unwirksamkeit als Minimallösung	399
II. § 135 Abs. 1 GWB im Rechtsschutzsystem des Kartellvergaberechts	399
1. Funktion und Bedeutung des § 135 Abs. 1 GWB	400
a) Keine isolierte Unwirksamkeitsfeststellungsklage	400
b) Vergabeprozessualer Türöffner	400

c) Funktionale Akzessorietät	402
2. Keine Verdrängung des Rechtsschutzes gegen beabsichtigte Direktvergaben	403
III. Besonderheiten der Zulässigkeit des nachvertraglichen Nachprüfungsverfahrens	405
1. Statthaftigkeit trotz eines wirksam erteilten Zuschlags	406
2. Vertragsanfechtungsbefugnis, Antragsbefugnis	408
a) Drittanfechtungsbefugnis	408
b) Notwendigkeit der Antragsbefugnis	408
c) Fälle des § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB	409
d) Fälle des § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB	410
3. Rügeobliegenheit	411
a) Keine Rügeerhebung nach Zuschlagserteilung	411
b) Keine Rügeobliegenheit bei einem Antrag nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB	412
aa) Rügeobliegenheit aktiver Teilnehmer der De-facto-Vergabe trotz § 107 Abs. 3 S. 2 GWB a.F. (h.M.)	413
bb) Keine Rügeobliegenheit bei allen De-facto-Vergaben	414
c) Fragen der Rügeobliegenheit bei einem Antrag nach § 135 Abs. 1 Nr. 1. GWB	416
4. Ausschlussfristen zur Geltendmachung der Vertragsunwirksamkeit	418
a) Allgemeines	418
aa) Normzweck	418
bb) Rechtsnatur	418
cc) Überblick über den Regelungsinhalt	420
b) Die absolute Sechsmonatsfrist nach Vertragsschluss	421
c) Zwei jeweils auf 30 Kalendertage verkürzte Fristen	422
aa) Fristverkürzung als »goldene Brücke« zur Wiederherstellung der Transparenz	422
bb) Information über den Vertragsschluss und Nachholung der Bieterinformation	423
cc) Bekanntmachung und Begründung der erfolgten freihändigen Vergabe im Amtsblatt der EU	425
d) Kein Platz für eine subjektive Ausschlussfrist?	428
e) Zwischenfazit	430
IV. Entscheidungsbefugnis der Nachprüfungsinstanzen	431
1. Vertragsaufhebung als Türöffner für den Handlungsspielraum der Nachprüfungsinstanzen	432
a) Türöffnerfunktion und Gestaltungswirkung der Unwirksamkeitsfeststellung	432

b) Keine Vertragsaufhebung bei einem bloßen Verstoß gegen § 134 GWB	433
2. Maßnahmen zur Wiederherstellung eines fairen und transparenten Vergabewettbewerbs	435
3. Aufhebung <i>ex nunc</i> wegen unwiderruflicher Bedarfsbefriedigung	437
a) Unwiederbringliche Befriedigung des Beschaffungsbedarfs als faktisch vollendete Tatsachen	437
b) Teilweise Erledigung des innerstaatlichen Nachprüfungsverfahrens	438
c) Reduzierung der mitgliedstaatlichen Wahlfreiheit	440
4. Aufhebung <i>pro futuro</i> als gemeinwohlverträgliche Überbrückungslösung	441
a) Interimistische Fortführung eines für unwirksam zu erklärenden Vertrags als notwendiges Krisenmanagement	441
aa) Dringlichkeitsvergabe als vergaberechtliches Krisenbewältigungsregime	441
bb) Transformation von der Dringlichkeitsvergabe zur Nicht- oder Teilaufhebung des Vertrags	443
b) Schwächen der materiellrechtlichen Lösung	444
c) Gesetzgeberischer Handlungsbedarf	446
V. Der nachvertragliche Eilrechtsschutz	447
1. Das Gebot eines effektiven und möglichst raschen nachvertraglichen Eilrechtsschutzes	447
2. Untauglichkeit des Zuschlagsverbots zur Verhinderung faktisch vollendeter Tatsachen	448
3. Fehlender Eilrechtsschutz als Fluchtweg aus der Unwirksamkeitssanktion	450
4. Unionsrechtskonforme Auslegung und Anwendung des § 169 Abs. 3 GWB	451
5. Exkurs: Eilrechtsschutz gegen einen entgegen dem prozessualen Zuschlagsverbot abgeschlossenen Vertrag	454
VI. Zwischenfazit	454
 Kapitel 6: Beschleunigungsgebot in rechtsstaatlicher Gebundenheit	 457
A. Beschleunigungsgebot im Kontext des europäisierten Vergaberechtsschutzes	457
I. Hintergrund und Zweck	457
1. Blockademacht des Nachprüfungsverfahrens	457
2. Rascher Abschluss des Vergabeverfahrens als Schutzgut	458

II. Systematik der rechtsstaatlichen Gebundenheit des Beschleunigungsgebots	459
1. Eingriff in den effektiven Vergaberechtsschutz	459
2. Schranken	459
a) Unzulässige Schranken	459
b) Zulässige Schranken	460
3. Schranken-Schranken	461
III. Forschungsinteresse	461
B. Ausschließliche Rechtswegzuweisung an einen zweistufigen Instanzenzug	462
C. Ausschlussfristen für die Rechtsverfolgung	464
I. Allgemeines	464
1. Rechtsnatur und Wirkung	465
a) Fristwahrung als Zulässigkeitsvoraussetzung für den Nachprüfungsantrag	465
aa) Rügefristen als prozessuale Präklusionsfristen	465
bb) Zugangsvoraussetzung, vorprozessuale Rügeobliegenheit	469
cc) Nachprüfungsfrist	470
b) Teilunzulässigkeit	470
c) Einschränkung der Amtsermittlungs- und Anordnungsbefugnis der Nachprüfungsinstanzen	471
aa) Grundsatz	471
bb) Ausnahme und ihre Voraussetzungen	472
2. Ausschlussfristen in rechtsstaatlicher Gebundenheit	473
a) Geltung rechtsstaatlicher Erfordernisse	473
aa) Rechtfertigungsbedürftigkeit der Ausschlussfristen	473
bb) Einheitliche Unterwerfung unter die rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien	474
b) Ausnahmecharakter der Ausschlussregelungen	475
aa) Grundsatz einer engen Auslegung	475
bb) Analogieverbot	476
II. Allgemeine Rügeobliegenheit	478
1. Grundlagen, Sinn und Zweck der Rügeobliegenheit	478
2. Positive Kenntnis als Anknüpfungspunkt für den Beginn der Rügefrist	481
3. Von der unverzüglichen Rüge zur 10-kalendertägigen Rügefrist	483
a) Elastische und einzelfallbezogene Rügefrist	483
b) Unionsrechtswidrigkeit des Erfordernisses der unverzüglichen Rüge	484

4. Keine Wartepflicht des Rügenden mit der Stellung des Nachprüfungsantrags	487
a) Einführung	487
b) Gegenmeinung: Umwandlung der Rügeobliegenheit in eine obligatorische Selbstkontrolle des Auftraggebers	488
c) Kein Raum für eine teleologische Extension	489
d) Keine Auferlegung der Wartepflicht ohne gesetzliche Grundlage	491
e) Automatischer Suspensiveffekt bei obligatorischer Selbstkontrolle des Auftraggebers	492
III. Prüfungs- und Rügeobliegenheiten hinsichtlich Vergabebekanntmachung und Vergabeunterlagen	493
1. Prüfungsobliegenheiten als eigenständige Zulässigkeitschürden	493
2. Sinn der Prüfungsobliegenheiten und ihr Zusammenwirken mit den Rügeobliegenheiten	494
3. Unionsrechtlich legitime Grundlage der Prüfungsobliegenheiten	495
a) Eigenes Rechtfertigungsbedürfnis der Prüfungsobliegenheiten	495
b) Keine EuGH-Vorlage trotz Anregungen von rechtsuchenden Bietern	496
c) Gegenseitigkeitstheorie	498
4. Zulässige Reichweite der Prüfungsobliegenheiten	498
5. Objektivierter Sorgfaltsmaßstab für die Prüfungsobliegenheiten	501
a) Festlegung auf einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter	501
b) Komponenten und Bedeutung der Erkennbarkeit	503
IV. Nachprüfungsfrist von 15 Kalendertagen nach Eingang der Nichtabhilfemitteilung	504
1. Entstehungshintergrund und Ziel	504
2. Die Voraussetzungen im Einzelnen	505
a) Vorangegangene Rüge	505
b) Nichtabhilfemitteilung	507
c) Hinweis auf die Rechtsbehelfsfrist in der Bekanntmachung	508
D. Beschleunigung und Straffung des Nachprüfungsverfahrens	509
I. Fristgebundenheit der Vergabekammerentscheidung	509
1. Fünf-Wochen-Regelfrist	509
2. Fristverlängerung	509
3. Gesetzliche Ablehnungsfiktion	511

4. Entfallen der Fristgebundenheit im Fortsetzungsfeststellungsverfahren	512
II. Der eingeschränkte Amtsermittlungsgrundsatz	512
III. Konzentrationsgebot und schriftliches Verfahren	514
1. Konzentrations- und Beschleunigungsgebot	514
2. Entscheidung im schriftlichen Verfahren	514
3. Rechtsstaatliche Gebundenheit des schriftlichen Verfahrens	515
a) Verwertungsverbot	516
b) Anhörungserfordernis und Überraschungsverbot	517
aa) Anhörungserfordernis als Kristallisationspunkt des Verständnisses des Grundrechts auf rechtliches Gehör	517
bb) Notwendiger Inhalt der Anhörungsmitteilung	519
IV. Verfahrensförderungspflichten der Beteiligten	521
1. Begründungs- und Darlegungslast des Antragstellers	521
2. Mitwirkungspflicht der Beteiligten bei der Sachverhaltsaufklärung	524
3. Behandlung des entgegen der allgemeinen Verfahrensförderungspflichten verspäteten Vorbringens	526
a) Präklusion ohne ausdrückliche Präklusionsregeln (h.M.)	526
b) Rechtsstaatliche Behandlung allgemein nicht rechtzeitigen Vorbringens	527
aa) Keine Präklusion ohne gesetzliche Grundlage	527
bb) Gewährung der Schriftsatzfrist und ihre Alternativen	529
c) Möglicher Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung wegen nachgereichter Schriftsätze	530
d) Verlängerung der Entscheidungsfrist	531
e) Unzulässige und kontraproduktive Beschleunigung	531
4. Fristsetzung, innerprozessuale Präklusion	532
a) Sinn und Zweck	532
b) Rechtsstaatliche Gebundenheit	532
c) Entscheidungsfrist als maßgeblicher Ermessensmaßstab für Zurückweisung	533
V. Beschleunigtes Beschwerdeverfahren	534
1. Vorbemerkung	534
2. Sofortige Beschwerde	535
3. Weitere Beschleunigungselemente des Beschwerdeverfahrens	536
a) Mündlichkeit und Schriftlichkeit	536
b) Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung	537
4. Zweck und Prüfungsumfang des Beschwerdeverfahrens	538
a) Zweck der sofortigen Beschwerde	538
b) Beschwerdegericht als volle Tatsacheninstanz	538

c) Devolutiveffekt des Beschwerdeverfahrens	541
5. Beschwerdeentscheidung	542
a) Alternative zwischen Sachentscheidung und Zurückverweisung	542
b) Eigene Sachentscheidung des Beschwerdegerichts	543
E. Freigabeverfahren zur Überwindung des prozessualen Zuschlagsverbots	544
I. Verortung und Systematisierung	544
1. Grundsätzliche Verteilung von nachprüfungsbedingten Verzögerungsrisiken	544
2. Anliegen und Bedeutung der Zuschlagsfreigabeverfahren	545
3. Das zweistufige Prüfungsmodell	547
II. Zuschlagsfreigabe bei offensichtlich aussichtslosen Nachprüfungsanträgen	548
1. Funktion und System	548
2. Nichtauslösung des prozessualen Zuschlagsverbots im Rahmen der Eingangsprüfung	549
a) Beschleunigungsfunktion der Eingangsprüfung	549
b) Summarische Offensichtlichkeitsprüfung	551
3. Vorabgestattung des Zuschlags im Verfahren vor der VK	552
a) Vorabgestattungsverfahren mit einem speziellen eigenständigen Rechtsmittelsystem	552
b) Zuschlagsgestattung bei offensichtlich aussichtslosem Nachprüfungsantrag	553
aa) Grundsätzliche Maßgeblichkeit der Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags	553
bb) Auslegung des § 115 Abs. 2 GWB ursprünglicher Fassung	554
cc) Auslegung des § 169 Abs. 2 S. 3 und 4 GWB heutiger Fassung	554
4. Ablehnung der Verlängerung des Zuschlagsverbots im Beschwerdeverfahren	557
a) Ablehnung des Verlängerungsantrags als Zuschlagsfreigabe	557
b) Ablehnung des Verlängerungsantrags wegen offensichtlich aussichtsloser Beschwerde	557
5. Vorabgestattung des Zuschlags im Beschwerdeverfahren	559
III. Überwindung des Zuschlagsverbots wegen überwiegenden Beschleunigungsinteresses	560
1. Interessenabwägung als Konfliktlösungsmechanismus	560
a) Das gesetzliche Abwägungsprogramm	560

b) Zuschlagsfreigabe als Dringlichkeitsvergabe prozessualer Art	562
2. Unionsrechtskonforme Ausfüllung und Auslegung des nationalgesetzlichen Abwägungsprogramms	564
a) Rechtsdogmatische Prämissen	564
b) Das unionsprimärrechtliche Abwägungsprogramm	565
c) System unionsrechtlich dirigierten Abwägungsvorgangs	567
aa) Ermittlung abwägungsrelevanter Beschleunigungsinteressen	568
bb) Abwägung zwischen Rechtsdurchsetzungs- und Beschleunigungsinteresse	581
IV. Ergebnis	584
 Fazit und Ausblick	 587
 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	 589
Zu Kapitel 1	589
Zu Kapitel 2	589
Zu Kapitel 3	590
Zu Kapitel 4	591
Zu Kapitel 5	594
Zu Kapitel 6	596
 Literaturverzeichnis	 599
 Verzeichnis der Dokumente der Europäischen Kommission	 625