

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. Problemaufriss.....	1
B. Gang der Untersuchung	4
1. Kapitel Das Vergaberecht zwischen nationalem Recht und Europarecht.....	7
A. Die Rechtsgrundlagen des Vergaberechts	7
I. Die unionsrechtlichen Grundlagen des Vergaberechts	8
1) Die Grundfreiheiten des AEUV	8
2) Die europäischen Richtlinien	11
a) Die Rechtsverbindlichkeit der europäischen Richtlinien	11
b) Die bedeutendsten Richtlinien zur Auftragsvergabe	13
aa) Die Richtlinien bis 2014	13
bb) Die Reform von 2014.....	14
II. Die Ausgestaltung des deutschen Vergaberechts	17
1) Die „Kaskade“ der Rechtsgrundlagen im Vergaberecht.....	17
2) Das deutsche Vergaberecht: reines Umsetzungsrecht	20
B. Die Grundprinzipien des Vergaberechts.....	21
I. Das Wettbewerbsprinzip	22
II. Der Transparenzgrundsatz	24
III. Das Gleichbehandlungsgebot.....	26
2. Kapitel Die ausschreibungspflichtige Vertragsänderung als Kündigungsgrund	29
A. Die Annahme einer wesentlichen Vertragsänderung vor Inkrafttreten des § 132 GWB	30
I. Die Rechtsprechung des EuGH.....	30
1) „pressetext“	30
2) „Wall“.....	32
3) „Finn Frogne“.....	33
II. Die nationale Rechtsprechung und Literatur	34
B. Die Änderungstatbestände des § 132 GWB.....	36
I. Die ausschreibungspflichtigen Vertragsänderungen.....	36
1) Der Grundsatz des § 132 Abs. 1 Satz 1 und 2 GWB	37
2) Die Regelbeispiele des § 132 Abs. 1 Satz 3 GWB	40
a) Bedingungen mit Einfluss auf den Bieterwettbewerb (Nr. 1)	40

aa)	Die Einführung von Bedingungen, welche die Zulassung anderer Bewerber oder Bieter ermöglicht hätten.....	40
bb)	Die Einführung von Bedingungen, welche die Annahme eines anderen Angebots ermöglicht hätten.....	43
cc)	Die Einführung von Bedingungen, die das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätten.....	44
b)	Verschiebung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zugunsten des Auftragnehmers (Nr. 2)	45
c)	Erhebliche Ausweitung des Auftragsumfangs (Nr. 3).....	48
aa)	Vertragsverlängerungen	48
bb)	Zusätzliche Leistungen.....	54
d)	Wechsel des Auftragnehmers (Nr. 4)	56
II.	Die ausschreibungsfreien Vertragsänderungen.....	56
1)	Überprüfungsklauseln oder Optionen im Vertrag.....	58
2)	Zusätzlich erforderliche Leistungen.....	67
3)	Der Eintritt nicht vorhergesehener Umstände.....	74
4)	Der zulässige Auftragnehmerwechsel.....	77
a)	Überprüfungsklauseln (lit. a)).....	77
b)	Umstrukturierungen (lit. b)).....	79
c)	„Selbsteintritt“ des Auftraggebers (lit. c))	85
5)	Die De-Minimis-Regelung.....	86
III.	Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	88
3. Kapitel	Die Ausgestaltung des Kündigungsrechtes.....	91
A.	Der Anlass für die Schaffung des Kündigungstatbestandes	91
I.	Die Unwirksamkeit von De-facto-Vergaben	92
1)	Die unionsrechtliche Vorgabe.....	92
2)	Die nationale Umsetzung	93
a)	Die Unwirksamkeit nach § 101 b GWB a.F.	93
b)	Die Nichtigkeit nach § 138 BGB und 134 BGB.....	94
II.	Die Schaffung des § 133 Abs. 1 GWB	96
1)	Die unionsrechtliche Vorgabe.....	96
2)	Die nationale Umsetzung	97
a)	Anlehnung an den Grundsatz der clausula rebus sic stantibus	97
b)	Die Europarechtskonformität als Grund für die Gesetzesänderung	98

B.	Einseitige schuldrechtliche Handlungsoption.....	99
I.	Kündigungsrecht oder Kündigungspflicht?	100
1)	Rechtsprechung des EuGH zum Umgang mit rechtswidrigen De-facto-Vergaben.....	102
2)	Vertragliche Handlungsspielräume von öffentlichen Auftraggebern	105
a)	Vergaberechtliche Entscheidungen im Lichte der Privatautonomie	105
b)	Die vergaberechtliche Überlagerung der Vertragsfreiheit.....	109
c)	Schlussfolgerungen für die Kündigungentscheidung des Auftraggebers.....	109
3)	Möglichkeit des Absehens von einer Kündigung	110
4)	Ausnahmen von der Kündigungspflicht	112
a)	Möglichkeit einer mildernden Beendigungsform.....	112
b)	Geringe Restlaufzeit des geänderten Auftrags	113
c)	Besonderes öffentliches Interesse an termingerechter Fertigstellung	115
d)	Unterbrechung notwendiger Dienstleistungen	115
5)	Zusammenfassung	116
II.	Der Schutz von Konkurrenten.....	117
1)	Ein Anspruch auf Kündigung?.....	117
a)	Kein bieterschützender Charakter des § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB	117
b)	Die Nichtausschreibung einer wesentlichen Vertragsänderung als nachprüfbarer Vergabeverstoß	122
2)	Der Antrag gemäß § 135 GWB.....	124
3)	Beschwerde bei der Kommission.....	126
4)	Zusammenfassung	126
C.	Die Reichweite des Kündigungsrechtes.....	126
I.	Die Reichweite in rechtlicher Hinsicht	127
1)	Die Auswirkungen der Kündigung auf das bestehende Schuldverhältnis.....	127
2)	Kein genereller Ausschluss der Kündigung gemäß § 242 BGB...132	
a)	Die Anwendbarkeit des § 242 BGB auf § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB	132
b)	Die Grenze zu einer treuwidrigen Kündigung.....	133

II.	Die Reichweite in zeitlicher Hinsicht	135
1)	Die von § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB erfassten Fälle.....	135
2)	Ein Kündigungsrecht „auf Vorrat“?	136
	a) Das Fehlen einer gesetzlichen Kündigungsfrist	136
	b) Zeitliche Einschränkung des Kündigungsrechts.....	137
III.	Rechtsmittel des Auftragnehmers gegen eine Kündigung.....	140
D.	Die Schaffung gleichwertiger Kündigungsvoraussetzungen bei De-facto-Vergaben.....	141
4. Kapitel	Ansprüche nach einer Kündigung.....	147
A.	Der Vergütungsanspruch.....	147
I.	Der beschränkte Vergütungsanspruch gemäß § 133 Abs. 2 Satz 1 GWB	147
1)	Die Vergütungsregelungen des nationalen Schuldrechts.....	148
	a) Die Vergütungsregel nach einer „freien“ Kündigung	148
	b) Die Vergütungsregel nach einer Kündigung aus wichtigem Grund	149
2)	Die Entscheidung des nationalen Gesetzgebers für einen eingeschränkten Vergütungsanspruch	151
II.	Mögliche Abweichungen durch vertragliche Regelungen.....	155
1)	Abweichende Vergütungsregelung durch Einbeziehung der VOB/B	155
2)	Abweichende Vergütungsregelung durch Vertragsgestaltung	156
B.	Schadensersatzansprüche	157
I.	Schadensersatzansprüche des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber	157
1)	Schadensersatzanspruch nach einer rechtswidrigen Kündigung ..	158
2)	Schadensersatzansprüche nach einer rechtmäßigen Kündigung...	161
	a) Vertragliche Ansprüche	161
	b) Deliktische Ansprüche	171
	aa) § 823 Abs. 1 BGB	171
	bb) § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 132 Abs. 1 Satz 1 GWB	173
	cc) § 826 BGB.....	174
	dd) § 839 BGB i.V.m. Art. 34 Abs. 3 GG.....	175
II.	Schadensersatzansprüche des Auftraggebers gegen den Auftragnehmer	176
III.	Schadensersatzansprüche Dritter	179

IV. Zusammenfassung.....	186
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	189
Literaturverzeichnis.....	195