

Vorläufiger Rechtsschutz im Vergaberecht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Universität zu Köln

vorgelegt von

Dominik R. Lück

aus: Köln

Referent: Professor Dr. iur. Bernhard Kempen

Korreferent: Professor Dr. iur. Wolfram Höfling, M. A.

Tag der mündlichen Prüfung: 18. April 2002

Vorwort

Das Vergaberechtsänderungsgesetz hat in seinem jungen Bestehen schon reichlich Anlaß zu Zweifeln an seiner Gemeinschaftskonformität gegeben, denen zum Teil durch Erlaß der Vergabeverordnung bzw. durch Richterrecht entgegnet wurde. Ebenso hinterließ das oftmals sowohl in Gesetzestext als auch in der Begründung nicht eindeutig geregelte Vergaberechtsänderungsgesetz Fragen hinsichtlich seiner Auslegung und Anwendung. Zumal diese Fragen zumeist noch nicht höchstrichterlich entschieden sind, werden sie im Folgenden insbesondere im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes vertiefend dargestellt und erörtert.

Die Brisanz des vorläufigen Rechtsschutzes im Vergaberecht ergibt sich insbesondere daraus, einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen der Vergabestelle und denen des unterlegenen Bieters zu schaffen. Dabei muß bei der Vergabekammer bzw. beim Beschwerdegericht vor allem berücksichtigt werden, daß einerseits durch die Aussetzung des Vergabeverfahrens keine unzumutbaren Investitionsblockaden entstehen und andererseits durch den endgültigen Zuschlag keine irreversiblen Tatsachen geschaffen werden.

Mein Dank gilt insbesondere Herrn Professor Dr. iur. Bernhard Kempen für die Betreuung und Bearbeitung sowie Herrn Professor Dr. iur. Wolfram Höfling für die Tätigkeit als Zweitkorrektor. Bedanken möchte ich mich auch für die tatkräftige Unterstützung von Frau Stephanie Litzinger und Herrn Paul Gerhard Schamberger sowie bei meiner Eltern für die moralische und schließlich auch finanzielle Unterstützung.

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

Einleitung

1. Kapitel: Öffentliche Auftragsvergabe im Europäischen Gemeinschaftsrecht

A. Primärrecht (EGV)

B. Materielle Vergaberichtlinien

C. Rechtsmittelrichtlinien

2. Kapitel: Integration der Richtlinienvorgaben in die Verdingungsordnungen

3. Kapitel: Haushaltsrechtliche Umsetzung

A. Ergänzung des HGrG um die §§ 57a bis 57c und die NpV

B. Vergabeprüfstellen

C. Vergabeüberwachungsausschüsse

D. Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten

E. Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten

F. Rechtliche Begründung eines Unterlassungsanspruches

G. Umsetzungsmängel

4. Kapitel: Vergaberechtsänderungsgesetz

A. Entstehung

B. Unverändert geltende Grundsätze

C. Wesentliche Änderungen

D. Vorläufiger Rechtsschutz im Rahmen des § 115 GWB

E. Vorläufiger Rechtsschutz im Rahmen der sofortigen Beschwerde

Resümee und Ausblick

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

Einleitung

1. Kapitel: Öffentliche Auftragsvergabe im Europäischen Gemeinschaftsrecht

A. Primärrecht (EGV)

I. Warenverkehrsfreiheit

1. Schutzbereich
2. Verstoß im Bereich des Vergaberechts

II. Niederlassungsfreiheit

1. Schutzbereich
2. Verstoß im Bereich des Vergaberechts

III. Dienstleistungsfreiheit

1. Schutzbereich
2. Verstoß im Bereich des Vergaberechts

IV. Arbeitnehmerfreizügigkeit

V. Allgemeines Diskriminierungsgebot

VI. Beihilfen

VII. Bedeutung nach Inkrafttreten der EG-Vergaberichtlinien

B. Materielle Vergaberichtlinien

I. Schwellenwerte

1. Bedeutung der Schwellenwerte
2. Bestimmung der Schwellenwerte

II. Subjektive Rechte

III. Vergabeverfahren

1. Publikationspflichten
2. Verfahrensarten
3. Eignung und Zuschlag

C. Rechtsmittelrichtlinien

I. Nachprüfungsinstanzen

II. Antragslegitimation

III. Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen

IV. Schadensersatz

V. Vorläufige Maßnahmen

1. Suspensiveffekt

2. Effektiver Rechtsschutz
3. Voraussetzungen für vorläufige Maßnahmen
4. Kriterien der Interessenabwägung

VI. Rechtsschutz vor dem EuGH

1. Beanstandungsverfahren und Vertragsverletzungsverfahren
2. Vorläufiger Rechtsschutz
 - a) Zulässigkeit des Antrages
 - b) Begründetheit des Antrages
3. Vorabentscheidungsverfahren

2. Kapitel: Integration der Richtlinienvorgaben in die Verdingungsordnungen

3. Kapitel: Haushaltsrechtliche Umsetzung

A. Ergänzung des HGrG um die §§ 57a bis 57c und die NpV

B. Vergabeprüfstellen

I. Zuständigkeit der Vergabeprüfstellen

II. Auftrag und Verfahren

III. Befugnisse

1. Aufhebungs- und Verpflichtungsantrag
2. Aussetzungsantrag
 - a) Kriterien der Interessenabwägung
 - b) Zeitliche Begrenzung

C. Vergabeüberwachungsausschüsse

I. Zuständigkeit der Vergabeüberwachungsausschüsse

II. Auftrag und Verfahren

1. Tätigwerden auf Antrag
2. Antragsbefugnis
3. Beschwer

III. Befugnisse

D. Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten

I. Entscheidungen der Vergabestelle

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges
2. Verwaltungsakt

II. Entscheidung der Vergabeprüfstelle

III. Entscheidung des Vergabeüberwachungsausschusses

E. Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten

I. Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges

II. Eröffnung des ordentlichen Rechtsweges

F. Rechtliche Begründung eines Unterlassungsanspruches

I. §§ 823 I, 1004 BGB

II. § 823 II BGB

III. § 26 II 1 GWB a.F. und § 826 BGB i.V.m. § 1004 BGB

G. Umsetzungsmängel

I. Ausschluß von subjektiven Rechten

II. Unzureichende Effektivität des Rechtsschutzes

1. Gerichtliche Überprüfung von Tatsachenfragen
2. Mängel hinsichtlich der Anordnung vorläufiger Maßnahmen
 - a) Vorrang der öffentlichen Interessen
 - b) Keine Befugnisse zur Aussetzung des Verfahrens
 - c) Verstoß gegen die Rechtsweggarantie
 - d) Resümee

III. Mangelnde Gerichtsqualität der Vergabeüberwachungsausschüsse

1. Unabhängigkeit
2. Kontradiktorisches Verfahren
3. Unabhängige Tatsacheninstanz / Rechtsverbindlichkeit und Vollstreckbarkeit der Entscheidung
4. Entscheidung nach festgelegten Rechtsnormen
5. Gegenauffassung und EuGH-Urteil: Rechtssache Dorsch
6. Resümee

4. Kapitel: Vergaberechtsänderungsgesetz

A. Entstehung

I. Gesetzgebungsverfahren

II. Systematischer Standort

B. Unverändert geltende Grundsätze

I. Kaskadenprinzip

II. Persönlicher Anwendungsbereich

1. Institutioneller und funktioneller Auftraggeberbegriff
2. Auslegung von § 98 Nr. 2 GWB
3. Sonstige Auftraggeber

III. Sachlicher Anwendungsbereich

1. Begriff des öffentlichen Auftrags
 - a) Öffentlich-rechtliche Verträge
 - b) Konzessionsverträge
 - c) Eigenbetriebe - In-house-Dienste - Public Private Partnership
 - d) Gemischte Verträge
2. Schwellenwerte
 - a) Rechtsverordnung
 - b) Verfahren unterhalb der Schwellenwerte
 - aa) Beschränkter Rechtsschutz
 - bb) Verfassungsrechtliche Bedenken
 - cc) EG-rechtliche Bedenken

C. Wesentliche Änderungen

I. Vergabegrundsätze

II. Eignungskriterien

III. Vergabefremde Kriterien

1. Grenzen des Gemeinschaftsrechts
 - a) Äußerung der Europäischen Kommission
 - b) Primär- und Sekundärrecht
 - c) Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsprinzip
2. Grenzen des deutschen Verfassungsrechts und des Kartellgesetzes
3. Resümee

IV. Wirtschaftlichkeit gem. § 97 V GWB

V. Abgrenzung zu leistungsbezogenen Zuschlagskriterien

VI. Vergabeverfahren

VII. Subjektive Recht i.S.d. § 97 VII GWB

1. Subjektiv-öffentliches Recht
2. Schutzzwecktheorie und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung
3. Begrenzung auf EG-rechtliche Vorgaben

VIII. Nachprüfungsverfahren

1. Vergabeprüfstellen
2. Verfahren vor der Vergabekammer
3. Verfahren vor dem Vergabeüberwachungsausschuß
4. Ausschließliche Rechtswegzuweisung
5. Ordentlicher Rechtsweg

D. Vorläufiger Rechtsschutz im Rahmen des § 115 GWB

I. Aussetzung des Vergabeverfahrens

1. Zuschlagserteilung trotz Zuschlagsverbot
2. Zusammentreffen von Zuschlag und Vertragsschluß
 - a) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben - EuGH-Urteil in der Rechtssache „Alcatel Austria AG“
 - b) Auswirkungen des EuGH-Urteils auf das deutsche Vergaberecht
 - c) Euro-Münzplättchen II-Entscheidung
 - d) Reaktion des deutschen Gesetzgebers
 - aa) Zeitliche Fristbemessung
 - bb) Empfänger und Form
 - cc) Umfang der Informationspflicht
3. Fortsetzungsfeststellungsklage
 - a) Beginn des Nachprüfungsverfahrens
 - b) Zulässigkeit bei Erledigung des Nachprüfungsverfahrens vor Antragsstellung

c) Unzulässigkeit bei Erledigung des Nachprüfungsverfahrens vor Antragsstellung

aa) Auslegung des Gesetzes

bb) Vergleichbarkeit mit der Fortsetzungsfeststellungsklage

cc) Rechtssicherheit und Prozeßökonomie

dd) Richtlinienkonformität

d) Resümee

4. Eintritt des Suspensiveffekts

a) Offensichtliche Unzulässigkeit und Unbegründetheit

aa) Offensichtlichkeit

bb) Unzulässigkeit des Antrages

(1) Antragsbefugnis

(2) Darlegung eines Schadens

(3) Präklusion aufgrund mangelnder Rüge

(a) Kenntnis bzw. Erkennbarkeit

(aa) Positive Kenntnis

(bb) Beweisschwierigkeiten

(cc) Erkennbarkeit aufgrund Bekanntmachung

(dd) Resümee

(b) Zeitliche Beschränkung

(c) Form

(d) Zeitraum zwischen Erhebung der Rüge und Stellung des Nachprüfungsantrags

(e) Entfallen der Rügepflicht

cc) Unbegründetheit des Antrages

b) Zustellung

5. Auswirkung auf Zuschlags- und Bindefrist

a) Zuschlag nach Fristablauf

b) Aussetzung der Zuschlags- und Bindefrist

c) Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist

II. Antrag auf Zuschlagserteilung

1. Form und Frist

2. Verfahrensgrundsätze

a) Untersuchungsgrundsatz

b) Rechtliches Gehör

c) Sonstige Verfahrensgrundsätze

3. Interessenabwägung

a) Alle möglicherweise geschädigten Interessen

aa) Antragssteller

bb) Auftraggeber

cc) Dritter

- b) Interesse der Allgemeinheit am raschen Abschluß des Vergabeverfahrens
- c) Berücksichtigung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache
- d) Interessengewichtung

4. Zuschlagsgestattung

III. Wiederherstellung des Zuschlagsverbots

- 1. Antragsberechtigung
- 2. Form
- 3. Frist
- 4. Maßstab der Entscheidung
- 5. Verfahrensgrundsätze
- 6. Entscheidung des Gericht
 - a) Zwischenentscheidung
 - b) Bekanntgabe

IV. Gestattung des sofortigen Zuschlags durch das OLG

V. Auswirkung auf das Hauptsacheverfahren

VI. Weitere vorläufige Maßnahmen

- 1. Anderweitige Rechtsgefährdung
- 2. Antrag
- 3. Verfahrensgrundsätze und Beurteilungsmaßstäbe
- 4. Inhalt der Entscheidung
- 5. Keine selbständige Anfechtung

E. Vorläufiger Rechtsschutz im Rahmen der sofortigen Beschwerde

I. Aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde

- 1. Statthaftigkeit
 - a) Endentscheidungen
 - b) Untätigkeitsbeschwerde
 - c) Teilanfechtung
- 2. Form
 - a) Allgemeines
 - b) Begründungserfordernis
 - aa) Anforderungen nach § 117 II 2 Nr. 1 GWB
 - bb) Anforderungen nach § 117 II 2 Nr. 2 GWB
 - c) Anwaltszwang
- 3. Frist
 - a) Zustellungsmängel
 - b) Rechtsmittelbelehrung
 - c) Untätigkeitsbeschwerde
 - d) Wiedereinsetzung
- 4. Beschwerdebefugnis

5. Beschwer
 - a) Formelle Beschwer
 - b) Materielle Beschwer
6. Rechtsschutzbedürfnis
7. Gesetzliches Zuschlagsverbot
8. Kenntnis der Verfahrensbeteiligten
9. Beendigung der aufschiebenden Wirkung

II. Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung

1. Antragsberechtigung
2. Frist
3. Form
4. Maßstab der Entscheidung
5. Entscheidung des Gerichts
 - a) Anwendbares Verfahrensrecht
 - b) Zwischenentscheidung
 - c) Formalien
 - d) Kosten

III. Zuschlagsverbot nach § 118 III GWB

IV. Vorabentscheidung über den Zuschlag

1. Statthaftigkeit
2. Frist
3. Form
4. Rechtsschutzbedürfnis
5. Maßstab der gerichtlichen Entscheidung
6. Entscheidung des Gerichts
 - a) Aussetzung und mündliche Verhandlung
 - b) Entscheidungsfrist und Begründungspflicht
 - c) Kosten
 - d) Gericht lehnt Vorabentscheidung ab
 - aa) Unterliegen des Auftraggebers
 - bb) Maßnahmen zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens
 - cc) Beendigung des Vergabeverfahrens
 - e) Gericht gibt der Vorabentscheidung statt

Resümee und Ausblick

Literaturverzeichnis

Adam, Jürgen: Zuschlag, Vertragsschluß und europäisches Vergaberecht, in: WuW 2000, 260-264.

Adolf, Hans-Peter: Verwaltungsprozeßrecht: Effektiver Rechtsschutz bei einstweiligen Anordnungen nach § 123 VwGO, in: JA 1990, 29-31.

Aicher, Josef: Die Vergabekontrollkommission in ihrer Bedeutung für die österreichische Rechtsentwicklung und für die Angleichung an das Recht der EG, in: Korinek/Aicher, Vergabekontrollkommission aus der Reihe Recht-Politik-Wirtschaft, Heft 7, Hrsg.: Karl Korinek und Peter Rill, Wien 1991, zit. Aicher, Vergabekontrollkommission, S.

Alber, Siegbert: Die jüngere Rechtsprechung des EuGH zu den öffentlichen Aufträgen, in: Schwarze, Jürgen: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, S. 141-176, 1. Aufl., Baden-Baden 2000, zit.: Alber, Rechtsprechung des EuGH, S.

Althaus, Stefan: Öffentlich-rechtliche Verträge als öffentliche Aufträge gem. § 99 GWB, in: NZBau 2000, 277-279.

Appel, Kirsten: Die Auftragsvergabe durch die EG, in: ZVgR 1998, 370-374.

Attorney-at-Law/Bär-Bouyssière, Bertold: Rechtsprechungsbericht: Die Spruchpraxis der Vergabeüberwachungsausschüsse 1994-1996, in: WiB 1997, 741-750.

Ax, Thomas: Die neue Vergabeverordnung (Entwurf) - Auswirkungen der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge für die Bau-Vergabepaxis, in: BauR 2000, 471-477.

Ax, Thomas: Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Deutschland und Frankreich, Münster 1996, zit.: Ax, Rechtsschutz bei der Vergabe, S.

Ax, Thomas: Rechtsschutz bei Vergabekammern auch nach Zuschlag, in: ZVgR 2000, 155-156.

Ax, Thomas: Rechtsschutz nach Aufhebung der Ausschreibung - Aufhebung der Aufhebung der Ausschreibung bei Vergabekammer? - Schadensersatz?, in: ZVgR 2000, 153-155.

Ax, Thomas: Schutzmechanismen für den Mittelstand im deutschen Vergaberecht, in: ZVgR 1999, 231-237.

Baron, Michael: Das neue Kartellgesetz, Köln, 1999, zit.: Baron, Neues Kartellgesetz, S.

Bartl, Harald: Aktueller Stand des Vergaberechts, in: RiA 1999, 3-13.

Bartl, Harald: Handbuch Öffentlicher Aufträge, 2. Aufl., Baden-Baden 2000, zit.: Bartl, Handbuch Öffentlicher Aufträge, S., Rn.

Bartosch, Andreas: Vergabefremde Kriterien und Art. 87 I EGV: Sitzt das öffentliche Beschaffungswesen in Europa auf einem beihilferechtlichen Pulverfass?, in: EuZW 2001, 229-232.

Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter: Zivilprozeßordnung, 58. Aufl., München 2000, zit.: Bearbeiter in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, §, Rn.

Bechtold, Rainer: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Aufl., München 1999, zit.: Bechtold, GWB, §, Rn.

Bender, Bernd: Die einstweilige Anordnung (§ 123 VwGO), in: Festschrift für Christian-Friedrich Menger, Hrsg.: Hans-Uwe Erichsen, Werner Hoppe und Albert v. Mutius, S. 657-680, Köln 1985, zit.: Bender, Einstweilige Anordnung, S.

Benedict, Christoph: Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, in: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Hrsg.: Jochen Abr. Frowein, Rüdiger Wolfrum, Band 140, Heidelberg 1998/1999, zit.: Benedict, Sekundärzwecke, S.

Benedict, Christoph: „Vergabefremde“ Aspekte nach Beentjes und Nord-Pas-de-Calais, in: NJW 2001, 947-949.

Berrang, Thomas Jean: Vorbeugender Rechtsschutz im Recht der Europäischen Gemeinschaften, in: Schriften des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes-Rechtswissenschaft, Band 5, Hrsg.: Georg Ress/Thorsten Stein, Baden-Baden 1994, zit. Berrang, Vorbeugender Rechtsschutz, S.

Berrisch, Georg M.: Anmerkungen zu OLG Brandenburg, Beschluß vom 3.8.1999, 6 Verg 1/99, in: DB 1999, 1797-1799.

Bettermann, Karl August: Die Beschwer als Klagevoraussetzungen, Tübingen 1970, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Nr. 386/387, zit.: Bettermann, Beschwer als Klagevoraussetzung, S.

Bettermann, Karl August: Formen der gerichtlichen Anfechtung verwaltungsbehördlicher Entscheidungen, in: Festschrift für Eduart Bötticher, Hrsg.: Karl August Bettermann und Albrecht Zeuner, Berlin 1969, S. 13-42, zit.: Bettermann, Formen der gerichtlichen Anfechtung, S.

Berrisch, Georg M./Nehl, Hanns Peter: Novellierung der Vergabeverordnung, in: DB 2001, 184-187.

Binder, Jens-Hinrich: Effektiver Rechtsschutz und neues Vergaberecht - Überlegungen zur Verfassungsmäßigkeit der Differenzierung nach Schwellenwerten in §§ 97 ff. GWB, in: ZP 2000, 195-217.

Böhm, Monika/Danker, Claudia: Politische Zielvorgaben als Vergabekriterien, in: NVwZ 2000, 767-768.

Boesen, Arnold: Anmerkungen zu EuGH, Urteil vom 28.10.1999, Rs. C-81/98 Alcatel Austria AG u.a./Bundesministerium für Wirtschaft und Verkehr, in: ZIP 1999, 1942-1943.

Boesen, Arnold: Das neue Vergaberecht, Köln 1999, zit.: Boesen, Neues, Vergaberecht, S.

Boesen, Arnold: Das Vergaberechtsänderungsgesetz im Lichte der europarechtlichen Vorgaben, in: EuZW 1998, 551-559.

Boesen, Arnold: Der Rechtsschutz des Bieters bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: NJW 1997, 345-352.

Boesen, Arnold: Deutsches Vergaberecht auf dem Prüfstand des Gemeinschaftsrechts, in: EuZW 1997, 713-719.

Boesen, Arnold: Die Gerichtsqualität der Vergabeüberwachungsausschüsse i. S. des Art. 177 EGV, in: EuZW 1996, 583-587.

Boesen, Arnold: EG-Vergaberecht mit Einführung von Arnold Braun, Köln 1998, zit.: Boesen, EG-Vergaberecht, S.

Boesen, Arnold: Gemeinschaftsrecht nicht beachtet, in: EuVgR 1995, 47-49.

Boesen, Arnold: Kriterien für die Interessenabwägung im vorläufigen Rechtsschutz, in: Schwarze, Jürgen: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, S. 131-140, 1. Aufl., Baden-Baden 2000, zit.: Boesen, Kriterien für die Interessenabwägung, S.

Boesen, Arnold: Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge aus Sicht der Europäischen Kommission, in: Gormley, Gordische Knoten im Europäischen Vergaberecht 1997, S. 47-55, zit.: Boesen, Rechtsschutz bei der Vergabe, S.

Boesen, Arnold: Vergaberecht, Kommentar zum 4. Teil des GWB, 1. Aufl., Köln 2000, zit.:
Boesen, Vergaberecht, §, Rn.

Bornheim, Helmerich/Stockmann, Rainer: Die neuen Vergabevorschriften - Sind auch private Auftraggeber zur europaweiten öffentlichen Vergabe von Bauaufträgen verpflichtet, in: BauR 1994, 677-691.

Bosch, Edgar/Schmidt, Jörg: Praktische Einführung in das verwaltungsgerichtliche Verfahren, 6. Aufl., Stuttgart 1996, zit.: Bosch/Schmidt, Verwaltungsgerichtliche Verfahren, S.

Braun, Joachim: Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: BB 1999, 1069-1073.

Braun, Joachim: Zur unverzüglichen Rüge beim Erkennen eines Fehlers im Vergabeverfahren, in: NZBau 2000, 320-322.

Brenner, Michael: Die Umsetzung der Richtlinien über öffentliche Aufträge in Deutschland, in: Beiheft 1 zu EuR 1996, 23-46.

Brenner, Michael: Neuere Entwicklung im Vergaberecht der Europäischen Union, in: Schriftenreihe des Forschungsinstituts für Europarecht der Karl-Franzens-Universität Graz, Graz 1997, zit.: Brenner, Neuere Entwicklung im Vergaberecht, S.

Brinker, Ingo: Anmerkungen zu EuGH, Urteil v. 11.8.1995 - Rs. C - 433/93, Kommission./Bundesrepublik Deutschland, in: JZ 1996, 89-91.

Brinker, Ingo: Anmerkungen zu EuGH, Urteil v. 17.9.1997, Rs. C-54/96, Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH./Bundesbaugesellschaft Berlin mbH, in: JZ 1998, 39-41.

Brinker, Ingo: Anmerkungen zu EuGH, Urteil v. 28.10.1999 - Rs. C-81/98, Alcatel Austria AG u.a./Bundesministerium für Wirtschaft und Verkehr, in: JZ 2000, 462-464.

Brinker, Ingo: Die unmittelbare Anwendbarkeit von EG-Richtlinien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: EWS 1995, 255-260

Brinker, Ingo: Einheit von Zuschlag und Vertragsschluß im Lichte des Europarechts, in: Schwarze, Jürgen, Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, S. 97-107, 1. Aufl., Baden-Baden 2000; zit. Brinker, Einheit von Zuschlag und Vertragsschluß, S.

Brinker, Ingo: Vorabinformation der Bieter über den Zuschlag oder Zwei-Stufen-Theorie im Vergaberecht?, in: NZBau 2000, 174-178.

Brinker, Ingo: Was bringt das neue Vergaberecht?, in: WiB 1997, 577-578.

Broß, Siegfried: Das Vergaberechtsänderungsgesetz vom 26.8.1998 - Ungereimtheiten und offene Fragen, in: Festschrift für Karlmann Geiß zum 65. Geburtstag, Hrsg.: Hans Erich Brandner, Horst Hagen, Rolf Stürner, Köln 2000, S. 559-570, zit.: Bross Vergaberechtsänderungsgesetz, S.

Broß, Siegfried: Das Vergabewesen der öffentlichen Hand im Spannungsfeld des Europäischen Rechts - eine Zwischenbilanz, in: VerwArch 1997, 521-543.

Burgi, Martin: Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, in: NZBau 2001, 64- 72.

Byok, Jan: Anmerkungen zu EuGH, Urteil v. 17.9.1997, Rs. C-54/96, Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH/Bundesbaugesellschaft Berlin mbH, in: EuZW 1997, 628-629.

Byok, Jan: Die Entwicklung des Vergaberechts seit 1999, in: NJW 2001, 2295-2302.

Byok, Jan: Das neue Vergaberecht, in: NJW 1998, 2774-2779.

Byok, Jan: Die Revision des deutschen Vergaberechts, in: DZWir 1997, 138-141.

Byok, Jan: Keine Gesetzgebungspanne: Das neue Vergaberecht tritt am 1.1.1999 in Kraft, in: NJW 1998, 3475.

Byok, Jan: Rechtsweg bei wettbewerbsrechtlichen Verstößen durch Nichtbeachtung der Vergabevorschriften, in: WRP 1999, 402-404.

Byok, Jan: Rechtsschutz gegen die Aufhebung einer Ausschreibung, in: WuW 2000, 718-725.

Byok, Jan: Remedies in German Public Procurement Law, in: Gormley, Gordische Knoten im Europäischen Vergaberecht, 1997, S. 55 ff., zit.: Byok, Remedies in German, S.

Byok, Jan: Undifferenziert und schemenhaft, VergR 5/1997, S. 15.

Byok, Jan/ Jaeger, Wolfgang: Kommentar zum Vergaberecht, Heidelberg 2000, zit.: Bearbeiter in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, §, Rn.

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias: Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied 1999, zit.: Bearbeiter in: Calliess/Ruffert, EU-/EG-Vertrag, Art., Rn.

Carl, Dieter: Europäische Normen für das öffentliche Auftragswesen: in: EuZW 1994, 173-178.

Cermak, Fritz: Zur gerichtlichen Nachprüfung der Vollziehungsanordnung bei verwaltungsbehördlicher Fahrerlaubnisentziehung, in: BayVBl 1976, 106-107.

Dähne, Horst/Schelle, Hans: VOB von A-Z, 2. Aufl., München 1994, zit.: Dähne/Schelle, VOB von A-Z, S.

Däubler-Gmelin, Herta: Kann das neue Vergaberecht noch bis zum Ende der Legislaturperiode beschlossen werden?, in: EuZW 1997, 709-713.

Danckwerts, Rolf Nikolas: Widerlegbarkeit der Befangenheitsvermutung: Hat der Bundesrat bei der letzten Änderung des § 16 VgV die Lehren aus der „Flughafen Berlin-Schönefeld“-Entscheidung des OLG Brandenburg wieder vergessen?, in: NZBau 2001, 242-244.

Daub, Walter/Eberstein, Hans-Hermann: Kommentar zur VOL/A, 4. Aufl., Düsseldorf 1998, zit.: Bearbeiter in: Daub/Eberstein, VOL/A, §, Rn.

Dausner, Stefan: Hat der AN bei der Ausführung „oder gleichwertig“ ein Wahlrecht und ist die Einschränkung dieses Rechts AGB-widrig?, in: BauR 1999, 715-720.

Diercks, Thorsten/Schareck, Georg: Die Neuregelungen der Auftragsvergabe im EU-Binnenmarkt und ihre Bedeutung für den deutschen Bergbau, in: EuZW 1993, 559-564.

Dreher, Meinrad: Anmerkungen zu BGH, Beschluß vom 18.1.2000, KVR 23/98, in: JZ 2000, 519-521.

Dreher, Meinrad: Anmerkungen zu EuGH, Urteil vom 11.8.1995, Rs. C-433/93, Kommission./Bundesrepublik Deutschland, in: EuZW 1995, 637-638.

Dreher, Meinrad: Anmerkungen zu EuGH, Urteil vom 26.9.2000, Rs. C-225/98, Kommission./Frankreich, in: JZ 2001, 140-141.

Dreher, Meinrad: Anmerkungen zu OLG Rostock, Beschluß vom 29.9.1999, 17 W (Verg) 1/99, in: VersichR 1999, 1513-1514.

Dreher, Meinrad: Bestehender Wettbewerb und Auftraggeberbegriff des Kartellvergaberichts, in: WuW 1999, 244-248.

Dreher, Meinrad: Das GWB als Magna Charta des Wettbewerbs oder als Einfallstor politischer Interessen, in: WuW 1997, 949-957.

Dreher, Meinrad: Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberichts, in: DB 1998, 2579-2589.

Dreher, Meinrad: Der Gerichts begriff im Sinne von Art. 177 EGV, die Vergabeüberwachungsausschüsse und die Zukunft des vergaberechtlichen Rechtsschutzes, in: EWS 1997, 225-235.

Dreher, Meinrad: Der Rechtsschutz bei Vergabeverstößen nach „Umsetzung“ der EG-Vergaberichtlinie, in: ZIP 1995, 1869-1879.

Dreher, Meinrad: Die Neugestaltung des Vergaberechtsschutzes, in: NVwZ 1997, 343-350.

Dreher, Meinrad: Die Rechtsprechung der europäischen Gerichte zum Vergaberecht im Jahre 1996, in: VergR 4/1997, S. 33-38.

Dreher, Meinrad: Die Zukunft des untergesetzlichen Vergaberechts, in: NVwZ 1999, 1265-1273.

Dreher, Meinrad: Doppelmandatierung und Doppelmandate im Kartellvergaberecht, NZBau 2000, 280-282

Dreher, Meinrad: Kurzkomentar zu BGH, Urteil vom 8.9.1988, X ZR 109/96 (OLG Brandenburg), in: EWiR 1999, 139-140.

Dreher, Meinrad: Kurzkomentar zu OLG Düsseldorf, Beschluß vom 15.6.2000, Verg 6/00, in: EWiR 2001, 76.

Dreher, Meinrad: Kurzkomentar zu KG, Beschl. v. 11.7.2000, KartVerg 7/2000, in: EWiR 2000, 867-868.

Dreher, Meinrad: Perspektiven eines europa- und verfassungsrechtskonformen Vergaberechtsschutzes, in: NVwZ 1996, 345-347.

Dreher, Meinrad: Rechtsschutz nach Zuschlag, in: NZBau 2001, 244-246.

Dreher, Meinrad: Richtlinienumsetzung durch Exekutive und Judikative?, in: EuZW 1997, 522-525.

Dreher, Meinrad: Versicherungsdienstleistungen und Vergaberecht, in: Die Vergabe von Versicherungsdienstleistungen nach dem neuen Vergaberecht, Hrsg.: Forum Vergabe e.V., Heft 10, S. 83-123, Berlin 2000; zit.: Dreher, Versicherungsdienstleistungen und Vergaberecht, S.

Dreier, Horst: Grundgesetz, Kommentar, Band I, Art. 1-19, Tübingen 1996, zit.: Bearbeiter in: Dreier, GG I, Art., Rn.

Drügemöller, Albert: Vergaberecht und Rechtsschutz, Berlin/Heidelberg 1999, zit.: Drügemöller, Vergaberecht und Rechtsschutz, S.

Eberstein, Hans Hermann: Öffentliches Auftragswesen im Umbruch, in: BB 1994, 1230-1236.

Ebnet, Peter: Rechtsprobleme bei der Verwendung von Telefax, NJW 1992, 2985-2991.

Ehlers, Dirk: Verwaltung in Privatrechtsform, in: Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 464, Berlin 1984, zit.: Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S.

Eidenmüller, Horst: Einstweiliger Rechtsschutz und europäisches Vergaberecht, in: EuZW 1995, 632-634.

Elbel, Thomas: Das Recht der öffentlichen Aufträge auf dem Prüfstand des europäischen Rechts, in: DÖV 1999, 235-242.

Erdl, Cornelia: Der neue Vergaberechtsschutz, in Baurechtliche Schriften Band 49, Hrsg.: Hermann Korbion und Horst Locher, Düsseldorf 1999, zit.: Erdl, Neue Vergaberechtsschutz, S., Rn.

Erdl, Cornelia: Neues Vergaberecht: Effektiver Rechtsschutz und Vorab-Informationspflicht des Auftraggebers, in: BauR 1999, 1341-1353.

Erdl, Cornelia: Subjektive Rechte: Welche Vergaberegeln sind überprüfbar?, in: VergR 4/1998, S. 27-29.

Erdl, Cornelia: Zuschlagsverbot und Folgen des Ablaufs der Zuschlags- und Bindefrist, in: VergR 3/1998, S. 37-42.

Erichsen, Hans-Uwe: Die einstweilige Anordnung nach § 80 Abs. 1-4 VwGO, in: JURA 1984, 414-426.

Erichsen, Hans-Uwe: Die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO, in: JURA 1984, 644-655.

Erichsen, Hans-Uwe: Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I, 2. Aufl., München 1984, zit.: Erichsen, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsordnung, S.

Eschenbruch, Klaus: Immobilienleasing und neues Vergaberecht, in: BB 2000, Beilage 5, S. 10-21.

Eyermann, Erich/Fröhler, Ludwig: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 11. Aufl., München 2000, zit.: Bearbeiter in: Eyermann/Fröhler, VwGO, §, Rn.

Faber, Angela: Drittschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: DÖV 1995, 403-413.

Faber, Angela: Öffentliche Aufträge an kommunalbeherrschte Unternehmen - in-house-Geschäfte oder Vergabe im Wettbewerb?, in: DVBl 2001, 248-257.

Finkelburg, Klaus/Jank, Klaus Peter: Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 4. Aufl., München 1998, zit.: Finkelburg/Jank, Vorläufiger Rechtsschutz, S., Rn.

Flach, Stefan: Rechtsbindungen einer industriepolitischen Instrumentalisierung öffentlicher Aufträge, Frankfurt am Main 1996, zit.: Flach, Rechtsbindungen einer industriepolitischen Industrialisierung, S.

Fleckenstein, Martin/ Schmitt, Knauth Paul: Anm. zu BKartA (1. Vergabekammer des Bundes), Beschl. v.17.11.1999, VK 1-17/99, in: ZVgR 2000, 83-84.

Fleischer, Holger: Konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen und Kartellverbot, in: Die AG 1997, 491-502.

Frank, Kirsten Michaele: Die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union, Studien zu Finanzen, Geld und Kapital, Band 11, Berlin 2000, zit.: Frank, Koordinierung der Vergabe, S.

Franke, Horst: Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH auf das deutsche Vergabewesen, in: ZfBR 1996, 291-296; 1997, 1-8.

Freifrau von Friesen, Juliane: Juristische Möglichkeiten, in: Öffentliche Auftrags- und Mittelvergabe an frauenfördernde Unternehmen und Hochschulen, Hrsg.: Grüne im Landtag NRW, S. 18-21, <http://gruene.landtag.nrw.de/archiv/1998/info1998/pdf/98sf08.pdf>, vom 29.12.2000, zit.: Freifrau von Friesen, Juristische Möglichkeiten, S.

Frenz, Walter: Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz in Konkurrenzsituationen, in: Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 781, Berlin 1999, zit.: Frenz, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz, S.

Frenz, Walter/Kafka, Axel: Vergaberechtliche Grenzen bei der Einbeziehung Privater in die Abfallentsorgung, in: GewArch 2000, 129-136.

Funk, Bernd-Christian/ Marko, Joseph/Pernthaler, Peter: Die innerstaatliche Umsetzung der Vergaberichtlinien der EG, Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung, Hrsg.: Peter Pernthaler, Wien 1992, zit.: Funk/Marko/Pernthaler, Umsetzung der Vergaberichtlinien, S.

Gallwas, Birgitta: Das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge - ein Überblick, in: *Ge-wArch* 2000, 401-414.

Geiger, Rudolf: EUV/EGV, Kommentar, 3. Aufl., München 2000, zit.: Geiger, EUV/EGV, Art., Rn.

Gesterkamp, Stefan: Die positive Kenntnis des Bieters vom Vergabeverstoß, in: *NZBau* 2001, 125-126.

Glassen, Helmut/Hahn, Helmuth von/Kersten, Hans-Christian/Rieger Harald: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Band IV, §§ 28-131 GWB, Köln, Stand September 2000, zit.: Bearbeiter in: Frankfurter Kommentar, §, Rn.

Götz, Walter: Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, Frankfurt am Main 1999, zit.: Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte, S.

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard: Das Recht der Europäischen Union, Band 1: EUV/EGV (Amsterdamer Fassung), München, zit.: Bearbeiter in: Grabitz/Hilf, Europäische Union, Art., Rn.

Gregor, Klaus: Erbscheinsverfahren, in: JA-Referendarskripten 3, Hrsg.: Bernd von Heint-schel-Heinegg/Dieter Maihold, Neuwied 1996; zit. Gregor, Erbscheinsverfahren, S., Rn.

Grieger, Winfried: Das Neue Vergaberecht, in: Jahrbuch Baurecht 1999, Hrsg.: Klaus D. Kapellmann und Klaus Vygen, Düsseldorf 1999, S. 231-239, zit.: Grieger, Neues Vergabe-recht, S.

Griem, Nils: Das Recht zur Akteneinsicht nach § 111 GWB, in: *WuW* 1999, 1182-1190.

Griem, Nils: Effektiver Rechtsschutz im Nachprüfungsverfahren nach den §§ 102 ff. GWB?, in: *WRP* 1999, 1126-1129.

Griem, Niels: Rechtliche Vorgaben und Anforderungen im Vergabeverfahren, in: StädteT 2/1999, 87-91.

Griem, Niels: Umweltfreundliche Beschaffung im Bauwesen, in: NVwZ 1999, 1171-1177.

Griesshaber, Herbert: Die Beiladung zum Verfahren in Kartell-Verwaltungssachen, Diss., Heidelberg 1967, zit.: Griesshaber, Beiladung zum Verfahren, S.

Groeben, Hans von der/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter: Kommentar zum EU/EG-Vertrag, Band. 2/II (Art. 88-102 EGV), 5. Auflage, Baden-Baden 1999, zit.: Bearbeiter in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU/EG-Vertrag, Art., Rn.

Groeben, Hans von der/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter: Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band. 4 (Art. 137-209a EGV), 5. Auflage, Baden-Baden 1997, zit.: Bearbeiter in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU-/EG-Vertrag, Art., Rn.

Gröning, Jochem: Brennpunkt Vergaberecht: Verfahrensfragen im erstinstanzlichen Nachprüfungsverfahren, 5. Europarechtsforum-Vergaberechts-Jahrestagung vom 27.-29.09.2000 in Berlin, zit.: Gröning, Brennpunkt Vergaberecht, S.

Gröning, Jochem: Das Beschwerdeverfahren im neuen Vergaberecht, in: ZIP 1999, 181-186.

Gröning, Jochem: Das deutsche Vergaberecht nach dem Urteil des EuGH vom 28. Oktober 1999 - Alcatel Austria AG u. a., in: WRP 2000, 49-55.

Gröning, Jochem: Das Zusammenspiel von Eil- und Hauptsacheverfahren in der Vergabenachprüfung, in: Schwarze, Jürgen: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, S. 123-130, Baden-Baden 2000, zit.: Gröning, Eil- und Hauptsacheverfahren, S.

Gröning, Jochem: Die Grenzen des „Rechtswegs“ zur Vergabekammer, in: ZIP 2000, 1714-1718.

Gröning, Jochem: Die Grundlagen des neuen Vergaberechtsschutzes, in: ZIP 1999, 52-59.

Gröning, Jochem: Die neue Vergabeverordnung, in: WRP 2001, 1-8.

Gröning, Jochem: Die Rechte der Bieter in der Vergabeüberwachung, in: WuW 1995, 985-1000.

Gröning, Jochem: Public Private Partnerships bei Dienstleistungskonzessionen, in: NZBau 2001, 123-125.

Gröning, Jochem: Public Private Partnerships unter den Zwängen des Vergabe-, Gemeindewirtschafts- und Wettbewerbsrechts, in: ZIP 2001, 497-504.

Gröning, Jochem: Rechtsschutzqualität und Verfahrensbeschleunigung im Entwurf für ein Vergaberechtsänderungsgesetz, in: ZIP 1998, 370-378.

Grünhagen, Matthias: Anmerkungen zu OLG Naumburg, Beschl. v. 27.12.1999, Verg 4/99, ZVgR 2000, 72.

Gündisch, Jürgen: Der Rechtsschutz bei öffentlichen Aufträgen, in: Das öffentliche Auftragswesen in der EG, in: Beiheft zu EuR 1996/I, 59-74.

Gutknecht, Brigitte: Die Vergaberegeln der EG und ihre Bedeutung für Österreich, in: Gutknecht, Korinek, Holoubek, Das Vergaberecht der EG - Bestand und Anpassungsbedarf für Österreich, Schriftenreihe des Forschungsinstitutes für Europarecht der Karl-Franzens-Universität-Graz, Graz 1991, zit.: Gutknecht, Vergaberegeln der EG, S.

Habbel, Franz-Reinhard: Bindung der Auftragsvergabe an Frauenförderung führt zu Mehrkosten, behindert Investitionen und erhöht den Verwaltungsaufwand, Informationsdienst des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, <http://www.badlauterberg>.

de/aktuell/staedtetag/infosttag43.htm, vom 26.12.2000, zit.: Habel, Frauenförderung führt zur Mehrkosten.

Hailbronner, Kay: Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers nach den EG-Richtlinien zur Vergabe öffentlicher Aufträge, in: EWS 1995, 285-291.

Hailbronner, Kay: Die Neugestaltung des Vergabewesens durch die Europäische Gemeinschaft, in: Öffentliches Auftragswesen im Umbruch, 7. Bad Iburger Gespräche, Hrsg.: Jörn Ipsen, S. 19-42, Osnabrück 1997, zit.: Hailbronner, Neugestaltung des Vergabewesens, S.

Hailbronner, Kay: Die Vergabe öffentlicher Aufträge nach europäischem Gemeinschaftsrecht, in: WiVerw 1994, 173-240.

Hailbronner, Kay: Europarechtliche Aspekte der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: RIW 1992, 553-564.

Hailbronner, Kay: Möglichkeiten einer Begrenzung gerichtlichen Rechtsschutzes auf die Beachtung bzw. Einhaltung EG-rechtlicher Vergaberegeln zum Schutz von Unternehmen im Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge, Gutachten, in: BT.-Drucks. 13/9340, S. 25-28.

Hailbronner, Kay/ Weber, Claus: Neugestaltung des Vergabewesens durch die Europäische Gemeinschaft, in: EWS 1997, 73-83.

Harrer, Friedrich/Kugele, Dieter/Kugele, Klaus: Verwaltungsrecht in Bayern, BayVwVfG und VwVfG, VwZVG, VwGO, Ergänzbare Rechtssammlung mit Kommentar, Stand Oktober 2000, Kronach/München/Bonn, zit.: Harrer/Kugele/Kugele, Verwaltungsrecht in Bayern, Art., S.

Haß, Detlef: Das Recht des öffentlichen Auftragswesens nach der Umsetzug der europäischen Vergabe-Rechts - Ausschreibepflichten und Rechtsschutz, in: BRAK-Mitteilungen 1995, 113-120.

Hausmann, Friedrich Ludwig: Anmerkungen zu EuGH, Urt. v. 28.10.1999 - Rs. C-81/89 (Alcatel Austria u.a.), in: EuZW 1999, 762-763.

Heegemann, Volker: Der Begriff der „Einrichtung öffentlichen Rechts“ im EG-Vergaberecht - am Beispiel öffentlicher Finanzdienstleistungsunternehmen, in: ZBB 1995, 387-394.

Heiermann, Wolfgang: Anmerkungen zu OLG Brandenburg, Beschluß vom 3.8.1999, 6 Verg 1/99, in: ZVgR 1999, 218-219.

Heiermann, Wolfgang: Das Vergaberecht im Lichte der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, in: Festschrift für Klaus Vygen zum 60. Geburtstag, Hrsg.: Alfons Schulze-Hagen/Marcus Brößkamp, S. 102-117, Düsseldorf 1999, zit.: Heiermann, Vergaberecht im Lichte der Rechtsprechung, S.

Heiermann, Wolfgang: Die Auftraggebereigenschaft der DB Netz AG im Sinne des § 98 GWB, in: ZVgR 1999, 173-186.

Heiermann, Wolfgang: Rechtsgrundlagen der Ausschreibungspflichten der Deutschen Bahn AG, in: BauR 1996, 443-455.

Heiermann, Wolfgang/ Ax, Thomas: Neuordnung des Vergaberechts / des Vergaberechtsschutzes, in: DB 1998, 505-510.

Heiermann, Wolfgang/Ax, Thomas: Neues deutsches Vergaberecht, Percha 1999, zit.: Heiermann/Ax, Neues deutsches Vergaberecht, S.

Heiermann, Wolfgang/Riedl, Richard/Rusam, Martin: Handkommentar zur VOB, 8. Auflage, Wiesbaden 1997, zit.: Bearbeiter in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 8. Aufl., §, Rn.

Heintzen, Markus: Vergabefremde Ziele im Vergaberecht, in: ZHR 165 (2001), 62-78.

Heise, Gabriele: Der Begriff des „öffentlichen Auftraggebers“ im neuen Vergaberecht, in: LKV 1999, 210-212.

Henneke, Sebastian: Form- und Fristfragen beim Telefax, NJW 1998, 2194-2195.

Hermes, Georg: Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe, in: JZ 1997, 909-915.

Hertel, Karl-August: Die Stellung des Bieters, in: EuVgR 1995, 195-198.

Hertwig, Stefan: Das neue Vergaberecht ist komplett, in: DStR 2001, 172-174.

Hertwig, Stefan: Ist der Zuschlag ohne Vergabeverfahren nichtig?, in: NZBau 2001, 241-242.

Hertwig, Stefan: Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, München 2000, zit.: Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, S.

Heydlauf, Rolf: Anmerkungen zu OLG Naumburg, Beschluß vom 22.12.1999, 1 Verg 4/99, in: BauR 2000, 1637.

Hipp, Anette/Hufeld, Ulrich: Grundfälle zur Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, in: JuS 1998, 802-807.

Höfler, Heike: Anmerkungen zum BayObLG, Beschluß vom 21.5.1999, Verg 1/99, in: ZVgR 1999, 118.

Höfler, Heiko: Anmerkungen zu OLG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 1.6.1999, Az.: 6 Verg 1/99, in: ZVgR 1999, 169.

Höfler, Heiko: Die Novelle erobert die Praxis - Erste Entscheidungen zum neuen Vergaberecht, in: NJW 2000, 120-122.

Höfler, Heiko: Rechtsfragen der Vergabe von Versicherungsdienstleistungen, in: Die Vergabe von Versicherungsdienstleistungen nach dem neuen Vergaberecht, Hrsg.: Forum Vergabe e.V., Heft 10, S. 7-30, Berlin 2000, zit.: Höfler, Vergabe von Versicherungsdienstleistungen, S,

Höfler, Heiko/Bert, Birgit: Die neue Vergabeverordnung, NJW 2000, 3310-3317.

Hölzswimmer, Gerhard: Ein Jahr Vergaberechtsänderungsgesetz: Rückblick und Ausblick, Mitteilungen des Münchener Anwaltsverein, Februar 2000, http://www.vob-b.de/veroeffentl_2.html, vom 22.12.2000, zit.: Hölzswimmer, Ein Jahr Vergaberechtsänderungsgesetz, S.

Hömig, Dieter: Zur Zulässigkeit statischer Verweisung des Bundesrechts auf nichtnormative Regelungen, DVBI 1979, 307-311.

Hösch, Ulrich: Die Nachprüfung von Vergabeentscheidungen der öffentliche Hand, in: BayVBI 1997, 193-201.

Holoubek, Michael: Rechtsschutz und Kontrolle im Vergaberecht unter dem Blickwinkel der Anforderungen des EG-Rechts, in: Gutknecht, Korinek, Holoubek, Das Vergaberecht der EG - Bestand und Anpassungsbedarf für Österreich, Schriftenreihe des Forschungsinstitutes für Europarecht der Karl-Franzens-Universität-Graz, Graz 1991, zit.: Holoubek, Rechtsschutz und Kontrolle, S.

Hopp, Torsten: Das Verhältnis des Vergaberechts zum Wettbewerbs- und Kartellrecht am Beispiel des Berliner Vergabegesetzes, in: DB 2000, 29-34.

Horn, Lutz: Neuere Entwicklungen im öffentlichen Vergaberecht, in: BauR 1995, 20-27.

Horn, Lutz: Neues zum Schadensersatz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: NZBau 2000, 63-64.

Huba, Herrmann: Grundfälle zum vorläufigen Rechtsschutz nach der VwGO, JuS 1990, 983-991

Huber, Peter-Michael: Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1997, zit.: Huber, Allg. Verwaltungsrecht, S.

Huber, Peter-Michael: Der Schutz des Bieters im öffentliche Auftragswesen unterhalb der sog. Schwellenwerte, in: JZ 2000, 877-882.

Huber, Peter-Michael: Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, Tübingen 1991, zit.: Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S.

Hucko, Elmar: Schadensersatzrecht: Nicht ganz ohne!, in: VergR 3/1998, S. 15-16.

Hufen, Friedhelm: Verwaltungsprozeßrecht, 4. Aufl., München 2000, zit.: Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, S.

Hürten, Marianne/Schewe, Carola: Mögliche Effekte für die Frauenerwerbstätigkeit, in: Öffentliche Auftrags- und Mittelvergabe an frauenfördernde Unternehmen und Hochschulen, Hrsg.: Grüne im Landtag NRW, S. 22-27, <http://gruene.landtag.nrw.de/archiv/1998/info1998/pdf/98sf08.pdf>, vom 29.12.2000, zit.: Hürten/Scheve, Effekte für Frauenerwerbstätigkeit, S.

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim: GWB, Kommentar, 3. Aufl., München 2001, zit.: Bearbeiter in: Immenga/Mestmäcker, GWB, §, Rn.

Ingenstau, Heinz/Korbion, Hermann: VOB, Teile A und B, Kommentar, 13. Aufl., Düsseldorf 1996, zit.: Ingenstau/Korbion, VOB, A/B §, Rn.

Jaeger, Wolfgang: Die ersten OLG-Entscheidungen zum neuen GWB-Vergaberecht, in Jahrbuch Baurecht 2000, Hrsg.: Klaus D. Kapellmann und Klaus Vygen, Düsseldorf 2000, S. 107-136, zit.: Jaeger, OLG Entscheidungen GWB-Vergaberecht, S.

Jaeger, Wolfgang: Die Rechtsprechung der OLG-Vergabesenate im Jahre 2000, in: NZBau 2001, 290-301 (Teil I), 367-375 (Teil II), 428-439 (Teil III).

Jaeger, Wolfgang: Public Private Partnership und Vergaberecht, in: NZBau 2001, 6-12.

Jagenburg, Walter/Brück, Wolfgang: Die Entwicklung des privaten Bauvertragsrechts seit 1998: VOB Teil A und Vergabefragen, in: NJW 2000, 2242-2249.

Jarass, Hans: Folgen der innerstaatlichen Wirkung von EG-Richtlinie, in: NJW 1991, 2665-2669.

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 4. Aufl., München 1997, zit.: Bearbeiter in: Jarass/Pieroth, GG, Art., Rn.

Jasper, Ute: Anmerkungen zu KG, Beschluß vom 31.5.1995, Kart. W 3259/95, WiB 1996, 41-42.

Jasper, Ute: Das Vergaberechtsänderungsgesetz, in: DB 1998, 2151-2157.

Jasper, Ute: Entwicklungen des Vergaberechts, in: DB 1997, 915-921.

Jasper, Ute/Marx, Friedhelm: Vergaberecht, 3. Aufl., 2001 München, zit.: Jasper/Marx, Vergaberecht, S.

Jestaedt, Thomas/Kemper, Klaus/Marx, Friedhelm/ Prieß, Hans-Joachim: Das Recht der Auftragsvergabe, Darmstadt 1999, zit. Bearbeiter in: Jestaedt/Kemper/Marx/ Prieß, Recht der Auftragsvergabe, S.

Johannes, Kay Ole: Mittelstandsförderung im Konflikt zwischen Wirtschaftlichkeit und Wettbewerbsfreiheit - Zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen im neuen Vergabeverfahren, in: ZVgR 1999, 187-190.

Kadelbach, Stefan: Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, Tübingen 1999, zit.: Kadelbach, Verwaltungsrecht unter europäischen Einfluß, S.

Kämper, Norbert/Heßhaus, Matthias: Die Organisationshoheit der Städte ist zu beachten, in: StädteT 5/2000, S. 36-42.

Kaessner, Ralph: Der einstweilige Rechtsschutz im Europarecht, Diss., München 1997, zit.: Kaessner, Einstweilige Rechtsschutz im Europarecht, S.

Kalinowsky, Marc: Der Anspruch der Bieter auf Einhaltung des Vergaberechts nach § 97 Abs. 7 GWB, Diss., Mainz 2000, zit: Kalinowsky, Anspruch der Bieter nach § 97 VII GWB, S.

Kamann, Hans-Georg/Sennekamp, Andreas: Der Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes als Gericht i. S. von Art. 177 EGV - EuGH, Slg. 1997, I-4961, in: JuS 1999, 438-442.

Kaufhold, Wolfgang/Mayerhofer, Werner/Reichl, Georg: Die VOF im Vergaberecht, Gesamtüberblick und Kommentar, Köln 1999, zit.: Kaufhold/Mayerhofer/Reichl, VOF, S.

Kayser, Elke: Nationale Regelungsspielräume im öffentlichen Auftragswesen und gemeinschaftsrechtliche Grenzen, Marburg 1999, zit.: Kayser, Nationale Regelungsspielräume, S.

Kempen, Bernhard: Beschaffungswesen der öffentlichen Hand, Auftragsvergabe, in: Lexikon des Rechts, Band 7, S. 120, zit.: Kempen, Beschaffungswesen, S.

Kemper, Klaus: Statement, in: Schwarze, Jürgen: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, S. 113-115, 1. Aufl., Baden-Baden 2000, Kemper, Statement, S.

Kerssenbrock, Trutz Graf: Ist der Verkauf von Geschäftsanteilen oder Aktienmehrheiten kommunaler Stromversorger einem Vergabeverfahren gemäß §§ 97 ff. GWB zu unterziehen?, in: WuW 2001, 122-126.

Kirchner, Manfred/Hendrich, Sandra: Der Eigenbetrieb - Eigenbetriebsgesetz und Eigenbetriebsverordnung, in: FiWi 1999, 226-230 (I), 243-248 (II).

Kissel, Otto Rudolf: Gerichtsverfassungsgesetz, 3. Auflage, München 2001, zit.: Kissel, GVG, §, Rn.

Klar, Werner: Kommunale Auftraggeber und die Vergabe von Versicherungsdienstleistungen, in: Die Vergabe von Versicherungsdienstleistungen nach dem neuen Vergaberecht, Hrsg.: Forum Vergabe e.V., Heft 10, S. 31-52, Berlin 2000, zit.: Klar, Kommunale Auftraggeber, S.

Knipper, Michael: Ausschreibungspflichten der DB AG, in: VergR 4/1997, S. 28-31.

Knipper, Michael: Tariftreueerklärung im öffentlichen Auftragswesen, in: WuW 1999, 677-684.

Kopp, Ferdinand O./Schenke, Wolf-Rüdiger: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 12. Auflage, München 2000, zit.: Kopp/Schenke, VwGO, §, Rn.

Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich: Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 5. Auflage, 6. und 7., München 2000; zit.: Kopp/(Ramsauer), VwVfG, Aufl., §, Rn.

Korbion, Herrmann: Zusatzband: Vergaberechtsänderungsgesetz, Kommentar, Düsseldorf 1999, zit.: Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, §, Rn.

Kratzenberg, Rüdiger: Die Neufassung der Vergabeverordnung, in: NZBau 2001, 119-122.

Kraus, Steffen: Die Rechtsprechung zum Bauvergaberecht seit 1.1.1999, in: BauR 2000, 1545-1564.

Kulartz, Hans-Peter: Nachprüfungsverfahren nach dem neuen Vergaberecht - Voraussetzungen und zeitliche Begrenzung, in: BauR 1999, 724-729.

Kulartz, Hans-Peter: Neue Wege kommunaler Wirtschaftsbetätigung, in: VergR 2/1998, S. 25-31.

Kulartz, Hans-Peter/Niebuhr, Frank: Sachlicher Anwendungsbereich und wesentlichen Grundsätze des materiellen GWB-Vergaberechts, in: NZBau 2000, 6-14.

Kus, Alexander: Auswirkungen der EuGH-Entscheidung „Alcatel Austria AG“ auf das deutsche Vergaberecht, in: NJW 2000, 544-548.

Lampe-Helbig, Gudrun/Wörmann, Klaus: Handbuch der Bauvergabe, 2. Auflage, München 1995, zit.: Lampe-Helbig/Wörman, Handbuch der Bauvergabe, S.

Langen, Eugen/Bunte, Herrmann-Josef: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl. (2 Bände), Neuwied 2000, zit.: Bearbeiter in: Deutsches und europ. Kartellrecht, §, Rn.

Leinemann, Ralf: Anmerkungen zu OLG Brandenburg, Beschl. v. 3.8.1999, 6 Verg 1/99, in: BauR 1999, 1183-1184.

Leinemann, Ralf/Weihrauch, Oliver: Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Köln 1999, zit.: Vergabe öffentlicher Aufträge, S., Rn.

Lenz, Carl Otto: EG-Vertrag, Kommentar, 2. Aufl., Köln 1999, zit.: Bearbeiter in: Lenz, EG-Vertrag, Art., Rn.

Lienemeyer, Max: „Öffentlicher Auftraggeber“ im Vergaberecht - das Beispiel der Messegesellschaften, in: EWS 2000, 448-452.

Lötzsch, Markus/Bornheim, Helmerich: Zivilrechtliche Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der neuen Vergabevorschriften der VOB/A durch private Auftraggeber, in: NJW 1995, 2134-2139.

Loewenich, Gerhard von: Die Schwellenwerte im Lichte des Verfassungsrechts, in: ZVgR 1999, 34-39.

Lübbig, Thomas: Anmerkungen zu EuG, Urteil vom 28.1.1999, Rs. T-14/96, Bretagne Angleterre Irland (BAI)/.Kommission, in: EuZW 1999, 671-672.

Mader, Oliver: Entwicklungslinien in der neueren EuGH-Rechtsprechung zum materiellen Recht im öffentlichen Auftragswesen, in: EuZW 1999, 331-340.

Malmendier, Bertrand: Vergaberecht, quo vadis?, in: DVBI 2000, 963-969.

v. Mangoldt, Herrmann/Klein, Friedrich/Starck, Christian: Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 1, Art. 1-19, 4. Aufl., München 1999, zit.: Bearbeiter in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art., Rn.

Marx, Friedhelm: Vergabeverfahren und Kontrollverfahren - Eine erste Bilanz, in: Öffentliches Auftragswesen im Umbruch, 7. Bad Iburger Gespräche, Hrsg.: Jörn Ipsen, S. 71-80, Osnabrück 1997, zit.: Marx, Vergabeverfahren und Kontrollverfahren, S.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter: Grundgesetz, Kommentar, Band II, Art. 12-21, Loseblattsammlung, München, zit.: Bearbeiter in: Maunz/Dürig, GG II, Art., Rn.

Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage, München 2000, zit.: Maurer, Verwaltungsrecht, S.

Martin-Ehlers, Andrés: Die Novellierung des deutschen Vergaberechts, in: EuR 1998, 648-668.

Martin-Ehlers, Andrés: Die Unterscheidung zwischen Zuschlag und Vertragsschluß im europäischen Vergaberecht, in: EuZW 2000, 101-105.

Martin-Ehlers, Andrés: Die Unzulässigkeit vergabefremder Kriterien, in: WuW 1999, 685-694.

Marx, Friedhelm: Vergabefremde Aspekte im Lichte der europäischen und des deutschen Rechts, in: Schwarze, Jürgen: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, S. 77-86, 1. Aufl., Baden-Baden 2000, zit.: Marx, Vergabefremde Aspekte, S.

Meibom, Wolfgang von/ Byok, Jan: Anmerkungen zur Notwendigkeit eines Vergabegesetzes in Deutschland, in: EuZW 1995, 629-632.

Meißner, Barbara: Vergabeprüfstellen sind notwendig und wichtig, in: VergR 2/1998, S. 3.

Mestmäcker, Ernst-Joachim: Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1972, zit.: Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, S.

Meyer, Timm R.: Nicht frei von Risiken, in: VergR 5/1997, S. 33-35.

Meyer, Timm R.: Rechtsquellen des Vergaberechts, in: Schwarze, Jürgen: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, S. 47-60, 1. Aufl., Baden-Baden 2000.

Meyer, Timm R.: Vergaberechtsschutz nach Erteilung des Zuschlags, in: WuW 1999, 567-574.

Möschel, Wernhard: Privatisierung und öffentliches Vergaberecht, in: WuW 1997, 120-124.

Molter, Hans R.: Zum Beschluß des OLG Schleswig und der Anmerkung Höflers in ZVgR 1999, S. 166 ff., in: ZVgR 1999, 113.

Müller, Andreas: Die Anhörungspflicht bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung gem. § 80 II Nr. 4 VwGO, in: NVwZ 1988, 702-703.

Müller-Wrede, Malte: Vergabe von Planungsleistungen, in: VergR 5/1997, S. 29-32.

Müller-Graff, Peter-Christian: Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, in: ZHR 152 (1988), 403-438.

Müller-Henneberg, Hans/Schwartz, Gustav/Benisch, Werner: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 4. Lieferung, §§ 44-75 GWB, 4. Aufl., Köln 1981, zit.: Bearbeiter in: Müller-Henneberg/Schwartz/Benisch, GWB/Europ. Kartellrecht, §, Rn.

Müller-Serten, Annette: Gemeindewirtschaftsrecht und Vergaberecht, in: NZBau 2000, 120-124 = FiWi 1999, 217-221.

Müller-Wrede, Malte: Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF), Kommentar, 1. Aufl., Düsseldorf 1999, zit.: Bearbeiter in: Müller-Wrede, VOF, §, Rn.

Neßler, Volker: Das neue Auftragsvergaberecht - ein Beispiel für die Europäisierung des deutschen Rechts, in: EWS 1999, 89-94.

Neßler, Volker: Der Neutralitätsgrundsatz im Vergaberecht, in: NVwZ 1999, 1081-1085.

Neßler, Volker: Politische Auftragsvergabe durch den Staat?, in: DÖV 2000, 145-152.

Nicklisch, Fritz/Weick, Günter: VOB, Teil B, Kommentar, 3. Aufl., München 2000, zit.: Nicklisch/Weick, VOB/B, §, Rn.

Niebuhr, Frank/Eschenbruch, Klaus: Das neue Vergaberecht 1998, in: Jahrbuch Bau-recht 1998, Hrsg. Klaus D. Kapellmann/Klaus Vygen, S. 195-233, Düsseldorf 1998, zit.: Niebuhr/Eschenbruch, Neues Vergaberecht 1998, S.

Niebuhr, Frank/Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert: Kommentar zum Vergaberecht, 4. Teil des GWB, Neuwied 2000, zit.: Bearbeiter in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, §, Rn.

Noch, Rainer: Anmerkungen zu BGH, Urteil vom 8.9.1998, X ZR 48/97 (OLG Frankfurt), in: JZ 1999, 256-259.

Noch, Rainer: Anmerkungen zu LG Hannover, Urt. v. 17.4.1997 - 21 O 38/97 (Kart.), in: WiB 1997, 945-946.

Noch, Rainer: Begriff des öffentlichen Auftraggebers, in: NVwZ 1999, 1083-1085.

Noch, Rainer: BB-Kommentar zum Beschluß des OLG Düsseldorf vom 13.4.1999, in: BB 1999, 1081-1082.

Noch, Rainer: Das geplante Vergaberecht schreibt viele Rechtsprobleme der „haushaltsrechtlichen Lösung“ fort, in: VgR 1997, 41-43.

Noch, Rainer: Die Revision des Vergaberechts - Bestandsaufnahme und kritische Analyse, in: ZfBR 1997, 221-227.

Noch, Rainer: Die Vergabe von Staatsaufträgen und der Rechtsschutz nach europäischen und deutschen Recht, Dissertation, Unkel am Rhein 1998, zit.: Noch, Vergabe von Staatsaufträgen, S.

Noch, Rainer: Vergaberecht kompakt, Düsseldorf 1999, zit.: Noch, Vergaberecht kompakt, S.

Noch, Rainer: Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, Baden-Baden 1998, zit.: Noch, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, S.

Öhler, Matthias: Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union, Wien 1997, zit.: Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe, S.

Opitz, Marc: Der Wirtschaftlichkeitsbegriff des Kartellvergaberechts, in: NZBau 2001, 12-16.

Opitz, Marc: Kontraktive Privatisierung und Kartellvergaberecht, in: ZVgR 2000, 97-110.

Ossenbühl, Fritz: Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, in: DVBl 1967, 401-408.

Otting, Olaf: Chancengleichheit, Transparenz und Neutralitätsgebot im Vergaberecht, in: NJW 2000, 484-486.

Otting, Olaf: Zur Zulässigkeit beschaffungsfremder Vergabekriterien, in: Stadt und Gemeinde 1996, 461-466.

Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 59. Aufl., München 2000, zit. Bearbeiter in: Palandt, §, Rn.

Pauly, Markus W./Figgen, Markus/Hünnekens, Georg: Gemischwirtschaftliche Entsorgungsunternehmen: Zulässigkeit und Grenzen unter abfall-, kommunal-, vergabe- und wettbewerbsrechtlichen Aspekten, Berlin 1997, zit.: Pauly/Figgen/Hünnekens: Gemischtwirtschaftliche Entsorgungsunternehmen, S.

Pernice, Ingolf/Kadelbach, Stefan: Verfahren und Sanktionen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: DVBl 1996, 1100-1114.

Peters, Falk: Richterrecht muß her, VergR 4/1997, S. 19.

Petersen, Niehls: Rechtsschutzlücken im Vergaberecht?, in: BauR 2000, 1574-1578.

Peus, Egon: Neues Vergaberecht - schon wieder aufgehoben? Eine Gesetzgebungspanne, in: NJW 1998, 3474.

Pieper, Stefan Ulrich: Keine Flucht ins öffentliche Recht, in: DVBl 2000, 160-165.

Pietzcker, Jost: Änderungen des Rechtsschutz bei der Auftragsvergabe, in: Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag, Hrsg.: von Bernd Bender u.a., München 1993, S. 501-514, zit.: Pietzcker, Rechtsschutz bei der Auftragsvergabe, S.

Pietzcker, Jost: Das deutsche Vergaberecht nach der Umsetzung der EG-Vergaberichtlinien, in: Öffentliches Auftragswesen im Umbruch, 7. Bad Iburger Gespräche, Hrsg.: Jörn Ipsen, S. 43-58, Osnabrück 1997, zit.: Pietzcker, Deutsches Vergaberecht, S.

Pietzcker, Jost: Das Vergaberechtsänderungsgesetz, in: Leipziger Juristische Vorträge, Heft 43, Hrsg. von der Juristenfakultät der Universität Leipzig und dem Institut für Verwaltung in den neuen Bundesländern e.V., Leipzig 1999, zit.: Pietzcker, Vergaberechtsänderungsgesetz, S.

Pietzcker, Jost: Der persönliche und sachliche Anwendungsbereich des neuen Vergaberechts, in: ZVgR 1999, 24-33.

Pietzcker, Jost: Die deutsche Umsetzung der Vergabe- und Nachprüfungsrichtlinien im Lichte der neuen Rechtsprechung, in: NVwZ 1996, 313-319.

Pietzcker, Jost: Die neue Gestalt des Vergaberechts, in: ZHR 162 (1998), 427-473.

Pietzcker, Jost: Die Zweiteilung des Vergaberechts, in: Schwarze, Jürgen: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, S. 61-75, 1. Aufl., Baden-Baden 2000, zit.: Pietzcher, Zweiteilung des Vergaberechts, S.

Pietzcker, Jost: Kein Strohalm für die „haushaltsrechtliche Lösung“, in: NVwZ 1997, 1186-1187.

Pietzner, Rainer/Ronellenfitsch, Michael: Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 10. Aufl. Düsseldorf 2000, zit.: Pietzner/Ronellenfitsch, Assessorexamen im Öffentlichen Recht, S.

Portz, Norbert: Anwendung des Vergaberechts bei der Privatisierung kommunaler Aufgaben, in: BWGZ 2000, 191-198.

Portz, Norbert: Rechtsschutz bei Vergabefehlern und Vermeidung von Vergabebeschwerden, in: ZVgR 1998, 596-603.

Portz, Norbert: VgRÄG: Nachbesserung erforderlich, in: VergR 6/1997, S. 3.

Prahl, Albert: Zum neuen Vergaberecht: Das Nachprüfungsverfahren überholt die Bindefrist - und was dann?, in: VR 2000, 13-16.

Prieß, Hans-Joachim: Ausschreibungspflichten kommunaler Versorgungsunternehmen, DB 1998, 405-409.

Prieß, Hans-Joachim: Das öffentliche Auftragswesen in den Jahren 1994 und 1995, in: EuZW 1996, 357-364.

Prieß, Hans-Joachim: Das Öffentliche Auftragswesen im Jahre 1996, in: EuZW 1997, 391-398.

Prieß, Hans-Joachim: Das Öffentliche Auftragswesen in den Jahren 1997 und 1998, in: EuZW 1999, 196-204.

Prieß, Hans-Joachim: Das öffentliche Auftragswesen in der europäischen Union, Köln/München 1994, zit.: Prieß, Öffentliches Auftragswesen, S.

Prieß, Hans-Joachim: Rechtsschutz und Ersatzansprüche nicht berücksichtigter Bieter, in: Öffentliches Auftragswesen im Umbruch, 7. Bad Iburger Gespräche, Hrsg.: Jörn Ipsen, S. 81-92, Osnabrück 1997, zit.: Prieß, Rechtsschutz und Ersatzansprüche, S.

Prieß, Hans-Joachim: Ubi Ius, Ibi Remedium!, in: EuZW 1995, 793-794.

Prieß, Hans-Joachim/Pitschas, Christian: Die Vereinbarkeit vergabefremder Zwecke mit dem deutschen und europäischen Vergaberecht, in: ZVgR 1999, 144-152.

Puhl, Thomas: Das neue Vergaberecht für öffentliche Aufträge, in: 9. Bad Iburger Gespräche, Gemeinden und Kreise in einem vereinten Europa, Hrsg.: Jörn Ipsen und Hans-Werner Rengeling, Osnabrück 1999, zit.: Puhl, Neues Vergaberecht, S.

Rasmussen, Hjalte: Dreißig Jahre Gemeinschaftsrecht, in: Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Hrsg.), Luxemburg 1983, zit.: Rasmussen, Dreißig Jahre Gemeinschaftsrecht, S.

Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240/AGB-Gesetz, 3. Aufl., München 1993, zit.: Bearbeiter in: MüKo, Band 1, §, Rn.

Redeker, Konrad/Oertzen, von Hans-Joachim: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 13. Aufl. Stuttgart 2000, zit.: Bearbeiter in: Redeker/Oertzen, VwGO, §, Rn.

Reidt, Olaf: Das Verhältnis von Zuschlag und Auftrag im Vergaberecht - Gemeinschafts- oder verfassungsrechtlich bedenklich?, in: BauR 2000, 22-27.

Reidt, Olaf/Stickler, Thomas/Glahs, Heike: Kommentar zum Vergaberecht (4. Teil des GWB), Köln 2000, Bearbeiter in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, §, Rn.

Renck, Ludwig: Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts, NVwZ 1992, 338-339.

Riese, Christoph: Vergaberecht, Berlin/Heidelberg 1998, zit.: Riese, Vergaberecht, S.

Rittner, Fritz: Das deutsche Öffentliche Auftragswesen im europäischen Kontext, in: NVwZ 1995, 313-320.

Rittner, Fritz: Das öffentliche Auftragswesen im Spannungsfeld zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, in: Das öffentliche Auftragswesen in der EG, Hrsg.: Jürgen Schwarze u. Peter-Christian Müller-Graff, Baden-Baden, Beiheft zu EuR 1996/I, S. 7-22.

Rittner, Fritz: Die „sozialen Belange“ i.S. der EG-Kommission und das inländische Vergaberecht, in: Schwarze, Jürgen: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, S. 87-96, 1. Aufl., Baden-Baden 2000; ebenso in: EuZW 1999, 677-680.

Rittner, Fritz: Öffentliches Auftragswesen und Privatrecht, in: ZHR 152 (1988), 318-332.

Rittner, Fritz: Rechtsgrundlagen und Rechtsgrundsätze des öffentlichen Auftragswesens, in: Schriften zum Öffentlichen Auftragswesen, Hrsg.: H. H. Eberstein, V. Jank, H. Sackerer, W. Zdzieblo, Heft 5, Hamburg 1988, zit.: Rittner, Rechtsgrundlagen und Rechtsgrundsätze, S.

Rittner, Fritz: Vergaberecht und Mittelstand (KMU), in: VergR 4/1998, S. 30-31.

Roebeling, Georg: Das Vergaberecht im Wandel - eine Einführung, in: JURA 2000, 453-461.

Rönsch, Hannelore: Bindung an Frauenförderung ist der falsche Weg, <http://www.cducsu.bundestag.de/texte/roen102i.htm>, 26.12.2000, zit.: Rönsch, Frauenförderung ist der falsche Weg.

Rozek, Jochen: Grundfälle zur verwaltungsgerichtlichen Fortsetzungsfeststellungsklage, JuS 1995, 598-601.

Ruf, Dietmar: Das Vergaberechtsänderungsgesetz, in: BWGZ 1999, 974-976.

Rust, Ursula: Die sozialen Kriterien im Vergaberecht, in: EuZW 2000, 205-208.

Rust, Ursula: GWB-Vergaberecht und soziale Standards, in: EuZW 1999, 453-457.

Rust, Ulrich: Vergaberechtlicher Primärschutz gegen die Zuschlagserteilung, in: NZBau 2000, 66-68.

Ruthig, Josef: Rechtsschutz von Bietern bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, in: DÖV 1997, 539-545.

Schäfer, Mathias J.: Mehr Wettbewerb im Bereich des öffentlichen Auftragswesens nach Erlaß der europäischen Vergaberichtlinie?, Tangstedt/Hamburg, München 1994, zit.: Schäfer, Mehr Wettbewerb, S.

Schaller, Hans: Aktuelles aus dem EU-Vergaberecht, in: RiA 2000, 130.

Schaller, Hans: Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung des Vergaberechtsänderungsgesetzes, in: FiWi 2000, 4-10.

Schaller, Hans: Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung des Vergaberechtsänderungsgesetzes, in: Gemeindehaushalt 2000, 104-107.

Schaller, Hans: Das Vergaberechtsänderungsgesetz, in: RiA 1999, 30-35.

Schellhammer, Kurt: Zivilprozeß, 9. Aufl., Heidelberg 1999, zit.: Schellhammer, Zivilprozeß, S., Rn.

Schenke, Wolf-Rüdiger: Verwaltungsprozeßrecht, 7. Aufl., Heidelberg 2000, zit.: Schenke, Verwaltungsprozeßrecht, S., Rn.

Schewe-Gerigk, Irmgard: Die bundespolitische Diskussion, in: Öffentliche Auftrags- und Mittelvergabe an frauenfördernde Unternehmen und Hochschulen, Hrsg.: Grüne im Landtag

NRW, S. 16-17, <http://gruene.landtag.nrw.de/archiv/1998/info1998/pdf/98sf08.pdf>, 29.12.2000, zit.: Schewe-Gerigk, Bundespolitische Diskussion, S.

Schlenke, Egon/Thomas, Peter: Verpflichtung formell privater Gesellschaften der öffentlichen Hand zur Anwendung des öffentlichen Vergaberechts, in: BauR 1997, 412-417.

Schlette, Volker: Der „Begriff des öffentlichen Auftraggebers“ im EG-Vergaberecht, EuR 2000, 119-127.

Schmidt, Karsten: Kartellverfahrensrecht, Kartellverwaltungsrecht, Bürgerliches recht, Köln/München 1977, zit.: Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S.

Schmitt Glaeser, Walter: Verwaltungsprozeßrecht, 15. Aufl., Stuttgart 2000, zit.: Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, S.

Schmittmann, Michael: Die EG-Rechtsmittelrichtlinie zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, in: EuZW 1990, 536-539.

Schmitz, Elke: Das Recht der öffentlichen Aufträge im Gemeinsamen Markt, Baden-Baden 1972, zit.: Schmitz, Recht der öffentlichen Aufträge, S.

Schneevogel, Kai-Uwe/Horn, Lutz: Das Vergaberechtsänderungsgesetz, in: NVwZ 1998, 1242-1245.

Schnorbus, York: Der Schadensersatzanspruch des Bieters bei der fehlerhaften Vergabe öffentlicher Aufträge, in: BauR 1999, 77-106.

Schoch, Friedrich: Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, in: Schriftenreihe des Lorenz-von-Stein-Instituts für Verwaltungswissenschaften Kiel, Hrsg. Albert von Mutius, Reimer Bracker und Gerhard Prosi, Band 10, Heidelberg 1988, zit. Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz, S.

Schoch, Friedrich/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Pietzner, Rainer: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, München, Stand Januar 2000, zit.: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, §, Rn.

Schohe, Gerrit/Hoenike, Mark: Die Rechtsprechung des EuGH und EuG zu staatlichen Beihilfen in den Jahren 1996 und 1997, in: EuZW 1997, 741-748.

Schramm, Johannes: Anmerkungen zu EuGH, Urteil vom 28.10.1999, Rs. C-81/98, Alcatel Austria AG u.a./Bundesministerium für Wirtschaft und Verkehr, in: ZVgR 2000, 13-17.

Schröder, Jürgen: Zu den Fragen der Anwendung von Vergabeverfahren und der Leistungstransparenz bei Auftragsproduktionen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, in: ZUM 2000, 209-231.

Schubert, Jörg: Privatisierung und öffentliches Vergaberecht, WuW 2001, 254-261.

Schulte, Martin: Ausnahmen vom neuen Vergaberecht durch öffentlich-rechtliche Verträge, in: NZBau 2000, 272-277.

Schumacher, Friedrich Arndt: Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, Regensburg 1998, zit.: Schumacher, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, S.

Schwab, Brent: Anmerkungen zu BGH, Beschluß vom 18.1.2000, KVR 23/98, in: AuR 2000, 273-275.

Schwarze, Jürgen: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, in: Schwarze, Jürgen: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, S. 13-45, 1. Aufl., Baden-Baden 2000, ebenso in: EuZW 2000, 133-144.

Schwarze, Jürgen: Diskriminierung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts, in: Öffentliche Aufträge und Forschungspolitik, Hrsg.: Karl Matthias Meesen, Baden-Baden 1979, zit.: Schwarze, Diskriminierung bei der Vergabe, S.

Schwerdtner, Eberhardt: Die aufschiebende Wirkung - Notwendigkeit eines effektiven Rechtsschutzes, in: NVwZ 1987, 473-474.

Seidel, Ingelore: Eine problematische Entscheidung, VergR 2/1998, S. 37-38.

Seidel, Ingelore: Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, Hrsg. Dausen, Manfred A., München 1993, zit.: Seidel, EG-Wirtschaftsrecht, Band, Abschnitt, Rn.

Seidel, Ingelore: Zur Implementierung von Sekundärzielen im europäischen Vergaberecht, in: ZVgR 2000, 195-200.

Seidel, Ingelore: Zur Wandelung des Begriffsinhaltes „Öffentlicher Auftrag“ im EG-Vergaberecht, vom institutionellen zum funktionellen Begriff, sowie zu aktuellen Anwendungsfragen des erweiterten Begriffs, in: ZfBR 1995, 227-233.

Seifert, Dorothea: Statement, in: Schwarze, Jürgen: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, S. 109-11, 1. Aufl., Baden-Baden 2000, zit.: Seifert, Statement, S.

Sieveking, Jürgen: Deutschland europatreu: Die Grundzüge des Vergaberechtsänderungsgesetzes als Teil der Neufassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: VR 1999, 337-343.

Soergel Th./Wolf, Manfred: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Band 2, Allgemeiner Teil 2, §§ 104-240, 13. Aufl., Stuttgart 1999, zit.: Bearbeiter in: Soergel/Wolf, BGB, Band 2, AT 2, §, Rn.

Spießhofer, Birgit/Lang, Matthias: Der neue Anspruch auf Information im Vergaberecht, in: ZIP 2000, 446-450.

Staudinger, J. von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Allgemeiner Teil, §§ 134-163, 14. Aufl., Berlin 1996, zit.: Bearbeiter in: Staudinger, BGB, I, §, Rn.

Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael: Verwaltungsverahrensgesetz, 4. Aufl., München 1993, zit.: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, §, Rn.

Stern, Klaus: Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, in: JuS Schriftenreihe, Band 3, 8. Aufl., München 2000, zit.: Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, S., Rn.

Sterner, Frank: Rechtsbindungen und Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: Schriften zum öffentlichen, europäischen und internationalen Recht, Band 2, Stuttgart/München 1996, zit.: Sterner, Rechtsbindungen und Rechtsschutz, S.

Stober, Rolf: Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 11. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln 1998, zit.: Stober, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S.

Stockmann, Kurt: Die Vergabeüberwachung des Bundes, in: WuW 1995, 572-582.

Stolz, Bernhard: Anmerkungen zu Bundeskartellamt, Beschluß vom 1.2.2001, VK 2 44/00, in: VergabeR 2001, 153-154.

Stolz, Dirk: Zum Anwendungsbereich des Vergaberechts im Telekommunikationssektor, in: VergR 1/1998, S. 28-31.

Stolz, Kathrin: Das öffentliche Auftragswesen in der EG, 1. Aufl., Baden-Baden 1991, zit.: Stolz, Öffentliches Auftragswesen in der EG, S.

Stürner, Rolf: Die gewerbliche Geheimsphäre im Zivilprozeß, JZ 1985, 453-461.

Sturmberg, Georg: Neues Vergaberecht - deutlich verbesserter Bieterschutz, in: BauR 1998, 1063-1073

Sundberg-Weitman, B.: Discrimination on grounds of nationality, Amsterdam 1977, zit. Sundberg-Weitman, Discrimination, S.

Sura, Martin: Anmerkungen zu EuGH, Urteil vom 10.11.1998, Rs. C-360/96, Gemeinde Arnhem u. Gemeinde Rheden./BFI Holding BV, in: EuZW 1999, 19-20.

Teichler, Maximilian: Die Rolle des Versicherungsmaklers, in: Die Vergabe von Versicherungsdienstleistungen nach dem neuen Vergaberecht, Hrsg.: Forum Vergabe e.V., Heft 10, S. 71-80, Berlin 2000, zit. Teichler, Rolle des Versicherungsmaklers, S.

Thieme, Hinrich/Correl, Cathrin: Deutsches Vergaberecht zwischen nationaler Tradition und europäischer Integration, in: DVBl 1999, 884-891.

Tilmann, Winfried: Rechtsfragen des gerichtlichen Vergabe-Kontrollverfahrens, in: WuW 1999, 342-350.

Tilmann, Winfried: Vergabekontrolle durch Zivilgerichte?, in: Festschrift für Otfried Lieberknecht, Hrsg.: Ernst Niederleithinger, Rosemarie Werner und Gerhard Wiedemann, München 1997, S. 599-606, zit.: Tilmann, Vergabekontrolle durch Zivilgerichte, S.

Thiesbrummel, Gabriele: Denkbare Konsequenzen für eine Region, in: Öffentliche Auftrags- und Mittelvergabe an frauenfördernde Unternehmen und Hochschulen, Hrsg.: Grüne im Landtag NRW, S. 28-31, <http://gruene.landtag.nrw.de/archiv/1998/info1998/pdf/98sf08.pdf>, 29.12.2000, zit.: Thiesbrummel, Konsequenzen für eine Region, S.

Thode, Reinhold: Zum vergaberechtlichen Status von juristischen Personen des Privatrechts, in: ZIP 2000, 2-10.

Thomas, Heinz/Putzo, Hans: Zivilprozeßordnung, 22. Aufl., 1999 München, zit.: Bearbeiter in: Thomas/Putzo, ZPO, §, Rn.

Tomerius, Stephan: Kommunale Abfallwirtschaft und Vergaberecht, in: NVwZ 2000, 727-734.

Triantafyllou, Dimitris: Europäisierungsprobleme des Verwaltungsprivatrechts am Beispiel des öffentlichen Auftragsrechts, in: NVwZ 1994, 943-947.

Ulbrich, Hans-Benno/Waldner, Thomas: Die vorläufige Sicherung des Anspruchs auf Einhaltung der Vergabebestimmungen - praktische und rechtliche Probleme aus Sicht anbietender Bauunternehmen -, in: BauR 1999, 1082-1095.

Ullrich, Hanns: Dienstleistungskonzessionen und europäisches Vergaberecht, in: ZVgR 2000, 85-97.

Vetter, Andrea: Das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge 1999 und 2000, in: NVwZ 2001, 745-759.

Vill, Michael: Das vorläufige Verbot der Zuschlagserteilung gemäß § 115 I GWB ein Verbotsgesetz i. S. von § 134 BGB?, in: BauR 1999, 971-979.

Vogg, Stefan: Einstweilige Feststellungsverfügung?, in: NJW 1993, 1357-1364.

Voppel, Reinhard: Neuerungen im Vergaberecht durch das Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG), in: LKV 1999, 5-9.

Wägenbaur, Bertrand: Die jüngere Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte im Bereich des vorläufigen Rechtsschutz, in: EuZW 1996, 327-335.

Waldner, Thomas: Bieterschutz im Vergaberecht unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben, in: *Ius Europaem*, Hrsg.: Karl F. Kreuzer, Dieter H. Scheuing u. Ulrich Sieber, Band 10, Diss., Baden-Baden 2000, zit.: Waldner, Bieterschutz im Vergaberecht, S.

Wallerath, Maximilian: Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, Baden-Baden 1988, zit.: Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung, S.

Walter, Michael: Statement, in: Schwarze, Jürgen: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, S. 117-118, 1. Aufl., Baden-Baden 2000, zit.: Walter, Statement, S.

Wedel, Thomas: Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs und die Andeutungstheorie, WRP 1997, 418-420.

Weides, Peter: Die Anhörung der Beteiligten im Verwaltungsverfahren, in: JA 1984, 648-660.

Weinacht, Felix: Vorlagebeschluss zur Berliner Tariftreueerklärung und vergabefremde Kriterien im Kartellvergaberecht, in: WuW 2000, 382-388.

Weitbrecht, Andreas: Erste Erfahrungen mit dem Nachprüfungsverfahren nach dem GWB, in: Schwarze, Jürgen: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, S. 177-190, 1. Aufl., Baden-Baden 2000, zit.: Weitbrecht, Erste Erfahrungen mit dem Nachprüfungsverfahren, S.

Werner, Michael-Jürgen: Öffentlich-rechtliche und zivilrechtliche Folgen bei einer Verletzung der Vergabevorschriften durch öffentliche Auftraggeber, in: WuW 1996, 875-888.

Weyand, Rudolf: Religionsgemeinschaften und Vergaberecht, in: BauR 1996, 780-783.

Wiedemann, Gerhard: Handbuch des Kartellrechts, München 1999, zit.: Bearbeiter in: Wiedemann, §, Rn.

Wieseler, Willi: Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, Berlin 1967, zit.: Wieseler, Vorläufiger Rechtsschutz, S.

Willems, Heiko: Erster Düsseldorfer Vergaberechtstag, in: NWBl 2001, 75-77.

Willenbruch, Klaus: Rügepflicht nach §§ 107 Abs. 3, 108 Abs. 2 GWB - ein Stolperstein in der Vergaberechtspraxis, in: BB 2001, 7-10.

Willenbruch, Klaus: Vorbeugender und vorläufiger Rechtsschutz nach dem Vergaberechtsänderungsgesetz (§§ 97-129 GWB), in: NVwZ 1999, 1062-1068.

Wittig, Oliver: Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, in: Baurechtliche Schriften, Band 51, Hrsg.: H. Korbion und H. Locher, Düsseldorf 1999, zit.: Wittig, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme, S.

Wolf, Dieter: Vergabegrundsätze (§ 106 GWB Vergaberechtsänderungsgesetz bzw. § 97 GWB in der seit 1. Januar 1999 geltenden Fassung) und ihre GWB-konforme Auslegung, Vortrag im Rahmen der Veranstaltung Forum Vergabe e. V. zum Vergaberechtsänderungsgesetz 1998 am 2. März 1999 in Köln, http://www.bundeskartellamt.de/rede_2.3.99.html, 26.12.2000., zit.: Wolf, Vergabegrundsätze, S.

Ziekow, Jan: Vergabefremde Zwecke und Europarecht, in: NZBau 2001, 72-78.

Zöller, Richard: Zivilprozeßordnung, Kommentar, 22. Aufl., Köln 2001, zit.: Bearbeiter in: Zöller, ZPO, §, Rn.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abl.	Amtsblatt
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkungen
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AuR	Arbeit und Recht
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebs-Berater
Beschl.	Beschluß
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BKartA	Bundeskartellamt
BKR	Baukoordinierungsrichtlinie
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BWGZ	Die Gemeinde
bzw.	beziehungsweise

DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
d.h.	das heißt
DKR	Dienstleistungskordinierungsrichtlinie
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
Drucks.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaften
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuR	Europarecht
EuVgR	Europäisches Vergaberecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FiWi	Finanzwirtschaft
Fn.	Fußnote
GA	Generalanwalt
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGrG	Haushaltsgrundsätzegegesetz
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.S.v.	im Sinne von

i.V.m.	in Verbindung mit
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KOM	Dokument der Europäischen Kommission
LG	Landgericht
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LKR	Lieferkoordinierungsrichtlinie
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
NpV	Nachprüfungsverordnung
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungs-Report
NWBI	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZBau	Neue Zeitschrift für Vergaberecht und Baurecht
OLG	Oberlandesgericht
RiA	Recht im Amt
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RMR	Rechtsmittelrichtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SKR	Sektorenkoordinierungsrichtlinie
Slg.	Amtliche Sammlung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften
s.o.	siehe oben
S-RMR	Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie
StädteT	Der Städtetag
s.u.	siehe unten

Urt.	Urteil
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
v.	vom
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch	Verwaltungs-Archiv
VG	Verwaltungsgericht
VergabeR	Vergaberecht
VergR	Vergaberecht
VergK	Vergabekammer
VergNews	Vergabe-News
VergRR	Vergaberechtsreport
vgl.	vergleiche
VergRÄG	Vergaberechtsänderungsgesetz
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VgV	Vergabeverordnung
VR	Verwaltungsrundschau
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
VOF	Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen
VOL	Verdingungsordnung für Leistungen
VÜA	Vergabeüberwachungsausschuß
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
WiB	Wirtschaftliche Beratung
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung
z.B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZVgR	Zeitschrift für deutsches und internationales Vergaberecht
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZZP	Zeitschrift für den Zivilprozeß

Einleitung

Die nachfolgenden Erläuterungen befassen sich mit dem vorläufigen Rechtsschutz im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe. Unter den Begriff öffentliche Aufträge fällt insbesondere die Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen durch die öffentliche Verwaltung sowie durch öffentliche und halb staatliche Unternehmen. Insgesamt stellt das öffentliche Beschaffungswesen einen bedeutenden Faktor der gesamtwirtschaftlichen Nachfrage dar.¹ Belegt wird dies dadurch, daß Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge, die von staatlichen Stellen und Unternehmen, die Versorgungsleistungen für die Allgemeinheit erbringen, vergeben werden, etwa 14 % des Bruttoinlandsproduktes der Europäischen Union ausmachen. Dies entspricht wertmäßig 50 % der deutschen Wirtschaft, das heißt etwa 1 Billion Euro.²

Neben der wirtschaftlichen Brisanz der Vergabe öffentlicher Aufträge stellt dieses Gebiet ein zugleich aktuelles und rechtlich schwieriges Thema dar.³ Um das neue Rechtssystem verstehen zu können, muß man an den Wurzeln des heute geltenden nationalen Vergaberechts, dem europäischen Primär- und Sekundärrecht, ansetzen.⁴ Aufgrunddessen wird im 1. Kapitel die öffentliche Auftragsvergabe im Europäischen Gemeinschaftsrecht beleuchtet.

Ebenso von elementarer Bedeutung für das Verständnis des neuen Rechtsschutzsystems nach dem Vergaberechtsänderungsgesetz, insbesondere im Hinblick auf eine historische und teleologische Auslegung, ist die zunächst erfolgte Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinien in den Verdingungsordnungen (2. Kapitel) und schließlich im Haushaltsgrundsätzegesetz (3. Kapitel).

Der Schwerpunkt der Arbeit beschäftigt sich im 4. Kapitel mit dem am 1. Januar 1999 in Kraft getretenen Vergaberechtsänderungsgesetz. Neben den dadurch unverändert geltenden Grundsätzen und den wesentlichen Änderungen im Vergabeverfahren wird der vorläufige Rechtsschutz im Vergaberecht detailliert erläutert. Letzterer gliedert sich wiederum auf

¹ Puhl, Neues Vergaberecht, S. 111.

² Europäische Kommission, Öffentliches Auftragswesen, Vereinfachung und Modernisierung, http://europa.eu.int/comm/internal_market/de/publproc/general/2k-461.htm; Meyer, Rechtsquellen des Vergaberechts, S. 47, 57.

³ Schoch, Grußwort, S. 9.

⁴ Vgl. zur historischen Entwicklung vor Erlass der Vergaberichtlinien: Rittner, Rechtsgrundlagen und Rechtsgrundsätze, S. 30 ff.; Kalinowsky, Anspruch der Bieter nach § 97 VII GWB, S. 1 ff.; Riese, Vergaberecht, S. 1 ff.; Waldner, Bieterschutz im Vergaberecht, S. 28 ff.; Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 126 ff.; Lampe-Helbig/Wörmann, Handbuch der Bauvergabe, Rn. 10.

in den vorläufigen Rechtsschutz im Rahmen des § 115 GWB und denjenigen im Rahmen der sofortigen Beschwerde. Ziel des vorläufigen Rechtsschutzes im Vergaberecht ist es in der Regel, einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen der Vergabestelle und denen des unterlegenen Bieters zu schaffen. Dabei muß bei der Vergabekammer bzw. beim Beschwerdegericht vor allem berücksichtigt werden, daß einerseits durch die Aussetzung des Vergabeverfahrens keine unzumutbaren Investitionsblockaden entstehen und andererseits durch den endgültigen Zuschlag keine irreversiblen Tatsachen geschaffen werden. Die spezielle Ausgestaltung des (vorläufigen) Rechtsschutzes im Vergaberechtsänderungsgesetz erfolgte zum Teil unzureichend und führte seit seinem Inkrafttreten zu vielen offenen Fragen. Nur ein geringer Teil davon wurde bislang von höchstrichterlicher Rechtsprechung geklärt, ein erheblicher Teil ist jedoch bis heute insbesondere in der Literatur noch heftigst umstritten.

Seit Inkrafttreten des Vergaberechtsänderungsgesetzes avanciert zwar das neue Vergaberecht mit seinen spezifischen, bisher dem deutschen Vergaberecht unbekanntem Rechtsschutzmöglichkeiten zu einem echten Modethema. Belegt wird dies insbesondere durch eine Fülle von Literatur zum neuen Vergaberecht.⁵ Jedoch sind trotz des gewaltigen literarischen Interesses und einer Vielzahl von Beschlüssen der Rechtsprechung, die oftmals widersprüchlich sind, noch erhebliche Lücken, insbesondere im vorläufigen Rechtsschutz des neuen Vergaberechts, zu schließen.

⁵ Kämper/Heßhaus, Städtetag 5/2000, S. 36; belegt wird dies auch durch den am 2.11.2000 erstmals stattfindenden „Düsseldorfer Vergaberechtstag“, vgl. dazu NWBI 2001, 75 ff.

1. Kapitel: Öffentliche Auftragsvergabe im Europäischen Gemeinschaftsrecht

Um den einstweiligen und vorläufigen Rechtsschutz nach dem europäischen Vergaberecht zu verstehen, muß man bei den Vergaberegeln selber, dem materiellen Vergaberecht, ansetzen. Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge sind sowohl im primären als auch im sekundären Gemeinschaftsrecht geregelt.

A. Primärrecht (EGV)

Das öffentliche Auftragswesen ist im EGV nicht ausdrücklich geregelt. Grund dafür dürfte nicht etwa mangelnde Kenntnis des bestehenden nationalen Protektionismus auf diesem Gebiet gewesen sein. Viel eher ist zu vermuten, daß zur Zeit der Entstehung der EWG Mitte der 50er Jahre zu großer Widerstand der Mitgliedstaaten gegen eine ausdrückliche Regelung dieses wirtschaftlich und politisch wichtigen Rechtsgebietes befürchtet wurde.⁶

Lediglich an zwei Stellen ist das Recht der öffentlichen Aufträge im EGV angesprochen: Art. 163 II EGV betrifft Zusammenarbeitsbestrebungen der europäischen Industrie auf dem Gebiet der Forschung und technologischen Entwicklung, die unter anderem durch die Öffnung des einzelstaatlichen öffentlichen Auftragswesens gefördert werden sollen. Art. 183 Nr. 4 EGV statuiert die gleichberechtigte Teilnahme von Bewerbern aus den Mitgliedstaaten und solchen aus assoziierten überseeischen Ländern bei Ausschreibungen der Gemeinschaft.⁷ Es handelt sich aber hierbei jeweils um Sonderfälle, die keine Rückschlüsse auf ein allgemeines europäisches Vergaberecht zulassen.⁸ Trotz Fehlens einer ausdrücklichen Regelung besteht kein Zweifel darüber, daß die allgemeinen Vertragsgrundsätze Anwendung finden.⁹ Dies zeigt sich daran, daß anderenfalls der Vertrag eine Ausschlußklausel hinsichtlich seines Anwendungsbereiches für das öffentliche Beschaffungswesen enthalten hätte.¹⁰

Grundstein des europäischen Vergaberechts sind daher die Grundfreiheiten des EGV:

⁶ Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 42; Seidel, EG-Wirtschaftsrecht, Band 2, H IV, Rn. 27; nach Sundberg-Weitmann, Discrimination, S. 221 stellt diese Materie „a highly sensitive one in the context of the principle of non-discrimination“ dar.

⁷ Sterner, Rechtsbindungen und Rechtsschutz, S. 37.

⁸ Stolz, Öffentliches Auftragswesen in der EG, S. 5; Schmitz, Recht der öffentlichen Aufträge, S. 126 f.; Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 46.

⁹ Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 72; Schmitz, Recht der öffentlichen Aufträge, S. 127.

¹⁰ Schwarze, Diskriminierung bei der Vergabe, S. 79, 85; Schwarze, EuZW 2000, 133, 134.

I. Warenverkehrsfreiheit

1. Schutzbereich

Die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 EGV verbietet mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung. Dabei wird unter eine Maßnahme gleicher Wirkung nach der Dassonville-Formel jede Maßnahme verstanden, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.¹¹ Ausgenommen von diesem Verbot sind nach der sogenannten Keck-Rechtsprechung nichtdiskriminierende Verkaufsbeschränkungen, die von ihrer Zielsetzung her den grenzüberschreitenden Warenverkehr nicht beeinträchtigen können, also regelmäßig Beschränkungen, die produktbezogenen Charakter haben und nicht vertriebsbezogene Regelungen darstellen.¹² Dabei kommt es insgesamt nicht zu einem absoluten Verbot für Handelsbeschränkungen, vielmehr können diese durch die in Art. 30 EGV aufgeführten Ausnahmen oder aufgrund immanenter Schranken gerechtfertigt sein.

2. Verstoß im Bereich des Vergaberechts

Trotz der erfolgten Reduktion auf produktbezogene Beschränkungen, stellt Art. 28 EGV eine Bestimmung von hoher Regelungsintensität für das öffentliche Auftragswesen dar, und zwar im Bereich sämtlicher Richtlinien.¹³

Deutlich wird dies zum einen in dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Kommission./Irland.¹⁴ Danach sahen irische Bestimmungen vor, daß die Bieter bei einem öffentlichen Bauauftrag eine Bestätigung über die Übereinstimmung technischer Eigenschaften von Rohren aus Asbestzement mit einer irischen Norm vorlegen mußten. Dabei war bei der Teilnahme an der Vergabe die Verwendung von gleichwertigen Materialien nicht ausreichend. Vielmehr mußten die Bieter den Übereinstimmungsnachweis mit Hilfe eines irischen Instituts erbringen. Dabei sah der EuGH das Erfordernis der gesonderten Bescheinigung, welches nur die nichtirischen Unternehmen betraf, mit der Warenverkehrsfreiheit als unvereinbar an, da die Maßnahme geeignet sei, ausländische Bieter von der Angebotsabgabe abzuhalten.¹⁵

¹¹ EuGH, Urt. v. 11.7.1974, Rs. 8/74, Staatsanwaltschaft./B. und G. Dassonville, Slg. 1974, 837, 852.

¹² EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267 und C268/91, Strafverfahren./B. Keck und D. Mithouard, Slg. 1993, I-6097, 6131.

¹³ Mader, EuZW 1999, 331, 339.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 22.9.1988, Rs. 45/87, Kommission./Irland (Dundalk), Slg. 1988, 4929, 4962.

¹⁵ Mader, EuZW 1999, 331, 339.

Ebenso lag es in der Rechtssache „Du Pont e Nemours Italiana“.¹⁶ Danach bestimmten italienische Vergaberegeln, daß einem im Mezzogiorno ansässigen Unternehmen 30% des Auftragsvolumens vorbehalten werden. Auch dies stellte einen Verstoß gegen Art. 28 EGV dar, da die italienischen Vergaberegeln vorsahen, die in Italien hergestellten Erzeugnisse gegenüber den in Mitgliedstaaten erzeugten Produkten vorzuziehen. Dies führt zu einer nicht gerechtfertigten Diskriminierung.¹⁷

II. Niederlassungsfreiheit

1. Schutzbereich

Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 ff. EGV ist die Freiheit der Selbständigen, Freiberufler und Unternehmen, ihre selbständige Erwerbstätigkeit in einem fremden Mitgliedsstaat aufzunehmen und auszuüben.¹⁸ Dies umfaßt die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedsstaat auf unbestimmte Zeit.¹⁹ Dabei beinhaltet die Niederlassungsfreiheit sowohl ein Diskriminierungsgebot als auch ein allgemeines Beschränkungsverbot.²⁰

2. Verstoß im Bereich des Vergaberechts

Aufgrund des EuGH-Urteils in der Rechtssache „Lottomatica“ liegt ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit im Bereich des Vergaberechts dann vor, wenn eine Beschränkung der Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen auf Unternehmen vorliegt, die sich überwiegend in öffentlicher Hand befinden, wenn in dem entsprechenden Bereich keine ausländischen Unternehmen bestehen, die dieses Kriterium erfüllen.²¹ Ebenso bedeutsam für das Verständnis des Anwendungsbereiches der Niederlassungsfreiheit im öffentlichen Auftragswesen ist die Entscheidung „Steinhauser“.²² Danach waren in einer Ausschreibung für die Vermietung von Hütten im Hafen von Biarritz, die im öffentlichen Eigentum standen, ausschließlich französische Bewerber zugelassen. Die Vorschrift in den Zulas-

¹⁶ EuGH, Urt. v. 20.3.1990, Rs. 21/88, Du Pont de Nemours Italiana./ Unità sanitaria locale Nr. 2 von Carrara, Slg. 1990, I-889, 919 ff.; vgl. auch EuGH, Urt. v. 22.6.1993, Rs. C-243/89, Kommission./Dänemark (Brücke über Storebaelt), Slg. 1993, I-3353, 3391.

¹⁷ Gutknecht, Vergaberegeln der EG, S. 12 f.; Riese, Vergaberecht, S. 25.

¹⁸ Stolz, Öffentliches Auftragswesen in der EG, S. 45.

¹⁹ Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 52; EuGH, Urt. v. 30.11.1995, Rs. C-55/94, Gebhard./Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori di Milano, EuZW 1996, 93, 94.

²⁰ EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93, Union royale belge des sociétés des football association u.a. ./ J.-M. Bosmann u.a., Slg. EuZW 1996, 82, 87 f.

²¹ EuGH, Urt. v. 26.4.1994, Rs. C-272/91, Kommission./Italien (Lottomatica), Slg. 1994, I-1409.

²² EuGH, Urt. v. 18.6.1985, Rs. 197/84, P. Steinhauser./Stadt Biarritz, Slg. 1985, 1819, 1824.

sungsunterlagen, welche an die Staatsangehörigkeit anknüpfte, verstieß nach Ansicht des EuGH dabei gegen die Niederlassungsfreiheit.²³

III. Dienstleistungsfreiheit

1. Schutzbereich

Die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 ff. EGV schützt im Unterschied zur Niederlassungsfreiheit das Recht, zwecks Erbringung selbständiger Leistungen eine Tätigkeit vorübergehend in einem anderen Staat auszuüben.²⁴ Ebenso besteht hier ein Diskriminierungsverbot und ein allgemeines Beschränkungsverbot.²⁵

2. Verstoß im Bereich des Vergaberechts

Ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit liegt dann vor, wenn lokale Dienstleistungsunternehmen im Vergleich zu Unternehmen aus Mitgliedstaaten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bevorzugt behandelt werden.²⁶ Ebenso liegt ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit bei einem Erfordernis einer Arbeitserlaubnis für die Beschäftigung von Arbeitskräften aus Drittstaaten vor.²⁷ Wenn dieses Unternehmen kostenpflichtige Arbeitserlaubnisse bei jeder grenzüberschreitenden Tätigkeit in dem jeweiligen Mitgliedsstaat beantragen müsste, würde dies die Dienstleistungen des Unternehmers verteuern und ihn dadurch im Wettbewerb benachteiligen.²⁸ Zulässig ist aber die Vorschreibung derselben Arbeitsbedingungen wie für inländische Arbeitskräfte.²⁹

IV. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit gem. Art. 39 ff. EGV kann in Einzelfällen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Anwendung finden. Eine unzulässige Beschränkung liegt dann

²³ Mader, EuZW 1999, 331, 340.

²⁴ Hailbronner/Weber, EWS 1997, 73, 75.

²⁵ Siehe oben: 1. Kap. A. II. 1.

²⁶ Beispielsweise EuGH, Urt. v. 5.12.1989, Rs. C-3/88, Kommission./Italien; Slg. 1989, 4035, 4058 ff.; EuGH, Urt. v. 3.6.1992, Rs. C-360/89, Kommission./Italien, Slg. 1992, I-3401, 3417 ff.; EuGH, Urt. v. 22.6.1993, Rs. C-243/89, Kommission./Dänemark (Brücke über Storebaelt), Slg. 1993 I-3353, 3391 ff.

²⁷ EuGH, Urt. v. 27.3.1990, Rs. C-113/89, Rush Portuguesa./Office national d'immigration, Slg. 1990, I-1417, 1443 ff.; EuGH, Urt. v. 9.8.1994, Rs. C-43/93, R.V. Elst./Office des migrations internationales, Slg. 1994, I-3803, 3827.

²⁸ Wittig, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme, S. 29.

²⁹ EuGH, Urt. v. 9.8.1994, Rs. C-43/93, R.V. Elst./Office des migrations internationales, Slg. 1994, I-3803, 3827; EuGH, Urt. v. 28.3.1996, Rs. C-272/94 Strafverfahren gegen Michel Guiot, Slg. 1996, I-1905, 1921 ff.

vor, wenn die Ausschreibungsunterlagen eine weitgehende Verwendung inländischer Arbeitskräfte vorschreiben.³⁰

V. Allgemeines Diskriminierungsgebot

Art. 12 EGV untersagt als spezifische gemeinschaftsrechtliche Ausprägung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Form der offenen und versteckten Diskriminierung. Die Bedeutung für das Vergaberecht ist aber eher gering. Denn in der Anwendungssystematik gehen die besonderen Diskriminierungsverbote - also die allgemeinen Grundfreiheiten - dem Art. 12 EGV vor, so daß die Vorschrift nur subsidiär Anwendung findet.³¹ Gleichwohl wurden vom EuGH einige nationale Vergabevorschriften am Maßstab des allgemeinen Diskriminierungsverbotes gemessen.³² Dabei können die zu Art. 12 EGV entwickelten Auslegungsgrundsätze auch auf die Marktfreiheiten übertragen werden.³³

Dem allgemeinen Diskriminierungsverbot kommt im Vergaberecht jedoch dann eine eigenständige Bedeutung zu, wenn eine staatliche Maßnahme im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge eine offene oder versteckte Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zur Folge hat, ohne daß der Tatbestand einer speziellen Marktfreiheit erfüllt ist.³⁴ Dies ist in Abgrenzung zu Art. 28 ff. EGV dann der Fall, wenn es auf den Ursprung der Ware gar nicht ankommt, sondern allein nach der Staatsangehörigkeit der Anbieter unterschieden wird.³⁵

VI. Beihilfen

Inwieweit die Beihilfenvorschriften gem. Art. 87 ff. EWG auf die Vergabe öffentlicher Aufträge anwendbar sind, ist umstritten. So wird einerseits vertreten, daß in der Bevorzugung bestimmter Unternehmen bei der Auftragsvergabe deswegen keine Beihilfen zu sehen sind, weil die den beauftragten Unternehmen zugeführten Mittel ihren entgeltlichen Charakter behielten und damit die Begriffsmerkmale einer unentgeltlichen Beihilfe entfielen. Denn wenn der Staat einen höheren Preis als den Marktpreis oder den von Konkurrenten seines

³⁰ Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 53.

³¹ Mader, EuZW 1999, 331, 333; Stolz, Öffentliches Auftragswesen in der EG, S. 9; EuGH, Urt. v. 10.12.1991, Rs. C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova./Siderurgica Gabrielli*, Slg. 1991, I-5889, 5927.

³² EuGH, Urt. v. 20.9.1988, Rs. 31/87, „Gebroeder Beentjes/Niederlande“, Slg. 1988, 4635, 4659.

³³ Boesen, Vergaberecht, Einl. Rn. 23; Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte, S. 24.

³⁴ Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte, S. 24; a.A. Stolz, Öffentliches Auftragswesen in der EG, S. 10: sieht in Art. 28 ff., 43 ff., 49 ff., 39 ff. umfassende Grundnormen des öffentlichen Auftragswesens.

³⁵ Frank, Die Koordinierung der Vergabe, S. 50.

Lieferanten geforderten Preis zahlt, kann man die Zahlung des Staates nicht in eine entgeltliche Gegenleistung und eine unentgeltliche Beihilfe zerlegen. Ein solcher Versuch würde insbesondere in der Praxis auf unüberwindbare Schwierigkeiten stoßen.³⁶

Andererseits wird vertreten, daß die bevorzugte Auftragsvergabe auch nach den Beihilfenvorschriften zu beurteilen sind. Denn aus der Sicht eines Unternehmens stellt ein zugesicherter und gegen die Konkurrenz geschützter Auftrag ebenso einen geldwerten Vorteil dar wie die Gewährung einer Subvention in Form einer Zahlung einer bestimmten Geldsumme. Gleichzeitig kann der höhere Preis, den der Staat aufgrund des fehlenden Wettbewerbs zu zahlen hat, zumindest bei Großaufträgen leicht zu Mehrausgaben führen, die bei weitem die Grenzwerte zur Anwendung des Beihilferechts überschreiten. Daß dieser Mehrwert im Einzelfall schwer zu bestimmen ist, ist ein Problem der Tatsachenfeststellung, jedoch als Rechtsargument nicht überzeugend.³⁷ Dafür spricht auch, daß der Beihilfenbegriff weit auszulegen ist.³⁸ So unterscheidet Art. 87 EGV nicht nach den Gründen oder Zielen einer staatlichen Maßnahme, sondern bewertet sie allein nach ihren Wirkungen.³⁹ Es gelten weder soziale noch politische Ziele, vielmehr kommt es allein darauf an, ob durch die Maßnahme eine Wettbewerbsverzerrung eingetreten ist.⁴⁰ Der Begriff der Unentgeltlichkeit des Vorteils ist im Vergaberecht somit dahingehend zu verstehen, daß es darauf ankommt, ob die marktmäßige Gegenleistung gewahrt wird oder nicht.⁴¹

Die Rechtsprechung hatte diesen Streit bislang offengelassen.⁴² Nach dem Urteil des EuG vom 28. Januar 1999 stellt aber nun ein öffentlicher Beschaffungsvertrag, der in der Weise verhandelt wird, daß die Vergütung der von der öffentlichen Hand eingekauften Leistungen oberhalb des handelsüblichen Preises liegt oder der den privaten Auftragnehmer ohne wirtschaftlich nachvollziehbaren Grund in anderer Weise begünstigt, dann eine Beihilfe dar, wenn dieses Vorgehen geeignet ist, den Wettbewerb zu verfälschen, und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt. Nur wenn also die von der öffentlichen Hand zu leis-

³⁶ Schwarze, EuZW 2000, 133, 134.

³⁷ Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte, S. 36; Riese, Vergaberecht, S. 28; Schwarze, Diskriminierung bei der Vergabe, S. 88, Frank, Die Koordinierung der Vergabe, S. 55.

³⁸ Schohe/Hoenike, EuZW 1997, 741, 742.

³⁹ EuGH, Urt. v. 2.7.1974, Rs. 173/73, Kommission./Italien, Slg. 1974, 709, 718.

⁴⁰ Schohe/Hoenike, EuZW 1997, 741, 742.

⁴¹ Benedict, Sekundärzwecke, S. 245 f.; Müller-Graff, ZHR 152 (1988), 403, 419.

⁴² Lediglich in den Schlußanträgen setzte sich GA Lenz in dem Verfahren Du Pont de Nemours, EuGH, Rs. 21/88, Slg. 1990, I-889, 913 f., mit der Frage auseinander, ob eine Vergabebestimmung, die 30% der Aufträge ortsansässiger Unternehmen vorbehält, den Beihilfenbegriff des Art. 87 I EGV erfüllt. Danach wurde in dem Mehrbetrag, den die öffentlichen Auftraggeber im vorliegenden Fall zu zahlen hatten, weil die aufgrund des Präferenzsystems geschlossenen Lieferaufträge teurer waren als bei einem unbeschränkten Vergabeverfahren, eine mit Beihilfen vergleichbare staatliche Unterstützung der bevorzugten Betriebe gesehen.

tende Vergütung oberhalb des wettbewerbsanalogen Preises liegt, unterfällt die Differenz dem Tatbestand des Art. 87 I EGV.⁴³

VII. Bedeutung nach Inkrafttreten der EG-Vergaberichtlinien

Vor Inkrafttreten der EG-Vergaberichtlinien waren die Regelungen des EG-Vertrages die einzigen europarechtlichen Bestimmungen, die von der Vergabepaxis zu beachten waren. Aber auch nach Inkrafttreten haben die Bestimmungen des primären Gemeinschaftsrechts für das öffentliche Auftragswesen noch Bedeutung. Für Vergaben, die nicht von den Richtlinien umfaßt werden, bilden die primärrechtlichen Bestimmungen nach wie vor die einzigen für das Vergabeverfahren relevanten Vorschriften des Gemeinschaftsrechts.⁴⁴ Bei der Anwendung der Richtlinien sind dagegen die Bestimmungen des Primärrechts durch die Vergaberichtlinien konkretisiert worden. Jedoch ist das primäre Gemeinschaftsrecht immer noch von Bedeutung, da es für die Auslegung und Anwendung der Vergaberichtlinien und der zu ihrer Umsetzung ergangenen Bestimmungen herangezogen wird.⁴⁵ Darüber hinaus sind sie sogar unmittelbar anzuwenden, wenn die Vergaberichtlinien keine ausdrücklichen Regelungen enthalten.⁴⁶ Vom EuGH wird das Primär- und Sekundärrecht zuweilen kumulativ angewandt.⁴⁷

B. Materielle Vergaberichtlinien

Die in Art. 28, 39 ff., 43 ff. und 49 ff. EGV normierten Beschränkungsverbote allein gewährleisten jedoch noch keinen ungehinderten Zugang zu den nationalen Beschaffungsmärkten anderer EG-Staaten. Denn sie haben lediglich die negative Wirkung, Einschränkungen der Marktfreiheiten ausländischer Bewerber zu verbieten, ohne positiv ein bestimmtes Verhalten oder Vergabeverfahren zu gebieten.⁴⁸ Aus diesem Grund sollen nun die Vergaberichtlinien die konkrete Umsetzung dieser Prinzipien sicherstellen, um die gewünschte Liberalisierung der Beschaffungsmärkte herbeizuführen.⁴⁹

⁴³ EuG, Urt. v. 28.1.1999, Rs. T-14/96, Bretagne Angleterre Irlande (BAI)/.Kommission, EuZW 1999, 665, 670 f.; Lübbig, EuZW 1999, 671, 672.

⁴⁴ Stober, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 309; Prieß, Öffentliches Auftragswesen, S. 5; Erdl, Neuer Vergaberichtsschutz, S. 9, Rn. 8.

⁴⁵ Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 11; Schmittmann, EuZW 90, 536, 536 f.; Lampe-Helbig/Wörmann, Handbuch der Bauvergabe, S. 53.

⁴⁶ Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 11.

⁴⁷ EuGH, Urt. v. 20.3.1990, Rs. C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana/.Unità sanitaria locale Nr. 2 von Carrara, Slg. 1990, I-889, 919 ff.

⁴⁸ Stolz, Öffentliches Auftragswesen in der EG, S. 61.

⁴⁹ Boesen, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 47.

Ziele der Richtlinien sind insbesondere die Vergabe öffentlicher Aufträge im wettbewerblichen Verfahren, die Nichtdiskriminierung der Unternehmen und eine höchstmögliche Transparenz bei der Auftragsvergabe. Auf diese Weise soll den Grundfreiheiten des EG-Vertrages auch auf diesen letzten, noch von protektionistischer Abschottung geprägten Märkten zur Durchsetzung verholfen werden.⁵⁰ Denn nicht selten würden nationaler Egoismus, regionale Präferenzen und der Druck interessierter Lobbyisten eine grenzüberschreitende Auftragsvergabe politisch verhindern, wenn es keine gerichtliche Kontrolle gäbe.⁵¹

Es handelt sich um folgende Richtlinien:

Die **Baukoordinierungsrichtlinie (BKR)** war in ihrer ersten Fassung als Richtlinie 71/305/EWG⁵² das erste Teilstück auf dem Weg zur Schaffung eines einheitlichen Vergabemarktes. Die BKR ist seit ihrem Erlaß mehrfach verändert und schließlich durch die Richtlinie 93/37/EWG⁵³ vollständig neu gefaßt worden.⁵⁴

Die **Lieferkoordinierungsrichtlinie (LKR)** regelt die Vergabe öffentlicher Lieferaufträge und folgte der BKR im Jahre 1977 als Richtlinie 77/62/EWG⁵⁵. Auch die LKR wurde mehrfach geändert und ist schließlich durch die Richtlinie 93/36/EWG⁵⁶ völlig neu gefaßt worden.⁵⁷

Die am 17. September 1990 erlassene **Sektorenrichtlinie (SKR)** 90/531/EWG⁵⁸ regelt die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor.⁵⁹ Sie regelt den gesamten Bereich von Verträgen, deren Vergabe vom Anwendungsbereich der BKR bzw. LKR ausgenommen war. Die SKR betraf zunächst nur die Vergabe von Bau- und Lieferaufträgen. Bei der letz-

⁵⁰ Schwarze, EuZW 2000, 133, 135; Puhl, Neues Vergaberecht, S. 111, 114; noch 1986 sind nach Einschätzung der EU-Kommission nur 0,14% des Bruttoinlandprodukts der Gemeinschaft für öffentliche Aufträge an andere Mitgliedstaaten gegangen, während ohne Behinderungen mit einem zwischenstaatlichen Auftragsvolumen von 7-10% des Bruttoinlandprodukts zu rechnen sei - dem 50-fachen; vgl. dazu Kommission, Die Öffnung der Beschaffungsmärkte, 1993, S. 2.

⁵¹ Sieveking, VR 1999, 337, 338.

⁵² ABIEG Nr. L 185 vom 18.6.1971, S. 5.

⁵³ ABIEG Nr. L 199 vom 9.8.1993, S. 54.

⁵⁴ Bechtold, GWB, Vor. § 97, Rn. 4.

⁵⁵ ABIEG Nr. L 13 vom 15.1.1977, S. 1.

⁵⁶ ABIEG Nr. L 199 vom 9.8.1993, S. 1.

⁵⁷ Bechtold, GWB, Vor. § 97, Rn. 5.

⁵⁸ ABIEG Nr. L 297 v. 29.10.1990, S. 1.

⁵⁹ In Art. 8 SKR ist jedoch bestimmt, daß Unternehmen von der Anwendungspflicht frei sind, wenn auf dem betreffenden abgrenzbaren Marktsegment Wettbewerb nachgewiesen werden kann. Aufgrund der erheblichen Veränderungen auf dem Telekommunikationsmarkt hat die Kommission von Art. 8 SKR Gebrauch gemacht und die Unternehmen des Telekommunikationssektors vom Anwendungsbereich der SKR ausgeklammert. Vgl. Jasper/Marx, Vergaberecht, Einf. XXII; Stolz, VergR 1/1998, S. 28 ff.; Kemper, Statement, S. 113, 114.

ten und grundlegenden Neufassung wurde der Anwendungsbereich auf die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen in der Fassung der Richtlinie 93/38/EWG⁶⁰ erweitert.

Durch die **Dienstleistungsrichtlinie (DKR)** 92/50/EWG⁶¹ wurde der Harmonisierungsprozeß im Bereich der öffentlichen Aufträge zu einem vorläufigen Abschluß gebracht.⁶² Dienstleistungsverträge im Sinne der Richtlinie 92/50/EWG sind im Grundsatz all diejenigen Verträge, die nicht in den Anwendungsbereich anderer Vergaberichtlinien fallen. Demzufolge ist diese Richtlinie bewußt weit gefaßt worden.⁶³

I. Schwellenwerte

1. Bedeutung der Schwellenwerte

Die europäischen Vergaberichtlinien finden nicht für alle öffentlichen Aufträge Anwendung, sondern nur, wenn das Auftragsvolumen einen bestimmten Schwellenwert überschreitet. Ziel der EG-Vergaberichtlinien ist es, im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge einen echten, grenzüberschreitenden Wettbewerb sicherzustellen. Es sollen demnach nur solche Aufträge erfaßt werden, die wegen ihres Wertes für einen grenzüberschreitenden Wettbewerb von Bedeutung sein können. Die Schwellenwerte erfüllen somit die Funktion, kleinere Aufträge, die für ausländische Bieter regelmäßig nicht von Interesse sind und daher keine grenzüberschreitende Relevanz aufweisen, vom Anwendungsbereich der EG-Vergaberichtlinien auszunehmen.⁶⁴ Zugleich wird dadurch ein unverhältnismäßiger Verwaltungs- und Bearbeitungsaufwand für kleinere Aufträge verhindert.⁶⁵ Öffentliche Aufträge unterhalb der Schwellenwerte müssen jedoch mit den Grundsätzen des Primärrechts - insbesondere mit den Marktfreiheiten - im Einklang stehen.⁶⁶ Es kommt somit zu einer Teilung in einen rechtlich umfassend geregelten Bereich und in einen Sektor, in dem nach wie vor Bieterrechte unterentwickelt sind.⁶⁷

2. Bestimmung der Schwellenwerte

Bei der Bestimmung der Schwellenwerte ist stets von dem geschätzten Auftragswert ohne Mehrwertsteuer auszugehen. So liegt der Schwellenwert bei öffentlichen Bauaufträgen

⁶⁰ ABIEG Nr. L 199 v. 9.8.1993, S. 84.

⁶¹ ABIEG Nr. L 209 v. 24.7.1992, S. 1.

⁶² Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 45.

⁶³ Bechtold, GWB, Vor. § 97, Rn. 7.

⁶⁴ Boesen, Vergaberecht, § 100, Rn. 3.

⁶⁵ Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte, S. 73.

⁶⁶ Siehe oben: 1. Kap. A. VII.

⁶⁷ Pietzcker, Zweiteilung des Vergaberechts, S. 61 ff.

gem. Art. 6 I BKR bei 5.000.000 ECU, bei öffentlichen Lieferaufträgen gem. Art. 6 V LKR bei 200.000 ECU, bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen gem. Art. 7 I, II DKR bei 200.000 ECU und bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen hinsichtlich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgungsbetriebe bei 400.000 ECU bzw. im Telekommunikationssektor bei 600.000 ECU und für Bauaufträge in allen vier Sektoren einheitlich bei 5.000.000 ECU.⁶⁸ Die Vergaberichtlinien enthalten dabei detaillierte Vorgaben darüber, wie die Schwellenwerte bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Zusammenhang mit Dauerschuldverhältnissen oder regelmäßig wiederkehrenden Aufträgen zu berechnen sind.⁶⁹

II. Subjektive Rechte

Durch die materiellen Vergaberichtlinien sind verbindliche Pflichten der öffentlichen Auftraggeber begründet worden, denen subjektive Rechte der Bieter auf Einhaltung dieser Regelungen gegenüberstehen.⁷⁰ Denn in den Vergaberichtlinien sind nicht nur objektive Pflichten der öffentlichen Auftraggeber enthalten, sondern sie dienen auch dem Individualinteresse des Bieters.⁷¹ Dies ergibt sich auch aus einigen Urteilen des EuGH⁷² zur Richtlinie 71/305/EWG, wonach diese Bestimmung unbedingt und hinreichend genau ist, so daß die Richtlinie dem einzelnen Rechte verleihen will, auf die er sich gegenüber dem Staat und dem öffentlichen Auftraggeber berufen kann.⁷³ Zwar wurde vereinzelt geäußert, daß weder in den Vergaberichtlinien noch in den einschlägigen Entscheidungen des EuGH der Begriff subjektives Recht verwendet wird und sich infolgedessen in den materiellen Vergaberichtlinien keine solchen subjektiven Rechte befinden könnten.⁷⁴ Doch der Grund ist darin zu sehen, daß dieser Ausdruck dem EG-Recht fremd ist.⁷⁵ Maßgeblich ist, daß die Rechte des Bieters von Verwaltung und Rechtsprechung zu beachten sind und er sich klageweise gegen etwaige Verletzungen der Vergabevorschriften wehren können muß.⁷⁶

⁶⁸ Zur Berechnung der DM-Gegenwerte siehe Schaller, RiA 2000, 130.

⁶⁹ Art. 5 II - VI LKR, Art. 7 IV - VII DKR, Art. 14 III - XIII SKR; ebenso Boesen, Vergaberecht, § 100, Rn. 21 ff.; Prieß, Öffentliches Auftragswesen, S. 59 ff.

⁷⁰ Boesen, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 48.

⁷¹ Noch, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, S. 141.

⁷² EuGH, Urt. v. 10.2.1982, Rs. 76/81, SA Transporoute et travaux ./ Minister des travaux publics, Slg. 1982, 417, 426 ff.; EuGH, Urt. v. 20.9.1988, Rs. 31/87, Gebroeders Beentjes BV ./ Niederlande, Slg. 1988, 4635, 4652; EuGH, Urt. v. 22.6.1989, Rs. 103/88, Fratelli Costanzo SpA ./ Stadt Mailand, Slg. 1989, 1839, 1871.

⁷³ Heiermann/Ax, Neues deutsches Vergaberecht, S. 18; Rittner, NVwZ 95, 313, 319; Brinker, EWS 1995, 255, 257.

⁷⁴ Seidel, EG-Wirtschaftsrecht, H IV, Rn. 188 ff.; LG Berlin, Beschl. v. 1.11.1994, 16 O 600/94, BauR 1985, 600 f.; Eberstein, Öffentliches Auftragswesen, BB 1994, 1230, 1236.

⁷⁵ Boesen, EuVgR 1995, 47, 49; ausführlich Kalinowsky, Anspruch der Bieter nach § 97 VII GWB, S. 73 ff.

III. Vergabeverfahren

1. Publikationspflichten

Um allen interessierten Unternehmen gleichen Zugang zu den in der Gemeinschaft zu vergebenden öffentlichen Aufträgen zu gewähren, normieren die Richtlinien zunächst umfassende Publikationspflichten.⁷⁷ Denn erst durch die Veröffentlichung von Vorinformationen und Bekanntmachungen über Ausschreibungen von Auftraggebern der Mitgliedstaaten auf Gemeinschaftsebene wird sichergestellt, daß interessierte Unternehmen ausreichende Kenntnis von dem Vergabeverfahren, den zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen bzw. Lieferungen und den damit verbundenen Bedingungen erhalten. Das erst ermöglicht ihnen ein Urteil, ob die anstehenden Vergabeverfahren für sie von Interesse sind.⁷⁸

2. Verfahrensarten

Die Vergaberichtlinien unterscheiden grundsätzlich drei Vergabeverfahrensarten: Im offenen Verfahren können alle interessierten Lieferanten ein Angebot abgeben.⁷⁹ Im nicht offenen Verfahren können nur die vom öffentlichen Auftraggeber aufgeforderten Lieferanten ein Angebot abgeben.⁸⁰ Im Verhandlungsverfahren wendet sich der öffentliche Auftraggeber an Lieferanten seiner Wahl und verhandelt mit mehreren oder einem einzigen.⁸¹ Während das Verhandlungsverfahren als wettbewerbsärmstes Verfahren von den Auftraggebern der drei klassischen Vergaberichtlinien nur in bestimmten, von den Richtlinien enumerativ aufgezählten Fällen angewendet werden darf, haben die Sektorenauftraggeber grundsätzlich freie Wahl zwischen allen drei Verfahrensarten.⁸² Zu beachten ist, daß für die Einreichung der Angebote bestimmte Fristen nach dem Zeitpunkt der Ausschreibung gewahrt werden müssen, damit dem einzelnen Unternehmer eine genaue Prüfung der Ausschreibungsunterlagen ermöglicht wird.⁸³

3. Eignung und Zuschlag

⁷⁶ Noch, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, S. 141.

⁷⁷ Schwarze, EuZW 2000, 133, 136; zu den Ausnahmen von den Publikationspflichten siehe Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte, S. 84 ff.

⁷⁸ Prieß, Öffentliches Auftragswesen, S. 72.

⁷⁹ Art. 1 lit. e BKR, Art. 1 lit. d LKR, Art. 1 lit. d DKR, Art. 1 Nr. 7 lit. a SKR.

⁸⁰ Art. 1 lit. f i.V.m. Art. 13 BKR, Art. 1 lit. e i.V.m. Art. 11 LKR, Art. 1 lit. e i.V.m. Art. 19 DKR, Art. 1 Nr. 7 lit. b i.V.m. Art. 28 IV SKR.

⁸¹ Art. 1 lit. g BKR, Art. 1 lit. f LKR, Art. 1 lit. f DKR, Art. 1 Nr. 7 lit. e SKR.

⁸² Schwarze, EuZW 2000, 133, 136.

⁸³ Boesen, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 48.

Die Vergaberichtlinien bestimmen zunächst, welche Unternehmen aus objektiven Gründen von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können, etwa weil ein Konkursverfahren eröffnet wurde oder weil ein Unternehmen gegen zwingende arbeits- oder sozialrechtliche Vorschriften des jeweiligen Mitgliedstaats verstoßen hat (Ausschlußgründe).⁸⁴ Des Weiteren bestehen formelle⁸⁵ und materielle Eignungskriterien. Bezüglich der letztgenannten nennen die Richtlinien hierzu die Kriterien der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit und bestimmen die Nachweise, die von den Vergabebehörden hierzu verlangt werden können.⁸⁶

Daraufhin erfolgt die Wertung der Angebote derjenigen Anbieter, die für das Vergabeverfahren verblieben sind. Dabei stellen die Richtlinien den öffentlichen Auftraggebern bei der Entscheidung über den Zuschlag alternativ zwei Kriterien zur Verfügung. Der Zuschlag kann entweder ausschließlich auf den rein rechnerisch niedrigsten Preis oder ausschließlich auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden, wobei verschiedene Kriterien je nach Auftrag wechseln und mit unterschiedlichem Gewicht berücksichtigt werden können.⁸⁷

C. Rechtsmittelrichtlinien

Zur Durchsetzung der Vergaberegeln hat die Europäische Gemeinschaft zwei Rechtsmittelrichtlinien erlassen: die Richtlinie 89/665/EWG (RMR)⁸⁸, die den klassischen Bereich der Auftraggeber betrifft und für die Nachprüfung von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen oberhalb der Schwellenwerte gilt, sowie die Richtlinie 92/13/EWG (S-RMR)⁸⁹ für die sogenannten Sektorenauftraggeber. Letztgenannte regelt eine umfassende Prüfung der Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor. Auch hier sind nur solche Aufträge erfaßt, deren Auftragsvolumen sich oberhalb der Schwellenwerte der zugrundeliegenden Sektorenrichtlinie befindet. Der sachliche Anwendungsbereich der Rechtsmittelrichtlinien richtet

⁸⁴ Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, S. 145.

⁸⁵ Z. B. Eintragung in ein Berufsregister: Art. 25 BKR, Art. 21 LKR, Art. 30 DKR.

⁸⁶ Art. 26, 27 BKR, Art. 22, 23 LKR, Art. 31, 32 DKR.

⁸⁷ Art. 30 BKR, Art. 26 LKR, Art. 36 DKR, Art. 34 SKR; Seidel, EU-Wirtschaftsrecht, Band 2, H IV, Rn. 106; Funk/Marko/Pernthaler, Umsetzung der Vergaberichtlinien, S. 29 f.

⁸⁸ ABIEG Nr. L 395 v. 30.12.1989, S. 33.; vgl. auch Europäische Kommission, Öffentliches Auftragswesen, Vereinfachung und Modernisierung, http://europa.eu.int/comm/internal_market/de/publproc/general/2k-461.htm.

⁸⁹ ABIEG Nr. L 76 v. 23.3.1992, S. 14.

sich also grundsätzlich nach dem Anwendungsbereich der materiellen Vergaberichtlinien.⁹⁰

Die RMR enthält Bestimmungen über einen Mindeststandard an effektivem Rechtsschutz im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge. Danach soll in einem Nachprüfungsverfahren die Gewähr für eine effektive Nachprüfung von Entscheidungen der Vergabestelle sichergestellt werden sowie die Möglichkeit von Korrekturen vor Vergabe der Aufträge und die Leistung von Schadensersatz geschaffen werden.⁹¹ Der konkrete Umfang und die einzelne Ausgestaltung der Befugnisse, die für ein Nachprüfungsverfahren vorgesehen sind, ergeben sich jedoch nicht aus der Richtlinie.⁹²

Die S-RMR stellt zusätzlich zwei weitere Verfahren zur regelmäßigen Überprüfung der Rechtmäßigkeit und Gemeinschaftskonformität der Vergabeverfahren zur Verfügung: ein fakultatives Bescheinigungsverfahren (sog. Attestationsverfahren, bei dem die Vergabepaxis nachträglich von einer unabhängigen Institution oder Person überprüft wird)⁹³ und ein außergerichtliches Streitschlichtungsverfahren auf Gemeinschaftsebene, deren Inanspruchnahme aber freiwillig ist. Des Weiteren besteht hiernach zur Wahrung der Rechts-treue die Möglichkeit, dem Auftraggeber die Zahlung eines Geldbetrages in bestimmter Höhe aufzugeben, wenn dieser den Rechtsverstoß nicht beseitigt oder seine Beseitigung unterläßt.⁹⁴

I. Nachprüfungsinstanzen

Die Rechtsmittelrichtlinien stellen den Mitgliedstaaten frei, ob sie die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge ihren Gerichten oder anderen Nachprüfungsinstanzen zuweisen. Werden andere Spruchkörper als die mitgliedstaatlichen Gerichte für zuständig erklärt, so ist gem. Art. 2 VIII RMR bzw. gem. Art. 2 IX S-RMR sicherzustellen, daß deren Entscheidung zum Gegenstand einer Klage bei einer unabhängigen, justizförmig besetzten weiteren Instanz im Sinne des Art. 234 EGV gemacht werden kann.⁹⁵

II. Antragslegitimation

⁹⁰ Boesen, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 49.

⁹¹ Boesen, EG-Vergaberecht, S. 17.

⁹² Schumacher, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, S. 44.

⁹³ Carl, EuZW 1994, 173, 177.

⁹⁴ Boesen, EuZW 1998, 551, 553.

⁹⁵ Schmittmann, EuZW 1990, 536, 539; Schwarze, EuZW 2000, 133, 137; Boesen, EuZW 98, 551, 554.

Das Nachprüfungsverfahren muß gem. Art. 1 III RMR/S-RMR jedem zur Verfügung stehen, der ein Interesse an dem Erhalt des öffentlichen Auftrags hat und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entweder entstanden ist oder zu entstehen droht.⁹⁶ Damit wurde der Kreis der zu einem Nachprüfungsverfahren Berechtigten bewußt weit gezogen. Neben einem rechtlichen Interesse reicht ein rein wirtschaftliches oder tatsächliches Interesse aus.⁹⁷

III. Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen

Nach Art. 2 I lit. b RMR/S-RMR muß für die Nachprüfungsinstanz die Befugnis gegeben werden, bis Vertragsschluß⁹⁸ rechtswidrige Entscheidungen der Vergabestelle aufzuheben oder diese veranlassen zu können. Diese Befugnis umfaßt auch die Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen in jedem das Vergabeverfahren betreffende Dokument.

IV. Schadensersatz

Nach Art. 2 I lit. b der RMR/S-RMR muß demjenigen, der durch einen Rechtsverstoß geschädigt worden ist, Schadensersatz zuerkannt werden. Dabei haben die Mitgliedstaaten bei der Gewährung von Schadensersatz aufgrund der Rechtswidrigkeit der Entscheidung nach Art. 2 V RMR bzw. Art. 2 I S-RMR die Möglichkeit, daß diese zunächst von einer mit den dafür erforderlichen Befugnissen ausgestatteten Instanz aufgehoben sein muß. Art. 2 VI RMR/S-RMR bestimmt ebenso ausdrücklich, daß sich die Wirkung einer Aufhebung der Zuschlagsentscheidung auf den geschlossenen Vertrag nach dem innerstaatlichen Recht des jeweiligen Mitgliedstaates richtet. Danach können die Mitgliedstaaten vorschreiben, daß die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz nach dem im Anschluß an die Zuschlagerteilung vollzogenen Vertragsschluß auf die Zuerkennung von Schadensersatz beschränkt werden.⁹⁹ Dabei ist umstritten, ob eine generelle Reduzierung auf sekundären Rechtsschutz mit diesen Vorgaben vereinbar ist. Bedeutsam ist dies, da im deutschen Recht der zivilrechtliche Vertrag und die Zuschlagerteilung zusammenfallen.¹⁰⁰

⁹⁶ Kayser, Nationale Regelungsspielräume, S. 26.

⁹⁷ Schwarze, EuZW 2000, 131, 137; Boesen, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 49.

⁹⁸ Art. 2 VI 2 RMR/S-RMR; nach früheren Vorschlägen vom 1.6.1987 und 8.12.1988 sollte das zur Nachprüfung zuständige Gericht auch befugt sein, bereits abgeschlossene Verträge zu annullieren. Vgl. dazu Aicher, Vergabekontrollkommission, S. 33.

⁹⁹ Holoubek, Rechtsschutz und Kontrolle, S. 112.

V. Vorläufige Maßnahmen

Die Kommission stellte in ihren Vorschlägen zu den Rechtsmittelrichtlinien fest, daß die meisten Vergabeverstöße vor Zuschlagserteilung erfolgen, daß aber die Aufträge innerhalb einer Frist von wenigen Wochen erteilt werden. Aus diesem Grund normiert Art. 1 I RMR/S-RMR, daß die Entscheidungen der Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch nachgeprüft werden müssen. Dies gilt namentlich im Hinblick auf Art. 2 VI der RMR/S-RMR, demzufolge die Rechte eines diskriminierten Unternehmens nach Vertragsschluß auf Schadensersatz beschränkt werden können.¹⁰¹

1. Suspensiveffekt

Gem. Art. 2 III RMR/S-RMR muß aber bei der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens kein zwangsläufiger Suspensiveffekt im Hinblick auf das laufende Vergabeverfahren eintreten. Tritt der Suspensiveffekt nicht kraft Gesetzes ein, kann vorbehaltlich einer im übrigen möglichen vorläufigen Maßnahme zur Beseitigung eines geltend gemachten Verstoßes die Vergabeentscheidung weiterhin getroffen werden, ohne daß der behauptete Rechtsverstoß beseitigt oder verhindert wurde.¹⁰² Dadurch läuft der Bieter aber während der ganzen Dauer des Nachprüfungsverfahrens Gefahr, daß in dem Moment, in dem der Zuschlag erteilt wird, das Rechtsschutzverfahren obsolet wird.¹⁰³ Diese nach den europäischen Vorgaben gegebene Rechtslage hindert indes keinen Mitgliedsstaat, von sich aus bei der Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien im Rahmen des nationalen Rechts eine Regelung vorzusehen, die dem Antrag auf Nachprüfung aufschiebende Wirkung beimißt. Dies ist Ausdruck der nationalen Kompetenz und kann aufgrund der gravierenden Folgen insbesondere für den nicht berücksichtigten Bieter durchaus von Vorteil sein.¹⁰⁴

2. Effektiver Rechtsschutz

Daher haben die Mitgliedstaaten nach Art. 2 I lit. a RMR/S-RMR sicherzustellen, daß so schnell wie möglich im Wege der einstweiligen Verfügung vorläufige Maßnahmen ergriffen werden können, um den behaupteten Rechtsverstoß zu beseitigen oder weitere Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern. Diese Maßnahmen sollen gewährleisten, daß den Rechten des Bieters effektiver Schutz vor unumkehrbaren Entscheidungen zur

¹⁰⁰ Siehe unten: 4. Kap. D. I. 2.

¹⁰¹ Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 190.

¹⁰² Drügemöller, Vergaberecht und Rechtsschutz, S. 292.

¹⁰³ Boesen, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 51.

Verfügung steht.¹⁰⁵ Effektiver Rechtsschutz durch vorläufige Maßnahmen bedeutet, das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags auszusetzen bzw. die Aussetzung zu veranlassen oder Maßnahmen hinsichtlich der Durchführung jeder sonstigen Entscheidung der öffentlichen Auftraggeber zu veranlassen.¹⁰⁶ Diese Befugnis umfaßt auch Maßnahmen zu einem regelnden Eingriff in das Vergabeverfahren, so daß dem Auftraggeber etwa Leistungspflichten auferlegt werden können.¹⁰⁷ Ebenso können Maßnahmen der Überwachungsstellen vertragsgestaltende Wirkung besitzen, insbesondere durch Streichung jeglicher Art diskriminierender Vergabebestimmungen.¹⁰⁸ Die Befugnis zur bloßen Aussetzung der Durchführung des angefochtenen Verwaltungsaktes alleine ist demgegenüber keine ordnungsgemäße Umsetzung des Art. 2 I lit. a RMR/S-RMR.¹⁰⁹

Gem. Art. 2 IV 2 RMR/S-RMR darf die Ablehnung der vorläufigen Maßnahmen nicht die sonstigen Rechte des Antragstellers beeinträchtigen. Daraus folgt, daß dem Auftraggeber sowohl Handlungspflichten¹¹⁰ als auch Unterlassungspflichten¹¹¹ auferlegt werden können. Es kann mit einer einstweiligen Verfügung sowohl das ganze Vergabeverfahren als auch die Ausführung einzelner Entscheidungen des Auftraggebers ausgesetzt werden. Dabei ist die Durchführung des Vertrages nicht zwingend zum Gegenstand einer Aussetzung zu machen, da Art. 2 VI RMR/S-RMR auch die Erlassung vorläufiger Maßnahmen ausschließt.¹¹²

3. Voraussetzungen für vorläufige Maßnahmen

Voraussetzung für den Erlass einer vorläufigen Entscheidung nach den Rechtsmittelrichtlinien ist zum einen, daß zunächst Umstände vorliegen, die die Dringlichkeit einer Anordnung begründen, weiterhin müssen tatsächliche und rechtliche Mittel existieren, die die Maßnahme rechtfertigen. Schließlich ist eine Interessenabwägung erforderlich, die in der Sache die Maßnahme rechtfertigt.¹¹³ Bei der Ergreifung vorläufiger Maßnahmen können gem. Art. 2 IV 1 RMR/S-RMR deren voraussehbare Folgen für alle möglicherweise ge-

¹⁰⁴ Boesen, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 52.

¹⁰⁵ Drügemöller, Vergaberecht und Rechtsschutz, S. 294.

¹⁰⁶ Frühere Vorschläge haben u.a. das Recht der Kommission vorgesehen, in dringenden Fällen das Vergabeverfahren bei behaupteten Rechtsverstößen mit verbindlicher Wirkung für die nationale Vergabestelle von sich aus bis zu drei Monaten auszusetzen. Dies scheiterte an der massiven Gegnerschaft der deutschen Bundesregierung und der deutschen Verbände der Bauwirtschaft, die darin eine Gefahr unvertretbarer Verzögerungen des Vergabeverfahrens sahen. Vgl. dazu die wesentlichen Änderungen der Vorschläge fordernde Beschlussempfehlungen des Deutschen Bundestages, BT-Drucksache 11/3721 vom 7.12.1988, S. 3 ff.

¹⁰⁷ Prieß, EuZW 1997, 391, 398; EuGH, Rs. C-236/95, Kommission./Griechenland, Slg. 1995, I-2303, 2317.

¹⁰⁸ Hailbronner, Neugestaltung des Vergaberwesens, S. 19, 30.

¹⁰⁹ Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 190.

¹¹⁰ Etwa Ausfolgung der Ausschreibungsunterlagen.

¹¹¹ Insbesondere die Unterlassung des Vertragsabschlusses.

¹¹² Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 190.

schädigten Interessen sowie das Interesse der Allgemeinheit berücksichtigt werden. Ebenso kann beschlossen werden, vorläufige Maßnahmen nicht zu ergreifen, wenn deren nachteilige Folgen die damit verbundenen Vorteile überwiegen könnten.¹¹⁴

4. Kriterien der Interessenabwägung

Bei der Interessenabwägung sind grundsätzlich sowohl das Einzelinteresse, als auch das Allgemeininteresse als gleichberechtigte Kriterien zu berücksichtigen.¹¹⁵ Das Einzelinteresse überwiegt regelmäßig, sofern eine Maßnahme oder Entscheidung sich als voraussichtlich rechtswidrig darstellt und auf den Ausgang des Vergabeverfahrens von ursächlicher Bedeutung ist.¹¹⁶ Dagegen überwiegt das Allgemeininteresse, wenn es zu einer unangemessenen Verzögerung bei der Vergabe von Aufträgen kommen würde und das überwiegende Interesse die Fortführung des Vergabeverfahrens erfordert. Dabei ist sogar unter Umständen unbeachtlich, daß eine rechtswidrige Maßnahme im Vergabeverfahren ursächlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens gewesen ist.¹¹⁷ Das öffentliche Interesse an der Wahrung höherrangiger Rechtsgüter kann also Vorrang haben vor dem Interesse der Einhaltung von Vorschriften des EG-Rechts.¹¹⁸ Eingang gefunden hat hier die Entscheidung des EuGH in der einstweiligen Verfügungssache „Dundalk-Wasserversorgung“¹¹⁹: Danach hat der EuGH trotz offenkundigen Verstoßes der Republik Irland gegen Art. 10 BKR und Art. 28 ff. EGV durch eine diskriminierende Leistungsbeschreibung bei Rohrleitungen für eine dringend zu erneuernde örtliche Wasserversorgung den Antrag der EG-Kommission auf Aussetzung des Vergabeverfahrens abgelehnt. Der EuGH hat bei seiner Entscheidung angesichts der bestehenden Risiken für die Gesundheit und Sicherheit der Einwohner von Dundalk der Sicherstellung der Wasserversorgung die Priorität eingeräumt.¹²⁰

Daraus wird deutlich, daß im Rahmen eines Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes nicht primär die Frage der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens geprüft wird, sondern es vielmehr auf eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen ankommt. Dies führt dazu, daß auch trotz offensichtlicher Rechtswidrigkeit das Vergabeverfahren weitergeführt

¹¹³ Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 51.

¹¹⁴ Heiermann/Ax, Neues deutsches Vergaberecht, S. 14.

¹¹⁵ Mahnschreiben der Europäischen Kommission v. 31.10.1995, SG (95) D/13624-55/2044, ZIP 1995, 1940, 1945.

¹¹⁶ Drügemöller, Vergaberecht und Rechtsschutz, S. 296.

¹¹⁷ Mahnschreiben der Europäischen Kommission v. 31.10.1995, SG (95) D/13624-55/2044, ZIP 1995, 1940, 1944.

¹¹⁸ Ax, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 262.

¹¹⁹ EuGH, Urt. v. 22.9.1988, Rs. 45/87, Kommission./Irland (Dundalk), Slg. 1988, 4929 ff.; Holoubek, Rechtsschutz und Kontrolle, S. 109; Seidel, EG-Wirtschaftsrecht, Band II, H. IV, Rn. 126.

werden kann, wenn dies dem Ergebnis des Abwägungsprozesses entspricht.¹²¹ Dadurch wird aber billigend in Kauf genommen, daß der einstweilige Rechtsschutz des Einzelnen stark beschränkt wird. Dies geht auch aus dem Vorschlag der Kommission zur S-RMR hervor: Danach dürfte es wegen des gewerblichen und gemeinnützigen Charakters der Versorgungsbetriebe für den Einzelnen schwierig sein, eine wirksame vorläufige Maßnahme durchzusetzen, da die Versorgungsbetriebe damit argumentieren können, daß die Aussetzung von Verfahren unter Würdigung aller bedrohten Interessen einschließlich des öffentlichen Interesses nicht gerechtfertigt ist.¹²²

Aufgrund des Abwägungsvorganges im Eilverfahren, innerhalb dessen die einzelnen Interessen einander gegenübergestellt und gewichtet werden müssen, muß die Entscheidung im Eilverfahren und im Hauptsacheverfahren nicht parallel verlaufen, kann sogar entgegengesetzt ausfallen.¹²³ So hat der EuGH im Eilverfahren¹²⁴ entschieden, daß ein Vergabeverfahren trotz bestehender Zweifel an der Rechtmäßigkeit weiterlaufen sollte. Bei der Abwägung wurden den Rechtsgütern von Leib und Leben, Gesundheit und körperliche Unversehrtheit besonders hoher Wert beigemessen, so daß die Entscheidung zu Lasten des Antragsgegners ausfiel. Ein Jahr später wurde in der Hauptsacheentscheidung die Vergabeentscheidung für rechtswidrig erklärt und eine Reihe von Verstößen gegen die zugrundeliegende Vergaberichtlinie festgestellt.¹²⁵

VI. Rechtsschutz vor dem EuGH¹²⁶

1. Beanstandungsverfahren und Vertragsverletzungsverfahren

Es ist gem. Art. 211 EGV Aufgabe der Kommission, für die allgemeine und einheitliche Einhaltung des EG-Rechts Sorge zu tragen. Sie ist verpflichtet, bei Verletzungen des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten einzuschreiten. In der Regel erlangt die Kommission Kenntnis von vertragswidrigen Zuständen durch Beschwerde von natürlichen und juristischen Personen.¹²⁷ Art. 3 RMR/S-RMR räumt der Kommission im Rahmen des so-

¹²⁰ Ax, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 262.

¹²¹ Boesen, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 50 f.

¹²² KOM (90) 287 ,endg., Einleitung Rn. 15.

¹²³ Boesen, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 51.

¹²⁴ Beschluß des Gerichtspräsidenten vom 22.4.1994, Rs. C-87/94 R, Kommission/Belgien, Slg. EuGH 1994, S. I-1395 ff.

¹²⁵ Boesen, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 50.

¹²⁶ Vgl. zur Auftragsvergabe durch die EG und dem darin gewährten Rechtsschutz: Appel, ZVgR 1998, 370 ff.

¹²⁷ Kayser, Nationale Regelungsspielräume, S. 28; Frank, Koordinierung der Vergabe, S. 225; aus diesem Grund hat die Kommission ein Formblatt veröffentlicht für Beschwerden „bei der Kommission wegen Nichteinhaltung der Rechtsvorschriften der Gemeinschaft“: Formblatt 89/C 26/07 z.B. in ABL. C 26 v. 1.2.1989, S. 6.

genannten Beanstandungs- bzw. Hinweisverfahrens¹²⁸ zunächst das Recht ein, sich bei einem offensichtlichen Verstoß gegen gemeinschaftliches Vergaberecht vor Abschluß eines Vertrages an den Mitgliedstaat - speziell an die Vergabestelle - zu wenden, um die Beseitigung des Verstoßes zu verlangen. Der Mitgliedstaat ist verpflichtet, der Kommission innerhalb von 21 Tagen mitzuteilen, ob und wie der Beschwerde Rechnung getragen wurde. Teilen die mitgliederschaftlichen Instanzen nicht die Rechtsmeinung der Kommission und ziehen sie aus der Beschwerde keine Konsequenzen, beschafft die Kommission sich alle jene Informationen, um dann den Mitgliedstaat vor dem EuGH gem. Art. 226 EGV verklagen zu können.

Nachteil dieses Verfahrens ist jedoch, daß das Verfahren in der Regel viel Zeit braucht und der Zuschlag erteilt sein kann, bevor der Verstoß festgestellt ist. Zu berücksichtigen ist nämlich, daß die Klagen der Kommission, die sich gegen den Mitgliedstaat und nicht gegen die Vergabestelle richten, keinen automatischen Suspensiveffekt gem. Art. 242 S. 1 EGV haben. Ebenso bleibt eine Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vergabevorgangs ohne unmittelbare Wirkung auf den konkreten Vergabevorgang.¹²⁹ Trotz alledem hat die Kommission relativ häufig Vertragsverletzungsverfahren gegen Mitgliedstaaten wegen Nichtbeachtung vergaberechtlicher Vorschriften eingeleitet.¹³⁰

2. Vorläufiger Rechtsschutz

Um vollendete Maßnahmen mittels Zuschlag zu verhindern, hat die Kommission die Möglichkeit, einen vorläufigen Rechtsschutz nach Art. 242, 243 EGV anzustrengen und somit die Aussetzung des konkreten Vergabevorgangs zu erreichen. Denn das Rechtsmittel in der Hauptsache ist aufgrund der kurzen Fristen und dem jedenfalls nach den Rechtsordnungen einiger Mitgliedstaaten unanfechtbaren Zuschlag¹³¹ regelmäßig nicht geeignet, die Rechte von Bietern hinreichend zu sichern.¹³² Aus diesem Grund steigt die Anzahl der Anträge der Kommission auf einstweilige Anordnungen.¹³³

¹²⁸ Siehe dazu Prieß, Öffentliches Auftragswesen, S. 117 f.; Schumacher, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, S. 28; Carl, EuZW 1994, 173, 176; Werner, WuW 1996, 875, 886.

¹²⁹ Boesen, Rechtsschutz bei der Vergabe, S. 47, 53; Werner, WuW 1996, 875, 887; Frank, Koordinierung der Vergabe, S. 226.

¹³⁰ Z. B. EuGH, Urt. v. 28.3.1996, Rs. C-318/94, Kommission./Deutschland, EuZW 1996, 441ff.; EuGH, Urt. v. 25.4.1996, Rs. C-87/94, Kommission./Belgien, EuZW 1996, 506 ff.

¹³¹ So in England, Luxemburg und Frankreich.

¹³² Prieß, Öffentliche Auftragsvergabe, S. 136.

a) Zulässigkeit des Antrages

Zulässigkeitsvoraussetzung des Antrages auf vorläufigen Rechtsschutz vor dem EuGH ist insbesondere die Rechtshängigkeit der Hauptsache, Art. 243 EGV, Art. 83 § 1 VerfO-EuGH.

Gegenstand des Verfahrens können sämtliche Gebote und Verbote sein, die zur vorläufigen Sicherung oder Gestaltung streitiger Verhältnisse geeignet und erforderlich sind.¹³⁴

Die einstweilige Anordnung kann dem Antragsteller nicht weitergehende Vorteile einräumen als diejenigen, die sich aus dem für ihn günstigen Ausgang des Hauptverfahrens ergeben würden.¹³⁵ Auch darf der Hauptsacheentscheidung nicht vorgegriffen werden. Deshalb hat die Zulässigkeit der Klage keine Bedeutung für den Antrag.¹³⁶ Lediglich die offensichtliche Unzulässigkeit der Klage kann geltend gemacht werden und führt zur Unzulässigkeit des Antrages.¹³⁷ Das Rechtsschutzbedürfnis ist zu verneinen, wenn der Rechtsakt aus tatsächlichen Gründen noch nicht oder nicht mehr getroffen werden kann, wenn er bereits vollzogen¹³⁸, wieder aufgehoben¹³⁸ oder geändert worden ist.¹³⁹

In der Praxis scheitern die wenigsten Anträge auf vorläufigen Rechtsschutz an der Zulässigkeit. In den meisten Fällen bekunden die erkennenden Richter zwar ausdrücklich ihre Zweifel hinsichtlich etwaiger Zulässigkeitsvoraussetzungen, lassen jedoch die Frage in der Regel offen¹⁴⁰, wenn die weitere Prüfung ergibt, daß der Antrag unbegründet ist.¹⁴¹

b) Begründetheit des Antrages

¹³³ Z. B. EuGH, Beschl. v. 16.2.1987 u. 13.3.1987, Rs. 45/87 R, Kommission./Irland, Slg. 1987, 783 ff. u. 1369 ff.; EuGH, Beschl. v. 20.7.1988, Rs. 194/88 R, Kommission./Italien, Slg. 1988, 4547, 4559, 5647; EuGH, Beschl. v. 31.1.1992, Rs. C-272/91 R, Kommission./Italien, Slg. 1992, I-457 ff.

¹³⁴ EuGH, Beschl. v. 5.8.1983, Rs. 118/83 R, CMC Cooperativa muratori e cementisti und andere./Kommission, Slg. 1983, 2583, 2595; Kaessner, Einstweiliger Rechtsschutz im Europarecht, S. 27 ff.

¹³⁵ EuGH, Beschl. v. 16.7.1963, Rs. 35/62 R u. 16/63 R, Leroy./Hohe Behörde, Slg. 1963, 463, 465; EuGH Beschl. v. 19.10.1976, Rs. 88/76 R, Société pour l'exportation des sucres./Kommission, Slg. 1976, 1585, Rn. 2 u. 6; EuGH, Beschl. v. 17.5.1991, Rs. C-313/90 R, CIRFS, Slg. 1991, 2557, Rn. 23 ff.

¹³⁶ EuGH, Beschl. v. 8.4.1987, 65/87 R, Pfizer./Kommission, Slg. 1987, 1691, 1696; Art. 36 EuGH-Satzung, Art. 86 § 4 VerfO; Prieß, Öffentliches Auftragswesen, S. 134.

¹³⁷ EuGH, Beschl. v. 24.9.1996, Rs. C-239-240/96 R, Vereinigtes Königreich./Kommission, Slg. 1996, I-4475, Rn. 37; EuGH, Beschl. v. 13.7.1988, Rs. 160/80 R, Fédération européenne de la santé animale./Rat, Slg. 1988, 4121, Rn. 22.

¹³⁸ EuGH, Beschl. v. 22.5.1978, Rs. 92/78 R, Simmenthal./Kommission, Slg. 1994, I 3037, 3054.

¹³⁹ EuGH, Beschl. v. 21.3.1972, Rs. 6/72 R, Europemballage./Kommission, Slg. 1972, 157, 159; EuGH, Beschl. v. 23.2.1990, C-385/89 R, Griechenland./Kommission, Slg. 1990, I-561 f.; Krück in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU-/EG-Vertrag, Art. 185, 186, Rn. 18; Grabitz in: Grabitz/Hilf, Europäische Union, Art. 186, Rn. 9.

¹⁴⁰ So z. B. EuGH, Urt. v. 23.3.1992, Rs. T-10/92 R, T-11/92 R, T-12/92 R, T-14/92 R u. T-15/92 R, Cimenteries CBR u.a./Kommission, Slg. 1992, II-1571, 1588; EuGH, Beschl. v. 23.5.1990, Comos-Tank u.a./Kommission, Slg. 1990, I-2167, 2175.

¹⁴¹ Wägenbaur, EuZW 1996, 327, 330.

Das Gericht hat¹⁴² die Aussetzung der Vollziehung gem. Art. 83 § 2 VerfO-EuGH anzuordnen, wenn die Dringlichkeit und die Notwendigkeit der Anordnung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht glaubhaft gemacht wurden.

Bei der Notwendigkeit der beantragten Anordnung erfolgt eine summarische Vorprüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache (*fumus boni iuris*). Dabei ist es ausreichend, wenn die Klage in der Hauptsache nicht offensichtlich unbegründet¹⁴³ bzw. nicht völlig unhaltbar ist.¹⁴⁴ Die Anforderungen an den *fumus boni iuris* der Klage sind aber um so strenger, je gravierender die möglichen Konsequenzen für den Antragsgegner sind.¹⁴⁵ Bei schwierigen Fragen rechtlicher und tatsächlicher Art wird die Prüfung auf die Frage beschränkt, ob die Klage dem ersten Anschein nach unbegründet erscheint¹⁴⁶ oder es ist sogar die vollständige Prüfung in das Verfahren der Hauptsache zu verweisen (*fumus non mali iuris*).¹⁴⁷

Bezüglich der Dringlichkeit wird gefordert, daß die einstweilige Maßnahme unter Berücksichtigung der Schwierigkeiten und Nachteile, die sich aus ihr für die Gemeinschaftsorgane, die Mitgliedstaaten oder Dritte ergeben können, zur Abwendung eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens auf Seiten des Antragstellers erforderlich ist.¹⁴⁸ Dabei muß der Schaden von einigem Gewicht sein, um den Erlaß einer einstweiligen Anordnung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zu rechtfertigen.¹⁴⁹ Finanzielle Belastungen des Antragstellers stellen nur dann einen hinreichenden Schaden dar, wenn nicht sichergestellt ist, daß diese Belastungen im Falle des Obsiegens in der Hauptsache

¹⁴² Zwar steht dem Gericht hinsichtlich der „Art und Weise“ und der „Reihenfolge der Prüfung“ ein Ermessen zu, über das „ob“ der Anordnung besteht ein solches Ermessen trotz des Wortlautes des Art. 243 EGV jedoch nicht: Wegener in: Calliess/Ruffert, EU-/EG-Vertrag, Art. 242, 243, Rn. 14; EuGH, Beschl. v. 12.7.1996, Rs. C-180/96, Vereinigtes Königreich./Kommission, Slg. 1996, I-3903, Rn. 44; EuGH, Beschl. v. 19.7.1995, C-149/95, Kommission./Atlantic Container Linie, Slg. I-2165, Rn. 38.

¹⁴³ EuGH, Beschl. v. 16.1.1975, Rs. 3/75 R, Johnson & First Brown, Slg. 1975, 1, Rn. 1; EuGH, Beschl. v. 10.10.1989, Rs. 246/89 R, Kommission./Vereinigtes Königreich, Slg. 1989, 3125, Rn. 33; EuGH, Beschl. v. 30.4.1990, C-195/90 R, Kommission./Deutschland, Slg. 1990, I-2715, Rn. 19; EuGH, Beschl. v. 31.1.1992, Rs. C-272/91 R, Kommission./Italien, Slg. 1992, I-457, Rn. 17 ff.; EuGH, Beschl. v. 29.6.1993, Rs. C-280/93 R, Deutschland./Rat, Slg. 1993, I-3667, Rn. 32 u. 34.

¹⁴⁴ EuG, Beschl. v. 3.6.1996, Rs. T-41/96 R, Bayer, Slg. 1996 II-381, Rn. 42.

¹⁴⁵ Wägenbaur, EuZW 1996, 327, 333.

¹⁴⁶ EuGH, Beschl. v. 19.7.1995, C-149/95P (R), Kommission./Atlantic Container Line u.a., Slg. 1995, I-2165; EuGH, Beschl. v. 29.3.1992, C-280/93 R, Deutschland./Rat, Slg. 1993, I-3667, 3676, Rn. 21; Borchardt in: Lenz, EG-Vertrag, Art. 243, Rn. 16.

¹⁴⁷ EuG, T-79/95 R u. T-80/95 R, SNCF u. British Railways./Kommission, Slg. 1995, II-1433; EuG, Beschl. v. 16.6.1992, T-24/92 R u. 28/92 R, Langnese-Iglo u. Schöller Lebensmittel./Kommission, Slg. 1992, II-1839, 1850; EuG, Beschl. v. 3.6.1996, Rs. T-41/96 R, Baxer, Slg. 1996 II-381, Rn. 52; kritisch zum Ganzen Äußerung der Kommission im zuvor genannten Beschluß, Rn. 25.

¹⁴⁸ EuGH, Beschl. v. 31.8.1962, Rs. 25/62 R, Plaumann./Kommission, Slg. 1963, 271, 275; EuGH, Beschl. v. 7.7.1981, Rs. 60 u. 190/81 R, IBM./Kommission, Slg. 1981, 1857, 1862; EuGH, Beschl. v. 20.9.1983, Rs. 171/82 R, Kommission./Frankreich, Slg. 1983, 2621, 2626; EuGH, Beschl. v. 12.7.1990, Rs. C-195/90 R, Kommission./Deutschland, Slg. 1990, I-3351, 3360.

¹⁴⁹ Wegener in: Calliess/Ruffert, EU-/EG-Vertrag, Art. 242, 243, Rn. 17.

ausgeglichen werden können. Eine wichtige Funktion kommt hier dem Schadensersatz zu, da von einem nicht wiedergutzumachenden Schaden nur dann die Rede sein kann, wenn die Leistung von Schadensersatz im konkreten Fall den eingetretenen oder drohenden Schaden nicht - insbesondere nicht durch Geld - auszugleichen vermag.¹⁵⁰ In der Regel kommt eine einstweilige Anordnung nur dann in Betracht, wenn der Antragsteller ohne die einstweilige Maßnahme in seiner Existenz gefährdet wäre¹⁵¹, wobei aber auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls abgestellt werden muß.¹⁵² Der Eintritt des schweren, nicht wiedergutzumachenden Schadens muß unmittelbar bevorstehen, wobei unter Umständen eine Vorhersehbarkeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausreichen kann.¹⁵³ Bei der Entscheidung über den Antrag hat das Gericht die Interessen des Antragstellers mit den Interessen der Gemeinschaft sowie mit den Interessen Dritter abzuwägen.¹⁵⁴ Hierbei muß er auch das Interesse an einer geordneten Rechtspflege berücksichtigen.¹⁵⁵

3. Vorabentscheidungsverfahren

Des weiteren kann der EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 234 EGV angerufen werden. Das Vorabentscheidungsverfahren stellt ein Verfahren dar, das gewährleisten soll, daß die einzelstaatlichen Gerichte die Gemeinschaftsregeln nicht unterschiedlich oder gar widersprüchlich auslegen. Zugleich soll dafür Sorge getragen werden, daß die Gemeinschaftsnormen durchgängig angewendet werden.¹⁵⁶ Schutzobjekt dieses Verfahrens ist also die Einheitlichkeit der Gemeinschaftsrechtsprechung und nicht der unmittelbare Individualrechtsschutz des Einzelnen. Daher eignet es sich nicht zur Gewährleistung vorbeugenden Rechtsschutzes.¹⁵⁷

¹⁵⁰ Borhardt in: Lenz, EG-Vertrag, Art. 243, Rn. 23.

¹⁵¹ Krück in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU-/EG-Vertrag, Art. 185, 186, Rn. 23; EuGH, Beschl. v. 22.5.1978, Rs. 92/78 R, Simmenthal./Kommission, Slg. 1978, 1129, 1136; EuGH, Beschl. v. 3.7.1984, Rs. 141/84 R, Compagnie/Parlament, Slg. 1984, 2575, 2581.

¹⁵² EuG, Beschl. v. 1.8.1991, T-51/91 R, Hoyer./Kommission, Slg. 1991, II-679, 685; EuG, T-52/91 R, Smets./Kommission, Slg. 1991, II-689, 695.

¹⁵³ EuGH, Beschl. v. 19.7.1995, Rs. C-149/95 P (R), Kommission./Atlantic Container Line u.a., Slg. 1995, II-1433; vgl. auch Wägenbaur, EuZW 1996, 327, 331 f.

¹⁵⁴ EuGH, Beschl. v. 16.1.1975, Rs. 3/75 R, Johnson u.a./Kommission, Slg. 1975, 1, 6; EuGH, Beschl. v. 25.10.1985, Rs. 293/85 R, Kommission./Belgien, Slg. 1985, 3521, 3529; EuGH, Beschl. v. 12.7.1990, C-195/90 R, Kommission./Deutschland, Slg. 1990, I-3351, 3360; Prieß, Öffentliches Auftragswesen, S. 135.

¹⁵⁵ EuG, Beschl. v. 16.6.1992, Rs. T-24/92 R u. T-28/92 R, Langnese-Iglo u. Schöller Lebensmittel./Kommission, Slg. 1992, II-1839, 1850, Rn. 28.

¹⁵⁶ Rasmussen, Dreißig Jahre Gemeinschaftsrecht, S. 188 f.

¹⁵⁷ Berrang, Vorbeugender Rechtsschutz, S. 22.

2. Kapitel: Integration der Richtlinienvorgaben in die Verdingungsordnungen

Die Umsetzung der EG-Vergaberichtlinien erfolgte zunächst durch eine Integration in die VOB/A und die VOL/A. Dabei führte die Umsetzung der ursprünglichen LKR 88/295/EWG des Rates vom 22. März 1988¹⁵⁸ und der BKR 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989¹⁵⁹ zu einer Zweiteilung der Verdingungsordnungen. Der erste Abschnitt enthielt die sogenannten Basisparagrafen, die ausschließlich für rein nationale Vergaben unterhalb der EG-Schwellenwerte zur Anwendung kamen, in einen neuen, zweiten Abschnitt wurden die sogenannten a-Paragrafen aufgenommen, die Regelungen für Vergaben oberhalb der EG-Schwellenwerte trafen. Später wurden aufgrund der SKR ein dritter Abschnitt (sogenannte b-Paragrafen) und ein vierter Abschnitt (sogenannte SKR-Paragrafen) eingefügt. Der dritte Abschnitt wendet sich an die öffentlichen Sektorenauftraggeber. Dies sind die zur Anwendung der BKR, LKR und DKR verpflichteten öffentlichen Auftraggeber, die eine Tätigkeit im Sektorenbereich ausüben.¹⁶⁰ Dem vierten Abschnitt unterfallen die privat organisierten Auftraggeber in den Sektorenbereichen.

Die Integrationslösung der EG-rechtlichen Vorgaben in die Vergabeverordnungen bedeutete in rechtlicher Hinsicht, daß die Pflicht zur Anwendung der Verdingungsverordnungen sowohl oberhalb als auch unterhalb der EG-Schwellenwerte weiterhin aus dem allgemeinen Haushaltsrecht folgte. Die VOB/A und die VOL/A blieben verwaltungsinterne Regelungen, die nur aufgrund innerdienstlicher Weisung zur Anwendung kamen, auf die sich aber bezüglich der Durchsetzung ein externer Dritter nicht berufen konnte.¹⁶¹ Aus diesem Grund hat der EuGH diese Umsetzung für europarechtswidrig erklärt, da die Umsetzung der Richtlinienvorgaben durch bloße Verwaltungsvorschriften nicht den Anforderungen an eine effektive Richtlinienumsetzung entspricht, zumal die Vergaberichtlinien den Bieter vor Willkür des öffentlichen Auftraggebers schützen sollen.¹⁶² Ein solcher Schutz wäre aber ineffektiv, wenn sich der Bieter nicht gegenüber dem Auftraggeber auf diese Vorschriften berufen und gegebenenfalls deren Verletzung vor den nationalen Gerichten geltend machen kann. Die Vergaberichtlinien müssen also durch verbindliche, allgemeine und klare

¹⁵⁸ ABIEG 1988 Nr. L 127, S. 1.

¹⁵⁹ ABIEG 1989 Nr. L 210, S. 1.

¹⁶⁰ Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 135.

¹⁶¹ Portz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, Einl., Rn. 24.

¹⁶² EuGH, Urt. v. 11.8.1995, Rs. C-433/33, Kommission./Bundesrepublik Deutschland, EuZW 1995, Rn. 19; EuGH, Urt. v. 20.9.1988, Rs. 31/87, Gebroeders Beentjes./Niederlande, Slg. 1988, 4635, 4661.

Rechtsnormen umgesetzt werden und müssen dem Betroffenen subjektive Rechte gewähren, die vor Gericht geltend gemacht werden können.¹⁶³

¹⁶³ Boesen, Vergaberecht, Einl, Rn. 138; a.A. Eberstein, BB 1994, 1230, 1236.

3. Kapitel: Haushaltsrechtliche Umsetzung

A. Ergänzung des Haushaltsgrundsätzegesetz um die §§ 57a bis 57c und Erlass der Nachprüfungsverordnung

Die Umsetzung der europäischen Vorgaben erfolgte bei der sogenannten haushaltsrechtlichen Lösung durch das zweite Gesetz zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes (HGrG)¹⁶⁴ durch Einfügung der §§ 57 a-c HGrG und zwei nachrangigen Rechtsverordnungen, der Vergabeverordnung (VgV)¹⁶⁵ und der Nachprüfungsverordnung (NpV)¹⁶⁶. Diese Verordnungen verwiesen wiederum auf die Abschnitte 2 bis 4 VOL/A und der VOB/A sowie auf die im Jahre 1997 geschaffene VOF. Dadurch sollte den Verdingungsordnungen rechtliche Verbindlichkeit verliehen werden.¹⁶⁷ Durch diese Bezugnahme in den Verordnungen wandelte sich der Rechtscharakter der Verdingungsordnungen. Waren sie vorher lediglich interne Verwaltungsvorschriften für die Beschaffungsstellen, sollten sie nun Rechtsnormen mit Außenwirkung werden.¹⁶⁸ Obwohl die Verdingungsordnungen den Charakter von zwingenden Rechtsnormen erhielten, sollte keine Änderung in ihrer rechtlichen Einordnung als Innenrecht herbeigeführt werden.¹⁶⁹ Denn die haushaltsrechtlichen Vorschriften dienen dem alleinigen Zweck, die korrekte und sparsame sowie wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Gelder zu sichern. Dabei wirkt das Haushaltsrecht nur für die Verwaltung verpflichtend, ohne im Außenverhältnis zum Bürger korrespondierende Rechte zu begründen.¹⁷⁰ Von dieser Intention ging auch der Gesetzgeber aus, der individuelle, einklagbare Rechtsansprüche der Bieter nicht entstehen lassen wollte.¹⁷¹

Ferner wurden durch die §§ 57 a ff. HGrG und die Nachprüfungsverordnung ein spezifisches vergaberechtliches Nachprüfungssystem geschaffen, das aus zwei der Exekutive zuzurechnenden Nachprüfungsinstanzen, den Vergabeprüfstellen und den Vergabeüber-

¹⁶⁴ Vom 26. November 1993, in Kraft getreten am 1. Januar 1994; BGBl. I 1993, S. 1928.

¹⁶⁵ Vom 22. Februar 1994, in Kraft getreten am 1. März 1994; BGBl. I 1994, S. 321.

¹⁶⁶ Vom 22. Februar 1994, in Kraft getreten am 1. März 1994; BGBl. I 1994, S. 324.

¹⁶⁷ Begründung zur VgV, BR-Drucks. 573/93, S. 1.

¹⁶⁸ Dreher, ZIP 1995, 1869, 1870; Lampe-Helbig/Wörmann, Handbuch der Bauvergabe, Rn. 532; Bartl, Handbuch öffentlicher Aufträge, Rn. 36 und 46; Pietzcker, Zweiteilung des Vergaberechts, S. 63; Löttsch/Helmerich, NJW 1995, 2134, 2137; Bornheim/Stockmann, BauR 1994, 677, 689 f.; Riedl in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, Einl., Rn. 3; Ingenstau/Korbion, VOB, Einl., Rn. 18; Nicklisch/Weik, VOB/B, Einl., Rn. 29; Niebuhr/Eschenbruch, Neues Vergaberecht 1998, S. 195, 198; a.A. Bechtold, GWB, Vor. § 97, Rn. 18; Noch, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, S. 96 ff. Für die rein nationalen Vergaben blieb es bei der bisherigen Rechtssituation der Ausprägung der Verdingungsordnungen als Verwaltungsvorschriften. Denn die haushaltsrechtliche Lösung und die auf ihrer Grundlage ergangene Vergabeverordnung und Nachprüfungsverordnung bezieht sich nur auf die vom EG-Gemeinschaftsrecht erfaßten Vorgaben oberhalb der Schwellenwerte.

¹⁶⁹ Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 142.

¹⁷⁰ Portz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, Einl., Rn. 25.

¹⁷¹ Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 12/4636, S. 12.

wachungsausschüssen, bestand.¹⁷² Daran läßt sich auch erkennen, daß es sich nicht nur formal, sondern auch sachlich um eine haushaltsrechtliche Lösung handelt: Die Kontrolle des Vergabeverfahrens wird nämlich nicht den ordentlichen Gerichten, sondern einheitlich, das heißt auch für die privaten Auftraggeber in den Sektoren, verwaltungsinternen Vergabeprüfstellen sowie in 2. Instanz Vergabeüberwachungsausschüssen zugewiesen, die der Bund bzw. die Länder einrichten.¹⁷³ Der Regierungsentwurf begründet diese, von ihm selbst als verwaltungsorientiert bezeichnete Lösung damit, daß die Einführung einer gerichtlichen Überprüfung des Vergabeverhaltens mit den erprobten deutschen Vergabeverfahren nicht vereinbar schien.¹⁷⁴

B. Vergabeprüfstellen

I. Zuständigkeit der Vergabeprüfstellen

Bund und Länder sind, unbeschadet der jeweiligen Fach- und Rechtsaufsicht¹⁷⁵, ihrer Verpflichtung nach § 57 b II HGrG in Verbindung mit § 1 NpV nachgekommen, Vergabeprüfstellen einzurichten.¹⁷⁶ Dabei haben die Länder zentrale Stellen geschaffen oder den Regierungspräsidenten beziehungsweise die Bezirksregierung mit den Aufgaben betraut, wobei gem. § 57 b II 2 HGrG die Organisation dem Bund und den Ländern für ihren Bereich vorbehalten bleibt.¹⁷⁷

II. Auftrag und Verfahren

Gegenstand des Verfahrens kann eine Entscheidung oder Maßnahme der Vergabestelle sein, die eine öffentliche Beschaffungsmaßnahme durchführt.¹⁷⁸ Tätig wird die Vergabeprüfstelle gem. § 57 b III HGrG entweder von Amts wegen, wenn Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen Vergabevorschriften vorliegen, oder auf Antrag eines Bieters, wenn dieser sich in seinen Rechten verletzt fühlt. Der Umstand, daß die Vergabeprüfstelle nach dem Wortlaut des § 57 b III HGrG im Regelfall von Amts wegen tätig wird, bedingt, daß das Verfahren vor der Vergabeprüfstelle als eine Art innerbehördlicher Vorgang qualifiziert werden kann, bei der der Antrag des Bieters lediglich eine Initiative darstellt, die dienstliche Maß-

¹⁷² Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 140.

¹⁷³ Rittner, NVwZ 1995, 313, 315.

¹⁷⁴ BT-Drucksache 12/5334, S. 1.

¹⁷⁵ Siehe zu den aufsichtsbehördlichen Maßnahmen: Faber, DÖV 1995, 403, 407.

¹⁷⁶ Siehe zu den einzelnen Verordnungen: Noch, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, S. 144, Fn. 717.

¹⁷⁷ Schumacher, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, S. 95.

¹⁷⁸ Z. B. die Entscheidung, einen Bieter nicht zum Verfahren zuzulassen, einen Auftrag nicht auszuschreiben, einen Bieter vorzeitig aus dem Verfahren auszuschließen.

nahmen der Behörde auslöst.¹⁷⁹ Das Verfahren unterliegt demnach nicht der Dispositionsmaxime, sondern der Officialmaxime.¹⁸⁰

Daraus, daß die Vergabeprüfstelle nunmehr gesetzlich zur Überprüfung des behaupteten Rechtsverstoßes verpflichtet ist, erwächst den vom unrechtmäßigen Handeln der Verwaltung Betroffenen kein Rechtsanspruch; für ihn entsteht dadurch kein subjektives Recht und damit kein einklagbarer Anspruch. Unbeschadet dessen wird sein Interesse an der Feststellung und Beseitigung des Verstoßes voll erfüllt.¹⁸¹ Die Vergabestelle muß umfassender als in einem Gerichtsverfahren und darüber hinaus, wie bereits erwähnt, von Amts wegen prüfen. Sie ist auch nicht auf das Vorbringen des den Verstoß Rügenden beschränkt, sondern muß den Sachverhalt von sich aus umfassend klären.¹⁸² Dies ergibt sich schon daraus, daß die Vergabeprüfstelle grundsätzlich die einzige Tatsacheninstanz ist.¹⁸³

III. Befugnisse

Die Vergabeprüfstelle ist berechtigt, vor der Zuschlagserteilung in das Ausschreibungsverfahren einzugreifen. Dabei stehen ihr bis zur Zuschlagserteilung folgende Befugnisse zu.

1. Aufhebungs- und Verpflichtungsantrag

Gem. § 57 b IV 2 HGrG kann die Vergabeprüfstelle die Vergabestelle verpflichten, rechtmäßige Maßnahmen oder Entscheidungen aufzuheben (Aufhebungsantrag) oder rechtmäßige Maßnahmen oder Entscheidungen zu treffen (Verpflichtungsantrag). Sollte die Vergabestelle den Anweisungen nicht nachkommen, kann die Vergabeprüfstelle zumindest bei staatlichen Stellen als Auftraggeber, also bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts nach § 57 a I Nr. 1-3 HGrG, die notwendigen Maßnahmen selbst verfügen und vollziehen (Ersatzvornahme), § 57 b IV 4 HGrG. Jedoch ist es möglich, diesem Vorgehen durch Schaffung vollendeter Tatsachen zuvorzukommen. Da der Antrag des Bieters mit keinem Suspensiveffekt ausgestattet ist und die beschriebenen Maßnahmen nur bis zur Auftragserteilung greifen, kann der gewünschte Erfolg vereitelt werden.¹⁸⁴

2. Aussetzungsantrag

¹⁷⁹ Noch, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, S. 145; Hertel, EuVgR 1995, 195, 196.

¹⁸⁰ Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 152, Rn. 289; a.A. Gröning, WuW 1995, 985, 995: danach wird die Vergabeprüfstelle sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag tätig.

¹⁸¹ Lampe-Helbig/Wörmann, Handbuch der Bauvergabe, S. 161.

¹⁸² VÜA Bund, Beschl. v. 3.4.1995, ZfBR 1996, 219, 220.

¹⁸³ Vergabeüberwachungsausschüsse sind grds. zu einer Tatsachenprüfung nicht befugt, vgl. § 57 c V 2 HGrG.

Um der Schaffung vollendeter Tatsachen entgegenzutreten, ist die Vergabeprüfstelle gem. § 57 b IV 4 HGrG befugt, das Vergabeverfahren einstweilig auszusetzen. Aussetzung bedeutet nach § 2 I NpV die Anweisung an die Vergabestelle, das Vergabeverfahren bis zu ihrer Entscheidung nicht fortzuführen, insbesondere den Zuschlag nicht zu erteilen.

a) Kriterien der Interessenabwägung

Bei der Entscheidung über eine einstweilige Aussetzung hat die Vergabeprüfstelle gem. § 57 b IV 5 HGrG alle betroffenen Interessen gegeneinander abzuwägen. Dabei ist insbesondere das öffentliche Interesse an der Vermeidung unangemessener Verzögerungen bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen. Von einer Aussetzung des Vergabeverfahrens sollte demnach dann abgesehen werden, wenn das überwiegende Interesse seine Weiterführung erfordert, § 57 b IV 6 und 7 HGrG. Es kommt also zu einer Abwägung zwischen dem Interesse des Bieters an einer Verfahrenskorrektur und dem öffentlichen Interesse an einem zügigen Vergabeverfahren. Um der mit einer Suspendierung verbundenen Gefahr einer erheblichen Verfahrensverzögerung, einhergehend mit großen Kostenrisiken, entgegenzutreten, steht gem. § 57 b IV 6 HGrG das öffentliche Interesse im Vordergrund.¹⁸⁵ Maßgeblich ist hierbei der Schaden, der der Allgemeinheit durch eine unangemessene Verzögerung der Auftragsvergabe entstehen kann.¹⁸⁶ Es kommt also nicht wie im Verfahren nach § 80 V VwGO¹⁸⁷ auf die Prognose über die Erfolgsaussichten des eingelegten Rechtsbehelfs an.¹⁸⁸ Grund dafür ist die besondere Gefahr für die öffentlichen Auftraggeber, die kaum zu kontrollieren ist: Erlangt ein Wettbewerber die Suspendierung des Vergabeverfahrens bzw. des Vertragsschlusses, verzögert sich dadurch die Auftragserteilung nicht unerheblich.¹⁸⁹ Dies ist in nahezu allen Fällen mit einer deutlichen Erhöhung der Preise verbunden, beispielsweise wegen Erhöhung der Materialkosten, Tarifierhöhun-

¹⁸⁴ Schumacher, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, S. 98.

¹⁸⁵ Löttsch/Bornheim, NJW 1995, 2134, 2138; Schumacher, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, S. 99; Dreher, NVwZ 1996, 345, 347; Meibom/Byok, EuZW 1995, 629, 632; Haß, BRAK-Mitt. 1995, 113, 118, Werner, WuW 1996, 875, 877; a.A. Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 158, Rn. 304: danach ist das öffentliche Interesse neben den Interessen der Beteiligten zu berücksichtigen; eine bevorzugte Berücksichtigung des öffentlichen Interesses ist dem Wort „insbesondere“ nicht zu entnehmen. Allerdings führt in der Praxis auch eine gleichrangige Berücksichtigung des öffentlichen Interesses in der Regel zu einem Überwiegen der Interessen an einer Fortsetzung des Vergabeverfahrens. Denn die Aussetzung führt regelmäßig zu deutlichen Preiserhöhungen. Dadurch entsteht ein erheblicher Schaden bei den öffentlichen Auftraggebern und indirekt bei der Allgemeinheit, sog. verfahrenen Kosten.

¹⁸⁶ So die amtliche Begründung zum HGrG in BT-Drucksache 12/464, S. 13.

¹⁸⁷ Hier sind die Erfolgsaussichten in der Hauptsache das maßgebliche Kriterium, Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn. 82 ff.

¹⁸⁸ Haß, BRAK-Mitt., 1995, 113, 118.

¹⁸⁹ Werner, WuW 1996, 875, 878.

gen oder weiteren Vorhaltekosten.¹⁹⁰ Deswegen wird bei der Abwägung der Belange der Wirtschaft Vorrang vor der Durchsetzung des Vergaberechts eingeräumt, wodurch aber der rechtsschutzsuchende Wettbewerber mit seinem Aussetzungsantrag nur eingeschränkte Erfolgsaussichten hat.¹⁹¹

b) Zeitliche Begrenzung

Die Aussetzung des Verfahrens ist entsprechend der verfahrensbeendenden Wirkung des Zuschlags nur solange zulässig, als dieser noch nicht erteilt und die Vergabeentscheidung noch nicht vollzogen ist, §§ 57 b IV 8 HGrG, 2 II NpV. Nach diesem Zeitpunkt kann die Vergabeprüfstelle nur noch die Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens feststellen.¹⁹² Diesem steht auch nicht die Regelung des § 57 b IV 2 HGrG entgegen, nach dessen Wortlaut auch eine nachträgliche Aufhebung einer rechtswidrigen Auftragsvergabe möglich erscheint.¹⁹³ Denn diese Vorschrift muß systematisch mit § 57 b IV 8 HGrG gelesen werden.¹⁹⁴ Ebenso wird man aus Gründen der Rechtssicherheit und der Formulierung in § 2 II NpV davon ausgehen dürfen, daß die Vollziehung der Vergabeentscheidung mit der konkreten Auftragserteilung erfolgt.¹⁹⁵

C. Vergabeüberwachungsausschüsse

I. Zuständigkeit der Vergabeüberwachungsausschüsse

Zur Überwachung des Vergabewesens sind gem. § 57 c I 1 HGrG Bund und Länder verpflichtet, jeweils einen Vergabeüberwachungsausschuß einzurichten. Nach § 57 c I 3 HGrG kann die Bildung dieser Stellen bei den Ländern in einem oder in mehreren gemeinsamen Ausschüssen bestehen. Diese von den Vergabestellen unabhängigen Ausschüsse wurden auf Bundesebene beim Bundeskartellamt gem. § 57 c VII S. 1 und S. 2 HGrG und auf Länderebene in der Regel bei den Kartellreferaten der Wirtschaftsministerien¹⁹⁶ eingerichtet.

II. Auftrag und Verfahren

¹⁹⁰ Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 158, Rn. 304.

¹⁹¹ Schumacher, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, S. 99.

¹⁹² Nach Haß, BRAK-Mitt. 1995, 113, 118 in Anlehnung an die Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 I 4 VwGO.

¹⁹³ Schumacher, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, S. 99.

¹⁹⁴ Horn, BauR 1995, 20, 24.

¹⁹⁵ Werner, WuW 1996, 875, 878; Stockmann, WuW 1995, 572, 574.

¹⁹⁶ Frank, Koordinierung der Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 292 mit weiteren Nachw.

Die Entscheidungen der Vergabeprüfstelle unterliegen der Überprüfung eines Überwachungsausschusses. Dies betrifft allerdings nur die rechtliche Kontrolle; die Vergabeüberwachungsausschüsse bleiben an die Tatsachenfeststellung der Vorinstanz gebunden, § 57 c V 1 HGrG. Im Unterschied zu der Vergabeprüfstelle übt der Vergabeüberwachungsausschuß seine Tätigkeit gem. § 57 c I 1 HGrG unabhängig und in eigener Verantwortung aus.

1. Tätigwerden auf Antrag

Der Vergabeüberwachungsausschuß wird nur auf Antrag tätig. Dies steht zwar nicht ausdrücklich in den §§ 57 a-c HGrG, folgt allerdings aus § 57 c VI HGrG sowie aus dem Fehlen einer Bestimmung über die Einleitung von Amts wegen.¹⁹⁷ Die Frist für die Anrufung beträgt gem. § 57 c VI 1 HGrG vier Wochen nach Zugang der Entscheidung der Vergabeprüfstelle.¹⁹⁸

Das durch einen Antrag in Gang gesetzte Verfahren darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich bei diesem um ein Amtsverfahren und nicht um ein kontradiktorisches Verfahren handelt.¹⁹⁹

2. Antragsbefugnis

Antragsberechtigt ist nach § 57 c VI 2 HGrG ausschließlich derjenige, der einen Verstoß gegen Vergabevorschriften geltend gemacht hat, also nur der übergangene Wettbewerber und nicht etwa der öffentliche Auftraggeber, der sich durch die Entscheidung der Vergabeprüfstelle in seinen Rechten betroffen fühlt.²⁰⁰ Diese Regelung schließt nach ihrem Wortlaut die Möglichkeit eines Antrages von einem durch die Entscheidung der Vergabeprüfstelle erstmals Betroffenen aus.²⁰¹ Aufgrund der Entscheidungspraxis der Vergabeüberwachungsausschüsse²⁰² werden aber auch Nachprüfungsanträge derjeniger Bewerber zugelassen, die erst durch die Entscheidung der Vergabeprüfstelle beschwert und mit der Anrufung des Vergabeüberwachungsausschusses erstmalig tätig werden. Denn das Vergabeüberwachungsverfahren dient, ebenso wie das Nachprüfungsverfahren, auch dem Allge-

¹⁹⁷ Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 162, Rn. 312, Fn. 186.

¹⁹⁸ An den Antrag werden weder formal noch inhaltlich hohe Anforderungen gestellt, vgl. Stockmann, WuW 1995, 572, 576; Riese, Vergaberecht, S. 369.

¹⁹⁹ Schumacher, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, S. 102; VÜA Bund, Beschl. v. 2.8.1994, 1 VÜ 1/94, WuW/E VergAB 1, 5; VÜA Bund, Beschl. v. 21.11.1994, 1 VÜ 8/94, WuW/E VergAB 21, 22 ff.

²⁰⁰ Werner, WuW 1996, 875, 878.

²⁰¹ Danach entspricht die Regelung der Antragsbefugnis nicht den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen, Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 162, Rn. 313.

²⁰² VÜA Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 27.2.1996, 1 VÜ 1/96, WuW/E VergAL 62, 64; VÜA Bayern, Beschl. v. 17.2.1995, VÜA 1/95, WuW/E VergAL 1, 4; Stockmann, WuW 1995, 572, 577, Fn. 19.

meininteresse an einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung der öffentlichen Hand. Entsprechend dem Rechtsgedanken des § 68 I Nr. 2 VwGO ist der durch eine Entscheidung der Vergabeprüfstelle erstmalig Beschwerde nicht darauf zu verweisen, eine erneute Entscheidung herbeizuführen, die der bereits gefällten Entscheidung entspricht. Vielmehr kann er den Vergabeüberwachungsausschuß direkt anrufen.²⁰³

3. Beschwer

Zwischen den Vergabeüberwachungsausschüssen besteht Uneinigkeit darüber, ob ein Antrag zum Vergabeüberwachungsausschuß schon immer dann zulässig ist, wenn der Antragsteller die Vergabeprüfstelle angerufen hat, oder ob zusätzlich noch eine Beschwerde vorausgesetzt wird.²⁰⁴

So wird von dem Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes ein über die Antragsbefugnis hinausgehendes Rechtsschutzbedürfnis und damit das Vorliegen einer Beschwerde für nicht erforderlich gehalten.²⁰⁵ Nach anderer Ansicht soll im Sinne einer analogen Anwendung des § 42 II VwGO nur derjenige antragsbefugt sein, der eine Verletzung in eigenen subjektiven Rechten geltend macht.²⁰⁶ Danach genügt für eine Antragsberechtigung kein allgemeines wirtschaftliches Interesse. Ausreichend beschwert ist der Dritte erst, wenn er durch die Entscheidung der Prüfstelle als Beteiligter am Vergabeverfahren in seinen Rechten verletzt ist.²⁰⁷ Ein solches individuelles Rechtsschutzbedürfnis fehlt z. B. bei Subunternehmern und Zulieferern. Eine hinreichend enge Beteiligung liegt jedoch dann vor, wenn ein potentieller Bieter geltend macht, er sei regelwidrig nicht zur Angebotsabgabe zugelassen worden.²⁰⁸ Das Erfordernis einer Beschwerde erscheint auch deshalb als zwingend notwendig, um nicht eine der Popularklage vergleichbare Rechtslage herbeizuführen.²⁰⁹

III. Befugnisse

Weitreichende Befugnisse sind dem Vergabeüberwachungsausschuß nicht gegeben. Bei Feststellung einer rechtswidrigen Entscheidung muß der Vergabeüberwachungsausschuß

²⁰³ Noch, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, S. 152, Riese, Vergaberecht, S. 370.

²⁰⁴ Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 163, Rn. 315.

²⁰⁵ VÜA Bund, Beschl. v. 12.4.1995, 1 VÜ 1/95, WuW/E VergAB 27, 32, ebenso VÜA Brandenburg, Beschl. v. 30.1.1996, VÜA 1/95, WuW/E VergAL 29, 36; VÜA Bund, Beschl. v. 27.5.1997, 1 VÜ 10/97, WuW/E Verg 2, 3.

²⁰⁶ VÜA Bayern, Beschl. v. 1.6.1995, VÜA 4/95, WuW/E VergAL 11, 15; VÜA Bayern, Beschl. v. 18.7.1997, VÜA 6/97, WuW/E Verg 101, 102.

²⁰⁷ VÜA Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 27.2.1996, 1 VÜ 1/96, WuW/E VergAL 62, 66.

²⁰⁸ Prieß, EuZW 1999, 196, 200; VÜA Bayern, ZVgR 1998, 491.

die Vergabeprüfstelle anweisen, unter Berücksichtigung seiner Rechtsauffassung erneut zu entscheiden, § 57 c V 3 HGrG. Andernfalls stellt er die Rechtmäßigkeit der Entscheidung fest. Zur Aussetzung eines Vergabeverfahrens oder zu anderen Weisungen ist er nach § 3 IV NpV ausdrücklich nicht befugt.

D. Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten

Das Verhältnis zwischen dem eigens für Vergabeentscheidungen vorgesehenen Nachprüfungsverfahren und gerichtlich durchsetzbarem Rechtsschutz war und ist bis heute noch weitgehend ungeklärt. Aus den gesetzlichen Vorschriften der §§ 57 b, 57 c HGrG und der NpV ergibt sich nicht ausdrücklich, ob gerichtlicher Primärrechtsschutz - auch in Form einstweiliger Verfügungen - neben dem Nachprüfungsverfahren Bestand hat. Zudem ist fraglich, ob ein unberücksichtigt gebliebener Wettbewerber gegen eine Vergabeentscheidung den verwaltungsgerichtlichen oder den zivilgerichtlichen Rechtsweg beschreiten muß.²¹⁰

I. Entscheidungen der Vergabestelle

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Die Anrufung der Verwaltungsgerichte gegen die Entscheidungen im Nachprüfungsverfahren kommt insbesondere für die Auftraggeber in Betracht. Für die Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle der Vergabeentscheidung wäre die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges gem. § 40 I VwGO erforderlich. Da es sich bei den Regelungen des Vergaberechts um „haushaltsrechtliche“ Vorschriften handelt, ist davon auszugehen, daß grundsätzlich eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt.²¹¹ Ebenso liegt keine Sonderzuweisung gem. § 40 I VwGO vor, da sich in den §§ 57 b und 57 c HGrG und in der NpV keine ausdrücklichen Regelungen finden, die den Rechtsschutz exklusiv auf das Nachprüfungsverfahren beschränken.²¹²

2. Verwaltungsakt

²⁰⁹ Erdl, Der neuer Vergaberechtsschutz, S. 164, Rn. 318; VÜA Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 14.8.1995, VÜ 1/95, S. 4: Antragsbefugnis eines Kreistagsfraktion bejaht; VÜA Bund, Beschl. v. 27.5.1997, 1 VÜ 10/97, WuW/E Verg 2, 3: Antragsbefugnis eines Berufsverbandes bejaht.

²¹⁰ Werner, WuW 1996, 875, 880 f.

²¹¹ Schumacher, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, S. 113; Haß, BRAK-Mitt. 1995, 113, 119; Horn, BauR 1995, 20, 26.

²¹² Werner, WuW 1996, 875, 880.

Die Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers ist jedoch nur dann auf verwaltungsgerichtlicher Ebene mittels Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage angreifbar, wenn es sich bei der Auftragsvergabe um einen Verwaltungsakt handelt. Dabei ist stets die wahre Natur des Rechtsverhältnisses entscheidend.²¹³ Dieses ist vorliegend im Kern auf den Abschluß eines zivilrechtlichen Vertrages ausgerichtet.²¹⁴ Somit fehlt es an der für ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis typischen Beziehung der Über- bzw. Unterordnung, bei der sich der Träger hoheitlicher Gewalt, in deren Funktion die Vergabestelle hier gerade nicht handelt, der Rechtssätze des öffentlichen Rechts bedient.²¹⁵ Insbesondere nach der Rechtsprechung des BVerwG handelt es sich bei der Vergabeentscheidung um einen Akt rein wirtschaftlicher Art ohne Außenwirkung auf Dritte, der zum Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages nach §§ 433, 631 ff. BGB führen soll.²¹⁶ Mangels öffentlich-rechtlicher Streitigkeit nach § 40 I VwGO ist somit auch im Hinblick auf eine allgemeine Leistungsklage bzw. Feststellungsklage der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten verschlossen.²¹⁷

II. Entscheidung der Vergabeprüfstelle

Es war heftig umstritten, ob die Entscheidung der Vergabeprüfstelle gegenüber dem benachteiligten Bieter einen Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG darstellt und demzufolge den Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Weit überwiegend wurde aber dabei die Auffassung vertreten, daß in den Fällen, in denen Vergabestelle und Vergabeprüfstelle unterschiedliche juristische Personen sind, die Entscheidung der Vergabeprüfstelle als Verwaltungsakt anzusehen ist.²¹⁸ Relevant konnte dies im Zusammenhang mit gemeindlichen und privat erfaßten Auftraggebern werden. Soweit es sich nicht um Aufgaben im übertragenen Wir-

²¹³ BVerwG Urt. v. 15.2.1961, V C 105.60, BVerwGE 12, 64, 65 ff.; BVerwG, Urt. v. 27.2.1976, VII C 44.74, BVerwGE 50, 255, 259; BGH, Urt. v. 10.7.1954, VI ZR 120/53, BGHZ 14, 222, 225 ff.; BGH, Beschl. v. 10.4.1986, GmS OGB 1/85, BGHZ 97, 312, 314.

²¹⁴ Dreher, ZIP 1995, 1869, 1873; Ruthig, DÖV 1997, 539, 542; Hösch, BayVBl 1997, 193, 196.

²¹⁵ Noch, Vergabe von Staatsaufträgen, S. 185.

²¹⁶ BVerwG, Urt. v. 7.11.1957, II C 109.55, BVerwGE 5, 325, 327; BVerwG, Urt. v. 6.6.1958, VII C 227.57, BVerwGE 7, 89, 90; BVerwG, Urt. v. 8.3.1962, VIII C 160.60, BVerwGE 14, 65, 77.

²¹⁷ Haß, BRAK-Mitt. 1996, 113, 118; Kopp, VwVfG, 5. Aufl., § 35 Rn. 22; vgl. dazu ausführlich Triantafyllou, NVwZ 1994, 943 ff.; Noch, Vergabe von Staatsaufträgen, S. 173 ff.: a.A. zur öffentlichen Betrachtungsweise; Zwei-Stufen-Theorie, Öffentlich-rechtlicher Vertrag.

²¹⁸ Noch, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, S. 148; Werner, BRAK-Mitt. 1996, 113, 118; Ruthig, DÖV 1997, 539, 542; Amtl. Begründung., BT-Dr. 12/4636, S. 12, 21; Dierks/Scharek, EuZW 1993, 559, 564; Kopp, VwVfG, 6. Aufl., § 35 Rn. 22; VG Koblenz, Urt. v. 8.7.1997, 2 K 2971/96 KO, NVwZ 1999, 1133, 1134; a.A. Dreher, ZIP 1995, 1869, 1873; Seidel, EG-Wirtschaftsrecht, Band 2, H IV, Rn. 194; Hailbronner, WiVerw 1994/3, 173, 239.

kungskreis handelt, werden die Gemeinden wohl tatsächlich in ihrer subjektiven Rechtsstellung betroffen, erst recht gilt dies für die privaten Auftraggeber.²¹⁹

Dieses Ergebnis steht jedoch in offenem Widerspruch zu dem europäischen *effet utile* und zu dem Ziel der Rechtsmittelrichtlinien an einer möglichst raschen Entscheidung. Denn anderenfalls könnte das Nachprüfungsverfahren vor dem Überwachungsausschuß umgangen werden. Des weiteren ist nicht auszuschließen, daß es bei gleichzeitiger Anrufung des Verwaltungsgerichts durch die Vergabestelle und Anrufung des Vergabeüberwachungsausschusses durch den Bieter zu einer Entscheidungsdivergenz kommen kann.²²⁰ Auch ist zu berücksichtigen, daß die Vergabe eines konkreten Auftrages aufgrund der aufschiebenden Wirkung für die Dauer des gerichtlichen Verfahrens, also unter Umständen auf Jahre hinaus, blockiert sein könnte.²²¹

III. Entscheidung des Vergabeüberwachungsausschusses

Der Rechtsschutz gegen die Entscheidungen der Vergabeüberwachungsausschüsse mittels Anfechtungsklage bzw. eines damit korrespondierenden vorläufigen Rechtsschutzes setzt voraus, daß ein Verwaltungsakt gem. § 35 S. 1 VwVfG vorliegt. Der Vergabeüberwachungsausschuß weist jedoch die Vergabeprüfstelle gem. § 57 c V HGrG nur an, ihre Entscheidung zu korrigieren, so daß es - sogar gegenüber den Vergabestellen - an der notwendigen Außenwirkung der Entscheidung fehlen wird.²²² Es handelt sich vielmehr um eine verwaltungsinterne Rechtsaufsichtsmaßnahme, für die allenfalls eine allgemeine Leistungsklage in Betracht käme, bei der es allerdings mangels subjektiv-rechtlicher Relevanz an der Klagebefugnis fehlen dürfte.²²³

Darüber hinaus sind Art. 2 VIII RMR und Art. 2 IX S-RMR zu beachten, wonach die Entscheidungen der zweiten als eigentlich unabhängigen Instanz rechtsverbindlich sein sollen. Daraus folgt, daß die Beschlüsse der Vergabeüberwachungsausschüsse keiner weiteren

²¹⁹ Ruthig, DÖV 1997, 539, 542; Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rn. 95; VG Regensburg, Urt. v. 22.9.1997, RN 13 E 97.01681, VergR 6/1997, S. 47.

²²⁰ Schumacher, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, S. 115.

²²¹ Dierks/Scharek, EuZW 1993, 559, 563; Ruthig, DÖV 1997, 539, 543; Mahnschreiben der Europäischen Kommission v. 31.10.1995, SG (95) D/13624-55/2044, ZIP 1995, 1940, 1944; Schumacher, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, S. 115; Seidel, VergR 2/1998, S. 37 f.

²²² Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 181, Rn. 359; Noch, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, S. 156; vgl. Kopp, VwVfG, 6. Aufl., § 35 Rn. 22: generelle Annahme eines VA.

²²³ Ruthig, DÖV 1997, 539, 543; vgl. Horn, BauR 1995, 20, 26: danach vermittelt die Vergaberichtlinie dem Bieter subjektive Rechte, wonach jedenfalls das Rechtsschutzbedürfnis gegen eine Entscheidung des Vergabeüberwachungsausschusses mit Rücksicht auf Art. 19 IV GG gegeben ist.

Nachprüfung unterliegen und damit nicht selber zum Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung gemacht werden können.²²⁴

E. Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten

Bei dem Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten geht es für die sich um einen Auftrag bewerbenden Unternehmer insbesondere um die Inanspruchnahme des einstweiligen Rechtsschutzes. Dieser Rechtsschutz erfolgt dann entweder anstelle des Nachprüfungsverfahrens oder parallel dazu, um beispielsweise eine Aussetzung des Vergabeverfahrens auch über die Entscheidung der Vergabeprüfstelle hinaus zu erreichen.²²⁵ Das Verhältnis zwischen Nachprüfungsverfahren und ordentlichem Rechtsweg für Primäransprüche ist umstritten:

I. Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges

Einerseits wird vertreten, daß der ordentliche Rechtsweg für Primäransprüche ausgeschlossen ist, da der Gesetzgeber den einstweiligen Rechtsschutz in § 57 b IV HGrG bzw. in der NpV speziell geregelt und den Vergabeprüfstellen zur Entscheidung zugewiesen hat.²²⁶ Über den Umweg des einstweiligen Rechtsschutzes nach den §§ 935 ff. ZPO wird die haushaltsrechtliche Lösung im Prinzip aus den Angeln gehoben.²²⁷ Der einstweilige Rechtsschutz wird demnach zum Einbruchstor für die Gerichte. Der bundesdeutsche Gesetzgeber hat sich aber zu dieser Zeit gerade gegen ein Vergabegesetz mit justiziablen Rechten entschieden und die haushaltsrechtliche Lösung bevorzugt.²²⁸ Nach einer weiteren Ansicht schließt das Prinzip der Verfahrensbeschleunigung ein Parallelverfahren vor den ordentlichen Gerichten aus, zumindest so lange ein Nachprüfungsverfahren möglich ist oder sogar läuft.²²⁹

Schließlich wird der einstweilige Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten abgelehnt, da der zu sichernde Anspruch des Bieters beziehungsweise Bewerbers auf eine Geldleistung in Höhe der Vergütung gerichtet ist. Dieser Vergütungsanspruch wird durch die Zu-

²²⁴ Schumacher, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, S. 115.

²²⁵ Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 176, Rn. 351, Fn. 273.

²²⁶ Eidenmüller, EuZW 1995, 632, 633; Pietzcker, NVwZ 1996, 313, 318; Werner, WuW 1996, 875, 882; vgl. Pietzcker, NVwZ 1997, 1186, 1187: danach kommt nur eine Vorlage gem. Art. 100 I GG an das BVerfG in Betracht.

²²⁷ Löttsch/Bornheim, NJW 1995, 2134, 2138.

²²⁸ Hailbronner, WiVerw 1994, 173, 238 ff.

²²⁹ Rittner, NVwZ 1995, 313, 319.

schlagserteilung an einen anderen weder vereitelt noch erschwert, da Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden können.²³⁰

II. Eröffnung des ordentlichen Rechtsweges

Nach anderer Ansicht wird vertreten, daß schon bei Eröffnung des Zivilrechtsweges für Schadensersatzansprüche gem § 57 b VI HGrG kein Grund ersichtlich ist, warum dies nicht auch für Primäransprüche gelten soll.²³¹ Denn mit der Anordnung in § 57 b VI HGrG hat der deutsche Gesetzgeber einerseits lediglich eine Forderung der Überwachungsrichtlinien erfüllt und andererseits auch - wie die Gesetzesmaterialien zeigen²³² - keine darüber hinausgehende Regelung getroffen.²³³ Des weiteren ist zu beachten, daß es sich bei dem Vergabeüberwachungsausschuß nicht um ein Gericht i. S. d. Art. 92 GG handelt²³⁴, so daß § 57 b VI HGrG auch keinen „anderen Rechtsweg“ i. S. d. § 13 Hs. 2 GVG darstellen kann, der den für fiskalisches Handeln einschlägigen Zivilrechtsweg ausschließen könnte.²³⁵ Auch entfällt nicht das Rechtsschutzbedürfnis wegen der Anrufung der Vergabeprüfstelle oder des Vergabeüberwachungsausschusses. Da diese Stellen nur Verstöße gegen die Vergabeverordnung prüfen, sind die Verfahren ohne Einfluß auf die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche. Für Unterlassungsansprüche ist jedoch nach Zuschlagserteilung kein Raum mehr.²³⁶

Für die Eröffnung des Zivilrechtsweges spricht ebenfalls, daß im Rahmen einstweiliger Verfügungsverfahren vor den Zivilgerichten die Interessen der Parteien gegeneinander abgewogen werden, während bei den Vergabeprüfstellen in erster Linie das öffentliche Interesse im Vordergrund steht.²³⁷

Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte wird auch von der Rechtsprechung bejaht.²³⁸ So hat das Kammergericht in dem Rechtsstreit „General Electric gegen VEAG“²³⁹ den

²³⁰ Löttsch/Bornheim, NJW 1995, 2134, 2138.

²³¹ Haß, BRAK-Mitt. 1995, 113, 119.

²³² Begr. zum RegE 2. HGrG, BR-Drucks. 5/93, S. 22; ebenso Beschlußempfehlung und Bericht des BT-Ausschusses für Wirtschaft, BT-Drucks. 12/5334, S. 10.

²³³ Dreher, ZIP 1995, 1869, 1876.

²³⁴ Siehe unten: 3. Kap. G. III.

²³⁵ Prieß, EuZW 1995, 793; Ruthig, DÖV 1997, 539, 541; a.A. Schumacher, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, S. 118: Da es sich bei dem Vergabeüberwachungsausschuß um eine gerichtsähnliche Instanz handelt, besteht eine vergleichbare Situation. Eine doppelte Rechtshängigkeit könnte zu divergierenden Entscheidungen führen und ist deshalb nicht statthaft.

²³⁶ Dreher, ZIP 1995, 1869, 1875; KG, Urt. v. 30.3.1995 - V R 65/93 (Münster), EuZW 1995, 645, 646 f. = WiB 1995, 881, 882 f.

²³⁷ Werner, WuW 1996, 875, 882; siehe oben: 3.. Kap. B. III. 2. a

²³⁸ LG Berlin, Urt. v. 1.11.1983 -16 O 600/83, BauR 1985, 600; LG Saarbrücken, Urt. v. 7.2.1996, Az. 4 O 42/96, S. 4; LG Hannover, Urt. v. 17.4.1997 - 21 O 38/97 (Kart), WiB 1997, 944, 945 = EuZW 1997, 638, 639; OLG Karlsruhe,

Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gem. § 13 GVG als eröffnet betrachtet, weil der Unterlassungsanspruch auch auf Anspruchsgrundlagen aus dem GWB und aus dem BGB gestützt wurde. Insoweit liegt folglich eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vor, für die weder die Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde noch eines Verwaltungsgerichts begründet ist.²⁴⁰ Die Zuständigkeit der Zivilgerichte ist demnach unter diesen Umständen gem. § 17 II GVG unabhängig davon zu bejahen, ob für die gerügten Verstöße gegen die betroffenen Vergaberichtlinien²⁴¹ bei isolierter Geltendmachung ein anderer Rechtsweg zulässig ist. Denn nach dieser Vorschrift hat bei sogenannten gemischten Rechtsverhältnissen, in denen der Anspruch auf verschiedene, nicht alle demselben Rechtsweg zuzuordnende Klagegründe gestützt wird, das für einen Klagegrund zuständige Gericht über alle anderen Klagegründe mitzuzentscheiden.²⁴²

Es ist also festzustellen, daß den in der Literatur vorgebrachten Gründen gegen einen Primärrechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten nicht gefolgt werden kann.

F. Rechtliche Begründung eines Unterlassungsanspruch

Eine weitere Frage ist, ob und gegebenenfalls welche Anspruchsgrundlagen vor den ordentlichen Gerichten auf Primärseite geltend gemacht werden können.

I. §§ 823 I, 1004 BGB

Ein Unterlassungsanspruch kann sich nicht aus §§ 823 I, 1004 BGB wegen Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ergeben, zumal dieser Rechtsschutz nur subsidiär eingreift. Es fehlt bereits an einer Rechtsschutzlücke, weil der Gesetzgeber in § 57 b HGrG die Vergabeüberwachung durch die Vergabeprüfstellen und Vergabeüberwachungsausschüsse sichergestellt hat.²⁴³

II. § 823 II BGB

Urt. v. 13.12.1985, 6 U 203/95 (Kart.), WuW/E OLG 5615, 5616; LG Hannover, Urt. v. 6.11.1997, 21 O 129/97 (Kart.), WuW/E Verg 34, 35; VG Chemnitz, Beschl. v. 23.5.1996, 4 K 813/96, NVwZ-RR 1997, 198 ff.

²³⁹ KG, Urt. v. 10.4.1995 - Kart U 7605/94, EuZW 1995, 645, 646 f. = WiB 1995, 881, 882 f.

²⁴⁰ Vgl. Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 178, Rn. 355: Bejaht eine Rechtswegeröffnung auch schon dann, wenn der Antrag ausschließlich auf Vergaberegeln gestützt worden wäre. Denn die Frage, ob der Zivilrechtsweg eröffnet ist, richtet sich allein nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird (Vergabeverfahren=zivilrechtliche Einordnung).

²⁴¹ SKR 90/531/EWG, ABIEG Nr. L 297 v. 29.10.1990 und S-RMR 92/13/EWG, ABIEG Nr. L 76 v. 23.3.1992.

²⁴² BGH, Urt. v. 28.2.1991, III ZR 53/90, NJW 1991, 1686; Kissel, GVG, § 17, Rn. 36 ff.

²⁴³ KG, Beschl. v. 31.5.1995, Kart. W 3259/95, BauR 1995, 837, 839; Jasper, WiB 1996, 41 f.; KG, Urt. v. 10.4.1995 - Kart U 7605/94, WRP 1995, 948, 950; Jasper, Entwicklung des Vergaberechts, DB 1997, 915, 919.

Ebenso kommt ein Unterlassungsanspruch nach § 823 II BGB nicht in Betracht, weil die Verdingungsordnungen keine Schutzgesetze darstellen.²⁴⁴ An dieser Lage hat sich auch mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes nichts geändert. Denn der Gesetzgeber hat dabei das Ziel verfolgt, keine individuellen, einklagbaren Rechtsansprüche von Bietern auf Einhaltung der Vergabevorschriften entstehen zu lassen.²⁴⁵

III. § 26 II 1 GWB und § 826 BGB i.V.m. § 1004 BGB

Ein Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung konnte demnach nur auf § 26 II 1 GWB und auf § 826 i. V. m. § 1004 BGB gestützt werden. Dabei muß der Antragsteller aber die strengen Anforderungen dieser Vorschriften im Einzelnen darlegen und glaubhaft machen²⁴⁶, was zumeist zum mangelnden Verfügungsanspruch führte. Folge war somit, daß der Rechtsweg zu den Zivilgerichten befürwortet und ebenso ein Verfügungsgrund bejaht wurde, jedoch der Verfügungsanspruch jeweils abgelehnt wurde.²⁴⁷

Das LG Hannover hat erstmals durch den Erlaß einer einstweiligen Verfügung in ein laufendes Vergabeverfahren eingegriffen und das Verfahren ausgesetzt.²⁴⁸ Dabei vertritt es den Standpunkt, daß mangels einer ordnungsgemäßen Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG eine unmittelbare Anwendung des EG-Rechts geboten ist.²⁴⁹ Gemäß den Ausführungen des EuGH ist eine unmittelbare Anwendbarkeit der betreffenden Richtlinien zugunsten des Einzelnen möglich, wenn die Richtlinie trotz Fristablauf nicht oder nicht richtig in nationales Recht umgesetzt wurde und die Richtlinie inhaltlich unbedingt und hinreichend genau ist.²⁵⁰ Die Umsetzung dieser Richtlinie in nationales Recht ist durch die §§ 57 a, 57 b und 57 c HGrG nur unzureichend erfolgt. Insbesondere ist der Vergabeüberwachungsausschuß nach § 57 c HGrG kein Gericht i. S. v. Art. 234 EGV, auf den Art. 2 VIII der RMR/S-RMR verweist. Der vor der Vergabeprüfstelle unterlegene Bieter kann lediglich den

²⁴⁴ BGH, Urt. v. 21.11.1991, VII ZR 203/90, BauR 1992, 221, 222.

²⁴⁵ BT-Drucks. 12/4636, S. 12; KG, Urt. v. 10.4.1995 - Kart U 7605/94, EuZW 1995, 645, 648; ebenso KG, Beschl. v. 31.5.1995, Kart W 3259/95, NVwZ 1996, 415, 416; Portz, Rechtsschutz bei Vergabefehlern, ZVgR 1998, 596, 599; Riedl in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, Einl., Rn. 17; a.A. Dreher, Rechtsschutz bei Vergabeverstößen, ZIP 1995, 1869, 1875; Ruthig, Rechtsschutz von Bietern, DÖV 1997, 539, 544 f.; Hösch, BayVBl 1997, 193, 200 f.: Danach ist eine Änderung des Rechtscharakters der Verdingungsordnungen eingetreten, so daß es sich um ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB handelt.

²⁴⁶ KG, Urt. v. 10.4.1995 - Kart U 7605/94, WRP 1995, 948, 949.

²⁴⁷ Noch, WiB 1997, 945.

²⁴⁸ LG Hannover, Urt. v. 17.4.1997 - 21 O 38/97 (Kart), WiB 1997, 944, 945 = EuZW 1997, 638, 639.

²⁴⁹ Vgl. Boesen, NJW 1997, 345, 350; Boesen, EuZW 1996, 583; Ingenstau/Korbion, VOB, Einl. Rn. 70.

²⁵⁰ EuGH, Urt. v. 19.1.1982. Rs. 8/81, U. Becker./Finanzamt Münster-Innenstadt, Slg. 1982, 53, 70 f. = NJW 1982, 499, 500; EuGH, Urt. v. 23.2.1994, Rs. G-236/92, Comitato di coordinamento per la difesa della Cara

Antrag auf Einberufung des Vergabeüberwachungsausschusses stellen; damit erschöpfen sich seine Rechte nach dem rationalen Recht. Der Vergabeüberwachungsausschuß ist jedoch keine unabhängige Tatsacheninstanz, § 57 c V 1 u. 2 HGrG. Die Entscheidung des Ausschusses ist nicht vollstreckbar; die Befugnisse des Ausschusses erschöpfen sich darin, die Vergabeprüfstelle anzuweisen, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung erneut zu entscheiden.²⁵¹

Zur Vermeidung von Rechtsverlusten war somit einstweiliger Rechtsschutz durch die angerufenen Zivilgerichte zu gewähren, wie dies die Rechtsmittelrichtlinien fordern. Begründet wird die Entscheidung vor allem auch damit, daß weder die Vergabestelle noch die Vergabeprüfstelle den Weisungen des Vergabeüberwachungsausschusses nachgekommen ist, wodurch das Nachprüfungsverfahren ins Leere läuft.²⁵²

G. Umsetzungsmängel

I. Ausschluß von subjektiven Rechten

Die haushaltsrechtliche Lösung steht schon mangels Einräumung subjektiver Rechte im offenen Widerspruch zum bindenden Inhalt der Vergaberichtlinien. Dies ergibt sich aus dem Urteil des EuGH vom 11. August 1995.²⁵³ Die Kommission leitete 1990 gegen die Bundesrepublik Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren wegen der nicht rechtzeitigen Umsetzung der LKR 77/62/EWG ein. Dieses Verfahren wurde 1992 erneuert und auf die Umsetzung der BKR 71/305/EWG ausgedehnt.²⁵⁴ Gegenstand des Verfahrens war die mangelnde Umsetzung der Vergaberichtlinien durch die Integrationslösung, weil die Umsetzung durch bloße Verwaltungsvorschriften nicht den gemeinschaftlichen Anforderungen genügte.²⁵⁵ Zwar hat die Kommission während des Verfahrens klargestellt, daß sich die Anträge nur auf die Rechtslage vor Einführung der haushaltsrechtlichen Lösung beziehen, jedoch finden sich in dieser Entscheidung schon wichtige Hinweise auf die Grundmängel der haushaltsrechtlichen Lösung.²⁵⁶ Danach verfolgen die Vergaberichtlinien das Ziel, den Bieter vor der Willkür des öffentlichen Auftraggebers zu schützen.²⁵⁷ Deshalb

u.a./Regione Lombardia, EuZW 1994, 282, 283; vgl. Franke, ZfBR 1996, 291 ff. u. 1997, 1 ff.; Kalinowsky, Anspruch der Bieter nach § 97 VII GWB, S. 109 ff.; Dreher, VergR 4/1997, S. 33 f.

²⁵¹ LG Hannover, Urt. v. 17.4.1997 - 21 O 38/97 (Kart), WiB 1997, 944, 945 = EuZW 1997, 638, 639.

²⁵² Vgl. Prieß, EuZW 1999, 196, 199.

²⁵³ EuGH, Urt. v. 11.8.1995, Rs. C-433/93, Kommission./Bundesrepublik Deutschland, EuZW 1995, 635, 637.

²⁵⁴ Seidel, EG-Wirtschaftsrecht, Band 2, H IV 12 d), Rn. 188.

²⁵⁵ Pietzcker, NVwZ 1996, 313, 314; siehe oben: 2. Kap.

²⁵⁶ Noch, Vergabe von Staatsaufträgen, S. 237 f.

²⁵⁷ EuGH, Urt. v. 11.8.1995, Rs. C-433/93, Kommission./Bundesrepublik Deutschland, EuZW 1995, 635, Rn. 19; ebenso schon EuGH, Urt. v. 20.9.1988, Rs. 31/87, Gebroeders Beentjes./Niederlande, Slg. 1988, 4635=NvWZ

kann sich der Bieter gegenüber dem Auftraggeber auf diese Vorschriften berufen und gegebenenfalls deren Verletzung vor den nationalen Gerichten geltend machen. Da der EuGH dies im Zusammenhang mit der Frage äußert, ob Richtlinien Ansprüche des Einzelnen begründen, ist davon auszugehen, daß er schon den materiellen Vergaberichtlinien solche subjektiven Rechte entnimmt.²⁵⁸ Dabei sollen aber die Rechtsmittelrichtlinien den von den Vergaberichtlinien verlangten Schutz der Bieter verstärken.²⁵⁹ Die Überwachungsrichtlinien haben daher die Funktion, den Spielraum, welchen die Vergaberichtlinien den Mitgliedstaaten bei der Begründung eines vergaberechtlichen Rechtsschutzsystems noch ließen, einzuengen.²⁶⁰

Die haushaltsrechtliche Lösung hingegen zielt auf das Recht der sparsamen Haushaltsführung ab und will gerade keine subjektiven, gerichtlich einklagbaren Rechte verleihen.²⁶¹ Das Vergabeverfahren dient zwar auch den subjektiven Interessen der am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen, die einen Verstoß gegen Vergabevorschriften zu ihren Lasten geltend machen, vor allem aber dem übergeordneten Allgemeininteresse an einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung durch öffentliche und der öffentlichen Aufsicht unterstehende Stellen.²⁶² Ein möglicherweise enthaltener Schutz des Bieters in den haushaltsrechtlichen Vorschriften stellt sich demnach allenfalls als Reflex der objektiven Verfahrensordnung dar.²⁶³

Auch wenn weder in den Vergaberichtlinien noch in den Urteilen des EuGH zu Fällen des öffentlichen Auftragswesens der dem Europarecht fremde Begriff „subjektives Recht“ gebraucht wird, so ist dem einzelnen Bieter zum Schutz vor der Willkür öffentlicher Auftraggeber ein Klagerecht auf Einhaltung der Vergabevorschriften zuzugestehen. Ein solches läßt sich in der deutschen Rechtsordnung aber nur als subjektives Recht verstehen, zumal nach der materiell-rechtlichen Konzeption auch Verwaltungsbehörden diese Rechte von Amts

1990, 353 Rn. 42; EuGH, Urt. v. 10.2.1982, Rs. 76/81, *Transporoute et travaux./Ministère des travaux publics*, Slg. 1982, 417, Rn. 17.

²⁵⁸ Dreher, ZIP 1995, 1869, 1876; Dreher, EuZW 1995, 637.

²⁵⁹ EuGH, Urt. v. 11.8.1995, Rs. C-433/93, *Kommission./Bundesrepublik Deutschland*, EuZW 1995, 635, Rn. 23.

²⁶⁰ Dreher, ZIP 1995, 1869, 1877; Dreher, EuZW 1995, 637.

²⁶¹ BT-Dr. 12/4636, S. 12; BR-Dr. 5/1993, S. 21; Dreher, NVwZ 1996, 345; Meibom/Byok, EuZW 1995, 629, 630; Pietzcker, NVwZ 1996, 313, 314.

²⁶² VÜA Bund, Beschl. v. 12.4.1995, 1 VÜ 1/95, WuW/E VergAB 27, 32.

²⁶³ Boesen, NJW 1997, 345, 346; a.A. Pietzcker, NVwZ 1996, 313 ff.; Brenner, Beiheft 1 zu EuR 1996, 23, 33 f.; KG Berlin, Beschl. v. 10.4.1995, Kart. U 7605/94, EuZW 1995, 645, 648; Stober, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, S. 314; Kempen, *Beschaffungswesen*, 7/120, S. 5 f.: Danach kann im Wege europarechtskonformer Auslegung die Geltendmachung seitens des übergangenen Bieters durchaus als Wahrnehmung eines subjektiv-öffentlichen Rechts interpretiert werden.

wegen zu beachten und unter Umständen entgegenstehendes nationales Recht unangewendet zu lassen haben.²⁶⁴

Die mangelnde Gewährung von subjektiven und einklagbaren Rechten war unter anderem Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens, Europäische Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland, diesmal in Bezug auf die Umsetzung in der haushaltsrechtlichen Lösung.²⁶⁵ Auch auf eine die haushaltsrechtliche Lösung verteidigende Stellungnahme der Bundesregierung vom 29. Februar 1996 hin sah sich die Kommission nicht veranlaßt, von ihren bisherigen Einwänden abzuweichen.²⁶⁶ Die Bundesrepublik Deutschland ist schließlich einer Verurteilung durch den EuGH wegen Schlechtumsetzung der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EGW durch Erlaß des Vergaberechtsänderungsgesetzes entronnen.

Festzuhalten bleibt, daß die haushaltsrechtliche Lösung übergangenen Bieter keine subjektiven Rechte einräumt. Dadurch liegt die Richtlinienumsetzung im Hinblick auf Form und Mittel der Transformation außerhalb des den Mitgliedstaaten nach Art. 249 III EGV und Art. 10 EGV (Prinzip der Gemeinschaftstreue) eingeräumten Gestaltungsspielraumes. Darüber hinaus sind die Inhalte der Richtlinienvorgaben fehlerhaft umgesetzt.

II. Unzureichende Effektivität des Rechtsschutzes

Als Folge davon stehen dem Bieter weder die erforderlichen materiellen, noch die notwendigen prozessualen subjektiven Rechtspositionen zur Verfügung, um seine nach den Vergaberichtlinien zustehenden Rechtspositionen schnell und effizient durchsetzen zu können.²⁶⁷ Dies zum einen, weil aufgrund des Wortlautes der haushaltsrechtlichen Lösung eine unzulässige Beschränkung des Kreises der Beschwerdebefugten stattfindet²⁶⁸, vor allem aber deshalb, weil eine Tatsachenprüfung durch die zweite Instanz nicht stattfindet und die Anordnung vorläufiger Maßnahmen den Vergabeüberwachungsausschüssen versagt ist.

1. Gerichtliche Überprüfung von Tatsachenfragen

Der Vergabeüberwachungsausschuß besitzt gem. § 57 c V 1 und 2 HGrG nicht das Recht, eine Tatsachenprüfung vorzunehmen. Auch steht dem Vergabeüberwachungsausschuß

²⁶⁴ Noch, Vergabe von Staatsaufträgen, S. 236; Noch, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, S. 224; Funk/Marko/Pernthaler, Umsetzung der Vergaberichtlinien, S. 32; Boesen, EuVgR 1995, 47, 49; Puhl, Neues Vergaberecht, S. 111, 122; a.A. Schäfer, Mehr Wettbewerb, S. 140; Hailbronner, RIW 1992, 553, 559 f.: Danach besteht ein Unterschied zwischen dem subjektiven Recht im Sinne der deutschen Rechtsordnung und dem europarechtlichen Ausdruck einer individuellen Rechtsposition.

²⁶⁵ Mahnschreiben der Europäischen Kommission v. 31.10.1995, SG (95) D/13624-55/2044, ZIP 1995, 1940 ff.

²⁶⁶ Mit „Gründen versehene Stellungnahme“ der Kommission v. 31.7.1996, SG 96 D 7053, K (96) 2380 endg.

²⁶⁷ Noch, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, S. 225.

kein gesetzliches Instrumentarium zur Verfügung, Beweise zu erheben.²⁶⁹ Die Nachprüfung ist vielmehr auf den formalen Rahmen des revisionsrechtlichen Maßstabes gem. § 561 II ZPO bzw. § 137 II VwGO beschränkt.²⁷⁰ Dies beinhaltet die Nachprüfung, ob sich die Vergabeprüfstelle umfassend, widerspruchsfrei und ohne Verstoß gegen Denk- und Erfahrungsgrundsätze auseinandergesetzt hat und ob ihre Würdigung vollständig und rechtlich möglich ist.²⁷¹ Ferner erlaubt die Prüfung, der Frage nachzugehen, ob in entsprechender Anwendung von § 139 ZPO bzw. § 24 VwVfG die Vergabeprüfstelle der ihr obliegenden Aufklärungspflicht nachgekommen ist.²⁷² Trotzdem können die Vergabeüberwachungsausschüsse mit der Funktion und Position von Revisionsgerichten nicht verglichen werden. Den Verfahren vor diesen Spruchkörpern geht eine richterliche Tatsachenprüfung in den Vorinstanzen voraus und nicht etwa eine rein verwaltungsinterne Prüfung, auf die der Betroffene keinerlei Einfluß nehmen kann.²⁷³

Aus der Praxis läßt sich jedoch ersehen, wie wichtig für den Ausgang eines Prozesses gerade die Tatsachenaufklärung ist.²⁷⁴ Die Beantwortung von Rechtsfragen tritt nicht selten hinter die Ermittlung von Tatsachen zurück. Die eingeschränkte Überprüfungsbefugnis der Vergabeüberwachungsausschüsse trägt demnach zu einer Verminderung des effektiven Rechtsschutzes bei.²⁷⁵

2. Mängel hinsichtlich der Anordnung vorläufiger Maßnahmen

a) Vorrang der öffentlichen Interessen

§ 57 b IV HGrG bestimmt, daß die Vergabeprüfstelle das Vergabeverfahren einstweilig aussetzen kann. Bedenken ergeben sich hierbei bezüglich der Gewichtung der Abwägungskriterien, wonach insbesondere das öffentliche Interesse an der Vermeidung unangemessener Verzögerungen zu berücksichtigen ist.²⁷⁶ Folge davon ist, daß in praktisch allen Fällen ein öffentliches Interesse an der zügigen Auftragsvergabe gegeben ist, so daß kaum ein Fall denkbar ist, in welchem die Individualinteressen eines Bieters als Ergebnis

²⁶⁸ Siehe oben: 3. Kap. C. II. 2.

²⁶⁹ Gündisch, Beiheft zur EuR 1996/I, S. 59, 70.

²⁷⁰ Noch, Vergabe von Staatsaufträgen, S. 170; vgl. auch VÜA Bund, Beschl. v. 2.8.1994, 1 VÜ 1/94, WuW/E VergAB 1, 5 f.; Broß, VerwArch 1997, 521, 528 ff.; VÜA Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 31.7.1995, 1 VÜ 4/95, Beschlufgründe Nr. II. 2; VÜA Thüringen, Beschl. v. 26.1.1996, 2 VÜ 2/95, S. 10 f.

²⁷¹ Attorney-at-Law/Bär-Bouyssiére, WiB 1997, 741, 748.

²⁷² Stockmann, WuW, 1995, 572, 577; VÜA Bund, Beschl. v. 20.11.1995, 1 VÜ 2/95, WuW/E VergAB 52 f.

²⁷³ Mahnschreiben der Europäischen Kommission v. 31.10.1995, SG (95) D/13624-55/2044, ZIP 1995, 1940, 1944; Schumacher, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, S. 108.

²⁷⁴ Gündisch, Beiheft zur EuR 1996/I, S. 59, 71.

²⁷⁵ Schumacher, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, S. 107 f.

²⁷⁶ Siehe oben: 3. Kap. B. III. 2. a.

des Abwägungsvorganges Vorrang genießen könnten.²⁷⁷ Dadurch wird der von den Rechtsmittelrichtlinien geforderte Abwägungsspielraum unzulässigerweise auf das Abwägungselement des öffentlichen Interesses eingeengt.²⁷⁸ Eine prinzipielle Vorrangigkeit des öffentlichen Interesses ist weder in den Rechtsmittelrichtlinien vorgesehen noch ist sie sachgerecht. Auch wenn die Richtlinien die Möglichkeit eröffnen, in Konkretisierung des Art. 2 IV RMR/S-RMR Kriterien festzulegen, anhand derer die Interessenabwägung vorzunehmen ist, so gehen sie dennoch von einer unvoreingenommenen Abwägung unter gleichwertiger Berücksichtigung der Einzelinteressen und des öffentlichen Interesses aus.²⁷⁹ Eine solche Umsetzung ist auch mit der Stellung des Einzelnen im Rahmen des Vergabeverfahrens, insbesondere hinsichtlich des Willkürschutzes, nicht vereinbar. Dem Individualrechtsschutz des Bieters wird dadurch keine genügende Beachtung geschenkt, was im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH steht.²⁸⁰

b) Keine Befugnis zur Aussetzung des Verfahrens

Der Vergabeüberwachungsausschuß ist selbst bei eklatanten und offenkundigen Vergabeverstößen nach § 3 IV NPV nicht zur Aussetzung des Verfahrens befugt. Für den Fall, daß der Vergabeüberwachungsausschuß die Entscheidung der Vergabeprüfstelle zu korrigieren beabsichtigt, verfügt er somit nicht über die Möglichkeit, seine Entscheidung zur Aussetzung des Vergabeverfahrens an die Stelle der fehlerhaften Entscheidung der Vergabeprüfstelle zu setzen und die Vergabeprüfstelle unmittelbar zur Aussetzung zu verpflichten.²⁸¹ Vielmehr besteht für den Vergabeüberwachungsausschuß nur nach § 57 c V HGrG die Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit der Entscheidung der Vergabeprüfstelle festzustellen und diese anzuweisen, unter Berücksichtigung seiner Rechtsauffassung erneut zu entscheiden.²⁸² Bei einem bereits erteilten Zuschlag und dem somit zeitlich zusammenfallenden Vertragsschluß kann gem. § 57 b IV HGrG aber lediglich noch die Feststellung der Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens i. S. d. Anweisung des

²⁷⁷ Wittig, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme, S. 91; Noch, Vergabe von Staatsaufträgen, S. 172.

²⁷⁸ Mahnschreiben der Europäischen Kommission v. 31.10.1995, SG (95) D/13624-55/2044, ZIP 1995, 1940, 1945.

²⁷⁹ Boesen, NJW 1997, 345, 348; vgl. auch Dreher, NVwZ 1996, 345, 347; Prieß, Rechtsschutz und Ersatzansprüche, S. 81, 87.

²⁸⁰ EuGH, Urt. v. 10.2.1982, Rs. 76/81, Sa Transporoute et travaux ./ Ministère des travaux publics, Slg. 1982, S. 417, Rn. 17; EuGH, Urt. v. 20.9.1988, Rs. 31/87, Gebroeders Beentjes BV ./ Niederlande, Slg. 1988, 4635, 4652, Rn. 42.

²⁸¹ Mahnschreiben der Europäischen Kommission v. 31.10.1995, SG (95) D/13624-55/2044, ZIP 1995, 1940, 1945; Roebing, JURA 2000, 453, 459; Waldner, Bieterschutz im Vergaberecht, S. 62; Prieß, Rechtsschutz und Ersatzansprüche, S. 81, 87 f. bezeichnet dies in verfahrensrechtlicher Hinsicht als den schwerwiegendsten Mangel.

²⁸² Gündisch, Rechtsschutz bei öffentlichen Aufträgen, S. 70; siehe auch oben: 3. Kap. C. III.

Vergabeüberwachungsausschusses erfolgen. Die Vergaberichtlinien verlangen zwar keine Vertragsauflösungsmöglichkeit, aber nach Ansicht der Kommission wird aus Art. 2 VI 1 der RMR/S-RMR deutlich, daß von einer Trennung zwischen Zuschlagserteilung und Vertrag auszugehen ist.²⁸³

Dazu kommt, daß gem. § 2 I NpV mit abschließender Entscheidung der Vergabeprüfstelle eine eventuell gewährte aufschiebende Wirkung der einstweiligen Aussetzungsanordnung entfällt. Wendet sich der betroffene Bieter nun an den Vergabeüberwachungsausschuß und stellt er dort einen Antrag auf Nachprüfung dieser Entscheidung, so ist die Vergabestelle mangels aufschiebender Wirkung dieses Antrages nicht gehindert, den Zuschlag zu erteilen.²⁸⁴

c) Verstoß gegen die Rechtsweggarantie

Des weiteren liegt ein Verstoß gegen die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG vor, indem nicht ein Richter, sondern eine Verwaltungsbehörde - nämlich die Vergabeprüfstelle - endgültig über den vorläufigen Rechtsschutz befindet. Nach Art. 19 IV GG wird zwar nicht die Beschäftigung einer Verwaltungsbehörde mit der Angelegenheit ausgeschlossen, aber die abschließende Entscheidung muß bei einem Richter liegen.²⁸⁵

d) Resumee

Wegen der mangelnden Kompetenz der Vergabeüberwachungsausschüsse, das Verfahren auszusetzen, dem grundsätzlichen Vorrang des öffentlichen Interesses und dem Verstoß gegen die Rechtsweggarantie ist keine richtlinienkonforme Umsetzung erfolgt. Insbesondere dem Erfordernis der Rechtsmittelrichtlinien nach einer Sicherstellung von schnellstmöglichen vorläufigen Maßnahmen wurde nicht nachgekommen, so daß die Anforderungen des Gebots des effektiven Rechtsschutzes in der haushaltsrechtlichen Lösung nicht hinreichend verwirklicht sind.²⁸⁶

²⁸³ Mahnschreiben der Europäischen Kommission v. 31.10.1995, SG (95) D/13624-55/2044, ZIP 1995, 1940, 1944 f.; siehe dazu: 4. Kap. D. I. 2.

²⁸⁴ Boesen, NJW 1997, 345, 348.

²⁸⁵ Dreher, ZIP 1995, 1869, 1878; ebenso Verletzung des rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 I GG und des Rechts auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 92 GG; dabei wird unterstellt, daß die haushaltsrechtliche Lösung subjektive Rechte enthält. Vgl. dazu auch Dreher, NVwZ 1996, 345, 346; Pietzcker, NVwZ 1996, 313, 316; Pietzcker, Deutsches Vergaberecht, S. 43, 45; Prieß, EuZW 1996, 357, 360; Rittner, Rechtsgrundlagen und Rechtsgrundsätze, S. 146, Rn. 342; Niebuhr/Eschenbruch, Neues Vergaberecht 1998, S. 195, 204 f.

III. Mangelnde Gerichtsqualität der Vergabeüberwachungsausschüsse

Die Vergaberichtlinien gehen für den Fall, daß mit der Überprüfung der Vergabeentscheidung zunächst eine Verwaltungsbehörde betraut ist, ausdrücklich davon aus, daß diese behördliche Nachprüfungsentscheidung zum Gegenstand einer Überprüfung bei einer unabhängigen Instanz, die ein Gericht i. S. v. Art. 234 EGV darstellt, gemacht werden können muß.²⁸⁷ Nach dem Willen des Gesetzgebers soll den Vergabeüberwachungsausschüssen die Eigenschaft eines Gerichts i. S. d. Art. 234 EGV zukommen.²⁸⁸ Dementsprechend sieht § 3 II NpV vor, daß die Vergabeüberwachungsausschüsse verpflichtet sind, nach Maßgabe des Art. 234 EGV den EuGH anzurufen.²⁸⁹ In der Literatur wurde aber häufig die Gerichtsqualität der Vergabeüberwachungsausschüsse verneint.²⁹⁰

Obwohl Art. 234 EGV eigentlich die Frage der Vorlage eines nationalen Gerichtes an den EuGH (sogenanntes Vorabentscheidungsverfahren) regelt, wird in den Rechtsmittelrichtlinien hierauf ausdrücklich Bezug genommen. Aus diesem Grunde müssen auch die vom EuGH entwickelten Kriterien zur Gerichtsqualität i. S. d. Art. 234 EGV herangezogen werden.²⁹¹

1. Unabhängigkeit

Zum einen wird das vom EuGH geforderte Kriterium der Unabhängigkeit²⁹² verneint. Zwar werden die ehrenamtlichen Mitglieder der Kammer für eine bestimmte Frist benannt. Das gilt aber nicht gem. § 57 c II S. 1 HGrG für die Vorsitzenden und die beamteten Beisitzer.²⁹³ Diese sind beim Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes hauptberufliche Beamte des Bundeskartellamts, die nur zusätzlich mit Aufgaben des Vergabeüberwachungs-

²⁸⁶ Brenner, Neuere Entwicklungen im Vergaberecht, S. 25; Sterner, Rechtsbindungen und Rechtsschutz, S. 128; Schumacher, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, S. 109; Mahnschreiben der Europäischen Kommission v. 31.10.1995, SG (95) D/13624-55/2044, ZIP 1995, 1940, 1945.

²⁸⁷ Art. 2 VIII RMR und Art. 2 IX S-RMR.

²⁸⁸ Begründung zum Entwurf des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes, BT-Drucks. 12/4636 vom 25.3.1993, S. 12.

²⁸⁹ Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 174, Rn. 343.

²⁹⁰ Boesen, EuZW 1996, 583 ff.; Boesen, NJW 1997, 345, 346 ff.; Brenner, Neuere Entwicklungen im Vergaberecht, S. 22 ff.; Dreher, ZIP 1995, 1869, 1876 ff.; Dreher, EuZW 1995, 637 f.; Dreher, NVwZ 1996, 345 ff.; Dreher, EWS 1997, 225 ff.; Broß, VerwArch 1997, S. 521, 527; Prieß, EuZW 1995, 793 f.; Mahnschreiben der Europäischen Kommission v. 31.10.1995, SG (95) D/13624-55/2044, ZIP 1995, 1940 ff.; Schlußanträge des Generalanwalts Tesauo v. 15.5.1997 in der Rechtssache Dorsch, Rs. C-54/96, ZIP 1997, 1293, 1295.

²⁹¹ Noch, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, S. 162; Boesen, NJW 1997, 345, 347.

²⁹² EuGH, Urt. v. 21.4.1988, Rs. 338/85, Fratelli Pardini./Ministero del commercio con l'estero und Banca Toscana, Slg. 1988, 2041, 2074; EuGH, Urt. v. 11.6.1987, Rs. 14/86, Pretore di Salò./X, Slg. 1987, 2545, 2567; EuGH, Slg. I 1993, 1300, 1304 - Corbiau; EuGH, Urt. v. 27.4.1994, Rs. C-393/92, G. Almeno u.a. ./Energiebedrijf IJsselmij, Slg. I-1994, 1477 = EuZW 1994, 408; vgl. auch Boesen, EuZW 1997, 713, 716.

²⁹³ Grund für die mangelnde verbindliche Festlegung in zeitlicher Hinsicht ist die Nichtübernahme von § 19 III DRiG.

ausschusses betraut werden. Als Beamte des Bundeskartellamtes unterliegen sie in organisatorischer Hinsicht den Weisungen des Präsidenten.²⁹⁴ Sie können jederzeit wieder ausschließlich für die eigentlichen Aufgaben des Amtes abgestellt werden. Das HGrG bewirkt also keinerlei organisatorische, institutionelle oder statusmäßige Aufgabenteilung innerhalb des Bundeskartellamtes.²⁹⁵

2. Kontradiktorisches Verfahren

Des weiteren mangelt es daran, daß die Vergabeüberwachungsausschüsse nicht in einem kontradiktorischen Verfahren erkennen, Art. 2 VIII 5 RMR/S-RMR.²⁹⁶ Unter einem kontradiktorischen Verfahren ist ein Streitiges Verfahren mit einer echten Parteistellung der Beteiligten mit vollen Antrags- und Beweisrechten zu verstehen.²⁹⁷ Vor den Vergabeüberwachungsausschüssen wird dem Bieter jedoch keine Parteistellung eingeräumt, er verfügt über keinerlei Antrags-, Anhörungs- oder Verteidigungsrechte.²⁹⁸ Zwar kann der vor der Vergabepflichtstelle unterlegene Bieter gem. § 57 c VI HGrG einen Antrag auf Einberufung des Vergabeüberwachungsausschusses stellen; jedoch stellen Anträge von Beteiligten gegenüber dem Vergabeüberwachungsausschuß lediglich nicht bindende Anregungen dar und erfolgen ohne verfahrensrechtliche Grundlage.²⁹⁹

3. Unabhängige Tatsacheninstanz / Rechtsverbindlichkeit und Vollstreckbarkeit der Entscheidung

Ebenso mangelt es - wie bereits oben festgestellt - an einer umfassenden Tatsachenüberprüfung.³⁰⁰ Eine solche darf der Vergabeüberwachungsausschuß aufgrund der ausdrücklichen Regelung nach § 57 c V 1, 2 HGrG nicht vornehmen.

Aber auch hinsichtlich der Rechtsverbindlichkeit und der Vollstreckbarkeit der Entscheidung erfüllt der Vergabeüberwachungsausschuß nicht die an ein Gericht i. S. d. Art. 234 EGV zu stellenden Anforderungen. Er hat zwar die Möglichkeit, die Vergabepflichtstelle anzuweisen, unter Berücksichtigung seiner Rechtsauffassung erneut zu entscheiden. Doch stellt die Anweisung nicht viel mehr als eine rechtlich unverbindliche Aufforderung dar, der

²⁹⁴ Gündisch, Rechtsschutz bei öffentlichen Aufträgen, S. 69.

²⁹⁵ Boesen, EuZW 1996, 583, 584 f.

²⁹⁶ Prieß, EuZW 1996, 357, 361.

²⁹⁷ EuGH, Slg. 1973, 1318 - NV Nederlandse Spoorwegen/Minister Verkeer en Waterstaat; Boesen, EuZW 1996, 583, 585.

²⁹⁸ Mahnschreiben der Europäischen Kommission v. 31.10.1995, SG (95) D/13624-55/2044, ZIP 1995, 1940, 1942.

²⁹⁹ VÜA Bund, Beschl. v. 2.8.1994, 1 VÜ 1/94, WuW/E VergAB 1, 7; VÜA Bund, Beschl. v. 21.11.1994, 1 VÜ 8/94, WuW/E VergAB 21, 25; vgl. auch Dreher, EWS 1997, 225, 231.

kein zwingender Charakter zukommt.³⁰¹ Denn betrifft die Anweisung eine Einrichtung, die nicht der Dienst- oder Fachaufsicht und damit nicht dem Weisungszusammenhang des Bundeskartellamtes unterworfen ist, so läuft sie völlig ins Leere.³⁰²

4. Entscheidung nach festgelegten Rechtsnormen

Die Vergabeüberwachungsausschüsse treffen ihre Entscheidungen nicht nach festgelegten Normen. So enthalten das HGrG, die NpV und die Geschäftsordnungen der meisten Vergabeüberwachungsausschüsse nur wenige Verfahrensvorschriften. Genau genommen ist in den genannten Regelungen nur die Pflicht zum Tätigwerden des Ausschusses normiert.³⁰³ Das europäische Recht fordert aber, daß im Interesse der Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit zwingend eine Entscheidung auf der Grundlage feststehender Rechtsvorschriften erfolgt.³⁰⁴ In der Praxis haben die Vergabeüberwachungsausschüsse durch Rückgriff auf einen wesentlichen Teil der Verfahrensregeln der ZPO und der VwGO ihr eigenes Verfahrensrecht geschaffen.³⁰⁵ Da es aber keinen Zwang zur Anwendung bestimmter Verfahrensregeln gibt, könnten die Ausschüsse diesen Rückgriff theoretisch auch unterlassen oder beliebige andere Bestimmungen heranziehen.³⁰⁶

5. Gegenauffassung und EuGH-Urteil: Rechtssache Dorsch

Der EuGH³⁰⁷ und Teile der Literatur³⁰⁸ vertreten die Auffassung, die Vergabeüberwachungsausschüsse stellen Gerichte i. S. d. Art. 234 EGV dar; also eine unabhängige, nicht weisungsgebundene Einrichtung, die in einem rechtsstaatlichen geordneten Verfahren Rechtsstreitigkeiten mit Rechtskraftwirkung zu entscheiden hat.³⁰⁹

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 17. September 1997 mit (gewohnt) knapper und nicht überzeugender Begründung die einzelnen Anforderungen an ein Gericht im Sinne des Art.

³⁰⁰ Siehe oben: 4. Kap. G. II. 1.

³⁰¹ Boesen, EuZW 1996, 583, 586; so auch LG Hannover, Urt. v. 17.4.1997, 21 O 38/97 (Kart), WiB 1997, 944 ff., mit Anm. Noch: danach ist die Entscheidung des Vergabeüberwachungsausschusses explizit nicht vollstreckbar.

³⁰² Dies ist die regelmäßig gegebene Konstellation; Mahnschreiben der Europäischen Kommission v. 31.10.1995, SG (95) D/13624-55/2044, ZIP 1995, 1940, 1943.

³⁰³ Boesen, EuZW 1996, 583, 585.

³⁰⁴ EuGH, Urt. v. 30.6.1966, Rs. 61/65, Vaasen-Göbbels./Beambtenfonds, Slg. 1966, 582, 602 ff.

³⁰⁵ Z. B. VÜA Bund Beschl. v. 2.8.1994, 1 VÜ 1/94, WuW/E VergAB 1, 5; VÜA Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 31.7.1995, 1 VÜ 4/95, Beschl. Nr. II 2; VÜA Bayern, Beschl. v. 17.2.1995, VÜA 1/95, WuW/E VergAL 1, 4 f.

³⁰⁶ Boesen, EuZW 1996, 553, 585.

³⁰⁷ EuGH, Urt. v. 17.9.1997, Rs. C-54/96, Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH./Bundesbaugesellschaft Berlin mbH, EuZW 1997, 625; vgl. Alber, Rechtsprechung des EuGH, S. 144 ff.

³⁰⁸ Gröning, WuW 1995, 985, 994 f.; Brinker, JZ 1996, 89, 91; Löttsch/Bornheim, NJW 1995, 2134, 2138, Fn. 39; Kamann/Sennekamp, JuS 1999, 438, 440 ff.; Seidel, EG-Wirtschaftsrecht, Band 2, H IV Rn. 116-139; zweifelnd Pietzcker, NVwZ 1996, 313, 315.

³⁰⁹ Boesen, EuZW 1997, 713, 716.

234 EGV bejaht.³¹⁰ So steht es nach Auffassung des EuGH außer Zweifel, daß es sich um eine ständige Einrichtung handelt. Ebenso habe der Vergabeüberwachungsausschuß seine Grundlage in einem Gesetz, so daß er nicht ohne weiteres aufgelöst werden könne, § 57 c VII HGrG.³¹¹ Des weiteren sei ein kontradiktorisches Verfahren nicht zwingend notwendig bzw. reiche die in § 3 NpV niedergelegte Verpflichtung zur Anhörung der Beteiligten im Verfahren vor der Vergabeprüfstelle aus.³¹²

Das Dorsch-Urteil steht jedoch zum einen schon im Widerspruch zur früheren Rechtsprechung des EuGH, zum anderen reicht die Anhörung der Beteiligten nicht für eine erforderliche Parteistellung des Bieters vor den Vergabeüberwachungsausschüssen aus.³¹³

Weiterhin wird der Vergabeüberwachungsausschuß vom EuGH in der Rechtssache Dorsch auch als obligatorische Gerichtsbarkeit angesehen, da dieser als einzige Stelle errichtet wurde, um die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Vergabeprüfstelle zu überprüfen, § 57 c HGrG. Die Entscheidung des Ausschusses wird ebenso als bindend angesehen, da diese die Vergabeprüfstelle anweisen kann, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Ausschusses erneut über einen Antrag zu befinden.³¹⁴ Dieser Auffassung widersprechen jedoch Beispiele aus der nationalen Rechtsprechung. So kann die am Streit beteiligte Vergabestelle sich nicht an den Vergabeüberwachungsausschuß wenden.³¹⁵ Ihr steht aber unter bestimmten Voraussetzungen der Verwaltungsweg offen³¹⁶, womit die konkrete Gefahr einer Rechtswegspaltung verbunden ist.³¹⁷ Ebenso verdeutlicht das Urteil des LG Hannover³¹⁸, daß es keineswegs so ist, daß jeder, der sich gegen einen Vergabeverstoß wenden will, zwingend nur die Überwachungsinstanzen nach dem HGrG und der NpV einschalten kann.³¹⁹ Obligatorische Gerichtsbarkeit bedeutet aber gerade, daß es keine anderen Rechtsbehelfe geben darf.³²⁰ Weiterhin wurde in diesem

³¹⁰ Byok, Vergarecht 5/1997, S. 15 bezeichner die Argumentation als undifferenziert und schemenhaft. Der EuGH stellte ausdrücklich fest, daß davon die Frage zu unterscheiden ist, ob der Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes die in Art. 2 VIII Richtlinie 89/665/EWG aufgestellten Voraussetzungen erfüllt, die nicht Gegenstand dieses Verfahrens sind: EuGH, Urt. v. 17.9.1997, Rs. C-54/96, EuZW 1997, 625, 627, Rn. 22; vgl. auch EuGH, Urt. v. 4.2.1999, Rs. C-103/97, Köllensperger und Atzwanger, Slg. 1999, I-551.

³¹¹ EuGH, Urt. v. 17.9.1997, Rs. C-54/96, EuZW 1997, 625, 627, Rn. 24-26; vgl. Brinker, JZ 1996, 89 ff.; Brinker, JZ 1998, 39.

³¹² EuGH, Urt. v. 17.9.1997, EuZW 1997, 625, 627, Rn. 31.

³¹³ Siehen oben: 4. Kap. G. III. 2.

³¹⁴ EuGH, Urt. v. 17.9.1997, EuZW 1997, 625, 627, Rn. 28 u. 29.

³¹⁵ Attorney-at-Law/Bär-Bouyssiére, WiB 1997, 741, 744.

³¹⁶ VG Koblenz, Urt. v. 8.7.1997, 2 K 2971/96 KO, NVwZ 1999, 1133.

³¹⁷ Byok, EuZW 1997, 628; Meibom/Boyk, EuZW 1995, 629, 631; Roebing, JURA 2000, 453, 460.

³¹⁸ LG Hannover, Urt. v. 17.4.1997, 21 O 38/97 (Kart.), WiB 1997, 944; vgl. auch VG Neustadt an der Weinstraße, Urt. v. 14.4.1997, 1 K 961/96, Abfallgebühren, WuW/E Verg 44.

³¹⁹ Noch, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, S. 170.

³²⁰ Schlußanträge des Generalanwalts Tesouro vom 13.5.1997 in der Rechtssache C-54/96, ZIP 1997, 1293, 1298 ff.

Urteil den Beschlüssen der Vergabeüberwachungsausschüsse jegliche Bindungswirkung abgesprochen. Denn trotz Anweisung der Vergabeprüfstelle durch den Vergabeüberwachungsausschuß ist die Vergabeprüfstelle untätig geblieben. Es bestehen demnach keine Vollstreckungsmöglichkeiten bei Nichtbeachtung der Entscheidung durch die Vergabeüberwachungsausschüsse. Dem benachteiligten Bieter bleibt nur die Möglichkeit eines Antrages auf einstweilige Verfügung bei den Zivilgerichten.³²¹

Schon angesichts dessen, daß der EuGH nicht auf die Probleme der äußerst fraglichen Bindungswirkung der Entscheidungen und auf den eventuell parallel bestehenden Rechtsweg eingeht, handelt es sich bei diesem Urteil zumindest in Teilen nur um eine eingeschränkte und somit ungenügende Auseinandersetzung mit den Gerichtsmerkmalen.³²²

6. Resumee

Plausiblere Gründe und die besseren Argumente sprechen demzufolge dafür, daß der Vergabeüberwachungsausschuß kein Gericht i. S. d. Art. 234 EGV ist. Es mangelt an dem Kriterium der Unabhängigkeit, der Entscheidungsfindung nach Rechtsnormen, an dem Merkmal des kontradiktorischen Verfahrens, an einer rechtsverbindlichen und vollstreckbaren Entscheidung, an einer unabhängigen Tatsacheninstanz und an einem schnellen, wirksamen und durchsetzbaren Bieterschutz.

³²¹ Byok, EuZW 1997, 628.

³²² Boesen, EuZW 1997, 713, 717.

4. Kapitel: Vergaberechtsänderungsgesetz

A. Entstehung

I. Gesetzgebungsverfahren

Die Bundesregierung hat sich durch Kabinettsbeschuß vom 25. September 1996³²³ entschlossen, das Vergaberecht erneut zu überarbeiten. Grund dafür war neben dem massiven Druck der europäischen Kommission insbesondere auch eine politische Intervention der US-Regierung. Beide waren der Auffassung, daß die deutschen Vergabemärkte für Ausländer abgeschottet und intransparent seien.³²⁴

Das damit beauftragte Bundeswirtschaftsministerium legte am 13. Dezember 1996 einen ersten Diskussionsentwurf vor³²⁵, dieser wurde modifiziert durch den Referentenentwurf vom 13. Dezember 1996³²⁶ und mündete in den Regierungsentwurf vom 20. August 1997. Der Regierungsentwurf wurde schließlich am 3. September 1997 vom Bundeskabinett verabschiedet³²⁷ und dem Bundesrat zur Stellungnahme zugeleitet. Der Bundesrat hat zum Entwurf der Bundesregierung am 7. November 1997 mit mehr als vierzig Änderungsvorschlägen Stellung genommen.³²⁸ Die Bundesregierung hat die Kritik zum Teil berücksichtigt und das VgRÄG in einer gegenüber dem Entwurf geänderten Fassung am 23. April 1998 beschlossen³²⁹ und dem Bundesrat erneut vorgelegt. Der Bundesrat stimmte dem nicht zu und rief am 8. Mai 1998 den Vermittlungsausschuß an.³³⁰ Es kam schließlich zu

³²³ VgR 4/1996, S. 57; FAZ v. 25.09.1996, S. 13; SZ v. 25.09.1996, S. 24.

³²⁴ Ausschlaggebend dafür war, daß zwei amerikanischen Unternehmen die gleichberechtigte Teilnahme am Vergabeverfahren mangels wirksamen Rechtsschutzes versagt wurde. Die Kommission hat daraufhin Handelsanktionen angedroht, wenn der Bieterschutz im deutschen Vergaberecht nicht verbessert werde; vgl. dazu Byok, NJW 1998, 2774, 2775; Jasper, DB 1997, 915, 916; Byok, Remedies in German, S. 57, 60 ff.; KG, Urt. v. 30.3.1995 - VR 65/93, EuZW 1995, 645, 645; VÜ Bund, Beschl. v. 12.4.1995, 1 VÜ 1/95, WuW/E VergAB 27, 28 f.; VÜ Brandenburg, Beschl. v. 9.5.1996, VÜA 3/96, WuW/E VergAL 39, 39 ff. Vgl. auch Stellungnahme der US-Botschaft zur neuen Rechtssituation, VergR 3/1998, S. 17.

³²⁵ Abgedruckt in ZVgR 1997, 50; siehe dazu Brinker, WiB 1997, 577; Byok, DZWIR 1997, 138; Dreher, NVwZ 1997, 343; Heiermann, ZVgR 1997, 56; Prieß, EuZW 1997, 391, 393.

³²⁶ Abgedruckt in ZVgR 1997, 162; vgl. dazu Noch, ZfBR 1997, 221; Schumacher, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, S. 155 ff.

³²⁷ BT-Drucks. 13/9340 vom 3.12.1997.

³²⁸ BT-Drucks. 13/9340 vom 3.12.1997, S. 35 ff.: Der Bundesrat stellte insbesondere die Frage, ob aufgrund des zwischenzeitlich ergangenen EuGH-Urteils in der Rechtssache Dorsch eine Revision des deutschen Vergaberechts nötig ist. Des weiteren wurden strengere Maßnahmen für die Verfahren vor der Vergabekammer angeregt; vgl. dazu Heiermann/Ax, DB 1998, 505, 507.

³²⁹ BT-Druck. 13/9340 unter Berücksichtigung der Beschlußempfehlung und des Berichtes des Ausschusses für Wirtschaft, BT-Drucks. 13/10328.

³³⁰ BT-Drucks. 12/10711 vom 13.5.1998: Die Bedenken des Bundesrates konzentrierten sich insbesondere auf die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte und die Zuständigkeit der Länder bzgl. der Besetzung der Vergabekammern; vgl. dazu Heiermann/Ax, Neues deutsches Vergaberecht, S. 26 ff.

einem Kompromiß³³¹, der von beiden Kammern am 29. Mai 1998 beschlossen wurde. In Kraft getreten ist das Vergaberechtsänderungsgesetz am 1. Januar 1999.

Durch einen Gesetzgebungsfehler ist das Vergaberechtsänderungsgesetz als Bestandteil des „alten GWB“ auch nicht durch § 98 I des 6. Gesetzes zur Änderung des GWB vom 26. August 1998³³² wieder aufgehoben worden.³³³ Dieser Gesetzgebungsfehler resultiert aus einer falschen Reihenfolge der Beschlußfassungen und ist durch Auslegung des § 98 I GWB zu korrigieren, indem das GWB in der Fassung vom 20. Februar 1990, zuletzt geändert durch Art. 1, 2 und 3 des Gesetzes vom 26. August 1998, mit Ausnahme dieser letzten Änderung (VgRÄG) aufgehoben wird.³³⁴

II. Systematischer Standort

Umstritten war auch der neue Standort des Vergaberechts. So wurde teilweise ein eigenständiges Vergabegesetz³³⁵ gefordert bzw. eine Zuordnung zu einem bereits bestehenden Rechtsgebiet. Neben dem schon im Diskussionsentwurf vom Wirtschaftsministerium geforderten Kartellgesetz³³⁶, wurden das Preisgesetz³³⁷, das Gerichtsverfassungsgesetz³³⁸ und das Subventionsgesetz³³⁹ in Erwägung gezogen.

Die Einordnung des Vergaberechts in das GWB ist gewählt worden, um dem gewandelten Verständnis der Vergaberegeln zu entsprechen und die wettbewerbliche Bedeutung des heutigen Vergaberechts zu betonen.³⁴⁰ Auch in der jüngsten Rechtsprechung des EuGH finden sich Anklänge an eine wettbewerbsbezogene Auslegung der gemeinschaftlichen Vergaberichtlinien.³⁴¹ Ebenso spricht für das GWB als Standort des Vergaberechts, daß der Rechtsschutz ähnlich ausgestaltet ist wie der Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Kartellbehörden und daß auf erprobte Begriffe und Verfahrensregelungen des Kartellrechts unmittelbar Bezug genommen werden kann.³⁴²

³³¹ BT-Drucks. 13/10876 Beschlußempfehlung des Vermittlungsausschusses.

³³² BGBl I 2521.

³³³ Peus, NJW 1998, 3474.

³³⁴ Gröning, ZIP 1999, 52, 53; zum selben Ergebnis kommt Byok, NJW 1998, 3475.

³³⁵ Dreher, ZIP 1995, 1869, 1879; Dreher, EuZW 1995, 635, 638; Faber, DÖV 1995, 403, 413; Rittner, NVwZ 1995, 313, 315; Meibom/Byok, EuZW 1995, 629, 632.

³³⁶ abgedruckt in ZVgR 1997, 50; a.A. Dreher, WuW 1997, 949 ff.; Heiermann/Ax, Neues deutsches Vergaberecht, S. 21 ff.

³³⁷ Dreher, EWS 1997, 225, 226 ff; Dreher, NVwZ 1997, 343, 344.

³³⁸ Möschel, WuW 1997, 120, 123, Fn. 9.

³³⁹ Dreher, NVwZ 1997, 343, 344.

³⁴⁰ Neßler, EWS 1999, 89, 92; Wolf, Vergabegrundsätze, S. 1 u. 6.

³⁴¹ Roebling, JURA 2000, 453, 460; Hopp, DB 2000, 29; EuGH, Urt. v. 10.11.1998, Rs. C-360/96, Gemeente Arnhem u.a./BFI Holding BV, EuZW 1999, 16, 18.

³⁴² BT-Drucks. 13/9340, S 13; ebenso Byok, NJW 1997, 2774, 2776; Marx, Vergabeverfahren und Kontrollverfahren, S. 71, 78; Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 149; Gröning, ZIP 1998, 370, 372; Jasper/Marx, Vergaberecht, Einf.,

B. Unverändert geltende Grundsätze

I. Kaskadenprinzip

Das deutsche Vergaberecht ist derzeit im Sinne einer Rechtskaskade gegliedert. Unter dem Kaskadenprinzip wird der Regelungsmechanismus verstanden, der vom geltenden Kartellvergaberecht gem. §§ 97 ff. GWB über die Vergabeordnung³⁴³ in das Recht der Verdingungsordnungen³⁴⁴ verweist.

Der Kaskadenlösung steht weder Verfassungsrecht noch Gemeinschaftsrecht entgegen.³⁴⁵ Es besteht insbesondere kein Verstoß gegen das Demokratie- oder das Rechtsstaatsprinzip. Denn es handelt sich bei den Verweisungen der VgV um starre Verweisungen auf die im Bundesanzeiger veröffentlichten Fassungen der VOL/A, VOB/A und VOF. Eine sogenannte statische Verweisung auf in amtlichen Publikationsorganen veröffentlichte Vorschriften ist zulässig und inkorporiert das Verweisungsobjekt insoweit in den Verordnungstext.³⁴⁶

Eine redaktionelle Überarbeitung mit dem Ziel der Anpassung an die übliche Gesetzes- und Verordnungstechnik und eine Aufnahme in den Volltext der Verordnung würde jedoch die Übersichtlichkeit des deutschen Vergaberechts erhöhen.³⁴⁷ Es ist aber auch zu beachten, daß bei einer Abkehr vom Kaskadenprinzip, die Parallelität der Vergaberegeln für Aufträge oberhalb wie unterhalb der Schwellenwerte aufgegeben wird. Denn die Verordnungskompetenz des Bundes bezieht sich nur auf Aufträge oberhalb der Schwellenwerte. Wird dort das Kaskadenprinzip aufgegeben, dürfte diese Parallelität nicht mehr gewährleistet sein.³⁴⁸

S. XIV; ausführlich Niebuhr in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, Einl., Rn. 44 ff.; Niebuhr/Eschenbruch, Neues Vergaberecht 1998, S. 195, 207; Waldner, Bieterschutz im Vergaberecht, S. 72 ff.

³⁴³ BGBl I, 110 = NZBau 2001, 80 f. Vor Inkrafttreten der neuen VgV galt die alte VgV weiter, BGBl I 1994, 321 i. d. F. von BGBl 1997, 2384. Begründet wurde dies damit, daß Art. 3 Nr. 1 VgRÄG nur das Außerkrafttreten von §§ 57 a-c HGrG und der NpV anordnet, nicht jedoch der VgV. Vgl. dazu Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 97, Rn. 8; Kaufhold/Mayerhofer/Reichl, VOF, S. 97; Hailbronner in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97, Rn. 194; a.A. Kokott in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, Einf., Rn. 28, Fn. 84.

³⁴⁴ Verdingungsordnungen für Bauleistungen (VOB), Verdingungsordnungen für Leistungen (VOL) und Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF): es handelt sich hierbei um Regelwerke, die von Ausschüssen, in denen die Verwaltung und Repräsentanten der Auftragnehmer vertreten sind, entworfen und regelmäßig überarbeitet werden.

³⁴⁵ Kritisch dazu Noch, Vergabe von Staatsaufträgen, S. 96 ff.; Noch, Vergaberecht 1997, 41 ff; Dreher, NVwZ 1999, 1265 ff.

³⁴⁶ Pietzcker, ZHR 162 (1998), 427, 436; Pietzcker, Vergaberechtsänderungsgesetz, S. 16; Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 223 f., Rn. 453; Niebuhr in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 97, Rn. 236; Boesen, Vergaberecht, § 97, Rn. 168 f.; BVerfG, Urt. v. 1.3.1978, 1 BvR 186, 793/70, 168/71 u. 95/73, BVerfGE 47, 285, 313; BVerfG, Urt. v. 16.10.1984, 1 BvL 17/80, BVerfGE 67, 348, 363; BVerwG, Urt. v. 14.12.1978, 5 C 1.78, BVerwGE 57, 204, 206; Ossenbühl, DVBl 1967, 401, 402; Hömig, DVBl 1979, 307 f.

³⁴⁷ Pietzcker, Vergaberechtsänderungsgesetz, S. 17 f.

³⁴⁸ Pietzcker, Vergaberechtsänderungsgesetz, S. 19.

II. Persönlicher Anwendungsbereich

1. Institutioneller und funktioneller Auftraggeberbegriff

Die enumerative Aufzählung der Auftraggeberkategorien in § 98 GWB enthält keine materielle Änderung gegenüber § 57 a I HGrG. Der Auftraggeberbegriff ist zudem aufgrund der Rechtsmittelrichtlinien europarechtlich weitgehend vorgeschrieben.³⁴⁹ So fallen nicht nur die traditionell öffentlichen Auftraggeber gem. § 98 Nr. 1 GWB nach dem institutionellen Auftraggeberbegriff, sondern nach dem funktionellen Auftraggeberbegriff auch solche Auftraggeber unter § 98 Nr. 2 GWB, die zwar privatrechtlich organisiert sind, aber im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art erfüllen und aus strukturellen oder finanziellen Gründen von einem öffentlichen Auftraggeber beherrscht werden.³⁵⁰

2. Auslegung von § 98 Nr. 2 GWB

Letztgenannte bieten nach wie vor die größten Auslegungsschwierigkeiten und sind auch noch derzeit heftig umstritten.³⁵¹ Grund dafür ist, daß die Begriffe der „im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe“ und der „Nichtgewerblichkeit“ im deutschen Recht keine schar-

³⁴⁹ Anpassung an EuGH, Urt. v. 20.9.1988, Rs. 31/87, Gebroeder Beentjes./Niederlande, Slg. 1988, 4635, 4655, Rn. 11.

³⁵⁰ Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 16, Rn. 23; vgl. Hailbronner, EWS 1995, 285 ff.; Seidel, ZfBR, 227 ff.

³⁵¹ Für die Anwendbarkeit des Vergaberechts **(1) bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten**: Pietzcker, ZVgR 1999, 24; Pietzcker, ZHR 162 (1998), 427; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 98, Rn. 31 f.; Werner in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97, Rn. 294; a.A. aufgrund kommerziellen Charakters Hailbronner, EWS 1995, 285, 291, BT-Drucks. 12/4636, S. 16; Heegemann, ZBB 1995, 387, 394; Portz, BWGZ 2000, 191, 193; Boesen, Vergaberecht, § 98, Rn. 69 **(2) bei öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten**: Zumind. außerhalb der eigentlichen Rundfunktätigkeit Pietzcker, ZHR 162 (1998), 427, 447; Hailbronner, EWS 1995, 285, 291; Schröder, Auftragsproduktionen, ZUM 2000, 209, 227; a.A. Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 98, Rn. 25; Bechtold, GWB, § 98, Rn. 17, Heiermann/Ax, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 57, Rn. 39 ff.; Vorlage beim EuGH zur Entscheidung bzgl. italienischen Staatsfernsehen, Rs. C-440/98, RAI - Radiotelevisione Italia SpA, ABL 1999 Nr. C - 48/12 **(3) bei der Deutschen Post AG**: Aufgrund des noch weitreichenden Monopols Pietzcker ZVgR 1999, 24, 28; Werner in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97, Rn. 300 ff.; Byok, NJW 2001, 2295, 2297; OVG Münster, Beschl. v. 16.10.2000, 4 A 4277/99; a.A. Thode, ZIP 2000, 2, 6 ff.; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 98, Rn. 23; Eschenbruch in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 98, Rn. 92; Möschel, WuW 1997, 120, 123 **(4) bei der Deutschen Bahn AG**: Unstr. Sektorenauftraggeber gem. § 98 Nr. 4 GWB, VÜA Bund, Beschl. v. 8.9.1994, 1 VÜ 7/94, WuW/E VergAB 17, 19; VÜA Bund, Beschl. v. 28.5.1996, 1 VÜ 12/96; Bechtold, GWB, § 98 Rn. 19; str. bzgl. § 98 Nr. 2 GWB: Bejahend zumindest im Bereich des Schienenwegebaus, VÜA Bund, Besch. v. 13.12.1995, 1 VÜ 6/95, WuW/E VergAB 64, 69; Boesen, Vergaberecht, § 98, Rn. 85; Schlenke/Thomas, BauR 1997, 412, 413; Pietzcker, Vergaberechtsänderungsgesetz, S. 11; Pietzcker, ZVgR 1999, 24, 29; Knipper, VergR 4/1997, 28, 29 f.; a.A. Heiermann, BauR 1996, 443 ff.; Heiermann, ZVgR 1999, 173 ff.; Bechtold, GWB, § 98 Rn. 19; Werner in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 98, Rn. 323 f. **(5) bei Religionsgemeinschaften** mangels staatlicher Beherrschung und Aufgabenerfüllung im Allgemeininteresse grds. ablehnend: Hailbronner, EWS 1995, 285, 290; Seidel, ZfBR 1995, 227; bejahend bei kirchlichen Stiftungen: VÜA Hessen, Beschl. v. 16.10.1997, VÜA 2/96, ZVgR 1997, 452 ff.; a.A. Boesen, Vergaberecht, § 98, Rn. 87; ebenso bejahend von § 98 Nr. 4 GWB bei staatlicher Subventionierung von Baumaßnahmen: Pietzcker, ZVgR 1999, 24, 28; Weyand, BauR 1996, 780, 781 **(6) bei kommunalen Ver- und Entsorgungsunternehmen** bejahend: Werner in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 98, Rn. 326 f.; Noch, NVwZ 1999, 1083, 1084; Prieß, DB 1998, 405, 406; für die kommunale Wasserversorgung VG Koblenz, Urt. v. 8.7.1997, 2 K 2971/96.KO, NVwZ 1999, 1133, 1134 f.; Tomerius, NVwZ 2000, 727, 729 ff. **(7) bei Messgesellschaften** bejahend: Seidel, ZfBR 1995, 227, 231; Eschenbruch in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 98, Rn. 101; aufgrund Wettbewerbs-

fen Konturen haben.³⁵² Maßgebend muß der Zweck der Abgrenzung in die Auslegung mit einbezogen werden.³⁵³ Demnach ist das Vergaberegime anzuwenden, wenn die staatlich beherrschte juristische Person des Privatrechts unter Beachtung aller Umstände nicht hinreichend durch die Kräfte des Marktes gesteuert wird, so daß mit staatlicher Einflußnahme gerechnet werden muß.³⁵⁴ Der EuGH hat diesen Ansatz bestätigt und konkretisiert: Danach liegt eine Aufgabe im Allgemeininteresse vor, wenn eine enge Verknüpfung mit der öffentlichen Ordnung und dem institutionellen Funktionieren des Staates vorliegt.³⁵⁵ Es handelt sich im allgemeinen um Aufgaben, die der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluß behalten möchte.³⁵⁶ Aufgaben nicht gewerblicher Art liegen nicht schon dann vor, wenn die Aufgabenerfüllung auch von privaten Anbietern erbracht werden kann.³⁵⁷ Das Vorliegen eines sich entwickelnden Wettbewerbs und insbesondere der Umstand, daß die betreffende Einrichtung auf dem entsprechenden Markt im Wettbewerb steht, kann darauf hinweisen, daß es sich nicht um eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art handelt.³⁵⁸ Des weiteren müssen sowohl die Berücksichtigung der Allgemeininteressen als auch die Nichtgewerblichkeit der jeweiligen juristischen Person im Zeitpunkt ihrer Gründung besonders gewollt sein. Ausreichend ist, daß vom Gründungszweck überhaupt Aufgaben umfaßt werden, die im Allgemeininteresse liegen und in nicht gewerblicher Art und Weise erfüllt werden sollen.³⁵⁹ Dabei kommt es nicht darauf an, daß die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben tatsächlich nur einen geringen Teil der Tätigkeit ausmachen. Problematisch ist das insbesondere bei Mischunternehmen, die teilweise öffentliche und teilweise privat-

nachteilen ablehnend Boesen, Vergaberecht, § 98, Rn. 96; ebenso ablehnend mangels nicht gewerblicher Art Lienemeyer, EWS 2000, 448, 450 ff. und Portz, BWGZ 2000, 191, 195.

³⁵² Ebenso ist die Übersetzung des Begriffs „Allgemeininteresse“ aus dem französischen bzw. englischen Text der BRK nicht mit dem im öffentlichen Recht bekannten Begriff „Allgemeininteresse“ verwandt. Vgl. hierzu Niebuhr/Eschenbruch, Neues Vergaberecht 1998, S. 195, 212; Lampe-Helbig/Wörmann, Handbuch der Bauvergabe, Rn. 28.

³⁵³ Pietzcker, Vergaberechtsänderungsgesetz, S. 11.

³⁵⁴ Pietzcker, ZHR 162 (1988), 427, 446.

³⁵⁵ EuGH, Urt. v. 15.1.1998, Rs. C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG u.a. ./Strohal Rotationsdruck GmbH, EuZW 1998, 120, 122.

³⁵⁶ EuGH, Urt. v. 10.11.1998, Rs. C-360/96, Gemeente Arnhem u. Gemeente Rheden./BFI Holding BV, EuZW 1999, 16, 19; nach VÜA Bund, Beschl. v. 12.4.1995, 1 VÜ 1/95, WuW/E VergAB 27, 33 und VÜ Bund, Beschl. v. 20.11.1995, 1 VÜ 5/95, VergAB 58, 59 f. liegt eine Aufgabe im Allgemeininteresse vor, wenn es sich um eine „genuin staatliche Aufgabe“ handelt.

³⁵⁷ EuGH, Urt. v. 10.11.1998, Rs. C-360/96, Gemeente Arnhem u. Gemeente Rheden./BFI Holding BV, EuZW 1999, 16, 18 f.; VergK Bund, Beschl. v. 18.10.1999, VK 1-25/99, S. 22, www.bundeskartellamt.de/vergabebentscheidungen.htm.

³⁵⁸ EuGH, Urt. v. 10.11.1998, Rs. C-360/96, Gemeente Arnhem u. Gemeente Rheden./BFI Holding BV, EuZW 1999, 16, 18; vgl. dazu Dreher, WuW 1999, 244, 245; kritisch dazu Sura, EuZW 1999, 19 ff.; Noch, NVwZ 1999, 1083, 1084; Mader, EuZW 1999, 331, 335, Schlette EuR 2000, 119, 127; Jasper/Marx, Vergaberecht, Einl., S. XX.

³⁵⁹ Boesen, Vergaberecht, § 98 Rn. 57.

wirtschaftliche Aufgaben wahrnehmen.³⁶⁰ Vom Staat beherrschte Einrichtungen, die teils gewinnorientiert und teils nichtgewerblich operieren, unterliegen insgesamt dem Vergaberecht. Die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber verlieren sie erst dann, wenn sie die Erfüllung öffentlicher Aufgaben vollständig aufgegeben haben.³⁶¹

3. Sonstige Auftraggeber

Des weiteren unterfallen dem personellen Anwendungsbereich private Unternehmen, die sog. Sektorenunternehmen, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs oder Fernmeldewesens tätig sind, § 98 Nr. 4 GWB.³⁶² Ebenso handelt es sich bei natürlichen oder juristischen Personen des privaten Rechts, die Baumaßnahmen oder damit zusammenhängende Dienstleistungen zu mehr als 50% aus Subvention finanzieren, um Auftraggeber i. S. d. § 98 Nr. 5 GWB. Schließlich verpflichtet § 98 Nr. 6 GWB Baukonzessionäre dazu, das Vergaberecht anzuwenden, wenn ihre Vertragspartner zu den Gebietskörperschaften, deren Tochtergesellschaften, Verbänden oder Sondervermögen zählen.³⁶³

III. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich des Vergaberechts ergibt sich aus §§ 99, 100 GWB.

1. Begriff des öffentlichen Auftrags

Gem. § 99 I GWB sind öffentliche Aufträge entgeltliche³⁶⁴ Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen³⁶⁵ zum Gegenstand haben, sowie Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen. Die Bestimmungen in § 99 II - V GWB dienen zur Ergänzung der Legaldefinition des öffentlichen Auftrages in § 99 I GWB, indem sie die dort genannten Liefer-, Bau- und Dienstleis-

³⁶⁰ Byok, NJW 1998, 2774, 2777; Heise, LKV 1999, 211, 212.

³⁶¹ Byok, NJW 1998, 2774, 2777; Mader, EuZW 1999, 331, 334 f.; Kraus, BauR 2000, 1545, 1546; Dreher, DB 1998, 2579, 2581 ff.; EuGH, Urt. v. 15.1.1998, Rs. C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG u.a. ./ Strohalm Rotationsdruck GmbH, EuZW 1998, 120, 123.

³⁶² Telekommunikationsunternehmen fallen nicht mehr unter die Sektorenauftraggeber. Dies ergibt sich aus der Anwendung von Art. 8 SKR bzw. § 4 III Nr. 8 VgV a. F. und der mangelnden Aufführung in der neuen VgV. Vgl. dazu Jasper/Marx, Vergaberecht, Einl., S. XXII.; Kratzenberg, NZBau 2001, 119, 120.

³⁶³ Jasper, DB 1998, 2151, 2153.

³⁶⁴ Es wird nach Boesen, Vergaberecht, § 99, Rn. 57 f. jede Art von Verfügung umfaßt, die einen Geldwert darstellen kann, wobei eine abstrakte Festlegung ausreicht.

³⁶⁵ Vgl. dazu Dreher, Versicherungsdienstleistungen und Vergaberecht, S. 83, 86 ff.; vgl. zu Verlängerungsvereinbarungen bei Dienstleistungsaufträgen, OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.2.2001, Verg 13/00, S. 7 f.

tungsaufträge sowie das Auslobungsverfahren näher spezifizieren.³⁶⁶ Diese Regelung wurde nahezu wörtlich den EG-Richtlinien entnommen.³⁶⁷

a) Öffentlich-rechtliche Verträge

Problematisch ist, ob unter den öffentlichen Auftrag auch öffentlich-rechtliche Verträge fallen. Die amtliche Begründung zum Regierungsentwurf hat darauf hingewiesen, daß unter öffentlichen Aufträgen nur privatrechtliche Verträge über die Erbringung einer Leistung gegen Entgelt zu verstehen sind.³⁶⁸ Ebenso vertritt das OLG Celle die Auffassung, daß öffentliche Aufträge nur solche sind, die auf der Grundlage privatrechtlicher Verträge erteilt werden. Aufträge, die aufgrund Gesetz oder Verordnung durch öffentlich-rechtliche Verträge oder Verwaltungsakte vergeben werden - so das OLG Celle weiterhin - fallen dagegen nicht in den Geltungsbereich der §§ 97 ff. GWB.³⁶⁹ Dem ist aber wegen des entgegenstehenden Wortlauts und Normzwecks der Richtlinie entgegenzutreten, so daß der Anwendungsbereich auch öffentlich-rechtliche Austauschverträge gem. §§ 54 ff. VwVfG mitumfaßt, so insbesondere Erschließungsverträge i. S. d. § 124 BauGB.³⁷⁰ Dies gilt zumindest dann, wenn aufgrund des öffentlich-rechtlichen Vertrages ein vergaberechtlich relevanter Auftrag erbracht wird und in diesem Bereich tatsächlich ein ausreichender Wettbewerb besteht.³⁷¹ Denn das europäische Vergaberecht differenziert nicht zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen entgeltlichen Verträgen.³⁷² Wenn aber nun die zu Grunde liegenden europäischen Richtlinien selbst den Begriff des öffentlichen Auftrags keineswegs nur auf privatrechtliche bzw. zivilrechtliche Verträge beschränken und gleichzeitig nach dem Willen des Gesetzgebers die Begrifflichkeit der Richtlinien übernommen werden sollte, bleibt die richtlinienkonforme Auslegung des Gesetzestextes, die auch mit dem Gesetzeswortlaut übereinstimmt, vorrangig gegenüber der in der Gesetzesbegründung enthaltenen fehlerhaften Interpretation dieser Richtlinie selbst.³⁷³ Überdies würden durch einen

³⁶⁶ Hailbronner in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99 Rn. 328.

³⁶⁷ Thieme/Correll, DVBI 1999, 884, 886.

³⁶⁸ BT-Drucks. 13/9340, S. 15; ebenso Dreher, DB 1998, 2579, 2587.

³⁶⁹ OLG Celle, Beschl. v. 24.11.1999, 13 Verg 7/99, NZBau 2000, 299, 300; OLG Naumburg, Beschl. v. 19.10.2000, 1 Verg 9/00, WuW/E Verg 429, 431; offengelassen in BGH, Beschl. v. 12.6.2001, X ZB 10/01; Kraus, BauR 2000, 1545, 1547; ebenso Hailbronner in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99, Rn. 335.

³⁷⁰ So die herrschende Meinung im Schrifttum: Byok, NJW 1998, 2774, 2777; Eschenbruch in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 99, Rn. 20 ff.; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, Vorb. zu §§ 97-101, Rn. 7 (mit der Einschränkung auf das „Verwaltungsprivatrecht“); Boesen, Vergaberecht, § 99, Rn. 23 ff.; Althaus, NZBau 2000, 277 ff.; Schulte, NZBau 2000, 272, 275 und OLG Koblenz, Beschl. v. 6.11.2000, 1 Verg 4/00.

³⁷¹ Boesen, Vergaberecht, § 99, Rn. 31.

³⁷² Kulartz/Niebuhr, NZBau 2000, 6, 7.

³⁷³ Althaus, NZBau 2000, 277, 279.

Ausschluß von öffentlich-rechtlichen Verträgen bei der Auftragsvergabe wirtschaftlich relevante Bereiche dem marktwirtschaftlichen Wettbewerb entzogen werden.³⁷⁴

b) Konzessionsverträge

Unter Konzessionsverträgen versteht man Verträge, bei denen die Genehmigung in dem Recht besteht, die eigene Leistung zu nutzen oder entgeltlich zu verwerten.³⁷⁵ Regelungen für Baukonzessionen finden sich im deutschen Recht in § 98 Nr. 6 GWB bzw. in § 32 Nr. 1 VOB/A. Für Konzessionsverträge auf dem Gebieten des Liefer-, Dienst- und Sektorenauftrags bestehen dagegen keine Regelungen. Aus dem Schweigen des Gesetzes und der Entstehungsgeschichte der betreffenden europäischen Richtlinien kann man folgern, daß andere als Baukonzessionen nicht erfaßt werden sollen.³⁷⁶ Des weiteren ist zwar in § 99 III GWB anders als in Art. 3 I der Baukoordinierungsrichtlinie der Baukonzessionsvertrag nicht ausdrücklich erwähnt. § 99 III GWB ist aber richtlinienkonform dahingehend auszulegen, daß auch Baukonzessionen mitumfaßt sind.³⁷⁷ Ebenso ist die Baukonzession auch nicht als aliud, sondern als - besonders geregelter - Unterfall des Bauauftrags zu verstehen.³⁷⁸ Insoweit unterfallen mit Ausnahme der Baukonzessionsverträge Konzessionsverträge nicht dem sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts.

c) Eigenbetriebe - In-house-Dienste - Public Private Partnership

Eine Vereinbarung mit einem Eigenbetrieb³⁷⁹ ist mangels öffentlichen Auftrags i. S. d. § 99 I GWB nicht ausschreibungspflichtig.³⁸⁰ Es handelt sich weder um einen erforderlichen Vertrag mit einem Dritten noch um ein Unternehmen gem. § 99 I GWB. Der Begriff Unter-

³⁷⁴ Pieper, DVBI 2000, 160, 163.

³⁷⁵ Prieß, Öffentliches Auftragswesen, S. 53; vgl. auch § 32 VOB/A.

³⁷⁶ Hailbronner in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 99, Rn. 340; Gröning, NZBau 2001, 123 ff.; Ullrich, ZVgR 2000, 85 ff.; VÜA Bayern, Beschl. v. 28.8.1998, VÜA 16/97, WuW/E Verg 178, 179; EuGH, Urt. v. 7.12.2000, Rs. C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH./Telekom Austria AG, früher Post & Telekom Austria AG, NZBau 2001, 148 ff. Jedoch sind danach auch bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen das Diskriminierungsverbot und das darin enthaltene Transparenzgebot zu beachten.

³⁷⁷ OLG Brandenburg, Beschl. v. 3.8.1999, 6 Verg 1/99, WuW/E 231, 233; Kulartz/Niebuhr, NZBau 2000, 6, 8; Boesen, Vergaberecht, § 99, Rn. 32 ff.

³⁷⁸ Opitz, ZVgR 2000, 97, 109; OLG Brandenburg, Beschl. v. 3.8.1999, 6 Verg 1/99, NVwZ 1999, 1142, 1144; Bay-ObLG, Beschl. v. 19.10.2000, ZfBR 2001, 116, 117; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 100, Rn. 7; unter einem Bauauftrag i.S.d. § 99 III GWB versteht man u.a. auch Verträge über die Ausführung einer Bauleistung durch Dritte entsprechend den Erfordernissen des Auftraggebers. Umstritten ist dabei, ob damit die Vergabe einer Baukonzession im Rahmen eines Leasing- oder Betreibermodells gemeint ist oder die Vergabe von Bauaufträgen durch den Dritten.: vgl. dazu Otting, NJW 2000, 484, 485; Byok, NJW 1998, 2774, 2777; Jasper, DB 1998, 2151, 2152; vgl. zum Immobilienleasing: Eschenbruch, BB 2000, Beilage 5, S. 10 ff.

³⁷⁹ Vgl. dazu Kirchner/Hendrich, FiWi 1999, 226 ff., 243 ff.

³⁸⁰ Vgl. § 8 Nr. 6 VOB/A: Danach sind Betriebe der öffentlichen Hand zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen hinsichtlich Bauleistungen nicht zuzulassen.

nehmen bezeichnet daher einen Rechtsträger gleich welcher Rechtsform, der sich wirtschaftlich betätigt.³⁸¹ Eigenbetriebe hingegen stellen unselbständige organisatorische Verwaltungseinheiten ohne eigene Rechtspersönlichkeit dar.³⁸²

Schwieriger ist die Einstufung bei der Beauftragung einer rechtlich selbständigen Einheit, die sich vollständig in der Hand des öffentlichen Auftraggebers befindet, das sogenannte In-house-Geschäft. Formal betrachtet stellt die Eigengesellschaft als juristische Person des privaten Rechts ein selbständiges Zuordnungssubjekt von Rechten und Pflichten dar, so daß keine Identität zwischen der ausgegründeten Gesellschaft und der öffentlichen Hand mehr besteht.³⁸³ Auch greift die Ausnahmebestimmung des § 100 II lit. g GWB nicht ein, zumal die aus Anlaß einer Vergabe geschlossenen öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Vereinbarungen nicht die geforderte Rechtsqualität eines auf Gesetz oder Verordnung beruhenden ausschließlichen Rechts erreichen.³⁸⁴ Ebenso kann die nach Ziff. 32 SKR geltende Regelung für die Vergabe von Aufträgen an Tochterunternehmen von Sektorenauftraggebern im Dienstleistungssektor nicht auf die klassischen Auftraggeber im Bau-, Liefer- und Dienstleistungsbereich übertragen werden.³⁸⁵ Die Ausschreibungspflicht wird jedoch dann entfallen, wenn die Gebietskörperschaft über die Gesellschaft eine Kontrolle dahingehend ausübt, wie sie über ihre eigene Dienststelle und die Gesellschaft zugleich ihre Tätigkeit im wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben.³⁸⁶ Sowohl die Ausgründung als auch die Vergabe von Aufträgen an Eigengesellschaften, die zu 100 % der öffentlichen Hand gehören, werden somit in der Regel nicht dem Auftragsvergaberecht unterfallen, zumal innerkonzernrechtliche Maßnahmen keine wettbewerbsrechtliche Relevanz haben.³⁸⁷

Noch problematischer ist die Einstufung der sogenannten Public Private Partnerships. Darunter versteht man, zumindest im vergaberechtlichen Sinne, gemischte oder gemischt-wirtschaftliche Gesellschaften, die dadurch gekennzeichnet sind, daß an ihnen der Staat oder eine sonstige rechtsfähige Institution des öffentlichen Rechts und ein oder mehrere

³⁸¹ Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 99, Rn. 49.

³⁸² Gallwas, GewArch 2000, 401, 404; Kulartz/Niebuhr, NZBau 2000, 6, 8; Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 99, Rn. 54.

³⁸³ OVG Schleswig, Urt. v. 24.6.1998, 2 L 113/97, DWW 1999, 24, 27; Müller-Serten, NZBau 2000, 120, 122 = FiWi 1999, 217, 219.

³⁸⁴ BGH, Beschl. v. 12.6.2001, X ZB 10/01; VergK Düsseldorf, Beschl. v. 7.7.2000, VK 12/2000-L, NZBau 2001, 46, 47; Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 100, Rn. 33; Niebuhr/Eschenbruch, Jahrbuch Baurecht 1998, S. 195, 220; Opitz, ZVgR 2000, 97, 105.

³⁸⁵ Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 99, Rn. 57; Gallwas, GewArch 2000, 401, 405.

³⁸⁶ EuGH, Urt. v. 18.11.1999, Rs. C-107/98, Teckal Srl./Gemeinde Viano u. a., EuZW 2000, 246, 248.

private Unternehmen beteiligt sind.³⁸⁸ Jedoch ist aufgrund des schutzwürdigen Interesses des sich wirtschaftlich engagierenden privaten Partners ein solches Unternehmen allenfalls bei ganz außergewöhnlichen gesellschaftsrechtlichen Konstellationen der Kontrolle des öffentlichen Partners wie eine Dienststelle unterworfen.³⁸⁹ Der Einfluß wie auf eine Dienststelle entfällt, wenn sich durch die Aufnahme eines dritten Partners die rechtsformale Selbständigkeit in eine tatsächliche eigene Entscheidungsgewalt umwandelt. Von der Rechtsprechung ist bislang lediglich entschieden, daß zumindest bei einer 51%igen Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers keine Kontrolle wie über seine eigene Dienststelle vorliegt.³⁹⁰ In der Literatur wird einerseits eine faktische Kontrollmöglichkeit des öffentlichen Auftraggebers über seine Gesellschaft für ausreichend erachtet, wobei die Gebietskörperschaft auf die Tätigkeit der Gesellschaft beherrschenden Einfluß nehmen kann und dieser daher jede Selbständigkeit fehlt.³⁹¹ Andererseits wird nur eine rein mehrheitliche Beteiligung an der beauftragten Gesellschaft gefordert.³⁹² Jedoch ist zu beachten, daß die bloße Beherrschung der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft durch den öffentlichen Auftraggeber im gesellschafts- oder konzernrechtlichen Sinne nicht ausreicht, um Auftragsbeziehungen zwischen dem Mehrheitsgesellschafter und der Gesellschaft dem Vergaberecht zu entziehen. So ist zumindest dann, wenn dem Minderheitsgesellschafter kraft der Höhe seiner Minderheitsbeteiligung oder kraft des Gesellschaftsvertrages eigene Kontroll- und/oder Sperrechte zustehen, also sicherlich ab einer Beteiligung von 10%³⁹³, als sogenanntes In-house-Geschäft nicht dem Vergaberecht unterworfen.³⁹⁴

Unbeachtlich ist hierbei, daß im Falle der zunächst erfolgten Erteilung des Auftrages an eine städtische Eigengesellschaft deren Geschäftsanteile danach an ein privates Unter-

³⁸⁷ BGH, Beschl. v. 12.6.2001, X ZB 10/01; Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 99, Rn. 55; Boesen, Vergaberecht, § 100, Rn. 92 ff.; Müller-Wrede in: Müller-Wrede, VOF, Einl. Rn. 38; Fleischer, Die AG, 1997, 491 ff.

³⁸⁸ Jaeger, NZBau 2001, 6, 7; vgl. auch Opitz, ZVgR 2000, 97, 99.

³⁸⁹ VergK Düsseldorf, Beschl. v. 7.7.2000, VK 12/2000-L, NZBau 2001, 46, 48; kritisch zum ganzen Schubert, WuW 2001, 254, 257 ff.: danach kommen zumindest die europarechtlichen Grundsätze über staatliche Beihilfen zur Anwendung.

³⁹⁰ VergK Düsseldorf, Beschl. v. 7.7.2000, VK 12/2000-L, NZBau 2001, 46, 48; von BGH, Beschl. v. 12.6.2001, X ZB 10/01 offengelassen.

³⁹¹ Gallwas, GewArch 2000, 401, 405; Kämper/Heißhaus, Städtetag 5/2000, S. 36, 40; ähnlich Gröning, ZIP 2001, 497, 502: Danach kommt es darauf an, ob laut Prognose der öffentlich-rechtliche Mehrheitsgesellschafter im konkreten Fall seine Stimmenmehrheit dazu nutzen könnte, die private Gesellschaft zu übergehen.

³⁹² OVG Münster, Urt. v. 15.12.1994, 9 A 2251/93, NVwZ 1995, 1238, 1240; Möschel, WuW 1997, 120, 124; Müller-Wrede, VergR 5/1997, S. 29, 30 f.

³⁹³ vgl. §§ 45, 50, 51a, 51b, 53 II u. III, 60 I Nr. 2, 61 II, 66II und III, 74 III GmbHG.

³⁹⁴ Jaeger, NZBau 2001, 6, 10; ähnlich ab 80%: Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 99, Rn. 56; Faber, DVBI 2001, 248, 254 f.; Willems, NWBI 2001, 75, 77; Gröning, NZBau 2001, 123, Fn. 9; Boesen, Vergaberecht, § 100, Rn. 100 ff.; a.A. OVG Schleswig, Urt. v. 24.6.1998, 2 L 132/97, DWW 1999, 24, 27; Pauly/Figgen/Hünnekens, Gemischtwirtschaftliche Entsorgungsunternehmen, S. 85 f.: Danach wird eine 100% Beteiligung verlangt.

nehmen anteilig veräußert werden.³⁹⁵ Dies ergibt sich aus der gesetzlichen Fiktion des § 99 IV GWB als Dienstleistungsauftrag bzw. aufgrund richtlinienkonformer Auslegung nach Art. 10 EGV.³⁹⁶ Auch die Suche nach einem Mitgesellschafter unterliegt aufgrund des Diskriminierungsverbotes dem Vergaberecht, soweit damit eine Vergabe öffentlicher Aufträge verbunden war, die anderenfalls im EG-weiten offenen Verfahren oder zumindest im nicht-offenen Verfahren ausgeschrieben hätten werden müssen.³⁹⁷

d) Gemischte Verträge

Problematisch ist insbesondere die inhaltliche Abgrenzung der einzelnen Bereiche Liefer-, Bau- und Dienstleistungsauftrag. Gerade der Begriff des Bauauftrags ist vielschichtig und kann neben der bloßen Ausführung von Planung von Bauwerken auch Nebenleistungen enthalten.³⁹⁸ Die Zuordnung eines Auftrags zu den Richtlinien und Verdingungsordnungen ist von wesentlicher Bedeutung. Zum einen sind die Verfahrensvorschriften teilweise unterschiedlich, zum anderen ist die Abgrenzung im Hinblick auf die Schwellenwerte bedeutsam. Wenn sich nämlich ein Auftrag im Grenzbereich zwischen Bau- und Lieferauftrag als Bauauftrag qualifizieren läßt, gilt das Vergaberegime der Rechtsmittelrichtlinien erst ab einem geschätzten Auftragswert von fünf Mio. Euro, während die Einordnung als Lieferauftrag das Vergaberegime schon bei einem Auftragswert von 200.000 Euro auslöst.³⁹⁹

Zur Abgrenzung gemischter Verträge wird auf die sogenannte Schwerpunkttheorie abgestellt, wonach über die Einordnung danach entschieden wird, inwieweit die einzelnen Leistungen den Wert oder den Inhalt des jeweiligen Vertrages überwiegend bestimmen.⁴⁰⁰ Es werden aber nur solche gemischten Verträge umfaßt, in denen die Leistungen so miteinander verwoben sind, daß nur eine gemeinsame Vergabe in Betracht kommt. Denn die Zusammenfassung unterschiedlicher Leistungen führt tendenziell zu einer Verengung des Wettbewerbs, zu einer Intransparenz der Vergabe und zu mittelstandsfeindlichen Vergabeformen.⁴⁰¹

³⁹⁵ VergK Düsseldorf, Beschl. v. 7.7.2000, VK 12/2000-L, NZBau 2000, 46, 47; Opitz, ZVgR 2000, 97, 106; ähnlich Kulartz, VergR 2/1998, S. 25, 29; a.A. Jasper, FAZ v. 12.8.2000.

³⁹⁶ Kerksenbrock, WuW 2001, 122, 123 ff.

³⁹⁷ VergK Lüneburg, Beschl. v. 10.8.1999, 203 VgK - 6/1999, NZBau 2001, 51, 52; a.A. Opitz, ZVgR 2000, 97, 106: Danach stellt der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages mangels Gegenseitigkeitsverhältnis zu einer vom Mitgesellschafter gewährten Gegenleistung keine öffentliche Auftragsvergabe dar.

³⁹⁸ Thieme/Correll, DVBI 1999, 884, 890.

³⁹⁹ Pietzcker, ZVgR 1999, 24, 32.

⁴⁰⁰ Dreher, DB 1998, 2579, 2587; Müller in: Daub/Eberstein, VOL/A, § 1 a, Rn. 58; Jasper, DB 1997, 915, 917; Noch, Vergaberecht kompakt, S. 113; Eschenbruch in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 99, Rn. 93.

⁴⁰¹ Kulartz/Niebuhr, NZBau 2000, 6, 9.

Als Faustformel ist voranzustellen, daß in der Regel alles, was nicht Bauauftrag ist, Lieferauftrag ist, und alles, was nicht Bau- und Lieferauftrag ist, Dienstleistungsauftrag ist.⁴⁰² Bei der Bewertung im Rahmen der Schwerpunkttheorie kann man zunächst darauf abstellen, welcher Teil eines gemischten Vertrages wertmäßig höher anzusetzen ist („main value test“).⁴⁰³ Dieser Maßstab gilt etwa für die Abgrenzung von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen.⁴⁰⁴ Für die Abgrenzung von Dienstleistungs- und Bauaufträgen wird auf die 16. Begründungserwägung der DLK abgestellt, wonach der hauptsächliche Gegenstand des Vertrages bezüglich beider Vertragsteile maßgeblich ist („main object test“).⁴⁰⁵ Dabei kann ein gemischter Vertrag erst dann als Dienstleistungsauftrag eingeordnet werden, wenn die Bauleistung von untergeordneter Bedeutung ist.⁴⁰⁶ Als sachlich maßgebliches Kriterium gilt unter anderem, welche der ausgeschriebenen Teilaufgaben eines gemischten Auftrages qualitativ die bedeutenderen Anforderungen an den Auftraggeber stellt und damit für die Auswahl eines Bieters in der Vergabeentscheidung von größerer Bedeutung ist.⁴⁰⁷ Der Schwerpunkt bestimmt demzufolge, welche Verdingungsordnung angewandt werden muß, nach der die Gesamtleistung auszuschreiben und zu vergeben ist. Dadurch gelten in diesen oft wirtschaftlich bedeutsamen Fällen zwar einheitliche Regeln, jedoch passen sie oft nicht ganz. Dieser Nachteil ist durch entsprechende sinngemäße Anwendung der Vorschriften zu überwinden und eher hinzunehmen als die parallele Anwendung mehrerer Verdingungsordnungen.⁴⁰⁸

2. Schwellenwerte

Der sachliche Anwendungsbereich wird ferner dadurch beschränkt, daß der Auftragswert einen genau festgelegten Schwellenwert erreichen muß.

a) Rechtsverordnung

⁴⁰² Noch, Vergaberecht kompakt, S. 113.

⁴⁰³ Prieß in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, Recht der Auftragsvergabe, S. 71; Arrosmith, The Law of Public and Utilities Procurement, S. 145, 335; ebenso für die Abgrenzung von Bauleistungen und Lieferungen.

⁴⁰⁴ Art. 2 DKR, Art. 1 Nr. 4 c SKR.

⁴⁰⁵ EuGH, Urt. v. 19.4.1994, Rs. C 331/92, Gestión Hotelera Internacional SA. /Comunidad Autónoma de Canarias, Slg. 1994 I 1329, 1351.

⁴⁰⁶ Die Grenze dürfte bei 40 % liegen; vgl. Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 99, Rn. 39; Noch, BauR, 1998, 941, 948; Berrisch, DB 1999, 1797, 1797; OLG Brandenburg, Beschl. v. 3.8.1999, 6 Verg 1/99, WuW/E Verg 231, 233.

⁴⁰⁷ VÜA Hessen, Beschl. v. 3.2.1997, in: Fischer/Noch, Entscheidungssammlung Europ. VergR IV 7, 4 S. 16; Prieß in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, Recht der Auftragsvergabe, S. 71.

⁴⁰⁸ Jasper/Marx, Vergaberecht, Einl., S. XXIV.

Gem. §§ 100 I, 127 Nr. 1 GWB wurde die Bundesregierung ermächtigt, eine Rechtsverordnung zu erlassen, in der unter anderem die Schwellenwerte festgelegt werden. Zunächst wurde von dieser Ermächtigung kein Gebrauch gemacht⁴⁰⁹, so daß die zur Anwendung der Verdingungsordnungen verpflichtenden Vorschriften der alten Vergabeverordnung vom 22. Februar 1994 mit Änderung vom 29. September 1997 anzuwenden waren.⁴¹⁰ Zwar ist mit Außerkrafttreten des § 57 a I und II HGrG der alten Vergabeverordnung die Grundlage entzogen worden, jedoch ist sie durch das Vergaberechtsänderungsgesetz nicht außer Kraft gesetzt worden.⁴¹¹ Zum 1. Februar 2001 ist schließlich die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 9. Januar 2001 in Kraft getreten.⁴¹² Die Schwellenwerte werden nun erstmals direkt in der Vergabeverordnung in § 2 VgV in Euro bestimmt.⁴¹³ Bezüglich der Schätzung der Auftragswerte ist nun auf § 3 VgV zu verweisen.

b) Verfahren unterhalb der Schwellenwerte

Unterhalb der Schwellenwerte kommt es auf das Haushaltsrecht des Bundes nach § 55 BHO, der Länder und Gemeinden an. Danach müssen alle staatlichen Institutionen, die öffentliches Haushaltsrecht anwenden, die Vergaberegeln beachten.⁴¹⁴ Dies sind die institutionell bestimmten öffentlichen Auftraggeber „im klassischen Sinne“, der Staat mit seinen Gebietskörperschaften und sonstigen Körperschaften sowie Einrichtungen des öffentlichen Rechts.⁴¹⁵ Private müssen Vergaberegeln nur anwenden, wenn ihnen dies durch besonderen Akt auferlegt worden ist, etwa im Zuwendungsvertrag oder in einem Zuwendungsbescheid.⁴¹⁶ Gemeinsam ist diesen Bestimmungen, daß sie lediglich auf den ersten Abschnitt der VOL/A verweisen. Die Abschnitte zwei bis vier der VOB/A und der VOL/A sowie die VOF finden unterhalb der Schwellenwerte regelmäßig keine Anwendung.⁴¹⁷

⁴⁰⁹ Dies war insbesondere auf den Widerstand des Bundesrates zurückzuführen, der auch auf das materielle Vergaberecht Einfluß nehmen wollte; Bechtold, GWB, § 127, Rn. 1.

⁴¹⁰ VergK Bund, Beschl. v. 26.8.1999, VK 2-20/99, S. 12, www.bundeskartellamt.vergabeentscheidungen.htm; Jasper, DB 1998, 2151; Boesen, Vergaberecht, § 127, Rn. 1, Glahs in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 127, Rn. 10; Willenbruch in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 127, Rn. 944.

⁴¹¹ Heiermann/Ax, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 32.

⁴¹² BGBl I, 110 = NZBau 2001, 80 f.; vgl. dazu Höfler NJW 2001, 950 f.; Höfler, FAZ v. 14.1.2000, S. 22; Kratzenberg, NZBau, 119 ff.; Gröning, WRP 2001, 1 ff.; Ax, BauR 2000, 471 ff.; Höfler/Bert, NJW 2000, 3310 ff.; Berrisch/Nehl, DB 2001, 184 ff.; Hertwig, DStR 2001, 172 ff.

⁴¹³ Kratzenberg, NZBau 2001, 119.

⁴¹⁴ Mit der Einschränkung, daß die Anwendung der VOL/A den Kommunen in einigen Ländern nur empfohlen ist; nicht verpflichtet sind auch öffentlich-rechtliche Anstalten, wenn für sie § 55 BHO/LHO für unanwendbar erklärt worden ist.

⁴¹⁵ Jasper/Marx, Vergaberecht, Einl., S. XVIII.

⁴¹⁶ Möschel, WuW 1997, 120, 120.

⁴¹⁷ Stickler in: Reidt/Sickler/Glahs, Vergaberecht, § 100, Rn. 9.

aa) Beschränkter Rechtsschutz

Beachtung finden bei Verfahren unterhalb der Schwellenwerte auch das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 6 EGV und die Grundfreiheiten des EGV, insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung, Transparenz, Verhältnismäßigkeit und der gegenseitigen Anerkennung.⁴¹⁸ Gravierende Unterschiede bestehen im formalen Recht, insbesondere im Bereich des Rechtsschutzes. Denn es bestehen keine subjektiven Rechte der Bieter auf Einhaltung der Verdingungsordnungen oder des GWB, § 97 VII GWB, zumal die deutschen Vergabevorschriften unterhalb der Schwellenwerte nur Verwaltungsvorschriften mit interner Bindungswirkung für die öffentliche Hand darstellen.⁴¹⁹ Grund dafür ist die Befürchtung der staatlichen Stellen, die Gewährung subjektiver Rechte auf Einhaltung der Vergabevorschriften könne durch eingelegte Rechtsmittel der Konkurrenten zu einer unerträglichen Verzögerung wichtiger Beschaffungsvorgaben führen (sog. Investitionsblockade).⁴²⁰ Aus dem Umstand, daß der Gesetzgeber zunächst von der Ermächtigung in §§ 100 I, 127 Nr. 1 GWB zum Erlaß einer Rechtsverordnung noch keinen Gebrauch gemacht hatte, konnte nicht geschlossen werden, der Rechtsweg zu den Vergabekammern sei auch für Aufträge eröffnet, die die Schwellenwerte nicht erreichen.⁴²¹ Der Bieter kann vielmehr die Vergabeentscheidungen nur durch Gegenvorstellung sowie Dienst- und Fachaufsichtsbeschwerde rügen.⁴²² Gegebenenfalls kann der Bieter Schadensersatzansprüche aus einem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis geltend machen. Unter Umständen kann der Bieter bis zur Erteilung des Zuschlages auch primären Rechtsschutz im einstweiligen Verfahren gem. §§ 935, 940 ZPO bei den ordentlichen Gerichten⁴²³ über die Grundsätze der Selbstbindung der Verwaltung, aus denen sich ein Anspruch auf Gleichbehandlung gem. Art. 3 I GG ergeben kann, erlangen.⁴²⁴ Ein solcher Anspruch kann aber nur auf die Durchführung

⁴¹⁸ Siehe oben: 2. Kap. A. I-V.

⁴¹⁹ BGH, Urt. v. 4.10.1979, VII ZR 11/79, BauR 1980, 63, 64; BGH, Urt. v. 21.11.1991, VII ZR 203/90, BauR 1992, 221 f.

⁴²⁰ Puhl, Neues Vergaberecht, S. 111, 131.

⁴²¹ VergK Bund, Beschl. v. 23.7.1999, VK 2 18/99, ZVgR 1999, 257; Kraus, BauR 2000, 1545, 1547.

⁴²² Portz, ZVgR 1998, 596, 598; Hailbronner in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 100, Rn. 403; Ingenstau/Korbion, VOB, Einl., Rn. 41.

⁴²³ Nach Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 159; Huber, JZ 2000, 877, 882; Malmendier, DVBl 2000, 963, 965; Wittig, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme, S. 292 ff.; Hermes, JZ 1997, 909, 915; Huber, Allg. Verwaltungsrecht, S. 254; Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S.475; Pernice/Kadelbach, DVBl 1996, 1100, 1106; Puhl, Neues Vergaberecht, S. 111, 133 ist die Vergabeentscheidung unter Hinweis auf VergK Bund, Beschl. v. 29.4.1999, VK 1 - 7/99, WuW/E Verg 218 und auf die Zweistufentheorie öffentlich-rechtlich determiniert. Da es insoweit an gesetzlichen Spezialregelungen fehlt, steht ihr im Lichte von Art. 19 IV GG der vom historischen Gesetzgeber eigentlich nicht vorgesehene verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz nach § 40 I VwGO offen. Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch kann mit dem vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 VwGO geltend gemacht werden.

⁴²⁴ BGH, Urt. v. 21.11.1991, VII ZR 48/97, NJW 1992, 827; BGH, Urt. v. 8.9.1998, X ZR 48/97, NJW 1998, 3636, 3639; LG Meiningen, Beschl. v. 7.7.2000, HKO 104/00, IBR 2000, 471; OLG Schleswig, Urt. v. 20.5.1999, 11 U 196/98,

einer öffentlichen Ausschreibung und Beachtung der vergabebezogenen Vergabevorschriften gerichtet sein, nicht aber auf die Erteilung des Zuschlages.⁴²⁵ Ebenso entsteht ein durchsetzbarer Anspruch nur in Extremfällen. Denn dem staatlichen Auftraggeber steht ein weites Ermessen zu.⁴²⁶ Ein weiteres formalisiertes Verfahren besteht dagegen nicht.⁴²⁷

bb) Verfassungsrechtliche Bedenken

Durch die Schwellenwerte kommt es zu einer Zweiteilung bzw. Zweigleisigkeit des Vergaberechts.⁴²⁸ Die Beschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes auf Vergabeverfahren oberhalb der EG-Schwellenwerte stößt in der Literatur sehr vereinzelt auf verfassungsrechtliche Bedenken. So wird eine Verletzung des Gleichheitssatzes gem. Art. 3 I GG gesehen.⁴²⁹ Eine Verletzung liegt dann vor, wenn eine Regelung evident unsachlich oder ungerecht ist und eine Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt ist.⁴³⁰ Eine solche Rechtfertigung läßt sich aber nicht mit verwaltungspraktischen Schwierigkeiten und der Berufung auf EG-rechtliche Vorgaben begründen. Weitere Bedenken ergeben sich auch aus dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 III GG. Zulässig ist allenfalls eine Differenzierung in der Ausgestaltung des Verfahrens.⁴³¹ Dem ist aber nicht zuzustimmen. Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen schon deshalb nicht, weil die Abgrenzung nach Schwellenwerten im

NZBau 2000, 263 f.; Kalinowsky, Anspruch des Bieters nach § 99 VII GWB, S. 50 ff.; Faber, DÖV 1995, 403, 408; Noch, WuW 1998, 1059, 1062 ff.; Gallwas, GewArch 2000, 401, 410; Byok, WRP 1999, 402, 404; Rittner, ZHR 152 (1998), 318, 329; Kokott in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, Einf., Rn. 66 ff.; Marx in: Müller-Wrede, VOF, § 21, Rn. 8 u. 10; Höfler, Vergabe von Versicherungsdienstleistungen, S. 7, 11; Boesen, Vergaberecht, Einl., Rn. 159; Ebenso kommen u.U. Anspüche aus Wettbewerbsrecht in Betracht, §§ 20 I, 33 GWB, 1 UWG; früher war auch str., ob Grundrechte bei fiskalischen Grundgeschäften gelten sollen: Ablehnend Starck in: v. Mangoldt/Klein/Stark, GG I, Art. 3 I, Rn. 189; bejahend BGH, Urt. v. 26.10.1961, KZR 1/61, BGHZ 36, 91, 95; Heun in: Dreier, GG I, Art. 3, Rn. 50 u. Art. 1 III, Rn. 49; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 1, Rn. 18; Faber, DÖV 1995, 403, 405 f.; Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 303, Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 442, 449 f.

⁴²⁵ BGH, Urt. v. 8.9.1998, X ZR 48/97, NJW 1998, 3636, 3639.

⁴²⁶ Jasper/Marx, Vergaberecht, Einl., S. XXXIII.

⁴²⁷ Bechtold, GWB, § 100, Rn. 6; Schneevogel/Horn, NVwZ 1998, 1243.

⁴²⁸ Kritisch dazu Byok, NJW 1998, 2774, 2776; Faber, DÖV 1995, 403, 413; Prieß, EuZW 1999, 196, 198; Dreher, NVwZ 1997, 343 f.; Pietzcker, Zweiteilung des Vergaberechts, S. 61 ff.; Malmendier, DVBI 2000, 963, 967 ff.; Wittig, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme, S. 344 ff.

⁴²⁹ Binder, ZZZ 2000, 195, 212 ff.; ähnlich Niebuhr/Eschenbruch, Neues Vergaberecht 1998, S. 195, 226 f.; Grieger, Neues Vergaberecht, S. 231, 232. So wurde vom Österreichischen Verfassungsgerichtshof die Zweiteilung des Vergaberechts insbesondere aufgrund Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes für verfassungswidrig erklärt; vgl. dazu Demharter, VergRR 3/2001, S.4.

⁴³⁰ Vgl. BVerfG, Urt. v. 23.10.1951, 2 BvG /51, BVerfGE 1, 14, 52; BVerfG, Beschl. v. 7.10.1980, 1 BvR 240/79, BVerfGE 55, 72, 88; BVerfG, Beschl. v. 19.10.1962, 1 BvL 39/80, BVerfGE 61, 138, 147; BVerfG, Beschl. v. 6.11.1984, 2 BvL 16/83, BVerfGE 68, 237, 250; BVerfG, Beschl. v. 17.10.1990, 1 BvR 283/85, BVerfGE 83, 1, 23; BVerfG, Beschl. v. 11.2.1992, 1 BvL 29/87, BVerfGE 85, 238, 244; BVerfG, Urt. v. 10.3.1992, 1 BvR 454, 470, 602, 616, 905 etc., BVerfGE 85, 360, 383; BVerfG, Urt. v. 7.7.1992, 1 BvL 51/86, 50/87 u. 1 BvR 873/90, 761/91, BVerfGE 87, 1, 36; BVerfG, Urt. v. 17.11.1992, 1 BvL 8/87, BVerfGE 87, 234, 255; BVerfG, Beschl. v. 2.12.1992, 1 BvR 296/88, BVerfGE 88, 5, 12; BVerfG, Beschl. v. 5.10.1993, 1 BvL 34/81, BVerfGE 89, 132, 142.

Regelfall eine klare Differenzierung ermöglicht.⁴³² Probleme ergeben sich auch nicht aus der Garantie auf gerichtlichen Rechtsschutz gem. Art. 19 IV GG, wonach mit einer gesetzlichen Anerkennung von individuellen Ansprüchen auf Einhaltung von Vergabebestimmungen, die zum Schutz der Unternehmen bestimmt sind, auch eine verfassungsrechtliche Überschlagswirkung im Sinne einer individualrechtlichen Aufwertung nicht EG-rechtlich vorgegebener Vergabebestimmungen stattfindet. Dies läßt sich aber aufgrund des Zwecks des Vergaberechtsänderungsgesetzes, EG-Recht umzusetzen, rechtfertigen.⁴³³ Ebenso findet § 97 VII GWB wegen § 100 GWB nur innerhalb des vierten Teils des GWB Anwendung.⁴³⁴ Des weiteren sprechen Gründe der Verfahrensökonomie für eine Beschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes. Zwar würde die gänzliche Abschaffung der Schwellenwerte auf den ersten Blick vermitteln, mehr Transparenz zu bieten. Ein großer Nachteil wäre jedoch ein kaum vertretbarer Verwaltungsaufwand, der den erklärten Zielen der EG, unter anderem der Deregulierung, völlig zuwiderliefe.⁴³⁵ Die Transparenz, die gerade geschaffen werden sollte, ginge durch Überbürokratisierung und Unflexibilität verloren.⁴³⁶

cc) EG-rechtliche Bedenken

Ebenso bestehen keine Bedenken bezüglich eines Verstoßes gegen EG-rechtliche Vorgaben. Zwar ist zu beachten, daß auch bei Vergabeverfahren unterhalb der EG-Schwellenwerte EG-rechtliche Vorgaben aus den Marktfreiheiten und aus den vergaberechtlich relevanten völkerrechtlichen Vereinbarungen der EG mit Drittstaaten resultieren. Deren effektive innerstaatliche Geltung und gerichtliche Durchsetzbarkeit muß auch gewährleistet werden. Im Regelfall wird aber den EG-rechtlichen Anforderungen dadurch Genüge getan, daß ein unterlegener Bieter die Möglichkeit hat, Schadensersatzansprüche vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen.⁴³⁷ Vorstellbar ist, daß Gerichte die vorhandenen Ansätze der Subjektivierung aus Art. 3 I GG, § 20 GWB und den Grundfreiheiten

⁴³¹ Loewenich, ZVgR 1999, 34, 38.

⁴³² Hailbronner, Gutachten, BT-Drucks. 13/9340, S. 25.

⁴³³ Hailbronner, Gutachten, BT-Drucks. 13/9340, S. 25; Bechtold, GWB, § 100, Rn. 4; Rittner, Rechtsgrundlagen und Rechtsgrundsätze, S. 146, Rn. 342; Pietzcker, Zweiteilung des Vergaberechts, S. 61, 62 sieht die Zweiteilung europarechtlich veranlaßt, aber nicht europarechtlich gefordert; a.A. Binder, ZZP 2000, 195, 211 f.

⁴³⁴ Hailbronner in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 100, Rn. 402; vgl. auch neuere Rspr. zum Fortbestand der Zweiteilung: VGH Bad.-Württ., Ur. v. 29.6.1998, 1 S 1580/96, DÖV 1999, 79 f.; OLG Düsseldorf, Ur. v. 29.7.1998, U (Kart) 24/98, WuW/E Verg 197, 201 f.

⁴³⁵ Noch, Vergaberecht kompakt, S. 38.

⁴³⁶ Pietzcker, Vergaberechtsänderungsgesetz, S. 14; Pietzcker, Zweiteilung des Vergaberechts, S. 61, 62 ff.

⁴³⁷ Hailbronner, Gutachten, BT-Drucks. 13/9340, S. 25; ebenso Hailbronner in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 100, Rn. 401; Bechtold, GWB, § 100, Rn. 4; Drügemöller, Vergaberecht und Rechtsschutz, S. 285; Noch, Vergaberecht kompakt, S. 136.

des EG-Vertrages weiterentwickeln, um damit die Kluft der Zweiteilung zwar nicht zu beseitigen, wohl aber zu vermindern.⁴³⁸

C. Wesentliche Änderungen

I. Vergabegrundsätze

Das Vergaberechtsänderungsgesetz hat in § 97 I GWB zunächst an die Grundprinzipien des EG-Vergaberechts angeknüpft und mißt transparenten und diskriminierungsfreien⁴³⁹ Vergabeverfahren, die nach der Maxime größtmöglichen Wettbewerbs durchgeführt werden, einen hohen Stellenwert bei.⁴⁴⁰ Des weiteren wird in § 97 II GWB der Gleichbehandlungsgrundsatz⁴⁴¹ normiert, der zu den elementaren Prinzipien des Gemeinschaftsrechts und unseres nationalen Verfassungsrechts gehört. Spezielle Ausformung ist das Verbot einer Diskriminierung nach Herkunft oder Staatsangehörigkeit.⁴⁴² Zwar sind die allgemeinen Vergabegrundsätze schon in den Verdingungsordnungen⁴⁴³ enthalten, so daß hiermit eine sachliche Änderung der Anforderungen an ein Vergabeverfahren nicht verbunden ist, aber die Festsetzung der allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze an exponierter Stelle sollen für die Praxis eine Signalwirkung darstellen.⁴⁴⁴ Eine gewisse Aufweichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ergibt sich jedoch aus § 97 III GWB, wonach mittelständische Unternehmen angemessen, vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillöse, zu berücksichtigen sind.⁴⁴⁵

II. Eignungskriterien

⁴³⁸ Pietzcker, Zweiteilung des Vergaberechts, S. 61, 73.

⁴³⁹ Vgl. Entscheidungen zur produktneutralen Ausschreibung: Dausner, BauR 1999, 715 ff.; VÜA Bund, Beschl. v. 1.7.1997, 1 CÜ 9/97, VergR 5/1997, S. 41; VÜA Bayern, Beschl. v. 18.5.1999, VÜA 18/98, IBR 1999, 399; VÜA Bayern, Beschl. v. 28.9.1999, VÜA 43/98 - IBR 1999, 560; Teichler, Versicherungsmakler im öffentlichen Vergabeverfahren, S. 71, 74 ff.

⁴⁴⁰ Noch, ZfBR 1997, 221, 222.

⁴⁴¹ Vgl. zur unzulässigen Mitwirkung voreingenommener Personen im Vergabeverfahren: OLG Brandenburg, Beschl. v. 3.8.1999, 6 Verg 1/99, NVwZ 1999, 1142, 1146; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 22.10.1999, 6 Verg 4/99, NZBau 2000, 158, 161; OLG Rostock, Beschl. v. 29.9.1999, 17 W (Verg) 1/99, VersichR 1999, 1511, 1512; OLG Stuttgart, Beschl. v. 24.3.2000, 2 Verg 2/99, NVwZ 2001, 29, 31; Dreher, NZBau 2000, 280, 281 f.; Dreher, VersichR 1999, 1513 f.; vgl. zur mangelnden in Kenntnis Setzung von wesentlichen Änderungen der Ausschreibungsunterlagen: BGH, Urt. v. 26.10.1999, X ZR 30/98, BauR 2000, 254, 255 f.; OLG Celle, Beschl. v. 30.4.1999, 13 Verg 1/99, BauR 2000, 405, 407 f.

⁴⁴² BT-Drucks. 13/9340, S. 14.

⁴⁴³ §§ 2, 8 Nr. 1 VOB/A, §§ 2, 7 Nr. 1 VOL/A, § 4 VOF.

⁴⁴⁴ Heiermann/Ax, Neues deutsches Vergaberecht, S. 29.

⁴⁴⁵ Gröning, ZIP 1999, 52, 54 f.; Ax, ZVgR 1999, 231, 232; Rittner, VergR 4/1998, S. 30 f.; vgl. zur mangelnden Vertretbarkeit einer Aufteilung in Lose und somit zur Zulässigkeit der Gesamtvergabe: VergK Sachsen, Beschl. v. 2.11.1999, 1/SVK/19-1999, IBR 2000, 302; Eilbedürftigkeit, höherer Personalaufwand und Verwaltungsaufwand rechtfertigen nicht eine Gesamtvergabe: VÜA Rheinland/Pfalz, Beschl. v. 30.3.1999, VÜ 6/98, Dausner, IBR 1999, 351; vgl. auch Bartl, Handbuch Öffentliche Aufträge, S. 38, Rn. 49; Johannes, ZVgR 1999, 187 ff.

Gem. § 97 IV 1 GWB werden Aufträge an fachkundige⁴⁴⁶, leistungsfähige⁴⁴⁷ und zuverlässige⁴⁴⁸ Unternehmen vergeben.⁴⁴⁹ Es handelt sich bei diesen Kriterien um unbestimmte Rechtsbegriffe, so daß den Auftraggebern im konkreten Einzelfall ein Beurteilungsspielraum zusteht.⁴⁵⁰ Solange die Auftraggeber sich mit dem Fall umfassend, widerspruchsfrei und ohne Verstoß gegen Denk- und Erfahrungsgrundsätze auseinandersetzen und die hierfür erforderlichen sachlichen Grundlagen aufklären, sind die Vergabestellen nur begrenzt einer gerichtlichen Überprüfung unterworfen.⁴⁵¹

III. Vergabefremde Kriterien

Nach § 97 IV 2 GWB dürfen weitergehende Anforderungen an die Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.⁴⁵² Rechtlich problematisch sind in jüngster Zeit beispielsweise Tariftreueerklärungen, Beschäftigung von Lehrlingen, Frauenförderung, Bekämpfung der Scientology-Sekte, Umweltschutzanforderungen etc.⁴⁵³

1. Grenzen des Gemeinschaftsrechts

a) Äußerungen der Europäischen Kommission

⁴⁴⁶ Dies erfordert Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten, um den zu vergebenden Auftrag auszuführen; vgl. Müller in: Daub/Eberstein, VOL/A, 4. Aufl. 1998, § 2, Rn. 23.

⁴⁴⁷ Wenn der Betrieb in technischer, kaufmännischer, personeller und finanzieller Hinsicht geeignet ist, so daß die Ausführung des Auftrags gewährleistet erscheint; vgl. Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 97, Rn. 16; Bechtold, GWB, § 97, Rn. 18; Rusam in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, A § 2 Rn. 6.

⁴⁴⁸ Damit ist neben der Erwartung mängelfreier Ausführung auch die sog. gewerberechtliche Zuverlässigkeit gemeint; vgl. Marx, Vergabefremde Aspekte, S. 77, 79; vgl. auch Pietzcker, ZHR 162 (1998), 427, 460 ff.; zur Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts siehe Hailbronner in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97, Rn. 173 u. Kulartz in: Daub/Eberstein, VOL/A, § 25, Rn. 32.

⁴⁴⁹ Vgl. § 2 Nr. 1 S. 1 VOB/A, § 2 Nr. 3 VOL/A, § 4 I VOF.

⁴⁵⁰ BT-Drucks. 13/9340, S. 14; Bechtold, GWB, § 97, Rn. 17; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 97, Rn. 14.

⁴⁵¹ VÜA Bund, Beschl. v. 24.2.1997, 1 VÜ 29/96, WuW/E Verg 41; VÜA Bund, Beschl. v. 24.5.1996, 1 VÜ 2/96, VergAB 79, 84; VÜA Bayern, Beschl. v. 6.3.1998, VÜA 13/97, VergR 4/1998, S. 47; VÜA Bayern, Beschl. v. 17.2.1995, VÜA 1/95, WuW/E VergAL 1, 7; VÜA Jena, Beschl. v. 26.1.1996, 2 VÜ 2/95; Hailbronner in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97, Rn. 165 f.; a.A. Niebuhr in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 97, 222: Danach unterliegt der Beurteilungsspielraum der Vergabestelle einer vollständigen Nachprüfungsmöglichkeit; vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 17.2.1999, X ZR 101/97, Kammergericht LG Berlin, BauR 1999, 736, 740.

⁴⁵² Diese Regelung stellt einen im Vermittlungsausschuß erarbeiteten Kompromiß dar: Im Regierungsentwurf (BT-Drucks. 13/9340, S. 4) waren weitergehende Anforderungen nur durch Bundesgesetz vorgesehen, der Bundesrat wollte hingegen eine Regelung durch Rechts- und Verwaltungsvorschrift (BT-Drucks. 13/9340, S. 35); bis zum 30.6.2000 galten gem. Art. 3 Nr. 5 VgRÄG auch unter Bundes- und Landesgesetz stehende Regelungen (z.B. Verordnungen) fort.

⁴⁵³ Siehe dazu Bechtold, GWB, § 97, R. 24; Hailbronner in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97, Rn. 176; Thiem/Correl, DVBl 1999, 884, 887; Schneevogel/Horn, NVwZ 1998, 1242, 1243; Riese, Vergaberecht, S. 211 ff.

Die Europäische Kommission hat zunächst keinen Raum für die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte gelassen.⁴⁵⁴ In ihrer jüngsten Mitteilung vom 11. März 1998 hat die Kommission die Mitgliedstaaten jedoch aufgefordert, das öffentliche Auftragswesen zur Verfolgung der unterschiedlichsten sozialpolitischen Ziele einzusetzen; die Kommission selbst werde bei ihren eigenen Ausschreibungen ähnlich verfahren.⁴⁵⁵ Die Kommission hat aber in ihrer aktuellsten Äußerung nicht als Hüterin der Verträge gem. Art. 211 EGV gehandelt, sondern als politisches Organ. Derartige politische Äußerungen haben keine rechtliche Relevanz. Soweit die Kommission als Hüterin der Verträge handelt, hat sie sich bisher deutlich gegen die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte ausgesprochen.⁴⁵⁶

b) Primär- und Sekundärrecht

Das Gemeinschaftsrecht steht nach der Rechtsprechung des EuGH der Aufstellung vergabefremder Kriterien grundsätzlich nicht entgegen.⁴⁵⁷ Denn das Europäische Vergaberecht dient allein der Koordinierung der einzelstaatlichen Vergabevorschriften und schafft kein einheitliches und erschöpfendes Gemeinschaftsrecht. Den Mitgliedstaaten bleibt es überlassen, materiell- oder verfahrensrechtliche Bestimmungen im Vergabewesen zu erlassen. Wenn vergabefremde Aspekte in nationale Bestimmungen einfließen, müssen sich diese aber an den Vorgaben des europäischen Vergaberechts und den Grundfreiheiten des EG-Vertrages, insbesondere auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts und des freien Dienstverkehrs⁴⁵⁸, messen lassen. Denn das sekundäre Gemeinschaftsrecht hat eine abschließende Regelung nur insoweit getroffen, als es um die Beurteilung der fachlichen Eignung der Unternehmen, also um ihre wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit, geht.⁴⁵⁹ Voraussetzung ist weiterhin, daß eine solche zusätzliche Bedingung in der Bekanntmachung der Ausschreibung angegeben wird.⁴⁶⁰ Ferner ist auch zweifelhaft, ob

⁴⁵⁴ Grünbuch „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union“, KOM (96) 583, S. 50.

⁴⁵⁵ Kommission, KOM (98) 143, „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union“, S. 32; Rust, EuZW 99, 453, 456; Schwarze, EuZW 2000, 133, 138.

⁴⁵⁶ Rittner, EuZW 1999, 677, 680; ähnlich Hailbronner in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97, Rn. 183; a.A. Rust, EuZW 2000, 205, 208.

⁴⁵⁷ Heiermann/Ax, Neues deutsches Vergaberecht, S. 31; Gröning, ZIP 1999, 52, 55; Bechtold, GWB, § 97, Rn. 24; Kulartz in: Daub/Eberstein, VOL/A, § 25 Rn. 41; Rust, EuZW 1999, 453, 455; a.A. Wittig, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme, S. 53 f., Martin-Ehlers, WuW 1999, 685, 690 unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 3.6.1992, Rs. C-360/89, Kommission./Italien, Slg. 1992, I-3401 ff.; Rittner, Soziale Belange, S. 87, 94.

⁴⁵⁸ EuGH, Beschl. v. 26.9.2000, Rs. C-225/98, Kommission./Frankreich, NZBau 2000, 584, 587, Rn. 50: danach sind Zusatzkriterien auch im Bereich der Zuschlagskriterien möglich; vgl. auch dazu Benedict, NJW 2001, 947 ff.; Dreher, JZ 2001, 140 f.; a.A. Heintzen, ZHR 165 (2001), 62, 74 ff.

⁴⁵⁹ Bechtold, GWB, § 97, Rn. 24.

⁴⁶⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 20.9.1988, Rs. 31/87, Gebroeder Beentjes./Niederlande, Slg. 1988, 4635, 4657, Rn. 20: Danach wurde eine Bestimmung der Ausschreibung, die von dem Bieter verlangte, Langzeitarbeitslose bei der Auftragsdurchführung zu beschäftigen, für zulässig gehalten.

die EG die Kompetenz besitzt, in den vor allem auf Art. 94, 95 EGV gestützten Rechtsmittelrichtlinien vergabefremde Kriterien auszuschließen, auch wenn diese diskriminierungsfrei angewandt werden.⁴⁶¹

Ob die Anwendung vergabefremder Kriterien auch eine unzulässige Beihilfe darstellt⁴⁶², kann dahingestellt bleiben, da zumeist gleichzeitig ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des EGV vorliegen wird.⁴⁶³

Aktuell ist insbesondere bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Bindung an frauenfördernde Maßnahmen.⁴⁶⁴ Frauenfördernden Maßnahmen steht primäres EG-Recht zumindest dann nicht entgegen, wenn die Anforderungen an die Bieter als Auswahlkriterium für alle Bieter gelten und keine Diskriminierung von Unternehmen nach Herkunft oder Sitz stattfindet.⁴⁶⁵ Ebenso kontrovers diskutiert werden die sogenannten Scientology-Erklärungen. Diese Erklärungen werden zumindest dann als gemeinschaftsrechtskonform angesehen, wenn die Schutzklauseln auf die Vergabe solcher Beratungs- und Schulungsleistungen beschränkt werden, die keinerlei technischen Bezug aufweisen, sondern vielmehr spezifisch auf psychologische Verhaltensmuster zugeschnitten sind.⁴⁶⁶

c) Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsprinzip

Des weiteren ist zu beachten, daß die vergabefremden Aspekte unter Umständen das Wirtschaftlichkeitsprinzip durchbrechen. Denn die vergabefremden Kriterien führen gegebenenfalls dazu, daß die öffentlichen Auftraggeber, welche diese Kriterien berücksichtigen und die Auftragsvergabe zu politischen Zwecken nutzen, nicht das wirtschaftlichste Preis-/Leistungsverhältnis erreichen können.⁴⁶⁷ So sind weder Vorrangregeln für Angebote, beispielsweise von lokalen oder frauenfördernden oder mit einer Umweltschutzplakette versehenen Unternehmen, noch Eintrittsrechte von ausbildenden Betrieben in das Bestgebot mit den Richtlinien vereinbar.⁴⁶⁸

⁴⁶¹ Pietzcker, Vergaberechtsänderungsgesetz, S. 23.

⁴⁶² Siehe oben: 2. Kap. A. VI.; bejahend: Pietzcker, ZHR 162 (1998), 427, 467; Martin-Ehlers, WuW 1999, 685, 689; Bartosch, EuZW 2001, 229, 232 bezeichnet dies als beihilferechtliches Pulverfaß.

⁴⁶³ Hailbronner in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97, Rn. 184; Flach, Rechtsbindungen einer industriepolitischen Instrumentalisierung, S. 61.

⁴⁶⁴ Rönsch, Frauenförderung ist der falsche Weg; Habel, Frauenförderung führt zu Mehrkosten; Schewe-Gerigk, Bundespolitische Diskussion, S. 16 f.; Hürten/Schewe, Effekte für Frauenerwerbstätigkeit, S. 22 ff.; Thiesbrummel, Konsequenzen für eine Region, S. 28 ff.; Seidel, ZVgR 2000, 195 ff.

⁴⁶⁵ Marx, Vergabefremde Aspekte, S. 77, 85; nach Neßler, DÖV 2000, 145, 151 f., ergibt sich die europarechtliche Zulässigkeit schon allein aus Art. 3 II EGV; siehe auch Freifrau von Friesen, Juristische Möglichkeiten, S. 18 ff.

⁴⁶⁶ Prieß/Pitschas, ZVgR 1999, 144, 150 f.; Ziekow, NZBau 2001, 72, 77.

⁴⁶⁷ Jasper, 1998, 2151, 2154; ebenso Heiermann/Ax, Neues deutsches Vergaberecht, S. 31; a.A. Schneevogl/Horn, NVwZ 1998, 1242, 1243; Thieme/Correll, DVBl 1999, 884, 887.

⁴⁶⁸ Marx, Vergabefremde Aspekte, S. 77, 84.

2. Grenzen des deutschen Verfassungsrechts und des Kartellgesetzes

Die Grenzen des deutschen Verfassungsrechts ergeben sich insbesondere aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG.⁴⁶⁹ Vergabefremde Zwecke können demnach nur dann verfolgt werden, wenn ein Bezug zur Leistungserbringung, das heißt zum Gegenstand der jeweiligen Auftragsabrede, besteht.⁴⁷⁰ Ebenso kommt eine Verletzung von Freiheitsrechten nach Art. 14 I, 12 I GG in Betracht. Bedenkt man beispielsweise die Branchen, in denen der Staat der einzige Nachfrager ist (z. B. Tiefbau), so wird deutlich, daß er durch eine fehlerhafte Auftragsvergabe existenzgefährdend in die Rechte eines Unternehmens eingreifen kann.⁴⁷¹

Besonders aktuell und problematisch ist die Forderung nach Einführung einer Tariftreueerklärung und nach Ausschluß der Unternehmen von öffentlichen Aufträgen, welche die örtlichen Tarife nicht einhalten.⁴⁷² Die Tariftreueerklärungen verstoßen aber gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 I GWB, soweit ein öffentlicher Auftraggeber marktbeherrschend gem. § 19 II GWB ist. Ebenso liegt ein Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit des Art. 9 III GG vor, da sowohl nicht tarifgebundene als auch tarifgebundene Unternehmen gezwungen werden, die Tarifverträge einzuhalten.⁴⁷³

3. Resumee

Die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte ist darüber hinaus überaus skeptisch zu beurteilen, weil die Gefahr besteht, daß § 97 IV 2 GWB zu einer allgemeinen Öffnungsklausel mutiert und einem schleichenden Protektionismus unter dem Deckmantel des sozialen Fortschritts den Weg ebnet.⁴⁷⁴ Des weiteren sollen die gesetzlich festgelegten

⁴⁶⁹ Burgi, NZBau 2001, 64, 69; Pietzcker, ZHR 162 (1998), 427, 466; a.A. Kulartz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 97, Rn. 194; Kulartz in: Daub/Eberstein, VOL/A, § 25 Rn. 42; Otting, Stadt und Gemeinde 1996, 461, 463: Danach sind auch die speziellen Diskriminierungsverbote einschlägig. Dem steht jedoch entgegen, daß nicht „wegen“ bestimmter persönlicher Merkmale oder Eigenschaften, sondern wegen bestimmter „unternehmensbezogener“ Umstände diskriminiert wird.

⁴⁷⁰ Burgi, NZBau 2001, 64, 70.

⁴⁷¹ Noch, Vergabe von Staatsaufträge, S. 229; Hösch, BayVBI 1997, 193, 196.

⁴⁷² Marx, Vergabefremde Aspekte, S. 77, 85.

⁴⁷³ KG, Beschl. v. 20.5.1998, Kart 24/97, WuW/E Verg 111 ff.; BGH, Beschl. v. 8.12.1998, KVR 23/98, WuW/E Verg 175 ff.; VÜA Bund, Beschl. v. 16.12.1998, 2 VÜ 21/88, WuW/E Verg 192, 193 ff.; BGH, Vorlagebeschl. v. 18.1.2000, KVR 23/98, BauR 2000, 780, 781 ff.; vgl. dazu Anm. Schwab, AuR 2000, 273 f.; Anm. Dreher, JZ 2000, 519 ff.; Weinacht, WuW 2000, 382 ff.; Böhm/Danker, NVwZ 2000, 767 f.; BayObLG, Beschl. v. 21.5.1999, Verg 1/99, ZVgR 1999, 111, 116; OLG Jena, Beschl. v. 13.10.1999, 6 Verg 1/99, BauR 2000, 388, 392 vgl. auch Knipper, WuW 1999, 677 ff.; Hopp, DB 2000, 29 ff.; Neßler, DÖV 2000, 145, 152; Bartl, RiA 1999, 3, 7 ff.; Bartl, Handbuch Öffentlicher Aufträge, S. 18 ff., Rn. 18 ff. In Bayern ist zum 1.7.2000 das Gesetz über die Vergabe von Bauaufträgen in Kraft getreten, das im wesentlichen der Umsetzung der zuvor nur im Verwaltungswege eingeführten Tariftreueerklärung dient. Vgl. dazu Demharter, VergRR 9/2000, S. 4; Burchardt, VergRR 4/2000, S. 3.

⁴⁷⁴ Schwarze, EuZW 2000, 133, 138.

Eignungs- und Zuschlagskriterien den Anbietern die nötige Planungs- und Rechtssicherheit geben. Müßten sich die Unternehmen auf regional unterschiedliche Anforderungen an das Unternehmensprofil jeweils neu einstellen, würde dies zur Zersplitterung der Märkte und einer erheblichen Verteuerung des Einkaufs führen.⁴⁷⁵ Ebenso ist mit der Einführung eines wettbewerbsbeschränkenden Marktverhaltens der Konflikt zwischen Vergaberecht sowie Wettbewerbs- und Kartellrecht vorprogrammiert.⁴⁷⁶ Aus diesem Grund ist § 97 IV 2 GWB äußerst restriktiv auszulegen.⁴⁷⁷

IV. Wirtschaftlichkeit gem. § 97 V GWB

Sind die auszuschcheidenden Angebote eliminiert, fällt die eigentliche Vergabeentscheidung, der Zuschlag. Hier geht es um die inhaltliche Bewertung der abgegebenen, wirksamen Angebote nach quantitativen und qualitativen Kriterien.⁴⁷⁸ Der deutsche Gesetzgeber hat sich bei der Umsetzung der Richtlinien aufgrund traditioneller Erwägungen für das Zuschlagskriterium der Wirtschaftlichkeit entschieden.⁴⁷⁹ Das bedeutet, daß der Zuschlag unter den zur Wertung zuzulassenden mehreren Angeboten auf das Angebot zu erteilen ist, das unter Berücksichtigung aller im konkreten Fall wesentlichen und zuvor angegebenden Aspekten das beste Preis-Leistungs-Verhältnis bietet.⁴⁸⁰ Angebote, die im Verhältnis zur geforderten Leistung als ungewöhnlich niedrig erscheinen, können ausgeschlossen werden.⁴⁸¹ Es gilt jedoch die widerlegbare Vermutung, daß das preisgünstigste Angebot auch das wirtschaftlichste ist.⁴⁸² Des weiteren bedarf es einer strikten Trennung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien. Ein Angebot eines Unternehmens, das die Eignungskriterien erfüllt, darf nur noch nach den Zuschlagskriterien bewertet werden; ein Mehr an Eignung ist irrelevant. Eine klare Trennung der Prüfungsschritte ist unverzichtbar, damit Ver-

⁴⁷⁵ BT-Drucks. 13/9340, S. 14; Marx, Vergabefremde Aspekte, S. 77, 79.

⁴⁷⁶ Klar, Kommunale Auftraggeber, S. 31, 52.

⁴⁷⁷ Bechtold, GWB, § 97, Rn. 22; teilweise wird § 97 IV 2 GWB sogar als ein politisch bedingter, legislativer Irrtum betrachtet, der als buchstäbliche *contradictio in adiecto* unbeachtet bleibt: Rittner, EuZW 1999, 677, 680; Noch, Vergaberecht kompakt, S. 183 f.; a.A. Rust, EuZW 2000, 205, 206 f.

⁴⁷⁸ Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, Recht der Auftragsvergabe, S. 115.

⁴⁷⁹ Vgl. §§ 25 Nr. 3 III VOB/A, 25 Nr. 3, 25b Nr. 1 VOL/A; nach Noch, ZfBR 1997, 221, 222 erscheint eine solche Umsetzung der Vergaberichtlinien fraglich, da diese ausdrücklich zwei alternative Kriterien vorsehen, denen nach der Rechtsprechung des EuGH (Urt. v. 28.3.1985, Rs. 274/83, Kommission./Italien, Slg. 1985, 1077, 1091; Urt. v. 10.3.1987, Rs. 199/85, Kommission./Italien, Slg. 1987, 1039 ff) unbedingte Geltung zukommen muß. Das Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebotes baut aber wesentlich auf das preisliche Kriterium auf. Kritisch hierzu Niebuhr/Eschenbruch, Neues Vergaberecht 1998, S. 195, 209.

⁴⁸⁰ BT-Drucks. 13/9340, S. 14.

⁴⁸¹ §§ 25 Nr. 3 I, II VOB/A, 25b Nr. 2 I, 25a I VOL/A; vgl. auch Jestaedt/Kemper/Max/Prieß, Recht der Auftragsvergabe, S. 118.

⁴⁸² VÜA Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 19.11.1997, 63-32571/07-1 VÜ 6/95, WuW/E Verg 96, 97.

gabeentscheidungen objektiv und überprüfbar bleiben.⁴⁸³ Denn ein Mehr an Eignung würde als Einfallstor für jede Art von Verschiebungen in der Bierrangfolge und damit beliebigen Zuschlagserteilungen dienen.⁴⁸⁴ Auch hier steht der Vergabestelle bei der Bewertung der vorgegebenen Zuschlagskriterien ein Beurteilungsspielraum zu.⁴⁸⁵

V. Abgrenzung zu leistungsbezogenen Zuschlagskriterien

Vergabefremde Zuschlagskriterien sind unzulässig. Nur wenn das fragliche Kriterium zum Inhalt der Leistungsbeschreibung gemacht worden ist, kann es der Wertung zugrunde gelegt werden. Ein solches leistungsbezogenes Kriterium liegt in der Regel dann vor, wenn dieses nötig oder zumindest hilfreich ist, um das mit der Auftragsvergabe verfolgte Ziel zu erreichen.⁴⁸⁶ So können z. B. Umweltelemente dazu dienen, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu identifizieren. Dies gilt zumindest dann, wenn sich aus dem Bezug auf diese Faktoren ein wirtschaftlicher Vorteil bei der Leistung, die Auftragsgegenstand ist, zum unmittelbaren wirtschaftlichen Nutzen des öffentlichen Auftraggebers nachweisen lässt.⁴⁸⁷

VI. Vergabeverfahren

Hinsichtlich der Verfahrensarten bleibt es bei den drei bekannten Vergabeverfahren nach § 101 I GWB, dem offenen Verfahren, dem nicht offenen Verfahren und dem Verhandlungsverfahren.⁴⁸⁸

Beim offenen Verfahren gem. § 101 II GWB können beliebig viel Unternehmen, die in dem geforderten Marktsegment tätig sind, Angebote abgeben und somit am Wettbewerb teil-

⁴⁸³ EuGH, Urt. v. 20.9.1988, Rs. 31/87, Gebroeder Beentjes./Niederlande, NVwZ 1990, 353 f.; BGH, Urt. v. 8.9.1998, X ZR 109/96, NJW 1998, 1644 ff.; VÜA Niedersachsen, Beschl. v. 18.4.1997, 34.2-35.66, VergR 5/1997, S. 42 u. 1/1998, S. 49 f.; a.A. VÜA Bayern, Beschl. v. 8.3.1996, VÜA 14/95, WuW/E VergAL 75, 79 f.; VÜA Bayern, Beschl. v. 30.9.1998, VÜA 27//97, VergRR 10/98, S. 1.

⁴⁸⁴ Noch, JZ 1999, 256, 258; a.A. Dreher, EWiR 1999, 139, 140: danach ist die Kernaussage des BGH zum „Mehr an Eignung“ abzulehnen; notwendige Transparenzerfordernisse sind ausreichend. Ebenso kritisch Plautz, VergRR 11/98, S. 2.

⁴⁸⁵ VÜA Bund, Beschl. v. 1.10.1998, 2 VÜ 16/98, WuW/E Verg 211, 212; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, § 97, Rn. 30; siehe oben: 5. Kap. C. II.

⁴⁸⁶ Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 97, Rn. 25; Bechtold, GWB, § 97, Rn. 23; Boesen, Vergaberecht, § 97, Rn. 103.

⁴⁸⁷ Kulartz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 97, Rn. 216; vgl. auch OLG Schleswig, v. 6.7.1999, 6 U Kart 22/99, WuW/E Verg 269, 276; Griem, StädteT 1999, 87, 88 ff.; Griem, NVwZ 1999, 1171, 1172 ff.; Wittig, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme, S. 212 f.

⁴⁸⁸ Die Europäische Kommission hat vorgeschlagen (KOM (98) 143), ein viertes Verfahren, den sog. wettbewerblichen Dialog, einzuführen. Dadurch soll eine Vereinfachung und flexiblere Gestaltung des Verfahrens erreicht werden. Kritisch dazu Jasper, DB 1998, 2151, 2155; Werner in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 101, Rn. 442; Bechtold, GWB, § 101, Rn. 2.

nehmen. Die Ausschreibungen werden einer breiten Öffentlichkeit in speziellen Veröffentlichungsorganen bekannt gemacht.⁴⁸⁹

Das nicht offene Verfahren nach § 101 III GWB ist dadurch gekennzeichnet, daß die Anzahl der Bieter durch eine Vorauswahl der Vergabestelle begrenzt ist. Ausgewählte Anbieter werden von der Vergabestelle zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert. Ein sogenannter Teilnahmewettbewerb dient der Vorauswahl möglicher Bieter. Der Auftrag wird öffentlich bekannt gegeben, alle interessierten Unternehmen können Anträge auf Teilnahme stellen. Die Vergabestelle wählt aus diesen Bewerbern geeignete aus, die dann zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden.⁴⁹⁰

Auch im Verhandlungsverfahren gem. § 101 IV GWB fordert die Vergabestelle von sich aus Unternehmen zur Abgabe von Angeboten auf. Dabei ist sie nur begrenzt an formelle Vorschriften gebunden. Sie kann zum Beispiel mit dem Bieter über Inhalt und Preise des Angebots verhandeln. Auch bei dieser Vergabeart hat der Auftraggeber die in § 97 GWB festgelegten vergaberechtlichen Grundsätze zu beachten und sollte, soweit möglich, einen Wettbewerb zwischen verschiedenen Bietern stattfinden lassen.⁴⁹¹

Die Vergabeverfahren stehen zueinander in einem hierarchischen Verhältnis, wonach das offene Verfahren Vorrang hat vor dem nicht offenen Verfahren und das nicht offene Verfahren wiederum Vorrang hat vor dem Verhandlungsverfahren.⁴⁹² Den privaten Sektorauftraggebern stehen die drei Verfahren nach ihrer freien Wahl zur Verfügung, §§ 101 V 2, 98 Nr. 4 GWB. Dieses Wahlrecht gilt jedoch nicht für die öffentlichen Sektorauftraggeber, die unter § 98 Nr. 2 GWB fallen, weil 98 Nr. 4 GWB subsidiär zu § 98 Nr. 2 ist.⁴⁹³

VII. Subjektive Rechte i.S.d. § 97 VII GWB

⁴⁸⁹ Für nationale Ausschreibungen: Bundesausschreibungsblatt; für europäische Ausschreibungen: Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften; vgl. auch Boesen, Vergaberecht, § 101, Rn. 11 ff.

⁴⁹⁰ Bechtold, GWB, §101, Rn. 4; Hertwig, Öffentliche Auftragsvergabe, Rn. 47 ff.

⁴⁹¹ Boesen, Vergaberecht, § 101, Rn. 38; Bechtold, GWB, § 101, Rn. 6.

⁴⁹² Die deutsche Umsetzung ist teilweise strenger als die Richtlinien: So stellen die BKR in Art. 7 und die LKR in Art. 6 das offene und nicht offene Verfahren zur freien Wahl nebeneinander, während im deutschen Recht gem. § 101 V 1 GWB der Vorrang des offenen Verfahrens angeordnet wird; Pietzcker, Vergaberechtsänderungsgesetz, S. 15.

⁴⁹³ BT-Drucks. 13/9340, S. 15, Jasper, DB 1998, 2151, 2154; Werner in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 101, Rn. 465; Gallwas, Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge, GewArch 2000, 401, 403 f.; Sieveking, VR 1999, 337, 339; dies war früher auf Grundlage der Verdingungsordnungen heftigst umstritten: siehe dazu Ingenstau/Korbion, VOB, A § 3 b Nr. 1, Rn. 1; Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, A § 3 b Nr. 1, Rn. 1; nach Bartl, Handbuch Öffentlicher Aufträge, S. 54, Rn. 67 gehen Zweifel bzgl. der Beweislast zuungunsten desjenigen, der behauptet, er falle nicht unter § 98 Nr. 2 GWB.

Eine wesentliche Neuregelung des Vergaberechts ist § 97 VII GWB⁴⁹⁴, wonach die Unternehmen Anspruch darauf haben, daß die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden. Damit wurde den elementaren Forderungen des allgemeinen Europarechts Folge geleistet. Denn Ziel der materiellen Vergaberichtlinien war es insbesondere, den Bieter vor der Willkür des öffentlichen Auftraggebers zu schützen.⁴⁹⁵ Dieser Schutz des Bieters kann nur erfolgen, wenn er sich gegenüber dem Auftraggeber auf die Verletzung einzelner Vorschriften berufen und deren Verletzung notfalls vor der Verwaltung oder den nationalen Gerichten geltend machen kann. Dies kann er nur dann, wenn ihm ein entsprechendes subjektives Recht auf die Einhaltung der Vergabevorschriften zusteht.⁴⁹⁶

1. Subjektiv-öffentliches Recht

§ 97 VII GWB gewährt ein subjektiv-öffentliches Recht des einzelnen Bieters auf Einhaltung der Vergaberegeln.⁴⁹⁷ Für die Annahme eines subjektiv-öffentlichen Rechts spricht vor allem, daß Bieter und Vergabestelle sich trotz der Anbahnung privatrechtlicher Verträge nicht als gleichberechtigte Personen gegenüberstehen.⁴⁹⁸ Auch eine europarechtliche Sichtweise spricht für das Vorliegen eines subjektiv-öffentlichen Rechtes. Denn bei den Beschaffungsrichtlinien geht es darum, die öffentliche Hand bei ihren Beschaffungsvorgängen zur Beachtung des EGV anzuhalten.⁴⁹⁹ Ebenso muß die teilweise unmittelbare Wirkung der Richtlinie dem Zweck dienen, den Bieter vor staatlichem Handeln zu schützen, ihm also ein subjektives Recht zu gewähren. Rechte aus den Richtlinien können nur gegenüber den Mitgliedstaaten und ihren jeweiligen Stellen geltend gemacht werden.⁵⁰⁰ Eine unmittelbare Wirkung gegenüber Privatpersonen besteht nicht; man spricht insoweit von horizontaler Wirkung, im Unterschied zur vertikalen Wirkung gegenüber staatlichen Stellen.⁵⁰¹ Des Weiteren wird eine Flucht in das Privatrecht, um sich den Bindungen des öffentlichen Rechts zu

⁴⁹⁴ Wird von Gröning als Magna Charta des neuen deutschen Vergaberechts bzw. als Vergabeverfassungsrecht bezeichnet: Gröning, ZIP 1998, 370, 372; Gröning, ZIP 1999, 52, 54.

⁴⁹⁵ EuGH, Slg. 1988, 4635 = NVwZ 1990, 353 Rn. 42 - Gebroeders Beentjes./Niederlande, Slg. 1988, 4635, 4662, Rn. 42; EuGH, Slg. 1982, 417 Rn. 17 - Transporoute/Ministre des travaux publics; Schlußantrag des Generalanwalt Lenz in der Rs. Fratelli Costanzo, Slg. 1989, 1839, Rn. 27; EuGH, Urte. v. 11.8.1995, Kommission./Deutschland, EuZW 1995, 635, 636; BT.-Drucks. 13/9340, S. 14.

⁴⁹⁶ Boesen, EuZW 1998, 551, 552, 554.

⁴⁹⁷ Kulartz/Niebuhr, NZBau 2000, 6, 11; a.A. Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 226, Rn. 457; Berrisch, DB 1999, 1797, 1798.

⁴⁹⁸ Niebuhr in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 97, Rn. 252 ff.

⁴⁹⁹ Kulartz/Niebuhr, NZBau 2000, 6, 11; EuGH, Urte. v. 20.9.1988, Rs. 31/87, Gebroeder Beentjes./Niederlande, NVwZ 1990, 353 f.; EuGH, Urte. v. 17.9.1998, Rs. C-323/96, Kommission./Belgien, WuW/E Verg 109, 110; Kalinowsky, Anspruch der Bieter nach § 97 VII GWB, S. 73 ff.

⁵⁰⁰ Niebuhr in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 97, Rn. 253.

⁵⁰¹ EuGH, Urte. v. 8.10.1986, Rs. 80/86, Kolpinghuis Nijmegen BV, Slg. 1987, 3969, 3973; Jarass, NJW 1991, 2665, 2666.

entziehen, vom OLG Brandenburg ausgeschlossen.⁵⁰² Danach gehören zu den öffentlich-rechtlichen Bindungen auch die in § 20 VwVfG normierten Anforderungen an ein rechtsstaatliches, unparteiisches Verfahren, das aufgrund des inneren psychologischen Zwangs einer Person mit Doppelmandat nicht gewährleistet war.⁵⁰³

Aufgrund der Einbeziehung auch rein privater Auftraggeber in das Vergaberecht kann in Bezug auf die Sektorenauftraggeber nicht von einem subjektiv-öffentlichen Recht gesprochen werden, vielmehr nur von zivilrechtlichen Ansprüchen.⁵⁰⁴ Je nach Anspruchsgegner muß man zwischen zivilrechtlichen und subjektiv-öffentlichen Ansprüchen differenzieren.⁵⁰⁵

2. Schutzzwecktheorie und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung

Der Rechtsschutz kann nach der Begründung zum Regierungsentwurf nur soweit gehen, wie eine bestimmte vergaberechtliche Vorschrift gerade auch den Schutz des potentiellen Auftraggebers bezweckt.⁵⁰⁶ Danach kann sich der Auftragnehmer nicht auf die Einhaltung von Vorschriften berufen, die nicht den Schutz des potentiellen Auftragnehmers zum Inhalt haben, zum Beispiel reine Ordnungsvorschriften.⁵⁰⁷ Dieser Vorstellung liegt also eine Differenzierung zwischen objektiven und subjektiven Vergaberegeln aufgrund der verwaltungsrechtlichen Schutzzwecktheorie⁵⁰⁸ zugrunde. Problematisch ist dies im Hinblick auf die im europäischen Auftragsvergaberecht ausdrücklich weit gefaßten Rechte der Bieter⁵⁰⁹, die Rechtssicherheit und die schon bisher unklare Abgrenzung⁵¹⁰. Denn die genaue

⁵⁰² OLG Brandenburg, Beschl. v. 3.8.1999, 6 Verg 1/99, NVwZ 1999, 1142, 1146.

⁵⁰³ Kulartz/Niebuhr, NZBau 2000, 6, 11; Riese, Vergaberecht, S. 50; Neßler, NVwZ 1999, 1081 ff.; Leinemann, BauR 2000, 1183 f.; Heiermann ZVgR 1999, 218 f.; Heiermann, BauR 1999, 1183 f.; a.A. OLG Rostock, Beschl. v. 29.9.1999, 17 W (Verg) 1/99, S. 17; vgl. auch § 16 VgV: nach Danckwerts, NZBau 2001, 243, 244 f. ist § 16 VgV aufgrund Verstoßes gegen § 20 VwVfG und § 97 GWB nichtig.

⁵⁰⁴ Schwarze, EuZW 2000, 133, 138.

⁵⁰⁵ Niebuhr in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 97, Rn. 256.

⁵⁰⁶ Eine solche Differenzierung nach dem Schutzzweck war im Regierungsentwurf zum VergRÄG vom 20.4.1997 in § 106 VI noch ausdrücklich enthalten: das Wegfallen der Worte „ihren Schutz bezweckenden“ bedeutet aber nicht, daß sämtlichen Vergaberegeln subjektiv-rechtlicher Charakter zukommt. Dies wird deutlich aufgrund der unveränderten Begründung zum Gesetzesentwurf, BT-Drucks. 13/9340, S.14. Ebenso war dieser Einschub nur deklaratorisch und überflüssig, weil ohnehin eine Auslegung der einzelnen Vergaberegeln nach dem Schutzzweck erfolgen müsse: Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 227, Rn. 459, Fn. 561 unter Berufung auf eine persönliche Erklärung von Ministerialrat Dr. Friedhelm Marx; Niebuhr, § 97 Rn. 258 ff.; Gröning, ZIP 1999, 52, 54.

⁵⁰⁷ BT-Drucks. 13/9340, S. 14 f.; VergK Bund, Besch. v. 18.10.1999, VK 1-25/99, S. 24, www.bundeskartellamt.de/vergabeentscheidungen.htm.

⁵⁰⁸ Mittels Auslegung muß der in Frage stehende Rechtssatz ausschließlich oder doch jedenfalls neben dem mit ihm verfolgten allgemeinen Interesse zumindest auch dem Schutz von Individualinteressen zu dienen bestimmt sein. BVerfG, Beschl. v. 17.12.1969, 2 BvR 23/65, BVerfGE 27, 297, 307; BFH, Beschl. v. 18.9.1984, VII R 50-51/82, NVwZ 1985, 375 f.; Maurer, Verwaltungsrecht, S. 152 ff.; Schmidt-Aßmann in: Maunz/Dürig, GG II, Art. 19, Rn. 127 ff.

⁵⁰⁹ Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 307; Kadelbach, Verwaltungsrecht unter europäischen Einfluß S. 368 ff.; Kalinowsky, Anspruch der Bieter nach § 97 VII GWB, S. 210 f.

⁵¹⁰ Byok, DZWIR 1997, 138, 139; unstreitig dienen aber zumindest die Publizitäts- und Teilnahmevorschriften der einschlägigen Vergaberichtlinien dem Schutz der Anbieter: EuGH, Ur. v. 11.8.1995, Rs. C-433/93, Kommission./Deutschland, EuZW 1995, 635 f.

Bestimmung, ob ein subjektives Recht i. S. d. § 97 VII GWB vorliegt, bliebe den Nachprüfungsinstanzen überlassen.⁵¹¹ Gerade weil die Vergaberegeln eine starke verfahrensrechtliche Ausprägung haben und die einzelnen Bestimmungen daher regelmäßig keinen Aufschluß darüber geben, ob sie „zumindest auch“ den Schutz einzelner Unternehmen bezwecken, bedeutet dies für die Unternehmen ein kaum kalkulierbares Risiko. Denn die Unternehmen können vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nicht hinreichend beurteilen, ob die von ihnen behauptete Rechtsverletzung der Vergaberegeln einer gerichtlichen Nachprüfung überhaupt zugänglich ist, solange noch keine maßgebliche Entscheidung zum Schutzzweck der jeweils einschlägigen Bestimmung vorliegt.⁵¹² Dies widerspricht aber dem Gemeinschaftsrecht, da die Unternehmen die Möglichkeit haben müssen, in transparenter Weise von ihren Rechten Kenntnis zu erlangen.⁵¹³ Des weiteren liegt ein Verstoß gegen das Transparenzgebot⁵¹⁴ vor, indem die Bestimmung der Reichweite des vergaberechtlichen Rechtsschutzes im wesentlichen der Exekutive und der Judikative überlassen wird.⁵¹⁵ Denn die Entscheidung darüber, welches die vergaberechtlichen Schutzgesetze sind, bleibt im Ergebnis den verwaltungsbehördlichen Vergabekammern und den OLG-Vergabesenaten überlassen. Hinzu kommt noch, daß gem. 124 I GWB die Entscheidung der OLG-Vergabesenate und sogar die Verwaltungsakte der Vergabekammern die ordentlichen Gerichte im Rahmen von Schadensersatzklagen ausdrücklich binden sollen.⁵¹⁶ Denn nach europarechtlichem Verständnis muß ein klagbares Recht bereits dann eingeräumt werden, wenn die maßgebliche Vorschrift des europäischen Rechts hinreichend bestimmt ist und sie objektiv eine günstige Rechtsposition enthält.⁵¹⁷ Infolge der grundlegenden Bedeutung der Prinzipien der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs für das gesamte Vergabeverfahren ist die Vorschrift des § 97 VII GWB weit auszulegen.⁵¹⁸ Eine Einschränkung über die Schutznormtheorie würde zu einer deutlichen Ein-

⁵¹¹ Byok, NJW 1998, 2774, 2778; VÜA Brandenburg, Beschl. v. 9.5.1996, VÜA 3/96, WuW/E VergAL 39, 49.

⁵¹² Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 228 f., Rn. 461; Kulartz/Niebuhr, NZBau 2000, 6, 13; Niebuhr in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 97 Rn. 262.

⁵¹³ EuGH, Urt. v. 28.2.1991, Rs. C-131/88, Kommission./Deutschland, Slg. 1991, I -825, 867, Rn. 6; Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 74, Rn. 133.

⁵¹⁴ EuGH, Urt. v. 30.5.1990, Rs C-361/88, Kommission./Deutschland, EuZW 1991, 440, 441 Rn. 20; EuGH, Urt. v. 23.5.1985, Rs. 29/84, Kommission./Deutschland, Slg. 1985, 1661, 1673, Rn. 23; EuGH, Urt. v. 20.3.1997, Rs. C-96/95, Kommission./Deutschland, EuZW 1997, 348, 350, Rn. 35.

⁵¹⁵ Dreher, EuZW 1997, 522, 524.

⁵¹⁶ Dreher, EuZW 1997, 522, 522; a.A. Byok, NJW 1998, 2774, 2777; Gröning, ZIP 1998, 370, 373, der nicht überzeugend die Umsetzung der europäischen Richtlinie im Ermessensspielraum des nationalen Gesetzgebers sieht.

⁵¹⁷ Ulbrich/Waldner, BauR 1999, 1082, 1084.

⁵¹⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.6.2000, Verg 6/00, BauR 2000, 1603, 1606; VergK Bund, Beschl. v. 15.11.2000, VK 2 - 34/00, S. 12 f., www.bundeskartellamt.de/vergabeentscheidungen.htm; ebenso Noch, ZfBR 1997, 221, 222; Byok, NJW 1997, 2774, 2777; Waldner, Bieterschutz im Vergaberecht, S. 162 ff.; Hailbronner in: By-

schränkung gegenüber dem gemeinschaftsrechtlichen Kriterium führen, zumal nahezu allen Vorschriften der Rechtsmittelrichtlinien gerichtliche Durchsetzbarkeit zukommen muß.⁵¹⁹ Denn nach der Schutzzwecktheorie kommt es auf eine materielle Rechtsposition an, das Europarecht dagegen fragt nach der gerichtlichen Kontrolle und Durchsetzbarkeit der gemeinschaftsrechtlich aufgestellten Regelungen.⁵²⁰ Es ist eher als eine Ausnahme anzusehen, daß auf die Einhaltung einer Bestimmung über das Vergabeverfahren von Seiten der Bieter kein Anspruch, mithin kein eigenes Recht besteht.⁵²¹ Die subjektiven Rechte des Mitbewerbers nach § 97 VII GWB sind dabei mit Rücksicht darauf, daß das Gesetz der Richtlinienumsetzung dient, in der Tendenz europarechtlich und mithin im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zu verstehen.⁵²² Dies bedeutet, daß alle Vergabevorschriften, die hinreichend genau bestimmte Verpflichtungen der Koordinierungsrichtlinien umsetzen, zu subjektiven Rechten erhoben werden.⁵²³ Der Gesetzgeber ist weder aus Art. 249 III EGV, dem *effet utile* noch aus dem Transparenzgebot verpflichtet, zu bestimmen, aus welchen Normen den Unternehmen subjektive Rechte entstehen. Es reicht aus, wenn der Betroffene diese Kenntnis, nötigenfalls unter Hinzuziehung rechtskundigen Rates, erlangen kann.⁵²⁴ Dem steht auch nicht die Begründung zum Regierungsentwurf entgegen, die auf den Schutzzweck der Norm abstellt.⁵²⁵ Denn diese Begründung stellt keine bindende Richtschnur für die Auslegung des Gesetzes dar und vermag insbesondere nicht den zentralen und übergeordneten Willen des Gesetzgebers auszuschalten.⁵²⁶ Zentraler Wille des Gesetzgebers war es, die Vergaberichtlinien ordnungsgemäß und vollständig, somit also in Einklang mit dem europäischen Recht umzusetzen.⁵²⁷

ok/Jaeger, Vergaberecht, § 97, Rn. 197; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 97, Rn. 44: nach Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 229, Rn. 462, Fn. 569 aber rechtsdogmatisch bedenklich, da letztlich Form- und Ordnungsvorschriften subjektiv-rechtlicher Charakter zugesprochen wird. Niebuhr/Eschenbruch, Neues Vergaberecht 1998, S. 195, 210 sieht in § 97 VII GWB i.V.m. den Rechtsschutzvorschriften sogar eine Art Popularklage.

⁵¹⁹ Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 228, Rn. 461; Martin-Ehlers, EuR 1998, 648, 666; a.A. Frenz/Kafka, GewArch 2000, 129, 132; Frenz, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz, S. 31.

⁵²⁰ Schnorbus, BauR 1999, 77, 95; Erdl, VervR 4/1998, 27, 28.

⁵²¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.6.2000, Verg 6/00, BauR 2000, 1603, 1606; Boesen, Vergaberecht, § 97 Rn. 197; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 97 Rn. 44 f.

⁵²² OLG Brandenburg, Beschl. v. 3.8.1999, 6 Verg 1/99, WuW/E Verg 231, 234; vgl. dazu ausführlich Kalinowsky, Anspruch der Bieter nach § 97 VII GWB, S. 214 ff.

⁵²³ Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 230, Rn. 466; Bechtold, GWB, § 97 Rn. 43.

⁵²⁴ Kalinowsky, Anspruch der Bieter nach § 97 VII GWB, S. 251; Byok, NJW 1998, 2774, 2777; Dreher, EWIR 2001, 76.

⁵²⁵ BT-Drucks. 13/9340, S. 14.

⁵²⁶ Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 231, Rn. 467; BVerfG, Beschl. v. 11.6.1980, PBvU 1/79, BVerfGE 54, 277, 298; Kalinowsky, Anspruch der Bieter nach § 97 VII GWB, S. 216.

⁵²⁷ BT-Drucks. 13/9340, S. 12.

3. Begrenzung auf EG-rechtliche Vorgaben

Dabei ist die Frage zu stellen, ob eine inhaltliche Beschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes in der Weise möglich ist, daß der Rechtsweg nur in Bezug auf EG-rechtliche Vorgaben eröffnet wird und das im Beschwerdeverfahren zuständige OLG nur über die Einhaltung bzw. Beachtung EG-rechtlicher Vorgaben zu entscheiden hätte.⁵²⁸ Bei einer solchen inhaltlichen Beschränkung wären die Vorschriften des nationalen Vergaberechts, die sich insbesondere in den Abschnitten 1 der VOB/A und VOL/A wiederfinden, von der Bestimmung des § 97 VII GWB ausgenommen.⁵²⁹ Eine inhaltliche Begrenzung des gerichtlichen Rechtsschutzes hinsichtlich EG-rechtlicher Vergaberegeln wurde vom Gesetzgeber aber explizit abgelehnt.⁵³⁰ Eine solche Begrenzung ist zwar rechtlich zulässig, jedoch nicht zweckmäßig. Denn aus den umfangreichen Überschneidungen und Verzahnungen zwischen EG-rechtlichen Vergabebestimmungen und solchen des innerstaatlichen Rechts ist eine Abgrenzung wegen des sachlichen Zusammenhangs der Regelwerke aufgrund ihrer Aufeinanderbezogenheit kaum möglich; eine solche Abgrenzung wäre zudem mit erheblichen Unsicherheiten und Abgrenzungsschwierigkeiten behaftet.⁵³¹ Eine ausreichende Rechtssicherheit im Hinblick auf den Zugang zu den Gerichten und den hierbei anzuwendenden Prüfungsmaßstab könnte nur um den Preis einer aufwendigen Prüfung der EG-rechtlichen Grundlage der im Einzelfall gerügten Vergabenorm erreicht werden. Unabhängig davon lassen sich die rechtspolitischen Ziele einer einfachen, praktikablen und beschleunigten gerichtlichen Klärung der Rechtswidrigkeit von Vergabeentscheidungen mit einer inhaltlichen Beschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes auf EG-rechtliche Vergabennormen nicht erreichen.⁵³²

Vergabebestimmungen, die ausschließlich nationaler Herkunft sind, müssen entsprechend der gesetzgeberischen Intention anhand des Schutzzweckkriteriums ausgelegt werden.

⁵²⁸ Hailbronner, Gutachten, BT-Drucks. 13/9340, S. 25.

⁵²⁹ Boesen, Vergaberecht, § 97 Rn. 186; dies war auch bei der haushaltsrechtlichen Lösung schon umstritten, wobei nach der Rspr. die Einbeziehung der Basisparagrafen erfolgte: VÜ Bund, Beschl. v. 2.8.1994, 1 VÜ 1/94, WuW/E VergAB 1, 6; VÜ Bund, Beschl. v. 15.10.1995, 1 VÜ 4/95, WuW/E VergAB 42, 47; VÜ Bund, Beschl. v. 3.4.1996, 1 VÜ 1/96, WuW/E VergAB 73, 76; VÜA Bayern, Beschl. v. 3.5.1996, VÜA 5/96, BauR 1997, 115, 118 ff.

⁵³⁰ BT-Drucks. 13/9340, S. 14 f.

⁵³¹ Hailbronner, Gutachten, BT-Drucks. 13/9340, S. 25 f.; vgl. ebenso Hailbronner in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97, Rn. 196; Bechtold, GWB, § 97, Rn. 42; Boesen, Vergaberecht, § 97, Rn. 186; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 97, Rn. 46; Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 232, Rn. 472; Kalinowsky, Anspruch der Bieter nach § 97 VII GWB, S. 217 f.

⁵³² Hailbronner, Gutachten, BT-Drucksache 13/9340, S. 26; vgl. dazu Beispiel an der VOB/A, Nachtrag zum Gutachten, BT-Drucksache 13/9340, 26 ff.

Bei dieser Auslegung nach der Zweckbestimmung der Norm sind die höherrangigen kartellrechtlichen Vergabegrundsätze⁵³³ zu beachten.⁵³⁴

VIII. Nachprüfungsverfahren

Die subjektiven Rechte des Bieters werden im GWB durch ein eigenständiges Nachprüfungsverfahren geschützt. Dieses gliedert sich in ein informelles und ein formelles Verfahren.⁵³⁵ Das informelle Nachprüfungsverfahren findet vor den Vergabeprüfstellen statt, das förmliche in einem zweistufigen Rechtsschutzverfahren: vor der Vergabekammer als behördlicher Eingangsinstanz und vor dem Vergabeüberwachungsausschuß als gerichtlicher Instanz.

1. Vergabeprüfstellen

Die Einrichtung von Vergabeprüfstellen ist gem. § 103 I 1 GWB fakultativ und somit dem Bund und den Ländern freigestellt.⁵³⁶ Diese haben mehrheitlich auf die Einrichtung fakultativer Nachprüfungsinstanzen verzichtet.⁵³⁷ Grund dafür ist, daß eine zu große Aufblähung des Nachprüfungsinstanzenzuges befürchtet wird, die genau diejenige Schwerfälligkeit und Intransparenz des Nachprüfungs-systems wiederherstellen könnte, die man mit Abschaffung der haushaltsrechtlichen Lösung beseitigen wollte.⁵³⁸

Prüfungsumfang ist die Einhaltung der durch die Auftraggeber gem. § 98 Nr. 1 bis 3 GWB anzuwendenden Vergabevorschriften in vollem Umfang, also ohne eine Beschränkung auf subjektive Rechte im Sinne des § 97 VII GWB.⁵³⁹ Zwischen den Prüfungsmöglichkeiten der Vergabeprüfstelle einerseits und der Tätigkeit der Vergabekammer andererseits gibt es keine Rangfolge. Die Vergabestellen werden auf Antrag oder von Amts wegen⁵⁴⁰ unabhängig davon tätig, ob sich vorher, zeitgleich oder danach auch Aufsichtsbehörden ein-

⁵³³ §§ 97, 101 GWB.

⁵³⁴ Ulbrich/Waldner, BauR 1999, 1082, 1084.

⁵³⁵ Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, S. 93.

⁵³⁶ Abzugrenzen sind hiervon die Vergabeprüfstellen als „Beschwerdeinstanz“ für öffentliche Aufträge unterhalb der Schwellenwerte; da hier kein Anspruch auf Erteilung des Zuschlags existiert, sondern nur Schadensersatzansprüche, wird von einer Zweiteilung des Vergaberechts gesprochen: Portz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 103, Rn. 10; siehe oben: 4. Kap. B. III. 2. b.

⁵³⁷ Eingerichtet haben Vergabeprüfstellen der Bund in der Bundeshochbautätigkeit (Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen), im BMWi und im BMBF sowie die Länder in Brandenburg, Bremen, Rheinland-Pfalz, Sachsen und Schleswig-Holstein; vgl. dazu: Noch in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 103, Rn. 544 f.; Portz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 103, Rn. 16 f.; Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, S. 94, Rn. 193; Jasper/Marx, Vergaberecht, Nr. 11, S. 427 ff.

⁵³⁸ Noch in: Byok/Jaeger, § 103, Rn. 546; nach Bartl, Handbuch Öffentliche Aufträge, S. 10, Rn. 6 ist durch die nur mögliche Einrichtung der Vergabeprüfstellen mit der Kostenregelung nach § 129 GWB das Vergabeverfahren entschärft worden; a.A. Meißner, VergR 2/1998, S. 3.

⁵³⁹ Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 103, Rn. 13.

⁵⁴⁰ Durch die sog. Befriedigungsfunktion soll Streit ohne formalisiertes Verfahren und ohne nennenswerte Kostenbelastung beigelegt werden: BT-Drucks. 13/9340, S. 16.

schalten; ebenso ist die Anrufung der Vergabeprüfstelle keine Voraussetzung für einen Antrag bei der Vergabekammer, § 103 III 2 GWB.⁵⁴¹ Entscheidet die Vergabeprüfstelle vor der Vergabekammer, tritt zumindest dann eine Erledigung des Verfahrens vor der Vergabekammer ein, wenn die Anordnungen der Vergabeprüfstelle von dem Auftraggeber auch tatsächlich befolgt werden und dadurch dem Rechtsschutzbegehren des Bieters im Ergebnis in vollem Umfang Rechnung getragen wurde.⁵⁴² Bei einer Entscheidung der Vergabekammer zeitlich vor der Vergabeprüfstelle tritt ebenso Erledigung des Verfahrens vor der Vergabeprüfstelle ein.⁵⁴³ Zumindest darf die Vergabeprüfstelle keine abweichende Entscheidung zur Vergabekammer treffen.⁵⁴⁴

Die Stellung des Antrages durch den Bieter bei der Vergabeprüfstelle hat keinen Suspensiveffekt. Die Vergabestelle kann demnach vor einer Verpflichtung zu bestimmten Maßnahmen durch die Vergabeprüfstelle den Zuschlag erteilen und somit vollendete Tatsachen schaffen.⁵⁴⁵ Angesichts dieser unter der Geltung der haushaltsrechtlichen Lösung immer aufgetretenen Konstellation wird derjenige Bieter, der sich eines Vergabeverstößes relativ sicher ist und der schnellstmöglichst zuverlässigen Rechtsschutz erlangen möchte, besser die Vergabekammer anrufen.⁵⁴⁶

2. Verfahren vor der Vergabekammer

Die Vergabekammer ist ein der Exekutive zugehöriges Kollegialorgan, das auf Antrag vollstreckbaren Rechtsschutz gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber gewährt, der dabei ist, ein rechtswidriges Vergabeverfahren zu betreiben oder gar durch Zuschlag zu beenden.⁵⁴⁷ Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen die hohe Qualität der Entscheidungen und die besondere Autorität der entscheidenden Personen dafür Sorge tragen, daß die Rechtsschutzsuchenden bereits in erster Instanz überzeugt werden können. Dadurch sollen unangemessene Verzögerungen der öffentlichen Investitionen vermieden werden.⁵⁴⁸ Tätig

⁵⁴¹ Bechtold, GWB, § 102, Rn. 2.

⁵⁴² Boesen, Vergaberecht, § 103, Rn. 20.

⁵⁴³ Boesen, Vergaberecht, § 103, Rn. 21.

⁵⁴⁴ Braun, BB 1999, 1069, 1070.

⁵⁴⁵ Portz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 103, Rn. 34; Boesen, Vergaberecht, § 103, Rn. 14; es ist auch zu berücksichtigen, daß die Vergabeprüfstellen nicht mehr wie nach § 57 b IV 3 HGrG befugt sind, die notwendigen Maßnahmen gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts selbst zu verfügen und zu vollziehen.

⁵⁴⁶ Noch in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 103, Rn. 556; Portz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 103, Rn. 34, 44; Noch, Vergaberecht kompakt, S. 58; nach Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 218, Rn. 438 könnte zwischen Auftraggeber und Bieter eine Vereinbarung beschlossen werden, nach welcher der Auftraggeber während der Tätigkeit der Vergabeprüfstelle den Zuschlag nicht erteilen darf.

⁵⁴⁷ Jestaedt in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, Recht der Auftragsvergabe, S. 150.

⁵⁴⁸ BT-Drucks. 13/9340, S. 13; vgl. auch Jestaedt in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, Recht der Auftragsvergabe, S. 150; Baron, Neues Kartellgesetz, S. 51.

wird die Vergabekammer gem. § 107 I GWB nur auf Antrag.⁵⁴⁹ Antragsbefugt ist gem. § 107 II GWB jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Bieterrechten geltend macht. Die Verletzung kann in der Nichtbeachtung der Vergabevorschriften oder in dem Unterlassen der Ausschreibung liegen. Dabei hat der Antragsteller den Verfahrensverstöß, sofern er ihn erkannt hat oder der Verstoß aus der Bekanntmachung erkennbar ist, bei der Vergabestelle vor Stellung des Nachprüfungsantrags zu rügen. Wird der Rügepflicht nicht nachgekommen, so ist der Antrag unzulässig, § 107 III GWB.⁵⁵⁰ Die Vergabekammer fällt und begründet ihre Entscheidung nach einer mündlichen Verhandlung binnen einer Frist von fünf Wochen, §§ 112 f. GWB. Ausnahmsweise kann gem. § 113 I 2 u. 3 GWB die Frist bei besonders schwierigen Verfahren durch begründete Verfügung verlängert werden. Die Vergabekammer ist dabei an Anträge nicht gebunden und wirkt unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens ein. Ferner trifft sie geeignete Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.⁵⁵¹

Die Aussetzung des Vergabeverfahrens durch die Zustellung des Nachprüfungsantrags an den Auftraggeber nach § 115 I GWB kann dieser durch einen Antrag auf Gestattung der Zuschlagserteilung bei der Vergabekammer gem. § 115 II 1 GWB beenden. Das Beschwerdegericht kann jedoch auf Antrag des Bieters das Verbot der Zuschlagserteilung wiederherstellen, § 115 II 2 GWB. Versagt die Vergabekammer dem Auftraggeber den Zuschlag, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag gem. § 115 II 3 GWB den Zuschlag gestatten.⁵⁵²

3. Verfahren vor dem Vergabeüberwachungsausschuß

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer in der Hauptsache ist gem. § 116 I 1 GWB die sofortige Beschwerde bei den Vergabeüberwachungsausschüssen zulässig. Sie ist binnen einer Notfrist⁵⁵³ von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt⁵⁵⁴, schriftlich und mit Begründung bei dem Beschwerdegericht einzulegen, § 117 I, II GWB. Für das Beschwerdegericht gilt Anwaltszwang, ausgenommen für juristische Perso-

⁵⁴⁹ Nach Niebuhr/Eschenbruch, Neues Vergaberecht 1998, S. 195, 227 f. sollte die Einleitung eines Vergabeverfahrens wegen eklatanten Vergabeverstößen aufgrund kollusiven Zusammenwirkens von Auftraggeber und einzelnen Bietern auch von Amts wegen erfolgen. Damit könnte man auch der fehlenden Antragsbefugnis von Branchenverbänden gerecht werden.

⁵⁵⁰ Siehe dazu ausführlich: 4. Kap. D. I. 4. a. bb.

⁵⁵¹ Niebuhr/Eschenbruch, Neues Vergaberecht 1998, S. 195, 224; BayObLG, Beschl. v. 24.10.2000, Verg 6/00, ZfBR 2001, 118.

⁵⁵² Siehe dazu ausführlich: 4. Kap. D. IV.

⁵⁵³ Notfristen sind gem. § 224 I 2 ZPO unabänderlich und stehen weder den Parteien noch dem Gericht zur Disposition; bei unverschuldeter Versäumung findet Wiedereinsetzung nach §§ 120 II, 73 Nr. 2 GWB i.V.m. § 233 ZPO statt; vgl. dazu Thomas/Putzo, ZPO, § 224, Rn. 2 u. § 233.

⁵⁵⁴ Fristberechnung nach §§ 116 I, 120 II, 73 Nr. 2 GWB, 222 I ZPO, 187 ff BGB.

nen des öffentlichen Rechts, § 117 III GWB. Hält der Vergabeüberwachungsausschuß die Beschwerde für begründet, so hebt er die Entscheidung der Vergabekammer nach § 123 S. 1 GWB auf. Nach § 123 S. 2 GWB entscheidet das Gericht entweder in der Sache selbst oder verpflichtet die Vergabekammer unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts, in der Sache erneut zu entscheiden.⁵⁵⁵

4. Ausschließliche Rechtswegzuweisung

Das informelle und das förmliche Nachprüfungsverfahren schließen andere Rechtsschutzmöglichkeiten aus. Ob die Entscheidung der Vergabeprüfstelle gegenüber einem Unternehmen einen Verwaltungsakt darstellt, kann dahingestellt bleiben, da § 103 III 1 GWB ausdrücklich anordnet, daß gegen die Entscheidung der Vergabeprüfstelle nur die Vergabekammer angerufen werden kann.⁵⁵⁶

Der Verwaltungsrechtsweg kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, wenn sich ein öffentlicher Auftraggeber mit eigener Rechtspersönlichkeit gegen die Aufsichtsverfügung einer anderen juristischen Person wehren will. Dies gilt insbesondere im Verhältnis zwischen Kommunen und Aufsichtsbehörden; dort ist eine Geltendmachung einer Verletzung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts gem. Art 28 II GG möglich.⁵⁵⁷ Hier stellt eine Anordnung der Vergabeprüfstelle gem. § 103 II 2 GWB gegenüber der Vergabestelle einen Verwaltungsakt i. S. v. § 35 S. 1 VwVfG dar. Da § 103 III GWB für die Vergabestelle nicht einschlägig ist, zumal die Vergabestelle selbst keine Rechte aus § 97 VII GWB innehat, bestehen nur die allgemeinen Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Verwaltungsakte.⁵⁵⁸ Deshalb gelten auch die verfahrensrechtlichen Besonderheiten des verwaltungsgerichtli-

⁵⁵⁵ Insbesondere im Hinblick auf den Beschleunigungsgrundsatz und der mit einer Zurückverweisung verbundenen Verzögerung sollte das Beschwerdegericht in der Sache selbst entscheiden: Bechtold, GWB, § 123, Rn. 4; Leinemann/Wehrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 171, Rn. 618; Hunger in: Kus/Kulartz/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 123, Rn. 2; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 123, Rn. 8; a.A. Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 123, Rn. 3. Mit der eigenen Sachentscheidung ist jedoch nicht die eigene Sachentscheidung im herkömmlichen Sinne gemeint. Denn die Entscheidung über den Zuschlag steht im Ermessen der Vergabestelle und kann durch das Beschwerdegericht nur bei einer Ermessenreduzierung auf Null erfolgen: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.5.2000, Verg 5/00, NZBau 2000, 540, 542; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 123, Rn. 851; kritisch dazu Petersen, BauR 2000, 1574, 1576 ff.

⁵⁵⁶ Dies stellt nach Bechtold, GWB, § 103, Rn. 6 keinen Verstoß gegen die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG dar: Diese schließt nicht das Recht ein, gegen jede Maßnahme der öffentlichen Gewalt unmittelbar gerichtlich vorgehen zu können, sondern läßt es zu, den durch eine Verwaltungsentscheidung Beschwerkten zunächst auf eine weitere Verwaltungsinstanz zu verweisen (Widerspruchsverfahren vor Anfechtungsklage). Dem steht sachlich das Erfordernis gleich, bei einer negativen Entscheidung der Vergabeprüfstelle zunächst eine Entscheidung der Vergabekammer herbeizuführen, gegen die dann gem. §§ 116 ff. GWB gerichtlich vorgegangen werden kann.

⁵⁵⁷ BT-Drucksache, 13/9340, S. 16.

⁵⁵⁸ Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 103, Rn. 24, 30; Gröning, ZIP 1998, 370, 374; a.A. Erdl, Neuer Vergaberechtschutz, S. 220, Rn. 443: danach gilt die Sonderzuweisung gem. § 103 III 1 GWB auch für öffentliche Auftraggeber, so daß gegen Verwaltungsakte der Vergabeprüfstelle der Rechtsweg zur Vergabekammer und zum OLG eröffnet ist.

chen Rechtsschutzes⁵⁵⁹: Widerspruch und Klage haben gegen die Entscheidung der Vergabepflichtstelle aufschiebende Wirkung, sofern gem. § 80 II Nr. 3 VwGO durch Bundes- oder Landesgesetz nichts anderes angeordnet ist oder die sofortige Vollziehung gem. § 80 II Nr. 4 VwGO angeordnet wird. Dagegen besteht wiederum der Antrag gem. § 80 V VwGO auf einstweilige Aussetzung der sofortigen Vollziehung. Wenn die Vergabestelle ihre Verpflichtung nicht rechtzeitig erfüllt, kann die Entscheidung der Vergabepflichtstelle vollstreckt werden, wenn sie bestandskräftig ist, der förmliche Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung hat oder wenn die sofortige Vollziehung angeordnet ist.⁵⁶⁰

Obwohl die Vergabekammer nach § 114 III 1 GWB durch Verwaltungsakt entscheidet, ist gegen ihre Entscheidung nur die sofortige Beschwerde an das zuständige Oberlandesgericht eröffnet, § 116 III 1 GWB.⁵⁶¹ Weiterhin bestimmt § 104 II 1 GWB, daß Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, außer vor den Vergabepflichtstellen nur vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht geltend gemacht werden können. Es handelt sich hierbei um eine abdrängende Sonderzuweisung⁵⁶², die den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten nach § 40 I VwGO versperrt.⁵⁶³

Die Sonderzuweisung gem. § 104 II 1 GWB umfaßt aufgrund ihres Wortlautes und der Gesetzesbegründung sämtliche in Betracht kommende Tatbestände vergaberechtlicher Sachverhalte, also neben den Rechten aus § 97 VII GWB auch die kartellrechtlichen Normen wie das Diskriminierungs- und Mißbrauchsverbot.⁵⁶⁴ Hinsichtlich dieser „sonstigen Ansprüche“ besteht grundsätzlich eine Disparität zwischen der Zuständigkeitsregelung in § 104 II 1 GWB und der in § 107 II 1 GWB.⁵⁶⁵ Es fehlt nämlich an der notwendigen Antragsbefugnis für ein Nachprüfungsverfahren, wenn der Antragsteller Ansprüche geltend macht, ohne sich dabei auf Rechte im Sinne von § 97 VII GWB berufen zu können. Aus diesem Grund ist § 107 II 1 GWB dahingehend auszulegen, daß die Antragsbefugnis auch bei Verletzung der sonstigen Ansprüche im Sinne des § 104 II 1 2. Alt. GWB gegeben ist. Es geht

⁵⁵⁹ Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 103, Rn. 25.

⁵⁶⁰ Art. 19 BayVwZVG; vgl. dazu Harrer/Kugele/Kugele, Verwaltungsrecht in Bayern, Art. 19 VwZVG.

⁵⁶¹ Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, S. 94; Schaller, RiA 1999, 30, 34; Schaller, Gemeindehaushalt 2000, 104, 106.

⁵⁶² Schenke, Verwaltungsprozeßrecht, S. 42, Rn. 136.

⁵⁶³ Roebing, Vergaberecht im Wandel, JURA 2000, 453, 461.

⁵⁶⁴ Kus in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, § 102, Vergaberecht, Rn. 23; Jaeger, OLG-Entscheidungen zum GWB-Vergaberecht, S. 107, 108; BT-Drucksache 13/9340, S. 17; OLG Schleswig, Urt. v. 6.7.1999, 6 U Kart 22/99, OLG Schleswig, 1999, 443 f.

⁵⁶⁵ Bechtold, GWB, § 104, Rn. 3.

auch insoweit nur um Primärrechtsschutz in einem Vergabeverfahren, also um vergaberechtliche Sachverhalte.⁵⁶⁶

Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche des durch den Vergabeverstöß benachteiligten Bieters gegen seine Konkurrenten sind von der Sonderzuweisung nicht umfaßt. § 104 II 1 GWB betrifft aufgrund seines ausdrücklichen Wortlautes nur Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber.⁵⁶⁷ Ebenso unterfallen vorbeugende Unterlassungsansprüche nicht der Sonderzuständigkeit des § 104 II 1 GWB. Dies gilt zumindest für die Fälle, in denen nicht einmal ein bestimmter Beschaffungsbedarf feststeht.⁵⁶⁸ Begründet wird dies mit dem Wortlaut des Gesetzes und dem Sinn und Zweck der Vergabevorschriften. Insbesondere würde sich das Verfahren über den vorbeugenden Rechtsschutz einer Popularklage annähern, wodurch die Vergabekammer in die Rolle eines Gutachters gedrängt werden würde, um grundsätzliche Rechtsfragen außerhalb eines Verfahrens klären zu lassen. Hat jedoch ein Vergabeverfahren begonnen, ist die Sonderzuständigkeit des § 104 II 1 GWB einschlägig. Mindestvoraussetzung für den Beginn eines Vergabeverfahrens ist es, daß feststeht, daß ein öffentlicher Auftraggeber eine bestimmte Maßnahme überhaupt durchführen wird, daß er hierzu hinreichend konkret bestimmte Aufträge an Dritte vergeben will und sich demgemäß die Frage stellt, wer den Auftrag erhalten soll.⁵⁶⁹

Die Kompetenz der ordentlichen Gerichte zur Entscheidung über Schadensersatzansprüche und die Kompetenz der Kartellbehörden bleibt daneben gem. § 104 II 2 GWB uneingeschränkt bestehen.⁵⁷⁰

5. Ordentlicher Rechtsweg

Der Bieter kann zudem wegen Verletzung von Vergabevorschriften Schadensersatzansprüche, insbesondere nach § 126 GWB, für die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder die Teilnahme am Vergabeverfahren vor den ordentlichen Gerichten geltend machen.

⁵⁶⁶ Kus in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 102, Rn. 24; Portz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 107, Rn. 18; Boesen, Vergaberecht, § 104, Rn. 12; Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 249, Rn. 512; a.A. Bechtold, GWB, § 104, Rn. 3; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 104, Rn. 16; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 104, Rn. 3; Noch, Vergaberecht kompakt, S. 62; Gronstedt in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 104, Rn. 575: Danach ist § 104 II GWB dahingehend auszulegen, daß die Ausschließlichkeit der Sonderzuweisung für andere Ansprüche als § 97 VII GWB verneint wird und es insoweit bei der Zuständigkeit der Zivilgerichte bleibt. Beachtung muß dabei § 103 III 1 GWB finden, der nur auf Rechte aus § 97 VII GWB abstellt.

⁵⁶⁷ Noch/Gronstedt in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 104, Rn. 580 ff.

⁵⁶⁸ VergK Bund, Beschl. v. 1.2.2001, VK 2 - 44/00, VergabeR 2001, 147, 151 ff.; Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 107, Rn. 676; Gronstedt in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 104, Rn. 577; ähnlich: Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 104, Rn. 17; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 104, Rn. 3; Leinemann/Weihrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 141, Rn. 516; a.A. Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 238, Rn. 486; Boesen, Vergaberecht, § 104, Rn. 11 und 14; Portz in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 107, Rn. 19; Ruf, BWGZ 1999, 974; kritisch hierzu Stolz, VergabeR 2001, 153 f.: Wenn es an der konkreten Beschaffungsmaßnahme fehlt, wird auch ein Verfügungsgrund mangels konkreter Beeinträchtigung nicht in Betracht kommen.

⁵⁶⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.6.2001, Verg 3/01, S. 23

⁵⁷⁰ BT-Drucks. 13/9340, S. 17.

Dem erfolglosen Bieter kommt eine Beweiserleichterung zustatten, indem er nur darlegen muß, daß er eine echte Chance auf den Auftrag gehabt hätte.⁵⁷¹ Dies können in einem Vergabefall auch mehrere Unternehmen sein.⁵⁷² Die ordentlichen Gerichte sind hinsichtlich des Schadensersatzprozesses an unanfechtbare Entscheidungen der Vergabekammern und der Vergabeüberwachungsausschüsse inter partes hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Würdigungen gebunden, § 124 I GWB.⁵⁷³ Der verschuldensunabhängige Schadensersatzanspruch geht jedoch nur auf den Vertrauensschaden, also das negative Interesse. Weiterreichende Ansprüche auf Schadensersatz, insbesondere solche aus culpa in contrahendo, die unter Umständen auf das positive Interesse gerichtet sind, bleiben gem. § 126 S. 2 GWB unberührt.⁵⁷⁴

Nach § 125 I GWB sind in Anlehnung an § 826 BGB und § 823 II BGB i. V. m. § 263 StGB Antragsteller, welche die Rechtsschutzmöglichkeiten des Vergaberechts rechtsmißbräuchlich einsetzen, den Verfahrensbeteiligten zu Schadensersatz verpflichtet.⁵⁷⁵ In § 125 II GWB werden beispielhaft drei Mißbrauchstatbestände aufgezählt, die jedoch nicht abschließend sind.⁵⁷⁶ Für die anfängliche mangelnde Rechtfertigung des Nachprüfungsantrages oder der sofortigen Beschwerde ist es ausreichend, wenn deren Unzulässigkeit oder Unbegründetheit vorliegt. Würde eine offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit gefordert, würde der Schadensersatzanspruch mangels Verzögerungsschadens leer laufen, zumal ein Zuschlagsverbot gem. § 115 I aufgrund mangelnder Zustellung gem. § 110 II GWB nicht eintritt.⁵⁷⁷ Trotz gewisser Darlegungs- und Beweiserleichterungen⁵⁷⁸ wird aufgrund Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen dem Schadens-

⁵⁷¹ Ein Bieter, der noch nicht einmal in die engere Wahl gem. § 25 III Nr. 3 (2) VOB/A kam oder hätte kommen müssen, hätte keine echte Chance bzgl. des Auftrags gehabt. Ansonsten ist eine positive Abgrenzung der „echten Chance“ äußerst umstritten: am engsten Schnorbus, BauR 1999, 77, 93; am weitesten Prieß, Rechtsschutz und Ersatzansprüche, S. 81, 91; vermittelnd: Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 126, Rn. 3; Hucko, VergR 3/1998, 15, 16.

⁵⁷² Jasper/Marx, Vergaberecht, Einf. XL; Horn, NZBau 2000, 63, 64.

⁵⁷³ Boesen, Vergaberecht, § 124, Rn. 17; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 124, Rn. 856; Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 124, Rn. 6; kritisch zur „systemfremden“ Regelung: Bross, Vergaberechtsänderungsgesetz, S. 559, 566. Strittig ist bei der Bindungswirkung auch, ob sich die Bindungswirkung auch auf Entscheidungen der Vergabekammer erstreckt, die als unzulässig verworfen wurden; bejahend Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 124, Rn. 856; a.A. Hunger in: Kus/Kulartz/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 124, Rn. 4; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 124, Rn. 6.

⁵⁷⁴ Dieser Anspruch geht auf das positive Interesse, wenn der Bieter nachweisen kann, daß er den Zuschlag erhalten hätte. BGH, Urt. v. 25.11.1992, VIII ZR 170/31, NJW 1993, 520, 521; BGH, Urt. v. 8.9.1998, X ZR 48/97, NJW 1998, 3636 ff.; OLG Stuttgart, Urt. v. 22.6.1999, 12 U 3/99, NJW 1999, 3640 ff.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.3.1995, 23 U 118/94, BauR 1996, 98, 101; Jasper, DB 1997, 915, 921; Jasper, DB 1998, 2151, 2157; Tillmann, Vergabekontrolle durch Zivilgerichte?, S. 599 ff.; Peters, VergR 4/1997, S. 19 f.; Elbel, DÖV 1999, 235, 241.

⁵⁷⁵ BT-Drucks. 9340, S. 22.

⁵⁷⁶ Glahs in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 125, Rn. 10; Jasper/Marx, Vergaberecht, Einf. S. XL; Willenbruch, NVwZ 1999, 1062, 1067; vgl. zur Rechtsmißbräuchlichkeit BayObLG, Beschl. v. 20.12.1999, Verg 8/99, BauR 2000, 557, 560.

⁵⁷⁷ Horn, NZBau 2000, 63; Glahs in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 125, Rn. 7; a.A. Noch, Vergaberecht kompakt, S. 84; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 125, Rn. 2

ersatzanspruch nach § 125 I, II GWB in der Praxis in der Regel nur geringe Bedeutung zukommen.⁵⁷⁹

§ 125 III GWB erweitert in Anlehnung an § 945 ZPO den Anwendungsbereich des Schadensersatzanspruchs abschließend auf die von der Vergabekammer auf besonderen Antrag hin gem. § 115 III GWB angeordneten vorläufigen Maßnahmen. Eine entsprechende Anwendung auf vorläufige Maßnahmen nach § 115 II GWB kommt schon aufgrund des eindeutigen Wortlautes des Gesetzes nicht in Betracht. Anspruchsberechtigt ist jedoch der Auftraggeber.⁵⁸⁰ Ebenso wie der Anspruch nach § 945 ZPO ist § 125 III GWB verschuldensunabhängig. Das Risiko der Anordnung vorläufiger Maßnahmen nach § 115 III GWB trägt somit der Antragsteller.⁵⁸¹ Eine vorläufige Maßnahme nach § 115 III GWB erweist sich dann als von Anfang an ungerechtfertigt, wenn sich im nachhinein herausstellt, daß der Hauptsacheantrag des Bieters von Anfang an unzulässig oder unbegründet war.⁵⁸²

D. Vorläufiger Rechtsschutz im Rahmen des § 115 GWB

I. Aussetzung des Vergabeverfahrens

Vorrangiges Ziel des neuen Nachprüfungsverfahrens ist ein schneller und effektiver Rechtsschutz. Erreicht werden soll dieses Ziel unter anderem durch eine automatische Aussetzung des Vergabeverfahrens, § 115 I GWB.⁵⁸³ Die Vorschrift verbietet dem öffentlichen Auftraggeber vorläufig, den Zuschlag zu erteilen, sobald ihm der Nachprüfungsantrag eines Bieters durch die Vergabekammer zugestellt worden ist.⁵⁸⁴ Abweichend von der jetzigen Rechtslage ist es dann dem Auftraggeber nicht mehr möglich, nach Einleitung der Nachprüfung durch schnelle Erteilung des Zuschlags vollendete Tatsachen zu schaffen.⁵⁸⁵

1. Zuschlagserteilung trotz Zuschlagsverbot

⁵⁷⁸ Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 125, Rn. 10; Schnorbus, BauR 1999, 77, 96-104

⁵⁷⁹ Horn, NZBau 2000, 63.

⁵⁸⁰ Willenbruch, NVwZ 1999, 1062, 1067; Horn, NZBau 2000, 63 f.

⁵⁸¹ Bechtold, GWB, § 125, Rn. 4; Kulartz in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 125, Rn. 14.

⁵⁸² Boesen, Vergaberecht, § 125, Rn. 28-35.

⁵⁸³ Nach Bross, Vergaberechtsänderungsgesetz, S. 559, 563 f., ist die Regelung im VergRÄG gegenläufig zur neueren Entwicklung in der VwGO. So ist es nach seiner Ansicht allgemeines Anliegen, die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage gem. § 80 I 1 VwGO aufzuweichen und den automatischen Eintritt der aufschiebenden Wirkung zurückzudrängen. Dies wird aus §§ 80 II Nr. 3, 80 b I VwGO deutlich. Die Regelungen in §§ 115 II 1, 121 I GWB bilden dazu kein geeignetes Korrektiv, da sie einerseits schwerfällig und andererseits von den Konturen her unübersichtlich sind.

⁵⁸⁴ Ulbrich/Waldner, BauR 1999, 1082, 1083.

⁵⁸⁵ BT-Drucks., 13/9340, S. 20. Vor Einführung der kartellrechtlichen Umsetzung wurde teilweise die Ansicht vertreten, daß vorläufiger Rechtsschutz nach dem deutschen System sowohl aufgrund rechtlicher als auch wirtschaftlicher Erwägungen nicht möglich sei. Begründet wurde dies mit dem durch den vorläufigen Rechtsschutz verbundenen Zeitverlust; vgl. dazu BR-Drucks. 62/89; BT-Drucks. 12/770, Hailbronner, WiVerw 1994, 173, 232 ff.

Im Gesetz nicht geregelt sind die Folgen der Erteilung des Zuschlags trotz ausgesetzten Vergabeverfahrens nach § 115 I GWB. Nach der Begründung des Gesetzgebers sind ein dennoch erteilter Zuschlag und der daraus folgende Vertrag als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB nichtig.⁵⁸⁶ Dies gilt selbst dann, wenn dem Nachprüfungsantrag im Ergebnis nicht stattgegeben wird und auch unabhängig davon, ob sich der Auftraggeber des Verstoßes bewußt ist oder nicht.⁵⁸⁷ Der Regelungszweck von § 115 I GWB, keine vollendeten Tatsachen durch Zuschlagserteilung zu schaffen, kann nur erreicht werden, wenn der entgegen dem Zuschlagsverbot abgeschlossene Vertrag mit der Nichtigkeitssanktion des § 134 BGB belegt wird. Könnte der Auftraggeber den Zuschlag dagegen zivilrechtlich wirksam erteilen, so würde der Primärrechtsschutz des Bieters regelmäßig leer laufen.⁵⁸⁸

2. Zusammentreffen von Zuschlag und Vertragsschluß

Das Zuschlagsverbot gem. § 115 I GWB ist im wesentlichen darauf zurückzuführen, daß im deutschen Vergaberecht traditionell keine Trennung zwischen der Entscheidung über den Zuschlag und dem Abschluß des Vertrages vorgenommen wird.⁵⁸⁹ Denn Bieter können nur bei sofortiger Aussetzung des Vergabeverfahrens vor vollendeten Tatsachen nach § 114 II 1 GWB, das heißt vor dem Zuschlag, geschützt werden.⁵⁹⁰ Ansonsten ist der Bieter wegen des zeitlich zusammenfallenden Vertrages⁵⁹¹ und des Grundsatzes *pacta sunt servanda*

⁵⁸⁶ BT-Drucks., 13/9340, S. 20. Ebenso die ganz h.M.: Bechtold, GWB, § 115, Rn. 3; Korbion, Vergaberecht, § 115, Rn. 2; Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 13; Kus in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, § 115, Rn. 18; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 23; Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 115, Rn. 754; Boesen, EuZW 1998, 551, 558; Boesen, VergNews 1998, 104 u. 1999, 2; Gröning, ZIP 1999, 52, 56; Sturmberg, BauR 1998, 1063, 1072; Portz, ZVgR, 1998, 596, 598; Waldner, Bieterschutz im Vergaberecht, S. 197 ff.; Willenbruch, NVwZ 1999, 1062, 1068; a.A. Vill, BauR 1999, 971; Burchardt, VergRR 2/99, 4; Drügemöller, Vergaberecht und Rechtsschutz, S. 297: Danach betrifft das vorläufige Verbot nur die Vergabestelle und wirkt nicht auf den Zuschlag als Rechtsgeschäft; ebenso würde die Auslegung als Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB gegen den Grundsatz der Vorwegnahme der Hauptsache verstoßen und den vom Zuschlag begünstigten Bieter wesentlich benachteiligen.

⁵⁸⁷ Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 23.

⁵⁸⁸ Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 13.

⁵⁸⁹ Die Ausschreibung eines zu vergebenden öffentlichen Auftrages ist als *invitatio ad offerendum* zu sehen, dem das Angebot des Bieters auf Abschluß eines Vertrages folgt. Die Annahme erfolgt sodann mit dem Zuschlag des öffentlichen Auftraggebers. Diese richtet sich nach den Grundsätzen der §§ 145 ff. BGB und ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die gem. § 130 BGB erst mit Zugang bei dem erfolgreichen Unternehmen wirksam wird. Die Zuschlagserteilung stellt also zugleich die zivilrechtliche Annahmeerklärung des Angebots des ausgewählten Bieters dar, wodurch durch deren Zugang zugleich auch der zivilrechtliche Vertrag zustande kommt. Die Zustellung kann grds. formlos erfolgen, also auch per Fax oder E-mail, jedoch sollte Beweisproblemen mittels z. B. eines „Doppelfaxes“ vorgebeugt werden. Vgl. dazu Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 39, Rn. 68; Marx in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, Recht der Auftragsvergabe, S. 144; Bart, Handbuch Öffentliche Aufträge, S. 264 f., Rn. 299 ff.; §§ 28 II Nr. 1 VOB/A, VOL/A.

⁵⁹⁰ Drügemöller, Vergaberecht und Rechtsschutz, S. 298.

⁵⁹¹ Bei streng formeller Betrachtung sind aber Zuschlag und Vertragsschluß zwei voneinander zu unterscheidende Akte. Die fehlende Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers führt jedoch regelmäßig dazu, daß Zuschlag und Vertragsschluß zumindest für den Außenstehenden in einem Akt zusammenfallen; Boesen, ZIP 1999, 1942.

auf die Geltendmachung von Sekundäransprüchen in Form von Schadensersatzansprüchen beschränkt.⁵⁹²

Gegen diese Ausgestaltung wurden insbesondere aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht Bedenken geltend gemacht.

a) *Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben - EuGH-Urteil in der Rechtssache „Alcatel Austria AG“*

Den Rechtsmittelrichtlinien liegt nach französischem Vorbild die Vorstellung einer zweistufigen Auftragsvergabe durch einen (öffentlich-rechtlichen) Zuschlag und anschließenden privatrechtlichen Vertragsschluß zu Grunde.⁵⁹³ Es erfolgt zunächst eine einseitig staatliche Auswahlentscheidung, anschließend wird der Vertrag geschlossen.⁵⁹⁴ Das hat zur Folge, daß Zuschlagserteilung und Vertragsschluß nach außen erkennbar als zwei getrennte Vorgänge in Erscheinung treten. Da der zivilrechtliche Vertrag erst nach Rechtskraft der Zuschlagserteilung zustande kommt, kann diese vor Vertragsschluß in einem Nachprüfungsverfahren überprüft und gegebenenfalls aufgehoben werden.⁵⁹⁵ Diese Unterscheidung kann also den Rechtsschutz unterlegener Bewerber verbessern, da die meisten Rechtsordnungen richtlinienkonform nach Vertragsschluß den erfolglosen Bewerbern nur noch Schadensersatzansprüche in Geld zugestehen.⁵⁹⁶

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 28. Oktober 1999 in der Rechtssache „Alcatel Austria AG“⁵⁹⁷ festgestellt, daß auch die Zuschlagsentscheidung im Hinblick auf die Effektivität des Rechtsschutzes angefochten werden kann, also in einem Nachprüfungsverfahren einer Nichtigkeitserklärung und einstweiligen Aussetzung nach Maßgabe des Art. 2 I lit. a u. b. RMR zugänglich sein muß.⁵⁹⁸ Die Zuschlagsentscheidung als wichtigste Entscheidung des Auftraggebers während des gesamten Vergabeverfahrens darf dem Nachprüfungsverfahren nicht systematisch entzogen werden.⁵⁹⁹ Der EuGH legt Art. 2 I lit. a und b i. V. m. VI Unterabs. 2 RMR dahingehend aus, daß die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die dem Vertragsschluß vorangehende Entscheidung des Auftraggebers darüber, mit welchem Bie-

⁵⁹² Daß ein wirksam zustandegekommener Vertrag nicht mehr in der Vergabenachpüfung in Frage gestellt werden kann, entspricht den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nach Art. 2 VI RMR; vgl. Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 114, Rn. 746.

⁵⁹³ Gröning, ZIP 1999, 52, 57; Wittig, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme, S. 99; ebenso Mahnschreiben der Europäischen Kommission v. 31.10.1995, SG (95) D/13624-55/2044, ZIP 1995, 1940, 1944.

⁵⁹⁴ Pietzcker, ZHR 162 (1998), 427, 457.

⁵⁹⁵ Boesen, ZIP 1999, 1942.

⁵⁹⁶ Pietzcker, ZHR 162 (1998), 427, 457.

⁵⁹⁷ EuGH, Urt. v. 28.10.1999, Rs. C-81/98, Alcatel Austria AG u.a./Bundesministerium für Wirtschaft und Verkehr, EuZW 1999, 759 = NZBau 2000, 33 = RIW 2000, 53 = ZIP 1999, 1937 = ZVgR 2000, 9 = WuW/E Verg 262.

⁵⁹⁸ Schramm, ZVgR 2000, 13, 15.

⁵⁹⁹ EuGH, Urt. v. 28.10.1999, Rs. C-81/98, Alcatel Austria AG u.a./Bundesministerium für Wirtschaft und Verkehr, EuZW 1999, 759, 760 f., Rn. 30, 38.

ter eines Vergabeverfahrens er den Vertrag schließt, in jedem Fall einem Nachprüfungsverfahren zugänglich zu machen, in dem der Antragsteller unabhängig von der Möglichkeit, nach dem Vertragsschluß Schadensersatz zu erlangen, die Aufhebung der Entscheidung erwirken kann.⁶⁰⁰

Weiterhin führt der EuGH aus, daß das Vergabeverfahren in zwei Phasen zu unterscheiden ist: Die erste Phase bis zum Vertragsschluß, die zweite Phase darauf folgend. Er läßt jedoch offen, ob und gegebenenfalls in welchem Maße eine Zeitspanne zwischen der Zuschlagsentscheidung und dem Vertragsschluß liegen müsse.⁶⁰¹ Er stellt lediglich klar, daß die Richtlinie nicht so ausgelegt werden dürfe, daß die Zuschlagsentscheidung systematisch der Nachprüfung durch die zuständigen Instanzen entzogen sei.⁶⁰²

Eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie hat der EuGH - zumindest für den Fall, daß im nationalen Recht eine eigenständige anfechtbare Zuschlagsentscheidung fehlt - aufgrund mangelnder Publizitätselemente verneint.⁶⁰³ Anstatt einer unmittelbaren Anwendung der Richtlinie ist zunächst eine europarechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts zu prüfen. Sofern die europäischen Vorgaben von den nationalen Gerichten jedoch möglicherweise nicht umgesetzt werden könnten, komme allenfalls ein Schadensersatzanspruch wegen nicht ordnungsgemäßer Umsetzung der Richtlinie in Betracht.⁶⁰⁴

b) Auswirkungen des EuGH-Urteils auf das deutsche Vergaberecht

Teilweise wird in der Literatur dem EuGH-Urteil die Notwendigkeit zur öffentlich-rechtlichen und somit zweistufigen Ausgestaltung des deutschen Vergabeverfahrens entnommen.⁶⁰⁵ Begründet wird dies vor allem mit der Aussage des EuGH, daß in der Praxis die Erteilung des Zuschlags und der Abschluß des Vertrages zusammenfällt; dadurch fehlt in einem solchen System ein öffentlich-rechtlicher Akt, der den Beteiligten zur Kenntnis gelangt und im Rahmen einer Nachprüfung aufgehoben werden kann, wie es Art. 2 I lit. b RMR vorsieht.⁶⁰⁶

⁶⁰⁰ EuGH, Urt. v. 28.10.1999, Rs. C-81/98, Alcatel Austria AG u.a./Bundesministerium für Wirtschaft und Verkehr EuZW 1999, 759, 761, Rn. 43.

⁶⁰¹ Brinker, Einheit von Zuschlag und Vertragsschluß, S. 97, 101.

⁶⁰² EuGH, Urt. v. 28.10.1999, Rs. C-81/98, Alcatel Austria AG u.a./Bundesministerium für Wirtschaft und Verkehr EuZW 1999, 759, 761, Rn. 40 u. 42.

⁶⁰³ Boesen, ZIP 1999, 1942, 1943; Martin-Ehlers, EuZW 2000, 101, 102; a.A. Höfler, Vergabe von Versicherungsdienstleistungen, S. 7, 13.

⁶⁰⁴ EuGH, Urt. v. 28.10.1999, Rs. C-81/98, Alcatel Austria AG u.a./Bundesministerium für Wirtschaft und Verkehr EuZW 1999, 759, 766, Rn. 49 u. 50; Boesen, ZIP 1999, 1942, 1943, vgl. auch EuGH, Urt. v. 8.10.1996, Dillenköfer, Erdmann u.a./Deutschland, EuZW 1996, 654, 655 ff.

⁶⁰⁵ Malmendier, DVBl 2000, 969, 964; Hermes JZ 1997, 909, 915; Wittig, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, S. 98-100 m.w.N.; Weitbrecht, Erste Erfahrungen mit dem Nachprüfungsverfahren, S. 177, 188.

⁶⁰⁶ EuGH, Urt. v. 28.10.1999, Rs. C-81/98, Alcatel Austria AG u.a./Bundesministerium für Wirtschaft und Verkehr EuZW, 1999, 759, 762, Rn. 48.

Dem muß aber entschieden entgegengetreten werden. Zwar wird vom EuGH zwischen Zuschlagserteilung und Vertragsschluß differenziert, jedoch ist in den Rechtsmittelrichtlinien zwischen Zuschlagserteilung und Vertragsschluß keine Frist vorgesehen und auch nicht ausdrücklich gefordert, daß die betroffenen Bieter von der Zuschlagserteilung vor Vertragsschluß unterrichtet werden müssen.⁶⁰⁷ Vielmehr toleriert das Gemeinschaftsrecht es in diesem Zusammenhang als Eigenheit des nationalen materiellen Vergaberechts, wenn Zuschlag und Vertragsschluß nur durch eine juristische Sekunde getrennt sind.⁶⁰⁸ Es ist auch zu beachten, daß nach § 1 I RMR lediglich das Ziel entscheidend ist und nicht die Art und Weise, das heißt nicht die Ausgestaltung des Systems, mit dem dieses Ziel erreicht wird. Solange und soweit nur die Aufhebungsmöglichkeiten der Zuschlagserteilung im nationalen Recht gegeben ist, ist unerheblich, ob dies im Rahmen eines zivilrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Zuschlagssystems gewährleistet ist.⁶⁰⁹ Der springende Punkt ist demzufolge nicht die dogmatische Trennung von Zuschlag und Vertragsschluß, sondern die rechtzeitige Information aller Bewerber über den beabsichtigten Vertragsschluß.⁶¹⁰ Das „Alcatel-Urteil“ begründet zwar für das deutsche Vergaberecht erheblichen Änderungsbedarf, jedoch verbleibt dem bundesdeutschen Gesetzgeber ein entsprechender Gestaltungsspielraum.⁶¹¹ Innerhalb dieses Gestaltungsspielraumes liegt aber auch eine solche Regelung, die nur eine einstufige Konstruktion vorsieht.⁶¹²

c) Euro-Münzplättchen II-Entscheidung

Das Manko des Nachprüfungsverfahrens liegt darin begründet, daß es nicht die in der Praxis entscheidende Tatsache berücksichtigt, nämlich daß die Zuschlagsentscheidung nur innerorganisatorisch abläuft und nach außen nicht in Erscheinung tritt. Vielmehr wird mehr oder weniger unmittelbar nach der Zuschlagsentscheidung diese umgesetzt, ohne daß die anderen Mitbewerber von diesem Vorgang etwas erfahren müssen. Die Vergabekammer des Bundes hat mit ihrem Beschluß vom 29. April 1999 bereits reagiert und einen Anspruch des Antragstellers auf Antrag hin dahingehend begründet, zehn Tage vor Erteilung des Zuschlags von der Vergabestelle über die Gründe der Ablehnung ihres Angebots und den Namen der Bieter informiert zu werden, denen der Zuschlag erteilt werden soll.⁶¹³ Die

⁶⁰⁷ Reidt, BauR 2000, 22, 24; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 114, Rn. 32, 34.

⁶⁰⁸ Gröning, ZIP 1999, 52, 57.

⁶⁰⁹ Kus, NJW 2000, 544, 545.

⁶¹⁰ Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 114, Rn. 34.

⁶¹¹ Rust, NZBau 2000, 66, 67; Brinker, Einheit von Zuschlag und Vertragsschluß, S. 97, 106 f.

⁶¹² Pietzcker, ZHR 162 (1998), 427, 458.

⁶¹³ VergK Bund, Beschl. v. 29.4.1999, VK 1-7/99, WuW/E Verg 218, 219; ebenso OLG Stuttgart, Beschl. v. 12.5.2000, 2 Verg 1/00, NZBau 2000, 542.

Zuschlagsentscheidung wird somit durch die Einführung einer ex-ante Information justizabel.⁶¹⁴

Zur Begründung dieses Informationsanspruchs verweist die Vergabekammer auf die auch im Vergaberecht anwendbare Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur beamtenrechtlichen Konkurrentenklage.⁶¹⁵ Dort hat das Bundesverfassungsgericht einen Informationsanspruch aus den zwei Grundprinzipien effektiven Rechtsschutzes abgeleitet.⁶¹⁶ Als Rechtsgrundlage zieht die Vergabekammer § 27 a VOL/A unter verfassungskonformer Auslegung heran, die auf Art. 19 IV und Art. 20 III GG gestützt wird. Es handelt sich nämlich bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und damit auch bei der Entscheidung über den Zuschlag - unabhängig davon, daß die staatliche Bedarfsdeckung aufgrund privatrechtlicher Verträge erfolgt - um Akte öffentlicher Gewalt⁶¹⁷, denen gegenüber Art. 19 IV GG effektiven Rechtsschutz gewährt.⁶¹⁸ Selbst wenn man Art. 19 IV GG hier nicht für anwendbar hält und ausschließlich privatrechtliche Beziehungen zwischen Auftraggebern und Bietern annimmt, ergibt sich aus dem Rechtsstaatsgebot des Art. 20 III GG die Verpflichtung des Staates, zur Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche einen sachgerecht ausgestalteten Schutz durch die Gerichte zu gewähren.⁶¹⁹

Die Auffassung der Vergabekammer wurde in der Literatur im Hinblick auf Art. 19 IV GG kritisiert. Danach gilt Art. 19 IV GG nur für den Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt. Selbst wenn man fiskalisches Handeln des Staates unter den Begriff der öffentlichen Gewalt subsumieren würde⁶²⁰, gibt es jedoch ein Problem bezüglich der privatrechtlich organisierten Sektorenauftraggeber. Ebenso ist Art. 20 III GG nicht geeignet, über dieses Problem hinwegzuhelfen, da sich das Rechtsstaatsgebot nur auf staatliches Handeln bezieht.⁶²¹

⁶¹⁴ Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 114, Rn. 745.

⁶¹⁵ VergK Bund, Beschl. v. 29.4.1999, VK 1-7/99, WuW/E Verg 218, 220; so schon Hermes, JZ 1997, 909, 914, Wittig, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme, S. 200; Pietzcker, Rechtsschutz bei der Auftragsvergabe, S. 501, 513.

⁶¹⁶ 1. Prinzip: Vermeidung von irreparablen Entscheidungen; der Verweis auf Feststellung der Rechtswidrigkeit oder der Verweis auf einen Schadensersatzanspruch ist nicht ausreichend. 2. Prinzip: Das dem gerichtlichen Rechtsschutzverfahren vorgelagerte Verwaltungsverfahren darf nicht so ausgestaltet sein, daß es den gerichtlichen Rechtsschutz vereitelt oder unzumutbar erschwert; vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.9.1989, 2 BvR 1576/88, NJW 1990, 501 f.

⁶¹⁷ Vgl. dazu Wittig, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme, S. 129 ff.

⁶¹⁸ VergK Bund, Beschl. v. 29.4.1999, VK 1-7/99, WuW/E Verg 218, 220; Boesen, Vergaberecht, § 114, Rn. 45; Bartl, Handbuch Öffentliche Aufträge, S. 303, Rn. 344; Waldner, Bieterschutz im Vergaberecht, S. 209 ff.

⁶¹⁹ VergK Bund, Beschl. v. 29.4.1999, VK 1-7/99, WuW/E Verg 218, 221 unter Hinweis auf Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 13/9340, S. 48.

⁶²⁰ OLG Brandenburg, Beschl. v. 3.8.1999, 6 Verg 1/99, NVwZ 1999, 1142, 1146; VergK Bund, Beschl. v. 29.4.1999, VK 1-7/99, WuW/E Verg 218, 220; Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 212 ff.; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 Rn. 18 u. Art. 19 Rn. 24.

⁶²¹ Brinker, Vorabinformation der Bieter, NZBau 2000, 174, 177; Brinker, Einheit von Zuschlag und Vertragsschluß, S. 97, 105; Brinker, JZ 2000, 462, 463; a.A. Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 114, Rn. 37 f.

Weiterhin wird kritisiert, daß die Konstruktion der Vergabekammer Schwächen bezüglich der verfassungskonform ausgelegten Rechtsgrundlage aufweist. Der Auslegung steht nämlich schon der Wortlaut des § 27 VOL/A entgegen, der nur auf eine post-Information abzielt; ebenso existieren im Bereich des vierten Abschnitts der VOB/A und VOL/A keine entsprechenden Informationsvorschriften für die Sektorenauftraggeber.⁶²²

Des weiteren bedarf es zusätzlich eines gesetzlichen Verbots i. S. d. § 134 BGB⁶²³, welches die Zuschlagserteilung ohne entsprechende Vorabinformation untersagt. Ansonsten hängt die Effektivität des Rechtsschutzes der Bieter vornehmlich vom „good-will“ des Auftraggebers ab.⁶²⁴ Ein Verstoß gegen ein solches Verbot würde zur Nichtigkeit des mit Zuschlagserteilung zustande gekommenen Vertrages führen, so daß den nicht berücksichtigten Bietern nach wie vor das Nachprüfungsverfahren offen stünde.⁶²⁵

d) Reaktion des deutschen Gesetzgebers

Um der Kritik aus der Literatur gerecht zu werden und einen mit dem gemeinschaftlichen Recht vereinbaren Zustand herzustellen, war es erforderlich, eine zumindest klarstellende Regelung in das deutsche Recht aufzunehmen, aus der sich eine vorherige Informationspflicht für den öffentlichen Auftraggeber ergibt.⁶²⁶ Dafür eignete sich die zum 1. Februar 2001 in Kraft getretene Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen vom 9. Januar 2001.⁶²⁷ In § 13 VgV ist eine schriftliche Informationspflicht des Auftraggebers spätestens 14 Kalendertage vor dem Vertragsschluß festgelegt. Vor Ablauf dieser Frist oder ohne Erteilung der Information und Fristablauf darf ein Vertrag nicht geschlossen werden.⁶²⁸ Ein dennoch abgeschlossener Vertrag ist nach § 13 S. 4 VgV nichtig. § 13 S. 4 VgV ist auch auf diejenigen Fälle anwendbar, in denen der öffentliche Auftraggeber ohne

⁶²² Brinker, NZBau 2000, 174, 177; Brinker, Einheit von Zuschlag und Vertragsschluß, S. 97, 105; Seifert, Statement, S. 109; Spießhofer/Lang, ZIP 2000, 446, 448 ff.; Boesen, Vergaberecht, § 114, Rn. 46 f.; Portz, ZVgR 1998, 596, 600; danach könnte sich jedoch ein Anspruch auf Informationspflicht unmittelbar aus dem Transparenzgebot gem. § 97 I GWB oder als Pflicht des Auftraggebers aus dem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Bieter ergeben.

⁶²³ Heinrichs in: Palandt, BGB, § 134, Rn. 2.

⁶²⁴ Boesen, ZIP 1999, 1942, 1943.

⁶²⁵ Rust, NZBau, 2000, 66, 67; vgl. auch Erdl, BauR 1999, 1341, 1348; Adam, WuW 2000, 260, 264.

⁶²⁶ Brinker, Einheit von Zuschlag und Vertragsschluß, S. 97, 105; Höfler, Vergabe von Versicherungsdienstleistungen, S. 7, 13.

⁶²⁷ Veröffentlicht in BGBl I, 110 = NZBau 2001, 80 f; Rust, NZBau 2000, 66, 68; Hausmann, EuZW 1999, 762; Dreher, NVwZ 1999, 1265, 1271, Brinker, Einheit von Zuschlag und Vertragsschluß, S. 97, 105; für die Aufnahme in das GWB: Adam, WuW 2000, 260, 264; Schwarze, EuZW 2000, 133, 140; Gröning, WRP 2000, 49, 55.

⁶²⁸ Dies birgt nach Erdl, BauR 1999, 1341, 1349 das Risiko, daß u.U. erst Jahre nach der Erfüllung des Vertrages ein Nichtigkeitsgrund bekannt wird und die Leistung dann rechtsgrundlos erbracht wäre. Deutlich geringer wäre die Unsicherheit bei der Lösung über einen auflösend bedingten Vertrag, da es für den Auftragnehmer durch Einsicht in seinen Vertrag erkennbar wäre, ob ein Fall des § 134 BGB vorliegt oder nicht.

Durchführung eines Vergabeverfahrens den Vertrag mit einem vorher festgelegten Auftragnehmer abschließt.⁶²⁹

aa) Zeitliche Fristbemessung

Problematisch erscheint hierbei die zeitliche Bemessung der 14-tägigen Vorabinformationsfrist:

Fristbeginn soll aufgrund der amtlichen Begründung zu § 13 VgV die Absendung durch den Auftraggeber sein. Der Vorteil dieser Regelung ist, daß sich der Fristbeginn eindeutig bestimmen läßt und die Frist für alle Bieter dieselbe ist. Jedoch gehen Übermittlungsverzögerungen immer zu Lasten des Bieters, nicht zu Lasten der Vergabestelle. § 13 S. 2 VgV entfaltet sogar eine mittelbar diskriminierende Wirkung, indem er die Rechtsverteidigungsmöglichkeiten ausländischer Bieter im Verhältnis zu inländischen Bietern aufgrund längerer Postwege stärker einschränkt. Aus diesem Grund ist zumindest in gemeinschaftskonformer Auslegung § 130 I BGB entsprechend anzuwenden.⁶³⁰ Der entgegenstehende Wortlaut der Begründung zur Verordnung steht einer bieterfreundlichen Auslegung mangels zwingender Bindung nicht entgegen.⁶³¹ In der Praxis kann das Problem des Fristbeginns dadurch umgangen werden, daß der Verpflichtung zur schriftlichen Information durch Aushändigung einer schriftlichen Erklärung unter Anwesenden eventuell in einem eigens anberaumten Termin nachgekommen wird.⁶³²

Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß der Bieter nach Kenntnis der Vorabinformation einen angemessenen Prüfungs- und Entscheidungszeitraum zur Verfügung haben sollte, um ihm zumindest die Chance zu geben, rechtlichen Rat einzuholen.⁶³³ Eine besondere anwaltliche Sorgfalt ist in diesem Verfahrensstadium erforderlich, weil einerseits über das Erfolgs- und damit das Kostenrisiko des Bieters zu entscheiden ist, andererseits die unterlassene Rüge eines erkennbaren Fehlers zur Präklusion, das heißt zum Rechtsverlust führt.⁶³⁴ Hinsichtlich letzterem stellt sich zudem die Frage, ob ein weiterer Zeitraum für die Reaktion der Vergabestelle auf diese Rüge einzukalkulieren ist; denn Sinn und Zweck der Rügepflicht ist es, der Vergabestelle die Möglichkeit zu geben, Vergaberechtsverstöße zu korrigieren und

⁶²⁹ Hertwig, NZBau 2001, 241 f.; Stolz, VergabeR 2001, 153, 154; Dreher, NZBau 2001, 244, 245 f.

⁶³⁰ Berrisch/Nehl, DB 2001, 184, 186; Höfler/Bert, NJW 2000, 3310, 3314 f.; so schon Stellungnahme des Bundeskartellamtes v. 16.11.1999, S. 8; Gröning, WRP 2001, 1, 5 begründet dies aufgrund einer vergleichbaren Interessenlage von § 13 VgV und von Anzeigen nach §§ 149, 409 I BGB, 377 I HGB und Mitteilungen gem. §§ 171, 415 I BGB, auf die § 130 I BGB entsprechend angewendet wird; kritisch dazu Kratzenberg, NZBau 2001, 119, 120 f.

⁶³¹ BGH, Beschl. v. 21.2.1995, KVR 4/94, WRP 1995, 619, 623; Wedel, WRP 1997, 418 ff.

⁶³² Gröning, WRP 2001, 1, 5.

⁶³³ Kus, NJW 2000, 544, 547.

⁶³⁴ Stellungnahme des Bundeskartellamtes v. 16.11.1999, S. 4.

unnötige Nachprüfungsverfahren zu vermeiden.⁶³⁵ Gegen eine weitere Wartezeit des Bieters spricht zum einen der Wortlaut des Gesetzes, der hierzu keine Ausführungen enthält.⁶³⁶ Zum anderen ist bei der ex-ante Information gem. § 13 VgV die Entscheidung bezüglich der Zuschlagserteilung bereits gefallen, so daß die Vergabestelle gar kein Interesse mehr daran hat, daß die Zuschlagsentscheidung noch vereitelt wird.⁶³⁷ Aus diesen Gründen scheint es gerechtfertigt zu sein, unmittelbar nach Zugang der Rüge bei der Vergabestelle einen Nachprüfungsantrag an die Vergabekammer zu stellen. In komplexen Vergabeverfahren muß ausnahmsweise sogar ganz und gar auf eine Rüge verzichtet werden. Denn diese stellt dann nur eine sinnlose Förmerei dar, zumal der Auftraggeber in der ihm zur Verfügung stehenden Zeitspanne die Berechtigung der Rüge nicht überprüfen kann.⁶³⁸

Letztlich verbleibt der Vergabekammer noch eine angemessene Überlegungs- und Reaktionsfrist, ob sie den Nachprüfungsantrag gem. § 110 II 1 GWB aufgrund etwaiger offensichtlicher Unzulässigkeit oder Unbegründetheit an den Auftraggeber zustellt.⁶³⁹ Auch dadurch schmilzt der effektive Zeitraum der Reaktionsfrist des Bieters, zumal das Zuschlagsverbot erst nach Zustellung⁶⁴⁰ des Antrages auf Nachprüfung an den Auftraggeber eintritt, § 115 I GWB.⁶⁴¹

Vor diesem Hintergrund ist meines Erachtens die 14-tägige Reaktionsfrist des Bieters zu kurz bemessen. Die Intention des Gesetzgebers, Investitionsblockaden zu vermeiden, darf nicht so weit gehen, daß dem Bieter praktisch die Möglichkeit genommen wird, sich gegen die endgültige Zuschlagserteilung mittels Primärrechtsschutz wehren zu können.

bb) Empfänger und Form

Erklärungsempfänger sind gem. § 13 S. 1 VgV diejenigen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen. Es fallen jedoch nur Bieter darunter, die zu diesem Zeitpunkt noch am Wettbewerb teilnehmen und weiterhin ein Interesse am Zuschlag haben.⁶⁴² Die geforderte Form der Mitteilung in § 13 S. 2 VgV ergibt sich aus der gesteigerten Rechtsklarheit, die eine schriftliche Bieterinformation gewährt.⁶⁴³

⁶³⁵ Kus, NJW 2000, 544, 547; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 107, Rn. 7.

⁶³⁶ Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 107, Rn. 40; Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 254, Rn. 521 f.; BT-Drucks. 13/9340, S. 17; VergK Bund, Beschl. v. 19.7.1999, VK 2-14/99; BauR 2000, 149; a.A. Portz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 107, Rn. 40.

⁶³⁷ Kus, NJW 2000, 544, 547.

⁶³⁸ Gröning, WRP 2001, 1, 6; OLG Rostock, Beschl. v. 10.5.2000, 17 W 3/00, NZBau 2001, 286, 287.

⁶³⁹ Kus, NJW 2000, 544, 547.

⁶⁴⁰ Erfolgt nach dem Bundeszustellungsgesetz bzw. nach den entsprechenden Landesverwaltungszustellungsgesetzen; siehe unten: 4. Kap. D. I. 4. b.

⁶⁴¹ Gröning, WRP 2001, 1, 6.

⁶⁴² Kratzenberg, NZBau 2001, 119, 120.

⁶⁴³ BR-Dr. 455/00 v. 10.11.2000; Höfler, NJW 2001, 950.

cc) Umfang der Informationspflicht

Die Informationspflicht des Auftraggebers erstreckt sich nach § 13 VgV auf den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll, und auf den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung der Bieter. Dabei sollten die Gründe der Nichtberücksichtigung zumindest in komplexeren Vergabeverfahren ausführlich und nicht lediglich pauschal und stichwortartig dargelegt werden.⁶⁴⁴ Lediglich formelhaften Informationen kann der Bieter nur entnehmen, daß er den Zuschlag nicht erhalten werde. Er müßte deshalb spekulativ einen Nachprüfungsantrag stellen.⁶⁴⁵ Eine ausführliche Begründung ist auch dem Wortlaut des § 13 VgV zu entnehmen, der darauf hindeutet, daß die einzelnen Konkurrenten individuell zu bescheiden sind.⁶⁴⁶ Eine Überspannung der Anforderungen an die Information wäre mit dem auf Beschleunigung ausgerichteten Wesen des Nachprüfungsverfahrens nach dem GWB nicht vereinbar und von den Auftraggebern aus personellen und sachlichen Gründen nicht leistbar.⁶⁴⁷ Als äußerste Grenze für den Umfang der Information ist zumindest die Geheimhaltungspflicht gegenüber den Mitbewerbern zu sehen.⁶⁴⁸

3. Fortsetzungsfeststellungsklage

Nach Zuschlagserteilung⁶⁴⁹ tritt Erledigung des Nachprüfungsverfahrens ein, es findet also kein Primärrechtsschutz mehr statt, vielmehr wird das Verfahren auf Antrag in ein Feststellungsverfahren gem. § 114 II, 123 GWB übergeleitet.⁶⁵⁰ Grund dafür ist, daß bei einem Schadensersatzprozeß das ordentliche Gericht gem. § 124 I GWB an die bestandskräftige Entscheidung der Vergabekammer bzw. des Oberlandesgerichts gebunden ist. Ebenso wird dem Grundsatz der Prozeßökonomie Rechnung getragen, indem eine Wiederholung der Feststellungen und gegebenenfalls der Beweisaufnahme vermieden wird.⁶⁵¹ Es stellt sich aber hierbei die Frage, ob eine sachliche Entscheidung der Vergabekammer gem. § 114 II 2 GWB auch noch nach Erteilung des Zuschlags und nach Beginn des Nachprüfungsverfahrens erfolgen kann.⁶⁵²

⁶⁴⁴ Kus, NJW 2000, 544, 547; Berrisch/Nehl, DB 2001, 184, 186; zu weitgehend Höfler/Bert, NJW 2000, 3310, 3314.

⁶⁴⁵ Erdl, BauR 1999, 1341, 1347; vgl. auch Walter, Statement, S. 117.

⁶⁴⁶ Gröning, WRP 2001, 1, 5; Gröning, WRP 2000, 49, 55.

⁶⁴⁷ Kratzenberg, NZBau 2001, 119, 120.

⁶⁴⁸ Erdl, BauR 1999, 1341, 1347.

⁶⁴⁹ Erledigung kann auch durch Aufhebung oder Einstellung des Vergabeverfahrens oder in sonstiger Weise eintreten. Siehe insbesondere zum letzteren: BayObLG, Beschl. v. 19.12.2000, Verg 10/00, EWiR 2001, 381 f.

⁶⁵⁰ Gröning, ZIP 1999, 52, 56.

⁶⁵¹ Boesen, Vergaberecht, § 114, Rn. 63.

⁶⁵² Die gleiche Frage stellt sich, wenn ein Antrag nach Aufhebung einer Ausschreibung bei der Vergabekammer eingeht, um die Rechtmäßigkeit der Aufhebung anzugreifen, mit dem Ziel, das Vergabeverfahren bis zum Vertragsschluß fortzusetzen. Ein solcher Antrag wird jedoch als unzulässig zurückzuweisen sein, zumal es keine Rechtsgrundlage für einen Anspruch der Bieter darauf gibt, daß der Auftraggeber einen der Ausschreibung entsprechenden Vertrag mit einem geeigneten Bieter auch tatsächlich abschließt. Eine Ausnahme davon besteht

a) Beginn des Nachprüfungsverfahrens

Der Beginn des Nachprüfungsverfahrens ist unstreitig der Zugang des Antrages bei der Vergabekammer. Begründet wird dies insbesondere damit, daß die Vergabekammer vom Gesetzgeber als eine Art Behörde ausgestaltet worden ist und aus einer daraus folgenden Heranziehung und Auslegung von § 22 VwVfG.⁶⁵³ Ebenso wird zur Begründung eine Analogie zur Regelung der Rechtshängigkeit im Verwaltungsprozeß angeführt. Eine vergleichbare Interessenlage ergibt sich daraus, daß es sich bei dem Verfahren vor der Vergabekammer um die erste, schon gerichtsähnliche Instanz des zweistufigen Nachprüfungsverfahrens handelt⁶⁵⁴, und aus der Ähnlichkeit zum Kartellverwaltungsverfahren.⁶⁵⁵ Die Rechtshängigkeit im Verwaltungsgerichtsprozeß tritt im Zeitpunkt des Eingangs der formgerechten Klageschrift ein.⁶⁵⁶

b) Zulässigkeit bei Erledigung des Nachprüfungsverfahrens vor Antragsstellung

Einerseits wird in Literatur⁶⁵⁷ und Rechtsprechung⁶⁵⁸ die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens bei Zuschlagserteilung vor Eingang des Nachprüfungsantrages bei der Vergabekammer zum Teil unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig angesehen. Zumindest wenn dem Bieter keine ausreichende Möglichkeit eingeräumt worden ist, den Zuschlag zu verhindern, muß aufgrund der die EG-Vergaberichtlinie und Nachprüfungsrichtlinie berücksichtigenden Auslegung ein Feststellungsantrag auch noch nach Zuschlag statthaft sein. Denn das Zusammenfallen von Zuschlag und Vertragsschluß im deutschen

besteht lediglich bei rechtsmißbräuchlicher oder nicht wirklich ernsthafter Aufhebung der Ausschreibung. Vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.3.2000, Verg 4/00, WuW/E Verg 331, 334 ff.; OLG Naumburg, Beschl. v. 17.1.2000, 1 Verg 2/99, ZVgR 2000, 170 ff.; OLG Rostock, Beschl. v. 2.8.2000, 17 W 2/00, OLG Report 2001, 154; OLG Dresden, Beschl. v. 13.7.2000, WVerG 0003/00, WuW/E Verg 359, 360; VergK Bund, Beschl. v. 17.4.2000, VK 1 - 05/00, S. 10 ff. und Beschl. v. 13.7.2000, VK 2 - 12/00, S. 9 ff., www.bundeskartellamt.de/vergabeentscheidungen.htm; VergK Darmstadt, VK 3/99, S. 6 und VK 8/99, S. 6 ff.; Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 291, Rn. 608; Gröning, ZIP 1999, 52, 56; kritisch dazu Byok, WuW 2000, 718, 720 ff.; a.A. VergK Bund, Beschl. v. 26.1.2000, VK 1 - 31/99, S. 7 ff., www.bundeskartellamt.de/vergabeentscheidungen.htm; BayObLG, Beschl. v. 28.12.1999, Verg 7/99, BayObLGZ 389 ff.; OLG Naumburg, Beschl. v. 3.3.2000, 1 Verg 2/99, OLG Report Naumburg 2000, 318 ff.; VergK Nordbayern, 320.VK 11/99; VergK Stuttgart 1 VK 13/99; Ax, ZVgR 2000, 153 f.

⁶⁵³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.1999, Verg 1/99 BauR 1999, 751, 757; Kraus, BauR 2000, 1545, 1559; vgl. auch Kopp, VwVfG, § 22, Rn. 2, 10, 10a; a.A. Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 22, Rn. 56.

⁶⁵⁴ BT-Drucks. 13/9340, S. 1, 20; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.1999, Verg 1/99, BauR 1999, 751, 758.

⁶⁵⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.1999, Verg 1/99 BauR 1999, 751, 758; Gröning, ZIP 1999, 52, 57; Gröning, ZIP 2000, 39.

⁶⁵⁶ Kopp/Schenke, VwGO, § 81, Rn. 1, § 90 Rn. 3; Rennert in: Eyermann/Fröhler, VwGO, § 90, Rn. 5.

⁶⁵⁷ Generelle Zulässigkeit: Ax, ZVgR 2000, 155 f.; Bechtold, GWB, § 102, Rn. 3; Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 107, Rn. 674; Kulartz, BauR 1999, 724 ff.; Ulbrich/Waldner, BauR 2000, 1082, 1088; Waldner, Bieterschutz im Vergaberecht, S. 172 ff.

differenzierend: Meyer, WuW 1999, 567 ff.; Fleckenstein/Schmitt, ZVgR 2000, 83 f.; Höfler, NJW 2000, 120, 121; Kus in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 114, Rn. 59 ff.

Recht stellt sich nur dann als gemeinschaftskonform dar, wenn eine vorherige Information der benachteiligten Bieter über die vorläufige Zuschlagserteilung erfolgt.⁶⁵⁹ Im Umkehrschluß drängt sich die Argumentation auf, daß ein Fortsetzungsfeststellungsantrag jedenfalls in dem Fall zulässig sein muß, in welchem dem übergangenen Bieter mangels Information keine Chance verblieben ist, rechtzeitig das Nachprüfungsverfahren einzuleiten.⁶⁶⁰

Begründet wird dieses Ergebnis vor allem mit der Interessenlage des übergangenen Bieters. Dabei kann aber für die Schlechterstellung des Bieters nicht der Wegfall des Amtsermittlungsgrundsatzes im Zivilverfahren (im Gegensatz zum Nachprüfungsverfahren) angeführt werden, da sich die gleiche Problematik auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergibt und somit nicht auf spezifisch vergaberechtlichen Elementen beruht.⁶⁶¹ Ins Gewicht fällt aber, daß für den übergangenen Bieter besondere Beweisführungsschwierigkeiten im zivilrechtlichen Schadensersatzprozeß auftreten können, da sensible Betriebsinterne, beispielsweise technische Darlegungen, Preisangaben und Ähnliches in Angeboten der Bieter nach Zuschlagserteilung der Geheimhaltungspflicht unterliegen und deshalb nicht ohne weiteres in den Prozeß eingeführt werden können.⁶⁶² Denn eine Einführung über den Zeugenbeweis scheitert an §§ 383 I Nr. 6, 384 ZPO, die ein Zeugnisverweigerungsrecht hinsichtlich geheimhaltungspflichtiger Tatsachen normieren.⁶⁶³ Dieses Verweigerungsrecht wird entsprechend auf die Herausgabe von geheimhaltungspflichtigen Urkunden auszudehnen sein.⁶⁶⁴

Ebenso spricht für die Zuständigkeit der Vergabekammer nach Erteilung des Zuschlages, daß diese gegenüber den Zivilgerichten über die weitergehenden Kenntnisse in der Spezialmaterie Vergaberecht verfügen.⁶⁶⁵

Von der Intention des Gesetzgebers her, einen Ausgleich zwischen der Effektivität der Auftragsvergabe und der Effektivität des Rechtsschutzes für Bieter und Bewerber herbeizuführen, besteht kein Anlaß, den Rechtsschutz einzuschränken. Denn nach Zuschlagserteilung ist die Effektivität der Auftragsvergabe nicht mehr gefährdet. Es gibt deshalb keinen

⁶⁵⁸ OLG Rostock, Beschl. v. 20.3.2000, 17 (Verg) 5/99, NZBau 2000, 396 f.; VergK Bund, Beschl. v. 17.11.1999, VK 1-17/99, NZBau 2000, 214; VergK Nordbayern, Beschl. v. 2.6.1999, 30-3194-06/99, IBR 1999, 559; Kraus, BauR 2000, 1545, 1559; Hölzlwimmer, Ein Jahr Vergaberechtsänderungsgesetz, S. 4.

⁶⁵⁹ EuGH, Urt. v. 28.10.1999, Rs. C-81/98, Alcatel Austria AG u.a./Bundesministerium für Wirtschaft und Verkehr EuZW 1999, 759 ff.; VergK Bund, Beschl. v. 29.4.1999, VK 1-7/99, WuW/E Verg 218 ff.

⁶⁶⁰ OLG Rostock, Beschl. v. 20.3.2000, 17 (Verg) 5/99, NZBau 2000, 396, 397; a.A. Gröning, ZIP 2000, 1714, 1716: Danach handelt es sich um reine Billigkeitserwägungen.

⁶⁶¹ Meyer, WuW 1999, 567, 570.

⁶⁶² OLG Rostock, Beschl. v. 20.3.2000, 17 W (Verg) 5/99, NZBau 200, 396, 397; Meyer, WuW 1999, 567, 572.

⁶⁶³ Vgl. hierzu Stürner, JZ 1985, 453, 454.

⁶⁶⁴ Meyer, WuW 1999, 567, 572; kritisch dazu Gröning, ZIP 2000, 1714, 1717: selbst wenn der Geheimnisschutz im Zivilrecht partiell weiter reiche, gibt es keine Rechtfertigung für eine prozessuale Privilegierung der Bieter.

⁶⁶⁵ OLG Rostock, Beschl. v. 20.3.2000, 17 W (Verg) 5/99, NZBau 200, 396, 397.; a.A. KG, Beschl. v. 7.6.2000, Kart-Verg 3/00, ZIP 2000, 1746, 1752.

Grund, den Bieterrechtsschutz unnötig zu verkürzen und diesem nicht die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens zu gewähren.⁶⁶⁶

c) Unzulässigkeit bei Erledigung des Nachprüfungsverfahrens vor Antragsstellung

Andererseits wird in Literatur⁶⁶⁷ und Rechtsprechung⁶⁶⁸ die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens bei Zuschlagserteilung vor Eingang des Nachprüfungsantrages bei der Vergabekammer insbesondere mangels Rechtsschutzbedürfnis für unzulässig gehalten.

aa) Auslegung des Gesetzes

Dies ergibt sich aus einer historischen und sprachlichen Auslegung des Gesetzes. Gem. § 107 II 1 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag „hat“ (Präsens und nicht: gehabt hat). Diese Bestimmung hat der Gesetzgeber direkt aus Art. 1 III RMR übernommen. Damit sollte nicht erreicht werden, daß wegen bereits entstandener Schadensersatzansprüche stets ein spezielles Nachprüfungsverfahren eröffnet werden müßte.⁶⁶⁹ Es sollte dadurch lediglich festgestellt werden, daß ein vergaberechtlich hintergangener Bieter Schadensersatzansprüche effektiv durchsetzen kann.⁶⁷⁰ Ferner bestimmt § 114 II 2 GWB, daß die Vergabekammer nur dann - auf Antrag - feststellen kann, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat, wenn sich „das Nachprüfungsverfahren“, also ein schon begonnenes Nachprüfungsverfahren durch Erteilung des Zuschlags oder auf sonstige Weise erledigt hat.⁶⁷¹ Ebenso heißt es in der Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung⁶⁷², daß Gegenstand der Nachprüfung das noch nicht abgeschlossene Vergabeverfahren ist, so daß das Recht auf Einhaltung der Vergaberegeln nur bis zum Abschluß

⁶⁶⁶ Kulartz, BauR 1999, 724, 726; OLG Rostock, Beschl. v. 20.3.2000, 17 W (Verg) 5/99, NZBau 2000, 396, 397.

⁶⁶⁷ Boesen, Vergaberecht, § 114, Rn. 67; Boyk, WRP 1999, 402, 404; Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 260, Rn. 536; Gröning, ZIP 1999, 52, 56 f.; Burchardt, VergRR 5/99, S. 3 und 6/2000, S. 3; Gröning, ZIP 2000, 1714 ff.; Gröning, Brennpunkt Vergaberecht; Jaeger, OLG-Entscheidungen des GWB-Vergaberechts, S. 107, 111 f.; Portz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 107, Rn. 8 ff; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, § 114, Rn. 55; Reidt, BauR 2000, 22, 27.

⁶⁶⁸ BGH, Beschl. v. 19.12.2000, X ZB 14/00, ZIP 2001, 479 ff.; KG, Vorlage-Beschl. v. 7.6.2000, KartVerg 3/00, ZIP 2000, 1746 ff.; KG, Beschl. v. 12.4.2000, Kart Verg 9/99, KG Report 2000, 359 ff.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.1999, Verg 1/99, NZBau 2000, 45, 47; BayObLG, Beschl. v. 7.10.1999, Verg 3/99, NZBau 2000, 92, 93; BayObLG, Beschl. v. 19.12.2000, Verg 7/00; OLG Naumburg, Beschl. v. 3.3.2000, 1 Verg 2/99, OLG Report Naumburg 2000, 318 ff.; OLG Dresden, Beschl. v. 17.11.2000, WVerg 4/00; VergK Bund, Beschl. v. 19.6.2000, VK 2 - 10/00, S. 7 und Beschl. v. 10.10.2000, VK 1 - 21/00, www.bundeskartellamt.de/vergabeentscheidungen.htm; VergK Baden-Württemberg, Beschl. v. 18.9.1999, 1 VK 8/99, IBR 1999, 559; VergK Lüneburg, Beschl. v. 28.5.1999, 203 VgK 2/99, IBR 1999, 559; VergK Südbayern, Beschl. v. 20.5.1999, 120.3-3194.1-05-04/99, VergRR 6/99, S. 3; VergK Hamburg, Beschl. v. 23.3.2000, VK BB-2/99, VergRR 6/2000, S. 3.

⁶⁶⁹ KG, Vorlage-Beschl. v. 7.6.2000, KartVerg 3/00, ZIP 2000, 1746, 1751.

⁶⁷⁰ Gröning, ZIP 2000, 1714, 1716.

⁶⁷¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.1999, Verg 1/99, BauR 1999, 751, 757; Gröning, ZIP 1999, 52, 56; a.A. Kulartz, BauR 1999, 724, 725 f.; Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 114, Rn. 63 ff.; Meyer, WuW 1999, 567, 568; Gröning ZIP 2000, 1714, 1715 bezeichnet die müßige Diskussion als „prozessuale Rosenpickerei“.

⁶⁷² BT-Drucks. 13/9340, S. 17.

des Vergabeverfahrens geltend gemacht werden kann.⁶⁷³ Des weiteren liegt der Grund der Unzulässigkeit auch darin, daß dann das primäre Ziel des Verfahrens vor der Vergabekammer, nämlich das Vergabeverfahren zu einem rechtmäßigen Abschluß zu bringen, nicht mehr erreicht werden kann.⁶⁷⁴

bb) Vergleichbarkeit mit der Fortsetzungsfeststellungsklage

Die Unzulässigkeit des Vergabeverfahrens steht ebenso im Einklang mit dem Verwaltungsgerichtsprozeß. Denn in Fällen, in denen sich ein Verwaltungsakt bereits vor Klageerhebung erledigt hat, wird das nötige Fortsetzungsfeststellungsinteresse der analog anwendbaren Fortsetzungsfeststellungsklage nicht durch die bloße Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses begründet. Nur bei Erledigung des Verwaltungsaktes nach Klageerhebung rechtfertigt der in Bezug auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts typischer Weise entfaltete prozessuale Aufwand die Fortführung der Anfechtungsklage als Fortsetzungsfeststellungsklage.⁶⁷⁵

cc) Rechtssicherheit und Prozeßökonomie

Weiterhin muß die Frage, wann die Vergabekammer und wann die Zivilgerichte zuständig sind, im Interesse der Rechtssicherheit eindeutig und ohne Überschneidungen feststehen. Bejahte man die Zuständigkeit der Vergabekammern trotz vorherigen Zuschlags, wären sowohl sie als auch die Zivilgerichte zuständig. Denn es wäre einem Bieter unbenommen, seinen Schadensersatzanspruch sogleich beim Zivilgericht einzuklagen (arg. aus § 104 II 2 Halbs. 1 GWB).⁶⁷⁶ Eine Verdoppelung der Verfahren würde die prozeßökonomischen Erwägungen, auf denen die Bindungswirkung des § 124 I GWB beruht, aber in ihr Gegenteil verkehren.⁶⁷⁷ Dies führte nicht nur zu einer doppelten Inanspruchnahme der juristischen Ressourcen der Nachprüfungsinstanzen und Gerichte, sondern auch zu einer doppelten Inanspruchnahme der finanziellen Ressourcen der Beteiligten.⁶⁷⁸

dd) Richtlinienkonformität

Schließlich widerspricht ein solches Vorgehen nicht dem Wortlaut und dem Zweck der Vergaberichtlinien, zumal gem. Art. 2 VI 2 RMR die Mitgliedstaaten vorsehen können, daß

⁶⁷³ BGH, Beschl. v. 19.12.2000, X ZB 14/00, ZIP 2001, 479, 480; Portz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 107, Rn. 9.

⁶⁷⁴ Boesen, Vergaberecht, § 114, Rn. 67; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.1999, Verg 1/99, BauR 1999, 751, 757.

⁶⁷⁵ BGH, Beschl. v. 19.12.2000, X ZB 14/00, ZIP 2001, 479, 481; BVerwG Urt. v. 20.1.1989, 8 C 30.87, BVerwGE 81, 226, 228; BVerwG, Urt. v. 29.4.1992, 4 C 29/90, NVwZ 1992, 1092; Rozek, JuS 1995, 598, 600; Gerhard in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 113, Rn. 95.

⁶⁷⁶ Gröning, ZIP 2000, 1714, 1718.

⁶⁷⁷ BayObLG, Beschl. v. 7.10.1999, Verg 3/99, NZBau 2000, 92, 93.

nach dem Vertragsschluß im Anschluß an die Zuschlagserteilung die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz darauf beschränkt werden, einer durch den Rechtsverstoß geschädigten Person Schadensersatz zuzuerkennen.⁶⁷⁹ Des weiteren steht diese Ansicht nicht im Widerspruch zu dem Urteil des EuGH in der Rechtssache „Alcatel Austria AG“. Zwar war die Handhabung der Vergabe von Aufträgen öffentlicher Auftraggeber grundsätzlich als nicht richtlinienkonform anzusehen, weil der Zuschlag zum Abschluß des Vertrages führte, ohne daß die nicht berücksichtigten Bieter hiervon erfuhren und in der Lage waren, gem. § 115 I die Erteilung des Zuschlags zunächst zu verhindern und eine ihnen günstige Maßnahme nach § 114 I GWB zu erstreiten.⁶⁸⁰ Jedoch wird dieses Problem nicht davon beeinflusst, ob man die Klärung eines Vergabemangels nach wirksamer Erteilung des Zuschlags dem Verfahren vor der Vergabekammer nach § 107 I GWB oder aber einem Verfahren vor den Zivilgerichten im ordentlichen Rechtsweg zuweist.⁶⁸¹ Zudem handelt es sich derzeit beim Unterlassen einer Vorabinformation um einen bloßen Fehler im Vergabeverfahren, nicht aber um ein gesetzliches Verbot gem. § 134 BGB, das zur Nichtigkeit des Zuschlags führt.⁶⁸²

d) Resumee

Aufgrund der vorangehenden Diskussion sprechen meines Erachtens die besseren Argumente für eine Unzulässigkeit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach Zuschlagserteilung. Selbst wenn man aufgrund unterbliebener Vorabinformation die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach Zuschlagserteilung als zulässig erachten würde, hat sich dieses Problem aufgrund Erlass der neuen Vergabeverordnung erledigt. Denn gem. § 13 S. 4 VgV ist ein abgeschlossener Vertrag ohne Beachtung der in § 13 VgV beschriebenen Vorabinformation nichtig. Aufgründdessen tritt keine Erledigung des Verfahrens durch Zuschlagserteilung gem. § 114 II 2 GWB ein.

4. Eintritt des Suspensiveffekts

Das Verbot der Zuschlagserteilung ist allerdings davon abhängig, daß der Zuschlag nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist und daß ihn deswegen die Vergabekammer nach § 110 II GWB dem Auftraggeber zugestellt hat, § 115 I GWB. Die Zustellung des

⁶⁷⁸ Gröning, ZIP 1999, 52, 57.

⁶⁷⁹ BGH, Beschl. v. 19.12.2000, X ZB 14/00, ZIP 2001, 479, 481.

⁶⁸⁰ EuGH, Urt. v. 28.10.1999, Rs. C-81/98, Alcatel Austria AG u.a../Bundesministerium für Wirtschaft und Verkehr EuZW 1999, 759 ff.

⁶⁸¹ BGH, Beschl. v. 19.12.2000, X ZB 14/00, ZIP 2001, 479, 481; KG, Vorlage-Beschl. v. 7.6.2000, KartVerg 3/00, ZIP 2000, 1746, 1751; nach Gröning, ZIP 2000, 1714, 1716 handelt es sich hierbei um reine Billigkeitserwägungen.

⁶⁸² BGH, Beschl. v. 19.12.2000, X ZB 14/00, ZIP 2001, 479, 482.

Nachprüfungsantrages beim Auftraggeber hat demnach die Wirkung eines automatischen Suspensiveffekts kraft Gesetzes.⁶⁸³ Das Verbot der Zuschlagserteilung tritt jedoch auch dann ein, wenn die Vergabekammer die Voraussetzungen für die Zustellung nach § 110 GWB zu Unrecht bejaht hat, das heißt einen offensichtlich unzulässigen und unbegründeten Antrag zustellt.⁶⁸⁴ In diesem Fall muß ein Auftraggeber jedoch dann den Zuschlag aus Billigkeitserwägungen bzw. aus § 242 BGB⁶⁸⁵ erteilen können, ohne die Nichtigkeitsfolge zu riskieren, wenn ein Antrag nach § 115 II 1 GWB auf Gestattung des Zuschlags nicht unmittelbar weiterhilft.⁶⁸⁶

Die Zustellung des Antrages setzt außerdem voraus, wenn der Antrag vor der Vergabekammer des Bundes gestellt wurde, daß der Antragsteller einen Vorschuß in Höhe der Mindestgebühr von 5.000 DM nachgewiesen hat.⁶⁸⁷ Dies wurde teilweise heftig kritisiert, weil aufgrund der Entstehung zusätzlicher Verzögerungszeiträume das Ziel eines effektiven Rechtsschutzes konterkariert wird.⁶⁸⁸ So wird zum Teil vertreten, daß die Einzahlung des Kostenvorschusses als entbehrlich anzusehen ist, wenn die weitere Fortsetzung des Verfahrens nur von der Zahlung abhängig gemacht wird.⁶⁸⁹ Überzeugender und inzwischen von der Vergabekammer wegen der immensen Bedeutung der Zustellung für das Zuschlagsverbot akzeptiert, ist eine entsprechende anwaltliche Zusicherung, daß die Gebühren bezahlt werden.⁶⁹⁰

Nachdem der Antrag des Rechtsschutzsuchenden zugestellt wurde, darf der Zuschlag bis zur Entscheidung der Vergabekammer und danach bis Ablauf der Beschwerdefrist gem. § 117 I GWB nicht vergeben werden.⁶⁹¹

a) Offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit

aa) Offensichtlichkeit

⁶⁸³ Kus in: Niebuhr/Kus/Kulartz/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 7; OLG Schleswig, Beschl. v. 1.6.1999, 6 Verg 1/99, ZVgR 1999, 166, 168. Rein dogmatisch gesehen kann nicht von Suspensiveffekt bzw. aufschiebender Wirkung wie bei § 80 I VwGO gesprochen werden, da der Zustellung des Nachprüfungsantrages die Evidenzprüfung der Vergabekammer gem. § 110 II GWB vorgeschaltet ist. Ebenso wird bei aufschiebender Wirkung die Existenz eines Verwaltungsakts vorausgesetzt und verhindert, daß der Verwaltungsakt während der Schwebelage verwirklicht wird. Das Zuschlagsverbot verhindert jedoch den wirksamen Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages. Vgl. dazu Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 9; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 6.

⁶⁸⁴ Bechtold, GWB, § 115, Rn. 1; Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 11; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 5.

⁶⁸⁵ Heinrichs in: Palandt, BGB, Überbl. v. § 104, Rn. 27.

⁶⁸⁶ Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 115, Rn. 755.

⁶⁸⁷ § 4 I der Geschäftsordnung des Bundes (Bek.-Nr. 111/98 im BAnz. v. 12.1.1999, S. 252).

⁶⁸⁸ Leinemann/Weihrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 147, Rn. 537; Portz, VergR 6/1997, S. 3; Waldner, Bie-terschutz im Vergaberecht, S. 182 f.

⁶⁸⁹ Byok in: Byok/Jaeger, § 110, Rn. 706.

⁶⁹⁰ Kus in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 9.

Offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist ein Antrag, wenn sich das Nichtvorliegen der maßgeblichen Tatbestandsvoraussetzungen für einen unvoreingenommenen, mit den Umständen vertrauten Beobachter aus den zugrundeliegenden Unterlagen ohne weiteres ergibt.⁶⁹² Selbst eine vom Antragsteller zugrunde gelegte Rechtsauffassung, die mit guten Gründen vertretbar ist, jedoch der ständigen Rechtsprechung widerspricht, führt zur Offensichtlichkeit der Unzulässigkeit und Unbegründetheit.⁶⁹³ Es muß schon nach erster, oberflächlicher Prüfung und ohne weitere Ermittlungen abzusehen sein, daß der Antrag unzulässig ist oder unter keinem Gesichtspunkt zum Erfolg führen kann.⁶⁹⁴ Zur näheren Festlegung der Offenkundigkeit ist schließlich auf § 291 ZPO hinzuweisen.⁶⁹⁵ Die Vorprüfung der Vergabekammer ist demnach mit einer Schlüssigkeitsprüfung vergleichbar. Sie weicht allerdings aufgrund des Offensichtlichkeitsmaßstabes dahingehend ab, daß die maßgeblichen Rechtsfragen in diesem Stadium noch nicht vollständig geklärt sein müssen.⁶⁹⁶ In allen anderen Fällen ist das Verfahren durchzuführen und die Richtigkeit der behaupteten Rechtsansicht durch Entscheidung der Vergabekammer zu ermitteln. Es ist folglich eine äußerst restriktive Anwendung von § 110 II 1 GWB anzunehmen, zumal sonst die Gefahr besteht, durch die Erteilung des Zuschlags vollendete Tatsachen zu schaffen.⁶⁹⁷

Lehnt die Vergabekammer die Befassung mit einem Antrag wegen offensichtlicher Unzulässigkeit oder Unbegründetheit ab, so darf sie den Antrag nicht zustellen und wird zum anderen gem. § 112 I 2 GWB eine Entscheidung nach Lage der Akten treffen. Gegen diese Entscheidung bleibt dem Antragsteller noch die sofortige Beschwerde beim Oberlandesgericht gem. § 116 GWB, da auch die Ablehnung der Sache nach § 110 II 1 GWB eine rechtsmittelfähige Entscheidung darstellt.⁶⁹⁸

bb) Unzulässigkeit des Antrages

Die Unzulässigkeit eines Antrages kann sich sowohl aus den Bestimmungen des GWB als auch aus den über § 97 VI GWB in Bezug genommenen Vorschriften der Verdingungsord-

⁶⁹¹ BT-Drucks. 13/9340, S. 19 f.

⁶⁹² VergK Bund, Beschl. v. 19.6.2000, VK 2 - 10/00, S. 8, www.bundeskartellamt.de/vergabeentscheidungen.htm; Leinemann/Weihrach, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 153, Rn. 551; Boesen, Vergaberecht, § 110, Rn. 29; Kopp/Schenke, VwGO, § 108, Rn. 5.

⁶⁹³ Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 110, Rn. 25.

⁶⁹⁴ Bechtold, § 110, Rn. 3; nach Portz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz: Vergaberecht, § 110, Rn. 17 muß die Unzulässigkeit oder Unbegründetheit „auf die Stirn“ geschrieben sein.

⁶⁹⁵ Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 110, Rn. 4; Portz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, § 110, Rn. 17. Vgl. zur Offenkundigkeit bei § 291 ZPO: Hartmann in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 291, Rn. 4 f.; Greger in: Zöller, ZPO, § 291, Rn. 1.

⁶⁹⁶ Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 110, Rn. 26.

⁶⁹⁷ Kus in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 8.

⁶⁹⁸ Leinemann/Weihrach, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 153, Rn. 552.

nungen ergeben.⁶⁹⁹ In erster Linie ist ein Antrag unzulässig, wenn er nicht den Formerfordernissen des § 108 GWB entspricht, der Auftraggeber kein öffentlicher Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber i. S. v. § 98 GWB ist, der Auftragswert des dem angegriffenen Vergabeverfahren zugrundeliegenden Auftrags ersichtlich unterhalb der EG-Schwellenwerte des § 100 i. V. m. § 127 GWB liegt oder die nachfolgend erörterten Erfordernisse des § 107 GWB nicht vorliegen.⁷⁰⁰

(1) Antragsbefugnis

Die Antragsberechtigung gem. § 107 II 1 GWB ergibt sich aus dem objektiven Kriterium, daß der Antragsteller ein Interesse an dem Auftrag hat und daraus, daß er geltend macht, in eigenen Rechten verletzt zu sein, die durch § 97 VII GWB⁷⁰¹ eingeräumt werden.⁷⁰² Sinn und Zweck einer solchen Antragsbefugnis besteht darin, eine Flut von Nachprüfungsverfahren durch die Unternehmer, die vorgenannte Voraussetzungen nicht erfüllen, und somit ein Popularrechtsmittel zu vermeiden.⁷⁰³

Antragsbefugt sind demnach alle an dem Vergabeverfahren beteiligten Bieter, nicht jedoch mittelbar teilnehmende Nachunternehmer oder Lieferanten solcher Unternehmer.⁷⁰⁴ Selbst wenn man von einer weiten Auslegung des erforderlichen Interesses am Auftrag ausgeht⁷⁰⁵, sind die Subunternehmer und Lieferanten durch den möglichen Vergabeverstöß nicht in eigenen Rechten nach § 97 VII GWB verletzt. Denn sie haben selbst kein Angebot abgegeben, und daher stellt sich ihr mittelbares Interesse an dem Auftrag nur als ein vorwiegend wirtschaftliches, nicht jedoch als ein rechtliches dar.⁷⁰⁶ Ebenso mangelt es bei

⁶⁹⁹ Es kommt aber auch eine entsprechende Anwendung der Vorschriften der VwGO bzw. des GVG in Betracht: So bei Unzulässigkeit aufgrund entgegenstehender Rechtshängigkeit. Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.1999, Verg 1/99, BauR 1999, 751, 758; VergK Bund, Beschl. v. 9.8.2000, VK 2 - 22/00, S. 4, www.bundeskartellamt.de/vergabeentscheidungen.htm; Gröning, ZIP 2000, 52, 57; Portz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 107, Rn. 7.

⁷⁰⁰ Vgl. Auflistung bei Portz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 110, Rn. 15.

⁷⁰¹ Zum Recht i.S.d. § 97 VII GWB siehe oben: 4. Kap. C. VII.; weiterhin ist § 107 II 1 GWB aufgrund der Disparität zu § 104 II 1 2. Alt. GWB dahingehend auszulegen, daß die Antragsbefugnis auch bei Verletzung der sonstigen Ansprüche i.S. d. § 104 II 1 2. Alt. GWB gegeben ist.

⁷⁰² BT-Drucks. 13/9340, S. 17.

⁷⁰³ Boesen, Neues Vergaberecht, S. 85; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 107, Rn. 15; nach Bross, Vergaberechtsänderungsgesetz, S. 559, 565, handelt es sich aufgrund der weiten Fassung von §§ 107 II 1, 97 VII GWB um eine vergaberechtliche Popularklage. Daran ändert auch die notwendige Darlegung eines Schadens nach § 107 II 2 GWB nichts.

⁷⁰⁴ Leinemann/Weihrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 141, Rn. 514; Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 248, Rn. 508; Byok, NJW 1998, 2774, 2778; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 107, Rn. 16; Kraus, BauR 2000, 1545, 1560; Boesen, Vergaberecht, § 107, Rn. 40; VÜA Bayern, Beschl. v. 18.7.1997, VÜA 6/97, WuW/E Verg 101 f.; OLG Rostock, Beschl. v. 22.2.2000, 17 W (Verg) 1/00, NZBau 2000, 447, 448; a.A. Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 107, Rn. 3; kritisch Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 107, Rn. 674, 677.

⁷⁰⁵ Portz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 107, Rn. 16; Schwarze, EuZW 2000, 133, 139; a.A. Boesen, Vergaberecht, § 107, Rn. 39, der sogar ein „Interesse am Erhalt eines Auftrags“ erfordert.

⁷⁰⁶ OLG Rostock, Beschl. v. 22.2.2000, 17 W (Verg) 1/00, NZBau 2000, 447, 448; VergK Bund, Beschl. v. 10.8.2000, VK 1 - 19/00, S. 9 f., www.bundeskartellamt.de/vergabeentscheidungen.htm; VergK Bund, Beschl. v. 12.10.2000, VK 2 - 32/00, WuW/E Verg 414, 415 f.

Verbänden und Interessenvertretungen der Wirtschaft an der Antragsbefugnis.⁷⁰⁷ Eine Antragsberechtigung ergibt sich jedoch auch für potentielle Bewerber und Teilnehmer⁷⁰⁸, zumal eine Verletzung auch darin bestehen kann, daß die Ausschreibung einer Vergabe rechtswidrig unterblieb⁷⁰⁹ bzw. die Verletzung objektiv durch die Stellung eines Nachprüfungsantrages dokumentiert wird.⁷¹⁰ Ebenso ist eine Bietergemeinschaft⁷¹¹ sowohl insgesamt⁷¹² als auch jedes einzelne Mitglied⁷¹³, das Unternehmen i.S.d. § 107 II ist, antragsbefugt.

Für die Anforderung der Darlegung an die zu behauptende Rechtsverletzung kann auf die im Rahmen der Klagebefugnis im Verwaltungsprozeßrecht zur Anwendung kommende Vorschrift des § 42 II VwGO zurückgegriffen werden.⁷¹⁴ Die Klagebefugnis wird dort anhand der sogenannten Möglichkeitstheorie bestimmt.⁷¹⁵ Danach kommt es nur auf die Geltendmachung der Rechtsverletzung an, das heißt auf die substantiierte Rechtsbehauptung, die es als möglich erscheinen läßt, daß der Kläger durch den behaupteten Rechtsverstoß in seinen Rechten verletzt ist, nicht jedoch darauf, ob ein solcher wirklich vorliegt.⁷¹⁶

Eine Verletzung in eigenen Rechten nach § 97 VII GWB wird von Art. 1 III RMR/S-RMR nicht gefordert. Aufgrunddessen wurde zum Teil die Gemeinschaftsrechtskonformität von § 107 II 1 2. Alt. GWB in Frage gestellt.⁷¹⁷ Dem ist aber entgegenzuhalten, daß dem Gesetzgeber bei der Umsetzung einer Richtlinie ein Ermessensspielraum zusteht, soweit die Gewährung effektiven Rechtsschutzes gesichert ist.⁷¹⁸ Eine Verletzung von eigenen Rechten

⁷⁰⁷ VergK OFD Magdeburg, Beschl. v. 16.8.1999, VK-12/99-L; Kalinowsky, Rechte der Bieter nach § 97 VII GWB, S. 233.

⁷⁰⁸ Boesen, Vergaberecht, § 107, Rn. 39; Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 107, Rn. 674; Leinemann/Weihrach, S. 141, Rn. 516; Byok, NJW 1998, 2774, 2778; VÜA Bayern, Beschl. v. 2.5.1996, VÜA 5/96.

⁷⁰⁹ BT-Drucks. 13/9340, S. 17.

⁷¹⁰ OLG Stuttgart, Beschl. v. 11.7.2000, 2 Verg 5/00, BauR 2001, 98, 99.

⁷¹¹ Eine Bietergemeinschaft ist ein Zusammenschluß von Unternehmen, die ein gemeinsames Angebot einreichen, um den Auftrag als Arbeitsgemeinschaft auszuführen; Boesen, Vergaberecht, Einl. 123 ff.; § 97, Rn. 66.

⁷¹² BayObLG, Beschl. v. 21.5.1999, Verg 1/99, WuW/E Verg 239, 240.

⁷¹³ Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 107, Rn. 23; Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 247, Rn. 507; Kalinowsky, Rechte der Bieter nach § 97 VII GWB, S. 234; Noch ZfBR 1998, 418, 420.

⁷¹⁴ Portz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 107, Rn. 18; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 107, Rn. 18.

⁷¹⁵ Bosch/Schmitt, Verwaltungsgerichtliches Verfahren, S. 120; Erichsen, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 28; Hipp/Hufeld, JuS 1998, 802, 804; Pietzner/Ronellenfisch, Assessorexamen im Öffentlichen Recht, S. 160; Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, S. 104, Rn. 155; BayVGH, Beschl. v. 16.12.1993, 4 CS/CE 93.3206, BayVBI 1994, 407, 408; OVG Saarlouis, Urt. v. 15.12.1994, 1 R 27/94, NVwZ-RR 1995, 319; BVerwG, Beschl. v. 21.1.1993, 4 B 206/92, NVwZ 1993, 884 f.; BVerwGE 92, 32, 35, Urt. v. 27.1.1993, 11 C 35.92; BVerwGE 95, 333, 335, Urt. v. 20.4.1994, 11 C 17.93.

⁷¹⁶ Bechtold, GWB, § 107, Rn. 2; Redeker/von Oertzen, VwGO, § 42, Rn 20; Kalinowsky, Rechte der Bieter nach § 97 VII GWB, S. 235; Kulartz, BauR 1999, 724, 727; BVerwG, Urt. v. 22.5.1980, 3 C 2.80, BVerwGE 60, 154, 158; VergK Düsseldorf, Beschl. v. 21.9.1999, VK-12/99-L; VergK Südbayern, Beschl. v. 13.12.1999, 120.3-3194.1-18-11/99; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.1999, Verg 1/99, BauR 1999, 751, 759.

⁷¹⁷ Byok, NJW 1998, 2774, 2778; Dreher, NVersZ 1999, 10, 15.

⁷¹⁸ Grabitz/Hilf, Art. 189, Rn. 59; Boesen, EuZW 1998, 551, 552; EuGH, Urt. v. 11.8.1995, Rs. c-433/93, Kommission./Deutschland, EuZW 1995, 635, 636.

kann grundsätzlich von jedem auch potentiellen Bieter erfüllt werden, zumal nur diesen das Nachprüfungsverfahren zustehen soll.⁷¹⁹

(2) Darlegung eines Schadens

Der Antragsteller muß gem. § 107 II 2 GWB hinsichtlich jeder einzelnen Rüge darlegen, daß ihm durch die behauptete Rechtsverletzung ein Schaden entstanden ist.⁷²⁰ Die mit Art. 1 III d RMR übereinstimmende Vorschrift soll verhindern, daß ein Bieter, der auch bei ordnungsgemäß durchgeführtem Vergabeverfahren keinerlei Aussicht auf Berücksichtigung seines Angebots und auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, ein Nachprüfungsverfahren einleiten kann, und konkretisiert dadurch die für alle Rechtsschutzverfahren geltende Zulässigkeitsvoraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses.⁷²¹ Für die Geltendmachung des entstandenen bzw. noch drohenden Schadens wird teilweise verlangt, daß der Antragsteller die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach § 126 GWB bzw. eine echte Chance auf den Auftrag darlegt.⁷²² Es dürfte jedoch ausreichend sein, daß der schlüssig und nachvollziehbare Sachvortrag des Antragstellers die Möglichkeit eines solchen Schadens darlegt. Hierfür wiederum reicht nicht irgendein möglicher Schaden aus, vielmehr muß durch den gerügten Vergaberegelerstoß eine verursachte Minderung der Chancen auf den Zuschlag bestehen.⁷²³ Demzufolge entspricht ein Antragsteller nicht seiner Darlegungspflicht, wenn sich seine Position im Wettbewerb durch die gerügten Verstöße in keiner denkbaren Weise verschlechtert haben könnte und deshalb die Entstehung eines Nachteils von vornherein als ausgeschlossen erscheint.⁷²⁴ Ebenfalls droht einem Antragsteller kein Schaden, wenn er vergaberechtliche Verstöße rügt, jedoch evident keine Aussicht auf Erteilung eines Zuschlags hat, selbst wenn der geltend gemachte Verstoß ausgeräumt würde.⁷²⁵

Unter Schaden ist ein wirtschaftlicher Nachteil des Unternehmens zu sehen, der in Zusammenhang mit dem Interesse an dem Auftrag zu verstehen ist, jedoch nicht im Sinne eines

⁷¹⁹ Boesen, Vergaberecht, § 107, Rn. 47.

⁷²⁰ OLG Rostock, Beschl. v. 18.10.2000, 17 W 12/00; VergK Lüneburg, Beschl. v. 11.1.2001, 203 VgK 19/2000, S. 4 f.

⁷²¹ BayObLG, Beschl. v. 21.5.1999, Verg 1/99, NZBau 2000, 49, 52 unter Hinweis auf BT-Drucks. 13/9340, S. 42 u. 50.

⁷²² Portz, ZVgR 1998, 596, 598; Kalinowsky, Rechte der Bieter nach § 97 VII GWB, S. 239.

⁷²³ BayObLG, Beschl. v. 21.5.1999, Verg 1/99, NZBau 2000, 49, 52; kritisch Jaeger, OLG-Entscheidungen zum GWB-Vergaberecht, S. 107, 117.

⁷²⁴ VergK Bund, Beschl. v. 30.3.2000, VK 2-2/00, S. 12 ff., www.bundeskartellamt.de/vergabeentscheidungen.htm; VergK Bund, Beschl. v. 26.1.2000, VK 1-31/99, S. 6, www.bundeskartellamt.de/vergabeentscheidungen.htm; BayObLG, Beschl. v. 12.4.2000, Verg 1/00, NZBau 2000, 481, 485; BayObLG, Beschl. v. 23.11.2000, Verg 12/00; Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 107, Rn. 679.

⁷²⁵ OLG Koblenz, Beschl. v. 25.5.2000, 1 Verg 1/00, NZBau 2000, 445, 446; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 107, Rn. 25.

ersatzfähigen Schadens.⁷²⁶ Bei einem rechtswidrigen Vergaberechtsverstoß bedarf es keiner Schadensspezifizierung, da sich die Antragsbefugnis gem. § 107 II 2 GWB schon aus dem offenkundigen Risiko des Auftragsverlustes ergibt.⁷²⁷

Des Weiteren muß die behauptete Rechtsverletzung kausal für den genannten Schaden sein.⁷²⁸ Nicht erforderlich ist jedoch, daß der Antragsteller auch schlüssig darlegt, daß er bei vergabekonformem Verhalten des Auftraggebers den Zuschlag auch erhalten hätte.⁷²⁹

cc) Präklusion aufgrund mangelnder Rüge

§ 107 III GWB enthält trotz zahlreicher Kritik während und nach des Gesetzgebungsverfahrens⁷³⁰ eine Präklusionsregel unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zur Vermeidung unnötiger Verfahren. Erkennt der Unternehmer Fehler im Vergabeverfahren, muß er dem Auftraggeber Gelegenheit geben, diese Fehler zu korrigieren, indem er den Rechtsverstoß rügt. Der Unternehmer, der auf einen erkannten Fehler spekuliert, weil er sich möglicherweise zu seinen Gunsten auswirken könnte, soll insoweit nicht die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einfordern dürfen, wenn seine Spekulation nicht aufgeht.⁷³¹ Durch die Verwendung des Merkmals „soweit“ soll aber eine Begrenzung der Präklusion erreicht werden.⁷³²

(a) Kenntnis bzw. Erkennbarkeit

(aa) Positive Kenntnis

Voraussetzung für die Wirkung des Ausschlusses nach § 107 III 1 GWB, mit den Einwendungen im Verfahren vor der Vergabekammer nicht gehört zu werden, ist die positive Kenntnis dieser Einwendungen in einem Zeitpunkt, zu dem sie noch der Vergabestelle vorgehalten werden können.⁷³³ Bei Zweifeln an der Rechtslage kann von einer Kenntnis gem. § 107 III 1 GWB grundsätzlich nur gesprochen werden, wenn dem Bieter einerseits die den Verstoß begründenden Tatsachen bekannt sind und andererseits diese Tatsachen jedenfalls bei objektiver Wertung einen Mangel des Vergabeverfahrens darstellen. Ist hier-

⁷²⁶ Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 250, Rn. 513; vgl. auch zum Schadensbegriff im Vergaberecht Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 107, Rn. 679 unter Hinweis auf Heinrichs in: Palandt, Vorbem. v. § 249, Rn. 8 ff.

⁷²⁷ OLG Dresden, Beschl. v. 11.7.2000, WVerG 5/00, BauR 2001, 235, 236.

⁷²⁸ BayObLG, Beschl. v. 21.5.1999, Verg 1/99, NZBau 2000, 49, 52.

⁷²⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.1999, Verg 1/99, BauR 1999, 751, 759; Boesen, Vergaberecht, § 107, Rn. 56; a.A. Marx in: Müller-Wrede, VOF, § 21, Rn. 16; Kulartz, BauR 1999, 724, 728.

⁷³⁰ Boesen, EuZW 1998, 551, 555; Braun, NZBau, 320 ff.; Byok, DZWIR 197, 138, 141; Byok, NJW 2774, 2778; Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 255 ff., Rn. 524 ff.; Prieß, EuZW 1997, 391, 394; Schwarze, EuZW 2000, 133, 139.

⁷³¹ BT-Drucks. 13/9340, S. 17; ebenso VergK Bund, Beschl. v. 19.7.1999, VK 2-14/99, BauR 2000, 149; VergK Bund, Beschl. v. 9.9.1999, VK 2-24/99, NZBau 2000, 110.

⁷³² Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 107, Rn. 680 unter Hinweis auf BT-Drucks. 13/9340, S. 50.

für eine rechtliche Wertung erforderlich, muß diese Wertung jedenfalls nach der gängigen praktischen Handhabung zu einem Verstoß gegen Vergabevorschriften führen.⁷³⁴ Vermutungen reichen jedenfalls für die positive Kenntnis nicht aus.⁷³⁵ Jedoch kann dem Bieter nicht zugemutet werden, bereits in einem frühen Stadium des Verfahrens das Verhältnis zur Vergabestelle dadurch zu belasten, daß er sozusagen auf Verdacht Verfahrensfehler rügt.⁷³⁶ Dem Bieter ist aber unter Umständen eine einschlägige Rechtskenntnis abzuverlangen. Dabei muß die Erfassung des Sachverhaltes nicht juristisch eindeutig erkannt werden; es reicht die Erfassung des Sachverhaltes in seiner wesentlichen rechtlichen Bedeutung ohne Rücksicht auf eine konkrete Rechtmäßigkeitsbeurteilung aus.⁷³⁷ Insbesondere bei einer schwierigen Rechtslage kann positive Kenntnis erst mit anwaltlicher Beratung eintreten.⁷³⁸

(bb) Beweisschwierigkeiten

Des weiteren fällt es schwer, einem Bieter das tatsächliche Erkennen und demzufolge die nicht rechtzeitige Rüge nachzuweisen.⁷³⁹ Positive Kenntnis des Antragstellers ist zumindest dann anzunehmen, wenn diese in objektivierbarer Form nachweisbar ist. Nachweisbarkeit liegt dann vor, wenn zum Beispiel vorhandene Schriftwechsel eindeutig belegen, daß dem Antragsteller der geltend gemachte Vergabeverstoß bereits vorab bekannt war.⁷⁴⁰

(cc) Erkennbarkeit aufgrund Bekanntmachung

Verstöße gegen Vergabevorschriften sind aufgrund Bekanntmachungen nicht schon dann erkennbar, wenn nur der Fachmann nach genauerem Studium den Verstoß feststellen könnte, sondern nur, wenn die Nichtfeststellung dem Antragsteller persönlich vorwerfbar

⁷³³ Insbesondere Erkennenmüssen reicht nicht aus: Braun, NZBau 2000, 320, 321; Kulartz, BauR 1999, 724, 728; Sturmberg, BauR 1998, 1063, 1068; VÜA Lüneburg, Beschl. v. 4.8.1999, 203-VgK-6/1999, ZVG 1999, 282.

⁷³⁴ BayObLG, Beschl. v. 21.5.1999, Verg 1/99, NZBau 2000, 49, 52; Kraus, BauR 2000, 1545, 1560; vgl. auch KG, Beschl. v. 19.4.2000, KartVerg 6/00, NZBau 2001, 161; Gersterkamp, NZBau 2001, 125 f.

⁷³⁵ OLG Saarbrücken, Beschl. v. 24.11.1999, 5 Verg 1/99.

⁷³⁶ BayObLG, Beschl. v. 21.5.1999, Verg 1/99, NZBau 2000, 49, 52.

⁷³⁷ Willenbruch, NVwZ 1999, 1062, 1066; OLG Stuttgart, Beschl. v. 11.7.2000, 2 Verg 5/00, BauR 2001, 98, 100 offengelassen, ob schon die positive Kenntnis aller tatsächlichen Umstände ausreicht.

⁷³⁸ Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 107, Rn. 681; Höfler, ZVG 1999, 117, 118; VergK Lüneburg, Beschl. v. 2.3.1999, 203 VgK 1/1999; VergK Bund, Beschl. v. 19.7.1999, VK 2-14/99, BauR 2000, 149; VergK Bund, Beschl. v. 20.4.2000, VK 2 - 6/00, S. 13, www.bundeskartellamt.de/vergabeentscheidungen.htm; VergK Hessen, Beschl. v. 11.8.1999, VK 1/99.

⁷³⁹ Leinemann/Weihrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 142, Rn. 520; Boesen, EuZW 1998, 551, 555; Jasper, DB 1998, 2151, 2156; Niebuhr/Eschenbruch, Neues Vergaberecht 1998, S. 195, 222 plädiert deshalb für ein bloßes Erkennen können. Dies stellt dann einen objektiven Maßstab dar, der aber zugleich die Antragsbefugnis in zeitlicher Hinsicht einschränkt.

⁷⁴⁰ Portz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 107, Rn. 30.

ist.⁷⁴¹ Es ist entscheidend, ob der konkrete Antragsteller aufgrund seiner Erfahrung und der konkreten Umstände den Verstoß hätte erkennen können bzw. müssen.⁷⁴²

(dd) Resumee

Den Bietern wird durch die Rügeverpflichtung ein sehr hohes Maß an Aufmerksamkeit abverlangt, das nur durch eine frühzeitige Rechtsberatung erfolgen kann. Gerechtfertigt ist eine solche „Professionalisierung“ der Beteiligten an Ausschreibungen jedoch insoweit, als auch die Vergabestellen aufgrund der verbesserten Nachprüfungsmöglichkeiten insgesamt einem höheren Risiko ausgesetzt sind.⁷⁴³ Jedoch ist bei den Rügeobliegenheiten insgesamt ein realistischer und eng auszulegender Maßstab anzuwenden.⁷⁴⁴ Somit ist der durch § 97 VII GWB vermittelte Schutz großzügig zu gewähren, um der weit gefaßten Antragsbefugnis der Rechtsmittelrichtlinien gerecht zu werden, zumal den europäischen Vergaberichtlinien die Schutzzwecklehre fremd ist.⁷⁴⁵

(b) Zeitliche Beschränkung

Während der Ablauf der Frist nach § 107 III 2 GWB unproblematisch bestimmbar ist, wurde in § 107 III 1 GWB mit unverzüglicher Geltendmachung ein unbestimmter Rechtsbegriff verwendet. Unverzüglichkeit i. S. d. § 107 III 1 GWB bedeutet ohne schuldhaftes Zögern i. S. d. § 121 BGB. Dies heißt, daß der Unternehmer einen erkannten Verstoß unter Berücksichtigung der für die Prüfung und Begründung der Rüge erforderlichen Zeit so bald gegenüber dem Auftraggeber zu rügen hat, als es ihm nach den Umständen möglich und zumutbar ist.⁷⁴⁶ Unverzüglich ist also nicht gleichbedeutend mit sofort, zumal dem betreffenden Unternehmen außer der eigentlichen Prüfung und Erarbeitung der meist schriftlich erklärten Rüge auch eine angemessene Überlegungsfrist zuzubilligen ist, ob es überhaupt Rechtsschutzmöglichkeiten wahrnehmen will. Als Höchstgrenze werden im Regelfall zwei

⁷⁴¹ Bechtold, GWB, § 107, Rn. 3.

⁷⁴² Willenbruch, BB, 2001, 7, 8; Boesen, Vergaberecht, § 107, Rn. 67; Leinemann/Weihrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 143, Rn. 522; a.A. Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 107, Rn. 5; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 107, Rn. 37; VergK Bund, Beschl. v. 17.4.2000, VK 1 - 5/00, S. 15, www.bundeskartellamt.de/vergabekammer.htm: danach wird auf einen durchschnittlichen Antragsteller abgestellt. Portz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz: Durchschnittsbieter ggfls. unter Beachtung von subjektiven Elementen.

⁷⁴³ Noch, Vergaberecht kompakt, S. 65.

⁷⁴⁴ Byok, NJW 1998, 2774, 2778; Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 107, Rn. 681; Bechtold, GWB, § 107, Rn. 3; Leinemann/Weihrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 143, Rn. 521; VÜA Hessen, Beschl. v. 16.3.1999, VÜA 2/99.

⁷⁴⁵ Schwarze, EuZW 2000, 133, 139.

⁷⁴⁶ OLG Brandenburg, Beschl. v. 11.5.2000, Verg 1/00, OLG Report Brandenburg 2000, 354, 355; BGH, Urt. v. 23.6.1994, VII ZR 163/93, NJW-RR 1994, 1108 f.; vgl. auch Heinrichs in: Palandt, BGB, § 121, Rn. 3; Kramer in: MüKo, BGB Band 1, § 121, Rn. 7; Hefermehl in: Soergel, BGB AT 2, § 121, Rn. 7.

Wochen anzusehen sein. Die genaue Frist kann jeweils nur anhand der Umstände des Einzelfalls festgelegt werden.⁷⁴⁷

(c) Form

Die Rüge unterliegt keiner bestimmten Form, sie kann somit mündlich bzw. telefonisch⁷⁴⁸ wie auch schriftlich einschließlich Telefax gegenüber dem Auftraggeber⁷⁴⁹ erfolgen.⁷⁵⁰ Um jederzeit den Nachweis über die erfolgte Rüge erbringen zu können, sollte jedoch der Unternehmer die Schriftform wählen.⁷⁵¹ Wird die Schriftform gewählt, ist hinsichtlich der Endgültigkeit einer Erklärung eine Unterschrift zwingend nötig.⁷⁵² Weder der Begriff Rüge muß aufgrund laienhafter Auslegung gem. § 130 BGB entsprechend verwendet werden noch ist die Bezugnahme auf eine konkrete Vergabevorschrift nötig.⁷⁵³ Der Auftraggeber muß lediglich in die Lage versetzt werden, den beanstandeten Fehler zu erkennen und zu korrigieren.⁷⁵⁴ Jedoch muß der Bieter dem Auftraggeber unmißverständlich deutlich machen, daß ihm hiermit die letzte Chance gegeben wird, den vorgetragenen Verstoß zu korrigieren, bevor der Bieter den Rechtsweg zur Vergabekammer beschreitet.⁷⁵⁵ Ebenso ist eine nur vorsorglich eingelegte Rüge aufgrund Bedingungsfeindlichkeit unstatthaft.⁷⁵⁶

(d) Zeitraum zwischen Erhebung der Rüge und Stellung des Nachprüfungsantrags

Ein Nachprüfungsantrag sollte grundsätzlich erst nach Ablauf angemessener Frist nach der Rügeerhebung erfolgen, um der Vergabestelle die Möglichkeit zu geben, den Vergabeverstoß zu korrigieren.⁷⁵⁷ Um das Zuschlagsverbot gem. § 115 I GWB zu erwirken, liegt es jedoch im Interesse des Bieters, möglichst frühzeitig einen Nachprüfungsantrag zu stellen. Ebenso ist ein zeitlicher Abstand zwischen Rüge und Stellung eines Nachprüfungsantrages

⁷⁴⁷ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.1999, Verg 1/99, BauR 1999, 751, 756 f.; BayObLG, Beschl. v. 12.4.2000, Verg 1/00, NZBau 2000, 481, 483; KG, Beschl. v. 24.8.1999, Kart Verg 5/99, BauR 2000, 563, 564; OLG Stuttgart, Beschl. v. 12.5.2000, 2 Verg 1/00, NZBau 2000, 542; VergK Bund, Beschl. v. 20.4.2000, VK 2 - 6/00, S. 12, www.bundeskartellamt.de/vergabeentscheidungen.htm; a.A. Bechtold, GWB, § 107, Rn. 2: Rüge innerhalb von ein bis drei Tagen auf dem schnellstmöglichen Weg; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 107, Rn. 5: Rüge innerhalb von 3-4 Tagen, äußerstenfalls länger als eine Woche.

⁷⁴⁸ VergK Bund, Beschl. v. 4.8.1999, VK 2-16/99, NZBau 2000, 112; VergK Bund, Beschl. v. 3.11.1999, VK 1-27/99, S. 4, www.bundeskartellamt.de/vergabeentscheidungen.htm.

⁷⁴⁹ Nach OLG Stuttgart, Beschl. v. 12.5.2000, 2 Verg 1/00, NZBau 2000, 542, kann die Rüge auch gegenüber der Vergabekammer erfolgen, wenn die Erteilung des Zuschlags unmittelbar bevorsteht. Nach OLG Jena, Beschl. v. 5.7.2000, 6 Verg 3/00, NZBau 539, 540, kann die Rüge auch gegenüber dem vom Auftraggeber beauftragten Dritten erfolgen.

⁷⁵⁰ VUA Lüneburg, Beschl. v. 4.8.1999, 203 VgK 6/1999, ZVgR 1999, 282.

⁷⁵¹ Boesen, Neues Vergaberecht, S. 86; Boesen, VergNews 2000, 41, 42.

⁷⁵² VergK Düsseldorf, Beschl. v. 12.7.2000, VK 13/2000 L, VergNews 2000, 61, 62.

⁷⁵³ Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 107, Rn. 31; VergK Bund, Beschl. v. 26.8.1999, VK 2-22/99, S. 9 u. Beschl. v. 21.10.1999, VK 2-26/99, S. 9, www.bundeskartellamt.de/vergabeentscheidungen.htm.

⁷⁵⁴ Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 107, Rn. 683.

⁷⁵⁵ VergK Bund, Beschl. v. 21.10.1999, VK 2-26/99, S. 9, www.bundeskartellamt.de/vergabeentscheidungen.htm.

⁷⁵⁶ VergK Brandenburg, Beschl. v. 12.8.1999, 1 VK 19/99, VergNews 2000, 16.

⁷⁵⁷ Art. 1 III RMR/S-RMR; Portz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 107, Rn. 40; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.1999, Verg 1/99, WuW/E Verg 223, 226.

gesetzlich nicht vorgeschrieben. Somit kann der Bieter insbesondere bei besonderem Zeitdruck den Nachprüfungsantrag unmittelbar nach Zugang der Rüge stellen.⁷⁵⁸

(e) Entfallen der Rügepflicht

Die Pflicht zur unverzüglichen Rüge eines Vergabefehlers kann sogar gänzlich entfallen, wenn dem Bieter bei Durchführung des Rügeverfahrens keine ausreichende Zeit verbleibt, durch einen Nachprüfungsantrag das Zuschlagsverbot herbeizuführen.⁷⁵⁹ Zumindest bei komplexeren Vergabeverfahren, in denen der Bieter oder Bewerber die Zuschlagsentscheidung aufgrund der Vorinformation gem. § 13 VgV angreifen will, stellt die vorprozessuale Rügeverpflichtung eine sinnlose Förmerei dar.⁷⁶⁰

Ebenso entfällt die Rügepflicht, wenn der Auftraggeber von vornherein im Vergabeverfahren eindeutig zu erkennen gibt, daß er unter keinen Umständen und auch nicht auf eine Rüge von Bietern hin gewillt ist, einen ersichtlich vorliegenden Verstoß abzustellen.⁷⁶¹

Überflüssig ist eine Rüge auch dann, wenn die möglichen Vergabeverstöße erst im laufenden Nachprüfungsverfahren aufgedeckt wurden. Denn dann kann der Sinn und Zweck der Präklusionsregel, die Vermeidung unnötiger Nachprüfungsverfahren, nicht mehr erfüllt werden.⁷⁶²

cc) Unbegründetheit des Antrages

Unbegründet gem. § 110 II 1 GWB ist ein Antrag in der Regel dann, wenn die vorgebrachten Tatsachen nicht zur Rechtswidrigkeit des Verfahrens führen können.⁷⁶³ Die Rechtswidrigkeit des Verfahrens ergibt sich dabei zumeist aus einem Verstoß gegen das materielle Vergaberecht, also die jeweils einschlägigen Verdingungsordnungen.⁷⁶⁴ Ebenso liegt of-

⁷⁵⁸ Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 107, Rn. 39; Ertl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 254, Rn. 521 f.; Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 107, Rn. 683; Leinemann/Weihrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 143, Rn. 522; VergK Bund, Beschl. v. 30.6.1999, VK 2-14/99, ZVgR 1999, 265, 267; VergK Bund, Beschl. v. 4.8.1999, VK 2-16/99, NZBau 2000, 112; VergK Bund, Beschl. v. 22.8.2000, VK 2 - 20/00, S. 10, www.bundeskartellamt.de/vergabeentscheidungen.htm. Nach VergK Bund, Beschl. v. 1.2.2001, VK 1 - 1/01, WuW/E Verg 424, 425 f. kann sich der Bieter auch mehrere Monate mit dem Antrag seit Rügestellung Zeit lassen. Nach VergK Südbayern, Beschl. v. 13.12.1999, 120.3-3194.1-18-11/99, VergRR 12/99, S. 3 kann die Rüge sogar auch noch kurz nach Antragsstellung erhoben werden, so daß der Antrag in die Zulässigkeit hineinwächst.

⁷⁵⁹ OLG Rostock, Beschl. v. 10.5.2000, 17 W 3/00, NZBau 2001, 286, 287; Kraus, BauR 2000, 1545, 1561.

⁷⁶⁰ Gröning, WRP 2001, 1, 6; siehe oben: 4. Kap. D. I. 2. d. aa.

⁷⁶¹ Portz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 107, Rn. 34; Willenbruch, BB 2001, 7, 9 spricht von einer sog. Sekundenrüge; Boesen, VergNews 2000, 41, 43.

⁷⁶² Jaeger, OLG-Entscheidungen zum GWB-Vergaberecht, S. 107, 121; OLG Celle, Beschl. v. 30.4.1999, 13 Verg 1/99, BauR 2000, 405, 406; VergK Bund, Beschl. v. 15.9.1999, VK 1-19/99, NZBau 2000, 158, 160 f.; OLG Celle, Beschl. v. 23.2.2001, 13 Verg 3/01.

⁷⁶³ Trautner, Neues Vergaberecht, S. 15.

⁷⁶⁴ Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 110, Rn. 4.

fensichtliche Unbegründetheit eines Antrages vor, wenn die den Antrag begründenden Tatsachen widersprüchlich sind oder nicht der Realität entsprechen.⁷⁶⁵

b) Zustellung

Die Vergabekammer hat gem. § 110 II 1 GWB den Antrag nach dessen Eingang dem Auftraggeber zuzustellen. Um dem Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes hinreichend Rechnung zu tragen, ist es erforderlich, daß die Zustellung unverzüglich erfolgt, also ohne verfahrenswidrige Verzögerungen.⁷⁶⁶ Dem wird in der Regel mit einer Zustellung noch am selben, spätestens aber am darauffolgende Tag entsprochen.⁷⁶⁷

Dabei hat die Zustellung des Nachprüfungsantrags an den Auftraggeber nach den Bestimmungen des Verwaltungszustellungsgesetzes⁷⁶⁸ zu erfolgen. Eine Übermittlung per Fax genügt grundsätzlich nicht diesen Anforderungen.⁷⁶⁹ Zwar verweisen nur §§ 114 III 3, 61 I 1 GWB hinsichtlich der Zustellung des Beschlusses der Vergabekammer auf die Bestimmungen des Verwaltungszustellungsgesetzes, doch ist kein Grund dafür ersichtlich, daß die Zustellung des Nachprüfungsantrages gem. § 110 II 1 GWB nach anderen - insbesondere erleichterten - Vorschriften erfolgen sollte als im Falle des § 114 III GWB. Des weiteren ist das Nachprüfungsverfahren vom Gesetzgeber als Verwaltungsverfahren ausgestaltet worden; dementsprechend finden auf die im Rahmen dieses Verfahrens erfolgenden Zustellungen einheitlich die Bestimmungen des Verwaltungszustellungsgesetzes Anwendung.⁷⁷⁰ Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß eine förmliche Zustellung in krassem Widerspruch zum mit dem Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer einhergehenden Suspensiveffekt stehen würde und dieser dadurch massiv abgewertet werden würde.⁷⁷¹ Nach § 5 II VwZG kann an Behörden, Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts (die wohl die große Mehrzahl der öffentlichen Auftraggeber ausmachen) auch auf andere Weise - also auch per Telefax - übermittelt werden.⁷⁷² Um dem Gesichtspunkt effektiven Rechtsschutzes hinreichend Rechnung zu tragen, sollte darüber nachgedacht

⁷⁶⁵ Portz in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 110, Rn. 16.

⁷⁶⁶ Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 110, Rn. 704; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 110, Rn. 19.

⁷⁶⁷ Leinemann/Weihrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 147, Rn. 536.

⁷⁶⁸ Nach Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 110, Rn. 4, gelten bei den Vergabekammern der Länder die entsprechenden Verwaltungszustellungsvorschriften der Länder; a.A. Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 110, Rn. 28: danach ist generell das Verwaltungszustellungsgesetz des Bundes anwendbar.

⁷⁶⁹ Kraus, BauR 2000, 1545, 1559; Waldner, Bieterschutz im Vergaberecht, S. 183 f.; Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 11; Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 110, Rn. 704; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 110, Rn. 4; OLG Schleswig, Beschl. v. 1.6.1999, 6 Verg 1/99, ZVgR 1999, 166, 168.

⁷⁷⁰ OLG Schleswig, Beschl. v. 1.6.1999, 6 Verg 1/99, ZVgR 1999, 166, 168; Jaeger, OLG-Entscheidungen zum neuen Vergaberecht, S. 107, 123.

⁷⁷¹ Höfler, ZVgR 1999, 169; ebenso Leinemann/Weihrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 147, Rn. 534.

⁷⁷² Molter, ZVgR 2000, 113; OLG Schleswig, Beschl. v. 1.6.1999, 6 Verg 1/99, ZVgR 1999, 166, 168; BayObLG, Beschl. v. 10.10.2000, Verg 5/00, ZfBR 2001, 189; VergK Bund, Beschl. v. 23.11.2000, VK 2 - 36/00, S. 19, www.bundeskartellamt.de/vergabeentscheidungen.htm.

werden, § 5 II VwZG auf alle sonstigen öffentlichen Auftraggeber i.S.d. § 98 GWB oder nach § 110 II GWB zu erstrecken.⁷⁷³

5. Auswirkung auf Zuschlags- und Bindefrist

a) Zuschlag nach Fristablauf

Unter Zuschlagsfrist gem. §§ 19 Nr. 1, Nr. 2 VOB/A und VOL/A⁷⁷⁴ versteht man den Zeitraum, der dem Auftraggeber zur Überlegung zur Verfügung steht, welches der eingereichten, zur Kenntnis genommenen Angebote er annehmen, mit welchem der Bieter er den beabsichtigten Bauvertrag abschließen, also wem er den Zuschlag erteilen will.⁷⁷⁵ Die der Zuschlagsfrist gleichlaufende Bindefrist gem. §§ 19 Nr. 3 VOB/A und VOL/A bedeutet die Zeitspanne, in der der Bieter seinerseits an seine von ihm abgegebenen Angebote gebunden ist, so daß dieser sie nicht mehr ohne weitere sachliche Voraussetzungen zurücknehmen bzw. zurückziehen kann, §§ 18 Nr. 3 VOB/A und VOL/A.⁷⁷⁶ Nach §§ 28 Nr. 1 VOB/A und VOL/A ist zwar grundsätzlich der Zuschlag innerhalb dieser Fristen zu erteilen, jedoch kann auch nach Fristablauf noch eine Zuschlagserteilung erfolgen, § 28 Nr. 2 II VOB/A.⁷⁷⁷ Dann wird allerdings der Vertrag nicht schon mit dem Zuschlag geschlossen; vielmehr stellt der Zuschlag in diesem Fall ein neues Angebot dar, das der Annahme durch den Bieter innerhalb der sich aus § 147 BGB ergebenden Frist bedarf, § 150 II BGB. Nur wenn der Bieter den Zuschlag annimmt, kommt der Vertrag zustande.⁷⁷⁸ Es liegt somit im freien Ermessen des Bieters, ob er den Vertrag unter diesen Bedingungen annimmt oder aufgrund eventueller Preissteigerungen ablehnt. Nimmt der Bieter den verspäteten Zuschlag nicht an und kommt auch mit keinem anderen Bieter ein Vertrag zustande, kommt es sogar zur Aufhebung der Ausschreibung aus schwerwiegendem Grund und somit auch zur Erledigung eines anstehenden Nachprüfungsverfahrens.⁷⁷⁹ Allein der Ablauf der Bindefrist genügt dafür noch nicht.⁷⁸⁰

b) Aussetzung der Zuschlags- und Bindefrist

⁷⁷³ Molter, ZVgR 2000, 113.

⁷⁷⁴ Bei der VOF stellt sich das folgende Problem so nicht, weil der Vertrag auf eine andere Art und Weise zustande kommt, vgl. § 16 VOF.

⁷⁷⁵ Ingenstau/Korbion, VOB, A § 19, Rn. 1.

⁷⁷⁶ Heiermann in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, A § 19, Rn. 1; Eberstein in: Daub/Eberstein, VOL/A, § 19, Rn. 24 ff.

⁷⁷⁷ Die VOL/A enthält keine solche Regelung; jedoch ist ein entsprechendes Vorgehen in der VOL/A auch zulässig: Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 19.

⁷⁷⁸ Ingenstau/Korbion, VOB, A § 28, Rn. 4; Rusam in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, A § 26, Rn. 2 und A § 28, Rn. 14; BayObLG, Beschl. v. 21.5.1999, Verg 1/99, WuW/E Verg 239, 242 f.

⁷⁷⁹ BayObLG, Beschl. v. 21.5.1999, Verg 1/99, WuW/E Verg 239, 243; Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 19; Heiermann in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, A § 19, Rn. 9.

⁷⁸⁰ Prahl, VR 2000, 13, 14 f.; a.A. Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 278, Rn. 572.

Aus diesem Grunde wurde teilweise eine durch das Zuschlagsverbot gem. § 115 I GWB bedingte Aussetzung der Zuschlags- und Bindungsfrist diskutiert.⁷⁸¹ Begründet wurde dies damit, daß dadurch dem Anliegen des Gesetzgebers entsprochen wird, auf die Förderung und den raschen Abschluß der Überprüfung gem. § 113 II GWB hinzuwirken und damit den Fortgang des eigentlichen Vergabeverfahrens zu ermöglichen. Eine automatische Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist ist jedoch zum einen schon aufgrund mangelnder Regelung im Gesetzestext zu verneinen, zum anderen können die Bieter nicht an der Kalkulation ihres Angebots, der Freihaltung von personellen und technischen Kapazitäten über den in der Ausschreibung festgelegten Zeitraum hinaus gegen ihren Willen gebunden werden.⁷⁸² Die Bieter könnten eventuellen Preissteigerungen mit einem Risikozuschlag begegnen. Dies würde jedoch zu einer Verteuerung des Zuschlags führen. Zudem hätte der Risikozuschlag wegen der ungewissen Dauer des Nachprüfungsverfahrens einen aleatorischen Charakter, den zu intendieren man dem Gesetz nicht unterstellen kann.⁷⁸³

c) Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist

In Betracht kommt jedoch eine nachträgliche Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist.⁷⁸⁴ Zwar ist eine solche Verlängerung gesetzlich nicht geregelt, jedoch folgt aus dem Zweck der Bindefrist, daß eine solche Verlängerung im Einvernehmen mit den Bietern möglich ist. Der Auftraggeber kann folglich die Fristverlängerung nicht einseitig bestimmen.⁷⁸⁵

Umstritten ist, ob für eine Verlängerung die Zustimmung aller Bieter erforderlich ist. Aufgrund des Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatzes nach § 97 I, II GWB ist nach Fristablauf zumindest allen für die Vergabe je nach Verfahrensstand noch in Betracht kommenden und interessierten Bietern die Möglichkeit zu geben, weiterhin am Vergabeverfahren teilzunehmen. Dies kann dadurch sichergestellt werden, daß diese Bieter aufgefordert werden, der sachlich gebotenen Fristverlängerung zuzustimmen.⁷⁸⁶ Dabei ist der

⁷⁸¹ Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 115, Rn. 2; Braun, BB 1999, 1069, 1072; ähnlich Gröning, ZIP 1998, 370, 377 aufgrund Gesetzesänderung von §§ 19 Nr. 3 VOB/A und VOL/A.

⁷⁸² Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, § 115, Rn. 21; Erdl, Neuer Vergaberechtschutz, S. 270, Rn. 558.

⁷⁸³ Prahl, VR 2000, 13 f.

⁷⁸⁴ Im Vorfeld kann man diesem Problem begegnen, indem man im Anschreiben eine Vertragsbedingung dahingehend formuliert, daß sich die Bindefrist der Bieter im Falle der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens automatisch um einen bestimmten Zeitraum verlängert. Unbeachtlich ist bei einer solchen vorformulierten Vertragsbedingung das Abweichen von § 19 Nr. 2 S. 2 Hs. 1 VOB/A. Ebenso liegt kein Verstoß gegen § 10 Nr. 1 AGBG vor. Vgl. dazu Waldner, Bieterschutz im Vergaberecht, S. 187 ff.

⁷⁸⁵ BayObLG, Beschl. v. 21.5.1999, Verg 1/99, WuW/E Verg 239, 243; Braun, BB 1999, 1069, 1072; Ingenstau/Korbion, VOB, A § 19, Rn. 14.

⁷⁸⁶ BayObLG, Beschl. v. 14.5.1999, Verg 1/99, VergRR 7/99, S. 3, 4; BayObLG, Beschl. v. 21.5.1999, Verg 1/99, WuW/E Verg 239, 243; OLG Jena, Beschl. v. 13.10.1999, 6 Verg 1/99, BauR 2000, 388, 390; Ingenstau/Korbion, VOB, A § 19, Rn. 14; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 22; Erdl, Neuer Vergaberechtschutz, S. 273, Rn. 564; Waldner, Bieterschutz im Vergaberecht, S. 194 f.; Dähne/Schelle, VOB von A-Z, S. 804;

Kreis der Bieter nicht dahingehend zu beschränken, daß nur bei den Bietern der oberen Ränge wegen einer Verlängerung der Bindefrist nachgefragt wird.⁷⁸⁷

Eine Verlängerung der Bindefrist hat jedoch keine Auswirkungen auf die in § 107 III 2 GWB bezeichnete Rügefrist.⁷⁸⁸ Dem steht auch nicht der Sinn und Zweck der Norm entgegen, dem Antragsteller eine ausreichende Rügefrist zuzubilligen. Eine solche steht ihm nämlich mit einer rechtmäßig bestimmten, in der Bekanntmachung genannten Frist immer zur Verfügung.⁷⁸⁹

Fehlt hingegen die erforderliche Zustimmung von einem oder mehreren Bietern zur Verlängerung der Bindefrist, ist das Vergabeverfahren aufzuheben und der Antrag nach Durchführung eines neuen Verfahrens zu vergeben.⁷⁹⁰

II. Antrag auf Zuschlagserteilung

Das gesetzlich angeordnete Zuschlagsverbot bietet bei rechtzeitig gestelltem Nachprüfungsantrag wirkungsvoll einstweiligen Rechtsschutz. Es ist aber auch geeignet, die zügige Beschaffung von Aufträgen erheblich zu behindern. In der Hand eines taktierenden Mitbewerbers kann es daher ein gefährliches und dem Beschaffungsinteresse nachteiliges Instrument werden.⁷⁹¹ Aus diesem Grunde sieht § 115 II 1 GWB vor, dem Auftraggeber auf seinen Antrag hin zu gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe der beantragten Entscheidung zu erteilen.

Auf den ersten Blick scheint ein Eilverfahren jedoch wenig Sinn zu machen, wenn schon das Hauptsacheverfahren binnen fünf Wochen abgeschlossen sein soll, § 113 I 1 GWB. Jedoch kommt dem einstweiligen Rechtsschutz entscheidende Bedeutung zu, wenn von der Möglichkeit einer Fristverlängerung gem. § 113 I 2 GWB Gebrauch gemacht wird.⁷⁹²

Bartl, Handbuch Öffentliche Aufträge, S. 248, Rn. 272 und S. 265, Rn. 304; Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 18; a.A. Heiermann in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, A § 19, Rn. 9: Danach ist die Verlängerung der Bindefrist nicht von der Zustimmung aller Bieter abhängig; insbesondere liegt kein unstatthafes Verhandeln gem. § 24 Nr. 3 VOB/A vor, da die Wettbewerbssituation nicht zum Nachteil der Bieter verändert wird, die einer Veränderung nicht zustimmen.

⁷⁸⁷ Ertl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 271 f., Rn. 560 ff.; Ertl, VergR 3/1998, S. 37, 38.

⁷⁸⁸ KG, Beschl. v. 11.7..2000, KartVerg 7/00, BauR 2000, 1620, 1622.

⁷⁸⁹ Dreher, EWiR 2000, 867, 868.

⁷⁹⁰ Ertl, VergR 3/1998, S. 37, 38 ff.

⁷⁹¹ Pietzcker, Vergaberechtsänderungsgesetz, S. 25.

⁷⁹² Gröning, ZIP 1999, 52, 58; Gröning 1998, 370, 374; Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 21; nach BT-Drucks. 13/9340, S. 19 kommt eine Verlängerung nur in besonders gelagerten und seltenen Einzelfällen in Betracht. Rechtliche und tatsächliche Schwierigkeiten liegen z. B. bei einer aufwendigen Beweisaufnahme, der Gewährung des rechtlichen Gehörs gegenüber den weiteren Verfahrensbeteiligten und auch die Überlastung der Vergabekammer. Da auch in komplexen Vergabeverfahren eine sorgfältige und gründliche Überprüfung stattfinden soll, kann man nicht nur von einer selten anwendbaren Ausnahmeregelung ausgehen. Vgl. dazu Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 113, Rn. 736; Bechtold, GWB, § 113, Rn. 2; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 113, Rn. 10; Niebuhr/Eschenbruch, Neues Vergaberecht 1998, S. 195, 227; a.A. Boesen, Vergaberecht, § 113, Rn. 20; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 113, Rn. 3; Kus in: Ku-

1. Form und Frist

Der Antrag nach § 115 II 1 GWB ist weder an eine bestimmte Form gebunden noch muß er begründet werden.⁷⁹³ Jedoch ist dies in der Regel geboten, zumal nach §§ 115 II 4, 121 II 2 GWB Tatsachenvortrag und Eilbedürftigkeit glaubhaft zu machen sind.⁷⁹⁴ § 115 II 4 GWB findet zwar ausdrücklich nur auf das Verfahren vor dem Beschwerdegericht Anwendung. Jedoch ergibt sich die Begründungspflicht aus dem mangelnden Tätigwerden von Amts wegen und dem daraus folgenden Erfordernis eines Antrages.⁷⁹⁵ In dem Antrag ist konkret und umfassend darzulegen und zu begründen, daß die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluß der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen.⁷⁹⁶

Der Antrag ist grundsätzlich fristungebunden. Jedoch muß er vor Zustellung der Entscheidung in dem Nachprüfungsverfahren erfolgen, zumal sonst das Verfahren nach § 121 GWB einschlägig ist.

2. Verfahrensgrundsätze

Die Verfahrensgrundsätze vom Hauptverfahren sind entsprechend auf das Verfahren nach § 115 II 1 GWB anzuwenden, soweit diese mit dem summarischen Charakter und dem sehr eingeschränkten zeitlichen Spielraum vereinbar sind. Dabei liegt die Gestaltung des Verfahrens weitgehend im Ermessen der Vergabekammer.⁷⁹⁷

a) Untersuchungsgrundsatz

Der Untersuchungsgrundsatz des Hauptsacheverfahrens nach § 110 GWB⁷⁹⁸ findet in einer dem einstweiligen Rechtsschutz angepaßten Form Anwendung.⁷⁹⁹ Dem steht dabei

berecht, § 113, Rn. 20; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 113, Rn. 3; Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 113, Rn. 16.

⁷⁹³ Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 29; Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 115, Rn. 758; Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 23; Dreher in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 115, Rn. 35; a.A. Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 115, Rn. 3.

⁷⁹⁴ Vgl. Verfahrensablauf zum Sofortvollzug des Zuschlags: Anlage zum Erlaß BMVBW vom 10.12.1998, Az: BS 11 0 1095 - 524; abgedruckt bei Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, S. 105, Rn. 213; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 804. Zur Glaubhaftmachung kann sich gem. § 294 I ZPO aller Beweismittel bedienen, auch der Versicherung an Eides statt. Lediglich eine Beweisaufnahme, die nicht sofort erfolgen kann, ist nach § 294 II ZPO unstatthaft. Vgl. dazu auch Thomas/Putzo, ZPO, § 294, Rn. 1 f.

⁷⁹⁵ Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 23.

⁷⁹⁶ VergK Nordbayern, Beschl. v. 20.4.2000, 320 VK 3194 - 08/00, IBR 2000, 355.

⁷⁹⁷ Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 25.

⁷⁹⁸ Der Untersuchungsgrundsatz hat in der Praxis nur eine untergeordnete Stellung. Zwar ist die Vergabekammer nicht an das Vorbringen der Beteiligten gebunden, jedoch hat sie im Interesse eines zügigen Verfahrens und der Arbeitseffizienz ihre Ermittlungen auf offenkundige und schwerwiegende Aspekte zu beschränken; vgl. hierzu BT-Drucks. 13/9340, S. 50; Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 110, Rn. 702; Portz in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, § 110, Rn. 3. Daraus ergeben sich jedoch für die Vergabekammer keine reduzierten Anforderungen an die Ermittlungspflichten und Überzeugungsbildung wie in einem Eilverfahren; vgl. dazu Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 110, Rn. 10; Bechtold, GWB, § 110, Rn. 1; Boesen, Vergaberecht, § 110, Rn. 23; Gröning, ZIP 1999, 52, 58; a.A. Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 110, Rn. 702; um ein effekti-

nicht entgegen, daß der Antrag in entsprechender Anwendung von §§ 115 II 4, 121 II 2 GWB eine Glaubhaftmachung des Tatsachenvortrags und der Eilbedürftigkeit vorsieht, da dies zu keiner Beschränkung des Untersuchungsgrundsatzes auf die von den Parteien vorgebrachten Tatsachen führt. Dies widerspricht zum einen nicht den weitreichenden Folgen einer Eilentscheidung, zum anderen auch nicht der Intention des Gesetzgebers.⁸⁰⁰ Auch aus dem fehlenden Verweis des § 115 II 4 GWB auf § 121 III 4 i. V. m. §§ 120, 70 I GWB läßt sich eine mangelnde Anwendbarkeit des Untersuchungsgrundsatzes nicht herleiten⁸⁰¹, zumal § 115 II 4 GWB nur für das Verfahren vor dem Beschwerdegericht gilt. Maßstab der Sachverhaltsermittlung muß jedoch für die Vergabekammer das Anstreben einer umgehenden Entscheidung sein.⁸⁰² Berücksichtigung bei der Sachverhaltsermittlung kann daher nur finden, was keine Verzögerung des Verfahrens zur Folge hat. Eine Zurückstellung der Entscheidung über den Antrag auf vorzeitige Gestattung des Zuschlags aufgrund einer abschließenden Sachverhaltsaufklärung ist daher nicht zulässig.⁸⁰³

b) Rechtliches Gehör

Dem Antragsteller und den übrigen Beteiligten ist rechtliches Gehör zu gewähren. Denn eine umfassende Interessenabwägung ist nur möglich, wenn die Beteiligten Gelegenheit haben, ihre Interessen vorzutragen.⁸⁰⁴ Ebenso folgt dies aus einer entsprechenden Anwendung von § 28 VwVfG, da es sich bei der Vorabentscheidung um einen Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG handelt.⁸⁰⁵ Selbst wenn die Verwaltungsaktqualität abzulehnen sein sollte, obwohl der gestattete Zuschlag endgültig wirkt, ergibt sich das Anhörungserfordernis ähnlich wie bei §§ 80, 80a VwGO aus einer analogen Anwendung von § 28 VwVfG⁸⁰⁶ bzw. aus rechtsstaatlichen Gründen.⁸⁰⁷

c) Sonstige Verfahrensgrundsätze

ves Nachprüfungsverfahren zu erreichen fordert Griem, WRP 1999, 1126, 1129; WuW 1999, 1182, 1190, daß die öffentlichen Auftraggeber für die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens beweispflichtig gemacht werden.

⁷⁹⁹ Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 25.

⁸⁰⁰ Willenbruch, NVwZ 1999, 1062, 1066 f.; BT-Drucks. 13/9340, S. 21 f.

⁸⁰¹ So aber Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 805.

⁸⁰² Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 32; Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 115, Rn. 758: eine Entscheidungsfrist existiert jedoch nicht, zumal § 121 III 1 GWB nicht anwendbar ist.

⁸⁰³ Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 32.

⁸⁰⁴ Willenbruch, NVwZ 1999, 1062, 1067; ebenso Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 805; Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 25; Dreher in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 115, Rn. 35.

⁸⁰⁵ Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 30.

⁸⁰⁶ OVG Berlin, Beschl. v. 9.2.1982, OVG 2 S 67.81, GewArch 1982, 372; OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.6.1992, 7 M 3839/91, NVwZ-RR 1993, 585, 586; Finkelnburg/Jank, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 356, Rn. 774; Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, S. 541; Müller, NVwZ 1988, 702 f.; Weides, JA 1984, 648, 655; Redeker in: Redeker/Oertzen, VwGO, § 80, Rn. 27.

⁸⁰⁷ Schenke, Verwaltungsprozeßrecht, S. 302, Rn. 978; Kopp, VwGO § 80, Rn. 82.

Das Erfordernis einer mündlichen Verhandlung gem. § 112 GWB gilt im Aussetzungsverfahren nicht, so daß es sich grundsätzlich um ein schriftliches Verfahren handeln wird.⁸⁰⁸ Ebenso müssen die weiteren Verfahrensbeteiligten i. S. v. § 109 GWB bei einem Antrag auf vorzeitige Gestattung des Zuschlags nicht erneut neben dem Hauptsacheverfahren beigeladen werden, zumal es sich um ein einheitliches Verfahren handelt.⁸⁰⁹

3. Interessenabwägung

Die Vergabekammer kann auf Antrag des Auftraggebers den Zuschlag gestatten, wenn das Interesse am Abschluß des Vertrags so stark ist, daß nicht bis zur Entscheidung in der Hauptsache, die nach § 113 I GWB grundsätzlich in spätestens 5 Wochen ergeht, gewartet werden kann.⁸¹⁰ Dabei hat die Vergabekammer die Entscheidung über diesen Antrag unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluß des Vergabeverfahrens zu treffen und dabei zu prüfen, ob die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluß der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen, § 115 II 1 GWB. Somit sind zunächst die zu berücksichtigenden Interessen, soweit dies im Rahmen des Eilverfahrens möglich ist, zu ermitteln. Schließlich kommt es dann zu einer Interessenabwägung bezüglich der vorteilhaften und nachteiligen Folgen einer Eilentscheidung.⁸¹¹

a) Alle möglicherweise geschädigten Interessen

Als möglicherweise geschädigte Interessen kommen insbesondere solche des Antragstellers, Auftraggebers und sonstiger Dritter in Betracht.

aa) Antragsteller

Auf der Seite des Antragstellers ist insbesondere das möglicherweise verletzte Interesse an einer Erhaltung des Primärrechtsschutzes zu berücksichtigen. Dabei ist zu beachten, daß die Gestattung des Zuschlags den in § 97 VII GWB normierten subjektiven Anspruch des Bieters auf Einhaltung der Vergabevorschriften endgültig zunichte macht und aufgrund § 114 II GWB irreversible Zustände schafft.⁸¹² Neben der Verletzung von finanziellen Interessen muß auch zur Frage des Erhaltes bzw. der Schaffung von Arbeitsplätzen, der betrieblichen Planung zur Einordnung des zur Vergabe anstehenden Auftrages oder der Pla-

⁸⁰⁸ Willenbruch, NVwZ 1999, 1062, 1067; Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 25.

⁸⁰⁹ Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 31.

⁸¹⁰ BT-Drucks. 13/9340, S. 20.

⁸¹¹ Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 28.

⁸¹² VergK Bund, Beschl. v. 30.6.1999, VK 2-14/99, ZVgR 1999, 265, 267.

nung hinsichtlich der Ausführung anderer Aufträge Stellung bezogen werden.⁸¹³ Zudem kann auf Seiten des Antragstellers mit einfließen, daß gewichtige wirtschaftliche Interessen auf dem Spiel stehen.⁸¹⁴

bb) Auftraggeber

Der Auftraggeber wird in der Regel daran interessiert sein, das Vergabeverfahren zügig und, wie nach dem ursprünglich vorgesehenen Zeitplan, auch mit der Zuschlagserteilung zu beenden.⁸¹⁵ Dies äußert sich zum Beispiel darin, daß die Vergabe des öffentlichen Auftrags nur aufgrund gegenwärtig vorhandener finanzieller Ressourcen möglich ist, daß weitere Vorhaben von dem überprüften Vergabeverfahren abhängen oder daß der Auftraggeber öffentlichen Aufgaben, zum Beispiel der Daseinsvorsorge, nachkommen muß.⁸¹⁶

Ein Überschreiten der Bindefristen mit der Folge, daß die weiteren Bieter möglicherweise nicht mehr zur Verfügung stehen, kann jedoch nicht vom Auftraggeber angeführt werden. Zum einen kommt es in der Praxis nahezu ausnahmslos zu einer Verlängerung der Bindefrist, zum anderen wäre der Antrag nach § 115 II 1 GWB stets begründet, wenn dieser Aspekt Eingang in die Interessenabwägung finden könnte, zumal es bei Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens regelmäßig zu einem Überschreiten der Bindefrist kommt.⁸¹⁷

cc) Dritter

In § 115 II 1 GWB wird keine personelle Grenze aufgestellt, sondern lediglich eine rein sachliche Abgrenzung aufgrund Interessenschädigung gezogen. Daher ist auch eine Interessenbeeinträchtigung von Beigeladenen zu berücksichtigen, zumal deren Verfahrensstatus nach § 109 GWB schon eine schwerwiegende Interessenberührung voraussetzt⁸¹⁸ und somit auch die Möglichkeit einer Interessenschädigung bereits wahrscheinlich ist.⁸¹⁹ In Be-

⁸¹³ Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 115, Rn. 3.

⁸¹⁴ VergK Bund, Beschl. v. 30.6.1999, VK 2 - 14/99, ZVgR 1999, 265, 267.

⁸¹⁵ Boesen, Kriterien für die Interessenabwägung, S. 131, 135.

⁸¹⁶ Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 115, Rn. 3; Boesen, Kriterien der Interessenabwägung, S. 131, 135; Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 32.

⁸¹⁷ VergK Bund, Beschl. v. 30.6.1999, VK 2-14/99, ZVgR 1999, 265, 268; Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 33; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 806; a.A. Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 35.

⁸¹⁸ Dies bedeutet, daß das Unterliegen des Antragstellers oder des Auftraggebers die Lage des beizuladenden Unternehmens unmittelbar verbessern oder verschlechtern könnte. Es kommt somit auf die konkreten Auswirkungen für das Unternehmen an, wobei diese auch wirtschaftlicher Art sein können. Vgl. dazu Portz in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 109, Rn. 11 ff; BayObLG, Beschl. v. 21.5.1999, Verg 1/99, NZBau 2000, 49, 50.

⁸¹⁹ Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 29; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 115, Rn. 3.

tracht kommen hierbei wiederum finanzielle Interessen, ebenso aber auch die Frage des Erhalts von Arbeitsplätzen.⁸²⁰

Grundsätzlich sind auch Interessen von sonstigen Dritten zu berücksichtigen, wobei durch die Beiladung nach § 109 GWB schon fast eine Vorentscheidung getroffen wird.⁸²¹ Aus der Gegenüberstellung zu dem Begriff der Allgemeininteressen ergibt sich sogar, daß der Begriff der möglicherweise geschädigten Interessen auf Beteiligte des Vergabeverfahrens beschränkt sein muß.⁸²²

b) Interesse der Allgemeinheit an raschem Abschluß des Vergabeverfahrens

Das Allgemeininteresse steht im engen Zusammenhang zum Interesse der Auftraggeber, zumal die berechtigten Interessen der Allgemeinheit in der Regel von den öffentlichen Auftraggebern wahrzunehmen sind.⁸²³ Darunter fällt insbesondere der Schutz der Volksgesundheit, die Vermeidung der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, die Aufrechterhaltung und Funktionsfähigkeit des Verkehrs und der Versorgung der Bevölkerung.⁸²⁴ Ebenso müssen aber auch fiskalische Interessen Berücksichtigung finden, insbesondere das Interesse an einer wirtschaftlichen und kostengünstigen Verwendung öffentlicher Gelder. Dem steht nicht entgegen, daß durch die Berücksichtigung fiskalischer Interessen nicht immer der rasche Abschluß des Vergabeverfahrens bezweckt wird.⁸²⁵ Letztlich beinhaltet das Allgemeininteresse auch die Einhaltung vergaberechtlicher Verfahrensvorschriften und der materiellen Vergabegrundsätze.⁸²⁶

c) Berücksichtigung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Nach Ansicht der Vergabekammer des Bundes⁸²⁷ sind bei der Interessenabwägung die Erfolgsaussichten in der Hauptsache generell nicht zu berücksichtigen. Dies ergibt sich neben dem Wortlaut des § 115 II 1 GWB aus einem Vergleich mit §§ 118 II, 121 I GWB. In letztgenannten Vorschriften sieht nämlich der Gesetzgeber zwei alternative, voneinander

⁸²⁰ Boesen, Kriterien für die Interessenabwägung, S. 131, 134.

⁸²¹ Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 30.

⁸²² Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 29.

⁸²³ Boesen, Kriterien für die Interessenabwägung, S. 131, 135; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 115, Rn. 3.

⁸²⁴ OLG Naumburg, Beschl. v. 19.10.2000, 1 Verg 9/00, WuW/E Verg 429, 432; Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 35; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 115, Rn. 3.

⁸²⁵ Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 30; a.A. Dreher in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 115, Rn. 29.

⁸²⁶ Siehe dazu nachfolgenden Punkt.

⁸²⁷ VergK Bund, Beschl. v. 30.6.1999, VK 214/99, ZVgR 1999, 165; ebenso VergK Nordbayern, Beschl. v. 9.12.1999, 320.VK - 3194-22/99; VergK Nordbayern, Beschl. v. 20.4.2000, 320.VK 3194 - 08/00, IBR 2000, 355; VergK Brandenburg, Beschl. v. 29.11.1999, 1 VK 41/99, VergNews 2000, 47, 48; Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 26 f.; Vetter, NVwZ 2001, 745, 758; Dreher in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 115, Rn. 30; Gröning, ZIP 1999, 181, 184; Gröning, Zusammenspiel von Eil- und

getrennte Voraussetzungen vor, die die vorzeitige Erteilung des Zuschlags gestatten. Zum einen wird danach auf die Erfolgsaussichten der Beschwerde abgestellt, zum anderen wird eine Interessenabwägung gefordert. Auf das Erfordernis der Erfolgsabsichten des Nachprüfungsantrags hat jedoch der Gesetzgeber bei § 115 II 1 GWB in expliziter Abweichung vom System des §§ 118 II, 121 GWB verzichtet. Der Grund für die unterschiedliche Regelung liegt darin, daß das Beschwerdegericht bei seiner Entscheidung bereits auf den Feststellungen der Vergabekammer aufbauen und dadurch eine verlässliche Prognose über die Erfolgsaussichten der Beschwerde abgeben kann, während der Kammer eine solche Entscheidungsgrundlage fehlt. Zudem wird eine extrem kurzfristige Entscheidung der Kammer über einen Antrag nach § 115 II 1 GWB verlangt.⁸²⁸

Des weiteren wird vertreten, daß es im pflichtgemäßen Ermessen der Vergabekammer liegt, ob und in welchem Umfang sie die Erfolgsaussichten in der Hauptsache würdigen will. Denn nach Sinn und Zweck des § 115 II 1 GWB soll die Vergabekammer lediglich von dem Erfordernis einer schwierigen und unter Umständen aufwendigen summarischen Würdigung der Sach- und Rechtslage befreit werden.⁸²⁹ Sofern eine hinreichend genaue Prognose der Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages möglich ist, sollte eine Einbeziehung des Ergebnisses in die Entscheidung über die Gestattung des Zuschlags nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Bedeutung kann dies vor allem dann haben, wenn die Interessenabwägung im engeren Sinne lediglich zu einer Patt-Situation führt oder das Vergabeverfahren offensichtlich rechtswidrig ist.⁸³⁰

Letztlich wird vertreten, daß die Vergabekammer verpflichtet ist, bei der Interessenabwägung in summarischer Prüfung die Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu berücksichtigen.⁸³¹ Dies ergibt sich aus dem in § 115 II 1 GWB genannten Interesse der Allgemeinheit, das auch ein Allgemeininteresse an der Einhaltung vergaberechtlicher Verfahrensvorschriften und der materiellen Vergabegrundsätze beinhaltet. Das Interesse an einem raschen Abschluß des Vergabeverfahrens kann im Rahmen des § 115 II GWB nur dann und insoweit mit dem Allgemeininteresse verbunden sein, als bei der summarischen Überprüfung des Vergabeverfahrens keine durchgreifenden Anhaltspunkte für erhebliche Vergabever-

Hauptsacheverfahren, S. 123, 126: danach ist die Interessenabwägung im VergRÄG generell materiell-inakzessorisch zu verstehen.

⁸²⁸ BT-Drucks. 13/9340, S. 21 f.; VergK Bund, Beschl. v. 30.6.1999, VK 2-14/99, ZVgR 1999, 265, 267; VergK Nordbayern, Beschl. v. 9.12.1999, 320.VK - 3194-22/99.

⁸²⁹ Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 31 f.

⁸³⁰ Boesen, Kriterien für die Interessenabwägung, S. 131, 137.

⁸³¹ OLG Schleswig, Beschl. v. 14.8.2000, 6 Verg 2 und 3/2000, OLG Report Schleswig 2000, 470, 471; OLG Jena, Beschl. v. 26.10.1999, 6 Verg 3/99, BauR 2000, 95, 97; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 34 f.; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 805; Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 115, Rn. 760; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 115, Rn. 4; Burchardt, VergRR 9/99, S. 3; Willenbruch, NVwZ 1999, 1062, 1066; Braun, BB 1999, 1069, 1072; Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 264 f., Rn. 547; Jaeger, NZBau 2001, 289, 298.

stöße bestehen. Läßt sich die Einhaltung vergaberechtlicher Bestimmungen im Eilverfahren nicht abschließend beurteilen, ist nach den Umständen des Einzelfalls zwischen den nachteiligen Folgen und den Vorteilen i. S. d. § 115 II 1 GWB abzuwägen.⁸³² Des weiteren spricht für die Berücksichtigung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache auch ein Vergleich zum einstweiligen Rechtsschutz nach §§ 80, 80 a VwGO.⁸³³ Denn beim Prüfungsmaßstab des § 80 V VwGO hat das Gericht bei der ihm abverlangten Interessenabwägung auch die Erfolgsaussichten der Klage mit zu berücksichtigen, soweit sich diese bereits übersehen lassen.⁸³⁴ Obwohl dies nicht ausdrücklich in § 80 V VwGO festgeschrieben ist, ergibt sich der Prüfungsmaßstab insbesondere aus dem verfassungsrechtlichen Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes.⁸³⁵ Ebenso wird zur Begründung § 80 IV 3 VwGO herangezogen, der, ähnlich wie §§ 118 I, 121 I GWB, die Berücksichtigung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache verlangt.⁸³⁶ Es ist zwar strittig, ob sich aus § 80 IV 3 VwGO eine analoge Anwendung oder ein allgemeiner Rechtsgedanke herleiten läßt, zumindest aber läßt die Regelung den Schluß zu, daß auch den Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs Bedeutung für die Aussetzungsentscheidung zukommen kann.⁸³⁷ Insbesondere aus Rechsschutzgründen und der gesetzlichen Intention, das Interesse der Allgemeinheit bei der Entscheidung zu berücksichtigen, muß eine summarische Überprüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache erfolgen. Die besondere gesetzliche Erwähnung bei der sofortigen Beschwerde hinsichtlich der Erfolgsaussichten in der Hauptsache gem. §§ 118 II, 121 I GWB hängt damit zusammen, ob schon eine auch für die Frage der Gestattung des Zuschlags relevante, sorgfältig erarbeitete Sachentscheidung der Vergabekammer vorliegt.⁸³⁸

d) Interessengewichtung

⁸³² OLG Schleswig, Beschl. v. 14.8.2000, 6 Verg 2 und 3/2000, OLG Report Schleswig 2000, 470, 471.

⁸³³ Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 265, Rn. 547 verweist auch auf das europäische Gemeinschaftsrecht, wonach sowohl beim Aussetzungsantrag nach Art. 242 EGV als auch beim Erlaß einer einstweiligen Anordnung gem. Art. 243 EGV die Erfolgsaussichten in der Hauptsache aufgrund summarischer Prüfung berücksichtigt werden. Vgl. dazu Geiger, EUV/EGV, Art. 242, Rn. 7, Art. 243, Rn. 7; Krück in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU-/EG-Vertrag, Art 185, 186, Rn. 27; Wägenbaur, EuZW 1996, 327, 332; EuGH, Beschl. v. 31.1.1991, C-345/90 PR, Hanning./Europäisches Parlament, Slg. 1991, I-231, 237; EuGH, 3/75 R, Johnsen u.a./Kommission, Slg. 1995, 1, 6.

⁸³⁴ Kopp/Schenke, VwGO, § 80, Rn. 158; Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 567; BVerfG, Beschl. v. 31.1.1984, 2 BvR 507/81, NVwZ 1984, 429; BVerwG, Beschl. v. 29.4.1974, IV C 21.74, DVBI 1974, 566 f.; BVerwG, Beschl. v. 12.11.1992, 7 ER 300/92, DÖV 1993, 432, 433.

⁸³⁵ Willenbruch, NVwZ 1999, 1062, 1066.

⁸³⁶ Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, § 115, Rn. 35; Kopp/Schenke, VwGO, § 80, Rn. 158.

⁸³⁷ Kopp/Schenke, § 80, Rn. 116; OVG Lüneburg, Beschl. v. 5.12.1974, II OVG B 77/74, DVBI 1976, 81, 82; BayVGH, Beschl. v. 25.7.1983, Nr. 25 CS 83 C.170, BayVBI 1984, 280; a.A. BayVGH, Beschl. v. 15.7.1974, Nr. 81 VI 74, BayVBI 1975, 171; BayVGH, Beschl. v. 4.12.1992, 12 CS 92.2260, BayVBI 1993, 690, 691; OVG Lüneburg, Beschl. v. 2.7.1979, VI OVG 32/79, NJW 1980, 253; Renck, NVwZ 1992, 338, 339; Czermak, BayVBI 1976, 106.

⁸³⁸ Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 805.

Die Entscheidung der Vergabekammer ist eine Ermessensentscheidung nach Interessenabwägung.⁸³⁹ Dabei ist nicht wie bei der haushaltsrechtlichen Lösung gem. § 57 b IV S. 6 und 7 HGrG a. F. generell von einer Bevorzugung der Interessen der Allgemeinheit an einem raschen Abschluß des Vergabeverfahrens auszugehen.⁸⁴⁰ Vielmehr müssen angesichts der dargestellten gravierenden Folgen der Zuschlagsgestattung zu Lasten des Antragstellers die Interessen an einem raschen Abschluß des Vergabeverfahrens, die sowohl auf Seiten der Vergabestelle als auch der Allgemeinheit liegen, von besonderem Gewicht sein. Dies liegt vor allem daran, daß dem Beschleunigungsinteresse der Vergabestelle im Regelfall schon durch die relativ kurze Entscheidungsfrist nach § 113 I 1 GWB (knapp 5 Wochen) Genüge getan ist.⁸⁴¹ Zu einer Zuschlagsgestattung kommt es demzufolge nur dann, wenn der zu vergebende Auftrag so streng fristgebunden erscheint, daß eine Überschreitung der vorgesehenen Zuschlagsfrist seine Durchführung - vergleichbar mit einem Fixgeschäft - unmöglich oder hinfällig machen würde. Ebenso kann dem Beschleunigungsinteresse hinreichendes Gewicht zukommen, wenn die drohende Verzögerung geeignet ist, die Funktionsfähigkeit und Aufgabenerfüllung des Auftraggebers spürbar zu beeinträchtigen.⁸⁴² Dabei muß die Beeinträchtigung nach den konkreten Umständen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein; eine rein abstrakte Gefahr ist hierbei nicht ausreichend.⁸⁴³

In der Abwägungsentscheidung ist jedoch eine noch mögliche Verzögerung durch ein Beschwerdeverfahren nicht zu berücksichtigen. Zum einen wäre eine solche Entscheidung nur rein hypothetischer Natur, zum anderen wird dieser Sachlage gerade durch § 121 I GWB Rechnung getragen.⁸⁴⁴ Andererseits muß eine Verlängerung des Vergabekammerverfahrens gem. § 113 I 2 GWB Berücksichtigung finden, wenn eine solche während des Zeitpunkts der Entscheidung über die Gestattung des Zuschlags abzusehen ist.⁸⁴⁵

4. Zuschlagsgestattung

⁸³⁹ Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 115, Rn. 760; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 33.

⁸⁴⁰ Byok, DZW 1997, 138, 140. Siehe zu § 57 b IV S. 6 u. 7 HGrG: Löttsch/Bornheim, NJW 1995, 2134, 2138; Schumacher, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, S. 99; Dreher, NVwZ 1996, 345, 347; Meibom/Byok, EuZW 1995, 629, 632; Haß, BRAK-Mitt. 1995, 113, 118, Werner, WuW 1996, 875, 877; siehe oben 3. Kap. G. II. 2. a.

⁸⁴¹ VergK Bund, Beschl. v. 30.6.1999, VK 2-14/99, ZVgR 1999, 265, 267.

⁸⁴² VergK Bund, Beschl. v. 30.6.1999, VK 2-14/99, ZVgR 1999, 265, 267.

⁸⁴³ Bechtold, GWB, § 115, Rn. 4; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 806; Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 43.

⁸⁴⁴ VergK Bund, Beschl. v. 30.6.1999, VK 2-14/99, ZVgR 1999, 265, 268; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 806; Boesen, Kriterien für die Interessenabwägung, S. 131, 136; Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 38.

⁸⁴⁵ Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 39, 24: wurde allerdings nur der 5-Wochen-Zeitraum berücksichtigt, kann der Auftraggeber einen erneuten Antrag auf Gestattung des vorzeitigen Zu-

Bei einer Interessenabwägung zugunsten des Auftraggebers kommt es gem. § 115 II 1 GWB schließlich zur Gestattung des Zuschlags nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung. Mit dieser Entscheidung ist die Entscheidung über den Antrag auf vorzeitige Zuschlagsgestattung gemeint.⁸⁴⁶ Berechnet wird die zweiwöchige Frist nach §§ 31 VwVfG i. V. m. 187 ff. BGB. Bezüglich der Bekanntmachung kommt es bei zeitlich unterschiedlichen Zustellungen auf die letzte notwendige, ordnungsgemäß erfolgte Zustellung an. Dies folgt aus Berücksichtigung der gegenseitigen Interessen, zumal für den Antragsteller ab diesem Zeitpunkt die Rechtsmittelfrist und für den Auftraggeber die Frist zur vorzeitigen Zuschlagsgestattung beginnt.⁸⁴⁷ Ausreichend ist eine formlose Zustellung mittels einfachem Brief oder Telefax.⁸⁴⁸ Eine Begründungspflicht, die nicht unbedingt ausführlich gestaltet sein muß, ergibt sich zwar nicht aus entsprechender Anwendung von §§ 113 I, 121 III 3 GWB, jedoch aus dem Rechtsstaatsprinzip.⁸⁴⁹

III. Wiederherstellung des Zuschlagsverbots

Die Entscheidung der Vergabekammer kann nach § 115 II 5 GWB nicht durch sofortige Beschwerde angefochten werden. Vielmehr besteht gem. § 115 II 2 GWB für den Antragsteller nur die Möglichkeit, in einem besonderen, eigenständigen Beschwerdeverfahren das Zuschlagsverbot gem. § 115 I GWB wiederherzustellen.⁸⁵⁰ Wesentliche Bedeutung kommt diesem Verfahren in der Praxis aufgrund der Entscheidung in der Hauptsache nach fünf Wochen in der Regel nicht zu, allenfalls bei einer Verlängerung der Entscheidungsfrist nach § 113 I 2 GWB.⁸⁵¹

1. Antragsberechtigung

Antragsberechtigt im Fall des § 115 II 3 GWB ist ausschließlich der Auftraggeber. Im umgekehrten Fall des § 115 II 2 GWB fehlt hingegen eine konkrete Regelung. Obwohl in der Gesetzesbegründung nur der Antragsteller genannt wird⁸⁵², ist die Antragsbefugnis auch auf die nach § 109 GWB Beigeladenen zu erstrecken. Da die Beteiligten im Verfahren vor der Vergabekammer gem. § 116 I 2 GWB beschwerdeberechtigt sind, müssen sie auch für einen Antrag auf Wiederherstellung des Zuschlagsverbots nach § 115 II 2 GWB an-

schlags stellen. Dem steht nicht mangelndes Rechtsschutzbedürfnis aufgrund zuwiderlaufender formeller Rechtskraft entgegen.

⁸⁴⁶ Leinemann/Weihrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 149 f., Rn. 540 ff.

⁸⁴⁷ Ähnlich Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 115, Rn. 5. Nach Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, Rn. 807 ist die Bekanntgabe an den Auftraggeber maßgebend. Nach Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 46 und Bechtold, GWB, § 115, Rn. 4 ist die Bekanntgabe an den Antragsteller entscheidend.

⁸⁴⁸ Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 64.

⁸⁴⁹ Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 53.

⁸⁵⁰ Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 44.

⁸⁵¹ Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 41.

tragsberechtigt sein.⁸⁵³ Ebenso antragsbefugt sind im Falle noch nicht erfolgter Beiladung diejenigen Unternehmen, die notwendig beizuladen gewesen wären. Dies folgt aus einer analogen Anwendung der § 42 II VwGO, § 107 II 1 GWB.⁸⁵⁴ Erforderlich ist jedoch für alle Verfahrensbeteiligten eine eigene Beschwerde durch die Aufhebung des Zuschlagsverbots.⁸⁵⁵

2. Form

Die Formvorschriften für die Beschwerdebegründung nach § 117 II GWB sind nicht entsprechend anwendbar.⁸⁵⁶ Durch die Verweisung in § 115 II 4 GWB auf § 121 II 1, 2 GWB ist der Antrag lediglich schriftlich zu stellen und gleichzeitig zu begründen. Dabei sind die zur Begründung des Antrages vorzutragenden Tatsachen sowie der Grund für die Eilbedürftigkeit glaubhaft zu machen⁸⁵⁷, sofern sie streitig sind und es nach der Antragsbegründung überhaupt auf die Tatsachenwürdigung und nicht nur auf Rechtsfragen ankommt. Ein diesen Erfordernissen nicht entsprechender Antrag ist unzulässig.⁸⁵⁸

Zum Teil wird sogar vertreten, daß ein Nachschieben von Gründen, die im Antrag noch nicht enthalten waren, in Betracht kommt. Dabei kann das Beschwerdegericht während des Verfahrens den Beteiligten gem. §§ 120 II i.V.m. 70 III GWB aufgeben, sich innerhalb einer zu bestimmenden Frist über aufklärungsbedürftige Punkte zu äußern oder Beweismittel zu bezeichnen bzw. vorzulegen. Bei Versäumung der Frist kann nach Sachlage ohne Berücksichtigung der nicht beigebrachten Beweismittel entschieden werden.⁸⁵⁹ Ein Nachschieben von Gründen wird jedoch nur in seltenen Fällen den Anforderungen an die besondere Eilbedürftigkeit dieser Entscheidung gerecht werden. Gegen eine Anwendung von §§ 120 II i.V.m. 70 III GWB spricht indes die ausdrückliche und abschließende Regelung des § 114 II 4 GWB.

Aus diesem Grund besteht weder nach § 117 III GWB Anwaltszwang⁸⁶⁰, noch muß nach §§ 117 III 2 i. V. m. 120 I 2 GWB bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts die Unterschrift durch einen Beamten oder Angestellten mit Befähigung zum Richteramt erfolgen.⁸⁶¹

⁸⁵² BT-Drucks. 13/9340, S. 20.

⁸⁵³ Tilmann, WuW 1999, 342, 344.

⁸⁵⁴ Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 266, Rn. 550; Dreher in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 115, Rn. 40.

⁸⁵⁵ Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 809; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 48.

⁸⁵⁶ Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 47 ff.

⁸⁵⁷ Vgl. § 294 ZPO; siehe oben 4. Kap. D. II. 1.

⁸⁵⁸ Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 809. Nach Bechtold, GWB, § 115, Rn. 7 ist ein Antrag ohne Begründung sogar als nicht existent zu behandeln.

⁸⁵⁹ Tilmann, WuW 1999, 342, 344.

⁸⁶⁰ Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 803; Tilmann, WuW 1999, 342, 344; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 55; a.A. Willenbruch, NVwZ 1999, 1062, 1067; zweifelnd Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 50.

⁸⁶¹ Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 803; a.A. Tilmann, WuW 1999, 342, 344.

3. Frist

Der Antrag auf Wiederherstellung des Zuschlagsverbots unterliegt keiner unmittelbaren⁸⁶², vielmehr einer mittelbaren Rechtsmittelfrist.⁸⁶³ Denn eine wirksame Zuschlagserteilung kommt nach Ablauf der Zwei-Wochenfrist seit Bekanntgabe der Entscheidung gem. § 115 II 1 GWB in Betracht, zumal dem Antrag nach § 115 II 2 GWB keine aufschiebende Wirkung zukommt.⁸⁶⁴ Ist der Zuschlag demnach erteilt, ist ein nach diesem Zeitpunkt eingelegter Antrag nach § 115 II 2 GWB verspätet und aufgrund seiner Akzessorietät sowie nach §§ 115 II 2 2. HS. i. V. m. 114 II 1 GWB unzulässig. In Betracht kommt allenfalls eine Umstellung in der Hauptsache auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 114 II 2 GWB.⁸⁶⁵ Ist hingegen zwar der Zuschlag gestattet, aber trotz Ablauf der Zwei-Wochenfrist noch nicht erteilt worden, und stellt nun der Antragsteller einen Antrag nach § 115 II 2 GWB, wird man in entsprechender Anwendung von § 115 II GWB die Anrufung des OLG für zulässig erachten müssen.⁸⁶⁶

Wurde in der Hauptsache eine Entscheidung getroffen, kommt es zu einer verfahrensrechtlichen Überholung. Diese führt zu einem Entfallen des Rechtsschutzbedürfnisses des Antrages auf Wiederherstellung der Zuschlagsgestattung.⁸⁶⁷ Statthaft ist gegen die Entscheidung der Vergabekammer in der Hauptsache nur die sofortige Beschwerde gem. § 116 I GWB mit der Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes nach §§ 118, 121 GWB. Gegebenenfalls kann aus prozeßökonomischen Gründen ein Antrag nach § 115 II 2 GWB im Beschwerdeverfahren in einen Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung nach § 118 I 3 GWB umgedeutet bzw. umgestellt werden.⁸⁶⁸

4. Maßstab der Entscheidung

⁸⁶² § 117 I GWB ist nicht entsprechend anwendbar.

⁸⁶³ Gröning, Eil- und Hauptsacheverfahren, S. 123, 126 redet von einer verdeckten Rechtsmittelfrist.

⁸⁶⁴ Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 43. Ist der Zuschlag jedoch vor Gestattung erteilt worden, ist dieser gem. § 115 GWB nichtig. Eine nachträgliche Heilung des Zuschlags ist nicht möglich; ggfls. kann er nur wiederholt werden. Vgl. dazu Leinemann/Wehrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 151, Rn. 544.

⁸⁶⁵ Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 115, Rn. 6.

⁸⁶⁶ Tilmann, WuW 1999, 342, 345; Leinemann/Wehrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 151, Rn. 545.

⁸⁶⁷ Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 46; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 57 spricht von einem Vorrang des Hauptsacheverfahrens vor dem Verfahren auf Wiederherstellung des Zuschlagsverbots; a. A. OLG Schleswig, 14.8.2000, 6 Verg 2 u. 3/2000, OLG Report Schleswig 2000, 470 f.: danach ist - ohne jegliche Begründung - ein Antrag gem. § 115 II 2 GWB nach Ablehnung des Nachprüfungsantrages zulässig; Nach Dreher in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 115, Rn. 26 tritt eine Erledigung des Eilverfahrens erst mit Anhängigkeit der sofortigen Beschwerde im Hauptsacheverfahren oder mit Ablauf der Beschwerdefrist ein.

⁸⁶⁸ Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 46. Im Erbscheinsverfahren besteht eine vergleichbare Interessenlage: wird der Erbschein während eines Beschwerdeverfahrens gegen die Erbscheinserteilungsanordnung erteilt, kommt nur noch eine Umdeutung in eine Einziehung in Betracht. Vgl. dazu Gregor, Erbscheinsverfahren, S. 81 ff., Rn. 401 ff.; BGH, Beschl. v. 19.6.1959, V ZB 19/58, NJW 1959, 1729 f.

Maßstab der Entscheidung ist mittels summarischer Prüfung, wie bei § 115 II 1 GWB, grundsätzlich eine Interessenabwägung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluß des Vergabeverfahrens, wobei die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluß der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile nicht überwiegen dürfen. Im Rahmen des Allgemeininteresses liegen jedoch auch hier die Einhaltung vergaberechtlicher Verfahrensvorschriften und materieller Verfahrensleitsätze, so daß es zu einer summarischen Überprüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache kommt.⁸⁶⁹

5. Verfahrensgrundsätze

Die Verfahrensgrundsätze vom Hauptverfahren sind auch hier auf das Verfahren nach § 115 II 1 GWB entsprechend anzuwenden, soweit diese mit dem summarischen Charakter und dem sehr eingeschränkten zeitlichen Spielraum vereinbar sind. Dabei liegt die Gestaltung des Verfahrens weitgehend im Ermessen der Vergabekammer, zumal auf § 121 III GWB gerade nicht verwiesen wird. So findet auch hier eine Gewährung des rechtlichen Gehörs und eine Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes in einer auf den einstweiligen Rechtsschutz angepaßten Form statt.⁸⁷⁰

6. Entscheidung des Gerichts

Das Beschwerdegericht trifft in der Regel ohne mündliche Verhandlung⁸⁷¹ eine Ermessensentscheidung aufgrund einer ihm gesetzlich eingeräumten originären Zuständigkeit.⁸⁷² Es kommt somit nicht zu einer Aufhebung der Entscheidung der Vergabekammer hinsichtlich der vorzeitigen Gestattung der Zuschlagserteilung, vielmehr wird diese Entscheidung dadurch wirkungslos gemacht, daß das Verbot des Zuschlags wiederhergestellt wird.⁸⁷³

a) Zwischenentscheidung

⁸⁶⁹ VergK Bund, Beschl. v. 30.6.1999, VK 2-14/99, ZVgR 1999, 165; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 51, 34. Nach Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 49 steht dies im Ermessen des Beschwerdegerichts. A.A. Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 54: danach erfolgt keine Berücksichtigung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache; siehe auch oben: 4. Kap. D. II. 3. c.

⁸⁷⁰ Im Ergebnis ebenso Tilmann, WuW 1999, 342, 345, der dies aus §§ 121 III 4, 120 II, 70 I GWB folgert. Ähnlich Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 48, der von Mindestanforderungen an die Sachverhaltsermittlung spricht. A.A. Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 809; Dreher in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 115, Rn. 41.

⁸⁷¹ Die Anforderungen können nicht weiter gehen als bei der sofortigen Beschwerde. Vgl. dazu Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 52; Tilmann, WuW 1999, 342, 345.

⁸⁷² Vgl. hierzu VGH Kassel, Beschl. v. 31.5.1990, 8 R 3118/89, NVwZ 1991, 88, 89; Bosch/Schmidt, Verwaltungsgewichtliche Verfahren, S. 307; Redeker in: Redeker/Oertzen, VwGO, § 80, Rn. 52; Schmidt in: Eyer mann/Fröhler, VwGO, § 80, Rn. 71; a.A. Renck, NVwZ 1992, 338, 339.

⁸⁷³ Bechtold, GWB, § 115, Rn. 5.

Bezüglich der Dauer des Verfahrens ist das Beschwerdegericht an keine Frist gebunden, zumal auf § 121 III GWB nicht zurückgegriffen werden kann. Jedoch sollte nach Möglichkeit vor Ablauf des Zuschlagsverbotes gem. § 115 II 1 GWB unter Berücksichtigung des Beschleunigungsgebotes entschieden werden.⁸⁷⁴ Denn das Beschwerdegericht kann einen nach Ablauf der zweiwöchigen Frist erteilten Zuschlag wegen §§ 115 II 2 2. HS, 114 II 1 GWB nicht wieder aufheben. Sollte jedoch die Frist von zwei Wochen nach Lage des Falles für das Beschwerdegericht nicht ausreichen, um eine fundierte Entscheidung zu treffen, so kann es auf Antrag oder von Amts wegen eine einstweilige Anordnung dahingehend treffen, daß bis zur Entscheidung über den Antrag nach § 115 II 2 GWB die Zuschlagsentscheidung nicht in Kraft tritt.⁸⁷⁵ Eine solche Anwendung folgert das Gebot des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG und eine entsprechende Anwendung der zu §§ 80 V, 123 VwGO entwickelten Grundsätze hinsichtlich zulässiger Zwischenregelungen.⁸⁷⁶ Dies muß zumindest dann gelten, wenn der Antrag nicht offensichtlich aussichtslos erscheint.⁸⁷⁷ Ebenso kann es grundsätzlich nicht zum Nachteil des Antragstellers gereichen, daß er den Antrag erst gegen Ende der zweiwöchigen Frist gestellt hat, soweit keine Anhaltspunkte für eine mißbräuchliche Verfahrensverzögerung vorliegen.⁸⁷⁸

b) Bekanntgabe

Die Entscheidung muß aufgrund des Rechtsstaatsprinzips schriftlich, aber nicht notwendigerweise ausführlich begründet werden und den Beteiligten einschließlich der Vergabekammer bekanntgegeben werden.⁸⁷⁹ Dabei ist eine formlose Zustellung mittels Brief oder Telefax ausreichend.⁸⁸⁰ Soweit die Entscheidung über die vorzeitige Gestattung des Zuschlags vom Beschwerdegericht bestätigt wird, kann auf die Entscheidung der Vergabe-

⁸⁷⁴ Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 54; vgl. auch Willenbruch NVwZ 1999, 1062, 1064; a.A. Kaufhold/Mayerhofer/Reichl, VOF, S. 127: danach erfolgt eine entsprechende Anwendung von § 121 III 1 GWB.

⁸⁷⁵ Gröning, ZIP 1999, 181, 184.

⁸⁷⁶ Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 50; Tilmann, WuW 1999, 342, 344; Kopp/Schenke, VwGO, § 80, Rn. 170 u. § 123, Rn. 29; BVerwG, Beschl. v. 27.8.1996, 11 VR 10/96, NVwZ-RR 1997, 208; OVG Hamburg, Beschl. v. 10.3.1988, BS V 10/88, NVwZ 1989, 479; VGH Mannheim, Beschl. v. 4.7.1985, 3 S 1652/85, NVwZ 1985, 922; VGH München, Beschl. v. 10.12.1981, 22 CS 81 A/2589, NVwZ 1982, 685, 686; OVG Saarlouis, Beschl. v. 15.12.1992, 2 W 36/92, NVwZ-RR 1993, 391; a.A. Schoch in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80, Rn. 242. Nach Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 809 folgt dies aus einer Analogie zu § 64 II GWB und zu § 572 III ZPO.

⁸⁷⁷ Kopp/Schenke, VwGO, § 80, Rn. 170; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 809.

⁸⁷⁸ Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 56 unter Berufung auf KG, Beschl. v. 6.7.1999, Kart-Verg 4/99, NZBau 2000, 95.

⁸⁷⁹ Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 115, Rn. 6; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 53; die Begründungspflicht entnimmt Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 49 einer analogen Anwendung von § 121 III 4 GWB; nach Tilmann, WuW 1999, 342, 344 ist eine Begründung möglich, jedoch nicht erforderlich.

⁸⁸⁰ Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 64.

kammer verwiesen werden.⁸⁸¹ Im Gegensatz zu § 115 II 1 GWB wird die Entscheidung nicht erst nach zwei Wochen wirksam, sondern mit sofortiger Wirkung ab Bekanntgabe.⁸⁸²

IV. Gestattung des sofortigen Zuschlags durch das OLG

Ist der Auftraggeber mit seinem Antrag nach § 115 II 1 GWB unterlegen, kann nun nach § 115 II 3 GWB das Beschwerdegericht auf Antrag des Auftraggebers den Zuschlag gestatten. Dies entspricht dem Gebot der prozessualen Waffengleichheit und stellt die Ausgewogenheit des einstweiligen Rechtsschutzes dar.⁸⁸³ Der Antrag unterliegt zwar keiner gesetzlichen Frist, ist jedoch nur dann zulässig, wenn der Auftraggeber auf eine sofortige Entscheidung dringend angewiesen ist. Daran fehlt es, wenn er nicht unverzüglich (5 Wochen) nach der den Eilantrag zurückweisenden Entscheidung der Vergabekammer den Antrag beim OLG gestellt hat.⁸⁸⁴ Sonst entsprechen die formellen Kriterien des Antrages und des Verfahrens dem Antrag nach § 115 II 2 GWB, die Entscheidungskriterien dem des § 115 II 1 GWB, zumal auf diese Vorschrift verwiesen wird. Ebenso wie bei dem Antrag nach § 115 II 2 GWB ist bei einer stattgebenden Entscheidung des Oberlandesgerichts mangels weiterer Rechtsschutzmöglichkeiten für die anderen Verfahrensbeteiligten eine sofortige Zuschlagserteilung möglich.⁸⁸⁵

V. Auswirkung auf das Hauptsacheverfahren

Ist der Zuschlag durch die Vergabekammer gem. § 115 II 1 GWB oder das Beschwerdegericht gem. § 115 II 3 GWB vorzeitig gestattet worden, muß sich die Vergabekammer in der Hauptsache mit den Argumenten der Eilentscheidung auseinandersetzen, wenn sie bei Abwägung der Vor- und Nachteile zu einem anderen Ergebnis kommt.⁸⁸⁶ Dies gilt sowohl für ein erledigtes Hauptsacheverfahren aufgrund Zuschlagserteilung, somit ein eventuell nach § 114 II 2 GWB umgestelltes Verfahren, als auch für das ursprüngliche Verfahren nach § 114 I GWB. Eine Bindungswirkung für die Vergabekammer in der Hauptsache ist jedoch schon aufgrund des summarischen Charakters des Verfahrens und einer nicht zwingenden Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache abzulehnen.

VI. Weitere vorläufige Maßnahmen

⁸⁸¹ Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 53 unter Hinweis auf § 122 II 3 VwGO.

⁸⁸² Bechtold, GWB, § 115, Rn. 6.

⁸⁸³ Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 51.

⁸⁸⁴ OLG Naumburg, Beschl. v. 30.6.2000, 1 Verg 4/00; Jaeger, NZBau 2001, 289, 298.

⁸⁸⁵ Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 61; Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 59.

⁸⁸⁶ Braun, BB 1999, 1069, 1072.

Für Fälle, in denen das Zuschlagsverbot des § 115 I GWB nicht ausreicht, um eine Gefährdung der Rechte des Antragstellers zu verhindern, kann die Vergabekammer auf Antrag gem. § 115 III GWB weitere vorläufige Maßnahmen treffen.⁸⁸⁷ Grund dafür ist, daß das Zuschlagsverbot nicht zu einer vollständigen Aussetzung des Vergabeverfahrens führt, sondern lediglich die Zuschlagserteilung verhindert. § 115 III GWB soll das Zuschlagsverbot dahingehend ergänzen, daß die Verwirklichung von subjektiven Rechten i. S. v. § 97 VII GWB nicht durch andere Verfahrenshandlungen vereitelt wird.⁸⁸⁸ Aus diesem Grund ist eine Maßnahme nach § 115 III GWB unzulässig, wenn das gesetzliche Zuschlagsverbot durch eine Eilentscheidung der Vergabekammer oder des Beschwerdegerichts nach § 115 II 1, 3 GWB aufgehoben wird.⁸⁸⁹ Ein Antrag nach § 115 III GWB ist jedoch nur solange zulässig, wie das Nachprüfungsverfahren noch läuft, also bei der Vergabekammer noch anhängig ist.⁸⁹⁰

1. Anderweitige Rechtsgefährdung

Rechte des Antragstellers aus § 97 VII GWB müssen im Vergabeverfahren auf andere Weise als durch den drohenden Zuschlag gefährdet sein. Verletzte Rechte sind sowohl solche aus § 97 VII GWB, als auch sonstige Rechte aus kartell-, wettbewerbs- und zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen. Dies ergibt sich aufgrund der Disparität zu § 104 II 1 GWB aus einer erweiternden Auslegung von § 115 III 1 GWB.⁸⁹¹

Eine drohende Gefährdung liegt dann vor, wenn die Chancen des Antragstellers, den Auftrag zu erhalten, durch rechtswidrige Maßnahmen im Rahmen des Vergabeverfahrens gemindert werden⁸⁹² bzw. eine Beeinträchtigung als ernsthaft wahrscheinlich erscheint.⁸⁹³

Dabei muß die rechtswidrige Verfahrenshandlung nicht unbedingt zu irreversiblen Tatsachen führen⁸⁹⁴, es reicht aus, wenn die Chancen einzelner Bieter, den Zuschlag zu erhalten, durch diskriminierende Verfahrenshandlungen erheblich beeinträchtigt werden.⁸⁹⁵ Ein typischer Fall ist die hinreichende, wohlbegründete Möglichkeit einer ungerechtfertigten Aufhebung der Ausschreibung nach §§ 26, 26 a VOB/A oder VOL/A, um den Auftrag freihändig an ein anderes Unternehmen zu vergeben, das am Vergabeverfahren nicht teilgenom-

⁸⁸⁷ Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 268, Rn. 555.

⁸⁸⁸ Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 55.

⁸⁸⁹ Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, § 115, Rn. 64.

⁸⁹⁰ VergK Bund, Beschl. v. 12.12.2000, VK 2-38/00, WuW/E Verg 405, 406; Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 58.

⁸⁹¹ Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 63; a.A. Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 67; siehe auch oben: 4. Kap. C. VIII. 4.

⁸⁹² Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 57.

⁸⁹³ Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 115, Rn. 10; Reidt in: Reidt/Sickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 65.

⁸⁹⁴ So Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 64.

⁸⁹⁵ Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 56.

men hat.⁸⁹⁶ Dabei wird weder gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz noch gegen das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache verstoßen.⁸⁹⁷ Es muß aber beachtet werden, daß der Begriff der Vorwegnahme der Hauptsache - wie bei dem ähnlichen Verfahren nach § 123 VwGO - restriktiv ausgelegt werden muß, so daß nur eine endgültige und nicht eine vorläufige (teilweise, zeitweise, partielle) Vorwegnahme als verbotene Vorwegnahme der Hauptsache angesehen werden kann.⁸⁹⁸ Eine endgültige Vorwegnahme liegt demnach nur dann vor, wenn die Entscheidung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen auch nach der Hauptsacheentscheidung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.⁸⁹⁹ Selbst wenn man eine Vorwegnahme der Hauptsache annehmen sollte, gilt dieses Verbot im Hinblick auf Art. 19 IV GG nicht, wenn eine bestimmte Regelung zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes schlechthin notwendig ist, das heißt, wenn sonst zu erwartende Nachteile für den Antragsteller unzumutbar und im Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären.⁹⁰⁰

Eine Gefährdung i. S. v. § 115 III 1 GWB kann sich auch daraus ergeben, daß der Auftraggeber ein neues Vergabeverfahren einleitet, das mißbräuchlich darauf gerichtet ist, die Chancen des Antragstellers, den Zuschlag zu erhalten, weiter zu beeinträchtigen.⁹⁰¹ Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß in § 115 III 1 GWB eine Rechtsgefährdung nur in dem konkreten Vergabeverfahren, für das das Nachprüfungsverfahren anhängig ist, gemeint ist, so daß der Antragsteller erneut und eigenständig dagegen vorgehen muß.⁹⁰² Denn der Auftraggeber will durch die Einleitung eines neuen Verfahrens gerade etwaige gerügte oder sonstige Verfahrensfehler aus dem alten Verfahren beseitigen. Müßte der Antragsteller jeweils eigenständig dagegen vorgehen, würde dies ein erhebliches Kostenrisiko für den Antragsteller darstellen und der Auftraggeber könnte seine Verfahrensverstöße durch Einleitung eines neuen Verfahrens jeweils heilen. Aus diesen und aus proze-

⁸⁹⁶ Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 115, Rn. 10; Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 64; Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 56; Willenbruch, NVwZ 1999, 1062, 1064; Noch, Vergaberecht kompakt, S. 74.

⁸⁹⁷ So aber Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 3: Danach kann gem. § 115 III GWB keine endgültige Entscheidung getroffen werden.

⁸⁹⁸ Kopp/Schenke, VwGO, § 123, Rn. 14 b, Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 1408; Huba JuS 1990, 983, 986; Vogg, NJW 1993, 1357, 1364; a.A. VGH Mannheim, Beschl. v. 3.11.1995, 13 S 2185/95, NVwZ-RR 1996, 356, 358; VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 20.9.1994, 9 S 687/94, DVBl 1995, 160 f.; VGH Kassel, Beschl. v. 8.11.1995, 14 TG 3375/95, NVwZ-RR 1996, 325, 326; OVG Münster, Beschl. v. 28.2.1995, 25 B 3185/94, DVBl 1995, 934, 935.

⁸⁹⁹ Kopp/Schenke, VwGO, § 123, Rn. 14 b.

⁹⁰⁰ Kopp/Schenke, VwGO, § 123, Rn. 14; BVerfG, Beschl. v. 25.10.1988, 2 BvR 745/88, NJW 1989, 827; VGH Kassel, Beschl. v. 8.11.1995, 14 TG 3375/95, NVwZ-RR 1996, 325 f.; VGH Lüneburg, Beschl. v. 24.3.1993, 10 M 338/93, NVwZ 1994, 506; VGH Mannheim, Beschl. v. 6.10.1995, 10 S 1821/95, NJW 1996, 538; VGH München, Beschl. v. 7.12.1992, 7 CE 92.3287, NVwZ-RR 1993, 355, 356; Huba, JuS 1990, 983, 986; Schenke, Verwaltungsprozeßrecht, S. 325, Rn. 1036; Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, S. 137, Rn. 298; Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 741.

⁹⁰¹ Bechtold, GWB, § 115, Rn. 8.

⁹⁰² Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 68.

Ökonomischen Gründen muß es dem Antragsteller gestattet sein, gegen das (alte) neue Verfahren vorzugehen.

Ebenso kommt eine Rechtsverletzung, insbesondere im frühen Stadium des Vergabeverfahrens, in Betracht, wenn es noch gar nicht um den Zuschlag geht.⁹⁰³ So ist die vom Auftraggeber von Anfang an falsche Wahl des Vergabeverfahrens denkbar, die Nichtbeachtung der Bekanntmachungsvorschriften oder die rechtswidrig unterlassene Aufforderung des Bieters zur Angebotsabgabe.⁹⁰⁴

2. Antrag

Grundsätzlich ist für ein Vorgehen nach § 115 III GWB ein Antrag des Antragstellers⁹⁰⁵ erforderlich. Dabei ist in dem Antrag die zu besorgende Gefährdung der subjektiven Rechte des Antragstellers gem. § 97 VII GWB und das Begehren, dagegen mit vorläufigen Maßnahmen einzuschreiten, darzulegen. Eine detaillierte Begründung ist nicht vorgeschrieben, jedoch im Hinblick auf die von der Vergabekammer vorzunehmende Interessenabwägung zweckmäßig.⁹⁰⁶ Im Hinblick auf § 114 I 2 GWB kann die Vergabekammer jedoch auch von Amts wegen tätig werden. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn ein Einwirken auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens zwingend erforderlich ist.⁹⁰⁷

3. Verfahrensgrundsätze und Beurteilungsmaßstäbe

Die Verfahrensgrundsätze des Hauptsacheverfahrens sind wiederum nur soweit anwendbar, wie sie dem summarischen Charakter der Eilentscheidung entsprechen. Beurteilungsmaßstab ist gem. § 115 III 2 GWB der aus dem Verfahren der Vergabekammer auf vorzeitige Gestattung der Zuschlagserteilung nach § 115 II 1 GWB.⁹⁰⁸

4. Inhalt der Entscheidung

Die Vergabekammer kann - in Anlehnung an § 123 VwGO⁹⁰⁹ - einstweilige Anordnungen in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, ohne daß das Gesetz im einzelnen vorsieht, welchen Inhalt diese Anordnungen haben, solange und soweit sie geeignet sind, die Gefahr zu beseitigen, die dadurch entstehen kann, daß die Verwirklichung von Rechten des

⁹⁰³ Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 115, Rn. 10.

⁹⁰⁴ Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 56.

⁹⁰⁵ Im Unterschied zu § 115 II 2 GWB ist hier nur der Antragsteller und nicht die nach § 109 GWB Beigeladenen antragsberechtigt: Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 61; a.A. Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 58: Danach sind alle Unternehmen, die Rechte i.S.v. § 97 VII GWB geltend machen können, antragsberechtigt.

⁹⁰⁶ Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 73.

⁹⁰⁷ Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Entwurf der VgV v. 14.12.1999, S. 10; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 72.

⁹⁰⁸ Siehe oben: 4. Kap. D. II. 3.

Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert wird.⁹¹⁰ Ebenso ist das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache zu beachten. Die Entscheidungsbefugnis kann sogar so weit gehen, daß die Vergabekammer festlegen kann, daß der Auftraggeber das Verfahren vollkommen ruhen lassen muß.⁹¹¹ So kann der Vergabestelle zum Beispiel untersagt werden, überhaupt irgendwelche weiteren Verhandlungen mit den Bietern zu führen, wenn dadurch rechtswidrige Marktpreiskennnisse erlangt werden würden.⁹¹² Des weiteren ist die Vergabekammer in entsprechender Anwendung von § 114 II GWB nicht an den gestellten Antrag gebunden.⁹¹³ Um effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, ist die Vergabekammer auch befugt, im Wege der Ersatzvornahme in das Verfahren einzugreifen und die gebotene Handlung selbst auszuführen.⁹¹⁴

5. Keine selbständige Anfechtung

Die Entscheidung der Vergabekammer über eine über das Zuschlagsverbot hinausgehende Aussetzung ist gem. § 115 III 3 GWB nicht selbständig anfechtbar. Im Gegensatz zu § 115 II 2, 3 GWB existiert demnach kein zweistufiges, gerichtlich abschließendes Nachprüfungsverfahren. Aufgrund mangelnder gerichtlicher Überprüfung und einem möglichen Eintritt nicht mehr rückgängigmachbarer Schädigungen werden über das Zuschlagsverbot hinausgehende vorläufige Maßnahmen im Wege einer einstweiligen Verfügung gem. § 935 ZPO gefordert.⁹¹⁵ Dem ist aber nicht zuzustimmen, zumal bei der vorläufigen Zuschlagserteilung irreversible Zustände geschaffen werden, im Rahmen des § 115 III GWB dagegen weniger schwerwiegende, weil in der Regel die Verhaltensweisen des Auftraggebers noch korrigierbar sind.⁹¹⁶ Ebenso verbleiben bei einer ablehnenden Entscheidung Rechtsschutzmöglichkeiten im Rahmen einer sofortigen Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer zur Hauptsache.⁹¹⁷ Des weiteren ist es aufgrund § 104 II 1 GWB verwehrt, einstweilige Anordnungen nach §§ 80 ff. und 123 VwGO und einstweilige Verfügungen nach § 935 ZPO und §§ 1, 3 UWG zu treffen.⁹¹⁸ Dies ergibt sich auch aus der Intention des Gesetzgebers, der in § 126 III GWB klarstellt, daß bei ungerechtfertigtem

⁹⁰⁹ Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 55.

⁹¹⁰ Willenbruch, NVwZ 1999, 1062, 1064.

⁹¹¹ BT-Drucks. 13/9340, S. 20.

⁹¹² Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 115, Rn. 762 unter Hinweis auf VÜA Baden-Württemberg, Beschl. v. 15.3.1999, 1 VÜ 5/99.

⁹¹³ Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 115, Rn. 73.

⁹¹⁴ Boesen, Vergaberecht, § 115, Rn. 62; Dreher in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 115, Rn. 46.

⁹¹⁵ Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 268, Rn. 556.

⁹¹⁶ Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 115, Rn. 65.

⁹¹⁷ Bechtold, GWB, § 115, Rn. 8; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 115, Rn. 12; Leinemann/Weihrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 157, Rn. 568.

⁹¹⁸ Willenbruch, NVwZ 1999, 1062, 1064; siehe auch oben: 4. Kap. C. VIII. 4.

Gebrauch von einstweiligen Maßnahmen nach § 115 III nur Schadensersatzansprüche in Betracht kommen.⁹¹⁹

⁹¹⁹ Siehe oben: 4. Kap. C. VIII. 5.

E. Vorläufiger Rechtsschutz im Rahmen der sofortigen Beschwerde

I. Aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde

Die Einlegung der sofortigen Beschwerde beim Oberlandesgericht hat gem. § 118 I 1 GWB aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Dieser Suspensiveffekt tritt sowohl bei einem stattgebenden als auch einem ablehnenden Beschluß der Vergabekammer bezüglich des Antrages auf Nachprüfung des Vergabeverfahrens ein.⁹²⁰ Von Bedeutung ist diese Vorschrift insbesondere, wenn der Antrag des Bieters bei der Vergabekammer abgewiesen wurde.

Zunächst ist der Antragsteller durch die aufschiebende Wirkung des Nachprüfungsantrages gem. § 115 I GWB geschützt, die jedoch mit dem Ablauf der Beschwerdefrist nach § 117 I GWB wegfällt. Die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer gem. § 118 I 1 GWB schließt sich nun aber nahtlos daran an.⁹²¹ Darunter ist die Verlängerung des Zuschlagsverbots in § 115 I GWB zu verstehen.⁹²² Sicherergestellt wird dadurch, daß vor einer Entscheidung des Oberlandesgerichts keine Entscheidung der Vergabestelle getroffen werden kann, die vollendete Tatsachen schaffen würde und den gerichtlichen Rechtsschutz zu spät kommen ließe.⁹²³

Voraussetzung der aufschiebenden Wirkung ist, ähnlich wie bei § 80 I 1 VwGO, jedoch, daß der Rechtsbehelf der sofortigen Beschwerde statthaft ist, frist- und formgerecht eingelegt wurde und der Antragsteller beschwerdebefugt ist.⁹²⁴ Andere der Zulässigkeit des in der Hauptsache eingelegten Rechtsbehelfs entgegenstehende Gründe, insbesondere nachholbare oder heilbare Mängel, stehen nur bei deren Offensichtlichkeit entgegen.⁹²⁵ Grund dafür ist der funktionelle Zusammenhang zwischen dem vorläufigen Rechtsschutz und dem Rechtsbehelf der sofortigen Beschwerde.⁹²⁶ Ein rechtliches Bedürfnis nach dem Schutz des Bieters vor Zuschlagserteilung ist bei Unzulässigkeit bzw. evidenter Unzulässigkeit demnach nicht mehr gegeben.

⁹²⁰ Leinemann/Wehrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 161, Rn. 584; Ertl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 302, Rn. 634; Boesen, Vergaberecht, § 118, Rn. 14; a.A. Gröning ZIP 1999, 181, 182 f.

⁹²¹ Bechtold, GWB, § 118, Rn. 1.

⁹²² KG Berlin, Beschl. v. 18.8.1999, Kart Verg 4/99, BauR 2000, 561; KG Berlin, Beschl. v. 26.10.1999, Kart Verg 8/99, BauR 2000, 568.

⁹²³ BT-Drucks. 13/9340, S. 21.

⁹²⁴ Ähnlich Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 118, Rn. 4; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 118, Rn. 2; BVerwG, Urt. v. 30.10.1992, 7 C 24/92, NJW 1993, 1610, 1611; Schenke, Verwaltungsprozeßrecht, S. 285 f., Rn. 956 ff.; Schoch in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80, Rn. 65 ff.; Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 1150 ff.; Schoch, BayVBl 1983, 358 ff.; a.A. Wieseler, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 74 f.; Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 118, Rn. 2, Fn. 3: danach bewirkt auch eine unzulässige Beschwerde den befristeten Suspensiveffekt.

⁹²⁵ Kopp/Schenke, VwGO, § 80, Rn. 51; Boesen, Vergaberecht, § 118, Rn. 11 stellt nur auf die offensichtliche Unzulässigkeit ab; vgl. zur Offensichtlichkeit oben: 4. Kap. D. 4. I. a. aa.; a.A. Stockmann in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 118, Rn. 4.

⁹²⁶ Kopp/Schenke, § 80, Rn. 50.

In der Praxis werden jedoch einige Fälle auftreten, in denen Zweifel an der (Un)-Zulässigkeit der Beschwerde bestehen. Dann stellt sich die Frage, was in Zweifelsfällen zur Zulässigkeit der Beschwerde bis zur autoritativen Entscheidung des Beschwerdegerichts zu gelten hat. Es stellt sich demnach die Frage nach dem Feststellungsrisiko, also dem Risiko unzutreffender Beurteilung der Rechtslage.⁹²⁷ Um einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, ist im Zweifel im Hinblick auf den Zweck der aufschiebenden Wirkung, auf den summarischen Charakter der Regelung und auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG zugunsten des Bieters eine aufschiebende Wirkung anzunehmen.⁹²⁸

1. Statthaftigkeit

a) Endentscheidungen

§ 116 GWB ist die Grundnorm für den Zugang zur zweiten, gerichtlichen Stufe des Vergabebeschwerdeverfahrens. Demgemäß unterliegen alle Endentscheidungen der Vergabekammer der sofortigen Beschwerde gem. § 116 I GWB. Mit Endentscheidung ist die „Entscheidung der Vergabekammer“⁹²⁹ gemeint, deren Rechtsnatur als Verwaltungsakt § 114 III 1 GWB besonders heraushebt sowie klarstellt und mit der die Vergabekammer die erste Instanz des Nachprüfungsverfahrens abschließt.⁹³⁰ Zwischenentscheidungen sind grundsätzlich mit der sofortigen Beschwerde nicht anfechtbar.⁹³¹ Ausdrücklich festgeschrieben hat dies der Gesetzgeber für die Entscheidung über die Beiladung in § 109 S. 2 GWB, für die Versagung der Akteneinsicht in § 111 IV GWB, für die Eilentscheidung der Vergabekammer nach § 115 II GWB in § 115 II 5 GWB und für vorläufige Maßnahmen der Vergabekammer gem. § 115 III GWB in § 115 III 3 GWB.⁹³² Dies ergibt sich auch aus dem Wesen einer Zwischenentscheidung. Denn bei einer Zwischenentscheidung handelt es sich um keine das Verfahren erster Instanz abschließende Entscheidung und sie wird nicht bestandskräftig, wenn sie nicht binnen zwei Wochen ab Zustellung mit der sofortigen Beschwerde angegriffen wird. Ebenso würde eine isolierte Anfechtung dem Beschleunigungsgrundsatz widersprechen, da es in den meisten Fällen zu einer wesentlichen Verzögerung des Nachprüfungsverfahrens kommen würde.⁹³³

⁹²⁷ Erichsen, Jura 1984, 414, 426.

⁹²⁸ So auch für die aufschiebende Wirkung nach § 80 I VwGO: Schwerdtner, NVwZ 1987, 473 f.; OVG Hamburg, Beschl. v. 25.8.1987, PS VI 31/87, NVwZ 1987, 1002.

⁹²⁹ Siehe sowohl den Wortlaut des § 114 III 1 GWB als auch den Wortlaut des § 116 I GWB.

⁹³⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.1.2000, Verg 2/00, WuW/E Verg 319, 320; darunter fällt auch eine Zurückweisung des Antrages als offensichtlich unzulässig oder unbegründet gem. § 110 II 2 GWB.

⁹³¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.1.2000, Verg 2/00, WuW/E Verg 319, 320.

⁹³² Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 116, Rn. 2.

⁹³³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.1.2000, Verg 2/00, WuW 2000, 319, 320 f.; Boesen, Vergaberecht, § 116, Rn. 18; Kraus, BauR 2000, 1545, 1563; Hunger in: Kus/Kulartz/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 116, Rn. 4 f.

Eine Ausnahme davon besteht nur bei der Kostenentscheidung, die nach § 128 I 2 GWB i. V. m. § 22 VwKostG des Bundes auch gesondert mittels der sofortigen Beschwerde angefochten werden kann.⁹³⁴ Jedoch findet § 118 GWB auf eine sich gegen eine Kostenfestsetzung gem. § 128 GWB richtende sofortige Beschwerde keine Anwendung. Denn § 118 GWB bezweckt, daß nicht durch eine „voreilige“ Zuschlagserteilung endgültige Verhältnisse geschaffen werden und der übergangene Bieter auf Schadensersatzansprüche verwiesen werden muß.⁹³⁵

b) Untätigkeitsbeschwerde

Gem. § 116 II GWB ist die sofortige Beschwerde auch zulässig, wenn die Vergabekammer über einen Antrag auf Nachprüfung nicht innerhalb der fünföchigen Frist des § 113 I 1 GWB entschieden hat⁹³⁶ bzw. aufgrund des Beschleunigungsgrundsatzes auch bei einer unangemessenen Fristverlängerung i. S. d. § 113 I 2 GWB.⁹³⁷ Es kommt hierbei zu einer gesetzlichen Fiktion, die besagt, daß eine negative Entscheidung zu Lasten des Antragstellers vorliegt, obwohl eine solche Entscheidung nicht rechtzeitig vorliegt.⁹³⁸ Legt der Antragsteller keine Untätigkeitsbeschwerde ein, wird die fingierte Ablehnung des Antrages mit Ablauf der Beschwerdefrist bestandskräftig, selbst wenn die Vergabekammer das Nachprüfungsverfahren über diesen Zeitpunkt hinaus fortsetzt.⁹³⁹ Die Vergabekammer kann die mit Fristablauf des § 113 I GWB von Gesetzes wegen eingetretene Antragsablehnung durch eine hiervon abweichende Entscheidung nach Fristablauf nicht korrigieren. Eine Stattgebung des Nachprüfungsantrags der Vergabekammer nach Fristablauf würde dem in §§ 116 II 1. Halbs. GWB i. V. m. § 113 I GWB verankerten Beschleunigungsgrundsatz widersprechen.⁹⁴⁰ Eine verspätete Entscheidung wird vielmehr als eine „Nichtentscheidung“ einzustufen sein.⁹⁴¹

⁹³⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.7.2000, Verg 1/00, BauR 2000, 1626, 1627; OLG Frankfurt/M., Beschl. v. 16.5.2000, 11 Verg 1/99, BauR 2000, 1595, 1596; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.1.2000, Verg 2/00, WuW/E Verg 319, 320; BayObLG, Beschl. v. 29.9.1999, Verg 4/99, NZBau 2000, 99, 100; BayObLG, Beschl. v. 4.8.2000, Verg 3/00, JurBüro 2000, 640 f.; KG, Beschl. v. 8.2.2000, KartVerg 7/99, KG Report Berlin 2000, 177, 178; OLG Stuttgart, Beschl. v. 19.7.2000, 2 Verg 4/00, NZBau, 2000, 543 f.; OLG Rostock, Beschl. v. 25.10.2000, 17 W 3/99; OLG Jena, Beschl. v. 19.10.2000, 6 Verg 6/00; so schon Boesen, Vergaberecht, Vergaberecht, § 117, Rn. 12 f.; Bechtold, GWB, § 128, Rn. 4; Gröning, ZIP 1999, 181, 185.

⁹³⁵ OLG Rostock, Beschl. v. 17.5.2000, 17 W 7/00, NZBau 2001, 464.

⁹³⁶ Ausreichend ist, daß die Entscheidung innerhalb der Frist getroffen und begründet wurde. Nicht notwendig ist deren Zustellung innerhalb der Frist: Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 116, Rn. 772; Bechtold, GWB, § 113, Rn. 1; Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 117, Rn. 4; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 113, Rn. 2; a.A. Byok in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 113, Rn. 734 f.

⁹³⁷ Boesen, Vergaberecht, § 116, Rn. 48 ff.; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 113, Rn. 22; Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 113, Rn. 10.

⁹³⁸ Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 116, Rn. 4. Vgl. § 63 III GWB und § 75 VwGO, wobei hier die Untätigkeit der Behörde keine Ablehnung des Bescheides fingiert; hierzu Kopp/Schenke, VwGO, § 75, Rn. 1a.

⁹³⁹ Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 116, Rn. 9; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 113, Rn. 22.

⁹⁴⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.6.2001, Verg 3/01, S. 20; BT-Drucks. 13/9340, S. 20; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 116, Rn. 766 f.; a.A. Bechtold, GWB, § 113, Rn. 3; Boesen, Vergaberecht, § 113, Rn. 38: Danach tritt bei (teilweise) stattgebender Entscheidung hinsichtlich des bereits vom Antragsteller eingeleiteten

c) *Teilanfechtung*

Enthält die Entscheidung der Vergabekammer eine Nebenbestimmung, kann diese gegebenenfalls isoliert mit der sofortigen Beschwerde angegriffen werden.⁹⁴² Eine getrennte Anfechtung ist wie im kartellrechtlichen und verwaltungsgerichtlichen Verfahren jedoch nur dann zulässig, wenn die Nebenbestimmung mit dem zu regelnden Gesamtzusammenhang in keinem untrennbaren Zusammenhang steht bzw. als Verfügung verselbständigt werden kann.⁹⁴³ Bei der Anfechtung einer selbständigen Nebenbestimmung tritt die aufschiebende Wirkung des § 118 I 1 GWB nur bezüglich des angefochtenen Teils ein.⁹⁴⁴ In den übrigen Fällen tritt die aufschiebende Wirkung, auch bei nur teilweiser Anfechtung der Entscheidung der Vergabekammer, insgesamt ein.⁹⁴⁵

2. Form

a) *Allgemeines*

Die sofortige Beschwerde ist schriftlich beim Beschwerdegericht (*iudex ad quem*) einzureichen. Eine Einlegung bei der Vergabekammer hat keine fristwahrende Wirkung. Leitet die Vergabekammer die Beschwerde aber noch rechtzeitig an das Beschwerdegericht weiter, genügt das den Erfordernissen des § 117 I GWB.⁹⁴⁶ Das Risiko einer fehlerhaften Antragstellung trägt demzufolge der Antragsteller, zumal ihm gegenüber der Vergabekammer kein Anspruch auf Weiterleitung zusteht.

Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen für bestimmende Schriftsätze ist auch die Einlegung mittels Telefax zulässig.⁹⁴⁷ Erforderlich ist dabei, daß die Vorlage dem zuständigen Gericht direkt ohne Einschaltung eines privaten Zwischenempfängers zugeleitet wird.⁹⁴⁸ Dabei muß das Telefax auch die Unterschrift wiedergeben⁹⁴⁹, wobei auch ein Computertext mittels eingescannter Unterschrift zulässig ist.⁹⁵⁰

Beschwerdeverfahrens insoweit (teilweise) Erledigung ein, da durch die verspätete Entscheidung nachträglich seine Beschwer wegfällt.

⁹⁴¹ Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 294, Rn. 614.

⁹⁴² Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 116, Rn. 7.

⁹⁴³ Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 63, Rn. 18; Hinz in: Müller-Henneberg/Schwartz/Benisch, GWB/Europ. Kartellrecht, § 62, Rn. 14; Kollmorgen in: Langen/Bunte, Deutsches und europ. Kartellrecht, § 63, Rn. 15; Boesen, Vergaberecht, § 117, Rn. 31; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 36, Rn. 46; BVerwG, Urt. v. 14.12.1977, 8 C 28/77, NJW 1978, 1018; BVerwG, Urt. v. 10.7.1980, 3 c 136/79, DVBl 1981, 263; BVerwG, Urt. v. 20.1.1984, 4 c 70/79, NVwZ 1984, 366.

⁹⁴⁴ Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 118, Rn. 5.

⁹⁴⁵ Bechtold, GWB, § 118, Rn. 1; Stockmann in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 118, Rn. 6.

⁹⁴⁶ Bechtold, GWB, § 117, Rn. 2.

⁹⁴⁷ BGH, Beschl. v. 4.5.1994, XII ZB 21/94, NJW 1994, 2097; BGH, Beschl. v. 3.12.1996, XI ZB 20/96, NJW 1997, 948; Ebnet, NJW 92, 2985 ff.; Henecke, NJW 1998, 2194 f.

⁹⁴⁸ Greger in: Zöller, ZPO, § 130, Rn. 10.

⁹⁴⁹ BGH, Beschl. v. 4.5.1994, XII ZB 21/94, NJW 1994, 2097.

⁹⁵⁰ GmS-OGB, Beschl. v. 5.4.2000, GmS-OGB 1/98, NJW 2000, 2340 f.

b) Begründungserfordernis

Die sofortige Beschwerde ist im Hinblick auf eine möglichst zügige Entscheidung des Beschwerdegerichts sogleich mit ihrer Einlegung zu begründen, § 117 II 1 GWB. Jedoch muß es dem Beschwerdeführer auch gestattet sein, die Beschwerdebegründung innerhalb der Beschwerdefrist nachzureichen. Die vom Gesetzgeber bezweckte Beschleunigung des Verfahrens wird dadurch nicht beeinträchtigt.⁹⁵¹ Durch den in § 117 II 2 Nr. 1 und Nr. 2 GWB geforderten Mindestinhalt der Begründung soll der Streitstoff soweit wie möglich und in einer Weise aufbereitet sein, die eine rasche Entscheidung ermöglicht.⁹⁵²

aa) Anforderungen nach § 117 II 2 Nr. 1

Für die Beschwerdebegründung nach § 117 II 2 Nr. 1 GWB ist es jedoch ausreichend, wenn sich das Beschwerdebegehren aus der Begründung entnehmen läßt. Der Beschwerdeführer muß keinen Antrag mit tenorierungsfähigem Inhalt ausformulieren und stellen. Ebenso reicht auch die Bezugnahme auf einen Antrag aus, der erfolglos bei der Vergabekammer gestellt worden war, deren Verfügung nunmehr mit der Beschwerde angefochten wird. Dies ergibt sich aus einem Vergleich zu den ähnlichen Vorschriften im Kartellverfahrensrecht nach § 66 IV Nr. 1 GWB und im Zivilprozeßrecht nach § 519 III Nr. 1 ZPO, zumal kein Grund ersichtlich ist, an § 117 II 2 Nr. 1 GWB strengere, förmlichere Anforderungen zu stellen.⁹⁵³ Der Beschwerdeführer muß demzufolge sein Rechtsschutzziel in der Begründung zum Ausdruck bringen und eine eventuelle Teilanfechtung genau bezeichnen.⁹⁵⁴

bb) Anforderungen nach § 117 II 2 Nr. 2 GWB

Die Anforderungen des § 117 II 2 Nr. 2 GWB an die Angaben der Tatsachen und Beweismittel, auf welche die sofortige Beschwerde gestützt wird, sind im Hinblick auf den Untersuchungsgrundsatz gem. §§ 120 II, 70 I GWB und die Hinweispflicht des Vorsitzenden gem. §§ 120 II, 70 II GWB eher restriktiv zu interpretieren.⁹⁵⁵ Nur wenn in der Begründung Tatsachen und Beweismittel gänzlich fehlen, wird die Beschwerde als unzulässig zurückgewiesen. Unzureichend ist ebenso ein pauschaler Hinweis auf das Vorbringen gegenüber

⁹⁵¹ Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 117, Rn. 11; Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 117, Rn. 7; Bechtold, GWB, § 117, Rn. 3; a.A. Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 117, Rn. 5.

⁹⁵² BT-Drucks. 13/9340, S. 21.

⁹⁵³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.1999, Verg 1/99, BauR 1999, 751, 755; OLG Naumburg, Beschl. v. 1.11.2000, 1 Verg 7/00; OLG Jena, Beschl. v. 22.12.1999, 6 Verg 3/99, BauR 2000, 396, 398; Kollmorgen in: Langen/Bunte, Deutsches u. europ. Kartellrecht, § 66, Rn. 6; Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 66, Rn. 13; Gummer in: Zöller, ZPO, § 519, Rn. 28; Noch, BB 1999, 1081, 1082.

⁹⁵⁴ Boesen, Vergaberecht, § 117, Rn. 32 und 34; vgl. auch oben: 4. Kap. E. I. 1. c.

⁹⁵⁵ Boesen, Vergaberecht, § 117, Rn. 23; Kollmorgen in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 66, Rn. 7.

der Vergabekammer.⁹⁵⁶ Der Beschwerdeführer muß diejenigen Tatsachen und Beweismittel angeben, die aus seiner Sicht - ohne Erfordernis einer objektiven Schlüssigkeit - das Beschwerdebegehren rechtfertigen.⁹⁵⁷ In Fällen, in denen es nur um Rechtsfragen geht, reicht es aus, wenn der Beschwerdeführer deutlich macht, inwieweit der Auffassung der Vergabekammer widersprochen wird.⁹⁵⁸

Die Beschwerde kann aufgrund mangelnden Verweises bzw. einer mangelnden Regelung hinsichtlich § 63 I 2 GWB auch auf neue Tatsachen und Beweismittel gestützt werden, die noch nicht Gegenstand des Verfahrens vor der Vergabekammer waren.⁹⁵⁹ Der Beschwerdeführer kann nach Fristablauf gem. § 117 I GWB, eingeschränkt durch die Präklusion gem. § 107 III GWB, im Laufe des Beschwerdeverfahrens auch noch weitere Tatsachen und Beweismittel vortragen. Dies ergibt sich aus dem Amtsermittlungsgrundsatz gem. §§ 120 II, 70 II, III GWB.⁹⁶⁰ Daraus ergibt sich auch, daß das Beschwerdegericht nicht auf die Berücksichtigung der vorgetragenen Tatsachen oder der Erhebung der beantragten Beweise beschränkt ist.⁹⁶¹ Die gerichtliche Ermittlungspflicht wird jedoch durch die aus § 117 II 2 Nr. 2 GWB sich ergebende Förderungspflicht des Beschwerdeführers eingeschränkt. Das Beschwerdegericht ist daher nicht verpflichtet, möglichen Gestaltungen des Sachverhalts nachzugehen, deren Vortrag von dem Beschwerdeführer in der Beschwerdebegründung erwartet werden kann.⁹⁶² Ebenso darf das Oberlandesgericht nicht über das in der Beschwerdebegründung beantragte Ausmaß hinaus durch seine Entscheidung auf das Verhalten des Auftraggebers oder die weitere Gestaltung des Vergabeverfahrens einwirken.⁹⁶³

c) Anwaltszwang

Die Beschwerdeschrift muß gem. § 117 III 1 GWB durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Die Vorschrift statuiert den bei den Oberlandesgerichten üblichen Anwaltszwang, der in den eilbedürftigen Vergabesachen

⁹⁵⁶ Hinz in: Müller-Henneberg/Schwartz/Benisch, GWB/Europ. Kartellrecht, § 65, Rn. 6.

⁹⁵⁷ Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 117, Rn. 797.

⁹⁵⁸ Bechtold, GWB, § 117, Rn. 3.

⁹⁵⁹ Boesen, Vergaberecht, § 117, Rn. 43; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 117, Rn. 14; a.A. Byok, NJW 1988, 2774, 2778.

⁹⁶⁰ Hinz in: Müller-Henneberg/Schwartz/Benisch, GWB/Europ. Kartellrecht, § 65, Rn. 6; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 117, Rn. 798; Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 117, Rn. 10.

⁹⁶¹ So jedoch BayObLG, Beschl. v. 14.5.1999, Verg 1/99, VergRR 7/99, S. 3, 4; BayObLG, Beschl. v. 21.5.1999, Verg 1/99, BauR 2000, 49, 50; OLG Jena, Beschl. v. 13.10.1999, 6 Verg 1/99, BauR 2000, 388, 390; OLG Naumburg, Beschl. v. 28.8.2000, 1 Verg 5/00; OLG Dresden, Beschl. v. 11.7.2000, Verg 5/00, BauR 2001, 235, 236; Kraus, BauR 2000, 1545, 1563.

⁹⁶² Bracher in: Frankfurter Kommentar, § 65, Rn. 17; BGH, Beschl. v. 27.2.1969, KVR 5/68, WuW/E BGH 990, 993.

⁹⁶³ Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 117, Rn. 798; Jaeger, OLG-Entscheidungen zum GWB-Vergaberecht, S. 107, 127; Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 117, Rn. 10: Danach besteht jedoch aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes eine umfassende Prüfungspflicht.

der rechtlichen Aufbereitung des Prozeßstoffes dient.⁹⁶⁴ Die Art der Zulassung des Rechtsanwaltes spielt keine Rolle, so daß eine generelle Zulassung bei einem beliebigen deutschen Gericht ausreichend ist.⁹⁶⁵ Eine Ausnahme gilt nach § 117 III 2 GWB für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Jedoch muß bei diesen, in entsprechender Anwendung von § 120 I 2 GWB, die Beschwerdeschrift durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt unterzeichnet sein.⁹⁶⁶ Zwar ist § 120 I GWB dem Wortlaut nach erst für das Verfahren vor dem Beschwerdegericht konzipiert, jedoch ist nicht ersichtlich, warum an die Beschwerdeschrift geringere Anforderungen gestellt werden sollen, zumal nach der gesetzgeberischen Intention der Streitstoff rasch und umfangreich aufzubereiten ist.

3. Frist

Die Frist für die Erhebung der sofortigen Beschwerde beträgt gem. § 117 I GWB zwei Wochen.⁹⁶⁷ Sie stellt eine sogenannte Notfrist dar und ist unabänderlich.⁹⁶⁸ Für die Berechnung der Frist gelten die §§ 120 II, 73 Nr. 2 GWB, 222 ZPO, 187 bis 193 BGB. Fristbeginn ist die Zustellung der Entscheidung, die nach den Vorschriften des Verwaltungszustellungsgesetzes zu erfolgen hat.⁹⁶⁹ Nicht überzeugen kann eine Entscheidung des OLG Stuttgart⁹⁷⁰, wonach eine Bekanntgabe per Telefax und somit eine Anwendung von § 41 VwVfG befürwortet wird. Dies widerspricht dem ausdrücklichen Hinweis von § 114 III 3 GWB auf § 61 GWB, wonach durch die Geltung des VwZG gleichzeitig angeordnet wird, daß die abweichende Regelung des § 41 VwVfG nicht anwendbar ist.⁹⁷¹ Bei unterschiedlichen Zustellungsterminen kommt es auf die Zustellung der Entscheidung an den jeweiligen

⁹⁶⁴ BT-Drucks. 13/9340, S. 21.

⁹⁶⁵ Leinemann/Weihrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 161, Rn. 580; Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 117, Rn. 11.

⁹⁶⁶ Leinemann/Weihrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 161, Rn. 583; Noch, Vergaberecht kompakt, S. 77; Tilmann, WuW 1999, 342, 244; Bechtold, GWB, § 117, Rn. 4; Boesen, Vergaberecht, § 117, Rn. 45; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 117, Rn. 18; Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 117, Rn. 11; a.A. Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 117, Rn. 784; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 117, Rn. 10.

⁹⁶⁷ Nach BT-Drucks. 13/9340, S. 21 dient die Frist dazu, das Verfahren nicht in die Länge zu ziehen, sie erscheint aber auch als ausreichend.

⁹⁶⁸ §§ 120 II, 73 Nr. 2 GWB, 224 I ZPO; BT-Drucks. 13/9340, S. 21; Thomas/Putzo, ZPO, § 224, Rn. 2.

⁹⁶⁹ Auch soweit es sich um Entscheidungen der Vergabekammern der Länder handelt; a.A. Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 14, Rn. 77.

⁹⁷⁰ OLG Stuttgart, Beschl. v. 11.7.2000, 2 Verg 5/00, BauR 2001, 98: das OLG kommt jedoch zu demselben Ergebnis, indem es den erforderlichen Bekanntgabewillen verneint.

⁹⁷¹ Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 61, Rn. 18; Boesen, Vergaberecht, § 114, Rn. 97; Schultz in: Langen/Bunte, Deutsches und europ. Kartellrecht, § 61, Rn. 13; Bechtold, GWB, § 61, Rn. 5; Quack in: Frankfurter Kommentar, § 57, Rn. 25.

Beteiligten an, so daß für unterschiedliche Beteiligte unterschiedliche Fristen laufen können.⁹⁷²

Unerheblich ist ebenso, wenn die sofortige Beschwerde zunächst lediglich vorsorglich zur Wahrung der Frist eingelegt wurde und ihre Durchführung als von der Entscheidung des hinter dem Beschwerdeführer stehenden politischen Gremiums abhängig bezeichnet wird. Zwar ist die Einlegung des Rechtsmittels grundsätzlich bedingungsfeindlich, was zur Unwirksamkeit der Beschwerdeeinlegung führen würde.⁹⁷³ Jedoch soll nicht die Einlegung in der Schwebe bleiben, vielmehr soll die Durchführung der Beschwerde von dem künftigen Ereignis abhängig sein.⁹⁷⁴

a) Zustellungsmängel

Bei Zustellungsmängeln findet gem. §§ 120 II, 73 Nr. 2 GWB, 187 S. 2 ZPO keine Heilung durch tatsächlichen Zugang des Schriftstücks statt; die dadurch entstandene Unwirksamkeit der Zustellung kann nur durch erneute, ordnungsgemäße Zustellung überwunden werden.⁹⁷⁵ Teilweise wird auch trotz fehlerhafter Zustellung der Entscheidung der Vergabekammer ein Fristbeginn der Beschwerdefrist nach Ablauf der Frist des § 113 I GWB angenommen.⁹⁷⁶ Dem widerspricht jedoch der Gesetzeswortlaut des § 187 S. 2 ZPO, zudem der dadurch bezweckte Schutz des Zustellungsadressaten unterlaufen werden würde.⁹⁷⁷

b) Rechtsmittelbelehrung

Ist eine nach §§ 114 III 3, 61 I 1 GWB erforderliche Rechtsmittelbelehrung unterblieben oder unrichtig erteilt worden, beginnt die zweiwöchige Beschwerdefrist ebenfalls nicht zu laufen. Vielmehr läuft in entsprechender Anwendung von § 58 II VwGO eine Frist von einem Jahr ab Zustellung.⁹⁷⁸ Auch hier wird aufgrund der möglichen verheerenden Auswirkungen im Hinblick auf die vom Gesetzgeber gewollte Beschleunigung bzw. Vermeidung einer Investitionsblockade teilweise angenommen, daß nach Ablauf der Fünf-Wochen-Frist des § 113 I GWB die Beschwerdefrist nach § 117 I 2. Alt. GWB zu laufen beginnt.⁹⁷⁹ Dem ist a-

⁹⁷² Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 117, Rn. 5; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 117, Rn. 789; Bechtold, GWB, § 117, Rn. 1; Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 118, Rn. 6.

⁹⁷³ Thomas/Putzo, ZPO, Einl III, Rn. 14.

⁹⁷⁴ OLG Stuttgart, Beschl. v. 24.3.2000, 2 Verg 2/99, NVwZ-RR 2001, 29, 30.

⁹⁷⁵ Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 117, Rn. 787; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 117, Rn. 2; vgl. auch § 9 II VwZG.

⁹⁷⁶ Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 117, Rn. 5.

⁹⁷⁷ BGH, Beschl. v. 9.11.1976, Gms-OGB 2/75, BGHZ 67, 355, 358; ähnlich Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 117, Rn. 787, Fn. 10.

⁹⁷⁸ Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 117, Rn. 788 unter Hinweis auch auf §§ 79, 32 III, 48 IV VwVfG; Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 118, Rn. 6.

⁹⁷⁹ Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 117, Rn. 6; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 114, Rn. 67 f.; Kus in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 114, Rn. 75; Boesen, Vergaberecht, § 114, Rn. 94 f.

ber auch hier nicht zuzustimmen, zumal eine analoge Anwendung von § 58 II GWB im vergleichbaren kartellrechtlichen Beschwerdeverfahren besteht⁹⁸⁰ und eine entgegenstehende Ansicht vom Gesetzgeber nicht geäußert worden ist.⁹⁸¹ Ebenso umfassen die Vorschriften diesen Fall weder nach dem Wortlaut noch nach dem Zweck.⁹⁸²

c) Untätigkeitsbeschwerde

Im Falle der Untätigkeit der Vergabekammer beginnt die Frist mit dem Zeitpunkt, zu dem die Entscheidung, gegebenenfalls nach Verlängerung durch den Vorsitzenden, spätestens hätte ergehen müssen, § 113 I GWB.⁹⁸³ Um einer Verfristung vorzubeugen, ist dem Antragsteller zu raten, sich bei der Vergabekammer zu erkundigen, wann die Beschwerdefrist des § 116 II GWB begonnen hat und ob die Frist des § 113 I GWB gewahrt wurde.⁹⁸⁴ Denn der Bieter kann sich nicht, wie zum Beispiel bei der fehlenden Rechtsmittelbelehrung, darauf verlassen, analog § 58 II VwGO eine Antragsfrist eingeräumt zu bekommen, die erst nach Ablauf eines Jahres abläuft.⁹⁸⁵ Erfolgt nach Fristablauf dennoch eine Entscheidung der Vergabekammer, hat dies keine Auswirkung auf die Beschwerdefrist, da eine solche Entscheidung als rechtliches Nullum anzusehen ist.⁹⁸⁶

d) Wiedereinsetzung

Bei einer unverschuldeten Fristversäumung kann dem Beschwerdeführer gem. §§ 120 II, 73 Nr. 2 GWB, 233 ZPO Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gewährt werden. Die Wiedereinsetzung beseitigt die der Partei durch Versäumung einer Frist entstandenen Rechtsnachteile rückwirkend. Durch sie wird die Rechtzeitigkeit der nach Versäumung nachgeholtten Prozeßhandlung fingiert.⁹⁸⁷ Aufgrund der Fiktion der fristgerecht eingelegten sofortigen Beschwerde tritt auch rückwirkend die aufschiebende Wirkung des § 118 I 1 GWB ein. Jedoch entsteht kein rückwirkend eintretendes Zuschlagsverbot nach Ablauf der

⁹⁸⁰ Junge in: Müller-Henneberg/Schwartz/Benisch, GWB/Europ. Kartellrecht, § 57, Rn. 4; Schultz in: Langen/Bunte, Deutsches und europ. Kartellrecht, § 61, Rn. 9; Quack in: Frankfurter Kommentar, Kartellrecht, § 57, Rn. 23; OLG Celle, Beschl. v. 21.2.1973, 13 Kart. V 1/72, WuW/E OLG 1387, 1389; KG, Beschl. v. 14.12.1977, Kart. 11/77, WuW/E OLG 1968.

⁹⁸¹ Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 118, Rn. 6.

⁹⁸² Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 117, Rn. 788, Fn. 11.

⁹⁸³ BT-Drucks. 13/9340, S. 21.

⁹⁸⁴ Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 117, Rn. 7; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 791.

⁹⁸⁵ Noch, Vergaberecht kompakt, S. 76; Leinemann/Weihrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 159, Rn. 574. Kritisch dazu Tilmann, WuW 1999, 342, 347 und Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 117, Rn. 5: Danach liegt aufgrund einer Verkürzung des Rechtsschutzes ein Verstoß gegen Art. 19 IV, 20 III GG vor, zumal die Vergabekammer abschließend und bindend für die ordentlichen Gerichte über den Grund etwaiger Schadensersatzansprüche entscheiden würde.

⁹⁸⁶ Vgl. oben unter 4. Kap. E. I. 1. b.

⁹⁸⁷ Greger in: Zöller, ZPO, § 238, Rn. 3; BGH, Urt. v. 8.1.1953, IV ZR 125/52, BGHZ 8, 284, 285 f.; BGH, Beschl. v. 8.10.1986, VIII ZB 41/86, BGHZ 98, 325, 328.

Beschwerdefrist, zumal eine Nichtigkeit gem. § 134 BGB nur gegeben ist, wenn das Rechtsgeschäft bereits im Zeitpunkt der Vornahme verbotswidrig war.⁹⁸⁸

4. Beschwerdebefugnis

Beschwerdebefugte sind nach §§ 116 I 2, 109 S. 1 GWB alle am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten, also das antragstellende Unternehmen, die öffentlichen und die dem GWB unterliegenden privaten Auftraggeber und diejenigen Unternehmen, deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden und die deswegen von der Vergabekammer beigeladen worden sind.⁹⁸⁹ Ist eine Beiladung erfolgt, prüft das Beschwerdegericht nicht mehr, ob die Beiladung rechtmäßig angeordnet wurde, zumal diese Entscheidung gem. § 109 S. 2 GWB unanfechtbar ist.⁹⁹⁰

Ein nicht beigeladener Dritter ist aufgrund des eindeutigen und klaren Wortlauts des § 116 I 2 GWB nicht beschwerdebefugt. Dies gilt selbst dann, wenn ein Unternehmen rechtswidrig nicht beigeladen wurde. Die Beschwerdebefugnis knüpft allein an die formale Stellung als Beteiligter i. S. d. § 109 S. 1 GWB an.⁹⁹¹ Teilweise wird durch die Nichtgewährung des gerichtlichen Rechtsschutzes eine Verletzung von Art. 19 IV GG gesehen. Aufgrund dessen wird die formale Beteiligtenstellung auf diejenigen nicht beigeladenen Dritten erweitert, die eine Verletzung in eigenen Rechten analog § 42 II VwGO geltend machen können.⁹⁹² Dadurch würde aber die Entscheidung aufgrund mangelnder Rechtsbehelfsbelehrung ein Jahr nicht in Bestandskraft erwachsen, zumal die Beschwerdefrist §§ 58 VwGO, 79, 32 III 48 IV VwVfG entsprechend, dann ein Jahr betragen würde. Zudem würde sich auch das gesetzliche Zuschlagsverbot gem. § 115 I GWB, § 134 BGB auf ein Jahr verlängern.⁹⁹³

Ebenso ist das Beschwerdegericht nicht selbst befugt, den Kreis der Beteiligten durch eine Beiladung der rechtswidrig unterbliebenen Beizuladenden zu erweitern.⁹⁹⁴ Dies kann

⁹⁸⁸ Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 118, Rn. 7 unter Hinweis auf Sack in: Staudinger, BGB, I, § 134, Rn. 54.

⁹⁸⁹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.06.2001, Kart 25/01 (V), S. 4 f.

⁹⁹⁰ Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 116, Rn. 13; ebenso Werner in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 54, Rn. 18; Hinz in: Müller-Henneberg/Schwartz/Benisch, GWB/Europ. Kartellrecht, § 62, Rn. 7 und § 66, Rn. 3; a.A. Bracher in: Frankfurter Kommentar, § 66, Rn. 6.

⁹⁹¹ Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 116, Rn. 3; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 116, Rn. 13; Tilmann, WuW 1999, 342, 346.

⁹⁹² Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 295, Rn. 619; Dreher, NVwZ 1997, 343, 347; Boesen, Vergaberecht, § 116, Rn. 38 ff. unter Hinweis auf das kartellrechtliche Verfahren: Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 63, Rn. 22; Kollmorgen in: Langen/Bunte, Deutsches und europ. Kartellrecht, § 63, Rn. 20; KG, Beschl. v. 12.1.1982, Kart. 14/81, WuW/E OLG 2720, 2722.

⁹⁹³ Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 116, Rn. 776.

⁹⁹⁴ Boesen, Vergaberecht, § 119, Rn. 4; Bechtold, GWB, § 116, Rn. 2; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 119, Rn. 2; Kollmorgen in: Langen/Bunte, Deutsches und europ. Kartellrecht, § 67, Rn. 5; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 116, Rn. 13 und § 119, Rn. 4; Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 67, Rn. 4; offengelassen BayObLG, Beschl. v. 21.5.1999, Verg 1/99, WuW/E Verg 239, 240; a.A. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.11.2000, Verg 14/00, WuW/E Verg 402, 404; OLG Rostock, Beschl. v. 20.9.2000, 17 W 12/00, OLG Rostock 2000, 259.

nicht aus dem Rechtsstaatsprinzip in Gestalt der Gewährung rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 I GG i. V. m. 2 I GG hergeleitet werden, selbst dann nicht, wenn es durch die nachträgliche Beiladung durch das Oberlandesgericht zu keiner Verfahrensverzögerung kommt.⁹⁹⁵ Eine extensive Auslegung des § 119 GWB schließt zum einen schon der Gesetzeswortlaut mit seinem Verweis auf die Beteiligten im Verfahren vor der Vergabekammer aus, zum anderen widerspricht eine solche weitreichende Befugnis des Oberlandesgerichts der Intention des Gesetzgebers.⁹⁹⁶

Allenfalls ist eine Beiladung durch die Vergabekammer auch noch nach Erlaß der Hauptsacheentscheidung bis zur Einlegung der sofortigen Beschwerde durch andere Verfahrensbeteiligte möglich.⁹⁹⁷ Denn auch nach Abschluß des Verfahrens vor der Vergabekammer kann sich die Notwendigkeit einer Beiladung ergeben. Es ist kein sachlich gerechtfertigter Grund ersichtlich, warum nur die Interessen derjenigen Personen Berücksichtigung finden sollen, die schon vor dem Verfahren vor dem Beschwerdegericht von der Vergabekammer beigelegt wurden. Die Zulassung der nachträglichen Beiladung durch die Vergabekammer ist der Ausgleich für den Ausschluß der Beiladung durch das Beschwerdegericht.⁹⁹⁸ Zwar ist ein solcher Weg unter Umständen zeitraubend und umständlich⁹⁹⁹, aber zumindest gesetzeskonform. Ein Dritter, der durch die Entscheidung der Vergabekammer materiell beschwert ist, kann deswegen nach Erlaß der Entscheidung bis zur Einlegung der sofortigen Beschwerde durch andere Verfahrensbeteiligte bei der Vergabekammer noch seine Beiladung beantragen, und zwar ausschließlich zum Zwecke der Einlegung der sofortigen Beschwerde.¹⁰⁰⁰

5. Beschwer

a) Formelle Beschwer

Neben der Beschwerdebefugnis muß zunächst eine formelle Beschwer der Verfahrensbeteiligten vorliegen. Eine solche Beschwer liegt dann vor, wenn die mit der sofortigen Beschwerde angefochtene Entscheidung der Vergabekammer zumindest teilweise von den

⁹⁹⁵ Hunger in: Kus/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 119, Rn. 4; ähnlich Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 119, Rn. 822.

⁹⁹⁶ Boesen, Vergaberecht, § 119, Rn. 4; BT-Drucks. 13/9340, S. 21.

⁹⁹⁷ Bechtold, GWB, § 109, Rn. 2 und § 116, Rn. 2; Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 54, Rn. 50; Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 477 ff.; Kollmorgen in: Langen/Bunte, Deutsches und europ. Kartellrecht, § 67, Rn. 5; Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 67, Rn. 5; Bracher in: Frankfurter Kommentar, § 66, Rn. 7; BGH, Beschl. v. 10.4.1984, KVR 8/83, WuW/E BGH 2077, 2078; KG, Beschl. v. 21.2.1989, Kart. 19/89, WuW/E OLG 4363, 4364 f.; a.A. KG, Beschl. v. 32.5.1968, Kart. 4/68, WuW/E OLG 933, 934; KG, Beschl. v. 3.12.1974, Kart. 37/74, WuW/E OLG 1548, 1549; Hinz in: Müller-Henneberg/Schwartz/Benisch, GWB/Europ. Kartellrecht, § 66, Rn. 3; Boesen, Vergaberecht, § 119, Rn. 3 f.

⁹⁹⁸ Kollmorgen in: Langen/Bunte, Deutsches und europ. Kartellrecht, § 67, Rn. 5; Werner in: Wiedemann, Handbuch des Vergaberechts, § 53, Rn. 61.

⁹⁹⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.11.2000, Verg 14/00, WuW/E Verg 402, 404.

¹⁰⁰⁰ Bechtold, GWB, § 116, Rn. 2.

gestellten Anträgen abweicht.¹⁰⁰¹ Deckt sich hingegen die Entscheidung der Vergabekammer mit dem gestellten Antrag, so ist dem betreffenden Beteiligten die Beschwerde mangels formeller Beschwer verwehrt, unabhängig davon, ob dieser durch die Entscheidung auch materiell beschwert ist.¹⁰⁰² Die Beschwerdebefugnis orientiert sich daher an objektiven Maßstäben.¹⁰⁰³ Ebenso ist der Beigeladene beschwert, wenn die erstinstanzliche Entscheidung von seinen Anträgen abweicht.¹⁰⁰⁴

Hat der Beigeladene im Verfahren vor der Vergabekammer keine Sachanträge gestellt, ist seine Interessenlage und damit auch seine Beschwer aufgrund seines bisherigen Vorbringens zu ermitteln.¹⁰⁰⁵ Dem Beigeladenen ist es dabei aber verwehrt, seine Interessen für den Zugang zur Beschwerdeinstanz anders zu definieren, praktisch also die Seiten zu wechseln. Hier wird er grundsätzlich an seinem ursprünglichen Interesse festzuhalten sein.¹⁰⁰⁶ Hat sich der Beigeladene im Verfahren vor der Vergabekammer überhaupt nicht geäußert, ist seine Interessenlage nach Aktenlage in objektiv wertender Betrachtung zu ermitteln und sodann durch Vergleich mit der Entscheidung festzustellen, ob diese mit Nachteilen für die so ermittelte Interessenlage des Beigeladenen verbunden ist. Eine generelle Ablehnung der formellen Beschwer widerspricht dem Sinn und Zweck der Beiladung und dem Wortlaut des § 116 I GWB.¹⁰⁰⁷ Zudem ist zu berücksichtigen, daß sich der Beigeladene, in entsprechender Anwendung von § 163 III VwGO, mit der Stellung eines Antrages gleichermaßen in ein Kostenrisiko begibt.¹⁰⁰⁸ Nur wenn sich die Zielsetzung eines an dem Verfahren Beteiligten auch nicht aus den Begleitumständen ermitteln läßt, kommt eine mangelnde formelle Beschwer in Betracht.¹⁰⁰⁹

b) Materielle Beschwer

Darüber hinaus muß trotz der formalisierten Beschwerdebefugnis eine materielle Beschwer vorliegen.¹⁰¹⁰ Dabei braucht der Beschwerdeführer nicht die Verletzung in seinen

¹⁰⁰¹Thomas/Putzo, ZPO, § 511 Vorbem., Rn. 17 f.

¹⁰⁰²Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 116, Rn. 777; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 116, Rn. 14.

¹⁰⁰³Hunger in: Kus/Kulartz/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 119, Rn. 1.

¹⁰⁰⁴Vgl. zum Beigeladenen: Däubler-Gmelin, FAZ, Nr. 227 v. 30.9.1997, S. 20; Meyer, VergR 5/1997, S. 33, 34.

¹⁰⁰⁵Gröning, ZIP 1999, 181, 182; Bechtold, GWB, § 116, Rn. 2.

¹⁰⁰⁶Gröning, ZIP 1999, 181, 182; Boesen, Vergaberecht, § 116, Rn. 37.

¹⁰⁰⁷Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 116, Rn. 778; OLG Dresden, Beschl. v. 14.4.2000, WVerG 1/00, BauR 2000, 1591, 1592; a.A. Bechtold, GWB, § 116, Rn. 2.

¹⁰⁰⁸Hunger in: Kus/Kulartz/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 119, Rn. 2.

¹⁰⁰⁹Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 116, Rn. 14.

¹⁰¹⁰Boesen, Vergaberecht, § 116, Rn. 28 ff.; Gröning, ZIP 1999, 181, 182; Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 63, Rn. 27; Werner in: Handbuch des Kartellrechts, § 54, Rn. 27; BGH, Beschl. v. 10.4.1984, KVR 8/83, WuW/E BGH 2077, 2079; KG, Beschl. v. 8.3.1977, Kart. 4/77, WuW/E OLG 1867 f.; KG, Beschl. v. 7.9.1977, Kart. 5/77, WuW/E OLG 1903, 1907; Kollmorgen in: Langen/Bunte, Deutsches und europ. Kartellrecht, § 63, Rn. 20; Bettermann, Beschwer als Klagevoraussetzung, S. 28; Bettermann, Formen der gerichtlichen Anfechtung, S.

Rechten geltend machen; er muß aber geltend machen, daß ihn die angefochtene Entscheidung in seinen Interessen berührt.¹⁰¹¹ Insoweit ist die Möglichkeit einer Benachteiligung von wirtschaftlichen Interessen ausreichend. Eine Verletzung von subjektiven Rechten im Sinne des § 42 II VwGO ist demzufolge nicht nötig.¹⁰¹²

6. Rechtsschutzbedürfnis

Der Beschwerdeführer muß, ähnlich wie im kartellrechtlichen Verfahren, ein Rechtsschutzbedürfnis vorweisen können.¹⁰¹³ Dieses ergibt sich in der Regel schon daraus, daß der Beteiligte durch die Entscheidung der Vergabekammer beschwert ist. Ein Rechtsschutzbedürfnis fehlt lediglich bei schikanösen Beschwerden, die nicht durch ein schützenswertes Interesse gerechtfertigt sind.¹⁰¹⁴ Die Möglichkeit, auf andere Weise Abhilfe zu schaffen, beseitigt das Rechtsschutzbedürfnis nicht, wenn sie nicht gleichwertig ist.¹⁰¹⁵

7. Gesetzliches Zuschlagsverbot

Wird der Zuschlag vom Auftraggeber trotz aufschiebender Wirkung erteilt, ist dieser aufgrund des gesetzlichen Verbotes gem. § 134 BGB nichtig.¹⁰¹⁶ Diese Wirkung tritt verschuldensunabhängig und ohne Erfordernis von subjektiven Elementen ein.¹⁰¹⁷ Dies ergibt sich weder aus einer direkten Anwendung von § 115 I GWB, zumal das Zuschlagsverbot mit Ablauf der zweiwöchigen Beschwerdefrist endet, noch aus dem Wesen der aufschiebenden Wirkung. Zudem hat die ablehnende Entscheidung der Vergabekammer keine rechtsbegründende Wirkung, die ausgesetzt werden könnte.¹⁰¹⁸ Jedoch ergibt sich die Rechtsfolge des § 134 BGB aus einer europarechtskonformen Auslegung, wonach die aufschiebende Wirkung an das durch die Zustellung des Nachprüfungsantrags ausgelöste Zuschlagsverbot des § 115 I GWB anknüpft. Es kommt somit aufgrund Vorbeugung vor Schaffung vollendeter Tatsachen quasi zu einer Fortsetzung des Zuschlagsverbotes nach § 115 I GWB.¹⁰¹⁹

13, 20, Fn. 30; Griesshaber, Beiladung zum Verfahren, S. 99; a.A. Bechtold, GWB, § 116, Rn. 63, Rn. 5 und § 63, Rn. 5; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 116, Rn. 14.

¹⁰¹¹Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 63, Rn. 27.

¹⁰¹²Boesen, Vergaberecht, § 116, Rn. 31.

¹⁰¹³Boesen, Vergaberecht, § 116, Rn. 16.

¹⁰¹⁴Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, § 63, Rn. 25.

¹⁰¹⁵Werner in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 54, Rn. 27.

¹⁰¹⁶Schaller, FiWi 2000, 4, 9; Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 118, Rn. 1.

¹⁰¹⁷Siehe oben: 4. Kap. D. I. 1.

¹⁰¹⁸Boesen, Vergaberecht, § 118, Rn. 15; Boesen, EuZW 1998, 551, 558.

¹⁰¹⁹KG Berlin, Beschl. v. 18.8.1999, Kart Verg 4/99, BauR 2000, 561; KG Berlin, Beschl. v. 26.10.1999, Kart Verg 8/99, BauR 2000, 568; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 118, Rn. 6; Boesen, Vergaberecht, § 118, Rn. 15; Boesen, EuZW 1998, 551, 558; Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 297 ff., Rn. 623 ff. begründet das Zuschlagsverbot aufgrund des Suspensiveffekts mit der Wirksamkeitstheorie, wonach die Existenz der Entscheidung der Vergabekammer durch die aufschiebende Wirkung beseitigt wird und damit das Tatbe-

8. Kenntnis der Verfahrensbeteiligten

Das Zuschlagsverbot tritt bereits mit Einlegung der Beschwerde ein und bedarf im Unterschied zu § 115 I GWB grundsätzlich nicht der Zustellung und somit der positiven Kenntnis der Verfahrensbeteiligten.¹⁰²⁰

Dem widerspricht das OLG Naumburg.¹⁰²¹ Danach soll kein Rechtsverstoß, der zu der - nur ausnahmsweise anzunehmenden - Nichtigkeit führt, vorliegen, wenn die Vergabestelle nach Ablauf der Rechtsmittelfrist keine Kenntnis von einem Rechtsmittel hat, weil der Beschwerdeführer die ihm zwingend obliegende Unterrichtung der Vergabestelle nach § 117 IV GWB unterlassen hat. Diese Vorschrift habe auch zwingenden Charakter, zumal dadurch bewirkt werden soll, daß frühzeitig Klarheit über die Frage, ob die Entscheidung der Vergabekammer in Bestandskraft erwächst oder nicht, geschaffen werden soll. Nur so könne die Vergabestelle ihre Interessen an der zügigen Erteilung des Zuschlags hinreichend wahren.

Dem ist entschieden entgegenzutreten, zumal die in erster Instanz erfolgreiche Vergabestelle mit der Einlegung eines Rechtsmittels rechnen mußte¹⁰²² und es dem Auftraggeber zugemutet werden kann, sich bei dem Beschwerdegericht zu erkundigen, ob eine Beschwerde eingelegt wurde.¹⁰²³ Ebenso handelt es sich bei § 117 IV GWB lediglich um eine bloße Ordnungsvorschrift, die nicht zur Unzulässigkeit der Beschwerde führt.¹⁰²⁴ Neben der Beschleunigung und der Konzentration des Streitstoffes bezweckt § 117 IV GWB, daß gleich zu Beginn des Verfahrens darauf hingewirkt wird, daß alle Verfahrensbeteiligten frühzeitig ihre Interessen vertreten und sich zur Sach- und Rechtslage äußern.¹⁰²⁵ Auch der Wortlaut der Vorschrift spricht gegen einen zwingenden Charakter, wonach zwischen der Handlungsebene der Beschwerdeeinlegung und der Unterrichtung der anderen Verfahrensbeteiligten zu unterscheiden ist.¹⁰²⁶ Zudem hätte eine Sanktion gegen diesen Formverstoß im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip im Gesetzeswortlaut mit hinreichend klarer

standsmerkmal „Entscheidung der Vergabekammer“ des § 115 I GWB nicht gegeben ist. Vgl. zur Wirksamkeitstheorie Schmidt in: Eyermann/Fröhler, VwGO, § 80, Rn. 6 und Schoch in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80, Rn. 76.

¹⁰²⁰Boesen, Vergaberecht, § 118, Rn. 9; Stockmann in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 118, Rn. 5.

¹⁰²¹OLG Naumburg, Beschl. v. 2.6.1999, 10 Verg 1/99, NZBau 2000, 96 = NVwZ 2000, 352; Kraus, BauR 2000, 1545, 1563.

¹⁰²²Boesen, Vergaberecht, § 118, Rn. 9.

¹⁰²³Stickler in: Reidt/Sickler/Glahs, Vergaberecht, § 117, Rn. 21.

¹⁰²⁴OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.1999, Verg 1/99, BauR 1999, 751, 754 f.; OLG Stuttgart, Beschl. v. 24.3.2000, 2 Verg 2/99, NVwZ-RR 2001, 29, 30; Bechtold, GWB, § 117, Rn. 5; Boesen, Vergaberecht, § 117, Rn. 48; Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 117, Rn. 13; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 117, Rn. 21; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 117, Rn. 799; Dreher, NZBau 2000, 280 f.; Tilmann, WuW 1999, 342, 347; Kraus BauR 2000, 1545, 1563; Noch, BB 1999, 1081, 1082.

¹⁰²⁵BT-Drucks. 13/9340, S. 21.

Deutlichkeit zum Ausdruck kommen müssen.¹⁰²⁷ Ferner muß das Beschwerdegericht den anderen Verfahrensbeteiligten die Beschwerdeschrift auf jeden Fall gem. §§ 120 II, 73 Nr. 2 GWB, 210 a ZPO von Amts wegen zustellen, auch wenn der Beschwerdeführer seine Pflicht gem. § 117 IV GWB erfüllt hat. Demzufolge bezweckt § 117 IV GWB nicht eine Sicherstellung dahingehend, daß die anderen Beteiligten des Vergabekammerverfahrens überhaupt von dem Beschwerdeverfahren erfahren und beteiligt werden.¹⁰²⁸ Durch die Koppelung des Zuschlagverbotes an die Kenntnis des Auftraggebers, wird unter Umständen der gerichtliche Primärschutz ausgehebelt. Es würden, dem effektiven Rechtsschutz und dem Gemeinschaftsrecht widersprechend, irreversible Tatsachen geschaffen. Der Bieter kann seine Ansprüche gegebenenfalls nur noch im Sekundärrechtsschutz als Schadensersatzansprüche geltend machen.¹⁰²⁹ Des weiteren würde dies zu rechtlichen Unsicherheiten führen, wenn der Beschwerdeführer die Beschwerdefrist ausnutzt und die Benachrichtigung des Auftraggebers nach § 117 IV GWB erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt.¹⁰³⁰ Für das Zuschlagsverbot kommt es demnach nicht auf die Kenntnis des Auftraggebers an. Auch hat der Beschwerdeführer nicht den Schaden zu tragen, der dadurch als Verzögerung des Vergabeverfahrens entsteht¹⁰³¹, allenfalls muß den Verfahrensbeteiligten je nach Fallkonstellation mehr Zeit für ihre Gegenäußerung belassen werden.¹⁰³²

9. Beendigung der aufschiebenden Wirkung

Nach § 118 I 2 GWB entfällt die aufschiebende Wirkung zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist gem. § 117 I GWB. Die zeitlich eng befristete aufschiebende Wirkung soll den Beschleunigungseffekt stärken und die Einlegung rechtsmißbräuchlicher, das Vergabeverfahren verzögernder Rechtsmittel eindämmen.¹⁰³³ Bezüglich des Ablaufes der Beschwerdefrist ist bei unterschiedlichen Zustellungen der Entscheidung der Vergabekammer auf denjenigen abzustellen, der Beschwerde eingelegt hat, bei mehreren Beschwerden ist auf die längstlaufende Beschwerdefrist Bezug zu nehmen.¹⁰³⁴ Nach diesem Zeitpunkt kann, muß jedoch nicht die Vergabestelle den Zuschlag wirksam erteilen. Um nicht

¹⁰²⁶OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.1999, Verg 1/99, BauR 1999, 751, 755; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 117, Rn. 799.

¹⁰²⁷Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 117, Rn. 13.

¹⁰²⁸OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.1999, Verg 1/99, BauR 1999, 751, 755; Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 117, Rn. 14; Boesen, Vergaberecht, § 117, Rn. 46; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 117, Rn. 799; Tilmann, WuW 1999, 342, 347; a.A. Bechtold, GWB, § 117, Rn. 5; Leinemann/Weihrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 160, Rn. 578; Jaeger, OLG-Entscheidungen zum GWB-Vergaberecht, S. 107, 129.

¹⁰²⁹Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 118, Rn. 2.

¹⁰³⁰Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 117, Rn. 21.

¹⁰³¹So aber Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 117, Rn. 11; ablehnend auch Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 117, Rn. 800.

¹⁰³²OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.1999, Verg 1/99, BauR 1999, 751, 755.

¹⁰³³Gröning, ZIP 1999, 181, 182; Boesen, Vergaberecht, § 118, Rn. 12.

¹⁰³⁴Bechtold, GWB, § 118, Rn. 1; Stockmann in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 118, Rn.

vor vollendete Tatsachen gestellt zu werden, ist dem Bieter anzuraten, frühzeitig einen Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung bis zur Entscheidung der Beschwerde nach § 118 I 3 GWB zu stellen.¹⁰³⁵

II. Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung

Unter Verlängerung der aufschiebenden Wirkung gem. § 118 I 3 GWB ist nach dem mißglückten Wortlaut der Regelung¹⁰³⁶ die Verlängerung des Zuschlagsverbots in § 115 I GWB zu verstehen.¹⁰³⁷ Hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag wegen offensichtlicher Unzulässigkeit oder Unbegründetheit gem. § 110 II GWB nicht zugestellt, ist das Zuschlagsverbot nicht wirksam geworden und kann schon aus diesem Grund nicht verlängert werden. Die Begrenzung des Bieterschutzes wird durch das Beschleunigungsinteresse gerechtfertigt. Bei fehlerhafter Nichtzustellung der Vergabekammer ist gegebenenfalls der formelle Akt der Zustellung des Nachprüfungsantrages nachzuholen.¹⁰³⁸ Ebenso ist der Antrag nach § 118 I 3 GWB statthaft, wenn rechtlich zweifelhaft und umstritten ist, ob der Zuschlag im Vergabeverfahren wirksam erteilt wurde.¹⁰³⁹

1. Antragsberechtigung

Antragsberechtigt ist der Antragsteller nach § 107 I GWB und der von der Vergabekammer gem. § 109 I GWB oder von dem Beschwerdegericht Beigeladene gem. §§ 109 I, 119 GWB analog, dessen Antrag durch die Vergabekammer zumindest teilweise abgelehnt wurde.¹⁰⁴⁰ Unerheblich ist dabei, wann die Entscheidung der Vergabekammer dem Auftraggeber zugestellt wurde und ob der Beschwerdeführer davon Kenntnis erlangt hat.¹⁰⁴¹ Dem Auftraggeber fehlt aufgrund der erforderlichen Ablehnung des Antrages auf Nachprüfung durch die Vergabekammer die Antragsberechtigung. Für den Fall, daß die Vergabe-

¹⁰³⁵Grünhagen, ZVgR 2000, 72.

¹⁰³⁶Bechtold, GWB, § 118, Rn. 1.

¹⁰³⁷KG, Beschl. v. 18.8.1999, Kart Verg 4/99, BauR 2000, 561.

¹⁰³⁸KG, Beschl. v. 26.10.1999, Kart Verg 8/99, BauR 2000, 568 f.; KG, Beschl. v. 15.11.2000, Kart Verg 16/00, BauR 2001, 243, 244; a.A. OLG Naumburg, Beschl. v. 16.1.2001, 1 Verg 12/00, WuW/E Verg 432: Danach ist der Antrag nicht statthaft, wenn aus Sicht der Vergabestelle das der Zuschlagserteilung zugrunde liegende Vergabeverfahren mit dem Zuschlag abgeschlossen wurde. Dabei hat ungeachtet der materiell-rechtlichen Rückwirkung der Nichtigkeit der Verfahrensabschluß zumindest bis zur Entscheidung in der Hauptsache Bestand.

¹⁰³⁹KG, Beschl. v. 26.10.1999, NZBau 2000, 262, 263; BayObLG, Beschl. v. 14.2.2000, Verg 2/00, NZBau 2000, 261, 262; OLG Jena, Beschl. v. 8.6.2000, 6 Verg 2/00, NZBau 2001, 163, 164.

¹⁰⁴⁰Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 812; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 118, Rn. 8; Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, S. 109, Rn. 223; a.A. Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 118, Rn. 4; Boesen, Vergaberecht, § 118, Rn. 26: danach ist nur der Antragsteller antragsberechtigt.

¹⁰⁴¹OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.11.2000, Verg 20/00, WuW/E Verg 399, 401; a.A. Jagenburg/Brück, NJW 2000, 2242, 2245.

stelle die dem Antrag folgende Entscheidung der Vergabekammer anfecht, ist § 118 III GWB einschlägig.¹⁰⁴²

2. Frist

Zwar enthält das Gesetz für den Antrag nach § 118 I 3 GWB keine ausdrückliche Fristbestimmung, innerhalb welcher der statthafte Rechtsbehelf beim Beschwerdegericht eingelegt werden muß. Jedoch ergibt sich eine zeitliche Grenze aus dem Wort „verlängern“. Denn § 118 I 3 GWB gibt dem Beschwerdegericht nur die Befugnis, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde zu verlängern, nicht aber sie wiederherzustellen. Daraus folgt, daß der Antrag vor Ablauf der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde, also vor Ablauf von zwei Wochen nach dem Ende der Beschwerdefrist beim Beschwerdegericht eingehen muß. Ein später beim Beschwerdegericht eingereichter Verlängerungsantrag ist auch dann unzulässig, wenn der öffentliche Auftraggeber den Zuschlag für den streitbefangenen Auftrag bis dahin noch nicht erteilt hat.¹⁰⁴³ Einer zum Teil vertretenen gegenteiligen Auffassung¹⁰⁴⁴ - meist ohne zumindest ansprechende Begründung - kann nicht gefolgt werden. Sie leidet daran, daß sie die durch den Wortlaut des § 118 I 3 GWB klar zum Ausdruck gebrachte Beschränkung und zeitliche Begrenzung der Befugnis des Beschwerdegerichts, die in dem Wort „verlängern“ liegt, nicht ernst nimmt. Ebenso werden die vom Auftraggeber schutzwürdigen Interessen, Sicherheit für die Planung und Durchführung seiner Investitionen im Vergabeverfahren (wieder) zu erlangen, nicht genügend berücksichtigt. Im Hinblick auf den Beschleunigungsgrundsatz ist es dem Beschwerdeführer durchaus zuzumuten, binnen vier Wochen nach Zustellung der Entscheidung der Vergabekammer den Antrag nach § 118 I 3 GWB zu stellen.¹⁰⁴⁵

In Betracht kommt aber möglicherweise eine Wiederherstellung des Zuschlagsverbots nach Ablauf der Frist gem. § 118 I 2 GWB durch eine Analogie zu § 115 I und II 2 GWB bzw. einer entsprechenden Anwendung von §§ 233 ff. ZPO. Eine solche Ausnahme liegt

¹⁰⁴²OLG Jena, Beschl. v. 13.10.1999, 6 Verg 1/99, BauR 2000, 388; nach Ertl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 303, Rn. 635 kann der Auftraggeber u. U. einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 V 1 1. Alt. VwGO stellen.

¹⁰⁴³OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.11.2000, Verg 20/00, WuW/E Verg 399, 400; OLG Koblenz, Beschl. v. 16.12.1999, 1 Verg 1/99; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 811; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 118, Rn. 5; Tilmann, WuW 1999, 342, 347; Marx in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, Recht der Auftragsvergabe, S. 153.

¹⁰⁴⁴OLG Stuttgart, Beschl. v. 11.7.2000, 2 Verg 5/00, BauR 2001, 98 f.; Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, S. 107, Rn. 218; Bechtold, GWB, § 118, Rn. 3; Boesen, Vergaberecht, § 118, Rn. 22; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 118, Rn. 9; Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 118, Rn. 4 f.: Danach kann der Beschwerdeführer sogar nach Ablehnung des Antrages durch das OLG bei Bekanntwerden neuer Tatsachen oder Beweismittel erneut einen Antrag nach § 118 I 3 GWB stellen.

insbesondere dann vor, wenn der Beschwerdeführer während der regulären Antragsfrist objektiv gehindert war, einen zulässigen Verlängerungsantrag zu stellen.¹⁰⁴⁶

3. Form

Der Antrag beim Beschwerdegericht unterliegt abgesehen von § 120 I GWB keiner besonderen Form, zumal keine Verweisung auf eine entsprechende Anwendung von § 121 II 1 und 2 GWB in Betracht kommt.¹⁰⁴⁷ Um den Nachweis der Rechtmäßigkeit des Antrages zu erbringen, ist jedoch die Einhaltung der Schriftform ratsam.¹⁰⁴⁸ Bezüglich des Entscheidungskriteriums der Erfolgsaussichten in der Hauptsache kann auf die Beschwerdebeurteilung gem. § 117 II GWB verwiesen werden. Die für die Interessenabwägung entscheidungserheblichen Tatsachen sollten im Interesse des Antragstellers beim Gericht deutlich gemacht werden.¹⁰⁴⁹

4. Maßstab der Entscheidung

Bei der Entscheidung über eine Verlängerung der aufschiebenden Wirkung hat das Beschwerdegericht die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels zu berücksichtigen. Bei der Prüfung der Erfolgsaussichten der Beschwerde kommt im Hinblick auf die Aufgabe eines vorläufigen Rechtsschutzes und die Notwendigkeit einer raschen Entscheidung regelmäßig nur eine summarische Prüfung der Sachlage in Betracht, die sich auf vorliegende oder binnen kürzester Zeit verfügbare Beweismittel beschränken muß. Unter Umständen kann dies sogar einer abschließenden Klärung von Rechtsfragen im Wege stehen.¹⁰⁵⁰ Fehlt es bei vorläufiger Betrachtung bereits an einer hinreichenden Erfolgsaussicht der sofortigen Beschwerde, muß eine Interessenabwägung nicht mehr erfolgen.¹⁰⁵¹ Dabei kommt es auf

¹⁰⁴⁵OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.11.2000, Verg 20/00, WuW/E Verg 399, 401; Jaeger, NZBau 2001, 367, 369.

¹⁰⁴⁶OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.11.2000, Verg 20/00, WuW/E Verg 399, 403; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 118, Rn. 6.

¹⁰⁴⁷Boesen, Vergaberecht, § 118, Rn. 24 f.

¹⁰⁴⁸Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 118, Rn. 5.

¹⁰⁴⁹Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 813; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 118, Rn. 11.

¹⁰⁵⁰BayObLG, Beschl. v. 10.11.1999, Verg 8/99, NZBau 2000, 94, 95; BayObLG, Beschl. v. 19.9.2000, Verg 9/00, ZfBR 2001, 50, 51; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.7.2000, Verg 10/00, BauR 2000, 1623.

¹⁰⁵¹OLG Jena, Beschl. v. 26.10.1999, 6 Verg 3/99, BauR 00, 95, 97; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.11.1999, Verg 2/99; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.12.2000, Verg 28/00, WuW/E Verg 427; OLG Koblenz, Beschl. v. 16.12.1999, 1 Verg 1/99; OLG Naumburg, Beschl. v. 27.12.1999, Verg 4/99, ZVgR 2000, 68, 69; BayObLG, Beschl. v. 14.2.2000, Verg 2/00, NZBau 2000, 261, 262; OLG Jena, Beschl. v. 8.6.2000, 6 Verg 2/00, NZBau 2001, 163, 164; OLG Stuttgart, Beschl. v. 11.7.2000, 2 Verg 5/00, BauR 2001, 98; OLG Naumburg, Beschl. v. 18.8.2000, 1 Verg 5/00; BayObLG, Beschl. v. 23.11.2000, Verg 12/00; BayObLG, Beschl. v. 21.12.2000, Verg 13/00, VergabeR 2001, 131, 132; OLG Hamburg, Beschl. v. 12.12.2000, 1 Verg 1/00, NZBau 2001, 460, 461; Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, S. 107, Rn. 218; Stockmann in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 118, Rn. 15; Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 118, Rn. 11; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 118, Rn. 12; a.A. OLG Stuttgart, Beschl. v. 12.4.2000, 2 Verg 3/00.

die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Erfolgsaussichten in der Hauptsache an.¹⁰⁵² Die Verlängerung des vorläufigen Rechtsschutzes ist aber nicht davon abhängig, daß die Beschwerde voraussichtlich keinen Erfolg hat.¹⁰⁵³

Kommt es demnach zu einer Interessenabwägung, ist der Antrag aufgrund § 118 II 2 GWB abzulehnen, wenn die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe die damit verbundenen Vorteile überwiegen, wobei alle möglicherweise geschädigten Interessen und das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluß des Vergabeverfahrens Berücksichtigung finden müssen.¹⁰⁵⁴ Die Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung einer von einem vor der Vergabekammer erfolglosen Bieter eingelegten Beschwerde hat grundsätzlich nur dann zu unterbleiben, wenn schwerwiegende Gründe des allgemeinen Wohls es rechtfertigen, den Weg zum Zuschlag vor Abschluß des Vergabenachprüfungsverfahrens freizugeben.¹⁰⁵⁵ Sind die Vor- und Nachteile gleichgewichtig und kommt es somit zu einer Pattsituation, ist dem Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung stattzugeben.¹⁰⁵⁶ Begründet wird dies mit dem Wortlaut des § 118 II 2 GWB und der überwiegenden Wahrscheinlichkeit des Erfolgs der Beschwerde, was bezüglich der Interessenabwägung quasi zu einer Umkehr der materiellen Beweislast führt.¹⁰⁵⁷ Dies entspricht auch der gesetzgeberischen Intention, dem Bieter effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.¹⁰⁵⁸

5. Entscheidung des Gerichts

a) Anwendbares Verfahrensrecht

Auf das zum Hauptsacheverfahren selbständige Verfahren nach § 118 I 3 GWB sind die allgemeinen Vorschriften und Verfahrensgrundsätze grundsätzlich entsprechend anwendbar, soweit sie nicht dem Wesen des vorläufigen, summarischen Verfahrens nach § 118 I 3 GWB widersprechen.¹⁰⁵⁹ So gilt im Verfahren nach § 118 I 3 GWB auch der Untersuchungsgrundsatz gem. §§ 120 II i. V. m. 70 I GWB, wobei sich aufgrund der Eilbedürftigkeit

¹⁰⁵²KG, Beschl. v. 18.8.1999, Kart Verg 4/99, BauR 2000, 561; Jaeger, OLG-Entscheidungen des GWB-Vergaberecht, S. 107, 130; Stockmann in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 118, Rn. 13; a.A. Boesen, Vergaberecht, § 118, Rn. 29: Danach wird wie bei § 121 GWB ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg in der Hauptsache gefordert.

¹⁰⁵³BayObLG, Beschl. v. 14.2.2000, Verg 2/00, NZBau 2000, 261, 262; OLG Koblenz, Beschl. v. 16.12.1999, 1 Verg 1/99; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 816.

¹⁰⁵⁴Heydlauf, BauR 2000, 1637; siehe zur Interessenabwägung bei § 115 II 1 GWB unter: 4. Kap. D. II. 3.

¹⁰⁵⁵OLG Jena Beschl. v. 26.10.1999, Verg 3/99, BauR 2000, 95, 97; Kraus, BauR 2000, 1545, 1564.

¹⁰⁵⁶Jaeger, OLG-Entscheidungen des GWB-Vergaberecht, S. 107, 130; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 118, Rn. 12; a.A. Bechtold, GWB, § 118, Rn. 4.

¹⁰⁵⁷Kopp/Schenke, VwGO, § 108, 11 ff.

¹⁰⁵⁸Nach Leinemann/Wehrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge S. 163, Rn. 589 wird es aufgrunddessen nur im Ausnahmefall zu einer Zurückweisung des Verlängerungsantrags kommen.

¹⁰⁵⁹Kopp/Schenke, VwGO, § 80, Rn. 124; BayVGh, Beschl. v. 15.7.1974, 81 VI 74, BayVBI 1975, 171.

Einschränkungen für die Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung ergeben können.¹⁰⁶⁰ Die Entscheidung des Beschwerdegerichts ergeht demzufolge aufgrund in angemessener Zeit verfügbarer Beweismittel von glaubhaft gemachten Tatsachen.¹⁰⁶¹ Die Gewährung rechtlichen Gehörs der übrigen Beteiligten ist grundsätzlich geboten, kann jedoch unterbleiben, wenn der Zweck des Verfahrens, insbesondere die zum Schutz gewichtiger Interessen zwingend notwendige Eilbedürftigkeit oder der Zweck der Entscheidung, dies erfordert.¹⁰⁶² Zumindest sollte eine telefonische Anhörung des Auftraggebers erfolgen.¹⁰⁶³ Zudem gilt nicht das „Alles-oder-Nichts-Prinzip“. So kann die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde in ihrem Umfang und Ausmaß begrenzt werden, sofern ein Beschwerdeerfolg nur bezüglich eines Teils des bisher blockierten Auftragsvolumens in Betracht kommen kann.¹⁰⁶⁴

b) Zwischenentscheidung

Da eine endgültige Sachentscheidung trotz des im Eilverfahren geltenden, herabgesetzten Beweismaßes und der Gewährung des rechtlichen Gehörs innerhalb der Frist des § 118 I 2 GWB oft nicht möglich sein wird¹⁰⁶⁵ und um der dann entstehenden Möglichkeit der Zuschlagserteilung und der damit verbundenen Gefahr von irreversiblen Tatsachen vorzubeugen, ist es dem Beschwerdegericht gestattet, die aufschiebende Wirkung zunächst einstweilen zu verlängern.¹⁰⁶⁶ Insbesondere muß es dem Antragsteller gestattet sein, die zweiwöchige Frist des § 118 I 2 GWB voll auszuschöpfen.¹⁰⁶⁷

c) Formalien

¹⁰⁶⁰Schoch in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80, Rn. 278; Boesen, Vergaberecht, § 118, Rn. 19; a.A. Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 814.

¹⁰⁶¹Kopp/Schenke, VwGO, § 80, Rn. 125; Boesen, Vergaberecht, § 118, Rn. 28.

¹⁰⁶²Kopp/Schenke, VwGO, § 80, Rn. 124; Bechtold, GWB, § 118, Rn. 4; BVerfG, Urt. v. 3.11.1983, 2 BvR 348/83, BVerfGE 65, 227, 233.

¹⁰⁶³Boesen, Vergaberecht, § 118, Rn. 19; Stockmann in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 118, Rn. 19.

¹⁰⁶⁴Jaeger, NZBau 2001, 367, 370; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.2.2000, Verg 5/00 und Beschl. v. 18.5.2000, Verg 6/00.

¹⁰⁶⁵Nach Marx in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, Recht der Auftragsvergabe, S. 153 und OLG Koblenz, Beschl. v. 16.12.1999, 1 Verg 1/99 und Beschl. v. 27.4.2000, 1 Verg 2/00 muß das Beschwerdegericht innerhalb der zweiwöchigen Frist gem. § 118 I 2 GWB entscheiden.

¹⁰⁶⁶KG, Beschl. v. 6.7.1999, Kart Verg 4/99, NZBau 2000, 95; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.10.1999, Verg 2/99; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.4.2000, Verg 6/00; Gröning, ZIP 1999, 181, 183; Jaeger, OLG-Entscheidungen zum GWB-Vergaberecht, S. 107, 129; Tilmann, WuW 1999, 342, 347; Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 118, Rn. 13; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 118, Rn. 11; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 817; Boesen, Vergaberecht, § 118, Rn. 34; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 118, Rn. 10; vgl. auch: 4. Kap. D. III. 6. a.

¹⁰⁶⁷KG, Beschl. v. 6.7.1999, KartVerg 4/99, NZBau 2000, 95; OLG Jena, Beschl. v. 26.4.2000, 6 Verg 1/00, www.thueringen.de/olg/infothek10.html.

Der Beschluß als Entscheidung des Beschwerdegerichts bedarf aufgrund des Anspruchs auf Gewährung des rechtlichen Gehörs einer Begründung, an die aber nur geringe Anforderungen gestellt werden. Die Bekanntgabe kann neben der förmlichen Zustellung ausnahmsweise auch formlos erfolgen¹⁰⁶⁸, wobei das gesetzliche Zuschlagsverbot schon bei positiver Kenntnis bezüglich der Verlängerung der aufschiebenden Wirkung eintritt. Denn ab diesem Zeitpunkt ist der Auftraggeber wenig schutzbedürftig, da sein Verhalten als arglistig angesehen werden kann.

d) Kosten

Über die Kosten des Verfahrens nach § 118 I 3 GWB ist aufgrund des Charakters als Zwischenentscheidung einheitlich im Rahmen der Entscheidung in der Hauptsache zu entscheiden.¹⁰⁶⁹ Eine Ausnahme von der einheitlichen Kostenentscheidung liegt dann vor, wenn der Antrag nach § 118 I 3 GWB abgelehnt wurde. Grund dafür ist, daß der Auftraggeber, sein Ziel, den Zuschlag zu erteilen, endgültig verwirklichen kann, selbst wenn das Beschwerdegericht in der Beschwerdeentscheidung eine Verletzung vergaberechtlicher Bestimmungen feststellen würde. Deshalb ist in diesem Fall das Verfahren nach § 118 I 3 GWB als selbständiges Verfahren zu behandeln und in entsprechender Anwendung von § 128 III 1 GWB¹⁰⁷⁰ bzw. §§ 91 ff. ZPO¹⁰⁷¹ mit einer Kostenentscheidung zu versehen.¹⁰⁷²

III. Zuschlagsverbot nach § 118 III GWB

¹⁰⁶⁸Boesen, Vergaberecht, § 118, Rn. 35 f.; Kopp/Schenke, VwGO, § 80, Rn. 168.

¹⁰⁶⁹Jaeger, OLG-Entscheidungen zum GWB-Vergaberecht, S. 107, 131; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 818; OLG Jena, Beschl. v. 28.6.2000, 6 Verg 2/00, BauR 2000, 1611, 1617; OLG Jena, Beschl. v. 22.12.1999, 6 Verg 3/99, BauR 396, 405; OLG Jena, Beschl. v. 26.10.1999, 6 Verg 3/99, BauR 2000, 95, 98; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.11.1999, Verg 2/99; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.2.2000, Verg 5/00.

¹⁰⁷⁰OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.1999, Verg 1/99, BauR 1999, 751, 759; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.6.2000, Verg 6/00, BauR 2000, 1603, 1610; OLG Stuttgart, Beschl. v. 24.3.2000, 2 Verg 2/99, NVwZ-RR 20001, 29, 33; BayObLG, Beschl. v. 21.5.1999, Verg 1/99, NZBau 2000 49, 53; Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 123, Rn. 12; a.A. OLG Celle, Beschl. v. 20.10.1999, 13 Verg 3 u. 4/99, NZBau 2000, 98 f.; Gröning, ZIP 1999, 181, 185: Danach ist § 78 GWB analog anzuwenden, obwohl § 120 II GWB nicht auf das Beschwerdeverfahren verweist.

¹⁰⁷¹OLG Jena, Beschl. v. 2.8.2000, 6 Verg 4 u. 5/00, BauR 2000, 1629, 1634; OLG Jena, Beschl. v. 28.6.2000, 6 Verg 2/00, BauR 2000, 1611, 1617; OLG Jena, Beschl. v. 22.12.1999, 6 Verg 3/99, BauR 2000, 396, 404; OLG Brandenburg, Beschl. v. 3.8.1999, 6 Verg 1/99, NVwZ 1999, 1142, 1148; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 22.10.1999, 5 Verg 4/99, NZBau 2000, 158, 165; OLG Dresden, Beschl. v. 21.7.2000, WVerG 0005/00, WuW/E Verg 384; OLG Naumburg, Beschl. v. 11.10.1999, 10 Verg 1/99, OLGR Naumburg 2000, 108, 111; OLG Hamburg, Beschl. v. 21.1.2000, 1 Verg 2/99, IBR 2000, 101; OLG Rostock, Beschl. v. 25.10.1999, 17 W (Verg) 2/99; OLG Naumburg, Beschl. v. 3.3.2000, 1 Verg 2/99, OLGR Naumburg 2000, 318, 323; OLG Koblenz, Beschl. v. 10.8.2000, 1 Verg 2/00, NZBau 534, 539; Boesen, Vergaberecht, § 123, Rn. 89; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 129, Rn. 16; Bechtold, GWB, § 123, Rn. 2; herrschende Meinung ist jedoch die entsprechende Anwendung von § 162 III VwGO bzgl. der Tragung der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen.

¹⁰⁷²KG, Beschl. v. 24.8.1999, Kart Verg 5/99, BauR 2000, 563; OLG Hamburg, Beschl. v. 4.11.1999, 1 Verg 1/99; KG, Beschl. v. 26.10.1999, Kart Verg 8/99, NZBau 2000, 262, 263; OLG Stuttgart, Beschl. v. 11.7.2000, 2 Verg 5/00, BauR 2001, 98, 101; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 118, Rn. 15; Gröning ZIP 1999, 181, 186;

Hat die Vergabekammer dem Antrag auf Nachprüfung durch Untersagung des Zuschlags stattgegeben, so kommt auch der vom Auftraggeber eingelegten sofortigen Beschwerde grundsätzlich zeitlich begrenzt aufschiebende Wirkung gem. § 118 I 1, 2 GWB zu. Dies hätte jedoch zur Folge, daß die von der Vergabekammer ausgesprochene Untersagung des Zuschlags vorläufig nicht vollzogen werden dürfte und der Auftraggeber dadurch berechtigt wäre, den Zuschlag unter dem Deckmantel der aufschiebenden Wirkung zu erteilen.¹⁰⁷³ Um dies zu verhindern, tritt gem. § 118 III GWB bei Untersagung des Zuschlags durch die Vergabekammer ein gesetzliches Zuschlagsverbot ein, solange nicht das Beschwerdegericht die Entscheidung der Vergabekammer nach § 121 GWB oder § 123 GWB aufhebt.¹⁰⁷⁴ Ein dennoch erteilter Zuschlag ist demzufolge gem. § 134 BGB nichtig. Aufgrund des bestehenden Zuschlagsverbotes gem. § 118 III GWB fehlt bei einem weiteren, fast inhaltsgleichen Antrag auf Nachprüfung gem. § 107 I GWB das Rechtsschutzbedürfnis.¹⁰⁷⁵

§ 118 III GWB setzt nicht die Einlegung der Beschwerde durch den Auftraggeber voraus. Dies würde zum einen dem Wortlaut des § 118 III GWB, zum anderen dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift widersprechen, zumal der Auftraggeber die Voraussetzungen für eine zivilrechtlich gültige Zuschlagserteilung dadurch herbeiführen könnte, daß er auf die Einlegung der Beschwerde verzichtet.¹⁰⁷⁶

IV. Vorabentscheidung über den Zuschlag

Das Abwarten der Entscheidung in der Hauptsache gem. § 123 GWB kann jedoch für den Auftraggeber zu unzumutbaren Verzögerungen des Vergabeverfahrens führen. Aus diesem Grund wird ihm das Recht eingeräumt, eine Eilentscheidung nach § 121 GWB über den Fortgang des Vergabeverfahrens und der Zuschlagsgestattung zu erwirken. Es wird dem Auftraggeber dadurch die Möglichkeit eröffnet, Investitionen entsprechend den Erfolgsaussichten bzw. im Einklang mit der jeweiligen Interessenlage trotz des laufenden Nachprüfungsverfahrens zu verwirklichen.¹⁰⁷⁷

Vergleichbar ist das Vorabentscheidungsverfahren mit dem Verfahren über eine einstweilige Anordnung gem. §§ 935, 940 ZPO, über eine einstweilige Anordnung gem. § 123 I VwGO und über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch bzw.

a.A. KG, Beschl. v. 18.8.1999, BauR 2000, 561: Kostenentscheidung auch bei stattgebender Entscheidung des Beschwerdegerichts.

¹⁰⁷³Gröning, Eil- und Hauptsacheverfahren in der Vergabenachprüfung, S. 123, 129.

¹⁰⁷⁴OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.12.2000, Verg 31/00, BauR 2001, 83.

¹⁰⁷⁵VergK Bund, Beschl. v. 12.12.2000, VK 2 - 38/00, WuW/E Verg 405, 406.

¹⁰⁷⁶Boesen, Vergaberecht, § 118, Rn. 40; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 118, Rn. 819.

¹⁰⁷⁷Noch, Vergaberecht kompakt, S. 97.

Anfechtungsklage gem. § 80 V VwGO.¹⁰⁷⁸ Jedoch ist das Vorabentscheidungsverfahren gleichsam ein sinnverkehrtes Eilverfahren. Während im herkömmlichen Eilverfahren vorläufige Entscheidungen getroffen werden, soll mit diesem Eilverfahren eine endgültige Regelung über den Zuschlag herbeigeführt werden.¹⁰⁷⁹ Sowohl bei einer stattgebenden Entscheidung nach §§ 123 S. 4, 114 II GWB als auch bei einer ablehnenden Entscheidung nach § 122 GWB kommt es zu einer endgültigen Erledigung des Rechtsstreits. Dadurch wird der im einstweiligen Rechtsschutz geltende Grundsatz des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache durchbrochen, dies verleiht dem Verfahren den Charakter eines beschleunigten Hauptsacheverfahrens.¹⁰⁸⁰

1. Statthaftigkeit

Statthaft ist das Vorabentscheidungsverfahren über den Zuschlag gem. § 121 GWB für den antragsberechtigten Auftraggeber erst nach oder mit zeitgleicher Beschwerdeeinlegung. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 121 I 1 GWB, wonach das Beschwerdegericht im Rahmen der Prüfung des Antrages die Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde zu berücksichtigen hat.¹⁰⁸¹ Ein vor Beschwerdeeinlegung gestellter Antrag auf Vorabentscheidung über den Zuschlag ist demnach grundsätzlich unzulässig, kann jedoch bis Ablauf der Beschwerdefrist gem. § 117 I GWB in die Zulässigkeit hineinwachsen. Denn maßgeblich für das Vorliegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen ist der Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung.¹⁰⁸²

Die Vorabentscheidung knüpft grundsätzlich an die Beschwerde des Auftraggebers an. Jedoch kann das Verfahren nach § 121 GWB auch eingeleitet werden, wenn der Bieter Beschwerde eingelegt hat und der Auftraggeber aufgrund der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nach § 118 I 1 GWB gehindert ist, den Zuschlag zu erteilen.¹⁰⁸³ Jedoch sollte der Auftraggeber, um nicht das aus § 122 GWB folgende Risiko einzugehen, nicht selbst einen Eilantrag nach § 121 GWB stellen, sondern den Wegfall der aufschiebenden Wirkung nach § 118 I 2 GWB und die Entschließung des Beschwerdeführers, ob dieser den Antrag gem. § 118 I 3 GWB stellt, abwarten.¹⁰⁸⁴ Teilweise wird sogar ein nach § 121 GWB gestellter Antrag des vor der Vergabekammer obsiegenden Auftraggebers während der

¹⁰⁷⁸BT-Drucks. 13/9340, S. 21.

¹⁰⁷⁹Gröning, ZIP 1999, 181, 183; Gröning, ZIP 1998, 370, 375; Gröning, Zusammenspiel von Eil- und Hauptsacheverfahren, S. 123, 127.

¹⁰⁸⁰Boesen, Vergaberecht, § 121, Rn. 1.

¹⁰⁸¹Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 121, Rn. 5; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 121, Rn. 832; Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 304, Rn. 638, Fn. 856; a.A. Boesen, Vergaberecht, § 121, Rn. 19.

¹⁰⁸²Happ in: Eyermann/Fröhler, VwGO, § 123, Rn. 26; Redeker/Oertzen, VwGO, § 123, Rn. 17; Kopp/Schenke, VwGO, § 123, Rn. 29b.

¹⁰⁸³Boesen, Vergaberecht, § 121, Rn. 4.

¹⁰⁸⁴Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 121, Rn. 835.

Zwei-Wochenfrist des § 118 I 2 GWB als unzulässig angesehen.¹⁰⁸⁵ Gegen eine Verlängerung der aufschiebenden Wirkung bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde in der Hauptsache gem. § 118 I 3 GWB ist ein Antrag auf Vorabentscheidung über den Zuschlag nur zulässig, wenn sich erst nachträglich für den Auftraggeber Gründe herausstellen, die eine Vorabentscheidung notwendig machen.¹⁰⁸⁶

2. Frist

Der Antrag auf Vorabentscheidung über den Zuschlag ist nicht fristgebunden, das heißt, er muß nicht bereits zu Beginn des Beschwerdeverfahrens vor dem Oberlandesgericht gestellt werden. Es ist aber dem Auftraggeber zu empfehlen, den Antrag möglichst frühzeitig zu stellen. Ein zu langes Warten kann dazu führen, daß die erforderliche Eilbedürftigkeit nicht mehr hinreichend glaubhaft gemacht werden kann bzw. sogar ganz entfällt.¹⁰⁸⁷

3. Form

Der Antrag hinsichtlich des Vorabentscheidungsverfahrens ist gem. § 121 II 1 GWB schriftlich zu stellen¹⁰⁸⁸ und gleichzeitig zu begründen. Bei Antragsstellung muß der Auftraggeber wegen dem Verweis des § 121 III 4 GWB auf § 120 GWB von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigter vertreten werden. Juristische Personen des öffentlichen Rechts können bzw. müssen sich¹⁰⁸⁹ gem. § 120 S. 2 GWB durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen.

Hinsichtlich der Begründungspflicht sind keine strengen Anforderungen zu stellen.¹⁰⁹⁰ Der Antrag muß jedoch so bestimmt sein, daß sich erkennen läßt, welches Rechtsschutzziel der Auftraggeber begehrt. Es ist empfehlenswert, Tatsachen anzugeben, die eine Vorabentscheidung über den Zuschlag erforderlich erscheinen lassen, also solche, die für die Interessenabwägung maßgeblich sind. Bezüglich der Erfolgsaussichten in der Hauptsache kann auf die Beschwerdebegründung Bezug genommen werden. Ein Antrag ohne jegliche Begründung ist als unzulässig zu verwerfen.¹⁰⁹¹ Jedoch ist er im Hinblick auf die Bedeu-

¹⁰⁸⁵ OLG Naumburg, Beschl. v. 29.9.1999, 10 Verg 3/99; Stockmann in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 121, Rn. 6; kritisch dazu Jaeger, NZBau 2001, 366, 370.

¹⁰⁸⁶ Gröning, ZIP 1999, 181, 183; Stickler in: Reidt/Sickler/Glahs, Vergaberecht, § 118, Rn. 26 und § 121, Rn. 4; a.A. Boesen, Vergaberecht, § 121, Rn. 26 f.; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 121, Rn. 835; offengelassen OLG Jena, Beschl. v. 26.10.1999, 6 Verg 3/99, BauR 2000, 95, 98.

¹⁰⁸⁷ Leinemann/Weihrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 168, Rn. 607; Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 121, Rn. 8; Stickler in: Reidt/Sickler/Glahs, Vergaberecht, § 121, Rn. 5.

¹⁰⁸⁸ Hinsichtlich der Schriftform siehe oben: 4. Kap. E. I. 2.

¹⁰⁸⁹ Im Gegensatz zu der Beschwerdeeinlegung ist dies hier wegen des ausdrücklichen Hinweises unstrittig.

¹⁰⁹⁰ Boesen, Vergaberecht, § 121, Rn. 20.

¹⁰⁹¹ Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 121, Rn. 4; Stickler in: Reidt/Sickler/Glahs, Vergaberecht, § 121, Rn. 7; a.A. Bechtold, GWB, § 121, Rn. 3: Danach ist ein nicht begründeter Antrag bis zum Vorliegen einer Begründung als nicht existent zu behandeln.

tung der Entscheidung des Beschwerdegerichts und aufgrund des bestehenden Amtsermittlungssatzes sachgerecht, damit das Beschwerdegericht vor Zurückweisung aufgrund mangelnder Zulässigkeit einen richterlichen Hinweis erteilt.¹⁰⁹²

Die Glaubhaftmachung der Tatsachen gem. § 121 II 2 GWB ist weder eine Frage der Form noch der Zulässigkeit des Antrages, sondern eine Begründetheitsvoraussetzung. Dies ergibt sich daraus, daß die Glaubhaftmachung lediglich die Anforderungen an die richterliche Überzeugung beim Beweis von Tatsachen und damit eine Frage der Begründetheit betrifft.¹⁰⁹³

4. Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis als Ausfluß des allgemeinen Verbots eines Rechtsmißbrauchs¹⁰⁹⁴ fehlt, wenn der Antragsteller mit dem Antrag eine Verbesserung seiner Rechtsstellung nicht erreichen kann, die Klage also derzeit nutzlos ist¹⁰⁹⁵, sei es, weil ihr Ziel auf anderem Wege schneller und einfacher erreicht werden könnte¹⁰⁹⁶, sei es, weil ein Erfolg die Rechtsstellung des Klägers nicht verbessern würde.¹⁰⁹⁷ Insbesondere mangelt es für einen Antrag nach § 121 GWB an einem Rechtsschutzbedürfnis, wenn die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gem. § 118 I 2 GWB entfallen ist und kein Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung gem. § 118 I 3 GWB gestellt wurde.¹⁰⁹⁸

Das Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers entfällt jedoch nicht deswegen, daß ein Antrag von ihm auf sofortige Gestattung des Zuschlags nach § 115 II 3 GWB abgelehnt worden ist.¹⁰⁹⁹ Begründet wird dies mit der möglicherweise gestiegenen Eilbedürftigkeit im Hinblick auf den weiteren Zeitablauf und dem unterschiedlichen Entscheidungsmaßstab. Denn im Verfahren nach § 115 II 3 GWB bleiben die Erfolgsaussichten in der Hauptsache im Gegensatz zu § 121 GWB grundsätzlich unberücksichtigt.

¹⁰⁹²Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 121, Rn. 8.

¹⁰⁹³Adolf, JA 1990, 29, 30; Erichsen, JURA 1984, 644, 648; Happ in: Eyermann/Fröhler, VwGO, § 123, Rn. 44; Bender, Einstweilige Anordnung, S. 657, 668; Boesen, Vergaberecht, § 121, Rn. 21; a.A. Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 121, Rn. 832; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 121, Rn. 7; Kopp/Schenke unter Hinweis auf § 920 II ZPO, VwGO, § 123, Rn. 24; Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 121, Rn. 16.

¹⁰⁹⁴Rennert in: Eyermann/Fröhler, VwGO, vor § 40, Rn. 11; Kopp/Schenke, VwGO, Vorb. § 40, Rn. 30; Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, S. 426.

¹⁰⁹⁵BVerwG, Beschl. v. 28.8.1987, 4 N 3.86, BVerwGE 78, 85, 91.

¹⁰⁹⁶BGH, Urt. v. 20.1.1971, VIII ZR 251/69, BGHZ 55, 201, 206; Rennert in: Eyermann/Fröhler, VwGO, vor § 40, Rn. 12 ff.

¹⁰⁹⁷BVerwG, Beschl. v. 28.8.1987, 4 N 3.86, BVerwGE 78, 85, 91; Rennert in: Eyermann, VwGO, vor § 40, Rn. 16 ff.

¹⁰⁹⁸Boesen, Vergaberecht, § 121, Rn. 24.

¹⁰⁹⁹Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 304, Rn. 638, Fn. 857; Stockmann in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 121, Rn. 9; Boesen, Vergaberecht, § 121, Rn. 6 und Rn. 25; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 121, Rn. 833; a.A. Braun, BB 1999, 1069, 1072; Tilmann WuW 1999, 342, 346; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 118, Rn. 21 ff.: Danach kommt dem Verfahren nach § 115 II 3 GWB dahingehend eine Bindungswirkung zu,

5. Maßstab der gerichtlichen Entscheidung

Das Gericht hat gem. § 121 I 1 GWB die Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu berücksichtigen. Dabei erfolgt eine möglichst umfassende Klärung der Sach- und Rechtslage, um eine verlässliche Prognose der Aussichten des Rechtsstreits in der Hauptsache zu erwirken, zumal durch die Zuschlagserteilung irreversible Tatsachen geschaffen werden.¹¹⁰⁰ Bei dieser Prüfung wird das Gericht auf den tatsächlichen Feststellungen und der Bewertung der Vergabekammer aufbauen können.¹¹⁰¹ Aufgrund des auch im Verfahren nach § 121 GWB geltenden Untersuchungsgrundsatzes gem. §§ 121 III 4, 120 II, 70 I bis III GWB ist das Gericht berechtigt, von sich aus Beweis zu erheben. Dabei muß das Gericht jeweils zwischen seiner Verpflichtung zur Untersuchung des Sachverhalts und dem Charakter des Verfahrens als Eilmaßnahme im Hinblick auf § 121 III 1 GWB abwägen.¹¹⁰²

Dem Antrag wird stattzugeben sein, wenn ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für den Erfolg in der Hauptsache spricht und zumindest die Eilbedürftigkeit der Entscheidung glaubhaft gemacht wurde.¹¹⁰³ Eine Glaubhaftmachung kann dabei in entsprechender Anwendung von § 294 ZPO nur mit präsenten Beweisen erfolgen. Außerhalb der mündlichen Verhandlung sind nur Urkunden und schriftliche eidesstattliche Versicherungen zugelassen, in der mündlichen Verhandlung auch noch Zeugen und Sachverständige, die eine Partei mitbringt, sowie die Parteien selbst.¹¹⁰⁴ Jedoch ist im Hinblick auf den Untersuchungsgrundsatz gem. §§ 120 II, 70 I bis III GWB ausreichend, wenn der Auftraggeber sich auf Urkunden-, Zeugen- und Sachverständigenbeweis beruft. Es dürfte jedoch zweckmäßig sein, sowohl Urkunden vorzulegen als auch Zeugen sowie Sachverständige zum Termin zu stellen.¹¹⁰⁵ Eine zusätzliche Interessenabwägung gem. § 121 I 2 GWB ist in dieser Fallkonstellation nicht mehr nötig.¹¹⁰⁶

daß ein Verfahren nach § 121 GWB nur zulässig ist, wenn neue Tatsachen vorgetragen werden, die nach dem Erlaß der Entscheidung nach § 115 II GWB entstanden sind.

¹¹⁰⁰OVG Lüneburg, Beschl. v. 2.7.1979, VI OVG B 32/79, NJW 1980, 253; BVerfG, Beschl. v. 14.5.1984, 1 BvR 233, 241/81, BVerfGE 69, 315, 363 f.; BT-Drucks. 13/9340 S. 21.

¹¹⁰¹BT-Drucks. 13/9340, S. 21.

¹¹⁰²Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 121, Rn. 9; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 121, Rn. 834; a.A. Bechtold, GWB, § 121, Rn. 3.

¹¹⁰³OLG Celle, Beschl. v. 14.3.2000, 13 Verg 2/00; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 121, Rn. 836; Boesen, Vergaberecht, § 121, Rn. 8; Boesen, Interessenabwägung im vorläufigen Rechtsschutz, S. 131, 139; Gröning, ZIP 1999, 181, 183 f.; a.A. OLG Bremen, Beschl. v. 20.7.2000, Verg 1/2000: danach kommt es nur auf die Erfolgsaussichten in der Hauptsache und nicht auf die Eilbedürftigkeit an; nach Stockmann in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 121, Rn. 8 ist eine überwiegende Wahrscheinlichkeit erforderlich.

¹¹⁰⁴Schellhammer, Zivilprozeß, S. 821, Rn. 1910.

¹¹⁰⁵A.A. BGH, Beschl. v. 14.3.1958, IV ZB 12/58, NJW 58, 712; OLG Frankfurt, Beschl. v. 17.7.1984, 5 U 159/84, NJW 85, 811; BGH, Beschl. v. 14.12.1988, IV b ZB 170/88, FamRZ 89, 373.

¹¹⁰⁶Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 121, Rn. 20; Boesen, Vergaberecht, § 121, Rn. 12; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 121, Rn. 836; Niebuhr in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 121, Rn. 4; Gröning, Zusammenspiel von Eil- und Hauptsacheverfahren, S. 123, 128; OLG Bremen, Beschl. v. 20.7.2000, Verg 1/00, BauR 2001, 94, 95; OLG Celle, Beschl. v. 14.3.2000, 13 Verg 2/00; a.A. wohl Noch, Vergaberecht kompakt, S. 79.

Im Gegensatz dazu wird der Antrag in der Regel abzuweisen sein, wenn sich mit hoher Wahrscheinlichkeit die Beschwerde als unzulässig oder unbegründet erweist. Ausnahmsweise ist nach der Gesetzesbegründung dem Antrag jedoch stattzugeben, wenn es ausgeschlossen scheint, daß wegen eines Vergabefehlers der Antragsteller in die engere Wahl kommt oder die Gründe für eine schnelle Vergabe besonders schwer wiegen.¹¹⁰⁷ Das dürfte europarechtlich nur akzeptabel sein, soweit es sich um einen Fehler handelt, der sich im Ergebnis nicht entscheidend zu Lasten des Bewerbers oder Bieters auswirken kann.¹¹⁰⁸ Die Entscheidung über die Vorabentscheidung des Zuschlags hat sich demzufolge nicht in jedem Fall strikt an den Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde zu orientieren. Es handelt sich vielmehr um eine Ermessensentscheidung des Gerichts, die an den konkreten Umständen des Einzelfalles auszurichten ist.¹¹⁰⁹

Lassen sich die Erfolgsaussichten in der Hauptsache derzeit nicht mit der erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit beurteilen, wird die Gestattung des Zuschlags im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens in erster Linie aufgrund einer Abwägung der widerstreitenden Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung des Allgemeininteresses am raschen Abschluß des Vergabeverfahrens erfolgen.¹¹¹⁰ Der Grad der Aussichten für Erfolg oder Mißerfolg der Beschwerde ist, soweit feststellbar, in die Abwägung mit einzubeziehen.¹¹¹¹ Führt die Interessenabwägung zu einem offenen Ergebnis, das heißt Vor- und Nachteile sind gleich zu bewerten, kommt es zu einer Zurückweisung des Antrages auf Vorabentscheidung.¹¹¹²

6. Entscheidung des Gerichts

Neben der Gestattung des Zuschlages kann gem. § 121 I 1 GWB das Beschwerdegericht auch den weiteren Fortgang des Vergabeverfahrens gestatten. Der Auftraggeber ist jedoch durch das Nachprüfungsverfahren nicht gehindert, das Verfahren fortzusetzen, es tritt

¹¹⁰⁷BT-Drucks. 13/9340, S. 22; Gröning, Zusammenspiel von Eil- und Hauptsacheentscheidung, S. 123, 128 sieht darin gleichsam eine juristische Einbahnstraße, da es zu einer Interessenabwägung nur bei einer Verletzung des Antragstellers in seinen Rechten aus § 97 VII GWB kommt. Gröning verkennt aber dabei, daß auch bei derzeit nicht feststellbaren Erfolgsaussichten in der Hauptsache maßgebliches Kriterium für den Antrag nach § 121 GWB die Interessenabwägung ist.

¹¹⁰⁸Stockmann in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 121, Rn. 11, Fn. 33.

¹¹⁰⁹Boesen, Interessenabwägung im vorläufigen Rechtsschutz, S. 131, 139; a.A. OLG Dresden, Beschl. v. 11.7.2000, WVerf 5/00.

¹¹¹⁰OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.9.2000, Verg 7/00, WuW/E Verg 381; Boesen, Interessenabwägung im vorläufigen Rechtsschutz, S. 131, 139.

¹¹¹¹Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 121, Rn. 838, ähnlich Boesen, Vergaberecht, § 121, Rn. 13; a.A. VergK Bund, Beschl. v. 30.6.1999, VK 2-14/99, ZVgR 2000, 265, 266 f.

¹¹¹²Bechtold, GWB, § 121, Rn. 2; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 121, Rn. 20; Hunger in: Kus/Kulartz/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 121, Rn. 5, Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 121, Rn. 838; Stockmann in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 121, Rn. 11.

lediglich ein Zuschlagsverbot ein. Aus diesem Grund hat die Gestattung des weiteren Fortgangs des Verfahrens nur deklaratorische Bedeutung.¹¹¹³

a) Aussetzung und mündliche Verhandlung

Gem. § 121 II 3 GWB steht es im Ermessen des Gerichts, bis zur Entscheidung über den Antrag das Verfahren über die Beschwerde auszusetzen. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Prozeßökonomie, da eine Vorabentscheidung über den Zuschlag in der Regel zur Erledigung der sofortigen Beschwerde führen wird.¹¹¹⁴

Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung liegt im Ermessen des Gerichts und soll dessen Flexibilität fördern. Eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung wird sich immer dann anbieten, wenn die sofortige Beschwerde offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist und eine mündliche Verhandlung keine weitere Aufklärung oder Förderung des Verfahrens erwarten läßt.¹¹¹⁵ In jedem Fall ist den Beteiligten wegen Art. 103 I GG und dem in der Regel erledigenden Charakter der Entscheidung nach § 121 GWB rechtliches Gehör einzuräumen.¹¹¹⁶

b) Entscheidungsfrist und Begründungspflicht

Ebenso wie für die Entscheidung der Vergabekammer gem. § 113 S. 1 GWB wird für die Eilentscheidung des Beschwerdegerichts gem. § 121 III 1 GWB eine Frist von längstens 5 Wochen vorgegeben. Innerhalb dieser Frist ist die Entscheidung auch zu begründen, damit die Erwägungen des Gerichts vom Auftraggeber auch nachvollzogen werden können und dieser im Hinblick auf § 122 GWB unverzüglich i. S. v. § 121 BGB reagieren kann.¹¹¹⁷ In der Begründung ist gem. § 121 III 3 GWB die Rechtmäßigkeit oder die Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens zu erläutern. Lassen sich die Erfolgsaussichten in der Hauptsache derzeit nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit bestimmen und erfolgt demnach die Entscheidung nur aufgrund einer Interessenabwägung nach § 121 I 2 GWB, geht die Erläuterungspflicht nicht so weit, daß das Beschwerdegericht ein vorläufiges Rechtsgutachten anfertigen muß. Dies würde vor allem dem Beschleunigungsgebot im Rahmen der zu treffenden Eilentscheidung zuwiderlaufen.¹¹¹⁸ Lassen sich die Erfolgsaussichten in der Haupt-

¹¹¹³Bechtold, GWB, § 121, Rn. 1; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 121, Rn. 839.

¹¹¹⁴Boesen, Vergaberecht, § 121, Rn. 28.

¹¹¹⁵BT-Drucks. 13/9340, S. 22.

¹¹¹⁶Bechtold, GWB, § 121, Rn. 2; Boesen, Vergaberecht, § 121, Rn. 35; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 121, Rn. 11; Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 121, Rn. 11 und 16; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 121, Rn. 834; Stockmann in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 121, Rn. 23.

¹¹¹⁷BT-Drucks. 13/9340, S. 22; Stockmann in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 121, Rn. 16.

¹¹¹⁸OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.9.2000, Verg 7/00, WuW/E Verg 381; Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 121, Rn. 17; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 121, Rn. 842; a.A. Stickler in:

sache jedoch beurteilen, sind aufgrund teleologischer Reduktion des § 121 III 3 GWB nur Erläuterungen zu den entscheidungserheblichen Aspekten erforderlich. So muß im Falle der Unzulässigkeit der Beschwerde nur diese begründet werden.¹¹¹⁹ Die Zustellung der Entscheidung braucht nicht innerhalb der Fünf-Wochenfrist zu erfolgen.¹¹²⁰ In Ausnahmefällen kann gem. § 121 III 1 2. HS. GWB die Frist durch den Vorsitzenden durch eine begründende Entscheidung um den erforderlichen Zeitraum verlängert werden.¹¹²¹ Eine solche Verlängerung ist auch noch nach Fristablauf zulässig.¹¹²²

Gegen die als Beschluß ergehende Entscheidung im Vorabentscheidungsverfahren über den Zuschlag ist gem. § 121 IV GWB ein Rechtsmittel unzulässig. Dies ist verfassungsrechtlich und gemeinschaftsrechtlich unbedenklich, da die Gewährung eines Instanzenzugs nicht gefordert wird.¹¹²³

c) Kosten

Grundsätzlich bedarf es keiner gesonderten Kostenentscheidung im Verfahren nach § 121 GWB, weil die Kosten des Verfahrens nach § 121 GWB Bestandteil der Kosten des Beschwerdeverfahrens sind, über die mit dessen Abschluß zu befinden ist.¹¹²⁴ Wurde jedoch dem Antrag auf Vorabentscheidung über den Zuschlag stattgegeben, ist die Entscheidung mit einer Kostenentscheidung in entsprechender Anwendung von § 128 IV GWB bzw. §§ 91 ff ZPO zu versehen.¹¹²⁵ Grund dafür ist, daß der Auftraggeber sein Ziel, den Zuschlag zu erteilen, endgültig verwirklichen kann, selbst wenn das Beschwerdegericht in der Beschwerdeentscheidung eine Verletzung vergaberechtlicher Bestimmungen feststellen würde.¹¹²⁶ Im Falle einer ablehnenden Entscheidung hat der Auftraggeber hingegen die Möglichkeit, der Erledigung durch Herstellung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens entgegenzutreten.

Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 121, Rn. 23; Gröning, ZIP 1998, 370, 376; vgl. auch Däubler-Gmelin, EuZW 1997, 709, 712.

¹¹¹⁹Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 121, Rn. 841; Boesen, Vergaberecht, § 121, Rn. 36; Hunger in: Kurlatz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 121, Rn. 17 ff.; Stockmann in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 121, Rn. 13.

¹¹²⁰Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 121, Rn. 839, Fn. 25; a.A. Stockmann in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 121, Rn. 16.

¹¹²¹BT-Drucks. 13/9340, S. 22; zu den Anforderungen einer Verlängerung der Entscheidungsfrist kann auf die Ausführungen zu § 113 S. 2 GWB verwiesen werden: 4. Kap. D. II.

¹¹²²Bechtold, GWB, § 121, Rn. 4; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 121, Rn. 15; Stockmann in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 121, Rn. 20.

¹¹²³Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 306, Rn. 644.

¹¹²⁴OLG Dresden, Beschl. v. 11.7.2000, WVerf 5/00, BauR 2001, 325 ff.; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 121, Rn. 843.

¹¹²⁵Siehe dazu oben: 4. Kap. E. II. 5. d.

¹¹²⁶Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 121, Rn. 25 und § 118, Rn. 15; Gröning, ZIP 1999, 181, 185; OLG Naumburg, Beschl. v. 19.9.1999, 10 Verg 3/99.

d) Gericht lehnt Vorabentscheidung ab

Lehnt das Gericht den Antrag ab, hat dies für den Auftraggeber nach § 122 GWB die einschneidende Konsequenz, daß er verpflichtet ist, den vom Gericht aufgezeigten Vergabefehler innerhalb von 10 Tagen nach Zustellung der Entscheidung des Beschwerdegerichts zu beseitigen. Geschieht dies nicht, gilt das Vergabeverfahren automatisch nach Ablauf dieser Frist als beendet.

Die Vorschrift dient der Klarheit und Beschleunigung des Vergabeverfahrens. Eine weitere Entscheidung des Gerichts - nun über die sofortige Beschwerde - wäre nicht sinnvoll. Denn es ist äußerst unwahrscheinlich, daß nach Prüfung durch die Vergabekammer und nach einer obergerichtlichen Entscheidung zuungunsten des Auftraggebers die zweite Entscheidung des Gerichts anders ausfallen würde als die erste, zumal dasselbe Oberlandesgericht über die sofortige Beschwerde entscheiden würde, da es dem Auftraggeber bereits in seiner Vorabentscheidung nach § 121 GWB einen Fehler vorgehalten hat.¹¹²⁷

aa) Unterliegen des Auftraggebers

Das Gesetz spricht in § 122 GWB nur vom Unterliegen des Auftraggebers. Unproblematisch ist hierbei diejenige Fallkonstellation, daß der Eilantrag aufgrund mangelnder Erfolgsaussichten in der Hauptsache zurückgewiesen wurde und die einschlägigen Korrekturmöglichkeiten dem Auftraggeber mitgeteilt wurden. Hat sich das Beschwerdegericht hingegen nicht mit der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens befaßt, sondern den Antrag des Auftraggebers zum Beispiel aus mangelnden Gründen der Eilbedürftigkeit, aufgrund Unzulässigkeit oder ausschließlich aus Gründen einer Interessenabwägung abgelehnt, findet § 122 GWB keine Anwendung.¹¹²⁸ Dies ergibt sich schon daraus, daß das Beschwerdegericht dem Auftraggeber keine Korrekturmöglichkeiten läßt. Zudem läge eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache vor, die zu einem Verstoß gegen Art. 19 IV GG führen würde und nicht mit dem Anspruch des Bieters auf effektiven Rechtsschutz gerechtfertigt wäre.¹¹²⁹

Ebenso können bei teilweise Unterliegen des Auftraggebers nicht die Rechtsfolgen des § 122 GWB angewandt werden. Denn der Auftraggeber kann nach § 121 GWB sowohl nur die Gestattung der Fortsetzung des Verfahrens als auch nur die Erteilung des Zuschlags

¹¹²⁷BT-Drucksache 13/9340, S. 22.

¹¹²⁸Hunger in: Kulartz/Kus/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 122, Rn. 2, 7: hält die Vorschrift deswegen für mißlungen; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 122, Rn. 4; Stockmann in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 122, Rn. 3; Boesen, Vergaberecht, § 122, Rn. 7 ff.; Tilmann, WuW 1999, 342, 348; a.A. Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 122, Rn. 846: Danach ist § 122 GWB aufgrund sonst unerträglicher Rechtsunsicherheit nur bei unzulässiger Verwerfung nicht anwendbar.

¹¹²⁹Boesen, Vergaberecht, § 122, Rn. 4 und 10; Boesen, EuZW 1998, 551, 557; kritisch hierzu Erdl, Neuer Vergaberechtsschutz, S. 306 ff., Rn. 646 ff.

beantragen oder aber auch beides zugleich. Hat jedoch der Auftraggeber sowohl die Fortsetzung des Verfahrens wie auch die Erteilung des Zuschlags beantragt und gibt das Gericht nur dem Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens statt, weil es noch an der Zuschlagsreife fehlt, dann ist der Auftraggeber nach dem Sinn und Zweck der Regelung nicht als unterlegen anzusehen.¹¹³⁰

bb) Maßnahmen zu Herstellung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens

Kommt der Auftraggeber den Maßnahmen zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des gesamten Vergabeverfahrens nach, gilt das Verfahren als noch nicht beendet. Einer Zuschlagserteilung steht weiterhin das gesetzliche Zuschlagsverbot des § 118 III GWB entgegen. Das Beschwerdegericht wird bei fristgerechter Umsetzung der erforderlichen Maßnahmen der Beschwerde des Auftraggebers stattgeben und die Entscheidung der Vergabekammer aufheben.

Zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens reicht es aber aus, wenn der Auftraggeber innerhalb der Zehn-Tagesfrist die entsprechenden Maßnahmen eingeleitet hat. Eine vollständige Beseitigung der vom Oberlandesgericht bezeichneten Vergaberechtsverstöße ist hingegen nicht erforderlich. Ein solches würde praktisch zu einer generellen Beendigung des Vergabeverfahrens führen, da es dem Auftraggeber in der Regel nicht möglich sein wird, den Verstoß innerhalb der kurz bemessenen Zehn-Tagesfrist zu beseitigen.¹¹³¹ Unbeachtlich ist aber hierbei der Fall, daß der Verstoß irreparabel ist. Denn es besteht kein Grund, den Auftraggeber mit schweren, unheilbaren Vergabefehlern gegenüber dem Auftraggeber mit geringfügigeren, heilbaren Mängeln zu bevorzugen.¹¹³²

cc) Beendigung des Vergabeverfahrens

Nach fruchtlosem Ablauf der Frist von zehn Tagen seit Zustellung an den Auftraggeber gilt das Vergabeverfahren aufgrund gesetzlich festgelegter Fiktion als beendet.¹¹³³ Eine Verlängerung der Frist ist nicht möglich. Ein Zuschlag kann endgültig aufgrund entgegenstehenden gesetzlichen Verbotes gem. § 134 BGB nicht mehr erteilt werden.¹¹³⁴ Der Auftraggeber muß ein neues Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der festgestellten Vergabeverstöße einleiten.¹¹³⁵

¹¹³⁰Stockmann in: Mestmäcker/Immenga, GWB, § 122, Rn. 4; a.A. Bechtold, GWB, § 122, Rn. 2.

¹¹³¹Boesen, Vergaberecht, § 122, Rn. 12; a.A. Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 122, Rn. 846.

¹¹³²Hunger in: Kus/Kulartz/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 122, Rn. 6; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 122, Rn. 9; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 122, Rn. 846; Bechtold, GWB, § 122, Rn. 2; Leinemann/Weihrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 169, Rn. 613.

¹¹³³Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 122, Rn. 3.

¹¹³⁴Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 122, Rn. 6 f.

¹¹³⁵Leinemann/Weihrauch, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 169, Rn. 612.

Dem Auftraggeber verbleibt zur Vorbereitung eines Schadensersatzprozesses und wegen der ungünstigen Kostenfolge entsprechend § 123 S. 3 GWB nur noch die Möglichkeit, seinen Antrag dahingehend umzustellen, daß er feststellt, daß eine Rechtsverletzung nicht vorgelegen hat.¹¹³⁶

e) Gericht gibt der Vorabentscheidung statt

Gibt das Gericht dem Antrag statt, so wird dem Auftraggeber hierdurch erlaubt, den Zuschlag im Vergabeverfahren zu erteilen. Die Vergabestelle ist hierbei an keine Frist gebunden.¹¹³⁷ Erfolgt der Zuschlag, erledigt sich das Nachprüfungsverfahren in der Hauptsache. Das Beschwerdeverfahren kann jedoch durch Stellung eines entsprechenden Feststellungsantrags vor dem Hintergrund eines eventuellen Schadensersatzprozesses weiterbetrieben werden, §§ 123 S. 4, 114 II GWB.¹¹³⁸

Resumee

Im Vergleich zur Rechtslage während der haushaltsrechtlichen Lösung ist durch den neu geschaffenen, vorläufigen Rechtsschutz im Rahmen des GWB eine wesentlich differenziertere und den Interessen der Beteiligten besser gerecht werdende Regelung gefunden worden. Vor allem wurde die Position der Bieter bzw. Antragsteller erheblich gestärkt, indem ihnen nun effizientere Mittel zur Auswahl stehen, den Zuschlag - und somit irreversible Tatsachen - zu verhindern.¹¹³⁹ Die bewußt mangelnde Effektivität des Rechtsschutzes im Rahmen der haushaltsrechtlichen Lösung wurde insbesondere durch die Gewährung von subjektiven Rechten gem. § 97 VII GWB, den automatischen Eintritt eines Suspensiveffekts gem. § 115 I GWB und die Gewährung einer gerichtlichen zweitinstanzlichen Überprüfung weitgehend beseitigt. Die Erweiterung der Rechte der Bieter führt jedoch auch zu erheblichen Mitwirkungsrechten, deren Nichtbeachtung schon zur Unzulässigkeit bzw. Unbegründetheit des Antrages führen kann. Ebenso ist schon ein erstinstanzlich erhebliches Kostenrisiko zu beachten. Die haushaltsrechtliche Lösung war aber rückblickend betrachtet ein notwendiger Zwischenschritt im deutschen ~~Transformationsprozeß vom~~ Haushaltsrecht zum Bieterschutz, zumal deren mangelnde

¹¹³⁶Siehe zum Feststellungsverfahren. 4. Kap. D. I. 3.; im Gegensatz zum Verfahren vor der Vergabekammer gem. § 114 II 2 GWB, ist der Antrag auf Feststellung auch ohne Erledigung des Nachprüfungsverfahrens zulässig: Bechtold, GWB, § 123, Rn. 5; Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 123, Rn. 5; Jaeger in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 123, Rn. 853; Jaeger, OLG-Entscheidungen des GWB-Vergaberecht, S. 107, 131; Tilmann, WuW 1999, 342, 349; a.A. Boesen, §123, Rn. 64 f.; Hunger in: Kus/Kulartz/Niebuhr/Portz, Vergaberecht, § 123, Rn. 7 f.; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 123, Rn. 13; Marx in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, S. 156; OLG Celle, Beschl. v. 30.4.1999, 13 Verg 1/99, BauR 2000, 405, 408.

¹¹³⁷A.A. Gröning, ZIP 1998, 370, 376, der die Zehn-Tagesfrist darauf entsprechend anwenden will.

¹¹³⁸Siehe zum Feststellungsverfahren: 4. Kap. D. I. 3.

¹¹³⁹Ähnlich Voppel, LKV 1999, 5, 8.

recht zum Bieterschutz, zumal deren mangelnde europarechtliche Konformität eine wissenschaftliche Diskussion einleitete und zu einem grundlegenden neuen Verständnis des Vergaberechts führte.¹¹⁴⁰

Jedoch hat auch das Vergaberechtsänderungsgesetz in seinem jungen Bestehen schon reichlich Anlaß zu Zweifeln an seiner Gemeinschaftskonformität gegeben, denen zum Teil durch Erlaß der Vergabeverordnung bzw. durch Richterrecht entgegnet wurde. Ebenso hinterließ das oftmals sowohl in Gesetzestext als auch in der Begründung nicht eindeutig geregelte Vergaberechtsänderungsgesetz Fragen hinsichtlich seiner Auslegung und Anwendung. Diese Fragen sind zumeist noch nicht höchstrichterlich entschieden, so daß in der Vergangenheit viel Anlaß zur Diskussion bestand und in Zukunft noch bestehen wird.

¹¹⁴⁰Waldner, Bieterschutz im Vergaberecht, S. 66.

Lebenslauf

Persönliche Daten

Name: Lück
Vorname: Dominik Rudolf
Geburtort: Köln
Geburtstag: 27. Mai 1973
Eltern: Dr. Rudolf Lück, Musikwissenschaftler
Roswith Lück, geborene Nolten
Staatsangehörigkeit: Deutsch

Schulbildung

von / bis
1979 - 1980 katholische Grundschule Bensberg
1981 - 1982 Wiedbachschule in Bad Schwalbach
1983 - 1992 Wilhelm-Dilthey Gymnasium in Wiesbaden

Wehrdienst

von / bis
7/192 - 6/1993 Feldjägerbattailon 542 in Bexbach und Unterstützungskommando 4 in Mainz

Studium

von / bis
11/1993 - 9/1997 Rechtswissenschaften an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg
2/1998 1. Juristisches Staatsexamen

Referendariat

von / bis
4/1998 - 5/2000 OLG Bezirk Bamberg
6/2000 2. Juristisches Staatsexamen

Beruf

seit 7/2001

Zulassung als Rechtsanwalt sowie anwaltliche
Tätigkeit in der Kanzlei Köhler & Klett,
Köln/Berlin/Brüssel