

Dr. Rainer Noch

Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz

Eine Darstellung nach europäischem und deutschem
Recht

• Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13	
Einleitung	17	
<i>Teil 1: Die europarechtlichen Vorgaben zur Vergabe von Staatsaufträgen und die Umsetzung in das deutsche Recht</i>	19	
I. Europarechtliche Vorgaben	19	
1. Primäres Gemeinschaftsrecht: EG-Vertrag, Art. 6, 30, 52 und 59	20	
a) Diskriminierungsverbot, Art. 6 EGV	23	
aa) Arten der Diskriminierung	23	
bb) Rechtscharakter des Diskriminierungsverbotes	25	
b) Freier Warenverkehr, Art. 30 EGV	26	
aa) Staatliche Maßnahmen	27	
bb) "Mengenmäßige Einruhrbeschränkungen" und "Maßnahmen gleicher Wirkung"	27	
cc) Verhältnis des Art. 30 zu Art. 6 EGV und Relevanz für das öffentliche Auftragswesen	30	
c) Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, Art. 59 bzw. 52 EGV	32	
aa) Rechtscharakter	33	
bb) Schranken der Dienstleistungsfreiheit	34	
cc) Verhältnis der Art. 59, 52 EGV zu Art. 6 EGV und Abgrenzung zu Art. 30 EGV	35	
dd) Bedeutung für das öffentliche Auftragswesen	36	
d) Fazit: Primäres EG-Recht ist Fundament und Maßstab der Vergaberichtlinien	36	
2. Sekundäres Gemeinschaftsrecht: Ziele und Regelungsinhalte der Richtlinien im öffentlichen Auftragswesen	38	
a) Grundlegendes zu Ursprung und Funktion der Richtlinien	3	8
b) Allgemeiner Überblick über Bedeutung, Ziele, Zwecke und derzeit noch bestehende Unzulänglichkeiten der Vergaberichtlinien	39	
aa) Grunderwägungen zur Erreichung der Zielvorgaben	39	
(1) Regelungsbereiche der Richtlinien	39	
(2) Wirkungsrichtung	39	
bb) Wirtschaftliche Bedeutung der Staatsaufträge	42	
(1) Bedeutung im Hinblick auf den Binnenmarkt	42	
(2) Bedeutung über die Grenzen der EU hinaus	43	
cc) Unzulänglichkeiten bei der Anwendung der Vergaberichtlinien	46	
(1) Fehlerhafte Umsetzungen	47	

(2) Bürokratischer Aufwand	49
(3) Wirtschaftssteuernde Sekundäreffekte	50
(3a) Positive Steuerungsmaßnahmen	50
(3b) Negative Steuerungsmaßnahmen	52
(3 c) Bewertung	56
(4) Sonstiges	57
(4a) Umgehungsfälle	57
(4b) Integrationspolitische Rückstände	58
(5) Bedeutung der Anwendungsdefizite	58
c) Überblick über die Aufteilung der Regelungsmaterien und die wesentlichen Inhalte der Richtlinien zur Koordinierung der Vergabe von Staatsaufträgen	59
aa) Definition des Begriffes "öffentlicher Auftrag"	60
bb) Begriff des "öffentlichen Auftraggebers"	62
(1) Auftraggeber im institutionellen Sinne	62
(2) Auftraggeber im funktionellen Sinne	62
(2a) Urheberschaft für das veränderte Begriffsverständnis	66
(2b) Anwendungsschwierigkeiten bei den Begriffen "Allgemeininteresse" und "nichtgewerblicher Art"	67
(2c) Sonderfall: Sektorenauftraggeber	69
(3) Ausnahmefall: Öffentlicher Auftraggeber durch Verwaltungsakt	71
(4) Bedeutung des neuen Auftraggeberbegriffs für den Rechtsschutz	71
cc) Verfahrensarten zur Vergabe öffentlicher Aufträge	71
dd) Kriterien zur Auswahl des Auftragnehmers	73
(1) Kriterium des niedrigsten Preises	74
(2) Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebotes	74
(3) Sonderfall: Ungewöhnlich niedriges Angebot	75
(4) Vergabefremde Kriterien	76
(5) Problemfall: Nationale Vergütungsregelungen (z.B. HOAI)	78
d) Die Richtlinien im einzelnen	80
aa) Baukoordinierungsrichtlinie: Richtlinie 93/37/EWG vom 14. Juni 1993	80
bb) Lieferkoordinierungsrichtlinie: Richtlinie 93/36/EWG vom 9. August 1993	81
cc) Sektorenrichtlinie: Richtlinie 93/38/EWG vom 14. Juni 1993	82
dd) Dienstleistungsrichtlinie: Richtlinie 92/50/EWG vom 18. Juni 1992	84
II. Die deutsche Umsetzung in Form der "haushaltsrechtlichen Lösung" auf der Grundlage der §§ 57 a bis c HGRG und ihre Rechtmäßigkeit:	85
1. Regelungssystem des deutschen Rechts zur Vergabe öffentlicher Aufträge	85
a) Grundüberlegungen zur "haushaltsrechtlichen Lösung":	85

b)	Die "haushaltsrechtliche Lösung" im einzelnen:	86
aa)	Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG); Vergabeverordnung (VgV)	86
bb)	Verdingungsordnungen (VOL/A; VOB/A)	87
cc)	Nachprüfungsverordnung (NpV)	89
c)	Zweifel an der "haushaltsrechtlichen Lösung"	90
2.	Rechtmäßigkeit des deutschen Regelungssystems	90
a)	Anforderungen des deutschen Rechts	91
aa)	Vereinbarkeit des § 57 a HGrG mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 80 I 2 GG:	91
(1)	Generelle Anforderungen an ein Ermächtigungsgesetz:	91
(1 a)	Regelung des § 57 a I HGrG	91
(1 b)	Hinreichende Inhalts- und Schrankenbestimmung aus Art. 189 III EGV?	92
(1 c)	Regelung des § 57 a II HGrG	93
(2)	Erhöhte Anforderungen an ein Ermächtigungsgesetz im Falle der Grundrechtswesentlichkeit	95
bb)	Vereinbarkeit der in den §§ 57 a HGrG, §§ 1, 2 VgV gewählten Verweisungstechnik mit dem Demokratieprinzip	96
cc)	Vereinbarkeit der §§ 57 a bis c HGrG mit dem Rechtsstaatsprinzip	98
(1)	Motive der Bundesregierung und Stellungnahme des Bundestages	99
(2)	Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip	99
(3)	Bedenken des Bundesrates	101
dd)	Vereinbarkeit der §§ 57 b und c HGrG mit Art. 92 GG und Art. 101 I 2 GG	103
(1)	Richtervorbehalt des Art. 92, 1. Hlfs. GG	103
(2)	Recht auf den gesetzlichen Richter, Art. 101 I 2 GG	104
ee)	Rechtswidrigkeit der Vergabe- und Nachprüfungsverordnung infolge verfassungswidriger Ermächtigungsgrundlage	105
ff)	Publizitätsanforderungen des Art. 82 GG insbesondere im Hinblick auf die VOB/A und VOL/A	106
b)	Anforderungen des europäischen Rechts	108
aa)	Rechtsverbindlichkeit nach europarechtlichen Maßstäben: Art. 189 III, 5 EGV; Art. 23 I 1 GG	108
bb)	Publizitätserfordernisse	111
cc)	Subjektive Rechte für Bieter nach den Richtlinien	111
3.	Ergebnis und Schlußfolgerung	112
III.	Erfordernis der Schaffung eines Vergabegesetzes aus europarechtlichen Gründen	113
	Diskussionsstand zu der Frage, ob die Kodifizierung der EU-Vergaberegeln in Form von Verwaltungsvorschriften ausreichend ist	113
1.	Das vom EuGH entwickelte Prinzip des "effet utile"	115
a)	Grundlagen, Inhalte und Konsequenzen aus dem Postulat des "effet utile" allgemein	115

b)	Das Prinzip des "effet utile" in bezug auf die Richtlinien über die Vergabe von Staatsaufträgen	116
c)	Folgerungen für die deutsche Umsetzung	117
2.	Die Rechtsprechung des EuGH zur TA Luft	118
a)	Streitgegenstand der Entscheidung	119
b)	Auffassung des EuGH	119
c)	Gegenauffassung	121
d)	Schlußfolgerungen für die derzeitige Umsetzung der Vergabevorschriften	123
3.	Gesamtergebnis und Schlußfolgerungen für ein Vergabegesetz	124
a)	Notwendigkeit eines Vergabegesetzes	124
b)	Wesentliche Elemente eines Vergabegesetzes	124
IV.	Gesamtergebnis zu Teil 1	125
<i>Teil 2:</i>	<i>Rechtsschutzmöglichkeiten nach europäischem und deutschem Recht</i>	127
I.	Rechtsschutz nach EG-Recht	127
1.	Zentraler Begriff des Rechtsschutzes: "subjektive Rechte"	127
a)	Prozessuale subjektive Rechte	127
b)	Materielle subjektive Rechte	128
c)	Materiellrechtliche Konzeption des EuGH	129
2.	Rechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG	131
a)	Beweggründe für ihren Erlaß	131
b)	Regelungsgehalt der Rechtsmittelrichtlinien	132
aa)	Problem: Anforderungen an die Rechtsqualität der Nachprüfungsinstanzen	133
bb)	Gerichtsqualität der zweiten Nachprüfungsinstanz erforderlich	134
c)	Zwischenergebnis	135
3.	Vergaberichtlinien	136
4.	Schlußfolgerung: Prozessualer Rechtsschutz sowohl nach Rechtsmittel- als auch nach Vergaberichtlinien	137
5.	Rechtsschutz im materiell-rechtlichen Sinne	138
a)	Primäres Gemeinschaftsrecht: EG-Vertrag, Art. 6, 30, 52 und 59	138
b)	Sekundäres Gemeinschaftsrecht: Rechtsmittel- und materielle Vergaberichtlinien	139
aa)	Materielle subjektive Rechte aus den Rechtsmittelrichtlinien ?	139
bb)	Materielle subjektive Rechte aus den materiellen Vergaberichtlinien	140
6.	Kurze Zusammenfassung und Ergebnis	142
II.	Rechtsschutz nach deutschem Recht	144
1.	Verwaltungsinterne Kontrolle	144

a)	Kurzer Überblick	144
b)	Funktionen der Vergabepflichtenstellen	145
	aa) Einschaltung	145
	bb) Entscheidungsinhalte	146
	cc) Rechtliche Qualifikation der Entscheidung	148
	dd) Einrichtung	150
c)	Funktionen der Vergabeüberwachungsausschüsse	150
	aa) Einschaltung	150
	bb) Entscheidungsinhalte	152
	cc) Rechtliche Qualifikation der Entscheidung	155
	dd) Einrichtung	157
d)	Würdigung dieser verwaltungsinternen Kontrolle in Hinblick auf die europarechtlichen Anforderungen	158
	aa) Unsicherheiten hinsichtlich der Rechtsgrundlagen	158
	(1) Mahnschreiben der Kommission	15
	(2) Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH (Rs. C-54/96)	8
	(3) Urteil des EuGH in der Rechtssache C-433/93	158
	(4) Stimmen aus der Literatur	160
	bb) Unsicherheiten hinsichtlich der verfahrensmäßigen und sonstigen Garantien	160
	cc) Vergabeüberwachungsausschüsse: Keine Gerichte iSd. Art. 177 EGV	162
	(1) Unabhängigkeit	164
	(2) Kontradiktorisches Verfahren	165
	(3) Vollstreckbarkeit	167
	(4) Dauerhaftigkeit	168
	dd) Gegenauffassung	168
	ee) Zusätzliche Umsetzungsmängel	172
	(1) Unvollständigkeit der Umsetzung	172
	(2) Unzulässige Beschränkung des Kreises der Beschwerdefügten	172
	(3) Keine unabhängige Tatsacheninstanz	174
	(4) Mängel hinsichtlich der Anordnung vorläufiger Maßnahmen	175
	(4a) Voraussetzung für Anordnungen vorläufiger Maßnahmen	175
	(4b) Schnellstmögliche Gewährung vorläufiger Maßnahmen	176
	(4c) Zwischenergebnis	176
	ff) Ergebnis	177
	Justitielle Kontrolle	177
a)	Verwaltungsgericht	177
	aa) Öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise	178
	(1) These: Verbot staatlichen Handelns in Formen des Zivilrechts	178
	(2) Verwaltungsakt, § 35 S. 1 VwVfG; Zwei-Stufen-Theorie	179
	(3) Öffentlich-rechtlicher Vertrag, § 54 VwVfG	182

bb)	Kritik an der Einordnung des Vergabewesens als öffentlich-rechtlich	183
cc)	Vorteile und Nachteile der öffentlich-rechtlichen Lösung unter Rechtsschutzgesichtspunkten	185
dd)	Zivilrechtliche Natur des Vergabewesens; Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten abzulehnen	188
b)	Zivilgericht: Primäransprüche	193
aa)	Inhalt und Geltendmachung der Primäransprüche	193
bb)	Kritik an der Geltendmachung von Primäransprüchen vor den Zivilgerichten und Gegenkritik	197
c)	Zivilgericht: Sekundäransprüche	199
aa)	Ansprüche aus vertragsähnlichem Verhältnis: culpa in contrahendo -cic-	200
(1)	Ansprüche dem Grunde nach	200
(1a)	Generelle Voraussetzungen	200
(1b)	Fallgruppen	202
(2)	Ansprüche der Höhe nach	204
bb)	Deliktische Ansprüche	206
(1)	§ 826 BGB	206
(2)	§ 823 I BGB	207
(3)	§ 823 II BGB	207
(4)	§ 35 GWB, § 1 UWG	209
(4a)	Geltung des UWG	209
(4b)	Geltung des GWB	210
(4ba)	Grundsätzliche Anwendbarkeit des GWB	210
(4bb)	Unternehmensbegriff nach dem GWB	211
(4bc)	Schutzzweck des GWB	213
(4bd)	Sekundäransprüche des Bieters bei fehlerhaftem Vergabeverfahren	216
(5)	Verhältnis der deliktischen Ansprüche zueinander	218
(6)	§ 839 BGB iVm. Art. 34 GG	219
	Konkurrenz justitieller und verwaltungsinterner Kontrolle nach deutschem Recht; Lösungsansätze	220
a)	Ursachen und Folgen	220
b)	Lösungsansätze	222
	Rechtsschutzerfordernisse aus dem Grundgesetz und den materiellen deutschen Vergabevorschriften	223
a)	Bindung an die Grundrechte	223
aa)	Fiskalgeltung der Grundrechte	224
bb)	Ausschluß jeder Grundrechtsgeltung im fiskalischen Bereich	224
cc)	Lehre vom Verwaltungsprivatrecht	224
dd)	Mittelbare Wirkungsweise der Grundrechte	225
ee)	Diskussion und Ergebnis	226
b)	Subjektive Rechte aus dem Recht unterhalb der Verfassung	228
aa)	Vergabevorschriften	228
(1)	Haushaltsrecht (HGrG, BHO)	228

(2) Vergabeverordnung, Nachprüfungsverordnung; Verdingungsordnungen	229
bb) Wettbewerbsrecht (UWG, GWB)	230
c) Bewertung	231
5. Ergebnisse und Konsequenzen aus den bisherigen Feststellungen zur Frage des Rechtsschutzes (Teil 2)	234
<i>Teil 3: Konsequenzen aus der mangelhaften Umsetzung der EG-Richtlinien zum öffentlichen Auftragswesen</i>	
I. Rechtsprechung des EuGH in dem Verfahren C-433/93	237
1. Verfalirensverlauf	237
2. Urteilsinhalt	238
3. Rückschlüsse und Ausblick	240
a) Rückschlüsse für die damalige Rechtslage	240
b) Rückschlüsse für die heutige Rechtslage	240
c) Ausblick	242
II. Rechtsposition des Unionsbürgers im Falle nicht hinreichender Umsetzung von Richtlinien	243
1. Formale Unisetzungsängel: Rechtsprechung des EuGH zum Falle TA Luft	243
2. Materielle Umsetzungängel: Direktgeltung von EG-Richtlinien	244
a) Wirkungsrichtung	245
b) Voraussetzungen, Inhalt und Handhabung des Instituts der unmittelbaren Wirksamkeit von Richtlinien	246
aa) Voraussetzungen im einzelnen	246
bb) Gründe für die Existenz dieses Institutes	247
cc) Anwendung dieses Institutes gegenüber den öffentlichen Auftraggebern	249
(1) Unmittelbare Richtlinienwirkung gegenüber öffentlichen Auftraggebern	249
(2) Sonderfall: Sektorauftraggeber	251
(3) Folge Wirkung: Tendenz zu immer detaillierteren Richtlinienvorgaben	253
c) Zulassung der unmittelbaren horizontalen Richtliniengeltung ?	254
aa) Gründe für die Zulassung der horizontalen Richtlinienwirkung	254
bb) Bedenken im Hinblick auf die unmittelbare horizontale Richtlinienwirkung	256
cc) Ergebnis	258
3. Ausstattung des Unionsbürgers mit subjektiven Rechten	258
a) Zusammenfassende Betrachtung der Rechtsprechung des EuGH	259
b) Position des BVerfG zu dieser Frage	260
4. Schadeisersatzansprüche des deutschen Unionsbürgers wegen der Verletzung gemeinschaftsrechtlicher Pflichten seines Mitgliedstaates	262

a)	Die deutsche Rechtslage	262
b)	Die europäische Rechtslage: Insbesondere der Fall Francovich	263
aa)	Grundlagen und Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches	264
	(1) Der "effet utile" des Gemeinschaftsrechts	264
	(2) Prinzip der Gemeinschaftstreue (Art. 5 EGV)	265
	(3) Rechtsschutzlücke bei der unmittelbaren Richtlinienwirkung	266
bb)	Voraussetzungen des Staatshaftungsanspruches	266
cc)	Konsequenzen und Schwierigkeiten	269
	(1) Verhältnis des Staatshaftungsanspruches zur unmittelbaren Richtliniengeltung	269
	(2) Auswirkungen auf das deutsche Staatshaftungssystem	273
	(2a) Drittbezogenheit der Amtspflichten	273
	(2b) Objektive Unrechtshaftung versus Verschuldenshaftung	274
c)	Bewertung und Ausblick	274
	<i>Teil 4 : Schlußbetrachtung und Merkmale eines zukünftigen Rechtsschutzes</i>	278
	Literaturverzeichnis	280