

Sophie Harms

**Unionsrechtliche Vorgaben
für den Rechtsschutz im
Vergabeverfahren unterhalb
der EU-Schwellenwerte**



Nomos

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung und Gang der Arbeit	25
A. Einführung in das Vergaberecht	31
I. Rechtsgrundlagen und Rechtsnatur des Vergaberechts	31
1. Rechtsgrundlagen des Vergaberechts	34
1.1 Völkerrechtliche Vorgaben für das Vergaberecht	34
1.2 Unionsrechtliche Vorgaben für das Vergaberecht	37
1.3 Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Vergaberecht	43
1.4 Einfachgesetzliche Vorgaben für das Vergaberecht vor dem unionsrechtlichen Hintergrund	44
1.4.1 Zweiteilung der einfachgesetzlichen Regelungen	44
1.4.2 Regelungen oberhalb der EU-Schwellenwerte	46
1.4.3 Regelungen unterhalb der EU-Schwellenwerte	49
2. Rechtsnatur der vergaberechtlichen Regelungen	52
2.1 Zivilrechtliche Zuordnung	52
2.2 Die Zweistufentheorie	54
2.3 Öffentlich-rechtliche Zuordnung	56
2.4 Stellungnahme	56
2.4.1 Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses	56
2.4.2 Rechtsweg	58
II. Das Regulationssystem des Vergaberechts	62
1. Das Regulationssystem oberhalb der EU-Schwellenwerte	62
1.1 Die Ermittlung des Auftragswerts	62
1.2 Normadressat oberhalb der EU-Schwellenwerte	64
1.3 Der Verfahrensablauf	65
1.3.1 Vorinformation	68
1.3.2 Bekanntmachung	68
1.3.3 Prüfung der Angebote	68
1.3.4 Zuschlag	69
2. Das Regulationssystem unterhalb der EU-Schwellenwerte und außerhalb des harmonisierten Vergaberechts	70

B. Rechtsschutzbestand für die Bieter bei Verstößen im Vergabeverfahren oberhalb bzw. unterhalb der EU-Schwellenwerte und außerhalb des harmonisierten Vergaberechts 73

I. Rechtsschutz der Bieter oberhalb der EU-Schwellenwerte aus dem Unionsrecht und dem nationalen Umsetzungsrecht	75
1. Rechtsschutz nach den Rechtsmittelrichtlinien	75
2. Voraussetzungen, Gang des Verfahrens und Rechtsfolgen	77
2.1 Aufsichtsbehörde und Vergabeprüfstelle	77
2.2 Vergabekammer	79
2.3 Vergabesenat des zuständigen OLG	83
2.4 Schadensersatz vor den ordentlichen Gerichten	84
3. Effektivität des Rechtsschutzes oberhalb der EU-Schwellenwerte	85
II. Rechtsschutz der Bieter unterhalb der EU-Schwellenwerte und außerhalb des harmonisierten Vergaberechts aus dem nationalen Recht	86
1. Haushaltsrechtliche Lösung	86
1.1 Gegenvorstellung	87
1.2 Dienst-, Rechts- und Fachaufsichtsbeschwerde	88
1.3 Rechnungshöfe	89
1.4 Schadensersatzansprüche	89
2. Analoge Anwendung der Rechtsmittelrichtlinien	91
3. Eröffnung des Rechtswegs nach dem GWB durch unionsweite Ausschreibung oder entsprechende Erklärung des öffentlichen Auftraggebers	92
4. Effektivität des Rechtsschutzes unterhalb der EU-Schwellenwerte	92
5. Neuere verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung	94

C. Anwendbares primäres Unionsrecht im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte und außerhalb des harmonisierten Vergaberechts 97

I. Die Anwendbarkeit des primären Unionsrechts	99
1. Der Geltungs- und Anwendungsbereich des primären Unionsrechts	100
2. Ausschluss der Anwendbarkeit des primären Unionsrechts auf das Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte und außerhalb des harmonisierten Vergaberechts?	103
2.1 Anwendbarkeit der Grundfreiheiten	104

2.2	Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte	105
2.3	Anwendbarkeit des allgemeinen Diskriminierungsverbots	106
2.4	Ergebnis	108
II.	Auswirkungen der Anwendbarkeit des primären Unionsrechts im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte und außerhalb des Unionsvergaberechts	110
1.	Allgemeine Auswirkungen der Anwendbarkeit des primären Unionsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten	110
1.1	Vorrang, unmittelbare Wirksamkeit und Anwendbarkeit des Unionsrechts	111
1.1.1	Vorrang des Unionsrechts	111
1.1.2	Unmittelbare Wirksamkeit und Anwendbarkeit des Unionsrechts	111
1.2	Kompetenzen der Union zur Kassation – negative Integration	113
1.3	Dezentrale Rechtsdurchsetzung durch den Einzelnen	115
2.	Auswirkungen der Anwendbarkeit des primären Unionsrechts im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte und außerhalb des harmonisierten Vergaberechts	116
2.1	Die Bestimmung der Reichweite des sachlichen Anwendungsbereichs des primären Unionsrechts durch die Europäische Kommission	116
2.2	Die Bestimmung der Reichweite des sachlichen Anwendungsbereichs des primären Unionsrechts durch die Generalanwälte und die Rechtsprechung des EuG und EuGH	118
2.3	Die Bestimmung der Reichweite des sachlichen Anwendungsbereichs des primären Unionsrechts durch die Literatur	122
2.4	Die Anforderungen aus dem primären Unionsrecht an die Vergabe öffentlicher Aufträge im Unterschwellenbereich bzw. außerhalb des Anwendungsbereichs des harmonisierten Vergaberechts	123
2.5	Stellungnahme	123
2.5.1	Anwendbarkeit des primären Unionsrechts	123
2.5.2	Eröffnung des Tatbestandes der Grundfreiheiten	125
2.5.3	Anforderungen aus den Grundfreiheiten	127
III.	Mögliche Verstöße gegen das Unionsrecht im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe unterhalb der EU-Schwellenwerte und außerhalb des harmonisierten Vergaberechts	130
1.	Die Grundfreiheiten	131
1.1	Normadressaten der Grundfreiheiten	132
1.2	Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit des Art. 34 und 35 AEU-Vertrag [ex-Art. 28 und 29 EG-Vertrag]	135
1.2.1	Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit	136
1.2.2	Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit	136

1.2.2.1	Unterschiedliche Maßnahmen (sog. offen diskriminierende Maßnahmen)	137
1.2.2.2	Unterschiedslose Maßnahmen (sog. versteckt diskriminierende Maßnahmen) oder Beschränkungen	138
1.2.3	Rechtfertigung der Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit	143
1.3	Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 Abs. 1 AEU-Vertrag [ex-Art. 49 Abs. 1 EG-Vertrag]	145
1.3.1	Schutzbereich und Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit	145
1.3.2	Rechtfertigung der Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit	147
1.4	Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 Abs. 1 AEU-Vertrag [ex-Art. 43 Abs. 1 EG-Vertrag]	147
1.5	Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 45 Abs. 1 AEU-Vertrag [ex-Art. 39 Abs. 1 EG-Vertrag]	148
1.6	Permanenter Eingriff in die Grundfreiheiten durch fehlenden Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte	148
1.6.1	Verstoß gegen die Grundfreiheiten durch die Europäische Union	149
1.6.2	Verstoß gegen die Grundfreiheiten durch die Bundesrepublik Deutschland	151
1.7	Die Einschränkungsmöglichkeiten der Grundfreiheiten	155
2.	Die Unionsgrundrechte	158
2.1	Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte	158
2.2	Rechtsquellen der Unionsgrundrechte	160
2.3	Normadressaten der Unionsgrundrechte	161
2.4	Verstoß gegen das Eigentumsgrundrecht des Art. 17 GR-Charta	162
2.5	Verstoß gegen die Berufsfreiheit, die unternehmerische Freiheit und die Wettbewerbsfreiheit der Art. 15 und Art. 16 GR-Charta	163
2.6	Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 20 GR-Charta	166
2.7	Verstoß gegen das Grundrecht auf eine gute Verwaltung des Art. 41 GR-Charta	169
2.8	Die Einschränkungsmöglichkeiten der Unionsgrundrechte	170
3.	Andere Normen des primären Unionsrechts	172
3.1	Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 Abs. 1 AEU-Vertrag [ex-Art. 12 Abs. 1 EG-Vertrag]	172
3.2	Die Wettbewerbsvorschriften	173
3.3	Die Einschränkungsmöglichkeiten der anderen Normen des Unionsrechts	174

IV. Effektiver Rechtsschutz aus dem Unionsrecht	175
1. Der unionsgrundrechtliche Grundsatz effektiven Rechtsschutzes	176
1.1 Normadressaten des Grundsatzes effektiven Rechtsschutzes	177
1.2 Ableitung und Rechtsnatur des Grundsatzes effektiven Rechtsschutzes	177
1.2.1 Ableitung des Grundsatzes effektiven Rechtsschutzes	178
1.2.2 Rechtsnatur des Grundsatzes effektiven Rechtsschutzes	178
1.2.2.1 Der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes als Unionsgrundrecht	179
1.2.2.2 Akzessorietät des Unionsgrundrechts	180
1.3 Reichweite und Umfang des Grundsatzes effektiven Rechtsschutzes	185
1.3.1 Institutionelle und Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten	185
1.3.2 Banalitätsvorbehalt und <i>de minimis</i> -Schwelle	186
1.4 Gewährleistungsgehalt des Grundsatzes effektiven Rechtsschutzes	189
1.4.1 Formeller Gewährleistungsgehalt des Grundsatzes effektiven Rechtsschutzes	189
1.4.1.1 Vorgaben für das Vergabeverfahren	189
1.4.1.2 Zugang zu Gericht	192
1.4.1.3 Rechtswegklarheit	197
1.4.1.4 Vorgaben für das Gerichtsverfahren	201
1.4.2 Materieller Gewährleistungsgehalt des Grundsatzes effektiven Rechtsschutzes	202
1.4.2.1 Wirksamer Rechtsbehelf	202
1.4.2.1.1 Anspruch auf Herstellung eines angemessenen Grades von Öffentlichkeit und Beteiligung am Vergabeverfahren	206
1.4.2.1.2 Recht auf eine faire und unparteiische Verfahrensgestaltung und ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens	208
1.4.2.1.3 Recht auf eine diskriminierungsfreie Vertragsgestaltung	210
1.4.2.1.4 Zusammenfassung	210
1.4.2.2 Adäquater Rechtsbehelf – einstweiliger Rechtsschutz, Anfechtungs-, Verpflichtungs-, allgemeine Leistungs- und Feststellungsklage	212
1.4.2.2.1 Anspruch auf Herstellung eines angemessenen Grades von Öffentlichkeit und Beteiligung am Vergabeverfahren	213

1.4.2.2.2	Recht auf faire und unparteiische Verfahrensgestaltung und ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens	215
1.4.2.2.3	Recht auf diskriminierungsfreie Vertrags- gestaltung	217
1.4.2.3	Ergebnis	218
1.5	Einschränkungsmöglichkeiten des Grundsatzes effektiven Rechtsschutzes	219
2.	Vorgaben für den Rechtsschutz aus den Grundfreiheiten	220
3.	Vorgaben für den Rechtsschutz aus dem Gebot des gleich- wertigen und effektiven Schutzes des Unionsrechts des Art. 4 Abs. 3 und 19 Abs. 1 UA 2 EU-Vertrag [ex-Art. 10 EG-Vertrag]	222
4.	Vorgaben für den Rechtsschutz aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 Abs. 1 AEU-Vertrag [ex-Art. 12 Abs. 1 EG-Vertrag]	223
5.	Zusammenfassung und Bewertung – Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der EU- Schwellenwerte und außerhalb des harmonisierten Vergaberechts	224

D. Einwirkungen des Unionsrechts auf den Rechtsschutz nicht berücksichtigter Bieter bei Verstößen im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte und außerhalb des harmonisierten Vergaberechts 227

I.	Einwirkungen des Unionsrechts auf den Rechtsschutz nicht berücksichtigter EU-ausländischer Bieter	228
1.	Anwendbarkeit der Grundfreiheiten, Unionsgrundrechte und anderer Normen des primären Unionsrechts	228
2.	Rechtsfolgen aus der Verletzung der Grundfreiheiten	230
2.1	Sekundärrechtsschutz nicht ausreichend	230
2.2	Primärrechtsschutz	235
2.2.1	Überprüfung vor Zuschlagserteilung	235
2.2.2	Aufhebung einer unionsrechtswidrigen Zuschlagsentscheidung	239
2.2.3	Wiederholung eines unionsrechtswidrigen Vergabeverfahrens	243
3.	Rechtsfolgen aus der Verletzung der Unionsgrundrechte	243
3.1	Unterlassungsanspruch	244
3.2	Anspruch auf rechtmäßiges Handeln	244
4.	Rechtsfolgen aus der Verletzung anderer Normen des primären Unionsrechts	245

5.	Äquivalenz zu den Rechtsfolgen aus den Rechtsmittelrichtlinien	245
6.	Zusammenfassung	246
II.	Einwirkungen des Unionsrechts auf den Rechtsschutz nicht berücksichtigter inländischer Bieter bei Binnenmarktrelevanz des öffentlichen Auftrags	248
1.	Binnenmarktrelevanz des öffentlichen Auftrags unterhalb der EU-Schwellenwerte und außerhalb des harmonisierten Vergaberechts	248
1.1	Tatsächliche Beteiligung eines EU-ausländischen Bieters	249
1.2	Potentiell Interesse eines EU-ausländischen Bieters an dem öffentlichen Auftrag	250
2.	Vorgaben für den Rechtsschutz aus den Grundfreiheiten	252
2.1	Anwendbarkeit der Grundfreiheiten zu Gunsten des nationalen Bieters bei tatsächlicher Beteiligung eines EU-ausländischen Bieters	253
2.1.1	Grenzüberschreitender Sachverhalt	253
2.1.2	Das Problem der Inländerdiskriminierung	255
2.1.2.1	Die Auffassung des EuGH	257
2.1.2.2	Die Meinung der Literatur	257
2.1.2.3	Stellungnahme	257
2.2	Mögliche Verstöße gegen die Grundfreiheiten	260
2.3	Anwendbarkeit der Grundfreiheiten zu Gunsten des nicht berücksichtigten inländischen Bieters bei potentiell Interesse eines EU-ausländischen Bieters an dem öffentlichen Auftrag	261
2.3.1	Die Grundfreiheiten als Elemente einer objektiven Ordnung	263
2.3.2	Die Grundfreiheiten als eigene subjektive Rechte des nationalen Bieters	263
2.3.3	Legitimität der subjektiven Rechtsposition des inländischen Bieters	266
2.3.3.1	Keine Popularklage	267
2.3.3.2	Das europäische System der Mobilisierung des Bürgers zur Durchsetzung des (Unions-)Rechts	267
2.3.3.3	Die Befugnis des EuGH zur Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung	269
2.4	Mögliche Verstöße gegen die Grundfreiheiten	270
2.5	Rechtsfolgen für den Rechtsschutz des nicht berücksichtigten nationalen Bieters	271
3.	Vorgaben für den Rechtsschutz aus den Unionsgrundrechten	274
3.1	Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte bei Binnenmarktrelevanz des öffentlichen Auftrags	274
3.1.1	Grundrechtsadressaten	274

3.1.2	Grundrechtsberechtigung des inländischen Bieters	276
3.1.2.1	Grundrechtsberechtigte	276
3.1.2.2	Keine Inländerdiskriminierung	276
3.2	Mögliche Verstöße gegen die Unionsgrundrechte	277
3.2.1	Verstoß gegen das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz bzw. das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf des Art. 47 Abs. 1 GR-Charta	278
3.2.2	Verstoß gegen das Eigentumsgrundrecht des Art. 17 Abs. 1 GR-Charta, gegen die Berufsfreiheit, die unternehmerische Freiheit und die Wettbewerbs- freiheit der Art. 15 und 16 GR-Charta	279
3.3	Rechtsfolgen für den Rechtsschutz des nicht berücksichtigten nationalen Bieters	281
4.	Vorgaben für den Rechtsschutz aus dem Gebot des gleichwertigen und effektiven Schutzes des Unionsrechts Art. 4 Abs. 3 und 19 Abs. 1 UA 2 EU-Vertrag [ex-Art. 10 EG-Vertrag]	282
5.	Vorgaben für den Rechtsschutz aus dem allgemeinen Diskrimi- nierungsverbot des Art. 18 AEU-Vertrag [ex-Art. 12 EG-Vertrag]	282
5.1	Anwendbarkeit des Art. 18 AEU-Vertrag [ex-Art. 12 EG-Vertrag] bei tatsächlicher Beteiligung eines EU-ausländischen Bieters	283
5.2	Anwendbarkeit des Art. 18 Abs. 1 AEU-Vertrag [ex-Art. 12 EG-Vertrag] bei potentiellm Interesse eines EU-ausländischen Bieters	284
5.3	Rechtsfolgen für den Rechtsschutz des nicht berücksichtigten nationalen Bieters	285
6.	Vorgaben für den Rechtsschutz aus den unionsrechtlich be- einflussten nationalen Grundrechten	285
6.1	Einfluss des Unionsrechts auf die nationalen Grundrechte	285
6.2	Anwendbarkeit der nationalen Grundrechte zu Gunsten des nationalen Bieters	286
6.3	Subjektive Rechte und Anspruch auf ein effektives gerichtliches Überprüfungsverfahren aus Art. 12 Abs. 1 GG	287
6.3.1	Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG	288
6.3.2	Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG	289
6.3.3	Rechtfertigung des Eingriffs	291
6.3.3.1	Bei tatsächlicher Beteiligung eines EU- ausländischen Bieters	292
6.3.3.2	Bei potentiellm Interesse eines EU- ausländischen Bieters	294
6.3.4	Rechtsfolgen für den Rechtsschutz des nicht berücksichtigten nationalen Bieters	294

6.4	Anspruch auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG	295
6.4.1.	Ungleichbehandlung bei tatsächlicher Beteiligung eines EU-ausländischen Bieters	296
6.4.2	Ungleichbehandlung bei potentielltem Interesse eines EU-ausländischen Bieters	298
6.4.3	Rechtfertigung der Ungleichbehandlung bei tatsächlicher Beteiligung eines EU-ausländischen Bieters	300
6.4.4	Rechtsfolgen für den Rechtsschutz des nicht berücksichtigten nationalen Bieters	302
7.	Vorgaben für den Rechtsschutz aus einfachem nationalem Recht und aus der Verwaltungspraxis in Verbindung mit Art. 3 GG	303
7.1	Das Haushaltsrecht und die Verdingungsordnungen	303
7.1.1	Binnenmarktrelevanz des Vergabeverfahrens	304
7.1.2	Einfluss des Unionsrechts auf den Gewährleistungsgehalt des Haushaltsrechts und der Verdingungsordnungen	304
7.1.3	Wettbewerbs- und bieterschützender Gewährleistungsgehalt des Haushaltsrechts und der Verdingungsordnungen	307
7.1.4	Rechtsfolgen für den Rechtsschutz des nicht berücksichtigten nationalen Bieters	308
7.2	Die Verwaltungspraxis	309
7.2.1	Tatsächliche Beteiligung eines EU-ausländischen Bieters	309
7.2.2	Potentielltes Interesse eines EU-ausländischen Bieters	310
7.2.3	Rechtsfolgen für den Rechtsschutz des nicht berücksichtigten inländischen Bieters	311
8.	Zusammenfassung und Bewertung	311
III.	Einwirkungen des Unionsrechts auf den Rechtsschutz nicht berücksichtigter nationaler Bieter bei fehlender Binnenmarktrelevanz des öffentlichen Auftrags	312
1.	Fehlende Binnenmarktrelevanz des öffentlichen Auftrags unterhalb der EU-Schwellenwerte und außerhalb des harmonisierten Vergaberechts	313
2.	Vorgaben für den Rechtsschutz aus den Grundfreiheiten	313
2.1	Anwendbarkeit der Grundfreiheiten	314
2.1.1	Grenzüberschreitender Sachverhalt	314
2.1.2	Das Problem der Inländerdiskriminierung	315
2.2	Rechtsfolgen für den Rechtsschutz des nicht berücksichtigten nationalen Bieters	317

3.	Vorgaben für den Rechtsschutz aus den Unionsgrundrechten	318
3.1	Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte	318
3.2	Rechtsfolgen für den Rechtsschutz des nicht berücksichtigten nationalen Bieters	319
4.	Vorgaben für den Rechtsschutz aus dem Gebot des gleichwertigen und effektiven Schutzes des Unionsrechts der Art. 4 Abs. 3 und Art. 19 Abs. 1 UA 2 EU-Vertrag [ex-Art. 10 EG-Vertrag]	319
5.	Vorgaben für den Rechtsschutz aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 Abs. 1 AEU-Vertrag [ex-Art. 12 EG-Vertrag]	320
6.	Vorgaben für den Rechtsschutz aus den unionsrechtlich beeinflussten nationalen Grundrechten	321
6.1	Subjektive Rechte und Anspruch auf ein gerichtliches Überprüfungsverfahren aus Art. 12 Abs. 1 GG	321
6.2	Subjektive Rechte und Anspruch auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG	322
6.2.1	Ungleichbehandlung	322
6.2.2	Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	323
6.2.3	Rechtsfolgen für den Rechtsschutz des nicht berücksichtigten nationalen Bieters	324
6.3	Anspruch auf ein gerichtliches Überprüfungsverfahren aus Art. 19 Abs. 4, Art. 20 GG bzw. dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch	325
7.	Vorgaben für den Rechtsschutz aus unionsrechtlich beeinflusstem einfachem nationalem Recht und aus der Verwaltungspraxis iVm Art. 3 GG	326
8.	Zusammenfassung und Bewertung	327

E. Fazit	329
-----------------	-----

Literaturverzeichnis	333
----------------------	-----