

Professor Dr. Christian Koenig, LL. M., und Privatdozent Dr. Andreas Haratsch, Bonn

## Grundzüge des deutschen und des europäischen Vergaberechts\*

Nach Einschätzung der Bundesregierung ist das deutsche Vergaberecht „außerordentlich umfangreich, bürokratisch und intransparent“. Die folgende Darstellung bietet einen Kurzüberblick über diese komplexe Rechtsmaterie, legt das Ineinandergreifen von Europäischem Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Vergaberecht offen und skizziert die Rechtsschutzmöglichkeiten auf innerstaatlicher und gemeinschaftlicher Ebene.

### I. Das Vergaberechtssystem

#### 1. Begriff

Der Begriff des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe<sup>1</sup> umfasst die Gesamtheit der Regeln und Vorschriften, die dem Staat, seinen Untergliederungen und Institutionen eine bestimmte Vorgehensweise bei der Inanspruchnahme von Leistungen oder beim Kauf von Gütern am Markt durch einen gegenseitigen entgeltlichen Vertrag vorschreiben<sup>2</sup>.

#### 2. Rechtsquellen

Das deutsche Vergaberecht ist traditionell ein spezieller Gegenstand des Haushaltsrechts. Die einschlägigen Regeln finden sich im Haushaltsgrundsatzgesetz (§ 30 HGrG), in den Bundes- und Landeshaushaltsordnungen (§§ 55 BHO, LHO) sowie in den Haushaltsordnungen von sonstigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften einschließlich der Gemeindehaushaltsordnungen der Länder. Die Europäische Gemeinschaft hat seit 1989 durch den Erlass von Richtlinien den Charakter des Vergabewesens grundlegend verändert. Derzeit treffen im Wesentlichen vier materielle Koordinierungsrichtlinien die maßgeblichen Vorgaben für das Vergabeverfahren:

- die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. 6. 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (DKR)<sup>3</sup>,
- die Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. 6. 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (LKR)<sup>4</sup>,
- die Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. 6. 1993 zur Koordinierung der Verfahren öffentlicher Bauaufträge (BKR)<sup>5</sup> sowie
- die Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. 6. 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (SKR)<sup>6</sup>.

Um die Einhaltung dieser Richtlinien effektiv sicherzustellen, hat die Gemeinschaft zwei Rechtsmittelrichtlinien erlassen, die eine Nachprüfung von Vergabeentscheidungen vorschreiben:

- die Richtlinie 89/665/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (RML)<sup>7</sup> sowie
- die Richtlinie 92/13/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (SRML)<sup>8</sup>.

Die Vergaberichtlinien sind in Deutschland im 4. Teil des GWB umgesetzt worden<sup>9</sup>. In diesem Regelungswerk ist die Vergabe lediglich derjenigen öffentlichen Aufträge geregelt, deren Auftragswerte gemeinschaftsrechtlich vorgegebene Schwellenwerte erreichen oder überschreiten. Detaillierte Vergabeverfahrensvorschriften sind in der Vergabeverordnung (VgV)<sup>10</sup> und in den Verdingungsordnun-

gen für Bauleistungen (VOB), für Leistungen (VOL) sowie für freiberufliche Leistungen (VOF) festgeschrieben, die sowohl Vorgaben für nationale als auch für europaweite Vergabeverfahren enthalten. Regelungstechnisch liegt dem deutschen Vergaberecht ein Kaskadenprinzip mit einem dreistufigen Aufbau zu Grunde: GWB – VgV – VOB/VOL/VOF<sup>11</sup>.

Auf der Grundlage von Kommissionsvorschlägen zur Änderung der Vergaberichtlinien<sup>12</sup> hat der Rat im März 2003 Gemeinsame Standpunkte erarbeitet<sup>13</sup>. Zwei Richtlinien sollen die bisherigen vier Koordinierungsrichtlinien ersetzen. Zugleich soll ein weiteres Vergabeverfahren, der wettbewerbliche Dialog, eingeführt werden, von dem man sich mehr Flexibilität verspricht. Der inzwischen liberalisierte Telekommunikationssektor soll aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts herausgenommen werden. Auch das innerstaatliche Vergaberecht steht vor einer Revision. Die Bundesregierung hat sich im Februar 2003 auf eine „Verschlankung des Vergaberechts“ geeinigt<sup>14</sup>. Die Bestimmungen aus den verschiedenen Vergabevorschriften sollen in ein einziges Regelungswerk aufgenommen werden, um den Gesamtumfang der Regeln um zwei Drittel zu reduzieren<sup>15</sup>.

#### 3. Die Struktur des Vergaberechts

Das in Deutschland maßgebliche Vergaberecht weist eine zweigliedrige Struktur auf. Jede beabsichtigte öffentliche Auftragsvergabe ist zunächst daraufhin zu untersuchen, ob sie allein nationalen Vorgaben standzuhalten hat oder ob sie dem in §§ 97 ff. GWB auf der Grundlage der EG-Richtlinien definierten Anwendungsbereich unterfällt mit der Folge, dass ein europaweites Vergabeverfahren i. S. der §§ 97 VI, 127 GWB, § 4 I VgV erfolgen muss.

\* Der Autor Koenig ist Direktor, der Autor Haratsch ist wissenschaftlicher Referent am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

1) Bundesministerium des Innern, Pressemit. v. 26. 2. 2003, abrufbar unter: [http://www.bmi.bund.de/dokumente/Pressemitteilung/ix\\_91\\_626.htm](http://www.bmi.bund.de/dokumente/Pressemitteilung/ix_91_626.htm).

2) Marx, in: *Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß*, Das Recht der Auftragsvergabe, 1999, Rdnr. 1.1.

3) ABIEG 1992 Nr. L 209, S. 1, zul. geänd. ABIEG 2001 Nr. L 285, S. 1, ber. ABIEG 2002 Nr. L 214, S. 1.

4) ABIEG 1993 Nr. L 199, S. 1, zul. geänd. ABIEG 2001 Nr. L 285, S. 1, ber. ABIEG 2002 Nr. L 214, S. 1.

5) ABIEG 1993 Nr. L 199, S. 54, zul. geänd. ABIEG 2001 Nr. L 285, S. 1, ber. ABIEG 2002 Nr. L 214, S. 1.

6) ABIEG 1993 Nr. L 199, S. 84, zul. geänd. ABIEG 2001 Nr. L 285, S. 1, ber. ABIEG 2002 Nr. L 214, S. 1.

7) ABIEG 1989 Nr. L 395, S. 33, geänd. ABIEG 1992 L 209, S. 1.

8) ABIEG 1992 Nr. L 76, S. 14.

9) Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz) v. 26. 8. 1998, BGBl I 1998, 2512.

10) Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge i. d. F. der Bek. v. 11. 2. 2003, BGBl I 2003, 169.

11) *Bechthold*, GWB, 3. Aufl. (2002), Vorb. § 97 Rdnr. 17; *Pache*, DVBl 2001, 1781 (1786); *Pietzcker*, SächsVBl 1999, 289 (291).

12) Vorschlag für eine Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABIEG 2001 Nr. C 29 E, S. 11; Vorschlag für eine Richtlinie zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, ABIEG 2001 Nr. C 29 E, S. 112.

13) ABIEU 2003 Nr. C 147 E, S. 1; ABIEU 2003 Nr. C 147 E, S. 137.

14) Bundesregierung, Beschl. v. 26. 2. 2003, abrufbar im www unter: <http://www.bmi.bund.de/Downloads/Masterplan.pdf>.

15) Bundesministerium des Innern (o. Fußn. 1).

Die vergaberechtlichen Bestimmungen des GWB sowie die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben finden nur Anwendung auf Aufträge, deren Wert bestimmte Schwellenwerte überschreitet. Unterhalb der Schwellenwerte bilden immer noch das deutsche Haushaltsrecht und auf seiner Grundlage die Bestimmungen der VOB/A und der VOL/A den vergaberechtlichen Ausgangspunkt<sup>16</sup>.

#### 4. Grundprinzipien des Vergaberechts

a) *Wettbewerbsprinzip*. Ziel des gemeinschaftlichen Vergaberechts ist es, die staatlichen Beschaffungsmärkte für einen freien Wettbewerb zu öffnen<sup>17</sup>. Die Präambeln der materiellen Vergaberichtlinien weisen das Entstehen von Wettbewerb um die Auftragsvergabe als eines der Richtlinienziele aus<sup>18</sup>. Die Sektorenkoordinierungsrichtlinie fordert die Mitgliedstaaten in Art. 3 II lit. a SKR auf, dafür zu sorgen, dass „jeder Auftraggeber den Grundsatz [...] der wettbewerbsorientierten Auftragsvergabe [...] beachtet“. Auch dem deutschen Vergaberecht liegt gem. § 97 I GWB das Wettbewerbsprinzip zu Grunde<sup>19</sup>.

b) *Grundsatz der Wirtschaftlichkeit*. Der Wettbewerbsgrundsatz geht davon aus, dass ein Wettbewerb regelmäßig eine Garantie dafür bietet, dass die zur sparsamen Haushaltsführung verpflichteten öffentlichen Auftraggeber ihre Waren und Dienstleistungen zu den günstigsten Konditionen beschaffen können<sup>20</sup>. Den Zuschlag im Vergabeverfahren erhält nach § 97 V GWB daher das wirtschaftlichste Angebot.

c) *Transparenzprinzip*. Der *EuGH* hat die Verpflichtung zur Transparenz des Vergabeverfahrens unmittelbar aus dem primärrechtlichen Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG abgeleitet<sup>21</sup>. Ein transparentes Verfahren soll die Nachprüfbarkeit der Entscheidung des Auftraggebers für einen bestimmten Bewerber gewährleisten und sicherstellen, dass das Verfahren unter Beachtung des Diskriminierungsverbots abläuft<sup>22</sup>. Das Transparenzgebot geht Hand in Hand mit dem Wettbewerbsprinzip, da nur ein durchsichtiges Verfahren der Auftragsvergabe einen echten Wettbewerb ermöglicht<sup>23</sup>. Die materiellen Koordinierungsrichtlinien enthalten daher Vorschriften über die Bekanntmachung des durchzuführenden Vergabeverfahrens und die sich an das Vergabeverfahren anschließende Veröffentlichung des Ergebnisses<sup>24</sup>. Die vorliegenden Entwürfe einer Koordinierungs- und einer Sektorenkoordinierungsrichtlinie sehen ausdrücklich eine Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber vor, bei der Auftragsvergabe „in transparenter Weise“ vorzugehen<sup>25</sup>. Im deutschen Vergaberecht ist das Transparenzgebot in § 97 I GWB niedergelegt.

d) *Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit*. Das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 12 EG) untersagt Vorschriften und Verwaltungspraktiken, die Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten daran hindern, ihre Leistungen unter den gleichen Bedingungen und mit den gleichen Rechten wie inländische Unternehmen zu erbringen<sup>26</sup>. Die Diskriminierungsfreiheit stellt eines der grundlegenden Prinzipien des Vergaberechts dar<sup>27</sup>. Sie gewährleistet die Chancengleichheit der potenziellen Interessenten, indem sie deren Gleichbehandlung durch die öffentlichen Auftraggeber in sämtlichen Phasen des Vergabeverfahrens gebietet<sup>28</sup>. Nachdem der *EuGH* schon 1993 mit Blick auf die Vergaberechtsrichtlinien einen allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung herausgearbeitet hatte<sup>29</sup>, hat dieser Grundsatz inzwischen ausdrücklich Eingang in das EG-Sekundärrecht gefunden<sup>30</sup>. Auch die neuen Richtlinienentwürfe enthalten Bestimmungen, die öffentliche Auftraggeber verpflichten, alle Wirtschaftsteilnehmer „gleich und nichtdiskriminierend“ zu behandeln<sup>31</sup>. Im deutschen Vergaberecht ist der Grundsatz der Nichtdiskriminierung in § 97 II GWB niedergelegt.

## II. Die Anwendbarkeit des Vergaberechts

### 1. Öffentlicher Auftraggeber

Der persönliche Anwendungsbereich des Vergaberechts ist eröffnet, wenn der Nachfrager einer Leistung als *öffentlicher Auftraggeber* i. S. von §§ 97 I, 98 GWB einzuordnen ist. Dem Vergaberecht liegt dabei unter dem Einfluss des EG-Rechts ein funktionales Begriffsverständnis zu Grunde<sup>32</sup>. Öffentliche Auftraggeber sind auch öffentliche Einrichtungen, die nicht als öffentlich-rechtliche Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen ausgestaltet sind. Die in privatrechtlichen Formen erfolgende Erfül-

lung öffentlicher Aufgaben ist mithin dem Vergaberecht unterworfen<sup>33</sup>.

Gemäß § 98 Nr. 1 GWB sind öffentliche Auftraggeber die Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen. § 98 Nr. 2 GWB erfasst juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, sofern sie von den Gebietskörperschaften oder deren Verbänden finanziert oder durch Aufsichts- oder Mitbestimmungsrechte kontrolliert werden. Das Tatbestandsmerkmal der „Aufgaben nicht gewerblicher Art“ befreit nach seinem Sinn und Zweck nur solche Auftraggeber von der Anwendung des Vergaberechts, die wie jeder private Wirtschaftsteilnehmer dem vollen Kostendruck des Beschaffungswettbewerbs ausgesetzt sind, da auf Grund dieses Wettbewerbs die Gefahr der unsachgemäßen Bevorzugung einheimischer Bewerber grundsätzlich nicht besteht<sup>34</sup>. Das Vorliegen eines „entwickelten“ Wettbewerbs auf dem betreffenden Beschaffungsmarkt ist ein entscheidendes Indiz dafür, dass eine Einrichtung Zwecke gewerblicher Art verfolgt<sup>35</sup>.

§ 98 Nr. 3 GWB zählt zu den öffentlichen Auftraggebern Verbände, deren Mitglieder unter § 98 Nr. 1 oder 2 GWB fallen.

Unabhängig vom Unternehmenszweck qualifiziert § 98 Nr. 4 GWB Unternehmen in den Sektoren der Trinkwasser- oder Energieversorgung, des Verkehrs oder der Telekommunikation als öffentliche Auftraggeber, wenn sie staatlich beherrscht sind oder als Private ihre Tätigkeit auf der Grundlage ausschließlicher Rechte ausüben.

Erhalten Private von Stellen, die unter § 98 Nrn. 1 bis 3 GWB fallen, mehr als 50% der Mittel für Tiefbaumaßnahmen, für die

16) Pietzcker, SächsVBl 1999, 289 (291); Ax/Schneider/Nette, Hdb. Vergaberecht, 2002, Kap. 1 Rdnr. 28.

17) Neßler, EWS 1999, 89 (91).

18) Vgl. 10. Begründungserwägung der BKR u. 14. Begründungserwägung der LKR.

19) Koenig/Kühling, NVwZ 2003, 779 [785]; Niebuhr, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Komm. z. VergabeR, 2000, § 97 Rdnr. 2.

20) Marx (o. Fußn. 2), Rdnr. 1.5; Koenig/Kühling, NVwZ 2003, 779 [785].

21) *EuGH*, Slg. 1999, I-8291 = EuZW 2000, 248 m. Anm. Wagner = NVwZ 2000, 181 Rdnr. 31 = NJW 2000, 2493 L – Unitron Scandinavia u. 3-5; Slg. 2000, I-10745 = EuZW 2001, 90 Rdnrn. 61 f. – Teleaustria; Slg. 2002, I-5553 = EuZW 2002, 497 Rdnr. 45 m. Anm. Bauer/Kegel – HI.

22) *EuGH*, Slg. 2000, I-10745 = EuZW 2000, 248 m. Anm. Wagner = NVwZ 2000, 181 Rdnr. 61 = NJW 2000, 2493 L – Teleaustria.

23) Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 2. Aufl. (2001), Rdnr. 6; Hailbronner, in: Byok/Jäger, Komm. z. VergabeR, 2000, § 97 Rdnr. 135.

24) Vgl. Art. 11 ff. BKR, Art. 15 ff. DKR, Art. 9 ff. LKR, Art. 22 ff. SKR.

25) Vgl. Art. 2 des Gemeinsamen Standpunkts (EG) Nr. 33/2003 v. 20. 3. 2003 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABIEU 2003 Nr. C 147 E, S. 1, sowie Art. 10 des Gemeinsamen Standpunkts (EG) Nr. 34/2003 v. 20. 3. 2003 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABIEU 2003 Nr. C 147 E, S. 137.

26) Thieme, in: Langen/Bunte, Komm. z. dt. u. europ. KartellR, I, 9. Aufl. (2001), Vorb. §§ 97 ff. Rdnr. 18.

27) Koenig/Kühling, NVwZ 2003, 779 [781].

28) Thieme (o. Fußn. 26), § 97 Rdnr. 6; Ax/Schneider/Nette (o. Fußn. 16), Kap. 1 Rdnr. 51.

29) *EuGH*, Slg. 1993, I-3353 = EuZW 1993, 607 Rdnr. 33 – Kommission/Dänemark.

30) Vgl. Art. 6 VI BKR; Art. 3 II DKR; Art. 5 VII LKR; Art. 4 II SKR.

31) Art. 2 des Gemeinsamen Standpunkts (EG) Nr. 33/2003 (o. Fußn. 25) sowie Art. 10 des Gemeinsamen Standpunkts (EG) Nr. 34/2003 (o. Fußn. 25).

32) Thieme/Correll, DVBl 1999, 884 (889); Prieß, EuZW 2001, 365 (368); Stober, Besonderes WirtschaftsverwaltungsR, 12. Aufl. (2001), S. 406.

33) Noch, DÖV 1998, 623 (623 ff.); Thieme/Correll, DVBl 1999, 884 (889 f.).

34) Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Komm. z. Kartellgesetz, 3. Aufl. (2001), GWB § 98 Rdnr. 38; Marx/Prieß, in: Jestaedt/Kemperl/Marx/Prieß (o. Fußn. 2), Rdnr. 2.2.2.3.

35) *EuGH*, Slg. 1998, I-6821 = EuZW 1999, 16 m. Anm. Sura = NVwZ 1999, 397 Rdnr. 49 = NJW 1999, 1699 L – BFI Holding.

Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen, sind sie bei der Auftragsvergabe an Dritte an die Bestimmungen des Vergaberechts gebunden (§ 98 Nr. 5 GWB). Gleiches gilt, wenn Private mit Stellen, die unter § 98 Nrn. 1 bis 3 GWB fallen, einen Vertrag über eine Bauleistung abgeschlossen haben, bei dem die Gegenleistung für die Bauleistung nicht in einer Vergütung besteht, sondern in der Gewährung des Rechts auf Nutzung des Baus (§ 98 Nr. 6 GWB).

## 2. Auftragsbegriff und Auftragsarten

a) *Begriff des öffentlichen Auftrags.* Öffentliche Aufträge sind gem. § 99 I GWB entgeltliche Verträge zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen über Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen. Unerheblich ist, ob es sich um öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Verträge handelt<sup>36</sup>. Entgegen dem Wortlaut von § 99 GWB können bei funktionaler Betrachtung in bestimmten Fällen sogar Verwaltungsakte als öffentliche Aufträge einzuordnen sein<sup>37</sup>. In der Sektorenkoordinierungsrichtlinie ist vorgesehen, dass auch Rahmenverträge, in denen die Bedingungen für spätere Einzelaufträge geregelt werden, als vergaberechtlich relevante Aufträge anzusehen sind, wenn nachfolgend die Einzelaufträge nur auf Grund der Rahmenvereinbarung und ohne Aufruf zum Wettbewerb vergeben werden<sup>38</sup>. Um Wettbewerbsverfälschungen zu vermeiden, sind auch Rahmenverträge außerhalb der Sektoren – für diese ist dies ausdrücklich geregelt – dem Vergaberecht zu unterstellen<sup>39</sup>.

b) *Arten öffentlicher Aufträge.* Hatte das traditionelle deutsche Vergaberecht zunächst nur zwischen Aufträgen für Bauleistungen und Aufträgen für sonstige Leistungen unterschieden, hat es nunmehr oberhalb der maßgeblichen Schwellenwerte die im Europäischen Gemeinschaftsrecht angelegte Dreiteilung der Auftragsarten übernommen. Zu unterscheiden sind demnach Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge.

§ 99 III GWB definiert *Bauaufträge* als Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll. Nach § 99 II GWB handelt es sich bei Verträgen zur Beschaffung von Waren um *Lieferaufträge*, insbesondere bei Kauf-, Ratenkauf-, Leasing-, Miet- oder Pachtverträgen. Als Auffangtatbestand fungiert der *Dienstleistungsauftrag* gem. § 99 IV GWB<sup>40</sup>, der alle Verträge über Leistungen erfasst, die nicht Bau- oder Lieferaufträge sind. Wird eine komplexe Gesamtleistung ausgeschrieben, bei der mehrere Leistungsarten nebeneinander zu erbringen sind, richten sich die einschlägigen Vergabebestimmungen nach dem Schwerpunkt der Leistungen<sup>41</sup>.

Dagegen werden so genannte *Dienstleistungskonzessionen* vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgeschlossen<sup>42</sup>. Nach dem neuen Richtlinienvorschlag sind Dienstleistungskonzessionen Verträge, „die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Dienstleistung ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht“. Die Ausübung des Nutzungsrechts ermöglicht dem Konzessionär eine Refinanzierung seines Angebots über den Markt. Der Konzessionär übernimmt also ein eigenes Vermarktungsrisiko, während dem Bieter bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen die Amortisierung seines Einsatzes durch den Zuschlagspreis sicher ist. Um die Anwendung des Vergaberechts zu vermeiden, ist vor allem bei öffentlichen Infrastrukturprojekten eine „Flucht in die Dienstleistungskonzession“ zu beobachten<sup>43</sup>.

## 3. Schwellenwerte

Der sachliche Anwendungsbereich des EG-Vergaberechts sowie des nationalen Rechts, welches die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben umsetzt, ist eröffnet, wenn ein öffentlicher Auftrag die in der Vergabeverordnung auf Grund der Koordinierungsrichtlinien festgelegten *Schwellenwerte* erreicht oder überschreitet (§ 100 GWB i. V. mit § 2 VgV).

Für Bauaufträge beträgt der Schwellenwert 5 000 000 Euro, für Dienstleistungs- und Lieferaufträge liegt er jeweils bei 200 000 Euro. Für Liefer- und Dienstleistungsaufträge der obersten Bundesbehörden sowie der Sektorenauftraggeber gelten besondere Schwellenwerte. Im Bereich der Trinkwasser-, Energie- und Verkehrsversorgung gilt für Dienstleistungs- und Lieferaufträge ein Schwellenwert von 400 000 Euro.

Sonderregelungen gelten auch, wenn Bauaufträge in Lose aufgespalten werden. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und das zu seiner Umsetzung erlassene nationale Recht finden auf ein Los Anwendung, wenn die Summe aller Lose den Schwellenwert von 5 000 000 Euro überschreitet und das Los einen Auftragswert von mindestens 1 000 000 Euro hat. Wird dieser Wert für ein Los unterschritten, muss es nicht gemeinschaftsweit ausgeschrieben werden, wenn der Wert der übrigen Lose mindestens 80% des Gesamtwerts aller Lose erreicht.

Bei Dienstleistungsaufträgen mit einem Gesamtvolumen über 200 000 Euro sind einzelne Lose ab einem Wert von 80 000 Euro gemeinschaftsweit auszuschreiben. Unterhalb dieser Schwelle gilt dies nur, wenn der addierte Wert der übrigen Lose nicht 80% des Gesamtwerts aller Lose überschreitet.

Der neue Koordinierungsrichtlinienentwurf<sup>44</sup> sieht andere Schwellenwerte vor. Ein Wert von 162 000 Euro soll bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen gelten, die von zentralen Regierungsbehörden vergeben werden; bei Lieferaufträgen, die von Auftraggebern im Verteidigungsbereich vergeben werden, gilt dies allerdings nur für Aufträge über bestimmte im Anhang des Entwurfs genannte Waren. Für alle sonstigen Liefer- und Dienstleistungsaufträge ist ein Schwellenwert von 249 000 Euro vorgesehen. Bei öffentlichen Bauaufträgen soll der Schwellenwert unabhängig vom Auftraggeber künftig 6 242 000 Euro betragen<sup>45</sup>.

Der Entwurf einer neuen Sektorenkoordinierungsrichtlinie<sup>46</sup> sieht vor, dass in den betroffenen Sektoren künftig Schwellenwerte von 499 000 Euro bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie von 6 242 000 Euro bei Bauaufträgen gelten<sup>47</sup>. Die Kommission soll die Schwellenwerte künftig alle zwei Jahre überprüfen und gegebenenfalls neu festsetzen.

## III. Vergabeverfahren

### 1. Verfahrensarten

Das deutsche und das EG-Vergaberecht sehen drei unterschiedliche (Haupt-)Arten der Vergabe öffentlicher Aufträge vor: das offene Verfahren, das nichtoffene Verfahren und das Verhandlungsverfahren<sup>48</sup>.

36) *EuGH*, Slg. 2001, I-5409 = *EuZW* 2001, 532 Rdnr. 73 – *Ordine degli Architetti di Milano et Lodi*; *Burgi*, NZBau 2002, 57 (60); *Dreher* (o. Fußn. 34), § 99 GWB Rdnr. 7; *Eschenbruch*, in: *Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz* (o. Fußn. 19), § 99 GWB Rdnr. 20; *Byok*, NJW 2001, 2295 (2298).

37) *Koenig/Steiner*, Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR) 2003, 150 (151 f.).

38) Art. 5 II u. III i. V. mit Art. 20 II lit. i SKR.

39) *Koenig/Engelmann/Hentschel*, *MedR* 2003 (im Erscheinen).

40) *Thieme* (o. Fußn. 26), § 99 Rdnr. 48.

41) *Thieme/Correll*, DVBl 1999, 884 (890).

42) *EuGH*, Slg. 2002, I-4685 = *EuZW* 2003, 159 – *Buchhändler Vereinigung/Deutsche Bibliothek*; Slg. 2000, I-10745 = *EuZW* 2000, 248 = *NVwZ* 2000, 181 Rdnrn. 57 f. – *Teleaustria*

43) *Koenig*, *EuZW* 2003, 289.

44) *Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 33/2003* (o. Fußn. 25).

45) Art. 7 des *Gemeinsamen Standpunkts (EG) Nr. 33/2003* (o. Fußn. 25).

46) *Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 34/2003* (o. Fußn. 25).

47) Art. 16 u. Art. 61 des *Gemeinsamen Standpunkts (EG) Nr. 34/2003* (o. Fußn. 25).

48) Vgl. z. B. Art. 1 lit. d, e, f BKR u. DKR; § 101 I GWB.

a) *Offene Verfahren.* Das offene Verfahren nach Art. 1 lit. e BKR und § 101 II GWB ist ein Verfahren, bei dem alle interessierten Unternehmer ein Angebot abgeben können<sup>49</sup>. Unterhalb der Schwellenwerte sprechen die Verdingungsordnungen – bei vergleichbaren Definitionen – insoweit von der „Öffentlichen Ausschreibung“<sup>50</sup>.

b) *Nichtoffene Verfahren.* Die nichtoffenen Verfahren werden in Art. 1 lit. f BKR und § 101 III GWB als Verfahren beschrieben, bei denen nur die vom öffentlichen Auftraggeber aufgeförderten Unternehmen ein Angebot abgeben können<sup>51</sup>. In einer ersten Phase können sich nach Bekanntmachung der Ausschreibung sämtliche Unternehmen darum bewerben, am anschließenden Bieterwettbewerb teilzunehmen. Daran schließt sich die zweite Phase des Wettbewerbs der zur Angebotsabgabe zugelassenen Bieter um den Auftrag an<sup>52</sup>. Unterhalb der Schwellenwerte wird diese Verfahrensart in der deutschen Rechtsordnung als „Beschränkte Ausschreibung“ bezeichnet<sup>53</sup>. Nach deutschem Vergaberecht (unterhalb der Schwellenwerte) ist jedoch die Durchführung der ersten, als öffentlicher Teilnahmewettbewerb<sup>54</sup> bezeichneten Phase nicht zwingend vorgesehen<sup>55</sup>. Damit bestehen jedenfalls hinsichtlich der Wettbewerbsoffenheit der Ausschreibung zwei erheblich voneinander divergierende „Unterarten“ der beschränkten Ausschreibung.

c) *Verhandlungsverfahren.* Als dritte Vergabeart definieren Art. 1 lit. g BKR und § 101 IV GWB die Verhandlungsverfahren als Verfahren, bei denen die öffentlichen Auftraggeber ausgewählte Unternehmen ansprechen und mit einem oder mehreren dieser Unternehmen über die Auftragsbedingungen verhandeln<sup>56</sup>. Hier geht auch das Gemeinschaftsrecht von zwei zentralen Unterarten aus, je nachdem, ob ein offener Teilnahmewettbewerb auf Grund einer Vergabebekanntmachung der Verhandlungsphase vorgeschaltet wird<sup>57</sup>. Unterhalb der Schwellenwerte geht das deutsche Vergaberecht bei dem als „Freihändige Vergabe“ bezeichneten Verfahren<sup>58</sup> hingegen von der Einphasigkeit als Regelfall aus. Synoptisch stellt sich die Verteilung der unterschiedlichen Verfahrensarten wie folgt dar<sup>59</sup>:

	Offenes Verfahren	Nichtoffenes Verfahren		Verhandlungsverfahren	
		Mit Teilnahmewettbewerb	Ohne Teilnahmewettbewerb	Mit Teilnahmewettbewerb	Ohne Teilnahmewettbewerb
EG-Vergaberecht	+	+	–	+*	+*
Dt. Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte	+	+*	– <sup>x</sup>	+*	+*
Dt. Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte	+	+*	+*	(+)*	+* (Regelfall)
	(Öffentliche Ausschreibung)	(Beschränkte Ausschreibung)		(Freihändige Vergabe)	

\* = Rechtfertigungs- und Begründungsbedürfnis; <sup>x</sup> = fraglich

d) *Wahl des Verfahrens.* Das Gemeinschaftsrecht sieht in Art. 7 BKR, Art. 6 LKR und Art. 11 DKR eine Nachrangigkeit des Verhandlungsverfahrens gegenüber dem offenen und dem nichtoffenen Verfahren vor<sup>60</sup>. Im Übrigen ist der Auftraggeber frei, zwischen dem offenen und dem nichtoffenen Verfahren zu wählen<sup>61</sup>. Im deutschen Vergaberecht ist hingegen ein Vorrang des offenen Verfahrens (öffentliche Ausschreibung) normiert (§ 101 V 1 GWB)<sup>62</sup>. Damit verengt die deutsche Rechtsordnung den vom Gemeinschaftsrecht gewährten Spielraum bei der Wahl zwischen dem offenen und dem nichtoffenen Verfahren. Ein Stufenverhältnis zwischen nichtoffenem (beschränkter

Ausschreibung) und Verhandlungsverfahren (freihändiger Vergabe) ist im deutschen Vergaberecht hingegen nicht angelegt<sup>63</sup>. In der Zusammenschau ergibt sich damit ein Stufenverhältnis zwischen den drei Hauptvergabearten: Das offene Verfahren ist (nach deutschem Recht) vorrangig vor dem nichtoffenen Verfahren, das seinerseits (auf Grund der Vorgaben des Gemeinschaftsrechts) vorrangig gegenüber dem Verhandlungsverfahren ist. Die Sektorenauftraggeber sind in ihrer Verfahrenswahl weitgehend frei. Sie dürfen auf einen öffentlichen Teilnahmewettbewerb allerdings nur verzichten, wenn bestimmte Ausnahmegründe vorliegen<sup>64</sup>. Bei freiberuflichen Leistungen findet nach § 5 VOF nur das Verhandlungsverfahren Anwendung, wobei unter eng definierten Voraussetzungen ausnahmsweise auf einen Teilnahmewettbewerb verzichtet werden kann.

e) *Weitere Vergabeverfahren.* Neben diese Hauptverfahrensarten treten besondere Verfahren, wie etwa das Präqualifikationsverfahren, das bei Sektorenauftraggebern an die Stelle des öffentlichen Teilnahmewettbewerbs treten kann<sup>65</sup>. Art. 13 DKR und Art. 23 SKR sehen vor, Wettbewerbe in Verfahren durchzuführen, die zu einem Dienstleistungsauftrag führen sollen. Auch beide Koordinierungsrichtlinienentwürfe sehen solche Wettbewerbe vor<sup>66</sup>. Umschrieben werden die Wettbewerbsverfahren als „Auslobungsverfahren, die dazu dienen, dem öffentlichen Auftraggeber insbesondere auf den Gebieten der Raumplanung, der Stadtplanung, der Architektur und des Bauwesens oder der Datenverarbeitung einen Plan oder eine Planung zu verschaffen, deren Auswahl durch ein Preisgericht auf Grund vergleichender Beurteilung mit oder ohne Verteilung von Preisen erfolgt“<sup>67</sup>.

Der Entwurf der neuen Koordinierungsrichtlinie sieht vor, ein weiteres Vergabeverfahren in Form des „wettbewerblichen Dialogs“ einzuführen, um dem Auftraggeber bei besonders komplexen Aufträgen den nötigen Verhandlungsspielraum zu gewähren<sup>68</sup>. Es handelt sich um ein Verfahren, bei dem sich alle Wirtschaftsteilnehmer um die Teilnahme bewerben können und bei dem der Auftraggeber einen Dialog mit den zu diesem Verfahren zugelassenen Bewerbern führt, um eine oder mehrere seinen Bedürfnissen entsprechende Lösungen herauszuarbei-

49) Vgl. auch Art. 1 XI Unterabs. 1 des Gemeinsamen Standpunkts (EG) Nr. 33/2003 (o. Fußn. 25).

50) Z. B. § 3 Nr. 1 I VOB/A.  
51) Vgl. auch Art. 1 XI Unterabs. 2 des Gemeinsamen Standpunkts (EG) Nr. 33/2003 (o. Fußn. 25).

52) Koenig/Kühling, NZBau 2003, 126 (127); Prieß, Hdb. des europ. VergabeR, 2. Aufl. (2001), S. 115.

53) Vgl. § 3 Nr. 1 II VOB/A.  
54) § 3 Nr. 1 II VOB/A.

55) Vgl. z. B. § 3 Nr. 1 II, Nr. 3 I VOB/A; dazu Boesen, Das neue VergabeR, 1999, S. 30.

56) Vgl. auch Art. 1 XI Unterabs. 4 des Gemeinsamen Standpunkts (EG) Nr. 33/2003 (o. Fußn. 25).

57) Vgl. etwa Art. 7 II u. III BKR; § 101 IV GWB.  
58) Vgl. § 3 Nr. 1 III VOB/A.

59) Aus Koenig/Kühling, NZBau 2003, 126 (127).  
60) Koenig/Kühling, NZBau 2003, 126 (128).

61) Pietzcker, SächsVBl 1999, 289 (291); Koenig/Kühling, NZBau 2003, 126 (128); a. A. Prieß (o. Fußn. 52), S. 114.

62) Pietzcker, SächsVBl 1999, 289 (291).  
63) Koenig/Kühling, NZBau 2003, 126 (129).

64) Art. 20 II SKR u. die Umsetzung in § 3 Nr. 3 VOB/A-SKR.  
65) S. etwa Art. 30 I u. II SKR.

66) Vgl. Art. 60 ff. des Gemeinsamen Standpunkts (EG) Nr. 34/2003 (o. Fußn. 25) u. Art. 66 ff. des Gemeinsamen Standpunkts (EG) Nr. 33/2003 (o. Fußn. 25).

67) Vgl. Art. 1 XI Unterabs. 5 des Gemeinsamen Standpunkts (EG) Nr. 33/2003 (o. Fußn. 25).

68) Vgl. Art. 29 des Gemeinsamen Standpunkts (EG) Nr. 33/2003 (o. Fußn. 25); vgl. Prieß (o. Fußn. 52), S. 116; Paetzold, ZVgR 2000, 191 (191 ff.).

ten, auf deren Grundlage bzw. Grundlagen die ausgewählten Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Das strategische Bieterverhalten wird im wettbewerblichen Dialog hinsichtlich des (vorvertraglichen) Know-How-Transfers voraussichtlich viel komplexer als bisher.

## 2. Überblick über den Verfahrensablauf

Das Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte – hier exemplarisch und stark vereinfacht am Beispiel des offenen Verfahrens dargestellt – beginnt damit, dass Vorinformationen und anschließend eine Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht werden. Unterhalb der Schwellenwerte genügt eine Veröffentlichung durch Tageszeitungen, amtliche Veröffentlichungen oder Fachzeitschriften. Im Anschluss an die Bekanntmachung werden die Verdingungsunterlagen, welche präzise (funktionale) Leistungsbeschreibungen enthalten, auf Antrag versandt. Nach Ablauf der Angebotsfrist werden die eingegangenen Bieterangebote in einem so genannten Eröffnungstermin geöffnet und verlesen. Die Wertung der Angebote<sup>69</sup> erfolgt in vier Phasen: Zunächst werden die wegen inhaltlicher oder formeller Mängel auszuschließenden oder ausschließbaren Angebote ermittelt. In einer zweiten Phase erfolgt die Prüfung, ob die Bieter persönlich und sachlich geeignet sind, die vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen (§ 97 IV GWB). In einem dritten Schritt wird der Angebotsinhalt einer Prüfung unterzogen. Letztlich wird das wirtschaftlichste Gebot ausgewählt (§ 97 V GWB), wobei der Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum besitzt<sup>70</sup>. Das Verfahren endet mit dem Zuschlag, der nach traditionellem deutschem Vergaberecht mit dem Vertragsschluss zwischen öffentlichem Auftraggeber und Bieter zusammenfällt. Vor dem Zuschlag sind nach § 13 S. 1 VgV die Bieter, die übergangen werden sollen, über ihre Nichtberücksichtigung zu informieren, wobei ihnen der Name des erfolgreichen Bieters mitzuteilen ist. Das Vergabeverfahren ist in seinen einzelnen Phasen von strengen Fristen und Förmlichkeiten geprägt.

## IV. Rechtsschutz

### 1. Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte

Die Rechtsschutzregelungen der §§ 102 bis 129 GWB gelten gem. § 100 I GWB i. V. mit § 2 VgV nur für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte<sup>71</sup>. Unterhalb der Schwellenwerte verbleibt es beim hergebrachten haushaltsrechtlichen Ansatz, der dem Bieter grundsätzlich keinen Primärrechtsschutz gewährleistet<sup>72</sup>. Die Vergabeentscheidung ist kein Verwaltungsakt, der mittels einer Anfechtungsklage angegriffen werden könnte<sup>73</sup>. Mangels eines subjektiven Rechts auf Einhaltung der Bestimmungen des nationalen Vergaberechts sind die Möglichkeiten, primären Rechtsschutz zu erlangen, sehr begrenzt. Art. 19 IV GG gebietet die Eröffnung eines Rechtswegs immer dann, wenn subjektive Rechte des Einzelnen durch die öffentliche Gewalt verletzt sein können. Der Bieter, der an einem Verfahren der staatlichen Auftragsvergabe teilnimmt, hat daher allenfalls im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG Anspruch auf effektiven Zugang zu einem staatlichen Rechtsschutzverfahren<sup>74</sup>. Der übergangene Bieter kann allerdings einen Anspruch auf Schadensersatz geltend machen auf Grund der Verletzung einer vorvertraglichen Schutzpflicht (§§ 280 I, 241 II, 311 II BGB) oder aus deliktischem Verhalten (§§ 823, 826 BGB, §§ 20, 33 GWB)<sup>75</sup>.

### 2. Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte

a) *Nationaler Rechtsschutz*. Oberhalb der Schwellenwerte haben die Unternehmen nach § 97 VII GWB, der

die Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinien umsetzt, einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Soweit diese Bestimmungen bieterschützenden Charakter haben, vermitteln sie subjektive Rechte, die in einem Rechtsschutzverfahren durchsetzbar sind<sup>76</sup>. Die Verfahren zur Vergabe von Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträgen der in § 98 I GWB genannten Auftraggeber unterliegen gem. §§ 102, 104 ff. GWB der Nachprüfung durch die Vergabekammern des Bundes und der Länder<sup>77</sup>. Sie leiten gem. § 107 I GWB auf Antrag eines Auftragsinteressenten ein Nachprüfungsverfahren ein, sofern der Antragsteller geltend macht, er sei durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften in seinen Rechten verletzt (§ 107 II GWB). Dieser Antrag kann zulässigerweise nur vor der Erteilung des Zuschlags gestellt werden, da ein einmal erteilter Zuschlag gem. § 114 II 1 GWB nicht mehr aufgehoben werden darf<sup>78</sup>. Das Verfahren orientiert sich im Wesentlichen an verwaltungsgerichtlichen Grundsätzen, wobei das Verwaltungsverfahrensgesetz subsidiär Anwendung findet<sup>79</sup>. Die Entscheidung der Vergabekammer ergeht nach § 114 III GWB durch Verwaltungsakt. Gemäß § 116 GWB kann gegen die Entscheidung sofortige Beschwerde zum OLG eingelegt werden.

In der Rechtssache Alcatel Austria hat der *EuGH* entschieden, dass die Mitgliedstaaten gem. Art. 2 I lit. a und b, VI Unterabs. 2 RML „verpflichtet sind, die dem Vertragsschluss vorangehende Entscheidung des Auftraggebers darüber, mit welchem Bieter 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, wenn die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind“<sup>80</sup>. Damit erweist sich die traditionelle Einheit von Zuschlag und Vertragsschluss als gemeinschaftsrechtswidrig<sup>81</sup>. Der durch § 13 S. 1 VgV eingeschaltete Zwischenschritt, wonach die übergangenen Bieter nach Maßgabe strenger Fristen vorab über die Nichtberücksichtigung ihrer Angebote zu informieren sind und ihnen der Name des erfolgreichen Bieters mitzuteilen ist, vermag daran nichts zu ändern. Die vom *EuGH* ausdrücklich geforderte Möglichkeit, die Zuschlagsentscheidung anzufechten, wird damit nicht eröffnet<sup>82</sup>.

Die gemeinschaftsrechtlich veranlasste Neuregelung des deutschen Vergaberechts hat auch zu einer gesetzlichen *Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes* geführt. § 115 I

69) Vgl. *Thieme* (o. Fußn. 26), § 97 Rdnr. 16.

70) *Bechthold* (o. Fußn. 11), § 97 Rdnr. 32; *Thieme* (o. Fußn. 26), § 97 Rdnr. 23.

71) *Dörr*, DÖV 2001, 1014 (1023); *Pietzcker*, SächsVBl 1999, 289 (291).

72) *Thieme/Correll*, DVBl 1999, 884 (886); *Pache*, DVBl 2001, 1781 (1791); a. A. *Dörr*, DÖV 2001, 1014 (1023); *Krist*, VergabeR 2003, 17 (17 ff.); s. auch *Binder*, ZZZ 113 (2000), 195 (204 ff.).

73) *Pache*, DVBl 2001, 1781 (1788).

74) *Dörr*, DÖV 2001, 1014 (1023).

75) *Marx* (o. Fußn. 2), Rdnr. 6.2 (S. 145 ff.).

76) *Voppel*, LKV 1999, 5 (6); eingehend *Kalinowsky*, Der Anspruch der Bieter auf Einhaltung des Vergaberechts nach § 97 VII GWB, Diss. 2000, S. 8 ff.

77) *Prieß*, EuZW 2001, 365 (366).

78) *BGH*, VergabeR 2001, 71 (73); *OLG Düsseldorf*, NJW 2000, 145 (147 f.); *Leinemann* (o. Fußn. 23), Rdnr. 89; *Prieß*, EuZW 2001, 365 (370); a. A. *Bechthold* (o. Fußn. 11), § 102 Rdnr. 3.

79) *OLG Brandenburg*, NVwZ 1999, 1142 (1146).

80) *EuGH*, Slg. 1999, I-7671 Rdnr. 43 – *Alcatel Austria* u. a.

81) *Prieß*, EuZW 2001, 365 (375); *Hausmann*, EuZW 1999, 762 (763 f.).

82) Krit. auch *Vehslage*, AnwBl 2002, 650 (650 f.).

GWB sieht für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ein Zuschlagsverbot vor<sup>83</sup>. Dessen Geltung verlängert sich nach der Entscheidung der Vergabekammer im Falle einer sofortigen Beschwerde beim Oberlandesgericht gem. § 118 I GWB um vier Wochen. Ein gleichwohl erteilter Zuschlag ist wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig<sup>84</sup>.

Ist der Zuschlag einmal erfolgt, sind übergangene Bieter auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach § 126 GWB verwiesen. Dies kommt allerdings nur in Betracht, wenn im Vergabeverfahren gegen eine bieterschützende Norm verstoßen wurde und das betroffene Unternehmen ohne diesen Verstoß eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten. Daneben kann der Bieter Ansprüche auf der Grundlage von §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB und §§ 823, 826 BGB, §§ 20, 33 GWB geltend machen, da § 126 S. 2 GWB weiter reichende Schadensersatzansprüche unberührt lässt<sup>85</sup>. Umgekehrt kann auch den Bieter selbst eine Schadensersatzpflicht nach § 125 GWB treffen, wenn er den Vergaberechtsschutz rechtsmissbräuchlich in Anspruch genommen hat.

b) *Gemeinschaftsrechtlicher Rechtsschutz*. Auch auf Gemeinschaftsebene besteht die Möglichkeit, eine rechtliche Überprüfung von Vergabeentscheidungen zu erlangen. Ein Unternehmen kann mit der Behauptung, es liege ein Verstoß gegen das gemeinschaftliche Vergabeverfahrensrecht vor, eine formlose Beschwerde an die Kommission richten<sup>86</sup>. Erhält die Kommission auf diese oder andere Weise Kenntnis von einem Verfahrensverstoß, kann sie ein Beanstandungsverfahren in die Wege leiten<sup>87</sup>. Die Sektorenkoordinierungsrichtlinie kennt daneben noch ein besonderes Schlichtungsverfahren<sup>88</sup>. Letztlich hat die Kommission die Möglichkeit, ein Vertragsverletzungsverfahren gegen den jeweiligen Mitgliedstaat gem. Art. 226 EG anzustrengen<sup>89</sup>. Das Gemeinschaftsrecht bietet dem rechtsschutzsuchenden Auftragsinteressenten auch die Möglichkeit, im Rahmen eines innerstaatlichen Nachprü-

fungs- oder Beschwerdeverfahren die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem *EuGH* gem. Art. 234 EG anzuregen. Als vorlageberechtigte und gegebenenfalls -verpflichtete Gerichte eines Mitgliedstaates i. S. von Art. 234 II EG gelten dabei nicht nur die mit sofortigen Beschwerden befassten Oberlandesgerichte, sondern auch die Vergabekammern. Der *EuGH* hatte bereits die nach früherer Rechtslage zur Überprüfung der Vergabeverfahren eingesetzten Vergabeüberwachungsausschüsse als vorlageberechtigt angesehen<sup>90</sup>. Entsprechendes muss für die an ihre Stelle getretenen Vergabekammern gelten<sup>91</sup>.

## V. Fazit

Die Unterschiede zwischen dem gemeinschaftsrechtlichen und dem hergebrachten Ansatz der deutschen Rechtsordnung, der sich unterhalb der Schwellenwerte erhalten hat, sind gravierend. Die Zweiteilung des Vergaberechts ist zumindest rechtspolitisch bedenklich und stellt den Rechtsanwender vor nicht unbeträchtliche Probleme. Gerade die Differenzierung beim Rechtsschutz zu Lasten der Bieter unterhalb der Schwellenwerte lässt es überfällig erscheinen, den beharrenden haushaltsrechtlichen Ansatz entweder aufzugeben oder doch zumindest dem Bedürfnis nach effektivem Rechtsschutz zu öffnen.

83) Dazu *Leinemann* (o. Fußn. 23), Rdnr. 137.

84) *Petersen*, *BauR* 2000, 1574 (1576); *Erdl*, *Der neue Vergaberechtschutz*, 1999, Rdnr. 554.

85) *Leinemann* (o. Fußn. 23), Rdnrn. 241 ff.

86) *Prieß* (o. Fußn. 52), S. 123 ff.; *Ax/Schneider/Nette* (o. Fußn. 16), Kap. 21 Rdnr. 186.

87) Vgl. Art. 3 RML, Art. 8 SRML.

88) Vgl. Art. 9 ff. SMRL.

89) *Ax/Schneider/Nette* (o. Fußn. 16), Kap. 21 Rdnrn. 217 ff.

90) *EuGH*, Slg. 1997, I-4961 = *NJW* 1997, 3365 = *EuZW* 1997, 625 Rdnr. 38 m. Anm. *Byok* - Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH.

91) *Sura*, in: *Langen/Bunte* (o. Fußn. 26), § 105 Rdnr. 3.