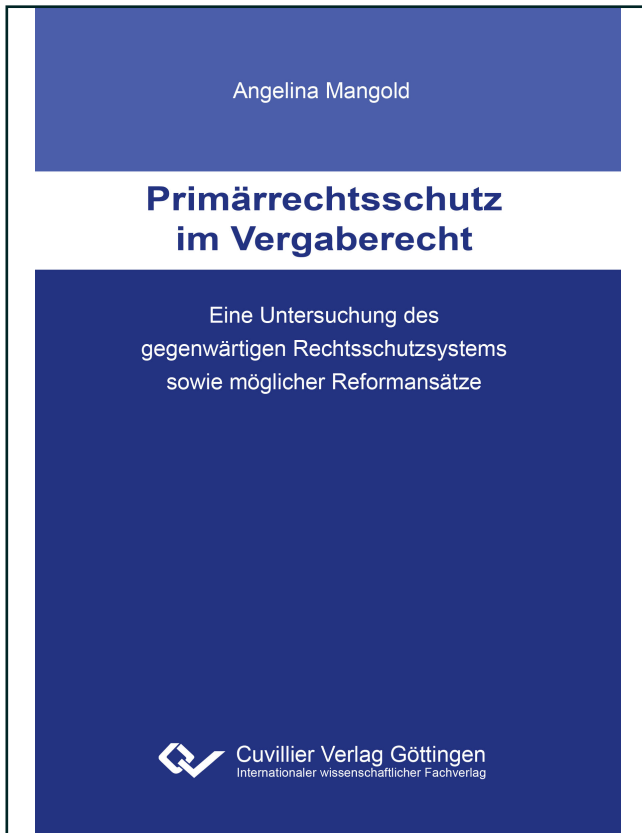




Angelina Mangold (Autor)

## **Primärrechtsschutz im Vergaberecht**

Eine Untersuchung des gegenwärtigen  
Rechtsschutzsystems sowie möglicher Reformansätze



<https://cuvillier.de/de/shop/publications/7121>

Copyright:

Cuvillier Verlag, Inhaberin Annette Jentzsch-Cuvillier, Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen,  
Germany

Telefon: +49 (0)551 54724-0, E-Mail: [info@cuvillier.de](mailto:info@cuvillier.de), Website: <https://cuvillier.de>

## Einleitung

Im Jahre 1912 stellte der große Ökonom *Ludwig von Mises* fest, dass die „*Stellung des Staates auf dem Markte (...) in keiner Weise von der der anderen am Verkehr teilnehmenden Subjekte verschieden*“ sei und der Staat „*sich wie jedes andere wirtschaftende Subjekt in den Organismus des gesellschaftlichen Tauschverkehrs*“<sup>1</sup> einfüge. Diese vor mehr als 100 Jahren getroffene Aussage trifft nachwievor den Kern der aktuellen vergaberechtlichen Diskussion. Tritt der Staat im Wettbewerb tatsächlich wie ein Wirtschaftsunternehmen auf? Lässt er sich bei der Auswahl seiner Vertragspartner primär von marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten leiten? Stellt die Bevorzugung eines Konkurrenten womöglich einen Eingriff in geschützte Rechtspositionen der übergangenen Bieter dar?

Der These *Ludwig von Mises* ist zuzugeben, dass der Staat als Nachfrager tatsächlich wie ein Wirtschaftsunternehmen tätig werden kann. Von staatlichen Stellen werden Bedarfspositionen ermittelt, Angebote eingeholt, Preise verglichen und schließlich der günstigste Anbieter beauftragt. Auch das Bundesverfassungsgericht ist deshalb der Auffassung, dass der Staat den Wettbewerb nicht „von außen“ beeinflusse, sondern sich auf eine Ebene der Gleichordnung mit Privaten begeben.<sup>2</sup> Vergabeentscheidungen seien hiernach kein Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen, sondern lediglich Ausdruck eines – auch der öffentlichen Hand zustehenden – marktwirtschaftlichen Gestaltungsspielraums.<sup>3</sup>

Auf der anderen Seite bleibt jedoch zu beachten, dass der Staat mit seinen Einkäufen oftmals politische Ziele verfolgt. Die öffentliche Auftragsvergabe wird zur Erreichung sozialer, ökologischer und strukturpolitischer Zwecke instrumentalisiert,<sup>4</sup> weshalb nicht nur kaufmännische Erwägungen bei der Auswahl der Angebote berücksichtigt werden. Unternehmen, die willens und in der Lage sind, so unterschiedliche Belange wie Arbeitsplatzerhaltung, Frauen- und Auszubildendenbeschäftigung oder Umweltschutz innerbetrieblich umzusetzen, werden bei der Auftragsvergabe bevorzugt. Vor allem einzelne Branchen, in denen die staatliche Nachfrage einen wesentlichen Anteil an der Gesamtnachfrage nach den angebotenen Leistungen ausmacht – zu denken ist beispielsweise an den Straßenbau oder an die Rüstungsindustrie – sind von den politischen Vorgaben verstärkt betroffen. Vor diesem Hintergrund ist der Staat dann doch kein Marktteilnehmer wie jeder andere, sondern handelt als Träger öffentlicher Gewalt mit erheblichen Auswirkungen auf geschützte Rechtspositionen Dritter.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Mises, *Theorie des Geldes und der Umlaufmittel*, S. 56.

<sup>2</sup> BVerfG, *Beschl. v. 13.06.2006*, BVerfGE 116, 135, 151.

<sup>3</sup> BVerfG, *Beschl. v. 13.06.2006*, BVerfGE 116, 135, 151 f.

<sup>4</sup> Burgi, *NZBau* 2001, 64 (64 ff.).

<sup>5</sup> Nach dem europäischen Verständnis gilt dies für alle Auftragsvergaben, unabhängig vom Erreichen der Schwellenwerte, siehe die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teil-

Von diesen gegenläufigen Sichtweisen wird das deutsche Vergaberecht seit Jahrzehnten maßgeblich beeinflusst. Von europäischer Ebene aus werden in regelmäßigem Abstand Schwellenwerte für öffentliche Auftragsvergaben veröffentlicht, bei deren Erreichen die Binnenmarktrelevanz eines Auftrags vermutet wird und der Anwendungsbereich europäischen Rechts eröffnet ist. Die Schwellenwerte betragen aktuell 5.186.000 Euro für Bauleistungen, 207.000 Euro für Liefer- und Dienstleistungen und 414.000 für Liefer- und Dienstleistungen im Sektoren- und Verteidigungsbereich.<sup>6</sup> Übersteigt ein zu vergebender Auftrag den jeweils geltenden Schwellenwert, enthalten die europäisch beeinflussten Vorschriften ein klares Bekenntnis zu subjektiven Rechten der beteiligten Bieter. Im Wege effektiver Rechtsschutzmechanismen können Vergabeverstöße noch während des Vergabeverfahrens gerügt, beseitigt und die von der Vergabestelle beabsichtigte Zuschlagserteilung an ein konkurrierendes Unternehmen verhindert werden.

Der Großteil aller Auftragsvergaben in Deutschland – Schätzungen gehen von bis zu 90 % aller Beschaffungen aus<sup>7</sup> – liegt jedoch unterhalb der europäischen Grenzwerte. Das europäische Sekundärrecht und dessen deutsche Umsetzungsvorschriften sind in dem sog. Unterschwellenbereich nicht einschlägig. Anwendbar ist ein Konglomerat verschiedener Rechtsquellen, das maßgeblich durch das deutsche Verfassungs- und Haushaltsrecht sowie die Vergabe- und Vertragsordnungen als Produkte außerstaatlicher Normgebung geprägt wird. Nach dem tradierten deutschen Verständnis wird die öffentliche Hand nicht hoheitlich, sondern als gleichberechtigter Wirtschaftsteilnehmer tätig.<sup>8</sup> Primär einklagbare Rechte der Bieter bei nachteiligen Vergabeentscheidungen sind nicht vorgesehen; eröffnet wird nur die Möglichkeit, nachträglich Schadensersatz für bereits erlittene Rechtsverletzungen geltend zu machen. Mit Blick auf das geschätzte Gesamtvolumen öffentlicher Aufträge in Deutschland von rund 385 Milliarden Euro im Jahre 2012<sup>9</sup> – dies entspricht einem Anteil von ca. 14,5 % am Bruttoinlandsprodukt – bedeutet dies, dass jährlich Aufträge im Wert von rund 346 Milliarden Euro durch die öffentliche Hand vergeben werden, ohne dass hierfür effektive gerichtliche Nachprüfungsmöglichkeiten eröffnet sind.<sup>10</sup>

---

weise unter die Vergaberichtlinien fallen v. 23.06.2006 (ABl. 2006 C 179/2) Abschnitt 2.3.3.; anders BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 151.

<sup>6</sup> Verordnung (EU) Nr. 1336/2013 der Kommission vom 13.12.2013 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG, 2004/18/EG und 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren (ABl. 2013 L 335/17).

<sup>7</sup> BMWi, Diskussionspapier „Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte“ vom 15.06.2010 (zu beziehen über das BMWi), S. 1, Rn. 1; Heuvels, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 102, Rn. 22; Burgi, NVwZ 2007, 737 (738); Ruthig, NZBau 2005, 497 (498).

<sup>8</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 151.

<sup>9</sup> Public Procurement Indicators 2012, abrufbar unter <http://ec.europa.eu> (Stand 30.12.2014), S. 6.

<sup>10</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006, BVerfGE 116, 135, 160.



---

Diese Arbeit hat es sich zum Ziel gesetzt, die eben beschriebene „Zweiteilung“ des deutschen Vergaberechts vor dem Hintergrund europäischer und verfassungsrechtlicher Vorgaben zu untersuchen. Hierbei werden zunächst die anwendbaren Rechtsquellen erarbeitet und ein besonderes Augenmerk auf die sich hieraus ergebenden, subjektiven Rechte der Bieter gelegt. Im Anschluss werden die sowohl ober- als auch unterhalb der Schwellenwerte eröffneten Primärrechtsschutzmöglichkeiten analysiert und bewertet. Auf dieser Grundlage werden sodann die Reformbemühungen des deutschen Gesetzgebers in Richtung eines leistungsfähigeren und transparenteren Vergaberechts sowie eines wirksameren Rechtsschutzes<sup>11</sup> gewürdigt, und – mit Blick auf das von unserem europäischen Nachbarn Österreich geschaffene Rechtsschutzmodell – mögliche Gestaltungsvarianten für die Zukunft dargelegt.

---

<sup>11</sup> Koalitionsvertrag der CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, abrufbar unter [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de) (Stand 20.09.2014), S. 17.

## Teil 1: Aufbau und Struktur des deutschen Vergaberechts

Das deutsche Vergaberecht ist kein einheitliches und in einem konkreten Gesetz kodifiziertes Rechtsgebiet, sondern besteht aus vielen verschiedenen Rechtsquellen unterschiedlicher Herkunft und normenhierarchischer Strukturen. *Bungenberg* spricht in diesem Zusammenhang sogar von einem „*Wettbewerb der Systeme*“<sup>12</sup>, in dem sich das nationale Vergaberecht befinde.

Hauptakteure in diesem Wettbewerb sind vor allem das Recht der Europäischen Union und das der Bundesrepublik Deutschland. Wie eingangs bereits angedeutet wurde, gehen beide Rechtsordnungen bereits im Grundsatz von unterschiedlichen Ausgangspunkten und Zielsetzungen des Vergaberechts aus.

Die Europäische Union verfolgt seit jeher eine wettbewerbsrechtliche Ausrichtung des Beschaffungswesens mit dem Ziel, zur besseren Einhaltung und Nachprüfbarkeit der Regelungen subjektive Rechtspositionen für Unternehmen zu schaffen. Der deutsche Ansatzpunkt geht dagegen von dem – die Verwaltung lediglich im Innenrecht bindenden – Grundsatz der sparsamen Haushaltsführung der öffentlichen Hand und größtmöglichen Wirtschaftlichkeit beschaffungsrechtlicher Vorgänge aus. Die englische Beschreibung dieses Grundsatzes lautet: „*best value for tax payers money*“.

Von diesen beiden – gegenläufigen – Zielrichtungen wird das nationale Vergaberecht geprägt. Vor allem seitdem der deutsche Gesetzgeber einen Teil des Beschaffungswesens infolge europäischer Vorgaben aus der klassischen Verankerung im verwaltungsinternen Haushaltsrecht löste und als verbindliches Außenrecht ausgestaltete, ist die Trennung des deutschen und des europäischen Vergaberechts durch die Geltung unterschiedlicher Vorschriften, je nach Wert des zu vergebenden Auftrags, augenscheinlich. Diese „Zweiteilung“<sup>13</sup> macht sich auch beim vergaberechtlichen Primärrechtsschutz bemerkbar. Unterhalb der europäischen Wertgrenzen bestehen sowohl für rechtsschutzsuchende Bieter als auch für die zur Entscheidung berufenen Stellen mangels entsprechender gesetzlicher Regelungen viele Unklarheiten. Diese betreffen bereits so grundlegende Fragen wie die Eröffnung des gerichtlichen Primärrechtsschutzes, das Bestehen subjektiver und damit einklagbarer Rechte für die Bieter und die Reichweite des Prüfungsumfangs.

Um diese und weitere Fragen beantworten sowie die möglichen gesetzgeberischen Ansätze zur Lösung der (möglicherweise) bestehenden Defizite der geltenden Gesetzeslage aufzeigen zu können, wird im Folgenden zunächst die vorangegangene gesetzgeberische Entwicklung skizziert. Anschließend werden die anwendbaren Rechtsquellen und die sich hieraus ergebenden subjektiven Rechtspositionen der Bieter beleuchtet.

<sup>12</sup> Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 1 ff.

<sup>13</sup> Exemplarisch Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. - Einführung Rn. 13; Glaß, in Reidt/Stickler/Glaß, Vergaberecht, Rn. 8.



## I. Der Weg zur Zweiteilung

Die normenhistorische Entwicklung des deutschen Vergaberechts bis hin zur heute bestehenden Zweiteilung nimmt ihren Anfang in der Weimarer Republik zu Beginn des 20. Jahrhunderts. Im Jahre 1921 beschloss der deutsche Reichstag nach langer Diskussion, das deutsche Vergaberecht als reines Innen- und nicht als einklagbares Außenrecht zu gestalten. Infolge dieser Entscheidung basierte das öffentliche Beschaffungswesen für viele Jahrzehnte auf den sog. Verdingungsordnungen<sup>14</sup> als reinen Verwaltungsvorschriften und diente allein den Grundsätzen der wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung. Bieterschützende Vorschriften waren faktisch nicht existent;<sup>15</sup> rechtsschutzsuchenden Unternehmen war lediglich der Weg über die Fach- und Rechtsaufsicht oder die Dienstaufsichtsbeschwerde eröffnet.<sup>16</sup>

Erste Reformansätze in Richtung einer wettbewerbsrechtlichen Ausrichtung des Vergaberechts wurden schließlich von europäischer Ebene aus auf den Weg gebracht. Zwar waren im damaligen EG-Vertrag bereits seit langem einschlägige Grundsatzentscheidungen wie die Grundfreiheiten und das allgemeine Diskriminierungsverbot verankert. Diese Vorgaben waren nach einhelliger Auffassung jedoch zu allgemein gehalten, um das Vergaberecht umfassend regeln zu können.<sup>17</sup>

Aus diesem Grund erließ der Rat der Europäischen Union Anfang der 1970er Jahre die ersten beiden europäischen Richtlinien zur Koordinierung öffentlicher Bau- und Lieferaufträge.<sup>18</sup> In den 1990er Jahren wurden diese Richtlinien konsolidiert<sup>19</sup> und weitere Richtlinien betreffend die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge<sup>20</sup> und Sektoren<sup>21</sup> auf den Weg gebracht.

<sup>14</sup> Als Verdingungsordnungen werden die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), Leistungen (VOL) und die Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen (VOF) bezeichnet. Sie werden heute vom Deutschen Verdingungsausschuss für Bauleistungen (DVA) und vom Deutschen Verdingungsausschuss für Lieferungen und Dienstleistungen (DVAL) erarbeitet. Zur Zusammensetzung der Ausschüsse vgl. Glahs, in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, Rn. 2.

<sup>15</sup> Vgl. Dreher, in Immenga/Mestmäcker, GWB, Vorbemerkung Vor §§ 97 ff. GWB Rn. 54-56; Glahs, in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, Rn. 3.

<sup>16</sup> Glahs, in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, Rn. 3; Fehling, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 7 f.

<sup>17</sup> Glahs, in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, Rn. 7; Fehling, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 9.

<sup>18</sup> Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26.07.1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. 1971 L 185/5) und Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21.12.1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge. EU-Recht (ABl. 1977 L 13/1). Zur historischen Entwicklung des Vergaberechts ausführlich Säcker, in Montag/Säcker, MüKo Kartellrecht, Einl. Rn. 10-24.

<sup>19</sup> Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14.06.1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. 1993 L 199/54); Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14.06.1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. 1993 L 199/1).

<sup>20</sup> Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18.06.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. 1992 L 209/1).

<sup>21</sup> Richtlinie 90/531/EWG des Rates vom 17.09.1990 betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. 1990 L 297/1).





Darüber hinaus erließ der Rat zwei Rechtsmittelrichtlinien,<sup>22</sup> welche den beteiligten Unternehmen erstmals und im diametralen Gegensatz zur bisherigen deutschen Rechtslage subjektive und damit einklagbare Rechte gegenüber öffentlichen Auftraggebern einräumten.

Dem ungeachtet entschied der deutsche Gesetzgeber, die Rechtsmittelrichtlinien unter Beibehaltung des bisherigen Verständnisses des nationalen Vergaberechts als Teil des verwaltungsinternen Haushaltsrechts mit der sog. „haushaltsrechtlichen Lösung“ umzusetzen.<sup>23</sup> Die neuen Bestimmungen wurden in §§ 57a bis 57c Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG)<sup>24</sup> eingefügt und eine Vergabeverordnung (VgV)<sup>25</sup> sowie eine Nachprüfungsverordnung<sup>26</sup> erlassen. Im klaren Widerspruch zu den europäischen Vorgaben wurde der Rechtsschutz auf ein Verfahren vor einer behördlichen Vergabepflichtstelle und einem sog. Vergabeüberwachungsausschuss beschränkt. Individuell einklagbare Rechte für Unternehmen sollten mit der „haushaltsrechtlichen Lösung“ ausdrücklich nicht geschaffen werden.<sup>27</sup>

Diese Umsetzung stieß erwartungsgemäß auf erhebliche Kritik seitens der Europäischen Union. Nachdem der EuGH in einer Entscheidung im Jahre 1995 den Gemeinschaftsrechtsverstoß feststellte,<sup>28</sup> die europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland einleitete<sup>29</sup> und überdies massiver politischer Druck aus Washington wegen erfolgloser Vergaberechtsstreitigkeiten amerikanischer Unternehmen in Deutschland ausgeübt wurde<sup>30</sup>, sah sich der deutsche Gesetzgeber erneut gezwungen zu handeln.<sup>31</sup>

<sup>22</sup> Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. 1989 L 395/33) und Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25.02.1992 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 (ABl. 1992 L 76/14).

<sup>23</sup> Zweites Gesetz zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes vom 26. November 1993 (BGBl. I S. 1928); Säcker, in Montag/Säcker, MüKo Kartellrecht, Einl. Rn. 22.

<sup>24</sup> Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1273).

<sup>25</sup> Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl. I S. 169).

<sup>26</sup> Verordnung über das Nachprüfungsverfahren für öffentliche Aufträge (NpV) vom 22. Februar 1994 (BGBl. I S. 324).

<sup>27</sup> Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung vom 04.01.1993 (BR-Drs. 5/93 S. 21).

<sup>28</sup> EuGH, Urteil v. 11.8.1995 – C-433/93, Slg. 1995 I-2303, Rn. 25.

<sup>29</sup> Mahnschreiben der EG-Kommission vom 31.10.1995, abgedruckt in ZIP, 1995, 1940.

<sup>30</sup> Dreher, in Immenga/Mestmäcker, GWB, Vorbemerkung Vor §§ 97 ff. Rn. 59; Byok, NJW 1998, 2774 (2775).

<sup>31</sup> Begründung des Regierungsentwurfs zum VgRÄG (BT-Drs. 13/9340, S. 12).



Am 01.01.1999 wich die „haushaltsrechtliche Lösung“ der neuen „kartellrechtlichen Lösung“, die das Vergaberecht durch das Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG)<sup>32</sup> in den 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 97 bis 129 GWB) integrierte. Hierin sind seither unter dem Titel „Vergabe öffentlicher Aufträge“ allgemeine Grundsätze und Begriffsbestimmungen sowie die maßgeblichen Rechtsvorschriften über das zweistufige Nachprüfungsverfahren bei Vergabekammern und Oberlandesgerichten, welche die Vergabeprüfstellen und Vergabeüberwachungsausschüsse ersetzen, enthalten.<sup>33</sup> Zudem enthält § 97 Abs. 7 GWB von nun an das eindeutige Bekenntnis zu subjektiven Rechten der Bieter.

Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB ist jedoch – in Anlehnung an den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien – erst ab dem Erreichen hoher Auftragsvolumina eröffnet. Nach der gesetzgeberischen Wertung kann nämlich erst bei Vergaben ab einem gewissen Auftragswert mit dem Interesse von Bietern aus anderen Mitgliedstaaten und deren Beteiligung am Vergabeverfahren gerechnet werden und somit nur in diesen Fällen ein grenzüberschreitender Bezug und damit eine Regelungskompetenz der Europäischen Union bejaht werden.<sup>34</sup> Für alle Auftragsvergaben unterhalb dieser Schwellenwerte bleibt es damit bei der bisherigen haushaltsrechtlichen Verankerung und der primären Zielvorgabe der wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung.

Dies bedeutet im Ergebnis, dass sowohl die von der Vergabestelle einzuhaltenden Verfahrensvorschriften als auch der vergaberechtliche Rechtsschutz nunmehr von der eingangs genannten „Zweiteilung“ geprägt sind. *Dreher* spricht von einer „hellen Welt des Vergaberechts“ oberhalb der Schwellenwerte, die durch die „Sonne des Vergaberechtsschutzes [...] im Lichte von Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung“ erstrahle und von einer „dunklen Welt des Vergabewesens“ auf der anderen Seite, welche „von den erhellenden und reinigenden Strahlen des Vergaberechtsschutzes nicht erfasst“ und daher von „Intransparenz und Rechtsschutzlosigkeit“ beherrscht werde.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2512).

<sup>33</sup> Säcker, in Montag/Säcker, MüKo Kartellrecht, Einl. Rn. 22; Die Vergabekammern entsprechen in Organisation und Besetzung den zuvor bestehenden Vergabeüberwachungsausschüssen. Ihre Entscheidungen unterliegen im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage jedoch der gerichtlichen Nachprüfbarkeit durch die Vergabesenate der Oberlandesgerichte. Des Weiteren wurde die Beibehaltung der Vergabeprüfstellen trotz der Streichung des Hinweises auf die Vergabeprüfstellen in § 102 GWB und die Regelung in § 103 GWB (Vergabeprüfstellen) im Jahre 2009 vom Gesetzgeber ausdrücklich zur Disposition gestellt. Von der Möglichkeit Gebrauch gemacht haben allerdings lediglich verschiedene Bundesministerien und -behörden, sowie die Länder Bremen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein, vgl. Reider, in Montag/Säcker, MüKo Kartellrecht, § 102 GWB Rn. 2.

<sup>34</sup> Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 100 GWB Rn. 1.

<sup>35</sup> Dreher, NZBau 2002, 419 (419).



Ob die Auswirkungen der vergaberechtlichen Zweiteilung tatsächlich so drastisch, wie von *Dreher* beschrieben sind und welche Bedeutung die Trennung im Einzelnen auf die jeweils anwendbaren Rechtsnormen und vergaberechtlichen Primärrechtsschutzmöglichkeiten hat, wird im Folgenden beleuchtet.

## II. Rechtsquellen und subjektive Rechte

Im nationalen Vergaberecht kommt eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsquellen zum Tragen, deren Anwendungsbereich im Regelfall vom Erreichen der europäischen Wertgrenzen abhängig ist.

Der Bereich der überschwelligen Auftragsvergaben ist nach Umsetzung des EU-Sekundärrechts in §§ 97 ff. GWB und den Regelungen der VgV, die ihrerseits auf die Verdingungsordnungen verweisen, geregelt. Unterhalb der Schwellenwerte bleibt es dagegen, mangels Kodifizierung, bei der Anwendbarkeit von allgemeinen Vorschriften. Zu nennen sind hier insbesondere das deutsche Verfassungsrecht, das Haushaltsrecht, verschiedene Landesgesetze und wiederum die Verdingungsordnungen. Darüber hinaus sind sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich die Vorgaben völkerrechtlicher Abkommen und des europäischen Primärrechts zu beachten.

Die Frage nach dem Anwendungsbereich und der Reichweite der einschlägigen Rechtsquellen bildet den Ausgangspunkt für die nachfolgenden Überlegungen hinsichtlich des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes. Zum einen ergeben sich hieraus die konkreten Anforderungen, die an eine faire und transparente Ausgestaltung der Vergabeverfahren gestellt werden. Zum anderen ist entscheidend, welche dieser Vorschriften subjektive Wirkung entfalten und den Bietern einen Anspruch auf Einhaltung der maßgeblichen Vergabebestimmungen durch die öffentliche Hand einräumen. *Motzke* spricht insoweit von dem „*materiellrechtlichen Substrat*“ des Primärrechtsschutzes.<sup>36</sup>

Im Folgenden wird zunächst untersucht, welche Rechtsquellen für Sachverhalte im Anwendungsbereich der europäischen Vergaberichtlinien zur Geltung kommen und welche Vorschriften in welchem Umfang subjektiv-rechtliche Wirkung entfalten.

---

<sup>36</sup> Motzke, in Motzke/Pietzcker/Priess, BeckOK VOB, V. Rn. 43; ebenso Krohn, in Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, 24. III. Rn. 8.



## 1. Rechtsquellen oberhalb der Schwellenwerte

### a) Internationales Recht

Von den völkerrechtlichen Abkommen der Bundesrepublik Deutschland sind insbesondere die Vereinbarungen, die unter dem Dach der World Trade Organisation (WTO) geschlossen wurden, in vergaberechtlicher Hinsicht bedeutsam. Zu nennen ist vor allem das 1994 im Zuge der Uruguay-Runde geregelte plurilaterale<sup>37</sup> „*Agreement on Government Procurement*“<sup>38</sup> (GPA). Vertragsstaaten dieses Abkommens sind neben der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten u. a. die USA, Kanada, Japan und die Schweiz,<sup>39</sup> deren nationale Beschaffungsmärkte auf diese Weise interessierten Unternehmen aus anderen GPA-Staaten geöffnet wurden.

#### aa) Anwendungsbereich des GPA

Im Hinblick auf den Anwendungsbereich des GPA ist zu beachten, dass sowohl der Kreis der verpflichteten Auftraggeber als auch die umfassten Auftragsbereiche grundsätzlich enger gefasst sind, als im Rahmen der EU-Vergaberichtlinien. So gilt das GPA gem. Art. I i. V. m. Anhang I und dessen Anlage 1 bis 3 zwar neben Regierungs- und Bundesbehörden auch für regionale und lokale Stellen als öffentliche Auftraggeber; private Auftraggeber sind hiervon jedoch – im Gegensatz zu der EU-Sektorenrichtlinie – nicht umfasst.

Ähnliches gilt für den sachlichen Geltungsbereich des Abkommens. Das GPA normiert zwar grundsätzlich die Vergaben von Bau-, Liefer und Dienstleistungsaufträgen; bestimmte Sektorenbereiche wie das Telekommunikations- oder das Eisenbahnwesen, die von der Richtlinie 2004/17/EG umfasst sind, bleiben hiervon jedoch ausgeschlossen.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Plurilaterale Abkommen verpflichten nur diejenigen WTO-Mitglieder, die sie gesondert ratifiziert haben. Multilaterale Abkommen gelten dagegen für alle WTO-Mitglieder, vgl. Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, S. 49.

<sup>38</sup> Deutsch: Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen – Englischer Text in ABI. EG 1994 L 336/273 mit spät. Änd.; deutscher Text ohne Anhänge in ABI. 1996 EG C 256/2.

<sup>39</sup> Am 01.01.1996 in Kraft getreten in der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten Österreich, Belgien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Deutschland, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, den Niederlanden, Portugal, Spanien Schweden und dem Vereinigten Königreich. Am 01.05.2004 in Kraft getreten in den Mitgliedstaaten Zypern, Tschechien, Estland, Ungarn, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowakei sowie Slowenien und am 01.01.2007 in Kraft getreten in den Mitgliedstaaten Bulgarien und Rumänien. Eine Liste aller Vertragsstaaten und des Datums des jeweiligen Inkrafttretens des Abkommens findet sich unter [www.wto.org](http://www.wto.org) (Stand 07.08.2013).

<sup>40</sup> Frenz, Handbuch Europarecht - Band 3, Rn. 1900; Egger, Europäisches Vergaberecht, Rn. 310.

Daneben ist jedoch für alle erfassten Auftragsvergaben – ebenso wie bei den EU-Vergaberichtlinien – das Erreichen bestimmter, von den einzelnen Vertragstypen abhängiger Schwellenwerte für die Anwendbarkeit des GPA erforderlich.<sup>41</sup>

*bb) Subjektiv-rechtliche Wirkung?*

Gem. Art. XX GPA sind die Vertragsstaaten verpflichtet, in den nationalen Rechtsordnungen effektive, nicht-diskriminierende und transparente Rechtsschutzverfahren für Bewerber in vom Anwendungsbereich des GPA erfassten Vergabeverfahren zur Verfügung zu stellen.<sup>42</sup> Dies bedeutet, dass Bietern aus GPA-Vertragsstaaten grundsätzlich dieselben prozessualen Möglichkeiten wie Bietern aus EU-Mitgliedstaaten zu gewähren sind.<sup>43</sup> Vor diesem Hintergrund ist jedoch umstritten, ob sich die betroffenen Bieter unmittelbar auf die Vorschriften des GPA berufen können, wenn diese für sie im Vergleich zu den Vergaberichtlinien günstigere Voraussetzungen enthalten.<sup>44</sup> Eine Ansicht verneint die unmittelbare Anwendbarkeit des GPA und stützt sich zur Begründung hauptsächlich auf die ständige Rechtsprechung des EuGH, welche den im Rahmen der WTO abgeschlossenen Einzelabkommen grundsätzlich die unmittelbare Wirkung versagt.<sup>45</sup> In einem Urteil zu Bestimmungen des TRIPS-Übereinkommens hatte der EuGH festgestellt, dass diesen Regelungen „aufgrund der Natur und der Systematik des Übereinkommens keine unmittelbare Wirkung (zukommt). Sie gehören grundsätzlich nicht zu den Vorschriften, an denen der Gerichtshof die Rechtmäßigkeit der Handlungen der Gemeinschaftsorgane nach Artikel 230 Absatz 1 EG misst; sie begründen für den Einzelnen auch keine Rechte, auf die er sich nach dem Gemeinschaftsrecht vor den Gerichten unmittelbar berufen könnte.“<sup>46</sup> Diese Rechtsprechung sei nach der eingangs genannten Auffassung auch auf die Vorschriften des GPA zu übertragen, weshalb ihnen keine unmittelbare Geltung zukommen könne.<sup>47</sup>

<sup>41</sup> Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, S. 50; Frenz, Handbuch Europarecht - Band 3, Rn. 1900.

<sup>42</sup> Art. XX Abs. 2 GPA: *“Each Party shall provide non-discriminatory, timely, transparent and effective procedures enabling suppliers to challenge alleged breaches of the Agreement arising in the context of procurements in which they have, or have had, an interest.”*

<sup>43</sup> Egger, Europäisches Vergaberecht, Rn. 315.

<sup>44</sup> Dies kommt vor allem bei der Zulässigkeit vergabefremder Kriterien bei öffentlichen Auftragsvergaben in Betracht. Die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG ermöglichen Auftraggebern im Gegensatz zum GPA eine stärkere Steuerung und damit Benachteiligung von Bietern aus nicht EU-Staaten, vgl. Frenz, Handbuch Europarecht - Band 3, Rn. 1904; Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, S. 55 m. w. N.

<sup>45</sup> Fehling, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 27; Frenz, Handbuch Europarecht – Band 3, Rn. 1904 ff.; Kunnert, WTO-Vergaberecht, S. 405 ff, 415 f.

<sup>46</sup> Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights; deutsch: Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums.

<sup>47</sup> Frenz, Handbuch Europarecht – Band 3, Rn. 1905; a. A. Egger, Europäisches Vergaberecht, Rn. 329.

Als weiteres Argument wird innerhalb dieser Ansicht der Wortlaut des Erwägungsgrundes 7 der das GPA umsetzenden Richtlinie 2004/18/EG angeführt: „Das Übereinkommen hat keine unmittelbare Wirkung.“<sup>48</sup> Des Weiteren spreche der Umstand, dass sich Art. XX Abs. 2 GPA primär an die Vertragsstaaten richte und nur diese zur Umsetzung der Rechtsschutzverfahren verpflichte, gegen die Einräumung subjektiver Rechte.<sup>49</sup>

Im Gegensatz hierzu bejaht eine andere Auffassung die unmittelbare Anwendbarkeit der GPA-Vorschriften und begründet dies zum einen damit, dass nach Ansicht des EuGH bestimmten Regelungen in WTO-Übereinkünften im Ausnahmefall unmittelbare Wirkung zukommen könne, „wenn die Gemeinschaft eine bestimmte, im Rahmen der WTO übernommene Verpflichtung umsetzt oder wenn die Gemeinschaftshandlung ausdrücklich auf spezielle Bestimmungen der WTO-Übereinkünfte verweist“.<sup>50</sup> Die Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG seien ausweislich des Wortlautes des Erwägungsgrundes 7 insoweit Umsetzungsvorschriften und verwiesen ausdrücklich auf die umzusetzenden Vorschriften des GPA, weshalb ihnen nach Rechtsprechung des EuGH unmittelbare Geltung zukommen müsse.<sup>51</sup> Der weitere Wortlaut des Erwägungsgrundes 7, wonach dem Übereinkommen nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers ausdrücklich „keine unmittelbare Wirkung“ zukomme, sei dagegen nicht zu berücksichtigen, da dies lediglich eine interne Beurteilung sei und die Entscheidung hierüber grundsätzlich dem EuGH obliege.<sup>52</sup>

In der Summe sprechen die besseren Argumente jedoch für die erste Auffassung und gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit des GPA.<sup>53</sup> Wie oben bereits angesprochen wurde, enthält das GPA selbst keine Vorschriften, die rechtsschutzsuchenden Bietern unmittelbar einklagbare subjektive Rechte gewähren, sondern richtet sich direkt an die Vertragsstaaten. Der europäische Gesetzgeber weist in den Umsetzungsvorschriften in aller Deutlichkeit darauf hin, dass dem Übereinkommen keine unmittelbare Wirkung zukomme und auch der Europäische Gerichtshof hat in der bisherigen Rechtsprechung – mit geringen Ausnahmen – die unmittelbaren Anwendbarkeit von Regelungen der WTO allgemein verneint.

<sup>48</sup> Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2004/17/EG bzw. vorhergehend Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 97/52/EG und der Richtlinie 98/4/EG.

<sup>49</sup> Kunnert, WTO-Vergaberecht, S. 416.

<sup>50</sup> EuGH, Urteil v. 23.11.1999 – C-149/96, Slg. 1999 I-8425, 8439 Rn. 49 „Portugal/Rat“.

<sup>51</sup> Prieß, in Motzke/Pietzcker/Prieß, BeckOK VOB, Systematische Darstellung I Europäisches und internationales Vergaberecht, Rn. 111 ff.; Egger, Europäisches Vergaberecht, S. 98.

<sup>52</sup> Egger, Europäisches Vergaberecht, Rn. 332; Kunnert, WTO-Vergaberecht, S. 416.

<sup>53</sup> Im Ergebnis ebenso Fehling, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 27; Kunnert, WTO-Vergaberecht, S. 416; Frenz, Handbuch Europarecht - Band 3, Rn. 1906; Bungenberg, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. GWB – Einführung; Dreher, in Immenga/Mestmäcker, GWB, Vorbemerkung Vor §§ 97 ff. GWB Fn. 5; Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 108 f.

## b) Europäisches Recht

Der vergaberechtliche Oberschwellenbereich ist, wie der geschichtliche Überblick verdeutlicht hat, stark durch europäisches Recht geprägt. Unter dem Begriff „europäisches Recht“ ist in diesem Zusammenhang das Europarecht „im engeren Sinne“<sup>54</sup>, also das Recht der Europäischen Union zu verstehen. Das Europarecht „im weiteren Sinne“ umfasst dagegen auch das Recht der anderen europäischen Institutionen, wie des Europarats mit seinem „Flaggschiff“,<sup>55</sup> der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Die EMRK besitzt, wie noch im Detail erläutert werden wird, ebenfalls eine vergaberechtliche Dimension und gewinnt vor allem durch die Gewährung bestimmter Justizgrundrechte an Relevanz. Diese Garantien erlangen jedoch aufgrund der bestehenden, umfangreichen Primärrechtsschutzmöglichkeiten und der hohen Regelungsdichte im Oberschwellenbereich primär im Bereich der unterschwelligen Auftragsvergaben Bedeutung. An dieser Stelle wird somit auf die dortigen<sup>56</sup> detaillierten Ausführungen verwiesen und die folgende Prüfung auf das Europarecht „im engeren Sinne“ beschränkt.

### aa) Anwendbarkeit und Bedeutung des EU-Primärrechts

Das EU-Primärrecht besteht seit dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags am 1. Dezember 2009 aus dem Vertrag über die Europäische Union,<sup>57</sup> dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union<sup>58</sup> (Art. 1 Abs. 3 S. 2 EUV), der Grundrechte-Charta<sup>59</sup> (Art. 6 Abs. 1 EUV) und den vom EuGH entwickelten, allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Daneben sind die Protokolle und Anhänge der Verträge (Art. 51 EUV) sowie die späteren Beitrittsakte Bestandteil des Primärrechts.<sup>60</sup>

<sup>54</sup> Zu den Begrifflichkeiten „Europarecht im engeren Sinn“ und „Europarecht im weiteren Sinn“ vgl. Herdegen, Europarecht, § 1 Rn. 2 ff.

<sup>55</sup> Frowein, in Frowein/Peukert, EMRK, Einführung Rn. 4.

<sup>56</sup> Siehe unter Ziff. II. 2. lit. a. sublit. bb.

<sup>57</sup> Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13. Dezember 2007 (ABl. 306 S. 1, ber. ABl. 2008 C 111 S. 56, ABl. 2009 C 290 S. 1, ABl. 2011 C 378 S. 3).

<sup>58</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 2008 (ABl. 2008 C 115/47).

<sup>59</sup> Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12. Dezember 2007 (ABl. 2007 C 303/1).

<sup>60</sup> Müller-Graff, in Dausers, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, A. I. Verfassungsziele der Europäischen Union Rn. 80; Nettesheim, in Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEU, EU-Arbeitsweisevertrag Art. 288 AEUV Rn. 27 f.



Ein Teil dieser Vorschriften wird wiederum als das sog. „europäische Vergabeprimärrecht“<sup>61</sup> bezeichnet und beruht insbesondere auf den Grund- oder Marktfreiheiten der Union (Art. 28 ff. AEUV), dem allgemeinen Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) und den vom EuGH hieraus entwickelten, ungeschriebenen, allgemeinen Vergaberechtsgrundsätzen.

Umstritten ist, ob sich die Bedeutung dieser Vorschriften auf den vergaberechtlichen Unterschwellenbereich beschränkt. Vereinzelt wird in der Wissenschaft vertreten, dass das vergaberelevante Primärrecht im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien wegen der hohen Regelungsdichte und des grundsätzlichen Anwendungsvorrangs des abgeleiteten Unionsrechts erheblich an Bedeutung verloren habe<sup>62</sup> und faktisch nur im Unterschwellenbereich zum Tragen komme. Allerdings erfüllt das EU-Primärrecht – wie auch *Egger*<sup>63</sup> ausführt – bei überschwelligen Vergaben drei grundlegende und in ihrer Relevanz nicht zu unterschätzende Funktionen:

#### (1) Ermächtigungsfunktion

Die Regelungen des EU-Primärrechts bilden zum einen die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass des vergaberechtlichen Sekundärrechts. Da die Europäische Union keinen souveränen (Bundes-)Staat, sondern – mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts – einen (bloßen) „*Staatenverbund*“<sup>64</sup> bildet, besitzt sie keine Allzuständigkeit, d. h. sie kann nicht verbindlich über die eigene Zuständigkeit entscheiden.

<sup>61</sup> Diehr, *VergabeR* 2009, 719 (720). Für *Diehr* besteht das „Vergabeprimärrecht“ aus den Grundprinzipien, also den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Union und den Grundfreiheiten gem. Art. 28, 43 und 49 EGV (nun Art. 34, 49 und 56 AEUV). Auch die Kommission stellt auf den freien Warenverkehr, die Niederlassungsfreiheit, die Dienstleistungsfreiheit, die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung, Transparenz, Verhältnismäßigkeit und gegenseitige Anerkennung sowie die vom EuGH entwickelten allgemeinen Grundsätze ab, siehe die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen v. 23.06.2006 (ABl. 2006 C 179/2) Abschnitt 1.1. *Frenz* geht einen Schritt weiter und zählt auch das Wettbewerbs- und Beihilferecht sowie die europäischen Grundrechte zum „primärrechtlichen Vergabeeuroparecht“, vgl. *Frenz*, *Handbuch Europarecht - Band 3*, Rn. 1721.

<sup>62</sup> Vgl. exemplarisch *Frenz*, *Handbuch Europarecht - Band 3*, Rn. 1723; *Glahs*, in *Messerschmidt/Voit*, *Privates Baurecht*, 1. Teil G. I. 1 Rn. 4 ff.; *Prieß*, *Handbuch des europäischen Vergaberechts*, S. 8; *Weyand* erwähnt das europäische Primärrecht bei der Aufzählung der Rechtsquellen oberhalb der Schwellenwerte nicht einmal, *Weyand*, *Vergaberecht*, Rn. 3; *Bungenberg* spricht dagegen von einer „großen Bedeutung“ der Grundfreiheiten im Anwendungsbereich der EU-Vergaberichtlinien und stützt dies auf Erwägungsgrund 2 der Richtlinie. 2004/18/EG (ABl. L 134/114); vgl. *Bungenberg*, in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, *Kartellrecht*, Vor §§ 97 ff. – Einführung Rn. 50.

<sup>63</sup> *Egger*, *Europäisches Vergaberecht*, § 2 Rn. 105 f.; vgl. außerdem *Kühling/Huerkamp*, in *Montag/Säcker*, *MüKo Kartellrecht*, Vor §§ 97 ff. *GWB* Rn. 34 ff., die das EU-Primärrecht als „Auffangnetz“ bezeichnen.

<sup>64</sup> *BVerfG*, Urteil v. 30.06.2009, *BVerfGE* 123, 267, 267.



Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung bedürfen die europäischen Rechtsetzungsorgane damit zum Erlass des sekundären Unionsrechts immer einer ausdrücklichen Kompetenzzuweisung in den Verträgen.<sup>65</sup> So wurden die „Vergabekoordinierungsrichtlinie“ 2004/18/EG und die „Sektorenrichtlinie“ 2004/17/EG von dem Europäischen Parlament und dem Rat der Europäischen Union auf Grundlage der Artikel 47 Abs. 2, Artikel 55 und Artikel 95 EGV<sup>66</sup> erlassen.

## (2) Auslegungsfunktion

Zum anderen ist das Primärrecht aufgrund seiner normenhierarchischen Vorrangstellung Rechtmäßigkeits- und Auslegungsmaßstab sowohl für das abgeleitete Unionsrecht, als auch für das gesamte mitgliedstaatliche Recht.<sup>67</sup> Dies bedeutet, dass, soweit ein dem sekundären Unionsrecht zuzuordnender Rechtsakt gegen das primäre Unionsrecht verstößt, dies die Unanwendbarkeit des betreffenden Rechtsaktes zur Folge hat. Dasselbe gilt – abgeleitet aus dem Prinzip der Unionstreue gem. Art. 4 Abs. 3 EUV – für sämtliche Normen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen; selbst Richtlinien oder Beschlüsse auf Unionsebene können deshalb die Unanwendbarkeit bestimmter Vorschriften des nationalen Verfassungsrechts zur Folge haben.<sup>68</sup>

## (3) Ergänzungsfunktion

Zuletzt hat das Vergabeprimärrecht auch eine Ergänzungsfunktion inne, die immer dann zum Tragen kommt, wenn das abgeleitete Unionsrecht keine konkreten Vorgaben für die in Rede stehende mitgliedstaatliche Maßnahme enthält. Es ist vor allem diese Ergänzungsfunktion, die dem Vergabeprimärrecht in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH eine eigenständige Bedeutung neben den Gewährleistungen des abgeleiteten Unionsrechts verleiht. Das Primärrecht darf grundsätzlich nur dann unmittelbar angewendet werden, soweit sekundärrechtliche Vorschriften keine abschließende Regelung über den Sachverhalt treffen. D. h. nur soweit das Sekundärrecht Lücken aufweist oder Umsetzungsspielräume eröffnet, kann der Rechtsanwender unmittelbar auf die Grundfreiheiten zurückgreifen.<sup>69</sup>

<sup>65</sup> Bergmann, in Bergmann, Handlexikon der EU, Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung.

<sup>66</sup> Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung bis 30. November 2009 vom 25. März 1957 (UNTS Bd. 298 S. 11).

<sup>67</sup> Vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, Rn. 367; Kühling/Huerkamp, in Montag/Säcker, MüKo Kartellrecht, Vor §§ 97 ff. GWB Rn. 34.

<sup>68</sup> Sennekamp, in Bergmann, Handlexikon der EU, Normenhierarchie.

<sup>69</sup> Kingreen, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 36 AEUV Rn. 18; Diehr, VergabeR 2009, 719 (721 f.); Ehlers, in Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 8.; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 36 Rn. 14.; Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 121 f.; Egger, Europäisches Vergaberecht, § 2 Rn. 106 ff.; zum Verhältnis der Vergaberichtlinien zum primären Gemeinschaftsrecht vgl. Bitterich, EuZW 2008, 14 (15).



Der EuGH ist der pauschalen Annahme einer Sperrwirkung der Vergaberichtlinien entgegengetreten und fordert eine Prüfung des jeweiligen Einzelfalls.<sup>70</sup>

So bejahte der EuGH in der Rechtssache „*Storebaelt*“<sup>71</sup> beispielsweise einen Verstoß Dänemarks gegen „*Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere gegen die Artikel 30, 48 und 49 EWG-Vertrag sowie gegen die Richtlinie 71/305/EWG*“<sup>72</sup>, weil die Vergabestelle zur Abgabe von Angeboten auf der Grundlage einer Bedingung aufgefordert habe, die eine möglichst weitgehende Verwendung von dänischen Baustoffen, Verbrauchsgütern, Arbeitskräften und Geräten vorsah und weil die Verhandlungen mit dem ausgewählten Konsortium auf der Grundlage eines nicht den Verdingungsunterlagen entsprechenden Angebots geführt worden seien.<sup>73</sup> Gerade wegen letzterem nahm der EuGH zusätzlich einen Rückgriff auf das allgemeine Gleichbehandlungsgebot als ungeschriebenen Vergabegrundsatz vor und stellte klar, dass die Richtlinie den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter zwar nicht ausdrücklich erwähne, aber die Pflicht zur Beachtung dieses Grundsatzes gleichwohl dem Wesen dieser Richtlinie selbst entspreche.<sup>74</sup>

Auch in der Rechtssache „*Hospital Ingenieure*“<sup>75</sup> wendete der Gerichtshof die primärrechtlich verankerten Grundsätze der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit neben den Bestimmungen der Richtlinie 92/50/EWG an und begründete dies damit, dass die betreffende Entscheidung, auch weil „*die Richtlinie 92/50 außer der Verpflichtung, die Gründe für den Widerruf der Ausschreibung mitzuteilen, keine Bestimmung enthält, die sich speziell auf die materiellen und formellen Voraussetzungen für diese Entscheidung bezieht, den fundamentalen Regeln des Gemeinschaftsrechts unterworfen [bleibt], insbesondere den Grundsätzen des EG-Vertrags im Bereich des Niederlassungsrechts und der Dienstleistungsfreiheit.*“<sup>76</sup>

Ähnliches stellte der EuGH in der Rechtssache „*AN-Post*“<sup>77</sup> fest. Hier wurden die zeitgleiche Anwendung der Richtlinie 92/50/EWG<sup>78</sup> und des europäischen Primärrechts, im Einzelnen der Art. 43, 49 EGV sowie der allgemeinen Grundsätze der Transparenz, der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung bestätigt.

<sup>70</sup> EuGH, Urteil v. 13.11.2007 – C-507/03, Slg. 2007, I-9777, Rn. 26 ff. „*An Post*“.

<sup>71</sup> EuGH, Urteil v. 22.06.1993 – C-243/89, Slg. 1993, I-3353 „*Storebaelt*“.

<sup>72</sup> Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. 1971 L 185/5).

<sup>73</sup> EuGH, Urteil v. 22.06.1993 – C-243/89, Slg. 1993, I-3353 Rn. 45 „*Storebaelt*“.

<sup>74</sup> EuGH, Urteil v. 22.06.1993 – C-243/89, Slg. 1993, I-3353 Rn. 33 „*Storebaelt*“.

<sup>75</sup> EuGH, Urteil v. 18.06.2002 – C-92/00, Slg. 2002, I-5553 „*Hospital Ingenieure*“.

<sup>76</sup> EuGH, Urteil v. 18.06.2002 – C-92/00, Slg. 2002, I-5553 Rn. 42 „*Hospital Ingenieure*“.

<sup>77</sup> EuGH, Urteil v. 13.11.2007 – C-507/03, Slg. 2007, I-9777 Rn. 26 „*An Post*“.

<sup>78</sup> Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. 1992 L 209/1).