

## Vergabeverfahren und Bürgerliches Recht

Bearbeitet von  
PD Dr. Klaus Bitterich

1. Auflage 2013. Buch. 978 S. Gebunden  
ISBN 978 3 8487 0598 6

[Recht > Zivilrecht > Privates Baurecht, Architektenrecht](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

NEUE SCHRIFTEN ZUM ZIVILRECHT

Band 2

Klaus Bitterich

# Vergabeverfahren und Bürgerliches Recht



Nomos

Band 2

---

Neue Schriften zum Zivilrecht



**Nomos**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Christian Berger  
Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb  
Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit  
Prof. Dr. Burkhard Hess  
Prof. Dr. Abbo Junker  
Prof. Dr. Dirk Looschelders  
Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel

*Klaus Bitterich*

## **Vergabeverfahren und Bürgerliches Recht**

*Dr. Klaus Bitterich, geb. 1972, Studium der Rechtswissenschaften in Bayreuth und Heidelberg. Staatsexamina 1997 und 2000. Promotion an der Universität Hamburg 2003. Rechtsanwalt in Stuttgart 2002 – 2004. Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Seminar für ausländisches und internationales Privat- und Prozessrecht der Universität Hamburg 2004 – 2007. Habilitationsstipendiat der DFG von 2007 bis 2010. Seit 2011 Konzernrechtsabteilung eines Energieversorgungsunternehmens. 2013 Habilitation (Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, deutsches und internationales Wirtschaftsrecht, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Rechtsvergleichung).*

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2013 Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden

Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Schrift: Sabon 9,3 auf 11,6 pt. Das Buch wurde auf alterungsbeständigem Werkdruckpapier gedruckt und fadengeheftet.

ISBN 978-3-8487-0598-6

## Vorwort

Das Vergaberecht unterliegt nach wie vor einem steten Wandel. Es vergeht kaum einmal ein Jahr, in dem nicht Änderungen von Vergabevorschriften auf europäischer oder einzelstaatlicher Ebene diskutiert oder ins Werk gesetzt werden und Gerichte die Entwicklung des Rechtsgebiets in Grundsatzentscheidungen vorantreiben. Das Verhältnis des Vergaberechts zum Bürgerlichen Recht ist von dieser Dynamik lange Zeit weitgehend unberührt geblieben. Der Gesetzgeber hat sich diesbezüglich, insbesondere – mit dem Segen des BVerfG – im nicht-harmonisierten Bereich, seit jeher zurückgehalten. Man könnte bei dieser Ausgangslage auf den ersten Blick zu dem Schluss kommen, das Verhältnis von Vergaberecht und Bürgerlichem Recht sei durch die Prinzipien der Zäsurwirkung der sich im Vertragsschluss manifestierenden Vergabeentscheidung und der Trennung der vergaberechtlichen von der vertragsrechtlichen Ebene hinreichend beschrieben.

Das wäre indes voreilig, wie ein Blick auf die Praxis der letzten fünfzehn Jahre lehrt, die dem Thema zunehmend Beachtung schenkt. Die in dieser Monographie aufgegriffene Notwendigkeit, dieses Verhältnis sehr viel differenzierter zu betrachten, belegen beispielhaft die Entscheidungen des BGH zur Frage eines vergaberechtlichen Kontrahierungszwangs (1998), zu den vertragsrechtlichen Folgen einer verzögerten Zuschlagserteilung (2009) sowie zur dogmatischen Neuausrichtung des vergaberechtlichen Sekundärrechtsschutzes auf der Grundlage der §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB (2010), ferner obergerichtliche Entscheidungen, die – mehr oder weniger am Gesetzgeber vorbei – einen zivilprozessualen Primärrechtsschutz dort entfalten, wo der Vergaberechtsweg nach den §§ 102 ff. GWB nicht eröffnet ist (seit 2008), und schließlich die Entscheidung des LG München zur Beendigung unter Verstoß gegen das europäische Vergaberecht geschlossener, zivilrechtlich jedoch wirksamer Verträge (2005).

Die Arbeit ist im November 2011 abgeschlossen und im Wintersemester 2012/2013 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Habilitationsschrift angenommen worden. Meinem akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Ulrich Magnus, danke ich herzlich für die fachliche und persönliche Förderung während meiner Zeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter und darüber hinaus, für sein stets offenes Ohr sowie für vielfältige Beratung und Unterstützung während der Realisierung des Projekts. Besonderer Dank gilt auch Herrn Professor Dr. Dr. hc. mult. Jürgen Basedow für die Erstellung des Zweitgutachtens. Der Deutschen Forschungsgemeinschaft und ihren Gutachtern danke ich für die Gewährung eines Habilitationsstipendiums, dem Nomos Verlag für die freundliche Aufnahme in die Schriftenreihe.

Ganz besonderer Dank meinen Eltern und Christina, Leonie und Lukas, die mich in jeder Phase ermutigt und bestärkt haben.

Heidelberg, im Mai 2013

*Klaus Bitterich*

## Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis .....	39
§ 1 Einführung .....	43
 <b>Kapitel 1 Gemeinschaftsvergaberecht als Teil des europäischen Vertragsrechts</b>	
<i>Erster Abschnitt: Grundlagen</i>	
§ 2 Zivilrechtliche Bezüge der europäischen Vergaberichtlinien .....	51
§ 3 Zivilrechtliche Bezüge der Grundanforderungen im nicht-harmonisierten Bereich .....	81
<i>Zweiter Abschnitt: Vertragsanbahnung, Vertragsgestaltung, Vertragsschluss, Vertragsänderung</i>	
§ 4 Gemeinschaftsvergaberecht und Vertragsfreiheit .....	119
§ 5 Der Bestand vergaberechtswidrig geschlossener Verträge .....	151
 <b>Kapitel 2 Zivilrechtliche Bezüge des wirtschaftsrechtlichen Vergabemodells</b>	
<i>Erster Abschnitt: Grundlagen</i>	
§ 6 Privatrechtsbindung öffentlicher Auftraggeber .....	179
§ 7 Der Weg zur kartellrechtlichen Lösung .....	203
§ 8 Grundstrukturen des Kartellvergaberechts .....	227
<i>Zweiter Abschnitt: Vertrag und öffentlicher Auftrag</i>	
§ 9 Vertragsbegriff des Vergaberechts .....	265
§ 10 Vertragsgestaltung und „in house“-Vergabe .....	273

---

*Dritter Abschnitt: Vergaberecht und Vertragsfreiheit*

§ 11 Der Anspruch auf Einhaltung der Vorschriften über das  
Vergabeverfahren ..... 288

§ 12 Vergaberecht und Abschlussfreiheit ..... 310

§ 13 Vergaberecht und Inhaltsfreiheit ..... 347

§ 14 Vergaberechtliche Beurteilung von Vertragsänderungen ..... 374

*Vierter Abschnitt: Zivilrecht im Vergabeverfahren*

§ 15 Vergaberechtliche Verfahrenshandlungen an der Schnittstelle  
zum Zivilrecht ..... 395

§ 16 Vertragsschluss als Schnittstelle zwischen Vergaberecht und  
Vertragsrecht ..... 454

*Fünfter Abschnitt: Der vergaberechtswidrig geschlossene Vertrag*

§ 17 Vergabefehler zum Nachteil des Auftragnehmers ..... 490

§ 18 Vergabefehler zum Nachteil der Mitbewerber ..... 529

§ 19 Vergaberechtsverstoß und Allgemeininteresse ..... 567

### Kapitel 3 Zivilrechtliche Bezüge des haushaltsrechtlichen Vergabemodells

*Erster Abschnitt: Der verfassungsrechtliche Rahmen*

§ 20 Grundrechtspositionen gegenüber dem Staat als Nachfrager .... 597

§ 21 Recht auf willkürfreie Vergabe: Prüfungsmaßstab ..... 630

*Zweiter Abschnitt: Rechtsschutzgarantie*

§ 22 Primär- oder Sekundärrechtsschutz? ..... 639

§ 23 Aufgabe des privatrechtlichen Vergabemodells? ..... 650

§ 24 Durchsetzung des Art. 3 GG im privatrechtlichen Modell ..... 666

§ 25 Der Kampf um den Rechtsweg ..... 693

### Kapitel 4 Vergaberecht und Schadensersatz

*Erster Abschnitt: Grundlagen*

§ 26 Haftungsrechtliche Vorgaben des Gemeinschaftsvergaberechts 732

§ 27 Weichenstellungen des deutschen Rechts ..... 754

*Zweiter Abschnitt: Sekundärrechtsschutz*

§ 28 Die Haftung für fehlerhafte Vergabeentscheidungen .....	783
§ 29 Haftungsrechtliche Handhabung der Zuschlagschance .....	851
§ 30 Europarechtskonformität des Sekundärrechtsschutzniveaus .....	884

**Kapitel 5 Integration von Vergaberecht und Zivilrecht:  
Mechanismen und Bewertung**

§ 31 Mechanismen der Integration im Bereich des Kartellvergaberechts .....	889
§ 32 Mechanismen der Integration im nicht-harmonisierten Bereich	907
§ 33 Mechanismen der Integration im Vergabeschadensersatzrecht ..	918
§ 34 Abschließende Bewertung .....	928

Literaturverzeichnis .....	941
----------------------------	-----

Stichwortverzeichnis .....	973
----------------------------	-----

## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	39
§ 1 Einführung .....	43

# Kapitel 1 Gemeinschaftsvergaberecht als Teil des europäischen Vertragsrechts

## Erster Abschnitt: Grundlagen

§ 2 Zivilrechtliche Bezüge der europäischen Vergaberichtlinien .....	51
I. Das Marktöffnungsziel der Vergaberichtlinien .....	53
1. Individualschützende Charakter der Vergaberichtlinien .....	55
2. Das Recht auf Einhaltung der Vergabevorschriften .....	56
3. Europäischer Vergaberechtsschutz zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht .....	57
II. Der persönliche Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien .....	59
1. Funktionaler Auftraggeberbegriff .....	60
2. Sektorenauftraggeber .....	62
3. Privilegierte private Auftraggeber außerhalb der Sektoren .....	63
III. Das Wettbewerbsprinzip der Vergaberichtlinien .....	63
1. Chancengleichheit .....	64
2. Auftragsvergabe als Instrument politischer Steuerung .....	65
a) Was ist „vergabefremd“? .....	65
b) Steuerungspotential von Eignungskriterien .....	68
c) Steuerungspotential von Zuschlagskriterien .....	69
d) Steuerungspotential von Ausführungsbedingungen .....	73
3. Steuerungspotential öffentlicher Aufträge und EU-Beihilfenrecht	74
IV. Verhältnis der Vergaberichtlinien zum Primärrecht .....	74

---

V. Sanktionierung von Vergabefehlern .....	76
1. Nachprüfungsrichtlinien als Konkretisierung des Art. 4 III EUV .	77
2. Primärer Rechtsschutz .....	78
§ 3 Zivilrechtliche Bezüge der Grundanforderungen im nicht-harmonisierten Bereich .....	81
I. Adressaten .....	81
II. Binnenmarktbezug öffentlicher Aufträge .....	82
1. Rechtsschutz inländischer Bieter – das Urteil „RI.SAN“ .....	83
2. Ex ante-Beurteilung durch den öffentlichen Auftraggeber .....	84
a) Kriterien des grenzüberschreitenden Interesses .....	84
b) Die Rechtssache „An Post“ .....	86
c) Grenzüberschreitende Relevanz bei „de facto“-Vergaben .....	87
III. Determinanten und Grenzen eines primärrechtlichen Vergaberegimes .....	87
1. Bedeutung der „Keck“-Rechtsprechung .....	88
2. Rechtfertigung restriktiver Vergabepraktiken .....	90
3. Zur rechtlichen Bedeutung der Kommissionsmitteilung zur Vergabe von Aufträgen im nicht-harmonisierten Bereich .....	93
IV. Ansätze primärrechtlicher Grundanforderungen .....	95
1. Materielle Vorgaben hinsichtlich des Auftragsgegenstands .....	97
a) Art und Weise der Bedarfsdeckung .....	98
b) Schutz vor vertragsvermittelter Diskriminierung bzw. Marktverengung .....	98
c) Vertragslaufzeit .....	101
2. Festlegung der Eignungs- und Zuschlagskriterien .....	103
3. Verfahrensvorgaben .....	104
a) Bekanntmachung der Vergabeabsicht und -regeln .....	104
b) Herstellung von Chancengleichheit .....	108
V. Transparenz des Vergabeverfahrens und Rechtsschutz .....	111
1. Primärer Rechtsbehelf ohne Rückgriff auf das nationale Recht? .	112
2. Pflicht zur Einführung von Primärrechtsschutz? .....	112
a) Die „Heylens“-Rechtsprechung des EuGH .....	113
b) Das Urteil „Unibet“ .....	114
c) Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers .....	115
(1) Wechselwirkung zwischen Primär- und Sekundärrechtsschutz .....	116
(2) Strukturelle Schwäche des Vergabeschadensersatzrechts	117

Zweiter Abschnitt:  
Vertragsanbahnung, Vertragsgestaltung, Vertragsschluss,  
Vertragsänderung

§ 4	Gemeinschaftsvergaberecht und Vertragsfreiheit .....	119
I.	Teilharmonisierung der Vertragsanbahnungsregeln .....	119
1.	Gemeinschaftsvergaberecht und Vertragsrecht .....	120
2.	Integration von Verfahrensvorgaben .....	120
II.	Vertragspartnerwahl und Abschlussfreiheit .....	122
1.	Die Rechtsprechung des EuGH zum Verzicht auf die Auftragsvergabe .....	122
2.	Kontrahierungszwang und Gleichbehandlungsgrundsatz .....	123
a)	Prüfungsmaßstab für die Verzichtentscheidung .....	123
b)	Rechtsfolge eines rechtswidrigen Verzichts .....	124
III.	Beschaffungshoheit und Vertragsgestaltungsfreiheit .....	125
1.	Definition des Auftragsgegenstands .....	126
a)	Schranken des Bestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers .....	127
b)	Spezifikation des Auftragsgegenstands oder Zuschlagskriterium? .....	128
2.	Bedingungen für die Auftragsausführung (Vertragerfüllungsklauseln) .....	129
a)	Vergabespezifisches Koppelungsverbot .....	130
b)	Abgrenzung zu Art. 53 VergRL .....	131
c)	„Tariftreue“ als Vertragserfüllungsklausel – der Fall „Rüffert“ .....	133
IV.	Nachwirkung des Vergabewettbewerbs in der Vertragsdurchführungsphase .....	135
1.	Vertragsänderungsfreiheit im Lichte der Vergaberichtlinien .....	135
a)	Dispositionsbefugnisse im Rahmen des Auftragsgegenstands .....	136
b)	Zulässigkeitskriterien für wettbewerbsfreie Auftragsergänzungen .....	136
c)	Einzelaufträge aufgrund von Rahmenvereinbarungen .....	137
d)	Eckfeiler der vergaberechtlichen Beschränkung der Vertragsänderungsfreiheit .....	139
2.	Die vergaberechtliche Beurteilung von Vertragsänderungen .....	141
a)	Das Verfahren „CAS Succhi di Frutta SpA“ .....	141
(1)	Die Entscheidung des Gerichts Erster Instanz .....	142
(2)	Die Entscheidung des EuGH .....	143
b)	Die „Advisory Opinion“ des EFTA-Gerichtshofs in der Rs. E-5/98 .....	145

---

c) Die Entscheidung „presstext Nachrichtenagentur“ .....	146
3. Vergaberechtliche Beurteilung von Vertragsübernahmen .....	147
a) Auftraggeberwechsel .....	147
b) Unzulässigkeit der Identitätsänderung auf Auftragnehmerseite .....	148
c) Einschränkung im Urteil „presstext Nachrichtenagentur“? ..	149
§ 5 Der Bestand vergaberechtswidrig geschlossener Verträge .....	151
I. Die Bestandsschutzoption der Nachprüfungsrichtlinien .....	152
1. Rechtslage bis zur Reform von 2008 .....	152
2. Rechtslage gemäß der Änderungsrichtlinie 2007/66/EG .....	153
a) Vorabinformation und Wartefrist .....	153
b) Vertragsrechtliche Folgen der „de facto“-Vergabe .....	154
c) Rechtsfolgen der festgestellten Unwirksamkeit .....	155
d) Fristablauf ohne Nachprüfungsverfahren .....	156
e) Alternative Sanktionen .....	156
II. Kein Bestandsschutz gegenüber Aufsichtsklagen der Kommission ....	157
1. Das Verhältnis der Art. 258 und Art. 260 AEUV zur Bestandsschutzklausel .....	159
2. Fortwirkung von Verstößen gegen das Gemeinschaftsvergaberecht .....	161
a) Bedeutung von Vertragsschluss und Vertragserfüllung .....	161
b) Vertragserfüllung und Ablauf der Abhilfefrist .....	163
c) Fortwirkung in Sonderfällen .....	164
III. Privatrechtliche Konsequenzen der Fortwirkungsrechtsprechung ....	164
1. Nichtigkeit? .....	165
2. Pflicht zur Vertragsbeendigung .....	166
a) Das Urteil „Kommission/Deutschland – Stadt Braunschweig II“ .....	168
b) Beendigungspflicht und Vertrauensschutz .....	168
c) Umsetzung der Beendigungspflicht .....	169
(1) Rechtliche Unmöglichkeit? .....	170
(2) Vertrauensschutz und Verhältnismäßigkeit .....	170
3. Pflicht zur Rückabwicklung? .....	171
a) Bisherige EuGH-Rechtsprechung .....	172
b) Variante 1: Rückabwicklung nach „primärem“ Vergaberechtsverstoß .....	173
c) Variante 2: Rückabwicklung nach Verstoß gegen die Beendigungspflicht .....	173

4. Vorbeugendes Einschreiten der Kommission? .....	174
a) Vorläufige Maßnahmen nach Art. 279 AEUV im Bereich der Auftragsvergabe .....	175
(1) Dringlichkeit und Notwendigkeit .....	175
(2) Interessenabwägung .....	176
(3) Anhängigkeit der Vertragsverletzungsklage .....	176
b) Geringe praktische Relevanz vorläufiger Maßnahmen .....	177

## Kapitel 2

### Zivilrechtliche Bezüge des wirtschaftsrechtlichen Vergabemodells

#### Erster Abschnitt: Grundlagen

§ 6 Privatrechtsbindung öffentlicher Auftraggeber .....	179
I. Gesetzliche Modifikationen der Privatrechtsbindung .....	180
1. Zur Berücksichtigung von Allgemeininteressen bei der Anwendung des Privatrechts .....	180
2. Fiskusprivilegien .....	183
3. Fiskuslasten .....	184
4. Exkurs: „Private“ öffentliche Auftraggeber .....	185
II. Anwendung der Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts? .....	186
1. Vorbemerkung .....	186
2. Die aufgabenbezogene Abgrenzung im Vergaberecht .....	188
a) Bevorzugungsvorschriften .....	189
b) Erfüllung öffentlicher Aufgaben gegenüber dem Vertragspartner? .....	189
c) OLG Brandenburg, 6 Verg 1/99 („Flughafen BBI“) – Beispiel eines Rückgriffs auf Verwaltungsprivatrecht .....	192
III. Konkretisierung der Gemeinwohlbindung im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe .....	194
1. Die Entscheidungen „Abschleppunternehmer“ und „Fernmeldeturme“: mittelbare Einwirkung des Art. 3 GG .....	196
2. Transparenz .....	199
3. Vertragsinhalt: vergabespezifisches Koppelungsverbot .....	199
4. Angemessenheit der Ausübung vertraglicher Rechte? .....	202
§ 7 Der Weg zur kartellrechtlichen Lösung .....	203
I. Von der Lizitation zur Submission .....	205

---

II. Initiativen zur Schaffung eines Reichsverdingungsgesetzes .....	209
III. Systemscheidung für das Privatrecht .....	210
IV. Das haushaltsrechtliche Vergabemodell der Bundesrepublik .....	212
1. Marktwirtschaftliche Ausrichtung des öffentlichen Auftragswesens .....	212
2. Zivilrechtliches Außenverhältnis und öffentlich-rechtliche Überlagerungen .....	214
V. Modernes Vergaberecht .....	216
1. Versuch einer objektiv-rechtlichen Lösung .....	217
2. Verankerung des Vergaberechts im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen .....	218
a) Kartellrechtliche Lösung .....	219
b) Zweiteilung des Vergaberegimes .....	219
c) Festigung des wirtschafts- und privatrechtlichen Vergabemodells .....	220
3. „Alcatel“-Entscheidung des EuGH: Präferenz für die Zwei- Stufen-Lehre? .....	222
4. Vergaberechtsreform 2009 .....	223
5. „Papiertiger“ Sekundärrechtsschutz? .....	224
§ 8 Grundstrukturen des Kartellvergaberechts .....	227
I. Vorbemerkung zu Begriff und Rechtsnatur des Vergaberechts .....	227
II. Legitimation und Ziele .....	228
1. Wettbewerbspolitische Rechtfertigung des Vergaberechts .....	229
a) Öffnung der Beschaffungsmärkte der EU-Mitgliedstaaten ....	229
b) Förderung und Schutz des Wettbewerbs .....	230
2. Der vergaberechtliche Wirtschaftlichkeitsbegriff .....	231
3. Angemessene Vertragsbedingungen .....	234
4. Zielkonflikte im Spannungsfeld verschiedener Politikbereiche ....	235
III. Besonderheiten der Regelungstechnik .....	236
1. Kaskaden- und Schubladenprinzip .....	237
2. Von der Zweiteilung zur Dreiteilung des Vergaberechts .....	237
IV. Anwendungsbereich und Regelungsgegenstand .....	238
1. Persönlicher Anwendungsbereich .....	238
2. Sachlicher Anwendungsbereich .....	240
V. System des Kartellvergaberechts .....	240
1. Materielle Grundsätze des Vergabeverfahrens .....	241
a) Transparenter Wettbewerb .....	241
b) Gleichbehandlung .....	241
c) Mittelstandsförderung .....	242

---

d) Eignungsgrundsatz, Ausführungsbedingungen und vergabefremde Kriterien .....	242
2. Vergabevertragsrecht .....	244
a) Vertragsgestaltungsvorgaben .....	244
(1) Aufbau der Vertragsbedingungen .....	245
(2) An den öffentlichen Auftraggeber gerichtete inhaltliche Vorgaben .....	245
(3) Auftragnehmerbezogene inhaltliche Vorgaben .....	247
b) Keine vergaberechtliche Regelung der Vertragsabwicklung ...	248
c) Konkretisierung vorvertraglicher Rücksichtspflichten .....	248
3. Vergabeschadensersatzrecht .....	249
a) Vergaberechtlicher Sekundärrechtsschutz (§ 126 S. 1 GWB) .	249
b) Öffnungsklausel für das Vertrags- und Deliktsrecht (§ 126 S. 2 GWB) .....	249
(1) Allgemeiner Sekundärrechtsschutz .....	249
(2) Sonstige Rücksichtspflichtverletzungen .....	250
c) Haftung für Vergabefehler gegenüber dem Auftragnehmer ...	250
d) Haftung für Verfahrensmisbrauch und Schadensersatzpflicht bei ungerechtfertigten Eilmaßnahmen .....	251
4. Vergabenachprüfungsrecht .....	251
a) Vergaberechtsweg .....	252
b) Suspensiveffekt des Nachprüfungsantrags .....	252
c) Eingeschränkte Amtsermittlung .....	253
5. Private als „Wächter des Vergaberechts“ .....	254
VI. Zäsurwirkung des Vertragsschlusses .....	255
1. Selbstbeschränkung des Vergaberechts .....	255
2. Trennungsprinzip und Bestand des Vertrags .....	256
3. (Nicht-)Ausübung vertraglicher Rechte .....	257
a) Sonderfall: Antizipierter Vergaberechtsverstoß .....	258
b) Rechtslage nach Vertragsschluss .....	258
c) Ausnahme: „versteckte“ Vertragsänderung .....	259
4. Sonderfall: Die Durchsetzung von Vertragserfüllungsklauseln und der weitergereichten Losvergabepflicht .....	260
5. Anmerkung zum Alternativmodell der „Zwei-Ebenen-Lehre“ ....	261
a) Öffentlich-rechtlicher Vertragsänderungsanspruch? .....	261
b) Unvereinbarkeit mit dem Kartellvergaberecht .....	262

Zweiter Abschnitt:  
Vertrag und öffentlicher Auftrag

§ 9	Vertragsbegriff des Vergaberechts .....	265
I.	Konsens .....	265
II.	Verbindlichkeit der Vereinbarung .....	266
III.	Entgeltlichkeit .....	267
IV.	Beschaffungselement .....	268
1.	Keine gegenständliche Vermögenseingliederung erforderlich .....	268
2.	Verbindung des öffentlichen Auftraggebers zum Leistungsergebnis .....	269
3.	Bagatellgrenze für den Beschaffungsbezug? .....	272
§ 10	Vertragsgestaltung und „in house“-Vergabe .....	273
I.	„Teckal“-Kriterien: Kontrolle und Marktausrichtung .....	274
1.	Kontrollkriterium .....	275
a)	Keine hinreichende Kontrolle gegenüber gemischtwirtschaftlichen Unternehmen .....	276
b)	Objektive Umgehung und Gesamtbetrachtung .....	277
2.	Marktausrichtungskriterium .....	279
II.	Notwendigkeit institutioneller oder vertraglicher Absicherung .....	279
1.	Die weitere Entwicklung nach Vertragsschluss als vergaberechtliches Problem .....	280
2.	Die „nachsorgende“ Lösung .....	280
3.	Ansatzpunkte für eine vorsorgende vertragliche Lösung .....	281
III.	Absicherung im Gesellschaftsvertrag .....	283
1.	Aktiengesellschaft .....	283
2.	Gesellschaft mit begrenzter Haftung .....	284
IV.	Absicherung im Leistungsvertrag – Vertragslösungsrecht .....	285
V.	Rechtsschutzfragen .....	286

Dritter Abschnitt:  
Vergaberecht und Vertragsfreiheit

§ 11	Der Anspruch auf Einhaltung der Vorschriften über das Vergabeverfahren .....	288
I.	Anmerkung zum Schutzzweckdenken im Vergaberecht .....	288
1.	Erfasst § 97 VII GWB nur „bieterschützende“ Vorschriften? .....	289
2.	Zur (dienenden?) Funktion des Vergabeverfahrensrechts .....	291
II.	Anspruchsinhaber .....	293

---

III. Gibt es (rein) auftraggeberschützende Vergabevorschriften? .....	294
1. Der „unangemessene“ Angebotspreis .....	294
a) Vertragsrechtliche Seite .....	295
b) Wettbewerbliche Seite .....	295
2. Das Beispiel der Vertragsgestaltungsvorgaben .....	297
a) Vertragsgestaltungsvorgaben als Ordnungsvorschriften? .....	297
b) Teleologische Reduktion? .....	298
c) Untrennbarkeit von Vergabeverfahren und Vertragsinhalt ....	299
d) Präventive vergabespezifische Inhaltskontrolle .....	300
IV. Was sind Bestimmungen „über das Vergabeverfahren“? .....	302
1. Abgrenzung zur Schnittstellenproblematik .....	302
2. Privatrechtliche Vorschriften .....	303
a) Insbesondere: Treu und Glauben .....	304
b) Abgrenzung zu zivilrechtlichen Vorfragen .....	307
3. Aus den allgemeinen Vergabegrundsätzen abgeleitete Regeln .....	308
§ 12 Vergaberecht und Abschlussfreiheit .....	310
I. Vorbemerkungen zum Kontrahierungszwang .....	311
1. Kontrahierungszwang als Ergebnis einer „Ausübungskontrolle“ .....	311
2. Kontrahierungszwang mit heteronomer Zwecksetzung .....	313
3. Kontrahierungszwang und Selbstbindung .....	313
4. Rechtsgrundlage des mittelbaren Kontrahierungszwangs .....	314
II. Zur Kritik am Kontrahierungszwang als Sanktion von Diskriminierungsverboten .....	315
III. Kartellvergaberechtlicher Kontrahierungszwang .....	318
1. Abbruch der Vertragsverhandlungen im Vergaberecht .....	318
a) Schadensersatzrechtliches Verständnis der Aufhebungsregelung .....	321
b) Vergleich mit der Rechtsprechung zu Architektenwettbewerben .....	322
c) Vertragliche Selbstbindung der Abschlussfreiheit .....	324
2. Kontrahierungszwang als Ausfluss der Bindung an den Ausschreibungsgegenstand .....	327
a) Vergaberechtliche Vorgaben für die Betätigung der Abschlussfreiheit des öffentlichen Auftraggebers .....	328
(1) Bedarfsentscheidung .....	329
(2) Marktöffnung und Abschlussfreiheit .....	329
b) Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 II GWB) und Abschlussfreiheit .....	330
c) Vergabewille und Selbstbindung an den Auftragsgegenstand .....	331
(1) Aufgabe des Beschaffungsvorhabens .....	333

(2) Fortbestehender Vergabewille im Hinblick auf ein identisches oder nur unwesentlich verändertes Beschaffungsvorhaben .....	334
d) Die Grenzen der Freiheit zur Änderung des Auftragsgegenstands .....	336
(1) Sachliche Begründung .....	337
(2) Verhältnismäßigkeit .....	338
(3) Beispiel .....	339
e) Beweisfragen .....	340
f) Entscheidungsmöglichkeiten im Nachprüfungsverfahren .....	341
IV. Kontrahierungszwang außerhalb des Kartellvergaberechts? .....	342
1. Bindung an den Gleichheitssatz und Aufhebung der Ausschreibung .....	343
a) Willkürverbot in der Abwehrdimension .....	343
b) Schutz (nur) gegen die Scheinaufhebung .....	344
2. Kontrahierungszwang durch Selbstbindung? .....	345
3. Primäres Gemeinschaftsvergaberecht und Aufhebung .....	346
§ 13 Vergaberecht und Inhaltsfreiheit .....	347
I. Gründe für die vergaberechtliche Einschränkung der Inhaltsfreiheit .....	347
1. Gefährdung vergaberechtlicher Ziele durch Vertragsgestaltung ..	347
2. Das Problem „vergabefremder“ Vertragspflichten .....	348
3. Angemessenheit der Vertragsbedingungen .....	349
II. Vertragsgestaltungsvorgaben: Kategorien und Funktionen .....	350
1. Vorschriften mit Einfluss auf den Vertragsinhalt... ..	350
a) ... betreffend den Auftragsgegenstand .....	350
b) ... betreffend die Auftragsausführung .....	351
c) ... betreffend sonstige Vertragsbedingungen .....	351
2. Funktionen .....	351
III. „Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung“ als vergaberechtliche Kategorie – am Beispiel Tariftreue .....	352
1. Abgrenzung von den Vergabekriterien .....	353
a) Tariftreue als Eignungskriterium .....	354
b) Tariftreue als Zuschlagskriterium .....	354
2. Tariftreue als Vertragspflicht .....	356
a) Rechtsnatur „zusätzlicher Bedingungen für die Auftragsausführung“ .....	357
b) Art. 26 VergRL als narrative Norm? .....	359
c) Bezug zur Auftragsausführung als materielle Voraussetzung .	360
d) Anmerkung zu § 97 IV 2 GWB 2009 .....	361
3. Zusammenfassendes Beispiel .....	361

---

IV. Grundfreiheiten als vergabeunabhängiger Prüfungsmaßstab .....	362
V. Sonstige Vertragsgestaltungsvorgaben des Vergaberechts .....	364
1. VOB/B, VOB/C und VOL/B als Mustervertrag .....	364
a) Öffnungsklauseln .....	365
b) Spezielle Vertragsgestaltungsvorgaben .....	366
2. AGB-rechtliche Fragen .....	366
a) VOB/B, VOB/C und VOL/B als Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	366
b) Einbeziehungsfragen .....	367
c) Privilegierung der VOB/B .....	368
3. Zur Legitimation der Vertragsgestaltungsvorgaben .....	371
a) Transparenz des Vertrags .....	371
b) Vor- und Nachteile der Vorhaltung von Vertragsordnungen .	372
c) Vertragsgestaltungsvorgaben i.e.S. ....	373
§ 14 Vergaberechtliche Beurteilung von Vertragsänderungen .....	374
I. § 99 GWB als Ausgangspunkt .....	374
II. Änderung aufgrund eines Vergabewettbewerbs geschlossener Verträge .....	375
1. „Wesentlichkeit“ der Vertragsänderung .....	376
2. Zwei Wege zur Wesentlichkeit .....	376
a) Hypothetisch-retrospektive Wettbewerbsrelevanz .....	378
(1) Beispiel: Zu ändernder Vertragsbestandteil war Wettbewerbsparameter .....	378
(2) Beweislast .....	379
b) Änderung von Kernelementen des öffentlichen Auftrags .....	379
(1) Änderung des gegenständlichen Leistungsumfangs .....	380
(2) Änderung der Vertragslaufzeit .....	381
(3) Änderung des Verhältnisses von Preis und Leistung .....	381
3. Der Fall „Wall AG/Stadt Frankfurt“: Austausch eines Nachunternehmers durch Dienstleistungskonzessionär .....	382
a) „Presetext“-Kriterien auf Dienstleistungskonzessionen anwendbar .....	382
b) Wesentlichkeit trotz Nachunternehmerklausel im Ausgangsvertrag .....	383
III. Bagatell-Ausnahme? .....	384
IV. Änderung vergaberechtswidrig „de facto“ geschlossener Verträge ...	385
V. Bedeutung des Werts der noch nicht ausgeführten Leistungen .....	385
1. Keine Relevanz für die Beurteilung der Wesentlichkeit .....	386
2. Auftragswert der Restleistungen .....	386
VI. Rechtsfolgen einer vergaberechtswidrigen Vertragsänderung .....	387

VII. Umgehung des Nachverhandlungsverbots? .....	387
1. Einseitiger Verstoß .....	388
2. Kollusives Handeln .....	388
VIII. Folgerungen für die Vertragsgestaltung .....	389
1. Anpassungsklauseln .....	389
2. Anmerkung zum Rechtsschutz .....	390
IX. Exkurs: Einschränkung der Rechtsausübungsfreiheit? .....	391
1. Sonderfall Rahmenvereinbarung: Verpflichtung zum Abruf? .....	391
2. Vergaberechtsneutralität der Nichtdurchsetzung vertraglicher Rechtspositionen .....	392

Vierter Abschnitt:

Zivilrecht im Vergabeverfahren

§ 15 Vergaberechtliche Verfahrenshandlungen an der Schnittstelle zum Zivilrecht .....	395
I. Vergabebekanntmachung .....	395
1. Vergaberechtliche Bedeutung .....	396
2. Vertragsrechtliche Bedeutung .....	397
a) Information .....	397
b) Kein Vorvertrag .....	398
c) Anspruch auf Erhalt der Vergabeunterlagen .....	398
d) Begründung eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses mit vergaberechtlichen Besonderheiten .....	400
(1) Amortisationschance .....	400
(2) Einklagbare vergabespezifische Rücksichtspflichten .....	400
(3) Einklagbare allgemeine Rücksichtspflichten .....	401
3. Vergabespezifische Obliegenheiten auf Unternehmerseite .....	402
II. Vergabeunterlagen .....	402
1. Anschreiben .....	402
a) Vergaberechtliche Bedeutung .....	402
b) Vertragsrechtliche Bedeutung .....	403
c) Invitatio ad offerendum .....	403
d) Kein Entgelt für die Angebotslegung .....	403
e) Anspruch auf angemessene Entschädigung .....	404
2. Bewerbungsbedingungen .....	404
a) Vergaberechtliche Bedeutung .....	405
b) Vertragsrechtliche Bedeutung als AGB? .....	405
3. Vertragsunterlagen .....	407
a) Leistungsbeschreibung .....	407
(1) Vergaberechtliche Bedeutung .....	407

---

(2) Vertragsrechtliche Bedeutung .....	408
b) Auslegungshorizont in der Vergabe- und der Ausführungsphase .....	409
c) Unerfüllbare Anforderungen als Verstoß gegen Treu und Glauben .....	411
III. Angebot .....	413
1. Erweiterter Begriff des Angebots .....	413
2. Zugang .....	413
3. Widerruf des Angebots .....	415
4. Annahmefrist und Angebotsbindung .....	415
a) Der Fall „Regierungsneubau“ .....	416
b) Vollmachtlose Stellvertretung .....	417
c) Bedingte Angebote und Eventualanfechtung .....	419
(1) Anwendung der Kollisionsregel .....	419
(2) Ausschluss die Angebotsbindung in Frage stellender privatrechtlicher Instrumente .....	421
5. Irrtumsanfechtung .....	422
a) Zulässigkeit und Alternativen .....	422
b) Klärung der Wirksamkeit der Kündigung nach Vertragsschluss .....	423
6. Handhabung eines Kalkulationsfehlers .....	424
a) Vorbemerkung: Erkannter Kalkulationsirrtum als Einwendung im Schadensersatzprozess gegen den Auftragnehmer .....	425
(1) Rein privatrechtliche Lösung .....	426
(2) Vergaberechtliche Modifikation dieser Lösung? .....	427
b) Der im Vergabeverfahren offen gelegte Kalkulationsirrtum ..	428
(1) § 242 BGB als Vergabevorschrift .....	428
(2) Teleologische Reduktion des § 107 II GWB .....	429
(3) Verhältnis zum vergaberechtlichen Angemessenheitsgebot .....	429
(4) Rügeobliegenheit .....	431
7. Integrität des Angebots .....	431
a) Äußere Integrität .....	431
b) Innere Integrität .....	432
8. Änderbarkeit des Angebots .....	434
a) Nachverhandlungsverbot .....	434
b) Fallgruppe Preisänderung .....	435
c) Fallgruppe Nachreichen von Unterlagen .....	436

9. Grundsatz der Bieteridentität und Gesellschaftsrecht .....	438
a) Wechsel in der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft ..	438
(1) Bietergemeinschaft als teilrechtsfähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts .....	438
(2) Spezielles Gleichbehandlungsgebot .....	440
(3) Identitätswahrender Wechsel im Mitgliederbestand .....	441
b) Gesellschaftsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge .....	444
(1) Zivilrechtliche Beurteilung .....	444
(2) Vergaberechtliche Beurteilung .....	445
c) Wertungswiderspruch mit Blick auf die Rechtslage nach Vertragsschluss? .....	446
10. Die Auslegung des Angebots .....	447
a) Vergabespezifische Auslegungsregel gem. § 16 IV VOB/A ....	447
b) Vergabespezifische Modifikationen .....	448
(1) Modifikation des Empfängerhorizonts .....	449
(2) Ausschluss der „falsa demonstratio“-Regel .....	450
(3) Vergaberechtliche „Andeutungstheorie“ .....	450
IV. Vorabinformation .....	451
1. Vorabinformation als Verfahrenshandlung .....	451
2. Rechtsgeschäftsähnliche Handlung .....	451
3. Unmaßgeblichkeit des Zugangs .....	452
§ 16 Vertragsschluss als Schnittstelle zwischen Vergaberecht und Vertragsrecht .....	454
I. Änderungen in § 18 VOB/A 2009 .....	454
II. Vertragsschlussmechanismus nach § 18 II VOB/A .....	455
1. Zuschlag auf ein erloschenes Angebot .....	456
2. Angebotsmodifizierender Zuschlag .....	456
3. Vergaberechtliche Bedeutung des § 18 II VOB/A .....	457
4. Reaktion des Bestbieters .....	457
5. Modifizierender Zuschlag und § 101a GWB .....	459
6. Zuschlag auf ein vergaberechtswidriges Angebot .....	459
III. Verspäteter Zuschlag .....	461
1. Der Fall „Regierungsneubau“ .....	462
2. Nachprüfungsbedingte Bauzeitverschiebung .....	462
a) Problemskizze .....	463
b) Interessenlage .....	464
c) Bedeutung der Bindefristverlängerung .....	465
3. Fallgruppe 1: Vertragsschluss mit überholter Ausführungsfrist ...	466
a) Anpassung des hinsichtlich der Bauzeit überholten Vertrags .	467
b) Grenzen der „Anpassungslösung“ .....	468

c) Exkurs: Zuschlagsverzögerung ohne Einfluss auf die Leistungszeit: Keine Anpassung! .....	470
4. Fallgruppe 2: Zuschlag als Gegenangebot und Annahme durch den Bestbieter .....	471
a) Anwendung des § 150 II BGB .....	471
b) Zur vermeintlichen Lückenhaftigkeit der „vertragsrechtlichen Lösung“ .....	473
c) Verdrängung des § 150 II BGB durch vergaberechtskonforme Auslegung .....	474
5. Fallgruppe 3: Zuschlag als Gegenangebot und Ablehnung durch den Bestbieter .....	475
a) Nachverhandlungsverbot als Hindernis? .....	476
b) Kontrahierungszwang des öffentlichen Auftraggebers .....	477
c) Kein Kontrahierungszwang des Bestbieters .....	479
6. Fallgruppenübergreifende Fragen .....	480
a) Nachprüfungsbedingte Verzögerung als Störung der Geschäftsgrundlage? .....	480
b) Zur Berechnung der Preisanpassung .....	483
c) Anpassungsanspruch des öffentlichen Auftraggebers .....	485
d) Vergaberechtliche Seite der Verzögerungsproblematik .....	485
(1) Vorsorge in den Ausschreibungsunterlagen? .....	486
(2) Begrenzte Wiedereröffnung der Angebotsphase .....	486
(3) Bedingter Zuschlag als Lösungsmodell? .....	489

Fünfter Abschnitt:

Der vergaberechtswidrig geschlossene Vertrag

§ 17 Vergabefehler zum Nachteil des Auftragnehmers .....	490
I. Vergaberecht als (Bau-)Vertragsrecht? .....	492
1. § 7 VOB/A und die „offene“ vergaberechtswidrige Risikoabwälzung .....	493
a) These von der mittelbaren Einwirkung des Vergaberechts ....	495
b) § 97 VII GWB als Bewährungsprobe .....	498
2. Folgen von Vergaberechtsverletzungen im Vertragsverhältnis ....	501
a) Ein Fehlurteil... ..	501
b) ... mit Folgen .....	503
c) ... und seine späte Korrektur .....	504
d) Abschließendes Beispiel .....	506

3. Unwirksamkeit nach § 101b GWB im Verhältnis zum Auftragnehmer .....	507
a) Alte Rechtslage: Relative Nichtigkeit als vergaberechtliche Lösung .....	508
b) Alternativ: Vertragsrechtliche Lösung über § 242 BGB .....	509
c) Festlegung auf eine vergaberechtliche Lösung .....	510
d) Vorabinformation als Ausdruck einer Schutzpflicht .....	511
II. Vergabevorschriften als Verbotsgesetze? .....	511
1. Teilnichtigkeit und Wettbewerbsgrundsatz .....	512
2. Implikationen der Zäsurwirkung des Vertragsschlusses .....	513
III. Vergaberecht und Inhaltskontrolle .....	514
1. Auftraggeberbegriff als Ansatzpunkt für einen abweichenden Prüfungsmaßstab? .....	515
2. Vertragsgestaltungsvorgaben und § 307 II Nr. 1 BGB .....	516
3. Formulierungsverantwortung des öffentlichen Auftraggebers? ...	518
IV. Vertragsauslegung .....	520
1. Der Vergabewettbewerb als auslegungserheblicher Umstand .....	520
2. Vergaberechtskonforme Auslegung .....	522
3. Keine korrigierende Auslegung .....	523
4. Zusammenfassende Beispiele .....	524
a) „Konsoltraggerüst“- Fall .....	524
b) Variabler Baubeginn und Zuschlagsverzögerung .....	525
V. Vergabefehler und Anfechtung nach Vertragsschluss .....	526
§ 18 Vergabefehler zum Nachteil der Mitbewerber .....	529
I. Die Zäsurwirkung des § 114 II 1 GWB .....	529
1. § 114 II 1 GWB als „Kompetenzabgrenzungsnorm“ .....	529
2. Begründung der materiellen Zäsurwirkung des Vertragsschlusses	532
a) Nach Erfüllung des Vertrags .....	532
b) Noch nicht erfüllter Vertrag .....	535
3. Verfassungskonformität der Zäsurwirkung .....	536
4. Ausschluss einer „Zweiebene nlösung“ .....	537
5. Folgerung: „Bestandsschutz“ des Vertrags .....	537
II. Vergabe- oder zivilrechtliche Lösung des Problems „de facto“-	
Vergabe? .....	538
1. Teillösung durch analoge Anwendung des § 13 VgV a.F. ....	538
a) Erlangung des Bieterstatus .....	539
b) Zwei Interessenten als hinreichende Voraussetzung .....	540
c) Grenzen der Analogie im materiellen Vergabeverfahren .....	541
d) Behandlung der „echten“ Direktvergabe .....	542

2. „Echte“ de facto-Vergabe und § 134 BGB .....	543
a) Die Sicht des deutschen Rechts .....	543
b) Europäische Perspektive (vor der Rechtsmittelreform 2007) .	544
3. Sittenwidrigkeit einer „de facto“-Vergabe .....	546
a) Voraussetzungen .....	546
b) Rückabwicklung? .....	547
4. Die Lösung des GWB 2009 – wider die Flucht in das Vertragsrecht? .....	549
a) Art. 2d Richtlinie 2007/66/EG als Hintergrund .....	549
b) „Schwebende“ Wirksamkeit gem. § 101b GWB .....	550
c) Bedeutung der „Quasi-Bietereigenschaft“ .....	552
d) Ausschlussfrist .....	553
e) Folgerungen .....	553
f) Verhältnis des § 101b GWB zu sachnahen BGB-Vorschriften	555
(1) Beispiel § 138 BGB .....	555
(2) Beispiel § 242 BGB .....	556
5. Vertragsrechtliche Bewältigung der Schewebezeit .....	556
a) Rückabwicklung nach Bedingungseintritt .....	557
b) Rückbeziehung der Rechtsfolgen des Bedingungseintritts .....	559
c) Beispiel § 162 II BGB (Vereitelung des Bedingungseintritts) ..	559
d) „Rechtsausübungslast“ des öffentlichen Auftraggebers? .....	560
III. Anspruch auf bzw. Anordnung der Rückabwicklung? .....	561
1. Anspruch auf Rückabwicklung nach „de facto“-Vergabe? .....	561
2. Rückabwicklungsdurchgriff auf der Grundlage des § 114 I 1 GWB? .....	563
a) Effektivitätsargument .....	563
b) Umweg über das Privatrecht .....	564
3. Fazit .....	566
§ 19 Vergaberechtsverstoß und Allgemeininteresse .....	567
I. Kein Bestandsschutz gegenüber Aufsichtsmaßnahmen der EU- Kommission .....	567
II. Zivilrechtliche Handlungsmöglichkeiten der Vergabestelle .....	568
1. Vertragsverletzungsurteil als „Störung der Geschäftsgrundlage“?	570
a) Vorbemerkung: Keine Abbedingung des § 313 BGB .....	570
b) Abgrenzung der §§ 313, 314 BGB .....	571
c) Einordnung des Vertragsverletzungsurteils .....	573
2. Kündigung gem. § 314 BGB .....	575
a) Vorbemerkung zur Interessenabwägung .....	576
b) Vertragsverletzungsurteil als „wichtiger Grund“ .....	577
c) Kündigungsfrist? .....	578

d) Verhältnismäßigkeit der Kündigung .....	579
e) Vorgehensweise bei Schuldverhältnissen ohne Dauercharakter .....	580
3. Fazit .....	581
III. Aufsichtsrechtliche Lösung .....	581
1. Strukturelle Durchsetzungsdefizite im Vergaberecht? .....	582
2. „Vollzugsdefizit“ hinsichtlich der Fortwirkungsrechtsprechung des EuGH? .....	583
3. Bedeutung der Rechts- und Fachaufsicht .....	585
IV. Haushaltsrecht und Sittenwidrigkeit .....	585
1. Kein Durchgriff des Haushaltsrechts auf das Vertragsverhältnis .	586
2. Missachtung des Haushaltsrechts als sittenwidriger Tatbestand .	587
V. Exkurs: Der „außerordentlich“ überhöhte Einheitspreis beim Bauvertrag .....	589
1. Preisangemessenheit im Vergabeverfahren .....	589
2. Vertragsrechtliche Folgen „vertragsuntypischer“ Spekulation ....	591
3. Rückwirkungen auf das Vergaberecht? .....	593

## Kapitel 3

### Zivilrechtliche Bezüge des haushaltsrechtlichen Vergabemodells

#### Erster Abschnitt:

#### Der verfassungsrechtliche Rahmen

§ 20 Grundrechtspositionen gegenüber dem Staat als Nachfrager ....	597
I. Auftragsvergabe durch Hoheitsträger als „vollziehende Gewalt“ ....	597
II. Eigentumsrechtlicher Schutz für den Bestbieter? .....	601
III. Berufsfreiheit und Auftragsvergabe .....	602
1. Keine marktexterne Beeinflussung beruflicher Chancen .....	603
2. Berufsfreiheit und „vergabefremde“ Kriterien .....	606
3. Auftragsvergabe als Verteilungsentscheidung? .....	611
IV. Gleichheitssatz und Auftragsvergabe .....	615
1. Der an Vergabevorschriften und -entscheidungen anzulegende Prüfungsmaßstab .....	616
2. Gleichheitssatz und Ausgestaltung der Vertragspartnerwahl .....	618
a) Bewerbungsmöglichkeiten .....	619
b) Verfahrensregeln .....	621
(1) Auswahlkriterien .....	622

---

(2) Ablauf des Verfahrens .....	625
3. Gleichheitssatz und Leistungsanforderungen .....	626
4. Sonderfall Auftragssperre .....	628
5. Selbstbindung der Verwaltung an die Vergabeordnungen .....	629
§ 21 Recht auf willkürfreie Vergabe: Prüfungsmaßstab .....	630
I. Schutz gegen evident sachwidrige Ungleichbehandlung .....	630
1. Objektive Kontrolle der Sachgründe .....	631
2. Evidenzhürde .....	631
II. Prüfungsdichte bei Selbstbindung an eine Vergabeordnung .....	632
1. Verwaltungspraxis .....	632
2. Vergleichbarkeit .....	634
3. Abweichung von der bisherigen Praxis .....	634
4. Rechtfertigung .....	637
5. Fazit .....	637

Zweiter Abschnitt:  
Rechtsschutzgarantie

§ 22 Primär- oder Sekundärrechtsschutz? .....	639
I. Auftragsvergabe als Ausübung „öffentlicher Gewalt“? .....	639
II. Verbot des „dulde und liquidiere“ im Vergabebereich? .....	642
III. Das vergaberechtliche Interessengeflecht im Spiegel von BVerfGE 116, 135 .....	643
1. Vertretbarkeit des Schutzes einer Umsatzchance durch Schadensersatzansprüche .....	644
2. Kritische Würdigung .....	646
a) Lücken in der Begründung .....	646
b) Überbewertung des Sekundärrechtsschutzes? .....	646
c) Fixierung auf finanzielle Interessen der Bieter .....	648
d) Ausblendung der europäischen Ebene .....	649
§ 23 Aufgabe des privatrechtlichen Vergabemodells? .....	650
I. Einheitlich öffentlich-rechtliche Lösung .....	651
II. „Gemischte“ Lösungen .....	654
1. Zweistufenlehre und Vergabe öffentlicher Aufträge .....	654
a) Grundlinien .....	655
b) „Wiederbelebung“ der Diskussion in den neunziger Jahren ..	658
c) Widerspruch zum Kartellvergaberecht .....	659
d) Widerspruch zum Haushaltsvergaberecht .....	660
e) Aufspaltung der Zuschlagsentscheidung .....	660
f) Fazit .....	662

---

2. Analoge Anwendung einzelner Bestimmungen des VwVfG- Vertragsrechts? .....	662
3. Privatrechtlich verfasstes Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprivatrecht .....	664
§ 24 Durchsetzung des Art. 3 GG im privatrechtlichen Modell .....	666
I. Ausgangslage .....	666
II. Schutz der Chance auf den Auftrag – primärer Rechtsschutz gegen Fehler innerhalb eines Vergabewettbewerbs .....	669
1. Überblick über die Rechtsprechung .....	669
2. Vorvertragliches Schuldverhältnis als Ansatzpunkt für Primärrechtsschutz? .....	671
a) Konkretisierung der auf den Vergabewettbewerb bezogenen Schutzpflicht .....	671
b) Zur Irrelevanz der hypothetisch richtigen Vergabeentscheidung .....	673
c) Klagbarer Anspruch auf Erfüllung „vergaberechtlicher“ Schutzpflichten? .....	674
d) Der Vorbehalt nach § 55 Ziff. 2.3 VV-BHO .....	678
e) Sonderprivatrechtlicher Begründungsansatz? .....	679
3. § 823 II BGB als Basis einer Kontrolle von Vergabeentscheidungen? .....	680
III. Erzwingung der Eröffnung einer Chance auf den Auftrag – das „Ob“ und die Grundlagen eines Vergabewettbewerbs .....	682
1. Kein Ansatzpunkt für Sekundärrechtsschutz im vorvertraglichen Schuldverhältnis .....	683
2. Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche auf deliktsrechtlicher Grundlage .....	684
a) Bieterrechte als „sonstige Rechte“ im Sinne des § 823 I BGB? .....	684
b) Schutzgesetzzeigenschaft von Art. 3 I GG in seiner „Zugangsdimension“ .....	684
c) Europarechtliches Transparenzgebot als Schutzgesetz .....	687
IV. Prüfungsmaßstab .....	687
1. Konkretisierung des vergabespezifischen Willkürverbots .....	688
2. Evidenter Verstoß gegen selbst gesetzte Vergaberegeln als objektive Willkür .....	691
§ 25 Der Kampf um den Rechtsweg .....	693
I. Natur des den Streit Anlass bietenden Rechtsverhältnisses .....	694
1. Das Rechtsverhältnis zwischen öffentlichem Auftraggeber und Bieter .....	695

---

2. Einheitliche Betrachtung von Vergabeverfahren und Vertragsschluss .....	695
II. Die das Vergabeverfahren prägenden Rechtsnormen .....	696
1. Bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung .....	698
a) Einordnung der Auftragsperre .....	698
b) Einordnung der Entscheidung über die Vertragspartnerwahl .....	700
c) „Normativ“ bevorzugte Bieter .....	701
d) Fazit .....	704
2. Prägung der Vergabestreitigkeit durch Haushaltsrecht? .....	705
3. Prägung der Vergabestreitigkeit durch Art. 3 I GG? .....	708
a) Geringes Steuerungspotential .....	709
b) Andere Beurteilung bei Selbstbindung an eine Vergabeordnung? .....	710
4. Das BGB als die Vergabestreitigkeit prägende Regelung .....	711
a) „Verfahrensvorschriften“ des BGB .....	712
b) Vergabeordnungen als Konkretisierung vorvertraglicher Verhaltenspflichten .....	713
c) Wechselwirkungen zwischen Vergabeverfahren und Vertrag .....	714
d) Fazit .....	715
III. Das ZPO-Eilverfahren auf dem vergaberechtlichen Prüfstand .....	715
1. Kompensation des fehlenden Suspensiveffekts .....	718
2. Vorwegnahme der Hauptsache .....	719
3. Faktoren der Milderung des Informationsproblems .....	720
a) Sekundäre Behauptungslast .....	720
b) Zugriff auf Vergabeakten und Vergabevermerk .....	721
(1) Prozessuale Vorlegungspflicht gem. § 423 ZPO? .....	722
(2) Vorlegung der Vergabeakten nach §§ 422 ZPO i.V.m. §§ 809, 810 BGB? .....	723
(3) Anordnung nach § 142 ZPO .....	726
(4) Fazit .....	727
4. Haftung nach § 945 ZPO? .....	729

## Kapitel 4 Vergaberecht und Schadensersatz

### Erster Abschnitt: Grundlagen

§ 26 Haftungsrechtliche Vorgaben des Gemeinschaftsvergaberechts	732
I. Schadensersatz als zweite Säule der Durchsetzung des europäischen Vergaberechts: Die Vorgaben der Nachprüfungsrichtlinien	733
1. Tatbestandsmerkmale	734
a) Objektiver „einfacher“ Rechtsverstoß	734
b) Verschuldenserfordernis	735
c) Kausalzusammenhang	737
d) Rechtmäßiges Alternativverhalten	738
2. Anspruchsinhalt	739
a) Ersatz des Vermögensschadens	740
b) Ersatz des immateriellen Schadens?	741
c) Naturalrestitution oder Schadensersatz in Geld?	742
3. Nachweis des Schadens und des Kausalzusammenhangs	742
4. Zeitliche Schranken der Rechtsdurchsetzung	743
II. Ergänzende Heranziehung der Grundsätze des autonomen EU-Haftungsrechts	743
1. Außervertragliche Haftung der Gemeinschaft als Auftraggeberin als Erkenntnisquelle	744
2. Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden	747
3. Begrenzung des Schadensersatzanspruchs?	748
4. Kausalität des Rechtsverstoßes für den Schaden	749
a) Angebots- und Teilnahmekosten	750
b) Entgangener Gewinn	751
c) Zur Bedeutung der Aufhebung des Vergabeverfahrens	752
5. Anspruch auf Vertragsschluss als Naturalrestitution?	752
§ 27 Weichenstellungen des deutschen Rechts	754
I. Zwei Dimensionen der Haftung für Vergaberechtsverstöße	754
1. Bilateral-vertragsrechtliche Dimension der Haftungsproblematik	754
a) Ersatz des „Rest“-Vertrauensschadens im Vergaberecht	755
b) Vergaberechtliche Gegenargumentation des BGH	756
c) Kritik: Missachtung des Trennungsprinzips	757
2. Wettbewerbliche Dimension der Haftungsproblematik	759
II. Einordnung des Vergabeverfahrens in das Haftungssystem des BGB	760
1. Culpa in contrahendo als einheitliche Anspruchsgrundlage	760

2. Gesetzliches Vergabeschuldverhältnis? .....	761
3. „Gesetzesähnliche“ Wirkung der Vergabeordnungen aufgrund Selbstbindung? .....	762
4. Culpa in contrahendo als bloßes Zurechnungsinstrument? .....	763
5. Keine amtschaftungsrechtliche Qualifikation .....	764
6. Einfluss des Art. 3 I GG .....	765
III. Verankerung von Vergaberegeln im vorvertraglichen Vertrauensverhältnis .....	765
1. Ausgangspunkt der Entwicklung .....	766
2. Mittelbare Absicherung der Vergabeordnungen über den Vertrauenstatbestand .....	767
a) Schaffung der Vertrauensgrundlage im Einzelfall .....	768
b) Gesetzesakzessorische Vertrauensbildung .....	769
c) BGHZ 139, 259: Vermeintliche Aufgabe der „Vertrauenslösung“ .....	771
d) Fazit .....	772
3. Sekundärrechtsschutz ohne Vertrauen im Rahmen der kartellrechtlichen Lösung? .....	773
a) Ausgangslage .....	773
b) Teil(?) -Aufgabe der Vertrauenslösung .....	774
c) Kritik .....	776
4. Konkretes Vertrauen auf Bieterseite .....	777
5. Schutzwürdigkeit des Vertrauens .....	779
6. AGB-rechtliche Stärkung der „Vertrauenslösung“ .....	780
IV. Allgemein-schuldrechtlicher Pflichtenkreis .....	781

Zweiter Abschnitt:  
Sekundärrechtsschutz

§ 28 Die Haftung für fehlerhafte Vergabeentscheidungen .....	783
I. Anspruchskonkurrenz zu § 126 S. 1 GWB .....	783
II. Haftung für Vergabefehler im Rahmen der Culpa in Contrahendo ..	783
1. Haftung für Vergabefehler als Fall der „Abbruchshaftung“? .....	784
2. Entstehungszeitpunkt des vorvertraglichen Schuldverhältnisses ..	787
3. Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf Einhaltung einer Vergabeordnung .....	788
a) Fehlerhafte Grundlagen des Vergabeverfahrens .....	789
b) Durchführungsfehler .....	791
4. Sonderfall der vergaberechtswidrigen Aufhebung des Vergabeverfahrens .....	794

---

5. Pflicht zur Information über mögliche Hindernisse auf dem Weg zur Vergabeentscheidung .....	795
6. Bietervertrauen und Präklusion nach § 107 III GWB .....	798
a) Rüge und positive Kenntnis eines Vergabefehlers .....	798
b) Rüge und Erkennbarkeit eines Vergabefehlers .....	799
(1) Präklusionswirkung des § 107 III GWB? .....	800
(2) Autonome Bestimmung der Erkennbarkeit im Vergabe- und Haftungsrecht .....	802
c) Abgrenzung zur vergaberechtskonformen Auslegung .....	803
7. Verschulden .....	803
8. Inhalt des Schadensersatzanspruchs .....	804
a) Haftung für „anfängliche“ Vergabefehler .....	805
(1) Ersatz der Teilnahmeaufwendungen .....	805
(2) Entgangene Geschäftsabschlüsse .....	806
b) Haftung für Durchführungsfehler .....	807
(1) Differenzierende Rechtsprechung des BGH .....	808
(2) Die Auftragschance im vorvertraglichen Vertrauensverhältnis .....	810
(3) Positiver Vertrauensschutz, Ersatz des positiven Interesses und Mindestschaden .....	811
(4) Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs durch Aufhebung bzw. Abstandnahme von der Vergabe .....	813
(5) Durchführungsfehler und rechtmäßige Aufhebung – kein Anspruch .....	814
(6) Durchführungsfehler und rechtswidrige Aufhebung – negatives Interesse .....	815
c) Fehlerhafte Aufhebung und nachrangige Bieter .....	816
9. Rechtmäßiges Alternativverhalten .....	818
a) Beachtlichkeit des Einwands .....	818
b) Besonderheiten bei der Haftung für Durchführungsfehler auf das positive Interesse .....	820
10. Mitverschulden bei Nichtinanspruchnahme von Primärrechtsschutz? .....	821
11. Culpa in Contrahendo und „de facto“-Vergabe .....	821
III. Deliktische Anspruchsgrundlagen .....	823
1. Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung .....	823
2. Recht am Gewerbebetrieb .....	824
3. Vergabevorschriften als Schutzgesetze .....	825
4. Art. 3 I GG als Schutzgesetz .....	829
5. Grundfreiheiten des AEU-Vertrags als Schutzgesetze .....	830
IV. Sonstige Anspruchsgrundlagen .....	832

---

V. Vergabespezifische Probleme prozessualer Erkenntnisgewinnung ....	833
1. Abgrenzung von § 286 ZPO und § 287 ZPO .....	834
a) Anfängliche Vergabefehler .....	835
b) Durchführungsfehler .....	835
2. Sekundäre Behauptungslast des öffentlichen Auftraggebers .....	837
3. Beweisrechtliche Zweiteilung des Haftungsregimes? .....	839
4. Beweiserleichterung für den Anspruchsteller durch Anscheinsbeweis? .....	840
5. Ansatzpunkte beweisrechtlicher Modifikationen zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers .....	841
a) Protokollierungspflicht .....	842
b) Ex post-Informationspflicht .....	842
c) Ex ante-Informationspflicht .....	843
d) Pflicht zur Dokumentation des Vergabeverfahrens .....	843
6. Sonstige Wege zur Lösung des Informationsproblems .....	846
a) § 423 ZPO .....	846
b) §§ 422 ZPO i.V.m. § 810 BGB .....	847
c) Allgemeiner Auskunftsanspruch nach Treu und Glauben .....	848
d) Vorlegungsanordnung nach § 142 ZPO .....	848
§ 29 Haftungsrechtliche Handhabung der Zuschlagschance .....	851
I. Art. 2 VII SektNpRL als Grundlage einer vergaberechtlichen Chancenhaftung? .....	851
1. Beweisregel oder Anordnung einer Chancenhaftung? .....	851
2. Von der Chance zur „echten“ Chance .....	854
3. Art. 2 VII SektNpRL als Ausdruck eines vergaberechtlichen Prinzips? .....	855
II. Schutz der Zuschlagschance über § 126 S. 1 GWB? .....	856
1. Rechtsnatur .....	856
a) Keine Chancenhaftung im eigentlichen Sinn .....	857
b) Deliktsrechtliche Einordnung .....	859
2. Konkretisierung der „echten Chance“ .....	860
a) Merkmal der „echten Chance“ als Haftungsbegrenzung .....	860
b) Schutz aller wertbaren Angebote? .....	861
c) Obsolete Suche nach Wahrscheinlichkeiten .....	862
d) Die hypothetisch rechtmäßige(n) Vergabeentscheidung(en) ..	863
e) Beweisrechtliche Stärkung des Anspruchs .....	864
3. Beeinträchtigung der „echten Chance“ .....	866
4. Verschuldensunabhängiger Anspruch .....	867
5. Rechtsfolge .....	868

III. Schutz der Zuschlagschance über culpa in contrahendo? .....	869
1. Einräumung von Chancen durch Veranstaltung eines Wettbewerbs .....	869
a) Der Schönheitswettbewerb im Fall „Chaplin v. Hicks“ .....	870
b) BGH, 23.9.1982, III ZR 196/80 – Architektenwettbewerb (Kurhaus mit Hoteltrakt) .....	871
2. Blockiert § 126 S. 1 GWB eine Chancenhaftung? .....	873
3. Zuschlagschance als Schadensposten .....	875
a) Sperrwirkung der §§ 252, 253 BGB? .....	876
b) Fehlende Vergleichbarkeit mit der berufsrechtlichen Chancenhaftung .....	878
c) Drohende Haftungsausufierung .....	879
d) Die Auftragschance zwischen Vertrauenstatbestand und Schutzzweck der Pflicht zur Anwendung der Vergaberegeln .	881
§ 30 Europarechtskonformität des Sekundärrechtsschutzniveaus .....	884
I. Unanwendbarkeit des § 280 I 2 BGB .....	884
1. Problemfall „de facto“-Vergabe .....	884
a) Kompromisslösung im harmonisierten Bereich .....	885
b) Defizit im nicht-harmonisierten Bereich .....	886
2. Ausdehnung des Primärrechtsschutzes vs. Effektivierung der Schadensersatzansprüche .....	886
II. Lösungsvorschlag (de lege ferenda) .....	887
1. Kleine Lösung .....	887
2. Relativierung der Zweiteilung als große Lösung .....	888

## Kapitel 5

### Integration von Vergaberecht und Zivilrecht: Mechanismen und Bewertung

§ 31 Mechanismen der Integration im Bereich des Kartellvergaberechts .....	889
I. Autonomer Vertragsbegriff und „in house“-Vergabe: Nachwirkung vergaberechtlicher Vorgaben vs. Vorsorge im Vertrag .....	889
II. Das Verhältnis des Kartellvergaberechts zur Vertragsfreiheit .....	891
1. Einschränkung der Vertragsabschlussfreiheit im harmonisierten Bereich .....	891
2. Ausgestaltung der Inhaltsfreiheit und vergaberechtliche Vertragsgestaltungsvorgaben im harmonisierten Bereich .....	893

3. Vertragsänderung und Vergabewettbewerb im Spannungsfeld ...	895
III. Grundlagenfunktion des Zivilrechts im Vergabeverfahren .....	896
1. Transformation durch § 97 VII GWB .....	896
2. Sonderprivatrechtliche Überlagerungen .....	897
3. Abstimmungsprobleme .....	898
4. Vertragsschluss als Schnittstelle .....	899
IV. Grund und Grenzen der Wirksamkeit vergaberechtswidrig geschlossener Verträge .....	900
1. Zäsurwirkung des Vertragsschlusses .....	900
2. Prinzip der Trennung von vergabe- und zivilrechtlicher Ebene ...	900
3. „Fehlerfolgen“ in der Wettbewerbsperspektive .....	901
4. „Fehlerfolgen“ in der bilateral-vertraglichen Perspektive .....	903
5. „Fehlerfolgen“ und Allgemeininteresse .....	905
6. Fehlerfolgen vs. Fehlervermeidung .....	906
§ 32 Mechanismen der Integration im nicht-harmonisierten Bereich	907
I. Transparenz und Gleichbehandlung als Königsweg zur Vermeidung von Konflikten mit den Grundfreiheiten .....	907
1. Materielle Grundanforderungen .....	907
2. Vorgaben für die Durchsetzung der Grundanforderungen .....	908
II. Das Willkürverbot des Art. 3 GG: die Rolle des Privatrechts .....	909
1. Modus der Einwirkung .....	909
2. Vorgaben für die Durchsetzung des Willkürverbots .....	910
3. Rechtswegabgrenzung .....	911
III. Die maßgebliche Differenzierung: Zugangsbeschränkung oder bloßer Auswahlfehler? .....	912
1. Herkömmliche Auffassung: Primärrechtsschutz nur bei qualifizierten Vergabebefehlern .....	912
2. Tendenz zur Ausweitung des Primärrechtsschutzes .....	913
3. Kein „autonomer“ Ansatzpunkt für vergabespezifischen Primärrechtsschutz im BGB .....	913
4. Kein Primärrechtsschutz der Bieter bei Auswahlfehlern .....	915
5. Primärrechtsschutz und Zugang zum Vergabewettbewerb .....	916
§ 33 Mechanismen der Integration im Vergabeschadensersatzrecht ..	918
I. Zuteilung der Haftungsfragen .....	918
II. Bilateral-vertragsrechtliche Dimension von Vergabevorschriften .....	918
1. Die Perspektive des Auftragnehmers .....	918
2. Die Perspektive des Auftraggebers .....	919
III. Sekundärrechtsschutz durch vorvertragliche Haftung .....	919
1. Eigenständige Fallgruppe vorvertraglicher Haftung .....	919

---

2. Keine vergabespezifische Anpassung des Haftungsgrunds .....	920
3. Ansätze einer Bewältigung des Informationsdefizits der Geschädigten im Rahmen des Beibringungsgrundsatzes der ZPO	922
4. Modifikation der Beweislast .....	924
IV. Sekundärrechtsschutz im Deliktsrecht? .....	925
V. Zur haftungsrechtlichen Bedeutung der Chance auf den Auftrag .....	925
1. Immaterieller Schadensersatz (§ 126 S. 1 GWB) .....	926
2. Vergaberechtliche Chancenhaftung? .....	926
§ 34 Abschließende Bewertung .....	928
Literaturverzeichnis .....	941
Stichwortverzeichnis .....	973