

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
 Kapitel 1 Gemeinschaftsvergaberecht als Teil des europäischen Vertragsrechts	
<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
 Kapitel 2 Zivilrechtliche Bezüge des wirtschaftsrechtlichen Vergabemodells	
<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 „Fernmeldetürme“: 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 Scheweizeit	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 Haftungsausfuhrung	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