

Schriftenreihe

Studien zum Verwaltungsrecht

Band 29

ISSN 1613-1002

Verlag Dr. Kovač

Onlineversion
(c) Verlag Dr. Kovač GmbH

Ricarda Näfe

**Das Vergaberecht als Referenzgebiet
für die Europäisierung des
nationalen Verwaltungsrechts**

*Eine rechtsvergleichende Arbeit zum deutschen,
französischen und Gemeinschaftsvergaberecht*

Verlag Dr. Kováč

**Hamburg
2008**

Onlineversion
(c) Verlag Dr. Kovac GmbH



VERLAG DR. KOVAČ

FACHVERLAG FÜR WISSENSCHAFTLICHE LITERATUR

Leverkusenstr. 13 · 22761 Hamburg · Tel. 040 - 39 88 80-0 · Fax 040 - 39 88 80-55

E-Mail info@verlagdrkovac.de · Internet www.verlagdrkovac.de

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation

in der Deutschen Nationalbibliografie;

detaillierte bibliografische Daten sind im Internet

über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISSN: 1613-1002

ISBN: 978-3-8300-3761-3

Zugl.: Dissertation, Universität Freiburg (i.Br.), 2007

© VERLAG DR. KOVAČ in Hamburg 2008

Printed in Germany

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck, fotomechanische Wiedergabe, Aufnahme in Online-Dienste und Internet sowie Vervielfältigung auf Datenträgern wie CD-ROM etc. nur nach schriftlicher Zustimmung des Verlages.

Gedruckt auf holz-, chlor- und säurefreiem Papier Munken Book. Munken Book ist alterungsbeständig und erfüllt die Normen für Archivbeständigkeit ANSI 3948 und ISO 9706.

Onlineversion
(c) Verlag Dr. Kováč GmbH

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2007/2008 von der Juristischen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Sie berücksichtigt Rechtsprechung, Gesetzgebung und Literatur bis Dezember 2007.

Anregung für die Auseinandersetzung mit dem Europäisierungsprozess im deutschen und französischen Rechtssystem erhielt ich während meines Auslandsaufenthalts an der Universität Pierre-Mendès-France in Grenoble sowie im Rahmen einer studienbegleitenden Zusatzausbildung in europäischem und ausländischem Recht an der Universität Freiburg. Vor allem die Vorlesungen zum Europäischen Verwaltungsrecht von Herrn Prof. Dr. Jürgen Schwarze und zur Europäisierung des Verwaltungsrechts von Herrn Prof. Dr. Friedrich Schoch boten mir einen erstklassigen Einstieg in die Thematik.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Rainer Wahl für die Betreuung der Arbeit und die Erstellung des Erstgutachtens. Er stand mir während der Bearbeitung stets hilfreich als Ansprechpartner zur Verfügung. Ich danke ihm für sein Vertrauen und seinen Zuspruch. Herrn Prof. Dr. Thomas Würtenberger danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Bei Frau Prof. Emmanuelle Marc von der Faculté de Droit der Universität Montpellier I möchte ich mich für ihre freundliche und unkomplizierte Hilfe bei der französischen Literaturrecherche bedanken. Ute Geisenberger, Rolf Kniprath und Stephan Neidhardt bin ich für anregende, abendfüllende Diskussionen, Wolfgang Baumann für das Lektorieren der Arbeit dankbar. Meinem Vater danke ich für alle ideelle und finanzielle Unterstützung meines Studiums und der Promotion.

Ich widme diese Arbeit von ganzem Herzen dem Andenken meiner Mutter.

Berlin, den 15.03.2008

Ricarda Näfe

Gliederungsübersicht

Einleitung	1
§ 1 Europäisierung als Herausforderung für das nationale Verwaltungsrecht	1
§ 2 Ziel der Arbeit	6
§ 3 Zur Durchführung der Untersuchung.....	8

Teil A

Der Europäisierungsdiskurs

Kapitel 1: Europäisierung als rechtswissenschaftlicher Forschungsgegenstand	15
§ 1 Der Gegenstand der Europäisierung	15
§ 2 Der nationale rechtswissenschaftliche Europäisierungsdiskurs	22
§ 3 Die Funktionslogik der Europäisierung	29
Kapitel 2: Europäisierung des Verwaltungsrechts.....	45
§ 1 Begriffsdifferenzierung unter dem Blickwinkel der Europäisierung	45
§ 2 Der Europäisierungsgrad.....	49

Teil B

Das Referenzgebiet Vergaberecht

Kapitel 3: Das Vergaberechtsregime	51
§ 1 Einführung	51
§ 2 Gemeinschaftsvergaberecht	59
§ 3 Das Rechtsregime in den Vergleichsrechtsordnungen.....	69

Kapitel 4: Nationale Beharrungstendenzen und Steuerungsfähigkeit des europäisierten Vergaberechts.....95

- § 1 Europäisierung und Steuerungsfähigkeit des Rechts.....95
- § 2 Nationale Beharrungstendenzen im Vergaberecht.....97

Kapitel 5: Die Systemkomponenten im nationalen Vergaberecht unter Europäisierungseinwirkung..... 119

- § 1 Exkurs: Rechtsvergleichung im Zuge der Europäisierung 120
- § 2 Europäisierung des Rechtswegs 122
- § 3 Europäisierung des Gerichtszugangs 135
- § 4 Europäisierung des Kontrollmaßstabs 183
- § 5 Systembedeutung des Formstrengekonzepts225

Teil C

Rückschlüsse vom Referenzgebiet auf den Europäisierungsdiskurs

Kapitel 6: Die „Sogwirkung“ der Europäisierung249

- § 1 Europäisierung des Verwaltungsrechtswegs250
- § 2 Europäisierung des Gerichtszugangs.....259
- § 3 Europäisierung des Kontrollmaßstabs267
- § 4 Europäisch bedingter Bedeutungszuwachs von Verfahren und Form.....278
- § 5 Vergleich der Europäisierungseffekte und Bilanz283

Kapitel 7: Die Entwicklungsperspektive der Europäisierung.....285

- § 1 Meinungsstand.....286
- § 2 Erfahrungen im Vergaberecht.....290
- § 3 Synthese: Pluralität der Europäisierungswirklichkeiten292

Schlussbetrachtung	295
Literaturverzeichnis	299
Internetdatenbanken	339
I. Rechtsprechung.....	339
II. Rechtsquellen	339
III. Dokumente	339

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
§ 1 Europäisierung als Herausforderung für das nationale Verwaltungsrecht.....	1
§ 2 Ziel der Arbeit.....	6
§ 3 Zur Durchführung der Untersuchung.....	8
I. Auswahl des Referenzgebiets.....	8
II. Auswahl der Vergleichsrechtsordnungen	10
III. Untersuchungsverlauf.....	13

Teil A

Der Europäisierungsdiskurs

Kapitel 1: Europäisierung als rechtswissenschaftlicher Forschungsgegenstand	15
§ 1 Der Gegenstand der Europäisierung	15
I. Notwendigkeit der Abgrenzung	15
II. Begriffsabgrenzung.....	16
1. Europäische Integration.....	16
2. Europäisches Verwaltungsrecht	17
3. Wettbewerb der Rechtsordnungen	19
4. Konvergenz und andere Entwicklungsperspektiven	20
III. Begriffsbestimmung	20

§ 2 Der nationale rechtswissenschaftliche Europäisierungsdiskurs.....	22
I. Deutschland	22
II. Frankreich.....	24
III. Bewertung	27
§ 3 Die Funktionslogik der Europäisierung.....	29
I. Europäisierungsmechanismen.....	29
1. Allgemeine Prinzipien	29
2. Richtlinien als „Katalysatoren der Europäisierung“	30
3. Europäisierung durch Rechtsprechung	32
4. Mittelbare Europäisierungsmechanismen.....	35
a) Faktischer Anpassungsdruck.....	35
b) Wettbewerb der Rechtsordnungen	36
c) „Soft-Law“	38
II. Europäisierungslegitimation	39
1. Kritik eines Legitimationsdefizits.....	39
2. „Europäisierungskompetenz“	41
Kapitel 2: Europäisierung des Verwaltungsrechts	45
§ 1 Begriffsdifferenzierung unter dem Blickwinkel der Europäisierung.....	45
I. „Vollzugsrecht“ des Gemeinschaftsrechts	45
II. Besonderes Verwaltungsrecht	46
III. Allgemeines Verwaltungsrecht	

§ 2 Der Europäisierungsgrad.....	49
I. Europäisierung in Zahlen	49
II. Beschreibungsmodelle	49

Teil B

Das Referenzgebiet Vergaberecht

Kapitel 3: Das Vergaberechtsregime	51
---	-----------

§ 1 Einführung	51
I. Überblick über die Rechtsquellen	51
II. Wirtschaftliche Bedeutung.....	52
III. Anwendungsbereich	52
IV. Gesetzgeberische Funktion des europäisierten Vergaberechts	56

§ 2 Gemeinschaftsvergaberecht	59
I. Motivation für ein Gemeinschaftsvergaberecht	59
II. Überformungsverlauf.....	60
1. Primärrecht.....	60
2. Richtlinien	61
a) Entwicklung.....	62
b) Schwellenwertlösung.....	64
c) Unmittelbare Wirkung der Richtlinien	65
3. Richterrecht des EuGH.....	66
4. Überformung in Folge faktischer Umstände	67

§ 3 Das Rechtsregime in den Vergleichsrechtsordnungen	69
I. Das deutsche Vergaberecht.....	70
1. Kaskadenlösung und Schubladenprinzip	70
2. Strittige Zuordnung des Vergaberechts	72
a) Fiskalgeltung der Grundrechte	73
b) Mittelbarer europäischer Einfluss	74
c) Sachfragen des Verwaltungsrechts.....	75
d) Gemengelage.....	79
3. Vergabeverfahren und Bekanntmachungspflichten	80
4. Rechtsschutz	81
5. Unterschwellenbereich.....	83
II. Das französische Vergaberecht.....	84
1. Einheitliches Gesetzeswerk des „Code des Marchés Publics“	84
2. Zuordnung des Vergaberechts zum öffentlichen Recht	86
3. Vergabeverfahren und Bekanntmachungspflichten	87
4. Rechtsschutz	89
5. Unterschwellenbereich.....	91

Kapitel 4: Nationale Beharrungstendenzen und Steuerungsfähigkeit des europäisierten Vergaberechts..... 95

§ 1 Europäisierung und Steuerungsfähigkeit des Rechts.....	95
§ 2 Nationale Beharrungstendenzen im Vergaberecht.....	97
I. Deutschland	97
1. Schleppende Richtlinienumsetzung.....	

2. Einführung eines effektiven Individualrechtsschutzes.....	99
3. Umgehungsversuche	101
4. Die Einaktigkeit als traditionelle Besonderheit.....	104
5. Die Zweispurigkeit.....	107
6. Bewertung der Beharrungstendenzen.....	108
II. Frankreich	112
1. Schleppende Richtlinienumsetzung	112
2. Einführung eines zeitlich effektiven Rechtsschutzes	113
3. Umgehungsversuche	114
4. Bewertung der Beharrungstendenzen.....	116

Kapitel 5: Die Systemkomponenten im nationalen Vergaberecht unter Europäisierungseinwirkung 119

§ 1 Exkurs: Rechtsvergleichung im Zuge der Europäisierung.....	120
§ 2 Europäisierung des Rechtswegs.....	122
I. Europäische Vorgaben	122
II. Der Rechtsweg im Oberschwellenbereich	123
III. Indirekte Europäisierung des Unterschwellenbereichs.....	124
1. Gegenwärtige Situation.....	124
2. Primärrechtsschutz – quo vadis?.....	126
3. Lösung der Rechtswegfrage.....	128
IV. Europäisierungseffekte	130
V. Rechtsvergleichender Blick nach Frankreich	132
VI. Vergleich der Europäisierungseffekte und Zwischenbilanz.....	134

§ 3 Europäisierung des Gerichtszugangs.....	135
I. Europäische Vergaben.....	135
II. Die Antragsbefugnis im Oberschwellenbereich	138
1. Einführung	138
2. Deutsche Umsetzung im Rahmen einer Verletztenklage.....	140
a) Umsetzung außerhalb von Art. 19 IV GG.....	140
b) Systemimmanente Umsetzung	142
3. Instrumentalisierung der Schutznormtheorie.....	145
III. Analyse des Anpassungsdrucks und des Friktionspotenzials.....	146
1. Einklagbarkeit der verfahrensrechtlichen Rechtmäßigkeit	147
a) De-facto-Vergaben	148
b) Beendigung des Vergabeverfahrens durch Aufhebung.....	151
2. Einklagbarkeit der rechtmäßigen Bieterauswahlentscheidung	154
a) Zwingender Bieterausschluss vom Verfahren.....	154
b) Eignungs- und Angebotswertung.....	157
IV. Europäisierungseffekte.....	159
1. Europäisierte Funktion des subjektiv-öffentlichen Rechts	159
2. Modifikationen der Schutznormtheorie	162
a) Schutzzweck als dogmatische Klippe	162
b) Erweiterter potenzieller Klägerkreis	166
c) Die Herleitung der konkreten Betroffenheit.....	167
aa) Zur Notwendigkeit der Ergänzung normativer Betroffenheit	168
bb) Elemente tatsächlicher Betroffenheit im Vergaberecht.....	

V. Indirekte Europäisierung des Unterschwellenbereichs	172
1. Gegenwärtige Situation	172
2. Ausgestaltung des Gerichtszugangs	174
VI. Rechtsvergleichender Blick nach Frankreich	176
1. Der weite Gerichtszugang im objektiven Rechtsschutzverfahren	177
2. Der Gerichtszugang im europäisierten Vergaberecht.....	177
a) Voraussetzung der qualifizierten Betroffenheit	177
b) Analyse des Anpassungsdrucks und des Friktionspotenzials.....	179
VII. Vergleich der Europäisierungseffekte und Zwischenbilanz.....	181
§ 4 Europäisierung des Kontrollmaßstabs.....	183
I. Europäische Vorgaben	183
II. Der Kontrollmaßstab im Oberschwellenbereich	186
1. Einführung.....	186
2. Deutsche Umsetzung im Rahmen von Art. 19 IV GG	187
III. Analyse des Anpassungsdrucks und des Friktionspotenzials	189
1. Kontrollmaßstab der verfahrensrechtlichen Rechtmäßigkeit	189
a) Kontrolle der De-facto-Vergabe	190
b) Kontrolle der Aufhebungsgründe des Vergabeverfahrens	190
2. Kontrollmaßstab der Bieterauswahlentscheidung	192
a) Kontrolle der zwingenden Ausschlussgründe.....	192
b) Kontrolle der Eignungs- und Angebotswertung	194
IV. Europäisierungseffekte	198
1. Europäisierte Funktion des Kontrollmaßstabs	198

2. Europäisierung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs.....	199
a) Anpassungsdruck der Europarechtsbindung und des erweiterten Gerichtszugangs	199
b) Systemimmanente Lösung	200
aa) Objektive Rechtmäßigkeitskontrolle von Amts wegen.....	200
bb) Erweiterter Rechtswidrigkeitszusammenhang.....	201
3. Gestufte Kontrolldichte.....	202
a) Strikte Kontrolle des Verfahrens	204
b) Eingeschränkte Kontrolle der Tatsachenfeststellung	205
c) Eingeschränkte Kontrolle von Gestaltungsspielräumen.....	208
d) Reduktion des Kontrollgegenstands durch Präklusion.....	209
V. Indirekte Europäisierung des Unterschwellenbereichs.....	211
VI. Rechtsvergleichender Blick nach Frankreich.....	213
1. Gestufte Kontrolldichte und prozessuale Anpassungsfähigkeit	214
2. Kontrollmaßstab im europäisierten Vergaberecht	217
a) Europäisch bedingte erweiterte Rechtmäßigkeitskontrolle.....	217
b) Gestufte Kontrolldichte im Vergaberecht	218
c) Analyse des Anpassungsdrucks und des Friktionspotenzials	221
VII. Vergleich der Europäisierungseffekte und Zwischenbilanz	223
§ 5 Systembedeutung des Formstrengekonzepts	225
I. Das Gemeinschaftsrechtskonzept der Formstrenge	227
II. Verfahren und Form im Oberschwellenbereich.....	228
III. Analyse des Anpassungsdrucks und des Friktionspotenzials.....	229

IV. Europäisierungseffekte	232
1. Europäisierte Funktion von Verfahren und Form	232
2. Bedeutung der Verfahrensrechte	233
3. Die „neue“ Wertigkeit des Verfahrens	235
a) Relativierte Fehlerfolgenlehre	236
b) Flexibilisierung der Bestandsschutzerwägungen.....	238
4. Verhältnis zwischen Kontrollverfahren und Vergabeverfahren	239
V. Indirekte Europäisierung des Unterschwellenbereichs	240
VI. Rechtsvergleichender Blick nach Frankreich	241
1. Verfahren und Form im französischen Verwaltungsrecht.....	241
2. Systembedeutung des Verfahrens im europäisierten Vergaberecht	242
a) Vergaberecht als europäisch überformtes Sonderverwaltungsverfahrenrecht.....	242
b) Analyse des Anpassungsdrucks und des Friktionspotenzials.....	243
VII. Vergleich der Europäisierungseffekte und Zwischenbilanz.....	245

Teil C

Rückschlüsse vom Referenzgebiet auf den Europäisierungsdiskurs

Kapitel 6: Die „Sogwirkung“ der Europäisierung	249
§ 1 Europäisierung des Verwaltungsrechtswegs.....	250
I. Stand des Europäisierungsdiskurses.....	250

II. Rückschlüsse auf das deutsche Verwaltungsrecht.....	251
1. Modellwirkung des vergaberechtlichen Kontrollverfahrens	251
2. Einfluss auf den Dualismus der Gerichtsbarkeiten	253
III. Rückschlüsse auf das französische Verwaltungsrecht	255
1. Modellwirkung des vergaberechtlichen „Schnellgerichtsschutzes“	255
2. Einfluss auf den Dualismus der Gerichtsbarkeiten	256
§ 2 Europäisierung des Gerichtszugangs	259
I. Stand des Europäisierungsdiskurses	259
II. Rückschlüsse auf das deutsche Verwaltungsrecht.....	259
1. Herausforderung für die Dogmatik des subjektiv-öffentlichen Rechts	259
2. Gemeinschaftsrechtlich aufgeladene Schutznormtheorie	261
3. Neujustierung der Verwaltungsrechtssystematik.....	264
III. Rückschlüsse auf das französische Verwaltungsrecht	265
1. Rezipierung der Effektivitätsvorgaben	265
2. Neujustierung der Verwaltungsrechtssystematik.....	267
§ 3 Europäisierung des Kontrollmaßstabs	267
I. Stand des Europäisierungsdiskurses	267
II. Rückschlüsse auf das deutsche Verwaltungsrecht.....	269
1. Auswirkungen der Europäisierung des subjektiv- öffentlichen Rechts auf den Kontrollmaßstab.....	269
2. Gestufte Kontrolldichte.....	269
3. Neujustierung der Verwaltungsrechtssystematik.....	271

III. Rückschlüsse auf das französische Verwaltungsrecht.....	274
1. Rezipierung der Effektivitätsvorgaben.....	274
2. Neujustierung der Verwaltungsrechtssystematik	274
a) Auswirkungen auf die Klagearten	274
b) Auswirkungen auf die Gewaltenteilung	276
§ 4 Europäisch bedingter Bedeutungszuwachs von Verfahren und Form.....	278
I. Stand des Europäisierungsdiskurses.....	278
II. Rückschlüsse auf das deutsche Verwaltungsrecht	278
III. Rückschlüsse auf das französische Verwaltungsrecht.....	282
§ 5 Vergleich der Europäisierungseffekte und Bilanz	283
Kapitel 7: Die Entwicklungsperspektive der Europäisierung	285
§ 1 Meinungsstand	286
I. Einspurigkeit	286
II. Zweispurigkeit	287
III. Konvergenzthese	289
§ 2 Erfahrungen im Vergaberecht.....	290
§ 3 Synthese: Pluralität der Europäisierungswirklichkeiten	292
Schlussbetrachtung	295

Literaturverzeichnis.....	299
Internetdatenbanken	339
I. Rechtsprechung	339
II. Rechtsquellen.....	339
III. Dokumente.....	339

Einleitung

§ 1 Europäisierung als Herausforderung für das nationale Verwaltungsrecht

Das nationale Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist aufgrund spezifischer Ausprägungen des Verwaltungsaufbaus, der Verwaltungstradition und des Verwaltungsrechtsschutzsystems lange weitgehend immun für Einflüsse von außen gewesen. Dies änderte sich, als die Mitgliedstaaten, und damit vor allem die nationalen Verwaltungen, in der fortentwickelten europäischen Wirtschafts- und Rechtsgemeinschaft in die Verpflichtung des sogenannten „indirekten Vollzugs“ des Gemeinschaftsrechts genommen wurden¹, weil die Europäische Union über keinen eigenen ausdifferenzierten Verwaltungsunterbau verfügt. Zwar entwickelte sich auf europäischer Ebene ein „Europäisches Verwaltungsrecht“, das mittlerweile einen gemeinschaftsrechtlichen Standard für dasungsverfahren wie den Verwaltungsprozess bereithält². Soweit jedoch keine spezifischen europäischen Verwaltungsrechtsregeln vorhanden sind, findet bei der Durchführung und der Kontrolle des indirekten Gemeinschaftsrechtsvollzugs nationales Verwaltungsrecht Anwendung³, welches Effektivitätsvorgaben unterworfen ist, um einen wirksamen und möglichst gleichmäßigen Vollzug in den Mitgliedstaaten zu garantieren⁴. Deshalb bedeutet der indirekte Vollzug für die betroffenen Behörden und Gerichte eine immense Aufgabenerweiterung und für das anzuwendende nationale Verwaltungsrecht ein enormes Verände-

¹ Weiterhin wird zwischen unmittelbarem und mittelbarem indirektem Vollzug differenziert. Umzusetzende Richtlinien unterliegen dem indirekten mittelbaren Vollzug. Unmittelbar geltendes Recht wird indirekt unmittelbar vollzogen: *A. Hatje*, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 25, 41 ff., *T. Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 15 ff., *S. Alber*, in: *H. Hill u. a.* (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, 2004, S. 447 ff., *M. Brenner*, Der Gestaltungsauftrag, 1996, S. 273, 274.

² Bereits 1962 wurden erste Umriss eines Europäischen Verwaltungsrechts ausgemacht: *E. Wohlfarth*, JuristenJahrbuch 1962, S. 258; zur Entwicklung des „Europäischen Verwaltungsrecht im Werden“ in den 80er Jahren zu einem eigenständigen Rechtsgebiet: *J. Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2005, S. 69 ff., *M. Brenner*, Der Gestaltungsauftrag, 1996, S. 420; zur aktuellen Entwicklung des „Verwaltungsverbunds“: *M. Ruffert*, DÖV 2007, S. 761 ff., Kapitel 1 § 1 II. 2.

³ „Strukturelle Abhängigkeit“: *B. W. Wegener* in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, 2007, Art. 220 EGV, Rn. 19, *Kopp/Ramsauer* (Hrsg.), Kommentar zum VwVfG, 2005, Einführung, Rn. 61, vgl. *EuGH*, Rs. 205-215/82, *Slg.* 1983, 2633, „*Deutsches Milchkontor*“, Rn. 27.

⁴ *J. Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2005, S. CXII, *L. Dubois*, in: *J. Bourrinet* (Hrsg.), *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, 2000, S. 7, *J. Kokott*, *Verw.* 1998, S. 369, *A. Hatje*, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 52 ff., *Kadelbach*, in: *E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Verwaltungskontrolle*, 2001, S. 223 ff.

zungspotenzial⁵. Damit einher geht eine bemerkenswerte Öffnung der ehemals autonomen nationalen Verwaltungsrechtssysteme für Veränderungen von außen⁶.

In der Literatur wird der Prozess der Beeinflussung, Überlagerung und Umformung der nationalstaatlichen Rechtsordnungen durch europäisches Recht als *Europäisierung* bezeichnet⁷. Die rechtswissenschaftliche Literatur zur Europäisierung ist sehr umfangreich⁸. Verschiedene Aspekte der Europäisierung des Verwaltungsrechts sind untersucht worden. Insbesondere wurde eine nachhaltige Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts festgestellt⁹. So unterliegt zum Beispiel die Klagebefugnis im Sonderverwaltungsrecht des indirekten Vollzugs einer nachhaltigen europäischen Überformung¹⁰. Auch der vorläufige Rechtsschutz muss sich der Funktionalität des Gemeinschaftsrechtsregimes beugen¹¹. Daneben sind mittlerweile Rechtsgebiete wie das Wirtschaftsverwaltungsrecht¹², das Umweltrecht¹³ und das Vergaberecht¹⁴

⁵ *W. Schroeder*, *VerwArch.* 2004, S. 3, *C. D. Classen*, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 2, 186, *V. Neßler*, Europäisches Richtlinienrecht, 1994, S. 190, 205.

⁶ „Prinzipielle Außenorientierung des Rechts“: *R. Wahl*, in: *H. Hill u. a.* (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, 2004, S. 381, *F. Melleray*, *AJDA* 2004, S. 1224, *Y. Jegouzo*, in: *B. Lukaszewicz u. a.* (Hrsg.), *Le juge administratif et l'Europe*, 2004, S. 22.

⁷ *E. Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee*, 2004, S. 29, *K.-P. Sommermann*, *DVBl* 1996, S. 889, *J. Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2005, S. LI, CXVIII, *S. Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 2 m.w.N.

⁸ Aktuelle Übersicht bei: *C. Knill, u. a.*, *Der Staat* 2006, S. 216.

⁹ *A. Hatje*, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 314, *T. Dünchheim*, Verwaltungsprozeßrecht unter europäischem Einfluß, 2003, S. 69 ff., *D. Ehlers*, *DVBl* 2004, S. 1441 ff., *F. Schoch*, in: *E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Festgabe BVerwG*, 2003, S. 508–533, *R. Mehdi*, in: *J. Bourrinet* (Hrsg.), *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, 2000, S. 158 ff., *G. Le Chatelier*, *AJDA* N° spécial 1996, S. 97 ff., *J. Ziller*, in: *M. Long* (Hrsg.), *Mélanges R. Chapus*, 1992, S. 689, 690.

¹⁰ *T. Dünchheim*, Verwaltungsprozeßrecht unter europäischem Einfluß, 2003, S. 105 ff., *S. Hölscheidt*, *EuR* 36 (2001), S. 376 ff., *U. Baumgartner*, Die Klagebefugnis nach deutschem Recht, 2005, S. 71 ff., *M. Burgi*, Verwaltungsprozess und Europarecht, 1996, S. 53, *J. Schwarze*, *NVwZ* 2000, S. 241 ff., 248, *D. Ehlers*, *DVBl* 2004, S. 1446.

¹¹ *J. Kokott*, *Verw.* 1998, S. 340, *S. Hoehl*, Vorläufiger Rechtsschutz im verwaltungsgerichtlichen Verfahren unter besonderer Berücksichtigung des Europarechts, 1999, *F. Ekardt, u. a.*, *DÖV* 2006, S. 672 ff., *S. Kwanka*, Die Einwirkungen des Europarechts auf den vorläufigen Rechtsschutz, 2006, *F. Stancke*, Einstweilige Anordnungen im dezentralen Vollzug, 2004, *R. Mehdi*, in: *J. Bourrinet* (Hrsg.), *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, 2000, S. 152 ff.

¹² *A. Hatje*, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, insbes. S. 307 ff., *M. Brenner*, *Der Gestaltungsauftrag*, 1996, S. 121 ff.

¹³ *M. Gellermann*, *NVwZ* 2006, S. 7 ff., *T. Danwitz*, *NVwZ* 2004, S. 272 ff., *S. Roll*, Zugang zu Umweltinformationen und Freedom of Information, 2003, *W. Erbguth*, Europäisierung des nationalen Umweltrechts, 2001, *W. Erbguth, u. a.*, *DÖV* 2005, S. 533 ff.

¹⁴ *R. Mehdi*, in: *J. Bourrinet* (Hrsg.), *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, 2000, 173, *M. Delmas-Marty*, *Critique de l'intégration normative*, 2004, S. 113–129, *C. Maugué*, *AJDA* N° spécial 1994, S. 38 ff., *M. Knauff*, *Vr* 2000, S. 397, 404 *V. Neßler*, *EWS* 1999, S. 89, *Thieme, u. a.*, *DVBl* 1999, S. 884; *O. Dörr*, *JZ* 2004, S. 703, *D. Triantafyllou*, *NVwZ* 1994, S. 248.

stark europäisch überformt und werfen immer neue Fragen der Europäisierung auf. Selbst allgemeine Verwaltungsrechtslehren wie die Rechtsformenlehre, das Gesetzmäßigkeitsprinzip der Verwaltung und die Gewaltenteilung zwischen der das Gemeinschaftsrecht ausführenden Verwaltung, der Judikative und der Legislative sind unter Europäisierungseinfluss geraten¹⁵.

Die Arbeiten zur Europäisierung sind zahlreich. Doch wird zu Recht kritisiert, die Europäisierungsdebatte bleibe bei der Feststellung von Europäisierungseinflüssen stehen, ohne über die Problembeschreibung hinaus Konsequenzen für das nationale Recht zu ziehen¹⁶. Es geht dabei nicht darum, die Folgen der Europäisierung zu dramatisieren¹⁷, aber eine kritische rechtswissenschaftliche Begleitung des Europäisierungsprozesses ist dringend notwendig¹⁸. Gerade die deutsche Individualrechtssystematik hat noch großen Bedarf, systemimmanente Lösungen für die Herausforderungen der Europäisierung zu finden. Hier sind noch einige Fragen offen, wie die Rezeptionsfähigkeit der Schutznormtheorie im Falle europäisch bedingter subjektiv-öffentlicher Rechte¹⁹, die Anpassung der Ermessenslehre an eine veränderte europäische Rahmenordnung einer selbstständigeren Verwaltung²⁰ oder die Anpassung der Fehlerfolgenlehre an den starken Verfahrensgedanken des Gemeinschaftsrechts²¹.

Das „Prinzip der institutionellen und prozessualen Autonomie“ der Mitgliedstaaten bewahrt regelmäßig einen Freiraum für die Umsetzung der europäischen Effektivitätsvorgaben in der nationalen Systematik²². Dennoch kommt

943, *J. Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), *Öffentliche Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts*, 2000, S. 13, *F. Rittner*, in: *J. Schwarze* (Hrsg.), *Das öffentliche Auftragswesen in der EG*, 1996, S. 7, *J. Kokott*, *Verw.* 1998, S. 351, *C. D. Classen*, *Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1996, S. 35, 79, 82.

¹⁵ *M. Pagenkopf*, *NVwZ* 1993, S. 216, *E. Schmidt-Aßmann*, *DVBl* 1993, S. 927, *J.-F. Flauss*, in: *J. Schwarze* (Hrsg.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996, S. 31 ff., 100, *S. Kadelbach*, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1999, S. 10, 11, 296 ff., *V. Neßler*, *Europäisches Richtlinienrecht*, 1994, S. 76 ff., *M. Brenner*, *Der Gestaltungsauftrag*, 1996, S. 227 ff., *C. Bumke*, in: *G. F. Schuppert u. a.* (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005, S. 543 ff.

¹⁶ *J. Isensee, u. a.*, *Hdb. Staatsrecht*, Bd. 2, 2004, § 25, Rn. 65 ff. und § 37, Rn. 66, *C. Knill, u. a.*, *Der Staat* 2006, S. 215.

¹⁷ *J. Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996, S. 212, *E. Klein*, in: *C. Starck* (Hrsg.), *Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze*, 1992, S. 126.

¹⁸ *F. Schoch*, *NVwZ* 1999, S. 458, *W. Hoffmann-Riem*, in: *E. Schmidt-Aßmann u. a.* (Hrsg.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, 1999, S. 319.

¹⁹ Übersicht bei: *U. Baumgartner*, *Die Klagebefugnis nach deutschem Recht*, 2005, S. 205–226.

²⁰ *E. Pache*, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, 2001, S. 147 ff., 509 ff.

²¹ *C. D. Classen*, *NJW* 1995, S. 2459, *M. Uechtritz*, *ZfBR* 2005, S. 11 ff., *T. Danwitz*, *Verwaltungsrechtliches System*, 1996, S. 259 ff., *R. Wahl*, in: *H. Hill u. a.* (Hrsg.), *Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht*, 2004, S. 359 ff.

²² *J.-B. Auby*, *AJDA* N° spécial 1996, S. 189, *Kopp/Schenke* (Hrsg.), *Kommentar zur VwGO*, 2005, § 1 *VwGO*, Rn. 20, *R. Halfmann*, *VerwArch*. 2000, S. 75.

es im nationalen Recht der ausführenden Mitgliedstaaten zu Friktionen²³. Ein Friktionspotenzial besteht, wenn in der nationalen Rechtsordnung ein Umsetzungs-, Vollzugs- oder Anpassungsdefizit herrscht, d. h. wenn dem Europarecht (noch) nicht die nötige Geltung verschafft worden ist. Das Friktionspotenzial resultiert aus einem konzeptionellen Spannungsverhältnis zwischen der spezifischen Funktionalität des Gemeinschaftsrechts und der nationalen Dogmatik. Je weniger die europäischen Anforderungen mit den nationalen Gegebenheiten harmonieren, desto stärker ist der Veränderungsdruck für das nationale Recht an das vorrangige Gemeinschaftsrecht und desto stärker ist das Friktionspotenzial²⁴. Ein Konvergenzpotenzial liegt dagegen vor, wenn die nationale Rechtsordnung und deren Dogmatik die europarechtlichen Vorgaben im nationalen Rahmen systemimmanent verarbeiten könn(t)en.

Die Europäisierung findet grundsätzlich im nationalen „Systemrahmen“ statt, der sich jedoch anpassen muss. So müssen einzelne nationale Traditionen aufgegeben werden. Unter Umständen kann aber sogar eine Neuausrichtung der gesamten Verwaltungsrechtssystematik notwendig werden, um das Friktionspotenzial für das nationale System zu überwinden. Schließlich bleibt es nicht bei einer direkten Europäisierung. Die Europäisierung setzt komplexe Kettenreaktionen im gesamten nationalen Recht in Gang, die durch die „innere Logik“ des nationalen Rechtssystems bedingt sind²⁵. Insbesondere sogenannte „Spill-over-Effekte“²⁶ bewirken ein Fortschreiten der Europäisierung funktional verknüpfter Rechtsbereiche, indem sie die Grenzen der gemeinschaftsrechtlichen Anwendung „überspringen“ und durch eine „überschießende, ausstrahlende Wirkung“ auch im sonstigen nationalen Recht Anwendung finden²⁷. Es droht ein „Rutschbahneffekt“²⁸. Bereits heute kann im Einzelnen nicht mehr klar zwischen dem europäisierten und dem nationalen

²³ F. Schoch, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 284, F. Foitzik, Probleme und Grenzen der Europäisierung, 2006, S. 269, 282 ff.

²⁴ „Misfit-Hypothese“: R. Sturm, in: G. F. Schuppert u. a. (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 116, T. A. Börzel, u. a., in: V. H. Schneider (Hrsg.), Entgrenzte Märkte- grenzenlose Bürokratie?, 2002, S. 98.

²⁵ K.-H. Ladeur, EuR 1995, S. 228, R. Sturm, in: G. F. Schuppert u. a. (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 121, F. Schoch, JZ 1995, S. 117, A. Hatje, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 27, 346, L. Dubois, in: J. Bourrinet (Hrsg.), Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées, 2000, S. 10.

²⁶ R. Harmsen, in: ders. u. a. (Hrsg.), Europeanization: institution, identities and citizenship, 2000, S. 118, K.-H. Ladeur, EuR 1995, S. 228.

²⁷ S. Roll, Zugang zu Umweltinformationen und Freedom of Information, 2003, S. 169.

²⁸ J. Pietzcker, Zerteilung des Vergaberechts, 2001, S. 9; in diesem Sinne auch: T. Danwitz, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 188.

Recht abgegrenzt werden. Das nationale Rechtssystem unterliegt einer „Sogwirkung“ der Europäisierung²⁹.

Die aktuelle Herausforderung für das nationale Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten besteht darin, die direkten und die zunehmenden indirekten Folgen der Europäisierung für die nationalen Systemzusammenhänge und die Dogmatik zu verarbeiten. Dabei bedeutet die Europäisierung des einen nationalen Rechts nicht zwangsläufig dasselbe wie die Europäisierung des nationalen Rechts eines anderen Mitgliedstaats. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für den indirekten Vollzug treffen jeweils auf historisch gewachsene, austarierte Rechtssysteme in den Mitgliedstaaten. Die konkrete Ausgestaltung der Europäisierung ist somit von den nationalen Gegebenheiten des Verwaltungsaufbaus, der Verwaltungstradition und des Verwaltungsschutzsystems abhängig. Gerade das deutsche System des Individualrechtsschutzes verfolgt in vielerlei Hinsicht einen nationalen Sonderweg, der entsprechend einen besonderen Weg der Europäisierung notwendig macht und der anders verläuft als beispielsweise die Europäisierung des französischen objektiven Rechtsschutzsystems. Nichtsdestotrotz bedeutet Europäisierung auch eine Angleichung der Systeme. Die Europäisierung des Verwaltungsrechts findet in einem „Spannungsverhältnis zwischen Autonomie und Determination“ statt³⁰.

Die Verarbeitung der Herausforderungen ist nicht nur von rein wissenschaftlichem Interesse. Veränderungszwänge von außen bedeuten für ein austariertes System Entwicklungsmöglichkeiten, aber auch Gefahren. Der Substanzverlust vertrauter und in der praktischen Anwendung bewährter Rechtsinstitute kann leicht zu Orientierungslosigkeit und damit zu Anwendungsdefiziten und zu verminderter Steuerungsfähigkeit des Rechts führen³¹. Die Steuerungsfähigkeit des Rechts muss jedoch im Interesse Europas gewahrt bleiben, das auf den indirekten Vollzug des Gemeinschaftsrechts durch funktionsfähige Verwaltungssysteme in den Mitgliedstaaten angewiesen ist³². Europa legitimiert sich als Rechtsgemeinschaft dadurch, dass seine Regeln anerkannt und befolgt werden³³. Nicht zuletzt müssen aber auch die Mitgliedstaa-

²⁹ *F. Schoch*, JZ 1995, S. 117, *E. Klein*, in: C. Starck (Hrsg.), Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze, 1992, S. 138, *A. Jannasch*, NVwZ 1999, S. 495, *T. Danwitz*, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 178, der weiterhin auf S. 334 vom „Gravitationsfeld“ des Gemeinschaftsverwaltungsrechts spricht.

³⁰ *R. Schmidt*, in: R. Pitschas (Hrsg.), Internationalisierung von Staat und Verfassung, 2002, S. 304.

³¹ *F. Schoch*, JZ 1995, S. 119, *E. Schmidt-Aßmann*, DVBl 1993, S. 924.

³² *A. Hatje*, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 421, *C. D. Classen*, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 183, *G. Sydow*, DÖV 2006, S. 66; zum Verwaltungsverbund: *E. Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 2004, S. 38.

³³ *U. Everling*, JZ 2000, S. 217, *E. Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 2004, S. 390.

ten auf eine stimmige europäisierte nationale Verwaltungsrechtssystematik bedacht sein. Abgesehen von den gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen eines effektiven Vollzugs, die erfüllt werden müssen, drohen Vollzugsdefizite für nationale Sachverhalte.

§ 2 Ziel der Arbeit

Ziel dieser Arbeit ist es, die Funktionsmechanismen und den Prozess der Europäisierung anhand eines Referenzgebiets zu analysieren, um Erkenntnisse für die Europäisierung des Verwaltungsrechts ableiten und den theoretischen Europäisierungsdiskurs mit Beobachtungen aus der Rechtswirklichkeit anreichern zu können. Der Europäisierung der nationalen Rechtsordnung ist zwar in den letzten zwei Jahrzehnten vor allem in der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur großes Interesse entgegengebracht worden, doch es fehlt an empirischen Untersuchungen des Phänomens und an Analysen, die den Wandlungsprozess der Europäisierung kritisch begleiten und unterstützen. Die Analyse eines Referenzgebiets muss sich zwar auf einen Ausschnitt aus dem komplexen Gesamtvorgang der Europäisierung des nationalen Rechts beschränken, ermöglicht dafür allerdings, abstrakten Fragestellungen der Europäisierungsdebatte an konkretem Anschauungsmaterial nachzugehen, erste Thesen einer nationalen europäisierten Dogmatik mit Entwicklungen in der Praxis zu vergleichen und auf ihre tatsächliche Durchsetzbarkeit hin zu überprüfen. Dies gilt besonders für die teilweise pauschalen und noch immer kontrovers diskutierten Thesen des deutschen Europäisierungsdiskurses zur Rezeption des Klagerechts in einer gemeinschaftsrechtlich aufgeladenen Schutznormtheorie³⁴, zur eingeschränkten Kontrolldichte von Gestaltungsspielräumen³⁵ und der Relativität der Fehlerfolgenlehre³⁶.

³⁴ Übersicht über die bekanntesten Ansichten und ihre Vertreter: *U. Baumgartner*, Die Klagebefugnis nach deutschem Recht, 2005, S. 205–226; im Einzelnen: *D. Triantafyllou* in: DÖV 1997, S. 197 ff., *V. Röben* in: Die Einwirkung der Rechtsprechung des EuGH, 1998, S. 244 ff., *O. Dörr* in: Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 189 ff., *F. Schoch* in: NVwZ 1999, S. 465 ff., *J. Ruthig* in: BayVbl 1997, S. 292 ff., *C. D. Classen* in: VerwArch.88 (1997), S. 676 und NJW 1995, S. 2463 ff., *M. Ruffert* in: DVBl 1998, S. 74 und in: Subjektive Rechte im Umweltrecht, 1996, S. 297 ff., *J. Masing* in: Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 181 ff., *B. W. Wegener* in: Rechte des Einzelnen, 1998, S. 295 ff.

³⁵ *H. Sendler*, NJW 1994, S. 1520, *A. Hatje*, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 318, *E. Schmidt-Aßmann* in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, Einl. Rn. 140, *M. Brenner*, Der Gestaltungsauftrag, 1996, S. 405 ff., *S. Oeter*, in: J. A. Frowein (Hrsg.), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, 1993, S. 277.

³⁶ *R. Wahl*, in: H. Hill u. a. (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht, 2004, S. 360 ff., 372, *U. Stelkens* in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, S. 372.

Das französische Recht ist dafür bekannt, verschiedentlich als Modell für die Ausgestaltung des europäischen Rechts gedient zu haben. Damit stellt sich die Frage, wie der Europäisierungsprozess für das französische Recht verläuft, und ob hier Anpassungen der Dogmatik und Systematik überhaupt notwendig sind. Für das französische Recht gilt es vor allem, die These der Subjektivierung³⁷ der Rechtsschutzsystematik zu überprüfen.

Die Europäisierung fordert die gesamte Systematik heraus, weshalb es regelmäßig nicht genügt, einzelne Aspekte wie die Europäisierung des subjektiv-öffentlichen Rechts zu behandeln, ohne den funktionalen Zusammenhang zu den jeweils anderen Komponenten herzustellen³⁸. Im Mittelpunkt der Arbeit steht deshalb die Analyse des Systemzusammenhangs zwischen der Eröffnung eines Rechtswegs, dem Gerichtszugang, dem Kontrollmaßstab sowie der Formstrenge des Verfahrens unter Europäisierungseinfluss.

Angesichts des enormen Veränderungspotenzials der Europäisierung für das nationale Recht stellt sich außerdem die Frage nach der Entwicklungsperspektive der Europäisierung. Das Vergaberecht wird seit den 1960er Jahren durch Richtliniensetzung und Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte überformt. Trotzdem weist das Vergaberecht noch immer spezifische nationale Besonderheiten auf und ist in den meisten Mitgliedstaaten zumindest formal in ein europäisiertes und ein nationales Rechtsregime zweigeteilt. Fraglich ist, ob es dabei bleibt oder ob die momentane Situation nur eine Zwischenstation auf dem Weg zur „Entgrenzung“ der nationalen Rechtsordnung³⁹ und damit zur *Einspurigkeit* des Rechts darstellt⁴⁰. Dagegen hat sich Widerstand formiert. Mit Verweis auf die beachtlichen nationalen Beharrungstendenzen und die Unterschiede zwischen den Rechtssystemen wird die Einbahnstraße in Richtung absoluter Angleichung in Zweifel gezogen⁴¹. Nach der *Zweispurigkeitsthese* bleibt es bei einer Trennung zwischen einem

VwGO, Rn. 47, *M. Schmidt-Preuß*, NVwZ 2005, S. 49, *M. Uechtritz*, ZfBR 2005, S. 11, *E. Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 2004, S. 305, *F. Schoch*, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 283, 299, *M.-E. Geis*, in: J. Ziekow (Hrsg.), Handlungsspielräume der Verwaltung, 1999, S. 103 ff., *M. Kment*, EuR 41 (2006), S. 210.

³⁷ *F. Melleray*, JCP éd. adm. 2005, S. 1236, *N. Foulquier*, Les droits publics subjectifs, 2003, S. 370, 373, 616 ff., 693, *J. Dutheil de La Rochère*, RFDA 2001, S. 911, *D. Bailleul*, AJDA 2004, S. 1626, *J.-B. Blaise*, in: J. Bourrinet (Hrsg.), Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées, 2000, S. 38, *J.-F. Lachaume*, AJDA N° spécial 1998, S. 92 ff., *J. Koch*, Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich, 1998, S. 212.

³⁸ So auch: *R. Halfmann*, VerwArch. 2000, S. 88 ff., *F. Foitzik*, Probleme und Grenzen der Europäisierung, 2006, S. 18, *M. Burgi*, DVBl 2006, S. 270, *E. Schmidt-Aßmann*, DVBl 1997, S. 285.

³⁹ *T. Dünchheim*, Verwaltungsprozeßrecht unter europäischem Einfluß, 2003, S. 19.

⁴⁰ *G. Sydow*, JuS 2005, S. 99.

⁴¹ *R. Wahl*, DVBl 2003, S. 1293, *S. Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 14, 290, 483, 484, *M.-C. Ponthoreau*, AJDA 2006, S. 24, *P. Legrand*, in: R. Beaumont (Hrsg.), Convergence and divergence in European public law, 2002, S. 225, 246.

europäisierten und einem rein nationalen Verwaltungsrecht ohne ein einheitliches dogmatisches Konzept⁴². Allerdings wirken mittlerweile jenseits hierarchischer Europäisierungsprozesse faktische Anpassungs- und Angleichungskräfte im Zuge wirtschaftlicher, kultureller und politischer Verflechtungen zwischen den Verwaltungsrechtssystemen. Die *Konvergenzthese* knüpft deshalb an den Gemeinsamkeiten zwischen den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten an und betrachtet das Konvergenzpotenzial als Schlüssel zu einem angeglichenen Recht für die Zukunft⁴³.

Die Frage nach der Entwicklungsperspektive der Europäisierung wird kontrovers diskutiert und ist letztendlich offen. Hierzu soll mithilfe der Erfahrungen im Referenzgebiet eine These entwickelt werden, die die komplexen Gegebenheiten der *pluralen Europäisierungswirklichkeiten* abbilden kann und realistische Prognosen zur Fortentwicklung der Europäisierung ermöglicht.

§ 3 Zur Durchführung der Untersuchung

I. Auswahl des Referenzgebiets

Das Vergaberecht als das Recht der Beschaffung von Gütern und Leistungen durch den Staat im weiteren Sinne ist noch nicht sehr lange Gegenstand juristischer Abhandlungen. Es ist vom „Schattendasein“ des Vergaberechts und vom „juristischen Dornröschenschlaf“ die Rede⁴⁴. Bis Anfang der 1990er Jahre bestand für dieses Innenrecht der Verwaltung kein effektiver Rechtsschutz und damit keine Rechtsprechung und keine Transparenz. Erst die europäisch bedingte Einführung eines effektiven Primärrechtsschutzes sorgte für entsprechende Materialfülle als Grundlage wissenschaftlicher Untersuchungen und weckte das Interesse der Rechtswissenschaften in den Mitgliedstaaten der EU. Das Vergaberecht wurde verschiedentlich als besonders plastisches Beispiel für die Europäisierung des öffentlichen Rechts angeführt⁴⁵.

⁴² S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 14, 290, 483, 484.

⁴³ M.-C. Ponthoreau, AJDA 2006, S. 22, 24, F. Schoch, Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 2000, S. 23, 49, G. Brüggemeier, in: H.-D. Assmann u. a. (Hrsg.), Unterschiedliche Rechtskulturen und Konvergenz des Rechtsdenkens, 2001, S. 2, E. Schmidt-Aßmann, AJDA N° spécial 1996, S. 152, G. Winter, NVwZ 1999, S. 467, 471.

⁴⁴ M. Brenner, in: J. Schwarze u. a. (Hrsg.), Das öffentliche Auftragswesen in der EG, 1996, S. 23, A. Suermann, Die Kontrolle von unbestimmten Rechtsbegriffen bei der Angebotswertung, 2005, S. 4.

⁴⁵ B. Ferrari, AJDA 2006, S. 1021, M. Fromont, in: H. Hill (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht, 2004, S. 74, J. Ziller, in: M. Long (Hrsg.), Mélanges R. Chapus, 1992, S. 688.

Es liegt aber noch keine umfassende Analyse der Europäisierungseffekte vor. Dabei bietet das stark europäisch überformte nationale Recht hervorragendes Anschauungsmaterial für typische Auswirkungen der Europäisierung und bietet sich an, die „Streuwirkungen“⁴⁶, d. h. die Folgen punktueller Eingriffe des Gemeinschaftsrechts in einem innerstaatlich austarierten System, zu erörtern. Dies gilt besonders für die europarechtlichen Rechtsschutzanforderungen im Vergaberecht. Erst auf Druck des Gemeinschaftsvergaberechts ist in den meisten Mitgliedstaaten, unter anderem in Deutschland und Frankreich, ein effektiver Primärrechtsschutz eingeführt worden. Damit stellt sich so deutlich wie für kein anderes Rechtsgebiet die Problematik eines europäisch bedingten effektiven Rechtsschutzes mit Auswirkungen für die gesamte nationale Rechtsschutzsystematik – den nationalen Dualismus der Gerichtsbarkeiten, den Gerichtszugang, der die gemeinschaftsrechtliche Funktionalität europäisch bedingter, subjektiv einklagbarer Rechte verdeutlicht, aber möglicherweise auch den Kontrollmaßstab. Veränderungen einer Systemkomponente bleiben nicht ohne Einfluss auf die jeweils anderen Komponenten. Ein funktionaler Zusammenhang besteht insoweit auch zwischen dem Kontrollmaßstab der Spruchkörper, den Gestaltungsspielräumen der Vergabestelle und der Formstrenge des Vergabeverfahrens mit denkbaren Folgen für übergeordnete Rechtsprinzipien des Verwaltungs- und Verfassungsrechts wie die Gewaltenteilung.

Die Überformung wurde und wird von ausgeprägten nationalen Abwehrreaktionen und Beharrungstendenzen begleitet, die erhebliche Rechtsanwendungsdefizite bedingen und die auf eine unzureichende Steuerungsfähigkeit des Rechtsregimes zurückzuführen sind⁴⁷. Damit ist die Untersuchung der Europäisierung im Vergaberecht auch für die Praxis dieses bedeutenden Marktes brisant. Nach Schätzungen der Kommission der Europäischen Union liegt das Geschäftsvolumen der öffentlichen Aufträge in den Europäischen Gemeinschaften bei einem Wert von jährlich 1500 Mrd. €. Das sind 16 % des gesamten Bruttoinlandsprodukts der EU. Davon wurden noch im Jahre 2003 nur 3 % grenzüberschreitend über die innergemeinschaftlichen Grenzen der EU hinweg vergeben⁴⁸. Durch die erzwungene Öffnung der Märkte ist es

Rüßmann, u. a., in: F. Ranieri (Hrsg.), Die Europäisierung der Rechtswissenschaft, 2002, S. 145, M. Brenner, LKV 2002, S. 804, P. M. Huber, in: FS Schiedermaier, 2001, S. 765, J. Schwarze, EuZW 2000, S. 133, M. Knauff, Vr 2000, S. 397, V. Neßler, EWS 1999, S. 89, U. Battis, DÖV 2001, S. 988, 990, J. M. Peyricat, Dr. adm. 2000/04, S. 4.

⁴⁶ F. Schoch, JZ 1995, S. 117; ähnlich: A. Hatje, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 27, 346.

⁴⁷ H. Rüßmann, u. a., in: F. Ranieri (Hrsg.), Die Europäisierung der Rechtswissenschaft, 2002, S. 145 ff.

⁴⁸ Ip/04/149, Pressemitteilung vom 03.02.2004: EU-Vorschriften entlasten Steuerzahler, bis zum Beginn der 90er Jahre waren es noch weniger als 1 %: K. Stolz, Auftragswesen in der EG, 1991, 1 m.w.N.

mittlerweile zu Entlastungen der öffentlichen Haushalte und der Steuerzahler gekommen⁴⁹. Weitere Einsparungen wären aber durch die Vollendung des Binnenmarkts im Vergaberecht möglich⁵⁰.

Es ist bezeichnend für das Vergaberecht, dass das Rechtsgebiet einerseits als Paradebeispiel im negativen Sinne für Korruption, fehlende Flexibilität, veraltete Vollzugsmethoden und die Reformbedürftigkeit der nationalen Verwaltungen und andererseits als fortschrittliches Regelwerk mit Vorbildcharakter für andere Rechtsgebiete des öffentlichen Rechts gilt⁵¹. Dieses Paradoxon ist letztlich Ausdruck der besonderen Spannungen im Referenzgebiet. In kaum einem Rechtsgebiet spielen wirtschaftliche und politische Interessen sowie ideologische Überzeugungen derart stark in rechtliche Fragen hinein. Die Bewertung des Verhältnisses zwischen Staat, Wettbewerb und Markt birgt in Zeiten leerer Kassen und großer Verwaltungsreformen politische Sprengkraft. Dies äußert sich in Form diverser Interessenliteratur und Lagerkämpfe. Die vorliegende Arbeit wird diese Spannungen möglichst außen vor lassen, um die Europäisierungseffekte nicht aus den Augen zu verlieren. Das Verhältnis des Staates zu Wettbewerb und Marktwirtschaft ist eine interessante Frage, die mit dieser Arbeit allerdings nicht beantwortet werden soll und kann.

II. Auswahl der Vergleichsrechtsordnungen

Der Europäisierungsprozess bedeutet Strukturveränderungen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Damit kann es bei der Analyse des deutschen Rechts – bei einer „nationalen Binnensicht auf das eigene Recht“ – nicht bleiben⁵². Die notwendige „kritische Masse“⁵³ erfordert einen Blick über die Grenzen hinweg auf mindestens ein weiteres Mitgliedsland.

Zur Veranschaulichung des Europäisierungsprozesses bietet sich ein Vergleich des deutschen mit dem französischen Vergaberecht aus den folgenden Gründen besonders an: Trotz gewisser Unterschiede in der Verwaltungskultur, dem Staatsaufbau und dem Verwaltungsrecht ist ein Rechtsvergleich

⁴⁹ *Ip/04/149*, Pressemitteilung vom 03.02.2004: EU-Vorschriften entlasten Steuerzahler.

⁵⁰ Europäische Kommission, Report vom 03.02.2004, „*Public procurement markets in the EU*“, S. 5: „Die tatsächliche Öffnung würde die öffentlichen Haushalte so entlasten, dass kein Mitgliedstaat mehr gegen das 3 %- Stabilitätskriterium verstoßen würde.“

⁵¹ *J. M. Peyrical*, Dr. adm. 2000/04, S. 4.

⁵² *R. Wahl*, DVBl 2003, S. 1286.

⁵³ *F. Schoch*, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, 1999, S. 280.

grundsätzlich möglich⁵⁴. Gerade in der Europäisierungsdebatte bietet sich zudem ein rechtsvergleichender Blick auf das französische Recht an, weil dieses dem Europarecht vielfach als Vorbild gedient hat⁵⁵. Das gilt für die Ausgestaltung des europäischen Prozessrechts⁵⁶ genauso wie für die gesetzgeberische Ausgestaltung der europäischen Richtlinien im Referenzgebiet des Vergaberechts⁵⁷. Trotzdem gestaltete sich die Umsetzung der europäischen Richtlinien nicht nur in Deutschland sondern auch in Frankreich schwierig. In Frankreich und Deutschland wurde das Vergaberecht dem Haushaltsrecht und damit dem Innenrecht der Verwaltung zugerechnet. Erst die europäische Überformung zwang zu einer folgenschweren Öffnung des Vergaberechts⁵⁸. Es ist zu zahlreichen und teilweise jahrelangen Vertragsverletzungsverfahren gekommen – und noch immer sind Verfahren anhängig⁵⁹. Auch die aktuellen Koordinierungsrichtlinien des Legislativpakets der EU⁶⁰ sind in beiden Ländern nicht fristgerecht zum 01.01.2006, sondern erst im Herbst 2006 umgesetzt worden.

Nicht zuletzt sprechen ökonomische Fakten für einen Vergleich. Dem Vergaberecht kommt in beiden Ländern ein großes wirtschaftliches Gewicht zu⁶¹. Zusammengerechnet ergibt sich ein Vertragsvolumen von fast 400 Mrd. € pro Jahr – mit steigender Tendenz⁶². Zudem ist das gegenseitige grenzüberschreitende Geschäftsinteresse angesichts wirtschaftlicher Verflechtungen der beiden Volkswirtschaften stark⁶³.

Auch die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen rechtfertigen den Vergleich des französischen Europäisierungsprozesses mit dem deutschen. In

⁵⁴ Zu den historischen Wurzeln des deutschen Verwaltungsrechts in der traditionellen französischen Verwaltungsrechtswissenschaft und der Bedeutung Otto Meyers als der Begründer des deutschen Verwaltungsrechts: *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2004, S. 18 ff.

⁵⁵ *J. Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 195.

⁵⁶ Weiterführend: *P. Becker*, Der Einfluss des französischen Verwaltungsrechts auf den Rechtsschutz in den europäischen Gemeinschaften, 1963, *C. D. Classen*, NJW 1995, S. 2461.

⁵⁷ *J.-F. Flauss*, in: *J. Schwarze* (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 46, 50, *J. Schwarze*, EuZW 2000, S. 139.

⁵⁸ *C. Maugüé, u. a.*, RFD 1998, S. 593, „Revolution“: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2001, Vorb. § 97 GWB, Rn. 51, *M. Knauff*, Vr 2000, S. 397.

⁵⁹ Überblick: Europäische Kommission, Mitteilung vom 18.07.2005, „Vertragsverletzungsverfahren“.

⁶⁰ RL 2004/17/EG (Sektoren-RL) und 2004/18/EG (Basis-RL) verabschiedet am 31.03.2004.

⁶¹ Europäische Kommission, Report vom 03.02.2004, „Public procurement markets in the EU“, S. 5.

⁶² *T. Ax, u. a.*, Rechtsvergleich, 2006, S. 34.

⁶³ Der Außenhandel zwischen Frankreich und Deutschland boomt. Aus Deutschland stammen 16,8 % der französischen Einfuhren und 14,6 % der französischen Exporte gehen nach Deutschland: *T. Ax, u. a.*, Rechtsvergleich, 2006, S. 1 m.w.N.

Frankreich wird das Vergaberecht seit jeher dem öffentlichen Recht zugeordnet, ist aber in Folge der Europäisierung mit einem Wettbewerbsgedanken angereichert worden⁶⁴. In Deutschland wird das Vergaberecht dagegen traditionell als ein rein privatrechtliches Rechtsgebiet angesehen, das jedoch durch die Europäisierung einer nachhaltigen öffentlich-rechtlichen Überformung unterworfen worden ist⁶⁵. Beide Rechtsordnungen führen ein „zweispuriges“ Vergaberecht fort. Es besteht ein Rechtsregime für den rein nationalen Bereich und eines für europarechtsrelevante Sachverhalte ab einem bestimmten Wert des Ausschreibungsgegenstandes. Allerdings gestaltet sich die Trennung im deutschen Recht wesentlich starrer als im französischen Recht. In Frankreich hat man 2001 mit dem „Code des Marchés Publics“ ein einheitliches Gesetz für das Vergaberecht des Unter- und Oberschwellenbereichs geschaffen⁶⁶. In Deutschland ist auch 2006 im Rahmen der Reform des Vergaberechts kein Ende der komplexen Kaskadenlösung absehbar⁶⁷. Deutschland und Frankreich repräsentieren außerdem die zwei alternativen Grundmodelle des Verwaltungsrechtsschutzes in Europa, die Verletztenklage und die Interessentenklage⁶⁸. Vor allem Deutschland hatte und hat mit der Umsetzung der europarechtlichen Rechtsschutzanforderungen in der Individualrechtsschutzsystematik zu kämpfen. Zudem erschwert die sogenannte Einstufigkeit des vergaberechtlichen Verfahrens die Umsetzung im deutschen Recht⁶⁹. In Frankreich waren die Rechtsschutzvorgaben dagegen „nur“ in ein objektives Rechtsschutzsystem und ein zweistufiges Verfahren einzupassen. Dafür musste eine Lösung für einen zeitlich effektiven Rechtsschutz gefunden werden. Es wurde ein neuer Rechtsbehelf geschaffen – der „référé précontractuel“ – mit nachhaltigen Folgen für das gesamte Verwaltungsprozessrecht Frankreichs⁷⁰.

⁶⁴ M. Dreifuss, AJDA 2002, S. 1374, L. Richer, Droit des contrats administratifs, 2004, Rn. 34, 44.

⁶⁵ S. Tomerius, u. a., VergabeR 2005, S. 551, I. Brinker, NZBau 2004, S. 174.

⁶⁶ M. Bungenberg, WuW 2001, S. 1206, A. Ménéménis, AJDA 2004, S. 5.

⁶⁷ H. Rießmann, u. a., in: F. Ranieri (Hrsg.), Die Europäisierung der Rechtswissenschaft, 2002, S. 158, H. Franke, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „Evaluierung des VgRÄG“, Bt-Drs.15/2034, S. 9, 52.

⁶⁸ R. Wahl, in: F. Schoch u. a. (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2005, Vorb. § 42 VwGO, Rn. 7, W. Kuhla, u. a., Der Verwaltungsprozess, 2002, Rn. 81.

⁶⁹ Die Einaktigkeit umschreibt das Zusammenfallen von Vertragsschluss und Zuschlag im deutschen Vergaberecht: S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 113, I. Brinker, in: J. Schwarze (Hrsg.), Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 2000, S. 97, C. Antweiler, VergabeR 2004, S. 702.

⁷⁰ R. Vandermeeren, AJDA N° spécial 1994, S. 91 ff., Kapitel 6 § 4 III. 2. a).

III. Untersuchungsverlauf

Die Untersuchung erfolgt in drei Teilen A, B und C, die sich in sieben Kapitel untergliedern. Nach einer ersten Bestandsaufnahme des Europäisierungsdiskurses in Teil A fokussiert sich die Arbeit in Teil B auf die Europäisierung des Referenzgebiets Vergaberecht, um im letzten Teil C Rückschlüsse für die Europäisierung des deutschen und französischen Verwaltungsrechts zu ziehen. Die Gliederung gestaltet sich im Einzelnen wie folgt:

Nach der Einleitung wird in *Teil A, Kapitel 1* die Europäisierung als rechtswissenschaftlicher Forschungsgegenstand behandelt. Die Begriffsbestimmung stellt sich als schwierig, aber gleichzeitig fundamental für die weitere Untersuchung heraus. Außerdem wird der unterschiedliche Umgang mit der Europäisierung in den Rechtswissenschaften Deutschlands und Frankreichs reflektiert. Der Rechtswissenschaft kommt eine nicht zu unterschätzende begleitende und gestaltende Rolle im Prozess zu. Ihr Verhältnis zur Europäisierung ist aber noch immer ambivalent. Außerdem wird berechtigten Fragen nach den Funktionsmechanismen und nach der Legitimation der Europäischen Gemeinschaft, nationales Recht im Zuge der Europäisierung zu beeinflussen, umzuformen oder sogar zu verdrängen, nachgegangen.

In *Kapitel 2* wird der Untersuchungsgegenstand des nationalen Verwaltungsrechts unter dem Eindruck der Europäisierung näher differenziert und der Europäisierungsgrad bestimmt.

Das *Kapitel 3* führt in das Rechtsregime des Referenzgebiets und *Teil B* ein. Der Gegenstand des Vergaberechts, die Ziele einer Vergaberechtsöffnung und die gesetzgeberische Funktion des Vergaberechts sind zu klären, um die rechtliche Entwicklung des Vergaberechts von einem nationalen Verwaltungsinnenrecht zu einem europäisch überformten Rechtsgebiet in Deutschland und Frankreich nachvollziehen zu können. Nach einer Einführung in das Gemeinschaftsvergaberecht wird das deutsche und französische Vergaberecht mit seinen Rechtsquellen, der rechtssystematischen Einordnung des Rechtsgebiets, den Grundzügen des Vergabeverfahrens und des Rechtsschutzes im Ober- und im Unterschwellenbereich vorgestellt.

Kapitel 4 reflektiert Beharrungstendenzen aus der deutschen und französischen Umsetzungsgeschichte und noch immer bestehende Rechtsanwendungsdefizite unter dem Aspekt der Steuerungsfähigkeit des Rechts. Die effektive Umsetzung ist Voraussetzung für das Funktionieren der europäischen und der nationalen Rechtsordnung.

In *Kapitel 5* steht die Analyse der Spruchpraxis im Mittelpunkt, um den Europäisierungsdiskurs mit Beobachtungen aus der Rechtswirklichkeit anzureichern. Das europäisierte nationale Vergaberecht wird auf Anpassungsdruck und Friktionspotenzial untersucht. Zur Veranschaulichung werden Fallgruppen typischer, europäisch bedingter Konstellationen des Anpassungsdrucks

gebildet. So lassen sich Veränderungen im innerstaatlich austarierten System aufzeigen und die dogmatischen Herausforderungen diskutieren. Für das deutsche und das französische Vergaberecht wird jeweils die Europäisierung des Rechtswegs und des Systemzusammenhangs zwischen Klagerecht, Kontrollmaßstab und der Bedeutung des Verfahrens erörtert. Der Vergleich der Ergebnisse veranschaulicht Parallelen und Unterschiede im Europäisierungsprozess und gibt Anregungen für die Fortentwicklung des nationalen europäisierten Vergaberechts.

Der dritte und letzte *Teil C* der Arbeit wendet sich wieder dem allgemeinen Europäisierungsdiskurs zu. In *Kapitel 6* werden die Ergebnisse der Analyse des Referenzgebiets mit der Europäisierungsdebatte im nationalen Verwaltungsrecht verglichen, um Rückschlüsse für die Europäisierung der nationalen Verwaltungsrechtssystematik in Deutschland und Frankreich zu ziehen. Diese Vorgehensweise ist gerechtfertigt, weil sich die Europäisierung von speziellen Rechtsgebieten auf die allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts auswirkt.

Zum Schluss werden die unterschiedlichen Entwicklungsperspektiven der Europäisierung diskutiert. Hierfür stellt *Kapitel 7* die gegensätzlichen Modelle vor – die These der fortbestehenden Zweispurigkeit, die Vereinheitlichungsposition der Einspurigkeit und die Konvergenztheorie. Die Erfahrungen im Vergaberecht erlauben differenzierte Aussagen zur Synthese der *Pluralität der Europäisierungswirklichkeiten*.

Teil A

Europäisierung des Verwaltungsrechts

Kapitel 1: Europäisierung als rechtswissenschaftlicher Forschungsgegenstand

§ 1 Der Gegenstand der Europäisierung

Das Interesse an Europäisierungsprozessen schlägt sich in zahlreichen rechtswissenschaftlichen Arbeiten nieder¹. Europäisierung ist zum wissenschaftlichen „Modewort“ avanciert², weshalb zunächst eine Eingrenzung, Abschtichung und genaue Begriffsbestimmung notwendig ist. Sodann soll zum Europäisierungsdiskurs in den Rechtswissenschaften Deutschlands und Frankreichs ausgeführt werden.

I. Notwendigkeit der Abgrenzung

Fast jeder gesellschaftliche Bereich – Recht, Politik, Kultur oder Bildung – unterliegt mittlerweile der Europäisierung³. Die Veränderungen gesellschaftlicher, politischer und rechtlicher Natur sind zudem miteinander verknüpft.

¹ Eine Auswahl von Veröffentlichungen ab 2000: *F. Foitzik*, Probleme und Grenzen der Europäisierung, 2006, *M. Brüggemann*, Segmented Europeanization, 2006, *R. Zimmermann*, Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung, 2006, *J. O. Merten*, Private Entscheidungsträger und Europäisierung der Verwaltungsrechtsdogmatik, 2005, *B. Bapuly*, Europäisierung durch Recht, 2005, *B. Lukaszewicz, u. a.*, Le juge administratif et l'Europe, 2004, *M. Brenner, u. a.*, DVBl 2004, S. 863, *O. Dörr*, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, *U. Itzen*, Europäisierung des Wettbewerbsrechts durch den elektronischen Handel, 2003, *T. Dünchheim*, Verwaltungsprozeßrecht unter europäischem Einfluß, 2003, *F. Ranieri*, Die Europäisierung der Rechtswissenschaft, 2002, *B. Kohler-Koch*, in: *M. Knodt u. a.* (Hrsg.), Deutschland zwischen Europäisierung und Selbstbehauptung, 2000, *S. Feiden, u. a.*, Towards a Europeanised judiciary?, 2000, *R. Harmsen*, in: *ders. u. a.* (Hrsg.), Europeanization: institution, identities and citizenship, 2000, *W. Erbguth*, Europäisierung des nationalen Umweltrechts, 2000.

² *R. Sturm*, in: *G. F. Schuppert u. a.* (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 101, „hot topic“: *R. Harmsen*, in: *ders. u. a.* (Hrsg.), Europeanization: institution, identities and citizenship, 2000, S. 13.

³ *C. Knill, u. a.*, Der Staat 2006, S. 217.

Entsprechend vielschichtig ist die Bedeutung von „Europäisierung“⁴, was eine geradezu inflationäre Verwendung des Begriffs zur Folge hat. Nicht ganz zu Unrecht hat der Begriff daher für manche Autoren jegliche Aussagekraft verloren⁵. Je unterschiedlicher die Verwendung, desto unschärfer wird zwangsläufig der Gehalt des Konzepts. Die Diskussion zur Europäisierung leidet unter einem Problem, das als „conceptual stretching“ bezeichnet wird⁶. Zugespitzt wird dies mit dem Satz „Was ist Europäisierung, wenn alles irgendwie Europäisierung ist“ auf den Punkt gebracht⁷. So kann heute nicht mehr genau festgestellt werden, wo genau der Einfluss auf die nationale Verwaltung und das Verwaltungsrechtssystem anfängt und wo er aufhört⁸. „Europäisierung“ wird zudem undifferenziert benutzt und mit verwandten Begriffen verwechselt⁹. Dies macht eine Abgrenzung und Inhaltsbestimmung notwendig. Dabei ist in Rechnung zu stellen, dass nationale Rechtssysteme neben der Europäisierung weiteren Einflüssen von außen unterliegen, wie der Globalisierung¹⁰ und der Internationalisierung¹¹, die hier nicht behandelt werden. Allerdings können im Rahmen der Europäisierung Einzelaspekte der Globalisierung verdichtet beobachtet werden¹². Die Ursachen für eine Veränderung sind komplex und selten monokausal.

II. Begriffsabgrenzung

1. Europäische Integration

Es ist zwischen Europäisierung der nationalstaatlichen Rechtsordnungen und Europäischer Integration zu differenzieren. Zwar kann der Europäisierungsprozess momentan weitgehend als fortgeschrittener Integrationsprozess ange-

⁴ Auflistung unterschiedlicher Definitionen bei: R. Eising, in: M. Jachtenfuchs u. a. (Hrsg.), Europäische Integration, 2003, S. 387, R. Harmsen, in: ders. u. a. (Hrsg.), Europeanization: institution, identities and citizenship, 2000, S. 13, 24.

⁵ Ministerrat, Abschlussbericht der Studie vom 08.06.2005, „A New Space for Public Administrations and Services of General Interest“, S. 14, R. Sturm, in: G. F. Schuppert u. a. (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 101 ff.

⁶ C. Knill, u. a., Der Staat 2006, S. 215.

⁷ C. M. Radelli, in: K. Featherstone u. a. (Hrsg.), The Politics of Europeanization, 2003, S. 50.

⁸ Ministerrat, Abschlussbericht der Studie vom 08.06.2005, „A New Space for Public Administrations and Services of General Interest“, S. 14, I. Boucobza, Dr. adm. 2004/12, S. 7.

⁹ K.-P. Sommermann, DVBl 1996, S. 891.

¹⁰ P. F. Bultmann, Öffentliches Recht für Wirtschaftswissenschaftler, 2002, S. 100.

¹¹ R. Wahl, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, M.-C. Ponthoreau, AJDA 2006, S. 20, 22.

¹² V. Mehde, Wettbewerb zwischen Staaten, 2005, S. 53 ff.

sehen werden¹³. Doch ist Europäisierung auch als umgekehrte Integration denkbar, wenn der Prozess nicht auf eine Rechtsangleichung und Harmonisierung gerichtet ist¹⁴. Zudem behandelt die Europäische Integration die Entstehung und Entwicklung supranationaler Rechtsnormen, Institutionen und Politiken und gerade nicht die Rückwirkungen und Folgen des Integrationsprozesses und die Verarbeitung des Anpassungsdrucks auf der nationalen Ebene im Rahmen des Europäisierungsprozesses¹⁵. Nichtsdestotrotz hat erst die historische Entwicklung der Europäischen Integration von der Montanunion über den Europäischen Wirtschaftsraum bis hin zur politischen Union der 27 Mitgliedsstaaten die Voraussetzungen für die Europäisierung geschaffen. Zunächst haben die Mitgliedsländer der EG ein Gemeinschaftsrechtssystem nach den Vorbildern ihrer eigenen Rechtssysteme in den Verträgen festgesetzt. Später erarbeitete der EuGH im Wege der Rechtsvergleichung auf der Grundlage der Verfassungstraditionen der EU-Mitgliedstaaten einen gemeinsamen rechtsstaatlichen Standard¹⁶. Schließlich blieb es nicht mehr bei einseitigen Einflussnahmen. Heute ist das Wesen der Wechselwirkung charakteristisch für die europäische Integration¹⁷. Sowohl den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten als auch dem Gemeinschaftsrecht kommt damit eine Vorbildfunktion für das jeweils andere Rechtsregime zu. Die Rechtsebenen präsentieren sich verzahnt mit der Folge prozessualer Abhängigkeiten und gegenseitiger Durchdringungen des materiellen Rechts¹⁸, weshalb es zu Europäisierungseffekten im nationalen Recht kommt.

2. Europäisches Verwaltungsrecht

Die Europäisierung als der europäisch angestoßene Veränderungsprozess des

¹³ „Europäisierung als Vergemeinschaftung mit hohem Integrationsgrad“: P. F. Bultmann, *Öffentliches Recht für Wirtschaftswissenschaftler*, 2002, S. 99, 100, P. Legrand, in: P. Beaumont (Hrsg.), *Convergence and divergence in European public law*, 2002, S. 226, V. H. Schneider, in: ders. (Hrsg.), *Entgrenzte Märkte- grenzenlose Bürokratie?*, 2002, S. 23 m.w.N., R. Harmsen, in: ders. u. a. (Hrsg.), *Europeanization: institution, identities and citizenship*, 2000, S. 18, 19.

¹⁴ R. Sturm, in: G. F. Schuppert u. a. (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005, S. 104.

¹⁵ R. Sturm, in: G. F. Schuppert u. a. (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005, S. 108, R. Harmsen, in: ders. u. a. (Hrsg.), *Europeanization: institution, identities and citizenship*, 2000, S. 20 m.w.N.

¹⁶ M. Brenner, *LKV* 2002, S. 305.

¹⁷ Rivero beschreibt bereits 1978 die Durchlässigkeit des nationalen Verwaltungsrechts mit der Folge gegenseitiger Beeinflussungen: J. Rivero, in: M. Cappelletti u. a. (Hrsg.), *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, 1978, S. 389, 405, M. Burgi, *Verwaltungsprozess und Europarecht*, 1996, S. 60, J. Dutheil de La Rochère, *RFDA* 2001, S. 910, L. Dubois, in: J. Bourrinet (Hrsg.), *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, 2000, S. 7, J.-F. Flauss, in: J. Burmeister (Hrsg.), *Die verfassungsrechtliche Stellung der Verwaltung*, 1991, S. 230, E. Schmidt-Aßmann, *Ordnungsidee*, 2004, S. 40.

¹⁸ „Une osmose des deux logiques“: T. Georgopoulos, *La séparation horizontale des pouvoirs*, 2005, S. 501; zur Idee der Verzahnung der Rechtsebenen: M. Brenner, *LKV* 2002, S. 307.

nationalen Rechts ist vom Gemeinschaftsverwaltungsrecht als der Summe aller Normen abzugrenzen, die auf supranationaler und nationaler Ebene die Verwaltungsorganisation und Verwaltungstätigkeit regeln¹⁹. Trotz gewisser Annäherungen ist dabei zwischen dem Gemeinschaftsverwaltungsrecht des indirekten Vollzugs und dem EG-Eigenverwaltungsrecht zu differenzieren²⁰. Nur das Gemeinschaftsverwaltungsrecht ist im Rahmen der Europäisierung von Interesse, weil es Vorgaben für den indirekten Vollzug in den Mitgliedstaaten bereithält.

Es besteht keine umfassende und einheitliche Kodifikation des Europäischen Verwaltungsrechts, auch wenn eine sektorielle Zunahme primärer und sekundärer Verwaltungsrechtsregeln beobachtet werden kann²¹. Eine Kodifikation oder zumindest eine Teilkodifikation eines *ius commune Europaeum* wird seit einiger Zeit in der Verwaltungsrechtslehre als mögliche Perspektive diskutiert²². Noch ist aber kein derartiger rechtspolitischer Wille der Mitgliedstaaten erkennbar.

Das Europäische Verwaltungsrecht entwickelte sich vorrangig im Wege einer allmählichen und behutsamen richterrechtlichen Fortentwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze, die auf dem nationalen Verwaltungsrecht der EU-Mitgliedstaaten basieren²³. Mittlerweile können Grundsätze des Verwaltungsprozessrechts und des Verwaltungsverfahrenrechts ausgemacht werden²⁴. Die Verflechtung der Verwaltungsorganisation wird unter dem Schlagwort der Verwaltungskooperation diskutiert²⁵. Es ist nur teilweise nachvollziehbar, welches nationale Recht welche Regelung genau bewirkt hat. Die Synthese aus den pluralen Möglichkeiten der nationalen Rechtssysteme lässt sich anschaulich mit einem Schmelztiegel vergleichen²⁶. Besonders am Anfang stand die Herausbildung des Rechtsschutzsystems ganz im Zeichen des fran-

¹⁹ K.-P. Sommermann, DVBl 1996, S. 891, S. Hölscheidt, EuR 36 (2001), S. 377.

²⁰ S. Hegels, EG-Eigenverwaltungsrecht und Gemeinschaftsverwaltungsrecht, 2001, S. 48 ff., 210, T. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 335.

²¹ J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, 2005, S. C.

²² K.-P. Sommermann, DVBl 1996, S. 895, 897, A. Hatje, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 421, 426; Plädoyer für eine Teilkodifikation: J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, 2005, S. CLVII, CLVIII, J.-F. Flauss, in: J. Schwarze (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 116; kritisch hinsichtlich der Verwirklichung: J.-B. Auby, AJDA N° spécial 1996, S. 192.

²³ J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, 2005, S. CXIV, G. Gornig, u. a., JZ 2000, S. 395, G. Haibach, NVwZ 1998, S. 456.

²⁴ R. Wahl, in: H. Hill u. a. (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, 2004, S. 357, M. Fromont, in: H. Hill (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, 2004, S. 73 ff.

²⁵ D. H. Scheuing, Verw. 2001, S. 108; vgl. zur Systembildung des klassischen indirekten Vollzugs neben der horizontalen und vertikalen Zentralisierung: G. Sydow, DÖV 2006, S. 70, 71.

²⁶ J. Duteil de La Rochère, RFDA 2001, S. 910; „Brennglas“: K.-P. Sommermann, DVBl 1999, S. 897.

zösischen Rechts²⁷. Später kamen Anleihen aus anderen Ländern hinzu wie das Verhältnismäßigkeitsprinzip aus dem deutschen Verwaltungsrecht²⁸. Mittlerweile hat sich das Gemeinschaftsverwaltungsrecht allerdings von seinen Vorbildern emanzipiert und sich seiner eigenen Funktionalität folgend weiterentwickelt.

Teilweise wird Europäisches Verwaltungsrecht in einem weiteren Sinne verstanden, wodurch es zu Überschneidungen zum Europäisierungsbegriff kommt. So ist nach *Schwarze* die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts auch eine Frage des Konvergenzpotenzials des nationalen Verwaltungsrechts und der Herausbildung eines gemeineuropäischen Verwaltungsrechts²⁹. Zum besseren Verständnis der komplexen Prozesse der Europäisierung wird in der vorliegenden Arbeit insoweit aber eine Abschtichtung vorgenommen.

3. Wettbewerb der Rechtsordnungen

Neueren Datums ist das Interesse am „Wettbewerb der Rechtsordnungen“, besonders auf horizontaler Ebene zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten³⁰. Dahinter steht die Idee einer Konkurrenzbeziehung zwischen den nationalen Rechtsordnungen im Zuge der vielfältigen Verflechtungen in Europa³¹. Der Wettbewerb der Rechtsordnungen stellt einen fundamentalen Faktor der Integration dar³², werden doch dadurch Veränderungen im gesamten nationalen Recht über den Anwendungsvorrang hinaus bewirkt. Damit ist der „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ ein besonderer Europäisierungsmechanismus³³.

²⁷ *J. Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2005, S. LXXXIX.

²⁸ Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als deutschem „Exportschlager“: *D. Ehlers*, DVBl 2004, S. 1448, *J. Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht-(II), 1988, S. 1135 ff., *K. Hauke*, Verhältnismäßigkeit im europäischen Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2005, S. 55.

²⁹ *J. Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2005, S. XLVIII; er weist aber selbst darauf hin, dass diese erweiterte Begriffsbestimmung nicht zwingend ist: S. LI.

³⁰ Der Wettbewerb erfasst die gesamte nationale Rechtsordnung, auch wenn das Privatrecht gegenwärtig noch im Vordergrund steht: *E.-M. Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen, 2002, S. 2, 75 ff., *V. H. Schneider*, in: ders. (Hrsg.), Entgrenzte Märkte- grenzenlose Bürokratie?, 2002, S. 23, 24.

³¹ *V. Mehde*, Wettbewerb zwischen Staaten, 2005, S. 554, *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 151, *M. Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, 2001, S. 167, „Standortwettbewerb als Determinant des modernen Staates“: *N. Lundsgaard-Hansen*, in: G. Holzinger (Hrsg.), Europäisierung der öffentlichen Verwaltung, 2003, S. 19.

³² *C. Roche*, AJDA 2005, S. 1329.

³³ Kapitel 1, § 3, I. 4. b), Kapitel 3, § 2, II. 4.

4. Konvergenz und andere Entwicklungsperspektiven

Im Europäisierungsdiskurs werden neuerdings verstärkt Konvergenzen und Divergenzen zwischen dem Gemeinschaftsrecht und dem nationalen Recht sowie den nationalen Rechtsregimen untereinander diskutiert³⁴. Studien zur Konvergenz sind Studien der Rechtsvergleichung, die nach funktionaler Vergleichbarkeit nationaler Strukturen und nach Angleichungs- und Harmonisierungsmöglichkeiten fragen³⁵. Die Anpassungsfähigkeit der nationalen Dogmatik ist auch Gegenstand des Europäisierungsdiskurses. Folglich bestehen Überschneidungen. Allerdings ist mit der Konvergenzthese eine bestimmte Entwicklungsperspektive der Europäisierung verbunden, die nicht unumstritten ist³⁶. Die Konvergenztheorie geht von der Vergleichbarkeit der Rechtssysteme dem Grunde nach und der Überwindbarkeit der Zweispurigkeit des Rechts im Zuge der Europäisierung aus.

III. Begriffsbestimmung

Unter Europäisierung der nationalen Rechtsordnungen wird die *Beeinflussung*, *Verdrängung* und *Inhaltsänderung durch europäisches Recht* verstanden³⁷. Damit ist der Blick auf die Veränderungen im nationalen Recht gerichtet. Die Anfänge der Europäisierung können in etwa auf die Veröffentlichung der Ersten Europäischen Akte im Jahre 1986 datiert werden, als sich die Rechtsvergleichung zum standardisierten Arbeitsmittel der Europäischen Gemeinschaft entwickelte und eine wichtige Voraussetzung für weitergehende Integrations- und damit Europäisierungsprozesse schaffte³⁸.

Mittlerweile können verschiedene Wirkgrade der Europäisierung ausgemacht werden von der bloßen punktuellen europarechtskonformen Auslegung mit der geringsten Wirkkraft über die Weiterentwicklungskraft bis zur Vereinheitlichungs- und Verdrängungswirkung der Europäisierung³⁹. Nichtsdesto-

³⁴ Vgl. nur: P. Legrand, in: P. Beaumont (Hrsg.), *Convergence and divergence in European public law*, 2002, S. 225, M.-C. Ponthoreau, *AJDA* 2006, S. 20, Zu Begriff, Wesen sowie Zielen, Rechtsinstrumenten und Methoden der Harmonisierung: M. Wagner, *Das Konzept der Mindestharmonisierung*, 2001, S. 18 ff., C. Knill, u. a., *VerwArch* 2007, S. 1 ff.

³⁵ J. Schwarze, *AJDA*, N° spécial 1996, S. 140, T. Groß, *Verw.* 2000, S. 416 ff.

³⁶ Kapitel 7, § 1, III.

³⁷ E. Schmidt-Aßmann, in: ders. u. a. (Hrsg.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, 1999, S. 10, R. Wahl, *Der Staat* 1999, S. 495.

³⁸ F. Foitzik, *Probleme und Grenzen der Europäisierung*, 2006, S. 273–277, H. Siedentopf, *DÖV* 1990, S. 455.

³⁹ D. H. Scheuing, *Verw.* 2001, S. 108, 109, EuGH, Urteil vom 14.12.1995, Rs. C-312/93, S. 1995, I-4599, „Peterbroeck“, Rn. 15 ff., 21; zur Abhängigkeit des Wirkungsgrads vom jeweiligen

trotz kommt es aufgrund von Divergenzen zwischen dem nationalen Recht und dem Gemeinschaftsrecht auch zu Friktionen und Systembrüchen im nationalen Systemzusammenhang. Deren Überwindung ist vom Konvergenzpotenzial, den Anpassungs- und Weiterentwicklungsmöglichkeiten der nationalen Dogmatik abhängig. Europäisierung lässt sich deshalb auch als ein „konfliktträchtiger Wandlungsprozess“ beschreiben⁴⁰.

Im Vordergrund stehen rechtlich zwingende Anpassungen an europäische Vorgaben des Primär- oder Sekundärrechts sowie richterrechtlich entwickelte Grundsätze, die bei der Umsetzung in nationales Recht und der Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts Bedeutung erlangen. Soweit deckt sich Europäisierung mit der durch *A. Hatje* beschriebenen „bewussten Steuerung des nationalen Rechts durch Gemeinschaftsrecht“⁴¹. Darüber hinaus sind indirekte Europäisierungsprozesse nicht-hierarchischer Art unbestritten⁴². Diese indirekten Integrationsprozesse, die nicht direkt durch Gemeinschaftsrecht, sondern durch Anpassungsprozesse im System – durch die „innere Logik“ des nationalen Rechtssystems – bedingt sind⁴³, geben der Europäisierung den Charakter eines partiell ungesteuerten Prozesses⁴⁴. Die Wirkmechanismen der indirekten Europäisierung sind komplex und vielschichtig⁴⁵. In der französischen Literatur werden sie anschaulich als „Ansteckungsprozesse“⁴⁶ oder auch als „Kettenreaktionen“⁴⁷ bezeichnet. Sogenannte „Spill-over-Effekte“ können übergreifende Europäisierungseffekte bewirken – ein Fortschreiten der Europäisierung in funktional verknüpftem nationalem Recht, indem die Grenzen der gemeinschaftsrechtlichen Anwendung „übersprungen“ werden⁴⁸. Weiterhin bewirken informelle Rezeptionsprozesse, initiiert durch faktischen Anpassungsdruck oder Wettbewerbstendenzen zwischen den Systemen, eine indirekte Europäisierung⁴⁹. Die Europäisierung in einem Rechts-

Europäisierungsmechanismus: *S. Hegels*, EG-Eigenverwaltungsrecht und Gemeinschaftsverwaltungsrecht, 2001, S. 69–71.

⁴⁰ *C. Joerges*, Der Europäisierungsprozess als Herausforderung, 2006, S. 3.

⁴¹ *A. Hatje*, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 27.

⁴² *R. Wahl*, DVBl 2003, S. 1285, *C. Knill, u. a.*, Der Staat 2006, S. 220, *F. W. Scharpf*, in: *V. H. Schneider* (Hrsg.), Entgrenzte Märkte- grenzenlose Bürokratie?, 2002, S. 43 ff.

⁴³ *L. Dubois*, in: *J. Bourrinet* (Hrsg.), Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées, 2000, S. 10.

⁴⁴ *V. H. Schneider*, in: ders. (Hrsg.), Entgrenzte Märkte- grenzenlose Bürokratie?, 2002, S. 16 ff.

⁴⁵ Kapitel 1, § 3, I 1–4.

⁴⁶ „Effets de contagion“: *J. Dutheil de La Rochère*, in: *J. Bourrinet* (Hrsg.), Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées, 2000, S. 182.

⁴⁷ „Une réaction en chaîne“: *J.-F. Flauss*, in: *J. Schwarze* (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 96.

⁴⁸ *S. Roll*, Zugang zu Umweltinformationen und Freedom of Information, 2003, S. 169.

⁴⁹ *E. Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 2004, S. 333 ff.

bereich erhöht den Anpassungsdruck in einem anderen. So unterliegt trotz der formellen Trennung in einen europäisierten und einen nationalen Rechtsbereich der letztere einer indirekten Europäisierung, wie noch anhand des Vergaberechts zu zeigen sein wird.

In der Regel stehen solche indirekten Europäisierungen zumindest in einem direkten Zusammenhang zu hierarchisch zwingenden Europäisierungen. Die bloße Verstärkungswirkung oder die „rechtsdogmatische Anstoßwirkung“⁵⁰ des Gemeinschaftsrechts für die Entwicklung von Regelungen oder Rechtsinstituten zählt jedoch auch als mittelbar europäisch bedingte Veränderung⁵¹. Immer stärker kann zudem eine direkte gegenseitige Beeinflussung der nationalen Rechtsordnungen der EU beobachtet werden⁵², die ebenfalls als mittelbar europäisch bedingt einzuordnen ist. Es liegt auf der Hand, dass sich Rechtssysteme, die im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft in ständigem, fast alltäglichem Kontakt stehen, gegenseitig beeinflussen. Nicht die Tatsache, dass sie sich beeinflussen, sondern der Umfang des Einflusses und die Folgen für die einzelnen nationalen Rechtssysteme beeindruckten.

§ 2 Der nationale rechtswissenschaftliche Europäisierungsdiskurs

I. Deutschland

Die deutsche Literatur zur Europäisierung ist sehr umfangreich. Verschiedene Aspekte der Europäisierung des Verwaltungsrechts, sowohl aus dem allgemeinen⁵³ und dem besonderen Verwaltungsrecht⁵⁴ als auch aus dem Bereich des Verwaltungsprozessrechts⁵⁵ sind in deutschsprachigen Arbeiten in den letzten zehn Jahren behandelt worden. Doch auch wenn der Begriff der Euro-

⁵⁰ G. Nolte, DÖV 1999, S. 365.

⁵¹ J. Dutheil de La Rochère, in: J. Bourrinet (Hrsg.), *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, 2000, S. 182.

⁵² Vgl. anlässlich der Einführung der Eilrechtsbehelfe in Frankreich: Sénat, *Rechtsvergleichende Studie vom Oktober 1998, „référés administratifs“*.

⁵³ F. Foitzik, *Probleme und Grenzen der Europäisierung*, 2006, S. Kadelbach, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1999, F. Schoch, JZ 1995, S. 109.

⁵⁴ V. Neßler, *Europäisches Richtlinienrecht*, 1994, S. 190 ff., W. Erbguth, *Europäisierung des nationalen Umweltrechts*, 2000, F. Schoch, NVwZ 1999, S. 457.

⁵⁵ C. D. Classen, *Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1996, D. Ehlers, *Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts*, 1999, M. Brenner, LKV 2002, S. 304, F. Schoch, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Festgabe BVerwG*, 2003, S. 508, T. Dünchheim, *Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluß*, 2003.

päisierung häufig bemüht worden ist. Die viel beschworenen Friktionen und Gefahren für die nationale Systematik und konkrete Folgen für die Dogmatik sind hinter floskelartigen Annäherungsversuchen oft nur schemenhaft erkennbar⁵⁶. Das liegt wohl daran, dass der Prozess der Europäisierung noch lange nicht beendet ist. Die Richtung, in die es geht, kann oft gerade einmal erahnt werden. Zu Recht wird davor gewarnt, die Europäisierungseffekte zu dramatisieren⁵⁷. Andererseits ist eine kritische rechtswissenschaftliche Begleitung des Europäisierungsprozesses dringend notwendig⁵⁸. Der Umfang und die Tiefenwirkung der Europäisierung müssen realistisch festgestellt werden, um dessen Folgen dogmatisch verarbeiten zu können. Neuere Arbeiten setzen sich nun zunehmend mit den konkreten dogmatischen Herausforderungen und der Anpassungs- und Rezeptionsfähigkeit der nationalen Dogmatik auseinander⁵⁹. Dies ist zu begrüßen.

Die Bewertung des Prozesses der Europäisierung fiel und fällt ambivalent aus. Europäisierung wird einerseits als Chance für das nationale Recht mit großem Innovationsgehalt und notwendigem Reformimpetus erkannt⁶⁰. In der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur wird die Europäisierung des Verwaltungsrechts als „Zweitphase“ bezeichnet, nachdem sich das deutsche öffentliche Recht in einer ersten Phase unter dem Grundgesetz vier Jahrzehnte lang im Wesentlichen autonom entwickelt hatte⁶¹. Die Europäisierung wird andererseits als Bedrohung für die Kohärenz der tradierten Systematik angesehen⁶². Teilweise wird sogar der „Kollaps“ des rechtsstaatlichen Ver-

⁵⁶ J. Isensee, u. a., Hdb. Staatsrecht, Bd. 2, 2004, § 25, Rn. 65 ff. und § 37, Rn. 66.

⁵⁷ J. Schwarze, in: ders. (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 212, E. Klein, in: C. Starck (Hrsg.), Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze, 1992, S. 126.

⁵⁸ So auch: F. Schoch, NVwZ 1999, S. 458, W. Hoffmann-Riem, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 319.

⁵⁹ Vgl. nur: C. Calliess, in: C. Nowak (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, 2002, S. 81 ff., T. Dünchheim, Verwaltungsprozeßrecht unter europäischem Einfluß, 2003, F. Foitzik, Probleme und Grenzen der Europäisierung, 2006, F. Schoch, NVwZ 1999, S. 457 ff., M. Brenner, LKv 2002, S. 304 ff.

⁶⁰ „Das Europarecht legt nur den Finger in die Wunde notwendiger Reformen“: J. Ruthig, BayVbl 1997, S. 298, R. Wahl, DVBl 2003, S. 1285, C. D. Classen, NJW 1995, S. 2463, E. Schmidt-Aßmann, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Festgabe BVerwG, 2003, S. 488, R. Schmidt, in: R. Pitschas (Hrsg.), Internationalisierung von Staat und Verfassung, 2002, S. 307; insbesondere für die Dogmatik des subjektiv-öffentlichen Rechts: B. W. Wegener, Rechte des Einzelnen, 1998, S. 271 ff., J. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 239, E. Schmidt-Aßmann, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Festgabe BVerwG, 2003, S. 488.

⁶¹ R. Wahl, Der Staat 1999, S. 495.

⁶² „Die Perfektion der deutschen Rechtsordnung wird bisweilen ein wenig überschätzt, und die auswärtigen Einflüsse werden mehr als Störfaktoren empfunden, denn als Chance“. Eindruck des früheren Präsidenten des VG Straßburg: J.-M. Woehrling, NZBau 1998, S. 467; durchgängig kritisch: T. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. V, 187 ff., 334 ff.; C. Joerges, Der Europäisierungsprozess als Herausforderung, 2006, S. 19.

waltungsrechts befürchtet⁶³. Besonders die „Spill-over-Effekte“, die europäisch nur mittelbar bedingten Einflüsse auf das nationale Recht, provozieren negative Kommentare. Es wird vor Folgeproblemen für die Dogmatik und die Rechtsanwendung gewarnt⁶⁴. Das Bild des „Rutschbahneffekts“ wird bemüht⁶⁵. Zunehmend setzt sich in der Literatur aber die Erkenntnis durch, dass Abwehrmechanismen gegen selbst geschaffene Drohkulissen allein nicht weiterhelfen⁶⁶. So wies *Schwarze* schon 1996 in seinem deutschen Länderbericht zur Europäisierung des Verwaltungsrechts darauf hin, dass es zu einfach sei, die deutsche Rechtsordnung als eine „traditionsgeprägte Ordnung ohne Wandlungsmöglichkeiten“ darzustellen⁶⁷. Letztlich kann nur die aktive Teilnahme am offenen Entwicklungsprozess des Europäischen Verwaltungsrechts – dem ein Wettbewerbscharakter zugesprochen wird⁶⁸ – die Interessen der eigenen Rechtssystematik sichern⁶⁹. Mittlerweile hat man begonnen, verschiedene Strategien der „Selbstbehauptung“ zu diskutieren⁷⁰. Die französische Rechtswissenschaft ist allerdings in diesem Punkt bereits weiter.

II. Frankreich

Der Begriff Europäisierung, übersetzbar mit „européanisation“ oder auch „communautarisation“, taucht in der französischen Literatur des öffentlichen Rechts immer noch weit weniger häufig auf als in der deutschen Literatur⁷¹. Doch darf dies nicht dahingehend interpretiert werden, dass keine Veränderungen bestehen. Die Europäisierung und der damit einhergehende Anpassungsdruck für die Dogmatik des nationalen Rechts werden zunehmend

⁶³ *R. Breuer*, VVDStRL (53) 1994, S. 251; zustimmend aber differenzierter: *C. D. Classen*, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 186, 187.

⁶⁴ *G. Dabringhausen*, u. a., VergabeR 2006, S. 469.

⁶⁵ *J. Pietzcker*, Zweiteilung des Vergaberechts, 2001, S. 9.

⁶⁶ *K.-H. Ladeur*, EuR 1995, S. 246.

⁶⁷ *J. Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 213.

⁶⁸ *T. Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 395, Kapitel 1, § 3, I. 4. b), Kapitel 3, § 2, II. 4.

⁶⁹ *R. Wahl*, DVBl 2003, S. 1268.

⁷⁰ *M. Knodt*, in: ders. u. a. (Hrsg.), Deutschland zwischen Europäisierung und Selbstbehauptung, 2000, S. 32 ff.

⁷¹ *D. Vignes*, in: C. Debbasch (Hrsg.), L'Europe et le droit, 1991, S. 545; *J.-F. Flauss*, in: J. Schwarze (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 31, *M.-C. Ponthoreau*, AJDA 2006, S. 20, *J. Ziller*, L'Européanisation des droits constitutionnels, 2003; vgl. das Sonderheft der AJDA 1996 „Droit administratif et droit communautaire“; z.B.: *P. Terneyre*, AJDA N° spécial 1996, S. 84 ff., *R. Arnold*, AJDA, N° spécial 1996, S. 110 ff.

wahrgenommen⁷². Gerade die verfassungsrechtlichen Auswirkungen in den Art. 88-1 bis 88-4 fV im Zusammenhang mit dem Maastricht-Vertrag von 1992 haben eine rege und anhaltende Debatte um den „transfert de souveraineté“ in Frankreich ausgelöst⁷³. Der EMRK kommt neben dem Recht der Europäischen Gemeinschaften eine ganz eigene Bedeutung für die Europäisierung des nationalen Rechts zu⁷⁴. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hat wesentliche Veränderungen direkter und indirekter Art im französischen Verwaltungsprozessrecht bewirken, beziehungsweise entsprechende Tendenzen verstärken können. Hier sei nur auf die folgenreiche Stärkung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Stärkung des Schutzes der Individualrechte hingewiesen⁷⁵.

Die Bewertung der Europäisierung fällt wie in Deutschland zweischneidig aus⁷⁶. Es finden sich positive und ängstliche Analysen. Europäische Einflüsse werden als dynamisierende Bereicherung und Möglichkeit der Sanierung für die nationale Dogmatik bewertet⁷⁷. Andererseits wird im französischen Verwaltungsrecht eine tiefgreifende Destabilisierung und Umstrukturierung wahrgenommen⁷⁸. *Chapus* spricht sogar von der „dénationalisation“ des Verwaltungsrechts⁷⁹. Obwohl das französische Recht anfangs als Modell für die Ausgestaltung des Gemeinschaftsrechts diente, ist die Europäisierung des

⁷² Vgl. nur: *P. Cassia*, RFDA 2006, S. 1062, *G. Marcou*, AJDA 2006, S. 84, *B. Ferrari*, AJDA 2006, S. 1021, *J.-F. Flauss*, in: J. Schwarze (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 31 ff., *R. Kovar*, in: C. Debbasch (Hrsg.), L'Europe et le droit, 1991, S. 341, *B. Lukaszewicz, u. a.*, Le juge administratif et l'Europe, 2004, S. 25, erstes Lehrbuch zum allgemeinen Verwaltungsrecht mit umfassenden Bezügen zu den Effekten der Europäisierung: *J.-L. Autin, u. a.*, Droit administratif général, 2005, insb.: S. 345 ff.

⁷³ *J. Wölk*, Die Umsetzung von Richtlinien, 2002, S. 163 ff., *A. Ondoua*, Etude des rapports entre le droit communautaire et la Constitution en France, 2001, insbes. S. 293 ff., 401 ff., *J. Hecker*, Europäische Integration als Verfassungsproblem in Frankreich, 1998, S. 178, 266.

⁷⁴ Vgl. nur: *D. Ritleng*, RTD eur. 2004, S. 333, *J.-M. Maillot*, La théorie administrativiste des principes généraux du droit, 2003, S. 141, *P. Tavernier*, La France et la CEDH, 2005.

⁷⁵ *Y. Jegouzo*, in: *B. Lukaszewicz u. a.* (Hrsg.), Le juge administratif et l'Europe, 2004, S. 25, *J.-M. Maillot*, La théorie administrativiste des principes généraux du droit, 2003, S. 334, *M. Fromont*, in: (Hrsg.), Mélanges F. Moderne, 2004, S. 1118, 1130 ff.; so auch schon: *M. Fromont*, in: *M. Long* (Hrsg.), Mélanges R.Chapus, 1992, S. 203, 204; zu dem im Verwaltungsprozessrecht viel-diskutierten und folgenscheren Urteil EGMR, Urteil vom 07.06.2001, N° 39594/98, „*Kress c. France*“: *J. Andriantsimbazovina*, Recueil Dalloz 2001, S. 2611, *M.-C. Montecler de*, AJDA 2006, S.788, Kapitel 5, §§ 3–5 in IV, Kapitel 6, §§ 2, 3 in III.

⁷⁶ *J.-L. Autin, u. a.*, Droit administratif général, 2005, S. 346, 350.

⁷⁷ *J.-B. Auby, u. a.*, La distinction du droit public et du droit privé, 2004, S. 10, *J.-M. Maillot*, La théorie administrativiste des principes généraux du droit, 2003, S. 141, *J.-B. Auby*, AJDA 2001, S. 912.

⁷⁸ *T. Georgopoulos*, La séparation horizontale des pouvoirs, 2005, S. 352, *B. Lukaszewicz, u. a.*, Le juge administratif et l'Europe, 2004, S. 22 ff., *M. Fromont*, in: *H. Hill* (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, 2004, S. 73.

⁷⁹ Vgl. das Zitat in: *I. Boucobza*, Dr. adm. 2004/12, S. 7.

französischen Verwaltungsrechts für die Kohärenz und Einzigartigkeit des französischen Systems nicht folgenlos geblieben⁸⁰. Angleichungstendenzen werden kritisch als Verlust französischer Identität gewertet⁸¹. Wenn auch die Anpassungsfähigkeit des französischen Rechtssystems betont wird⁸², soll das bewahrt werden, was die Besonderheit und Spezialität des französischen Rechts ausmacht⁸³. So wird kritisiert, dass im Wege der Europäisierung unnötig neue Begriffe eingeführt werden, obwohl Vergleichbares unter anderer Bezeichnung bereits in der französischen Dogmatik existiert⁸⁴. Die Imitierung anderer Erfahrungen ist für das französische Recht nicht neu, aber die Einflussnahmen haben im Zuge der Globalisierung und der Europäisierung entschieden zugenommen⁸⁵.

Unübersehbar hat sich das Gemeinschaftsrecht von seinen Vorbildern emanzipiert und fortentwickelt. Damit verliert das französische Verwaltungsrecht an Einfluss auf der europäischen Bühne, worauf man in Frankreich sehr sensibel reagiert. Um diesem Trend entgegenzuwirken, soll wieder mehr für die Verbreitung des französischen Rechts und der Rechtstradition getan werden⁸⁶. Man hat erkannt, dass eine Abwehrhaltung allein nicht zum Ziel führen kann und ist angesichts der wechselseitigen Wirkmechanismen der Europäisierung von der Defensive in die Offensive gewechselt⁸⁷. Aktuelle Bemühungen sind darauf gerichtet, ein langfristiges Konzept der Einflussnahme zu entwickeln⁸⁸. Ziel ist es, das französische Rechtssystem im Rahmen des Wettbewerbs der Rechtsordnungen optimal zu positionieren. Beispielsweise soll die Ausbildung französischer Juristen im ausländischen und europäi-

⁸⁰ B. Ferrari, AJDA 2006, S. 1021.

⁸¹ O. Dutheillet de Lamothe, u. a., Conseil d'Etat, rapport public 2001 „L'influence internationale du droit français“, S. 13, J. Andriantsimbazovina, Recueil Dalloz 2001, S. 2611, J.-B. Auby, AJDA 2001, S. 912, L. Dubois, in: J. Bourrinet (Hrsg.), Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées, 2000, S. 7, J.-F. Flauss, in: J. Schwarze (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 113.

⁸² B. Ferrari, AJDA 2006, S. 1027.

⁸³ „Es gilt im Rahmen einer akzeptablen Synthese das zu bewahren, was die Besonderheit und Spezialität des französischen Rechts ausmacht“: F. Servoin, Droit administratif de l'économie, 1996, S. 310, vgl. auch: A. Garapon, Petites affiches 2004/04, S. 6.

⁸⁴ B. Plessix, JCP éd. gen. 2006, S. 1230.

⁸⁵ F. Melleray, AJDA 2004, S. 1225, Y. Gaudemet, in: M. Borgetto (Hrsg.), Mélanges, 1999, S. 431.

⁸⁶ B. Ferrari, AJDA 2006, S. 1021.

⁸⁷ „Depuis le Non français, la place de la France est à redéfinir. Il faut donc maintenant quitter la logique défensive pour revenir à une logique d'influence.“: Conseil d'Etat, rapport public 2007: „L'administration française et l'Union européenne“, S. 360.

⁸⁸ „Une stratégie d'influence juridique sur le long terme et bénéficiant de continuité“: O. Dutheillet de Lamothe, u. a., Conseil d'Etat, rapport public 2001 „L'influence internationale du droit français“, S. 79 ff., 130, Conseil d'Etat, rapport public 2007: „L'administration française et l'Union européenne“, S. 297 ff., 347, 360.

schen Recht verbessert werden. Die Mehrheit der nationalen Juristen ist mit der Sachmaterie des Europarechts noch immer überfordert, weshalb eine Auseinandersetzung mit der Europäisierung auf breiter Ebene wegen fehlenden Wissens gar nicht stattfinden kann⁸⁹. In den Gerichten werden speziell ausgebildete Beamte, „correspondants communautaires“, eingesetzt, um den „gemeinschaftsrechtlichen Instinkt“ bei den Richtern auszubilden⁹⁰. Weiterhin wird die Übersetzung von Rechtsquellen und die Anfertigung rechtsvergleichender Studien gefördert⁹¹. Der komplexe Prozess der Europäisierung muss analysiert werden, um ihn handhaben zu können⁹². Es zeigt sich ein starkes Souveränitätsdenken Frankreichs und ein offenkundiges Selbstbewusstsein für die nationalen Besonderheiten und Stärken des eigenen Rechtssystems⁹³. Zwar wird von einem kooperativen Ansatz gesprochen⁹⁴, doch kann dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Stärkung und Verbreitung des französischen Rechts im Vordergrund steht.

Insgesamt wird der Prozess der Europäisierung in der Literatur weniger aufgeregt kommentiert als in Deutschland, weshalb er für manchen sogar noch kaum wahrnehmbar ist⁹⁵. Auch wird Europäisierung regelmäßig neben Globalisierung, Ökonomisierung und Internationalisierung als ein Teilaspekt des Veränderungsdrucks von außen aufgefasst⁹⁶.

III. Bewertung

In der Erstauflage des Standardwerks zum Europäischen Verwaltungsrecht aus dem Jahre 1988 stellte *Schwarze* noch ein zurückhaltendes Interesse an den Rückwirkungen der europäischen Integration auf das nationale Recht

⁸⁹ C. Favre, in: S. Feiden u. a. (Hrsg.), Towards a Europeanised judiciary?, 2000, S. 26.

⁹⁰ „Développer le réflexe européen, en tant qu’elles doivent se tenir prête à formuler des recommandations et à adapter le droit national“: Conseil d’Etat, rapport public 2007: „L’administration française et l’Union européenne“, S. 358, C. Favre, in: S. Feiden u. a. (Hrsg.), Towards a Europeanised judiciary?, 2000, S. 33.

⁹¹ J. Dutheil de La Rochère, RFDA 2001, S. 915, 917.

⁹² „Si on veut comprendre ce processus pluriel car complexe et diffus, il faut multiplier les approches“: M.-C. Ponthoreau, AJDA 2006, S. 21.

⁹³ M.-C. Ponthoreau, AJDA 2006, S. 21.

⁹⁴ O. Dutheil de Lamothe, u. a., Conseil d’Etat, rapport public 2001 „L’influence internationale du droit français“, S. 130.

⁹⁵ M.-C. Ponthoreau, AJDA 2006, S. 20.

⁹⁶ „Man kann drei konzentrische Kreise der Europäisierung, Internationalisierung und Globalisierung ausmachen“: M.-C. Ponthoreau, AJDA 2006, S. 20, 22, ähnlich: D. Ritteng, RTD eur. 2004, S. 333, J.-M. Maillot, La théorie administrative des principes généraux du droit, 2003, S. 141, 335, J. M. Peyricol, Dr. adm. 2000/04, S. 5, J. Bourrinet, in: ders. (Hrsg.), Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées, 2000, S. 25 ff.

fest⁹⁷. Dies hat sich geändert. Der Europäisierung wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur beider Länder eine rege und weiter wachsende Aufmerksamkeit gewidmet. Die Wissenschaft nimmt ihre Vermittlungsaufgabe⁹⁸ zunehmend wahr, den komplexen Prozess der Europäisierung im eigenen Land zu begleiten und zu unterstützen.

In Deutschland lässt sich quantitativ und qualitativ noch immer mehr Literatur rund um die Europäisierung finden als in Frankreich. Dies kann sowohl mit der dogmatischen Ausrichtung der deutschen Rechtswissenschaft als auch mit der Sensibilisierung für spezifische Probleme sich überlagernde Rechtsordnungen im föderalen Deutschland erklärt werden⁹⁹. Doch Frankreich hat in den letzten Jahren erheblich aufgeholt. Rechtsvergleichende Untersuchungen ließen Mitte der 1990er Jahre noch kaum eine Auseinandersetzung mit dem Europäisierungsprozess in Frankreich erkennen, geschweige denn eine dogmatische Aufarbeitung oder eine nationale Handlungsstrategie¹⁰⁰.

Die Herausforderung der Europäisierung für die etablierten nationalen Rechtssysteme wird in beiden Ländern intensiv diskutiert. Beide Länder fürchten um ihre Rechtsordnung, die sie zu verteidigen suchen¹⁰¹. Die kritischen Reaktionen fallen teilweise sehr hart aus, stehen doch dahinter in beiden Ländern nicht nur Verlustängste nationaler Identität, sondern auch die Sorge um Verlust nationaler politischer Macht in Europa. In beiden Ländern finden sich aber auch positive Stimmen. Europäisierung wird als unumkehrbarer Prozess angesehen, der als Vehikel von Modernisierungen und Reformen genutzt werden kann. Die Vorteile werden in Frankreich allerdings stärker betont. Offensichtlich hat man in Frankreich die Abwehr- in eine Angriffshaltung umwandeln können, um sich die Europäisierung in eigener Sache zunutze zu machen.

⁹⁷ J. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*(-I), 1988, S. 5.

⁹⁸ U. Battis, DÖV 2001, S. 995, M.-C. Ponthoreau, AJDA 2006, S. 21.

⁹⁹ K.-P. Sommermann, DVBI 1996, S. 891.

¹⁰⁰ K.-P. Sommermann, DVBI 1996, S. 890 m.w.N., J.-F. Flauss, in: J. Schwarze (Hrsg.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996, S. 31, 101.

¹⁰¹ „Jedes nationale Rechtssystem hat seine Tabus und seine heiligen Kühe“: J.-M. Woehrling, NZBau 1998, S. 466, 467.

§ 3 Die Funktionslogik der Europäisierung

I. Europäisierungsmechanismen

Mit der Einsicht in die Bedeutung der Europäisierung für das nationale Recht ist das Interesse für die vielschichtigen Europäisierungsmechanismen geweckt worden¹⁰². Nachfolgend sollen die hauptsächlichen Einwirkungskanäle vorgestellt werden.

1. Allgemeine Prinzipien

In erster Linie dienen die allgemeinen Werkzeuge des Europarechts als Europäisierungsmechanismen. Selbst die indirekte Europäisierung, die Beeinflussung des nationalen, europäisch nicht bedingten Rechts, kann als Fernwirkung dieser Wirksamkeitsprinzipien angesehen werden. Die Prinzipien sind schon oft Gegenstand von Abhandlungen gewesen und sollen hier nur aufgezählt werden. Wichtige Bedeutung kommt dem kombinierten Spiel aus „effet utile“ und Anwendungsvorrang¹⁰³ zu. Das Uniformitätsprinzip als Leitprinzip¹⁰⁴ – Ausformung der Vertragstreue gemäß Art. 10 EGV und des allgemeinen Diskriminierungsverbots gemäß Art. 12 EGV – gebietet die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts¹⁰⁵. Im indirekten Vollzug gelten zudem die speziellen Gebote der Effektivität und der Äquivalenz¹⁰⁶.

¹⁰² „Le mécanisme d'insertion du droit communautaire dans l'ordre interne“: *M.-F. C. Tchakaloff*, in: J. Bourrinet (Hrsg.), *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, 2000, S. 84, „Wege der Einflussnahme“: *J. Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996, S. 204 ff., *T. Danwitz*, *Verwaltungsrechtliches System*, 1996, S. 341, „Rechtsmechanismen der Strukturangleichung“: *M. Bremner*, *Der Gestaltungsauftrag*, 1996, S. 87-96, „Einwirkungsmechanismen“: *F. Schoch*, *JZ* 1995, S. 113, 114.

¹⁰³ *J. Masing*, *NJW* 2006, S. 264, *R. Abraham*, *Droit international, droit communautaire et droit français*, 1989, S. 181.

¹⁰⁴ *W. Schroeder*, *VerwArch*. 2004, S. 15, 17.

¹⁰⁵ EuGH, Urteil vom 21.02.1991, Rs. C-143/88, C-92/89, Slg 1991, I-415, „*Zuckerfabrik Süderdithmarschen*“, Rn. 26, *T. Oppermann*, *Europarecht*, 2005, Rn. 534, *O. Dörr*, *Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte*, 2003, S. 192, *T. Eilmansberger*, *Rechtsfolgen und subjektives Recht im Gemeinschaftsrecht*, 1997, S. 58 ff., *A. Hatje*, *Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung*, 1998, S. 60, 71–82, *O. Dörr*, *Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte*, 2003, S. 138.

¹⁰⁶ *D. Ehlers*, *DVBl* 2004, S. 1441, *R. Mehdi*, in: J. Bourrinet (Hrsg.), *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, 2000, S. 158, 159, *T. Danwitz*, *DVBl* 1998, S. 427, *J. Schwarze*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2005, S. LXXXVI, XCI, XCIII, *H. Leffler*, *Public Procurement Law Review* 2003, S. 152, *Kopp/Ramsauer* (Hrsg.), *Kommentar zum VwVfG*, 2003, Einführung, Rn. 62.

2. Richtlinien als „Katalysatoren der Europäisierung“

Das Haupttransportmittel der Europäisierung ist das Recht. Von den Handlungsmöglichkeiten des Art. 249 I–IV EGV haben sich die Richtlinien als primäres Werkzeug zur Angleichung der rechtlichen Rahmenbedingungen im Sinne des Art. 3 lit. h EGV und damit als hauptsächliche Einflusskanäle der Europäisierung etabliert¹⁰⁷. Durch die Richtlinien konnten zahlreiche spezielle Rechtsbereiche erreicht und europäisiert werden.

Gemäß Art. 249 III sind Richtlinien in ihrer „Normalfunktion“¹⁰⁸ nicht unmittelbar anwendbar. Erst durch die Umsetzung werden sie geltendes nationales Recht. Dabei ist keine inhaltsgleiche Umsetzung notwendig, aber die Verwirklichung des Richtlinienziels muss sichergestellt werden¹⁰⁹. Die Zielvorgaben der Richtlinien belassen den Mitgliedstaaten einen gewissen Entscheidungsspielraum und erlauben eine Umsetzung innerhalb des jeweiligen Rechtssystems¹¹⁰. Gerade diese Zweistufigkeit, die Mittel und Form der Umsetzung weitestgehend dem Mitgliedstaat überlässt, prägt heute die Überformung des nationalen Rechts. Ein europäisches Gesamtkonzept kommt auf diese Weise allerdings nicht zustande. Deshalb wird kontrovers diskutiert, ob die Rechtsharmonisierung auch in Zukunft primär durch Richtlinien erfolgen sollte¹¹¹. Die Alternative könnten Verordnungen sein, die eine einheitliche Teilkodifikation bewirken.

Die zentrale Erkenntnis der Implementierungsforschung zum Gemeinschaftsrecht ist die Bedeutung der Effektivität und Effizienz des Rechts¹¹². Da keine originäre Macht Europas zur Durchsetzung des europäisch bedingten Rechts besteht, hat der EuGH das *Konzept der gestuften Richtlinienwirkung* entwickelt: Zunächst verpflichtet die Gemeinschaftsrechtstreu aus Art. 10 EGV die Rechtsanwender, die nationalen Behörden und Gerichte, zur richtlinienkonformen Interpretation des nationalen Rechts im Lichte des Richtlinienwortlauts sowie der Erwägungsgründe¹¹³. Als weitere Bausteine der dezentra-

¹⁰⁷ J. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2005, S. CXX, R. Prella, Die Umsetzung der UVP-Richtlinie, 2001, S. 29, 54 V. Neßler, *Europäisches Richtlinienrecht*, 1994, S. 3, E. Schmidt-Aßmann, *Ordnungsidee*, 2004, S. 33.

¹⁰⁸ M. Gellermann, in: H.-W. Rengeling u. a. (Hrsg.), *Hdb. des Rechtsschutzes in der EU*, 2003, S. 588.

¹⁰⁹ EuGH, Urteil vom 11.08.1995, Rs. C-433/93, Slg.1995, I-2303, „*Kommission/Deutschland*“, Rn. 18 ff.

¹¹⁰ B. W. Wegener, *Rechte des Einzelnen*, 1998, S. 253.

¹¹¹ M. Ludwigs, *EuR* 41 (2006), S. 376 m.w.N., E. Schmidt-Aßmann, *Ordnungsidee*, 2004, S. 32.

¹¹² C. Brümmer, in: B. Bapuly (Hrsg.), *Europäisierung durch Recht*, 2005, S. 88 m.w.N. zu Literatur der Implementierungsforschung, Kapitel 4 §§ 1 und 2.

¹¹³ Ausführlich zu diesem Unterfall der europarechtskonformen Auslegung: M. Gellermann, in: H.-W. Rengeling u. a. (Hrsg.), *Hdb. des Rechtsschutzes in der EU*, 2003, S. 595–599, vgl. C. F. Urteil vom 22.12.1989, N° 86113, „*Cercle militaire mixte*“, Lebon 260.

len Rechtsdurchsetzung wirken die Grundsätze der Haftung der Mitgliedstaaten und die der unmittelbaren Richtlinienwirkung. Die richterrechtlich entwickelte unmittelbare Anwendbarkeit hinreichend bestimmter und inhaltlich unbedingter Richtlinienregelungen¹¹⁴ erlaubt es, die Grundvoraussetzung der Implementation – die effektive und rechtzeitige Umsetzung der Richtlinien durch die Mitgliedstaaten – zu umgehen und auf diese Weise die Mitgliedstaaten unter Druck zu setzen. Die Möglichkeit des Gemeinschaftsbürgers, sich in nationalen Rechtsschutzverfahren auf diese Richtlinienbestimmungen zu berufen, verstärkt deren Wirksamkeit zusätzlich¹¹⁵.

Vor dem Hintergrund des Sanktionsgedankens sind allerdings die direkten Wirkungen zur mittelbaren Drittwirkung zulasten Privater abzugrenzen. Problematisch bei diesem Vorbehalt des sogenannten „Belastungsverbots“ ist seit jeher die Abgrenzung zwischen belastender unmittelbarer und mittelbarer Wirkung im Rahmen von Dreiecksbeziehungen zwischen zwei Bürgern und dem Mitgliedstaat¹¹⁶. Die begünstigende Wirkung für einen Bürger kann leicht belastend für einen Dritten sein. Die „coupierte Drittwirkung von Richtlinien“ ist deshalb umstritten¹¹⁷. Fest steht, dass die weit verbreitete pauschale Vorstellung falsch ist, wonach eine Wirkung zulasten Privater durch direkt wirkende Richtlinien nie gegeben sein kann¹¹⁸. Nicht zuletzt weitet die neuere Rechtsprechung des EuGH die Wirkung von Richtlinienbestimmungen in horizontalen Rechtsverhältnissen tendenziell aus, um eine effektive Rechtsdurchsetzung zu erreichen¹¹⁹.

Die direkte Wirkung von Richtlinien ist für die Mitgliedstaaten nicht unproblematisch. Schließlich wird hierbei mit einem richterrechtlich fortgebildeten Instrument direkt in eine nationale Systematik eingegriffen. Die Verwaltungsgerichte in Frankreich, allen voran der Conseil d’Etat, bedienen sich

¹¹⁴ Ständige Rechtsprechung des EuGH: EuGH, Urteil vom 22.06.1989, Rs. 103/88, Slg. 1989, 1839, „*Fratelli Costanzo*“, Rn. 29; von dt. Gerichten anerkannt: BVerfG, Urteil vom 08.04.1987, 2 BvR 687/85, „*Kloppenburg-Beschluß*“, S. 241 ff., *Hetmeier, Heinz*, in: *C. O. Lenz, u. a.*, Kommentar zu EUV und EGV, 2003, Art. 249 EGV, Rn. 12, *M. Gellermann*, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechtes durch Richtlinien der EG, 1994, S. 165 ff.

¹¹⁵ Vgl. nur: EuGH, Urteil vom 11.08.1995, Rs. C-431/92, Slg. 1995, I-2189, „*Großkrotzenburg*“, Rn. 26 ff., kritisch dazu: *F. Schoch*, NVwZ 1999, S. 462, 463.

¹¹⁶ *Bumke, C.*, Rechtssetzung in der Europäischen Gemeinschaft; Bausteine einer gemeinschaftsrechtlichen Handlungsformenlehre, in: *Europawissenschaft, Schuppert, G. F., Pernice, I., Haltern, U.* (Hrsg.), 2005, S. 676, *M. Gellermann*, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechtes durch Richtlinien der EG, 1994, S. 174 ff., *M. Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2005, S. 244 ff.

¹¹⁷ Zum Streit: *M. Herdegen*, *Europarecht*, 1997, Rn. 184, befürwortend: *C. Herrmann*, *EuZW* 2006, S. 69, ablehnend: *C. Claßen*, *Nichtumsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien*, 1999, S. 83.

¹¹⁸ Vgl. bereits: EuGH, Urteil vom 22.06.1989, Rs. 103/88, Slg. 1989, 1839, „*Fratelli Costanzo*“, Rn. 31 ff.

¹¹⁹ *C. Herrmann*, *EuZW* 2006, S. 70, Zu den kritischen Stimmen: *A. Epiney*, NVwZ 2006, S. 44.

daher einer gedanklichen Hilfskonstruktion. Erst eine nationale Ermächtigungsgrundlage, „un texte intermédiaire“, kann die Verknüpfung der Richtlinie zur konkreten hoheitlichen Handlung herstellen und eine Rechtsposition einräumen¹²⁰. Zur Legitimation dieser Vorgehensweise argumentiert das Gericht mit dem Wortlaut des Art. 249 EGV, wonach die Richtlinie nicht mehr als ein bloßes Ziel vorgeben kann¹²¹. Da solche gesetzlichen Grundlagen jedoch nicht immer ausdrücklich bestehen, musste der Conseil d'Etat seine Ausnahmerechtsprechung stark erweitern. Mittlerweile kann ein Bürger in Frankreich regelmäßig einen europarechtswidrigen Hoheitsakt angreifen, wenn auch weiterhin über die Konstruktion richterrechtlich entwickelter nationaler Ermächtigungsgrundlagen¹²².

3. Europäisierung durch Rechtsprechung

Die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte spielt eine entscheidende Rolle in der Entwicklung des Europarechts als „case-law“ und damit auch im Europäisierungsprozess¹²³. Der EuGH hat die Konkretisierungskompetenz für Auslegungsfragen des Gemeinschaftsrechts nach Art. 220 EGV inne. Einerseits kommen Funktionszielen zur Durchsetzung des Gemeinschaftsinteresses – bei einer gewissen inhaltlichen Fokussierung auf wirtschaftliche Aspekte – eine große Bedeutung in der Rechtsprechung zu¹²⁴. Andererseits ist der EuGH heute „Wächter“ eines Gemeinschaftsrechts, dem 27 Mitgliedsstaaten mit jeweils 27 unterschiedlichen Rechtssystemen und Rechtstraditionen unterliegen. Die Rechtsprechung bleibt davon nicht unbeeinflusst. Prinzipien, die in den Mitgliedstaaten auf weiten Strecken unabhängig voneinander in evolutionären Prozessen entwickelt wurden, verschmelzen in der rechtsvergleichenden Gesamtschau des EuGH wie unter einem Brennglas und stoßen einen Prozess der Wechselwirkung und der Europäisierung an¹²⁵.

Das Vorabentscheidungsverfahren der nationalen Gerichte zum EuGH hat sich durch dessen immanenten Aspekt des Dialogs zwischen nationalem und

¹²⁰ J.-M. Maillot, La théorie administrative des principes généraux du droit, 2003, S. 246 ff., R. Abraham, Droit international, droit communautaire et droit français, 1989, S. 149 m.w.N.; zur Entwicklung der Rechtsprechung: Conseil d'Etat, rapport public 2007: „L'administration française et l'Union européenne“, S. 322, 323.

¹²¹ C.E., Urteil vom 22.12.1978, N° 11604, Lebon 524, AJDA 1979, 27, „Cohn-Bendit“.

¹²² C.E., Urteil vom 06.02.1998, N° 138777, Lebon 30, AJDA 1998, 403, „Tête“, C.E., Urteil vom 20.05.1998, N° 188239, Lebon 201, AJDA 1998, 553, „Piémont de Barr“.

¹²³ S. Alber, in: H. Hill u. a. (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahren, 2004, S. 446 ff., C. O. Lenz, in: K. F. Kreuzer (Hrsg.), Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der EU, 1997, „judicial activism“: K.-P. Sommermann, DVBl 1996, S. 892.

¹²⁴ F. Schoch, JZ 1995, S. 117.

¹²⁵ K.-P. Sommermann, DVBl 1996, S. 898.

europäischem Gericht in quantitativer und qualitativer Hinsicht zu einem entscheidenden Verfahren für die Europäisierung des nationalen Rechts entwickeln können¹²⁶. Es ermöglicht dem EuGH, Einfluss auf die Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts zu nehmen. Gleichzeitig zeigt das Verfahren deutlich die Grenzen lenkbarer Europäisierung durch die Spruchpraxis des EuGH auf¹²⁷. Im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens erfolgt eine Interpretation des Gemeinschaftsrechts anlässlich nationaler Einzelrechtsfälle. Der EuGH entwickelt keine umfassende Dogmatik¹²⁸. Auch fungiert der EuGH weder de facto noch de jure als oberste Superrevisionsinstanz, schon weil der Anwendungsbereich des Vorabentscheidungsverfahrens strikt auf Normen des Gemeinschaftsrechts beschränkt ist¹²⁹. So trifft die Rechtsprechung die systematischen Wertungszusammenhänge in jedem nationalen Recht an unterschiedlichen Stellen und löst teilweise höchst unterschiedliche Rechtsangleichungsmechanismen aus¹³⁰.

Den nationalen Gerichtsbarkeiten kommt ebenfalls eine eigene Rolle im Europäisierungsprozess zu. Sie sind organisatorisch und institutionell Teil nationaler Kontrollinstanzen, fungieren aber als Gemeinschaftsrichter¹³¹. Als solche haben sie die volle Wirkung des Gemeinschaftsrechts sicherzustellen¹³² und müssen gleichzeitig die Folgewirkungen der Europäisierung im nationalen Recht bewältigen. Der nationale Gesetzgeber kann oft nicht so schnell und flexibel auf gemeinschaftsrechtliche Effektivitätsvorgaben reagieren, weshalb vorrangig den Gerichten ein Anpassungsauftrag seitens der Rechtspraxis in den europäisierten Rechtsgebieten obliegt – teilweise gegen den erklärten Willen des nationalen Gesetzgebers¹³³.

¹²⁶ M. Brenner, LKV 2002, S. 307, 308, J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, 2005, S. CXXII, J. Dutheil de La Rochère, AJDA N° spécial 1996, S. 167, R. Iglesias, NJW 2000, S. 1899.

¹²⁷ K.-P. Sommermann, DVBl 1996, S. 895.

¹²⁸ „Es ist nicht die Aufgabe des EuGH, allgemeine materiell- und verfahrensrechtliche Regelungen aufzustellen, die nur von den zuständigen Instanzen erlassen werden können“: EuGH, Urteil vom 12.06.1980, Rs. 130/79, Slg. 1980, 1887, „Express Dairy Foods“, Rn. 12, I. Renke, EG-Richtlinien und verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz, 1998, S. 52.

¹²⁹ S. Feiden, u. a., Towards a Europeanised judiciary?, 2000, S. 6.

¹³⁰ T. Danwitz, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 178, C. D. Classen, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 187.

¹³¹ F. Schoch, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Festgabe BVerwG, 2003, S. 514, M. Burgi, Verwaltungsprozess und Europarecht, 1996, S. 58, R. Iglesias, NJW 2000, S. 1889 ff., EuGH, Urteil vom 16.10.2003, Rs. C-421/01, Sgl.2003, I-11941, „Traunfellner“, Rn. 21.

¹³² EuGH, Urteil vom 21.02.1991, Rs. C-143/88, C-92/89, Slg 1991, I-415, „Zuckerfabrik Süderdithmarschen“, Rn. 30.

¹³³ „La réforme à travers la jurisprudence“: M. Berbari, Marchés publics, 2001, S. 15, E. Schmidt-Aßmann, VBIBW 2000, S. 50, 51, F. Melleray, AJDA 2005, S. 628, vgl. anlässlich der Einführung des § 13 VgV im deutschen Vergaberecht: Bundeskartellamt, Beschluss vom 29.04.1999, VK 7/99, BauR 1999, 1284, „Münzplättchen-Beschluss“.

Dieser Auftrag fällt der französischen Rechtsprechung leichter als der deutschen. In Frankreich hat die Verwaltungsgerichtsbarkeit – in erster Linie der Conseil d’Etat – eine aktive Rolle bei der Gestaltung der Europäisierung übernommen. Die Strategie der Verwaltungsgerichtsbarkeit wird sogar als reaktiv bezeichnet¹³⁴. Der Conseil d’Etat als oberstes Verwaltungsgericht Frankreichs „nationalisiert“ fremde Regelungen und Rechtsinstitute, indem er sie in nationale Regeln und Institute übersetzt¹³⁵. Die Rechtsprechung nimmt sich dabei einen Spielraum heraus, die fremdartigen Elemente teilweise auch nur als Anregung zu benutzen und diese lediglich funktional in das nationale Recht einzupassen¹³⁶. Beim Eingliedern in das eigene Rechtssystem erweisen sich die grundlegenden Prinzipien des Verwaltungsrechts als aufnehmend und tragend¹³⁷. Obwohl der Anwendungsbereich der angereicherten nationalen Institute auf den europäisierten Bereich beschränkt bleibt¹³⁸, ist diese aktive Rolle bemerkenswert. Der Conseil d’Etat wurde lange wegen fehlender Offenheit und unzureichender Kooperation mit den Europäischen Gerichtsbarkeiten kritisiert¹³⁹. Bis in die 1980er Jahre griffen die Verwaltungsgerichte nie direkt auf internationales Recht zurück oder nahmen auch nur Bezug¹⁴⁰. Es sei auf den späten Kurswechsel der Nicolo-Rechtsprechung verwiesen, der erst 1989 die Anerkennung des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts für Frankreich brachte¹⁴¹. Bei aller neuen Offenheit für Impulse von außen betont und bewahrt der Conseil d’Etat die Besonderheiten des nationalen Rechtsschutzsystems¹⁴².

¹³⁴ *J.-M. Maillot*, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, 2003, S. 144.

¹³⁵ *Une tendance certaine à vouloir „nationaliser“: J.-M. Maillot*, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, 2003, S. 209. Zum Verhältnismäßigkeitsprinzip- principe de proportionnalité: S. 270, S. 293 ff.; zur begrenzten Eingliederung des Vertrauensschutzes – *confiance legitime*: S. 307 ff.

¹³⁶ In gewisser Weise kopiert dies die Arbeit des europäischen Richters, der die gemeinsamen Verfassungs- und Rechtstraditionen auch nur als Inspirationsquelle nutzt: *M.-C. Ponthoreau*, *AJDA* 2006, S. 25, *J.-M. Maillot*, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, 2003, S. 270, 314.

¹³⁷ „Vecteur essentiel d’adaption“: *J.-M. Maillot*, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, 2003, S. 335.

¹³⁸ Zum Urteil C. E., Urteil vom 24.03.2006, N° 288460, „*KPMG et autres*“, in dem streng zwischen europäisiertem Bereich und nicht europäisiertem Bereich unterschieden wird, und das französische Prinzip der Rechtssicherheit um Wertungen des Vertrauensschutzes angereichert wird, damit der Vertrauensschutz nicht im nationalen Bereich anzuwenden ist: *P. Cassia*, *RFDA* 2006, S. 1067, *B. Plessix*, *JCP éd. gen.* 2006, S. 1230.

¹³⁹ *J.-M. Maillot*, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, 2003, S. 143, *J.-M. Woehrling*, *NZBau* 1998, S. 467.

¹⁴⁰ *J.-M. Maillot*, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, 2003, S. 149 ff.

¹⁴¹ C.E., Urteil vom 20.10.1989, N° 108243, *Lebon* 190, *RFD adm.* 1989, 656, „*Nicolo*“, *J. Hecker*, *Europäische Integration als Verfassungsproblem in Frankreich*, 1998, S. 87.

¹⁴² *B. Plessix*, *JCP éd. gen.* 2006, S. 1230, Staatsrat als „gezwungener Aktivist der Integration“: *Argentieri*, *RAJF* 2004, S. I. A. , B.

Die Person des nationalen Richters und die des nationalen Anwalts sind im Rahmen des Europäisierungsprozesses ebenfalls nicht zu unterschätzen. Beide sind zunächst einmal nationale Juristen, die national ausgebildet wurden und im nationalen Recht eingeübt sind. Europäisiertes Recht ist ihnen fremd oder zumindest ungewohnt. Sie begegnen den europäischen Prinzipien im Zweifel mit Zögern, wenn nicht Ablehnung¹⁴³. Die Funktionalisierung der Gerichte als Gemeinschaftsgerichte aber fordert von ihnen zunehmend das Spezialwissen des Europarechts und die Anwendung im Rahmen europäisierter Sachverhalte. Haben sich die Richter und Anwälte einmal mit den neuen Prinzipien bekannt gemacht, so wird dies ihre Aufgabenerfüllung in rein nationalen Sachverhalten nicht unbeeinflusst lassen. Der Richter wird zum Transporteur des europäischen Rechts und dessen besonderer Systematik und Funktionslogik.

4. Mittelbare Europäisierungsmechanismen

a) *Faktischer Anpassungsdruck*

In erster Linie findet Europäisierung nationaler Rechtssysteme auf direktem Wege durch Gesetzesvorhaben Europas statt. Daneben wird Europäisierung mehr und mehr auch durch eine indirekte, eine sogenannte „negative“ Integration bewirkt¹⁴⁴. Dieser kann ein *faktisch-mittelbarer* Aspekt in Folge einer „Wechselwirkung mit der Wirklichkeit“ zukommen, wenn Rechtsordnungen und Wirtschaftssysteme im Zuge grenzüberschreitender Kommunikations- und Interaktionsprozesse in einen direkten Kontakt zueinander treten¹⁴⁵.

Die Zunahme wirtschaftlicher, sozialer, technischer, kultureller und administrativer Austauschprozesse und Verflechtungen über die nationalen Grenzen hinweg macht eine Fortentwicklung der klassischen Sichtweise vom Nebeneinander der nationalen Rechtssysteme der europäischen Mitgliedstaaten notwendig¹⁴⁶. Diese faktische Dimension der Europäisierung bedingt Europäisierungsprozesse oder verstärkt national angelegte Veränderungen und Re-

¹⁴³ „Des manifestations de réticence“: *J.-M. Maillot*, La théorie administrativiste des principes généraux du droit, 2003, S. 149, 184, *C. Favre*, in: S. Feiden u. a. (Hrsg.), Towards a Europeanised judiciary?, 2000, S. 26.

¹⁴⁴ *R. Sturm*, in: G. F. Schuppert u. a. (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 114.

¹⁴⁵ *G. Sydow*, JuS 2005, S. 99, *M. Brenner*, LKV 2002, S. 308, *R. Wahl*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 431, *J. Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 209, *E. Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 2004, S. 39, *V. H. Schneider*, in: ders. (Hrsg.), Entgrenzte Märkte- grenzenlose Bürokratie?, 2002, S. 25, 26, 29.

¹⁴⁶ *H. Kötz*, in: J. Basedow u. a. (Hrsg.), Undogmatisches, 2005, S. 148, *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 150–52, *E. Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 2004, S. 31.

formbemühungen¹⁴⁷. Die Vergleichbarkeit des Anpassungsdrucks für die Mitgliedstaaten begünstigt diesen Prozess¹⁴⁸. Trotz der nationalen Besonderheiten der Verwaltungsrechtstraditionen und Verwaltungsorganisationen erweist es sich, dass die Mitgliedstaaten Teile eines Ganzen sind. Vor allem die westeuropäischen Industriestaaten der alten EU 15 unterliegen vergleichbaren gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Herausforderungen. Exemplarisch kann auf die allgemeine Technisierung und die Knappheit der öffentlichen Ressourcen als wesentlicher Impuls für Reformen der öffentlichen Verwaltungsstrukturen verwiesen werden¹⁴⁹. Vor diesem Hintergrund bilden sich im Wege der „freiwilligen Rezeption“ ähnliche oder jedenfalls vergleichbare Rechtsgrundsätze heraus und werden sich angesichts der faktischen Verflechtungen in der EU auch weiter herausbilden¹⁵⁰. *Schmidt-Aßmann* spricht insoweit von einem „endogenen Vereinheitlichungspotenzial“ der Europäisierung¹⁵¹.

b) Wettbewerb der Rechtsordnungen

Der Wettbewerb der Rechtsordnungen wurde begrifflich bereits als besonderer Europäisierungsmechanismus vom Prozess der Europäisierung abgegrenzt¹⁵². Auch der Wettbewerb der Rechtsordnungen bewirkt auf faktische Art und Weise Europäisierung jenseits von Gesetzesvorhaben oder Anpassungen durch die Spruchpraxis. Es wird auf einen qualitätsorientierten Wettbewerb der Systeme zur Herausbildung von Optimallösungen gesetzt, der gleichzeitig die nationale Eigenständigkeit und die Rechtskultur der Mitgliedstaaten zu bewahren vermag¹⁵³. Allerdings sind Vorbehalte gegen eine zu euphorische Einschätzung angebracht. Die Funktionsvoraussetzungen des Prozesses sind noch wenig untersucht. So ist unklar, wie der Wettbewerb der Rechtsordnungen als ordnendes und gestaltendes Element gezielt eingesetzt werden kann. Dem Wettbewerb müsste ein systematisches Abgleichen natio-

¹⁴⁷ *F. Schoch*, JZ 1995, S. 116, 117, *G. Sydow*, JuS 2005, S. 99.

¹⁴⁸ *J. Schwarze*, AJDA, N° spécial 1996, S. 145, *R. Mehdi*, in: J. Bourrinet (Hrsg.), *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, 2000, S. 143, *F. W. Scharpf*, in: V. H. Schneider (Hrsg.), *Entgrenzte Märkte - grenzenlose Bürokratie?*, 2002, S. 60, 61.

¹⁴⁹ *T. Groß*, *Verw.* 2001, S. 377, Ausführlich zu gemeinsamen Reform- und Konvergenzimpulsen in den Mitgliedstaaten seit 1990: *K.-P. Sommermann*, in: ders. (Hrsg.), *Perspektiven der Verwaltungsforschung*, 2002, S. 177–187, „Ökonomisierung und Managerialisierung“: *K. König*, in: H. Siedentopf (Hrsg.), *Europäische Integration und Modernisierung des Staates*, 1998, S. 114.

¹⁵⁰ *J. Rivero*, in: M. Cappelletti u. a. (Hrsg.), *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, 1978, S. 403, 404, *J. Schwarze*, *Europäisches Verwaltungsrecht*(-II), 1988, S. 1389.

¹⁵¹ *E. Schmidt-Aßmann*, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Festgabe BVerwG*, 2003, S. 488.

¹⁵² Kapitel 1, § 1. II. 3.

¹⁵³ *E.-M. Kieninger*, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen*, 2002, S. 4, 11, 16, 67 ff., 381, *Danwitz*, *Verwaltungsrechtliches System*, 1996, S. 395.

nalstaatlicher Lösungen vorangehen, um die „best practice“ auszumachen. Dies geschieht aber nur in Ansätzen. Zudem erscheint die Durchsetzung im Rahmen von politischen Kompromissen und Paketlösungen, wie sie auf europäischer Ebene in der Regel zu finden sind, schwer vorstellbar¹⁵⁴. Mit Hilfe des Wettbewerbs setzen sich nicht zwingend die besten Lösungen durch, sondern möglicherweise nur die Vorstellungen der stärksten Lobby¹⁵⁵.

Das Bild vom „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ ist nicht falsch, wird aber weitgehend idealisiert. Nichtsdestotrotz ist der Wettbewerb als gestaltende Kraft von Rechtsordnungen anzuerkennen¹⁵⁶. Spätestens mit der Centros-Entscheidung des EuGH zum Gesellschaftsrecht hat auch in der Rechtsprechung des EuGH ein regulativer Konkurrenzansatz Einzug gehalten¹⁵⁷. Er motiviert nationale Rechtsordnungen, sich an Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft zu orientieren und zwingt dazu, Lösungen des nationalen Rechts über den Verweis auf traditionelle Gegebenheiten hinaus im Lichte von Alternativlösungen anderer Rechtssysteme zu rechtfertigen¹⁵⁸. Eine lange nationale Tradition ist nicht mehr ausreichend. Sie tritt in Konkurrenz, zumindest aber in einen Dialog mit den Erfahrungen anderer europäischer Staaten.

Aus dem Wettbewerb erwachsen zudem horizontale Entwicklungsperspektiven zwischen den Mitgliedstaaten¹⁵⁹. Die Öffnung des nationalen Rechts im Zuge des Integrationsprozesses und das tatsächliche Zusammenwachsen von Wirtschaft und Gesellschaft haben eine Perspektiverweiterung des beschränkten nationalen Blicks auf das Recht der anderen Mitgliedstaaten bewirkt. Das Wissen um Rechtssysteme anderer Mitgliedstaaten und der Austausch zwischen den Mitgliedstaaten haben sich stark erhöht¹⁶⁰. Nationale Gerichte verweisen zunehmend auf Lösungen aus ausländischem Recht. Auch die Literatur sieht sich mit Lösungen anderer Mitgliedstaaten konfrontiert¹⁶¹. Dabei zeichnet sich ab, dass die Chancen eines Rechtssystems im Rahmen des Wettbewerbs umso besser stehen, je mehr es gelingt, dessen Vorzüge systematisch-rechtsvergleichend zu vermitteln und sich das Rechts-

¹⁵⁴ Dazu: *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2004, S. 447.

¹⁵⁵ So auch: *V. Mehde*, Wettbewerb zwischen Staaten, 2005, S. 86.

¹⁵⁶ *V. Mehde*, Wettbewerb zwischen Staaten, 2005, S. 572.

¹⁵⁷ Wettbewerb zwischen den (Gesellschafts-) Rechtsordnungen („competition among rules“): Generalanwalt La Pergola, Schlussanträge vom 16.07.1998, Rs.C-212/97, Slg. 1999, I-1459, „Centros“, Rn. 20.

¹⁵⁸ *R. Wahl*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 424, 433, *T. Schmidt*, Die Subjektivierung des Verwaltungsrechts, 2006, S. 298; zum Beispiel der Einaktivität: Kapitel 4, § 2, IV.

¹⁵⁹ *V. H. Schneider*, in: ders. (Hrsg.), Entgrenzte Märkte- grenzenlose Bürokratie?, 2002, S. 23 ff.

¹⁶⁰ *C. Knill, u. a.*, Der Staat 2006, S. 222.

¹⁶¹ *F. Marx*, NZBau 2006, S. 1581.

system nicht auf einen Sonderweg versteift¹⁶². Besonders Frankreich hat die Bedeutung des Wettbewerbs für die Zukunft des eigenen Systems erkannt und entwickelt Strategien, das eigene System möglichst gut für den Wettbewerb auf der europäischen Bühne zu positionieren¹⁶³.

c) „Soft-Law“

Neben dem EuGH spielt die Kommission als Gemeinschaftsorgan eine entscheidende Rolle für die Europäische Integration und damit für den Europäisierungsprozess. Ihr stehen sowohl rechtsverbindliche als auch rein feststellende Mittel zur Verfügung. Unter dem Oberbegriff des „Soft-law“ werden Maßnahmen zusammengefasst, denen ohne rechtliche Verbindlichkeit eine rein faktische Wirkung allein psychologischer oder politischer Natur zukommt¹⁶⁴. Zum einen sind das Empfehlungen und Stellungnahmen, die gemäß Art. 249 V EGV unverbindlich und dennoch rechtlich relevant sind¹⁶⁵. Daneben haben sich sonstige Handlungsformen wie Mitteilungen der Kommission sowie Grün- und Weißbücher¹⁶⁶ herausgebildet, die im Vertragstext der Europäischen Gemeinschaften nicht vorgesehen sind und denen deshalb von Gesetzes wegen erst recht keine verbindliche Wirkung zukommt. Grünbücher werden durch die Kommission definiert als eine Art Arbeitspapier zu einem speziellen Politikbereich, um eine Diskussion anzuregen¹⁶⁷. Ein Weißbuch enthält bereits konkrete Aktionsvorschläge; unter Umständen als Fortentwicklung eines Grünbuches¹⁶⁸. Sie dienen der Kommission dazu, ihre Integrationspläne voranzutreiben. Sie konkretisieren ihre Rechtsauffassung, enthalten Auslegungsleitlinien oder bereiten spätere Gesetzesvorhaben vor. Konsequenterweise müssen die nationalen Verwaltungen mit einer späteren Verbindlichkeit der Inhalte rechnen, weshalb diesen in der Praxis eine gewis-

¹⁶² E. Schmidt-Aßmann, *Ordnungsidee*, 2004, S. 40; zur schlechten Ausgangsposition des deutschen Rechts: K. Hansmann, *NVwZ* 2006, S. 52; zur prozessualen Ausgangslage: J.-M. Woehrling, *NVwZ* 1999, S. 502.

¹⁶³ O. Duthillet de Lamothe, u. a., *Conseil d'Etat, rapport public 2001 „L'influence internationale du droit français“*, S. 130, 131, *Conseil d'Etat, rapport public 2007: „L'administration française et l'Union européenne“*, S. 297 ff.

¹⁶⁴ C. Brünner, in: B. Bapuly (Hrsg.), *Europäisierung durch Recht*, 2005, S. 98, H.-J. Prieß, *Handbuch des europäischen Vergaberechts*, 2005, S. 83, P. Pohlmann, *WuW* 2005, S. 1005 ff.

¹⁶⁵ M. Gellermann, in: H.-W. Rengeling u. a. (Hrsg.), *Hdb. des Rechtsschutzes in der EU*, 2003, S. 594.

¹⁶⁶ Überblick unter: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/consultations_de.htm.

¹⁶⁷ *Conseil d'Etat, rapport public 2007: „L'administration française et l'Union européenne“*, S. 356, 357.

¹⁶⁸ *Conseil d'Etat, rapport public 2007: „L'administration française et l'Union européenne“*, S. 358, 359.

se Wirkung nicht abgesprochen werden kann¹⁶⁹. Das Gleiche gilt für Leitlinien und Auslegungsanleitungen durch Mitteilungen der Kommission, an denen sich die nationalen Verwaltungen orientieren, um der Gefahr von Prozessen zu entgehen¹⁷⁰. Es ist im Regelfall die Kommission, die die Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 226 EGV einleitet. Zudem erkennt der EuGH die Beachtlichkeit der Mitteilungen und Stellungnahmen für nationale Gerichte an, insbesondere wenn diese verbindliche Rechtsakte der Gemeinschaft ergänzen oder Auslegungsanweisungen zu ihrer Durchführung enthalten¹⁷¹. Aus denselben Erwägungen kommt Richtlinienvorschlägen bereits eine gewisse De-facto-Wirkung zu, bevor diese formal juristisch wirksam sind. Die quantitative und qualitative Bedeutung des „Soft-law“ für das nationale Recht steigt stetig, weshalb die Kommissionskompetenz zum Erlass des „Soft-law“ zu Recht kritisch bewertet wird¹⁷².

II. Europäisierungslegitimation

1. Kritik eines Legitimationsdefizits

Nicht nur die faktische Wirkung des „Soft-law“ provoziert Fragen nach der Kompetenz der Europäisierung des nationalen Rechts. Vorrangiger Kritikpunkt am Europäisierungsprozess in den Mitgliedstaaten ist der Vorwurf einer unzureichenden Kompetenz Europas für das Ausmaß der Beeinflussung, Überlagerung und Umformung des nationalen Rechts durch die Gemeinschaftsrechtsordnung¹⁷³. Der Wirkanspruch der nationalen Rechtsordnung und das Subsidiaritätsprinzip würden missachtet¹⁷⁴. Tatsächlich lassen sich

¹⁶⁹ Conseil d'Etat, rapport public 2007: „L'administration française et l'Union européenne“, S. 358.

¹⁷⁰ M. Scheerer, Handelsblatt vom 19.07.2006, „EU will öffentliche Aufträge schärfer regeln“, S. 6.

¹⁷¹ EuGH, Urteil vom 13.12.1989, Rs. C-322/88, Slg. 1989, 4407, „Grimaldi“, Rn. 18, M. Herdegen, Europarecht, 1997, Rn. 186.

¹⁷² P. Slominski, in: B. Bapuly (Hrsg.), Europäisierung durch Recht zwischen Anspruch und Wirklichkeit, 2005, S. 35, J.-F. Flauss, in: J. Schwarze (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 96, P. Pohlmann, WuW 2005, S. 1008.

¹⁷³ F. Schoch, JZ 1995, S. 112, 116, D. H. Scheuing, in: Hoffmann-Riem u. a. (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 293 ff., A. Jannasch, NVwZ 1999, S. 501; zweifelnd: J. Kokott, Verw. 1998, S. 337; zur Diskussion in der französischen Literatur: R. Abraham, Droit international, droit communautaire et droit français, 1989, S. 173, nach a. A. ist die Legitimation gegeben; zur Überformung des nationalen Umweltrechts: M. Ruffert, Subjektive Rechte im Umweltrecht, 1996, S. 319 ff., 335; zur Überformung des Verwaltungsrechts: C. D. Classen, NJW 1995, S. 2463; zur Überformung des Prozessrechts: A. Hatje, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 317.

¹⁷⁴ S. Albin, NVwZ 2006, S. 629 ff., 635, M. Klepper, Vollzugskompetenzen, 2001, S. 21 ff., 90 ff.

Europäisierungprozesse selbst von fehlenden Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft nicht aufhalten. Galt das stark national geprägte Verwaltungsrecht – insbesondere das Verwaltungsverfahren- und das Verwaltungsprozessrecht – lange in Ermangelung einer ausdrücklichen Verbandskompetenz als „domaine réservé“, als immun für Europäisierungseinflüsse, sind Einwirkungen mittlerweile selbst hier unbestritten¹⁷⁵. Es sei auf die Verordnung Nr. 1/2003 des europäischen Kartellverfahrensrechts oder die noch näher zu erörternden Rechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG und 92/50/EWG für die Einklagbarkeit der Bieterrechte im Vergaberecht verwiesen¹⁷⁶. Auch in anderen Gebieten wie dem Umweltrecht sind Rechtsschutzvorgaben im Wege von Richtlinienrecht geplant¹⁷⁷. So muss das Prinzip der institutionellen Autonomie zunehmend weichen¹⁷⁸, und die politische Wertschätzung des Subsidiaritätsprinzips des Art. 5 EGV und verschiedener Erklärungen¹⁷⁹ korreliert in keiner Weise mit der geringen Bedeutung, die ihm in der Rechtswirklichkeit der EU eingeräumt wird¹⁸⁰. Die Pflicht zur Richtlinienumsetzung lässt den Mitgliedstaaten zudem immer kleinere Spielräume. Wenn Parlamente zu Vollstreckern detaillierter Richtlinien degradiert werden, ist der Vorwurf einer normativen De-facto-Bindung und damit eines vertragswidrigen Charakters der Richtliniensetzung nicht von der Hand zu weisen¹⁸¹. Auch die Rolle des EuGH und seine Kompetenzen aus Art. 220 EGV geben

¹⁷⁵ D. H. Scheuing, in: Hoffmann-Riem u. a. (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, S. 289, R. Halfmann, *VerwArch.* 2000, S. 75, F. Schoch, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Festgabe BVerwG*, 2003, S. 508, J.-F. Flauss, in: J. Schwarze (Hrsg.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996, S. 79.

¹⁷⁶ Kapitel 3, § 2 II. 2 a).

¹⁷⁷ Zwar besteht in Umsetzung des Århus-Übereinkommens bereits eine Öffentlichkeits- und Beteiligungsrichtlinie 2003/35/EG vom 26.05.2003 und eine Richtlinie 2003/4/EG vom 28.01.2003 über den Zugang zu Umweltinformationen. Darüberhinaus sind aber zusätzliche Maßnahmen erforderlich. Insbesondere sind die für die Mitgliedstaaten geltenden Mindestbedingungen für den Zugang zu Verwaltungs- und Gerichtsverfahren durch eine Richtlinie zu ergänzen und konkretisieren: Europäische Kommission, *Richtlinienvorschlag vom 24.10.2003, „Gerichtszugang in Umweltangelegenheiten“*, Kom(2003)624, Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, *Stellungnahme vom 30.4.2004*, 2.1, 4.1; weiterführend zum Umsetzungs- und Änderungsbedarf im deutschen Verwaltungsrecht im Zuge der Århus-Konvention: T. Danwitz, *NVwZ* 2004, S. 272 ff.

¹⁷⁸ T. Dünchheim, *Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluß*, 2003, S. 166, J.-B. Auby, *AJDA* N° spécial 1996, S. 189.

¹⁷⁹ Subsidiaritätserklärung Nr. 19 zum Maastrichter Vertrag, Erklärung 43 des Amsterdamer Vertrag zu Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität.

¹⁸⁰ „Dem EuGH ist es gelungen, das Subsidiaritätsprinzip aus dem Vertrag „hinauszuinterpretieren“ und damit zu marginalisieren“: S. Albin, *NVwZ* 2006, S. 629 ff., J. Ziller, in: M. Long (Hrsg.), *Mélanges R. Chapus*, 1992S. 684.

¹⁸¹ S. Oehlert, *JuS* 1997, S. 319, M. Gellermann, *Beeinflussung des bundesdeutschen Rechtes durch Richtlinien der EG*, 1994, S. 145 ff., 151, E. Schmidt-Aßmann, *Ordnungsidee*, 2004, S. 183; a. A. zur Umweltinformationsrichtlinie: keine Verdrängung der nationalen Parlamente sondern hilfreiche Unterstützung bei der komplexen Aufgabe: S. Roll, *Zugang zu Umweltinformationen und Freedom of Information*, 2003, S. 204.

Anlass für Kompetenzstreitigkeiten. Die Auslegungsbefugnis des EuGH nach Art. 220 EGV beschränkt sich auf den materiellen Gehalt der europäischen Norm. Die Grenze zwischen europarechtskonformer Auslegung und Weiterentwicklung des Rechts, auch des nationalen Rechts, verläuft hier jedoch oft fließend¹⁸². Das vorläufige Scheitern des Europäischen Verfassungsvertrags und die Renationalisierungsbewegungen in den Mitgliedstaaten bringen die vermehrten Ängste der Nationalstaaten um Einflussverluste zum Ausdruck und verhärten die Diskussion zusätzlich¹⁸³.

2. „Europäisierungskompetenz“

Die Europäisierung des nationalen Rechts ist grundsätzlich an die allgemeinen Ermächtigungsgrundlagen und Grenzen der geltenden Zuständigkeitsordnung des EGV gebunden. Der EG fehlt eine unbegrenzte Gemeinschaftsgewalt¹⁸⁴. Es gilt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, welches Kompetenzen für einzelne Sachgebiete einräumt¹⁸⁵. Dazu eröffnen die Art. 94, 95 EGV in engem Rahmen eine Kompetenz zur Rechtsangleichung. Die Legitimation der Europäisierung verengt sich regelmäßig zur Kompetenzfrage hinsichtlich der Durchführung des Gemeinschaftsrechts im indirekten Vollzug. Die Durchführungskompetenz ist nicht eindeutig geregelt. Der Vertrag der Europäischen Gemeinschaften differenziert nicht zwischen Rechtsetzung und Durchführung¹⁸⁶. Nach vorherrschenden Begründungsansätzen wird die Durchführungskompetenz jedoch als Annex zur jeweiligen Sachkompetenz über das Institut der „implied power“ anerkannt¹⁸⁷.

Im Regelfall werden Kollisionen durch ein Ineinandergreifen der Rechtsordnungen und eine weitestgehende Anpassung an die vorrangige Rechtsordnung erreicht¹⁸⁸. Zur Begründung der vorrangigen europäischen Kompetenz wird entweder nach dem europarechtlichen Ansatz auf die Eigenständigkeit

¹⁸² R. Abraham, *Droit international, droit communautaire et droit français*, 1989, S. 173, B. Wegener in: C. Calliess, u. a., *EUV/EGV*, 2007, Art. 220 EGV, Rn. 17, C. Clafßen, *Nichtumsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien*, 1999, S. 238 ff., U. Everling, *JZ* 2000, S. 218, 221 m.w.N.

¹⁸³ G. Braunberger, *FAZ* vom 05.03.2006, „Europas Flirt mit dem Nationalismus“.

¹⁸⁴ S. Kadelbach, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1999, S. 15, 41–46.

¹⁸⁵ H.-J. Knack, u. a., *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2004, Vor § 1 VwVfG, Rn. 33.

¹⁸⁶ W. Schroeder, *VerwArch*. 2004, S. 11.

¹⁸⁷ J. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2005, S. CI, J. Kokott, *Verw.* 1998, S. 338, A. Hatje, *Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung*, 1998, S. 102 ff., 218, C. Rohde, *Vorläufiger Rechtsschutz*, 1998, S. 156, M. Klepper, *Vollzugskompetenzen*, 2001, S. 67 ff.

¹⁸⁸ S. Kadelbach, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1999, S. 15, 28 ff., M. Gellermann, in: H.-W. Rengeling u. a. (Hrsg.), *Hdb. des Rechtsschutzes in der EU*, 2003, S. 610–613, 676, T. Dünchheim, *Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluß*, 2003, S. 33 ff..

und die Funktionsfähigkeit des Gemeinschaftsrechts oder auf die Integrationsermächtigungen der Mitgliedstaaten (Art. 23 I GG bzw. Art. 88–1 fV¹⁸⁹) abgestellt¹⁹⁰. Allerdings ist offen, wie sogenannte „indirekte Kollisionen“ im Zuge divergierender Rahmenbedingungen zu lösen sind¹⁹¹. Der indirekte Vollzug unterliegt grundsätzlich dem nationalen Verwaltungsrecht und der nationalen Verwaltungspraxis. Es gilt das *Prinzip der institutionellen und verfahrensrechtlichen Autonomie*¹⁹². Doch darf Autonomie nicht mit Immunität nationaler Rechtsordnungen verwechselt werden¹⁹³. Über das Subsidiaritätsprinzip hinaus kann dieses ungeschriebene Prinzip keinen bestimmten Kompetenzbereich für die Mitgliedstaaten reservieren¹⁹⁴. Gerade im indirekten Vollzug stehen mit dem Effektivitäts- und Äquivalenzgebot zusätzlich Prinzipien zur Gewährleistung der vollen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten zur Verfügung¹⁹⁵, wodurch die institutionelle und verfahrensrechtliche Autonomie stark einschränkt werden kann¹⁹⁶. Das Gemeinschaftsrecht und die innerstaatlichen Rechtsordnungen stellen noch immer zwei grundsätzlich unabhängige Rechtskreise dar. Allerdings sind sie in der Praxis längst verwoben und vernetzt¹⁹⁷. Der Begriff der „Autonomie“ des mitgliedstaatlichen Rechts ist damit schlicht ungeeignet. Er vermag die erheblichen gegenseitigen Wechselwirkungen und Einflüssen zwischen gemeinschaftlicher und mitgliedstaatlicher Rechtsordnung nicht hinreichend zu erfassen¹⁹⁸. Das „Spannungsverhältnis zwischen Autonomie

¹⁸⁹ Näher zu den Europa-Artikeln der französischen Verfassung Art. 88-1 bis 88-5: *J. Wölk*, Die Umsetzung von Richtlinien, 2002, S. 163 ff.

¹⁹⁰ *M. Gellermann*, in: H.-W. Rengeling u. a. (Hrsg.), Hdb. des Rechtsschutzes in der EU, 2003, S. 606, 607.

¹⁹¹ „Grenze der rechtlichen Steuerkraft des Anwendungsvorrangs“: *T. Dünchheim*, Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluß, 2003, S. 37, 38.

¹⁹² *R. Wahl*, VVDStRL (41) 1983, S., Rn. 17, *H. D. Jarass*, DVBl 1995, S. 959, *T. Georgopoulos*, La séparation horizontale des pouvoirs, 2005, S. 498.

¹⁹³ *A. Hatje*, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 111, *J.-L. Autin*, u. a., Droit administratif général, 2005, S. 118, 345, *R. Schmidt*, in: R. Pitschas (Hrsg.), Internationalisierung von Staat und Verfassung, 2002, S. 304.

¹⁹⁴ *D. H. Scheuing*, Verw. 2001, S. 110, *M. Gellermann*, in: H.-W. Rengeling u. a. (Hrsg.), Hdb. des Rechtsschutzes in der EU, 2003, S. 616, keine „Kompetenzsperr“: *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 346, *W. Schroeder*, VerwArch. 2004, S. 22.

¹⁹⁵ EuGH, Urteil vom 20.09.2001, Rs. C-453/99, Sgl. 2001, I-06297, „*Courage/ Crehan*“, Rn. 29, EuGH, Urteil vom 07.01.2004, Rs. C-201/02, Sgl. 2004, I-00723, „*Delena Walls*“, Rn. 70 ff.

¹⁹⁶ EuGH, Urteil vom 21.02.1991, Rs. C-143/88, C-92/89, Sgl. 1991, I-415, „*Zuckerfabrik Süderdithmarschen*“, Rn. 26, *R. Iglesias*, NJW 2000, S. 1892–1894 m.w.N., *T. Dünchheim*, Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluß, 2003, S. 39–41, kritisch dazu: *T. Danwitz*, DVBl 1998, S. 427 ff.

¹⁹⁷ So auch: *T. Dünchheim*, Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluß, 2003, S. 47.

¹⁹⁸ So auch: *B. W. Wegener* in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2007, Art. 220 EGV, Rn. 16.

und Determination“¹⁹⁹ ist im Einzelfall dahingehend aufzulösen, ob dem Anspruch auf einheitliche und effektive Wirkung des Gemeinschaftsrechts Vorrang zukommt²⁰⁰.

Angesichts der Tiefenwirkung der Europäisierung im nationalen Recht mag der Legitimitätsmaßstab der vollen und einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nicht immer zu überzeugen. Doch kann die Frage der Legitimation letztlich nicht auf Kompetenzfragen in den Grenzen der Einzelermächtigung reduziert werden. Lineare Legitimationsketten nach nationalem Vorbild werden der Funktionsweise der Europäisierung nicht gerecht²⁰¹. Gerade im Falle der indirekten Europäisierung besteht nur ein mittelbarer Zusammenhang zu europäischen Rechtsakten. Die Diskussion um die Legitimation erscheint angesichts unumkehrbarer Europäisierungsprozesse in der Rechtswirklichkeit und rasant fortschreitender Verflechtungen von Politik und Wirtschaft auch nur begrenzt hilfreich²⁰². Zudem bedeuten die mittelbar angestoßenen Veränderungen der nationalen Rechtsordnung nicht selten notwendige und sinnvolle Reformen, die das nationale Recht zu einem modernen wettbewerbsfähigen Rechtssystem in Europa machen können. Nichtsdestotrotz sollte die Legitimationsfrage der Europäisierung zum Anlass genommen werden, eine breit angelegte Diskussion um Sinn, Struktur, Finalität und Zukunft der Gemeinschaft zu führen. Dazu gehört eine dringende Auseinandersetzung über die Kompetenzen der einzelnen Organe der EU und die Klärung der bestehenden Kompetenzkollisionen zwischen den Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft im Rahmen einer fortgesetzten Verfassungsdebatte. Nur klare Kompetenzabgrenzungen können den Vorwurf des „Superstaats Europa“ ausräumen. Hier soll nicht Thema sein, wie eine solche Kompetenzordnung inhaltlich aussehen könnte²⁰³. Es sei aber angemerkt, dass die weitere Verschiebung von Vollzugskompetenzen von der nationalen auf die europäische Ebene das Problem sicher nicht lösen kann, sondern die Ab-

¹⁹⁹ R. Schmidt, in: R. Pitschas (Hrsg.), Internationalisierung von Staat und Verfassung, 2002, S. 304.

²⁰⁰ W. Schroeder, VerwArch. 2004, S. 22, 37, H. D. Jarass, DVBl 1995, S. 959, Lösung im Sinne einer praktischen Konkordanz mit Verweis auf Hesse: A. Jannasch, NVwZ 1999, S. 501, Lösung mit Hilfe der „Koordinierungsformel“: D. H. Scheuing, in: Hoffmann-Riem u. a. (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 308, J. Bourrinet, in: ders. (Hrsg.), Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées, 2000, S. 163, vgl. auch: EuGH, Urteil vom 14.12.1995, Rs. C-312/93, Sgl 1995, I-4599, „Peterbroeck“, Rn. 20.

²⁰¹ W. Hoffmann-Riem, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 374–378.

²⁰² So auch: M. Burgi, in: H.-W. Rengeling u. a. (Hrsg.), Hdb. des Rechtsschutzes in der EU, 2003, S. 127, U. Everling, JZ 2000, S. 227.

²⁰³ Zur Neuregelung der Kompetenzen vor der Verfassungsdebatte: M. Burgi, Verwaltungsprozess und Europarecht, 1996, S. 22, 23, F. Schoch, JZ 1995, S. 121, 122; anlässlich des Europäischen Verfassungsvertrags: S. Strohmayr, Kompetenzkollisionen, 2006, S. 324 ff.

wehrtendenzen gegen ein zentralistisches Brüssel eher noch verstärken würde. Vielmehr ist an der Wurzel des Problems anzusetzen, am Selbstverständnis der Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Gemeinschaftsrechts. Es wird zu Recht eine Neuorientierung der in nationalen Traditionen verhafteten souveränen Länder als Teil der Problemlösung angemahnt²⁰⁴. Die Mitgliedstaaten müssen schon aus Eigeninteresse ihre nationalen Errungenschaften bei der Gestaltung Europas einbringen und Europäisierung nicht reduziert auf die Überwindung des Nationalstaats ansehen. Andererseits sind die Organe Europas aufgefordert, die Besonderheiten der einzelnen Rechtssysteme und den Eigenwert nationaler Systematik und Grundsätze zu respektieren und in der pluralen Rechtsgemeinschaft Europas zu bewahren²⁰⁵. Am besten kommt dies mit dem Bild des Dialogs zwischen den Mitgliedstaaten und Europa zum Ausdruck, das für Kooperation und Rücksichtnahme im Europäisierungsprozess steht²⁰⁶.

²⁰⁴ M. Klepper, Vollzugskompetenzen, 2001, S. 215, 216.

²⁰⁵ T. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 482–490, A. Hatje, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 421 ff., „gegenseitige Rücksichtnahme“: E. Schmidt-Aßmann, DVBl 1993, S. 931, „Optimierungsgebot“: F. Foitzik, Probleme und Grenzen der Europäisierung, 2006, S. 26, 331 ff., unter Berufung auf das Subsidiaritätsprinzip: C. D. Classen, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 184 m.w.N.

²⁰⁶ F. Schoch, JZ 1995, S. 118, B. Stirn, u. a., in: B. Lukaszewicz u. a. (Hrsg.), Le juge administratif et l'Europe, 2004, S. 57, 233, J. Dutheil de La Rochère, AJDA N° spécial 1996, S. 167, T. Georgopoulos, La séparation horizontale des pouvoirs, 2005, S. 354; in diesem Sinne auch: Dünchheim, Verwaltungsprozeßrecht unter europäischem Einfluß, 2003, S. 252.

Kapitel 2: Europäisierung des Verwaltungsrechts

§ 1 Begriffsdifferenzierung unter dem Blickwinkel der Europäisierung

In den nationalen Rechtswissenschaften ist mittlerweile unbestritten, dass auch das Verwaltungsrecht – lange immun gegen äußere Einflüsse – dem Europäisierungsprozess unterworfen ist¹. Im Zuge der Überlagerung und teilweisen Umgestaltung ist jedoch nicht das Verwaltungsrecht als Ganzes Gegenstand der Europäisierung, sondern einzelne Bereiche und Themenkomplexe unterliegen einem gemeinschaftsrechtlichen Anpassungsdruck². Zum besseren Verständnis der Europäisierung des Verwaltungsrechts soll deshalb zwischen sogenanntem „Vollzugsrecht“, materiellem besonderem Verwaltungsrecht und allgemeinem Verwaltungsrecht differenziert werden.

I. „Vollzugsrecht“ des Gemeinschaftsrechts

Das Gemeinschaftsrecht gelangt regelmäßig im Wege des indirekten Vollzugs in den Mitgliedstaaten zur Anwendung³. Sowohl die Legislative als auch die Exekutive und die Judikative werden dabei in die Pflicht des Euro-parechts genommen und unterliegen immer stärkeren Funktionsänderungen⁴. „Vollzugsrecht“ ist als Oberbegriff für alle Regelungen des nationalen Verwaltungsprozess-, Verfahrens- und allgemeinen Rechts zu verstehen, die im Zusammenhang mit dem indirekten Vollzug des Gemeinschaftsrechts zur Anwendung kommen und die für einen effektiven und einheitlichen Vollzug in den Mitgliedstaaten dem Äquivalenz- und Effektivitätsprinzip unterliegen⁵. Die Normen des Vollzugsrechts waren die ersten, die dem Europäisie-

¹ P. Cassia, RFDA 2006, S. 1062, „Das Gemeinschaftsrecht umspült allmählich das Verwaltungsrechts“: M. Pagenkopf, NVwZ 1993, S. 216, K.-H. Ladeur, EuR 1995, S. 227, 228 ff.

² J. Dutheil de La Rochère, in: J. Bourrinet (Hrsg.), Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées, 2000, S. 184 ff.

³ G. Sydow, DÖV 2006, S. 66 ff., A. Hatje, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 41 ff., T. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 15 ff., M. Brenner, Der Gestaltungsauftrag, 1996, S. 273, 274, S. Alber, in: H. Hill u. a. (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, 2004, S. 447 ff.

⁴ T. Georgopoulos, La séparation horizontale des pouvoirs, 2005, S. 191 ff., 262, W. Schroeder, VerwArch. 2004, S. 5, F. Schoch, NordÖR 2002, S. 1.

⁵ S. Alber, in: H. Hill u. a. (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, 2004, S. 447 ff., Kapitel 1, § 3, I. 1.

rungsprozess ausgesetzt waren und weisen bis heute die stärksten Veränderungen auf. Es sei auf die Normen des allgemeinen Verwaltungsrechts zur Rücknahme europarechtswidriger Verwaltungsakte nach §§ 48, 49 VwVfG verwiesen⁶.

II. Besonderes Verwaltungsrecht

Die verwaltungsrechtliche Systematik beruht in den meisten Mitgliedstaaten auf der Trennung eines allgemeinen von einem besonderen Teil verschiedener Fachverwaltungsgesetzgebung⁷. Das besondere Verwaltungsrecht ist das „spezielle Verwaltungsrecht“, dessen Bestimmungen auf den konkreten Verwaltungsrechtsgegenstand abgestimmt sind, und das neben das allgemeine Verwaltungsrecht tritt, es ergänzt oder auch modifiziert.

Die Europäisierung des besonderen Verwaltungsrechts fällt unterschiedlich stark aus, denn sie ist von den Sachkompetenzen der EU und damit von der Art des Politikfeldes abhängig⁸. Kompetenzen im Kartellrecht, im Beamten- und Personalrecht und zur Errichtung einer europäischen Marktordnung in der Landwirtschaft wurden früh eingeräumt⁹. Andere Kompetenzen zur Errichtung des Binnenmarktes folgten und bewirkten stark europäisch überformte Rechtsgebiete wie das Vergaberecht. Auch wenn der Prozess der Europäisierung die nationalen Rechtsordnungen fokussiert, steht dieser in einem engen Zusammenhang zur Finalität der Europäischen Gemeinschaft. Aufgaben und Ziele der EG wie der Binnenmarkt wirken als *Hebel der Europäisierung*. Je näher der Bezug zu diesen Zielen ist, desto höher ist der Anpassungsdruck. Umgekehrt verwahrt sich das nationale Verwaltungsrecht in den Bereichen, die nicht von Aspekten des Binnenmarktes bestimmt sind, tendenziell gegen die Europäisierung¹⁰. Doch selbst diese Bereiche sind nicht mehr vollständig ausgenommen, seitdem sich die Europäische Gemeinschaft von einer reinen Wirtschaftsgemeinschaft zu einer Wertegemeinschaft entwickelt hat¹¹. Heute berührt das Gemeinschaftsrecht nahezu jedes Gebiet des besonderen Verwaltungsrechts mit entsprechender Wirkung für das gesamte Ver-

⁶ F. Foitzik, Probleme und Grenzen der Europäisierung, 2006, S. 23, 59 ff., 267, W. Schroeder, VerwArch. 2004, S. 5.

⁷ E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. 6.

⁸ „Kein homogener Prozess“: V. H. Schneider, in: ders. (Hrsg.), Entgrenzte Märkte- grenzenlose Bürokratie?, 2002, S. 24, 25.

⁹ E. Wohlfarth, JuristenJahrbuch 1962, S. 274.

¹⁰ B. Ferrari, AJDA 2006, S. 1022.

¹¹ C. D. Classen, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 31 ff., F. Schoch, JZ 1995, S. 117.

waltungsrecht¹².

Die Europäisierung ist zwar an sachspezifische Besonderheiten eines Rechtsgebietes gebunden und nicht oder nur begrenzt auf einen anderen Bereich des besonderen Verwaltungsrechts übertragbar. Beispielsweise kann die europäisch bedingte Bedeutung der Öffentlichkeit für die Kontrolle der Exekutive aus dem Planungs-, Umwelt- und Vergaberecht nicht auf das Polizeirecht übertragen werden. Außerdem können die Auswirkungen in einem besonderen Rechtsbereich zwischen den einzelnen Mitgliedsstaaten in Abhängigkeit von der nationalen Ausgangslage stark schwanken¹³. Nichtsdestotrotz erweisen sich die Europäisierungseffekte in den besonderen Bereichen als Auslöser für nationale Veränderungsprozesse im gesamten nationalen Verwaltungsrecht mit Folgen für die allgemeinen Lehren¹⁴.

III. Allgemeines Verwaltungsrecht

Das allgemeine Verwaltungsrecht umfasst alle Rechtsgrundsätze und Rechtsinstitute des Verwaltungs- und des Verfassungsrechts, die das nationale Systemverständnis ausmachen und die in den Rechtsgebieten des besonderen Verwaltungsrechts ergänzend herangezogen werden können¹⁵. Die Beeinflussung des allgemeinen Verwaltungsrechts im Wege der Europäisierung ist mittlerweile in Deutschland sowie Frankreich unbestritten¹⁶. In diesem Sinne wird bereits dafür plädiert, die Bezeichnung des „Verwaltungsrechts als konkretisiertes Verfassungsrecht“ in „Verwaltungsrecht als konkretisiertes europäisches Gemeinschaftsrecht“ abzuändern¹⁷. Konkrete Veränderungen aber werden noch sehr zurückhaltend anerkannt. Die Regelungsdichte im Verwal-

¹² F. Schoch, JZ 1995, S. 118, S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 8, 9 m.w.N.

¹³ C. Knill, u. a., Der Staat 2006, S. 224.

¹⁴ M. Fromont, in: H. Hill (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht, 2004, S. 74, E. Schmidt-Aßmann, in: ders. u. a. (Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 14, M. Fromont, in: H. Hill (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht, 2004, S. 74.; zur Verknüpfung zwischen Vergaberecht und Allgemeinem Verwaltungsrecht: V. Neßler, EWS 1999, S. 89, M. Knauff, Vr 2000, S. 397; zur Verknüpfung zwischen Umweltrecht und Allgemeinem Verwaltungsrecht: F. Schoch, NVwZ 1999, S. 457, R. Prella, Die Umsetzung der UVP-Richtlinie, 2001, S. 55, S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 10, 11.

¹⁵ J.-M. Maillot, La théorie administrative des principes généraux du droit, 2003, T. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 85.

¹⁶ M. Pagenkopf, NVwZ 1993, S. 216, E. Schmidt-Aßmann, DVBl 1993, S. 927, J.-F. Flauss, in: J. Schwarze (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 31 ff., 100, R. Mehdi, in: J. Bourrinet (Hrsg.), Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées, 2000, S. 158, 159.

¹⁷ U. Battis, DÖV 2001, S. 988, 989, A. Jannasch, NVwZ 1999, S. 502.

tungsrecht und die lange Rechtstradition wehren Beeinflussungen tendenziell ab. Die verfassungsrechtlichen Bezüge des Verwaltungsrechts erschweren den Anpassungsprozess in beiden Ländern zusätzlich¹⁸. Allerdings macht sich im französischen Verwaltungsrechts positiv bemerkbar, dass dieses weniger systematisiert, dogmatisiert und durchnormiert ist als das deutsche Verwaltungsrecht und damit anpassungsfähiger¹⁹. Je komplexer und festgelegter ein System ist, desto zäher gehen von außen initiierte Veränderungen vonstatten.

Andererseits kann die Komplexität gerade Nachhaltigkeit für Beeinflussungen bedeuten. Schon geringfügigen Einwirkungen kann eine erhebliche Ausstrahlungswirkung auf das Gesamtsystem zukommen. Die Anpassungen in einem europäisierten besonderen Rechtsgebiet lassen sich zunehmend nicht mehr kleinräumig verarbeiten, weil sie Grundentscheidungen der nationalen Rechtsordnung berühren – mit Folgen für das allgemeine Verwaltungsrecht²⁰. So wurde im deutschen Verwaltungsrecht in den 1980er Jahren eine umfassende Diskussion um das Konzept des Vertrauensschutzes im Verwaltungsrecht geführt, die durch die Europäisierung des Vollzugsrechts im Zusammenhang mit den Rückforderungen gemeinschaftswidriger Subventionen nach §§ 48, 49 VwVfG ausgelöst worden war²¹. Außerdem zeigen sich Veränderungen in der komplexen Rechtsschutzsystematik²², wie noch anhand des Referenzgebiets verdeutlicht werden wird. Die Europäisierung wirkt sich von speziellen Rechtsgebieten auf die allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts aus. Es wird hier von „paradigmatisch wichtigen“ Referenzgebieten des besonderen Verwaltungsrechts gesprochen, die als Vorreiter allgemeiner Entwicklungen aufzeigen können, welche Anpassungen anstehen und wie der Anpassungsprozess gelingen kann²³.

¹⁸ J. Dutheil de La Rochère, in: J. Bourrinet (Hrsg.), *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, 2000, S. 183, S. Kadelbach, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1999, S. 5.

¹⁹ Zur Geschichte des traditionsreichen französischen Verwaltungsrechts: G. Peiser, *Contentieux administratif*, 2004, S. 6 ff.; zur Anpassungsfähigkeit in Kapitel 5 und 6.

²⁰ F. Schoch, *JZ* 1995, S. 111, T. Danwitz, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, 1999, S. 188, L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 2004, Rn. 42–44, L. Dubois, in: J. Bourrinet (Hrsg.), *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, 2000, S. 10.

²¹ F. Foitzik, *Probleme und Grenzen der Europäisierung*, 2006, S. 267 ff., E. Schmidt-Aßmann, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Festgabe BVerwG*, 2003, S. 487, 493 ff., S. Alber, in: H. Hill u. a. (Hrsg.), *Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht*, 2004, S. 458–467.

²² F. Schoch, *NordÖR* 2002, S. 1 ff., P. Terneyre, *AJDA N° spécial* 1996, S. 91, R. Halfmann, *VerwArch.* 2000, S. 88 ff., F. Foitzik, *Probleme und Grenzen der Europäisierung*, 2006, S. 18.

²³ E. Schmidt-Aßmann, in: ders. u. a. (Hrsg.), *Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993, S. 14.

§ 2 Der Europäisierungsgrad

Es wurde festgestellt, dass das allgemeine Verwaltungsrecht noch einer relativ geringen Europäisierung, das Vollzugsrecht dagegen einer umfangreichen Europäisierung unterliegt und der Grad der Europäisierung mancher besonderer Rechtsgebiete in Abhängigkeit der Kompetenzen der EG hoch ist. Nun stellt sich die Frage, was „hoch“ ist. Ein Versuch der Bestimmung des Europäisierungsgrades wirft die Frage nach Messmethoden auf.

I. Europäisierung in Zahlen

Es sind verschiedene Ansätze entwickelt worden, um Europäisierung rechnerisch zu erfassen. Beispielsweise findet sich eine Vier-Punkte-Skala²⁴, die die Europäisierung nach der effektiven Entscheidungsmacht in einem Politikfeld bemisst. Die Zahl der getroffenen Entscheidungen durch die Nationalstaaten wird in Beziehung zu denen der europäischen Institutionen gesetzt. Null steht für die Alleinregelung durch den Staat und vier für eine vollständige europäische Überformung. Der gesamte Europäisierungsgrad, gemittelt über alle Politikfelder, betrug im Jahre 1968 0,6 und im Jahre 2004 1,4. Für den Bereich des Wirtschaftsrechts ergab sich ein Mittelwert von 2,5 für das Jahr 2004 im Verhältnis zu 1,1 im Jahre 1968. Damit ist der Europäisierungsgrad im Wirtschaftsrecht, zu dem auch das Vergaberecht zu zählen ist, im Verhältnis zu anderen Politikfeldern besonders hoch.

Eine weitere Methode bestimmt die Europäisierung danach, wie viele Regelungen und Gesetze in einem Politikbereich gemeinschaftsrechtlich festgelegt werden. Im Wirtschaftsverwaltungsrecht sind heute bis zu 80 % aller Gesetze gemeinschaftsrechtlich bedingt²⁵ und jedes Jahr kommen etwa 3000 bis 4000 Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen hinzu²⁶. Diese Zahlen können – ungeachtet ihrer unklaren Berechnungsgrundlagen und der fragwürdigen Präzision – zumindest einen Anhaltspunkt für den enormen Europäisierungsgrad in diesem Rechtsbereich geben.

II. Beschreibungsmodelle

Der Grad der Europäisierung kann mit Hilfe von Beschreibungen der Verän-

²⁴ M. G. Schmidt, in: G. F. Schuppert u. a. (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 137, 138.

²⁵ M. Burgi, Verwaltungsprozess und Europarecht, 1996, S. 1.

²⁶ A. Hatje, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 349 m.w.V.

derungsintensität erfasst werden. Nach Ausmaß und Tiefenwirkung wird zwischen *räumlichen*, *punktuellen* und *strukturellen* Veränderungen differenziert.

Unter einer *räumlichen* Europäisierung ist eine bloße Erweiterung der Rechtswirkung im persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich ohne jede inhaltliche Veränderungswirkung im System zu verstehen. Die *strukturelle* Europäisierung bezeichnet die intensivste Form der Einwirkung. Strukturelle Europäisierung verändert die inhaltlichen Strukturen der betroffenen nationalen Rechtsbereiche und damit tendenziell das gesamte Rechtssystem²⁷. In diesem Zusammenhang wurde bereits die Bedeutung von „Spillover-Effekten“ für die indirekte Europäisierung des nationalen nicht direkt europäisierten Rechts vorgestellt²⁸. Einer strukturellen Europäisierung geht regelmäßig die räumliche Europäisierung voraus. So wurde das Vergaberecht Anfang der 1990er Jahre noch als Beispiel für die räumliche Europäisierung angeführt²⁹. Zu diesem Zeitpunkt hatte sich im nationalen Recht zunächst nur die Pflicht zur Bekanntgabe auf das gesamte Gebiet der EU ausgeweitet. Ende der 1990er Jahre ist es dann zu tiefgreifenden Systemveränderungen im nationalen Recht mit der Folge erster Ausstrahlungswirkungen über das Rechtsgebiet hinaus und damit zu strukturellen Veränderungen gekommen³⁰. Damit ist eine kontinuierliche Entwicklung beschreibbar.

Neben der räumlichen und der strukturellen Europäisierung wird eine dritte Art unterschieden – die *punktueller* Europäisierung³¹. Darunter werden europäisch bedingte Veränderungen im Einzelfall verstanden, denen an sich keine weitergehende Wirkkraft für die allgemeine Systematik oder andere besondere Rechtsgebiete zukommt. Vor allem die Offenheit von Generalklauseln, unbestimmten Rechtsbegriffen oder Ermessensermächtigungen werden genutzt, das nationale Recht europarechtskonform auszulegen und damit *punktuell* anzupassen. Punktuelle Einflüsse können sich grundsätzlich als „Fremdkörper“ im nationalen Recht halten. Sie können jedoch zu „Störfaktoren“ im nationalen Verwaltungsrecht werden und strukturelle Veränderungen nach sich ziehen; insbesondere wenn die einfließenden Normgehalte – die Funktionen und Wertungen – der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung unbekannt sind oder zumindest nicht an Bekanntem anknüpfen können³².

²⁷ V. Neßler, Europäisches Richtlinienrecht, 1994, S. 205, C. Knill, u. a., Der Staat 2006, S. 225.

²⁸ Kapitel 1, § 1. II., § 3, I. 4.

²⁹ V. Neßler, Europäisches Richtlinienrecht, 1994, S. 203.

³⁰ V. Neßler, EWS 1999, S. 89, M. Knauff, Vr 2000, S. 397.

³¹ E. Schmidt-Aßmann, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Festgabe BVerwG, 2003, S. 487, C. D. Classen, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 186, 188.

³² T. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 358, A. Hatje, Gemeinschaftsrechtlich-Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 346 ff., C. Knill, u. a., Der Staat 2006, S. 225.

Teil B

Das Referenzgebiet Vergaberecht

Kapitel 3: Das Vergaberechtsregime

§ 1 Einführung

I. Überblick über die Rechtsquellen

Das Vergaberecht kann definiert werden als die Gesamtheit der Regeln und Vorschriften, die dem Staat, seinen Behörden und Institutionen eine bestimmte Vorgehensweise bei der Beschaffung von Gütern und Leistungen am Markt vorschreiben¹. Relevante Rechtsquellen sind internationaler, europäischer und nationaler Natur. Für die welthandelsrechtliche Beurteilung des öffentlichen Auftragsrechts findet das Beschaffungsabkommen GPA vom 01.01.1996 Anwendung². Das internationale WTO-Recht bleibt bei der Analyse der Europäisierungseffekte jedoch vollständig ausgeklammert und wird nicht näher dargestellt³.

Auf europäischer Ebene sind in erster Linie Richtlinien von Bedeutung⁴. Daneben sind das Primärrecht, die Grundfreiheiten und allgemeine Rechtsprinzipien zu beachten. Auf nationaler Ebene findet sich umgesetztes Richtlinienrecht als europäisch bedingtes Vergaberecht neben nicht europäisch bedingtem nationalem Vergaberecht. In Frankreich ist der Code des Marchés Publics (CMP) entscheidend. In Deutschland gilt Haushaltsrecht neben Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), der Vergabeverordnung (VgV) und den Verdingungsordnungen (VOL/A, VOB/A, VOF). Zudem muss zwischen Bundes- und Landesrecht unterschieden wer-

¹ T. Ax, u. a., Rechtsvergleich, 2006, S. 1.

² Weiterführend: H.-J. Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 2005, S. 47–58, U. Immenga, u. a., Kommentar zum GWB, 2001, Vorb. § 97 GWB, Rn. 124 ff.

³ A. Drügemöller, Vergaberecht und Rechtsschutz, 1999, S. 11 ff.; zum Friktionspotenzial zwischen WTO-Recht und Gemeinschaftsvergaberecht und dem Streit um die Vormachtstellung: R. Schmidt, in: R. Pitschas (Hrsg.), Internationalisierung von Staat und Verfassung, 2002, S. 319 m.w.N.

⁴ Überblick: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_de.htm.

den, wobei das Landesvergaberecht der sechzehn Bundesländer nicht im Einzelnen behandelt wird.

II. Wirtschaftliche Bedeutung

Die öffentlichen Aufträge stellen einen bedeutenden Wirtschaftsfaktor dar. Der Staat ist in Deutschland und Frankreich größter Abnehmer der Privatwirtschaft und damit ein entscheidender Marktteilnehmer. Das Gesamtvolumen öffentlicher Aufträge in der EU wird auf 16,3 % des Bruttoinlandsproduktes der Union oder 1500 Mrd. € im Jahr 2002 geschätzt⁵. Dies bedeutet seit 1998 eine Verdoppelung von ursprünglich 720 Mrd. €⁶. Die Erhöhung im Zuge der Erweiterung auf 27 Mitgliedstaaten ist dabei noch gar nicht berücksichtigt⁷.

Die nationale Bedeutung öffentlicher Aufträge variiert je nach Mitgliedstaat zwischen 10 % und 20 % des jeweiligen BIP⁸. Schätzungen gehen für Deutschland von einem Gesamtvolumen von 250 Mrd. € pro Jahr aus⁹. In Frankreich sind es etwa 120 Mrd. € im Jahr, circa 10 % des Bruttoinlandsprodukts und 20 % der Staatsausgaben¹⁰. Die Tendenz ist in beiden Ländern steigend. Allerdings bleibt der Anteil grenzüberschreitend vergebener Aufträge trotz eines bescheidenen Anstiegs von einem auf zwei bis drei Prozent noch immer weit hinter dem Bereich des privaten Wirtschaftsverkehrs zurück¹¹.

III. Anwendungsbereich

Die öffentlichen Aufträge betreffen den Einkauf von Gütern und Dienstleistungen sowie die Vergabe von Bauleistungen zur eigenen Versorgung und

⁵ Europäische Kommission, Report vom 03.02.2004, „*Public procurement markets in the EU*“, S. 4.

⁶ Europäische Kommission, Mitteilung vom 11.03.1998, Kom(1998)143.

⁷ Die Erweiterung der EU bietet neue Geschäftsmöglichkeiten: *J. Steiff*, NZBau 2004, S. 75.

⁸ http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/index_de.htm.

⁹ Handelsblatt vom 20.07.2004, „*Ämter vergeben Aufträge selten an Newcomer*“, S. 4.

¹⁰ *C. Emery*, Passer un marché public, 2001, S. 5, *T. Ax, u. a.*, Rechtsvergleich, 2006, S. 34, 110 Md € /Jahr und 9 % BIP nach: http://www.minefi.gouv.fr/themes/marches_publics/index.htm.

¹¹ Europäische Kommission, Grünbuch vom 27.11.1996, „*Zukunftsüberlegungen*“, Kom(96)538, S. 6, *Ip/04/149*, Pressemitteilung vom 03.02.2004: EU-Vorschriften entlasten Steuerzahler; allerdings sind insbesondere kleinere EU-Staaten mit weniger differenzierter Anbieterstruktur im eigenen Land internationaler ausgerichtet und greifen eher auf ausländische Produkte zurück als Deutschland und Frankreich.

zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die öffentliche Hand. Hier findet sich alles von alltäglichen Konsumgütern wie den sprichwörtlichen Bleistiften bis hin zu großen Infrastrukturprojekten wie Straßen, Schulen, hoch spezialisierten Geräten oder Dienstleistungen wie die Müllabfuhr. All diese unterschiedlichen Auftragsgegenstände unterliegen grundsätzlich den gleichen Regeln, unterscheiden sich aber in der Komplexität und dem Planungsaufwand der Ausschreibung teilweise erheblich.

Bieter können einzelne Unternehmen aus dem In- und Ausland oder auch Bietergemeinschaften sein. Nahezu jede Branche zählt direkt oder indirekt öffentliche Auftraggeber zu ihren Kunden. Einige Wirtschaftszweige bedienen überwiegend oder sogar ausschließlich den öffentlichen Markt, wie etwa der Tiefbau oder die Rüstungsindustrie¹². Auftraggeber ist vorrangig die öffentliche Hand. Regelmäßig sind dies Ministerien, die Kommunalverwaltungen, Gebietskörperschaften oder unterstellte Körperschaften und gemeindeeigene Unternehmen¹³. Traditionell knüpfte der Begriff des öffentlichen Auftraggebers an dessen Rechtsform an. An die Stelle des institutionellen Begriffs ist jedoch europäisch bedingt ein funktionaler Auftraggeberbegriff getreten¹⁴. Der formal-rechtliche Begriff wurde als hinderlich für die Verwirklichung des EG-Binnenmarkts erkannt und abgeschafft, da sich die öffentliche Hand in Reaktion auf die Öffnung des Vergaberechts vermehrt in die private Rechtsform zurückgezogen hatte¹⁵. Der Auftraggeber wird heute danach beurteilt, ob er vom Staat mit besonderen Rechten ausgestattet ist, die über das Übliche im privaten Rechtsverkehr hinausgehen, oder ob sich der Wettbewerb am Markt durch die Vergabe aus sonstigen Gründen betroffen zeigt¹⁶. So zählen private juristische Personen, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art erfüllen, und die sogenannten Sektorenunternehmen auch zu den Auftraggebern¹⁷. Der größte Teil wird jedoch sowohl in Deutschland als auch in Frankreich weiterhin von den Gebietskör-

¹² Zur Regelung der Beschaffung von Rüstungsgütern nach der Lenk Waffen-Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz, 7 B 10356/05: *H.-J. Prieß, u. a.*, NZBau 2005, S. 368, 389; vor der Lenk Waffen-Entscheidung vgl.: *O. Kunert*, Vergaberecht und öffentliches Recht, 2003, S. 3, 27 ff.

¹³ Akteure in Frankreich: Staat (l'État), Gebietskörperschaften wie Gemeinden, Regionen und Départements (Collectivités locales: région, département, communes), öffentliche Einrichtungen (établissements publics).

¹⁴ *F. L. Hausmann*, in: H. Pünder u. a. (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, 2005, insb. S. 88, *D. Chabanol, u. a.*, Le régime juridique des marchés publics, 2005, Rn. 38.

¹⁵ *F. P. Ohler*, Zum Begriff des öffentlichen Auftraggebers, 2001, S. 7 ff., 12, 195 ff.

¹⁶ *S. Kraus*, in: FS Thode, 2005, S. 407 m.w.N.

¹⁷ Auslegungsschwierigkeiten waren gegeben, solange die Begriffe „im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe“ und der „Nichtgewerblichkeit“ keine umfassenden Konturen durch die Rechtsprechung erfahren hatten. Dies hat sich geändert durch: EuGH, Urteil vom 18.11.2004, Rs. C-126/03, Sgl. 2004, I-11197, „Kommission/Deutschland“, OLG Celle, Beschluss vom 14.09.2006, 13 Verw 3/06 OLG München, Beschluss vom 10.03.2005, Verg 004/05, IBR 2005, 438.

perschaften wie den Kommunen und Ländern (50 % + 26 %) in Deutschland beziehungsweise den Kommunen, Departements und Regionen (58 %) in Frankreich vergeben¹⁸.

Trotz Annäherungen ist der Anwendungsbereich des deutschen nicht mit dem des französischen Vergaberechts identisch und wiederum nicht gleich mit dem des Gemeinschaftsvergaberechts¹⁹. Der Anwendungsbereich der europäischen Vergaberichtlinien geht tendenziell über den Anwendungsbereich des nationalen Rechts hinaus²⁰. Dies liegt daran, dass das Vergaberecht nur eine Form der Kooperation zwischen der öffentlichen Hand und Privaten darstellt und das Vergaberecht in den Mitgliedstaaten traditionell eng verstanden wird²¹. Neben dem Vergaberecht kennen die nationalen Rechtsordnungen das Recht der Konzessionen, Erbbauverträge²² oder die Kooperationsform der Public Private Partnership²³. Bei gewissen Unterschieden im Anwendungsbereich wird es auch weiterhin bleiben. Es ist nicht Ziel der Richtlinien, den nationalen und europäischen Anwendungsbereich vollständig anzugleichen²⁴. Andererseits hat der nationale Anwendungsbereich im Zuge der europäischen Überformung – nicht zuletzt durch die funktionale Bestimmung des Auftraggebers – eine kontinuierliche Ausdehnung erfahren²⁵. Erst im Jahre 2005 vollzog sich eine viel beachtete Erweiterung des Anwendungsbereichs durch strengere Ausnahmeregeln für In-House-Vergaben²⁶. Auch Nachunternehmeraufträge eines öffentlichen Auftraggebers, der sich als Bieter an einem Vergabeverfahren beteiligt hat, stellen einen öffentlichen Auftrag dar²⁷, und selbst interkommunale Zusammenarbeiten sind trotz kommunaler Organisa-

¹⁸ R. Weyand, Kommentar Vergaberecht, 2006, Vorb. Rn. 11, L. Richer, Droit des contrats administratifs, 2004, S. 397.

¹⁹ G.-S. Hök, ZfBR 2001, S. 220, 222, L. Richer, Droit des contrats administratifs, 2004, S. 333 ff.; zur subsidiären Bedeutung der Richtlinien vor der Reform 2001 im französischen Vergaberecht: C.E., Urteil vom 20.05.1998, N° 188239, Lebon 201, AJDA 1998, 553, „Piémont de Barr“.

²⁰ Conseil d'Etat, rapport public 2002: „Collectivités publiques et concurrence“, S. 288.

²¹ Überblick über die verwandten Bereiche im französischen Recht: D. Chabanol, u. a., Le régime juridique des marchés publics, 2005, S. 51 ff.

²² Besonderheit in Frankreich: „bail emphytéotique“: D. Chabanol, u. a., Le régime juridique des marchés publics, 2005, S. 62, C.E., Urteil vom 10.06.1994, N° 141633, Lebon 300, RFD adm.1994, 728, „Cne de Cabourg“.

²³ M. Reicherzer, DÖV 2005, S. 603 ff., J.-B. Auby, RFD 2004, S. 1095.

²⁴ X. Bezançon, Les contrats de travaux et de services publics, 1999, S. 478.

²⁵ P. Delvové, in: (Hrsg.), Mélanges R. Drago, 1996, S. 228 ff., C. Maugué, u. a., RFD 1998, S. 393, Conseil d'Etat, rapport public 2002: „Collectivités publiques et concurrence“, S. 294.

²⁶ W. Albin, Handelsblatt vom 26.01.2005, „Immer weniger Lücken im Vergaberecht“, EuGH, Urteil vom 11.01.2005, Rs. C-26/03, Sgl. 2005, I-00001, „Trea Leuna gegen Stadt Halle“; ausführlich zu den Entwicklungen vor 2005: N. A. Wittek, Das In-House Geschäft, 2004, S. 121 ff., J. Konstas, Das vergaberechtliche Inhouse-Geschäft, 2004, S. 8 ff.

²⁷ EuGH, Urteil vom 18.11.2004, Rs. C-126/03, Sgl. 2004, I-11197, „Kommission/Deutschland“, Rn. 16–18.

tionshoheit nicht mehr zwingend vom Vergaberecht ausgenommen²⁸. In der europäischen Rechtsprechung ist eine ungebrochene Tendenz zu beobachten, die Anwendung des Vergaberechts weiter auszudehnen wie zuletzt für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten²⁹.

Der Anwendungsbereich verändert sich außerdem im Zuge von Liberalisierungen und Privatisierungen des öffentlichen Sektors. Wegen der umfangreichen Privatisierungen von Bahn, Post und dem Energiesektor spielt das Vergaberecht im Bereich der Daseinsvorsorge heute bei weitem nicht mehr die Rolle wie noch vor wenigen Jahren³⁰. Die Aufgabenverlagerung von der öffentlichen Verwaltung in den Privatsektor bedeutet aber keinen eindimensionalen Rückzug des Staates, sondern einen Übergang von der staatlichen Erfüllungs- zur Gewährleistungsverantwortung³¹. Dies eröffnet für das Vergaberecht neue Funktionen und neue Anwendungsbereiche. Das Vergaberecht ist zwingend oder optional bei dem Privatisierungsvorgang selbst und als „Privatisierungsfolgenrecht“ doch wieder zu berücksichtigen³². In der Daseinsvorsorge ist Vergaberecht zum „Gewährleistungsvergaberecht“ geworden, das der geteilten Gewährleistungsverantwortung für die Daseinsvorsorge zwischen den Mitgliedsstaaten und der EU gerecht werden muss³³.

Der Anwendungsbereich des Vergaberechts wächst nicht nur. Nach Auffassung der Europäischen Kommission herrscht im Telekommunikationssektor inzwischen effektiver Wettbewerb, weshalb dieser Bereich nunmehr aus der Anwendung des Vergaberechts herausgenommen wird³⁴. Art. 30 der SektorenRL 2004/17/EG sieht ein Verfahren vor, um weitere Bereiche von der Anwendung zu befreien, sobald für diese ein effektiver Wettbewerb festgestellt werden kann. Damit wird der fortschreitenden Liberalisierung Rechnung getragen.

²⁸ F. L. Hausmann, in: H. Pünder u. a. (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, 2005, S. 83–85; OLG Naumburg, Beschluss vom 03.11.2005, 1 Verg 9/05, IBR 2006, 41, „Interkommunale Zusammenarbeit-I“.

²⁹ EuGH, Urteil vom 13.12.2007, Rs. C-337/06, *C. Antweiler, u. a.*, EuZW 2007, S. 107; zu den Grenzen der Anwendbarkeit des Vergaberechts: J. Pietzker, NVwZ 2007, 1225 ff.

³⁰ S. Broß, NZBau 2004, S. 466, H.-J. Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 2005, S. 118 ff..

³¹ P. Steinberg, in: M. Bungenberg u. a. (Hrsg.), Recht und Ökonomik, 2004, S. 189, K. König, in: H. Siedentopf (Hrsg.), Europäische Integration und Modernisierung des Staates, 1998, S. 113, F. Racheline, *Services publics*, 1996, S. 104.

³² P. Steinberg, in: M. Bungenberg u. a. (Hrsg.), Recht und Ökonomik, 2004, S. 214, 215, J. Ruthig, u. a., Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 347, M. Burgi, NVwZ 2001, S. 602, H. Benken, in: J. Stoye (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Vergaberechts, 2004, S. 64 ff., 67, 78.

³³ P. Steinberg, in: M. Bungenberg u. a. (Hrsg.), Recht und Ökonomik, 2004, S. 216, 217.

³⁴ Europäische Kommission, Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004, Erwgr. 33, S. Rechte, NZBau 2004, S. 372, 374.

Die Bedeutung des Gemeinschaftsvergaberechts reicht allerdings – schon wegen des weiten funktionalen Geltungsbereichs – über den nationalen Anwendungsbereich des Vergaberechts hinaus. So sind einzelne Bekanntmachungs- und Wettbewerbsregeln auch in verwandten Rechtsgebieten anwendbar. Dem Vergaberechts kommt mehr und mehr eine Vorreiterrolle für das Recht der Public Private Partnership, Konzessionsverträge oder Delegationsvereinbarungen der interkommunalen Zusammenarbeit zu³⁵. Für Konzessionen zeichnet sich sogar eine analoge Anwendung des Vergaberechts, eines „Vergaberechts light“, oder eine Regelung in Anlehnung an das Vergaberecht ab³⁶.

IV. Gesetzgeberische Funktion des europäisierten Vergaberechts

Die Frage nach der Funktion des Vergaberechts ist für die Ausgestaltung der Regeln entscheidend und von grundlegender Natur. Sie betrifft das komplexe Verhältnis des Staates zum Wettbewerb, das nach der nationalen und der europäischen Rechtskultur unterschiedlich bewertet wird³⁷. Die gesetzgeberische Funktion ist auch angesichts hoher und uneinheitlicher Erwartungen an das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe nicht einfach zu bestimmen³⁸. Je nach Interessengruppe soll das Vergaberecht schnell, unbürokratisch, transparent und gerecht, aber gleichzeitig politisches Mittel und nicht investitions-hemmend sein und dabei noch die Qualität der staatlichen, gemeinwohlorientierten Aufgabenerfüllung trotz knapper Haushaltslage sicherstellen.

Beim Auftreten des Staates am Markt kommen wirtschaftliche Besonderheiten zusammen, die die entscheidenden Ausgangsgrößen zur Bestimmung der gesetzgeberischen Funktion sein müssen³⁹. Nicht einfacher gestaltet sich die Situation dadurch, dass der Staat Nachfrager, Nachprüfer und Normgeber in einem, und damit Mitspieler, aber immer auch Schiedsrichter ist⁴⁰. Der Staat

³⁵ J. M. Peyricat, Dr. adm. 2000/04, S. 4, J.-F. Thurière, AJDA 1996, S. 586.

³⁶ Europäische Kommission, Mitteilung vom 15.11.2005, „Handlungsbedarf bei ÖPP und Konzessionen“, Kom(2005)569, Rn. 3.1 ff., M. Burgi, in: (Hrsg.), Düsseldorf Vergaberechtstag, 2005, S. 25–31.

³⁷ Vergleich der sozialen Marktwirtschaft Deutschlands mit dem französischen Staatsverständnis des Colbertismus: R. Breuer, in: FS Brohm, 2002, S. 7–9.

³⁸ H. Rüßmann, u. a., in: F. Ranieri (Hrsg.), Die Europäisierung der Rechtswissenschaft, 2002, S. 161, U. Stelkens, NZBau 2003, S. 658, M. Dreifuss, AJDA 2002, S. 1374.

³⁹ Europäische Kommission, Grünbuch vom 27.11.1996, „Zukunftsüberlegungen“, Kom(96)538, S. 26, H.-J. Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 2005, S. 4, 5, L. Richer, Droit des contrats administratifs, 2004, S. 319, 320, M. H. Klingner, Die Vorabinformationspflicht, 2005, S. 47–49.

⁴⁰ H.-J. Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 2005, S. 561, O. Kunert, Vergaberecht und öffentliches Recht, 2003, S. 18.

ist gerade kein Marktteilnehmer „wie jeder andere“⁴¹. Der Staat ist wegen seiner Nachfragemacht als Großekäufer von Waren und Dienstleistungen und seiner Zahlungsfähigkeit ein starker Vertragspartner⁴² und befindet sich gleichzeitig in einer schwachen Position. Ihm obliegt Verantwortung für das Gemeinwohl wie den Umweltschutz, die Rechte Einzelner oder die Funktionsfähigkeit des Staates⁴³. Die öffentliche Hand verfolgt entsprechend andere Interessen als Privatunternehmen, nämlich fremdnützige und keine eigen-nützigen⁴⁴. Auch unterscheidet sich der Staat von den Privaten durch seine Nähe zur Politik und die Determination durch die Politik⁴⁵. Der Staat ist ebenso politisch, wie das private Unternehmen ökonomisch ist⁴⁶. So verwundert es nicht, dass die Beschaffungsmärkte selbst spezielle Märkte sind, die nur bedingt den allgemeinen Regeln des Wettbewerbs unterliegen⁴⁷. Märkte werden aufgrund der staatlichen Einflussnahme verändert oder entwickeln sich sogar erst. Güter wie Sozialwohnungen sind Gegenstände eines zumindest staatlich angeregten Marktes⁴⁸. Ist unter marktwirtschaftlichen Bedingungen Ausgangspunkt und Absicherung eines jeden Marktes der Bedarf an einem Gut, stellt sich dies für viele öffentliche Bedürfnisse komplexer dar. Es besteht zwar der Bedarf an billigen Wohnungen, aber kein Marktanreiz. Erst die Schutzpflicht des Sozialstaats schafft diesen Anreiz und den Markt⁴⁹. Für den Staat handeln einzelne Akteure, die, obwohl sie dem Gebot der sparsamen Haushaltsführung unterliegen, eigene Ziele verfolgen⁵⁰. Erforderlich sind damit Regeln, die das Verhalten der Akteure kontrollieren und Anreize setzen, im Interesse der Allgemeinheit zu handeln⁵¹. Es gilt Korruption oder

⁴¹ O. Otting, VergabeR 2004, S. 603, F. Rittner, in: C.-A. Andreae (Hrsg.), Wettbewerb als Herausforderung und Chance, 1989, S. 105, J. Ipsen, ZHR 2006, S. 424, VG Dessau, Beschluss vom 04.09.2006, 1 B 187/06, 1).

⁴² K. Stolz, Auftragswesen in der EG, 1991, S. 61.

⁴³ M. Goede, VergabeR 2002, S. 349.

⁴⁴ U. Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2003, S. 155, L. Richer, Droit des contrats administratifs, 2004, S. 320, S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 3.

⁴⁵ J. Ipsen, ZHR 2006, S. 432.

⁴⁶ F. Rittner, in: C.-A. Andreae (Hrsg.), Wettbewerb als Herausforderung und Chance, 1989, S. 105.

⁴⁷ F. P. Ohler, Zum Begriff des öffentlichen Auftraggebers, 2001, S. 7.

⁴⁸ Der soziale Wohnbau hat in Frankreich höchste politische Priorität; 20 % der Immobilien müssen sozial schwachen Bürgern zur Verfügung gestellt werden: T. Ax, u. a., Rechtsvergleich, 2006, S. 34.

⁴⁹ Weiterführend zum Spannungsverhältnis zwischen Marktverwirklichung und Daseinsvorsorge: S. Broß, NZBau 2004, S. 465 ff.

⁵⁰ D. Creutzburg, Handelsblatt vom 18.03.2002, „Korruption lebt von schlechten Regeln“, S. 9, F. Ekardt, ThürVBI 2001, S. 223.

⁵¹ C. B. Blankart, Öffentliche Finanzen in der Demokratie, 2006, S. 503; weiterführend zur ökonomischen Analyse, die das Individuum zur maßgebenden Handlungseinheit erklärt, welches rational

schlicht überteuerte Aufträge zulasten der steuerzahlenden Allgemeinheit zu verhindern, die Wettbewerbsneutralität des Staats sicher zu stellen sowie das Macht- und Kenntnisgefälle zwischen Vergabestelle und Bietern auszugleichen⁵². Wo sonst am Markt der Konkurs oder feindliche Übernahmen drohen und für Kontrolle und wirtschaftliches Handeln sorgen, muss dies im Falle des Staates anderweitig gewährleistet werden – eben über das Vergaberecht. Der Staat kauft deshalb nur scheinbar wie ein Privater ein, wenn der Auftraggeber auch versuchen sollte, sich möglichst wie ein normaler Marktteilnehmer zu verhalten⁵³. Es geht darum, das Verhalten eines normalen Marktteilnehmers zu imitieren, um Wettbewerb herzustellen oder den vorhandenen Wettbewerb zu unterstützen, und die sogenannten positiven Kräfte des Marktes im Sinne haushaltsrechtlicher und gleichzeitig wettbewerbsschützender Erwägungen zu nutzen⁵⁴.

Vor diesem Hintergrund unterliegt zumindest das nationale Vergaberecht des Oberschwellenbereichs mittlerweile einer europäisierten gesetzgeberischen Funktion, die neben der Wirtschaftlichkeit der staatlichen Vergabe das Ziel eines grenzüberschreitenden Wettbewerbs auf den mitgliedstaatlichen Beschaffungsmärkten verfolgt⁵⁵. Wettbewerb wird hier nicht als Selbstzweck angestrebt, sondern soll als Leitprinzip disziplinierend und leistungssteigernd wirken⁵⁶, um ökonomische und nicht ökonomische Zwecke des Rechts effizienter umzusetzen⁵⁷. Die gegensätzlichen Erwartungen können letztlich aber nur im Rahmen eines Kompromisses eingelöst werden. Es ist nicht möglich, ein faires Vergabeverfahren zu organisieren und über Kontrollen si-

und eigennutzorientiert zur Maximierung seines Nutzens nach stabilen Präferenzen entscheidet und handelt und auf Anreizbedingungen reagiert: *A. Suchanek*, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungskontrolle*, 2001, S. 249 ff., *A. Aaken*, in: M. Bungenberg u. a. (Hrsg.), *Recht und Ökonomik*, 2004, S. 4, *T. Kirat, u. a.*, in: J.-B. Auby (Hrsg.), *Economie et droit du contrat administratif*, 2005, S. 28 ff., *G. Viney*, in: Y. Chaput (Hrsg.), *Le droit au défi de l'économie*, 2002, S. 222; zu den historischen Entwicklungen: *C. Kirchner*, *ZHR* 1980, S. 567–572.

⁵² *M. Gabriel*, *VergabeR* 2006, S. 173 ff., *M. H. Klingner*, *Die Vorabinformationspflicht*, 2005, S. 50–56, *G. Hermes*, *JZ* 1997, S. 909, *Handelsblatt* vom 26.09.2006, „*Neue Hürde für Transrapid*“, S. 14, *J. M. Peyrical*, *Dr. adm.* 2000/04, S. 5, 6.

⁵³ *F. P. Ohler*, *Zum Begriff des öffentlichen Auftraggebers*, 2001, S. 7.

⁵⁴ Conseil d'Etat, rapport public 2002: „*Collectivités publiques et concurrence*“, S. 328, Europäische Kommission, Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004, *Erwgr.*13, *M. Schenk*, *Das neue Vergaberecht*, 2001, S. 31, *T. Puhl*, *VVDSrL* 2001, S. 456.

⁵⁵ Europäische Kommission, Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004, *Erwgr.* 4, 31.

⁵⁶ *L. Richer*, *Droit des contrats administratifs*, 2004, S. 360, weiterführend zum Wettbewerb als ein mögliches Instrumentarium zur Gestaltung anreizorientierter Rahmenbedingungen: *A. Suchanek*, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungskontrolle*, 2001, S. 260.

⁵⁷ *E. Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee*, 2004, S. 24, 25, *K. König*, *DÖV* 2001, S. 624, *F. Foitzik*, *Probleme und Grenzen der Europäisierung*, 2006, S. 458; weiterführend zur Wirtschaftlichkeit als Mittel der Effektivierung der Verwaltung: *G. Gaentzsch*, *DÖV* 1998, S. 952 ff., 958.

cherzustellen, ohne den Nachteil des erhöhten Zeitaufwandes eines formstrengen Verfahrens und eines Nachprüfungsverfahrens in Kauf zu nehmen.

§ 2 Gemeinschaftsvergaberecht

I. Motivation für ein Gemeinschaftsvergaberecht

Die wirtschaftliche Relevanz des Vergaberechts ist auf europäischer Ebene früh thematisiert worden. Bereits das Weißbuch der Kommission zur Vollendung des Binnenmarktes von 1985 erklärte das Vergaberecht zu einem politischen Schwerpunkt⁵⁸. In der Ersten Einheitlichen Europäischen Akte von 1987 wurde die Öffnung der öffentlichen Beschaffungsmärkte als Forschungs- und Entwicklungsgegenstand in die Gemeinschaftsziele aufgenommen. 1988 veröffentlichte die Europäische Kommission im Rahmen eines Gutachtens zum Binnenmarkt erste umfassende Ergebnisse einer mikroökonomischen und makroökonomischen Analyse des Vergabebinnenmarkts, die die Notwendigkeit einer Öffnung des Vergaberechts im allgemeinen Interesse unterstrichen⁵⁹. Die Erwartungen an das Gemeinschaftsvergaberecht waren also von Anfang an hoch, wurden lange jedoch nur unzureichend erfüllt⁶⁰. Die Umsetzung der Richtlinien verzögerte sich um Jahre. Von einer effektiven Rechtsanwendung kann selbst heute noch nicht gesprochen werden. Das europäisierte Rechtsregime wird noch immer defizitär angewandt oder ganz umgangen, was in Kapitel 4 unter dem Oberbegriff der Beharrungstendenzen thematisiert wird.

Im Jahre 2004 konnte die Europäische Kommission aber endlich erste messbare Erfolge vermelden. Die EU-Vergaberichtlinien haben den grenzüberschreitenden Wettbewerb auf den Beschaffungsmärkten verstärkt und die Preise für Waren und Dienstleistungen zugunsten der öffentlichen Auftragnehmer senken können, wenn auch im Vergleich zur Privatwirtschaft ein deutlich höherer Wettbewerb erreicht werden könnte und damit weitere Ein-

⁵⁸ Europäische Kommission, Weißbuch vom 14.06.1985, „Vollendung des Binnenmarktes“, Kom(85)310, S. 25, Europäische Kommission, Abschlussbericht der Studie von Juli 1996, „Dismantling of Barriers“, 1.1.1.

⁵⁹ Man erwartete jährliche Einsparungen von 240 bis 340 Milliarden ECU: P. Cecchini, u. a., Europa '92- der Vorteil des Binnenmarktes, 1988, S. 37 ff.

⁶⁰ Europäische Kommission, Grünbuch vom 27.11.1996, „Zukunftsüberlegungen“, Kom(96)538, S. 1, Europäische Kommission, Report vom 03.02.2004, „Public procurement markets in the EU“, S. 2.

sparungen für den Steuerzahler möglich wären⁶¹. Zudem wird insgesamt ein besserer Schutz vor Korruption registriert⁶². Auch erkennt ein aktuelles deutsches DFG-Forschungsprojekt an, dass die gemeinschaftlichen Instrumentarien auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens grundsätzlich geeignet sind, einen freien Wettbewerb auf einem europaweiten Markt für öffentliche Aufträge zu gewährleisten und eine Entlastung der öffentlichen Haushalte in der EU zu bewirken⁶³.

II. Überformungsverlauf

1. Primärrecht

Das Recht der öffentlichen Aufträge wird im EGV nur an zwei Stellen ausdrücklich angesprochen. Es handelt sich jeweils um Sonderfälle in Art. 163 II und Art. 183 Nr. 4 EGV⁶⁴. Eine primäre Spezialregelung des europäischen Vergaberechts besteht nicht. Die Vergabe von Aufträgen ist auf die Erbringung von wirtschaftlichen Leistungen gerichtet, weshalb jedoch der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten der Art. 23 ff. EGV sowie des allgemeinen Diskriminierungsverbots gemäß Art. 12 EGV eröffnet ist⁶⁵. Auch Art. 14 EGV, welcher die Binnenmarktverwirklichung als höchstes Ziel ansieht, ist berührt. Zudem können europäische Grundrechte wie die Gleichbehandlung oder die Berufsfreiheit im Vergaberecht zur Anwendung kommen⁶⁶. Ist der Staat auf der Nachfragerseite als öffentliches Unternehmen tätig, so unterliegt er zusätzlich den wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen der Art. 81, 82, 86 EGV⁶⁷. Zudem ist strittig, ob die Beihilferegeln der Art. 87,

⁶¹ Ip/04/149, Pressemitteilung vom 03.02.2004: EU-Vorschriften entlasten Steuerzahler, Abschlussbericht der Studie von 12/2004: Electronic Public Procurement in EU Member States: Country Reviews, Europäische Kommission, Report vom 03.02.2004, „Public procurement markets in the EU“, S. 2 ff.

⁶² H. Franke, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „Evaluierung des VgRÄG“, Bt-Drs.15/2034, S. 10.

⁶³ K. Hailbronner, Abschlussbericht vom 19.04.2005: „Veränderungen im Auftragswesen durch europäisches und internationales Recht“, S. 1.

⁶⁴ Art. 163 II EGV betrifft die Zusammenarbeit der europäischen Industrie auf dem Gebiet der Forschung und technologischen Entwicklung; Art. 183 Nr. 4 EGV statuiert die gleichberechtigte Teilnahme von Bewerbern aus Mitgliedstaaten und assoziierten überseeischen Ländern bei Ausschreibungen der Gemeinschaft.

⁶⁵ Zur Relevanz der Grundfreiheiten im Einzelnen: H.-J. Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 2005, S. 8–24, C. Braun, u. a., EuZW 2006, S. 176 ff.

⁶⁶ W. Frenz, EuZW 2006, S. 751, 752.

⁶⁷ T. Ax, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 1997, S. 93, 94 m.w.N.

88 EGV anwendbar sind⁶⁸. In einem Urteil hat der EuGH lediglich zu erkennen gegeben, dass sie neben der Warenverkehrsfreiheit Maßstab sein können⁶⁹.

Dieses Primärrecht war für die Ausbildung der ersten Vergaberechtsrichtlinien entscheidend und ist immer noch für die Anwendung und Weiterbildung des Vergaberechtsregimes wichtig⁷⁰. Es ist das Fundament und oberste Interpretationsmaxime der Vergaberichtlinien und wird auch als *Vergabeverfassungsrecht* bezeichnet⁷¹. Es gilt unabhängig der tatbestandlichen Anwendbarkeitsvoraussetzungen der Vergaberechtsrichtlinien. So erlangt das Primärrecht als prozessrechtliche und verfahrensrechtliche Mindestvorgaben zunehmend eine selbstständige Bedeutung für Vergaben unter der Schwelle⁷². Zwar sehen die Mitgliedstaaten den Unterschwellenbereich noch immer weitgehend der nationalen Gestaltung vorbehalten. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH leitet sich jedoch aus dem Primärrecht ein Mindeststandard an Transparenz und Gleichbehandlung ab⁷³.

2. Richtlinien

Die Richtlinie als Handlungsform und ihre Bedeutung als Europäisierungsmechanismus ist dargestellt worden⁷⁴. Für das Vergaberecht bestätigen sich die Erkenntnisse geradezu idealtypisch.

Das sekundäre Gemeinschaftsrecht im Vergaberecht wird auf der Grundlage der Art. 94, 95 EGV i. V. m. Art. 47 II, 55 EGV im Verfahren des Art. 251 EGV erlassen. Im Rahmen der Ausarbeitung der Richtlinien fanden – soweit bekannt – keine Rücksprachen mit Mitgliedstaaten oder rechtsvergleichende Studien statt⁷⁵. Die Überformung lässt jedoch trotz der starken Verrechtli-

⁶⁸ Weiterführend: A. Bartosch, EuZW 2001, S. 230.

⁶⁹ EuGH, Urteil vom 20.03.1990, Rs. C-21/88, Slg. 1990, I-889, „*Du Pont de Nemours Italiana*“, Rn. 19 ff.; die weitere Entwicklung bleibt in Hinblick das Sozialwesen interessant: H.-J. Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 2005, S. 27–29.

⁷⁰ „Die Vergaberichtlinien sind als Ausprägung der Grundfreiheiten zu begreifen“: Generalanwalt Trstenjak, Schlussanträge vom 28.03.2007, Rs. C-503/04, n. veröffentlicht., „*Bockhorn und Braunschweig-II*“, Rn. 76, EuGH, Urteil vom 03.10.2000, Rs. C-380/98, Slg. 2000, I-8061, „*University of Cambridge*“, Rn. 16.

⁷¹ M. Dreher, EuZW 1998, S. 197, A. Wichmann, Antragsbefugnis des Subunternehmers, 2006, S. 51.

⁷² „Die Grundfreiheiten erleben hier gegenwärtig ihren zweiten Frühling“: M. Burgi, JZ 2006, S. 307, W. Frenz, EuZW 2006, S. 751, 752, C. Braun, u. a., EuZW 2006, S. 178.

⁷³ EuGH, Urteil vom 18.11.1999, Rs. C-275/98, Slg. 1999, I-8291, „*Unitron Scandinavia*“, Rn. 31, EuGH, Urteil vom 07.12.2000, Rs. C-324/98, Slg. 2000, I-10745, „*Telaustria*“, Rn. 60 ff.

⁷⁴ Kapitel 1, § 3, 2.

⁷⁵ M. Delmas-Marty, Critique de l'intégration normative, 2004, S. 117, 118.

chung Spielräume für variable Umsetzungen durch die Mitgliedstaaten⁷⁶. Es wird keine Harmonisierung, sondern eine Koordinierung der Regelungen unter Berücksichtigung der nationalen Besonderheiten angestrebt⁷⁷.

a) Entwicklung

Im Vergaberecht ist früh eine Öffnung im Wege von Richtlinien anvisiert worden⁷⁸. Erstmals wirkte Europa Anfang der 1960er Jahre im Rahmen des allgemeinen Programms zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit auf die Vergabe von Bauleistungen ein⁷⁹. Das spezielle Vergaberichtlinienprogramm eröffnete die Gemeinschaft dann im Jahre 1969 mit einer Richtlinie zu öffentlichen Lieferaufträgen⁸⁰. Richtlinien für Bauaufträge⁸¹ und Dienstleistungsaufträge⁸² folgten. Eine fundamentale Bedeutung für die Entwicklung des Vergaberechts hatte Anfang der 1990er Jahre die Einbeziehung bestimmter privater Auftraggeber in den sogenannten Sektoren Wasser, Energie, Verkehrsvorsorge und Telekommunikation durch die Sektorenrichtlinie⁸³.

Die Umsetzung eines effektiven Vergaberechtsbinnenmarkts gestaltete sich jedoch sehr schwierig⁸⁴. Die Komplexität der Materie, die Abwehrhaltung der nationalen Staaten und die betroffenen wirtschaftlichen Interessen sind schlicht unterschätzt worden⁸⁵. Im Vergaberecht werden immer wieder Fälle

⁷⁶ M. Delmas-Marty, Critique de l'intégration normative, 2004, S. 122 ff.

⁷⁷ S. Rechten, NZBau 2004, S. 367, Europäische Kommission, Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004, Erwgr. 3.

⁷⁸ P. Cecchini, u. a., Europa '92- der Vorteil des Binnenmarktes, 1988, S. 39.

⁷⁹ Europäischer Rat, ABl. 2 vom 15.01.1962, 36–45, „Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit“.

⁸⁰ Richtlinie 70/32/EWG vom 17.12.1969, Ergänzung durch Richtlinie 77/62/EWG vom 21.12.1976, Änderung durch 93/36/EWG vom 14.06.1993, 97/52/EWG vom 13.10.1997, Änderung durch Richtlinie 2004/18/EG, Änderung durch Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004.

⁸¹ Richtlinie 71/304/EWG und 71/305/EWG vom 26.07.1971 für den Bereich der Bauaufträge; Änderung durch Richtlinie 93/37/EWG vom 14.06.1993 und durch Richtlinie 97/52/EG vom 13.10.1997, Änderung durch Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004.

⁸² Richtlinie 92/50/EWG vom 18.06.1992, Änderung durch Richtlinie 97/52/EWG vom 13.10.1997 und 2004/18/EG vom 31.03.2004.

⁸³ Richtlinie 93/38/EWG vom 14.06.1993, Änderung durch Richtlinie 2004/17/EG, Änderung durch Richtlinie 2004/17/EG.

⁸⁴ Europäische Kommission, Grünbuch vom 27.11.1996, „Zukunftsüberlegungen“, Kom(96)538, S. 9, 17, M. Schmittmann, AfP 1997, S. 460.

⁸⁵ Zu den vielfältigen Ursachen und Formen der Marktabschottung: K. M. Frank, Öffentliche Aufträge in der Europäischen Union, 2000, S. 20–34, H. Rißmann, u. a., in: F. Ranieri (Hrsg.) Die Europäisierung der Rechtswissenschaft, 2002, S. 163 ff.

von Bevorzungen einzelner Bieter bis hin zur Korruption aufgedeckt⁸⁶. Auf die Fehlentwicklungen im Vergaberecht reagierte die Kommission mit einer ganzen Reihe von Untersuchungen, Aktionsplänen und verschiedenen Mitteilungen zur Erläuterung und Verbesserung der Effektivität des bestehenden Rechts⁸⁷. Datenbanken wie „Tenders Electronic Daily“ dienen zur Beobachtung und der Analyse der Märkte und sollen eine Gesetzesfolgenabschätzung ermöglichen⁸⁸. Auf dieser Grundlage sind die Richtlinien immer wieder geändert worden⁸⁹.

Die Kommission überwacht zwar gemäß Art. 155 I EGV die Umsetzung aller Richtlinien sowie die Rechtsanwendung. Sie ist dafür jedoch nur mit unzureichenden und unangepassten Instrumentarien ausgestattet⁹⁰. Die Kommission kann schon allein wegen der Menge der öffentlichen Aufträge die Überwachung unmöglich allein bewältigen. So sind gegen die unzureichende Durchsetzung der Koordinierungsrichtlinien sogenannte Rechtsmittelrichtlinien erlassen worden, um die Kontrolle auf nationaler Ebene zu dezentralisieren⁹¹. Seitdem gibt es zwei Kategorien von Vergaberechtsrichtlinien. Die *Koordinierungsrichtlinien* geben die einzuhaltenden Verfahrensvorschriften vor und die *Rechtsmittelrichtlinien* räumen, Bezug nehmend auf die Koordinierungsrichtlinien, einen Mindestrechtsschutz vor den nationalen Gerichten ein.

⁸⁶ M. Gabriel, VergabeR 2006, S. 173, G. Hermes, JZ 1997, S. 909, Handelsblatt vom 26.09.2006, „Neue Hürde für Transrapid“, S. 14, J. M. Peyrical, Dr. adm. 2000/04, S. 5, 6, D. Creutzburg, Handelsblatt vom 18.03.2002, „Korruption lebt von schlechten Regeln“, S. 9, D. Bircher, u. a., Mißbräuche bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, 2001.

⁸⁷ Auszugsweise: Europäische Kommission, Abschlussbericht der Studie von Juli 1996, „Dismantling of Barriers“, Europäische Kommission, Bericht vom 30.07.2002, „Stand des Binnenmarktes für Dienstleistungen“ Kom(2002)441, Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission vom 07.05.2003, „Binnenmarktstrategie 2003–2006“, Kom(2003)238, Europäische Kommission, Grünbuch vom 30.4.2004, „ÖPP und Konzessionen“, Kom(2004)327, Europäische Kommission, Report vom 03.02.2004, „Public procurement markets in the EU“, Europäische Kommission, Mitteilung vom 15.11.2005, „Handlungsbedarf bei ÖPP und Konzessionen“, Kom(2005)569, Europäische Kommission, Mitteilung vom 23.06.2006, „Auslegungsfragen im Unterschwellenbereich“.

⁸⁸ Die Europäische Kommission betont den Nutzen von Gesetzesfolgenabschätzung: Europäische Kommission, Weißbuch vom 25.7.2001, „Besseres Regieren“, Kom(2001)428, S. 13, Europäische Kommission, Mitteilung vom 05.06.2002, „Bessere Rechtsetzung“, Kom(2002)275, S. 3.

⁸⁹ Übersicht: H.-J. Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 2005, S. 83–92, M. Schenk, Das neue Vergaberecht, 2001, S. 30 ff., D. Chabanol, u. a., Le régime juridique des marchés publics, 2005, S. 123.

⁹⁰ A. Delsaux, PPr.Law Rev. 2004, S. 131 ff., Europäische Kommission, Grünbuch vom 27.11.1996, „Zukunftsüberlegungen“, Kom(96)538, S. 25, K. Stolz, Auftragswesen in der EG, 1991, S. 138, V. Neßler, Europäisches Richtlinienrecht, 1994, S. 56, A. Hatje, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 434 ff.

⁹¹ Europäischer Rat, Rechtsmittel-RL vom 21.12.1989, 89/665/EWG, Präambel und Erwgr. 3, Europäische Kommission, Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004, Erwgr. 2, A. Boesen, in: Gormley (Hrsg.), Gordische Knoten im europäischen Vergaberecht, 1997, S. 49.

Die aktuelle Reform des Gemeinschaftsvergaberechts durch das sogenannte Legislativpaket von 2004 hat die Unterscheidung zwischen den zwei Arten von Richtlinien weiter verfolgt und gestrafft. Eine neue Basisrichtlinie 2004/18/EG fasst nun die drei klassischen Koordinierungsrichtlinien zusammen. Daneben gibt es eine neue einheitliche Sektorenrichtlinie 2004/17/EG zur Regelung der Auftragsvergabe durch Privatunternehmer für Wasser, Energie, Verkehrsvorsorge sowie Postdienste. Inhaltlich bringen die neuen Richtlinien in erster Linie technische Änderungen und eine Flexibilisierung des Vergabeverfahrens durch moderne Verfahrensarten wie den „Wettbewerblichen Dialog“, „Rahmenverträge“ oder elektronische Auktionen mit sich⁹². Materiellrechtlich ist die ausdrückliche Einführung vergabefremder Kriterien hervorzuheben⁹³. Daneben soll die Vereinheitlichung von Begriffen und die Vereinfachungen der Schwellenwerte die Transparenz verbessern.

b) Schwellenwertlösung

Anders als das Primärrecht sind die detaillierten Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen nur auf Aufträge oberhalb sogenannter Schwellenwerte des Auftragsgegenstands anwendbar. Solche nominell bestimmbaren Anwendungsbereiche der Richtlinien wurden früh eingeführt. Bereits die Richtlinien aus den 1970er Jahren schrieben die Ausschreibungspflicht nach einem einheitlichen Verfahren erst ab einem bestimmten Auftragswert fest. Hintergrund der Schwellenwerte sind zum einen ökonomische Erwägungen. Das Gemeinschaftsvergaberecht konzentriert sich auf Aufträge mit großen Auftragssummen⁹⁴. Aufträgen geringerer Werte sprach man lange ein grundsätzliches Interesse des grenzüberschreitenden Wettbewerbs ab. Andererseits sind die Schwellenwerte in gewisser Weise Ausfluss des allgemeinen Subsidiaritätsgebots⁹⁵. Vor allem bringen die Schwellenwerte einen politischen Kompromiss mit den Mitgliedstaaten zum Ausdruck. So stimmten die Mitgliedstaaten im Gesetzgebungsprozess des Legislativpakets von 2004 nur unter der Bedingung zu, dass der Unterschwellenbereich weiterhin den Mitgliedstaaten vorbehalten bleibt. Dieser politische Kompromiss ist nun offensichtlich ins Wanken geraten. Die Europäische Kommission hat im Jahre 2006 mit einer Auslegungsrichtlinie zum Unterschwellenbereich eine Offen-

⁹² S. *Rechten*, NZBau 2004, S. 366, *J. Byok*, NJW 2004, S. 205, *S. Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 22, *J. Ruthig*, NZBau 2006, S. 138.

⁹³ *A. Losch*, EuR 2005, S. 240.

⁹⁴ Vgl. §§ 100, 127 GWB i. V. m. § 2 VgV: Bauaufträge ab 5 Millionen € und Dienstleistungs- und Lieferaufträge in der Regel ab 200000 €.

⁹⁵ *O. Wittig*, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 1999, S. 346.

sive gestartet, diesen langfristig auch europäisch zu bestimmen⁹⁶. Weiterhin hat die Kommission gleich zwei Vertragsverletzungsverfahren gegen Vergabeverfahren des Unterschwellenbereichs in Frankreich eingeleitet, obwohl Frankreich diesen Bereich im Gegensatz zu Deutschland zumindest außenwirksam kodifiziert hat. Diese Bemühungen der Kommission um verbindliche Regelungen im Unterschwellenbereich sorgen für immensen Widerstand bei einigen Mitgliedstaaten wie Deutschland und Frankreich⁹⁷.

Sollte es langfristig trotz des Widerstands zu einer gemeinschaftsrechtlichen Ausgestaltung des Unterschwellenbereichs kommen, würde es dennoch weiterhin Schwellenwerte geben, um abgestufte Rechtsschutzanforderungen festzusetzen und so dem Verhältnis zwischen der Bedeutung des Auftrags und dem Verwaltungsaufwand gerecht zu werden⁹⁸. Allerdings wäre dann das Vergaberecht – lange das plastische Vorzeigebispiel schlechthin für die Zweispurigkeit eines Rechtsgebiets – vollständig europäisch überformt.

c) Unmittelbare Wirkung der Richtlinien

Die richtlinienkonforme Auslegung spielt eine entscheidende Rolle, die Europarechtskonformität des nationalen Vergaberechts zu gewährleisten⁹⁹. Angesichts der beschränkten Implementationsmöglichkeiten der EU und den Umsetzungsverzögerungen kommt zudem der unmittelbaren Richtlinienwirkung eine große praktische Bedeutung im Vergaberecht zu. Die unmittelbare Anwendbarkeit nicht rechtzeitig oder unrechtmäßig umgesetzter Vergaberichtlinien ist immer wieder festgestellt worden¹⁰⁰. Auch die aktuelle Gesetzgebung des Legislativpakets der Koordinierungsrichtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG wurde nicht fristgerecht zum 31.01.2006 umgesetzt und gelangte in den Mitgliedstaaten Deutschland und Frankreich zunächst zur unmittelba-

⁹⁶ Europäische Kommission, Mitteilung vom 23.06.2006, „Auslegungsfragen im Unterschwellenbereich“.

⁹⁷ M. Scheerer, Handelsblatt vom 19.07.2006, „EU will öffentliche Aufträge schärfer regeln“, S. 6, M. Lutz, WuW 2006, S. 890.

⁹⁸ Kapitel 5, §§ 2–5 jeweils zur indirekten Europäisierung.

⁹⁹ Vgl. die Anpassung französischer Fristenregelungen: CAA Marseille, Urteil vom 25.11.2003, N° 03MA01472, „Sté Cofathec Services“, vgl. die richtlinienkonforme Auslegung des § 9a VOL/A unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH, Urteil vom 12.12.2002, Rs. C-470/99, Sgl. 2002, I-11617, „Universale-Bau AG“ in: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.07.2007, Verg 27/06, II, 3.

¹⁰⁰ EuGH, Urteil vom 17.09.1997, Rs. C-54/96, Slg. 1997, I-4961, „Dorsch Consult“, Rn. 44, EuGH, Urteil vom 24.09.1998, Rs. C-76/97, Slg. 1998, I-5357, „Tögel“, Rn. 41 ff., EuGH, Urteil vom 02.05.1996, Rs. C-253/95, Sgl. 1996, I-02423, „Kommission/Deutschland“, EuGH, Urteil vom 16.12.1997, Rs. C-341/96, Sgl. 1997, I-07271, „Lieferkoordinierungsrichtlinie“, EuGH, Urteil vom 11.08.1995, Rs. C-431/92, Slg. 1995, I-2189, „Großkrotzenburg“, u. a.

ren Anwendung¹⁰¹. Dabei stellt sich das Problem der belastenden Wirkung im Rahmen von Dreiecksbeziehungen¹⁰². Zwar besteht im nationalen Vergaberechtsschutz keine typische Konkurrentenklagekonstellation, weil allein das Verhältnis zwischen dem antragstellenden Bieter und der Vergabestelle auf den Prüfstand steht und auch kein Zuschlagsanspruch durchgesetzt werden kann, der eine direkte Verdrängung anderer Bieter bewirken würde. Allerdings entsteht mittelbar eine Dreiecksbeziehung, weil zumindest Verzögerungen durch die Nachprüfung zulasten des bestplatzierten Bieters entstehen. Trotzdem hat der EuGH in der Fratelli-Costanzo-Entscheidung zur Baukoordinierungsrichtlinie die unmittelbare Wirkung von Verfahrensvorschriften über die Teilnahme am Verfahren und der Publizität bejaht und damit die Einrede vertikal belastender Richtlinienwirkung beschränkt, die Wirksamkeit der unmittelbaren Richtlinienwirkung aber effektiv verstärkt¹⁰³.

Die unmittelbare Wirkung der Rechtsmittelrichtlinien wurde wegen einer Zuständigkeitsvorbehaltsregelung der Mitgliedstaaten zunächst abgelehnt¹⁰⁴. Der EuGH akzeptierte dieses Ergebnis um der Wahrung nationaler Besonderheiten willen und nahm dafür sogar die Schmälerung von Rechtspositionen in Kauf. Im Jahre 2005 folgte der EuGH aber schließlich der Generalanwaltschaft und bejahte auch deren unmittelbare Anwendbarkeit¹⁰⁵.

3. Richterrecht des EuGH

Die besondere Rolle des EuGH im Rahmen des Europäisierungsprozesses¹⁰⁶ beweist sich auch für die Entwicklung des Vergaberechts. Vor allem die Periode nach 1999 zeichnet sich durch eine rege Spruchpraxis aus. Der EuGH hat mit seinem funktionalen Ansatz zur Wettbewerbsförderung und zum Schutze der Bieter immer wieder ganze Entwicklungsschübe im nationalen Recht ausgelöst¹⁰⁷. Beispielsweise bewirkte er eine funktionale Ausweitung

¹⁰¹ „Vergaberechtsnovelle ohne Gesetzgeber-(I) und (II)“: J. Ruthig, NZBau 2006, S. 137 ff. und 208 ff., T. Ax, u. a., ZfBR 2006, S. 123, 125, BMWi, Rundschreiben vom 26.01.2006, „Direktwirkung des Legislativpakets“, Anl. 1, 2.

¹⁰² Kapitel 1, § 3, I. 2., Kapitel 3, § 2, II. 2 c).

¹⁰³ EuGH, Urteil vom 22.06.1989, Rs. 103/88, Slg. 1989, 1839, „Fratelli Costanzo“, vgl. auch: EuGH, Urteil vom 11.08.1995, Rs. C-433/93, Slg. 1995, I-2303, „Kommission/Deutschland“, Rn. 19.

¹⁰⁴ EuGH, Urteil vom 28.10.1999, Rs. C-81/98, Slg. 1999, I-7671, „Alcatel Austria“, Rn. 48, EuGH, Urteil vom 24.09.1998, Rs. C-76/97, Slg. 1998, I-5357, „Tögel“, Rn. 41 ff.

¹⁰⁵ EuGH, Urteil vom 02.06.2005, Rs. C-15/04, Sgl. 2005, I-04855, „Koppensteiner“, Rn. 38, A. Hübner, NZBau 2005, S. 439.

¹⁰⁶ Kapitel 1, § 3, I. 3.

¹⁰⁷ A. Boesen, in: FS Thode, 2005, S. 398.

der Anwendbarkeit des nationalen Vergaberechts auf In-house-Vergaben und kommunale Zweckvereinbarungen¹⁰⁸.

4. Überformung in Folge faktischer Umstände

Die Wirkung mittelbarer Europäisierungsmechanismen¹⁰⁹ bestätigt sich im Überformungsprozess des Vergaberechts als ein Gebiet potenzieller grenzüberschreitender Tätigkeit und faktischer Berührungspunkte zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, selbst wenn das grenzüberschreitende Vergabevorkommen noch relativ gering ausfällt¹¹⁰. Wollen sich französische Bieter an deutschen Vergabeverfahren beteiligen, so müssen sie die Regeln des deutschen Vergaberechts kennen und andersherum. Das Wissen um das andere Rechtssystem eröffnet Möglichkeiten faktischer Ansteckungs- und Überformungsprozesse und schafft die Voraussetzungen für Wettbewerbstendenzen zwischen den Rechtssystemen. Erste Anzeichen eines solchen Wettbewerbs sind erkennbar: So muss sich die tradierte Einaktigkeit des deutschen Vergabeverfahrens gegenüber der französischen Theorie vom abtrennbaren Verwaltungsakt behaupten¹¹¹, zumal sich das österreichische Vergaberecht der französischen Lösung angenähert und damit die der deutschen Rechtslage vergleichbare Ausgangslage verlassen hat¹¹². Außerdem sind trotz der Zweispurigkeit des Vergaberechts im nationalen Recht faktische Berührungen zwischen dem Ober- und dem Unterschwellenbereich an der Tagesordnung, weshalb es zu Durchbrechungen der Zweispurigkeit und indirekten Europäisierungseffekten im Unterschwellenbereich kommt, auf die noch spezifisch in Kapitel 5 einzugehen sein wird.

Im Vergaberecht bedient sich die Kommission oft des „Soft-Law“ – Maßnahmen rein faktischer Wirkung¹¹³. Die Kommission veröffentlicht Berichte über den Umsetzungsstand¹¹⁴, beschließt Ziele im Rahmen von „Weißbüchern“ und erörtert Zukunftspläne für Gesetzgebungsverfahren in „Grünbü-

¹⁰⁸ A. Koman, ZfBR 2005, S. 349 ff., J. Müller, VergabeR 2005, S. 435 ff., Kapitel 4, § 2, I. 3.

¹⁰⁹ Kapitel 1, § 3, I. 4.

¹¹⁰ Etwa 3 % von 16 % europaweit ausgeschriebener Aufträge: Ip/04/149, Pressemitteilung vom 03.02.2004: EU-Vorschriften entlasten Steuerzahler, Europäische Kommission, Report vom 03.02.2004, „Public procurement markets in the EU“, S. 2.

¹¹¹ Näher dazu in Kapitel 4, § 2, II. 4.

¹¹² H. Franke, u. a., VergabeR 2006, S. 444, weitergehenden Anregungen der Weiterentwicklung des deutschen Vergaberechts: H. Freise, NZBau 2004, S. 83 ff.

¹¹³ Kapitel 1, § 3, I. 4 e).

¹¹⁴ Europäische Kommission, Mitteilung vom 11.03.1998, Kom(1998)143, Europäische Kommission, Bericht vom 26.01.2000, „Wirtschaftsreform“, Kom(2000)26, Europäische Kommission, Bericht vom 30.07.2002, „Stand des Binnenmarktes für Dienstleistungen“ Kom(2002)441.

chern¹¹⁵. Auch hat sie verschiedene Auslegungsleitlinien erlassen wie die Erläuterungen der EU-Kommission zum „wettbewerblichen Dialog“, den „Rahmenvereinbarungen“ oder zum Unterschwellenbereich¹¹⁶. Die Bedeutung des „Soft-Law“ zeigt sich am eindrucklichsten an der Reaktion der Mitgliedstaaten. So fiel die Reaktion der Bundesregierung auf das neuste Grünbuch zu den ÖPP (Öffentlich-private Partnerschaften) und den Konzessionen von 2004 mit gleich zwei ablehnenden Stellungnahmen entschieden und umfangreich aus¹¹⁷. Schließlich ist ein Grünbuch das erste Anzeichen für die geplante rechtliche Regelung neuer Bereiche wie hier der EU-Dienstleistungskonzessionen und der Erweiterung des Anwendungsbereichs des Vergaberichtsregimes auf interkommunale Kooperationen. Auch Interessengruppen wie der Deutsche Städte- und Gemeindebund und kommunale Spitzenverbände gehen bestimmt gegen das „Soft-law“ im Wissen um dessen Wirkung vor¹¹⁸. Anlässlich der Mitteilung der EU-Kommission vom 23.06.2006 zu Auftragsvergaben außerhalb des Anwendungsbereichs der europäischen Vergaberichtlinien hat die Bundesregierung nun sogar Klage vor dem EuGH erhoben¹¹⁹. Das zuständige Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie argumentiert, dass mit der vorgenannten Mitteilung der Kommission faktisch ein eigenes Vergaberichtsregime unterhalb der Schwellenwerte der Vergaberichtlinien geschaffen würde. Dies widerspräche dem Willen des europäischen Gesetzgebers, wonach für Kleinaufträge allein die EU-Mitgliedsstaaten zuständig seien und beschränke zudem die Kompetenzen des Ministerrats sowie des Europäischen Parlaments¹²⁰. Mittlerweile sind sowohl Frankreich, Polen, die Niederlande und Österreich der deutschen Klage vor dem Europäischen Gerichtshof beigetreten¹²¹. Die Kommission setzt sich mit dieser Mitteilung nicht nur der Kritik der Mitgliedstaaten, sondern auch des EU-Parlaments und des Ministerrats aus¹²². Die Sache wächst sich immer mehr

¹¹⁵ Europäische Kommission, Grünbuch vom 27.11.1996, „Zukunftsüberlegungen“, Kom(96)538, Europäische Kommission, Grünbuch vom 30.4.2004, „ÖPP und Konzessionen“, Kom(2004)327.

¹¹⁶ Europäische Kommission, Erläuterungen vom 26.01.2006, Europäische Kommission, Mitteilung vom 23.06.2006, „Auslegungsfragen im Unterschwellenbereich“.

¹¹⁷ Bundesregierung, Stellungnahme vom 30.03.2005 zum Grünbuch „ÖPP und Konzessionen“, Bundesregierung, Stellungnahme vom 16.08.2004 zum Grünbuch „ÖPP und Konzessionen“.

¹¹⁸ DSTGB, Newsletters „Vergabe“, 09/2006.

¹¹⁹ Europäische Kommission, Mitteilung vom 23.06.2006, „Auslegungsfragen im Unterschwellenbereich“.

¹²⁰ „Gesetzgebung soll durch demokratisch legitimierte Organe erfolgen, nicht durch obskure Mitteilungen der Kommission“: Newsletter Cosinex 12/2006, Interview mit Staatssekretär Dr. Wuermeling, S. 6, zum Gewaltenteilungsaspekt auch: P. Pohlmann, WuW 2005, S. 1008, C. Braun, EuZW 2006, S. 685.

¹²¹ DSTGB, Newsletter „Vergabe“, 01/2007.

¹²² M. Scheerer, Handelsblatt vom 19.07.2006, „EU will öffentliche Aufträge schärfer regeln“, 6.

zu einer institutionellen Machtfrage zwischen den EU-Organen aus. In den Mitgliedstaaten ist man auf offizieller Seite deshalb guter Hoffnung, dass sich der EuGH der Argumentation gegen die Kommission anschließt¹²³. Juristisch wird Neuland betreten, weil gegen „De-facto-Gesetzgebung“ geklagt wird, der formal gerade keine Rechtswirkung zukommt. So argumentiert auch die EU-Kommission in ihrer Klageerwiderung, dem EuGH vorgelegt am 21.12.2006¹²⁴, Gegenstand der Mitteilung sei lediglich die Erläuterung der Rechte und Pflichten, die sich aus Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, gegebenenfalls unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH, ergeben¹²⁵. Es bleibt abzuwarten, wie der Europäische Gerichtshof entscheiden wird.

§ 3 Das Rechtsregime in den Vergleichsrechtsordnungen

Das Vergaberecht wird wie jedes europäisierte Rechtsgebiet, das dem indirekten Vollzug unterliegt, durch eine dualistische Struktur bestimmt. Es wird hier anschaulich von der Verdoppelung des Rechts gesprochen¹²⁶. Neben dem europäisierten Vergaberecht gilt das nationale Vergaberecht grundsätzlich weiter, soweit keine gemeinschaftsrechtlichen Regelungen bestehen oder die Gebote der Effektivität und der Äquivalenz keine Anpassung oder gar Verdrängung bedingen¹²⁷.

Die Einführung in das Vergaberecht Deutschlands und Frankreichs beschränkt sich auf die nationalen Rechtsquellen, die Zuordnung des Rechtsgebiets und die grundsätzlichen Strukturen des Vergabeverfahrens und des Rechtsschutzes. Weiterführend kann auf eine umfangreiche Literatur zum Vergaberecht verwiesen werden – auf Lehrbücher, Kommentare und Praxishandbücher¹²⁸. Es soll hier lediglich ein Einblick geboten werden, um auf die

¹²³ Newsletter Cosinex 12/2006, Interview mit Staatssekretär Dr. Wuermeling, S. 7.

¹²⁴ DSTGB, Newsletter „Vergabe“, 02/2007.

¹²⁵ Zustimmung in der Literatur durch: C. Braun, EuZW 2006, S. 685.

¹²⁶ R. Wahl, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 431.

¹²⁷ Kapitel 1, § 2, I. 1. und II.

¹²⁸ Dt. Literatur: M. Holoubek, u. a., Vergaberecht, 2006, S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, J.-D. Oberrath, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 395–399, J. Ruthig, u. a., Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 332 ff., L. Diederichsen, u. a., Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2004, S. 162–189, J. Byok in: ders. (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2005, H. Locher, u. a., Ingenstau/Korbion, 2004, R. Weyand, Kommentar Vergaberecht, 2006, R. Weyand, Kommentar Vergaberecht, 2006, H.-J. Prieß, u. a., Rechtsschutz im Vergaberecht, 2006, W. Heiermann, Praxiskommentar Vergaberecht, 2005; Fr. Literatur: F. Lichère, Droit des contrats publics, 2005, D. Chabanol, u. a., Le régime juridique des marchés publics, 2005, T. Ax, u. a.,

nachfolgende Diskussion zu den Umsetzungs Herausforderungen, die Darstellung der Europäisierungseffekte und die Entwicklung einer europäisierten Dogmatik im Zuge der Überformung des Vergaberechts vorzubereiten.

I. Das deutsche Vergaberecht

1. Kaskadenlösung und Schubladenprinzip

Das markanteste Merkmal der geltenden deutschen Vergaberechtsordnung ist seine Struktur, das sogenannte *Kaskadenprinzip*¹²⁹. Ein einheitliches Bundesvergabegesetz wurde zwar von Anfang an favorisiert¹³⁰, konnte sich aber politisch nicht durchsetzen¹³¹. So sind die anwendbaren Vorschriften auf verschiedene bundes- und landesrechtliche Gesetze sowie untergesetzliche Regelungen verteilt. Innerhalb des Kaskadenprinzips ist der allgemeine rechtliche Ordnungsrahmen und das Rechtsschutzverfahren für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte¹³² im 4. Teil des GWB normiert, das als Vergaberechtsänderungsgesetz seit dem 01. 01. 1999 in Kraft ist. Weitere Bestimmungen sind in der Vergabeverordnung (VgV) enthalten, der zudem eine Scharnierfunktion zwischen GWB und den privaten Regelwerken der Verdingungsordnungen zukommt¹³³. Die Verdingungsordnungen (VOB, VOL, VOF) bilden die dritte und unterste Stufe der Rechtskaskade. Sie werden noch immer durch Ausschüsse beschlossen, die sich aus Vertretern der Ministerien und der Industrie zusammensetzen¹³⁴ und erlangen nur über die §§ 1, 2 VgV Außenwirksamkeit im Oberschwellenbereich.

Rechtsvergleich, 2006, N. Charrel, u. a., Code commenté, 2006, C. Emery, Passer un marché public, 2001, L. Richer, Droit des contrats administratifs, 2004.

¹²⁹ Vgl. das Schaubild in: J. Ruthig, u. a., Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 337, J. Byok, u. a., Betriebs Berater 2004, S. 1239.

¹³⁰ B. Malmendier, DVBl 2000, S. 967.

¹³¹ Gesetzesbegründung vom 03.12.1997, „RegE-VgRÄG“, Bt-Drs.13/9340, S. 13.

¹³² Bauaufträge: 5,278 Millionen € (§ 2 Nr. 4 VgV), Liefer- und Dienstleistungsaufträge: 211000 € (§ 2 Nr. 3 VgV), Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Sektorenbereich: 422000 € (§ 2 Nr. 1 VgV), Liefer- und Dienstleistungsaufträge oberster oder oberer Bundesbehörden: 137000 € (§ 2 Nr. 2 VgV).

¹³³ R. Weyland, Kommentar Vergaberecht, 2006, §§ 4, 5, 6 VgV, Rn. 2055, 2063, 2067, S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 19.

¹³⁴ DVA: Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen und DVAL: Deutsche Verdingungsausschuss für sonstige Leistungen: U. Immenga, u. a., Kommentar zum GWB, 2001, Vorb. § 97 GWB, Rn. 34, H. Ingenstau, u. a., VOB A/B, 2004, Einl., Rn. 12; zur strittigen Legitimation der privaten Ausgestaltung und der Forderung der Gesetzesform: O. Wittig, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 1999, S. 220 ff.

Die Verdingungsordnungen unterliegen dem sogenannten *Schubladenprinzip*. Die jeweilige Verdingungsordnung ist in Abhängigkeit des Auftragsgegenstands einschlägig: die VOB für Bauleistungen, die VOF für freiberufliche Leistungen und die VOL für Dienstleistungen. Sie setzen sich jeweils aus drei Teilen zusammen. Teil A regelt das formale Vergabeverfahren, Teil B stellt einen Mustervertrag zur Verfügung und Teil C enthält technische Normen. Teil A ist wiederum in vier Abschnitte unterteilt. Abschnitt 1 enthält die Basisparagrafen des nationalen Rechts und Abschnitt 2 die „a-Paragrafen“, die in Umsetzung der Koordinierungsrichtlinien im Falle europaweiter Vergaben ergänzend Anwendung finden. Abschnitt 3 regelt die Sektoren im nationalen Bereich und Abschnitt 4 in den „b-Paragrafen“ die Ergänzungen für europarechtlich verpflichtete Sektoren gemäß der Sektorenrichtlinie. Diese Normenkaskade wird gegenwärtig noch durch zehn Landesvergabegesetze sowie weitere vergaberechtliche Regelungen der Länder zur Mittelstands-, Ausbildungs- oder Frauenförderung ergänzt.

Das Kaskadenprinzip sieht sich heftiger Kritik der Praxis, sowohl der betroffenen Auftraggeber und Bieter als auch der Nachprüfungsinstanzen, ausgesetzt¹³⁵. Die Rechtsanwendung für Bieter, regelmäßig juristische Laien, wird durch die Unübersichtlichkeit deutlich erschwert. Dennoch ist (wieder) keine Änderung in Sicht¹³⁶, obwohl die Abschaffung der Verdingungsordnungen im Jahre 2005 schon einmal vorgesehen war¹³⁷. Möglicherweise könnte das Ende des Kaskadenprinzips durch europäischen Druck herbeigeführt werden. Die Stimmen mehren sich, die die Bieter durch das jetzige komplexe System benachteiligt sehen und einen Verstoß gegen die gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur effektiven Umsetzung von Richtlinien gemäß Art. 249 IV EGV und gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, insbesondere die Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 28 ff. und die Dienstleistungsfreiheit der 49 ff. EGV, erkennen¹³⁸.

Unterhalb der Schwelle gilt Haushaltsrecht im Sinne von Art. 109 III GG; vor allem das Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG), das Stabilitäts- und

¹³⁵ T. Sticker, in: O. Reidt u. a. (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2003, § 97, Rn. 32 ff., H. Franke, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „*Evaluierung des VgRÄG*“, Bt-Drs.15/2034, S. 6, 53, T. Ax, u. a., Kommentar zu den Regierungsentwürfen, 2005, S. 2.

¹³⁶ K. Pukall, VergabeR 2006, S. 590.

¹³⁷ T. Ax, u. a., Kommentar zu den Regierungsentwürfen, 2005, S. 9, R. Kratzenberg, NZBau 2004, S. 142, M. Kau, EuZW 2005, S. 495, F. Marx, in: H. Pünder u. a. (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, 2005, S. 27.

¹³⁸ M. Kau, EuZW 2005, S. 492, C. E. Breloer, Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht, 2003, S. 30, J. Byok, u. a., Betriebs Berater 2004, S. 1239, K. Schneevogel, u. a., NVwZ 1998, S. 1245; vgl. EuGH, Rs. C-478/99, Sgl. 2002, I-04147, „*Kommission/Schweden*“, Rn. 15, 18, 20–22.

Wachstumsgesetz (StWG) sowie die Haushaltsordnungen des Bundes, der Länder und die kommunalen Regelungen zum Haushaltswesen.

2. Strittige Zuordnung des Vergaberechts

In der deutschen Literatur sind diverse Trennungsmodelle und viele Unterscheidungskriterien für die Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht entwickelt worden¹³⁹, die von den Schwierigkeiten der Einordnung eines Rechtsregimes zeugen. Auch für das Vergaberecht ist die Zuordnung strittig. Es stehen sich zwei konträre Ansichten gegenüber¹⁴⁰. Nach der traditionellen zivilistischen Betrachtung der Einkaufstätigkeit des Staats ist der zivilrechtliche Vertrag entscheidend und das Vergaberecht wird dem Privatrecht zugeordnet¹⁴¹. Danach ist das Vergabeverfahren als rein privatrechtlicher Vorgang vor jeder Belastung durch Form- und Rechtsschutzvorgaben zu schützen, damit die Vergabe schnell, wirtschaftlich und ohne unnötigen bürokratischen Aufwand vonstatten gehen kann¹⁴². Dem folgen auch das BVerwG und das BVerfG mit der Begründung, der Staat unterscheide sich in seiner Rolle als Nachfrager nicht grundlegend von anderen Marktteilnehmern¹⁴³. Diese Qualifizierung wird aber zunehmend kritisch gesehen. Nach der öffentlich-rechtlichen Ansicht implizieren die Besonderheiten des Staatsauftretens am Markt öffentlich-rechtliche Bindungen, um eine rechtsstaatliche Vergabe zu gewährleisten und einen korrupten Beschaffungsmarkt zu verhindern¹⁴⁴.

¹³⁹ *W. Skouris*, EuR 33 (1998), S. 111 m.w.N.

¹⁴⁰ Einordnung als Verwaltungsrecht: *M. Schmittmann*, AfP 1997, S. 460, *U. Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2003, S. 184, *N. Hädicke*, Grenzen nationaler Normsetzung im öffentlichen Auftragswesen, 2005, S. 60, *W. Skouris*, EuR 1998, S. 111, *T. Vollmöller*, in: *L. Diederichsen u. a.* (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2004, S. 163, *I. Pernice*, u. a., DVBl 1996, S. 1106; Einordnung als Privatrecht: *H. J. Wolff*, u. a., Verwaltungsrecht, 2004, § 22, Rn. 36, *U. Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 414, *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2004, § 3, Rn. 7 und § 17, Rn. 31, *F. Sterner*, Rechtsbindungen und Rechtsschutz, 1996, S. 34, *A. Boesen*, Vergaberecht, 2000, Einl. Rn. 3, *T. Stickler*, in: *O. Reidt u. a.* (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2003, Vorb. zu §§ 97–101 GWB, Rn. 6.

¹⁴¹ *U. Jasper*, u. a., Becksche Gesetzestextausgabe, 2005, S. XII, entspricht der typischen Zuordnung im nordischen Rechtskreis wie auch in Dänemark, Österreich, Niederlande, England, Irland: *M. Schenk*, Das neue Vergaberecht, 2001, S. 118.

¹⁴² „Öffentlich-rechtliche Fesseln“ eines „schnöden ökonomischen Vorgangs“: *F. Marx*, NZBau 2006, S. 1581, *G. Dabringhausen*, u. a., VergabeR 2006, S. 468, *S. Tomerius*, u. a., VergabeR 2005, S. 553, *J. Byok* in: ders. (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2005, Rn. 88.

¹⁴³ BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007, 6 B 10.07, IBR 2007, 385, BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, IBR 2006, 684.

¹⁴⁴ *S. Tomerius*, u. a., VergabeR 2005, S. 561, *O. Kunert*, Vergaberecht und öffentliches Recht, 2003, S. 18 ff., *T. Vollmöller*, in: *L. Diederichsen u. a.* (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2004, S. 163.

Die Zuordnung entscheidet nicht unerheblich darüber, wie sich das Rechtsgebiet dogmatisch weiterentwickelt, wie sich Neuerungen einpassen lassen und welche Grundsätze Anwendung finden. Damit verbunden sind Fragen des Rechtswegs und der Ausgestaltung eines Rechtsschutzes unterhalb der Schwelle, die Anwendbarkeit der Zweistufentheorie und das Schicksal der Einaktigkeit des Vergabeverfahrens. Daher sollen verschiedene Aspekte des Zuordnungstreits näher beleuchtet werden.

a) Fiskalgeltung der Grundrechte

Die Bindung des fiskalisch handelnden Staates an die Grundrechte ist eines der umstrittensten Probleme des Verfassungsrechts¹⁴⁵. Es werden zwei Arten fiskalischer Verwaltung unterschieden: erwerbswirtschaftliche Tätigkeiten des Staates und fiskalische Hilfgeschäfte. Die staatliche Auftragsvergabe wird traditionell zur zweiten Gruppe gerechnet¹⁴⁶. Allerdings ist diese Unterscheidung stark relativiert worden, seitdem die Diskussion um die Fiskalgeltung der Grundrechte zugunsten einer heute überwiegend anerkannten allgemeinen Grundrechtsbindung entschieden worden ist¹⁴⁷. Es wird nicht mehr nach Sphären der Staatstätigkeit differenziert. Art. 1 III GG bindet jede Form staatlicher Tätigkeit an die Grundrechte, sei diese hoheitlich, fiskalisch oder verwaltungsprivatrechtlich¹⁴⁸. Damit unterliegt auch das Vergabewesen als wettbewerbsrelevante, drittbelastende Staatstätigkeit den Grundrechten¹⁴⁹. Die Spruchpraxis im Vergaberecht hat sich dem angeschlossen¹⁵⁰. Allerdings ergibt sich daraus weder die zwingende Zuordnung zum Verwaltungsrecht noch zum Privatrecht¹⁵¹.

¹⁴⁵ Maunz/Dürig (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 2006, Art. 3 I GG, Rn. 490.

¹⁴⁶ J. Byok in: ders. (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2005, Rn. 82, H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2004, § 3, Rn. 7, § 17, Rn. 31, J. Pietzcker, Zweiteilung des Vergaberechts, 2001, S. 19, 21, A. Boesen, Vergaberecht, 2000, Rn. 3, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2001, Vorb. § 97 GWB, Rn. 88.

¹⁴⁷ P. M. Huber, in: FS Schiedermaier, 2001, S. 766, D. Triantafyllou, NVwZ 1994, S. 944, 945, G. Hermes, JZ 1997, S. 912, J. Pietzcker, Zweiteilung des Vergaberechts, 2001, S. 16, O. Dörr, DÖV 2001, S. 1015.

¹⁴⁸ M. Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, 1988, S. 303 ff., M. Kraft-Lehner, Subjektive Rechte und Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2002, S. 186 ff., 191.

¹⁴⁹ P. M. Huber, JZ 2000, S. 878, U. Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2003, S. 173, auch schon: M. Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, 1988, Kap. 7.

¹⁵⁰ „Die heute im Schrifttum überwiegend vertretene Auffassung, der sich die Vergabekammer anschließt, nimmt eine umfassende Bindung der Verwaltung an die Grundrechte an, so dass auch fiskalisches Handeln unter den Begriff der öffentlichen Gewalt im Sinne von Art. 1 III GG und Art. 19 IV GG fällt.“: Bundeskartellamt, Beschluss vom 29.04.1999, VK 1-7/99, BauR 1999, 1284, „Münzplättchen-Beschluss“.

¹⁵¹ So aber: D. Triantafyllou, NVwZ 1994, S. 943, O. Dörr, DÖV 2001, S. 1015.

b) Mittelbarer europäischer Einfluss

Das Gemeinschaftsrecht differenziert selbst nicht zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht¹⁵², wengleich in der speziellen Gerichtszuständigkeit des Art. 238 EGV zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verträgen unterschieden wird. Das Gemeinschaftsrecht verpflichtet und berechtigt die Mitgliedstaaten als Einheit. Insofern kann die Umsetzungspflicht der Richtlinien-gesetzgebung nach der in Deutschland herrschenden „modifizierten Subjektstheorie“ als öffentlich-rechtlich angesehen werden¹⁵³. Davon zu unterscheiden ist die Umsetzung in nationales Recht. Hier sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich frei in der Zuordnung. Nichtsdestotrotz hat sich die sogenannte Neutralitätstheorie als falsch erwiesen¹⁵⁴. Das europäische Recht beeinflusst die Zuordnungsfrage zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht, wenn auch nur mittelbar. Das nationale Rechtsgebiet wird in ungewohnte Bahnen gelenkt, gerade weil das Europäische Recht die strikte Unterscheidung nicht kennt, aber auch keine Rücksicht auf die traditionelle nationale Zuordnung nimmt¹⁵⁵. Die These vom monistisch öffentlich-rechtlich zu organisierenden Vollzug, wonach das Europarecht die zwingende Zuordnung zum öffentlichen Recht vorsieht, ist aber ebenfalls mindestens ungenau¹⁵⁶. Für das Vergaberecht leitet sich auch aus der Titulierung „Koordinierungsrichtlinie für öffentliche Aufträge“ nicht die zwingende Charakterisierung als öffentlich-rechtliche Normen ab¹⁵⁷. Von der europäischen Rechtsordnung kann keine zielgerichtete Einflussnahme in die eine oder andere Richtung ausgehen. Der EuGH ist funktional gleichzeitig Verwaltungs-, Zivil- und Verfassungsgericht. Die Einflussnahme ist vielmehr von den jeweiligen Zielen des Gemeinschaftsrechts abhängig, die entweder die Privatisierung und Liberalisierung antreiben oder zwingende Schutzvorgaben und damit öffentlich-rechtliche Bindungen auslösen. Wenn die Verwaltung ihren Ingerenz- und Kontrollpflichten auch bei privatrechtlicher Ausgestaltung nachkommen kann, steht es ihr also frei, die höhere Rationalität der privatrechtlichen

¹⁵² J. Caillose, AJDA 1996, S. 963.

¹⁵³ T. Dünchheim, Verwaltungsprozeßrecht unter europäischem Einfluß, 2003, S. 71, D. Ehlers in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, § 40 VwGO, Rn. 23, 225 ff.

¹⁵⁴ W. Skouris, EuR 1998, S. 114, 119, O. Kunert, Vergaberecht und öffentliches Recht, 2003, S. 23.

¹⁵⁵ H. Locher, u. a., Ingenstau/Korbion, 2004, Einf. Rn. 9; „Die Bundesrepublik Deutschland kann sich nicht darauf berufen, dass das öffentliche Auftragswesen nach ihrer Rechtsordnung anders als in anderen Mitgliedstaaten zivilrechtliche Grundzüge aufweist“: Generalanwalt Trstenjak, Schlussanträge vom 28.03.2007, Rs. C-503/04, n. veröffentl., „Bockhorn und Braunschweig-II“, Rn. 73.

¹⁵⁶ B. Malmendier, DVBl 2000, S. 963, so jedoch: M. Brenner, Der Gestaltungsauftrag, 1996, S. 124 ff., 421.

¹⁵⁷ So dagegen: T. Dünchheim, Verwaltungsprozeßrecht unter europäischem Einfluß, 2003, S. 71.

Handlungsform und die schnellere Kontrolle durch zivile Gerichte zu nutzen. Privatrecht kann den Vollzug des Gemeinschaftsrechts durchaus begünstigen¹⁵⁸.

Tatsächlich übersetzt sich die europäisch bedingte, erweiterte Bindung im deutschen Recht der öffentlichen Aufträge aber zumindest in Form einer Akzentverschiebung in Richtung des öffentlichen Rechts¹⁵⁹. Die Wahlfreiheit zwischen öffentlich-rechtlichem Vertrag und zivilrechtlichem Vertrag bleibt dennoch erhalten. Für die These *Brenners*, wonach der Grundsatz der Wahlfreiheit im Zuge der Effektivitätsvorgaben des indirekten Vollzugs ausgehebelt werde, kann im Referenzgebiet kein Beweis gefunden werden¹⁶⁰.

c) Sachfragen des Verwaltungsrechts

Die lange Tradition verleiht der zivilrechtlichen These eine starke Position, die sich jedoch zunehmend einem erhöhten Erklärungsdruck ausgesetzt sieht. Das Vergaberecht hat sich im letzten Jahrzehnt stark fortentwickelt und verändert sich weiter. Besonders das Europarecht beeinflusst das Vergaberecht. Dadurch ist unter anderem der Wettbewerbsgedanke gestärkt worden¹⁶¹, der grundsätzlich dem Privatrecht zugerechnet wird. Der Schwerpunkt liegt allerdings auf der Etablierung traditionell öffentlich-rechtlicher Instrumentarien wie einem Verfahren und Rechtsschutz hinsichtlich des vorgelagerten Entscheidungsprozesses der Bieterauswahl¹⁶². Im Laufe der Jahre 2005 und 2006 kam es zu beachtenswerten nationalen Reaktionen auf die veränderte europäisierte Rechtslage. Zu nennen ist das Urteil des OVG Rheinland-Pfalz¹⁶³,

¹⁵⁸ R. Schmidt, in: R. Pitschas (Hrsg.), Internationalisierung von Staat und Verfassung, 2002, S. 308.

¹⁵⁹ S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 351, 366, 367, O. Kunert, Vergaberecht und öffentliches Recht, 2003, S. 23, 24.

¹⁶⁰ M. Brenner, Der Gestaltungsauftrag, 1996, S. 153, mit Bezug darauf auch: T. Dünchheim, Verwaltungsprozeßrecht unter europäischem Einfluß, 2003, S. 71.

¹⁶¹ K. Stockmann, ZWeR 2003, S. 41, U. Immenga, u. a., Kommentar zum GWB, 2001, Vorb. § 97 GWB, Rn. 2, § 97 GWB, Rn. 16.

¹⁶² W. Skouris, EuR 1998, S. 119 ff., S. Kadelbach, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 232, 233, B. Malmendier, DVBl 2000, S. 963, O. Kunert, Vergaberecht und öffentliches Recht, 2003, S. 23, 24, J. Schwarze, EuZW 2000, S. 133, N. Hädicke, Grenzen nationaler Normsetzung im öffentlichen Auftragswesen, 2005, S. 60, 61, S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 366.

¹⁶³ OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 25.05.2005, 7 B 10356/05, IBR 2005, 386, „Lenkswagen II“; zustimmende Folgeurteile: VG Neustadt, Beschluss vom 29.02.2006, 4 L 210/06, IBR 2006, 216, VergabeR 2006, 351, „Flughafen Rammstein“, OLG Dresden, Beschluss vom 25.04.2006, 20 U 467/06, IBR 2006, 463, OVG NRW, Beschluss vom 04.05.2006, 15 B 692/06, IBR 2006, 464, DÖV 2006, 657, „Brandschutzsanierung“, VG Meiningen, Beschluss vom 16.01.2007, 2 E 613/06, OVG Niedersachsen, Beschluss vom 14.07.2006, 7 OB 105/06, IBR 2006, 631, OVG Bautzen, Beschluss vom 13.04.2006, 2 E 270/05, IBR 2006, 343, „Außenanlagen Grimma“, VG Dessau, Beschluss vom 04.09.2006, 1 B 187/06.

das den Verwaltungsrechtsweg außerhalb des Anwendungsbereichs des GWB für eröffnet erklärte und mithilfe der Zweistufentheorie die öffentlich-rechtlichen Schutzmechanismen und die privatrechtliche Vertragsform in eine Systematik einpasste. Auch in der Literatur wurde die Diskussion um die Zweistufentheorie im Vergaberecht neu eröffnet¹⁶⁴. Schließlich ist diese ursprünglich entwickelt worden, um das privatrechtliche Subventionsrecht teilweise dem öffentlichen Recht zu unterstellen¹⁶⁵. Insbesondere das Verwaltungsgericht Leipzig hat dagegen in zwei begründeten Beschlüssen mit der traditionellen Ausgestaltung des Vergabeverfahrens der Einstufigkeit in Deutschland argumentiert¹⁶⁶. Ein dem Vertragsschluss vorgelagerter Hoheitsakt sei dem deutschen Vergaberecht fremd. Gerade diese Argumentation aber genügt im Zuge der Europäisierung nicht mehr, auch wenn der Tradition durchaus noch ein gewisses Gewicht zukommt¹⁶⁷.

Die Einordnung des Vergaberechts als besonderes Verwaltungsrecht ist von der Einschätzung des Rechtsverhältnisses zwischen Bietern und Vergabestelle abhängig¹⁶⁸. Eine hoheitliche Tätigkeit und damit ein klassisches Gewaltverhältnis kann nicht in jedem Falle zuerkannt werden, sondern ist vom spezifischen Auftragsgegenstand abhängig. Es wäre jedoch zu kurz gegriffen, das Rechtsverhältnis deshalb allein mit Verweis auf den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags als privatrechtlich zu charakterisieren¹⁶⁹. Das Vergabeverfahren ist Rechtssätzen unterworfen, die nicht für „jedermann“ gelten,

¹⁶⁴ F. O. Kopp, BayVbl 1980, S. 611, G. Hermes, JZ 1997, S. 915, D. Triantafyllou, NVwZ 1994, S. 946, Stelkens, Kommentar zum VwVfG, 2001, § 35 VwVfG, Rn. 70, P. M. Huber, JZ 2000, S. 882, J. Pietzcker, Zweiteilung des Vergaberechts, 2001, S. 18 ff., B. Malmendier, DVBl 2000, S. 966, W. Müller-Stoy, IBR 2006, S. 40, B. Roscher, IBR 2005, S. 561; a. A. C. Braun, NZBau 2006, S. 396, H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2004, § 17, Rn. 31., W. Irmer, VergabeR 2006, S. 164–166; differenzierend: I. Brinker, NZBau 2000, S. 174 ff., S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 116, J. Ziekow, u. a., ZfBR 2004, S. 33, für eine „spezifische neue Mischform“: J. Schwarze, in: ders. (Hrsg.), Öffentliche Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 2000, S. 30.

¹⁶⁵ H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2004, § 9 Rn. 12, § 17 Rn. 11 ff.

¹⁶⁶ VG Leipzig, Beschluss vom 05.09.2005, 5 K 1069/05, IBR 2005, 561, bestätigt durch: VG Leipzig, Beschluss vom 06.09.2005, 5 K 1018/05, IBR 2006, 1050, ebenso: B. Köster, NZBau 2006, S. 543.

¹⁶⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 10.07.1990, Rs. C-217/88, Slg 1990, I- 2879, „Tafelwein“, Lts. 2, Generalanwalt Trstenjak, Schlussanträge vom 28.03.2007, Rs. C-503/04, n. veröffentlicht., „Bockhorn und Braunschweig-II“, Rn. 73.

¹⁶⁸ „Es ist entscheidend, welches Gepräge das Rechtsverhältnis zwischen dem unterlegenen Bieter und der vergebenden Stelle in dem Stadium hat, bevor es in den abschließenden zivilrechtlichen Vertrag einmündet.“: OVG Bautzen, Beschluss vom 13.04.2006, 2 E 270/05, IBR 2006, 343, „Außenanlagen Grimma“, VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 12.07.2006, 12 L 673/06, II. 1., OVG NRW, Beschluss vom 11.08.2006, 15 E 880/06, IBR 2006, 630, a. A.: VGH Ba-Wü, Beschluss vom 30.10.2006, 6 S 1522/06, II.

¹⁶⁹ Vgl. auch: VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 12.07.2006, 12 L 673/06, II. 1., O. Kunert, Vergaberecht und öffentliches Recht, 2003, S. 25, E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. 306.

sondern den öffentlichen Auftraggeber binden und in die Verantwortung für den Ablauf des Verfahrens nehmen¹⁷⁰. Das Vergabeverfahren mit verbindlichen Auswahlkriterien zur Begrenzung des Gestaltungsspielraums regelt nur die dem Vertrag vorangestellte Ausschreibung und die Auswahlentscheidung des Vertragspartners und damit originäre Verwaltungsmaßnahmen, die durch die Verwaltung selbst vorgenommen werden. Privatrechtliche Vorschriften spielen in dieser Phase der Auftragsvergabe gerade keine Rolle¹⁷¹. Von einem Gleichordnungsverhältnis zwischen öffentlichem Auftraggeber und privaten Auftragnehmern wie in der Privatwirtschaft kann keine Rede sein¹⁷². Die privatrechtliche Lösung vermag zudem mit dem eingeschränkten Blick auf die bipolare Situation nach dem Vertragsschluss das multipolare Rechtsverhältnis zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und einer Mehrheit von Bieter während des Vergabeverfahrens gar nicht ausreichend erfassen¹⁷³.

Die Argumentation, es würde ein einheitlicher Vorgang künstlich getrennt, überzeugt ebenfalls nicht¹⁷⁴. Die Vergabeentscheidung ist faktisch eigenständig¹⁷⁵. Es kann zwar nicht auf das Beamtenrecht verwiesen werden. Insbesondere findet keine Einsetzung in eine öffentlich-rechtliche Position statt¹⁷⁶. Im Vergaberecht wird aber auch eine unwiderrufliche Auswahlentscheidung zwischen einer Mehrzahl von Bewerbern im Wege eines sogenannten Verteilungsverfahrens¹⁷⁷ nach vorgegebenen Kriterien der Eignung, Befähigung und der fachlichen Leistung getroffen¹⁷⁸. Entscheidend ist das „gestufte Besetzungsverfahren“, das das multipolare Rechtsverhältnis regelt, bevor sich ein bipolares Verhältnis anschließt.

Im Nachprüfungsverfahren, das in der ersten Instanz vor den Vergabekammern als Verwaltungsverfahren ausgestaltet ist, stellen sich ebenfalls klassi-

¹⁷⁰ B. Roscher, IBR 2005, S. 561, N. Hädicke, Grenzen nationaler Normsetzung im öffentlichen Auftragswesen, 2005, S. 60, 61, H. Pünder, VerwArch 95 (2004), S. 54, VG Dessau, Beschluss vom 04.09.2006, 1 B 187/06, 1), OVG NRW, Beschluss vom 12.01.2007, 15 E 1/07, B. Malmendier, DVBl 2000, S. 967.

¹⁷¹ B. Roscher, IBR 2005, S. 561.

¹⁷² W. Heiermann, Praxiskommentar Vergaberecht, 2005, Rn. 17.

¹⁷³ Grundlegend zur Problematik multipolarer Rechtsverhältnisse in der Verwaltungsrechtsdogmatik: M. Schmidt-Prefuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2005, S. 705 ff.

¹⁷⁴ So auch: OVG NRW, Beschluss vom 20.09.2005, 15 E 118805, IBR 2006, 39, NZBau 2006, 67, OVG Bautzen, Beschluss vom 13.04.2006, 2 E 270/05, IBR 2006, 343, „Außenanlagen Grimma“, VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 12.07.2006, 12 L 673/06, II. 1., OVG NRW, Beschluss vom 11.08.2006, 15 E 880/06, IBR 2006, 630, P. M. Huber, JZ 2000, S. 881, 882.

¹⁷⁵ Vgl. Kapitel 4, § 1. VI.

¹⁷⁶ Argumentation der Gegner einer solchen Parallele: J. Pietzcker, NJW 2005, S. 2882, Kopp/Schenke (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2005, § 42 VwGO, Rn. 148.

¹⁷⁷ M. Pöcker, DÖV 2003, S.193, 199, U. Stelkens, NZBau 2003, S. 655.

¹⁷⁸ VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 12.07.2006, 12 L 673/06, II. 2., Bundeskartellamt, Beschluss vom 29.04.1999, VK 1-7/99, BauR 1999, 1284, „Münzplättchen-Beschluss“.

sche Fragen des öffentlichen Rechts¹⁷⁹. Die Auswahlentscheidung ist in Folge der Europäisierung über subjektive Rechtspositionen überprüfbar. Es besteht eine Bindung an Grundrechte und Art. 19 IV GG jedenfalls oberhalb der Schwellenwerte¹⁸⁰. Auch stellt sich die Frage der Subsumtion zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe und einem Gestaltungsspielraum der Vergabestelle sowie dessen Kontrollierbarkeit als spezifisch verwaltungsrechtliche und verwaltungsprozessuale Problematik¹⁸¹. Die Klagerechte der Konkurrenten, Fristenregelungen für Überprüfungsentscheidungen, das Kontrollraster der überprüfenden Vergabekammern als Behörden und der Vergabesenate sind ebenfalls öffentlich-rechtlicher Natur oder in Anlehnung an diese geregelt. So gilt im Vergaberecht der Untersuchungsgrundsatz gemäß § 110 GWB, der typischerweise im Verwaltungsprozess zur Durchsetzung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung dient¹⁸².

Allerdings ist der Oberschwellenbereich – das Kartellvergaberecht – durch Eingliederung des Vergaberechtsänderungsgesetzes als vierten Teil in das GWB dem Wettbewerbsrecht zugewiesen worden¹⁸³. Mit der Eingliederung ging in erster Linie eine verfahrensrechtliche Angleichung an das Kartellrecht einher. Das Wettbewerbsrecht unterwirft alle den gleichen Regeln des privaten Wettbewerbsrechts, solange die Marktteilnehmer vergleichbar sind. Es ist aber gerade festgestellt worden, dass der Staat als Auftraggeber ein besonderer Marktteilnehmer ist¹⁸⁴. Das Vergaberecht zielt darauf ab, die freie Privatautonomie zu verhindern und im Gegensatz zum Privatrecht eine dort undenkbare Kontrollmöglichkeit der Auswahl oder zumindest des Auswahlermessens des Vertragspartners zu ermöglichen. Erachtet man die formale Einteilung zum Wettbewerbsrecht dennoch als entscheidend, so ist zumindest aber eine starke öffentlich-rechtliche Überlagerung unbestritten¹⁸⁵.

¹⁷⁹ M. Goede, VergabeR 2002, S. 349.

¹⁸⁰ O. Otting, VergabeR 2004, S. 603, BGH, Beschluss vom 18.02.2003, X ZB 43/02, NZBau 2003, 293, „Rohbauarbeiten“.

¹⁸¹ A. Suermann, Die Kontrolle von unbestimmten Rechtsbegriffen bei der Angebotswertung, 2005, S. 1, Ausführungen dazu in Kapitel 5, § 4. III. 2 b), IV. 3 c).

¹⁸² M. Brenner, LKV 2002, S. 306 m.w.N.

¹⁸³ Kritisch dazu: U. Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2003, S. 173.

¹⁸⁴ Kapitel 3, § 1. IV.

¹⁸⁵ „Veröffentlichung“: P. M. Huber, in: FS Schiedermaier, 2001, S. 766, E. Pache, DVBl 2001, S. 1788, O. Dörr, DÖV 2001, S. 1024, 1015, J. Schwarze, in: ders. (Hrsg.), Öffentliche Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 2000, S. 28–31, U. Batis, DÖV 2001, S. 989, S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 366, M. Brenner, in: J. Schwarze u. a. (Hrsg.), Das öffentliche Auftragswesen in der EG, 1996, S. 42; zumindest, soweit besondere öffentlich-rechtliche Bindungen bestehen: Kopp/Schenke (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2005, § 40 VwGO, Rn. 25 b; nach a. A. fand sogar eine Entwicklung zu einem besonderen Verwaltungsrecht statt: W. Skouris, EuR 33 (1998), S. 120, S. Tomerius, u. a. VergabeR 2005, S. 561, O. Kumert, Vergaberecht und öffentliches Recht, 2003, S. 18 ff.

d) Gemengelage

Das Rechtsgebiet des Vergaberechts ist dogmatisch noch immer nicht vollständig erschlossen. Es ist sozusagen auf der Durchreise¹⁸⁶. Die Unsicherheiten um die Zuordnung machen die Ausbildung einer eigenen Dogmatik keineswegs leichter. Eine endgültige Zuordnung sollte andererseits aber auch nicht überbewertet werden. Das öffentliche Recht und das Privatrecht können generell nicht mehr als strikt zu trennende Teilrechtsordnungen angesehen werden¹⁸⁷. Öffentliches Recht und Privatrecht unterscheiden sich nur in ihrer Reinform wesentlich voneinander. Im Privatrecht dienen die gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen dem Ausgleich und der Verwirklichung privater, im öffentlichen Recht dagegen der Verwirklichung und Durchsetzung öffentlicher Interessen¹⁸⁸. Gerade das öffentliche Wirtschaftsrecht zeichnet sich von jeher durch Verbindungen und Verschränkungen zum Privatrecht aus. Es besteht keine einheitliche Kodifikation und die Teilbereiche unterscheiden sich durch unterschiedliche Konzepte und Zielsetzungen. Unterschiedliche wirtschaftspolitische Vorstellungen und eine umstrittene dogmatische Grundlegung des öffentlichen Wirtschaftsrechts erschweren eine einheitliche Zuordnung zusätzlich¹⁸⁹. Teilweise wird sogar vertreten, dass das Wirtschaftsverwaltungsrecht die traditionelle Trennung des Rechtssystems in Privatrecht und öffentliches Recht gänzlich überwunden habe¹⁹⁰. Auch das Vergaberecht, im weiteren Sinne Wirtschaftsverwaltungsrecht, stellt eine neuartige Gemengelage im Spannungsfeld der zwei Teilrechtsordnungen dar¹⁹¹. Noch wichtiger als eine eindeutige Zuordnung ist es deshalb, dass sich das Vergaberecht zu einem eigenständigen Rechtsgebiet in diesem Spannungsfeld weiterentwickelt und dass die Zuordnung nicht mehr zur Rechtfertigung überholter Muster herangezogen wird.

Vollmöller, in: L. Diederichsen u. a. (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2004, S. 163.

¹⁸⁶ E. Pache, DVBl 2001, S. 1781.

¹⁸⁷ N. Hädicke, Grenzen nationaler Normsetzung im öffentlichen Auftragswesen, 2005, S. 61, E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. 284.

¹⁸⁸ S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 26.

¹⁸⁹ U. Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2003, S. 6, 180.

¹⁹⁰ F. Rütner, in: C.-A. Andreae (Hrsg.), Wettbewerb als Herausforderung und Chance, 1989, S. 99.

¹⁹¹ So auch: S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. II, M. Goede, VergabeR 2002, S. 348; weiterführend: R. Regler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, 2007.

3. Vergabeverfahren und Bekanntmachungspflichten

Das Vergabeverfahren selbst ist kein Verwaltungsverfahren im eigentlichen Sinne des § 9 VwVfG. Es wird mit keinem Verwaltungsakt und in der Regel auch mit keinem öffentlich-rechtlichen Vertrag beendet¹⁹². In einem weiteren Sinne kann es aber als ein solches definiert werden, denn es ist *Handlungsanweisungsrecht* zur Anleitung und Finden der regelmäßig behördlichen Bieterauswahlentscheidung, in der privatrechtliche Vorschriften keine Rolle spielen¹⁹³. Damit sind die §§ 10 ff. VwVfG zumindest ihrem Rechtsgedanken nach anwendbar, wobei das Vergaberecht in der Regel Spezialregelungen beithält¹⁹⁴.

Das Vergabeverfahren des Oberschwellenbereichs gilt für alle Aufträge, die die Schwellenwerte des § 2 VgV überschritten haben; Bauaufträge über 5 Mill. €, für Liefer- und Dienstleistungen grundsätzlich 200000,00 € und 130000,00 € für Liefer- und Dienstleistungen des Staats¹⁹⁵. Die Prinzipien des Vergabeverfahrens des §§ 97 I–VII GWB wie fairer Wettbewerb, Transparenz und Nichtdiskriminierungsgebot sind immer zu beachten¹⁹⁶. Das Verfahren ist in den §§ 102 ff. GWB chronologisch nach Aufforderungs-, Angebots- und Wertungsphase geordnet und in den Verdingungsordnungen ergänzend geregelt¹⁹⁷: Nach abschließender Planung der Ausschreibungsunterlagen kommt es zur Bekanntgabe der Ausschreibung – in Tageszeitungen oder im Amtsblatt der EG. Es wird zwischen verschiedenen Arten von Vergabeverfahren unterschieden. Die öffentliche Ausschreibung (oder das offene Verfahren) richtet sich an alle interessierten Unternehmen. Die beschränkte Ausschreibung (oder das europaweite nicht offene Verfahren) fordert dagegen nur einen beschränkten Kreis von Unternehmen zur Angebotsabgabe auf. Das Verhandlungsverfahren lässt es zu, die Ausschreibungsbedingungen in einem gewissen Rahmen mit einzelnen Unternehmen zu verhandeln, bevor diesen die Gelegenheit zur Angebotsabgabe gegeben wird. Die Vergabekoordinierungsrichtlinie von 2004 sieht in Art. 1 XI lit. c mit dem wettbewerblichen Dialog eine weitere Spielart des Verhandlungsverfahrens und damit zu-

¹⁹² Eine Ausnahme besteht, wenn die Beschaffung mit einem öffentlich-rechtlichen Gegenstand untrennbar verknüpft ist oder im zugunsten normativ Begünstigter stattfindet: *J. Ziekow, u. a., ZfBR 2004, S. 33.*

¹⁹³ *H. J. Wolff, u. a., Verwaltungsrecht, 2004, § 58, Rn.1, F. Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 2002, Rn. 46, J. Ziekow, u. a., ZfBR 2004, S. 32, E. Schmidt-Aßmann, Ordnungs idee, 2004, S. 305, 306.*

¹⁹⁴ *J. Ziekow, u. a., ZfBR 2004, S. 34.*

¹⁹⁵ *T. Ax, u. a., Rechtsvergleich, 2006, S. 19.*

¹⁹⁶ Je weniger Details die Verdingungsverordnung vorgibt, desto mehr Gewicht kommt diesen Prinzipien im Verfahren zu; besonders im Verhandlungsverfahren: OLG Brandenburg, Beschluss vom 13.09.2005, Verg W 8/05, IBR 2006, 1325, 267.

¹⁹⁷ *J. Ruthig, u. a., Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 351 ff.*

sätzliche Flexibilität für die Planung von „besonders komplexen Aufträgen“ vor¹⁹⁸. Der deutsche Gesetzgeber hat die Vorgaben im Rahmen des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes vom 08.09.2005 in § 101 V GWB und § 6 a VgV umgesetzt. Vorrangig aber sind die Auftraggeber zur erstgenannten öffentlichen Ausschreibung verpflichtet, da diese den potenziell größten Wettbewerb organisiert.

Die Angebote werden durch die Vergabestelle in vier Phasen gewertet¹⁹⁹. Die Feststellung formaler Mängel auf der ersten Stufe führt zwingend zum Ausschluss der Angebote. Auf der zweiten Stufe besteht Ermessensspielraum hinsichtlich der persönlichen und fachlichen Eignung der Bieter, wobei die Kriterienauswahl in den Ausschreibungsunterlagen bindet. Auf der dritten Stufe ist die Angemessenheit des Gesamtpreises zu prüfen, und unangemessen niedrige oder zu hohe Preise sind nach § 25 Nr. 3 VOB/A auszuschließen. Auf der letzten Stufe wird durch Wertung aller zulässigen Angebote das wirtschaftlichste Angebot ermittelt²⁰⁰. Das Verfahren wird durch Zuschlag beendet, der nach deutscher Tradition mit dem Vertragsschluss in einem Akt zusammenfällt²⁰¹. Der Zuschlag darf erst 14 Tage nach der Unterrichtung der unterlegenen Bieter gemäß § 13 VgV erfolgen, um eine Nachprüfung des Verfahrens zu ermöglichen²⁰².

4. Rechtsschutz

Der nationale Primärrechtsschutz ist im Oberschwellenbereich zweistufig ausgestaltet²⁰³. Auf der ersten Stufe findet ein Nachprüfungsverfahren statt – je nach Auftraggeber vor der Vergabekammer des Bundes oder den Vergabekammern der Länder. Die Vergabekammern sind Verwaltungsbehörden. Sie werden aber als gerichtsähnliche Instanz angesehen, da sie unabhängig ent-

¹⁹⁸ Vorverfahren zur Bestimmung des Auftragsgegenstandes bei technischen, rechtlichen oder finanziellen Unklarheiten: *H. Pünder*, *ZfBR* 2006, S. 20, 21.

¹⁹⁹ *J. Ruthig, u. a.*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2005, S. 354, 355, *S. Hertwig*, *Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe*, 2005, S. 100 ff.

²⁰⁰ *S. Hertwig*, *Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe*, 2005, S. 104–107.

²⁰¹ *I. Seidel*, in: *M. A. Dausen (Hrsg.)*, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 2006, H. IV., Rn. 8, 9.

²⁰² *R. Weyand*, *Kommentar Vergaberecht*, 2006, § 13 VgV, Rn. 2087 ff.; zur Entwicklung der sogenannten „Alcatel-pause“: *I. Brinker*, in: *J. Schwarze (Hrsg.)*, *Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts*, 2000, S. 101 ff.

²⁰³ Vereinzelt haben die Bundesländer von der Möglichkeit des § 103 GWB Gebrauch gemacht, zusätzliche verwaltungsinterne Vergabepflichten einzurichten, die streitschlichtend und beratend auftreten aber denen keine maßgebliche Bedeutung für den Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte zukommt.

scheiden und nur dem Gesetz verpflichtet sind²⁰⁴. Sie entscheiden durch Verwaltungsakt nach einem Verwaltungsverfahren im Sinne des § 9 VwVfG. Es ist in den §§ 107–115 GWB geregelt und einem gerichtlichen Verfahren angenähert²⁰⁵. Das VwVfG sowie die VwGO finden ergänzend Anwendung²⁰⁶. Gemäß § 112 I S. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer auf der Grundlage einer mündlichen Verhandlung, zu der die Beteiligten analog § 102 VwGO förmlich geladen werden²⁰⁷. Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zum zuständigen Vergabesenat des Oberlandesgerichts zulässig. Das Beschwerdeverfahren ist in den §§ 116–124 GWB geregelt und dem Beschwerdeverfahren des Kartellrechts der §§ 63 ff. GWB nachempfunden. Die ZPO findet über Verweise Anwendung.

Es besteht die Möglichkeit des Antrags auf eine vorzeitige Zuschlagserteilung gemäß §§ 115 II, 121 I GWB, die erkennbar den §§ 80, 80 a VwGO nachempfunden sind. Dabei handelt es sich aber nur um eine rudimentäre Regelung eines Eilrechtsschutzes²⁰⁸. Mit der vorzeitigen Gestattung des Zuschlags nach § 115 II 1 GWB wird der Primärrechtsschutz irreversibel beseitigt, weshalb gerade keine „vorläufigen“ Zustände gesichert werden²⁰⁹. Der Suspensiveffekt unterliegt strengen Voraussetzungen, um die effektive Durchsetzung des subjektiven Rechts auf Einhaltung des europäisch bedingten Vergabeverfahrens zu gewährleisten²¹⁰. Das Interesse am Abschluss des Vertrags muss so stark sein, dass nicht bis zur Entscheidung in der Hauptsache, die nach § 113 I GWB regelmäßig in fünf Wochen ergeht, gewartet werden kann²¹¹. Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags sind teilweise wertungsfähig²¹². Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die Beschwerde gemäß §§ 115 I, 115 II 2 GWB möglich, um den Zuschlag wieder herzustellen²¹³. Doch weder dem Verfahren der vorzeitigen Zuschlagsgestat-

²⁰⁴ C. Maier, NZBau 2004, S. 669, H. Franke, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „Evaluierung des VgRÄG“, Bt-Drs.15/2034, S. 8, 12, 13.

²⁰⁵ S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 169, 182.

²⁰⁶ Z. B. diene § 20 I VwVfG als Wegbereiter des § 16 VgV: OLG Brandenburg, Beschluss vom 03.08.1999, 6 Verg 1/99, NZBau 2000, 39, „Flughafen Schönefeld“.

²⁰⁷ C. Maier, NZBau 2004, S. 669.

²⁰⁸ A. Wolf, Der Eilrechtsschutz im Vergaberecht, 2003, S. 175.

²⁰⁹ „Sinnverkehrtes Eilverfahren“: D. R. Lück, Vorläufiger Rechtsschutz und Vergaberecht, 2003, S. 217.

²¹⁰ VK Ba-Wü, Beschluss vom 22.07.2004, 1 VK 49/04, Lts. 8, EuGH, Urteil vom 22.04.1994, Rs. C-87/94, Sgl. 1994, I-1395, „Kommission/Belgien“, Rn. 40, M. Opitz, NZBau 2005, S. 213.

²¹¹ R. Weyand, Kommentar Vergaberecht, 2006, § 115 GWB, Rn. 1502–1523.

²¹² R. Weyand, Kommentar Vergaberecht, 2006, § 115 GWB, Rn. 1521, D. R. Lück, Vorläufiger Rechtsschutz und Vergaberecht, 2003, S. 180–182.

²¹³ Weiterführend zu Verfahren und Entscheidungsmaßstab: D. R. Lück, Vorläufiger Rechtsschutz und Vergaberecht, 2003, S. 184–189.

tung noch dem Verfahren auf Wiederherstellung des Zuschlagsverbots kommt in der Praxis eine besondere Bedeutung zu²¹⁴. Schließlich kann – dank des Beschleunigungsgebots des § 113 I GWB und der Ablehnungsfiktion des § 116 II 2 GWB – innerhalb von Wochen eine erste Entscheidung getroffen werden.

Der Primärrechtsschutz wird durch einen Sekundäranspruch ergänzt²¹⁵. Das Augenmerk der Europäisierung liegt allerdings auf den Rechtsbehelfen des Primärrechtsschutzes, die Abhilfe gegen Rechtsverstöße verschaffen können. Es geht um die effektive Durchsetzung des Europarechts. Der Aspekt der nachträglichen Sanktionierung ist zweitrangig.

5. Unterschwellenbereich

In Deutschland ist hinsichtlich des Verfahrens und des Rechtsschutzes streng zwischen dem Ober- dem Unterschwellenbereich zu trennen. Im Unterschwellenbereich ist es bisher bei der traditionellen „innenrechtlichen“ Lösung geblieben²¹⁶. Die Aufträge werden durch die §§ 16, 29, 30 HGrG und §§ 24, 54, 55 BHO bzw. ihr landesrechtliches Pendant und die Basisparagrafen der VOB/A oder VOL/A i. V. m. § 55 II BHO/LHO gesteuert. Es wird zwischen öffentlicher, beschränkter Ausschreibung und freihändiger Vergabe unterschieden²¹⁷. Die Verfahren sind an die des Oberschwellenbereichs angelehnt, unterscheiden sich aber hinsichtlich der formellen Anforderungen wesentlich. Die freihändige Vergabe ohne Bekanntmachung oder förmliches Verfahren spielt in der Praxis eine erhebliche Rolle – um das Wettbewerbsklima ist es nicht gut bestellt²¹⁸. Dies liegt vor allem daran, dass Bieter unterhalb der Schwellenwerte über sehr eingeschränkte Rechtsschutzmöglichkeiten verfügen. Den vergaberechtlichen Bestimmungen kommt nach noch herrschender Ansicht keine bieterschützende Qualität zu²¹⁹. Die Einklagbarkeit scheidet zudem daran, dass kein Informationsanspruch im Sinne des § 13 VgV über den anstehenden Zuschlag besteht. Der effektive Primärrechts-

²¹⁴ Derartige Anträge wurden sowohl erst- wie auch zweitinstanzlich in jeweils nur ca. 2 % aller Fälle gestellt: BMWA-Statistik *D. R. Lück*, Vorläufiger Rechtsschutz und Vergaberecht, 2003, S. 184, *M. Opitz*, NZBau 2005, S. 214, *H. Franke*, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „*Evaluierung des VgRÄG*“, Bt-Drs.15/2034, S. 38, 39.

²¹⁵ *J. Ruthig*, u. a., Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 361, 362, *H. Leffler*, Public Procurement Law Review 2003, S. 152 ff.

²¹⁶ Zu den aktuell sich abzeichnenden Änderungen in Kapitel 5, § 2–5 jeweils zur indirekten Europäisierung.

²¹⁷ *T. Ax*, u. a., Rechtsvergleich, 2006, S. 129, 130 ff.

²¹⁸ *D. Creutzburg*, Handelsblatt vom 20.07.2004, „*Ämter vergeben Aufträge selten an Newcomer*“.

²¹⁹ *P. M. Huber*, JZ 2000, S. 877 ff., *M. Kraft-Lehner*, Subjektive Rechte und Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2002, S. 120 ff., 161, 307.

schutz reduziert sich deshalb auf einstweilige Verfügungen. Die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast der Tatbestandsvoraussetzungen sind allerdings so hoch, dass sie in der Praxis regelmäßig unerfüllbar bleiben und der einstweilige Rechtsschutz nur sehr wenig genutzt wird²²⁰.

Die Fach- oder Rechtsaufsichtsbehörden können als Nachprüfungsstellen angerufen werden, allerdings nur, um eine rechtsaufsichtliche Überprüfung „anzuregen“, die im Ermessen der zuständigen Rechtsaufsichtsbehörden steht. In Einzelfällen sind kartellrechtliche Unterlassungsansprüche gemäß §§ 19–21 GWB oder gemäß Art. 82 EGV i. V. m. § 22 III GWB denkbar, wenn die Vergabestelle eine marktbeherrschende Position einnimmt. Im Regelfall bleibt aber letztlich nur die Möglichkeit des Sekundärrechtsschutzes zur Geltendmachung etwaiger Schadensersatzansprüche²²¹.

II. Das französische Vergaberecht

1. Einheitliches Gesetzeswerk des „Code des Marchés Publics“

Das kodifizierte Vergaberecht kann in Frankreich auf eine lange Tradition zurückblicken. Bereits im neunzehnten Jahrhundert waren die Grundsätze der Sparsamkeit und der Transparenz mittels Wettbewerb und Vergabebekanntmachung normiert²²². Das Vergabegesetz, der Code des Marchés Publics (CMP), existiert als Verwaltungsinnenrecht seit 1964²²³. Die europäischen Richtlinien wurden zunächst auf der Grundlage von „décrets“²²⁴ in Nebengesetzen umgesetzt²²⁵, weshalb es lange instabile und vor allem zahlreiche, unübersichtliche Rechtsquellen gab²²⁶. Im Jahre 2001 wurde schließlich die

²²⁰ K. Heuvels, NZBau 2005, S. 571, vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 11.04.2002, 2 U 240/01, NZBau 2002, 395.

²²¹ P. M. Huber, JZ 2000, S. 880, 881, A. Martin-Ehlers, EuZW 2000, S. 102, 105.

²²² Zum Vergaberecht als ältestes Schutzregime des Wettbewerbs: X. Bezaçon, Les contrats de travaux et de services publics, 1999, S. 195 ff., L. Richer, Droit des contrats administratifs, 2004, S. 321.

²²³ Décret Nr. 64-729 vom 17.07.1964; sein Verordnungscharakter erleichterte die zahlreichen Reformen: L. Richer, Droit des contrats administratifs, 2004, S. 323.

²²⁴ Weiterführend zu dieser Art der verwaltungsinternen Umsetzung von Richtlinien im Verordnungswege auf der Grundlage von Art. 37 fV: J. Wölk, Die Umsetzung von Richtlinien, 2002, S. 178, 179, J.-L. Autin, u. a., Droit administratif général, 2005, Rn. 403.

²²⁵ Zur Umsetzung der Baukoordinierungsrichtlinie wurde das décret n° 90-824 erlassen und abgeändert durch décret n° 92-311 vom 31.03.1992 sowie décret n° 93-990 vom 03.08.1993 und décret n° 98-111 vom 27.02.1998: D. Chabanol, u. a., Le régime juridique des marchés publics, 2005, S. 131 ff.

²²⁶ J. M. Peyricol, Dr. adm. 2000/04, S. 4, C. Maugué, u. a., RFD 1998, S. 593, L. Richer, Droit des contrats administratifs, 2004, S. 330, M. Guibal, AJDA N° spécial 1994, S. 5.

seit 1995 geplante – und mindestens genauso lang ersehnte – umfassende Reform des CMP vollendet, die die vielen zuvor geltenden Regelungen weitestgehend zusammengefasst und den Ober- und Unterschwellenbereich in einem Gesetz zusammengeführt hat²²⁷. So konnte eine nachhaltige Vereinfachung der Struktur erzielt werden, wenn auch die anvisierte vollständige Inkorporation nebenstehender Gesetze nicht gelang²²⁸.

Das Vergabegesetz wurde 2004 reformiert. Diesmal wurden nur inhaltliche Anpassungen im Detail vorgenommen²²⁹. Auch wurden Flexibilisierungen wie der wettbewerbliche Dialog in Art. 36, 76 und 68 CMP und die Angebotsabgabe über Internetplattformen in Art. 56 CMP bereits im CMP 2004 eingeführt²³⁰. Zum 01.09.2006 ist abermals ein neues Vergabegesetz in Kraft getreten, das die restlichen Anpassungen des europäischen Legislativpakets in Ergänzung des Gesetzes von 2004 enthält²³¹. Weiter wurden die Rechte und Pflichten des ausschreibenden Auftraggebers zur Stärkung der Eigenverantwortlichkeit reformiert²³². Das aktuelle Vergabegesetz bleibt ansonsten der Linie der Gesetze von 2001 und 2004 treu²³³. Der Code enthält vier Teile; drei besondere Teile, denen ein allgemeiner Teil vorausgeht. Grundsätzlich findet der CMP für das gesamte Vergaberecht Anwendung; insbesondere die Grundprinzipien des Art. 1 CMP eines gleichberechtigten Zugangs zum Verfahren, einer gleichberechtigten Behandlung der Bieter und eines transparenten Verfahrens. Allerdings bestehen abgestufte Spezialregelungen für den Ober- und Unterschwellenbereich. Den prozessualen Rahmen regelt nicht das Vergabegesetz, sondern es wird auf das allgemeine Verwaltungsprozessrecht verwiesen.

²²⁷ C. Emery, Passer un marché public, 2001, S. 13, J. Arnould, Public Procurement Law Review 2004, S. NA 6, vgl. bereits die Forderungen durch: M. Guibal, AJDA N° spécial 1994, S. 5, 11, 12.

²²⁸ R. Vandermeeren, in: J. Michon (Hrsg.), Recueil marchés publics 2004/2005, 2005, S. 16.

²²⁹ R. Vandermeeren, in: J. Michon (Hrsg.), Recueil marchés publics 2004/2005, 2005, S. 16.

²³⁰ S. Pignon, Petites affiches 2004, S. 6 ff.

²³¹ Décret n° 2006-975 vom 01.08.2006, N. Charrel, u. a., Code commenté, 2006, T. Ax, u. a., Rechtsvergleich, 2006, S. 262–274.

²³² „Responsabilisation des acheteurs publics“: E. Royer, AJDA 2006, S. 1524, A. Ménéménis, AJDA 2006, S. 1757, S. Braconnier, Précis du droit des marchés publics, 2007.

²³³ A. Ménéménis, AJDA 2006, S. 1754.

2. Zuordnung des Vergaberechts zum öffentlichen Recht

Das Vergaberecht wird traditionell dem öffentlichen Recht zugeordnet²³⁴. Zur Begründung wird auf die Verantwortung der öffentlichen Hand, beispielsweise für die Umwelt, eine nachhaltige Entwicklung, soziale Aspekte und die Zwecksetzung des Vergaberechts hingewiesen, die über eine reine Gewinnerzielungsabsicht weit hinausgeht²³⁵. Ursprünglich gab es auch in Frankreich privatrechtliche Vergabeverträge²³⁶. Das Gesetz MURCEF²³⁷ vereinheitlichte jedoch 2001 alle Verträge im Vergaberecht, um die Abgrenzungsschwierigkeiten und die Rechtszersplitterung zu beseitigen²³⁸. Heute ist jeder Vertrag, der in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt, der im Zeichen des „service public“, der Daseinsvorsorge, oder aus sonstigem öffentlichem Interesse geschlossen wird, öffentlich-rechtlich²³⁹. Diese „Verwaltungsverrechtlichung“²⁴⁰ des Vergaberechts ist nicht unumstritten, aber wohl unumkehrbar vollzogen²⁴¹. Andererseits bleibt der europäisch bedingte Aspekt des Wettbewerbs – ein Qualitätsmerkmal privater Vertragsgestaltung – nicht folgenlos für das Rechtsregime. Damit gelangen privatrechtliche Ausdrücke und Wertungen in das Rechtsgebiet. Es wird von einer leisen, unterbewussten Beeinflussung mit systemfremdem Material gesprochen²⁴². Trotz einer „Verwaltungsverrechtlichung“ stellt auch das französische Vergaberecht eine Gemengelage dar²⁴³. Das öffentliche Recht muss mit dem Wettbewerbsprinzip ausgesöhnt werden²⁴⁴.

²³⁴ Typische Zuordnung im romanischen Rechtskreis wie auch in Italien, Portugal, Belgien, Spanien, Luxemburg: *M. Schenk*, Das neue Vergaberecht, 2001, S. 118, *J. Seidel*, in: M. A. Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 2006, H. IV., Rn. 8, 9.

²³⁵ *V. Lebon*, AJDA 2005, S. 1817.

²³⁶ *L. Richer*, Droit des contrats administratifs, 2004, Rn. 34.

²³⁷ Reformgesetz vom 11.12.2001: **Mesures Urgentes de Réformes à Caractère Économique et Financier**.

²³⁸ Im Mittelpunkt der Abgrenzung des privatrechtlichen zum öffentlich-rechtlichen Vertrags stand bis dahin als formelles Abgrenzungskriterium die „clause exorbitante“ des öffentlich-rechtlichen Vertrags als Ausdruck der besonderen Stellung des Staates als Vertragspartner, die schon immer Quelle von Rechtsunsicherheiten war: *L. Richer*, Droit des contrats administratifs, 2004, Rn. 110, 118, *P. Martini*, Le Moniteur 2001/08, S. 44; *G. Clamour*, JCP éd. gen. 2002, S. 593.

²³⁹ *D. Chabanol, u. a.*, Le régime juridique des marchés publics, 2005, S. 20 ff.

²⁴⁰ *G. Clamour*, JCP éd. gen. 2002, S. 593.

²⁴¹ *D. Chabanol, u. a.*, Le régime juridique des marchés publics, 2005, S. 28, Argumente gegen eine solche Vereinheitlichung: *G. Clamour*, JCP éd. gen. 2002, S. 595, *J.-D. Dreyfus*, AJDA 2005, S. 675.

²⁴² *G. Clamour*, JCP éd. gen. 2002, S. 599.

²⁴³ *J. M. Peyrical*, Dr. adm. 2000/04, S. 7.

²⁴⁴ *J.-L. Autin, u. a.*, Droit administratif général, 2005, S. 351, vgl. nur: C.E., Urteil vom 03.11.1997, RFD adm.1998, 1228, „*Million et Marais*“, *M. Berbari*, Marchés publics, 2001, S. 48.

In Frankreich hat man sich vor dem Einzug des europäischen Wettbewerbs in das nationale Verwaltungsrecht gefürchtet und diesen versucht abzuwehren²⁴⁵. Auch die europäische Öffnung des Vergaberechts für den Wettbewerb ist ambivalent bewertet worden²⁴⁶, da sie die rein öffentlich-rechtliche Ausrichtung des nationalen Vergaberechts in Frage stellt²⁴⁷. Dahinter verbirgt sich ein Ringen des nationalen Staates um einen öffentlich-rechtlichen Raum angesichts der zunehmenden Bedeutung supranationaler Kräfte und grenzenloser Märkte²⁴⁸. Letztendlich geht es um die Frage nach der Zukunft des traditionellen französischen Staatsverständnisses²⁴⁹. Die aktive Staatswirtschaft des „Colbertismus“ ist erst in den 1990er Jahren im Zuge internationaler Verflechtungen der Wirtschaft reduziert worden und spielt noch immer eine zentrale Rolle²⁵⁰.

3. Vergabeverfahren und Bekanntmachungspflichten

Seit 2001 sind alle Vergabeverfahren im Vergabegesetz CMP geregelt. Oberhalb der Schwelle, für Liefer- und Dienstleistungsaufträge ab 137.000 € bzw. für Gebietskörperschaften ab 211.000 € und bei Bauaufträgen einheitlich ab 5.278.000 €, gilt europäisiertes Vergaberecht²⁵¹. Art. 26 CMP 2006 sieht sechs verschiedene Verfahrensarten vor; offenes und beschränktes Vergabeverfahren, Verhandlungsverfahren, wettbewerblicher Dialog, Auswahlverfahren, dynamisches Vergabeverfahren und Rahmenvereinbarung²⁵². Grob kann zwischen Arten des Verhandlungsverfahrens und des Wettbewerbsverfahrens differenziert werden. Regelmäßig findet ein Wettbewerbsverfahren statt, das wie im deutschen Vergaberecht nach dem *appel d'offre ouvert* des Art. 57–59 CMP allen interessierten Bietern offen steht²⁵³. Das Wettbewerbsverfahren ist bei entsprechender Begründung durch den Auftraggeber auch mit ei-

²⁴⁵ L. Dubouis, *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, 2000, S. 31.

²⁴⁶ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 2004, S. 4, 33, 360, B. Seiller, *AJDA* 2005, S. 422.

²⁴⁷ M. Dreifuss, *AJDA* 2002, S. 1373, J. M. Peyrical, *Dr. adm.* 2000/04, S. 7.

²⁴⁸ D. Linotte, *AJDA* 2005, S. 1553, Conseil d'Etat, *rapport public* 2002: „*Collectivités publiques et concurrence*“, S. 336, J.-P. Duprat, *AJDA* 2005, S. 578.

²⁴⁹ J.-B. Auby, *u. a.*, *La distinction du droit public et du droit privé*, 2004, S. 96.

²⁵⁰ J.-M. Woehrling, in: J. Schwarze (Hrsg.), *Die rechtsstaatliche Einbindung der europäischen Wirtschaftsverwaltung*, 2002, S. 61, R. Breuer, in: *FS Brohm*, 2002, S. 8, 9.

²⁵¹ T. Ax, *u. a.*, *Rechtsvergleich*, 2006, S. 19.

²⁵² *Appel d'offres ouvert/restreint*: Art. 33, 57–59 /60–64 CMP; *Procédures négociées*: Art. 35, 65–66 CMP; *Dialogue compétitif*: Art. 36, 67 CMP; *Concours*: Art. 38, 70 CMP; *Système d'acquisition dynamique*: Art. 78 CMP; *accord-cadre*: Art. 76–77 CMP, T. Ax, *u. a.*, *Rechtsvergleich*, 2006, S. 88 ff.

²⁵³ D. Chabanol, *u. a.*, *Le régime juridique des marchés publics*, 2005, S. 202, T. Ax, *u. a.*, *Rechtsvergleich*, 2006, S. 96.

ner begrenzten Bieteranzahl, mindestens aber mit fünf Bietern, im appel d'offre restreint nach Art. 60–64 CMP möglich²⁵⁴. Die Verhandlungsverfahren der Art. 18, 34 CMP sind nur im Ausnahmefall anwendbar und müssen durch den komplexen Auftragsgegenstand gerechtfertigt sein²⁵⁵. Mit dem CMP 2004 wurden neue Spielarten des Verhandlungsverfahrens zur Flexibilisierung des Verfahrens wie der wettbewerbliche Dialog eingeführt²⁵⁶.

Mit der Bekanntmachung der Ausschreibung nach Art. 40 CMP legt der Auftraggeber die Auswahlkriterien sowie deren Gewichtung fest. Die Angebote sind fristgerecht abzugeben und werden zunächst in formeller Hinsicht geprüft. Verspätet eingegangene Angebote und nicht unterschriebene Angebote sind gemäß Art. 63 I CMP zwingend auszuschließen. Angebote mit fehlenden Angaben können ausgeschlossen werden, wenn sie nicht nachträglich ergänzt werden. Nach dem neuen Art. 52 I CMP steht es der Vergabestelle allerdings frei, Bietern die Vervollständigung bestimmter Unterlagen nachträglich zu ermöglichen²⁵⁷. Sodann folgen eine Eignungs- und eine Wirtschaftlichkeitsprüfung, die streng zu trennen sind. Zu diesem Zweck gehen bei dem öffentlichen Auftraggeber zwei separate und verschlossene Umschläge ein. Der erste Umschlag dient der Eignungsprüfung. Der zweite Umschlag enthält das eigentliche Angebot. Die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgt nach Art. 53 CMP durch Gewichtung der Angebote durch die Vergabestelle²⁵⁸. Zu den Bekanntgabepflichten des Auftraggebers gehört es, die ausgeschlossenen und unterlegenen Bieter gemäß Art. 76 CMP zu benachrichtigen und über die Gründe der Ablehnung zu informieren.

In Frankreich ist die Bedeutung der commission d'appel d'offre nach Art. 21, 22 CMP zu betonen. Sie übernimmt für die Gebietskörperschaften die Bieterauswahl. Dem Staat und den öffentlichen Einrichtungen steht sie beratend zur Seite. Diese Einrichtung institutionalisiert das Mehraugenprinzip, indem zumindest ansatzweise das operative vom funktionalen Geschäft getrennt und so die Objektivität der Auswahlentscheidung erhöht wird²⁵⁹.

²⁵⁴ *D. Chabanol, u. a., Le régime juridique des marchés publics*, 2005, S. 205, *T. Ax, u. a., Rechtsvergleich*, 2006, S. 100.

²⁵⁵ Man unterscheidet zwischen Verfahren mit/ohne vorheriger Bekanntgabe und mit/ohne Wettbewerb: *D. Chabanol, u. a., Le régime juridique des marchés publics*, 2005, S. 211 ff., Das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachungspflichten, mit Wettbewerb ist mit dem CMP 2006 weggefallen *T. Ax, u. a., Rechtsvergleich*, 2006, S. 104 ff., 273.

²⁵⁶ Zu den Vor- und den Nachteilen: *O. Debouzy, u. a., Recueil Dalloz* 2006, S. 1491 ff.

²⁵⁷ *R. Vandermeeren*, in: J. Michon (Hrsg.), *Recueil marchés publics 2004/2005*, 2005, S. 18.

²⁵⁸ Nach intensiver Debatte hat der C.E. für Rechtssicherheit gesorgt und in Entsprechung der Koordinierungsrichtlinie die Gewichtung, la pondération, als Regelfall festgestellt: *J.-D. Dreyfus, u. a., AJDA* 2005, S. 625, *M. Crahès*, *JCP éd. adm.* 2005, S. 1117 ff.

²⁵⁹ „La collégialité“: *L. Richer, Droit des contrats administratifs*, 2004, S. 365, 369.

4. Rechtsschutz

Im Vergaberecht ist zwischen außergerichtlichem²⁶⁰ und gerichtlichem Rechtsschutz zu unterscheiden. Nachfolgend soll nur der praktisch relevante Rechtsschutz vor den Gerichten vorgestellt werden²⁶¹.

Im Rechtsschutz gegen öffentliche Verträge kommt der Theorie vom abtrennbaren Akt eine überragende Rolle zu²⁶². Der Rechtsweg ist eröffnet, wenn eine Verletzung durch einen vorgelagerten abtrennbaren Akt geltend gemacht wird²⁶³, wie ein Verstoß der Bieterauswahlentscheidung gegen Bekanntmachungs- oder Wettbewerbsvorgaben²⁶⁴. Davon abzugrenzen ist der Klagegegenstand des Vertrags und der der Vertragsdurchführung, die jeweils einen anderen Rechtsweg eröffnen²⁶⁵. Trotz einer gewissen Relativierung des Unantastbarkeitsprinzips des Vertrags, wird der Vertrag nur indirekt kontrolliert und nur für nichtig erklärt, wenn die Rechtswidrigkeit des abtrennbaren Akts für das Schicksal des Vertrags beachtlich ist²⁶⁶. In diesem Fall kann der öffentliche Auftraggeber ausnahmsweise über Zwangsgeld oder hoheitliche Befehlsanordnung gezwungen werden, die Nichtigkeit des Vertrags zu beantragen²⁶⁷.

²⁶⁰ Näher zur *commission spécialisées des marchés publics*, einer internen Kontrollmöglichkeit für Staatsaufträge über 6 Mill. € und der *mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics* (MIEM), die eine interne Kontrolle auf Anfrage und Anzeige eines Verstoßes durchführt: *T. Ax, u. a.*, Rechtsvergleich, 2006, S. 233–235, *T. Beaugé*, *Le nouveau code des marchés publics*, 2004, S. 184–189, *R. Vandermeeren*, in: *J. Michon* (Hrsg.), *Recueil marchés publics 2004/2005, 2005*, S. 15.

²⁶¹ Weiterführend: *P. Cossalter, u. a.*, *Précontentieux et contentieux des marchés publics*, 2006.

²⁶² *L. Marcus, u. a.*, *Dr. adm. 2006/01*, S. 5, *B. Pacteau*, *Contentieux administratif*, 2005, Rn. 181.

²⁶³ *D. Chabanol, u. a.*, *Le régime juridique des marchés publics*, 2005, S. 71, 75; vgl. zur Abgrenzung des Vertrags oder konstituierender Elemente: C.E., Urteil vom 10.07.1996, N° 138536, *AJDA 1996*, 732, „*Cayzeele*“, C.E., Urteil vom 15.04.1996, N° 120273, *Lebon 130*, „*Syndicat des hospitaliers*“, *J. Momas, AJDA 2004*, S. 1116, 1117.

²⁶⁴ C.E., Urteil vom 19.03.1997, N° 171140, *Lebon T.1003*, „*Min. Agriculture c. Sté Bull*“.

²⁶⁵ Diese Trennung fällt allerdings praktisch nicht mehr ins Gewicht, denn heute ist regelmäßig der Verwaltungsrichter zuständig. So ist im Gespräch, die komplizierte Systematik der drei Richter, „l'inconfortable trio constitué des juges“, durch einen einheitlichen Verwaltungsrichter zu ersetzen: *D. Chabanol, u. a.*, *Le régime juridique des marchés publics*, 2005, S. 74, a. *A. J. M. Peyrical, Dr. adm. 2000/04*, S. 5.

²⁶⁶ C. E., Urteil vom 10.12.2003, „*Institut de recherche*“, *L. Richer, AJDA 1998*, S. 170, *L. Marcus, u. a.*, *Dr. adm. 2006/01*, S. 5 ff.; vgl.: C.E., Urteil vom 10.12.2003, N° 248950, *RMP 2004/05*, 78, *AJDA 2004*, 394, „*Institut de recherche pour le développement*“, C.E., Urteil vom 26.03.1999, N° 202256, *Lebon 96*, „*Soc. Hertz France*“.

²⁶⁷ Bei der Anwendung von Zwangsmitteln kommt dem Richter Ermessen zu: *TA Versailles, Urteil vom 08.04.1999*, N° 983714/15, „*Soc. Fort James France c. APHP*“.

Der abtrennbare Akt ist im Vergaberecht mit drei verschiedenen Rechtsbehelfen angreifbar²⁶⁸. Im Falle von Verträgen mit Gebietskörperschaften kann der abtrennbare Verwaltungsakt Gegenstand eines *déféré préfectoral* sein. Dabei handelt es sich um eine Art Kontrollrecht des Präfekten, das den traditionellen Erlaubnisvorbehalt des Präfekten bei Rechtsgeschäften der Gebietskörperschaften ersetzt hat²⁶⁹. Stellt der Präfekt Verstöße gegen das Vergaberecht fest, kann er an die Verwaltungsgerichte abgeben²⁷⁰. Der präfektorale Rechtsschutz, theoretisch ein sehr starkes Rechtsmittel, funktioniert in der Vergaberechtspraxis jedoch nur unzureichend²⁷¹. Es zeigt sich, dass der Präfekt seiner Doppelrolle nicht gewachsen ist. Er unterliegt einem Interessenkonflikt, da er als Repräsentant des Staates der effektiven Rechtmäßigkeitskontrolle und gleichzeitig seinen Wählern verpflichtet ist, die durch die Kontrolle unter Umständen brüskiert werden. Der Präfekt sieht sich oft auch durch die notwendige juristische Vorprüfung überfordert. Zudem wird das Tätigwerden des Präfekten von den Gebietskörperschaften als Einmischung empfunden.

Darüber hinaus besteht direkter Rechtsschutz gegen den abtrennbaren Akt im Wege des *recours pour excès de pouvoir* – einer Art Anfechtungsklage, die eine in der Dichte geminderte verwaltungsgerichtliche Kontrolle gewährleistet²⁷². Problematisch ist jedoch deren zeitliche Effektivität. Der Rechtsbehelf löst keinen automatischen Suspensiveffekt aus²⁷³. Hier setzt der neue europäische bedingte Rechtsbehelf an – *le référé précontractuel*. Der Richter des référé kann die Aussetzung des Verfahrens von Amts wegen festlegen, was er regelmäßig auch tut²⁷⁴. Seit 2001 ist zudem eine Stillhaltefrist von mindestens 10 Tagen zwischen der begründeten Anzeige des Vertragsschlusses gegenüber allen unterlegenen Bietern und der Vertragsunterzeichnung vorgeschrieben, die die Zuschlagserteilung zeitlich aufschiebt und eine Kontrolle

²⁶⁸ Weiterführend zum Zusammenspiel der Rechtsbehelfe: C. Emery, *Passer un marché public*, 2001, S. 357–368; vgl. wenn auch teilweise überholt: G.-S. Hök, *ZfBR* 2001, S. 224.

²⁶⁹ Folge der Verwaltungsorganisationsreform der Dezentralisierung im Jahre 1982 und der damit einhergehenden Stärkung der Gebietskörperschaften: D. Chabanol, *u. a.*, *Le régime juridique des marchés publics*, 2005, S. 102.

²⁷⁰ D. Chabanol, *u. a.*, *Le régime juridique des marchés publics*, 2005, S. 102 ff.

²⁷¹ Gouvernement, rapport 2000, „*L'exercice du contrôle de légalité*“, I. Diallo, *AJDA* 2005, S. 2438, J. F. Brisson, *AJDA* 2005, S. 130, 131.

²⁷² J. Momas, *AJDA* 2004, S. 1116; allgemein zur Klageart J. Koch, *Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich*, 1998, S. 104 ff.

²⁷³ Seit 2000 besteht ein ergänzender Eilbehelf, *le référé en suspension*, zur Geltendmachung des Suspensiveffekts durch den Kläger: J. Momas, *AJDA* 2004, S. 1116 ff.

²⁷⁴ Vgl. nur: C.E., Urteil vom 16.10.2000, N° 213958, „*Sté Stereau*“; allerdings ist eine Begründung des Richters notwendig: C.E., Urteil vom 26.10.2006, N° 289234, *AJDA* 2006, 1983, „*Comm. d'Andeville*“.

des Vergabeverfahrens vor dem Vertragsabschluss ermöglicht²⁷⁵. Nach dem Abschluss des Vertrages durch den öffentlichen Auftraggeber ist der Bieter auch in Frankreich regelmäßig auf die Geltendmachung von Schadensersatz nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen angewiesen²⁷⁶.

Der *référé précontractuel* ist ein europäisch bedingter Schnellgerichtsschutz, der speziell für das Vergaberecht entwickelt wurde und mittlerweile im Regelfall zur Anwendung kommt. Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich deshalb auf diese Klageart. Für den *référé précontractuelle* gelten eigene prozessuale Vorgaben, die in L 551–1 des Code juridique administratif (CJA) geregelt sind²⁷⁷. Seit der Vereinheitlichung der vergaberechtlichen Verträge als öffentlich-rechtliche Verträge ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit gem. Art. 1, 2, 3 CMP i. V. m. Art. 2 des Gesetzes MURCEF zuständig. Ein Einzelrichter, der Präsident des tribunal administratif oder ein delegierter Vertreter, entscheidet innerhalb von zwanzig Tagen abschließend in der Form des Schnellgerichtsbeschlusses²⁷⁸. Die Möglichkeit einer mündlichen Verhandlung ist trotz der kurzen Entscheidungsfrist vorgeschrieben, um ein Gleichgewicht zwischen Verfahrenseffizienz, rechtlichem Gehör und einer möglichst umfassenden Entscheidung in der Hauptsache zu gewährleisten²⁷⁹. Gegen die Entscheidung besteht innerhalb von 15 Tagen die Möglichkeit einer Revision zum Conseil d'Etat, der die richterliche Entscheidung auf die Einhaltung grundlegender Prinzipien überprüft²⁸⁰.

5. Unterschwellenbereich

Das französische Vergaberecht ist in einem Gesetz geregelt, aber weiterhin in ein Rechtsregime oberhalb der Schwellenwerte und einen Unterschwellenbereich unterteilbar. Seit dem Jahr 2000 hat allerdings eine umfangreiche indi-

²⁷⁵ A. Tessier, Dr. adm. 2004/04, S. 10, T. Ax, u. a., Rechtsvergleich, 2006, S. 99, 108, 111, J.-D. Dreyfus, AJDA 2004, S. 711, 712, C.E., Urteil vom 21.01.2004, N° 253509, RMP 2004/05, 91, „*Sté Aquitaine Démolition*“.

²⁷⁶ C. Emery, Passer un marché public, 2001, S. 367, ständige Rechtspredung: C.E., Urteil vom 20.09.1991, N° 85927, „*Sté Hall Méditerranée Service*“; selbst wenn gegen die Stillhaltefrist verstoßen wird, die gerade die effektive Wahrnehmung des Rechtsbehelfs absichern soll: J. Martin, Recueil Dalloz 2005, S. 2733, C.E., Urteil vom 07.03.2005, N° 270778, RFDA 2005, 1097, „*Soc. Grandjouan-Saco*“, CAA Bordeaux, Urteil vom 14.02.2006, N° 04BX02064, „*AGUR*“.

²⁷⁷ Vorgängernorm ist L. 22 Code des tribunaux administratifs: C. Maugüé, AJDA N° spécial 1994, S. 41.

²⁷⁸ Die Frist muss nicht ausgereizt werden: C.E., Urteil vom 03.11.1995, N° 152484, Lebon 391, „*District de l'agglomération nancéienne*“.

²⁷⁹ H.-J. Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 2005, S. 443.

²⁸⁰ C.E., Urteil vom 24.10.2001, N° 236293, „*Coll. terr. de Corse*“, Auslegung des vergaberechtlichen Anwendungsbereichs: C.E., Urteil vom 20.05.1998, N° 188239, Lebon 201, AJDA 1998, 553, „*Piémont de Barr*“, T. Ax, u. a., Rechtsvergleich, 2006, S. 239.

rekte Europäisierung stattgefunden, die über Durchbrechungen hinaus eine einheitliche Struktur für das gesamte Vergaberecht anvisiert²⁸¹. Art. 40 CMP sieht heute abgestufte Bekanntmachungspflichten vor. Auch die Verfahrensvorgaben bestehen gestaffelt in Abhängigkeit des Wertes des Auftragsgegenstandes²⁸². So ist die Zweispurigkeit weitgehend von einem Stufensystem abgelöst worden:

Auf der ersten Stufe besteht mit dem Verfahren „sans formalité préalable et sans mise en concurrence“ bis zu 4000 € eine Art Bagatellgrenze, die nach Art. 28 und 40 VII CMP im Ermessen des Auftraggebers liegt²⁸³. Selbst hier gelten jedoch die Grundprinzipien des Art. 1 CMP – Transparenzgebot, Diskriminierungsverbot und das Gebot des effektiven und wirtschaftlichen Umgangs mit öffentlichen Mitteln²⁸⁴. Für alle Aufträge, dessen Auftragsgegenstand zwischen 4000 € und unter 90000 € liegt und die durch keine gesonderten Vorgaben geregelt sind, gelten zumindest reduzierte Bekanntmachungspflichten nach Art. 40 II CMP.

Für Bauaufträge bis zu 210.000 € sowie für Dienstleistungen und Lieferungen bis zu 135.000 € (210.000 € für Gebietskörperschaften) gilt die „procédure adaptée“, kurz MAPA, der Art. 28, 26 II CMP. Sie steht für einen neuen Ansatz im Vergaberecht, denn sie zwingt der öffentlichen Hand eine eigenverantwortliche Handlungsweise auf²⁸⁵. Der Auftraggeber muss den Ablauf und die Modalitäten des Verfahrens nach einer ökonomischen und juristischen Einzelfallabwägung unter Berücksichtigung des Auftragsgegenstands und des Auftragswertes selbst festlegen²⁸⁶. Dieser Freiraum ermöglicht eine flexible Vorgehensweise im Unterschwellenbereich, aber birgt auch einige Rechtsunsicherheiten. Der Europäischen Kommission geht er deshalb zu weit. Schon gegen das Vergabegesetz von 2001 hat sie fundierte Bedenken wegen der Unbestimmtheit des Verfahrens geäußert²⁸⁷. Schließlich hat sie zum 04.02.2004 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Frankreich

²⁸¹ M. Delmas-Marty, *Critique de l'intégration normative*, 2004, S. 128.

²⁸² „Proportionnalité entre la complication de la procédure et l'importance de la prestation“: L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 2004, S. 380, A. Ménéménis, AJDA 2004, S. 5, D. Chabanol, u. a., *Le régime juridique des marchés publics*, 2005, S. 103.

²⁸³ D. Chabanol, u. a., *Le régime juridique des marchés publics*, 2005, S. 137.

²⁸⁴ Vgl. das obiter dictum in: EuGH, Urteil vom 07.12.2000, Rs. C-324/98, Slg. 2000, I-10745, „Telaustria“, EuGH, Urteil vom 20.10.2005, Rs. C-264/03, Sgl. 2005, I-08831, „Kommission/Frankreich“ sowie C.E., Urteil vom 29.07.2002, N° 246921, Lebon 297, „Société Maj Blanchisserie“, C.E., Urteil vom 23.02.2005, N° 264712, JCP éd. adm. 2005, 704, „Assoc. transparence et moralité des marchés publics“.

²⁸⁵ „Responsabilisation“: D. Chabanol, u. a., *Le régime juridique des marchés publics*, 2005, S. 151, 152, E. Royer, AJDA 2006, S. 1524, A. Tessier, Dr. adm. 2004/04, S. 7.

²⁸⁶ A. Ménéménis, Dr. adm. 2006/03, S. 19 m.w.N., T. Ax, u. a., *Rechtsvergleich*, 2006, S. 90.

²⁸⁷ Ip/02/1507, Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 17.10.2002: „Europarechtswidrigkeit des CMP 2001 in elf Punkten“.

wegen Verstoß des CMP 2004 gegen die Grundfreiheiten eingeleitet²⁸⁸. Nun ist es an Frankreich, seine Verfahren – besonders in Hinblick auf die Mitteilung der Kommission zur Auslegung des Unterschwellenbereichs – europarechtskonform zu konkretisieren²⁸⁹.

Die „procédure allégée“ – eine Neuerung des CMP 2004 und ein Spezialfall der „procédure adaptée“ – gilt für Dienstleistungen, die nicht in Art. 29 CMP aufgeführt sind. Hier rechtfertigt der besondere Auftragsgegenstand Erleichterungen der Verfahrens- und Bekanntmachungspflichten wie die Anwaltsdienstleistung, die durch das Vertrauensverhältnis zu dem Mandanten geprägt und vor der Veröffentlichung zu schützen ist²⁹⁰. Die Erleichterung erwies sich jedoch als trügerisch. Die Freiheit sorgte in erster Linie für Verwirrung und Anwendungsunsicherheiten²⁹¹. Der Vorwurf der Europarechtswidrigkeit der Kommission wegen unzureichender Öffentlichkeit bezog sich unter anderem auch hierauf²⁹². Der Conseil d’Etat musste Art. 30 CMP teilweise aufheben²⁹³.

Bei einer Bauvergabe zwischen 210.000 € und 5.278.000 € kann der Ausschreibende gem. Art. 26 IV CMP 2006 nur zwischen den typisierten Vergabeverfahren des Oberschwellenbereichs frei wählen.

Der Rechtsschutz im Unterschwellenbereich gestaltet sich ebenfalls nicht streng zweispurig. Der *référé précontractuelle* findet nach einem speziellen, aber parallel zum Oberschwellenbereich ausformulierten Regime des Art. 551-2 CJA im Unterschwellenbereich Anwendung. Im Unterschwellenbereich fehlt es allerdings an einer Benachrichtigungsverpflichtung der unterlegenen Bieter über den anstehenden Vertragsschluss. Infolgedessen können die Bieter den Rechtsschutz unter Umständen nicht zeitlich effektiv ausüben. Dies wird als Problem der Rechtssicherheit und des effektiven Rechtsschutzes für die unterlegenen Bieter wahrgenommen²⁹⁴. Nichtsdestotrotz stellt sich der gestaffelte Unterschwellenbereich als Innovation dar. Die Struktur ist richtungsweisend, wenn auch noch nicht alle Probleme in der praktischen Rechtsanwendung geklärt sind. Sollte es jedoch im Unterschwellenbereich zu einer gesetzgeberischen Initiative der EU über die Ausle-

²⁸⁸ A. Tessier, *Dr. adm.* 2004/04, S. 9.

²⁸⁹ Europäische Kommission, Mitteilung vom 23.06.2006, „*Auslegungsfragen im Unterschwellenbereich*“.

²⁹⁰ D. Chabanol, *u. a.*, *Le régime juridique des marchés publics*, 2005, S. 143.

²⁹¹ „Le cadeau empoisonné fait aux acheteurs publics“: J.-D. Dreyfus, *AJDA* 2005, S. 30.

²⁹² R. Vandermeeren, in: J. Michon (Hrsg.), *Recueil marchés publics 2004/2005*, 2005, S. 17.

²⁹³ C.E., Urteil vom 23.02.2005, N° 264712, *JCP éd. adm.* 2005, 704, „*Assoc. transparence et moralité des marchés publics*“.

²⁹⁴ D. Chabanol, *u. a.*, *Le régime juridique des marchés publics*, 2005, S. 221.

gungsmitteilung der Kommission hinaus kommen²⁹⁵, wäre man in Frankreich bereits einen großen Schritt weiter als in Deutschland.

²⁹⁵ Europäische Kommission, Mitteilung vom 23.06.2006, „*Auslegungsfragen im Unterschwellenbereich*“.

Kapitel 4: Nationale Beharrungstendenzen und Steuerungsfähigkeit des europäisierten Vergaberechts

§ 1 Europäisierung und Steuerungsfähigkeit des Rechts

Die Umsetzung eines effektiven Vergaberechtsbinnenmarkts, die Beseitigung der nationalen Marktabschottung und die Förderung des Wettbewerbs im Binnenmarkt gestaltete sich von Anfang an schwierig und stellte sich vor allem als langwieriges Unterfangen heraus¹. Die starke Verrechtlichung und europäische Überformung des Rechtsgebiets provozierte in ganz Europa nationale Abwehrreaktionen. Auch wenn die Beharrungstendenzen von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich ausfielen und sich unterschiedlich stark ausgeprägt zeigten, so sind sie doch in den meisten Mitgliedstaaten als Phänomen des Vergabeumsetzungsprozesses bekannt², schon weil sich die nationalen Interessen regelmäßig von denen des europäischen Gesetzgebers unterscheiden. Das Vergaberecht befindet sich in einem Spannungsverhältnis politischer und wirtschaftlicher Interessen. Während es das Ziel der EU ist, das Vergabewesen für einen effektiven Wettbewerb zu öffnen, möchten die Mitgliedstaaten ihre Beschaffungsmärkte im Interesse der eigenen Wirtschaft gerade vor Wettbewerb von außen schützen. Dies macht sich in der Praxis durch einen ungenügenden indirekten Vollzug in den Mitgliedstaaten bemerkbar. Die Durchsetzungsbereitschaft der nationalen Behörden ist unzureichend, oder es fehlt den Akteuren in den Mitgliedstaaten schlicht an den nötigen Kenntnissen des europäisierten Vollzugsrechts³. Auch spielen die divergierenden Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten, die des Common-Law, des romanischen und des deutschen Rechtsraums, eine Rolle. Je größer die systembedingten Divergenzen zwischen der „ausführenden“ Rechtsordnung und dem Gemeinschaftsrecht sind, desto größer ist der Anpassungsdruck und in der Regel auch der Widerstand im Mitgliedstaat gegen die Umsetzung und Durchsetzung. Allerdings müssen nationale Kräfte nicht zwingend verlangsamten – sie können durchaus beschleunigend wirken. Es zeigt sich, dass die

¹ Europäische Kommission, Grünbuch vom 27.11.1996, „Zukunftsüberlegungen“, Kom(96)538, S. 9, 17, M. Schmittmann, AfP 1997, S. 460, Europäische Kommission, Report vom 03.02.2004, „Public procurement markets in the EU“, S. 2, 3 ff., Europäische Kommission, Abschlussbericht der Studie von Juli 1996, „Dismantling of Barriers“, 1.1.1.

² D. Pachnou, Public Procurement Law Review 2000, S. 70, Europäische Kommission, Grünbuch vom 27.11.1996, „Zukunftsüberlegungen“, Kom(96)538, S. 1, 7.

³ D. Pachnou, Public Procurement Law Review 2000, S. 64, 65, H. Rießmann, u. a., in: F. Ranieri (Hrsg.), Die Europäisierung der Rechtswissenschaft, 2002, S. 165, S. Roll, Zugang zu Umweltinformationen und Freedom of Information, 2003, S. 120.

Europäisierung stark vom rechtspolitischen Willen der Mitgliedstaaten abhängig ist.

Das Vergaberecht ist nur eines von zahlreichen Rechtsgebieten, in denen es zu Beharrungstendenzen als Abwehrreaktionen der staatlichen Souveränität und infolgedessen zu anhaltenden Rechtsanwendungsdefiziten gekommen ist⁴. Beharrungstendenzen treten immer dann auf, wenn Mitgliedstaaten ihre Eigeninteressen nicht zugunsten europäischer Lösungen zurückstellen wollen, beziehungsweise politisch nicht können.

Die Folge von Beharrungstendenzen sind Rechtsanwendungsdefizite. Rechtsanwendung lässt sich auf europäischer Ebene nicht nur anhand der korrekten und zügigen Umsetzung von Richtlinien bewerten, sondern auch nach der Art und Weise, wie das Gemeinschaftsrecht tatsächlich angewendet wird⁵. So droht vor allem eine faktische Wirkungslosigkeit durch einen unzureichenden Vollzug, wenn das europäisierte Recht falsch angewandt oder ganz umgangen wird.

Der Aspekt der Beharrungstendenzen hat in der nationalen Literatur bisher zu wenig Aufmerksamkeit erhalten⁶. Dabei drohen fatale Folgen. Beharrungstendenzen stellen die Funktions- und Steuerungsfähigkeit sowohl des europäischen und als auch des nationalen Rechts in Frage⁷. Europa besteht als Rechtsraum nur, solange dessen Regeln anerkannt und befolgt werden. Nur die Autorität des Rechts kann die EU letztlich als Rechtsgemeinschaft zusammenhalten⁸. Da keine Exekutive im eigentlichen Sinne besteht, ist das Gemeinschaftsrecht auf den effektiven Vollzug durch funktionierende nationale Verwaltungsrechtssysteme angewiesen⁹. In diesem Zusammenhang ist noch einmal dafür zu plädieren, dass sich das Gemeinschaftsrecht mehr für die spezifischen Auswirkungen der Europäisierung in den Mitgliedstaaten inte-

⁴ Vgl. *J.-C. Pielow*, JuS 2006, S. 694, *S. Roll*, Zugang zu Umweltinformationen und Freedom of Information, 2003, S. 14 ff., 145, *A. Willand*, u. a., NJW 2005, S. 2644, am 31.12. 2003 waren 3 927 Vertragsverletzungsverfahren anhängig; Europäisches Parlament, Bericht vom 16.02.2005, „Anwendung des Gemeinschaftsrechts“, 2005/2150(INI), S. 1.

⁵ Europäisches Parlament, Bericht vom 16.02.2005, „Anwendung des Gemeinschaftsrechts“, 2005/2150(INI), S. 3.; „Recht als Steuerungsinstrument“: *E. Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 2004, S. 18 ff., *H. P. Nehl*, in: *C. Nowak* (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, 2002, S. 139, 140.

⁶ So auch: *R. Sturm*, in: *G. F. Schuppert u. a.* (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 117.

⁷ *C. Brünner*, in: *B. Bapuly* (Hrsg.), Europäisierung durch Recht, 2005, S. 88 m.w.N. zu Literatur der Implementierungsforschung, S. 90 ff., *A. Hatje*, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 27, *E. Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 2004, S. 19, 383 ff., *F. Schoch*, JZ 1995, S. 119.

⁸ *U. Everling*, JZ 2000, S. 217, *E. Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 2004, S. 390.

⁹ *A. Hatje*, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 421, *C. D. Classen*, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 183, *G. Sydow*, DÖV 2006, 66, *S. Kadelbach*, in: *E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 223 ff.

ressieren und nationale Besonderheiten möglichst bereits im Gesetzgebungsprozess berücksichtigen sollte¹⁰. Das Vergaberecht zeigt anschaulich, dass das Gemeinschaftsrecht dem effektiven indirekten Vollzug und damit sich selbst schadet, wenn es der nationalen Systematik zu viel zumutet. Andererseits ist nicht nur das Gemeinschaftsrecht auf eine funktionsfähige nationale Gesamtsystematik angewiesen. Das nationale Recht muss die Leistungsfähigkeit des Verwaltungsrechts auch im Eigeninteresse bewahren¹¹. Selbst eine nur temporäre Störung der Funktionsfähigkeit des Systems kann weitreichende Folgen haben. Langfristig sind davon auch rein nationale Sachverhalte betroffen. Beharrungstendenzen können den Druck auf das nationale Gesamtsystem nur zeitlich befristet abwehren. Sie können den notwendigen strukturellen Anpassungsprozess verzögern, aber nicht verhindern.

§ 2 Nationale Beharrungstendenzen im Vergaberecht

Zur Veranschaulichung des Phänomens der Beharrungstendenzen werden einige zentrale Beispiele aus dem Europäisierungsprozess des Vergaberechts in Deutschland und Frankreich und ihre Folgen für die Steuerungsfähigkeit des europäisierten Vergaberechts näher erörtert. Dabei kann festgestellt werden, dass eine erste Phase der Beharrung überwunden ist. Einige spezifische Probleme stellen sich dagegen weiterhin.

I. Deutschland

1. Schleppende Richtlinienumsetzung

Sämtliche Richtlinien sind in Deutschland mit teilweise erheblichen Verspätungen umgesetzt worden. Die Dienstleistungskoordinerungsrichtlinie wurde statt zum 01.07.1993 erst durch die VOF vom 12.05.1997 als nationales Recht wirksam – nach einer Verurteilung wegen Verletzung der Pflichten aus Art. 10 EGV durch den EuGH¹². Die Umsetzung des Urteils wurde so lange hinausgezögert, dass die Kommission sich veranlasst sah, ein Verfahren auf Festsetzung eines Zwangsgeldes vor dem EuGH wegen Nichtumsetzung des Urteils anzustrengen. Anlässlich der Lieferkoordinierungsrichtlinie

¹⁰ Vgl. Kapitel 1, § 3, III. 2.

¹¹ Zur Verletzung von Art. 3 I GG, wenn Vollzugsdefizite im materiellen Recht (hier Steuerrecht) angelegt und so dem Gesetzgebung zurechenbar sind: *S. Meyer*, DÖV 2005, S. 551, 556.

¹² EuGH, Urteil vom 02.05.1996, Rs. C-253/95, Sgl.1996, I-02423, „Kommission/Deutschland“.

93/36/EWG, umzusetzen bis zum 14.06.1994, ist es ebenfalls zu einem Vertragsverletzungsverfahren wegen Nichtumsetzung gekommen¹³. Die Richtlinie wurde in Deutschland erst drei Jahre später, zum 12.05.1997, durch eine Änderung der VOL/A als nationales Recht wirksam. Die größten Probleme bereitete jedoch die Rechtsmittelrichtlinie. Diese hätte von den Mitgliedstaaten zum 21.12.1991 umgesetzt werden müssen. Deutschland wurde zwar schon im Jahre 1995 anlässlich der Umsetzung der Liefer- und der Baukoordinierungsrichtlinie durch Verdingungsordnungen zur Umsetzung subjektiver einklagbarer Rechte verurteilt¹⁴. Tatsächlich sind subjektive einklagbare Bieterrechte jedoch erst mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz vom 01.01.1999 eingeführt worden.

Bei der Umsetzung des aktuellen Richtlinienprogramms kam es ebenfalls zu einer Verspätung, wenn diese auch mit elf Monaten im Vergleich fast schon als minimal anzusehen ist. Am 30.04.2004 traten die neuen Vergaberichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG („Legislativpaket“) in Kraft, die durch die Mitgliedstaaten zum 31.01.2006 hätten umgesetzt werden müssen. Die Richtlinienvorgaben wurden im Rahmen des bestehenden Kaskadensystems von GWB, der Vergabeverordnung und den Verdingungsordnungen umgesetzt. Die Außenwirksamkeit der neuen Verdingungsordnungen VOB/A, VOL/A und VOF¹⁵ trat schließlich mit der neuen VgV zum 01.11.2006 in Kraft¹⁶. Allerdings sind die gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen diesmal ernst genommen worden. Im Januar 2006 wurde auf die unmittelbare Wirksamkeit der zwingenden Vorgaben der Richtlinie zum 01.01.2006 durch ein ministerielles Rundschreiben hingewiesen¹⁷. Die Richtlinienvorgaben sind zudem im nachfolgenden Umsetzungsprozess des „Sofortpakets“ nahezu wortgleich übernommen worden, um möglichst rechtssicher umzusetzen¹⁸. Nachdem die Bundesregierung die Umsetzung der Richtlinien in nationales Recht gemeldet hatte, stellte die Kommission die drei bereits eingeleiteten

¹³ EuGH, Urteil vom 16.12.1997, Rs. C-341/96, Sgl.1997, I-07271, „Lieferkoordinierungsrichtlinie“.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 11.08.1995, Rs. C-433/93, Slg.1995, I-2303, „Kommission/Deutschland“, M. Schmittmann, AfP 1997, S. 460.

¹⁵ Bundesregierung, Sofortpaket zur Anpassung der VOB/A vom 20.03.2006, Bundesregierung, Sofortpaket zur Anpassung der VOL/A vom 06.04.2006, Bundesregierung, Sofortpaket zur Umsetzung der VOF/A vom 13.05.2006.

¹⁶ DSTGB, Newsletters „Vergabe“, 10/2006.

¹⁷ BMWi, Rundschreiben vom 26.01.2006, „Direktwirkung des Legislativpakets“; die deutsche Spruchpraxis hat die unmittelbare Wirkung bestätigt: VK Arnsberg, Beschluss vom 21.02.2006, VK 29/05, IBR 2006, 1341, Reichweite nur teilweise strittig, wie die Fortwirkung der Schwellenwerte des alten § 2 VgV: R. Weyand, Kommentar Vergaberecht, 2006, § 2 VgV, Rn. 1996.

¹⁸ DSTGB, Newsletter „Vergabe“, 01/2007.

Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland ein¹⁹.

Ursprünglich sollte die Umsetzung des Legislativpakets in Deutschland zum Anlass genommen werden, das Vergaberecht umfassend zu reformieren, vor allem zu vereinfachen und zu verschlanken²⁰. Diese umfassende Reform aber musste wegen der vorgezogenen Bundestagswahl im September 2005 sowie wesentlicher politischer Differenzen zwischen den politischen Akteuren und der starken Lobby der Wirtschaft – vor allem des Baugewerbes – verschoben werden²¹. Die Reform des Vergaberechts steht also noch aus. Mit Beschluss der Bundesregierung vom 28.06.2006 und einer Sitzung des Bundesrats am 22.09.2006 ist die zweite Stufe der Vergaberechtsreform mit dem erklärten Ziel der Verschlinkung des Vorschriftenwerks und der Vereinfachung und Modernisierung offiziell eröffnet worden²². Es existiert nun ein erster Gesetzesentwurf, welcher sich derzeit in der Ressortabstimmung befindet²³. Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten. Die Verhandlungen aus dem Jahre 2005 haben aber gezeigt, dass die Kompromissfindung zwischen den unterschiedlichen Auftraggeber- und Auftragnehmerinteressen außerordentlich schwierig ist. Deutschland wird sich wohl weiterhin schwer tun mit der Reform des Rechtsgebiets. Schon jetzt ist klar, dass es kein einheitliches Vergabegesetzbuch geben wird. Selbst die Abschaffung der dritten Kaskade der Verdingungsverordnungen ist politisch nicht durchsetzbar²⁴.

2. Einführung eines effektiven Individualrechtsschutzes

Die größten Probleme bereiteten die Rechtsmittelrichtlinien, die ein neuartiges Rechtsschutzsystem mit sich brachten und „eine jahrzehntealte deutsche Tradition beendeten“²⁵. Die Rechtsmittelrichtlinien basieren auf der Erkenntnis, dass den erheblichen Anwendungsdefiziten der materiellen Vergaberichtlinien im Basis- und im Sektorenbereich nur durch eine wirksame de-

¹⁹ Ip/06/1786, Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 13.12.2006, „Einstellung Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland“.

²⁰ R. Kratzenberg, NZBau 2004, S. 143–144, F. Marx, in: H. Pünder u. a. (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, 2005, S. 23.

²¹ Die starke Lobby des Baugewerbes hat unter anderem den Kompetenzverlust der Verdingungsausschüsse im Zuge einer einheitlichen Verdingungsverordnung verhindern können.

²² Bundesregierung, Beschluss vom 28.06.2006, „Schwerpunkte zur Vereinfachung des Vergaberechts im bestehenden System“.

²³ Newsletter Vergabe des DStGB, Ausgabe 01/2007.

²⁴ K. Pukall, VergabeR 2006, S. 590, F. Marx, in: H. Pünder u. a. (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, 2005, S. 26.

²⁵ V. Nessler, Handelsblatt vom 06.01.1999, „Europäische Rechtskultur beendet jahrzehntealte deutsche Traditionen“, S. 7.

zentrale Kontrolle auf nationaler Ebene begegnet werden kann²⁶.

Für die Einführung nationaler Rechtsschutzbehelfe benötigte der deutsche Gesetzgeber drei Anläufe. Zunächst versuchte man im Rahmen der sogenannten „Integrationslösung“²⁷, die EG-Richtlinien per verwaltungsinterner Dienststanweisung im Haushaltsrecht umzusetzen – oder vielmehr möglichst nicht umzusetzen. Für öffentliche Auftraggeber bestand gemäß § 55 BHO und den gleichlautenden Normen im Landes- und Kommunalrecht weiterhin nur die verwaltungsinnenrechtliche Pflicht zur Anwendbarkeit der Verdingungsordnungen, auf die sich betroffene Bieter im Rahmen eines Primärrechtsschutzes nicht berufen konnten²⁸. Diese Art der verwaltungsinternen Umsetzung war schon in Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH zur TA Luft aus dem Jahre 1991 unhaltbar²⁹. Zum 01.01.1994 trat deshalb die sogenannte „haushaltsrechtliche Lösung“ in Kraft, die ihren Namen der Verankerung in den §§ 57 a–c HGRG und dem darin zum Ausdruck kommenden Wunsch nach Beibehaltung der haushaltsrechtlichen Sicht des Vergabewesens verdankt. Mit Wirkung zum 01.03.1994 trat zwar zusätzlich eine gesetzliche Vergabeverordnung in Kraft, um über einen Verweis die Außenwirksamkeit der Verdingungsverordnungen herzustellen³⁰. Wieder führte der Gesetzgeber aber bewusst keine subjektiven Rechte der Verfahrensteilnehmer ein³¹. So verwundert die heftige Kritik durch weite Teile der Literatur und der Kommission nicht, die am 31.10.1995 ein Verfahren wegen unzureichender Umsetzung einleitete³². Schließlich erkannten sogar erste deutsche Gerichte subjektive Ansprüche mit Verweis auf die mangelhafte Umsetzung der Rechtsschutzrichtlinie an³³. Ab Mitte der 1990er Jahre nahm obendrein die wirtschaftliche Isolation Deutschlands zu³⁴. Nicht zuletzt die Androhung von Handelssanktionen der US-Regierung bewirkte schließlich, dass die Ein-

²⁶ Europäischer Rat, Rechtsmittel-RL vom 21.12.1989, 89/665/EWG, Erwägungsgründe.

²⁷ U. Immenga, u. a., Kommentar zum GWB, 2001, Vorb. 97 GWB, Rn. 56, J. Gündisch, in: J. Schwarze (Hrsg.), Das öffentliche Auftragswesen in der EG, 1996, S. 67 ff.

²⁸ R. Stober, Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1993, S. 266, 267, S. Broß, ZWeR 2003, S. 271.

²⁹ EuGH, Urteil vom 30.05.1991, Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567, „Luftreinhaltungsrichtlinie“.

³⁰ Im Einzelnen zur damaligen Rechtslage: M. Schenk, Das neue Vergaberecht, 2001, S. 179–186, J. Gündisch, in: J. Schwarze (Hrsg.), Das öffentliche Auftragswesen in der EG, 1996, S. 67 ff.

³¹ Amtliche Gesetzesbegründung vom 25.3.1993, „Haushaltsrechtliche Lösung“, Bt-Drs.12/4636, S. 12.

³² S. Hertiwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 17.

³³ LG Hannover, Urteil vom 17.04.1997, 21 O 38/97, WuW 1997, 737, IBR 1997, 353, VG Regensburg, Beschluss vom 22.09.1997, RN 13 E 97.01681.

³⁴ Handelsblatt vom 18.03.1997: „Pläne für neues Vergaberecht begeistern nur teilweise“, S. 6.

führung subjektiver Bieterrechte beschlossen wurde³⁵. Nach langwierigen Kontroversen und einem Vermittlungsverfahren verabschiedeten Bundesrat und Bundestag am 29.5.1998 das Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG), welches zum 01.01.1999 in Kraft getreten ist³⁶. Erst das Vergaberechtsänderungsgesetz bewirkte – mehr als sieben Jahre zu spät – einen effektiven Primärrechtsschutz im Oberschwellenbereich.

3. Umgehungsversuche

Die strengen Vorgaben des Gemeinschaftsvergaberechts haben von Beginn an Anreize zur Umgehung des Rechtsregimes gesetzt. Seit der Einführung der effektiven dezentralen Kontrolle mit dem VgRÄG im Jahre 1999 ist die Reichweite von Anwendungsbereichsausnahmen vom Vergaberechtsregime deshalb ein Dauerbrenner. In gewisser Weise findet ein Wettlauf um das Auffinden und Schließen von Lücken im Anwendungsbereich zwischen der Europäischen Union und der Rechtspraxis in den Mitgliedstaaten statt. Aktuell wird in Deutschland um die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden in privater Rechtsform unter dem Stichwort der „Flucht ins Privatrecht“ gestritten³⁷. Die Liberalisierungs- und Wettbewerbsvorgaben der Europäischen Union werden als eine Aushöhlung der kommunalen Selbstverwaltung angeprangert und hart kritisiert³⁸. Noch ist unklar, inwieweit die interkommunale Zusammenarbeit tatsächlich dem Vergaberechtsregime unterliegt³⁹. Zumindest teilweise müssen sich die Gemeinden jedoch auf eine Öffnung einstellen.

³⁵ Gesetzesbegründung vom 03.12.1997, „RegE-VgRÄG“, Bt-Drs.13/9340, Anhang 3, zu Nr. 1, *K. Schneevogl, u. a.*, NVwZ 1998, S. 1242, *M. Schenk*, Das neue Vergaberecht, 2001, S. 26.

³⁶ Einzelheiten zum Gesetzgebungsverfahren: *M. Schmittmann*, AfP 1997, S. 460 ff.

³⁷ Weiterführend zur Vereinbarkeit der Wirtschaftlichkeit und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung: *G. Gaentzsch*, DÖV 1998, S. 952 ff.

³⁸ Die „kommunale Selbstverwaltung werde an die Kette gelegt“ in: *M. Scheerer*, Handelsblatt vom 21.04.2006, „Brüssel verlangt mehr Transparenz“. Auf Druck der deutschen kommunalen Spitzenverbände formieren sich mittlerweile Abwehrgeschwader vor Ort in Brüssel: *M. Scheerer*, Handelsblatt vom 13.11.2006, „Großkoalitionäre im kleinen Brüssel“, S. 10, *M. Scheerer*, Handelsblatt vom 26.10.2006, „Kommunen gegen Vergaberegeln“, S. 7; vgl. auch: DSTGB, Newsletter „Vergabe“, 11-12/2006, *W. Heiermann*, Praxiskommentar Vergaberecht, 2005, § 99 GWB, Rn. 25 ff., *J. Müller*, VergabeR 2005, S. 436, *S. Hobe, u. a.*, Europarechtliche Einflüsse auf das Recht der kommunalen Selbstverwaltung 2004, S. 19, 129–153.

³⁹ *O. Hattig, u. a.*, VergabeR 2005, S. 425 ff., *A. Guckelberger*, NVwZ 2006, S. 181, *F. L. Hausmann*, in: *H. Pünder u. a.* (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, 2005, S. 83, *J. Byok* in: ders. (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2005, Rn. 27–28, 31, *T. Bergmann, u. a.*, NVwZ 2006, S. 497 ff., *J. Müller*, VergabeR 2005, S. 436 ff. m.w.N.; zur heterogenen Rspr. aus neuerer Zeit: OLG Naumburg, Beschluss vom 02.03.2006, 1 Verg 1/06, IBR 2007, 215, „Interkommunale Zusammenarbeit-II“, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.05.2004, Verg 78/03, IBR 2004, 1157, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.06.2006, VII-Verg 17/06, „Interkommunale Zusammenarbeit“.

Die Bildung von Public Private Partnership und staatlicher, gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen mit privater Beteiligung ist ebenfalls durch die Umgehungsmöglichkeiten des Vergaberechts motiviert gewesen⁴⁰. Sowohl Privatisierungen als auch die Auftragsvergabe durch privatisierte Unternehmen unterliegen jedoch mittlerweile dem Vergaberecht. Konnten sich Investoren lange im Rahmen von In-house-Vergaben⁴¹ durch staatliche, vor allem kommunale Partner vom Vergaberechtsregime befreien⁴², ist auch diese Anwendungslücke nun weitgehend geschlossen worden. In dem aufsehenerregenden Urteil „Stadt-Halle“ entschied der EuGH im Jahre 2005, dass selbst Vergaben an mehrheitlich gehaltene Unternehmen regelmäßig ausgeschrieben werden müssen⁴³. Eine Kommune kann einen öffentlichen Auftrag nur noch direkt an ein Unternehmen vergeben, dessen Anteile sie innehat und unter der Bedingung, dass das Unternehmen nicht selbstständig am Markt auftritt, sondern hauptsächlich für die Kommune tätig wird⁴⁴. Entsprechend wird sich die Bedeutung der PPP reduzieren.

Neben der „Flucht ins Privatrecht“ war in der Praxis die sogenannte „Flucht in die Aufhebung“ lange populär, um die Zuschlagsentscheidung an einen unliebsamen Bieter zu verhindern⁴⁵. Hier wirkte die Spruchpraxis des EuGH ebenfalls entgegen⁴⁶, indem sie die Möglichkeit des Rechtsschutzes gegen die Aufhebungsentscheidung im nationalen Rechtsschutz anerkannte⁴⁷.

In neuerer Zeit sind vermehrt Urteile des EuGH wegen De-facto-Vergaben ergangen. Einige Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland sind auch noch anhängig⁴⁸. De-facto-Vergaben sind Vergaben, die unter der vollständi-

⁴⁰ Weiterführend: *V. Wagner, u. a.*, Betriebs Berater 2004, S. 1577 ff.

⁴¹ Unter einem Inhouse-Geschäft wird die Leistungserbringung innerhalb einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder mit einem eng verbundenen Auftragnehmer verstanden, das nicht den Regelungen des Vergaberechts unterworfen ist: *T. Bergmann*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge und das In-house-Geschäft, 2005.

⁴² *C. Zeiss*, DÖV 2005, S. 819, 822; ähnlich motiviert ist die Holding- und Konzernbildung: *O. Hattig, u. a.*, VergabeR 2005, S. 425, *U. Immenga, u. a.*, Kommentar zum GWB, 2001, § 98 GWB, Rn. 25.

⁴³ Die Stadt Halle war zu 75,1% und ein privates Unternehmen zu 24,9% beteiligt: EuGH, Urteil vom 11.01.2005, Rs. C-26/03, Sgl. 2005, I-00001, „*Trea Leuna gegen Stadt Halle*“, Rn. 52, *S. Storr*, WuW 2005, S. 400 ff., *R. Vetter, u. a.*, EuZW 2005, S. 589 ff.

⁴⁴ EuGH, Urteil vom 11.01.2005, Rs. C-26/03, Sgl. 2005, I-00001, „*Trea Leuna gegen Stadt Halle*“, Rn. 52; bestätigt durch: EuGH, Urteil vom 11.05.2006, Rs. C-340/04, Sgl. 2006, I-04137, „*Carbotermo*“, Rn. 36 ff., EuGH, Urteil vom 18.04.2007, Rs. C-295/05, n. veröffentlicht.

⁴⁵ *O. Weihrauch*, BauR 2003, S. 56, *A. Boesen*, in: FS Thode, 2005, S. 393.

⁴⁶ EuGH, Urteil vom 02.06.2005, Rs. C-15/04, Sgl. 2005, I-04855, „*Koppensteiner*“, EuGH, Urteil vom 18.06.2002, Rs. C-92/00, Sgl. 2002, I-05553, „*HI-II*“.

⁴⁷ *M. Knauff*, Dispositionsfreiheiten öffentlicher Auftraggeber, 2004, S. 102, *A. Boesen*, in: FS Thode, 2005, S. 388 ff., ausführlich: Kapitel 5, § 3, III. 1. a).

⁴⁸ *Ip/06/1375*, Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 12.10.2006, „*Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland*“, *Ip/06/1784*, Europäische Kommission, Pressemitteilung

gen Umgehung des Vergaberechtsregimes, insbesondere der Veröffentlichungsverpflichtung, zustande kommen. Allein in 2006 bearbeitete die Binnenmarktbehörde rund 50 Vertragsverletzungsverfahren wegen Verstößen deutscher Kommunen gegen die EU-weite Ausschreibungspflicht⁴⁹. Auch die europäischen Statistiken (Eurostat) zum Bekanntmachungsgrad im Auftragswesen der Mitgliedstaaten zeugen davon. Ausgehend von einem Vergleichswert der EU 15 im Zeitraum des Jahres 2000 bis 2003, konnte Deutschland im ersten Untersuchungsjahr 2000 lediglich ein Drittel des Durchschnittswerts erreichen. Doch auch noch im letzten Jahr der Untersuchung 2003 weist Deutschland weniger als die Hälfte des Prozentsatzes im Verhältnis zu Frankreich auf. Frankreich liegt dagegen ab dem Jahr 2001 jeweils sogar knapp über dem Durchschnittswert der EU 15⁵⁰. Zwar können Zahlen der Veröffentlichung nur Indizien für die Öffnung des Marktes sein. Ohne Ausschreibung ist jedoch schon von vornherein kein Wettbewerb in einem offenen Vergaberechtsbinnenmarkt möglich.

Komplexe Umgehungs- und Lenkungsversuche werden auch im Wege „vergabefremder Aspekte“ oder „Sekundärzwecke“⁵¹ betrieben, die nicht unmittelbar der Beschaffung dienen⁵². Das Vergaberecht verfolgt seit jeher politische Zwecke⁵³. Mit Beginn der Öffnung des Binnenmarkts konnte die Instrumentarisierung aus persönlichen, kommunalen oder nationalen Interessen jedoch nur noch unter dem Deckmantel von Schutzbedürfnissen – als vergabefremde Zwecke – weiter betrieben werden⁵⁴. Europa, in erster Linie der EuGH, hat den vergabefremden Zwecken deshalb den Kampf angesagt, um

vom 13.12.2006, „Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland“, Ip/05/949, Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 15.07.2005, „Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland und Frankreich“, EuGH, Urteil vom 11.01.2005, Rs. C-26/03, Sgl. 2005, I-00001, „Trea Leuna gegen Stadt Halle“.

⁴⁹ Die Vergabepaxis der deutschen Kommunen gilt in Brüssel allgemein als besonders intransparent: M. Scheerer, Handelsblatt vom 21.04.2006, „Brüssel verlangt mehr Transparenz“.

⁵⁰ Auszug des Eurostat-Archivs vom 16.11.2005.

⁵¹ Begriff nach: C. Benedict, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 2000, S. 17.

⁵² U. Immenga, u. a., Kommentar zum GWB, 2001, § 97 GWB, Rn. 3, H. Ingenstau, u. a., VOB A/B, 2004, Allg. Grundlagen, Rn. 27–29, A. Losch, EuR 40 (2005), S. 231, M. Dreher, EuZW 1998, S. 197.

⁵³ „Instrumentalfunktion“: F. Sterner, Rechtsbindungen und Rechtsschutz, 1996, S. 32, M. Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, 1988, 25, Kap. 4, S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 5–9, „Mittel der Globalsteuerung der Volkswirtschaft und der Einzelsteuerung“: M. Kraft-Lehmer, Subjektive Rechte und Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2002, S. 11–16.

⁵⁴ Ausführliche Untersuchungen zu Sekundärzwecke wie Regional-, Konjunktur-, Mittelstandsförderung, Bekämpfung der Arbeitslosigkeit u. a. im Rahmen des § 97 IV HlBs. 2 GWB: C. Benedict, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 2000, S. 19, 35 ff., M. Kling, Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 2000, S. 139 ff., H. Munsberg, SZ vom 13/14.05.1995, „Hausaufgaben nicht gemacht“, S. 29.

dadurch bedingte Diskriminierungen zu verhindern⁵⁵. So steht die deutsche Praxis des Oberschwellenbereichs vergabefremder Aspekte im Verdacht der Europarechtswidrigkeit. Rechtlich stellt sich die Frage, wie eng der Wirtschaftlichkeitsbegriff des § 97 V GWB zu ziehen ist⁵⁶. Dabei sind vergabefremde Zwecke nicht zwingend negativ zu beurteilen, sondern teilweise sogar notwendig, um einen Ausgleich zwischen Verteilungsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit herzustellen⁵⁷. Insoweit ist es gerechtfertigt, dass nun im ersten Erwägungsgrund der aktuellen KoordinierungsRL des Legislativpakets eine offene Formulierung Eingang gefunden hat, die – anknüpfend an einschlägige Rechtsprechung des EuGH⁵⁸ und Mitteilungen der Kommission⁵⁹ – ökologische und soziale Zuschlagskriterien zulässt⁶⁰. Darüber hinaus sind über den Erwägungsgrund 33 der KoordinierungsRL weitere Öffnungen für vergabefremde Aspekte wie die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen und Behinderter zu erwarten. So begrüßenswert die Verfolgung solcher Ziele für sich betrachtet sein mag, besteht damit jedoch immer die Gefahr, Manipulationen Tor und Tür zu öffnen⁶¹.

4. Die Einaktigkeit als traditionelle Besonderheit

Die Einaktigkeit stellt eine Besonderheit des deutschen Ausschreibungsverfahrens dar. Danach fällt der Zuschlag – die Entscheidung der Vergabestelle über den bestplatzierten Bieter – mit dem Vertragsabschluss zusammen⁶². Die Entscheidung der Behörde ist kein eigenständiger Akt mit Außenrechtswirkung und damit nicht angreifbar. Erst dem Vertragsabschluss kommt eine

⁵⁵ Insbes. EuGH, Urteil vom 20.09.1988, Rs. I-4635, Slg. 1988, 4635, „Beentjes“, K. Fischer, EuZW 2004, S. 492 ff., M. Kling, Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 2000, S. 141–156, M. Schenk, Das neue Vergaberecht, 2001, S. 58 ff., weitere Urteile: H.-J. Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 2005, S. 279–288.

⁵⁶ K. Fischer, EuZW 2004, S. 496, M. Opitz, NZBau 2001, S. 14.

⁵⁷ Anregend zur parallelen Diskussion im amerikanischen Vergaberecht: G. Thüsing, Handelsblatt vom 09.11.2006, „Nicht alles, was geht, ist auch gut“, S. 14.

⁵⁸ EuGH, Urteil vom 04.12.2003, Rs. C-448/01, Sgl. 2003, I-14527, „EVN und Wienstrom“, NZBau 2004, 105, EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99, Sgl. 2002, I-07213, „Concordia Bus“, NZBau 2002, 618, EuGH, Urteil vom 26.09.2000, Rs. C-225/98, Slg. 2000, I-7471, „Kommission/Frankreich“, NZBau 2000, 584, P. F. Bultmann, ZfBR 2004, S. 134 ff.

⁵⁹ Europäische Kommission, Mitteilung vom 04.07.2001, „Auslegung Vergaberecht und Umweltbelange“, Kom(2001)274, Europäische Kommission, Mitteilung vom 15.10.2001, „Auslegung Vergaberecht und soziale Belange“, Kom(2001)566.

⁶⁰ H.-J. Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 2005, S. 276, P. Steinberg, EuZW 2004, S. 76, 78.

⁶¹ Kritisch zu dieser Entwicklung der „Politisierung“ des Vergaberechts auch: S. Rechten, NZBau 2004, S. 369; ähnlich: U. Preis, u. a., NJW 2007, S. 465 ff.

⁶² I. Seidel, in: M. A. Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 2006, H. IV., Rn. 8.

Außenrechtswirkung zu⁶³. Die Konstruktion ist eine traditionelle Besonderheit des deutschsprachigen Rechtsraums und steht im Gegensatz zur eigenständigen Anfechtbarkeit der Bieterauswahlentscheidung in den meisten anderen Mitgliedstaaten auf der Grundlage der Lehre vom abtrennbaren Verwaltungsakt⁶⁴. Die Einaktigkeit war im Laufe des Europäisierungsprozesses hart umkämpft, aber wurde trotz der damit verbundenen Nachteile für die Umsetzung eines effektiven Rechtsschutzes bis heute beibehalten⁶⁵. Es stellt sich deshalb die Frage, warum an dieser Konstruktion so hartnäckig festgehalten wird und wie es um die Konstruktion mittlerweile steht.

Die europäische Rechtsschutzrichtlinie unterscheidet in Art. 2 VI ausdrücklich zwischen dem Zuschlag und dem zeitlich nachfolgenden Vertragsschluss. Sie sieht vor, den Rechtsschutz erst nach dem Vertragsschluss auf die Zuerkennung von Schadensersatz zu beschränken. Außerdem stellte der EuGH im Grundsatzurteil „Alcatel Austria“ im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens zu Vorlagefragen des österreichischen Vergaberechts die Unvereinbarkeit der nationalen einaktigen Rechtslage mit den Anforderungen der Rechtsmittelrichtlinie fest⁶⁶. Generalanwalt *Mischo* betonte in diesem Verfahren, dass die praktische Wirksamkeit nicht durch die nationale Konstruktion in Frage gestellt werden dürfe⁶⁷. Infolgedessen ist die Einstufigkeit im österreichischen Recht im Jahre 2005 schließlich aufgegeben worden⁶⁸. Seitdem gibt es das einaktige Vergabeverfahren nur noch in Deutschland. Hier fand die Rechtsprechung über eine Fristenregelung, heute kodifiziert in § 13 VgV, einen Weg heraus aus der offensichtlichen Europarechtswidrigkeit. Die unterlegenen Bieter müssen zwei Wochen vor dem geplanten Zuschlag von ihrer unterlegenen Stellung im Verfahren benachrichtigt werden, damit sie gegen die Entscheidung einen Nachprüfungsantrag stellen können. Diese Informationsverpflichtung kommt zusammen mit dem automatischen Suspensiveffekt nach § 115 I GWB den Anforderungen des Alcatel-Urteils

⁶³ *I. Brinker*, in: J. Schwarze (Hrsg.), *Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts*, 2000, S. 97, *K. Hailbronner*, NZBau 2006, S., S. 19.

⁶⁴ Die „*Théorie de l'acte détachable*“ diente als Modell für zahlreiche MS: *I. Seidel*, in: M. A. Daus (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 2006, H. IV., Rn. 8, 9, *J. M. Peyrical*, Dr. adm. 2000/04, S. 6, 7.

⁶⁵ „Konstruktionsfehler“: *T. Waldner*, *Bieterschutz im Vergaberecht unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben*, 2000, S. 204 ff., *W. Müller-Stoy*, IBR 2006, S. 40.

⁶⁶ „Die Richtlinie 89/665/EWG ist dahingehend auszulegen, dass die dem Vertragsschluss vorausgehende Entscheidung ein öffentlich-rechtlicher Akt ist und in jedem Fall einem Nachprüfverfahren zugänglich gemacht werden muss. Die bloße Möglichkeit, nach Vertragsschluss Schadensersatz zu erlangen, genügt der Richtlinie nicht“: EuGH, Urteil vom 28.10.1999, Rs. C-81/98, Slg 1999, I-7671, „*Alcatel Austria*“, Rn. 48.

⁶⁷ Generalanwalt *Mischo*, Schlussanträge vom 10.06.1999, Rs. C-81/98, Sgl. 1999, I-7671, „*Alcatel Austria*“, Rn. 30 ff., 36, 37.

⁶⁸ *H. Franke, u. a.*, *vergabeR* 2006, S. 448, 449.

im Ergebnis sehr nahe. Dennoch begrenzt die Einaktigkeit die zeitliche Möglichkeit des Primärrechtsschutzes auf das Ende des Ausschreibungsverfahrens durch Zuschlag, obwohl erst dem Vertragsschluss eine Außenrechtswirkung zukommt⁶⁹. Außerdem ist die Anwendbarkeit des § 13 VgV auf Defacto-Vergaben umstritten. Die noch herrschende Auffassung im Schrifttum verneint diese mit der Begründung, § 13 VgV spreche nur von „Bietern“; setze also ein Vergabeverfahren voraus und sei weder unmittelbar, noch analog, noch in richtlinien- bzw. verfassungskonformer Auslegung auf Vergaben ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens anwendbar⁷⁰.

Das Festhalten an der Konstruktion der Einaktigkeit muss als Beharrungstendenz gewertet werden. Ein Streit nur um des Prinzips willen mag nicht überzeugen. Die Einstufigkeit verschleiert die tatsächliche Eigenständigkeit der vorangegangenen Auswahlentscheidung und vermindert so deren Bedeutung⁷¹. Letztlich bewahrt die Einaktigkeit den Entscheidungsprozess so weit wie möglich vor einer vollständigen Öffnung – vor Wettbewerb, Transparenz und Kontrolle. Mit der Anerkennung der Zweistufentheorie durch das OVG Koblenz im Jahre 2005 schien die Einaktigkeit zwischenzeitlich stark ins Wanken geraten. Seitdem ist die Diskussion auf nationaler Ebene auch nicht mehr abgebrochen⁷². Nun hat allerdings das Bundesverwaltungsgericht der Zweistufentheorie eine Absage erteilt und die traditionelle Besonderheit der Einaktigkeit des Verfahrens gestärkt⁷³. Entscheidend ist damit, ob die deutsche Konstruktion der Einaktigkeit mithilfe der Bekanntmachungspflicht europarechtswidrig ist⁷⁴. Dies wäre der Fall, wenn sich aus der Konstruktion indirekte Diskriminierungen ergäben oder die praktische Wirksamkeit der

⁶⁹ A. Martin-Ehlers, EuZW 2000, S. 102, 105, S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 116, D. Triantafyllou, NVwZ 1994, S. 946, vgl. einen Fall aus der Praxis: VK Ba-Wü, Beschluss vom 24.03.2004, 1 VK 14/04.

⁷⁰ K. Heuvels, u. a., NZBau 2001, S. 479 ff., C. Antweiler, VergabeR 2004, S. 110, E. Putzier, DÖV 2002, S. 519, W. Wegmann, NZBau 2001, S. 478, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.12.2003, Verg 37/03, IBR 2004, 86.

⁷¹ Zuschlagserteilung als eigenständige Verteilungsentscheidung: P. M. Huber, JZ 2000, S. 877, N.-J. Grundmann, Zweiteilung, 2004, S. 107.

⁷² Vgl. B. Malmendier, DVBl 2000, S. 964, 969, G. Hermes, JZ 1997, S. 915, O. Wittig, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 1999, S. 98–100 m.w.N., In der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung scheint sich die Zweistufenlehre mehr und mehr durchzusetzen: W. Müller-Stoy, IBR 2006, S. 40, siehe auch das obiter dictum der Entscheidung des: OVG NRW, Beschluss vom 20.09.2005, 15 E 118805, IBR 2006, 39, NZBau 2006, 67, vgl. Kapitel 3, § 3, I. 2 b) Zuordnung Rechtsgebiet.

⁷³ BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007, 6 B 10.07, IBR 2007, 385, J. Ennuschat, u. a., NJW 2007, S. 2224, J. Ennuschat, u. a., NJW 2007, S. 2224.

⁷⁴ Für die Europarechtswidrigkeit: A. Martin-Ehlers, EuZW 2000, S. 102, 105, O. Wittig, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 1999, S. 98, M. Burgi, NVwZ 2007, S. 737 ff., F. O. Kopp, BayVbl 1980, S. 20, D. Triantafyllou, NVwZ 1994, S. 946; für die Europarechtmäßigkeit: I. Brinker, in: J. Schwarze (Hrsg.), Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 2000, S. 107.

Richtlinien des Gemeinschaftsvergaberechts nicht gewährleistet wäre. Tatsächlich würde die Effektivität des Rechtsschutzes mit der Trennung des Zuschlags vom Vertragsschluss jedenfalls für die denkbare Rechtsschutzlücke zwischen Eingang und Zustellung des Zuschlags und die De-facto-Vergaben ansteigen⁷⁵. Es kann deshalb gezweifelt werden, ob sich die traditionelle Sonderstellung auf lange Sicht hinhalten kann. Es wäre nicht die erste Verurteilung Deutschlands mit der Begründung, dass „ein Mitgliedstaat sich nicht auf Bestimmungen, Übungen oder Umstände seiner internen Rechtsordnung berufen kann, um die Nichteinhaltung der in einer Richtlinie festgelegten Verpflichtungen zu rechtfertigen“⁷⁶. Ein erster Schritt in diese Richtung wurde mit dem Kopenstein-Urteil getan. Bisher hat man die Änderung der Systematik vor allem deshalb nicht für europarechtlich geboten angesehen, weil der EuGH im Zusammenhang mit der Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 2 RechtsschutzRL die Publizitätswirkung der Vergabeentscheidung verneint hatte⁷⁷. Im Kopenstein-Urteil von 2005 änderte der EuGH nun seine bisherige Rechtsprechung und stellte die unmittelbare Anwendbarkeit der Rechtsmittelrichtlinie fest⁷⁸.

5. Die Zweispurigkeit

Das deutsche Vergaberecht ist formal und inhaltlich zweispurig ausgestaltet. Das VgRÄG als vierter Teil des GWB findet nur Anwendung auf Aufträge, deren geschätzter Auftragswert unter den Anwendungsbereich der Koordinierungsrichtlinien fällt. Der Weg der Zweispurigkeit wurde bewusst gewählt, um „zu retten, was von der traditionellen Sichtweise zu retten ist“⁷⁹ und „um durch die kleinstmögliche Umsetzung die allergrößten Nachteile für das nationale Rechtsgebiet zu verhindern“⁸⁰. Die Zweispurigkeit eines Rechtsgebiets erlaubt die größtmögliche Abschottung des nationalen Rechts gegen die Europäisierung, denn sie vermag den Prozess der Neustrukturierung eines

⁷⁵ A. Martin-Ehlers, EuZW 2000, S. 102, 105, S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 116, vgl. beispielsweise: VK Ba-Wü, Beschluss vom 24.03.2004, 1 VK 14/04.

⁷⁶ EuGH, Urteil vom 10.07.1990, Rs. C-217/88, Slg 1990, I- 2879, „Tafelwein“, Lts. 2, Rn. 16 ff., EuGH, Urteil vom 02.05.1996, Rs. C-253/95, Sgl.1996, I-02423, „Kommission/Deutschland“, Rn. 12, noch deutlicher: „Die Bundesrepublik Deutschland kann sich nicht darauf berufen, dass das öffentliche Auftragswesen nach ihrer Rechtsordnung anders als in anderen Mitgliedstaaten zivilrechtliche Grundzüge aufweist“: Generalanwalt Trstenjak, Schlussanträge vom 28.03.2007, Rs. C-503/04, n. veröffentl., „Bockhorn und Braunschweig-II“; Rn. 73.

⁷⁷ I. Brinker, in: J. Schwarze (Hrsg.), Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 2000, S. 107.

⁷⁸ EuGH, Urteil vom 02.06.2005, Rs. C-15/04, Sgl. 2005, I-04855, „Kopensteiner“, Rn. 36.

⁷⁹ P. M. Huber, JZ 2000, S. 877.

⁸⁰ Amtliche Gesetzesbegründung vom 25.3.1993, „Haushaltsrechtliche Lösung“, Bt-Drs.12/463, S. 1.

stimmigen nationalen Gesamtsystems zumindest zu verlangsamen⁸¹. Ganz verhindern kann sie die Eingliederung neuer Elemente allerdings nicht. So ist es nichtsdestotrotz im Vergaberecht zu Durchbrechungen und Spill-over-Effekten gekommen⁸². Der Primärrechtsschutz – ehemals das Charakteristikum der Zweispurigkeit überhaupt – ist zunehmend auch für den Unterschwellenbereich anerkannt⁸³. Die Qualifizierung des Haushaltsrechts als Innenrecht der Verwaltung ist ins Wanken geraten⁸⁴. Die beharrnde Wirkung der bestehenden Zweispurigkeit ist allerdings trotz dieser Lockerungen nicht zu unterschätzen.

6. Bewertung der Beharrungstendenzen

Die Beharrungstendenzen im deutschen Vergaberecht sind unbestritten. Sie zeichnen den Europäisierungsprozess geradezu als Konstante aus⁸⁵. Das Vergaberecht stellt damit ein besonders plastisches Beispiel für Beharrungstendenzen im indirekten Vollzug dar, wenn nicht gar das Paradebeispiel im negativen Sinne überhaupt.

Die Gründe für die Beharrungstendenzen sind in erster Linie bereichsspezifischer, aber auch von bereichsübergreifender – für den Europäisierungsprozess nationaler Rechtsgebiete typischer Art. Mit den zeitlichen Verzögerungen bei der Richtlinienumsetzung – nicht nur im Vergaberecht – sind institutionelle Besonderheiten des deutschen Föderalismus in die Kritik geraten. Die föderale Struktur Deutschlands und die sich daraus ergebenden kompetenzrechtlichen Bestimmungen des Grundgesetzes erschweren offensichtlich die Umsetzung europäischer Richtlinien⁸⁶. Auch im Vergaberecht verzögerten die Mitspracherechte der Bundesländer die Ausgestaltung des materiellen Vergaberechts erheblich⁸⁷. Die Gemeinschaftsrechtsordnung nimmt hinsichtlich der Verpflichtung zur vollständigen und rechtzeitigen Umset-

⁸¹ H. Rüßmann, u. a., in: F. Ranieri (Hrsg.), Die Europäisierung der Rechtswissenschaft, 2002, S. 167 ff.

⁸² Kapitel 5 §§ 2–5.

⁸³ Kapitel 5, § 2. II.

⁸⁴ V. Wagner, u. a., NZBau 2006, S. 551.

⁸⁵ P. M. Huber, JZ 2000, S. 877.

⁸⁶ F. Ekarde, u. a., NVwZ 2006, S. 741, A. Rinke, Handelsblatt vom 29.12.2006, „Deutschland auf dem Weg zum Musterknaben“, S. 34, E. Rehbinder, u. a., NVwZ 2002, S. 21, A. Epiney, in: M. Kloepfer (Hrsg.), Umweltföderalismus, 2002, S. 167.

⁸⁷ S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 18, vgl. die Stellungnahme der Bundesregierung zum Umsetzungsprozess der Lieferkoordinierungsrichtlinie: „der Abstimmungsprozess konnte aufgrund der föderalen Struktur der Bundesrepublik Deutschland nicht innerhalb der festgesetzten Frist abgeschlossen werden“ in: EuGH, Urteil vom 16.12.1997, Rs. C-341/96, Sgl. 1997, I-07271, „Lieferkoordinierungsrichtlinie“, Rn. 6, 7.

zung gemäß Art. 249 IV EGV jedoch keine Rücksicht auf die organisatorische Struktur der Mitgliedstaaten⁸⁸. So avancierte die „Europarechtstauglichkeit“ des Grundgesetzes zu einem der Schlagworte der Föderalismusreformdebatte der vergangenen zwei Jahre⁸⁹. Die im Juli 2006 von Bundestag und Bundesrat beschlossene Föderalismusreform I hat schließlich die Art. 75, 72 III GG dahingehend abgeändert, dass der Bund bei der Gesetzgebung der EU künftig in fast allen Bereichen als alleiniger Verhandlungsführer auftreten kann⁹⁰. Es bleibt abzuwarten, wie sich dies auf die Erfüllung der gemeinschaftsrechtlichen Umsetzungspflichten auswirken wird. Außerdem hat das deutsche Recht allgemein Schwierigkeiten mit der regelmäßig finalen Normstruktur der europäischen Richtlinien⁹¹. Ein gewisser emotionaler Aspekt ist als Ursache von Beharrungstendenzen ebenfalls nicht zu vernachlässigen. Jeder Anpassungsdruck wird von den betroffenen Beamten, Richtern, Anwälten und Rechtsgelehrten schon wegen der damit einhergehenden Umstellungsschwierigkeiten als schmerzlich empfunden und zunächst tendenziell abgewehrt⁹².

Die erörterten Umsetzungsschwierigkeiten im Vergaberecht bis zur Einführung des VgRÄG im Jahre 1999 waren allerdings vor allem durch die spezifische Rechtsmaterie bedingt. Hier hat man ein über Jahrhunderte hinweg national gewachsenes Rechtsgebiet von außen für den Binnenmarkt geöffnet, das zuvor der nationalen Verwaltung vorbehalten gewesen war⁹³. So verwundert es keineswegs, dass die Öffnung des Vergaberechts bewahrende Kräfte mit wirtschaftlich und politisch einflussreicher Lobby auf den Plan gerufen hat⁹⁴. Es formierte sich eine partei- und verbandsübergreifende Koalition aus Wirtschaft, Politik und Verwaltung, die in ungewöhnlicher Eintracht und mit aller Kraft die Erosion der vergaberechtlichen Traditionen zu verhindern ver-

⁸⁸ „Landes-Blindheit“: A. Epiney, in: M. Kloepfer (Hrsg.), *Umweltföderalismus*, 2002, S. 168, „Die Kompetenzverteilung entbindet ihn nicht, die Richtlinienbestimmungen uneingeschränkt und genau in innerstaatliches Recht umzusetzen“: EuGH, Urteil vom 28.02.1991, Rs. C-131/88, Slg. 1991, I-825, „Grundwasserrichtlinie“, Lts. 3.

⁸⁹ F. Ekarde, u. a., NVwZ 2006, S. 737, H. Bauer, in: M. Kloepfer (Hrsg.), *Umweltföderalismus*, 2002, S. 36 ff., 46.

⁹⁰ Die Rahmengesetzgebung des Art. 75 GG wird abgeschafft. Dafür gibt es einen neuen Art. 72 III S. 2 GG: Handelsblatt vom 30.06.2006, „Wie Bund und Länder effektiver arbeiten sollen“; kritisch dazu: F. Ekarde, u. a., NVwZ 2006, S. 738.

⁹¹ K. Hansmann, NVwZ 2006, S. 52.

⁹² P. M. Huber, in: FS Schiedermaier, 2001, S. 771, R. Wahl, in: H. Hill u. a. (Hrsg.), *Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht*, 2004, S. 358.

⁹³ V. Neßler, EWS 1999, S. 93, C. B. Blankart, *Öffentliche Finanzen in der Demokratie*, 2006, S. 521, S. Hertwig, *Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe*, 2005, S. 5.

⁹⁴ Europäische Kommission, Grünbuch vom 27.11.1996, „Zukunftsüberlegungen“, Kom(96)538 S. 9, 17.

suchte⁹⁵. Der Umsetzungsprozess hängt jedoch wesentlich von der Rezeptionsfähigkeit nationaler Akteure und der Anpassungsfähigkeit nationaler Institutionen ab⁹⁶. Anstatt die Zeit für Reformen zu nutzen, hat man sich mit der Abschottung aufgehalten. Damit stellen fehlende gesetzliche Konkretisierungen das Mehr an Rechtsschutz durch ein Mehr an Rechtsunsicherheit zumindest teilweise wieder in Frage⁹⁷. Eine durch die DFG in Auftrag gegebene Untersuchung von „*Veränderungen im Auftragswesen durch europäisches und internationales Recht*“ stellt fest, dass die Entwicklung auf dem Gebiet der öffentlichen Auftragsvergabe in Deutschland durch verschiedene, „teils normativ, teils traditionell bedingte Gegebenheiten“ behindert wird⁹⁸. Die dargestellte Einstufigkeit des Verfahrens ist nur ein Beispiel dafür. Noch immer behindert auch die äußerst komplexe und unübersichtliche Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften durch das Kaskaden- und Schubladenprinzip die effektive Rechtswahrnehmung⁹⁹.

Wenn der Öffnungsprozess auch weiterhin nur langsam vorangeht, kann mittlerweile ein grundsätzliches Umdenken im Vergaberecht festgestellt werden. Zunehmend wächst die Erkenntnis, dass die Abschottung nicht zielführend und angesichts der wachsenden Verzahnung der Rechtsordnungen langfristig kaum durchzuhalten ist¹⁰⁰. Die Rechtsprechung des EuGH sowie das Richtlinienrecht gehören heute selbstverständlich zur verbindlichen Rechtsmasse und werden bei der Auslegung von deutschem Vergaberecht des Oberschwellenbereichs herangezogen¹⁰¹. Dazu haben die positiven Erfahrungen in der Rechtspraxis nach Einführung des VgRÄG zum 01.01.1999 beigetragen. Die Abkehr von der haushaltsrechtlichen Lösung – vor allem der neu geschaffene Rechtsschutz im Oberschwellenbereich – hat sich als praktikabel erwiesen¹⁰². Die Befürchtung, der Rechtsschutz werde zu Investitionshemmnissen führen, hat sich nicht bewahrheitet¹⁰³. Die Vergabeverfahren haben vielmehr an Transparenz und Nachvollziehbarkeit gewonnen und wer-

⁹⁵ M. Schmittmann, AfP 1997, S. 460, M. Schenk, Das neue Vergaberecht, 2001, S. 175, 176.

⁹⁶ C. Knill, u. a., Der Staat 2006, S. 243.

⁹⁷ Handelsblatt vom 18.03.1997: „Pläne für neues Vergaberecht begeistern nur teilweise“, S. 6.

⁹⁸ K. Hailbronner, Abschlussbericht vom 19.04.2005: „*Veränderungen im Auftragswesen durch europäisches und internationales Recht*“, S. 1.

⁹⁹ K. Hailbronner, Abschlussbericht vom 19.04.2005: „*Veränderungen im Auftragswesen durch europäisches und internationales Recht*“, S. 1, 6, 8, H. Franke, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „*Evaluierung des VgRÄG*“, Bt-Drs.15/2034, S. 10.

¹⁰⁰ R. Wahl, DVBl 2003, S. 1286.

¹⁰¹ OLG Jena, Urteil vom 05.12.2001, 6 Verg 3/01, IBR 2002, 209, II. 2.

¹⁰² H. Franke, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „*Evaluierung des VgRÄG*“, Bt-Drs.15/2034, S. 6.

¹⁰³ H. Franke, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „*Evaluierung des VgRÄG*“, Bt-Drs.15/2034, S. 7.

den heute offensichtlich sorgfältiger durchgeführt¹⁰⁴. Die Akzeptanz der Vergaberegeln ist dadurch insgesamt deutlich angestiegen¹⁰⁵. Dazu beigetragen hat außerdem eine rege und zunehmend unabhängige Spruchpraxis durch die Kontrollorgane Vergabekammer und Vergabesenate¹⁰⁶. In mehreren Punkten vollzog sich eine Öffnung – wie beispielsweise für die Frage der Überprüfbarkeit der Aufhebungsentscheidung des Vergabeverfahrens¹⁰⁷. Damit kann die erste Stufe der Ablehnung, die anfangs durch eine Verdrängung und eine Politik des Aussitzens und Hinhaltens zum Ausdruck kam, als überwunden angesehen werden. *Wahl* sieht hierin sogar eine Art Gesetzmäßigkeit, wonach vor allem in traditionell gewachsenen Rechtsgebieten regelmäßig eine erste emotional bedingte Phase der vollständigen Ablehnung zu überwinden ist¹⁰⁸.

Auch in anderen Rechtsgebieten sind solch abwehrende Reaktionen gegen eine gemeinschaftsrechtliche Überformung nationalen Rechts nicht unbekannt¹⁰⁹ wie das Umweltrecht¹¹⁰ oder die aktuelle Feinstaubproblematik¹¹¹ beweisen. Nichtsdestotrotz kann in Deutschland eine positive Entwicklung festgestellt werden, die sich unter anderem in dem Bemühen um eine schnellere und effizientere Umsetzung der Richtlinien zeigt¹¹². Die Überwindung der grundsätzlichen Abwehrhaltung bedeutet aber noch nicht das Ende aller Abwehrkämpfe gegen drohende weitreichende Veränderungen. Im Europäisierungsprozess stehen nun zunehmend nationale Besonderheiten auf dem Prüfstein, was ebenfalls Widerstand herausfordert. Gegen die Anpassung des nationalen Rechts werden regelmäßig der Wille des nationalen Gesetzgebers und die Tradition eingewandt¹¹³. In dieser Phase kommt es auch immer noch zu heftigen Reaktionen auf Urteile des EuGH wie dem Stadt-Halle-Urteil,

¹⁰⁴ H. Franke, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „*Evaluierung des VgRÄG*“, Bt-Drs.15/2034, S. 46.

¹⁰⁵ H. Franke, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „*Evaluierung des VgRÄG*“, Bt-Drs.15/2034, S. 6.

¹⁰⁶ Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1999/2000, S. 4, 182 ff.

¹⁰⁷ H. Franke, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „*Evaluierung des VgRÄG*“, Bt-Drs.15/2034, S. 20–22.

¹⁰⁸ R. Wahl, in: H. Hill u. a. (Hrsg.), *Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht*, 2004, S. 358.

¹⁰⁹ K. Hansmann, *NVwZ* 2006, S. 51.

¹¹⁰ S. Roll, *Zugang zu Umweltinformationen und Freedom of Information*, 2003, S. 13, B. W. Wegener, *Rechte des Einzelnen*, 1998, S. 17.

¹¹¹ „Ausweichbewegungen und Attentismus auf allen staatlichen Ebenen sowie die Herausforderung der individuellen Einklagbarkeit aus politischen Erwägungen“: A. Willand, u. a., *NJW* 2005, S. 2664.

¹¹² A. Rinke, *Handelsblatt* vom 29.12.2006, „*Deutschland auf dem Weg zum Musterknaben*“.

¹¹³ H. Rüßmann, u. a., in: F. Ranieri (Hrsg.), *Die Europäisierung der Rechtswissenschaft*, 2002, 163.

das die vergaberechtsfreien In-house-Vergaben einschränkte¹¹⁴. Auch werden verbündete Mitgliedstaaten gesucht und gefunden wie Frankreich und Österreich, mit denen Deutschland ein Positionspapier gegen laufende Bemühungen der Europäischen Kommission um Mindestvorgaben im Unterschwellenbereich verfasst hat¹¹⁵. Nichtsdestotrotz ist die „zweite Phase des öffentlichen Rechts“¹¹⁶ vorangeschritten. Die Systematik und die Dogmatik verändern und passen sich den Herausforderungen der Europäisierung an, wie in Kapitel 5 noch explizit für das Vergaberecht erörtert wird.

II. Frankreich

1. Schleppende Richtlinienumsetzung

Die Richtlinien im Vergaberecht sind in Frankreich ebenfalls nicht immer rechtzeitig und vollständig umgesetzt worden¹¹⁷. Beispielsweise zögerte Frankreich die Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG fünf Jahre lang hinaus, um zu verhindern, dass die zentralen Einrichtungen der Öffentlichen Hand¹¹⁸ in den direkten Wettbewerb zur Privatwirtschaft geraten¹¹⁹. Erst nach der Verurteilung in einem Vertragsverletzungsverfahren¹²⁰ trat die Richtlinie statt zum 01.07.1993 schließlich mit Gesetz vom 22.01.1997 und Dekret vom 27.01.1998 in Kraft. Die Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge 93/36/EWG ist erst nach einer Verurteilung im Jahre 1998¹²¹ – vier Jahre nach Fristende – als nationales Recht wirksam geworden. Allerdings war hier die Umsetzungsbereitschaft grundsätzlich gegeben, und die zwischenzeitliche Rechtsunsicherheit wurde durch ein Übergangsregime und gerichtliche An-

¹¹⁴ „Ein Paukenschlag aus Luxemburg“: *W. Albin*, Handelsblatt vom 26.01.2005, „Immer weniger Lücken im Vergaberecht“.

¹¹⁵ *M. Scheerer*, Handelsblatt vom 19.07.2006, „EU will öffentliche Aufträge schärfer regeln“, S. 6.

¹¹⁶ *R. Wahl*, Der Staat 1999, S. 495.

¹¹⁷ Im Einzelnen: *C. Maugué, u. a.*, RFD 1998, S. 593, 595, *G.-S. Hök*, ZfBR 2001, S. 221.

¹¹⁸ Die *services déconcentrés de l'État* sind unter behördlicher Aufsicht stehende gemeinnützige private Einrichtungen, die als Verbindungsglied zur Zentralverwaltung eine organisatorische Besonderheit des zentralen Verwaltungsaufbaus darstellen. Sie treten im öffentlichen Interesse in einzelnen Politikbereichen wie Landwirtschaft, Waldwirtschaft oder Umwelt auf verschiedenen Organisationsebenen wie Region (z.B. DRAF) und Departement (z.B. DDAF) auf. Sie haben beratende, entwicklungspolitische Aufgaben von Raumentwicklung über Kreditvergabe bis Fortbildung vor Ort sowie Aufgaben zur allgemeinen Gefahrenabwehr z. B. der Volksgesundheit.

¹¹⁹ *L. Richer*, Droit des contrats administratifs, 2004, S. 327.

¹²⁰ EuGH, Urteil vom 02.05.1996, Rs. C-234/95, Sgl.1996, I-02415, „Kommission/Frankreich“.

¹²¹ EuGH, Urteil vom 29.05.1997, Rs. C-311/96, Sgl.1997, I-02947, „Kommission/Frankreich“.

ordnungen der direkten Anwendung der Richtlinien überbrückt¹²². Im Januar 2004 trat ein Vergabegesetz in Kraft, das bereits erste Anpassungen im Hinblick auf das aktuelle Legislativpaket der EU enthielt. Da das Legislativpaket damit aber erst teilweise umgesetzt worden war, mahnte die Europäische Kommission Frankreich am 27.03.2006 wegen Nichtumsetzung ab¹²³. Die ausstehenden Regelungen traten schließlich mit dem neuen Vergabegesetz zum 01.09.2006, neun Monate nach Ende der Umsetzungsfrist der aktuellen Richtlinien, in Kraft. Diese Verspätung Frankreich verwundert, da das endgültige und überarbeitete Gesetz offenbar bereits im Januar 2006 vorlag¹²⁴.

2. Einführung eines zeitlich effektiven Rechtsschutzes

Das objektive Verwaltungsrechtsschutzsystem Frankreichs kennt keinen automatischen Suspensiveffekt, und ein einstweiliger Rechtsschutz erfolgt traditionell nur sehr begrenzt¹²⁵. So war auch der Primärrechtsschutz im Vergaberecht vor der Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie in zeitlicher Hinsicht unzureichend ausgestaltet¹²⁶. Dem unterlegenen Bieter blieb effektiv nur ein Schadensersatzanspruch nach dem Vertragsschluss¹²⁷. Art. 2 III der RechtsschutzRL fordert zwar keinen automatischen Suspensiveffekt ein¹²⁸. Allerdings muss nach Art. 2 I a RechtsschutzRL die Befugnis der Nachprüfungsinstanzen zum Ergreifen vorläufiger Maßnahmen bestehen. Ein Sekundärrechtsschutz reicht gerade nicht aus. Deshalb musste Frankreich mit dem *référé précontractuel* einen bis dahin unbekanntenen und der juristischen Tradition fremden Schnellgerichtsschutz durch Gesetz vom 04.01.1992 für den Bereich der klassischen Rechtsmittelrichtlinie und durch Gesetz vom 29.12.1993 für die Sektoren einführen¹²⁹. Der Anwendungsbereich ist durch das Gesetz „Sapin“ vom 29.01.1993 auf Konzessionsverträge, Delegationen und den Unterschwellenbereich ausgeweitet worden¹³⁰.

¹²² C. Maugué, u. a., RFD 1998, S. 595, 596 m.w.N.

¹²³ C. Philip, Bericht des Assemblée Nationale von 07/2006: „La transposition des directives européennes“, S. 45.

¹²⁴ T. Ax, u. a., Rechtsvergleich, 2006, S. 274.

¹²⁵ Vgl. Art. 54 al. 4 Décret N° 63-766 du 30 juillet 1963; R. Chapuis, Droit du contentieux administratif, 2004, S. 865, S. Gerstner, Die Drittschutzdogmatik, 1995, S. 233, C. D. Classen, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 94 ff.

¹²⁶ Zum unzureichenden Rechtsschutz vor der Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie: T. Ax, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 1997, S. 66 ff., 74, 207.

¹²⁷ D. Chabanol, u. a., Le régime juridique des marchés publics, 2005, S. 94.

¹²⁸ Allerdings könnte es es zu einem solchen kommen: Europäische Kommission, Änderungsvorschlag vom 14.06.2006, „Rechtsschutzrichtlinie“, Kom(2006)195, S. 15.

¹²⁹ C. Maugué, u. a., RFD 1998, S. 594, F. Lichère, Droit des contrats publics, 2005, S. 107.

¹³⁰ R. Vandermeeren, AJDA N° spécial 1994, S. 94.

Auf dem ersten Blick scheint mit der Einführung des neuartigen Rechtsbehelfs und der baldigen Erweiterung des Anwendungsbereichs die Umsetzung der Rechtsschutzrichtlinie zeitlich sehr gut bewältigt worden zu sein. Sie erscheint geradezu vorbildlich angesichts der damit verbundenen Tiefenwirkung für das französische Recht. Allerdings wurden die Zulässigkeitsvoraussetzungen anfangs sehr eng ausgelegt, wodurch die Wirkung des Rechtsbehelfs nahezu ausgehebelt wurde¹³¹. Die Zulässigkeit war an die Durchführung eines vorangehenden zeitraubenden Widerspruchsverfahrens gebunden¹³². Außerdem musste der Antragsteller die Klage zehn Tage vorher anzeigen, wodurch die Vergabestelle gewarnt wurde und zur Verhinderung einer Klage nur rechtzeitig den Vertrag abschließen musste. So kam es zur „course à la signature“, zum Wettrennen um die Unterschrift¹³³. Erst das Gesetz vom 30.06.2000 hat diese Unzulänglichkeiten beseitigt¹³⁴. Damit hat der *référé précontractuel* seine volle Wirksamkeit effektiv erst acht Jahre nach Ablauf der Umsetzungsfrist entfaltet.

3. Umgehungsversuche

Die strengen Vorgaben haben auch in Frankreich seit jeher Umgehungsversuche provoziert. Im Gegensatz zur vollständigen Umgehung per De-facto-Vergabe in Deutschland finden sich in Frankreich vorrangig Fehler in der Wahl und Durchführung des Verfahrens. So wird der Wert des Auftrags falsch berechnet, um unter die mildereren nationalen Wettbewerbsvorgaben zu fallen¹³⁵, oder die Dringlichkeitsvorgaben werden überdehnt, um die Vorteile des abgeschwächten Pflichtenprogramms eines Verhandlungsverfahrens ohne Wettbewerb und Bekanntmachung nutzen zu können¹³⁶. Auch kann beobachtet werden, dass der Wunschbieter für den nachfolgend korrekt durchgeführten Wettbewerb besser gestellt wird, sei es durch eine vorsätzlich unbestimmte Ausschreibung, auf ihn abgestimmte technische Spezifikationen oder indem der Favorit zusätzliche Informationen erhält¹³⁷.

¹³¹ F. Lichère, *Droit des contrats publics*, 2005, S. 108.

¹³² „Recours gracieux“: T. Ax, u. a., *Rechtsvergleich*, 2006, S. 237, D. Chabanol, u. a., *Le régime juridique des marchés publics*, 2005, S. 96, vgl. C.E., Urteil vom 28.01.1998, N° 138650, „*Sté Borg Warner*“.

¹³³ F. Lichère, *Droit des contrats publics*, 2005, S. 117, M.-C. Vincent-Legoux, *RFDA* 2005, S. 1095.

¹³⁴ J. Martin, *Recueil Dalloz* 2005, S. 2733, 2734.

¹³⁵ EuGH, Urteil vom 05.10.2000, Rs. C-16/98, Sgl. 2000, I-08315, „*Kommission/Frankreich*“

¹³⁶ Gouvernement, rapport 2000, „*L'exercice du contrôle de légalité*“, L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 2004, S. 4.

¹³⁷ T. Ax, u. a., *Rechtsvergleich*, 2006, S. 233.

Selbst für Leistungen der Daseinsvorsorge ist heute ein gewisser vergaberechtlicher Standard der Transparenz und des Wettbewerbs zu beachten¹³⁸. Dies bedeutet für die Leistungsverwaltung aller Mitgliedstaaten einen mehr oder weniger starken Anpassungsdruck, die nationalen Systeme der Daseinsvorsorge zu reformieren, und sie in einem gewissen Umfang für den Wettbewerb zu öffnen. Die funktionale Öffnung des Vergaberechts kann deshalb in einen größeren Zusammenhang zum aktuellen Staatsumbau der Mitgliedstaaten in einen Gewährleistungsstaat gestellt werden¹³⁹. Dies provoziert teilweise immense Abwehrmechanismen auf nationaler Ebene. Insbesondere Frankreich wehrt sich nachdrücklich gegen die funktionale Ausdehnung des Vergaberechts in den Bereich der Daseinsvorsorge nach französischem Verständnis hinein¹⁴⁰, da dies mit dem traditionellen Verständnis des öffentlichen Rechts und dem Staatsauftrag des „service public“ kollidiert¹⁴¹.

Auch in Frankreich wird versucht, über vergabefremde Kriterien politische Ziele zu legitimieren. Vor allem der Schutz der kleinen und mittelständischen Unternehmen (PME)¹⁴² hatte oberste Priorität im Abwehrkampf gegen europäische Liberalisierungsvorstöße. Doch der Staatsrat hat dem Einhalt geboten. Er hat entschieden, dass die bloße Größe eines Unternehmens nicht zu den objektiven Zuschlagskriterien zählt¹⁴³. Vergabefremde Kriterien wie soziale und umweltschützende Aspekte sind nur in den engen Grenzen des Art. 14 CMP zulässig. Werden andere vergabefremde Kriterien ohne Zusammenhang zum Auftragsgegenstand benutzt, stellt dies einen Rechtsfehler dar¹⁴⁴.

¹³⁸ Zum Beispiel der Entsorgung von Abfällen: EuGH, Urteil vom 11.01.2005, Rs. C-26/03, Sgl. 2005, I-00001, „*Trea Leuna gegen Stadt Halle*“.

¹³⁹ Ausführlich dazu: *J.-B. Auby, u. a., Le service public*, 2003, *E. Schmidt-Aßmann*, Ordnungs idee, 2004, S. 172–174 m.w.N., *P. Steinberg*, in: *M. Bungenberg u. a.* (Hrsg.), *Recht und Ökonomik*, 2004, S. 189, 216, *B. Köster, u. a.*, DVBl 2005, S. 1305.

¹⁴⁰ „Service public à la française“ kann bedingt mit Daseinsvorsorge umschrieben werden: *M. Bullinger*, JZ 2003, S. 597, *L. Dubouis*, AJDA N° spécial 1996, S. 105, *P. Cassia*, Petites affiches 2002, S. 4, *B. Ferrari*, AJDA 2006, S. 1021.

¹⁴¹ *L. Dubouis*, AJDA N° spécial 1996, S. 105, 108, *M. Long*, RFDA 2001, S. 1161, *P. Cassia*, Petites affiches 2002, S. 4, *B. Ferrari*, AJDA 2006, S. 1021, vgl. die parallele Diskussion im dt. Verwaltungsrecht: *P. Steinberg*, in: *M. Bungenberg u. a.* (Hrsg.), *Recht und Ökonomik*, 2004, S. 190.

¹⁴² Entspricht den kleinen und mittelständischen Unternehmen „KMU“ in Deutschland.

¹⁴³ C.E., Urteil vom 13.05.1987, N° 39120, Lebon 171, „*Soc. Wanner Isofi Isolation*“, *L. Richer*, *Droit des contrats administratifs*, 2004, S. 331.

¹⁴⁴ Vergabe an ein lokales Unternehmen um der Sicherung der Arbeitsplätze und der Gewerbesteuerereinnahmen willen: C.E., Urteil vom 29.07.1994, N° 131562, Lebon 767, „*Comm. Vintnac-en-Minervois*“.

4. Bewertung der Beharrungstendenzen

Die Umsetzung des Gemeinschaftsvergaberechts verlief in Frankreich nicht problemlos¹⁴⁵. Es ist mehrfach zu Vertragsverletzungsverfahren wegen verspäteter Umsetzungen von Richtlinien gekommen. In Anbetracht der erörterten Schwierigkeiten Deutschlands als Föderalstaat, dürfte Frankreich wegen seiner zentralen Strukturen mit der Umsetzung von Richtlinien eigentlich keine Probleme haben¹⁴⁶. Dem ist nicht ganz so. Das Vergaberecht ist auch in Frankreich nicht der einzige Politik- und Rechtsbereich, in dem mit der Umsetzung gekämpft wird¹⁴⁷. Momentan sind insgesamt mehr als zwanzig Vertragsverletzungsverfahren gegen Frankreich anhängig¹⁴⁸. Mittlerweile aber haben die politischen Kräfte begriffen, wie entscheidend ein Engagement ihrerseits für die Umsetzung ist¹⁴⁹. Der Conseil d'Etat hat die Umsetzungspflicht von europäischen Richtlinien zu einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung gemäß Art. 88-1 fV erklärt¹⁵⁰. Zur Unterstützung der Umsetzungsarbeiten wurde eine Art Sachverständigen- und Beratergremium im Conseil d'Etat eingerichtet¹⁵¹. Weiterhin hat man in einigen Ministerien, wie in dem für das Vergaberecht zuständigen Ministerium für Wirtschaft, Finanzen und Industrie, spezielle Prozedere und Instrumentarien zur Unterstützung der Umsetzungsarbeiten geschaffen und die Kompetenzen und Verantwortlichkeitsbereiche klarer bestimmt¹⁵². So konnten bereits beachtliche Verbesserungen festgestellt werden. Vermerkt der Bericht des Conseil d'Etat für Mai 2004 noch eine Rate von 4,1 % nicht rechtzeitig oder nicht rechtmäßig umgesetzter Richtlinien, sind es 3,2 % für November 2004, 3 % für März

¹⁴⁵ C. Maugué, u. a., RFD 1998, S. 593, X. Bezançon, Les contrats de travaux et de services publics, 1999, S. 477, C. Bréchon-Moulènes, RFDA 1988, S. 9 ff.

¹⁴⁶ Frankreich weist trotz der im Jahre 1984 in Frankreich eingeleiteten Dezentralisierung der politischen Verwaltung noch immer eine typische zentrale Staatsprägung auf: J. Gérauld, in: H. Siedentopf (Hrsg.), Europäische Integration, Modernisierung des Staates, 1998, S. 101 ff.

¹⁴⁷ Umsetzungsprobleme im Wettbewerbsrecht: F. Drücke, Kollektivinteressen und Wettbewerbsrecht, 2004, S. 28 ff., 127, 235.

¹⁴⁸ Übersicht über alle anhängigen Verfahren: P. Moukoko, JCP éd. gen. 2006, S. 12, siehe auch: Conseil d'Etat, rapport public 2007: „L'administration française et l'Union européenne“, S. 361, Frankreich riskiert damit Strafen wegen Nichtumsetzung in einer Höhe von 109 bis zu 1200 Mill. €.

¹⁴⁹ P. Moukoko, JCP éd. gen. 2006, S. 13, vgl. auch die Verbesserungsvorschläge in: Conseil d'Etat, rapport public 2007: „L'administration française et l'Union européenne“, S. 297 ff., 324–328, 347.

¹⁵⁰ D. Chamussy, AJDA 2005, S. 220, bestätigt zuletzt in: C.E., Urteil vom 08.02.2007, N° 287110, „Soc. Arcelor Atlantique et Lorraine“, Conseil d'Etat, rapport public 2007: „L'administration française et l'Union européenne“, S. 294.

¹⁵¹ „Cellule de droit communautaire“: Conseil d'Etat, Rapport public 2006: „Sécurité juridique et complexité du droit“, S. 142. Die Aufgaben der Einrichtung wachsen in Umfang und Komplexität kontinuierlich an: S. Brondel, AJDA 2005, S. 572.

¹⁵² P. Moukoko, JCP éd. gen. 2006, S. 16.

2005, 1,9 % für Juni 2006 und schließlich nur noch 1,3 % für Februar 2007¹⁵³.

Obwohl das französische Vergaberecht als Modell für die gesetzgeberische Ausgestaltung der europäischen Vergaberechtsrichtlinien diente¹⁵⁴, wurde das Rechtsregime verschiedenen Veränderungen unterworfen, insbesondere in Hinblick auf die weite funktionale Konzeption des Auftraggebers und den Vorgaben eines zeitlich effektiven Primärrechtsschutzes¹⁵⁵. Infolgedessen ist es zu einer nationalen Abschottung gegen die Überformung des Vergaberechts gekommen¹⁵⁶. Ähnlich wie in anderen europäisierten Rechtsgebieten musste zunächst eine grundsätzlich abweisende Haltung gegen europäisch bedingte Anpassungen überwunden werden. Gerade weil dem französischen Recht in der Anfangszeit eine aktive Rolle im Entwicklungsprozess des europäischen Eigenverwaltungsrechts zugekommen war, neigte man lange zu einer leicht chauvinistischen falschen „Pauspapiersichtweise“ des europäischen Rechts¹⁵⁷. Man sah die Abweichungen des autarken europäischen Systems vom französischen Recht nicht oder wollte sie nicht sehen. Dies hat sich mittlerweile geändert¹⁵⁸. Seit 2001 kann auch die Überformung des Vergaberechts insgesamt positiv bewertet werden. Es ist eine umfassende Systematisierung des Unter- und Oberschwellenbereichs vollzogen worden. So fasst heute ein einheitliches Vergabegesetz den europäisierten und den nationalen Anwendungsbereich formal zusammen und schafft aktive Verbindungen – wie in Kapitel 5 noch näher zu erörtern sein wird. Nichtsdestotrotz weist die Rechtswirklichkeit Vollzugsdefizite auf. Frankreich hat wie jedes Mitgliedsland seine „heiligen Kühe“¹⁵⁹, die es zu verteidigen versucht. Im Vergaberecht zeigen sich Beharrungen insbesondere dort, wo Schnittstellen zum service public, der Daseinsvorsorge nach französischem Verständnis, bestehen¹⁶⁰. Frankreich hat sich außerdem der deutschen Initiative gegen die laufenden Bemühungen der Europäischen Kommission zur Regelung des Unterschwellenbereichs angeschlossen¹⁶¹.

¹⁵³ Conseil d'Etat, rapport public 2007: „L'administration française et l'Union européenne“, S. 321.

¹⁵⁴ J.-F. Flauss, in: J. Schwarze (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 46, 50, J. Schwarze, EuZW 2000, S. 139, J. M. Peyrical, Dr. adm. 2000/04, S. 7.

¹⁵⁵ J. Dutheil de La Rochère, RFDA 2001, S. 916.

¹⁵⁶ „Le fort cloisonnement“: J. Dutheil de La Rochère, RFDA 2001, S. 916.

¹⁵⁷ „Une image calquée“: L. Dubouis, AJDA. N° spécial 1995, S. 66.

¹⁵⁸ Kapitel 1, § 2 II.

¹⁵⁹ J.-M. Woehrling, NZBau 1998, S. 467.

¹⁶⁰ L. Dubouis, AJDA N° spécial 1996, S. 105, 108, M. Long, RFDA 2001, S. 1161, P. Cassia, Petites affiches 2002, S. 4, B. Ferrari, AJDA 2006, S. 1021.

¹⁶¹ M. Scheerer, Handelsblatt vom 19.07.2006, „EU will öffentliche Aufträge schärfer regeln“, S. 6.

Kapitel 5: Die Systemkomponenten im nationalen Vergaberecht unter Europäisierungseinwirkung

In Kapitel 4 wurde festgestellt, dass die erste Phase der strikten Ablehnung der europäischen Überformung des nationalen Vergaberechts im Großen und Ganzen überwunden werden konnte. Doch sind mit der Umsetzung der Richtlinien in nationales Recht regelmäßig nicht alle Probleme gelöst. Die Abhängigkeit des europäischen Rechts vom nationalen Recht im indirekten Vollzug hört nicht bei der Umsetzung in nationales Recht auf. Die eigentlichen Fragen der Europäisierung, die Lösung von Folgeproblemen für die Rechtsstruktur – vor allem für die nationalen Systemzusammenhänge des Rechtsschutzes – haben sich erst danach gestellt. Seit Einführung nationaler Rechtsbehelfe im deutschen und französischen Vergaberecht in Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien ist nun schon einige Zeit vergangen und erste Veränderungen und Anpassungen der Systematik konnten greifen. Doch sind noch lange nicht alle Systembrüche überwunden. Die aktuelle und dringende Aufgabe besteht deshalb darin, die strukturellen Europäisierungseffekte jeweils in einem „neuen“ europäisierten, aber weiterhin nationalen System zu verarbeiten und die Veränderungen im Rechtsgebiet zu konsolidieren. Dafür ist es notwendig, das genaue Friktions- beziehungsweise das Konvergenzpotenzial zu kennen. Nur so kann das konkrete Ausmaß der Anpassung des internen Rechts bemessen werden. Im folgenden Kapitel soll die Rechtswirklichkeit im Referenzgebiet auf unaufgearbeitetes Friktionspotenzial mithilfe einer Analyse der Spruchpraxis untersucht werden, um sodann die Anpassungsfähigkeit und die Weiterentwicklung der Dogmatik zur Überwindung des Friktionspotenzials in der nationalen Systematik diskutieren zu können.

Das Modell der deutschen Verletztenklage ist verschiedentlich als Gegenmodell zur Konzeption der französischen Interessentenklage beschrieben worden¹. Durch einen Vergleich der Europäisierung der deutschen mit der der französischen Vergaberechtssystematik sollen die systemverändernden Herausforderungen der Europäisierung für die zwei Rechtsschutzmodelle anhand des Referenzgebiets veranschaulicht werden. Angesichts der zahlreichen rechtlichen Einzelfragen, die das Referenzgebiet im Zuge der europäischen Überformung aufwirft, ist eine Eingrenzung notwendig: Die Untersuchung wird die Europäisierungseinflüsse auf den Rechtsweg und den komplexen

¹ *W. Skouris*, Verletztenklagen und Interessentenklagen im Verwaltungsprozeß, 1979, S. 10 ff., *S. Gerstner*, Die Drittschutzdogmatik, 1995, S. 35 ff., *C. D. Classen*, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 57, *M. Ruffert*, Subjektive Rechte im Umweltrecht, 1996, S. 89 ff., *A. Wichmann*, Antragsbefugnis des Subunternehmers, 2006, S. 77 ff., *C. Calliess*, NJW 2002, S. 3578, *J.-M. Woehrling*, NVwZ 1985, S. 21 ff. jeweils m.w.N.

Zusammenhang zwischen dem Antragsrecht auf Primärrechtsschutz, dem Kontrollmaßstab der Nachprüfungsorgane und der Formstrenge im Vergaberecht behandeln. Die einzelnen Komponenten sind Mosaiksteine einer Gesamtsystematik². So ist das Verfahrensrecht in seinem komplementären Verhältnis zum materiellen Recht und der gerichtlichen Kontrolle zu behandeln, wie auch die Europäisierung des Klagerechts nicht losgelöst vom Kontrollmaßstab erörtert werden kann. Übergeordnete Fragen der Rechtsschutzgarantie und der Gewaltenteilung können hierbei nur angeschnitten werden.

Die offenen Fragen der Europäisierung der nationalen Dogmatik sind keineswegs von nur wissenschaftlichem Interesse für den Europäisierungsdiskurs im „juristischen Gaspalast“. Wie in Kapitel 4 gezeigt wurde, ist die Steuerungsfähigkeit des europäisierten nationalen Rechts entscheidend für einen erfolgreichen Vollzug des Gemeinschaftsrechts sowie des nationalen Rechts. Deshalb ist eine stimmige Dogmatik notwendig, die die Besonderheiten des Rechtsgebiets respektiert und Verbindungen zu den allgemeinen Lehren herzustellen vermag.

§ 1 Exkurs: Rechtsvergleichung im Zuge der Europäisierung

Die komparative Rechtswissenschaft oder Rechtsvergleichung befasst sich mit dem Vergleich von Rechtsordnungen, um Gemeinsamkeiten und Unterschiede festzustellen³. Rechtsvergleichung spielt seit jeher eine wichtige Rolle im Integrationsprozess der EU, sei es im Wege des methodischen Ansatzes der *wertenden Rechtsvergleichung* des EuGH⁴, der Entwicklung neuer Richtlinien und Verordnungen durch die Europäische Kommission oder im Rahmen der Vorbereitung gemeineuropäischer Gesetzeswerke⁵. Auch der Europäisierungsprozess ist eng mit dieser Rechtsmethode verbunden. Im Zuge der Europäisierungsprozesse ist die Begegnung mit „fremdem Recht“, mit Gemeinschaftsrecht oder anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, zu einem alltäglichen Phänomen der nationalen Rechtspraxis geworden⁶. Da-

² Ähnlich: „kommunizierende Röhren“: C. D. Classen, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 190.

³ Weiterführend: K. Zweigert, u. a., Einführung in die Rechtsvergleichung, 1996, K. H. Ebert, Rechtsvergleichung, 1978.

⁴ Der Gerichtshof als „Laboratorium der Rechtsvergleichung“: C. Stark, JZ 1997, S. 1025, J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, 2005, S. 78.

⁵ M. Delmas-Marty, Critique de l'intégration normative, 2004, S. 23, 227 ff.

⁶ „Der Sprung von der Theorie in die Praxis“: R. Wahl, DVBl 2003, S. 1286, M.-C. Ponthoreau, AJDA 2006, S. 21, M.-C. Ponthoreau, RID comp. 2005, S. 8, K.-P. Sommermann, DÖV 1999, 1017 ff.

mit ist die Bedeutung der Rechtsvergleichung erheblich angestiegen und wird weiter ansteigen⁷. Zudem kommt der Rechtsvergleichung auf nationaler Ebene eine wachsende Bedeutung und Autorität zu⁸. Jedes größere Gesetzgebungsverfahren wird mittlerweile von mehr oder weniger gründlichen rechtsvergleichenden Studien begleitet⁹, wie dies beispielsweise anlässlich der Einführung von Eilrechtsbehelfen in Frankreich erfolgte¹⁰. Richter nutzen die Rechtsvergleichung teilweise bereits als eine Art universaler Interpretationsmethode bei der Auslegung des Rechts und beim Schließen von Lücken im Wege richterlicher Rechtsfortbildung¹¹. Die vergleichende Betrachtung eröffnet ein Reservoir anderer und möglicherweise besserer Lösungen¹².

Bei einem Bedeutungszuwachs bleibt es nicht. Angesichts komplexer wechselseitiger Rezeptions- und Transformationsprozesse zwischen dem Recht der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft schlägt sich die Europäisierung überdies in den Aufgaben und der Arbeitsmethodik der Rechtsvergleichung nieder. Werden auf der Makroebene ganze Rechtskreise verglichen, so sind es auf der Mikroebene einzelne Normen und Rechtsinstitute¹³. Für den Vergleich auf der Mikroebene wird eine sogenannte funktionale Rechtsvergleichung vorgenommen, um die Funktion nationaler Normen und Rechtsinstitute losgelöst von der nationalen Dogmatik auf einer abstrakten Ebene ermitteln zu können¹⁴. Die Schwierigkeit besteht bei diesem Vorgang darin, die Besonderheiten des Rechtssystems zu bewahren. Vor allem im öffentlichen Recht ist regelmäßig ein besonderer politisch-historischer Bezugsrahmen zu beachten¹⁵. Im Zuge der Europäisierung geben nun immer mehr Richtlinien die Funktion vor, weshalb das Heraufstufen auf die Funktionsebene entfällt.

⁷ „Renaissance der intra-europäischen Rechtsvergleichung“: C. Joerges, Der Europäisierungsprozess als Herausforderung, 2006, S. 10, H. Kötz, in: J. Basedow u. a. (Hrsg.), *Undogmatisches*, 2005, S. 138, M. Delmas-Marty, *Critique de l'intégration normative*, 2004, S. 227, F. Lichère, *AJDA* 2004, S. 2027; zum Bedeutungsanstieg der europäischen Rechtsvergleichung im Zuge der Europäisierung auch: E. V. Heyen, *Kultur und Identität in der europäischen Rechtsvergleichung*, 2000, S. 1.

⁸ „Argument d'autorité“: M.-C. Ponthoreau, *RID comp.* 2005, S. 20, „Rechtsvergleich als Plausibilitätskontrolle für nationale Lösungen“: C. Ladenburger, *Verfahrensfehlerfolgen*, 1999, S. 9.

⁹ F. Lichère, *AJDA* 2004, S. 2017.

¹⁰ Sénat, Rechtsvergleichende Studie vom Oktober 1998, „*référés administratifs*“.

¹¹ H. Kötz, in: J. Basedow u. a. (Hrsg.), *Undogmatisches*, 2005, S. 141.

¹² Ähnlich: „Rechtsvergleich als Perspektivenerweiterung“: C. Ladenburger, *Verfahrensfehlerfolgen*, 1999, S. 10.

¹³ K. Zweigert, u. a., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 1996, S. 4.

¹⁴ „Un processus de dé- et reconstruction“: M.-C. Ponthoreau, *RID comp.* 2005, S. 12, 16, „bring to light the deep structures of legal rationality“: P. Legrand, *ICLQ* 1996, S. 61, K. Zweigert, u. a., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 1996, S. 21–40.

¹⁵ C. Stark, *JZ* 1997, S. 1021; zur Bedeutung der „Systemgebundenheit“ von Rechtsinsituten in der Rechtsvergleichung auch: S. Gerstner, *Die Drittschutzdogmatik*, 1995, S. 23 ff.

Rechtsvergleichung wird erleichtert und gewinnt an direkter Aussagekraft über die nationalen Systemzusammenhänge und Hintergründe für eine bestimmte Ausgestaltung des Rechts. Damit wird Rechtsvergleichung zum Hilfsmittel für eine systemkonforme Verarbeitung der Europäisierung – auch in der nachfolgenden Analyse der Europäisierung der Systemzusammenhänge im Vergaberecht. Am Schaden, Tatbestandsmerkmal des Klagerechts im deutschen und französischen Vergaberecht in Einklang mit der europäischen Rechtsmittelrichtlinie, wird dies deutlich. Während sich das Tatbestandsmerkmal im deutschen System entsprechend dem traditionellen Verständnis zu einem Eingrenzungsmoment entwickelte, entfaltete es im französischen Recht von Anfang an seine klassische Wirkung als Steuerungselement¹⁶. Bedingt durch die Ergebnisvorgaben der europäisierten Funktionalität des Klagerechts entwickelten sich die beiden Notionen im Europäisierungsprozess – mithilfe einer funktionalen Rechtsvergleichung – weiter, ohne den Zusammenhang zur eigenen nationalen Gesamtsystematik aufzugeben.

§ 2 Europäisierung des Rechtswegs

Die Unterscheidung zwischen einer Verwaltungs- und einer Zivilgerichtsbarkeit ist sowohl im deutschen als auch im französischen Recht bekannt, und die Abgrenzung der Zuständigkeit bereitet in beiden Rechtsordnungen seit jeher Schwierigkeiten¹⁷. Es soll hier nicht darum gehen, die breite Palette an Unterscheidungskriterien im Einzelnen zu erörtern. Vielmehr soll untersucht werden, ob und in welchem Umfang das Gemeinschaftsrecht im Referenzgebiet Einfluss auf die Einrichtung und Ausgestaltung des Rechtswegs im nationalen Vergaberecht genommen hat und möglicherweise weiter nimmt.

I. Europäische Vorgaben

Das Europäische Gemeinschaftsrecht lässt die interne Gerichts- und Behördenorganisation prinzipiell unberührt, so dass die Mitgliedstaaten frei über die Zuständigkeit der Kontrollorgane entscheiden können. Gleichwohl macht sich eine mittelbare Beeinflussung bemerkbar mit Folgen für die Praxis des

¹⁶ Ausführlich in Kapitel 5, § 3, II, III, VI.

¹⁷ M. Stolleis, in: W. Hoffmann-Riem u. a. (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, S. 41 ff., W. Skouris, EuR 33 (1998), S. 111, J.-B. Auby, u. a., *La distinction du droit public et du droit privé*, 2004, insbes. S. 19 ff., M.-F. Mazars, AJDA 2005, S. 1777 ff., J. Caillose, AJDA 1996, S. 955, A. Van Lang, *Le dualisme juridictionnel. Limites et mérites*, 2007.

Vergaberechts. Zwar sind die beiden Rechtswege in Hinblick auf das rechtsstaatliche Gebot eines effektiven Rechtsschutzes an sich gleichwertig¹⁸. In der praktischen Wirkung ist es allerdings für die Wertung materieller Grundentscheidungen und damit die Ausrichtung eines Rechtsgebiets entscheidend, welche Gerichtsbarkeit zuständig ist. Die Zivilgerichtsbarkeit, traditionell die Hüterin der bürgerlichen Freiheiten und unvoreingenommen im Kampf gegen staatliche Günstlingswirtschaft¹⁹, betont eher die Vertragsautonomie und den wettbewerbsrechtlichen Aspekt²⁰. Dafür wird ihr abgesprochen, öffentliche Belange hinreichend zu berücksichtigen²¹. Es sind die Verwaltungsgerichte, die den Grundrechten verstärkt zur Wirksamkeit verhelfen, aber denen dafür eine gewisse Zurückhaltung nachgesagt wird, wenn es darum geht, den Staat in seine Schranken zu verwiesen²². Darüber hinaus wirken sich Unterschiede im Verfahrensrecht auf die Effektivität des Rechtsschutzes aus, wie der Umfang des Akteneinsichtsrechts.

Hinsichtlich der Ausgestaltung des Rechtswegs belässt das Gemeinschaftsrecht einen weiten Freiraum. Art. 2 II, VIII RechtsmittelRL gibt lediglich Mindestvoraussetzungen vor. Danach ist die Nachprüfung einer unabhängigen Kontrollinstanz zu übertragen, in welcher jedenfalls der Vorsitzende die juristischen und beruflichen Qualifikationen zum Richteramt besitzen muss.

II. Der Rechtsweg im Oberschwellenbereich

Das deutsche Vergaberecht ist durch eine Zweiteilung des Rechtsschutzes gekennzeichnet. Es besteht nur im Oberschwellenbereich ein effektiver Primärrechtsschutz in Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien. Mit Inkrafttreten des VgRÄG wurde ein eigenständiger und abschließlicher, zweistufiger Instanzenweg zu den Vergabekammern als unabhängige Nachprüfungsbehörden gemäß §§ 104, 107 I GWB sowie zu den Vergabesenaten der OLGs gemäß § 116 I GWB eingerichtet²³. Zwar hatte der EuGH dem Vergabeüberwachungsausschuss als der ersten Kontrollinstanz des Verwaltungsinnenrechts

¹⁸ BVerfG, Urteil vom 27.07.1971, 2 BvR 443/70, BVerfGE 31, 364/368, Rn. 8, C. Braun, NZBau 2006, S. 394.

¹⁹ P. Marini, Le Moniteur 2001/08, S. 44.

²⁰ U. Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2003, S. 181, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.04.2005 VII-Verg 93/04, VergabeR 2005, 513, II, 1 a)- Auswahlermessens der Zuschlagskriterien „in der Privatautonomie wurzelnd“, vgl. zur Bedeutung des Wettbewerbsgrundsatzes: OLG Jena, Beschluss vom 26.06.2006, 9 Verg 2/06, IBR 2006, 517.

²¹ Gesetzesbegründung vom 03.12.1997, „RegE-VgRÄG“, Bt-Drs.13/9340, Anhang 3, zu Nr. 1.

²² U. Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2003, S. 181, J.-B. Auby, u. a., La distinction du droit public et du droit privé, 2004, S. 27.

²³ K. Schmeevogl, u. a., NVwZ 1998, S. 1244.

die Qualität eines vorlegenden Gerichts im Sinne des Art. 234 II EGV be-
scheintigt²⁴. Dieses behördeninterne Gremium entsprach allerdings nicht dem
deutschen Standard einer unabhängigen Kontrollinstanz – unter anderem we-
gen fehlender Tatsachenüberprüfungsbefugnis und der Möglichkeit der je-
derzeitigen Entbindung der Ausschussmitglieder von ihrem Amt durch Or-
ganisationsverfügung,²⁵. Allein die Klageerhebung der Kommission genügte
deshalb schon, um eine nationale Diskussion über die Qualifikation der Kon-
trollinstanz anzuregen und letztlich deren Reform zu bewirken. Die Vergabe-
kammern sind heute gerichtsähnliche Kontrollorgane, denn der vorsitzende
Berufsrichter nebst den sachverständigen Beisitzern entscheiden unabhängig
und sind nur dem Gesetz verpflichtet²⁶. Die besondere Form der Kontrollbe-
hörde wurde gewählt, um die europarechtlich eingeforderte schnelle Über-
prüfung zu gewährleisten²⁷. Ein Gericht könnte angesichts der grundrechtlich
zugesicherten Unabhängigkeit²⁸ nicht zur Einhaltung einer Entscheidungsfrist
von fünf Wochen verpflichtet werden, wie dies § 113 I GWB um der Be-
schleunigung willen für den Regelfall vorsieht. Ebenso könnte das Untätig-
bleiben eines Gerichts nicht als negatives Sachurteil gewertet werden, wie
dies § 116 II HlBs. 2 GWB für den Antrag bei der Vergabekammer anordnet.
In der Praxis haben sich die Vergabekammern insbesondere wegen ihres ver-
gaberechtlichen Sachverständes sehr gut bewährt²⁹.

III. Indirekte Europäisierung des Unterschwellenbereichs

1. Gegenwärtige Situation

Unterhalb der Schwellenwerte – im Haushaltsrecht – fehlt eine vergaberech-
tliche Regelung vergleichbar mit der des § 97 VII GWB, die dem Bieter einen
außenwirksamen Anspruch auf Einhaltung der Vergaberechtsregeln zuspre-
chen könnte. Die verschiedenen sonstigen Nachprüfungsverfahren des Auf-
sichtsrechts, der Rechnungslegung oder des Kartellrechts sind in ihrer Effek-

²⁴ EuGH, Urteil vom 17.09.1997, Rs. C-54/96, Slg. 1997, I-4961, „*Dorsch Consult*“, Rn. 38.

²⁵ M. Brenner, LKV 2002, S. 306.

²⁶ C. Maier, NZBau 2004, S. 669, H. Franke, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „*Evaluierung des VgRÄG*“, Bt-Drs.15/2034, S. 8, 12, 13, Schon die Vorgängerorgane, die Vergabeüberwachungs-
ausschüsse, wurden nach Unabhängigkeit, gesetzlicher Grundlage, ständigem Charakter, obligato-
rischer Gerichtsbarkeit und den geltenden prozessrechtlichen Vorgaben als Gericht gewertet:
EuGH, Urteil vom 17.09.1997, Rs. C-54/96, Slg. 1997, I-4961, „*Dorsch Consult*“, Rn. 38.

²⁷ G. Gruber, u. a., Europäisches Vergaberecht, 2005, S. 489, vgl. Art. 2 I RechtsschutzRL.

²⁸ E. Benda, u. a., Handbuch des Verfassungsrechts, 1994, § 33, Rn. 79.

²⁹ H. Franke, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „*Evaluierung des VgRÄG*“, Bt-Drs.15/2034, S. 12, 13.

tivität stark eingeschränkt, weil die Vergaberechtsverstöße wegen besonderer kommunalrechtlicher und haushaltsrechtlicher Handlungsspielräume der Vergabestellen oft nicht feststellbar sind oder das Einschreiten schlicht zu spät kommt³⁰. Vorrangig besteht deshalb Sekundärrechtsschutz, wobei Schadensersatzansprüche auf das positive Interesse regelmäßig an der Hürde der Beweislast scheitern³¹.

Die Diskussion, ob die Beschränkung des effektiven Primärrechtsschutzes auf den Oberschwellenbereich berechtigt ist, wird seit der Einführung des zweigeteilten Rechtsschutzes kontrovers geführt. Nun zeichnet sich tatsächlich die Entwicklung eines Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich ab. Zum einen ist es zu ersten lokalen Durchbrechungen des zweispurigen Rechtsschutzsystems gekommen. Das niedersächsische Landesvergabegesetz vom 02.09.2002 und das Vergabegesetz Bremens vom 17.12.2002 unterstellen auch Auftragsvergaben unterhalb der Schwelle dem Vergabekartellrecht³². Zum anderen ist Bewegung in die Diskussion um eine flächendeckende Anerkennung des Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich und damit auch die Rechtswegfrage gekommen. Auslöser war die sogenannte „Lenkaffen-Entscheidung“ des OVG Rheinland-Pfalz, in der erstmals die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit unabhängig vom Wert des Auftrags anerkannt worden ist³³. Regelmäßig werden seitdem Entscheidungen veröffentlicht, die die Bandbreite der möglichen Meinungen voll ausschöpfen³⁴. Sogar innerhalb eines Gerichtszweigs werden gegensätzliche Auffassungen vertreten³⁵. Damit drohen jedoch Bieter selbst bei offensichtli-

³⁰ Ausführliche Analyse: *M. Kraft-Lehner*, Subjektive Rechte und Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2002, S. 120 ff., 161, 307.

³¹ *A. Martin-Ehlers*, EuZW 2000, S. 102, 105.

³² *T. Meyer*, ForumVergabe 2003, S. 14, 24.

³³ OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 25.05.2005, 7 B 10356/05, IBR 2005, 386, „*Lenkaffen II*“.

³⁴ Für den Verwaltungsrechtsweg: VG Neustadt, Beschluss vom 29.02.2006, 4 L 210/06, IBR 2006, 216, VergabeR 2006, 351, „*Flughafen Rammstein*“, OLG Dresden, Beschluss vom 25.04.2006, 20 U 467/06, IBR 2006, 463, OVG NRW, Beschluss vom 04.05.2006, 15 B 692/06, IBR 2006, 464, DÖV 2006, 657, „*Brandschutzsanierung*“, VG Meiningen, Beschluss vom 16.01.2007, 2 E 613/06, OVG Niedersachsen, Beschluss vom 14.07.2006, 7 OB 105/06, IBR 2006, 631, OVG Bautzen, Beschluss vom 13.04.2006, 2 E 270/05, IBR 2006, 343, „*Außenanlagen Grimma*“, VG Dessau, Beschluss vom 04.09.2006, 1 B 187/06; für den Zivilrechtsweg: VG Neustadt, Beschluss vom 21.02.2006, 4 L 245/06 (allerdings nur im Einzelfall; ansonsten Verwaltungsrechtsweg: VG Neustadt, Beschluss vom 29.02.2006, 4 L 210/06, IBR 2006, 216, VergabeR 2006, 351, „*Flughafen Rammstein*“), VG Karlsruhe, Urteil vom 14.06.2006, 8 K 1437/06, IBR 2006, 1467, VGH Ba-Wü, Beschluss vom 30.10.2006, 6 S 1522/06; kein Primärrechtsschutz: OLG Saarbrücken, Beschluss vom 29.04.2003, 5 Verg 4/02, IBR 2003, 558, OLG Stuttgart, Urteil vom 11.04.2002, 2 U 240/01, NZBau 2002, 395, VG München, Beschluss vom 27.02.2007, M 16 E 07.664.

³⁵ Für den Verwaltungsrechtsweg: OVG NRW, Beschluss vom 12.01.2007, 15 E 1/07, OVG Bautzen, Beschluss vom 13.04.2006, 2 E 270/05, IBR 2006, 343, „*Außenanlagen Grimma*“; für

chen Vergaberechtsverstößen zwischen den Rechtswegen faktisch aufgerieben zu werden, weil die Zuständigkeit der Gerichtsbarkeit unklar ist³⁶.

2. Primärrechtsschutz – quo vadis?

Die Diskussion um die Einrichtung eines Rechtswegs im Unterschwellenbereich wird sehr intensiv geführt, ist sie doch nominell noch folgenreicher als die Einführung des Primärrechtsschutzes im Oberschwellenbereich. Etwa 90 % aller Auftragsvergaben finden unterhalb der Schwellenwerte statt³⁷. Damit unterliegt bisher nur ein Bruchteil der Vergaben einem effektiven Rechtsschutz. Zwar ist der einzelne Auftragswert geringer als im Oberschwellenbereich, aber die Masse aller Aufträge stellt ein wirtschaftliches Schwergewicht dar. Die Auftragsvolumina können im Einzelfall zudem Summen erreichen, bei denen bei weitem nicht mehr von Kleinaufträgen die Rede sein kann. Diesen Aufträgen kommt, vor allem für kleine und mittlere Unternehmen, ein beträchtlicher Stellenwert zu³⁸. Im Rahmen des Legislativpakets wurden die Schwellenwerte mit Geltung zum 01.01.2006 sogar noch heraufgesetzt³⁹.

Die Befürworter eines Primärrechtsschutzes argumentieren, die Zweiteilung des Rechtsschutzes verstöße gegen Verfassungsrecht – insbesondere Art. 3 I GG⁴⁰ und Art. 19 IV GG⁴¹. Dabei wird auf die Entscheidung des Österreichischen Verfassungsgerichtshofes verwiesen, in der bei fast identischer Rechtslage der Ausschluss des Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich für verfassungswidrig erklärt worden ist⁴². Im Jahre 2006 hat das BVerfG allerdings in einem lang erwarteten Urteil die Vereinbarkeit der deutschen Rechtslage mit Art. 3 I GG bestätigt und sogar seine Rechtsprechung zur Anwendbarkeit des Art. 19 IV GG im Unterschwellenbereich revidiert. Das BVerfG sieht die Ungleichbehandlung aus Gründen der Verfahrensökonomie

den Zivilrechtsweg: VG Leipzig, Beschluss vom 06.09.2005, 5 K 1018/05, IBR 2006, 1050, OVG Niedersachsen, Beschluss vom 14.07.2006, 7 OB 105/06, IBR 2006, 631.

³⁶ Vgl. ein Beispiel aus der Praxis: *T. Pfau*, IBR 2006, S. 1467.

³⁷ *W. Irmer*, VergabeR 2006, S. 317, *K. Heuvels*, NZBau 2005, S. 570.

³⁸ Europäische Kommission, Grünbuch vom 27.11.1996, „Zukunftsüberlegungen“, Kom(96)538, S. 16.

³⁹ *S. Rechten*, NZBau 2004, S. 367.

⁴⁰ *B. Malmendier*, DVBl 2000, S. 968, *M. Freitag*, NZBau 2002, S. 204, *O. Dörr*, DÖV 2001, S. 1019, *W. Irmer*, VergabeR 2006, S. 312, 313.

⁴¹ *N.-J. Grundmann*, Zweiteilung, 2004, S. 117, *M. Krist*, VergabeR 2003, S. 434, *C. E. Breloer*, Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht, 2003, S., *M. Dreher*, NZBau 2006, S. 1576, a. A. mit Bezug auf das BVerfG-Urteil: *W. Frenz*, EuZW 2006, S. 750.

⁴² *B. Malmendier*, DVBl 2000, S. 968, *M. Freitag*, NZBau 2002, S. 206 *W. Irmer*, VergabeR 2006, S. 311 unter Verweis auf: Österr. Verfassungsgerichtshof, Erkenntnis vom 30.11.2000, G 110/99, IBR 2001, 135, VergabeR 2001, 32.

und ökonomischer Überlegungen als gerechtfertigt an⁴³. Man befürchtet eine Verteuerung der Auftragsvergabe und einen erheblichen Investitionsrückgang⁴⁴. Weiterhin wird auf den Verwaltungsmehraufwand für die Bieter und den öffentlichen Auftraggeber in der Vergabepraxis verwiesen, der in Hinblick auf die Entbürokratisierungsbemühungen gerade zu verhindern sei⁴⁵. Tatsächlich ist die Verfahrensökonomie grundsätzlich geeignet, eine Beschränkung des Primärrechtsschutzes zu legitimieren⁴⁶. Ein vermindertes Rechtsschutzniveau ist für den Unterschwellenbereich auch durchaus angebracht. Möglich wäre zum Beispiel die Beschränkung des Rechtsschutzes auf eine Instanz und einen Einzelrichter⁴⁷. Ein solcher Rechtsschutz würde keineswegs einen zwingenden Rückgang von Investitionen bedeuten. Auch die Einführung des Primärrechtsschutzes im Oberschwellenbereich hat keine nachhaltigen Investitionshemmnisse bewirkt⁴⁸. Die positiven Erfahrungen überwiegen heute⁴⁹. Es ist zwar richtig, dass mit der Einführung eines Primärrechtsschutzes vor allem anfangs eine Mehrbelastung für die Nachprüfungsorgane einhergehen würde. Doch kann dies in einem Rechtsstaat niemals als Argument gegen effektiven Rechtsschutz dienen⁵⁰. Zudem wächst der Druck Europas, einen Mindestrechtsschutz einzuführen. Der EuGH hat in neuerer Zeit wiederholt festgestellt, dass es nicht mit dem Gemeinschaftsvergaberecht vereinbar ist, wenn die öffentliche Hand im Unterschwellenbereich Aufträge „rechtsfrei“ vergibt⁵¹. Die gemeinschaftsrechtlichen Verfahrensanforderungen im Unterschwellenbereich, insbesondere aus den Grundfreiheiten, implizieren eine effektive Überprüfbarkeit, wenn auch den Mitgliedstaaten die Ausgestaltung im Einzelnen überlassen bleibt. Dies ist durch eine Mitteilung der Kommission zu „*Auslegungsfragen im Unterschwellenbereich*“ unterstrichen worden⁵².

⁴³ BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, IBR 2006, 684, Rn. 54, 90.

⁴⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.02.2005, Verg 91/04, IBR 2005, 1113, G. Dabringhausen, u. a., VergabeR 2006, S. 463, 469.

⁴⁵ Bundesregierung, Begründungsentwurf vom 29.03.2005, „Vergaberechtsreform“, S. 5.

⁴⁶ Gesetzesbegründung vom 03.12.1997, „RegE-VgRÄG“, Bt-Drs.13/9340, S. 15, B. Köster, NZBau 2006, S. 541, N.-J. Grundmann, Zweiteilung, 2004, S. 55, BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, IBR 2006, 684, Rn. 86.

⁴⁷ K. Pukall, VergabeR 2006, S. 592, M. Dreher, NZBau 2006, S. 1579.

⁴⁸ H. Franke, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „Evaluierung des VgRÄG“, Bt-Drs.15/2034, S. 7.

⁴⁹ O. Otting, in: H. Pünder u. a. (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, 2005, S. 53, H. Franke, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „Evaluierung des VgRÄG“, Bt-Drs.15/2034, S. 6, 27.

⁵⁰ A. Losch, VergabeR 2006, S. 306.

⁵¹ EuGH, Urteil vom 13.10.2005, Rs. C-458/03, Sgl. 2005, I-08612, „Parking Brixen“, EuGH, Urteil vom 20.10.2005, Rs. C-264/03, Sgl. 2005, I-08831, „Kommission/Frankreich“.

⁵² Europäische Kommission, Mitteilung vom 23.06.2006, „*Auslegungsfragen im Unterschwellenbereich*“, 2.3.3., Kapitel 3, § 2. II. 2 b).

Es ist offen, inwieweit es in absehbarer Zeit zu zwingenden detaillierten Gemeinschaftsrechtsregeln für den Unterschwellenbereich kommen wird. Teilweise wird sogar davon ausgegangen, dass die vorgenannte Mitteilung bereits einen zwingenden Rechtsrahmen für den Unterschwellenbereich darstellt⁵³. Unabhängig von Vorgaben des Europa- oder des Verfassungsrechts wird die Zweiteilung auf nationaler Ebene aber auch aus praktischen und rechtspolitischen Erwägungen immer mehr in Frage gestellt, und die Befürworter eines effektiven Primärrechtsschutzes gewinnen an Zustimmung⁵⁴. In der Rechtsprechung und der Literatur ist man sich zunehmend einig, dass es langfristig auch im Unterschwellenbereich einen Mindestrechtsschutz geben wird⁵⁵. Auch nach der Entscheidung des BVerfG haben sowohl das OVG NRW als auch das Verwaltungsgericht Meiningen in Urteilen von Anfang 2007 die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Verweis auf die spezifisch öffentlich-rechtlichen Vorgaben im Vergaberecht und die Zweistufentheorie bestätigt⁵⁶. Das BVerwG hat im Mai 2007 ebenfalls einen Primärrechtsschutz für den Unterschwellenbereich grundsätzlich anerkannt⁵⁷.

3. Lösung der Rechtswegfrage

Damit stellt sich die Rechtswegfrage. Im Unterschwellenbereich fehlt eine besondere Rechtswegzuweisung wie in § 104 II Satz 1 GWB, weshalb nach der materiell-rechtlichen Konzeption des § 40 I S. 1 VwGO die Rechtsnatur der streitentscheidenden Normen ausschlaggebend ist. Gerade die rechtssystematische Zuordnung des Vergaberechtsregimes ist aber strittig⁵⁸. Kann nach einer Ansicht nur die Verwaltungsgerichtsbarkeit die öffentlich-rechtlich-

⁵³ M. Scheerer, Handelsblatt vom 19.07.2006, „EU will öffentliche Aufträge schärfer regeln“, S. 6, M. Lutz, WuW 2006, S. 890, Kapitel 3, § 2, II. 2 b) und 4.

⁵⁴ J. Pietzcker, Zweiteilung des Vergaberechts, 2001, S. 90 ff., M. Dreher, NZBau 2002, S. 428.

⁵⁵ „Eine vollständige Rechtsschutzverweigerung wird nicht durchzuhalten sein“: B. Köster, NZBau 2006, S. 543.

⁵⁶ „Das Vergabeverfahren wird durch öffentlich-rechtliche Normen bestimmt, die ausschließlich den Auftraggeber verpflichten“: VG Meiningen, Beschluss vom 16.01.2007, 2 E 613/06, II, 1 a), 3 bb), „Dem streng formalisierten und ausschließlich für Träger öffentlicher Gewalt geltenden Regelungen kommt (...) besonderes Gewicht i.S. einer selbständigen ersten Verfahrensstufe zu, (weshalb) diese als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist (...) und die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit begründet“: OVG NRW, Beschluss vom 12.01.2007, 15 E 1/07, OVG NRW, Beschluss vom 12.01.2007, 15 E 1/07.

⁵⁷ BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007, 6 B 10.07, IBR 2007, 385; Seitdem haben die Zivilgerichte überwiegend bestätigt, dass Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte jedenfalls durch einstweilige Verfügungen möglich ist: LG Cottbus, Urteil vom 24.10.2007, 5 O 99/07, IBR 2007, 695, LG Frankfurt/Oder, Urteil vom 14.11.2007, 13 O 360/07, IBR 2008, 38, OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.12.2007, 13 W 79/07, IBR 2008, 106; a. A. dagegen: LG Potsdam, Urteil vom 14.11.2007, 2 O 412/07.

⁵⁸ Zur Diskussion: Kapitel 3, § 3, I. 2. a)–d).

chen Bindungen und das öffentliche Interesse im Zusammenhang mit der wettbewerbsrelevanten Tätigkeit des Staats ausreichend verteidigen⁵⁹, ist nach anderer Ansicht wegen der zivilrechtlichen Ausgestaltung des Vergabevertrags und der Zuweisung des Kartellvergaberechts zu den OLGs die Zivilgerichtsbarkeit zuständig⁶⁰. Das Urteil des BVerfG enthält keine Aussagen zur Rechtswegfrage, wenn subjektive Rechte trotz der geäußerten Bedenken gegen einen umfassenden Primärrechtsschutz anerkannt werden sollten⁶¹. Damit ist der Kampf um die Zuständigkeit für den vergaberechtlichen Rechtsschutz nach dem lang ersehnten Urteil des BVerfG lediglich „in die nächste Runde gegangen“⁶². Nun hat jedoch das Bundesverwaltungsgericht Klarheit gebracht. Durch Beschluss vom 02.05.2007 verweist das Gericht die Zuständigkeit für den Rechtsschutz unter der Schwelle an die Zivilgerichtsbarkeit⁶³. Damit ist das Rechtswegwirwar⁶⁴ beendet, das enorme Rechtsunsicherheiten provozierte und schwer auf dem Vergaberecht lastete. Die Rechtswegfrage war selbst unter den Oberverwaltungsgerichten bis zuletzt stark umstritten. Während in Nordrhein-Westfalen⁶⁵, Rheinland-Pfalz⁶⁶ und Sachsen⁶⁷ ein Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte gewährt wurde, erklärte sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Berlin und Brandenburg⁶⁸, Baden-Württemberg⁶⁹ und Niedersachsen⁷⁰ für unzuständig.

Die Zuständigkeit der Gerichtsbarkeit ist eine wichtige Frage, die aber nachrangig ist, solange die Effektivität des Rechtsschutzes grundsätzlich abgesichert ist. Entscheidend ist – auch im Hinblick auf europäische Ergebnisvorgaben –, dass überhaupt ein effektiver Rechtsweg im Unterschwellenbereich eröffnet ist. Für die Bieter wäre es allerdings günstiger gewesen, wenn das

⁵⁹ O. Dörr, DÖV 2001, S. 1024.

⁶⁰ J. Pietzcker, NJW 2005, S. 2881, J. Ruthig, NZBau 2005, S. 501, B. Köster, NZBau 2006, S. 543.

⁶¹ „Das BVerfG beantwortet nicht die Frage des Rechtsweg (...), sondern bestätigt nur die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die inhaltliche (Mindest)ausgestaltung des Rechtsschutzes“: OVG NRW, Beschluss vom 12.01.2007, 15 E 1/07.

⁶² DSTGB, Newsletter „Vergabe“, 03/2007, S. Hirschberger, BayVBl, Bd. 138 (2007), S. 741–745.

⁶³ BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007, 6 B 10.07, IBR 2007, 385.

⁶⁴ B. Köster, NZBau 2006, S. 540 ff.; kritisch zur Dreiteilung: M.Burgi, NVwZ 2007, S. 737–742.

⁶⁵ OVG NRW, Beschluss vom 11.08.2006, 15 E 880/06, IBR 2006, 630.

⁶⁶ OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 25.05.2005, 7 B 10356/05, IBR 2005, 386, „Lenk Waffen II“.

⁶⁷ OVG Bautzen, Beschluss vom 13.04.2006, 2 E 270/05, IBR 2006, 343, „Außenanlagen Grimma“.

⁶⁸ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28.07.2006, 1 L 59/06, IBR 2006, 576, NZBau 2006, 668.

⁶⁹ VGH Ba-Wü, Beschluss vom 30.10.2006, 6 S 1522/06.

⁷⁰ OVG Niedersachsen, Beschluss vom 14.07.2006, 7 OB 105/06, IBR 2006, 631.

Bundesverwaltungsgericht die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges bejaht hätte. Der Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten ist wesentlich bieterfreundlicher als der vor den Zivilgerichten. Im Verwaltungsprozess gilt der Amtsermittlungsgrundsatz. Vor den Zivilgerichten muss der Antragsteller die Vergaberechtsverstöße dagegen glaubhaft machen, beziehungsweise unter Beweis stellen, wobei ihm ein Akteneinsichtsrecht regelmäßig nicht zusteht. Die Erfahrungen aus dem Oberschwellenbereich zeigen, dass viele Nachprüfungsanträge in der Praxis erst mithilfe der Akteneinsicht substantiiert begründet werden können. Auch haben sich vorrangig die Verwaltungsgerichte in den letzten zwei Jahren für die Ausgestaltung eines effektiven Primärrechtsschutzes engagiert⁷¹. Es bleibt daher abzuwarten, ob es langfristig bei der Zuständigkeit der Zivilgerichtsbarkeit bleiben kann. Von europäischer Seite wird Effektivität und Äquivalenz auch hinsichtlich des Rechtsschutzes für den Unterschwellenbereich eingefordert⁷². Es ist nicht ausgeschlossen, dass langfristig doch noch die gesetzgeberische Ausgestaltung eines Rechtswegs im Unterschwellenbereich notwendig wird, um unter Beachtung der Auslegungsmittel der Kommission⁷³ das geforderte Mindestmaß an Rechtsschutz zu gewährleisten⁷⁴. Dabei ist denkbar, die Zuständigkeit der Vergabekammern als Verwaltungsrechtsbehörden auf den Unterschwellenbereich auszuweiten, um die positiven Erfahrungen mit den neuartigen zeitlich begrenzten Kontrollmöglichkeiten auch für den Unterschwellenbereich fruchtbar zu machen.

IV. Europäisierungseffekte

Im deutschen Individualrechtsschutzsystem garantiert Art. 19 IV GG jedem einen effektiven Rechtsweg, der sich in einem subjektiv-öffentlichen oder

⁷¹ VG Meiningen, Beschluss vom 16.01.2007, 2 E 613/06, OVG NRW, Beschluss vom 12.01.2007, 15 E 1/07, *W. Müller-Stoy*, IBR 2006, S. 40, *K. Koehler, u. a.*, VergabeR 2006, S. 350, vgl. auch das *obiter dictum* zu: OVG NRW, Beschluss vom 20.09.2005, 15 E 118805, IBR 2006, 39, NZBau 2006, 67.

⁷² „Bei Aufträgen, die unterhalb der Schwellenwerte der Vergaberichtlinien liegen, ist zu berücksichtigen, dass der Einzelne gemäß der Rechtsprechung des EuGH (4) einen effektiven gerichtlichen Schutz der Rechte in Anspruch nehmen können muss“: Europäische Kommission, Mitteilung vom 23.06.2006, „*Auslegungsfragen im Unterschwellenbereich*“, 2.3.3.

⁷³ Europäische Kommission, Mitteilung vom 23.06.2006, „*Auslegungsfragen im Unterschwellenbereich*“.

⁷⁴ Für eine Regelung durch den Gesetzgeber bereits: *S. Broß*, ZWeR 2003, S. 282, *M. Bungenberg*, WuW 2005, S. 899, *S. Tomerius, u. a.*, VergabeR 2005, S. 551, *T. Ax, u. a.*, Rechtsvergleich, 2006, S. 235, *T. Pfau*, IBR 2006, S. 1467, *O. Wittig*, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 1999, S. 345; so auch die Empfehlung des Baugerichtstages vom 19./20.05.2006: *J. Pietzcker*, NJW 2005, S. 2881; kritisch auch: *M. Burgi*, NVwZ 2007, S. 737.

privaten Recht verletzt sieht⁷⁵. Im Zuge der europäischen Überformung des Vergaberechts musste für den Oberschwellenbereich erst ein effektiver Rechtsweg eingerichtet werden. Damit sind im Referenzgebiet nicht nur neuartige materielle, sondern gleichzeitig prozessuale Rechtspositionen geschaffen worden. Dem Gemeinschaftsrecht ist es im Ergebnis gelungen, den innerstaatlichen Rechtsweg gemäß Art. 19 IV GG zu eröffnen. Dies ist angesichts der betonten institutionellen und prozessualen Autonomie der Mitgliedstaaten erstaunlich, selbst wenn das „Wie“ des Rechtswegs grundsätzlich den Mitgliedstaaten überlassen geblieben ist⁷⁶. Allerdings wird auch die Ausgestaltung des Instanzenzugs mittelbar vom Gemeinschaftsrecht beeinflusst. Das Europarecht hat sich als wesentlicher Impuls für die Umstrukturierung und Effektivierung der nationalen Nachprüfungsinstanzen im Vergaberecht erwiesen. Art. 19 IV GG garantiert den Rechtsweg zu einem unabhängigen Gericht. In Deutschland besteht gemäß der Art. 92, 97 GG ein Richtervorbehalt⁷⁷, der auch für den indirekten Vollzug gilt. Selbst wenn den Vergabekammern Unabhängigkeit und Gerichtsähnlichkeit zuerkannt wird⁷⁸, ist dem Richtervorbehalt erst mit der Eröffnung der Zuständigkeit zu den Vergabesenaten in der zweiten Instanz Genüge getan. Bei den Nachprüfungsbehörden in der ersten Instanz ist es dennoch geblieben, denn das Gemeinschaftsrecht fordert eine möglichst schnelle Kontrolle ein.

Im Unterschwellenbereich wird die Rechtswegfrage ebenfalls mittelbar durch das Gemeinschaftsrecht beeinflusst. Bereits die Diskussion um die Einführung eines Primärrechtsschutzes wird maßgeblich durch das Gemeinschaftsvergaberecht, durch Spruchpraxis des EuGH und „Soft-Law“ der Kommission mitbestimmt. Der Rechtsschutz im Oberschwellenbereich hat das Bewusstsein für die Uneffektivität der Abwehrmöglichkeiten im Unterschwellenbereich geschärft⁷⁹. Selbst wenn vom deutschen Gesetzgeber zu hören ist, es sei zu früh für die europäische Dimension im Unterschwellenbereich⁸⁰, besteht eine solche heute faktisch bereits. Daran hat auch das Urteil des BVerfG, das die Vereinbarkeit der Zweispurigkeit mit Verfassungsrecht bestätigte, nichts ändern können. Letztlich hat sich bewahrheitet, was das

⁷⁵ H. D. Jarass, in: ders. u. a. (Hrsg.), Grundgesetz, 2006, Art. 19 GG, Rn. 21, 29.

⁷⁶ So auch: S. Kadelbach, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 231; vgl. dazu: EuGH, Urteil vom 20.09.2001, Rs. C-390/98, Sgl. 2001, I-06117, „Banks“, Rn. 121.

⁷⁷ H. D. Jarass, in: ders. u. a. (Hrsg.), Grundgesetz, 2006, 19 IV GG, Rn. 35.

⁷⁸ Die Kontrolle durch die Vergabeüberwachungsausschüsse als den Vorgängerorganen der Vergabekammern wurde jedoch als unzureichend mit dem nationalen Maßstab einer unabhängigen Kontrollinstanz gewertet: C. D. Classen, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 35, 36, D. Triantafyllou, NVwZ 1994, S. 944, H. D. Jarass, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, S. 60.

⁷⁹ G. Dabringhausen, u. a., VergabeR 2006, S. 463, M. Dreher, NZBau 2006, S. 1578.

⁸⁰ K. Hailbronner, NZBau 2006, S. 23.

Gutachten zur Einführung des Rechtsschutzes im Oberschwellenbereich anlässlich der Einführung des Vergaberechtsänderungsgesetzes bereits im Jahre 1997 als Befürchtung zum Ausdruck brachte. Es ist, mittelbar ausgelöst durch europäisches Sekundärrecht, zu einer verfassungsrechtlichen „Überschlagswirkung“ des Art. 19 IV GG im Sinne einer individualrechtlichen Aufwertung nicht EG-rechtlich vorgegebener Vergabebestimmungen im Unterschwellenbereich gekommen⁸¹.

V. Rechtsvergleichender Blick nach Frankreich

Die Rechtsschutzrichtlinien haben auch den französischen Gesetzgeber zur Einrichtung eines speziellen Rechtswegs im Oberschwellenbereich verpflichtet. Allerdings wurde die Anwendbarkeit des neu geschaffenen *référé précontractuel* – im Gegensatz zum deutschen Recht – alsbald auf den Unterschwellenbereich ausgedehnt⁸². Danach kann der Richter die Durchführung der Vergabe von Amts wegen für die Dauer des Verfahrens aussetzen, um die Entscheidungen der Vergabestelle im laufenden Verfahren zu kontrollieren, abzuändern oder gegebenenfalls sogar mit verpflichtender Wirkung aufzuheben. Zur Durchsetzung stehen Zwangsrechte zur Verfügung. Die Einführung dieses Rechtsbehelfs mit derart weitreichenden Befugnissen kam in der auf eine starke und autonome Verwaltung ausgerichteten Systematik des französischen Rechtsschutzes einer mittleren Revolution gleich⁸³. Die anfängliche Skepsis gegen den neuartigen Rechtsbehelf⁸⁴ konnte jedoch durch positive Erfahrungen in der Praxis zerstreut werden. Der Rechtsbehelf hat sich als nützliche Ergänzung des bisherigen Rechtsschutzes im Vergaberecht etablieren können⁸⁵.

Das französische Recht kennt wie das deutsche die Dualität zwischen der Zivilgerichtsbarkeit und der Verwaltungsgerichtsbarkeit und macht die Rechts-

⁸¹ K. Hailbronner, Gutachten vom 23.06.1997, „Begrenzungsmöglichkeiten des Rechtsschutzes“, S. 25; so auch: B. Köster, NZBau 2006, S. 540.

⁸² C. Maugüé, u. a., RFD 1998, S. 594, F. Lichère, *Droit des contrats publics*, 2005, S. 107, R. Vandermeeren, AJDA N° spécial 1994, S. 94, Kapitel 3 § 3, II. 4, 5 und Kapitel 4, § 2 II. 2.

⁸³ R. Vandermeeren, AJDA N° spécial 1994, S. 91, J.-M. Woehrling, NZBau 1998, S. 466, „boulversement du contentieux administratif des contrats“: G. Le Chatelier, AJDA N° spécial 1996, S. 99, Conseil d'Etat, rapport public 2002: „Collectivités publiques et concurrence“, S. 290, 291; Kapitel 5, § 4, VI. 2 a)

⁸⁴ Zur „îlot de résistance“: P. Terneyre, AJDA N° spécial 1996, S. 84, 91.

⁸⁵ „Procédures très novatrices parfaitement assimilées par la jurisprudence administrative“: B. Stirn, *L'idée de concurrence dans le contentieux administratif*, 2003, S. 1, R. Vandermeeren, AJDA N° spécial 1994, S. 102, Conseil d'Etat, rapport public 2002: „Collectivités publiques et concurrence“, S. 265, J. Gündisch, in: *Das öffentliche Auftragswesen in der EG*, J. Schwarz (Hrsg.), 1996, S. 72.

wegfrage von der Qualifikation der im Rechtsstreit aufgeworfenen Fragestellung als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich abhängig⁸⁶. So war die Zuständigkeit der Gerichtsbarkeit ursprünglich von der Art des Vergabevertrags abhängig, der sowohl öffentlich-rechtlicher als auch privat-rechtlicher Natur sein konnte. Mit den daraus resultierenden Zuständigkeitsstreitigkeiten musste sich das Tribunal des conflits befassen⁸⁷. Das Gesetz MURCEF von 2001 beendete diesen Dualismus, indem alle Vergaberechtsverträge zu öffentlich-rechtlichen Verträgen erklärt wurden⁸⁸. Heute ist nur noch die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Streitigkeiten im Zuge von Vergabeverfahren zuständig⁸⁹. Diese Vereinheitlichung gewährleistet einheitliche Entscheidungsmaßstäbe und hat die belastenden Rechtswegstreitigkeiten beenden können⁹⁰. Doch ist der Preis für den erweiterten Zuständigkeitsbereich zugunsten der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht unbeachtlich. Auch für das französische Vergaberecht ist eine gemeinschaftsrechtlich bedingte Gemengelage von Wertungen auszumachen, wenn sich die europäische Überformung im Vergleich zum deutschen Vergaberecht auch als umgekehrter Impuls auswirkt. Der europäisch bedingte Schwerpunkt des Wettbewerbsgedankens bedeutet für das traditionell öffentlich-rechtliche Rechtsgebiet eine Öffnung für Wertungen des Zivilrechts⁹¹. So muss sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit rechtswegfremden Fragen befassen und die Zuständigkeit zudem ständig gegen die Zivilgerichtsbarkeit verteidigen⁹².

Letztlich passt die Differenzierung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht auf Rechtsbereiche wie das Vergaberecht nicht mehr. Sie gibt die Komplexität der Wertungen falsch wieder und verzerrt diese⁹³. Das hat zur Folge, dass die Dichotomie – die Differenzierung zwischen Privatrecht und

⁸⁶ „Materielles Moment“: *R. Chapus*, *Droit du contentieux administratif*, 2004, S.105–107, *D. Chabanol*, *La pratique du contentieux administratif*, 2005, S. 1, 2.

⁸⁷ Entscheidung zugunsten einer Zuständigkeit der Zivilgerichtsbarkeit: Tr. conflit, Urteil vom 07.06.1999, N° 03107, „*Comm. de Ceyzeriat*“, Entscheidung zugunsten einer Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Tr. conflit, Urteil vom 05.07.1999, N° 03167, „*Soc. SNC Activ*“.

⁸⁸ „Verwaltungsverrechtlichung“: *G. Clamour*, *JCP éd. gen.* 2002, S. 593 ff.

⁸⁹ *P. Marini*, *Le Moniteur* 2001/08, S. 44, 45, *T. Ax, u. a.*, *Rechtsvergleich*, 2006, S. 235, 236.

⁹⁰ *L. Richer*, *Droit des contrats administratifs*, 2004, Rn. 118 ff., *T. Ax, u. a.*, *Rechtsvergleich*, 2006, S. 236; kritisch: *G. Clamour*, *JCP éd. gen.* 2002, S. 594 ff.

⁹¹ Vgl. Kapitel 3, § 3, II., *G. Clamour*, *JCP éd. gen.* 2002, S. 594 ff., 599.

⁹² Entscheidendes Urteil, diesen Bemühungen zugunsten der Verwaltungsgerichtsbarkeit Einhalt zu gebieten: C.E., Urteil vom 03.11.1997, RFD adm.1998, 1228, „*Million et Marais*“; vgl. dazu: *Y. Jegouzo*, in: *B. Lukaszewicz u. a.* (Hrsg.), *Le juge administratif et l'Europe*, 2004, S. 22.

⁹³ So auch: *J.-B. Auby, u. a.*, *La distinction du droit public et du droit privé*, 2004, S. 98; ähnlich: *G. Clamour*, *JCP éd. gen.* 2002, S. 599, *J. Caillose*, *AJDA* 1996, S. 955, 956, 963, *M. Fromont*, in: *M. Long* (Hrsg.), *Mélanges R.Chapus*, 1992, S. 204–207, *L. Richer*, *Droit des contrats administratifs*, 2004, Rn. 42.

öffentlichem Recht – in der französischen Rechtswissenschaft teilweise bereits grundsätzlich in Frage gestellt wird⁹⁴.

VI. Vergleich der Europäisierungseffekte und Zwischenbilanz

In beiden Rechtsordnungen musste ein effektiver Rechtsweg zur Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien geschaffen werden. Damit beweist sich anschaulich die prozessuale Relevanz europäisch bedingter Rechtspositionen, die um ihrer praktischen Wirksamkeit willen den nationalen Rechtsweg eröffnen können⁹⁵. Dem nationalen Recht bleibt die Ausgestaltung im Detail überlassen, wobei auch hier mittelbare Beeinflussungen festgestellt werden können. In beiden nationalen Rechtssystemen hat man einen Sonderrechtsweg gewählt. In Deutschland findet die Kontrolle im Oberschwellenbereich zweistufig durch Vergabekammern und Vergabesenate der OLGs statt, wobei die Besonderheit der Vergabekammern als unabhängige Nachprüfungsbehörden für eine schnelle Kontrolle hervorzuheben ist. In Frankreich entscheidet mittlerweile der Verwaltungsrichter einheitlich im Rechtsweg des *référé précontractuel*. Es besteht nur die Möglichkeit der Revision zum *Conseil d'Etat*. Das Gemeinschaftsvergaberecht toleriert diese Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten. Beide Gerichtsbarkeiten genügen dem gemeinschaftsrechtlichen Wirksamkeits- und Effektivitätsstandard an den nationalen Rechtsschutz im indirekten Vollzug.

Sieht man genau hin, so unterliegt der Rechtsweg allerdings in beiden Rechtsordnungen indirekten Europäisierungseffekten. Während es in Frankreich sehr bald zur Ausweitung der Rechtswegzuständigkeit des Oberschwellenbereichs auf den Unterschwellenbereich gekommen ist, entwickelt sich in Deutschland momentan erst ein Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich. Dabei unterliegt die Ausgestaltung des Rechtswegs mittelbaren Beeinflussungen, die aus der europäischen Überformung des materiellen Rechts resultieren. Die ergebnisorientierten Vorgaben im Vergaberecht bewirken ein Normen- und Wertegemisch, das sich der herkömmlichen Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht entzieht. Das Europarecht verhält sich nur vordergründig neutral in der Frage, wie wirtschaftsrelevante Aktivitäten juristisch zuzuordnen sind und reagiert sehr sensibel auf Eingriffe in den Markt⁹⁶. Der Vergleich des deutschen mit dem französischen Recht zeigt,

⁹⁴ *J.-B. Auby, u. a.*, *La distinction du droit public et du droit privé*, 2004, S. 19, Kap. 6, § 1, III. 2.

⁹⁵ *O. Dörr*, *Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte*, 2003, S. 199.

⁹⁶ *Conseil d'Etat, rapport public 2002: „Collectivités publiques et concurrence“*, S. 251.

dass die gemeinschaftsrechtlichen Impulse allerdings nicht zielgerichtet sind und sich deshalb unterschiedlich auswirken⁹⁷.

§ 3 Europäisierung des Gerichtszugangs

Die Kriterien des Gerichtszugangs sind dem nationalen Recht und der nationalen Dogmatik zu entnehmen, die für den indirekten Vollzug jedoch „europäisiert“ werden. Im Folgenden soll die damit einhergehende Überformung des subjektiv-öffentlichen Rechts im Rahmen der Antragsbefugnis im deutschen Vergaberecht des Ober- und des Unterschwellenbereichs und des in-térêt d'agir im französischen Vergaberecht untersucht werden.

I. Europäische Vorgaben

Hinsichtlich gemeinschaftsrechtlich vermittelter Rechtspositionen ist zwischen dem Maßstab zu unterscheiden, der für den Individualrechtsschutz vor den europäischen Gerichten⁹⁸ und der für die Einklagbarkeit europäisch bedingter Rechtspositionen vor den mitgliedstaatlichen Gerichten gilt⁹⁹. Entscheidend ist hier allein der letztere. Trotz des Grundsatzes der prozessrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten werden diese „Strukturvorgaben“¹⁰⁰ noch durch die prozessualen Mindeststandards der Rechtsmittelrichtlinie ergänzt¹⁰¹. Art. 1 der Rechtsschutzrichtlinie 89/665/EWG¹⁰² fordert, dass:

„jeder, der ein *Interesse* an der Erlangung des Auftrags hat oder hatte bzw. dem infolge des behaupteten Rechtsverstoßes ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht, möglichst *schnell wirksamen und durchsetzbaren Rechtsschutz* erlangen können muss.“

⁹⁷ So auch: L. Richer, Droit des contrats administratifs, 2004, Rn. 44.

⁹⁸ Zur Diskussion um eventuelle Rechtsschutzlücken vor EuGH und EuG: M. Burgi, in: H.-W. Rengeling u. a. (Hrsg.), Hdb. des Rechtsschutzes in der EU, 2003, S. 52 ff., P. Baumeister, EuR 40 (2005), S. 2 ff.

⁹⁹ „Maßstab der invocabilité“ R. Halfmann, VerwArch. 2000, S. 80, EuGH, Urteil vom 28.02.1991, Rs. C-131/88, Slg. 1991, I-825, „Grundwasserrichtlinie“, Rn. 6, Generalanwalt Stix-Hackl, Schlussanträge vom 15.03.2005, Rs. C-129/04, Sgl. 2005, I-07805, „Sofibail“, Rn. 54, EuGH, Urteil vom 20.09.2001, Rs. C-453/99, Sgl. 2001, I-06297, „Courage/ Crehan“, Rn. 29, Kopp/Schenke (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2005, § 1 VwGO, Rn. 20.

¹⁰⁰ F. Schoch, NVwZ 1999, S. 460.

¹⁰¹ Kritisch dazu: R. Halfmann, VerwArch. 2000, S. 75.

¹⁰² Europäischer Rat, Rechtsmittel-RL vom 21.12.1989, 89/665/EWG; Die spätere Änderung durch RL 92/50/EWG vom 18.06.1992 und die Richtlinie 92/13/EWG zur Erweiterung des Rechtsschutzes auf den Sektorenbereich vom 25.02.1992, enthalten inhaltsgleiche Bestimmungen.

Dem Wortlaut sowie dem Zweck der Rechtsmittelrichtlinie zufolge ist im nationalen Recht ein Gerichtszugang zu gewähren, um die europäisch bedingten Rechte des Einzelnen einer effektiven Kontrolle zuzuführen¹⁰³. Die Reichweite des einklagbaren Rechts und damit des Gerichtszugangs ergibt sich vor dem Hintergrund des „effet utile“-Grundsatzes gemäß Art. 10 EGV durch Auslegung der jeweiligen materiellen Koordinierungsrichtlinie und ihrer Erwägungsgründe. Es kommen alle Normen in Frage, die den öffentlichen Auftraggebern zum Schutze der Bieter vor Willkür der öffentlichen Auftraggeber Pflichten auferlegen wie die der Teilnahme und Publizität¹⁰⁴. Das Europarecht differenziert dabei nicht zwischen subjektiv-öffentlichen und privaten Rechten; ebenso wenig ist ihm die Orientierung an Individual- und Allgemeininteressen in der engen Form der deutschen Dogmatik bekannt. Nicht nur Bieter des betroffenen Verfahrens, sondern grundsätzlich alle Wirtschaftsteilnehmer, die für den Auftrag in Frage kommen und interessiert sind, sind potenziell klagebefugt¹⁰⁵. Das Erfordernis eines, wenn auch weit zu verstehenden Individualbezugs, lässt sich dennoch nicht von der Hand weisen¹⁰⁶. Auch das Gemeinschaftsrecht grenzt mithilfe einer individuellen Betroffenheit zu bloßen Rechtsreflexen ab¹⁰⁷. Bloße Normbefolgungsansprüche haben sich zu materiellen Rechtspositionen des Einzelnen fortentwickelt¹⁰⁸.

Der nationale Gerichtszugang muss den europäischen Vorgaben gerecht wer-

¹⁰³ L. Fichtner, Rechte des Einzelnen im Recht der Europäischen Gemeinschaft, 2005, S. 16, 122 ff., EuGH, Urteil vom 11.08.1995, Rs. C-433/93, Slg. 1995, I-2303, „Kommission/Deutschland“, Rn. 19, allg. zu prozessualen Rechtsschutzansprüchen: C. D. Classen, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 78, S. Stüber, JURA 2001, S. 803, E. Pache, DVBl 1998, S. 380.

¹⁰⁴ EuGH, Urteil vom 10.02.1982, Rs. C-76/81, Slg. 1982, 417, „Transporoute“, Rn. 17, EuGH, Urteil vom 28.02.1991, Rs. C-131/88, Slg. 1991, I-825, „Grundwasserrichtlinie“, Rn. 6, EuGH, Urteil vom 24.06.2004, Rs. C-212/02, VergabeR 2004, 587, „Kommission/Österreich“, Rn. 20, EuGH, Urteil vom 11.08.1995, Rs. C-433/93, Slg. 1995, I-2303, „Kommission/Deutschland“, Rn. 19, M. Schenk, Das neue Vergaberecht, 2001, S. 55, 56.

¹⁰⁵ A. Wichmann, Antragsbefugnis des Subunternehmers, 2006, S. 86, Dreher in: U. Immenga, u. a., Kommentar zum GWB, 2001, § 97 GWB, Rn. 176.

¹⁰⁶ M. Reiling, Zu individuellen Rechten im deutschen und im Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 416, 472, I. Renke, EG-Richtlinien und verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz, 1998, S. 265; selbst das in seinen Ursprüngen stark am verwaltungsrechtlichen System französischer Prägung angelehnte gemeinschaftseigene Rechtsschutzsystem hat sich durch den Ausbau subjektivrechtlicher Elemente emanzipiert und weist heute Faktoren des subjektiven sowie des objektiven Rechtsschutzes auf: S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 368 ff.

¹⁰⁷ F. Schoch, NVwZ 1999, S. 464, P. V. Dietze, Verfahrensbeteiligung und Klagebefugnis im EG-Recht, 1995, S. 145 ff., J. Schwarze, in: ders. (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 179.

¹⁰⁸ Die Subjektivierung begann mit: P. Becker, Der Einfluss des französischen Verwaltungsrechts auf den Rechtsschutz in den europäischen Gemeinschaften, 1963, Rn. 24; Wegener spricht von einer „moderaten Subjektivierung“: B. W. Wegener, Rechte des Einzelnen, 1998, S. 158 ff.; ähnlich: A. Wichmann, Antragsbefugnis des Subunternehmers, 2006, S. 73, V. Röben, Die Einwirkung der Rechtsprechung des EuGH, 1998, S. 128 ff., M. Gellermann, in: H.-W. Rengeling u. (Hrsg.), Hdb. des Rechtsschutzes in der EU, 2003, S. 669.

den. Es besteht aber keine europäische Theorie der „Rechte des Einzelnen“. Der EuGH hat anlässlich von Vorlagefragen und Vertragsverletzungsverfahren nicht mehr als Eckpunkte einer solchen Theorie entwickelt, die grundsätzlich sowohl mit dem Modell der Verletztenklage als auch der Interessenklage vereinbar sein sollen¹⁰⁹. So hat der EuGH zum Tatbestandsmerkmal „Interesse an einem öffentlichen Auftrag“ gemäß Art. 1 RechtsschutzRL lediglich ausgeführt, die Auslegung durch die Mitgliedstaaten dürfe die praktische Wirksamkeit der Richtlinie nicht beeinträchtigen¹¹⁰. Es wird verschiedentlich bedauert und kritisiert, dass die Vorgaben zur Theorie der „Rechte des Einzelnen“ fragmentarisch und damit ungenügend seien¹¹¹. Das Gemeinschaftsrecht gibt nur eine Art „Rohling“ vor, der durch das jeweilige nationale Recht bearbeitet werden muss¹¹². Detaillierte dogmatische Vorgaben können durch den EuGH bei siebenundzwanzig unterschiedlichen Rechtssystemen der Mitgliedstaaten jedoch bereits aus praktischen Überlegungen heraus nicht geleistet werden. Entscheidend ist ein stimmiges nationales Gesamtkonzept unter Berücksichtigung des Verfahrensablaufs und systematischer Besonderheiten wie einem automatischen Suspensiveffekt¹¹³. Eine unreflektierte Maximierung, die beispielsweise die großzügige Initiativberechtigung des französischen Prozessrechts mit der aufstrebenden Wirkung und der Kontrolldichte des deutschen Rechts kombinierte, ist weder gewollt noch wünschenswert¹¹⁴. Die Gewährleistung der gerichtlichen Durchsetzbarkeit unterliegt im indirekten Vollzug zudem grundsätzlich der prozessrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten. Für ein Mehr besteht gar keine Gemeinschaftskompetenz¹¹⁵. Nichtsdestotrotz zeigt sich nachfolgend, dass die Mindestvorgaben des Rechtsschutzstandards in ihrer direkten und indirekten Wirkung im Systemzusammenhang nicht zu unterschätzen sind¹¹⁶.

¹⁰⁹ Es ist von „Gleichwertigkeit“ die Rede: *M. Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2005, S. 800, 801.

¹¹⁰ EuGH, Urteil vom 12.02.2004, Rs. C-230/02, Sgl. 2004, I-01829, „*Grossmann Air Service*“, Rn. 42–43.

¹¹¹ *A. Wichmann*, Antragsbefugnis des Subunternehmers, 2006, S. 63, *L. Fichtner*, Rechte des Einzelnen im Recht der Europäischen Gemeinschaft, 2005, S. 153.

¹¹² *G. Winter*, NVwZ 1999, S. 470.

¹¹³ EuGH, Urteil vom 27.02.2003, Rs. C 327/00, Sgl. 2003, I-01877, „*Santex*“, Rn. 56.

¹¹⁴ So auch: *R. Wahl*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, Vorb. § 42 II VwGO, Rn.128.

¹¹⁵ EuGH, Urteil vom 07.07.1981, Rs. 158/80, Slg. 1981, 1805, „*Butterfahrten*“, Rn. 44; vgl. die Diskussion zur Legitimation der Tiefenwirkung der Europäisierung in Kapitel 1. § 3, II.

¹¹⁶ *Dörr* spricht hier anschaulich vom „Kraftfeld des Durchsetzungsanspruchs des Gemeinschaftsrechts“: *O. Dörr*, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 192.

II. Die Antragsbefugnis im Oberschwellenbereich

1. Einführung

Die Antragsbefugnis im deutschen Vergaberecht ist ein kompliziertes und undurchsichtiges Rechtsinstitut. Die Verwirrung ist typisch für eine starke europäische Überformung, der das Vergaberecht unterlag und noch unterliegt. Selbst Lehrbücher haben Mühe, hier für Klarheit zu sorgen – und ein Blick in die Spruchpraxis verwirrt endgültig. Es bietet sich ein widersprüchliches Bild unterschiedlicher Ansätze zwischen den nationalen Fachgerichten, der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der europäischen Gerichtsbarkeit: Nach Vorstellung deutscher Fachgerichte besteht der Sinn und Zweck der Antragsbefugnis darin, „unnötige“ Nachprüfungsverfahren zu verhindern. Nachprüfungsverfahren werden als unnötig angesehen, wenn ein Antragsteller einen Antrag stellt, dessen Angebot auch in einem ordnungsgemäß durchgeführten Verfahren den Zuschlag nicht erhalten hätte¹¹⁷. Dagegen besteht nach BVerfG und BGH der Zweck der Antragsbefugnis darin, offensichtlich unbegründete Anträge auszuschließen¹¹⁸. Der EuGH schließlich funktionalisiert die Antragsbefugnis, um die effektive Umsetzung des objektiven Vergaberechtsregimes unabhängig von der konkreten Zuschlagseignung des Angebots zu gewährleisten¹¹⁹. So können folgende drei Aussagen zur Antragsbefugnis parallel in einem Lehrbuch gefunden werden. Mit Hinweis auf die deutsche Spruchpraxis der Vergabekammern und der OLGs sind nur zuschlagsfähige Angebote antragsbefugt, die eine reale Aussicht auf den Zuschlag haben¹²⁰. Nach der Rechtsprechung des BVerfG reicht es dagegen aus, dass Vergaberechtsverstöße vorgetragen werden und dass die Verletzung in eigene Rechte schlüssig behauptet wird¹²¹. Die Rechtsprechung des EuGH fordert schließlich selbst eine Entscheidung in der Sache ein, wenn der Zuschlag wegen eines zwingenden Ausschlusses keinesfalls an den Antragsteller ergehen kann¹²².

So verwundert es nicht, dass Urteile des EuGH immer wieder zu Bestürzung

¹¹⁷ VK Ba-Wü, Beschluss vom 22.07.2004, 1 VK 49/04, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.04.2003, Verg 22/03, Lts. 2, „Ein Bieter, der an der letzten Stelle der Reihenfolge der Bieter und Angebote steht (hier: an sechster und letzter Stelle), hat keine Antragsbefugnis für einen Nachprüfungsantrag“; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.05.2001, Verg 24/01, IBR 2001, 453.

¹¹⁸ P. F. Bultmann, u. a., NZBau 2004, S. 651, O. Otting, VergabR 2004, S. 597.

¹¹⁹ Ausführlich unten § 3, IV, 1.

¹²⁰ S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 175.

¹²¹ S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 175.

¹²² S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 180.

und dogmatischer Verwirrung auf nationaler Ebene sorgen¹²³. Es besteht keine den europäischen Vorgaben angepasste Rechtsdogmatik¹²⁴. Auch wenn sich die Fachgerichte teilweise an die höherrangige Rechtsprechung annähern¹²⁵, herrschen in der Vergaberechtspraxis weiterhin Divergenzen in der Funktion und der Weite des Gerichtszugangs. Sie zeugen von den Spannungen, zu denen es beim indirekten Vollzug eines europäisch überformten Rechtsgebiets kommen kann und bieten Anschauungsmaterial für den allgemeinen Europäisierungsprozess des Gerichtszugangs im Individualrechtssystem. Im Rahmen der Antragsbefugnis des § 107 II GWB stellen sich letztlich die gleichen Fragen der Modifikation wie im Rahmen der Klagebefugnis des § 42 II VwGO¹²⁶. Im Europäisierungsdiskurs hat sich zwar die Einsicht durchgesetzt, dass sich eine enge Fassung des Gerichtszugangs angesichts der Funktionalität des europäisch bedingten Klagerechts auf Dauer nicht durchhalten lässt¹²⁷. Doch ist noch immer offen, wie eine Erweiterung im Zuge europäisch vorgegebener Klagerechte dogmatisch zu verarbeiten ist. Die Rezeptionsfähigkeit der deutschen Schutznormtheorie ist in Hinblick auf die materielle Gebundenheit des subjektiv-öffentlichen Rechts und den Bezug zum Schutzzweck strittig. Die nachfolgende Analyse soll dogmatische Klarheit für die Antragsbefugnis im Vergaberecht bringen, die die Praxis dringend für mehr Rechtssicherheit benötigt. Darüber hinaus sollen Schlussfolgerungen für eine moderne, europäisierte allgemeine Lehre des subjektiv-öffentlichen Rechts gezogen werden¹²⁸.

¹²³ EuGH, Urteil vom 28.10.1999, Rs. C-81/98, Slg 1999, I-7671, „*Alcatel Austria*“; vgl. dazu: *B. Malmendier*, DVBl 2000, S. 969, EuGH, Urteil vom 11.01.2005, Rs. C-26/03, Sgl. 2005, I-00001, „*Trea Leuna gegen Stadt Halle*“; vgl. dazu *W. Albin*, Handelsblatt vom 26.01.2005, „*Immer weniger Lücken im Vergaberecht*“: „Ein Paukenschlag aus Luxemburg, der den Handlungsdruck auf die Bundesregierung erhöht“.

¹²⁴ Man wartet auf „Schlaglichter im Dunklen“: *B. Köster, u. a.*, DVBl 2005, S. 1305.

¹²⁵ Vgl. die Kehrtwende des OLG Düsseldorf, die Antragsbefugnis zu bejahen, obwohl es an der Zuschlagsfähigkeit fehlt: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.03.2004, VII-Verg 7/04, VergabeR 2004, 517; vgl. dazu die Warnung einer: „drohenden Gefahr einer unzumutbaren Klageflut“: *B. Meißner*, VergabeR 2004, S. 520.

¹²⁶ Vgl. dazu bereits: *D. Triantafyllou*, NVwZ 1994, S. 943, *T. Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 234, 235.

¹²⁷ „Das gedachte „kompensierende“ Junktim zwischen engerer Klagebefugnis und höherer Kontrolldichte wird durch das EG-Recht jedenfalls zertrennt. Der Weg zu den Gerichten wird künftig kraft der europäischen Rechtsentwicklung in größerem Umfange offenstehen als bisher: *E. Schmidt-Aßmann*, DVBl 1997, S. 285, *C. Calliess*, in: *C. Nowak* (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, 2002, S. 84, *M. Burgi*, Verwaltungsprozess und Europarecht, 1996, S. 53, *F. Schoch*, in: *E. Schmidt-Aßmann u. a.* (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 280, *S. Hölscheidt*, EuR 36 (2001), S. 393, *J. Kokott*, Verw. 1998, S. 348.

¹²⁸ Kapitel 6. § 2. II.

2. Deutsche Umsetzung im Rahmen einer Verletztenklage

Seit Einführung des Vergaberechtsänderungsgesetzes zum 01.01.1999 gibt es subjektive einklagbare Rechte im Oberschwellenbereich. Dahin war es ein weiter Weg. Die Entwicklung über die „Integrationslösung“ und die „hausrechtsrechtliche Konzeption“ wurde als Beispiel für Umsetzungsprobleme im Zuge der europäischen Überformung des Vergaberechts dargestellt¹²⁹. Gemäß § 107 II GWB besteht die Antragsbefugnis im Nachprüfungsverfahren für denjenigen, der ein Interesse am Auftrag hat und für den eine Verletzung eigener Rechte im Sinne des § 97 VII GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften nicht ausgeschlossen werden kann¹³⁰. Damit setzte das Vergaberechtsänderungsgesetz das europarechtliche Vorbild des Art. 1 III RechtsmittelRL mit einer nahezu wortgleichen Formulierung um. Dennoch ist es auch nach der Einführung subjektiver einklagbarer Rechte zu gemeinschaftsrechtswidrigen Ergebnissen gekommen, und es bestehen in einzelnen zu erörternden Fallgruppen immer noch Zweifel hinsichtlich der Europarechtskonformität. Damit muss der eigentliche Unterschied zum Gemeinschaftsvergaberecht in der Funktionalität und der Dogmatik zu suchen sein, die das nationale Recht im indirekten Vollzug sozusagen mitbringt.

a) Umsetzung außerhalb von Art. 19 IV GG

Die Klagebefugnis übernimmt im Systemzusammenhang des Individualrechtsschutzes eine Filterfunktion. Nach Art. 19 IV GG ist der Rechtsschutz vor nationalen Gerichten grundsätzlich an die Verletzung subjektiver Rechte geknüpft. Nur ausnahmsweise und ergänzend sind auch Interessentenklagen und objektive einklagbare Rechtspositionen denkbar¹³¹. Gerade in der Anfangszeit nach Einführung der subjektiven Rechte im Vergaberecht ist eine Umsetzung als bloße Klagerechte, als „Initiativrechte“, außerhalb der Notion des subjektiv-öffentlichen Rechts vertreten worden, um die Folgen der Europäisierung für die herkömmliche Dogmatik möglichst zu begrenzen¹³². Im Vergaberecht, wo vorrangig das im allgemeinen Interesse liegende

¹²⁹ Kapitel 4, § 2, I. 2.

¹³⁰ VK Saarland, Beschluss vom 10.06.2005, 2 VK 01/2005, Ls. 1.

¹³¹ R. Wahl, u. a., in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, § 42 II VwGO, Rn. 25.

¹³² „Prozessrechtliche Lösung“: R. Wahl, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, Vorb. § 42 VwGO, Rn. 128, J. Kokott, Verw. 1998, S. 349, S. Gehring, Kompensation durch Senkung der gerichtlichen Kontrolldichte?, 2000, S. 77, 96, E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. 83, M. Burgi, Verwaltungsprozess und Europarecht, 1996, S. 54, J. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 225 ff., 229, der aber vor allem eine Diskussion um solche, auf die Funktionsträgerschaft reduzierte Rechte anregt; vgl. die Übersicht über

Ziel der Einhaltung des Vergabeverfahrens verfolgt wird, befürchtete man, die Umsetzung als subjektiv-öffentliche Rechte würde die dogmatischen Grenzen der Schutzzwecktheorie sprengen¹³³. Ein „Initiativrecht“ würde sich in der Möglichkeit erschöpfen, die mutmaßliche Rechtswidrigkeit der Verwaltungsmaßnahme vor ein Gericht zu bringen und die Schutznormtheorie nicht tangieren¹³⁴. Allerdings bestehen berechtigte Zweifel hinsichtlich der gemeinschaftsrechtlich eingeforderten Durchsetzbarkeit des europäisch bedingten materiellen Rechts¹³⁵. Dieses kann nicht vom prozessualen Recht getrennt werden, auf dass es um der effektiven Verwirklichung willen angewiesen ist¹³⁶. Entscheidend ist die jeweilige Gesamtsystematik, insbesondere die Abhängigkeit zwischen Klagerecht und Suspensiveffekt¹³⁷. Der Gerichtszugang kann über einfache Klagerechte in einem objektiven Rechtsschutzsystem wie dem französischen mit einem begrenzten Suspensiveffekt geregelt werden¹³⁸. Im System des Individualrechtsschutzes ist dies unter Beachtung des Äquivalenzgebots jedoch, wenn überhaupt, nur begrenzt möglich¹³⁹. Im Vergaberecht ist eine Umsetzung außerhalb des Art. 19 IV GG zudem nicht möglich, seitdem die Anwendbarkeit des Art. 19 IV GG im Jahre 2003 höchststrichlerlich anerkannt worden ist¹⁴⁰. Auch spricht gegen eine solche systemfremde Lösung, dass die Abkoppelung der Klagebefugnis vom subjektiv-öffentlichen Recht eine tiefe Zweispurigkeit zwischen europäisch bedingten und nationalen Rechten zur Folge hätte. Es ist nicht ausgeschlossen, dass eine solche Aufspaltung langfristig eine noch viel tiefere Neuorientierung nach sich ziehen würde als jede einspurige Anpassung¹⁴¹.

Das Gleiche gilt für die Umsetzung durch eine dem deutschen Recht system-

einzelne Vertreter aber kritische Bewertung: *B. W. Wegener*, Rechte des Einzelnen, 1998, S. 299, 300 ff.

¹³³ *K. Hailbronner*, NZBau 2006, S. 80, *J. Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 183 unter Verweis auf *Hailbronner*.

¹³⁴ *S. Stüber*, JURA 2001, S. 802.

¹³⁵ *G. Gruber, u. a.*, Europäisches Vergaberecht, 2005, S. 91, *L. Fichtner*, Rechte des Einzelnen im Recht der Europäischen Gemeinschaft, 2005, S. 123, *S. Stüber*, JURA 2001, S. 802, 803, *F. Sterner*, Rechtsbindungen und Rechtsschutz, 1996, S. 93, *J. Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 184, *T. Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 244, 245.

¹³⁶ *M. Reiling*, Zu individuellen Rechten im deutschen und im Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 459, *Kopp/Schenke* (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2005, § 42 VwGO, Rn. 153.

¹³⁷ *S. Gerstner*, Die Drittschutzdogmatik, 1995, S. 263.

¹³⁸ Dazu unter in VI. 2. Die Europäisierung des Gerichtszugangs im Referenzgebiet.

¹³⁹ *B. W. Wegener*, Rechte des Einzelnen, 1998, S. 299 ff., *T. Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 245, *C. D. Classen*, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 79, 80.

¹⁴⁰ BGH, Beschluss vom 18.02.2003, X ZB 43/02, NZBau 2003, 293, „Rohbauarbeiten“, *O. Otting*, VergabeR 2004, S. 603, so schon: *D. Triantafyllou*, NVwZ 1994, S. 944.

¹⁴¹ So schon: *S. Stüber*, JURA 2001, S. 803.

fremden Interessentenklage nach französischem Vorbild außerhalb des Art. 19 IV GG¹⁴². Mit der höchstrichterlichen Entscheidung zugunsten der Anwendbarkeit des Art. 19 IV GG scheidet diese Möglichkeit zumindest für das Vergaberecht aus¹⁴³. Auch spricht wiederum das Stimmigkeitsargument dagegen. Die Europäisierung ist möglichst in der bestehenden Rechtssystematik zu bestreiten¹⁴⁴. Bevor neue, systemfremde Institute und Kategorien herangezogen werden, müssen die alten Institute auf Funktionalität und Anpassungsfähigkeit hin analysiert werden. Ein Blick in die französische Rechtswirklichkeit zeigt zudem, dass die Interessentenklage weder das Allheilmittel darstellt, noch dass die landläufig gefürchteten Nachteile einer lähmenden Klageflut der Realität entsprechen¹⁴⁵.

b) Systemimmanente Umsetzung

Die im deutschen Recht als subsidiäre Klageart verankerte Feststellungsklage ist im Vergaberecht ungeeignet. Das weit zu fassende Feststellungsinteresse des § 43 II VwGO böte sich zwar an, jeder quantitativen und qualitativen Herausforderung des indirekten Vollzugs gerecht zu werden. Die Bestimmung eines verletzten subjektiven Rechts und die Abgrenzung konkreter Betroffenheit im Rahmen europäisch bedingter subjektiv-öffentlicher Rechte entfielen. Die Systemzusammenhänge der §§ 107 II, 114 GWB zwischen der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung des Nachprüfungsverfahrens, der Kontrolldichte und dem Suspensiveffekt zeugen aber von einem Systemverständnis, welches mehr als nur Feststellungsrechte notwendig macht¹⁴⁶. Zwar kann der Rechtssuchende keinen Anspruch auf den Zuschlag durchsetzen. Wird das Verfahren allerdings fortgeführt, ist die Vergabestelle verpflichtet, den Rechtsverstoß zu beseitigen und das Verfahren zumindest teilweise zu wiederholen. Dem Urteil im Nachprüfungsverfahren kommt unter Umständen auch eine kassatorische Wirkung zu. Als ultima ratio ist die Aufhebung des Verfahrens und die Nichtigkeitserklärung des Vertrags nach § 13 VgV möglich¹⁴⁷.

¹⁴² S. Gehring, Kompensation durch Senkung der gerichtlichen Kontrolldichte?, 2000, S. 18, 19, T. Ax, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 1997, S. 394 ff.

¹⁴³ So auch: A. Wichmann, Antragsbefugnis des Subunternehmers, 2006, S. 79, a. A. für das Umweltrecht: B. W. Wegener, Rechte des Einzelnen, 1998, S. 225 ff., 245 ff., für die allgemeine Ablösung der Verletzenklage durch die Interessentenklage bei europäisch bedingten Rechten: U. Baumgartner, Die Klagebefugnis nach deutschem Recht, 2005, S. 229.

¹⁴⁴ So auch: M. Ruffert, DVBl 1998, S. 74.

¹⁴⁵ Für das Umweltrecht: J.-M. Woehrling, NVwZ 1999, S. 502, J.-M. Woehrling, NZBau 1998, S. 462, 464.

¹⁴⁶ M. Kalinowsky, Der Anspruch der Bieter, 2000, S. 74.

¹⁴⁷ B. Fett, NZBau 2005, S. 142, K. Willenbruch, VergabeR 2005, S. 546.

Damit bleibt die Umsetzung als privates oder subjektiv-öffentliches Recht. Die subjektiven Rechte des Art. 19 IV GG können sowohl zivil- als auch öffentlich-rechtlicher Natur sein¹⁴⁸. Nach der Gesetzesbegründung des VgRÄG wurden im Vergaberecht herkömmliche subjektiv-öffentliche Rechte geschaffen¹⁴⁹. Vor dem Hintergrund der strittigen Zuordnung des Rechtsgebiets hat sich dem die Lehre aber nur teilweise angeschlossen¹⁵⁰. Nach der Gegenansicht bestehen in Hinblick auf den Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrags subjektive Rechte des Privatrechts¹⁵¹. Zumindest ist heute aber eine öffentlich-rechtliche Überformung des Rechtsgebiets auszumachen¹⁵². Entsprechend wird das dem Vertragsschluss vorangehende Vergabeverfahren teilweise als eigenständig anerkannt, und die Bieterrechte werden, unter Verweis auf die spezifisch öffentlich-rechtlichen Vorgaben, als subjektiv-öffentliche Rechte qualifiziert¹⁵³.

Dieser Meinungsstreit kann hier letztendlich dahingestellt bleiben, denn die Entscheidung ist für die Frage eines gemeinschaftsrechtsbedingten Anpassungsdrucks nur bedingt von Bedeutung. Sowohl private als auch subjektiv-öffentliche Rechte räumen dem Rechtsträger eine rechtlich anerkannte Rechtsmacht ein¹⁵⁴, aber nur das subjektiv-öffentliche Recht legitimiert den Einzelnen dazu, der Verwaltung eine objektive Rechtspflicht aufzuerlegen¹⁵⁵. Der Unterschied des öffentlichen zum privaten Recht besteht deshalb neben einem zugrunde liegenden Rechtssatz des öffentlichen Rechts im weiteren Sinne in der zwingenden normativen Begründung des subjektiv-öffentlichen Rechts durch die Schutznormtheorie¹⁵⁶. Das geschützte Interesse, der Schutzzweck, ist ein herleitungspflichtiges konstitutives Element des subjektiv-öffentlichen Rechts, während das Interesse im Privatrecht lediglich deskriptives Merkmal des subjektiven Privatrechts ist¹⁵⁷. Im Vergaberecht erfolgt die Her-

¹⁴⁸ H. D. Jarass, u. a., Kommentar zum GG, Art. 19 GG, Rn. 21, S. Stüber, JURA 2001, S. 798.

¹⁴⁹ Gesetzesbegründung vom 03.12.1997, „RegE-VgRÄG“, Bt-Drs.13/9340, Zu § 106 Abs. 6 Satz 2 (neu), S. 44, 45, J. Schwarze, EuZW 2000, S. 138.

¹⁵⁰ So aber: D. Triantafyllou, DÖV 1997, S. 192, 197, K. Willenbruch, NVwZ 1999, S. 1062, D. R. Lüick, Vorläufiger Rechtsschutz und Vergaberecht, 2003, S. 135, O. Dörr, DÖV 2001, S. 1019, P. M. Huber, in: FS Schiedermaier, 2001, S. 773.

¹⁵¹ C. Erdl, Vergaberechtsschutz, 1999, Rn. 267, 457, M. Kalinowsky, Der Anspruch der Bieter, 2000, S. 54, 62 m.w.N.

¹⁵² Kapitel 3, § 3. I. 2. d).

¹⁵³ Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 20.09.2005, 15 E 118805, IBR 2006, 39, NZBau 2006, 67.

¹⁵⁴ E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. 68, B. Schlicher, in: FS für Bydliński, 2002, S. 353, S. 353, 365.

¹⁵⁵ S. Stüber, JURA 2001, S. 799.

¹⁵⁶ R. Wahl, u. a., in: Kommentar zur VwGO, Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), 2006, § 42 VwGO, Rn. 17, H. P. Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956, S. 62, H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2004, § 8, Rn. 6 ff.

¹⁵⁷ H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2004, § 8, Rn. 7.

leitung der Antragsbefugnis unter Bezugnahme auf den Zweck des Bieterschutzes, um eine Verpflichtung der Vergabestelle zu begründen¹⁵⁸. Gerade dieser Bezug zum Schutzzweck ist im Zuge der Europäisierung des Gerichtszugangs jedoch problematisch¹⁵⁹. Entsprechend stellt sich die Frage der Europäisierung des Schutzzweckes im Vergaberecht, selbst wenn Bieterrechte im Vergaberecht als subjektive Rechte des Privatrechts oder des Verwaltungsprivatrechts eingeordnet werden.

Damit kann die Europäisierung der Antragbefugnis im Vergaberecht und die der Klagebefugnis des § 42 II VwGO als Aspekte desselben Prozesses begriffen werden. Das Vergaberecht ist nur im besonderen Maße von den europäischen Impulsen betroffen, da es zuvor überhaupt keine subjektiven einklagbaren Rechte kannte. Zwar nehmen die Fachgerichte nur verhalten ausdrücklichen Bezug auf die Schutznormtheorie¹⁶⁰. Schließlich gilt im Oberschwellenbereich ein eigenes Prozessrecht des GWB. Gleichwohl werden die für § 42 II VwGO geltenden Grundsätze zur Darlegung der behaupteten Rechtsverletzung auch im Vergaberecht herangezogen¹⁶¹. Die Europäisierung der Antragsbefugnis im Vergaberecht fordert damit die Frage nach der Leistungsfähigkeit der deutschen Schutzzwecktheorie heraus. Seit Mitte der 1990er Jahre wird ein Streit darüber geführt, ob die traditionelle Dogmatik der Schutznormtheorie im europäisierten Bereich anwendbar ist¹⁶². Wird dies von den Einen im verwaltungsrechtlichen Europäisierungsdiskurs verneint¹⁶³, sehen die Anderen die Theorie als gänzlich unberührt an und meinen stattdes-

¹⁵⁸ Vgl. zur Reichweite des bieterschützenden Charakters des § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A: VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 15.05.2006, VK-SH 10/06, IBR 2006, 1409, zu § 25 Nr. 2 VOL/A: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.09.2006, Verg 49/06, II. 2., „die ihren Schutz bezweckenden Vorschriften“: Gesetzesbegründung vom 03.12.1997, „RegE-VgRÄG“, Bt-Drs.13/9340, § 106 VI GWB a. F. - § 97 VII n. F., Anlage 3, J. Schwarze, EuZW 2000, S. 138, M. Schenk, Das neue Vergaberecht, 2001, S. 55, 56.

¹⁵⁹ Zu diesem Spannungsverhältnis speziell im Umweltrecht auch: F. Schoch, NVwZ 1999, S. 459.

¹⁶⁰ „Ausgangspunkt für die Frage, welche vergaberechtlichen Vorschriften auch subjektiven Bieterschutz vermitteln, ist die Schutznormlehre“: VK Ba-Wü, 1 VK 52/03, II. 7.1., a. A. OLG Brandenburg, Beschluss vom 03.08.1999, 6 Verg 1/99, NZBau 2000, 39, „Flughafen Schönefeld“.

¹⁶¹ Gesetzesbegründung vom 03.12.1997, „RegE-VgRÄG“, Bt-Drs.13/9340, S. 14, P. F. Bultmann, u. a., NZBau 2004, S. 654, O. Reidt, in: ders. u. a. (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2003, § 107 GWB, Rn. 18, F. A. Schumacher, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, 1998, S. 176, A. Wichmann, Antragsbefugnis des Subunternehmers, 2006, S. 66 ff., vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 22.02.2000, 17 W 1/00, ähnlich: VK Bund, Beschluss vom 12.10.2000, VK 2-32/00, WuW 2001, 334; ablehnend dagegen: BGH, Beschluss vom 18.05.2004, X ZB 7/04, NZBau 2004, 457, VergabeR 2004, 473, 480.

¹⁶² „Adaption bis in die inhaltliche Entleerung ihrer eigenen Kriterien (...) die Lehre gerät in eine richtungslose Offenheit“: J. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 187, 189, C. D. Classen, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 57 ff.

¹⁶³ C. Erdl, Vergaberechtsschutz, 1999, Rn. 161 ff., M. Gellermann, in: H.-W. Rengeling u. a. (Hrsg.), Hdb. des Rechtsschutzes in der EU, 2003, S. 666, M. Reiling, DÖV 2004, S. 181, J.-M. Woehrling, NZBau 1998, S. 467.

sen eine Übernahme des Schutzzweckes durch den EuGH erkennen zu können¹⁶⁴. Nach vermittelnder und mittlerweile erstarkter Ansicht ist die Schutznormtheorie rezeptionsfähig, aber sieht sich Modifikationen unterworfen. Es wird von einer *gemeinschaftsrechtlich aufgeladenen Schutznormlehre* gesprochen¹⁶⁵. Für das Referenzgebiet ist einzig dieser systemimmanente Weg gangbar. Doch ist zu erörtern, was dies konkret für die Rechtsschutzsystematik bedeutet und welche Probleme auch bei dieser systemimmanenten Lösung auftreten.

3. Instrumentalisierung der Schutznormtheorie

Ein Grund für die schleppende Einführung der subjektiven Rechte in den 1990er Jahren war die Furcht vor Investitionshemmnissen in Folge einer Flut langwieriger Gerichtsverfahren. Als die grundsätzliche Einführung eines Primärrechtsschutzes nicht mehr verhindert werden konnte, versuchte der Gesetzgeber über eine Eingrenzung der Klageberechtigten die Zahl der Klagen zumindest zu begrenzen. Mit der Einführung der Bieterrechte im Vergaberecht begann deshalb ein „Leidensweg des subjektiv-öffentlichen Rechts“¹⁶⁶. Schon während der Gesetzesarbeiten zum VgRÄG stellte sich die Frage, wann „bieterschützende Normen“ als Voraussetzung der Verletzung eigener Rechte nach § 107 II, 97 VII GWB vorlägen. Die Erstfassung und die amtliche Begründung zum VgRÄG begrenzten die Bieterrechte auf wenige bieterschützende Vergaberechtsregelungen; den übrigen Verfahrensbestimmungen sollte der Charakter bloßer Ordnungsvorschriften zukommen¹⁶⁷. Bei dieser Gesetzesbegründung ist es geblieben, wenn auch der endgültige Wortlaut des VgÄG von der Formulierung „bieterschützende Normen“ Abstand genommen hat. Angesichts des erklärten rechtspolitischen Interesses an einem begrenzten Klägerkreis wurde der Schutzzweck in den Anfängen des Vergaberechtsänderungsgesetzes von den Spruchkörpern allerdings entsprechend sehr streng gehandhabt und stellte im Ergebnis eine hohe Hürde für die Antragsbefugnis dar¹⁶⁸. Eine solche enge Filterfunktion des Schutzzweckes ist allerdings mit den herausgearbeiteten gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für Rechte Einzelner nicht vereinbar. Schon wurde das Ende der Schutz-

¹⁶⁴ So noch *D. Triantafyllou*, NVwZ 1994, S. 944.

¹⁶⁵ *F. Schoch*, in: E. Schmidt-Abmann (Hrsg.), Festgabe BVerwG, 2003, S. 514 ff., *C. Calliess*, in: C. Nowak (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, 2002, S. 85 ff., *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 445.

¹⁶⁶ *M. Kalinowsky*, Der Anspruch der Bieter, 2000, S. 310.

¹⁶⁷ Gesetzesbegründung vom 03.12.1997, „RegE-VgRÄG“, Bt-Drs.13/9340, S. 14, *C. Erdl*, Vergaberechtsschutz, 1999, Rn. 459.

¹⁶⁸ *C. Erdl*, Vergaberechtsschutz, 1999, Rn. 176, 460.

zwecktheorie im Vergaberecht ausgerufen¹⁶⁹. Doch verkennt dies die grundsätzliche Offenheit der Schutzzwecktheorie¹⁷⁰. Hier stand nicht die nationale Dogmatik der Umsetzung im Wege, sondern der politische Wille. Die Schutznormtheorie ist als Argument gegen die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben vorgeschoben worden; sie ist zur Begrenzung der Klagebefugnis geradezu instrumentalisiert worden¹⁷¹. Das zu enge Verständnis konnte denn auch im Wege einer europarechtskonformen Auslegung des § 97 VII GWB um einer effektiven Verwirklichung des materiellen Richtlinienrechts willen überwunden werden¹⁷². Heute sind die materiellen Vergabevorschriften regelmäßig als *potenziell bieterschützend* auszulegen, auch und sogar in erster Linie Verfahrensvorgaben. Ausgenommen sind lediglich Normen, die die Rechtsbeziehung zum Bieter unberührt lassen, wie die Statistikpflichten des Auftraggebers gemäß § 22 VgV. Damit kann weiterhin zwischen Normen mit Schutzcharakter und rein objektiv wirkenden Ordnungsvorschriften differenziert werden. Die Schutznormtheorie ist grundsätzlich rezeptionsfähig.

III. Analyse des Anpassungsdrucks und des Friktionspotenzials

Veränderungs- und Anpassungsprozesse des Rechts schlagen sich in einer veränderten Anwendung des Rechts nieder. Nachfolgend soll deshalb der Prozess der Europäisierung des subjektiv-öffentlichen Rechts im Referenzgebiet mithilfe einer Analyse der Spruchpraxis veranschaulicht werden. Vor allem sollen die viel beschworenen Friktionen im Zuge der europäischen Überformung untersucht werden, um den Umfang der notwendigen Transformationsleistung zu ermitteln. Die Praxis zeigt, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 107 II GWB noch immer eine Hürde darstellen, an der Nachprüfungsanträge nicht selten scheitern¹⁷³. Als die enge Auslegung der

¹⁶⁹ OLG Brandenburg, Beschluss vom 03.08.1999, 6 Verg 1/99, NZBau 2000, 39, „Flughafen Schönefeld“, C. Erdl, Vergaberechtsschutz, 1999, Rn. 461-469, T. Ax, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 1997, S. 394 ff.; Winter spricht sich dafür aus, „diesen Balast abwerfen“: G. Winter, NVwZ 1999, S. 468.

¹⁷⁰ „Das ist keineswegs verfassungsrechtlich geboten, weil Art. 19 IV GG zwar den subjektiven Rechtsschutz garantiert, ohne objektive Rechtskontrollen auszuschließen“: L. Michael, in: U. Blaurock (Hrsg.), Gerichtsverfahren zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie, 2005, S. 127; ähnlich: P. F. Bultmann, u. a., NZBau 2004, S. 654 sowie F. Schoch, NVwZ 1999, S. 457, 465.

¹⁷¹ Eine solche rechtspolitische Instrumentalisierung der Schutznormtheorie zur Eingrenzung der Klagbarkeit ist nicht unbekannt, wie die Erfahrungen mit dem Kartellrecht Anfang der 1970er Jahre zeigen: R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, 1971, S. 88.

¹⁷² M. Kalinowsky, Der Anspruch der Bieter, 2000, S. 70 ff., M. Schenk, Das neue Vergaberecht, 2001, S. 47 ff., 55, 56; aktuelle Übersicht: H. Schaller, BayVBl, Bd. 138 (2007), S. 750-753.

¹⁷³ DSTGB, Newsletter „Vergabe“, 08/2002.

Schutznormtheorie aufgegeben werden musste, etablierte sich die Tatbestandsvoraussetzung des „Schadens“ gemäß § 107 II 2 GWB zum entscheidenden Kriterium, um den Kreis der Klageberechtigten ab- und vor allem einzugrenzen¹⁷⁴. Diese Filterfunktion des Schadens sah schon die Gesetzesbegründung zu § 107 II 2 GWB vor, um zu verhindern, dass ein Bieter, der in einem ordnungsgemäß durchgeführten Vergabeverfahren keine Aussicht auf den Zuschlag gehabt hätte, ein Nachprüfungsverfahren einleiten kann¹⁷⁵. Dagegen ist der Schaden nach der Rechtsmittelrichtlinie weit zu verstehen¹⁷⁶. Folglich besteht ein grundsätzliches Friktionspotenzial, hervorgerufen durch den Widerspruch zwischen dem funktionalen Ansatz des Klagerechts nach Gemeinschaftsvergaberecht und der Filterfunktion des Gerichtszugangs in der deutschen Individualrechtsschutzsystematik. Außerdem bedeutet die Einklagbarkeit der verfahrensrechtlichen Rechtmäßigkeit ein weiteres Friktionspotenzial.

Das Friktionspotenzial wird anhand von Fallgruppen – in der Vergaberechtspraxis ab 1999 (Einführung des VgRÄG) sehr häufig auftretender Konstellationen – veranschaulicht. Zwar geht mit der Bildung von Fallgruppen eine gewisse, nicht vermeidbare Pauschalisierung der Spruchpraxis einher. Nur so können allerdings übergeordnete Probleme der Europäisierung anschaulich gemacht werden, die die Grundlage für eine Reflexion der Europäisierungseffekte bilden können – vor allem der Rezeptionsfähigkeit der Schutznormtheorie im deutschen Recht.

1. Einklagbarkeit der verfahrensrechtlichen Rechtmäßigkeit

Das Vergaberechtsregime ist formstreu. Sowohl die Bieter als auch die Vergabestelle sind umfangreichen formellen Pflichten des Vergabeverfahrens unterworfen. Die Verfahrensvorschriften sollen das Ziel des offenen und gleichberechtigten Zugangs des einzelnen Bieters zum Vergaberechtsmarkt gewährleisten und sind deshalb als potenziell bieterschützend „kraft Natur der Sache“ anzusehen¹⁷⁷. Einklagbar ist beispielsweise die Einleitung eines Verfahrens, die richtige Wahl und die richtige Durchführung des Vergabever-

¹⁷⁴ M. Schenk, Das neue Vergaberecht, 2001, S. 109.

¹⁷⁵ A. Boesen, Vergaberecht, 2000, § 107 GWB, Rn. 50–52, C. Erdl, VergabeR 2003, S. 479.

¹⁷⁶ M. Kalinowsky, Der Anspruch der Bieter, 2000, S. 188, M. Schenk, Das neue Vergaberecht, 2001, S. 108, Nach a. A. ist der Schaden ein Erfordernis des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis. Hier verschwimmt die Abgrenzung über den Schutzzweck und das Rechtsschutzbedürfnis miteinander: S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 173.

¹⁷⁷ T. Ax, u. a., ZfBR 2006, S. 124.

fahrens¹⁷⁸. Diese weite Einklagbarkeit des Verfahrens schafft Friktionspotenzial: Nach traditionellem Verständnis der deutschen Individualrechtsschutzsystematik ist das Verfahren primär dem öffentlichen Interesse verpflichtet und begründet im Regelfall keine subjektiv-öffentlichen Rechte¹⁷⁹. Die dienende Funktion des Verfahrens beschränkt sich auf die Durchsetzung des materiellen Rechts¹⁸⁰. Zwar sind im Zuge des Bedeutungszuwachses der Grundrechte fallgruppenartig sogenannte absolute Verfahrensrechte, als vom materiellen Recht unabhängige, selbstständig durchsetzbare verfahrensrechtliche Rechtspositionen, geschaffen wurden¹⁸¹. Im Vergaberecht sind die Verfahrensvorgaben jedoch akzessorisch an das Vorliegen eines subjektiven Rechts gebunden¹⁸². Im Referenzgebiet veranschaulicht sich damit ein grundsätzliches Problem des deutschen Individualrechtsschutzsystems im Zuge der europarechtlich gebotenen Kontrolle der verfahrensrechtlichen Rechtmäßigkeit¹⁸³:

a) *De-facto-Vergaben*

Die Ausschreibung ist regelmäßig öffentlich bekannt zu geben. Sind die Schwellenwerte erreicht, muss europaweit im Amtsblatt veröffentlicht werden¹⁸⁴. Erst die Ausschreibung bewirkt Transparenz und Wettbewerb und kann die effektive Rechtsanwendung des Vergaberechts gewährleisten¹⁸⁵. Wird nicht ausgeschrieben, obwohl die Pflicht dazu bestanden hätte, bei-

¹⁷⁸ BGH, Beschluss vom 01.02.2005, X ZB 27/04, NZBau 2005, 290, VergabeR 2005, 328, BayObLG, Beschluss vom 22.01.2002, Verg 18/01, VergabeR 2002, 244, IBR 2002, 206.

¹⁷⁹ F. Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 2002, Rn. 541, 545, C. Erdl, Vergaberechtsschutz, 1999, Rn. 162–165, R. Stober, Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1993, S. 35, C. Ladenburger, Verfahrensfehlerfolgen, 1999, S. 359 ff.; zur Friktion im Umweltrecht: D. Ehlers, DVBl 2004, S. 1446.

¹⁸⁰ Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Kommentar zum VwVfG, 2001, § 1 VwVfG, Rn. 4, M. Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2005, S. 524.

¹⁸¹ R. Wahl, u. a., in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, § 42 II VwGO, Rn. 72; daneben werden im Anschluss an den Mülheim-Kärlich-Beschluss und das Kalkar-Urteil des BVerfG „abgeschwächte“ drittschützender Verfahrenspositionen über staatliche Schutzpflichten gegen potentiell gefährlichen Anlagen als unselbständige oder relative Verfahrensrechte zugelassen: C. Ladenburger, Verfahrensfehlerfolgen, 1999, S. 361 m.w.N.

¹⁸² „Die Vergabekammern können allein das Unterlassen einer europaweiten Ausschreibung nicht zum Anlass für eine Rechtmäßigkeitskontrolle nehmen. Vielmehr muss der Antragsteller darlegen, dass er durch diesen Vergaberechtsverstoß tatsächlich in seinen Rechten gemäß § 114 I GWB verletzt ist“: VK Münster, Beschluss vom 19.09.2006, VK 12/06, Lts. 3; ähnlich: VK Sachsen, Beschluss vom 12.05.2005, 1/SVK/038-05, Lts. 3.

¹⁸³ So auch: C.-W. Otto, ZfBR 2005, S. 25.

¹⁸⁴ Vgl. §§ 17, 17 a VOB/A sowie die Bekanntmachungs-Muster zu § 17 VOB/A, geändert zum 07.09.2005 in Entsprechung des Common Procurement Vocabulary.

¹⁸⁵ J. Schwarze, u. a., Die Implementation von Gemeinschaftsrecht, 1993, S. 63, Europäische Kommission, Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004, Erwgr. 39.

spielsweise weil die Voraussetzungen eines vergaberechtsbefreiten In-house-Geschäfts¹⁸⁶ tatsächlich nicht gegeben oder die Schwellenwerte verkannt worden sind, liegt eine De-facto-Vergabe vor¹⁸⁷. Dies kommt in der deutschen Vergaberechtspraxis oft vor¹⁸⁸. Der EuGH hat gerade die Voraussetzungen einer vergaberechtsbefreiten In-house-Vergabe in den letzten Jahren merklich verschärft. Waren die Tatbestandsvoraussetzungen einer In-house-Vergabe seit dem ersten Urteil des EuGH, „Teckal“¹⁸⁹ im Detail noch ungeklärt und ließen den nationalen Auftraggebern vor allem im Bereich der kommunalen Auftragsvergabe einen gewissen Spielraum, so hat der EuGH diese Lücken nun geschlossen¹⁹⁰. Ausschreibungsbefreite In-house-Geschäfte im engen Sinne liegen nur noch dann vor, wenn innerhalb einer Behörde in Form eines bloßen Organisationsaktes gehandelt wird. Sobald personenverschiedene Vertragspartner vorliegen, müssen zusätzliche Kriterien im Einzelfall unabhängig von Kapitalbeteiligung und Rechtsform der Vergabestelle gegeben sein¹⁹¹.

Die Durchführung der Vergabe unter Missachtung der formellen Bekanntmachungsverpflichtung stellt einen sehr schweren Verstoß dar. Gerade weil die Veröffentlichung so entscheidend ist, muss die Kontrolle einer De-facto-Vergabe möglichst rasch und wirksam erfolgen¹⁹². Dabei müssen möglichst viele berechtigt sein, eine Kontrolle auf nationaler Ebene einzuleiten, der Spruchpraxis des EuGH zufolge auch außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens¹⁹³. Je weiter die gemeinschaftsrechtlichen Bekanntmachungspflichten gezogen werden, wie dies im Bereich der In-house-Vergaben geschehen ist, desto weiter dehnt sich die Antragsbefugnis hinsichtlich der Kontrolle von Verfahrensvorschriften im nationalen Rechtsschutz aus und kollidiert mit dem nationalen Systemverständnis von der dienenden Funktion der Formvor-

¹⁸⁶ Unter einem vergaberechtlichen Inhouse-Geschäft wird die Leistungserbringung innerhalb einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder mit einem eng verbundenen Auftragnehmer verstanden. Unter bestimmten Voraussetzungen sind derartige Vergaben (Eigenleistungen) nicht den Regelungen des Vergaberechts unterworfen.

¹⁸⁷ Der Begriff der „De-facto-Vergabe“ ist irreführend, da nicht nur „de facto“, sondern auch „de jure“ eine Vergabe erfolgt ist beziehungsweise bevorsteht: *M. Burgi*, NZBau 2003, S. 17.

¹⁸⁸ Kapitel 4, § 2, I. 3.

¹⁸⁹ EuGH, Urteil vom 18.11.1999, Rs. C-107/98, Slg. 1999, I-8123, „Teckal“, NZBau 2000, 90.

¹⁹⁰ S. *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 39, *A. Koman*, ZfBR 2005, S. 350; dazu auch in Kapitel 4, § 2, II. 3.

¹⁹¹ EuGH, Urteil vom 11.01.2005, Rs. C-26/03, Sgl. 2005, I-00001, „Trea Leuna gegen Stadt Halle“, Rn. 52; bestätigt durch: EuGH, Urteil vom 11.05.2006, Rs. C-340/04, Sgl. 2006, I-04137, „Carbotermo“, Rn. 36 ff., EuGH, Urteil vom 18.04.2007, Rs. C-295/05, n. veröffentl.

¹⁹² EuGH, Urteil vom 11.01.2005, Rs. C-26/03, Sgl. 2005, I-00001, „Trea Leuna gegen Stadt Halle“, Rn. 33, 41.

¹⁹³ EuGH, Urteil vom 11.01.2005, Rs. C-26/03, Sgl. 2005, I-00001, „Trea Leuna gegen Stadt Halle“, Rn. 33.

schriften sowie dem Bedürfnis nach Begrenzung der Nachprüfbarkeit. So verwundert es nicht, dass die Einklagbarkeit von De-facto-Vergaben in der deutschen Spruchpraxis lange ausgeschlossen war. Es wurde bereits der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB verneint, weil kein Vergabeverfahren vorliegt¹⁹⁴. Zudem hat sich die Frage der Antragsbefugnis regelmäßig gar nicht gestellt, weil die Betroffenen nicht rechtzeitig vor der Zuschlagserteilung von der De-facto-Vergabe erfahren haben, um noch tätig werden zu können. Sehr umstritten ist aus diesem Grund die Anwendbarkeit der Nichtigkeitsrechtsfolge des § 13 S. 6 VgV auf De-facto-Vergaben¹⁹⁵. Die (noch) herrschende Auffassung im Schrifttum verneint diese mit der Begründung, § 13 VgV spreche nur von „Bietern“, setze also ein Vergabeverfahren voraus und sei weder unmittelbar, noch analog, noch in richtlinien- bzw. verfassungskonformer Auslegung auf Vergaben ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens anwendbar¹⁹⁶. Nach der Gegenansicht ist § 13 VgV erst recht auf diesen frontalen Verstoß gegen das Vergaberecht anwendbar¹⁹⁷. Tatsächlich bleibt die De-facto Vergabe ohne effektive Sanktion, solange weder die Nichtigkeitsrechtsfolge Anwendung findet noch eine Rückabwicklungspflicht begründet wird¹⁹⁸. So überrascht es nicht, dass momentan vor dem EuGH mehrere Vertragsverletzungsverfahren anlässlich rechtswidriger De-facto-Vergaben erheblicher Auftragssummen in Deutschland anhängig sind¹⁹⁹. Nicht zuletzt wegen dieser Verfahren ist Bewegung in die Frage des Rechtsschutzes gegen De-facto-Vergaben gekommen. Mehr und mehr scheint sich in der Fachgerichtsbarkeit die Einklagbarkeit der formellen Vergaberechtsverstöße durch eine De-facto-Vergabe unter Verweis auf die

¹⁹⁴ M. Burgi, NZBau 2003, S. 16 ff.

¹⁹⁵ F. L. Hausmann, u. a., ZfBR 2005, S. 311, 312, K. Stockmann, NZBau 2003, S. 595, 596, Ingenstau/Korbion (Hrsg.), Kommentar VOB A/B, 2004, Allg. Grundlagen, Rn. 4; Übersicht über die heterogene Spruchpraxis: H. Franke, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „*Evaluierung des VgRÄG*“, Bt-Drs.15/2034, S. 19, 20, vgl. die Begrenzung der Nichtigkeitsrechtsfolge durch die künstliche Konstruktion der „vorgelagerten Stufe“: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.04.2005 VII-Verg 93/04, VergabeR 2005, 513.

¹⁹⁶ K. Heuvels, u. a., NZBau 2001, S. 479 ff., C. Antweiler, VergabeR 2004, S. 110, E. Putzier, DÖV 2002, S. 519, W. Wegmann, NZBau 2001, S. 478, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.12.2003, Verg 37/03, IBR 2004, 86.

¹⁹⁷ S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 28, nach a. A. ist der Vertrag nach § 134 bzw. § 138 BGB nichtig: M. Müller-Wrede, u. a., VergabeR 2002, S. 7, 9 m.w.N.

¹⁹⁸ So auch: U. Stelkens, NZBau 2003, S. 661.

¹⁹⁹ Vgl. die Direktvergabe eines Auftrags über Sicherheitskontrolldienste am Flughafen Frankfurt/Main: Ip/06/1375, Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 12.10.2006, „*Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland*“, Direktvergabe von Verträgen und Konzessionen im Bereich Rettungstransporte: Ip/06/1784, Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 13.12.2006, „*Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland*“, Direktvergabe einer Dienstleistungskonzession für den Busverkehr in der Stadt Worms: Ip/06/886, Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 29.06.2006, „*Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland*“.

höchstrichterliche Rechtsprechung des BGH und des EuGH durchzusetzen²⁰⁰. Der BGH hat mit Beschluss vom 01.02.2005 zumindest eine analoge Anwendung des § 13 S. 6 VgV für den Fall anerkannt, dass mit mehreren Bietern ohne ein förmliches Verfahren Verhandlungen geführt worden sind und diese Angebote abgegeben haben²⁰¹.

Damit stellt sich die Frage nach der Antragsbefugnis und der praktischen Handhabung eines solchen Klagerechts zur Kontrolle des Verfahrens. Es ist unklar, wer vom bevorstehenden Vertrag informiert und wem abseits jedes Vergabeverfahrens eine Antragsbefugnis über Art. 3 I GG eingeräumt werden soll – wer also in dem hypothetischen Beschaffungsvorgang hätte beteiligt und im Sinne des § 13 S. 6 VgV hätte benachrichtigt werden müssen²⁰². Es wird zu Recht gefragt, ab wann sich ein Unternehmen den Schutz der Gleichbehandlung verdient hat, wenn kein reales Verfahren durchgeführt und kein Angebot abgegeben wurde²⁰³. Es ist zu bedenken, dass keine Rügepflicht als systemstabilisierende und damit das Nachprüfungsverfahren begrenzende Zulässigkeitsvoraussetzung besteht²⁰⁴. Auf die Generalklausel von Treu und Glauben kann zur Begrenzung der Nachprüfungsverfahren nur restriktiv zurückgegriffen werden²⁰⁵. So muss die Spruchpraxis die Reichweite des Anspruchs auf Durchführung des Vergabeverfahrens für diese Fallgruppe festlegen und einheitliche Kriterien der konkreten Betroffenheit potenzieller Bieter für die praktische Handhabbarkeit des Klagerechts entwickeln²⁰⁶.

b) Beendigung des Vergabeverfahrens durch Aufhebung

Eine weitere strittige Konstellation der Einklagbarkeit von Verfahrensvorgaben betrifft die Entscheidung der Vergabestelle, das Vergabeverfahren vorzeitig zu beenden. Es gibt viele vernünftige und sachliche Gründe, die den Ausschreibenden veranlassen können, eine einmal in die Wege geleitete Ausschreibung abzubrechen und den Zuschlag nicht zu erteilen²⁰⁷. Zum Beispiel

²⁰⁰ Vgl. die neuere Rspr.: OLG Naumburg, Beschluss vom 15.03.2007, 1 Verg 14/06, Lts. 3, II.2., VK Bund, Beschluss vom 20.05.2003, VK 1-35/03, IBR 2003, 491, OLG Jena, Beschluss vom 14.10.2003, 6 Verg 5/03, BGH, Beschluss vom 01.02.2005, X ZB 27/04, NZBau 2005, 290, VergabeR 2005, 328, OLG Naumburg, Beschluss vom 15.03.2007, 1 Verg 14/06, Lts. 3, *M. Burgi*, NZBau 2003, S. 18.

²⁰¹ BGH, Beschluss vom 01.02.2005, X ZB 27/04, NZBau 2005, 290, VergabeR 2005, 328.

²⁰² *O. Reidt*, in: ders. u. a. (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2003, § 107 GWB, Rn. 25.

²⁰³ *R. Vetter*, u. a., EuZW 2005, S. 590, *J. Ruthig*, u. a., Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 362.

²⁰⁴ *A. Rosenkötter*, NZBau 2004, S. 137.

²⁰⁵ *F. L. Hausmann*, u. a., ZfBR 2005, S. 310.

²⁰⁶ Kapitel 5, § 3, IV. 2 c) bb).

²⁰⁷ *R. Weyand*, Kommentar Vergaberecht, 2006, § 26 VOB/A, Rn. 4696 ff.

kann die finanzielle Situation den Auftraggeber zwingen, von der Durchführung des Auftrags abzusehen. Die Aufhebung des Verfahrens steht im Ermessen der Vergabestelle²⁰⁸. Doch sind die Aufhebungsgründe eng auszulegen, um dem Vertrauen des Bieters in den grundsätzlichen Abschluss des Vergabeverfahrens durch Zuschlag an einen der Teilnehmer Rechnung zu tragen²⁰⁹.

Wiederum stellt sich die Frage der Antragsbefugnis im nationalen Vergaberechtsschutz der §§ 97 ff. GWB. Die Einklagbarkeit der Aufhebung der Aufhebungsentscheidung des Verfahrens ist von den Vergabekammern und den Vergabesenaten der OLGs lange mit Verweis auf den Wortlaut des § 114 II S. 2 GWB grundsätzlich abgelehnt worden, wonach der Widerruf einen Erledigungstatbestand darstellt²¹⁰. Wird das Verfahren aufgehoben, kann kein Zuschlag mehr erfolgen, denn es wird angenommen, dass es zu keinem kausalen Schaden mehr kommen und kein subjektives Recht mehr verletzt sein kann. Konsequenterweise ist die Antragsbefugnis auf Primärrechtsschutz – auf Aufhebung der Aufhebung – im deutschen Primärrechtssystem versagt worden²¹¹. Davon ist in der deutschen Spruchpraxis nur in konkreten Einzelfällen mit Hilfe von Billigkeitserwägungen abgewichen worden – beispielsweise über ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Rechtmäßigkeit in § 114 II S. 1 GWB²¹². Außerdem hat man bei einer offensichtlichen Scheinaufhebung das neue Vergabeverfahren als Fortsetzung der ursprünglichen Vergabe gewertet²¹³. Damit ist die „Flucht in die Aufhebung“ aber lange ein beliebtes und verbreitetes Mittel der Vergabestelle gewesen, einen ungewollten Bieter zu verhindern²¹⁴. Die Kontrollorgane sahen sich dabei durch den Gesetzgeber bestätigt. Die Regierungsbegründung zum

²⁰⁸ OLG Naumburg, Beschluss vom 26.10.2005, 1 Verg 12/05, IBR 2005, 707.

²⁰⁹ R. Weyand, Kommentar Vergaberecht, 2006, § 26 VOB/A, Rn. 4697.

²¹⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.03.2000, Verg 4/00, NZBau 2000, 306, O. Reidt, u. a., VergabeR 2002, S. 580, 581.

²¹¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.03.2000, Verg 4/00, NZBau 2000, 306, OLG Dresden, Beschluss vom 13.07.2000, Verg 0003/00, IBR 2000, 523.

²¹² R. Weyand, Kommentar Vergaberecht, 2006, § 104 GWB, Rn. 938 ff., *Bundeskartellamt*, Tätigkeitsbericht 2001/2002 vom 27.06.2003, Bt-Drs.15/1226, 1. 3.; vgl. 1. B.VK, Beschluss vom 26.01.2000, „ballistische Unterziehschutzwesten“, VK Bund, Beschluss vom 13.07.2000, VK 2 – 12/00.

²¹³ Eine solche Scheinaufhebung wurde anerkannt, wenn nach der Aufhebung in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang derselbe bzw. ein leicht veränderter Auftrag wieder ausgeschrieben wurde: VK Bund, Beschluss vom 13.07.2000, VK 2 – 12/00; andere Gerichte machten die Antragsbefugnis von einem zusätzlichen Rechtsschutzbedürfnis abhängig. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.11.2003, Verg 59/03.

²¹⁴ S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 172.

VgRÄG schließt den Primärrechtsschutz nach einer Aufhebung aus²¹⁵. Die anerkannte Missbrauchsgefahr rief schließlich den EuGH auf den Plan, der entschied, dass Aufhebungsentscheidungen der Vergabestelle überprüfbar sein müssen²¹⁶. Zwar kann der Ausschreibende nicht zur Auftragserteilung gezwungen werden kann, selbst wenn kein legitimer Aufhebungsgrund nach den Verdingungsordnungen einschlägig ist²¹⁷. Zivilrechtliche Schadensersatzansprüche vor den ordentlichen Gerichten seien dennoch unzureichend²¹⁸. Auch der BGH²¹⁹ und das BVerfG²²⁰ erkannten die Umgehungsgefahr und entschieden, dass die enge kausale Schadensdarlegung im deutschen Vergaberecht gegen europäische Effektivitätsvorgaben der Rechtsmittelrichtlinie und dem Gebot eines effektiven Rechtsschutz des Art. 19 IV GG verstößt²²¹.

Die Leitentscheidung des BGH aus dem Jahre 2003 sowie die Entscheidung des EuGH „HI-II“ aus dem Jahre 2002 konnten die Wende in der Fachgerichtsbarkeit zwar einläuten, aber noch nicht vollziehen. Erst seit neuerer Zeit erkennen immer mehr deutsche Kontrollorgane an, dass den Aufhebungsgründen eine bieterschützende Qualität zukommt und eine Antragsbefugnis zur Überprüfung der Aufhebung im Primärrechtsschutz besteht²²². Zur Geltendmachung der Rechtsverletzung genügt nun die Behauptung, dass die engen Grenzen der Aufhebungsgründe im konkreten Fall überschritten seien²²³. Zur Legitimation der Antragsbefugnis in der Individualrechtsschutz-

²¹⁵ K. Hailbronner, Gutachten vom 23.06.1997, „Begrenzungsmöglichkeiten des Rechtsschutzes“, S. 12, 17, 19, 50.

²¹⁶ Leiterteil zur gerichtlichen Überprüfbarkeit der Aufhebung: EuGH, Urteil vom 18.06.2002, Rs. C-92/00, Sgl. 2002, I-05553, „HI-II“, Rn. 42, 48, bestätigt durch: EuGH, Urteil vom 02.06.2005, Rs. C-15/04, Sgl. 2005, I-04855, „Koppensteiner“, Rn. 29, 30, Anmerkung dazu: M. Burgi, NZBau 2003, S. 22 ff.

²¹⁷ Ständige Rechtsprechung: BGH, Urteil vom 05.11.2002 X ZR 232/00, IBR 2003, 34, BGH-Report, 2003, S. 108.

²¹⁸ EuGH, Urteil vom 18.06.2002, Rs. C-92/00, Sgl. 2002, I-05553, „HI-II“, Rn. 51 ff.

²¹⁹ BGH, Beschluss vom 18.02.2003, X ZB 43/02, NZBau 2003, 293, „Rohbauarbeiten“, = Änderung der bisherigen ständigen Rechtsprechung: BGH, Beschluss vom 19.12.2000, X ZB 14/00, NJW 2001, 1492; vgl. U. Jasper, u. a., NZBau 2003, S. 261 ff.

²²⁰ BVerfG, Beschluss vom 29.07.2004, 2 BvR 2248/03, VergabeR 2004, 603, H. Franke, IBR 2004, S. 590.

²²¹ U. Scharan, NZBau 2003, S. 589.

²²² R. Weyand, Kommentar Vergaberecht, 2006, § 26 VOB/A, Rn. 4687, A. Hübner, NZBau 2005, S. 439, OLG Dresden, Beschluss vom 03.12.2002, WVerG 0015/02, IBR 2003, 36, ZfBR 2003, 189, OLG Hamburg, Beschluss vom 04.11.2002, 1 Verg 3/02, VergabeR 2003, 40, IBR 2003, 35, VK Sachsen, Beschluss vom 21.08.2002, 1/SVK/077-02, ZfBR 2003, 97, IBR 2002, 624; a. A. VK Nordbayern, Beschluss vom 28.10.2002, 320.VK-3194-32/02, IBR 2002, 680, VK Berlin, Beschluss vom 05.11.2002, VK-B2-51/02, IBR 2002, 679.

²²³ VK Münster, Beschluss vom 12.03.2003, VK 02/03, II, OLG Naumburg, Beschluss vom 13.05.2003, 1 Verg 2/03, IBR 2003, 445, O. Otting, VergabeR 2004, S. 603; zu dieser Möglichkeit der Anpassung im Wege einer verminderten Substanziierungslast bereits: F. Schoch, in: Schmidt-Abmann (Hrsg.), Festgabe BVerwG, 2003, S. 518.

systematik wird auf die theoretische Möglichkeit einer anschließenden erneuten Durchführung der Vergabe mit Zuschlagserteilung an den Antragsteller verwiesen. Dies erscheint zwar etwas gekünstelt, da die Vergabestelle gerade nicht gezwungen werden kann, erneut auszuschreiben, genügt jedoch den Anforderungen der Möglichkeitstheorie zur Herleitung der Antragsbefugnis²²⁴. Erst im Rahmen der Begründetheit ist zu prüfen, ob tatsächlich eine Rechtsverletzung vorliegt. Diese Wende wird begrüßt als ein „deutliches Signal für einen effektiven Rechtsschutz“²²⁵. Es ist nur noch offen, ob die Rechtsprechungsänderung weiterhin auf die Kontrolle europäisch bedingter Ausschlussgründe beschränkt bleiben kann²²⁶. Bisher hat sich die Spruchpraxis mehrheitlich nur auf eine limitierte Einklagbarkeit gemeinschaftsrechtlich abgeleiteter Aufhebungsgründe einigen können²²⁷. Zu einer darüber hinausgehenden Ausweitung der Antragsbefugnis auf nationale Aufhebungsgründe ist man mit Verweis auf die hohe Kontrolldichte des Art. 19 IV GG und die damit verbundene Mehrbelastung der Kontrollinstanzen nicht bereit²²⁸.

2. Einklagbarkeit der rechtmäßigen Bieterauswahlentscheidung

Das Verfahren ist im Vergaberecht entscheidend, aber erfüllt keinen Selbstzweck. Das rechtmäßige Verfahren soll eine rechtmäßige Bieterauswahlentscheidung absichern. Doch auch die Bieterauswahlentscheidung selbst muss effektiv kontrollierbar sein. Die Bieterauswahlentscheidung, vor allem die Wertungsphase, ist besonders rechtsschutzanfällig. In 81 % aller Nachprüfungsanträge sehen sich Bieter wegen angeblicher Fehler in der Angebotsbewertung zur Klage veranlasst²²⁹.

a) Zwingender Bieterausschluss vom Verfahren

Die Bieterauswahlentscheidung findet in vier streng zu trennenden Stufen statt²³⁰. Auf der ersten Stufe wird der mögliche Ausschluss nach § 25 Nr. 1

²²⁴ Instruktiv dazu: R. Klenke, VBINRW 2005, S. 125 ff., 127 m.w.N.

²²⁵ O. Otting, VergabeR 2004, S. 602.

²²⁶ OLG Dresden, Beschluss vom 03.12.2002, WVerG 0015/02, IBR 2003, 36, ZfBR 2003, 189, VK Thüringen, Beschluss vom 13.02.2003, 216-4002.20, IBR 2003, 210, a. A. OLG Hamburg, Beschluss vom 04.11.2002, 1 Verg 3/02, VergabeR 2003, 40, IBR 2003, 35.

²²⁷ U. Scharan, NZBau 2003, S. 589, O. Reidt, u. a., VergabeR 2002, S. 285 ff.

²²⁸ OLG Dresden, Beschluss vom 03.12.2002, WVerG 0015/02, IBR 2003, 36, ZfBR 2003, 189.

²²⁹ R. Waminger, u. a., Abschlussbericht der Studie von 06/2005, „Auswirkungen der Nachprüfungsverfahren auf die Baukosten“, S. 21.

²³⁰ Vgl. den Überblick über das Verfahren und den Rechtsschutz in: Kapitel 3, § 3, I. 3. und 4.

VOB/A eines Angebots geprüft²³¹. Kommt es zwingend zum Ausschluss, ist umstritten, ob der Bieter trotzdem die Nachprüfung des Vergabeverfahrens einklagen kann. Auch den Anwendungsfällen dieser Fallgruppe kommt praktisch höchste Relevanz zu. Der Ausschluss von einem Verfahren stellt für den Bieter, der den Auftrag erhalten möchte und dem bereits Kosten für die Erstellung des Angebots entstanden sind, den denkbar schlimmsten Fall dar. Verständlicherweise möchte er gerichtliche Verteidigungsmöglichkeiten nutzen. Andererseits kommt es wegen der strengen formalen Vorgaben in der Praxis sehr oft zu berechtigten Ausschlüssen von Angeboten, die nicht form- und fristgerecht eingegangen sind oder die den inhaltlichen Vorgaben nicht entsprechen. Erkennt man den ausgeschlossenen Bietern ein Klagerecht zu, drohen unzählige Klagen. Entsprechend verneint die fachgerichtliche Spruchpraxis die Antragsbefugnis noch immer überwiegend mit der Begründung, dass das Sonderrechtsverhältnis zwischen Bieter und Vergabestelle mit dem Ausschluss erloschen sei²³². Für den Bieter bestehe keine Möglichkeit mehr, den Zuschlag im laufenden Vergabeverfahren zu erhalten. Damit sei keine subjektive Rechtsverletzung möglich, die ein Klagerecht im Individualrechtsschutzsystem auslösen könnte. Die Anerkennung einer Antragsbefugnis führe zu einem „Popularnachprüfungsverfahren“²³³.

Die Gefahr vermehrter Klagen ist zwar nicht unberechtigt. Andererseits schränkt diese Handhabung den Rechtsschutz nachhaltig ein, zumal die Vergabekammern auch im Wege des Amtsermittlungsgrundsatzes gemäß § 110 I GWB zwingende Ausschlussgründe feststellen und den Rechtsschutz von Amts wegen ausschließen können²³⁴. Dies wird zu Recht in Hinblick auf Art. 19 IV GG und das Waffengleichheitsgebot als unhaltbar kritisiert²³⁵. Es genügt für die Erfüllung eines effektiven Rechtsschutzes auch nicht, die materielle Prüfung des gerügten Ausschlussgrundes in die Zulässigkeitsprüfung vorzuverlagern²³⁶. Bei den Ausschlussgründen handelt es sich gerade um keine evidenten Fälle, die en passant in der Zulässigkeit geprüft werden könnten.

²³¹ *Locher, H., Vygen, K.* in: Ingenstau/Korbion (Hrsg.), Kommentar VOB A/B, 2004, § 25 VOB/A, Rn. 7 ff.; ähnliche Ausschlussgründe nach § 25 I a–g VOL/A.

²³² VK Bund, Beschluss vom 07.12.2005, VK 1-146/05, IBR 2006, 166, Lts. 2, *M. Müller-Wrede, u. a.*, VergabeR 2005, S. 461 m.w.N., *H. Glahs*, NZBau 2004, S. 546, OLG Jena, Beschluss vom 20.06.2005, 9 Verg 3/05, IBR 2005, 444.

²³³ *N. Glaser-Lüß*, Urteilsanmerkung zu OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.12.2005, 11 Verg 13/05, IBR 2006, 165.

²³⁴ EuGH, Urteil vom 19.06.2003, Rs. C-315/01, Sgl. 2003, I-06351, „*Gat*“, Rn. 50.

²³⁵ *G. Franßen, u. a.*, NZBau 2004, S.593, *J. Gröning*, VergabeR 2003, S. 639.

²³⁶ Vgl. aber: OLG Frankfurt, Beschluss vom 11.05.2004, 11 Verg 8/04, OLGReport Frankfurt 2005, 43, NZBau 2004, 567, entspricht auch der Vorgehensweise durch: VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 02.11.2006, VK 2-LVwA LSA 33/06, IBR 2007, 2164.

Wieder ist durch höherrangige Rechtsprechung Bewegung in die nationale Diskussion gekommen. Der EuGH stellte fest, dass der Ausschluss als wesentliche Entscheidung der Vergabestelle – wenn auch nicht das gesamte Verfahren – Gegenstand einer Nachprüfung sein können muss²³⁷. Zudem ist dem Bieter eine Möglichkeit der Stellungnahme einzuräumen, wenn auf einen Ausschlussgrund von Amts wegen abgestellt wird²³⁸. In diesem Zusammenhang ist der EuGH auf das Schadenserfordernis eingegangen. Er hat festgestellt, dass das Klagerecht grundsätzlich an die Behauptung eines Schadens geknüpft werden könne. Es verstoße aber gegen die Rechtsmittelrichtlinie, wenn einem Bieter der Zugang zu den Nachprüfungsverfahren mit der Begründung verwehrt wird, dass sein Angebot vom Auftraggeber hätte ausgeschlossen werden müssen und ihm daher gar kein Schaden entstanden sein könne²³⁹. Das BVerfG entschied dann auch, ein Schaden drohe bereits, wenn die Aussichten des Bieters auf die Erteilung des Auftrags verschlechtert worden seien²⁴⁰. Der Bieter müsse nur sein Interesse durch die Teilnahme am Verfahren signalisieren, und darlegen, dem eigenen Angebot sei durch den ungerechtfertigten Ausschluss vom Vergabeverfahren die Chance auf den Zuschlag genommen worden²⁴¹. Nichtsdestotrotz verneint die Literatur noch immer die Schlussfolgerung einer zwingenden Kontrolle des Ausschlusses²⁴². Die fachgerichtliche Spruchpraxis der Vergabekammern und Vergabesenate verhält sich gegenüber dem erweiterten Standpunkt entsprechend reserviert²⁴³. Die Antragsbefugnis wird durch die Fachgerichte „wegen des strengen Individualrechtsschutzcharakters von kartellrechtlichen Nachprüfungsverfahren“ aber für den Fall zugebilligt, dass auch alle anderen Bieter aus demselben oder einem gleichartigen Grund hätten ausgeschlossen werden müssen²⁴⁴. Man begründet dies damit, dass mit der Möglichkeit der Neuausschreibung zugunsten des antragstellenden Bieters theoretisch wieder eine

²³⁷ EuGH, Urteil vom 19.06.2003, Rs. C-249/01, Slg. 2003, I-6319, „*Hackermüller*“, Lts. 2 und 3, Rn. 28.

²³⁸ EuGH, Urteil vom 19.06.2003, Rs. C-315/01, Sgl. 2003, I-06351, „*Gat*“, Rn. 49; Anmerkung dazu: C. Erdl, *VergabeR* 2003, S. 545–546.

²³⁹ EuGH, Urteil vom 19.06.2003, Rs. C-249/01, Slg. 2003, I-6319, „*Hackermüller*“ Lts. 2 und 3, Rn. 28.

²⁴⁰ O. Otting, *VergabeR* 2004, S. 603 zu: BVerfG, Beschluss vom 29.07.2004, 2 BvR 2248/03, *VergabeR* 2004, 603.

²⁴¹ BGH, Beschluss vom 18.05.2004, X ZB 7/04, NZBau 2004, 457, *VergabeR* 2004, 473, wegen der Fallbesonderheit der Mischkalkulation ist eine Verallgemeinerung der BGH-Rechtsprechung strittig: A. Boesen, u. a., NZBau 2005, S. 674, 675, nur vereinzelt ist insoweit eine Folgerechtsprechung ergangen: VK Sachsen, Beschluss vom 05.04.2006, 1/SVK/027-06, II 1. d).

²⁴² A. Boesen, u. a., NZBau 2005, S. 674 ff. m.w.N.

²⁴³ VK Bund, Beschluss vom 07.12.2005, VK 1-146/05, IBR 2006, 166, II.1, VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 21.12.2005, VK-SH 29/05, IBR 2006, 1337, 1338, 1339.

²⁴⁴ VK Sachsen, Beschluss vom 12.05.2005, 1/SVK/038-05, II.2. b).

Chance auf den Zuschlag bestünde²⁴⁵. Allerdings sind sich die Gerichte uneinig, welche Voraussetzungen für den Ausschlussgrund der anderen Bieter gegeben sein müssen. Die strengeren Gerichte lassen nur denselben Mangel zu²⁴⁶, für andere reicht ein gleichartiger Mangel aus, wobei wiederum die Auslegung der Gleichartigkeit unterschiedlich ausfällt²⁴⁷. Nach einer Ansicht liegen gleichartige Mängel vor, wenn die Abweichungen in den Angeboten der Bieter auf derselben Wertungsstufe zu einem Ausschluss des jeweiligen Angebotes führen müssen²⁴⁸. Andere lassen irgendeinen Mangel ausreichen²⁴⁹. So folgt aus dem Bedürfnis nach Abgrenzungskriterien neue Abgrenzungsunsicherheit. Der BGH hat nun zumindest den speziellen Fall endgültig entschieden, dass alle Angebote unvollständig sind. In diesem Fall muss der ausgeschlossene Bieter unabhängig eines gleichartigen Mangels der anderen Angebote antragsbefugt sein, weil in diesem Falle keine rechtmäßige Bieterauswahlentscheidung ergehen könne²⁵⁰. Die Folgerechtsprechung erkennt dies zumindest teilweise an²⁵¹.

b) Eignungs- und Angebotswertung

Die unterlegenen Bieter werden zur effektiven Ausübung des Rechtsschutzes gegen die Bieterauswahlentscheidung gemäß § 13 VgV über den anstehenden Vertragsschluss und über die Abwägungsgründe sowie ihre Platzierung informiert. Auch wenn die Begründung oft sehr kurz ausfällt, können die Bieter bereits anhand dieser Informationen die Erfolgsaussichten einer Klage abschätzen. Nach § 107 II S. 2 GWB muss zur Geltendmachung der Antragsbefugnis zumindest ein drohender Schaden dargelegt werden. Dieser ist nach der Systematik des deutschen Vergaberechtsschutzes gegeben, wenn im Falle

²⁴⁵ VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 02.11.2006, VK 2-LVwA LSA 33/06, IBR 2007, 2164.

²⁴⁶ Das OLG hat nach (ausdrücklicher) nochmaliger Prüfung seiner bisherigen Rechtsprechung zur Gleichbehandlung keine Veranlassung gesehen, hiervon abzurücken: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.03.2006, Verg 98/05, IBR 2006, 344.

²⁴⁷ R. Horschwitz, IBR 2006, S. 47.

²⁴⁸ VK Münster, Beschluss vom 13.12.2005, VK 24/05, VergabeR 2005, 200, Lts. 3.

²⁴⁹ OLG Dresden, Beschluss vom 31.03.2004, Verg 2/04, IBR 2004, 456.

²⁵⁰ BGH, Urteil vom 26.09.2006, X ZB 14/06, IBR 2006, 688, 689, NZBau 2006, 800, Lts. 1.

²⁵¹ „Die Zulässigkeitsvoraussetzungen liegen bereits deshalb vor, weil die Antragstellerin sich u.a. gegen den vermeintlich vergaberechtswidrigen Ausschluss ihres Angebotes zur Wehr setzt. Erwiese sich diese Rüge im Rahmen der Begründetheit als zutreffend, weil das Angebot bei einer ordnungsgemäßen Prüfung durch die Vergabestelle hätte zur Angebotswertung zugelassen werden müssen, drohte der Antragstellerin durch diesen Ausschluss der Eintritt eines Schadens im Sinne des § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB. Dieses reicht aus, um die Antragsbefugnis zu bejahen“: VK Hamburg, Beschluss vom 22.03.2007, VK BSU-1/07, II. 1.1, in diesem Sinne auch: VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 21.11.2005, 1 VK LVwA 44/05, VK Sachsen, Beschluss vom 11.04.2005, 1/SVK/030-05, IBR 2006, 1151, II. 1. d, OLG Frankfurt, Beschluss vom 06.03.2006, 11 Verg 11/05, IBR 2006, 295, VK Saarland, Beschluss vom 15.03.2006, 3 VK 02/2006, IBR 2006, 146.

einer erneuten Wertung der Zuschlag zugunsten des Antragstellers ergehen würde. In der Vergaberechtspraxis steht damit die Antragsbefugnis auf die Kontrolle der Eignungs- und Angebotswertung regelmäßig nur den bestplatzierten Bietern an zweiter und dritter Stelle zur Verfügung²⁵². Dieses enge Kausalitätserfordernis kann im Einzelfall die Europarechtskonformität auch hinsichtlich der Kontrolle der Bieterauswahlentscheidung auf die Probe stellen.

Ein Problemfall neueren Datums ist insoweit die Antragsbefugnis im Rahmen des wettbewerblichen Dialogs. Der wettbewerbliche Dialog ist im Jahre 2006 im Zuge der Umsetzung des Legislativpakets eingeführt worden²⁵³. Dem eigentlichen Vergabeverfahren geht ein Vorverfahren zur flexiblen Erstellung eines Angebots voraus, wenn die Angebotsbedingungen, die technischen Mittel oder die rechtlichen und finanziellen Umstände objektiv nicht anders ermittelt werden können²⁵⁴. Das Dialogverfahren wird gerade wegen dieses Vorverfahrens als besonders rechtsschutzanfällig angesehen. Wenn auch noch keine Spruchpraxis dazu vorliegt, werden schon heute die praktischen Probleme der Handhabbarkeit der Antragsbefugnis diskutiert. Es ist unklar, wie der Teilnehmerkreis und letztlich der Kreis der Antragsbefugten auf Nachprüfung der Eignungsprüfung und Angebotswertung bestimmt werden kann, wenn der potenzielle Klägerkreis nicht mit den Verfahrensbeteiligten übereinstimmt²⁵⁵. Aus dem Antrag auf Teilnahme im Vorverfahren erwächst gerade kein Anspruch auf eine Aufforderung zur Angebotsabgabe, doch wird auch den Teilnehmern des Vorverfahrens in einem gewissen Umfang ein Zugang zu einem effektiven Nachprüfungsverfahren eingeräumt werden müssen. Der Auftraggeber könnte sonst leicht die Freiheit des Verfahrens missbrauchen und das Verfahren nach Erhalt der gewünschten Informationen im Vorverfahren leer laufen lassen²⁵⁶. Die Rechtsprechung wird hier ebenfalls Kriterien entwickeln müssen, um das Spannungsverhältnis zwischen einem effektiven Rechtsschutz und der Begrenzung des Nachprüfungsverfahrens europarechtskonform aufzulösen.

²⁵² „Die Antragsbefugnis für einen Nachprüfungsantrag fehlt mangels eines Schadens, wenn das Angebot des Antragstellers auf einem wirtschaftlich aussichtslosen Rang liegt“: VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 05.07.2007, VK-SH 13/07; auch muss sich der Bieter „sämtliche vor ihm platzierten Angebote angreifen“: J. Kühnen in: Kappelmann/Messerschmidt (Hrsg.), Kommentar VOB/A und B, 2007.

²⁵³ H. Pünder, ZfBR 2006, S. 20, Die Regelung des Art. 29 der Richtlinie 2004/18/EG ist durch § 101 I und V GWB und durch § 6a VgV umgesetzt worden: Bundesregierung, Begründungsentwurf vom 29.03.2005, „Vergaberechtsreform“, S. 12, BMWi, Rundschreiben vom 26.01.2006, „Direktwirkung des Legislativpakets“, S. 16.

²⁵⁴ R. Weyand, Kommentar Vergaberecht, 2006, § 6 a VgV, Rn. 2070/11.

²⁵⁵ J. Ruthig, NZBau 2006, S. 142 ff.

²⁵⁶ S. Rechten, NZBau 2004, S. 368.

IV. Europäisierungseffekte

Die Fallgruppen veranschaulichen verschiedene Entwicklungen des Gerichtszugangs in der Individualrechtsschutzsystematik als Folge der Europäisierung, die in einer möglichst stimmigen nationalen Systematik und Dogmatik aufgehen müssen.

1. Europäisierte Funktion des subjektiv-öffentlichen Rechts

Die europäisch bedingte Funktion des Rechts des Einzelnen kann nicht allein im Sinne einer Effektivierung des Rechtsschutzes gemäß Art. 19 IV GG verstanden werden, auch wenn ein effektiver Rechtsschutz vor den nationalen Gerichten durchaus ein Anliegen des Gemeinschaftsrechts darstellt²⁵⁷. Klagerrechte können um der effektiven Rechtsdurchsetzung willen auch beschnitten werden, wie im vorläufigen nationalen Rechtsschutz²⁵⁸. Im Vergaberecht stehen die Rechte des Einzelnen in einem unmittelbaren Zusammenhang zur Bekämpfung von Ineffizienzen der Rechtsdurchsetzung und zur Steuerungsfähigkeit des Rechts²⁵⁹. Die subjektiven Rechtspositionen dienen einer dezentralisierten Kontrolle der Rechtsdurchsetzung des Gemeinschaftsrechts auf der Ebene der Mitgliedstaaten und erst nachgeordnet dem Ziel eines effektiven Rechtsschutzes²⁶⁰. Damit stimmen die europäische Funktion des Rechts des Einzelnen im indirekten Vollzug und das deutsche Konzept der Privatschutzfunktion nicht vollständig überein.

Im Recht der Bundesrepublik hat sich der Schutz subjektiver Rechte als das primäre Ziel gerichtlicher Kontrolle herausgebildet²⁶¹. Rechtsschutz wird nicht um des Staates, sondern um des Einzelnen willen gewährt²⁶². Die objektive Kontrollwirkung ist im deutschen Konzept der Privatschutzfunktion

²⁵⁷ Anerkennung des Grundsatzes erstmals in: EuGH, Urteil vom 15.05.1986, Rs. 222/84, Sgl. 1986, 1651, „Johnston“, Lts. 2.

²⁵⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 10.07.1990, Rs. C-217/88, Slg 1990, I- 2879, „Tafelwein“, Rn. 16, T. Dünchheim, Verwaltungsprozeßrecht unter europäischem Einfluß, 2003, S. 105 ff.

²⁵⁹ Kapitel 4, § 1, J. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 177, Europäische Kommission, Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004, ErwGr. 2. „Umsetzungsdefizite als Schlüssel zum Verständnis“: M. Schenk, Das neue Vergaberecht, 2001, S. 30, 54.

²⁶⁰ „Integrationspolitische Prädeterminierung“: T. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 232, S. Kadelbach, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 233, A. Hatje, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 307 ff., F. Foitzik, Probleme und Grenzen der Europäisierung, 2006, S. 276 ff.

²⁶¹ Darstellung der historischen Entwicklung: J. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 56 ff.

²⁶² „Systementscheidung“: R. Wahl, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, Vorb. § 42 VwGO, Rn. 11 ff.; zur Subjektstellung des Einzelnen als „Leitidee“ des GG: BVerwG, Urteil vom 24.06.1954, BVerwGE 1, 159, „Fürsorgeanspruch“.

nicht Ziel, sondern nur Reflex. Dagegen stehen europäisch bedingte Rechte primär in einem Gemeinbezug wie der Schutz der Volksgesundheit, der saueren Luft, des Wassers oder des Verfahrens²⁶³. Anschaulich wird vom Bürger als eigenverantwortlichem „Transporteur“ gesprochen, der in den Dienst des effektiven Vollzugs, der „Implementierung“²⁶⁴ des Gemeinschaftsrechts, genommen wird²⁶⁵. Dieses abweichende Funktionsverständnis hat die Dogmatik des subjektiv-öffentlichen Rechts über europäisch bedingte Rechte Einzelner erreicht, die im Zuge der Europäisierung, beispielsweise des Vergaberechts, Eingang in das nationale Recht gefunden haben²⁶⁶. Unter den Schlagwörtern „Instrumentalisierung“²⁶⁷ und „Mobilisierung des Bürgers“²⁶⁸ werden Funktion und Folgen für das deutsche Verständnis des subjektiv-öffentlichen Rechts eingehend diskutiert²⁶⁹. In der nationalen Diskussion kommt dabei nicht selten ein diffuses Unbehagen zum Ausdruck²⁷⁰. Dies ist nicht verwunderlich, dringt hier doch eine andersartige Funktion im Wege des indirekten Vollzugs in die nationale Systematik ein, ohne dass die Fernwirkung für die eigene Systematik wirklich eingeschätzt werden könnte.

Fraglich ist, ob und wie die gegensätzlichen funktionalen Ansätze vereinbart werden können²⁷¹. Vor allem *Masing* hat sich um die Lösung dieser Problematik bemüht und weist ein Konvergenzpotenzial im Sinne einer Annäherungsmöglichkeit im Ergebnis nach²⁷². Wie auch das deutsche Recht knüpft das Europarecht am Einzelnen an und verleiht diesem die personalisierte und individualisierte Rechtsmacht zur Durchsetzung einer normativ intendierten

²⁶³ B. W. Wegener, Rechte des Einzelnen, 1998, S. 46 ff., O. Dörr, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 188, C. D. Classen, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 75; vgl.: EuGH, Urteil vom 30.05.1991, Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567, „Luftreinhaltungsrichtlinie“, Rn. 16.

²⁶⁴ O. Dörr, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 173 ff., M. Schmidt-Preuß, NVwZ 2005, S. 492, I. Pernice, NVwZ 1990, S. 424.

²⁶⁵

²⁶⁶ T. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 364, C.-W. Otto, ZfBR 2005, S. 24, C. Knill, u. a., Der Staat 2006, S. 241.

²⁶⁷ S. Hölscheidt, EuR 36 (2001), S. 376, J. Kokott, Verw. 1998, S. 335, F. Schoch, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Festgabe BVerwG, 2003, S. 513, D. H. Scheuing, in: Hoffmann-Riem u. a. (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 315, C. D. Classen, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 73.

²⁶⁸ J. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, insbes. S. 21 ff., 175 ff., 218 ff.

²⁶⁹ J. Schwarze, in: ders. (Hrsg.), Öffentliche Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 2000, S. 13, 18 und 23, F. Foitzik, Probleme und Grenzen der Europäisierung, 2006, S. 267, L. Fichtner, Rechte des Einzelnen im Recht der Europäischen Gemeinschaft, 2005, S. 185, M. Schmidt-Preuß, NVwZ 2005, S. 492 ff.

²⁷⁰ L. Fichtner, Rechte des Einzelnen im Recht der Europäischen Gemeinschaft, 2005, S. 185.

²⁷¹ „Konfrontation zweier Modelle“: J. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 175, 176.

²⁷² J. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 181 ff.

Konfliktentscheidung²⁷³. Der Schutzzweck ist letztlich nur ein offener Rahmenbegriff, der besagt, dass jemand etwas bekommen soll²⁷⁴. Somit spricht nichts dagegen, dass das Gemeinschaftsrecht über Verordnungen oder Richtlinien – in der Regel präzise und für die Mitgliedsstaaten bindende Umsetzungsanweisungen – den Schutzzweck im Sinne einer „funktionalen Subjektivierung“ bestimmen²⁷⁵. *Funktional* deshalb, weil das Konzept der Mobilisierung oder Instrumentalisierung des Klagerechts wie erörtert dazu dient, Vollzugsdefizite zu beseitigen. Dabei bleibt der Einzelne Anknüpfungspunkt und Ausgangspunkt des Rechtsschutzes und kann frei entscheiden, seine Rechtsmacht auszuüben. Gerade im Vergaberecht kann von einer Abwertung des Individualrechtsschutzes oder einer „Degradierung zum bloßen Instrument einer effektiven Durchsetzung“²⁷⁶ keine Rede sein. Zwar mag die Rechtsdurchsetzung Hauptantriebsfeder gewesen sein, im Ergebnis ist der Individualrechtsschutz im Zuge der europäischen Überformung aber gestärkt worden. Erst das Gemeinschaftsvergaberecht hat die Einführung subjektiver Rechte möglich gemacht.

Trotz des Konvergenzpotenzials bleibt der Unterschied in der Funktionalität dem Grunde nach bestehen – mit Folgen für die Dogmatik des europäisch bedingten subjektiv-öffentlichen Rechts²⁷⁷. Die veränderte Funktionalität bewirkt eine „Prozeduralisierung“ des nationalen Klagerechts²⁷⁸, die „das Verhältnis von Bürger und Staat“ in der Systematik des Individualrechtsschutzes

²⁷³ „Bemerkenswerter Gleichlauf“: *M. Reiling*, Zu individuellen Rechten im deutschen und im Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 415, 416, 526, 531, 671, *C. D. Classen*, *VerwArch* 1997, S. 677, *E. Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 2004, S. 75, 81 ff., *O. Dörr*, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 188, 189, *B. Schlicher*, in: FS für Bydlinki, 2002, S. 352, 355 ff.; *S. Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 372 m.w.N., *A. Hatje*, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 310; zumindest stellen subjektive Rechte wohl ein Indiz für das Bestehen einer solchen Rechtsmacht dar: *M. Zuleeg*, DVBl 1976, S. 510.

²⁷⁴ *H. Bauer*, DVBl 1986, S. 217.

²⁷⁵ *M. Ruffert*, Subjektive Rechte im Umweltrecht, 1996, S. 220 ff., 224, *F. Schoch*, NordÖR 2002, S. 7; zustimmend: *C. Calliess*, in: C. Nowak (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, 2002, S. 87.

²⁷⁶ *F. A. Schumacher*, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen, 1998, S. 72.

²⁷⁷ So muss auch *Masing* feststellen, dass über das Konvergenzpotenzial hinaus Fragen offen bleiben und die Konsequenzen im System noch verarbeitet werden müssen: *J. Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 194, 195, 218 ff., so auch: *T. Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 237 ff., 364–366, *F. Schoch*, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 309 ff., *S. Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 441.

²⁷⁸ *M. Schmidt-Preuß*, NVwZ 2005, S. 492, *E. Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 2004, S. 81 ff., 83 m.w.N., „prägende Idee der praktischen Justiziabilität“: *T. Eilmansberger*, Rechtsfolgen und subjektives Recht im Gemeinschaftsrecht, 1997, S. 85.

grundlegend in Frage stellt²⁷⁹. Es wird ein neues Verständnis und eine eigene Relevanz der Öffentlichkeit begründet²⁸⁰. Versteht man in der Individualrechtsschutzsystematik, ausgerichtet an den subjektiv-öffentlichen Rechten des Einzelnen, „öffentlich“ als Gegenbegriff zu „privat“²⁸¹, räumt das europäische Konzept der dezentralen Kontrolle der Öffentlichkeit eine eigene Kontrollfunktion ein, wenn diese auch spontan und unorganisiert zum Tragen kommt²⁸².

Die Auswirkungen beschränken sich nicht auf das Klagerecht. Das gesamte Systemverständnis des deutschen Individualrechtsschutzes zeigt sich von der veränderten Funktionalität des gemeinschaftsrechtlich begründeten subjektiven Rechts betroffen²⁸³. Die Funktionalität wird deshalb in der weiteren Europäisierungsanalyse des Kontrollmaßstabs und der Bedeutung der Verfahrensstrenge in den Paragraphen 4 und 5 relevant bleiben. Zunächst werden aber Modifikationen der Dogmatik des subjektiv-öffentlichen Rechts behandelt.

2. Modifikationen der Schutznormtheorie

Die Schutznormlehre wird als rechtliches Strukturkonzept nicht aufgegeben, aber dieses „eng erdachte Konzept“ muss erweitert werden²⁸⁴. „Den subjektiven Rechtsschutz gilt es nicht zu relativieren oder gar für erledigt zu erklären, sondern zu ergänzen“²⁸⁵. Es bleibt dabei nicht aus, die Theorie für neue Elemente zu öffnen. Es ist jedoch auf die nicht unberechtigte Gefahr einer Öffnung der Schutzzwecklehre bis hin „zur inhaltlichen Entleerung ihrer eigenen Kriterien“²⁸⁶ einzugehen.

a) Schutzzweck als dogmatische Klippe

Die Abgrenzung des subjektiven vom objektiven Schutzzweck nach der her-

²⁷⁹ J. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 51, 128–165, 176, F. Ekardt, ThürVBl 2001, S. 224, R. Halfmann, VerwArch. 2000, S. 75, 76.

²⁸⁰ E. Schmidt-Aßmann, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Festgabe BVerwG, 2003, S. 499 ff.

²⁸¹ „Öffentlichkeit“ oder „öffentlich“ sind Begriffe aus der politischen Theorie: E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. 107, 108 m.w.N.

²⁸² Kontrollpotenzial der „Öffentlichkeit“: E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. 35, 110, 237, 371.

²⁸³ Zur systemprägenden Funktion des subjektiv-öffentlichen Recht: T. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 79, 242, S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 368, J. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 177–181.

²⁸⁴ F. Schoch, NVwZ 1999, S. 457, A. Wichmann, Antragsbefugnis des Subunternehmers, 2006, S. 81, 82.

²⁸⁵ E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. 82.

²⁸⁶ J. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 187, 188, 189.

kömmlichen Dogmatik stellt sich als das Kernproblem der Europäisierung des subjektiv-öffentlichen Rechts heraus²⁸⁷. „Individuelles Interesse“ ist eine Frage der Schutzrichtung. Ob eine Norm Bindungen der Behörden ausschließlich im öffentlichen Interesse oder auch im Individualinteresse des Betroffenen ausspricht, ist im Wege der Auslegung der jeweiligen Vorschrift unter Berücksichtigung etwaig betroffener Grundrechte zu ermitteln²⁸⁸. Nun fordert das Gemeinschaftsrecht die Einklagbarkeit subjektiver Rechte ein, ohne eine solche Abgrenzung zwischen privatem und öffentlichem Recht überhaupt nur zu kennen. Das Gemeinschaftsrecht differenziert nicht zwischen Allgemein- und Individualinteressen wie die deutsche Dogmatik der Schutznormtheorie²⁸⁹ und stellt die Dogmatik des Schutzzwecks deshalb vor eine Zerreißprobe.

Abgrenzungsschwierigkeiten sind an sich nicht neu. Die Schutznormtheorie sieht sich seit jeher rechtsdogmatischer Kritik ausgesetzt, gerade weil Unsicherheiten in der Normauslegung bei der Ermittlung der Schutzfunktion und des geschützten Personenkreises Freiräume für Wertvorstellungen des Rechtsanwenders zulassen²⁹⁰. Die Schutznormtheorie ist außerdem den komplexen Konstellationen der Drittbetroffenheit nicht gewachsen, die sich in der heutigen Verwaltungsrechtswirklichkeit regelmäßig stellen und auch im Vergaberecht zu lösen sind. Sie ist für derartige Konstellationen nicht konzipiert²⁹¹. Wiederholt ist deshalb die Alternative zwischen subjektivem und objektivem Schutzzweck in der deutschen Rechtswissenschaft als Scheinalternative angeprangert worden²⁹². Unter den Vorzeichen der Europäisierung stellt sich die Frage der Abgrenzbarkeit neu und verstärkt. Durch die *Mediatisierung* typisierter öffentlicher Interessen wie den „Verbraucherschutz“, die „Volksgesundheit“, den „Schutz der günstigen Haushaltsführung“ oder die

²⁸⁷ B. W. Wegener, Rechte des Einzelnen, 1998, S. 136, C. Callies, in: C. Nowak (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, 2002, S. 87, J. Ruthig, BayVbl 1997, S. 293 ff., F. Schoch, NVwZ 1999, S. 464.

²⁸⁸ Kopp/Schenke (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2005, § 42 II VwGO, Rn. 84, H. J. Wolff, u. a., Verwaltungsrecht, 2004, § 43, Rn. 10, R. Stober, Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1993, S. 33.

²⁸⁹ A. Epiney, NVwZ 1999, S. 4, S. 87, R. Halfmann, VerwArch. 2000, S. 83 ff., a.A.: D. Triantafyllou, DÖV 1997, S. 192, doch ist wohl lediglich im Staatshaftungsrecht ein erweiterter Schutzzwckgedanke in der Rechtsprechung des EuGH unstrittig gegeben: L. Giesberts, u. a., EuZW 2005, S. 232, vgl. EuGH, Urteil vom 08.10.1996, Rs. C-178/94, Slg. 1996, I-4845, „Dillenkofer“, Rn. 5, 61.

²⁹⁰ M. Ruffert, Subjektive Rechte im Umweltrecht, 1996, S. 103 ff., I. Renke, EG-Richtlinien und verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz, 1998, S. 254, 246.

²⁹¹ C. D. Classen, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 46, 51; zur Notwendigkeit der Fortentwicklung der *Separations-Doktrin* des subjektiv-öffentlichen Rechts: M. Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2005, S. 3, 84 ff., 205 durch die „Konfliktschlichtungsformel“: S. 705 ff.

²⁹² Vgl. bereits: R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, 1971, S. 88 ff.

„Einhaltung des Verfahrens“ durch subjektive Rechte droht die normativ vermittelte individuelle Berechtigung zum bloßen Kontrollimpuls zu verkommen²⁹³. Zeitweise schien in der deutschen Verwaltungsrechtslehre sogar das Ende oder zumindest die Nichtanwendbarkeit der Schutznormtheorie im europäisierten Bereich eingeläutet worden zu sein²⁹⁴. Mittlerweile ist die Schutznormtheorie wieder erstarkt. Man glaubt wieder an die Versöhnbarkeit des Individualrechtsschutzsystems mit dem öffentlichen Interesse der Allgemeinheit. Diese soll durch eine wesentliche Relativierung der Unterscheidung zwischen Allgemein- und Individualinteresse und zwischen objektiver und subjektiver Rechtskontrolle möglich sein²⁹⁵. Unter anderem wird auf die verminderte Tragweite der Abgrenzung verwiesen, zu der es im Zuge veränderter Verpflichtungen des nationalen Gewährleistungsstaats für Allgemeingüter sowieso bereits gekommen ist²⁹⁶. Darüber hinaus wird mit der Flexibilität der Dogmatik der Schutznormtheorie argumentiert²⁹⁷. Die Schutznormtheorie zeichnet sich gerade dadurch aus, dass Individualschutzzwecke veränderbar sind. Individuelle Rechte sind nichts anderes als die Individualinteressen, die die Rechtsordnung als schutzwürdig anerkennt²⁹⁸. So ist in der Vergangenheit eine Stärkung des subjektiv-öffentlichen Rechts über Grundrechte gelungen, die sich im Wege der Auslegung als fließende Entwicklung durch Lehre und Rechtsprechung ohne jedes Zutun des Gesetzgebers vollzogen hat²⁹⁹. Auch die Europäisierung des Klagerechts könnte auf diese Weise im Rahmen der nationalen, aber *gemeinschaftsrechtlich aufgeladenen*

²⁹³ C. Knill, u. a., Der Staat 2006, S. 241.

²⁹⁴ R. Wahl, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, Vorb. § 42 VwGO, Rn. 128, B. W. Wegener, Rechte des Einzelnen, 1998, S. 109, 295, C. Erdl, Vergaberechtsschutz, 1999, Rn. 161, F. Ekardt, ThürVBl 2001, S. 227, 228, S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 388.

²⁹⁵ Kopp/Schenke (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2005, § 42 II VwGO, Rn. 152, F. Sterner, Rechtsbindungen und Rechtsschutz, 1996, S. 91 ff., F. Schoch, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Festgabe BVerwG, 2003, S. 514 ff., D. Ehlers, DVBl 2004, S. 1445, O. Dörr, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 187, 189, J. Ruthig, BayVbl 1997, S. 296, W.-R. Schenke, Verwaltungsprozeßrecht, 2002, S. 171, C. Calliess, in: C. Nowak (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, 2002, S. 88 m.w.N.

²⁹⁶ „Osmose“ von Staat und Gesellschaft: D. Triantafyllou, DÖV 1997, S. 200, F. Schoch in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, Vorb. § 113 VwGO, Rn. 11, weiterführend zur Einbindung des sogenannten Nachhaltigkeitskomplexes in die verwaltungsrechtliche Systembildung: I. Appel, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005.

²⁹⁷ Zur historischen Veränderbarkeit und den Erweiterungstendenzen, in dessen Linie die Europäisierung eingeordnet wird: B. Pasemann, Die Entwicklung des Schutzes subjektiver öffentlicher Rechte unter Berücksichtigung des europäischen Einflusses, 2004, S. 319, 326, F. Dricke, Kollektivinteressen und Wettbewerbsrecht, 2004, S. 77, 85, 236, R. Wahl, DVBl 1996, S. 644.

²⁹⁸ M. Reiling, DÖV 2004, S. 181.

²⁹⁹ M. Reiling, Zu individuellen Rechten im deutschen und im Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 95, 100.

Schutznormtheorie gelingen³⁰⁰. Tatsächlich wird bereits – wie im Zusammenhang mit der Aufwertung durch Grundrechte – von der „norminternen Wirkung“ des Gemeinschaftsrechts gesprochen³⁰¹.

Allerdings sind die geäußerten Bedenken gegen eine drohende inhaltliche Entleerung der Schutzzwecktheorie³⁰² ernst zu nehmen. Der Relativierung sind Grenzen gesetzt. Das wesentliche Abgrenzungskriterium der deutschen Dogmatik zur Bestimmung der subjektiv-öffentlichen Rechte, der subjektive Schutzzweck, droht verloren zu gehen oder zumindest stark an Aussagekraft einzubüßen³⁰³. Die Schutznormtheorie basiert gerade auf der Abgrenzbarkeit des subjektiven vom objektiven Schutzzweck. Die Europäisierung kann deshalb nicht als stringente Fortführung der historischen Wandelbarkeit der Schutznormtheorie angesehen werden³⁰⁴. Diente das öffentliche Recht ursprünglich fast exklusiv der Konfliktentscheidung zwischen individuellen und staatlichen Befugnissen, wurden mithilfe der Schutznormtheorie auch private Interessenkonflikte wie im Bau- und Nachbarrecht in die öffentlich-rechtliche Kontrollaufgabe einbezogen³⁰⁵. So vollzog sich eine *Subjektivierung* des Verwaltungsrechtsschutzes³⁰⁶. Die Europäisierung bewirkt dagegen mit der Erweiterung um typisierte Allgemeinwohlintereessen gerade eine entgegengesetzte Entwicklung hin zur *Objektivierung* des Rechtsschutzes. Eine Fortentwicklung der Dogmatik ist deshalb nur möglich, solange das private Interesse als Kern der Schutznormtheorie, zumindest als *Teilmenge* des intendierten Schutzguts beibehalten bleibt³⁰⁷.

Im Vergaberecht kann eine solche Wandlung des Schutzzwecks unter dem Vorbehalt eines subjektiven Schutzzweckkerns bereits ausgemacht werden. Sah man vor der Einführung des VgRÄG den Zweck des Vergaberechts noch allein im allgemeinen öffentlichen Schutzzweck eines fairen Ausschreibungswettbewerbs begründet, um die sparsame Verwendung öffentlicher

³⁰⁰ Kopp/Schenke (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2005, § 42 VwGO, Rn. 152; zur parallelen Problematik der Grundrechtsabhängigkeit des subjektiv-öffentlichen Rechts: *R. Wahl*, DVBl 1996, S. 646, 650.

³⁰¹ Zur „norminternen Wirkung“ der Grundrechte: *R. Wahl*, DVBl 1996, S. 641 ff.

³⁰² *J. Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 187, 188, 189.

³⁰³ *B. Pasemann*, Die Entwicklung des Schutzes subjektiver öffentlicher Rechte unter Berücksichtigung des europäischen Einflusses, 2004, S. 312.

³⁰⁴ So aber: *B. Pasemann*, Die Entwicklung des Schutzes subjektiver öffentlicher Rechte unter Berücksichtigung des europäischen Einflusses, 2004, S. 319, 326.

³⁰⁵ *R. Wahl*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, Vorb. § 42 VwGO, Rn. 57.

³⁰⁶ *J. Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 107 ff., *T. Schmidt*, Die Subjektivierung des Verwaltungsrechts, 2006, S. 131 ff., *E. Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 2004, S. 74 ff., *T. Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 77.

³⁰⁷ So auch schon: *G. Winter*, NVwZ 1999, S. 470.

Mittel zu sichern, ist heute die Einklagbarkeit der verfahrensrechtlichen Rechtmäßigkeit zum Schutz übergangener Konkurrenten ergänzend anerkannt³⁰⁸. Die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Zugangs zu den Beschaffungsmärkten verwirklicht nicht nur das im europäisch-öffentlichen Interesse liegende Ziel der Öffnung der Vergabemärkte und der Einhaltung des Verfahrens. Die Rechte des Bieters sollen „echten Wettbewerb“³⁰⁹ gewährleisten und gleichzeitig den Einzelnen vor der „Willkür des öffentlichen Auftraggebers“ schützen³¹⁰. Unter Verweis auf die Rechtsschutzrichtlinie und die europäisierte Funktion des Rechts des Einzelnen sind entsprechend fast alle vergaberechtlichen Form- und Verfahrensvorschriften als potenziell bieterschützend auszulegen³¹¹. Die Fallgruppen verdeutlichen diesen Wandel für Konstellationen, die im herkömmlichen Individualrechtsschutzsystem zunächst vom Gerichtszugang ausgeschlossen worden waren.

Diese doppelte Intention ist nicht auf das Referenzgebiet beschränkt. Das Gemeinschaftsrecht knüpft regelmäßig an ein subjektives Interesse an, schon um die Effektivität der Kontrolle zu erhöhen. Schließlich ist der Bürger am aktivsten, wenn es um seinen eigenen Vorteil geht, besonders wenn er noch Mühen und Kosten in einem Rechtsschutzverfahren auf sich nehmen muss³¹².

b) Erweiterter potenzieller Klägerkreis

Nach überwiegender Ansicht geht die *europarechtliche Imprägnierung*³¹³ des deutschen Verwaltungsrechtsschutzes, bedingt durch die erörterte Erweiterung des Schutzzweckes um typisierte Allgemeininteressen, mit einer Er-

³⁰⁸ K. Hailbronner, Gutachten vom 23.06.1997, „Begrenzungsmöglichkeiten des Rechtsschutzes“, S. 2.

³⁰⁹ EuGH, Urteil vom 22.06.1989, Rs. 103/88, Slg. 1989, 1839, „Fratelli Costanzo“, Rn. 18.

³¹⁰ EuGH, Urteil vom 22.06.1989, Rs. 103/88, Slg. 1989, 1839, „Fratelli Costanzo“, Rn. 27 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 10.02.1982, Rs. C-76/81, Slg. 1982, 417, „Transporoute“, Rn. 17; nach a. A. ist sogar eine grundsätzlich individualschützende Zielsetzung der materiellen Vergaberichtlinien festzustellen: M. Schenk, Das neue Vergaberecht, 2001, S. 48–50, T. Waldner, Bieterschutz im Vergaberecht unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben, 2000, S. 161, A. Wichmann, Antragsbefugnis des Subunternehmers, 2006, S. 74.

³¹¹ „Die subjektiven Rechte des Mitbewerbers nach § 97 VII GWB sind dabei mit Rücksicht darauf, dass das Gesetz der Richtlinienumsetzung dient, in der Tendenz europarechtlich und mithin im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zu verstehen.“: OLG Brandenburg, Beschluss vom 03.08.1999, 6 Verg 1/99, NZBau 2000, 39, „Flughafen Schönefeld“, in Abänderung der älteren ablehnenden Rspr.: I. Seidel, EuR 25 (1990), S. 171 m.w.N. Kopp/Schenke (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2005, § 42 II VwGO, Rn. 75, 95, 152, D. Triantafyllou, DÖV 1997, S. 197

³¹² J. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 185.

³¹³ R. Wahl, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, Vorb. 42 VwGO, Rn. 127.

weiterung des Gerichtszugangs einher³¹⁴. In diesem Zusammenhang wird immer wieder vor der Gefahr einer Justizüberlastung gewarnt³¹⁵. Tatsächlich konnte auch für das Vergaberecht zunächst ein nicht unwesentlicher Klageanstieg festgestellt werden. Es können potenziell mehr Personen potenziell bieterschützende vergaberechtliche Form- und Verfahrensvorgaben einklagen – was auch mit steigender Tendenz getan wird³¹⁶. Von jährlich circa 15.000 Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte werden etwa 7 % einem Nachprüfungsverfahren unterzogen. Das waren etwa 1000 Verfahren vor den Vergabekammern im Jahre 2002 im Vergleich zu 395 im Jahre 1999 und 245 Beschwerdeverfahren in der zweiten Kontrollinstanz im Jahre 2002 im Vergleich zu 50 im Jahre 1999. Im Jahr 2003 lagen diese Zahlen bereits bei 1275 erstinstanzlichen und bei 302 zweitinstanzlichen Fällen³¹⁷. Doch ist aus den erweiterten Schutzzwecken nicht zwingend auf den Kreis der Klageberechtigten zu schließen. Allen Befürchtungen zum Trotz ist es nicht zu europäisch bedingten Popularklagen im nationalen Rechtsschutz gekommen. Die befürchtete Klageflut im Oberschwellenbereich ist ausgeblieben. Selbst in den dargestellten erweiterten Konstellationen der Fallgruppen wird es dazu nicht kommen. Langfristig werden sogar wieder sinkende Zahlen von Rechtsschutzanträgen erwartet. Einerseits sieht das vergaberechtliche Rechtsschutzsystem Begrenzungen wie die präkludierende Rügeflicht vor. Andererseits wird auch weiterhin eine Abgrenzung des konkreten Klägerkreises anhand der Betroffenheit vorgenommen³¹⁸.

c) Die Herleitung der konkreten Betroffenheit

Nach der traditionellen Dogmatik ist auf der zweiten Stufe der Schutznormtheorie die gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit des Klägers aus der fachgesetzlichen Norm herzuleiten³¹⁹. Entgegen der materiellen Gebundenheit der deutschen Klagebefugnis wird im Gemeinschaftsrecht auf faktische Betroffenheitskriterien zurückgegriffen. Dies gilt sowohl für Rechtsschutzverfahren vor den Gemeinschaftsgerichten mithilfe der sogenannten Plau-

³¹⁴ „Notwendiger Preis der funktionalen Subjektivierung“: *F. Schoch*, NVwZ 1999, S. 464, *O. Dörr*, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 188, *T. Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 230 ff., 245, 364, *S. Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 368, *M. Reiling*, Zu individuellen Rechten im deutschen und im Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 524, *J. Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 185, *E. Schmidt-Aßmann*, DVBl 1997, S. 285 ff.

³¹⁵ *T. Dünchheim*, Verwaltungsprozeßrecht unter europäischem Einfluß, 2003, S. 165, *F. Ekardt*, ThürVBl 2001, S. 229.

³¹⁶ *R. Wanninger*, u. a., NZBau 2006, S. 484.

³¹⁷ *R. Wanninger*, u. a., NZBau 2006, S. 481 unter Verweis der Statistik des BMWA.

³¹⁸ *F. Ekardt*, ThürVBl 2001, S. 227, *G. Winter*, NVwZ 1999, S. 468.

³¹⁹ *W.-R. Schenke*, Verwaltungsprozeßrecht, 2002, S. 154 ff.

mannformel im Rahmen der Klagebefugnis des 230 IV EGV³²⁰ als auch für den Mindeststandard des nationalen Rechtsschutzes im indirekten Vollzug des Gemeinschaftsrechts³²¹. Eine nähere Konkretisierung der „individuellen Betroffenheit“ erfolgt durch das Gemeinschaftsrecht aber nicht³²². Die Umsetzung bleibt wiederum den Mitgliedstaaten unter Beachtung des Effektivitäts- und Äquivalenzgebots überlassen³²³. Nationale Unterschiede in der inhaltlichen Konturierung des Abgrenzungskriteriums sind möglich³²⁴, wenn auch die Effektivität des Rechtsschutzes eine gewisse Weite der Betroffenheit bedingt³²⁵.

aa) Zur Notwendigkeit der Ergänzung normativer Betroffenheit

Die Mitgliedstaaten müssen die Möglichkeit der Nachprüfung nicht jedem zur Verfügung stellen, der einen bestimmten öffentlichen Auftrag erhalten will. Es steht ihnen insbesondere frei, nach Art. 1 der RechtsschutzRL zusätzlich zu verlangen, dass dem Antragsteller durch den behaupteten Rechtsverstoß ein tatsächlicher Nachteil, ein Schaden, entstanden ist beziehungsweise zu entstehen droht³²⁶. Grundsätzlich ist damit jeder unterlegene Bieter als Beteiligter in einem Vergabeverfahren klagebefugt. Eine Beteiligung ist aber nicht zwingend³²⁷. Gerade die Spruchpraxis des EuGH der letzten Jahre zur De-facto-Vergabe und der Kontrolle der Aufhebungsentscheidung beweist, dass die Herleitung der Antragsbefugnis über die Beteiligung an einem Vergabeverfahren hinausgehen können muss³²⁸. Infolgedessen ist es in den Fallgruppen zu Problemen der praktischen Handhabbarkeit gekommen. Durch die Relativierung zwischen subjektivem und objektivem Schutzzweck ist die Bestimmung des subjektiv-öffentlichen Rechts über den Schutzzweck der Norm nur noch sehr eingeschränkt möglich. War die Abgrenzung des konkreten Personenkreises noch nie unproblematisch, so stellt sich die Individualisierbarkeit angesichts der Erweiterungen des potenziellen Klägerkrei-

³²⁰ *L. Malferrari, u. a.*, EWS 2003, S. 254 ff.

³²¹ *C. Calliess*, in: C. Nowak (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, 2002, S. 87, *G. Winter*, NVwZ 1999, S. 470.

³²² *M. Gellermann*, in: H.-W. Rengeling u. a. (Hrsg.), Hdb. des Rechtsschutzes in der EU, 2003, S. 670.

³²³ *A. Epiney*, NVwZ 1999, S. 488.

³²⁴ *F. Schoch*, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Festgabe BVerwG, 2003, S. 516.

³²⁵ Vgl. die Umsetzung der Luftreinhalteungsrichtlinie, bei der die Begrenzung der konkreten Betroffenheit auf die unmittelbare Nachbarschaft als zu eng gewertet wurde: EuGH, Urteil vom 30.05.1991, Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567, „Luftreinhalteungsrichtlinie“, Rn. 19.

³²⁶ EuGH, Urteil vom 19.06.2003, Rs. C-249/01, Slg. 2003, I-6319, „Hackermüller“, Rn. 18.

³²⁷ EuGH, Urteil vom 12.02.2004, Rs. C-230/02, Sgl. 2004, I-01829, „Grossmann Air Service“, Rn. 25 ff.

³²⁸ *M. Burgi*, NZBau 2003, S. 16 ff.

ses nun umso schwieriger, aber für die Praxis im Vergaberecht auch umso dringender dar. Infolgedessen sind zusätzliche Abgrenzungskriterien notwendig. Steht der Normzweck nur noch bedingt für die Herleitung zur Verfügung, liegt es nahe, die konkrete Betroffenheit mithilfe faktischer Kriterien abzugrenzen³²⁹. Die Forderung nach einer Ergänzung der Schutznormtheorie durch faktische Betroffenheit ist so alt wie die Schutznormtheorie selbst. Sie ist dem deutschen Recht in der praktischen Anwendung auch nicht unbekannt. Faktische Elemente haben sich einschleichen können, weil die Regelungsgegenstände technisch- und rechtlich immer komplexer geworden sind³³⁰. Insbesondere im Nachbarrecht ist unter Zuhilfenahme faktischer Elemente eine *räumliche Betroffenheitsgrenze* kasuistisch festgelegt worden, die Ausdruck des Spannungsverhältnisses zwischen der betroffenen Allgemein- und Individualinteressen ist³³¹.

Trotz dieser Durchbrechungen wird die Ergänzung der bestehenden Dogmatik der Verletztenklage durch faktische Ergänzungen überwiegend abgelehnt³³². Faktische Elemente rufen das Schreckensgespenst der Popularklage auf den Plan³³³, obwohl dafür keinerlei Veranlassung besteht, wie selbst rechtsvergleichende Untersuchungen zur französischen Interessentenklage bei bloßer faktischer Betroffenheit belegen³³⁴. Faktische Elemente beschneiden aber unbestritten die Zuordnungskompetenz des Gesetzgebers und greifen in die Gewaltenteilung zwischen Exekutive und Judikative ein³³⁵. Dieses Argument ist gewichtig, greift allerdings gerade für die spezielle Kontrollinstanz der Vergabekammer als Behörde nur bedingt. Ausschlaggebend sind letztlich die Vorteile einer solchen Ergänzung für die Praxis. Eine stärker an tatsächlichen Gegebenheiten orientierte Herleitung erlaubt problemorientierte und flexible Lösungen für das konkrete Rechtsgebiet und den Einzelfall,

³²⁹ So auch: *R. Halfmann*, *VerwArch.* 2000, S. 75.

³³⁰ *R. Scholz*, *Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz*, 1971, S. 89 m.w.N.

³³¹ *B. Schlicher*, in: *FS für Bydlinksi*, 2002, S. 364, *R. Stober*, *Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1993, S. 72, *M. Zuleeg*, *DVB1* 1976, S. 510 ff., *M. Schmidt-Preuß*, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, 2005, S. 815.

³³² *C. Erdl*, *Vergaberechtsschutz*, 1999, Rn. 161, Übersicht: *B. Pasemann*, *Die Entwicklung des Schutzes subjektiver öffentlicher Rechte unter Berücksichtigung des europäischen Einflusses*, 2004, S. 314.

³³³ Anschaulich zum „Schwarz-Weiß-Denken“ der deutschen Dogmatik: *N. Glaßer-Lüß*, *IBR* 2006, S. 165; allgemein zur „Phobie vor der Popularklage“: *C. D. Classen*, *Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1996, S. 84.

³³⁴ *C.-W. Otto*, *ZfBR* 2005, S. 26.

³³⁵ *S. Gerstner*, *Die Drittschutzdogmatik*, 1995, S. 233, *E. Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee*, 2004, S. 22, *R. Scholz*, *Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz*, 1971, S. 92, 93.

ohne dass ein Eingreifen des Gesetzgebers notwendig wird³³⁶. Die Entlastung des Gesetzgebers ist im Europäisierungsprozess mehr als willkommen. Selbst Gegner der faktischen Elemente verweigern sich nicht einer „richterlichen Feinsteuerung“ des Einzelfalls³³⁷. Im Laufe der europäischen Überformung zeigte sich im Vergaberecht verschiedentlich, dass der Gesetzgeber nicht schnell und flexibel genug auf die Entwicklungen im Rechtsgebiet reagieren konnte³³⁸. Die Kontrollorgane mussten vielfach und müssen noch immer mit dem europäisch bedingten Anpassungsdruck – wie in den erörterten Fallgruppen – in erster Linie allein umgehen. Die Vergabekammern und die Vergabesenate sind als fachlich spezialisierte Kontrollorgane aber auch in der Lage, diese Aufgabe selbständig zu erfüllen³³⁹, selbst wenn dies Übergangszeiten heterogener Rechtsprechung und anfängliche Rechtsunsicherheiten für die Anwender mit sich bringt.

bb) Elemente tatsächlicher Betroffenheit im Vergaberecht

Ist die Abgrenzung nicht über den Schutzzweck der Norm möglich, verkommt die Normbindung zum Schein. Die Betroffenheit im Einzelfall, das *Näheverhältnis im übertragenen Sinne*, muss deshalb unter Berücksichtigung von Elementen tatsächlicher Natur hergeleitet werden: Zunächst ist die konkrete Wettbewerbsstellung des Antragstellers entscheidend für die Betroffenheit³⁴⁰. So wird die Beteiligung am Verfahren neben mindestens einem weiteren Wettbewerber in der Spruchpraxis regelmäßig als äußere Grenze des Klägerkreises angesehen³⁴¹. Außerdem kommt der Beteiligung Indizcharakter zu³⁴², wenn auch nicht jeder Beteiligte an einem Vergabeverfahren ein sub-

³³⁶ Scholz spricht insoweit vom „Bedürfnis eines beweglichen Charakters“: R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, 1971, S. 14; ähnlich: C. D. Classen, NJW 1995, S. 2463.

³³⁷ S. Gerstner, Die Drittschutzdogmatik, 1995, S. 254.

³³⁸ P. M. Huber, JZ 2000, S. 822.

³³⁹ Insofern kann der Einwand von Schmidt-Aßmann, die Kontrollorgane stießen durch diese Verpflichtung an die Grenzen ihrer Kapazitäten, entkräftet werden: E. Schmidt-Aßmann, Ordnungs-idee, 2004, S. 22.

³⁴⁰ BVerfG, Beschluss vom 29.07.2004, 2 BvR 2248/03, VergabeR 2004, 603, O. Otting, VergabeR 2004, S. 602, EuGH, Urteil vom 07.12.2000, Rs. C-214/99, Slg. 2000, I-11121, „Neste Markkinointi“, S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 159.

³⁴¹ „Eine Antragsbefugnis besteht nicht, wenn das antragstellende Unternehmen kein Angebot abgegeben hat. Es fehlt ein Interesse am Auftrag, wenn der Antragsteller ohne hinreichenden Grund von der Abgabe eines Angebots abgesehen hat“: statt vieler: VK Nordbayern, Beschluss vom 25.11.2005, 320.VK-3194-38/05, J. Byok in: ders. (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2005, § 107 GWB, Rn. 957.

³⁴² Kopp/Schenke (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2005, § 42 VwGO, Rn. 72.

ktiv Verletzter ist³⁴³. Die Teilnahme schafft im Vergaberecht ein „vertragsähnliches Vertrauensverhältnis“³⁴⁴ oder „spezifisches Schutzverhältnis“³⁴⁵. Eine Antragsbefugnis kommt sonst nur ausnahmsweise in Betracht, wenn der Unternehmer gerade durch die gerügten Verfahrensfehler an der Abgabe, beziehungsweise an der Erstellung des Angebots gehindert worden ist³⁴⁶. Die europäisch bedingte Erweiterung der potenziellen Kläger über den Beteiligtenkreis hinaus, macht zusätzliche Kriterien notwendig³⁴⁷. Betroffenheit des Einzelnen kann auch durch die Schwere des Eingriffs begründet werden, die ebenfalls eine gewisse Nähebeziehung zu schaffen vermag³⁴⁸. Die Intensität der Betroffenheit weist den Weg der Abwägung der kollidierenden Interessen des Antragstellers an einer effektiven Kontrolle sowie des bestplatzierten Bieters und des Auftraggebers an einem schnellen Vertragsschluss. Dabei kann sogar normativ an das Tatbestandsmerkmal des Schadens in § 107 II GWB angeknüpft werden³⁴⁹. Wurde der Schaden zunächst im Sinne der Filterfunktion der Antragsbefugnis streng kausal gehandhabt, muss er sich wegen der gemeinschaftsrechtlichen Funktionalität des Klagerechts nun zu einer Variablen in der Abwägung tatsächlicher Betroffenheit weiterentwickeln.

Letztlich muss das Spannungsverhältnis zwischen Beschleunigungsgrundsatz und effektivem Rechtsschutz wohl fallgruppenweise einheitlich durch die Sprechpraxis entschieden werden. Langfristig ist die Entwicklung einer solchen Kasuistik mithilfe der Divergenzvorlage zum BGH möglich und zeichnet sich auch bereits in den erörterten Fallgruppen ab. So kann im Falle der De-facto-Vergabe die Betroffenheit des Antragstellers, das Näheverhältnis im übertragenen Sinne, nur über die hypothetische Chance auf den Zuschlag ermittelt werden, wobei keine strenge Kausalität mehr zwischen dem Vergaberechtsverstoß und dem verhinderten Zuschlag und dem Schaden gefordert wird. Je grundlegender die Bedeutung der verletzten Schutznorm des Verga-

³⁴³ C. Erdl, Vergaberechtsschutz, 1999, S. 506, Kopp/Schenke (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2005, § 42 VwGO, Rn. 72; zum Zusammenhang zwischen Verfahrensbeteiligung und Klageberechtigung im Rahmen der Nichtigkeitsklage vor dem EuGH: P. V. Dietze, Verfahrensbeteiligung und Klagebefugnis im EG-Recht, 1995, S. 19, 38 ff.

³⁴⁴ S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 200.

³⁴⁵ R. Stober, Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1993, S. 267.

³⁴⁶ VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 05.10.2005, VK-SH 23/05, H. Glahs, NZBau 2004, S. 545, C. Antweiler, VergabeR 2004, S. 702 ff.

³⁴⁷ H. Glahs, NZBau 2004, S. 546.

³⁴⁸ R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, 1971, S. 125.

³⁴⁹ M. Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2005, S. 815, 816, M. Kalinowsky, Der Anspruch der Bieter, 2000, S. 188; nach a. A. ist die Frage des Schadens eine Frage des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2001, Vor §§ 97 ff. GWB, Rn. 186, S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 175.

berechts, desto größer muss der potenzielle Kreis der Antragsberechtigten in Hinblick auf die veränderte Funktionalität des Klagerechts angesetzt werden. Damit eröffnen rechtswidrige De-facto-Vergaben den größtmöglichen Klägerkreis.

Die unterschiedliche Behandlung der Fallgruppen „Widerruf der Aufhebung“ und „zwingender Ausschluss“ lässt ebenfalls erkennen, dass sich bereits eine differenzierte Fallgruppenkasuistik entwickelt hat. Hinsichtlich der Kontrolle der Aufhebungsentscheidung des Verfahrens droht keine Gefahr einer Verzögerung für ein laufendes Vergabeverfahren infolge langwieriger Nachprüfungen. Damit besteht auch keine Gefahr für betroffene, gegensätzliche Interessen. Der potenzielle Kreis der Klageberechtigten beschränkt sich zudem klar abgrenzbar auf die Bieter des aufgehobenen Verfahrens. Entsprechend fällt die Abwägung mittlerweile durch die meisten Vergabekammern und OLGs zugunsten der Antragsbefugnis aus³⁵⁰. Dagegen überwiegt für die „Antragsbefugnis nach zwingendem Ausschluss“ noch eine vorsichtige Haltung in der Spruchpraxis. Im Rahmen des formstrengen Verfahrens kommt es sehr häufig zu Ausschlüssen von Angeboten auf der ersten Prüfungsstufe. Viele Unternehmen fallen auf diese Weise aus der Endwertung heraus, die alle an einem Zugang zu den Nachprüfungsverfahren interessiert sind. So stellt sich der Zielkonflikt zwischen dem Beschleunigungsgebot und dem Bedürfnis nach effektivem Rechtsschutz in besonderem Maße. Die Betroffenheitskriterien sind hier noch strittig, wie die heterogene Rechtsprechung zur Gleichartigkeit des Ausschlussgrundes zeigt. Langfristig muss sich die Spruchpraxis auf Kriterien einigen, die die Betroffenheit unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Funktionalität des Antragsrechts konkretisieren.

V. Indirekte Europäisierung des Unterschwellenbereichs

1. Gegenwärtige Situation

Das deutsche Vergaberecht ist durch eine Zweiteilung gekennzeichnet. Der Unterschwellenbereich ist einer primären Rechtskontrolle grundsätzlich nicht zugänglich³⁵¹. Für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte gelten weder der vierte Teil des GWB noch die VgV. Den Verdingungsordnungen allein kommt als Binnenrecht mangels Außenwirkung und Individualrechtsschutzrichtung kein Schutznormcharakter zu, weshalb diese keine subjektiven Bi-

³⁵⁰ Kapitel 5, § 2, II. 1. b).

³⁵¹ Dreher spricht insoweit von der „dunklen“ Welt des Auftragswesens: *M. Dreher*, NZBau 2002, S. 419, „faktische Rechtslosigkeit“: *W. Irmer*, VergabeR 2006, S. 308, vgl. Kapitel 3, § 3, I. 5.

terrechte einräumen³⁵². Die Herleitung subjektiver Rechte direkt aus dem Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 I GG, wird mit Verweis auf den ausdrücklichen Willen des Bundesgesetzgebers ebenfalls noch überwiegend abgelehnt³⁵³. Eine direkte Ableitung aus Verfassungsrecht verbietet sich zudem schon wegen der sogenannten Anspruchsoffenheit der Grundrechte³⁵⁴. Gerade in multipolaren Beziehungen wie dem Vergaberecht³⁵⁵ würde die konkretisierte Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers im Sinne eines Konfliktschlichtungsprogramms fehlen³⁵⁶. Allerdings ist der Gesetzgeber an die Grundrechtsabhängigkeit des subjektiv-öffentlichen Rechts aus der Vorrangstellung des Grundgesetzes gebunden³⁵⁷. In Literatur und Rechtsprechung ist man deshalb zunehmend der Ansicht, dass die Zielsetzung des einfachen Rechts angesichts der tatsächlichen Betroffenheit der Unternehmensrechte der Art. 3 I, 12, 14 GG und 19 IV GG nicht mehr haltbar ist³⁵⁸. Das bereits erwähnte Urteil des OVG Rheinland-Pfalz („Lenkwaffen“)³⁵⁹ hat nicht nur eine Diskussion um den Rechtsweg, sondern auch um die Herleitung subjektiv-öffentlicher Rechte im Sinne des § 42 II VwGO im Unterschwellenbereich ausgelöst³⁶⁰. Selbst die Vergabekammern und die Auftraggeber sprechen sich mittlerweile mehrheitlich für die Einführung zumindest eines vereinfachten Primärrechtsschutzes aus³⁶¹. Es ist schlicht nicht überzeugend, dass Wertgrenzen, die verfahrensökonomische Ziele verfolgen, über die subjektivrechtliche Komponente eines Rechtssatzes entscheiden können³⁶². Zudem

³⁵² S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 13, A. Losch, VergabeR 2006, S. 299.

³⁵³ H. Franke, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „Evaluierung des VgRÄG“, Bt-Drs.15/2034, S. 10, 56, 83, 89, W. Imer, VergabeR 2006, S. 159 ff.; kritisch insoweit zu Recht: A. Losch, VergabeR 2006, S. 299, 300 unter Verweis auf: EuGH, Urteil vom 24.09.1998, Rs. C-76/97, Slg. 1998, I-5357, „Tögel“.

³⁵⁴ BVerwG, Urteil vom 29.10.1992, 7 C 34.91, BVerwGE 91, 135, „Bonner Hofgartenwiese“, OVG Mannheim, Urteil vom 29.06.1998, 1 S 1580/96, NVwZ-RR 1999, 264, R. Wahl, DVBl 1996, S. 650, J. Ruthig, NZBau 2005, S. 501; a. A. P. Selmer, in: R. Stober u. a. (Hrsg.), Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, 2000, S. 99.

³⁵⁵ Das Vergaberecht muss als ein multipolares Verwaltungsrechtsverhältnis eingeordnet werden, bei dem die Bieter in einem Konkurrenzverhältnis stehen und die Vergabestelle als Pflichtsubjekt an der „Spitze“ des Dreiecks steht: M. Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2005, S. 18 ff., 709; zusammenfassend zum Konfliktschlichtungsprogramm: S. 713 ff.

³⁵⁶ R. Wahl, DVBl 1996, S. 646, E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. 76, 77.

³⁵⁷ R. Wahl, DVBl 1996, S. 645, 646.

³⁵⁸ P. M. Huber, JZ 2000, S. 878, W. Frenz, EuZW 2006, S. 750, 751.

³⁵⁹ OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 25.05.2005, 7 B 10356/05, IBR 2005, 386, „Lenkwaffen II“.

³⁶⁰ M. Niestedt, u. a., VergabeR 2005, S. 481 mit ausführlicher Besprechung des Urteils.

³⁶¹ H. Franke, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „Evaluierung des VgRÄG“, Bt-Drs.15/2034, S. 10, 58, 59.

³⁶² M. Krist, IBR 2003, S. 558.

wächst der Druck Europas, einen Mindeststandard im Unterschwellenbereich zu erfüllen³⁶³. Öffentliche Auftragsvergaben im Unterschwellenbereich fallen in den Anwendungsbereich gemeinschaftsrechtlicher, unmittelbar anwendbarer Grundfreiheiten, wie der Warenverkehrsfreiheit, der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs³⁶⁴. Der EuGH hatte zwar noch nicht zu entscheiden, ob ein Klagerecht direkt aus den Grundfreiheiten abgeleitet werden kann. Er hat aber klargestellt, dass die öffentliche Hand keine Auftragsvergabe „rechtsfrei“ vornehmen kann³⁶⁵. Allein der Anwendungsvorrang des materiellen Gemeinschaftsrechts nützt dem Betroffenen wenig, wenn der Zugang zu den nationalen Gerichten nicht eröffnet ist. Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, dass sich Bieter in Zukunft auch direkt auf die Grundfreiheiten berufen können³⁶⁶. Der EuGH wird den Weg der richterrechtlichen Rechtsfortbildung im Unterschwellenbereich wohl dann nutzen, wenn sich der massive Widerstand der Mitgliedstaaten gegen einen gemeinsamen Rechtsschutzmindeststandard nicht legen sollte³⁶⁷.

2. Ausgestaltung des Gerichtszugangs

Das BVerfG hat die Verfassungsmäßigkeit der Zweispurigkeit im Rechtsschutz damit begründet, dass „mit dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch wie mit Art. 19 IV GG Rechtsschutz nur zu dem Zweck des Schutzes subjektiver Rechte gewährt wird, die von beiden Gewährleistungen vorausgesetzt und nicht selbst geschaffen werden“³⁶⁸. Damit ist aber nicht geklärt, wie ein Rechtsschutz aussehen könnte, wenn denn subjektive Rechte anderweitig anerkannt werden würden. Ein Eingreifen des Gesetzgebers ist zumindest momentan im Rahmen der anstehenden zweiten Stufe der Vergaberechtsreform in 2007/2008 nicht zu erwarten³⁶⁹. Solange jedoch der

³⁶³ Europäische Kommission, Mitteilung vom 23.06.2006, „Auslegungsfragen im Unterschwellenbereich“, H. Wirner, IBR 2004, S. 446, M. Dreher, NZBau 2006, S. 1577, a. A.: F. Marx, NZBau 2006, S. 1583.

³⁶⁴ EuGH, Urteil vom 21.07.2005, Rs. C-231/03, Sgl. 2005, I-07287, NZBau 2005, 1052, „Co.Na.Me.“, C. Braun, u. a., EuZW 2006, S. 177, M. Kraft-Lehner, Subjektive Rechte und Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2002, S. 166 m.w.N.

³⁶⁵ EuGH, Urteil vom 13.10.2005, Rs. C-458/03, Sgl. 2005, I-08612, „Parking Brixen“, EuGH, Urteil vom 20.10.2005, Rs. C-264/03, Sgl. 2005, I-08831, „Kommission/Frankreich“.

³⁶⁶ Dreher bejaht die Anwendbarkeit bereits: M. Dreher, NZBau 2002, S. 422, so auch: M. Kraft-Lehner, Subjektive Rechte und Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2002, S. 167 ff., 176.

³⁶⁷ Vgl. die Diskussion anlässlich: Europäische Kommission, Mitteilung vom 23.06.2006, „Auslegungsfragen im Unterschwellenbereich“ in Kapitel 3, § 2, II. 2. b).

³⁶⁸ BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, IBR 2006, 684, Rn. 54.

³⁶⁹ Vgl. die negativen Stellungnahmen aus dem zuständigen Bundesministerium BMWi: K. Puka, VergabeR 2006, S. 591, 592, F. Marx, NZBau 2006, S. 1583.

Gesetzgeber seinen „Subjektivierungsauftrag“ aus der Verfassung nicht erfüllt, kommt dem Richter eine entscheidende Rolle zu, der Grundrechtsabhängigkeit zur Wirksamkeit zu verhelfen und in einem schöpferischem Akt fallweise subjektive Rechte aus einfachem Recht im Wege einer verfassungskonformen Auslegung herauszuarbeiten³⁷⁰. Dieser Aufgabe haben sich bereits mehrere Gerichte, vorrangig Verwaltungsgerichte, gestellt. Sowohl das Oberverwaltungsgericht NRW als auch das Verwaltungsgericht Meiningen haben in Urteilen von Anfang 2007 – nach dem Urteil des BVerfG – subjektive Rechte anerkannt³⁷¹. Langfristig ist damit die Ausbildung eines Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich und die Einführung subjektiver Rechte nicht mehr aufzuhalten³⁷².

In diesem Zusammenhang unterliegt der Schutzzweck erkennbar einer Veränderung. Diente das Haushaltsrecht ehemals – wie zunächst im Oberschwellenbereich – allein dem öffentlichen Interesse einer sparsamen Mittelbewirtschaftung und begründete dieses deshalb keine subjektiven Rechte übergangener Mitbewerber auf eine ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens, mehren sich nun die Stimmen, die eine Subjektivierung der Vorschriften und ihre Einklagbarkeit auch im Unterschwellenbereich bejahen³⁷³. Zur Herleitung berufen sich Rechtsprechung und Literatur überwiegend auf die Verdingungsordnungen in Verbindung mit Art. 3 I GG³⁷⁴ oder allein auf die Verdingungsordnungen³⁷⁵. Wiederum zeigen sich dabei Parallelen zum Oberschwellenbereich. Der Umfang des einklagbaren subjektiven Rechts bestimmt sich auch im Unterschwellenbereich in Hinblick auf die besondere Funktionalität einer effektiven Rechtsdurchsetzung des Vergaberechtsregimes: „Die Verdingungsordnungen geben in Verbindung mit Art. 3 I GG den Rahmen für die gerichtlich durchsetzbare Position des Bie-

³⁷⁰ R. Wahl, DVBl 1996, S. 648, 651, M. Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2005, S. 52.

³⁷¹ OVG NRW, Beschluss vom 12.01.2007, 15 E 1/07, VG Meiningen, Beschluss vom 16.01.2007, 2 E 613/06, II, 1 a), 3. b) bb), B. Köster, NZBau 2006, S. 543.

³⁷² So auch: J. Pietzcker, Zweiteilung des Vergaberechts, 2001, S. 90 ff., M. Dreher, NZBau 2006, S. 1575, O. Dörr, DÖV 2001, S. 1019, O. Wittig, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 1999, S. 193, 345, A. Guckelberger, NVwZ 2006, S. 180.

³⁷³ D. Diemert, NZBau 2006, S. 532.

³⁷⁴ „Über Art. 3 Abs. 1 GG kommt den Verdingungsordnungen als öffentlich-rechtlichen Rechtsätzen des Innenrechts Wirkung für die Außenrechtsbeziehung zu“: OVG NRW, Beschluss vom 11.08.2006, 15 E 880/06, IBR 2006, 630, N.-J. Grundmann, Zweiteilung, 2004, S. 108, M. Niestedt, u. a., VergabeR 2005, S. 482, A. Losch, VergabeR 2006, S. 302, 303, M. Kraft-Lehner, Subjektive Rechte und Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte, 2002, S. 266 ff., 282, 307, „Selbstbindung der Verwaltung i. V. mit Art. 3 I GG“: M. Freitag, NZBau 2002, S. 206, O. Dörr, DÖV 2001, S. 1019, M. Hollands, u. a., DÖV 2006, S. 56.

³⁷⁵ M. Krist, VergabeR 2003, S. 434, VG Neustadt, Beschluss vom 29.02.2006, 4 L 210/06, IBR 2006, 216, VergabeR 2006, 351, „Flughafen Rammstein“.

ters und begrenzen sie zugleich³⁷⁶. Ausgenommen hiervon sind nur Verletzungen reiner Ordnungsvorschriften, die erkennbar keine subjektiv-rechtlichen Schutzzinhalte aufweisen³⁷⁷. Damit sind auch im Unterschwellenbereich alle wesentlichen Verfahrensvorgaben einklagbar³⁷⁸, selbst wenn insgesamt verminderte Form- und Verfahrensvorgaben in Abhängigkeit des Wertes der nachgefragten Leistung zu erwarten sind³⁷⁹.

Diese Tendenzen werden sich festigen, auch wenn das BVerwG in einem Urteil vom 02.05.2007 die Zuständigkeit an die Zivilgerichtsbarkeit abgegeben hat³⁸⁰. Nun wird die Zivilgerichtsbarkeit die notwendige Subjektivierungsleistung erbringen müssen. Angesichts der mittelbar vorgegebenen Funktionalität des Gerichtszugangs ist allerdings nicht zu erwarten, dass diese wesentlich von der Linie der Verwaltungsgerichte abweichen wird. Die nähere Ausgestaltung bleibt abzuwarten. Schon jetzt zeigt sich aber, dass sich der Ober- und der Unterschwellenbereich trotz der formalen Trennung der Zweispurigkeit funktional verknüpft darstellen und einer umfassenden Europäisierung unterliegen. So oder so setzt sich die Friktion aus dem Oberschwellenbereich fort, die sich durch die Öffnung für einen Primärrechtsschutz und einem funktionalisierten und um Allgemeininteressen erweiterten Gerichtszugangs ergibt. Die dargestellten Europäisierungseffekte werden sich damit langfristig auch im nationalen, nicht europäisch bedingten Recht niederschlagen. Die Europäisierung des nationalen Rechts wird auf lange Sicht die Herausbildung einer stimmigen *Gesamtsystematik* notwendig machen. Wieder bietet sich die systemimmanente Lösung einer „aufgeladenen“ Schutznormtheorie an, wenn diese auch nur indirekt europarechtlich aufgeladen wäre.

VI. Rechtsvergleichender Blick nach Frankreich

Das französische Vergaberecht zeichnet sich ebenfalls durch eine umfangreiche europäische Überformung im vergaberechtlichen Rechtsschutz aus. Es wurde mit dem *référé précontractuel* sogar ein spezieller Rechtsbehelf geschaffen³⁸¹. Die Europäisierung des Gerichtszugangs im französischen Vergaberecht soll rechtsvergleichend herangezogen werden, um eine Umsetzungsalternative der erörterten europäischen Vorgaben in der objektiven

³⁷⁶ VG Meiningen, Beschluss vom 16.01.2007, 2 E 613/06, II, 3. b) bb).

³⁷⁷ S. Tomerius, u. a., VergabeR 2005, S. 562, A. Losch, VergabeR 2006, S. 289.

³⁷⁸ Vgl. bereits: VG Neustadt, Beschluss vom 19.10.2005, 4 L 171505, IBR 2006, 40.

³⁷⁹ Kapitel 5, § 5, V.

³⁸⁰ BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007, 6 B 10.07, IBR 2007, 385.

³⁸¹ Kapitel 3, § 3, II. 4, Kapitel 4, § 2, II. 2.

Rechtsschutzsystematik als dem Gegenmodell des Individualrechtsschutzes vorzustellen und die Unterschiede in der Europäisierung der nationalen Systematik aufzuzeigen.

1. Der weite Gerichtszugang im objektiven Rechtsschutzverfahren

Das Modell der Interessentenklage im französischen Verwaltungsgerichtsverfahren zielt in erster Linie auf die Gewähr objektiv rechtmäßiger Zustände und die Sicherung der „guten Verwaltung“ im Rahmen eines *contentieux objectif* ab³⁸². Der Schutz der Rechte des Bürgers stellt regelmäßig nur einen Nebeneffekt dar. Für die Initiativberechtigung der Interessentenklage bedeutet dies, dass die Betroffenheit in *gegenwärtigen tatsächlichen, wirtschaftlichen* und selbst *ideellen Interessen* genügen kann³⁸³. Eine Popularklage ist trotz dieser, im Vergleich zu denen der deutschen Klagebefugnis geringen Anforderungen nicht zulässig. Ein Antragsteller ist nur berechtigt, sein eigenes persönliches Interesse geltend zu machen³⁸⁴. Allerdings kann im französischen Verwaltungsrecht verschiedentlich das kollektive Interesse mit speziellen Gruppen- oder Verbandsklagen eingeklagt werden³⁸⁵. Die Weite des Gerichtszugangs ist die logische Konsequenz der Ausrichtung des Verwaltungsprozesses auf die objektive Durchsetzung des Rechts. Insofern stellt die Gewährung des Rechtsschutzes bei reiner Interessenberührung in Frankreich den konzeptionellen Gegenpart zur Schutznormtheorie des Individualrechtsschutzes Deutschlands dar³⁸⁶.

2. Der Gerichtszugang im europäisierten Vergaberecht

a) Voraussetzung der qualifizierten Betroffenheit

Regelmäßig findet sich keine gesetzliche Regelung des *intérêt d'agir*. Die

³⁸² J.-M. Woehrling, NZBau 1998, S. 463.

³⁸³ B. Pacteau, *Contentieux administratif*, 2005, Rn. 133, D. Chabanol, *Code de justice administrative*, 2004, S. 137 ff., R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 2004, S. 296.

³⁸⁴ B. Pacteau, *Contentieux administratif*, 2005, Rn. 129, S. Gerstner, *Die Drittschutzdogmatik*, 1995, S. 246.

³⁸⁵ Ständige Rspr. seit dem Grundsatzurteil von 1906: C.E., Urteil vom 28.12.1906, *Lebon 977*, „*Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges*“; zum Umweltrecht: J.-M. Woehrling, NVwZ 1999, S. 503; zur allgemein steigenden Bedeutung: B. Pacteau, *Contentieux administratif*, 2005, Rn. 134.

³⁸⁶ „Idealtypisch entgegengesetzte Ziel- und Funktionsbestimmung der Verwaltungskontrolle“: R. Wahl, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), *Kommentar zur VwGO*, 2006, Vorb. § 42 VwGO, Rn. 7, W. Kuhla, u. a., *Der Verwaltungsprozess*, 2002, Rn. 81, J. Schwarze, NVwZ 1996, S. 24.

Klageberechtigung wird in den einzelnen Rechtsbereichen durch die Rechtsprechung in Abhängigkeit der Besonderheiten der Rechtsmaterie konkretisiert, weshalb zum Klagerecht eine weite Kasuistik und Fallgruppenbildung besteht³⁸⁷. Das Klagerecht im französischen Vergaberecht für den Oberschwellenbereich ist dagegen in Umsetzung der europäischen Rechtsmittelrichtlinie in L. 551-1 I S. 2 CJA gesetzlich geregelt und insoweit dem Verwaltungsrichter entzogen³⁸⁸. Danach sind diejenigen klageberechtigt, die Interesse am Vertragsabschluss haben, und für die eine Schädigung infolge eines Vergaberechtsverstößes nicht offensichtlich ausgeschlossen werden kann³⁸⁹. Zwar findet in Umsetzung der Rechtsschutzrichtlinie eine erweiterte Rechtmäßigkeitskontrolle – *de pleine contentieux* – statt. Anders als einige Spielarten der Klageart *pleine contentieux*, knüpft diese europäisch bedingte Spezialklage jedoch nicht an subjektive Rechte an³⁹⁰. Entscheidend ist gerade die effektive Klagemöglichkeit des Dritten, dem im Gegensatz zum Vertragspartner keine subjektiven Rechte aus dem Vertrag zustehen, und dem deshalb bis zur Einführung des *référé précontractuel* nur der zeitlich ineffektive objektive *recours en excès de pouvoir* gegen abtrennbare Akte offen stand³⁹¹. Dafür genügen im Schellgerichtsschutz, anders als im Rahmen der Anfechtungskonstellation des *recours en excès de pouvoir*, ideelle oder moralische Interessen nach dem ausdrücklichen Wortlaut gerade nicht. Wie auch das deutsche Recht stellt das französische Recht höhere Anforderungen an die tatsächliche Betroffenheit eines Dritten³⁹². In Umsetzung des Art. 1 RechtsschutzRL wird eine *qualifizierte Betroffenheit* im Sinne einer behaupteten subjektiven wirtschaftlichen Schädigung eingefordert³⁹³.

³⁸⁷ S. Gerstner, Die Drittschutzdogmatik, 1995, S. 67, 253, Zum weiten Klagerecht im französischen Umweltrecht als ein weiteres Referenzgebiet der Europäisierung: B. W. Wegener, Rechte des Einzelnen, 1998, S. 142, M. Ruffert, Subjektive Rechte im Umweltrecht, 1996, S. 114–121.

³⁸⁸ Parallel dazu ist die Antragsbefugnis für den Unterschwellenbereich mit gleichem Wortlaut in L. 551-2 I S. 2 CJA geregelt worden.

³⁸⁹ „Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un *intérêt* à conclure le contrat et qui sont *susceptibles d'être lésées* par ce manquement“; daneben ist der Staatsvertreter; eine Art Staatsanwalt im öffentlichen Recht bei der Vergabe einer Gebietskörperschaft oder einer öffentlichen Einrichtung klageberechtigt.

³⁹⁰ Andere Spielarten des *pleine contentieux* knüpfen dagegen an subjektive Rechte an: J. Koch, Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich, 1998, S. 202 ff., 214.

³⁹¹ Traditionell gilt im Rahmen von Verträgen das Prinzip „*res inter alios acta*“, wonach Drittklagen gegen den Vertrag bis auf enge Ausnahmen unzulässig sind. Seit Anfang des 20. Jahrhunderts ist der Drittschutz aber mit Hilfe der Theorie vom abtrennbaren Akt verstärkt worden: C. Emery, *Passer un marché public*, 2001, S. 363, 364, D. Chabanol, u. a., *Le régime juridique des marchés publics*, 2005, S. 68, 94, L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 2004, Rn. 34 m.w.N., J. Koch, Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich, 1998, S. 154., R. Vandermeeren, AJDA N° spécial 1994, S. 91, 96, J. Momas, AJDA 2004, S. 1116.

³⁹² F. Lichère, *Droit des contrats publics*, 2005, S. 100, 102.

³⁹³ Zur Wortbedeutung *léser*: benachteiligen, schädigen, verletzen (Langenscheidts Großes Wörterbuch); *Lésion*: Wertdifferenz: R. Guillien, u. a., *Lexique des termes juridiques*, 1999, S. 317.

Regelmäßig sind die unterlegenen Bieter klagebefugt³⁹⁴. Das Interesse am Vertragsabschluss ist immer gegeben, wenn ein Angebot als potenzieller Bieter abgegeben wurde, oder dargelegt werden kann, dass gerade der Vergaberechtsverstoß eine Angebotsabgabe verhindert hat³⁹⁵. Anders als im deutschen Recht muss dabei die Aussicht auf den Zuschlag nicht geltend gemacht werden³⁹⁶. So sind problemlos auch am Verfahren nicht beteiligte Unternehmen klageberechtigt³⁹⁷.

Verbandsklagen sind wegen der Voraussetzung der qualifizierten Betroffenheit im Vergaberecht, wenn überhaupt, nur unter engen Voraussetzungen möglich³⁹⁸. Die Maßnahmen der Vergabestelle richten sich vorrangig an die potenziellen Bieter. Der Verband kann deshalb eine eigene Schädigung durch den Vergaberechtsverstoß regelmäßig nicht geltend machen³⁹⁹.

b) Analyse des Anpassungsdrucks und des Friktionspotenzials

Trotz der Besonderheit einer qualifizierten Betroffenheit fällt der Gerichtszugang des Schnellgerichtsschutzes im französischen Vergaberecht im Ergebnis weiter aus als die deutsche Antragsbefugnis. So besteht kein Friktionspotenzial mit Blick auf das Gemeinschaftsrecht. Insbesondere können keine parallelen Problemfälle zu denen im deutschen Recht ausgemacht werden.

Das Klagerecht kann sich auf die Einhaltung aller Normen des CMP stützen. Es findet gerade keine Differenzierung des vergaberechtlichen Normenprogramms nach einem subjektiven und einem objektiven Schutzzweck statt⁴⁰⁰. Die erörterte Schutzzweckproblematik im deutschen Recht – vor allem bei der Einklagbarkeit der verfahrensrechtlichen Rechtmäßigkeit – stellt sich

³⁹⁴ Beispiel des Regelfalls: C.E., Urteil vom 19.03.1997, N° 171140, Lebon T.1003, „*Min. Agriculture c. Sté Bull*“.

³⁹⁵ C.E., Urteil vom 19.02.1996, Lebon 45, AJDA 1996, 392, „*Sté Aubettes*“, D. Chabanol, u. a., Le régime juridique des marchés publics, 2005, S. 95, 96.

³⁹⁶ Die Klagebefugnis eines Unternehmens wird bejaht, die speziellen Eignungsvorgaben des Vergabeverfahrens kontrollieren zu lassen, obwohl das Unternehmen nach diesen gerade nicht als Bieter in Frage käme: C.E., Urteil vom 03.11.1995, N° 152484, Lebon 391, „*District de l'agglomération nancéienne*“.

³⁹⁷ F. Lichère, Droit des contrats publics, 2005, S. 107, M. Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 1998, S. 78, D. Chabanol, u. a., Le régime juridique des marchés publics, 2005, S. 68, T. Ax, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 1997, S. 465.

³⁹⁸ Vgl. die Verneinung des Klageinteresses einer regionalen Gruppe gegen die Vergabe eines Freizeitparks: C.E., Urteil vom 23.02.2004, N° 250482, RMP 2004/05, 103, „*Pays loudunais*“. Auch einem professionellen regionalen Verband von Auftraggebern wurde die Klage verweigert, obwohl dieser das allgemeine Interesse von Auftraggebern gerade vertritt: C.E., Urteil vom 16.12.1996, N° 158234, Lebon 493, „*Conseil régional des architectes*“.

³⁹⁹ B. Pacteau, Contentieux administratif, 2005, Rn. 134.

⁴⁰⁰ C. Ladenburger, Verfahrensfehlerfolgen, 1999, S. 334.

damit für das französische Recht von vornherein gar nicht⁴⁰¹. Trotzdem drohen keine Popularklagen. Das französische Verwaltungsrecht kennt, wie das deutsche Recht auch, auf der Stufe der persönlichen Betroffenheit einen beschränkenden Aspekt des Klagerechts. Betroffenheit wird als eine Art Näheverhältnis verstanden, durch das sich der Klageberechtigte von der Allgemeinheit abgrenzen kann⁴⁰². In Zweifelsfällen – wie im wettbewerblichen Verfahren oder bei einer De-facto-Vergabe – wird eine Einzelfallentscheidung getroffen, die im Ermessen des Richters liegt⁴⁰³. Anknüpfungspunkt ist der drohende Schaden des Antragstellers, der als flexibles Abgrenzungskriterium der tatsächlichen Betroffenheit dient⁴⁰⁴. Auch nach französischem Vergaberecht sind Bieter mit unvollständigen Angeboten und fehlenden Referenzen von der Wertung auszuschließen⁴⁰⁵. Trotz des Ausschlusses kann der Bieter, der die grundsätzliche Eignung für den Auftrag behauptet, im Rahmen des Schnellgerichtsschutzes des *référé précontractuel* jedoch klagen⁴⁰⁶. Weiterhin kann der Auftraggeber auch in Frankreich das Verfahren aus bestimmten Gründen des allgemeinen Interesses nach Art. 60, 65 CMP aufheben. Es besteht jedoch für jeden Bieter des Vergabeverfahrens die Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit der Aufhebungsgründe gerichtlich überprüfen zu lassen⁴⁰⁷. Genauso besteht ein Klagerecht für jedes interessierte und grundsätzlich für den Auftrag geeignete Unternehmen gegen De-facto-Vergaben⁴⁰⁸.

Die dogmatischen Probleme, die das Friktionspotenzial in den erörterten Fallgruppen des deutschen Vergaberechts verursachen, sind einzig den Besonderheiten der engen Antragsbefugnis in der Individualrechtsschutzsystematik geschuldet. Dieses Ergebnis verwundert nicht angesichts der Weite des französischen Klagerechts und der bewussten Anlehnung des Gemeinschaftsvergaberechts an das zweistufige Vergabeverfahren der Theorie vom abtrennbaren Verwaltungsakt bei der Ausgestaltung der Rechtsmittelrichtlinien.

⁴⁰¹ Vgl. das Klagerecht wegen des Verfahrensfehlers einer fehlenden mündlichen Anhörung durch den Richter des *référé précontractuel*: C.E., Urteil vom 10.06.1994, N° 141633, Lebon 300, RFD adm.1994, 728, „*Cne de Cabourg*“.

⁴⁰² „*Idée de proximité par rapport à l'acte*“: M. Fromont, in: H. Mosler (Hrsg.), Gerichtsschutz gegen die Exekutive, 1971, S. 221, 251.

⁴⁰³ Vgl. nur: C.E., Urteil vom 17.03.2004, N° 226623, RMP 2004/05, 119, „*Ville de Paris*“.

⁴⁰⁴ B. Pacteau, *Contentieux administratif*, 2005, Rn. 132.

⁴⁰⁵ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 2004, S. 366, C.E., Urteil vom 10.02.1997, N° 169309, AJDA 1997, 714, „*Sté Révillon*“.

⁴⁰⁶ C.E., Urteil vom 08.04.2005, N° 270476, „*Radiometer*“, C.E., Urteil vom 25.01.2006, N° 278115, „*La Coccinelle*“, T. Ax, u. a., Rechtsvergleich, 2006, S. 236.

⁴⁰⁷ C.E., Urteil vom 25.01.2006, N° 278115, „*La Coccinelle*“.

⁴⁰⁸ T. Ax, u. a., Rechtsvergleich, 2006, S. 236, 465, F. Lichère, *Droit des contrats publics*, 2005, S. 107, M. Öhler, *Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge*, 1998, S. 78, D. Chabanol, u. a., *Le régime juridique des marchés publics*, 2005, S. 68.

Doch bedeutet das nicht, dass die französische Rechtsschutzsystematik keinen Anpassungen im Zuge der Europäisierung unterliegt. Das Erfordernis eines besonderen individuellen Moments der Schädigung zur Individualisierung des Klagerechts im europäisierten Vergaberecht, kombiniert mit der Aussetzungsbefugnis des Verfahrens durch den Richter, zeugt von einer veränderten Gewichtung subjektiver Interessen. Die Funktionalisierung des Gerichtszugangs im indirekten Vollzug verstärkt Tendenzen einer Neuausrichtung im französischen Verwaltungsrecht – einer gewissen Subjektivierung des objektiven Rechtsschutzsystems⁴⁰⁹. In der Analyse des Systemzusammenhangs wird zu untersuchen sein, ob für diese These weitere Anzeichen – über die qualifizierte Betroffenheit und die Suspensivwirkung hinaus – festgestellt werden können.

VII. Vergleich der Europäisierungseffekte und Zwischenbilanz

Der weitgefasste Wortlaut des Art. 1 III RechtsmittelRL ist als Kompromiss zu verstehen, der die Umsetzung in den unterschiedlichen Modellen der Mitgliedstaaten sowohl in der Verletztenklage als auch der Interessenklage ermöglichen soll⁴¹⁰. Nichtsdestotrotz ist es zu Umsetzungsschwierigkeiten in der nationalen Systematik gekommen. Besonders im deutschen Vergaberecht machen sich systembedingte Divergenzen bemerkbar. Auch wenn die besonderen Umstände der Instrumentalisierung nationaler Dogmatik zur Abwehr einer Öffnung des Vergaberechts in Rechnung zu stellen sind, kommt im Referenzgebiet der Grundkonflikt der Europäisierung des Klagerechts in der Individualrechtsschutzsystematik zum Tragen. Vor allem die Praxis in den Fallgruppen veranschaulicht die Divergenz zwischen der Filterfunktion der deutschen Antragsbefugnis und der Funktionalität des Gerichtszugangs im indirekten Vollzug. Die Aufarbeitung der Europäisierung des vergaberechtlichen Oberschwellenbereichs zeigt, dass die Schutznormtheorie hinsichtlich der Rezipierung europäisch bedingter Bieterrechte weiterhin den dogmatischen Rahmen stellen kann, der aber der veränderten Funktionalität des Klagerechts anzupassen ist. Der Einzelne bleibt Anknüpfungspunkt der zugewiesenen Rechtsmacht. Er übernimmt aber eine aktive Rolle im europäischen Konzept der dezentralen Kontrolle der Rechtsdurchsetzung. Das europäische Recht bedingt dabei eine funktionale Subjektivierung von Allgemeininteressen wie dem Schutz des Wettbewerbs und des Verfahrens, wodurch die

⁴⁰⁹ F. Melleray, JCP éd. adm. 2005, S. 1236, N. Foulquier, Les droits publics subjectifs, 2003, S. 370, 373, S. 616 ff., 693, J.-F. Lachaume, AJDA N° spécial 1998, S. 92, J. Dutheil de La Rochère, RFDA 2001, S. 911; Vgl. auch Kapitel 6, § 2. III.

⁴¹⁰ So auch: M. Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 1998, S. 156 ff., 171; Schenk, Das neue Vergaberecht, 2001, S. 111.

Unterscheidung zwischen dem subjektiven und dem objektiven Schutzzweck stark relativiert wird. Nach der *gemeinschaftsrechtlich aufgeladenen* Schutznormtheorie sind nun regelmäßig auch Verfahrens- und Formvorschriften über die sogenannte norminterne Wirkung der Richtlinie als potenziell bieterschützend auszulegen. Infolgedessen ist der potenzielle Klägerkreis stark erweitert. Die Zahl der Nachprüfungsverfahren ist seit Einführung subjektiver Bieterrechte mit dem VgRÄG kontinuierlich angestiegen. Es ist aber weder zur Zulässigkeit von Popularklagen noch zur befürchteten Klageflut gekommen. Die Erweiterung kann regelmäßig mithilfe einer verminderten Substantiierungslast des kausalen Schadens vollzogen werden⁴¹¹. In einzelnen Fallgruppen stellt sich allerdings die Frage der praktischen Handhabbarkeit des Klägerkreises. Wurde die persönliche Betroffenheit bisher aus der Norm abgeleitet, muss die normative Betroffenheit nun zumindest durch faktische Elemente ergänzt werden. Der Schaden erlangt dabei eine neue Bedeutung als ein flexibles Abwägungs- und Steuerungselement zur Bestimmung eines besonderen Näheverhältnisses, ähnlich der Funktion im französischen Vergaberecht⁴¹². Trotz der Schwierigkeiten einer systemimmanenten Umsetzung im Modell der Verletztenklage und der teilweise noch ausstehenden funktionalen Erweiterung des Klagerechts in den Fallgruppen beweist sich im Ergebnis die Wandelbarkeit der herkömmlichen Dogmatik des subjektiv-öffentlichen Rechts.

Im Gegensatz dazu zeigt sich das französische Recht im Referenzgebiet relativ unbeeindruckt von der Europäisierung des Klagerechts. Das Klagerecht der vergaberechtlichen Spezialklage des *référé précontractuel*, gesetzlich geregelt in Art. L 551-1 und 2 CJA für den Ober- und Unterschwellenbereich, ist bei tatsächlicher, wenn auch qualifizierter Betroffenheit einer wirtschaftlichen Schädigung, gegeben. Die erörterten Fallgruppen strittiger Anwendungsfälle sind allein den Besonderheiten der deutschen Individualrechtsschutzsystematik geschuldet, insbesondere weil im französischen Recht nicht zwischen objektivem und subjektivem Schutzzweck unterschieden wird.

Der Vergleich mit der französischen Umsetzung zeigt, dass im Zuge der Europäisierung trotz der Gegensätzlichkeiten der Modelle eine Annäherung im praktischen Ergebnis möglich ist⁴¹³. Die Europäisierung des Referenzgebiets zeugt von einer gewissen Öffnung der Verletztenklage. Dagegen zeugen die Erfahrungen im Referenzgebiet von einer nachhaltigen Subjektivierung der

⁴¹¹ In diesem Sinne auch schon: *F. Schoch*, in: E. Schmidt-Abmann (Hrsg.), Festgabe BVerwG, 2003, S. 518.

⁴¹² *S. Gerstner*, Die Drittschutzdogmatik, 1995, S. 233.

⁴¹³ So auch: *M. Fromont*, in: E. Schmidt-Abmann (Hrsg.), Festgabe BVerwG, 2003, S. 111, *J. Schwarze*, NVwZ 1996, S. 23, *L. Michael*, in: U. Blaurock (Hrsg.), Gerichtsverfahren zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie, 2005, S. 127 unter Verweis auf: *E. Schmidt-Abmann*, Ordnungsidee 2004, S. 82.

französischen Rechtsschutzsystematik. Das Konvergenzpotenzial erlaubt eine Umsetzung der europäischen Ergebnisvorgaben jeweils im System des Mitgliedstaats. Das Konvergenzpotenzial ergibt sich im Wege einer Akzentverschiebung und einer gewissen Annäherung der Dogmatik, wenn auch der grundsätzliche Gegensatz zwischen den Modellen beibehalten bleibt.

Die Europäisierung des Klagerechts wirkt sich im Referenzgebiet nachhaltig und umfassend aus. Im Unterschwellenbereich zeigt sich jeweils anschaulich, dass die Modifikationen nicht auf europarechtlich determinierte Sachverhalte beschränkt bleiben, sondern langfristig das gesamte Rechtsgebiet erfassen.

§ 4 Europäisierung des Kontrollmaßstabs

Es bleibt nicht bei der Europäisierung des Klagerechts. Die gesamte nationale Rechtsschutzsystematik ist einem Veränderungsdruck ausgesetzt. Im Folgenden soll die Europäisierung in Hinblick auf die Durchsetzbarkeit des europäisch bedingten Rechts des Einzelnen anhand des Referenzgebiets untersucht werden. Es ist zu klären, ob und welche Auswirkungen die Funktionalisierung im indirekten Vollzug auf den Kontrollmaßstab der nationalen Kontrollinstanzen in den Modellen der Verletztenklage und der Interessenklage hat. Wiederum ist der Anpassungsdruck für das Referenzgebiet festzustellen, um direkte und indirekte Europäisierungseffekte in der nationalen Dogmatik diskutieren zu können. Dabei ist zu prüfen, ob die Europäisierung des Klagerechts in der Klagezulässigkeit abschließend verarbeitet, oder ob möglicherweise nur eine Verschiebung des Friktionspotenzials von der Klagezulässigkeit in die Klagebegründetheit erreicht worden ist⁴¹⁴. Für die deutsche Individualrechtsschutzsystematik wird außerdem auf den Reformansatz einer zurückgenommenen Kontrolldichte als Korrelat zum erweiterten Gerichtszugang einzugehen sein.

I. Europäische Vorgaben

Die Vorgaben zum Kontrollmaßstab des Verwaltungshandelns im indirekten Vollzug sind wiederum nur skizzenhaft und beschränken sich auf Ergebnisvorgaben einer effektiven und äquivalenten Durchsetzung des europäisch bedingten Rechts. Aus Art. 6 I EMRK folgt über Art. 6 S. 2 EUV nur das grundsätzliche Erfordernis einer Kontrolle, wobei die Kontrolle nicht unein-

⁴¹⁴ So zur Europäisierung des subjektiv-öffentlichen Rechts in der Individualrechtssystematik: Otting, VergabeR 2004, S. 602, T. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 245.

geschränkt erfolgen muss⁴¹⁵. Die Kontrolldichtekonzeption des EuGH kann nur bedingt herangezogen werden⁴¹⁶. Die Ergebnisvorgaben müssen in die jeweilige Rechtsschutzsystematik der ausführenden Mitgliedstaaten eingepasst werden, die sich regelmäßig von der Rechtsschutzsystematik der EU-Gerichtsbarkeiten unterscheidet. Zumindest aber kann die Spruchpraxis des EuG zu Auftragsvergaben durch Organe der Europäischen Gemeinschaften im Eigenverwaltungsrecht als Mindeststandard herangezogen werden. Danach konzentriert sich die Kontrolle auf das Verfahren und die Entscheidungsbegründungen⁴¹⁷. Hinsichtlich der Bieterauswahlentscheidung billigt das Gericht erster Instanz der Kommission nach ständiger Rechtsprechung einen weiten Spielraum zu und beschränkt die Kontrolle auf schwere und offenkundige Fehler⁴¹⁸.

Im indirekten Vollzug des Vergaberechts ist wiederum die spezielle Rechtsschutzrichtlinie zu beachten, deren Zweck es ist, eine effektive Geltendmachung europäisch bedingter materieller Rechtspositionen in der jeweiligen nationalen Rechtsschutzsystematik zu gewährleisten⁴¹⁹. So sieht Art. 81 der KoordinierungsRL 2004/18/EG unter Verweis auf die Rechtsschutzrichtlinie vor, dass die Mitgliedstaaten die Anwendung der materiellen Richtlinienvorgaben „durch wirksame, zugängliche und transparente Mechanismen“ sicherstellen müssen⁴²⁰. Zwar existieren insoweit nur wenige konkretisierende Entscheidungen des EuGH. Geklärt ist jedoch, dass die eingeräumten Rechte des Einzelnen gerichtlich durchsetzbar sein müssen, um die betroffenen Unternehmen vor der Willkür des Auftraggebers zu schützen⁴²¹. Auch müssen alle

⁴¹⁵ E. Schmidt-Aßmann in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, Einl. Rn. 143, E. Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 268 ff., 282, 292.

⁴¹⁶ So jedoch: E. Pache, DVBl 1998, S. 381, mit dem Ergebnis falscher Schlussfolgerungen für die Kontrolldichte im deutschen Recht (S. 387); die Besonderheiten desselben werden missachtet, wie der Zusammenhang zwischen erweitertem Gerichtszugang und Rechtswidrigkeitszusammenhang.

⁴¹⁷ Die Begründung muss die Überlegungen des Organs so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, dass es den Betroffenen möglich ist, (...) ihre Rechte verteidigen und prüfen können. (...) und dass der Gemeinschaftsrichter die ihm obliegende Rechtmäßigkeitskontrolle wahrnehmen kann: EuG, Beschluss vom 18.04.2007, Rs. T-195/05, n.veröffentl., Rn. 45.

⁴¹⁸ EuG, Urteil vom 08.05.1996, Rs. T-19/95, Slg. 1996, II-321, „*Adia Interim SA*“, Rn. 49, EuG, Urteil vom 17.12.1998, Rs. T-203/96, Sgl. 1998, II-04239, „*Embassy Limousines & Services*“, Rn. 56, EuG, Beschluss vom 31.01.2005, Rs. T-447/04, Sgl. 2005, II-00257, „*Capgemini Nederland BV*“, Rn. 69.

⁴¹⁹ EuGH, Urteil vom 11.08.1995, Rs. C-433/93, Slg. 1995, I-2303, „*Kommission/Deutschland*“, Rn. 19, vgl. auch EuGH, Urteil vom 15.05.1986, Rs. 222/84, Sgl. 1986, 1651, „*Johnston*“, Rn. 13 ff., 18.

⁴²⁰ Europäische Kommission, Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004, Erwgr. 2, 3.

⁴²¹ „Um den Bieter vor der Willkür des Auftraggebers zu schützen, (müssen) die Bieter sich gegenüber dem Auftraggeber auf diese Vorschriften berufen und gegebenenfalls deren Verletzung vor den nationalen Gerichten geltend machen können“: EuGH, Urteil vom 11.08.1995, Rs. C-433/93, Rn. 19.

erheblichen Entscheidungen der Vergabestelle im Rahmen des national eingerichteten Kontrollverfahrens kontrollierbar sein – wie die Zuschlagsentscheidung⁴²², der Ausschluss eines Bieters⁴²³, die Aufhebung des Verfahrens⁴²⁴ und die Entscheidung einer De-facto-Vergabe, kein Vergabeverfahren durchzuführen⁴²⁵. Lediglich vorbereitende Handlungen, die sich im Rahmen interner Überlegungen des öffentlichen Auftraggebers abspielen, müssen nicht nachprüfbar sein⁴²⁶. Die Nachprüfung aller wesentlichen Entscheidungen muss außerdem zu jedem Zeitpunkt im laufenden Verfahren möglich sein und kann nicht davon abhängig gemacht werden, dass das Vergabeverfahren formal ein bestimmtes Stadium erreicht hat⁴²⁷.

Die Kontrolle darf nicht zu restriktiv ausfallen. Eine bloße Willkürkontrolle ist selbst im Falle eines Beurteilungsspielraums, den EuG und EuGH bei der Bewertung des wirtschaftlich-günstigsten Angebots im Vergaberecht großzügig einräumen⁴²⁸, nicht ausreichend⁴²⁹. Allerdings kann die Kontrolldichte komplexer materiellrechtlicher oder prognostischer Entscheidungen im Zusammenspiel mit der Komplementärfunktion des Verfahrens angepasst und reduziert werden⁴³⁰. Eine Beschränkung des Kontrollgegenstands über Präklusions- und Fristenregelungen ist zur Beschleunigung des Nachprüfungsverfahrens im Vergaberecht ebenfalls möglich⁴³¹. Rechtsverstöße können von Amts wegen berücksichtigt werden, wenn die Parteien dazu angehört wer-

433/93, Slg.1995, I-2303, „Kommission/Deutschland“, Rn. 19, vgl auch: EuGH, Urteil vom 30.05.1991, Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567, „Luftreinhaltungsrichtlinie“, Rn. 16, 20.

⁴²² EuGH, Urteil vom 28.10.1999, Rs. C-81/98, Slg 1999, I-7671, „Alcatel Austria“, Rn. 43.

⁴²³ EuGH, Urteil vom 19.06.2003, Rs. C-249/01, Slg. 2003, I-6319, „Hackermüller“, Rn. 21 ff.

⁴²⁴ EuGH, Urteil vom 18.06.2002, Rs. C-92/00, Sgl. 2002, I-05553, „HI-II“, Rn. 49, 50, 54, EuGH, Urteil vom 02.06.2005, Rs. C-15/04, Sgl. 2005, I-04855, „Koppensteiner“, Rn. 29 ff.

⁴²⁵ EuGH, Urteil vom 11.01.2005, Rs. C-26/03, Sgl. 2005, I-00001, „Trea Leuna gegen Stadt Halle“, Rn. 28–31.

⁴²⁶ EuGH, Urteil vom 11.01.2005, Rs. C-26/03, Sgl. 2005, I-00001, „Trea Leuna gegen Stadt Halle“, Rn. 35.

⁴²⁷ EuGH, Urteil vom 11.01.2005, Rs. C-26/03, Sgl. 2005, I-00001, „Trea Leuna gegen Stadt Halle“, Rn. 38.

⁴²⁸ EuGH, Urteil vom 20.09.1988, Rs. I-4635, Slg. 1988, 4635, „Beentjes“, Rn. 37, EuG, Urteil vom 08.05.1996, Rs. T-19/95, Slg. 1996, II-321, „Adia Interim SA“, Rn. 49, EuG, Urteil vom 17.12.1998, Rs. T-203/96, Sgl. 1998, II-04239, „Embassy Limousines & Services“, Rn. 56, EuG, Beschluss vom 31.01.2005, Rs. T-447/04, Sgl. 2005, II-00257, „Capgemini Nederland BV“, Rn. 69.

⁴²⁹ EuGH, Urteil vom 28.10.1999, Rs. C-81/98, Slg 1999, I-7671, „Alcatel Austria“, Rn. 35, 48, EuGH, Urteil vom 18.06.2002, Rs. C-92/00, Sgl. 2002, I-05553, „HI-II“, Rn. 64.

⁴³⁰ EuGH, Urteil vom 21.11.1991, Rs. C-269/90, Sgl. 1991, I-5469, „Technische Universität München“, Rn. 14, EuGH, Urteil vom 21.01.1999, Rs. C-120/97, Slg. 1999, I-223, „Upjohn“, Rn. 34, C. Calliess, in: C. Nowak (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, 2002, S. 101.

⁴³¹ EuGH, Urteil vom 12.12.2002, Rs. C-470/99, Sgl. 2002, I-11617, „Universale-Bau AG“, Rn. 75 ff.

den⁴³². Ein allgemeiner Normvollziehungsanspruch, wonach Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht ohne jeden personellen Bezug zum Kläger zur Begründetheit führen, muss jedoch nicht umgesetzt werden⁴³³.

II. Der Kontrollmaßstab im Oberschwellenbereich

1. Einführung

Die Frage der Kontrolldichte ist ein weiteres „Dauerthema“ im Vergaberecht, das sich einer befriedigenden dogmatischen Erfassung bisher entzieht⁴³⁴. In der vorangegangenen Analyse ist für das Referenzgebiet ein weitestgehend praktikabler Weg der Europäisierung des Gerichtszugangs durch Modifikationen der Funktion des subjektiv-öffentlichen Rechts und der Dogmatik der Schutznormtheorie gefunden worden. Kritische Beobachter dieser Entwicklungen einer erweiterten Antragsbefugnis in Vergaberecht befürchten jedoch, dass damit lediglich eine Verschiebung des europäischen Anpassungsdrucks für die Individualrechtsschutzsystematik von der Zulässigkeit in die Begründetheit erreicht worden ist⁴³⁵.

Erneut bestehen Parallelen zum allgemeinen Europäisierungsdiskurs des Verwaltungsrechts. Galt das primäre Interesse des nationalen Europäisierungsdiskurses zunächst den Herausforderungen der Europäisierung des subjektiv-öffentlichen Rechts in Hinblick auf die Weite des Gerichtszugangs, zeigt sich nun immer deutlicher, dass die eigentliche praktische Bedeutung des subjektiv-öffentlichen Rechts in seiner gerichtlichen Durchsetzbarkeit begründet liegt⁴³⁶. So wächst das Interesse an den Auswirkungen der Europäisierung des subjektiv-öffentlichen Rechts auf die Klagebegründetheit, insbesondere auf den Rechtswidrigkeitszusammenhang und den Kontrollmaßstab⁴³⁷. Galt die Kontrolldichte angesichts des traditionell hohen Maßstabs des Art. 19 IV GG lange als ein von der Europäisierung unberührter Bereich nationaler Dogmatik⁴³⁸, wird angesichts der funktionalen Verknüpfung zwi-

⁴³² EuGH, Urteil vom 19.06.2003, Rs. C-315/01, Sgl. 2003, I-06351, „*Gat*“, Rn. 49.

⁴³³ T. *Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 365.

⁴³⁴ A. *Suermann*, Die Kontrolle von unbestimmten Rechtsbegriffen bei der Angebotswertung, 2005, S. 127.

⁴³⁵ O. *Otting*, VergabeR 2004, S. 602.

⁴³⁶ H. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2004, § 8, Rn. 5.

⁴³⁷ „Partielle Auflösung des subjektiven Rechtswidrigkeitszusammenhangs“: F. *Schoch*, NVwZ 1999, S. 466.

⁴³⁸ C. D. *Classen*, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 173, 192, E. *Pach*, DVBl 1998, S. 386.

schen Begründetheitsmaßstab und subjektiv-öffentlichem Recht immer deutlicher, dass es dabei nicht bleiben kann⁴³⁹. Die Verletzung subjektiver einklagbarer Rechtspositionen entscheidet in der deutschen Rechtsschutzsystematik sowohl über die Zulässigkeit als auch die Begründetheit der Klage. Daraus folgt nicht nur für das Vergaberecht das Problem der Durchsetzbarkeit erweiterter subjektiver Rechtspositionen – vor allem aufgrund von Verfahrensvorgaben.

Seit einiger Zeit wird ein Absinken der Kontrolldichte als Korrelat zur Erweiterung der Klageberechtigung um der Entlastung der Gerichte willen diskutiert⁴⁴⁰. Es ist streitig, ob eine solche Einschränkung möglich, sinnvoll oder sogar geboten ist. Ist die Kontrolldichte nach der einen Ansicht dem Europäisierungsprozess weitgehend entzogen⁴⁴¹, unterliegt die Kontrolldichte nach anderer Ansicht einem nachhaltigen, zwingenden Anpassungsdruck, da sie auf die herkömmliche, enge Klagebefugnis zugeschnitten ist⁴⁴². Wieder wirken sich die für die Antragsbefugnis erörterten Konzeptionsunterschiede zwischen dem funktionalen europäischen und dem nationalen Ansatz aus, aber diesmal im Rechtswidrigkeitszusammenhang⁴⁴³. Weiterer Anpassungsdruck ergibt sich für die nationale Kontrolldichtekonzeption durch einen Anstieg komplexer Sachverhalte, zu dem es gerade auch im Vergaberecht im Zuge einer Technisierung und einer Ökonomisierung des materiellen Rechts sowie einer Verrechtlichung durch Gemeinschaftsrecht gekommen ist⁴⁴⁴.

2. Deutsche Umsetzung im Rahmen von Art. 19 IV GG

Die Kriterien des Kontrollmaßstabs sind dem nationalen Recht und der nationalen Rechtsschutzsystematik zu entnehmen, auch wenn Effektivitätsvorgaben der Rechtsschutzrichtlinie und der allgemeine Äquivalenzgrundsatz zu beachten sind. Die Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes hängt in hohem Maße von der praktizierten Kontrolldichte der nationalen Gerichte ab. Das deutsche Individualrechtsschutzsystem ist von Art. 19 IV GG geprägt, der jedem, der in eigenen Rechten verletzt ist, einen Anspruch auf umfassen-

⁴³⁹ F. Schoch, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 311.

⁴⁴⁰ C. D. Classen, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 193, 194, S. Gehring, Kompensation durch Senkung der gerichtlichen Kontrolldichte?, 2000.

⁴⁴¹ F. Schoch, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Festgabe BVerwG, 2003, S. 522.

⁴⁴² M. Reiling, Zu individuellen Rechten im deutschen und im Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 462, 527, S. Gehring, Kompensation durch Senkung der gerichtlichen Kontrolldichte?, 2000, S. 172 ff.

⁴⁴³ R. Halfmann, VerwArch. 2000, S. 87, M. Reiling, Zu individuellen Rechten im deutschen und im Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 462.

⁴⁴⁴ E. Schmidt-Aßmann, DVBl 1997, S. 286–289.

den Rechtsschutz einräumt⁴⁴⁵. Spätestens mit der Anerkennung des Art. 19 IV GG im Oberschwellenbereich des deutschen Vergaberechts⁴⁴⁶ ist dieser Grundsatz der vollen Kontrolldichte auch für das Vergaberecht anerkannt. Lediglich die Zweckmäßigkeit und die Sinnhaftigkeit der Ausschreibung werden nicht geprüft⁴⁴⁷. Damit zerschlägt sich für das Referenzgebiet die denkbare Alternative einer Umsetzung der europäischen Vorgaben außerhalb von Art. 19 IV GG⁴⁴⁸. Davon abgesehen ist die systemimmanente Lösung in Hinblick auf die Stimmigkeit des Systems immer vorzuziehen.

Im Kontrollmaßstab wird berücksichtigt, dass der Gegenstand des Vergaberechts eine rasche und effektive Nachprüfung verlangt. Vorrangig wird kontrolliert, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde, der Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt wurde, die Erwägungen sachgemäß und nachvollziehbar sind und der Beurteilungsmaßstab zutreffend angewandt worden ist⁴⁴⁹. Begründet ist die Klage jedoch nur, wenn subjektive Rechte des Antragstellers verletzt sind. Trotz des öffentlichen Interesses an der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens geht die Entscheidungsbefugnis des § 114 I S. 2 GWB nur so weit, wie der vom Rechtsverstoß Betroffene selbst einen Nachprüfungsantrag gestellt hat⁴⁵⁰. In der Individualrechtsschutzsystematik werden subjektive Rechtsschutzansprüche⁴⁵¹ eingeräumt, die auf einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch gerichtet sind. Im deutschen Systemverständnis existiert kein allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch⁴⁵².

Die Nachprüfungsbehörde ist nicht befugt, eine Entscheidung anstelle des Auftraggebers zu treffen⁴⁵³. Vor allem kann der Zuschlag nicht eingeklagt werden. Nach 114 I GWB können lediglich Maßnahmen zur Beseitigung der festgestellten Rechtsverletzungen angeordnet werden. Dabei ist die Aufhe-

⁴⁴⁵ M. Gerhardt in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, Vorb. § 113 VwGO Rn. 3.

⁴⁴⁶ BVerfG, Beschluss vom 29.07.2004, 2 BvR 2248/03, VergabeR 2004, 603.

⁴⁴⁷ VK Ba-Wü, Beschluss vom 17.03.2004, 1 VK 12/04.

⁴⁴⁸ Insoweit aber: S. Gehring, Kompensation durch Senkung der gerichtlichen Kontrolldichte?, 2000, S. 223; zur Diskussion gestellt auch durch: E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. 214, 224 ff.

⁴⁴⁹ H.-J. Prieß, in: H. Pünder u. a. (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, 2005, S. 137; in diesem Sinne auch Bamberger: "Die Versuche, die Problematik reduzierter verwaltungsgerichtlicher Kontrolldichte abstrakt und losgelöst vom spezifischen Fachrecht zu bewältigen, sind von nur geringem Ertrag": C. Bamberger, VerwArch. 2002, S. 223.

⁴⁵⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.06.2005, Verg 5/05, IBR 2006, 1023.

⁴⁵¹ L. Fichtner, Rechte des Einzelnen im Recht der Europäischen Gemeinschaft, 2005, S. 16, 122 ff., allg. zu „prozessualen Rechtsschutzansprüchen“: C. D. Classen, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 78, S. Stüber, JURA 2001, S. 803, E. Pache, DVBl 1998, S. 380.

⁴⁵² H. J. Wolff, u. a., Verwaltungsrecht, 2004, § 43, Rn. 10.

⁴⁵³ VK Sachsen, Beschluss vom 28.12.2005, 1/SVK/147-05, II. 2. (c), BGH, Beschluss vom 18.02.2003, X ZB 43/02, NZBau 2003, 293, „Rohbauarbeiten“.

bung des Verfahrens oder der Ausschluss eines Bieters erst geboten, wenn andere Maßnahmen wie die zumindest teilweise Wiederholung des Verfahrens oder die nochmalige Bewertung aller Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer nicht geeignet sind, um die subjektive Rechtsverletzung des Antragstellers abzustellen⁴⁵⁴.

III. Analyse des Anpassungsdrucks und des Friktionspotenzials

Schirmte die enge Antragsbefugnis die Europäisierung des Begründetheitsmaßstabs im Vergaberecht zunächst ab, unterliegt mit fortschreitender Europäisierung des Klagerechts nun auch der Kontrollmaßstab europäischen Effektivitätsvorgaben. Vor allem in den bereits erörterten Fallgruppen, in denen es erst neuerdings zu einer erweiterten Einklagbarkeit gekommen ist, gerät der Kontrollmaßstab zusehends unter Druck.

1. Kontrollmaßstab der verfahrensrechtlichen Rechtmäßigkeit

Die erweiterte Einklagbarkeit der verfahrensrechtlichen Rechtmäßigkeit schlägt sich in der Begründetheitsprüfung nieder. Der Verstoß gegen Verfahrensvorgaben räumt dem Betroffenen im Wege der erörterten Subjektivierungsleistung des Gemeinschaftsrechts nicht nur die Rechtsmacht ein, nationale Kontrollorgane anzurufen. Die europäisch bedingten Rechte müssen auch durchsetzbar sein. Der Verstoß gegen Verfahrensvorgaben begründet die Klage und ist möglichst umgehend abzustellen.

Das Verfahren unterliegt einer uneingeschränkten, sehr strengen, fast schon formalistischen Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen. Damit besteht ein gewisser Widerspruch zur subjektiven Konzeption und der dienenden Funktion des Verfahrens in der deutschen Rechtsschutzsystematik. Vor allem in den 1990er Jahren hat man die Kontrolldichte aus Gründen der Beschleunigung mithilfe einer weiten Fehlerfolgenlehre reduziert⁴⁵⁵. Auch im Vergaberecht ist man um eine möglichst rasche Kontrolle bemüht. Die nachfolgenden Fallgruppen veranschaulichen das Spannungsverhältnis zum Durchsetzungsanspruch des Gemeinschaftsverfahrens.

⁴⁵⁴ B. Fett, NZBau 2005, S. 142, Anschaulich: K. Willenbruch, VergabeR 2005, S. 546.

⁴⁵⁵ J. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 97, M.-E. Geis, in: J. Ziekow (Hrsg.) Handlungsspielräume der Verwaltung, 1999, S. 103, J. Schwarze, Gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, 1992, S. 279.

a) Kontrolle der De-facto-Vergabe

Die Zulässigkeit der Klage gegen De-facto-Vergaben wird erst teilweise anerkannt⁴⁵⁶. Abgesehen von der strittigen Anwendbarkeit der Nichtigkeitsrechtsfolge des § 13 S. 6 VgV auf De-facto-Vergaben⁴⁵⁷ ist der Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen dem Verstoß gegen das formelle Gebot der europaweiten Ausschreibung und der Zuschlagserteilung zugunsten des Antragstellers in einem rechtmäßig durchgeführten Verfahren ungeklärt. Die bloße Möglichkeit einer subjektiven Rechtsverletzung im Rahmen eines hypothetischen Vergabeverfahrens hat zur Herleitung der Antragsbefugnis genügt. Zur Herstellung des Rechtmäßigkeitszusammenhangs, zur Begründung einer Klage in der Individualrechtsschutzsystematik, reicht dies nicht aus⁴⁵⁸. Für die Europarechtskonformität im Ergebnis muss entweder der Rechtswidrigkeitszusammenhang erweitert oder die objektive Rechtmäßigkeit von Amts wegen hergestellt werden⁴⁵⁹. Jedenfalls darf die Begründetheit des Primärrechtsschutzes nicht unter Verweis auf den fehlenden Rechtmäßigkeitszusammenhang verneint werden. Ein Sekundärrechtsschutz genügt nicht.

b) Kontrolle der Aufhebungsgründe des Vergabeverfahrens

Seit der Entscheidung „HI-II“⁴⁶⁰ des EuGH sind Vergaberechtsvorschriften des GWB europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass im Vergabenaachprüfungsverfahren auch die Aufhebung einer Ausschreibung im Primärrechtsschutz kontrolliert und rückgängig gemacht werden kann⁴⁶¹. Die Antragsbefugnis auf Überprüfung der Aufhebungsgründe des Verfahrens wird mittlerweile auch durch die nationale Spruchpraxis unter Verweis auf höherrangiges, das nationale Recht überlagerndes Recht bejaht⁴⁶². Doch kaum ist das Ringen um die Zulässigkeit beendet, stellt sich die Frage der Klagebegründetheit. Der gemeinschaftsrechtlich vorgegebene Maßstab ist

⁴⁵⁶ Kapitel 5, § 3. III. 1. a), BayObLG, Beschluss vom 22.01.2002, Verg 18/01, VergabeR 2002, 244, IBR 2002, 206, VK Bund, Beschluss vom 20.05.2003, VK 1-35/03, IBR 2003, 491.

⁴⁵⁷ Kapitel 5, § 3. III. 1. a).

⁴⁵⁸ Aus der neueren Spruchpraxis: VK Münster, Beschluss vom 19.09.2006, VK 12/06, Lts. 3.

⁴⁵⁹ B. Stolz, VergabeR 2004, S. 480, A. Boesen, u. a., NZBau 2005, S. 672.

⁴⁶⁰ EuGH, Urteil vom 18.06.2002, Rs. C-92/00, Sgl. 2002, I-05553, „HI-II“, Rn. 42, 48, EuGH, Urteil vom 02.06.2005, Rs. C-15/04, Sgl. 2005, I-04855, „Koppensteiner“, Rn. 30.

⁴⁶¹ VK Sachsen, Beschluss vom 21.08.2002, 1/SVK/077-02, ZfBR 2003, 97, IBR 2002, 624, OLG Hamburg, Beschluss vom 04.11.2002, 1 Verg 3/02, VergabeR 2003, 40, IBR 2003, 35, O. Reidt, u. a., VergabeR 2002, S. 580 ff.

⁴⁶² Aus der neueren Rspr: VK Sachsen, Beschluss vom 05.09.2002, 1/SVK/073-02, II.1 d), Kapitel 5, § 3, III 1. b); nach a. A. ist die Klage unzulässig unter Verweis auf den entgegenstehenden ausdrücklichen Gesetzeslaut des § 114 II GWB „Verfahren ist durch Aufhebung erledigt“: VK Berlin, Beschluss vom 05.11.2002, VK-B2-51/02, IBR 2002, 679.

unproblematisch erfüllt. Es findet weit mehr als eine reine Willkürkontrolle statt⁴⁶³. Die Aufhebungsgründe sind uneingeschränkt kontrollierbar⁴⁶⁴, wenn sich die Kontrolle auch regelmäßig auf europäisch bedingte Aufhebungsgründe beschränkt und Verletzungen gegen rein nationales Verfahrensrecht außen vor bleiben⁴⁶⁵.

Problematisch ist wiederum der Rechtswidrigkeitszusammenhang. Die Klagebegründung wird von der Zuschlagserteilung zugunsten des Antragstellers im fortgesetzten und rechtmäßig durchgeführten Verfahren abhängig gemacht. Doch selbst wenn die Rechtswidrigkeit der Aufhebung festgestellt werden würde, kann die Vergabestelle nicht gezwungen werden, das Vergabeverfahren fortzusetzen und den Auftrag an die Antragstellerin mit dem bestplatzierten Angebot zu vergeben⁴⁶⁶. Reichte die theoretische, wenn auch konstruierte, Möglichkeit des Zuschlags zugunsten des Antragstellers auf der Grundlage eines hypothetischen Vergabeverfahrens für die Herleitung der Antragsbefugnis im Sinne der Möglichkeitstheorie aus⁴⁶⁷, genügt dies für die Begründetheit nicht. Damit kann zwar eine Kontrolle der Aufhebungsentscheidung eingeklagt werden, und zumindest die europäisch bedingten Aufhebungsgründe werden auch einer ausreichend dichten Kontrolle unterzogen. Die Begründetheit der Klage scheitert allerdings regelmäßig daran, dass kein Rechtswidrigkeitszusammenhang zu einer subjektiven Rechtsverletzung besteht. Selbst wenn die Aufhebung durch den Auftraggeber rechtswidrig betrieben wurde, kann lediglich ein Verstoß gegen verfahrensrechtliche Vorgaben festgestellt werden, der einen Schadensersatzanspruch begründet⁴⁶⁸. Dieses Ergebnis ist nicht mit den Effektivitätsvorgaben der Durchsetzbarkeit europäisch bedingter Rechte vereinbar. Die Aufhebungsentscheidung muss in einem Nachprüfungsverfahren kontrollierbar sein und gegebenenfalls auch aufgehoben werden können, um das erweiterte subjektive Recht durchzusetzen.

⁴⁶³ Zur Kontrolldichte der Aufhebungsgründe des § 26 VOB/A: OLG Dresden, Beschluss vom 03.12.2002, WVerg 0015/02, IBR 2003, 36, ZfBR 2003, 189, II. 6., im Vergleich dazu: EuGH, Urteil vom 18.06.2002, Rs. C-92/00, Sgl. 2002, I-05553, „*HI-II*“, Rn. 66.

⁴⁶⁴ *O. Reidt, u. a.*, VergabeR 2002, S. 588.

⁴⁶⁵ OLG Dresden, Beschluss vom 03.12.2002, WVerg 0015/02, IBR 2003, 36, ZfBR 2003, 189, Lts. 2, a. A. VK Sachsen, Beschluss vom 21.08.2002, 1/SVK/077-02, ZfBR 2003, 97, IBR 2002, 624.

⁴⁶⁶ VK Sachsen, Beschluss vom 18.08.2006, 1/SVK/077-06, II. f), VK Bund, Beschluss vom 07.12.2005, VK 1-146/05, IBR 2006, 166, II. 2. b), BGH, Urteil vom 05.11.2002 X ZR 232/00, IBR 2003, 34, *O. Reidt, u. a.*, VergabeR 2002, S. 590.

⁴⁶⁷ Kapitel 5, § 3, III. 1. b).

⁴⁶⁸ VK Sachsen, Beschluss vom 18.08.2006, 1/SVK/077-06, II. 2., VK Bund, Beschluss vom 07.12.2005, VK 1-146/05, IBR 2006, 166, II. 2. b), BGH, Urteil vom 05.11.2002 X ZR 232/00, IBR 2003, 34.

zen⁴⁶⁹. Die Lösung des Friktionspotenzials steht aus. Doch bleibt nur, entweder den Rechtswidrigkeitszusammenhang anzupassen oder die offensichtlichen und schweren Fehler unabhängig von einer subjektiven Rechtsverletzung im Wege der Amtsermächtigung des § 114 I S. 2 GWB zu beseitigen⁴⁷⁰.

2. Kontrollmaßstab der Bieterauswahlentscheidung

Hinsichtlich der Eignungs- und Angebotswertung besteht ein umfassender Gestaltungsspielraum. Während das Verfahren und die Ausschlussentscheidung einer vollen Kontrolle unterzogen werden, sind die Wertungsentscheidungen der Bieterauswahl nur beschränkt kontrollierbar⁴⁷¹.

a) Kontrolle der zwingenden Ausschlussgründe

Die Vergabestelle ist verpflichtet, auf der ersten Stufe der Angebotsprüfung formal fehlerhafte Angebote auszuschließen⁴⁷². Es ist noch nicht einheitlich entschieden, inwieweit dem Ausgeschlossenen Rechtsschutz auf Überprüfung der Ausschlussentscheidung einzuräumen ist⁴⁷³. Zumindest teilweise wird die Einklagbarkeit aber unter Verweis auf die einschlägige höherrangige Rechtsprechung zuerkannt⁴⁷⁴. Auch für diese Fallgruppe stellen sich damit neue Fragen im Individualrechtsschutzsystem⁴⁷⁵. Vor dem Hintergrund des Rechtswidrigkeitszusammenhangs konzentriert sich die Kontrolle auf die der Ausschlussgründe. Zumindest einige Vergabekammern beschränken die Kontrolle in der Praxis zudem auf einen Abgleich der durch die Vergabestelle vorgebrachten Ausschlussgründe mit den dargebrachten Tatsachen des Klägers, ohne weitere Untersuchungen von Amts wegen durchzuführen⁴⁷⁶. Wenn die Rechtswidrigkeit des Ausschlusses feststeht, wird das restliche

⁴⁶⁹ EuGH, Urteil vom 02.06.2005, Rs. C-15/04, Sgl. 2005, I-04855, „Koppensteiner“, Rn. 30 ff., EuGH, Urteil vom 24.06.2004, Rs. C-212/02, VergabeR 2004, 587, „Kommission/Österreich“, Rn. 23.

⁴⁷⁰ B. Stolz, VergabeR 2004, S. 480, A. Boesen, u. a., NZBau 2005, S. 672.

⁴⁷¹ S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 110.

⁴⁷² Vgl. § 25 VOB/A, § 25 VOL/A und § 16 VOF: R. Weyand, Kommentar Vergaberecht, 2006, § 25 VOB/A, Rn. 4310 ff., OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.03.2006, Verg 98/05, IBR 2006, 344, VK Lüneburg, Beschluss vom 11.01.2005, 203-VgK-55/2004, IBR 2005, 279.

⁴⁷³ Kapitel 5, § 3. III. 2. a).

⁴⁷⁴ „Für die Antragsbefugnis ist es unbeachtlich, dass das Angebot auszuschließen ist. An die Darlegung der Antragsbefugnis sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen“: VK Bund, Beschluss vom 07.12.2005, VK 1-146/05, IBR 2006, 166, II. 1, VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 21.11.2005, 1 VK LVwA 44/05.

⁴⁷⁵ B. Stolz, VergabeR 2004, S. 480.

⁴⁷⁶ H. Wörner, IBR 2003, S. 444.

Verfahren kontrolliert. Nur in diesem Fall kann der Antragsteller überhaupt mit seinem Antrag im Verfahren durchdringen und in seinen Rechten verletzt sein⁴⁷⁷. Ist das Angebot eines Bieters zwingend auszuschließen, ist das vergaberechtliche Sonderrechtsverhältnis weggefallen, und der Fortgang des Vergabeverfahrens kann die Rechte des Bieters nach § 97 VII GWB nicht mehr berühren⁴⁷⁸. Der Antrag wird als unbegründet zurückgewiesen⁴⁷⁹. Doch ist es nicht nur für den betroffenen Bieter unverständlich, dass der öffentliche Auftraggeber sein Angebot wegen eines Formfehlers ausschließen, den Zuschlag aber auf ein ebenfalls zwingend auszuschließendes Angebot erteilen kann, ohne dass er dagegen mit Erfolg vorgehen kann⁴⁸⁰. Fraglich ist – wie schon für die vorangegangenen Fallgruppen der De-facto-Vergabe und der Aufhebungsentscheidung –, inwieweit die Kontrolle der objektiven Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens über die Ausschlussgründe und damit den Rechtswidrigkeitszusammenhang hinausgehen kann oder gar von Amts wegen gemäß § 114 I S. 2 GWB hinausgehen muss⁴⁸¹.

Die Lösung dieses Problems ist im Einzelnen strittig. Kann der Nachprüfungsantrag eines zwingend auszuschließenden Bieters nach einer Ansicht unabhängig von der Bewertung der anderen Angebote nie Erfolg haben⁴⁸², macht die vergaberechtliche Spruchpraxis die Begründetheitsprüfung mehrheitlich vom Vorliegen gleichartiger Ausschlussgründe für die restlichen Angebote abhängig, um den kausalen Rechtswidrigkeitszusammenhang zur Zuschlagsmöglichkeit im Wege einer hypothetisch denkbaren Neuausschreibung im Falle des Ausschlusses aller Angebote zu konstruieren⁴⁸³. Der BGH hatte in einem obiter dictum zunächst die Begründetheit einer Klage im Falle eines zwingenden Ausschlusses mangels subjektiver Rechtsverletzung verneint⁴⁸⁴. Nunmehr hat der BGH seinen Standpunkt zumindest so weit revidiert, dass die Klage wegen einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots begründet ist, wenn der beabsichtigte Zuschlag unter Missachtung vergabe-

⁴⁷⁷ „Mit dem rechtmäßigen Ausschluss des Angebotes kann es dahingestellt bleiben, ob das Wertungsverhalten des Auftraggebers im Übrigen vergaberechtskonform gewesen ist, da die Antragstellerin dadurch *nicht mehr in eigenen Rechten verletzt sein kann*.“: VK Sachsen, Beschluss vom 05.04.2006, 1/SVK/027-06, II. 2. b), I. Wittchen, IBR 2005, S. 1093

⁴⁷⁸ VK Bund, Beschluss vom 07.12.2005, VK 1-146/05, IBR 2006, 166, II. 2.

⁴⁷⁹ BGH, Beschluss vom 18.02.2003, X ZB 43/02, NZBau 2003, 293, „Rohbauarbeiten“, 296, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.12.2004, Verg 47/04, II, 2 aa).

⁴⁸⁰ R. Weyand, IBR 2006, S. 687.

⁴⁸¹ B. Stolz, VergabeR 2004, S. 480, A. Boesen, u. a., NZBau 2005, S. 672.

⁴⁸² VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 21.11.2005, 1 VK LVwA 44/05, VK Bund, Beschluss vom 07.12.2005, VK 1-146/05, IBR 2006, 166, OLG Naumburg, Beschluss vom 26.10.2005, 1 Verg 12/05, IBR 2005, 707.

⁴⁸³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.12.2004, Verg 47/04II, 2. aa.

⁴⁸⁴ BGH, Beschluss vom 18.02.2003, X ZB 43/02, NZBau 2003, 293, „Rohbauarbeiten“, IV.

rechtlicher Vorgaben zu ergehen droht⁴⁸⁵. Das bedeutet, der Antrag ist trotz des Ausschlusses zulässig und begründet, wenn auch alle anderen Angebote hätten ausgeschlossen werden müssen; egal aus welchem Grund. Der BGH beendet damit eine divergierende Rechtsprechung, die unter den Stichworten „Gleichartigkeit des Mangels“ oder „Identität des Mangels“ nur noch schwer zu überschauen und einzuordnen war. Das Gericht begründet dies damit, dass das Gleichbehandlungsgebot den öffentlichen Auftraggeber nicht nur zwingt, alle Angebote auf Ausschlussgründe zu überprüfen. Der öffentliche Auftraggeber habe auch die Zuschlagsentscheidung nach einem einheitlichen und rechtmäßigen Maßstab zu treffen. Damit muss die Nachprüfungsinstanz die Rechtmäßigkeit unter Umständen auch unabhängig von der subjektiven Verletzung gewährleisten⁴⁸⁶. Dies ist in der Fachgerichtsbarkeit auf Vorbehalte gestoßen⁴⁸⁷. Eine solche Erweiterung des Rechtsschutzes über den ursprünglichen Individualrechtsschutz hinaus wird teilweise als Gefahr für die Effektivität des Vergaberechtsregimes angesehen⁴⁸⁸. Auch wird dagegen argumentiert, eine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle fände in der Individualrechtsschutzsystematik gerade nicht statt⁴⁸⁹. Es müsse in Kauf genommen werden, dass Nachprüfungsinstanzen teilweise gezwungen seien, trotz erkannter Verstöße ein Vergabeverfahren „durchzuwinken“⁴⁹⁰. Dem kann nicht zugestimmt werden. Ein „Durchwinken“ mag den rechtspolitischen Bemühungen um eine möglichst eingeschränkte schnelle Kontrolle entsprechen, kann aber weder mit der Effizienz von Vergabe- und Nachprüfungsverfahren gerechtfertigt werden noch ist dies mit dem Gemeinschaftsvergaberecht vereinbar⁴⁹¹. Auch in dieser Fallgruppe muss der Rechtswidrigkeitszusammenhang einer eng ausgelegten subjektiven Rechtsschutzgewähr angepasst werden.

b) Kontrolle der Eignungs- und Angebotswertung

Das Herzstück der Bieterauswahl ist die Eignungsprüfung und die Angebotswertung, innerhalb derer dem Auftraggeber ein Gestaltungsspielraum zu-

⁴⁸⁵ BGH, Urteil vom 26.09.2006, X ZB 14/06, IBR 2006, 688, 689, NZBau 2006, 800, R. Weyand, IBR 2006, S. 687.

⁴⁸⁶ O. Otting, in: H. Pünder u. a. (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, 2005, S. 58.

⁴⁸⁷ „Den aufweichenden Tendenzen in der Rechtsprechung, wonach bei gleichen oder gleichartigen Fehlern in den konkurrierenden Angeboten (...) ausnahmsweise ein begründeter Antrag vorliegen könnte, ist eine klare Abkehr zu erteilen“: VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 21.11.2005, 1 VK LVwA 44/05, II, so auch: OLG Naumburg, Beschluss vom 26.10.2005, 1 Verg 12/05, IBR 2005, 707, VK Bund, Beschluss vom 07.12.2005, VK 1-146/05, IBR 2006, 166, M. Müller-Wrede, u. a., VergabeR 2005, S. 460, C. Asam, IBR 2004, S. 591.

⁴⁸⁸ A. Jan Jasper, IBR 2005, S. 1337.

⁴⁸⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.06.2005, Verg 5/05, IBR 2006, 1023.

⁴⁹⁰ A. Schwan, IBR 2006, S. 1023.

⁴⁹¹ O. Otting, in: H. Pünder u. a. (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, 2005, S. 59.

kommt. Allerdings ist vor und nach der Bekanntgabe zu differenzieren. Vor der Bekanntgabe hat der Auftraggeber unbestritten einen weiten Feststellungsspielraum zur Auswahl der Eignungs- und Wertungskriterien⁴⁹². Die Auswahl wird nur auf schwere und offenkundige Fehler kontrolliert⁴⁹³. Die Kriterien müssen nach Art. 26 I b der KoordinierungsRL lediglich weitestgehend der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen und im Zusammenhang zum Auftragsgegenstand stehen⁴⁹⁴.

Der öffentliche Auftraggeber ist nicht in jedem Fall gezwungen, bereits vor der Angebotsabgabe die Gewichtung von Zuschlagskriterien und eventuellen Unterkriterien im Detail festzulegen⁴⁹⁵. Werden sie aber festgelegt, müssen sie bekannt gegeben werden, und der Auftraggeber ist im Rahmen der Wertung an sie gebunden⁴⁹⁶. Diese Art der Selbstbindung der Vergabestelle ermöglicht einerseits eine eigenständige und flexible Ausgestaltung des Verfahrens durch die Vergabestelle und sichert andererseits die Kontrollierbarkeit des weiten Freiraums durch die Nachprüfungsinstanzen ab und schützt die Bieter vor einer willkürlichen Bewertung der Angebote oder einer nachträglichen Abweichung des Auftraggebers von den Eignungs- und Zuschlagskriterien⁴⁹⁷.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob und in welchem Umfang ein Gestaltungsspielraum des Auftraggebers nach der Bekanntgabe besteht. Das Vergabeverfahren wird als öffentlich-rechtlich überformtes Verfahren eigener Art angesehen⁴⁹⁸. Eine Auseinandersetzung mit der Dogmatik des Beurteilungsspielraums und der Ermessenslehre findet regelmäßig jedoch nicht – zumindest nicht strengdogmatisch – statt. Ohne nähere Begründung erkannte der BGH sehr früh einen angemessenen Beurteilungsspielraum hinsichtlich

⁴⁹² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.10.2006, Verg 37/06, VK Sachsen, Beschluss vom 17.06.2005, I/SVK/058-05, II 2. a), *M. Opitz*, BauR 2000, S. 1569, 1574.

⁴⁹³ *M. Opitz*, BauR 2000, S. 1569.

⁴⁹⁴ VK Lüneburg, Beschluss vom 08.05.2006, VgK-07/2006, IBR 2006, 468, Lts. 5, EuGH, Urteil vom 04.12.2003, Rs. C-448/01, Sgl. 2003, I-14527, „*EVN und Wienstrom*“, Rn. 68.

⁴⁹⁵ EuGH, Urteil vom 24.11.2005, Rs. C-331/04, Sgl. 2005, I-10109, „*ATI EAC Maio Snc*“, Rn. 32.

⁴⁹⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.11.2005, Verg 59/05, IBR 2006, 1334, VK Sachsen, Beschluss vom 17.06.2005, I/SVK/058-05, vgl. EuGH, Urteil vom 12.12.2002, Rs. C-470/99, Sgl. 2002, I-11617, „*Universale-Bau AG*“, Rn. 99, IBR 2003, 92, EuGH, Urteil vom 04.12.2003, Rs. C-448/01, Sgl. 2003, I-14527, „*EVN und Wienstrom*“.

⁴⁹⁷ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99, Sgl. 2002, I-07213, „*Concordia Bus*“, Rn. 69, VK Nordbayern, Beschluss vom 09.01.2006, 21.VK-3194-42/05, IBR 2006, 1459, VK Nordbayern, Beschluss vom 23.05.2006, 21.VK-3194-16/06, IBR 2006, 583, *H.-J. Prieß*, in: H. Pünder u. a. (Hrsg.), *Vergaberecht im Umbruch*, 2005, S. 140.

⁴⁹⁸ *A. Suermann*, Die Kontrolle von unbestimmten Rechtsbegriffen bei der Angebotswertung, 2005, S. 39, *J. Byok* in: ders. (Hrsg.), *Kommentar zum Vergaberecht*, 2005, Rn. 1071, *M. Goede*, *VergabeR* 2002, S. 348, 349, VK Hessen, Beschluss vom 16.01.2004, 69d-VK-72/2003, II. 6.

der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots an, da diese eine Gesamtschau zahlreicher Einzelumstände und somit eine Wertung notwendig mache⁴⁹⁹. Teile der Literatur⁵⁰⁰ und die ständige Rechtsprechung⁵⁰¹ nehmen einen Beurteilungsspielraum bei der Eignungsprüfung und der Prüfung des wirtschaftlichsten Angebots mit Verweis auf die Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe wie „Leistungsfähigkeit“, „Fachkunde“ und „Zuverlässigkeit“ an. Teilweise wird auch eine eigene Fallgruppe eines Beurteilungsspielraums mit Verweis auf die besondere Komplexität und die Wertungsintensität der Sachverhalte des Wirtschaftsrechts und das Wesen der planenden Wirtschaftslenkung hergeleitet⁵⁰². Verbreitet ist zudem die Begründung eines Beurteilungsspielraums über den Prognosecharakter der Entscheidung⁵⁰³. Dies gilt besonders für freiberufliche Dienstleistungen wie Architekten- und Ingenieurleistungen, die nach einem VOF-Verfahren vergeben werden⁵⁰⁴. Offensichtlich ist der Umfang des Spielraums vom einzelnen Vergabeverfahren sowie vom Vergabegegenstand abhängig. Im neuen „wettbewerblichen Dialog“, einer Kombination aus Verhandlungs- und Wettbewerbselementen, ist die Entscheidung über die Anwendung eines solchen flexibilisierten Verfahrens und die Auswahlentscheidung sogar weitestgehend der Kontrolle entzogen⁵⁰⁵.

In der Spruchpraxis werden die Begriffe Ermessen und Beurteilungsspielraum abwechselnd und als Synonym für den jeweils anderen Begriff be-

⁴⁹⁹ BGH, Urteil vom 08.11.1984, VII ZR 51/84, BauR 1985, 75, vgl. auch: VÜA Bayern, Beschluss vom 06.06.1997, VÜA 4/97, IBR 1998, 96, *J. Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), *Öffentliche Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts*, 2000, S. 24.

⁵⁰⁰ *A. Boesen*, *Vergaberecht*, 2000, § 97 GWB, Rn. 151, *O. Reidt*, in: ders. u. a. (Hrsg.), *Kommentar zum Vergaberecht*, 2003, § 97 GWB, Rn. 30, *Ingenstau/Korbion* (Hrsg.), *Kommentar VOB A/B*, 2004, § 25 VOB/A, Rn. 73 a, *M. Knauff*, *Dispositionsfreiheiten öffentlicher Auftraggeber*, 2004, S. 96, 122, *J. Gröning*, *NZBau* 2003, S. 92.

⁵⁰¹ VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 05.08.2003, VK-SH 21/03, II. 2. bb, VK Hessen, Beschluss vom 16.01.2004, 69d-VK-72/2003, II. 6, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.02.2005, Verg 91/04, IBR 2005, 1113, VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 05.08.2003, VK-SH 21/03, II 2. bb), OLG Brandenburg, Beschluss vom 13.09.2005, Verg W 8/05, IBR 2006, 1325, *A. Suermann*, *Die Kontrolle von unbestimmten Rechtsbegriffen bei der Angebotswertung*, 2005, S. 39 m.w.N.

⁵⁰² OLG Stuttgart, Urteil vom 12.04.2000, 2 Verg 3/00, a. A.: *S. Hertwig*, *Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe*, 2005, S. 110, *A. Suermann*, *Die Kontrolle von unbestimmten Rechtsbegriffen bei der Angebotswertung*, 2005, S. 4, 72 ff.

⁵⁰³ OLG Hamburg, Beschluss vom 21.01.2000, 1 Verg 2/99, IBR 2000, 101, OLG Saarbrücken, Beschluss vom 08.07.2003, 5 Verg 5/02, IBR 2003, 626, *M. Knauff*, *Dispositionsfreiheiten öffentlicher Auftraggeber*, 2004, S. 96, 122; differenziert: *J. Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), *Öffentliche Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts*, 2000, S. 25, 26.

⁵⁰⁴ OLG Brandenburg, Beschluss vom 13.09.2005, Verg W 8/05, IBR 2006, 1325, 264, *T. Noelle*, *Vergaber* 2006, S. 266.

⁵⁰⁵ Kritisch dazu: *M. Knauff*, *Dispositionsfreiheiten öffentlicher Auftraggeber*, 2004, S. 119.

nutzt⁵⁰⁶. Der Gestaltungsspielraum wird ohne Differenzierung zwischen einem Beurteilungsspielraum auf der Tatbestandsseite und einem Rechtsfolgenermessen, aber in Anlehnung an die Ermessenslehre des allgemeinen Verwaltungsrechts⁵⁰⁷ nur beschränkt kontrolliert⁵⁰⁸: Es wird geprüft, ob die Vergabestelle von einem vollständig und zutreffend ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, ob das Verfahren eingehalten wurde, ob sachwidrige Erwägungen in die Bewertung eingeflossen sind oder ob der Beurteilungsmaßstab falsch angewandt wurde⁵⁰⁹. Entscheidend ist, dass die Bewertung durch den Auftraggeber vertretbar und nicht völlig haltlos ist. Die Kontrolle der Tatsachen fällt schon wegen des Zeitdrucks nur gering aus⁵¹⁰. Die Eignungsentscheidung wird regelmäßig auf der Grundlage der beigebrachten Eignungsnachweise kontrolliert⁵¹¹. Umso strenger wird dafür die Einhaltung des Verfahrens mithilfe der Dokumentation überprüft⁵¹².

Untersuchungen in der Literatur, die streng nach der herkömmlichen Ermessenslehre vorgehen, verneinen dagegen die Existenz eines wie auch immer gearteten Gestaltungsspielraums nach der Bekanntgabe⁵¹³. Die Voraussetzungen für ein Ermessen auf der Tatbestandsseite seien schon nicht gegeben, weil die Verdingungsordnungen einen Freiraum bereits im Wortlaut nicht einräumten. Die Begriffe „Wirtschaftlichkeit“ und „Eignung“ auf der Tatbestandsebene seien nicht unbestimmt. Sie würden durch die Verdingungsordnungen und spätestens durch die Festsetzungsmacht der Vergabestelle abschließend konkretisiert⁵¹⁴. Doch selbst wenn sich der Gestaltungsspiel-

⁵⁰⁶ A. Suermann, Die Kontrolle von unbestimmten Rechtsbegriffen bei der Angebotswertung, 2005, S. 39, vgl. nur: VK Kiel, Beschluss vom 05.08.2003, VK SH 21/03, ZfBR 2003, 817, VK-SH 21/03, BGH, Urteil vom 16.10.2001, X ZR 100/99, IBR 2002, 32.

⁵⁰⁷ VK Ba-Wü, Beschluss vom 30.04.2002, 1 VK 17/02, VK Münster, Beschluss vom 12.03.2003, VK 02/03.

⁵⁰⁸ Damit ergibt sich der Gestaltungsspielraum negativ aus dem beschränkten Umfang der Prüfung durch die Kontrollinstanz: M. Goede, VergabeR 2002, S. 348.

⁵⁰⁹ VK Brandenburg, Beschluss vom 27.05.2002, 2 VK 94/01, ZfBR 2003, 627, VK Hessen, Beschluss vom 16.01.2004, 69d-VK-72/2003, II. 6, VK Nordbayern, Beschluss vom 28.10.2002, 320.VK-3194-32/02, IBR 2002, 680, OLG Jena, Beschluss vom 22.12.1999, 6 Verg 3/99, NZBau 2000, 349, A. Boesen, Vergaberecht, 2000, § 97 GWB, Rn. 68, VK Kiel, Beschluss vom 05.08.2003, VK SH 21/03, ZfBR 2003, 817, II 2. bb) unter Verweis auf die Spruchpraxis des EuG für Vergaben durch Gemeinschaftsorgane, EuG, Urteil vom 17.12.1998, Rs. T-203/96, Sgl. 1998, II-04239, „Embassy Limousines & Services“, Rn. 56.

⁵¹⁰ T. Noelle, VergabeR 2006, S. 266, 267.

⁵¹¹ VK Sachsen, Beschluss vom 11.04.2005, 1/SVK/030-05, IBR 2006, 1151.

⁵¹² VK Nordbayern, Beschluss vom 23.05.2006, 21.VK-3194-16/06, IBR 2006, 583.

⁵¹³ M. Goede, VergabeR 2002, S. 349, M. Opitz, BauR 2000, S. 1569, 1574, N. Petersen, BauR 2000, S. 1576, S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 111, a. A.: M. Knauff, Dispositionsfreiheiten öffentlicher Auftraggeber, 2004, S. 96, 122, differenziert: J. Schwarze, in: ders. (Hrsg.), Öffentliche Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 2000, S. 25, 26.

⁵¹⁴ M. Goede, VergabeR 2002, S. 350.

raum weder hinsichtlich der Herleitung noch der angelegenen Behandlung nicht ohne einen Systembruch in die Konzeption der deutschen Ermessenslehre einpassen lässt – die Spruchpraxis erkennt einen solchen auch nach der Bekanntgabe an.

IV. Europäisierungseffekte

1. Europäisierte Funktion des Kontrollmaßstabs

In der Analyse der Europäisierung des Gerichtszugangs ist die Bedeutung der europäisierten Funktion des subjektiv-öffentlichen Rechts im indirekten Vollzug für ein neues europäisiertes Systemverständnis betont worden⁵¹⁵. Der veränderten Funktion des subjektiv-öffentlichen Rechts kommt über den Gerichtszugang hinaus Bedeutung zu. Das Gemeinschaftsrecht funktionalisiert auch den Kontrollmaßstab, um dem europäisch bedingten materiellen Recht im indirekten Vollzug effektiv zur Durchsetzung zu verhelfen. Die Reichweite und Dichte der gerichtlichen Kontrolle wird jeweils vor dem Hintergrund der Rechtsdurchsetzung bestimmt. Für das Vergaberecht bedeutet dies, dass die Rechtmäßigkeit des Vergaberechtsregimes möglichst schnell im laufenden Vergabeverfahren wieder herzustellen ist⁵¹⁶. Die Kontrollierbarkeit allein genügt nicht. Der nationale Kontrollmaßstab muss im Sinne der „Rechtsschutzeffektivität“ des Art. 19 IV GG ebenfalls geeignet und angemessen sein, ist jedoch traditionell auf die Durchsetzung des materiellen Rechts in den Grenzen des Individualrechtsschutzes begrenzt⁵¹⁷. Wie schon für den Gerichtszugang kann ein gewisses Konvergenzpotenzial genutzt werden. Aber selbst wenn im Individualrechtsschutz inzident auch eine Gewährleistung objektiver Rechtskontrolle erfolgt⁵¹⁸, konzentriert sich die herkömmliche nationale Kontrolle im Rahmen des Art. 19 IV GG doch auf die Prüfung der Verletzung subjektiver Rechte⁵¹⁹. Die Europäisierung geht damit zwingend mit einer Funktionserweiterung einher. Die Europäisierungseffekte sind wiederum Folgen dieser Funktionserweiterung.

⁵¹⁵ Kapitel 5, § 3. IV. 1.

⁵¹⁶ O. Otting, in: H. Pünder u. a. (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, 2005, S. 59, Europäische Kommission, Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004, Erwgr. 2, 3 sowie Art. 81 der KoordinierungsRL.

⁵¹⁷ M. Gerhardt in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, Vorb. § 113 VwGO, Rn. 22.

⁵¹⁸ R. Rausch, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen, 1994, S. 31.

⁵¹⁹ M. Gerhardt in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, 113 VwGO, Rn. 11 ff., 26, E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. 222.

2. Europäisierung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs

a) Anpassungsdruck der Europarechtsbindung und des erweiterten Gerichtszugangs

Den Entscheidungs- und damit auch den Kontrollmaßstab stellt das nationale Vergaberecht in europäisierter Form. Die Europäisierung des Referenzgebiets hat eine umfangreiche Verrechtlichung bewirkt, weshalb heute eine erweiterte Rechtsbindung besteht. Zudem ist die Bindung an die europäischen Vorgaben mit der Umsetzung des Richtlinienrechts nicht beendet. Es bleibt ein nachhaltiger *Ableitungszusammenhang* aufrechterhalten, der im Zuge einer europarechtskonformen Auslegung lebendig gehalten werden muss. In gewisser Weise kommt es damit zu einer *doppelten Bindung* an nationales und europäisches Recht im Bereich des indirekten Vollzugs. Zumindest aber stellt das Gemeinschaftsrecht einen ergänzenden Kontrollmaßstab⁵²⁰. Insofern ist die aktuelle Diskussion um die direkte Anwendbarkeit von Richtlinien und Richtlinienzielen als Maßstab der nationalen europäisierten Gerichtskontrolle⁵²¹ von geringerer praktischer Bedeutung für den Bindungsumfang, als die starken Vorbehalte gegen die „schleichende Überformungskraft des Art. 20 III GG“ vermuten lassen könnten⁵²². Faktisch besteht in der Praxis europäisch überformter Rechtsgebiete bereits eine erweiterte Europarechtsbindung, die den Kontrollmaßstab maßgeblich bestimmt⁵²³.

Diese erweiterte Rechtsbindung sowie der erweiterte Gerichtszugang schlagen sich in der Klagebegründetheit nieder. Der Rechtswidrigkeitszusammenhang gerät in den Sog der Funktionalisierung des Rechts des Einzelnen – besonders in den erörterten Fallgruppen: Im System des deutschen Individualrechtsschutzes setzt das als verletzt gerügte materielle Recht des Klägers als Rechtswidrigkeitszusammenhang den Maßstab für die Begründetheit der Klage⁵²⁴. Nur Verstöße, durch die ein Antragsteller in eigenen Bieterrechten betroffen und verletzt worden ist, dürfen zum Anlass genommen werden, auf das Vergabeverfahren einzuwirken⁵²⁵. Eine Verletzung eigener Rechte des

⁵²⁰ Vgl. OLG Dresden, Beschluss vom 03.12.2002, WVerG 0015/02, IBR 2003, 36, ZfBR 2003, 189.

⁵²¹ C. Herrmann, EuZW 2006, S. 70.

⁵²² Zur Kritik: C. Weidemann, NVwZ 2006, S. 626–628 m.w.N., vgl.: BVerfG, Beschluss vom 09.01.2001, 1 BvR 1036/99, NJW 2001, 1267, „Ärztlichrichtlinie“

⁵²³ E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. 183, 225.

⁵²⁴ R. Stober, Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1993, S. 101.

⁵²⁵ Aus der neueren Rspr: VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 28.03.2007, VK-SH 4/07, II. 2. aa), c), C. Maier in: Kulartz/Kus/Portz (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2006, § 114 GWB, Rn. 14, m.w.N. Gesetzesbegründung vom 03.12.1997, „RegE-VgRÄG“, Bt-Drs.13/9340, zu § 106 S. 2 GWB, S. 42.

Bieters ist nach ständiger Rechtsprechung gegeben, wenn die Einhaltung der Vergabevorschriften zu einer für den Bieter günstigen Zuschlagsentscheidung führen kann⁵²⁶. Gerade im Rahmen der Fallgruppen ist dies an sich jedoch ausgeschlossen. Die Antragsteller können wegen der De-facto-Vergabe, wegen der Aufhebung des Verfahrens oder wegen des Ausschlusses vom Verfahren den Zuschlag zumindest in dem zu kontrollierenden Verfahren nicht erhalten. Die Funktionalität des Gemeinschaftsrechts gibt aber vor, dass ihre Betroffenheit zum Anlass einer Kontrolle des Verfahrens im nationalen Primärrechtsschutz genommen, und die Rechtmäßigkeit des Verfahrens auch wiederhergestellt werden soll. Nach dem Ansatz des Gemeinschaftsvergaberichts ist die Zuschlagschance für die Begründetheit der Klage nicht entscheidend⁵²⁷, denn die klagebegründende Verletzung ist bereits mit dem Verstoß gegen die potenziell bieterschützende Verfahrensnorm gegeben. Daraus resultiert das in den Fallgruppen beschriebene Friktionspotenzial. Die Divergenz zwischen der gemeinschaftsrechtlich eingeforderten funktionalen Weite der Rechtmäßigkeitskontrolle im indirekten Vollzug und der streng an subjektiven Rechten ausgerichteten Individualrechtsschutzsystematik ist bereits in der Analyse der Europäisierung des Gerichtszugangs erörtert worden. Es ist festzustellen, dass sich dieses in der Begründetheitsprüfung unter veränderten Vorzeichen im Rechtswidrigkeitszusammenhang erneut auswirkt.

b) Systemimmanente Lösung

Fraglich ist, wie dieses Friktionspotenzial aufgelöst werden kann. Könnte die Erweiterung des Gerichtszugangs in der Praxis durch zurückgenommene Darlegungspflichten der Antragsbefugnis in Anknüpfung an die Möglichkeitstheorie bewerkstelligt werden, genügt die bloße Möglichkeit der Verletzung einer bieterschützenden Vorschrift für den Rechtswidrigkeitszusammenhang gerade nicht.

aa) Objektive Rechtmäßigkeitskontrolle von Amts wegen

Für einen objektiv korrigierenden Eingriff gibt es im deutschen System des Individualrechtsschutzes an sich keinen Raum. Teilweise wird aber im Referenzgebiet diskutiert, mithilfe einer pragmatischen Anwendung des Amtser-

⁵²⁶ Gesetzesbegründung vom 03.12.1997, „RegE-VgRÄG“, Bt-Drs.13/9340, Anlage 2, zu § 106 S. 2 GWB, S. 42, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.06.2005, Verg 5/05, IBR 2006, 1023, Lts. 2, „Die Geltendmachung einer, für sich genommen möglicherweise zutreffenden, Vergaberechtsverletzung, die lediglich die Rechtsposition eines Dritten zu verbessern geeignet ist, stellt eine Form unzulässiger Rechtsausübung dar, die einen vergaberechtlichen Nachprüfungsantrag an der mangelnden Begründetheit scheitern lässt“: OLG Jena, Beschluss vom 06.12.2006, 9 Verg 8/06, IBR 2007, 2405.

⁵²⁷ So aber im deutschen Recht: *A. Boesen, u. a.*, NZBau 2005, S. 765 m.w.N.

mittlungsgundsatzes gemäß den §§ 110 I S. 1, 114 I S. 2 GWB auf die objektive Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einzuwirken und Europarechtskonformität im Ergebnis herzustellen⁵²⁸. Es verstößt nicht gegen die Rechtsmittelrichtlinie, wenn die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz von Amts wegen rechtswidrige Aspekte aufgreift, solange der Antragsteller angehört wird⁵²⁹. Doch unterliegt der Amtsermittlungsgundsatz einer systemimmanenten Grenze der Individualrechtsschutzsystematik. Nach übereinstimmender Ansicht der Lehre und Spruchpraxis ergibt sich aus dem Amtsermittlungsgundsatz gerade keine objektive, das gesamte Vergabeverfahren umfassende Rechtmäßigkeitskontrolle⁵³⁰. Eine objektive Kontrolle über den Amtsermittlungsgundsatz ist daher nur für den Ausnahmefall offensichtlicher und wesentlicher Fehler und nicht zulasten des Antragstellers möglich⁵³¹.

bb) Erweiterter Rechtswidrigkeitszusammenhang

Die Erweiterung des Gerichtszugangs und der Rechtsbindung muss sich in einem erweiterten Rechtswidrigkeitszusammenhang niederschlagen. Damit beweist sich erst in der Klagebegründetheit, ob die Europäisierung des subjektiv-öffentlichen Rechts im Sinne einer Versubjektivierung von Allgemeininteressen tatsächlich in der Systematik des Individualrechtsschutzes gelingen kann. Wieder ist festzustellen, dass der enge Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen der subjektiven Rechtsverletzung und der Zuschlagserteilung vorrangig dem rechtspolitischen Ziel eines begrenzten Primärrechtsschutzes dient, aber im Sinne eines stimmigen Individualrechtsschutzes nach deutschem Recht nicht zwingend ist. Der Richter ist schließlich nicht befugt, die Vergabestelle zur Zuschlagserteilung an einen Bieter zu verpflichten. So besteht kein Anspruch auf den Zuschlag, sondern lediglich ein „formelles“ subjektiv-öffentliches Recht⁵³² auf ein ordnungsgemäßes Verfahren und eine ermessensfehlerfreie Bieterauswahl. In der Fallgruppe des zwingenden Ausschlusses hat der BGH daher folgerichtig das Friktionspotenzial mithilfe des Gleichbehandlungsgebots gemäß Art. 3 I GG aufge-

⁵²⁸ B. Stolz, VergabeR 2004, S. 480, O. Otting, in: H. Pünder u. a. (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, 2005, S. 59.

⁵²⁹ EuGH, Urteil vom 19.06.2003, Rs. C-315/01, Sgl. 2003, I-06351, „Gat“, Rn. 49.

⁵³⁰ C. Maier, NZBau 2004, S. 668, Gesetzesbegründung vom 03.12.1997, „RegE-VgRÄG“, Bt-Drs.13/9340, S. 47, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.06.2005, Verg 5/05, IBR 2006, 1023.

⁵³¹ „Im Einzelfall“ und „keine amtswegige Verschlechterung des Antragstellers“: OLG Rostock, Beschluss vom 05.07.2006, 17 Verg 7/06, II.

⁵³² R. Wahl, u. a., in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, 42 II VwGO, Rn. 84.

fangen⁵³³. Hat jedes betroffene Unternehmen nach § 97 VII GWB einen Anspruch auf die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens⁵³⁴, kann jedes betroffene Unternehmen die Rechtmäßigkeit des Verfahrens geltend machen, durchsetzen und der gemeinschaftsrechtlich eingeforderten Funktionalität des europäisch bedingten subjektiven Rechts Genüge tun – unabhängig eigener Zuschlagschancen und trotz eines Ausschlusses. Dieser Lösungsansatz über das Gleichbehandlungsgebot ist für die Kontrolle des zwingenden Ausschlusses entwickelt worden, eignet sich aber auch, um im Rahmen der Fallgruppen der De-facto-Vergabe und der Aufhebung des Verfahrens einen erweiterten Rechtmäßigkeitszusammenhang herzustellen.

Hier befindet sich noch vieles im Fluss. Von einer Konsolidierungsphase wie im Rahmen der Antragsbefugnis ist man noch weit entfernt, gerade weil sich die Fragen erst als Folgeproblem des europäisierten Klagerechts stellen. Langfristig ist jedoch zu erwarten, dass sich nicht nur die Anforderungen an die Antragsbefugnis reduzieren, sondern zudem über Art. 3 I GG individuell begrenzte Vollziehungsansprüche zur Durchsetzung des Vergabeverfahrens entstehen. Mithilfe des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist zwar eine systemimmanente Lösung möglich. Damit verschiebt sich allerdings zwangsläufig der subjektive Kontrollauftrag der Individualrechtsschutzsystematik in Richtung eines mehr objektiven Kontrollauftrags eines rechtmäßigen Verfahrens. Für das Vergaberecht ist diese Richtungsänderung zu begrüßen, geht doch damit eine immense Effektivitätssteigerung des Rechtsschutzes einher – besonders in den erörterten Fallgruppen. Eine gewisse Erweiterung des Kontrollauftrags über den Bereich des traditionellen Individualrechtsschutzes hinaus ist in der Individualrechtsschutzsystematik auch möglich, solange der Richter nicht zum bloßen „objektiven Kontrolleur“ verkommt⁵³⁵. Im Zusammenhang mit der Anpassungsfähigkeit der Schutznormtheorie ist betont worden, dass diese nicht beliebig ausgedehnt werden kann⁵³⁶. Das Gleiche gilt für den Rechtswidrigkeitszusammenhang.

3. Gestufte Kontrolldichte

Die Kontrolldichte bezeichnet das Maß der Intensität, mit der Exekutivmaßnahmen kontrolliert werden. Folgt der EuGH den pragmatischen und bereichsspezifischen Kontrollstrategien des romanischen und angloamerikani-

⁵³³ BGH, Urteil vom 26.09.2006, X ZB 14/06, IBR 2006, 688, 689, NZBau 2006, 800, bejahende FolgeRspr.: OLG Karlsruhe, Beschluss vom 06.02.2007, 17 Verg 5/06.

⁵³⁴ BGH, Urteil vom 26.09.2006, X ZB 14/06, IBR 2006, 688, 689, NZBau 2006, 800, Rn. 20.

⁵³⁵ E. Schmidt-Aßmann in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, Einl. Rn. 170.

⁵³⁶ Kapitel 5, § 3, IV. 2 a).

schen Rechtskreises und lässt auch im indirekten Vollzug grundsätzlich eine abgeschichtete, sektoriell variierende Intensität der Kontrolle zu⁵³⁷, gilt im deutschen Modell der Grundsatz der vollen Kontrolle, verfassungsrechtlich garantiert durch Art. 19 IV GG⁵³⁸. Einschränkungen sind nur im Rahmen eines Ermessens- oder eines Beurteilungsspielraums möglich, wenn ein solcher gesetzlich angeordnet ist. So besteht im deutschen Vergaberecht regelmäßig eine Kontrolldichte, die über die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben hinausgeht⁵³⁹.

Lange glaubte man sich in der deutschen Individualrechtssystematik angesichts des hohen Standards des Art. 19 IV GG vor Auswirkungen der Europäisierung auf den Kontrollmaßstab sicher⁵⁴⁰. Dem ist aber nicht so. Zwar wird auf die Kontrolldichte kein Anpassungszwang ausgeübt. Allerdings steigt im Zuge der Europarechtsbindung und des erweiterten Rechtswidrigkeitszusammenhangs der Anpassungsdruck, die Kontrolldichte zu reduzieren⁵⁴¹. Gerade im Vergaberecht besteht ein besonderes Interesse an einer schnellen Kontrolle, um laufende Vergabeverfahren zu entlasten. Nachdem selbst in den erörterten Fallgruppen ein Primärrechtsschutz nicht mehr über eine enge Antragsbefugnis verhindert werden kann, übt die Abschichtung des vollen Kontrollumfangs im Referenzgebiet einen umso stärkeren Reiz aus. Tatsächlich können bereits Abweichungen von der vollen Kontrolldichte ausgemacht werden, die auf die veränderten Umstände im Zuge der Europäisierung sowie Sachgesetzlichkeiten der besonderen Materie des Referenzgebiets zurückzuführen sind. Die Beeinflussung findet allerdings nicht eindimensional im Sinne einer zurückgenommenen Kontrolldichte statt. Es ergibt sich stattdessen das Bild einer gestuften Kontrolldichte. Abfallend sind vier unterschiedliche Kontrollintensitäten auszumachen. Diese Art der abgestuften Kontrolldichte ist dem Prinzip nach aus rechtsvergleichenden Analysen anderer Rechtssysteme, allen voran des europäischen und des französischen Mo-

⁵³⁷ J. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*(-I), 1988, S. 280, E. Pache, DVBl 1998, S. 382 ff.

⁵³⁸ „Grundpfeiler des deutschen Verwaltungsprozesses“: F. Schoch, *Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, 2000, S. 39.

⁵³⁹ M. Knauff, *Dispositionsfreiheiten öffentlicher Auftraggeber*, 2004, S. 50.

⁵⁴⁰ „Damit sind unmittelbare, rechtlich zwingende Vorgaben des Gemeinschaftsrechts für die Kontrolldichte nur schwerlich vorstellbar“: E. Pache, DVBl 1998, S. 387; ähnlich: C. D. Classen, NJW 1995, S. 2560.

⁵⁴¹ „Das gedachte „kompensierende“ Junktim zwischen engerer Klagebefugnis und höherer Kontrolldichte wird durch das EG-Recht jedenfalls zertrennt. Der Weg zu den Gerichten wird künftig kraft der europäischen Rechtsentwicklung in größerem Umfang offenstehen als bisher. Die deutsche Rechtsordnung bewegt sich, wenn sie in dieser Situation ihre Kontrolldichtemaßstäbe weiter heraufsetzt, auf die Scherenentwicklung einer Rechtsschutzintensivierung zu, die zu unbedachten Folgen führen kann.“: E. Schmidt-Aßmann, DVBl 1997, S. 285, S. Gehring, *Kompensation durch Senkung der gerichtlichen Kontrolldichte?*, 2000, S. 172.

dells, bekannt⁵⁴². Insoweit kann eine mittelbare Vorbildfunktion im Sinne einer Wechselwirkung zwischen den Systemen sicher nicht ausgeschlossen werden. Doch auch Beobachtungen anderer nationaler Rechtsgebiete zeigen, dass deutsche Gerichte zwar die grundsätzliche Dogmatik aufrechterhalten, aber den traditionellen Kategorien ausweichen, um pragmatische, an den Umständen des Einzelfalls orientierte Lösungen zu ermöglichen⁵⁴³.

a) Strikte Kontrolle des Verfahrens

Das Verfahren wird streng und umfassend kontrolliert⁵⁴⁴. Die Fallgruppen zur verfahrensrechtlichen Rechtmäßigkeit verdeutlichen dies. Selbst die Entscheidung der De-facto-Vergabe und der Aufhebung des Verfahrens müssen einer Kontrolle im Primärrechtsschutz unterzogen werden. Wie bereits erörtert, bewirkt der besondere Verfahrens- und Formansatz des Gemeinschaftsvergaberechts ein neues Verhältnis der Individualrechtsschutzsystematik gegenüber Verfahrensvorgaben. Das Verfahren erhält eine eigene Wertigkeit und kann Verkürzungen der Nachprüfungsdichte materieller Wertungsentscheidungen auffangen⁵⁴⁵. Die Kontrolle im Referenzgebiet kann insgesamt dadurch erhöht werden, dass das Verfahren transparenter ausgestaltet und der Dokumentationspflicht nachgekommen wird.

Den Dokumentationspflichten des Auftraggebers kommt für die Kontrolle des Verfahrens eine zentrale Bedeutung zu, denn erst die Dokumentation ermöglicht dem Gericht die effektive Kontrolle des Verfahrens im Detail. Die Vergabestelle ist deshalb gemäß § 30 Nr. 1 VOB/A⁵⁴⁶ verpflichtet, eine umfassende, fortlaufende zeitnahe Dokumentation der einzelnen Stufen des Verfahrens wie auch der maßgebenden Entscheidungen, deren Begründungen und der im Zusammenhang zu den Entscheidungsspielräumen stehenden Willensbildungs- und Entscheidungsprozesse in den Vergabeakten anzufertigen, um dem Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz der §§ 97 I, II GWB zu genügen⁵⁴⁷.

⁵⁴² Kapitel 5, § 4. VI. 1.

⁵⁴³ J. Schwarze, NVwZ 1996, S. 26 m.w.N., U. Stelkens in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, § 1 VwGO, Rn. 47.

⁵⁴⁴ M. Knauff, Dispositionsfreiheiten öffentlicher Auftraggeber, 2004, S. 96, 126, J. Schwarze, in: ders. (Hrsg.), Öffentliche Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 2000, S. 19.

⁵⁴⁵ T. Schabel, VergabeR 2002, S. 35, vgl. EuGH, Urteil vom 21.01.1999, Rs. C-120/97, Slg. 1999, I-223, „Upjohn“, Rn. 34, EuGH, Urteil vom 21.11.1991, Rs. C-269/90, Sgl. 1991, I-5469, „Technische Universität München“, Rn. 14, Kapitel 5, § 3, III. 1.

⁵⁴⁶ § 30 VOB/A ist insoweit mit den Parallelvorschriften § 18 VOF und § 30 VOL/A vergleichbar: R. Weyland, Kommentar Vergaberecht, 2006, § 30 VOB/A, Rn. 4841.

⁵⁴⁷ OLG Jena, Beschluss vom 26.06.2006, 9 Verg 2/06, IBR 2006, 517, VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 04.05.2005, VK 20/05, IBR 2005, 1242, VK Sachsen, Beschluss vom 28.12.2005, 1/SVK/147-05II. 2. (b), VK Arnsberg, Beschluss vom 08.08.2006, VK 21/06, VK Nordbayern.

b) Eingeschränkte Kontrolle der Tatsachenfeststellung

Die Kontrolle der Tatsachenfeststellungen findet dagegen nur in einem beschränkten Umfang statt. Die deutschen Gerichte sind im Modell der gerichtsprägten Gewaltenteilung grundsätzlich verpflichtet, eine eigenständige und vollständige Kontrolle in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vorzunehmen⁵⁴⁸. Es besteht keine Bindung an die Feststellungen der Verwaltung⁵⁴⁹. Den Gerichten als Garant der Rechtssicherheit und des effektiven Rechtsschutzes fällt hinsichtlich der Sachverhalts- und Tatsachenfeststellung im Gerichtsverfahren die Letztentscheidungsbefugnis zu. Auch die Vergabekammern als gerichtsähnliche Kontrollbehörden sind gemäß § 110 I GWB dem Untersuchungsgrundsatz verpflichtet und erforschen den Sachverhalt von Amts wegen in Anlehnung an § 86 I VwGO⁵⁵⁰. Doch kann der Untersuchungsgrundsatz eingeschränkt werden. So sieht § 86 I S. 1, Hlfs. 1 VwGO eine Mitwirkungspflicht des Beteiligten zur Erforschung des Sachverhalts vor, insbesondere hinsichtlich persönlicher Umstände aus seiner Sphäre⁵⁵¹. Besonders im Rahmen komplexer Drittschutzklagekonstellationen konkurrierender Rechte kommt den Obliegenheiten der Beteiligten eine herausgehobene Bedeutung zu⁵⁵². Das BVerwG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die gerichtliche Aufklärungspflicht dort ihre Grenzen finden kann, wo die Parteien ihrer möglichen und zumutbaren Pflicht nicht nachgekommen sind⁵⁵³. Die Verletzung von Mitwirkungspflichten bewirkt allerdings keine automatische Verkürzung der richterlichen Aufklärungspflicht. Nach europäischem Verständnis kann die Verantwortung für die Tatsachenermittlung dagegen mithilfe der Dispositionsmaxime weitgehend auf den Kläger

Beschluss vom 23.05.2006, 21.VK-3194-16/06, IBR 2006, 583, *R. Weyland*, Kommentar Vergaberecht, 2006, § 97 GWB, Rn. 110 ff. und § 30 VOB/A, Rn. 4843, 4849 ff.

⁵⁴⁸ *R. Rausch*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen, 1994, S. 39 ff., Kopp/Schenke (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2005, § 86 VwGO, Rn. 1.

⁵⁴⁹ *E. Schmidt-Aßmann*, DVBl 1997, S. 283, *S. Wittkopp*, Sachverhaltsermittlung im Gemeinschaftsverwaltungsrecht, 1999, S. 53.

⁵⁵⁰ *C. Maier*, NZBau 2004, S. 668. Dem Vergabeüberwachungsausschuß, Vorgängerorganen der Vergabekammern, war es als Behörde nach § 57 c V S. 2 HGrG (weggefallen) dagegen nicht erlaubt, eigene Sachverhaltsfeststellungen vorzunehmen: VÜA Bayern, Beschluß vom 22.09.1995, VÜA 7/95, IBR 1996, 99.

⁵⁵¹ Kopp/Schenke (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2005, § 86 VwGO, Rn. 3, 11 ff., nach a. A. entsteht eine kontrollverkürzende Pflicht nicht insbesondere sondern nur für Tatsachen, die in seine Sphäre bzw. seinen Erkenntnisbereich fallen: *E. Eyermaun*, u. a., Kommentar zur VwGO, 2006, § 86 VwGO, Rn. 3.

⁵⁵² *M. Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2005, S. 148 ff., 531 ff.

⁵⁵³ Kopp/Schenke (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2005, § 86 VwGO, Rn. 12 m.w.N.

abgewälzt werden⁵⁵⁴. Auch im Rahmen der vier Klagegründe des Art. 230 II EGv besteht eine verstärkte Darlegungslast⁵⁵⁵.

Im Referenzgebiet kann durch die aktive Einbindung des Betroffenen zumindest eine Verlagerung weg von der Sachverhaltsermittlung von Amts wegen beobachtet werden, um die Kontrolle zu beschleunigen. Aus § 108 II GWB folgt ungeachtet des Untersuchungsgrundsatzes eine umfassende Darlegungslast der behaupteten Rechtsverletzung⁵⁵⁶. Die Vergabekammer ist frei, den Sachverhalt darüber hinaus aufzuklären und ist nach § 114 I 2 GWB auch nicht an die Anträge gebunden⁵⁵⁷. Schon die Gesetzesbegründung zum VgRÄG sieht jedoch vor, dass „es nicht erforderlich ist, die Sachverhaltsermittlung über den Beschwerdegegenstand hinaus zu führen“⁵⁵⁸. Zudem werden die Kontrollorgane dazu angehalten, den Ablauf des Vergabeverfahrens nicht unangemessen zu beeinträchtigen, um wirtschaftliche Schäden oder Investitionshemmnisse im Zuge von Verfahrensverzögerungen möglichst zu verhindern⁵⁵⁹. Die Sachverhalts- und Tatsachenermittlung fußt damit schon aus Zeitgründen im Wesentlichen auf der Würdigung der dargelegten Umstände und fällt regelmäßig gering aus⁵⁶⁰. Die Praxis zumindest einiger Vergabekammern läuft sogar darauf hinaus, die Sachverhaltsaufklärung allein auf den Akteninhalt und das Klägervorbringen zu beschränken⁵⁶¹. Die *originäre* und *vollumfängliche* Amtsermittlung wird durch eine *nachvollziehende* Amtsermittlung abgelöst⁵⁶². Die ist kein völlig neuer Ansatz. Angesichts zunehmend komplexer Sachverhalte stellt *Schmidt-Aßmann* auf das „normative Vergewissern“ im Sinne eines „Nacharbeitens“ durch das Gericht ab, wobei den Darlegungs- und Mitwirkungslasten der Beteiligten und dem

⁵⁵⁴ E. Pache, DVBl 1998, S. 382, 383, R. Rausch, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen, 1994, S. 164 ff. vgl. auch oben in § 3.

⁵⁵⁵ C. D. Classen, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 148.

⁵⁵⁶ VK Südbayern, Beschluss vom 25.06.2003, 16-0403, II. 2. 1.1. a), VK Sachsen, Beschluss vom 25.11.2004, 1/SVK/110-04, II. 2. (b), VK Saarland, Beschluss vom 10.06.2005, 2 VK 01/2005, II. 4., OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.02.2005, Verg 92/04, IBR 2005, 1114.

⁵⁵⁷ C. Maier, NZBau 2004, S. 668, VK Sachsen, Beschluss vom 05.09.2002, 1/SVK/073-02, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.02.2005, Verg 92/04, IBR 2005, 1114.

⁵⁵⁸ Gesetzesbegründung vom 03.12.1997, „RegE-VgRÄG“, Bt-Drs.13/9340, zu § 120 GWB a. F.

⁵⁵⁹ BayOLG, Beschluss vom 21.05.1999, Verg 1/99, IBR 1999, 449, C. Maier, NZBau 2004, S. 668.

⁵⁶⁰ T. Noelle, VergabeR 2006, S. 267.

⁵⁶¹ Kapitel 5 § 4, III. 2 a).

⁵⁶² Für die Sachverhaltsermittlung durch die Verwaltung hat *Wittkopp* anhand verschiedener Referenzgebiete (Agrar-, Zoll-, Umwelt- Lebensmittelrecht) ebenfalls eine europäisch bedingte Verschiebung von der amtswegigen hin zur Sachverhaltsfeststellung durch den Betroffenen ausgemacht; vor allem in Massenverwaltungsverfahren und Risikoverwaltungsverfahren: S. *Wittkopp*, Sachverhaltsermittlung im Gemeinschaftsverwaltungsrecht, 1999, S. 186–190, 243, 244.

Verwaltungsverfahren eine besondere Bedeutung zukommen⁵⁶³. Begründet und legitimiert wird diese Verminderung der Kontrolldichte mit der Beschleunigungsmaxime des § 110 I 2 GWB und der Entlastung der Kontrollorgane.

Trotz des legitimen Ziels der Beschleunigung wird diese Vergaberechtspraxis in der Literatur in Hinblick auf den Gesetzmäßigkeitsgrundsatz und die Rechtsbindung gemäß Art. 20 III GG kritisch beurteilt⁵⁶⁴. Zumindest sollten wohl Stichproben durchgeführt werden, damit die „nachvollziehende“ Amtsermittlung dem deutschen Gesetzmäßigkeitsprinzip entspricht und gleichzeitig noch der Entlastungseffekt für die Gerichte bewahrt bleibt. Darüber hinaus ist zu beachten, dass der Tatsachenuntersuchung von Amts wegen angesichts des besonderen Sachverstands der Behörde als Auftraggeber eine entscheidende Funktion zur Herstellung der „Waffengleichheit“ zukommt⁵⁶⁵. Die Vergabestelle besitzt eine besondere Machtposition gegenüber dem Bieter, der regelmäßig ein juristischer Laie ist. Insofern müssen Informations-, Begründungs- und Dokumentationspflichten der Vergabestelle neben dem Akteneinsichtsrecht des Antragstellers eine entscheidende Komplementärfunktion übernehmen, um die Waffengleichheit wieder herzustellen⁵⁶⁶. Allerdings muss sich der Bieter selbst um die Geltendmachung seiner Verfahrensrechte kümmern und darüber wachen, dass die Vergabestelle ihren Pflichten nachkommt. Die Waffengleichheit wird auf die Weise nicht von Amts wegen gewährt. Die Funktionsänderung des Rechts des Einzelnen bedeutet damit nicht nur eine Stärkung der Rechte des Einzelnen, sondern gleichzeitig auch eine verstärkte Eigenverantwortung im Kontrollverfahren.

Gerade im Vergaberecht kann sich für die Tatsachenermittlung teilweise sehr komplexer technischer oder rechtlicher Sachverhalte und Prognoseentscheidungen auch eine zurückgenommene Kontrolldichte durch einen nachfolgend zu erörternden Beurteilungsspielraum auf der Tatbestandsebene ergeben⁵⁶⁷, weil die Tatsachenfeststellung von zahlreichen wertenden Faktoren abhängt und nicht streng von der rechtlichen Bewertung getrennt werden kann.

⁵⁶³ Er stellt auch einen Zusammenhang zu den Herausforderungen für die Kontrolldichtekonzeption im Zuge der Europäisierung her: *E. Schmidt-Aßmann*, DVBl 1997, S. 286–288; in diesem Sinne auch: *S. Gehring*, Kompensation durch Senkung der gerichtlichen Kontrolldichte?, 2000, S. 234.

⁵⁶⁴ *H. Wirner*, IBR 2003, S. 444.

⁵⁶⁵ *R. Rausch*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen, 1994, S. 42.

⁵⁶⁶ Ähnlich: *E. Schmidt-Aßmann*, DVBl 1997, S. 287, 288, siehe auch unter IV. Formstrenge.

⁵⁶⁷ *C. Lerche*, in: J. A. Frowein (Hrsg.), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung der Verwaltung, 1993, S. 257, *R. Rausch*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen, 1994, S. 45, 49, *C. D. Classen*, NJW 1995, S. 2459.

c) Eingeschränkte Kontrolle von Gestaltungsspielräumen

Das System der Kontrolldichte ist im Individualrechtsschutz dogmatisch eng verbunden mit der spezifisch deutschen Ermessenslehre und der Theorie der unbestimmten Rechtsbegriffe⁵⁶⁸. Gestaltungsspielräume als Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung sind die Ausnahme, die jeweils hinreichend – insbesondere in Hinblick auf Art. 19 IV GG – legitimiert und positiv hergeleitet werden müssen⁵⁶⁹. Im Referenzgebiet sind hinsichtlich der Tatbestandsbewertung umfangreiche Beurteilungsspielräume gegeben. Trotz der Formstrenge des Verfahrens besteht keine umfassende materielle Programmierung des Handelns der Vergabestelle. Rechtsbegriffe wie „Fachkunde“, „Leistungsfähigkeit“, „Zuverlässigkeit“ und „Wirtschaftlichkeit“ räumen nach ständiger Rechtsprechung einen Gestaltungsspielraum ein⁵⁷⁰. Dabei folgt die Praxis aber nicht der tradierten Dogmatik. Insbesondere für die Eignungs- und Wertungsentscheidung der Bieter wird ein umfangreicher Spielraum angenommen, der, ohne der herkömmlichen Terminologie und der Differenzierung zwischen Ermessen auf der Rechtsfolgenseite und Beurteilungsspielraum auf der Tatbestandsebene zu folgen, nur einer beschränkten Kontrolle unterliegt⁵⁷¹. Die Begriffe Beurteilungsspielraum und Ermessen oder auch untechnische Bezeichnungen wie Wertungsspielraum⁵⁷² und Beurteilungs- oder Auswahlermessen⁵⁷³ werden verwendet⁵⁷⁴. Die Spruchpraxis erkennt einen umfangreichen Gestaltungsspielraum an⁵⁷⁵, wenn auch der Feststellungsspielraum durch die Bekanntgabe und damit durch Selbstbindung wieder weitgehend eingeschränkt wird.

Die Kontrolle erfolgt ebenfalls ohne eine erkennbare Differenzierung. Der

⁵⁶⁸ R. Stober, Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1993, S. 103, 104, S. Oeter, in: J. A. Frowein (Hrsg.), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, 1993, S. 266 ff.

⁵⁶⁹ H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2004, § 7, Rn. 31 ff., R. Rausch, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen, 1994, S. 84.

⁵⁷⁰ Kapitel 5, § 4, III. 2 b).

⁵⁷¹ Kapitel 5, § 4, III. 2 b), A. Suermann, Die Kontrolle von unbestimmten Rechtsbegriffen bei der Angebotswertung, 2005, S. 39.

⁵⁷² BGH, Urteil vom 01.08.2006, X ZR 115/04, IBR 2006, 690, Lts. 4, BGH, Urteil vom 06.02.2002, X ZR 185/99, IBR 2002, 270, NJW 2002, 1954.

⁵⁷³ VK Sachsen, Beschluss vom 17.06.2005, 1/SVK/058-05.

⁵⁷⁴ VK Sachsen, Beschluss vom 25.05.2003, VK SH 21/03, VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 05.08.2003, VK-SH 21/03, VK-SH 21/03, BGH, Urteil vom 16.10.2001, X ZR 100/99, IBR 2002, 32, OLG Brandenburg, Beschluss vom 05.01.2006, Verg W 12/05, IBR 2006, 162, VK Münster, Beschluss vom 12.03.2003, VK 02/03.

⁵⁷⁵ VK Arnsberg, Beschluss vom 07.09.2005, VK 16/2005, VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 05.08.2003, VK-SH 21/03, 2, bb).

Beurteilungsspielraum unterliegt „einer Ermessenskontrolle“⁵⁷⁶. Ungeachtet der variierenden Bezeichnungen des reduzierten Kontrollmaßstabs erfolgt in der Sache jeweils eine an den Umständen des Einzelfalls orientierte Evidenzkontrolle⁵⁷⁷. Die Kontrolle konzentriert sich im Wesentlichen auf das Verfahren anhand der Dokumentation. Es wird geprüft, ob die Vergabestelle von einem unzureichend ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, oder ob ein schwerer und offenkundiger Wertungsfehler vorliegt⁵⁷⁸.

Sicher ist eine gewisse dogmatische Verwirrung der Tatsache geschuldet, dass das recht junge Rechtsgebiet die eigene Dogmatik noch nicht festigen konnte. Nichtsdestotrotz aber zeugt die terminologische Austauschbarkeit und die angeglichenene Behandlung im Referenzgebiet von einer wesensgleichen Funktionalität der Gestaltungsspielräume⁵⁷⁹. Die Abgrenzung zwischen Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen verliert in der praktischen Anwendung entscheidend an Bedeutung, wenn diese nicht sogar ganz aufzugeben ist⁵⁸⁰. Es geht jeweils um einen Freiraum der Verwaltung, der in Hinblick auf die größere Sachnähe und Sachkunde der Verwaltung eingeräumt wird.

d) Reduktion des Kontrollgegenstands durch Präklusion

Die kontrollbeschränkende Wirkung umfassender Mitwirkungspflichten gemäß § 108 II GWB ist bereits vorgestellt worden. Darüber hinaus zeigt sich ein noch weitergehender Effekt. In der Vergaberechtspraxis beschränkt sich

⁵⁷⁶ „Die Prüfung des *Beurteilungsspielraums* beschränkt sich auf die Frage, ob die Vergabestelle die Grenzen dieses Wertungsspielraums durch *Ermessensfehlgebrauch*, *Ermessensüberschreitung* oder sachfremde Erwägungen verletzt hat“; VK Südbayern, Beschluss vom 25.06.2003, 16-0403, II 2. 1. 1. a); ähnlich: VK Ba-Wü, Beschluss vom 30.04.2002, 1 VK 17/02, 2. a), „Analog zu Ermessensentscheidungen im Verwaltungsrecht (...) hält sich die Prognoseentscheidung der Antragsgegnerinnen im Rahmen ihres *Beurteilungsspielraums* und lässt keine *Ermessensüberschreitung* erkennen“; VK Hessen, Beschluss vom 16.01.2004, 69d-VK-72/2003, II, 6.

⁵⁷⁷ A. Suermann, Die Kontrolle von unbestimmten Rechtsbegriffen bei der Angebotswertung, 2005, S. 40, „Das Ermessen der Vergabestelle bei der Auswahl der Bewerber findet seine Grenze im Diskriminierungs- und Willkürverbot“; OLG Bremen, Beschluss vom 14.04.2005, Verg 1/2005, VergabeR 2005, 537.

⁵⁷⁸ VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 05.08.2003, VK-SH 21/03, II 2. b) mit Verweis auf die Spruchpraxis des EuG für Vergaben durch Gemeinschaftsorgane: EuG, Urteil vom 17.12.1998, Rs. T-203/96, Sgl. 1998, II-04239, „*Embassy Limousines & Services*“, Rn. 56, VK Arnberg, Beschluss vom 07.09.2005, VK 16/2005, VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 16.09.2005, VK-SH 22/05, IBR 2005, 1289, VK Sachsen, Beschluss vom 17.06.2005, 1/SVK/058-05, VK Brandenburg, Beschluss vom 27.05.2002, 2 VK 94/01, ZfBR 2003, 627.

⁵⁷⁹ So auch die zentrale These von Pache: E. Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 11, 76 ff., 509 ff.; ähnlich die These eines „einheitlichen Handlungsmandats“: E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. VII, 206.

⁵⁸⁰ So auch schon die Beobachtung in anderen europäisch überformten Rechtsbereichen durch Schwarze: J. Schwarze, Gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, 1992, S. 276.

die Rechtmäßigkeitskontrolle im Interesse eines zügigen Verfahrens und zur Vermeidung investitionshemmender Kontrollverfahren in der Regel auf die Prüfung der gestellten Anträge und des Parteivortrags nicht präkludierter Vergaberechtsverstöße⁵⁸¹. Wenn der Antragsteller nicht nachvollziehbar darlegt, welche Rechtsverstöße die Vergabestelle genau begangen haben soll, wird entweder bereits die Antragsbefugnis⁵⁸² oder zumindest die Begründetheit verneint⁵⁸³. Nur ausnahmsweise kommt es zur Begründetheit wegen anderer als der vorgebrachten Verstöße⁵⁸⁴. Die Kontrollorgane sind zwar nicht an die Anträge nach § 114 I S. 2 GWB gebunden, wohl aber an das Beschleunigungsgebot⁵⁸⁵. Auch in den Fallgruppen des erweiterten Verfahrensrechtsschutzes tendiert die Spruchpraxis dazu, allein die vorgebrachten Klagegründe zu überprüfen – die Aufhebungs- und die Ausschlussgründe des Antragstellers. Dies verstärkt die Verantwortung des Einzelnen für die Durchsetzung des Rechtsschutzes und unterstreicht die neue Funktionalität des Rechts des Einzelnen im dezentralen Kontrollkonzept des indirekten Vollzugs. Zur beschleunigten Durchführung des Verfahrens können den Beteiligten gemäß § 113 II 2 GWB zudem Fristen zur Stellungnahme gesetzt werden, nach deren Ablauf ein weiterer Vortrag unbeachtlich bleiben kann⁵⁸⁶. Weiterhin ergeben sich Beschränkungen des Kontrollgegenstands aus der materiellen Präklusionswirkung der Rügepflicht gemäß § 107 III GWB⁵⁸⁷. Ein Blick in die Spruchpraxis der Vergabekammern und Vergabesenate zeigt, dass zur Vermeidung unnötiger Verfahren sehr strenge Anforderungen an die Erfüllung dieser Obliegenheit gestellt werden: Die Rügepflicht muss zur Beschleunigung des Verfahrens ab Kenntnis⁵⁸⁸ unverzüglich⁵⁸⁹ erfolgen⁵⁹⁰ und

⁵⁸¹ K. Stockmann, ZWeR 2003, S. 48, Gesetzesbegründung vom 03.12.1997, „RegE-VgRÄG“, Bt-Drs.13/9340, S. 14 und zu § 120 GWB a. F., S. 36, 40.

⁵⁸² VK Sachsen, Beschluss vom 25.11.2004, 1/SVK/110-04, Ls. 2, II. 2.1.1.a).

⁵⁸³ VK Südbayern, Beschluss vom 25.06.2003, 16-0403, II. 2.3.

⁵⁸⁴ OLG Brandenburg, Beschluss vom 13.09.2005, Verg W 8/05, IBR 2006, 1325, 265.

⁵⁸⁵ VK Arnsberg, Beschluss vom 07.09.2005, VK 16/2005, 2.2.

⁵⁸⁶ C. Maier, NZBau 2004, S. 668, G. Gruber, u. a., Europäisches Vergaberecht, 2005, S. 490, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.11.2003, Verg 22/03.

⁵⁸⁷ „Der Beschwerdeführer gibt mit seinen Rügen grundsätzlich den Prüfungsumfang des Beschwerdegerichts vor“: OLG Frankfurt, Beschluss vom 11.05.2004, 11 Verg 8/04, OLGReport Frankfurt 2005, 43, NZBau 2004, 567, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.06.2005, Verg 5/05, IBR 2006, 1023, Gesetzesbegründung vom 03.12.1997, „RegE-VgRÄG“, Bt-Drs.13/9340, § 117 GWB a. F., S. 17..

⁵⁸⁸ Parallelwertung in der Laiensphäre: VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 12.06.2006, VK-SH 12/06, VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 31.01.2006, VK-SH 33/05, IBR 2006, 219.

⁵⁸⁹ Uneinheitliche Frist von 1–3 Tagen; höchstens 2 Wochen unter Berücksichtigung der Komplexität des Sachverhalts und der rechtlichen Beurteilung: VK Brandenburg, Beschluss vom 14.09.2005, 1 VK 55/05, VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 12.06.2006, VK-SH 12/06, Franke, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „Evaluierung des VgRÄG“, Bt-Drs.15/2034, S. 25.

entfällt nur unter engen Voraussetzungen der Unzumutbarkeit⁵⁹¹. Im deutschen Systemverständnis sind Begrenzungen des Klagegegenstandes der frühzeitigen Eingrenzung des Streitstoffs zur Verfahrensbeschleunigung und der Entlastung der Rechtspflege grundsätzlich möglich, wenn andererseits die volle Kontrolle das System lahm legen würde und wirksamer Rechtsschutz nicht mehr möglich wäre⁵⁹². Art. 19 IV GG impliziert nicht die volle Kontrolldichte um jeden Preis, sondern stellt ein Gebot der Rechtsprechungseffizienz auf⁵⁹³. So ist im Vergaberecht die Begrenzung des Kontrollgegenstands zulässig und begründet, um der besonderen Situation gegensätzlicher Interessen durch einen effektiven und raschen Rechtsschutz gerecht zu werden⁵⁹⁴, selbst wenn damit eine nachhaltige Beschränkung des Rechtsschutzes einhergeht. Die Prälusion darf nur nicht die grundsätzliche Rechtsschutzmöglichkeit nehmen⁵⁹⁵. Neu für die deutsche Systematik ist insoweit allerdings der innere Zusammenhang zwischen der Beschränkung des Kontrollgegenstands und der erörterten europäisch bedingten Mehrbelastung der Gerichte. Zumindest eine mittelbare Modellwirkung kann dem Gemeinschaftsrecht hierfür nicht abgesprochen werden⁵⁹⁶.

V. Indirekte Europäisierung des Unterschwellenbereichs

Der Rechtsschutz im Vergaberecht ist zweigeteilt. Sowohl in der Rechtsfrage als auch hinsichtlich der Herleitung subjektiver Rechte ist allerdings Bewegung in die Diskussion gekommen. Die Entwicklung eines vereinfach-

⁵⁹⁰ VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 12.06.2006, VK-SH 12/06, Ls. 1, nach a. A. ist ein Nachprüfungsantrag auch zulässig, wenn nicht der Antragsteller, sondern ein anderer Bieter den entsprechenden Vergabefehler rechtzeitig gerügt und der Auftraggeber dieser Rüge nicht abgeholt hat: OLG Celle, Beschluss vom 15.12.2005, 13 Verg 14/05, IBR 2006, 45, Ls. 1.

⁵⁹¹ EuGH, Urteil vom 27.02.2003, Rs. C 327/00, Sgl. 2003, I-01877, „Santex“, Rn. 66.

⁵⁹² E. Schmidt-Aßmann in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, Einl. Rn. 154, 157 ff., R. Stober, Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1993, S. 115, H. D. Jarass, in: ders. u. a. (Hrsg.), Grundgesetz, 2006, Art. 19 GG, Rn. 30, 36, vgl. BVerfG, Urteil vom 02.03.1993, 1 BvR 249/92, BVerfGE 88, 118, NJW 1993, 1635, BVerfG, Beschluss vom 8.07.1982, 2 BvR 1187/80, BVerfG 61, 82, „Sasbach“, Rn. 63.

⁵⁹³ R. Pitschas, in: ders. u. a. (Hrsg.), Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1999, S. 81–83, E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. 228.

⁵⁹⁴ EuGH, Urteil vom 12.12.2002, Rs. C-470/99, Sgl. 2002, I-11617, „Universale-Bau AG“, Rn. 75 ff.

⁵⁹⁵ EuGH, Urteil vom 27.02.2003, Rs. C 327/00, Sgl. 2003, I-01877, „Santex“, Rn. 63, 64, EuGH, Urteil vom 02.06.2005, Rs. C-15/04, Sgl. 2005, I-04855, „Koppensteiner“, Rn. 31 ff.

⁵⁹⁶ E. Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 408; zur Beschränkung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht durch Parteivortrag im Gemeinschaftsrecht: R. Rausch, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen, 1994, S. 164, E. Pache, DVBl 1998, S. 382, 384.

ten Rechtsschutzes ist absehbar. Damit stellt sich die Frage nach dem Begründungsmaßstab unterhalb der Schwellenwerte. Die subjektiven Bieterrechte müssen wie im Oberschwellenbereich gerichtlich durchsetzbar sein⁵⁹⁷. Es ist jedoch offen, ob die Kontrolldichte des Oberschwellenbereichs auf den Unterschwellenbereich „eins zu eins“ zu übertragen ist⁵⁹⁸ oder ob eine gestufte Prüfdichte eines Vergaberechts „light“ in Abhängigkeit des Auftragswerts geboten ist⁵⁹⁹, wobei Aufträge mit geringerer Bedeutung im Sinne einer Bagatellgrenze vom Erfordernis eines Rechtsschutzes ganz befreit werden könnten⁶⁰⁰. Eine gestufte Prüfdichte würde den Bedürfnissen des Vergaberechtsregimes wohl am besten entsprechen. Damit würden sich die für den Oberschwellenbereich festgestellten Abweichungen von der tradierten Systematik eines vollen Kontrollmaßstabs weiter verfestigen.

Momentan ist eine Ausgestaltung des Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich durch den deutschen Gesetzgeber nicht zu erwarten. Umso entscheidender ist die Ausbildung des Kontrollmaßstabs durch die Spruchpraxis. Erste Urteile sind mittlerweile ergangen, die erste Tendenzen eines Kontrollmaßstabs in einem Vergaberechtsschutz „light“ erkennen lassen können. Bei der Ausbildung orientiert sich die Spruchpraxis einerseits an bekannten Normen und Wertungen des Verwaltungsrechtsschutzes und andererseits an der Ausgestaltung des Oberschwellenbereichs und den Bedürfnissen des Rechtsgebiets, um eine schlüssige Gesamtsystematik zu entwickeln: Das VG Neustadt beschränkt sich im Rahmen eines Antrags auf eine einstweilige Anordnung nach § 123 I S. 1 VwGO unter Verweis auf verwaltungsgerichtliche Grundsätze auf eine summarische Prüfung⁶⁰¹. Das Verwaltungsgericht Meiningen stellt in einem Urteil von Anfang 2007 fest, dass der Prüfungsumfang in der Hauptsache auch im Unterschwellenbereich an der eingeräumten materiell-rechtlichen Rechtsposition auszurichten ist⁶⁰². Danach geben die Verdingungsordnungen in Verbindung mit Art. 3 I GG den Rahmen für die gerichtlich durchsetzbare Position des Bieters vor und begrenzen diese zugleich. Die Klage ist aber nur begründet, wenn der Rechtswidrigkeitszusammenhang gegeben ist, wenn also durch den Verstoß gleichzeitig die

⁵⁹⁷ S. Tomerius, u. a., VergabeR 2005, S. 551.

⁵⁹⁸ A. Suermann, Die Kontrolle von unbestimmten Rechtsbegriffen bei der Angebotswertung, 2005, S. 121.

⁵⁹⁹ B. Köster, u. a., DVBl 2005, S.1303, M. Dreher, NZBau 2006, S. 1578.

⁶⁰⁰ Für eine Bagatellgrenze: M. Dreher, NZBau 2006, S. 1579, unter Verweis auf die Regelung des Unterschwellenbereichs in Frankreich: W. Irmer, VergabeR 2006, S. 318; gegen eine Bagatellgrenze: H. Franke, NZBau 2006, S. 1585.

⁶⁰¹ VG Neustadt, Beschluss vom 29.02.2006, 4 L 210/06, IBR 2006, 216, VergabeR 2006, 351, „Flughafen Rammstein“, W. E. Trautner, VergabeR 2006, S. 355, 357.

⁶⁰² VG Meiningen, Beschluss vom 16.01.2007, 2 E 613/06, II. 3 b). bb).

Rechte des Antragstellers verletzt worden sind⁶⁰³. Das VG Neustadt hat entschieden, der Antrag auf Zuschlagsuntersagung kann allenfalls Erfolg haben, wenn die beabsichtigte Zuschlagserteilung an den Konkurrenten gegen *wesentliche* vergaberechtliche Vorschriften wie das Diskriminierungsverbot des § 2 Nr. 2 VOB/A oder den Gleichheitssatz des Art. 3 I GG verstößt und dadurch die Rechte des Antragstellers verletzt sind⁶⁰⁴.

Bisher haben sich ausschließlich Verwaltungsgerichte zum Kontrollmaßstab unterhalb der Schwelle geäußert. Umso härter trifft den Unterschwellenbereich das Urteil des BVerwG vom 02.05.2007, das die Zuständigkeit an die Zivilgerichtsbarkeit abgibt⁶⁰⁵. Nun bleibt abzuwarten, wie die Zivilgerichtsbarkeit mit diesem Konkretisierungsauftrag umgeht. Letztlich ist aber nicht zu erwarten, dass sie wesentlich von den erarbeiteten Linien der Verwaltungsgerichte abweichen wird. Die Notwendigkeiten eines effektiven Vergaberechtsschutzes „light“ und einer stimmigen Gesamtsystematik des Unter- und Oberschwellenbereichs stellen sich weiterhin, nicht zuletzt in Hinblick auf die Effektivitätsvorgaben des Gemeinschaftsvergaberechts über die direkt anwendbaren Grundfreiheiten⁶⁰⁶.

VI. Rechtsvergleichender Blick nach Frankreich

An dieser Stelle soll wiederum ein Blick auf das französische Vergaberecht und damit auf die Kontrolle in einem objektiven Rechtsschutzsystem erfolgen, um den Anpassungsprozess der französischen Systematik mit dem des deutschen Vergaberechts vergleichen zu können. Ungeachtet gewisser Verdrühtungen der Kontrolle im französischen Verwaltungsrecht während der letzten Jahre bestehen die grundsätzlichen Unterschiede in der Kontrollkonzeption zwischen der Verletzten- und der Interessentenklage fort⁶⁰⁷. Wiederrum geht es nicht darum, die Vorrangstellung des einen Systems über das andere festzustellen, oder die französische Lösung auf das deutsche Recht zu übertragen. Möglicherweise können aber Entwicklungen in Deutschland besser verstanden und Anregungen für den Europäisierungsprozess des deutschen Rechts gewonnen werden.

⁶⁰³ VG Neustadt, Beschluss vom 19.10.2005, 4 L 171505, IBR 2006, 40, VG Meiningen, Beschluss vom 16.01.2007, 2 E 613/06, II. 3 b), bb).

⁶⁰⁴ VG Neustadt, Beschluss vom 19.10.2005, 4 L 171505, IBR 2006, 40.

⁶⁰⁵ BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007, 6 B 10.07, IBR 2007, 385.

⁶⁰⁶ Europäische Kommission, Mitteilung vom 23.06.2006, „*Auslegungsfragen im Unterschwellenbereich*“, 2.3.3.

⁶⁰⁷ J. Schwarze, Gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, 1992, 280.

1. Gestufte Kontrolldichte und prozessuale Anpassungsfähigkeit

Die Frage nach der Kontrolldichte als dem Prüfungskanon des Richters stellt sich im französischen Verwaltungsrecht komplett anders als im deutschen Recht, wo Art. 19 IV GG grundsätzlich eine umfassende Prüfung vorgibt. Im französischen Verwaltungsrecht findet regelmäßig nur eine beschränkte gerichtliche Kontrolle des Verwaltungshandelns statt. Die pauschale Bewertung, die Kontrolldichte sei wesentlich niedriger als in der deutschen Systematik des Art. 19 IV GG, bestimmte lange die rechtsvergleichenden Betrachtungen⁶⁰⁸ – ist aber nur tendenziell richtig. Es gibt durchaus Fälle, in denen die Kontrolldichte sogar höher ausfällt als in Deutschland⁶⁰⁹. Im objektiven Rechtsschutzsystem ergibt sich aus dem Klagerecht für die Begründetheitsprüfung regelmäßig keine materielle Begrenzung. Das Klagerecht ist gerade davon zu trennen, ob ein Anspruch des Einzelnen besteht⁶¹⁰. Gegen Verletzungen von Normen ohne subjektive Schutzfunktion bietet das französische Prozessrecht deshalb einen Schutz, der in der deutschen Individualrechtsschutzsystematik gar nicht denkbar ist. Somit sind die flexiblen Reaktionsmöglichkeiten des Richters und die nach der Sachmaterie gestufte Kontrolldichte mittlerweile charakteristischer als die niedrigere Kontrolldichte⁶¹¹.

Zur Kontrolldichte gibt es wie schon zum Klagerecht eine beinahe unüberschaubare Kasuistik des Conseil d'Etat, die eine flexible Kontrolle im Einzelfall erlaubt und Anpassungen an neue Herausforderungen ermöglicht. Die französische Verwaltungsrechtsdogmatik versucht, diese Bandbreite zu systematisieren. Grundsätzliche Kontrolldichteunterschiede bestehen zwischen den vier klassischen Klagearten⁶¹², von denen der nur gering kontrollierten Anfechtungskonstellation des *contentieux de l'excès de pouvoir* die größte praktische Bedeutung zukommt. Daneben gewinnt die Klageart *de pleine juridiction* zunehmend an Bedeutung, in der die Dichte der Kontrolle regelmäßig höher ausfällt. Außerdem kann zwischen dem subjektiven und objektiven Rechtsschutzverfahren unterschieden werden⁶¹³. Die *contentieux subjectif* ist auf die Wiederherstellung oder Verteidigung eines subjektiven

⁶⁰⁸ J.-M. Woehrling, NVwZ 1999, S. 504.

⁶⁰⁹ J.-M. Woehrling, NVwZ 1999, S. 504 m.w.N.

⁶¹⁰ S. Gerstner, Die Drittschutzdogmatik, 1995, S. 250, 251.

⁶¹¹ D. Bailleul, AJDA 2004, S. 1630, C. D. Classen, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 157, 158.

⁶¹² Klassische Unterscheidung nach E. Laferrière: le *plein contentieux*, le *contentieux de l'excès de pouvoir*, le *contentieux de l'interprétation* et de la *répression*: J.-L. Autin, u. a., *Droit administratif général*, 2005, S. 290, C. Grabenwarter, *Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1997, S. 124, 125.

⁶¹³ Klassische Unterscheidung nach L. Duguit: O. Gohin, *Contentieux administratif*, 2005, S. 176; Die moderne französische Dogmatik versucht verschiedentlich die klassischen Ansätze zu kombinieren. Übersicht bei: O. Gohin, *Contentieux administratif*, 2005, S. 177-179.

Rechts gerichtet und fordert entsprechend eine erhöhte Kontrolldichte ein. Im Regelfall findet jedoch eine geringere Kontrolle der objektiven Rechtmäßigkeit im *contentieux objectif* statt. Die Kontrolldichte ist zudem stark vom Rechtsgebiet und dem konkreten Klagegegenstand und den Klagebegründungen abhängig⁶¹⁴. Pauschal können drei Intensitätsstufen der materiellen Rechtmäßigkeitsprüfung ausgemacht werden von der *contrôle minimum*, einer Evidenzkontrolle offensichtlicher Bewertungsfehler im Bereich des Wirtschaftsrechts und anderer rechtlich und technisch schwer erfassbaren Rechtsbereichen, über die *contrôle normal*, einer Sachverhaltsbeurteilung der Tatbestandsmerkmale der Ermächtigungsgrundlage sowie einer Ermessenskontrolle, bis zur *contrôle maximum*, einer Art Verhältnismäßigkeitskontrolle vorrangig grundrechtsrelevanter Eingriffe wie der Enteignung⁶¹⁵.

Die Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist bis heute historisch bedingt und wesentlich durch das Verhältnis zur Verwaltung geprägt: Das Funktionieren der Verwaltung bestimmt den Kontrollauftrag⁶¹⁶, weshalb die Kontrolle objektiver Handlungsanweisungen im öffentlichen Interesse im Vordergrund steht. Andererseits haben sich die Aufgaben der Verwaltung in den letzten fünfzig Jahren stark verändert. In Anpassung an die sozialen und gesellschaftlichen Herausforderungen reformierte man das Verhältnis der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Verwaltung⁶¹⁷. Das Gesetz vom 08.02.1995 erweiterte die Befugnisse des Richters um Zwangsmaßnahmen zur besseren Durchsetzung der Entscheidungen gegenüber der Verwaltung. Zudem reagierte man auf die veränderten Rahmenbedingungen schon in den 1960er Jahren mit neuen Kontrollinstrumenten⁶¹⁸, die aufgrund ihrer Wandelbarkeit bis heute ihre Bedeutung für die Weiterentwicklung des Verwaltungsprozessrechts beibehalten haben. So ist die Kontrolle im französischen Verwaltungs-

⁶¹⁴ Es wird im *contentieux objectif* zwischen formellen Gründen der *compétence* (Zuständigkeit) und *forme* (Form, Verfahren) und materiellen *objet* (materieller Entscheidungsinhalt/~Rechtsfolge), *motifs* (rechtliche und tatsächliche Voraussetzungen/ Entscheidungsgrundlage) und *but* (Zweck) unterschieden: V. Schlette, Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich, 1991, S. 131 ff. m.w.N., J. Koch, Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich, 1998, S. 164 ff., „Strukturierungsleistung der Klage- und Aufhebungsgründe“: C. Ladenburger, Verfahrensfehlerfolgen, 1999, S. 337.

⁶¹⁵ V. Schlette, Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich, 1991, S. 204, M. Tonne, Effektiver Rechtsschutz durch staatliche Gerichte, 1997, S. 85.

⁶¹⁶ „Leitprinzip“: J. Schwarze, NVwZ 1996, S. 24.

⁶¹⁷ „Une nouvelle vision de la rationalité administrative“: S. Ktistaki, L' évolution du contrôle juridictionnel, 1991, S. 264, 430. Das Gesetz verfügt Befehlsgewalt zur Durchsetzung von Urteilen mit Hilfe der *injonction*. Später folgt das Recht, Zwangsmaßnahmen zu erlassen. Zuvor waren dem Gericht jegliche Maßnahmen mit verpflichtender Wirkung zulasten der Verwaltung verwehrt: J. Koch, Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich, 1998, S. 186 ff., O. Gohin, Contentieux administratif, 2005, S. 316 ff.

⁶¹⁸ J. Schwarze, NVwZ 1996, S. 25, S. Ktistaki, L' évolution du contrôle juridictionnel, 1991, 181, 427.

recht in den letzten Jahren insgesamt deutlich intensiviert worden, insbesondere die Kontrolle grundrechtsrelevanter Eingriffe⁶¹⁹.

Die veränderte Beziehung der Gerichtsbarkeit zur Verwaltung hatte in erster Linie Auswirkungen auf die Kontrolldichte im Bereich des Ermessens, sowohl hinsichtlich der Kontrolle der Ermessensentscheidung als auch hinsichtlich der zugrunde liegenden tatsächlichen Erwägungen. Zur Anhebung des Legalitätsniveaus wurde eine umfassende Begründungspflicht der Verwaltung gegenüber den Gerichten eingeführt, um über das Akteneinsichtsrecht hinaus Transparenz zu gewährleisten und die Überprüfbarkeit der Entscheidungen zu verbessern⁶²⁰. Die Begründungspflicht wird streng gehandhabt, sodass sich die Verwaltung nicht auf stereotype Floskeln zurückziehen kann. Eine nachträgliche Heilung ist ausgeschlossen⁶²¹. Im Zusammenhang mit Ermessensentscheidungen bewertet der Conseil d'Etat zudem die meisten Form- und Verfahrensfehler als beachtlich⁶²². Die Kontrolle des Verfahrens und der Form wird streng und umfassend als *légalité externe* kontrolliert⁶²³. Weiterhin ist das Instrument des *erreur manifeste* eingeführt worden, damit das Verwaltungsgericht die der Verwaltung obliegende Tatsachenwürdigung zumindest auf *offensichtliche* Fehler überprüfen kann⁶²⁴. Für einzelne Sachbereiche zeigt sich in der Rechtsprechung des Conseil d'Etat ein extensives Verständnis der Offensichtlichkeit, um die Tatsachenkontrolle möglichst zu intensivieren⁶²⁵. Der durch die Finalstruktur französischer Gesetze begründete und der Technisierung und Ökonomisierung der Rechtsmaterie geschuldete angestiegene Gestaltungsfreiraum der Verwaltung ist durch das neue Werkzeug der Verwaltungsrichtlinie – *la directive* – aufgefangen worden⁶²⁶. Diese Rahmenvorgaben höherer Behörden konkretisieren das Ermessen, stellen gleichzeitig den Maßstab der Ermessenskontrolle dar und sorgen so für eine

⁶¹⁹ E. Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 197, C. Lerche, in: J. A. Frowein (Hrsg.), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, 1993, S. 35, C. Calliess, in: C. Nowak (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, 2002, S. 100, D. Bailleul, AJDA 2004, S. 1026.

⁶²⁰ J.-C. Hélin, in: J. Schwarze u. a. (Hrsg.), Gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, 1992, S. 66.

⁶²¹ J. Schwarze, NVwZ 1996, S. 25 m.w.N.

⁶²² V. Schlette, Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich, 1991, S. 179, 180.

⁶²³ V. Schlette, Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich, 1991, S. 178.

⁶²⁴ J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht-(I), 1988, S. 275, J.-C. Hélin, in: J. Schwarze u. a. (Hrsg.), Gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, 1992, S. 67.

⁶²⁵ V. Schlette, Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich, 1991, S. 285 ff., 290.

⁶²⁶ C. Lerche, in: J. A. Frowein (Hrsg.), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, 1993, S. 15.

einheitliche Rechtsanwendung⁶²⁷. Dies kommt einer Art Selbstbindung gleich, die eine Einzelfallkontrolle erlaubt und ein starres und strenges Prüfungsraster entbehrlich macht⁶²⁸. Die Theorie der Kosten-Nutzenabwägung – la théorie du bilan coût-avantage – ist die interessanteste, aber auch umstrittenste Neuerung auf dem Gebiet der Kontrolldichte⁶²⁹. Sie wurde durch den Conseil d'Etat ebenfalls entwickelt, um die Ermessenskontrolle der Gerichte zu erweitern und flexible Abwägungen im Einzelfall zu ermöglichen⁶³⁰. Die Verwaltung wird verpflichtet, den Nutzen und die Nachteile einer Verwaltungsmaßnahme für die Betroffenen und die Verwaltung abzuwägen. Diese Abwägung ist von den Gerichten in vollem Umfang kontrollierbar.

2. Kontrollmaßstab im europäisierten Vergaberecht

a) *Europäisch bedingte erweiterte Rechtmäßigkeitskontrolle*

Die Klage des *référé précontractuel* im Vergaberecht stellt einen Spezialfall der Klageart de *pleine juridiction* dar. Näheres bestimmen die prozessualen Vorgaben der Art. 551-1 und 2 CJA. Danach findet eine bereichsspezifische, erweiterte Rechtmäßigkeitskontrolle statt⁶³¹. Für den Oberschwellenbereich stehen dem Richter in L. 551-1 CJA in Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie Befugnisse zur Verfügung, die für die Systematik des französischen Verwaltungsprozessrechts ungewohnt umfangreich ausfallen⁶³². Der Richter kann Untersuchungen anstellen und in ein laufendes Verfahren der Verwaltung eingreifen. Dabei darf er sowohl die verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit als auch die Gründe der Bieterauswahlentscheidung und die Gründe eines Bieterausschlusses kontrollieren⁶³³. Er kann nicht nur das Verfahren aussetzen und dem Auftraggeber Anweisungen erteilen, sondern auch das Verfahren aufheben und einzelne Vertragsklauseln streichen. Das Vergaberecht war auch das erste Rechtsgebiet, in dem im Jahre 1994 die Möglichkeit von

⁶²⁷ J.-C. Hélin, in: J. Schwarze u. a. (Hrsg.), *Gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht*, 1992, S. 68.

⁶²⁸ „Moyen d'autolimitation“: S. Ktistaki, *L' évolution du contrôle juridictionnel*, 1991, S. 184.

⁶²⁹ Zur „*notion caméléon*“: P. Muzny, *La technique de proportionnalité*, 2005.

⁶³⁰ J.-C. Hélin, in: J. Schwarze u. a. (Hrsg.), *Gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht*, 1992, S. 69.

⁶³¹ Vgl. C.E., Urteil vom 06.10.2004, N° 263083, AJDA 2004, 2338, „*Soc. La communication hospitalière*“, C.E., Urteil vom 29.07.1998, N° 177952, Lebon 1098, „*Garde des sceaux*“, D. Chabanol, u. a., *Le régime juridique des marchés publics*, 2005, S. 96, O. Gohin, *Contentieux administratif*, 2005, S. 179.

⁶³² G. Le Chatelier, AJDA N° spécial 1996, S. 99.

⁶³³ C.E., Urteil vom 28.04.2006, N° 286443, AJDA 2006, 905, „*SABTP*“.

Zwangsmaßnahmen gegen die Verwaltung eingeführt wurde⁶³⁴. Die weiten Befugnisse werden mit der besonderen Situation der zeitlich beschränkten Kontrolle während des laufenden Verfahrens gerechtfertigt⁶³⁵.

Bis zum Vertragsschluss findet eine Rechtmäßigkeitskontrolle aller vorvertraglichen, eigenständigen und zurechenbaren Entscheidungen der Vergabestelle⁶³⁶ wie Ausschluss-, Wertungs- oder Aufhebungsentscheidung statt, die sonst regelmäßig nur Gegenstand eines recours en excès de pouvoir sein können⁶³⁷. Trotz dieser erweiterten Rechtmäßigkeitskontrolle eines contentieux de pleine juridiction findet im Vergaberecht kein subjektives Rechtsschutzverfahren statt. Den Vergaberechtsschutz können potenzielle Bieter einklagen, denen gerade keine subjektiven Rechte aus dem Vertrag zustehen⁶³⁸. Die Klageart de pleine juridiction lässt sich nur als Sammelbegriff begreifen, die im Falle umfassender richterlicher Befugnisse gegeben ist, aber sich darüber hinaus einer Systematisierung weitgehend verschließt⁶³⁹. Dafür beschränkt sich die Kontrolle auf Verstöße gegen das Vergaberechtsregime des Code des Marchés Publics. Eine fehlende Kompetenz der Vergabestelle ist durch diese Spezialklageart beispielsweise nicht kontrollierbar⁶⁴⁰.

b) Gestufte Kontrolldichte im Vergaberecht

Die Kontrolldichte zeigt sich stark von den weiten Befugnissen des Richters geprägt. Gleichzeitig bedingt die knappe Entscheidungsfrist von zwanzig Tagen im Schnellgerichtsschutz faktische Grenzen der Kontrolle. Der Richter muss die weiten Befugnisse in Umsetzung der Rechtsschutzrichtlinie nutzen, um die objektive Rechtmäßigkeit des Verfahrens trotz der kurzen Entscheidungsfrist wiederherzustellen. Aus den Gesetzesbegründungen und der Formulierung des Art. 551-1 CJA kann auf eine Art summarische Prüfung geschlossen werden, im Rahmen derer eine Abwägung aller subjektiven und öf-

⁶³⁴ C.E., Urteil vom 07.10.1994, N° 124244, Lebon 430, AJDA 1994, 914, „Époux Lopez“.

⁶³⁵ Es wird von einer „efficacité spécifique du juge“ gesprochen: Conseil d'Etat, rapport public 2002: „Collectivités publiques et concurrence“, S. 291.

⁶³⁶ Es ist Auslegungsfrage, inwieweit der Vergabe vorangehende Akte überprüfbar sind: D. Chabanol, u. a., Le régime juridique des marchés publics, 2005, S. 69, 97, vgl. die Definition der nicht einklagbaren Vorbereitungshandlung: C.E., Urteil vom 15.04.1996, N° 120273, Lebon 130, „Syndicat des hospitaliers“.

⁶³⁷ J. Koch, Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich, 1998, S. 154, C.E., Urteil vom 10.07.1996, N° 138536, AJDA 1996, 732, „Cayzeele“, D. Chabanol, u. a., Le régime juridique des marchés publics, 2005, S. 67 ff., 69.

⁶³⁸ Kapitel 5, § 3. VI. 2. a).

⁶³⁹ J.-L. Autin, u. a., Droit administratif général, 2005, S. 295, J. Koch, Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich, 1998, S. 208, R. Chapus, Droit du contentieux administratif, 2004, S. 173.

⁶⁴⁰ D. Chabanol, u. a., Le régime juridique des marchés publics, 2005, S. 97.

fentlichen Interessen erfolgt⁶⁴¹. In erster Linie wird jedoch die Rechtmäßigkeit des Verfahrens zum Zeitpunkt der Nachprüfung kontrolliert⁶⁴². Die Bewertung von Verfahrensfehlern erfolgt streng⁶⁴³. Es wird zwischen substantiellen und unbeachtlichen Fehlern, die gering oder ohne jede Ergebnisrelevanz sind, unterschieden⁶⁴⁴. Verfahrensfehler sind im Zweifel aber immer substantiell, weil dem Verfahren im Vergaberecht eine eigene Bedeutung zukommt. Jedenfalls zwingt der Verstoß gegen die Bekanntmachungspflichten immer zur Aufhebung des Verfahrens⁶⁴⁵.

Traditionell nimmt der Verwaltungsrichter eigene Sachverhalts- und Tatsachenerhebungen im Rahmen seiner *Rechtskontrolle* nur sehr begrenzt wahr und überlässt diese grundsätzlich der Verwaltung⁶⁴⁶. Auch obliegt dem Kläger im französischen Verwaltungsgerichtsverfahren eine umfassende Beibringungspflicht relevanter Tatsachen⁶⁴⁷. Mittlerweile hat man die Bedeutung der Tatsachenerhebung für die rechtliche Bewertung durch das Gericht erkannt und prüft einen *erreuer manifeste*, um die Ermessenskontrolle zu intensivieren⁶⁴⁸. Das Gericht klärt den Sachverhalt nicht selbst auf, aber stellt bei offensichtlich unzureichender Ermittlung der Tatsachen einen Verstoß fest. In der vergaberechtlichen Spruchpraxis wird ein solcher *erreuer manifeste* zwar geprüft, er wird jedoch regelmäßig *verneint*⁶⁴⁹. Umso interessanter ist

⁶⁴¹ D. Chabanol, u. a., *Le régime juridique des marchés publics*, 2005, S. 100; die Einschätzung von *Ax*, es handele sich um eine *contrôle restreint*, ist zumindest ungenau: T. Ax, u. a., *Rechtsvergleich*, 2006, S. 99.

⁶⁴² C.E., Urteil vom 16.10.2000, N° 212054, „*Cie Med. d'exploitation d'eau*“.

⁶⁴³ Conseil d'Etat, rapport public 2002: „*Collectivités publiques et concurrence*“, S. 284.

⁶⁴⁴ Geringer Fehler durch die unpräzise Veröffentlichung einer nicht zwingenden Information: C.E., Urteil vom 29.07.1998, N° 194412/18, Lebon 1098, „*Synd. mixte des transports*“, Geringer Protokollfehler ohne jede Ergebnisrelevanz: C.E., Urteil vom 16.06.1997, N° 154564, „*Morbihan*“, Geringer Ausfüllfehler ohne Ergebnisrelevanz: „(...) ne pouvant avoir d'influence sur le choix à effectuer entre les candidats“: C.E., Urteil vom 09.07.2003, N° 254196, „*Soc. Scolarest*“.

⁶⁴⁵ CAA Lyon, Urteil vom 19.04.2001, N° 97LY00357, „*Comm. de Sainte-Foy-les-Lyon*“.

⁶⁴⁶ R. Rausch, *Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen*, 1994, S. 117 ff., 123, C. D. Classen, *Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1996, S. 148, E. Riedel, *EuR* 30 (1995), Beiheft 1, S. 64.

⁶⁴⁷ C. Lerche, in: J. A. Frowein (Hrsg.), *Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*, 1993, S. 5.

⁶⁴⁸ J. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*-(I), 1988, S. 275, J.-C. Hélin, in: J. Schwarze u. a. (Hrsg.), *Gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht*, 1992, S. 67, V. Schlette, *Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich*, 1991, S. 264, 285 ff., 290.

⁶⁴⁹ „Sans commettre d'erreuer manifeste d'appréciation“: vgl. aus der Spruchpraxis im Vergaberecht: C.E., Urteil vom 29.12.2006 N° 273783, „*Soc Bertele SNC*“. Dies deckt sich mit den Beobachtungen von Schlette, wonach die Figur des *erreuer manifeste* praktisch keine Bedeutung erlangen konnte, da sie zwar oft geprüft, aber tatsächlich nie bejaht wird: V. Schlette, *Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich*, 1991, S. 264.

eine neuere Entwicklung in der Spruchpraxis des Vergaberechts, wonach sich Untersuchungsrechte des Richters unter Umständen zu einer Untersuchungspflicht von Amts wegen verdichten können. Musste sich der Richter zunächst darauf beschränken, die Rechtmäßigkeit der Entscheidung auf der Grundlage der übermittelten Aktenlage nachzuvollziehen⁶⁵⁰, hat der Conseil d'Etat nun im Rahmen der Kontrolle eines Bieterausschlusses die Berücksichtigung darüber hinausgehender Tatsachen zugelassen, aber betont die Pflicht, gegebenenfalls dann die objektive Richtigkeit der Tatsachen von Amts wegen zu prüfen⁶⁵¹. Eine solche Verdichtung der Kontrolle über die beigebrachten Klagegründe des Antragstellers hinaus kann erst in Einzelfällen beobachtet werden. Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass sich diese Entwicklung in Anbetracht der Verpflichtung zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechtsregimes im indirekten Vollzug weiter fortsetzen wird – mit Folgen für die gesamte Systematik. Den Klagegründen kommt im französischen Verwaltungsprozessrecht eine Strukturierungsleistung zu⁶⁵², die der des subjektiv-öffentlichen Rechts für die Zulässigkeits- und Begründetheitsprüfung der Klage im deutschen Recht nicht unähnlich ist.

Der Feststellungsspielraum unterliegt der Selbstbindung durch Bekanntgabe⁶⁵³. Sind die zulässigen Zuschlags- und Eignungskriterien einmal bekannt gegeben, dürfen sie wie im europäisierten deutschen Vergaberecht um der Transparenz und Gleichbehandlung willen nicht mehr ohne weiteres abgeändert werden und sind bindend⁶⁵⁴. Es darf kein Bieter ausgewählt werden, der nicht alle vorgesehenen Eignungsnachweise beigebracht hat⁶⁵⁵. Die Weite des Gestaltungsspielraums nach der Bekanntgabe hängt ähnlich dem deutschen Recht vom Gegenstand des Auftrags ab. Je mehr es sich um ein Standardprodukt handelt, desto mehr spielt der Preis die ausschlaggebende Rolle in der Gewichtung aller Angebote gemäß Art. 53 II CMP und in der Kontrolle der Bieterauswahlentscheidung⁶⁵⁶. Schon wegen der Komplexität der Sachverhalte und der Offenheit vieler Normen fällt die Kontrolle im Vergaberecht wie im gesamten Wirtschaftsverwaltungsrecht nur zurückhaltend aus⁶⁵⁷. Die Angebotswertung und die Eignungsprüfung der Bieter eröff-

⁶⁵⁰ C.E., Urteil vom 03.03.2004, N° 258602, RMP 2004/2005, 107, „*Cne de Châteaudun*“.

⁶⁵¹ C.E., Urteil vom 06.10.2004, N° 263083, AJDA 2004, 2338, „*Soc. La communication hospitalière*“.

⁶⁵² C. Ladenburger, Verfahrensfehlerfolgen, 1999, S. 337.

⁶⁵³ C.E., Urteil vom 25.01.2006, N° 278115, „*La Coccinelle*“, vgl.nur: EuGH, Urteil vom 24.11.2005, Rs. C-331/04, Sgl. 2005, I-10109, „*ATI EAC Maio Snc*“, Rn. 32.

⁶⁵⁴ C.E., Urteil vom 20.10.2006, N° 287198, „*Comm. d'agglomération Salon-Etang*“.

⁶⁵⁵ C.E., Urteil vom 10.02.1997, N° 169309, AJDA 1997, 714, „*Sté Révillon*“.

⁶⁵⁶ M. Crahès, JCP éd. adm. 2005, S. 1118.

⁶⁵⁷ V. Schlette, Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich, 1991, 263.

nen einen umfangreichen Beurteilungsspielraum, der der Verwaltung weitestgehend überlassen bleibt und einer Kontrolle entzogen ist⁶⁵⁸. Allerdings kommt der Komplementärfunktion der strengen Verfahrenskontrolle eine entscheidende Bedeutung zu⁶⁵⁹. Die Kontrolle der Ermessensentscheidungen wird vorrangig durch eine *prozedurale Rationalitätskontrolle*⁶⁶⁰ gewährleistet, wobei der dokumentierten Entscheidungsbegründung eine zentrale Bedeutung zukommt, weshalb diese detailliert unter Bezugnahme auf die technischen und finanziellen Erwägungen vorgelegt werden muss⁶⁶¹. Kommt die Verwaltung ihrer Begründungspflicht nicht nach, so führt dies regelmäßig zur Aufhebung der Vergaberechtsentscheidung wegen Formmangels⁶⁶².

c) Analyse des Anpassungsdrucks und des Friktionspotenzials

Im Oberschwellenbereich bestehen keine Friktionen mit Blick auf die europäischen Ergebnisvorgaben des Kontrollmaßstabs im indirekten Vollzug. Die effektive Durchsetzung der europäisch bedingten Rechte des Einzelnen ist auch in den erörterten Fallgruppen unproblematisch, weil in der Systematik des objektiven Rechtsschutzsystems kein Rechtswidrigkeitszusammenhang die Kontrolle begrenzt. Die qualifizierte Betroffenheit, die das Klagerecht in seiner Weite bestimmt, schlägt sich nicht begrenzend in der Begründetheitsprüfung nieder. Im Übrigen kann an die im französischen Verwaltungsrecht bekannte Konzeption der gestuften Kontrolldichte angeknüpft werden. Der weite Gestaltungsspielraum im Vergaberecht kann durch eine strenge Kontrolle des Verfahrens ausgeglichen werden.

Im Oberschwellenbereich ist kein Friktionspotenzial gegeben, dennoch hat die europäisierte Funktionalität des Kontrollmaßstabs Auswirkungen auf die Kontrolldichte im Vergaberecht: Im Gegensatz zum nationalen Regelfall des *contentieux d'excès de pouvoir* ist der Richter des gemeinschaftsrechtlich determinierten Schnellgerichtsschutzes nicht auf die vorgebrachten Klagegründe des Antragstellers beschränkt, wenn diese auch um der Beschleuni-

⁶⁵⁸ „Il ne lui appartient pas (le juge de référé) d'examiner l'appréciation portée par l'administration sur les mérites respectifs de chacun des candidats“: C.E., Urteil vom 29.07.1998, N° 194412/18, Lebon 1098, „*Synd. mixte des transports*“.

⁶⁵⁹ R. Rausch, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen, 1994, S. 127.

⁶⁶⁰ Begriff nach Ladenburger: C. Ladenburger, Verfahrensfehlerfolgen, 1999, S. 86.

⁶⁶¹ C.E., Urteil vom 23.10.1992, N° 107107, Lebon 1106, AJDA 1993, 69, „*Bourdiel c. Conseil régional d'Auvergne*“, J.-D. Dreyfus, AJDA 2004, S. 711, 712; allgemein dazu: R. Rausch, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen, 1994, S. 121, J.-F. Flauss, in: J. Schwarze (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 74.

⁶⁶² C.E., Urteil vom 21.01.2004, N° 253509, RMP 2004/05, 91, „*Sté Aquitaine Démolition*“, C.E., Urteil vom 16.10.2000, N° 213958, „*Sté Stereau*“, allgemein dazu: V. Schlette, Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich, 1991, S. 178 ff.

gung willen weiterhin vorrangig geprüft werden⁶⁶³. Die Rechtmäßigkeit eines Bieterausschlusses muss vollumfänglich und objektiv festgestellt werden, um die gemeinschaftsrechtlich eingeforderte Rechtmäßigkeit des Vergaberechtsregimes im nationalen Rechtsschutz in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht kontrollieren und gegebenenfalls wieder herstellen zu können⁶⁶⁴. Die Klagegründe des Parteivortrags, les motifs, verlieren entsprechend an Bedeutung für die Bestimmung des Kontrollgegenstands. Die Kontrolle verdichtet sich. Die weiten Befugnisse des Richters in Umsetzung der Rechtsschutzrichtlinie haben ebenfalls eine Verdichtung der Kontrolle im Oberschwellenbereich bewirkt. Diese Entwicklung bleibt nicht ohne Fernwirkung für die französische Rechtsschutzsystematik. Sie bedeutet eine Herausforderung für die französische Verwaltungsrechtsdogmatik der Klagearten wie auch die Gewaltenteilung und stützt die These von der „Subjektivierung“ der objektiven Rechtsschutzsystematik⁶⁶⁵.

Nachdem die Vorbehalte gegen die weiten Richterbefugnisse im Vergaberecht überwunden worden sind, hat sich der neuartige référé préfectoral gut in die Gesamtsystematik eingepasst. Heute findet im Unterschwellenbereich ebenfalls eine tendenziell erweiterte Rechtmäßigkeitskontrolle in Anlehnung an den Oberschwellenbereich statt⁶⁶⁶. Gemäß Art. 551-2 CJA hat der Richter keine Befugnisse zur Aussetzung und zur Aufhebung des Verfahrens, aber kann Verstöße gegen das Vergaberechtsregime während des laufenden Verfahrens ahnden und den Auftraggeber an seine Verpflichtungen erinnern. Außerdem kann er unter Umständen ein Zwangsgeld festsetzen⁶⁶⁷. Andererseits darf der Auftraggeber im Unterschwellenbereich den Ablauf und die Modalitäten des Verfahrens nach einer ökonomischen und juristischen Einzelfallabwägung unter Berücksichtigung des Auftragsgegenstands und des Auftragswertes weitgehend frei festlegen⁶⁶⁸. Auch muss im Umkehrschluss zu Art. 53 II CMP keine zwingende Gewichtung der Wertungs- und Bieterauswahlkriterien erfolgen. Eine Kontrolle ist damit faktisch nur stark eingeschränkt möglich. In den Augen der Europäischen Kommission geht diese

⁶⁶³ Aufhebung des Verfahrens, obwohl nur die Aussetzung eingeklagt wurde: C.E., Urteil vom 26.10.2006, N° 289234, AJDA 2006, 1983, „Comm. d'Andeville“.

⁶⁶⁴ S. Hul, AJDA 2004, S. 2339, C.E., Urteil vom 29.07.1998, N° 177952, Lebon 1098, „Garde des sceaux“, C.E., Urteil vom 03.03.2004, N° 258602, RMP 2004/2005, 107, „Cne de Châteaudun“, D. Chabanol, u. a., Le régime juridique des marchés publics, 2005, S. 98; für den Richters des excès de pouvoir ist diese erweiterte Kontrollbefugnis neueren Datums: C.E., Urteil vom 06.02.2004, N° 240560, „Hallal“, Urteilsanmerkung: F. Melleray, JCP éd. adm. 2005, S. 1234, 1237; insoweit ist eine folgenreiche Angleichung der Klagearten auszumachen; vgl. dazu unten in Kapitel 6.

⁶⁶⁵ Näher dazu in Kapitel 6, § 3, III. 2. a) und b).

⁶⁶⁶ D. Chabanol, u. a., Le régime juridique des marchés publics, 2005, S. 101.

⁶⁶⁷ D. Chabanol, u. a., Le régime juridique des marchés publics, 2005, S. 101.

⁶⁶⁸ A. Ménéménis, Dr. adm. 2006/03, S. 19 m.w.N., T. Ax, u. a., Rechtsvergleich, 2006, S. 90.

Freiheit der Auftraggeber zu weit; sie eröffne eine zu große Missbrauchsgefahr⁶⁶⁹. Selbst wenn im Unterschwellenbereich nur die europäischen Grundfreiheiten zu beachten sind, muss ein Mindeststandard eines effektiven Rechtsschutzes gewahrt werden⁶⁷⁰. Die Rechtsprechung muss diesen gesetzlichen Freiraum der Verwaltung nun möglichst rasch konkretisieren, um Rechtssicherheit und Europarechtskonformität im Unterschwellenbereich herzustellen.

VII. Vergleich der Europäisierungseffekte und Zwischenbilanz

In beiden nationalen Rechtsordnungen wirkt die Europäisierung auch im Kontrollmaßstab des Referenzgebiets. Wiederum lösen die europäischen Ergebnisvorgaben jedoch unterschiedliche Folgen aus. Die Fallgruppen illustrieren spezifisch nationale Europäisierungseffekte. Teilweise sind diese auch erst potenziell angelegt und werden sich noch entfalten, weil die Europäisierung des Gerichtszugangs im Begründetheitsmaßstab zeitverzögert zum Ausdruck kommt.

Die Analyse des deutschen Vergaberechts zeigt jedoch schon heute, dass die Verarbeitung des erweiterten Gerichtszugangs und die Europarechtsbindung nicht folgenlos für den Kontrollmaßstab bleibt. In der Individualrechtssystematik kann nur im Ausnahmefall auf die Herstellung der objektiven Rechtmäßigkeit im Wege des Amtsermittlungsgrundsatzes zurückgegriffen werden. Regelmäßig ist eine Erweiterung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs notwendig, insbesondere um das bestehende Friktionspotenzial in den Fallgruppen aufzulösen. Der BGH hat für die Fallgruppe des zwingenden Ausschlusses eine systemimmanente Lösung über den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 I GG gefunden, die sich auf die anderen Fallgruppen übertragen lässt. Danach können alle potenziellen Bieter einen Anspruch auf eine gleichberechtigte Behandlung und Anwendung des Verfahrens einklagen und durchsetzen. Erst ein solcher erweiterter Rechtswidrigkeitszusammenhang vermag die „Versubjektivierung von Allgemeininteressen“ im Zuge der Europäisierung des subjektiv-öffentlichen Rechts in die herkömmliche Systematik zu integrieren. So wird der Dualismus von objektiver Rechtmäßigkeitskontrolle und subjektivem Individualrechtsschutz aufrechterhalten.

Der subjektive Kontrollauftrag muss sich jedoch dem Kontrollauftrag der Rechtmäßigkeit des europäisierten Vergaberechtsregimes öffnen. Die Vorga-

⁶⁶⁹ Ip/02/1507, Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 17.10.2002: „Europarechtswidrigkeit des CMP 2001 in elf Punkten“, A. Tessier, Dr. adm. 2004/04, S. 9, Kapitel 3, § 3. II. 5.

⁶⁷⁰ Europäische Kommission, Mitteilung vom 23.06.2006, „Auslegungsfragen im Unterschwellenbereich“, 2.3.3.

ben der Rechtsmittelrichtlinien sind zwar grundsätzlich mit dem Maßstab des Art. 19 IV GG vereinbar. Allerdings müssen der erweiterte Gerichtszugang und die erweiterten rechtlichen Bindungen im System verarbeitet werden mit der Folge einer bedeutenden Mehrbelastung für die Nachprüfungsinstanzen. Die Arbeitsbelastung setzt Anreize für eine teilweise zurückgenommene Kontrolldichte. Die der spezifischen Rechtsmaterie geschuldete Notwendigkeit eines schnellen Kontrollverfahrens verstärkt zusätzlich den Druck auf die Kontrolldichtekonzeption. So verwundert es nicht, dass das Referenzgebiet bereits Tendenzen einer zurückgenommenen Kontrolldichte aufweist. Die Kontrolldichte wird aber nicht durchgängig verringert. Vielmehr wird die Kontrolldichte gestuft, um die Gerichte insgesamt zu entlasten und gleichzeitig die Balance zwischen einem schnellen und effizienten Rechtsschutz zu bewahren.

Das Verfahren, das einer umfassenden Dokumentationspflicht unterliegt, wird anhand der Dokumentation streng kontrolliert. Die Sachverhaltsermittlung und Tatsachenfeststellung durch das Gericht reduziert sich durch die aktive Einbindung der Betroffenen. Außerdem begrenzen Präklusionsregeln den Klagegegenstand und damit den Kontrollumfang frühzeitig. Je komplexer der Vergaberechtsgegenstand und je bestimmender die Prognoseelemente einer Entscheidung, desto weiter stellt sich der Spielraum der Vergabestelle dar, der nur begrenzt kontrolliert wird. Dabei wird jedoch weder hinsichtlich der Terminologie noch der Behandlung zwischen Ermessen und Beurteilungsspielraum nach der herkömmlichen Ermessenslehre differenziert. Konnte die funktionale Vergleichbarkeit der Gestaltungsspielräume bisher nur im Wege rechtsvergleichender Studien ausgemacht werden, bietet die Rechtspraxis im Referenzgebiet erstmals konkretes Anschauungsmaterial. Eine gewisse Vorbildfunktion ist dem Gemeinschaftsrecht und Rechtssystemen anderer Mitgliedstaaten – vor allem dem französischen Prozessrecht – insoweit nicht abzusprechen.

Für die französische Systematik bedeutet die Europäisierung eine Verdichtung der Kontrolle – sowohl der subjektiven als auch der objektiven Rechtmäßigkeit. Zur Wiederherstellung der Rechtmäßigkeit des Vergaberechtsregimes im indirekten Vollzug sind dem Richter des *référé précontractuel* in Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie Befugnisse einer erweiterten Rechtmäßigkeitskontrolle mit verpflichtendem Charakter gegenüber der Verwaltung eingeräumt worden. Die Kontrolle erfährt sogar über die Klagegründe des Klägers hinaus eine tendenzielle Verdichtung. Damit findet eine ungewöhnlich umfassende, wenn auch spezifisch auf das Vergabeverfahren ausgerichtete und zeitlich auf das laufende Verfahren beschränkte Kontrolle statt. Trotz der Besonderheit, die die Spezialklageart des *référé précontractuel* für die verwaltungsprozessuale Landschaft bedeutet, stellt die gemeinschaftsrechtlich eingeforderte Durchsetzung des objektiven Vergabeverfahrens kein Problem für die französische Rechtsschutzsystematik dar. Wieder können

keine parallelen Fallgruppen eines systembedingten Friktionspotenzials ausgemacht werden. Wieder tut sich das objektive Rechtssystem leichter, die gemeinschaftsrechtlichen Ergebnisvorgaben in das System einzupassen. Nichtsdestotrotz hat die europäisierte Funktionalität des Kontrollmaßstabs Folgen für die Systematik. Die These der „Subjektivierung“ sieht sich durch die Entwicklungen im Kontrollmaßstab wiederum bestätigt.

Erneut können Annäherungen zwischen den Modellen festgestellt werden. Die neuartige, gestufte Kontrolldichte im deutschen Vergaberecht in Abhängigkeit der Besonderheiten der Sachmaterie ist an sich ein Charakteristikum der französischen Kontrolldichtekonzeption⁶⁷¹. Während im deutschen Vergaberecht eine teilweise Absenkung der hohen Kontrolldichte festgestellt wird, um die Zusatzbelastung für die Kontrollorgane im Zuge der Europarechtsbindung und des erweiterten Gerichtszugangs aufzufangen, bedeuten die erweiterten Richterbefugnisse im französischen Vergaberecht eine erweiterte Rechtmäßigkeitskontrolle und eine nachhaltige Verdichtung der Kontrolle.

Die Europäisierung des Kontrollmaßstabs beschränkt sich nicht auf den direkt überformten Bereich oberhalb der Schwellenwerte. Der Europäisierung des Kontrollmaßstabs kommt eine systemverändernde – strukturelle – Tiefenwirkung zu. Der französische, und zusehends nun auch der deutsche Unterschwellenbereich, werden in Anlehnung an den Oberschwellenbereich ausgestaltet und unterliegen, wenn auch in abgeschwächter Form, derselben Funktionalität.

§ 5 Systembedeutung des Formstrengekonzepts

In beiden Rechtsschutzmodellen Deutschlands und Frankreichs besteht ein funktionaler Zusammenhang zwischen dem Verwaltungsverfahren und dem Rechtsschutzverfahren⁶⁷². Für das Referenzgebiet gilt dies besonders. Der Verfahrensstandard und die strenge Kontrolle des Verfahrens erhöhen die Effektivität des Rechtsschutzes, wenn die Kontrollierbarkeit der Gestaltungsspielräume dadurch nicht überhaupt erst gewährleistet wird. Gleichzeitig entfaltet das detaillierte Verfahren eine gewisse Gewähr für die „richtige“ Entscheidung. Nachfolgend soll die Bedeutung des Verfahrens als letzter Systembaustein des nationalen, europäisierten Vergaberechts erörtert werden.

⁶⁷¹ J. Schwarze, in: ders. (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 201.

⁶⁷² J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, 2005, S. XLIX.

Die Bedeutung des Konzepts der Formstrenge für das europäisierte Vergaberechtsregime kann gar nicht hoch genug eingeschätzt werden. Dem Verfahren, den Verfahrenspflichten und Verfahrensrechten, kommt eine geradezu strukturierende Bedeutung zu. Andererseits hat die Komplexität und die Unflexibilität des Vergabeverfahrens seit Beginn der Überformung des Referenzgebiets immer wieder Anlass für kritische Diskussionen in beiden Mitgliedstaaten gegeben⁶⁷³. Die europäisch bedingte Formstrenge ist für die schwierige Handhabung wie auch Rechtsanwendungsdefizite, Investitionshemmnisse und Kostensteigerungen verantwortlich gemacht worden⁶⁷⁴. Die Europäische Kommission reagierte schließlich auf die Kritik der „formalen Fesseln“ und verabschiedete im Rahmen des Legislativpakets von 2004 verschiedene Flexibilisierungsinstrumente⁶⁷⁵. Nichtsdestotrotz kommt dem Verfahren weiterhin eine wesentliche Bedeutung im Referenzgebiet zu.

Hinter der ambivalenten Bewertung des Verfahrens im Vergaberecht verbirgt sich ein Grundkonflikt der modernen nationalen Verwaltung. Einerseits wird die Beschleunigung der Verwaltungstätigkeit, die Verschlinkung des Verfahrens und die Entbürokratisierung angemahnt⁶⁷⁶. Andererseits sieht sich die Verwaltung jedoch mit immer neuen und zunehmend komplexen Aufgaben konfrontiert. Der damit einhergehende Verlust verlässlicher materieller Beurteilungskriterien muss über eine erhöhte Verfahrensrichtigkeit wieder ausgeglichen werden. Zudem erfordern die unterschiedlichen und komplexen Sachverhalte Verfahren zur rationalen und effizienten Entscheidungsfindung. Gerade das Vergaberecht weist juristische, ökonomische, soziologische und politische Aspekte auf. Verfahrensvorgaben können damit nicht für Verzögerungen verantwortlich gemacht werden, die in der Verdichtung der Lebensverhältnisse begründet liegen⁶⁷⁷. So gesehen ist eine gewisse Komplexität des Rechtsregimes der Sache nach unumgänglich und kann niemals vollständig beseitigt werden. Zudem kommt dem Gesichtspunkt der subjektiven Rechtswahrung durch und im Verfahren Bedeutung zu, weshalb auch insoweit vor zu viel Vereinfachung gewarnt werden muss⁶⁷⁸.

⁶⁷³ H. Rüßmann, u. a., in: F. Ranieri (Hrsg.), Die Europäisierung der Rechtswissenschaft, 2002, S. 161, V. Lebon, AJDA 2005, S. 1818, T. Beaugé, Le nouveau code des marchés publics, 2004, S. 3.

⁶⁷⁴ J. M. Peyrical, Dr. adm. 2000/04, S. 4, H. Rüßmann, u. a., in: F. Ranieri (Hrsg.), Die Europäisierung der Rechtswissenschaft, 2002, S. 145, F. Marx, in: H. Pünder u. a. (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, 2005, S. 23.

⁶⁷⁵ P. Steinberg, NZBau 2005, S. 85 ff., 92, S. Rechten, NZBau 2004, S. 367, S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2005, S. 22, J. Ruthig, NZBau 2006, S. 138.

⁶⁷⁶ Schlagwort „Bürokratieabbau“: F. Marx, in: H. Pünder u. a. (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, 2005, S. 23 ff.

⁶⁷⁷ So auch: F. Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 2002, Rn. 5.

⁶⁷⁸ J.-M. Pontier, AJDA 2000, S. 195, J.-M. Pontier, AJDA 2005, S. 345.

I. Das Gemeinschaftsrechtskonzept der Formstrenge

Immer mehr europäische Verordnungen und Richtlinien enthalten verfahrensrechtliche Vorgaben für das mitgliedstaatliche Verwaltungshandeln. So sehen die Koordinierungsrichtlinien verschiedene typisierte Vergabeverfahrensarten für die Durchführung der Vergabe vor. Dabei bleibt es nicht. Das Konzept der Formstrenge ist umfassend und bestimmt den indirekten Vollzug entscheidend. Dem Grundsatz der „procedural fairness“, konstitutives Element des englischen Verwaltungsrechts, kommt insoweit eine gewisse Vorbildfunktion zu⁶⁷⁹. Das Gemeinschaftsrecht hat jedoch sein eigenes Modell der Verfahrensgerechtigkeit weiterentwickelt⁶⁸⁰. Danach kommt dem Verfahren als Voraussetzung und Garant einer „richtigen“ Verwaltungsentscheidung eine selbstständige Funktion zu⁶⁸¹, was nicht ohne Folgen für die nationale Bedeutung, die Anwendung des Verfahrens sowie die Rechtmäßigkeitskontrolle im indirekten Vollzug bleibt⁶⁸². Die umfangreichen und detaillierten Form- und Verfahrensvorgaben im Referenzgebiet sind voll kontrollierbar. Verstöße sind bei eingeschränkten Heilungsmöglichkeiten grundsätzlich beachtlich und müssen im nationalen Rechtsschutz beseitigt werden. Zudem obliegen dem Auftraggeber Begründungs- und Dokumentationspflichten⁶⁸³. Der öffentliche Auftraggeber muss „einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit“ sicherstellen⁶⁸⁴.

Diese Pflichten werden durch Verfahrensrechte der Bieter wie dem Recht auf Akteneinsicht ergänzt und verstärkt⁶⁸⁵. Die Verfahrensrechte der Bieter sind sozusagen als Kehrseite der formellen Verpflichtungen des Auftraggebers

⁶⁷⁹ Das materielle Recht ist dem englischen Verwaltungsverfahren untergeordnet, dessen Einhaltung primär Gerechtigkeit gewährleistet. Weiterführend: A. Grosche, Europäisierung des Verwaltungsrechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2004, S. 27 ff.

⁶⁸⁰ Vgl. nur: EuGH, Urteil vom 21.11.1991, Rs. C-269/90, Sgl. 1991, I-5469, „Technische Universität München“, Rn. 14 ff.

⁶⁸¹ D. Ehlers, DVBl 2004, S. 1449, M. Uechtritz, ZfBR 2005, S. 11, R. Wahl, DVBl 2003, S. 1287.

⁶⁸² E. Schmidt-Aßmann, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Festgabe BVerwG, 2003, S. 499 ff., H. Rossen-Stadtfeld, in: W. Hoffmann-Riem u. a. (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 118, 119, 131, F. Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 2002, Rn. 7, 8.

⁶⁸³ Europäische Kommission, Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004, Erwgr. 2, 12, 14, 35, 39, 46 und Art. 2 und Art. 35 ff. zum Transparenzgebot sowie Art. 41 zur Unterrichtung der Bewerber und Bieter; vgl. dazu EuGH, Urteil vom 06.04.1995, Rs. C-310/93, Sgl. 1995, I-865, „BBP Industries PLC“, Rn. 21, EuGH, Urteil vom 15.10.1987, Rs. C-222/86, Sgl. 1987, 04097, „Heylens“, Rn. 15, 16.

⁶⁸⁴ EuGH, Urteil vom 07.12.2000, Rs. C-324/98, Sgl. 2000, I-10745, „Telaustria“, IBR 2001, 216, EuGH, Urteil vom 06.04.2006, Rs. C-410/04, Sgl. 2006, I-03303, „ANAV“, IBR 2006, 461, EuGH, Urteil vom 13.10.2005, Rs. C-458/03, Sgl. 2005, I-08612, „Parking Brixen“, Rn. 49.

⁶⁸⁵ J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, 2005, S. LXXXVI, K. Stoye, Die Entwicklung des europäischen Verwaltungsrechts durch das EuG, 2005, S. 51–73, vgl.: EuG, Urteil vom 17.12.1991, Rs. T-7/89, Sgl. 1991, II-1711, „Hercules Chemicals“, Rn. 54.

Teil des Konzeptes. Der Rechtsschutz ist am effektivsten, wenn der Betroffene ausreichend mit Informationen versorgt wird, beziehungsweise Einsicht in die Akten nehmen kann. Andererseits wird die Verwaltung dadurch gezwungen, transparent zu entscheiden, wodurch sowohl die interne Kontrolle als auch die Kontrolle durch die Gerichte vereinfacht wird. Damit kommt dem Verfahren eine doppelt erzieherische Funktion zu⁶⁸⁶.

II. Verfahren und Form im Oberschwellenbereich

Die Verfahrensvorgaben spielen im Vergaberecht seit jeher eine entscheidende Rolle⁶⁸⁷. Schon das Haushaltsgrundsätzegesetz regelte, wenn auch lange nicht so detailliert, typisierte Vergabeverfahren, um Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu erreichen⁶⁸⁸. Vor der Einführung eines effektiven Rechtsschutzes durch das VgRÄG im Jahre 1999 und der VgV im Jahre 2001 war die praktische Bedeutung des Verfahrens allerdings nur bedingt gewährleistet. Mangels einer Informationspflicht des Auftraggebers über den anstehenden Zuschlag und mangels geeigneter Sanktionsmechanismen der Bieter im Wege subjektiver, einklagbarer Rechte wurden die haushaltsrechtlichen Vorgaben in der Praxis nicht zwingend eingehalten⁶⁸⁹. Das Vergabeverfahren hat erst in der Kombination mit einem effektiven Rechtsschutz seine volle Wirkung entfalten können.

Die formelle Rechtmäßigkeit einer Verwaltungsentscheidung umfasst die Zuständigkeit, das Verfahren und die Form⁶⁹⁰. Auch die Vergabestelle muss sich hinsichtlich wesentlicher Entscheidungen, wie einem Bieterausschluss oder einer Bieterauswahl, an Form und Verfahren halten, selbst wenn diesen Entscheidungen nach der immer noch vorherrschenden Theorie der Einaktigkeit des Verfahrens keine Außenwirksamkeit zukommt⁶⁹¹. Die *Zuständigkeit* der Vergabestelle ist allerdings nicht vorgegeben. Jede Vergabestelle ist frei zu entscheiden, ob sie Bedarf hat und ob sie diesen per Ausschreibung

⁶⁸⁶ H. P. Nehl, in: C. Nowak (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, 2002, S. 153, C. Bamberger, VerwArch. 2002, S. 233, ähnlich: E. Schmidt-Aßmann, DVBl 1997, S. 286.

⁶⁸⁷ Die öffentliche Beschaffung erfolgt seit Mitte des 19. Jahrhunderts im Wege der Ausschreibung: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2001, Vorb. § 97 GWB, Rn. 33–40, J. Byok in: ders. (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2005, Einleitung.

⁶⁸⁸ Insbesondere sieht § 55 I, II BHO eine Ausschreibungspflicht sowie eine Bieterauswahl nach einheitlichen Maßstäben, „nach einheitlichen Richtlinien“, vor.

⁶⁸⁹ Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2001, Vorb. § 97 GWB, Rn. 49.

⁶⁹⁰ H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2004, § 10, Rn. 9 ff.

⁶⁹¹ Kapitel 4, § 2. I. 4.

decken möchte⁶⁹².

Die *Form*, in der die Entscheidung ergeht, wird seit dem In-Kraft-Treten der Vergabeverordnung durch § 13 VgV bestimmt. Die Vergabestelle muss spätestens vierzehn Tage vor dem beabsichtigten Zuschlag alle unterlegenen Bieter schriftlich und begründet über den anstehenden Bieterzuschlag informieren. Zur Sicherstellung dieser Informationspflicht sieht § 13 S. 5 VgV ein Zuschlagsverbot vor, dessen Nichtbeachtung nach § 13 S. 6 VgV mit der Nichtigkeit des Vertrags geahndet wird⁶⁹³.

Das *Verfahren* ist als ein besonderes Entscheidungsverfahren und Handlungsanweisungsrecht ein Verwaltungsverfahren im weiteren Sinne⁶⁹⁴. Es ist im GWB, in der VgV und in den Verdingungsordnungen geregelt. Die §§ 97 I–VII GWB enthalten die wesentlichen Grundsätze des Vergabeverfahrens, wie Gleichbehandlung, Transparenz, Wettbewerb und Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot, die für sämtliche Verfahrenstypen des § 101 GWB sowie das Verhandlungsverfahren und die De-facto-Vergabe gelten⁶⁹⁵. Die Verdingungsordnungen konkretisieren das Verfahren in Umsetzung der europäischen Koordinierungsrichtlinien.

III. Analyse des Anpassungsdrucks und des Friktionspotenzials

In den Paragraphen 3 und 4 ist ein Friktionspotenzial infolge des Formstrengekonzepts des Gemeinschaftsvergaberechts für die am subjektiv-öffentlichen Recht ausgerichtete Individualrechtssystematik deutlich worden⁶⁹⁶. Zur Veranschaulichung sei auf die dort gebildeten Fallgruppen verwiesen. Dahinter verbirgt sich eine systembedingte Divergenz zwischen dem Konzept der Verfahrensgerechtigkeit und dem der „richtigen“ materiellechtlichen Entscheidung, die auf einer unterschiedlichen Wertigkeit des Verfahrens in der europäischen und der deutschen Systematik beruht. Für das Referenzgebiet kann festgestellt werden, dass die Kontrolle der verfahrensrechtlichen Rechtmäßigkeit im Zuge der Europäisierung bereits wesentlich erweitert worden ist – gerade auch in den Fallgruppen der De-facto-Vergabe und der

⁶⁹² „Allein der Auftraggeber entscheidet, was er haben will und wie er es haben will“: VK Ba-Wü, Beschluss vom 17.03.2004, 1 VK 12/04, II. 2.2., OLG Koblenz, Beschluss vom 05.09.2002, 1 Verg 2/02, IBR 2002, 623.

⁶⁹³ Zur strittigen Reichweite der Nichtigkeitsrechtsfolge, insbesondere für De-facto-Vergaben: Kapitel 5 § 2, II. 2. a) aa), *K. Stockmann*, NZBau 2003, S. 595, 596.

⁶⁹⁴ *M. Schmidt-Preuß*, NVwZ 2005, S. 489, *E. Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 2004, S. 305, *J. Ziekow*, u. a., ZfBR 2004, S. 32; Kapitel 3, § 3, I. 3.

⁶⁹⁵ *Ingenstau/Korbion* (Hrsg.), Kommentar VOB A/B, 2004, § 97 GWB, Rn. 2.

⁶⁹⁶ Kapitel 5, § 3 und § 4, jeweils in III. 1.

Aufhebung des Vergabeverfahrens. Mit dem Anstieg der Wertigkeit des Verfahrens ist im Gegenzug das Friktionspotenzial gesunken.

Die Formalisierungstendenzen des BGH der letzten Jahre haben dazu wesentlich beigetragen⁶⁹⁷. Selbst minimal verspätet eingegangene Angebote werden unter Verweis auf die Formstrenge des Verfahrens zwingend von der Wertung ausgeschlossen⁶⁹⁸. Wurde den Vergabestellen zunächst noch im Rahmen des § 25 Nr. 1 I b) VOB/A ein Ermessenspielraum zuerkannt, formal fehlerhafte Angebote gleichwohl zu berücksichtigen⁶⁹⁹, hat der BGH den Spielraum schließlich in Hinblick auf den insoweit eindeutigen Wortlaut und das Gleichbehandlungsgebot des § 97 II GWB verneint⁷⁰⁰. Der Verstoß ist auch regelmäßig nicht heilbar, da das Nachliefern von Angaben, Erklärungen oder Unterlagen gegen das Nachverhandlungsverbot und das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot verstoßen würde. Dem günstigsten Bieter nützt damit der größte Preisvorteil nichts, wenn die Angebotsunterlagen nicht vollständig oder verspätet eingegangen sind. Das Verfahren ordnet sich nicht mehr dem „richtigen“ Ergebnis unter. Dieser formalistischen Sichtweise des BGH haben sich die meisten Vergabekammern und Gerichte angeschlossen⁷⁰¹. Anders verhält es sich mit der Behandlung der sogenannten „Mischkalkulation“⁷⁰², die der BGH ebenfalls unter Verweis auf das Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot zu einem absoluten Ausschlussgrund im Sinne von § 25 Nr. 1 I a), § 21 Nr. 1 I S. 3 VOB/A erklärt hat⁷⁰³. Dagegen hat sich verschiedentlich Widerspruch formiert. Die strengen Vorgaben des BGH zwingen den Auftraggeber dazu, preislich attraktive Angebote aus rein for-

⁶⁹⁷ R. Weyland, Kommentar Vergaberecht, 2006, § 25 VOB/A, Rn. 4331; kritisch zur Abgrenzung der geltenden Formstrenge von bloßer Förmerei bei Ausschlussgründen: OLG Frankfurt, Beschluss vom 20.07.2004, 11 Verg 14/04, III).

⁶⁹⁸ Aus dem SV: Die Angebotsunterlagen der Antragstellerin gingen um 14.24 Uhr ein. Versuche, das Angebot in Hinblick auf den drohenden Zeitablauf noch vor 12.00 Uhr, Ende der Abgabefrist, zu faxen, misslangen: OLG Frankfurt, Beschluss vom 11.05.2004, 11 Verg 8/04, OLGReport Frankfurt 2005, 43, NZBau 2004, 567, vgl. auch: VK Lüneburg, Beschluss vom 24.11.2003, 203-VgK-29/2003.

⁶⁹⁹ R. Weyland, Kommentar Vergaberecht, 2006, § 23 VOB/A, Rn. 4227; § 23 VOB/A ist im Bereich der VOL vergleichbar mit § 23 VOL/A, Rn. 4219.

⁷⁰⁰ BGH, Beschluss vom 18.02.2003, X ZB 43/02, NZBau 2003, 293, „Rohbauarbeiten“.

⁷⁰¹ Vgl. VK Bund, Beschluss vom 07.12.2005, VK 1-146/05, IBR 2006, 166, VK Münster, Beschluss vom 15.10.2004, Az. VK 28/04, II 2. a).

⁷⁰² Unter einer Mischkalkulation (oder Ausgleichskalkulation) versteht man eine Kalkulation, bei der die Verkaufspreise für einzelne Produkte nicht von den Herstellkosten sondern von marktstrategischen Absichten bestimmt werden. So wird versucht, einen Wertungsvorteil gegenüber Konkurrenten zu erlangen durch eine „verdeckte Preisverlagerung“, durch „geteilte“ Preise oder Spekulationen mit unter- und übersetzten Massen.

⁷⁰³ BGH, Beschluss vom 18.05.2004, X ZB 7/04, NZBau 2004, 457, VergabeR 2004, 473, BGH, Urteil vom 07.01.2003, X ZR 50/01, IBR 2003, 264, OLG Jena, Beschluss vom 23.01.2006, Verg 8/05, IBR 2006, 158.

malen Gründen ohne jede Wettbewerbsrelevanz ausscheiden zu lassen⁷⁰⁴. Die Fachgerichte versuchen, dem Verbot der Mischkalkulation sehr enge, fast bis zur Nichtanwendbarkeit führende Grenzen zu setzen⁷⁰⁵. Die Formalisierungsrechtsprechung des BGH erweist sich allerdings als sehr resistent.

Eine neue Baustelle unaufgearbeiteten Friktionspotenzials ergibt sich, weil der unbedingte Geltungsanspruch des europäischen Rechts über den Vertragsschluss hinaus mit den nationalen Bestandsschutzerwägungen abgeschlossener Vergabeverträge kollidiert⁷⁰⁶. Trotz der ausdrücklichen Möglichkeit der Begrenzung des Primärrechtsschutzes auf das laufende Verfahren gemäß Art. 2 VI 2 RechtsmittelRL, wird die Erledigungswirkung des Zuschlags bei qualifizierten Verstößen gegen umgesetztes Gemeinschaftsvergaberecht aktuell massiv in Frage gestellt⁷⁰⁷. Der EuGH behält sich seit jeher vor, in geschlossene, aber nicht erfüllte Verträge einzugreifen⁷⁰⁸. In einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich im Jahre 1999 brachte die Generalanwaltschaft erstmals eine Rückabwicklungspflicht ins Gespräch, um gemeinschaftsrechtswidrig zustande gekommene Verträge aufzulösen⁷⁰⁹. Nun entschied der EuGH in einer stattgegebenen Klage gegen Deutschland, dass ein vergaberechtswidrig geschlossener Vertrag einen „andauernden Verstoß“ darstellt und bestätigte, dass eine Kündigung im Interesse der Verwirklichung des Binnenmarkts im Einzelfall durchaus geboten sein kann⁷¹⁰. Art. 2 VI S. 2 RechtsschutzRL schütze nur ein berechtigtes Vertrauen – ein Vertrauen in den Bestand eines rechtmäßig zustande gekommenen Vertrags⁷¹¹. Die europäische Generalanwaltschaft hat noch einmal betont, dass vergaberechtswidrige Verträge nach europäischem Recht keinen zwingenden Bestandsschutz

⁷⁰⁴ H. Dähne, IBR 2006, S. 183, C. Asam, IBR 2003, S. 430.

⁷⁰⁵ Statt vieler: OLG Rostock, Beschluss vom 08.03.2006, 17 Verg 16/05, IBR 2006, 217, zwingender Ausschluss wegen fehlender aber wettbewerblich unerheblicher Typenangaben unter ausdrücklichem Verweis auf die Rspr. des BGH: VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 12.05.2005, VK 17/05, IBR 2006, 1021.

⁷⁰⁶ Das Vergaberecht ist nicht allein mit diesem Friktionspotenzial; allgemein zum europäisch bedingten Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und Effektivität: M. Kment, EuR 41 (2006), S. 221.

⁷⁰⁷ U. Stelkens, NZBau 2003, S. 654, 655, Generalanwalt Trstenjak, Schlussanträge vom 28.03.2007, Rs. C-503/04, n. veröffentl., „Bockhorn und Braunschweig-II“, Rn. 73 ff.

⁷⁰⁸ EuGH, Urteil vom 22.09.1988, Rs. 45/87, Slg. 1987, 1376, „Dundalk“, Rn. 6, EuGH, Urteil vom 22.04.1994, Rs. C-87/94, Sgl. 1994, I-1395, „Kommission/Belgien“, Rn. 34

⁷⁰⁹ Generalanwalt Alber, Schlussanträge vom 19.01.1999, Rs. C-328/96, Sgl. 1999, I-7479, Rn. 70 ff.

⁷¹⁰ EuGH, Urteil vom 09.09.2004, Rs. C-125/03, NZBau 2004, S. 563, „Lüdinghausen“, Rn. 36 ff.; fortgeführt durch: EuGH, Urteil vom 18.07.2007, Rs. C-503/049, „Bockhorn und Braunschweig-II“.

⁷¹¹ Zu dieser Grenze des schutzwürdigen Vertrauens schon: M. Schenk, Das neue Vergaberecht 2001, S. 104–106.

genießen, auch nicht nach der nationalen Regelung „pacta sunt servanda“⁷¹².

IV. Europäisierungseffekte

1. Europäisierte Funktion von Verfahren und Form

Im Referenzgebiet kann ein signifikanter Bedeutungszuwachs des Verfahrens festgestellt werden, der durch die erweiterte Einklagbarkeit und die strenge Kontrolldichte des Verfahrens im nationalen Rechtsschutz gewährleistet und erhöht wird. Das europäisierte Formkonzept steht in einem komplexen, dynamischen und nicht zuletzt funktionalen Zusammenhang zur Europäisierung des nationalen Rechtsschutzsystems. Erst das Konzept der Formstrenge ermöglicht die sogenannte Komplementärfunktion des Verfahrens für einen effektiven Rechtsschutz und die erörterten Abstufungen der Kontrolldichte. So kommt auch dem Verfahren eine eigene Funktionalität zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts im indirekten Vollzug zu.

Wiederum zeigt sich eine gewisse systembedingte Divergenz zwischen der Funktion der Formstrenge und der traditionellen deutschen „dienenden“ Funktion des Verfahrens⁷¹³. Insofern sind Anpassungen notwendig. Doch kann hier auf ein erhebliches Konvergenzpotenzial zurückgegriffen werden⁷¹⁴. Die prozedurale Richtigkeitsgewähr und die Komplementärfunktion des Verfahrens sind in der nationalen Verwaltungsrechtsdogmatik bekannt⁷¹⁵. Die Bedeutung von Verfahren und Form wird seit den 1970er Jahren im Zusammenhang mit der Überforderung der Gerichte immer wieder diskutiert⁷¹⁶. Europa hat diesem Thema nur eine aktuelle Bedeutung verliehen.

Die neue Funktionalität des Verfahrens musste sich im Vergaberecht jedoch erst durchsetzen. Die Formstrenge wurde zunächst durch Bieter und Auftraggeber gleichermaßen negativ bewertet und als Kostenfaktor und Investitionshemmnis abgelehnt⁷¹⁷. So provozierte die Formstrenge anfangs mehr die Umgehung des Rechtsregimes, als die Rechtsdurchsetzung des materiellen

⁷¹² Generalanwalt Trstenjak, Schlussanträge vom 28.03.2007, Rs. C-503/04, n. veröffentl., „*Bockhorn und Braunschweig-II*“, Rn. 73 ff.

⁷¹³ So auch: *F. Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 2002, Rn. 8, *H. P. Nehl*, in: C. Nowak (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, 2002, S. 135 ff., 138.

⁷¹⁴ So auch: *R. Wahl*, in: H. Hill u. a. (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht, 2004, S. 365.

⁷¹⁵ *C. Ladenburger*, Verfahrensfehlerfolgen, 1999, S.1, *E. Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 2004, Rn. 6, 149, *R. Wahl*, DVBl 2003, S. 1286.

⁷¹⁶ *J. Schwarze*, Der funktionale Zusammenhang, 1974, S. 38.

⁷¹⁷ *I. Seidel*, EuR 25 (1990), S. 171.

Rechts als notwendiges Gerüst zu gewährleisten. Die immer noch bestehende Reformbedürftigkeit der komplexen Kaskaden- und Schubladenkonstruktion im deutschen Vergaberecht erschwert die Akzeptanzfindung. Zunehmend wird Verfahren jedoch als sinnvoll und notwendig angesehen, um das materielle Recht zu verwirklichen und eine „richtige“ Entscheidung zu treffen⁷¹⁸. Die Rechtsprechung zum Vergaberecht hat die Terminologie der „Formstrenge“ aufgegriffen⁷¹⁹. So ist das Vergaberecht mittlerweile ein plastisches Beispiel dafür, wie in Umsetzung europäischer Richtlinien ein modernes Recht detaillierter Form- und Verfahrensvorgaben mit Steuerungsfunktion gelingen kann. Die positiven Erfahrungen in der Praxis des Oberschwellenbereichs haben dazu sicherlich entscheidend beigetragen. Seit dem Inkrafttreten des VgRÄG konnte in diesem politisch hochsensiblen Bereich mithilfe des Verfahrens das Maß an Transparenz wesentlich erhöht werden⁷²⁰. In der Praxis hat sich auch gezeigt, dass die vehement geforderte Flexibilität zwei Seiten und ihre Grenzen hat. Flexibilität im Wege der neuartigen Instrumentarien wie dem wettbewerblichen Dialog für komplexe Aufträge und zulässiger Nebenangebote bedeutet zunächst einmal zusätzlichen Prüfungsaufwand – und kostet Zeit und Geld⁷²¹.

2. Bedeutung der Verfahrensrechte

Den Verfahrensrechten wie dem Recht auf Akteneinsicht und auf rechtliches Gehör kommt eine wichtige Bedeutung zu, die Waffengleichheit zwischen Bietern und der Vergabestelle zu gewährleisten. Das Recht auf Akteneinsicht sichert die Einhaltung der Dokumentationspflicht des Verfahrens ab und kann die Durchsetzung des Transparenzgebotes und letztlich die Effektivität des Rechtsschutzes verbessern⁷²². Ohne das flankierende Recht auf Aktenein-

⁷¹⁸ S. Mertens, IBR 2006, S. 42, W. Hoffmann-Riem, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 354, M. Schmidt-Preuß, NVwZ 2005, S. 489.

⁷¹⁹ VK Lüneburg, Beschluss vom 03.12.2004, 203-VgK-52/2004, II, 2., OLG Frankfurt, Beschluss vom 20.07.2004, 11 Verg 14/04, III., OLG Frankfurt, Beschluss vom 11.05.2004, 11 Verg 8/04, OLGReport Frankfurt 2005, 43, NZBau 2004, 567, VK Lüneburg, Beschluss vom 24.11.2003, 203-VgK-29/2003, OLG Brandenburg, Beschluß vom 11.12.2001, Verg W 6/01, NZBau 2002, 624.

⁷²⁰ H. Franke, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „Evaluierung des VgRÄG“, Bt-Drs.15/2034, S. 6, 46.

⁷²¹ Vgl die Erfahrungen in der Praxis im Modellprojekt „Flexibilisierung des Vergabeverfahrens“ in NRW: DSTGB, Newsletter „Vergabe“, 04/2006, J. Ziekow, u. a., Flexibilisierung des Vergabeverfahrens?, 2007.

⁷²² H. Franke, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „Evaluierung des VgRÄG“, Bt-Drs.15/2034, S. 8, 17 B. Diüsterdiek, NZBau 2004, S. 606; Vor der Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie bestand kein Recht auf Akteneinsicht. § 29 I S. 1 VwVfG war nicht anwendbar mit der Begründung des

sicht wäre das subjektive Recht auf Einhaltung des Vergabeverfahrens wenig wert, weil die Antragsteller die internen Vorgänge innerhalb der Vergabestelle nicht überprüfen könnten und auf die regelmäßig sehr knappen Begründungen der Vergabestelle angewiesen wären. Oft ermöglicht erst das Akteneinsichtsrecht, das Klagebegehren ausreichend zu substantiieren. Zutreffend wird die Einführung des Akteneinsichtsrechts durch das VgRÄG daher als „Meilenstein“ der Entwicklung des Vergaberechtsschutzes bezeichnet⁷²³.

Je bedeutender das Akteneinsichtsrecht für den Rechtsschutzstandard ist, desto entscheidender ist dessen Umfang. Dieser war und ist oft Gegenstand von Nachprüfungsverfahren. Das Akteneinsichtsrecht besteht nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur nur so weit, wie dies zur Durchsetzung der subjektiven Rechte erforderlich ist und wird auf den Gegenstand des Beschwerdeverfahrens begrenzt⁷²⁴. Damit besteht es zugunsten der Beteiligten im Sinne des § 109 S. 1 GWB – den Antragstellern und den Unternehmen, deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden könnten⁷²⁵. Diese nutzen ihr Recht intensiv, was regelmäßig zu Situationen konkurrierenden Interessenlagen führt. Einerseits provozieren zu knappe Begründungen der Vergaberechtsentscheidungen Anträge auf Akteneinsicht geradezu. Andererseits ist das Akteneinsichtsrecht missbrauchsgefährdet. Unternehmen nutzen die Akteneinsicht teilweise nur, um aus den Vergabeunterlagen Informationen über Mitbewerber in Erfahrung zu bringen⁷²⁶. Die Gefahr ist real, weil der Geheimnisschutz schlecht umgesetzt ist. Vergabestellen schwärzen nicht oder unzureichend. Auch ist die Offenbarung von Details bei komplexen Projekten bisweilen unvermeidbar. Deshalb

handele es sich bei dem fiskalisches Handeln der Vergabestelle um kein Verfahren nach § 9 VwVfG: *T. Ax*, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 1997, S. 28.

⁷²³ *J. Gröning*, NZBau 2000, S. 366.

⁷²⁴ „Der unterlegene Bieter muss aufgrund der ihm gewährten Akteneinsicht die Entscheidung der Vergabestelle nachvollziehen können“: OLG Jena, Beschluss vom 26.10.1999, 6 Verg 3/99, IBR 2000, 58, OLG Jena, Beschluss vom 12.12.2001, 6 Verg 5/01, NZBau 2002, 294, OLG Jena, Beschluss vom 16.12.2002, 6 Verg 10/02, IBR 2003, 158, VK Bund, Beschluss vom 07.12.2005, VK 1-146/05, IBR 2006, 166, *R. Weyand*, Kommentar Vergaberecht, 2006, § 111 GWB, Rn. 1281, § 109 GWB, Rn. 1229, BayObLG, Beschluß vom 19.12.2000, Verg 7/00, NZBau 2002, 294.

⁷²⁵ Im Referenzgebiet stellt die Verknüpfung zwischen subjektivem einklagbarem Recht und Akteneinsichtsrecht kein Problem dar. An anderer Stelle tritt hier jedoch ein offener Widerspruch zu Tage. Beispielsweise wird im Bereich der UVP-Richtlinie von Seiten Europas ein *Jedermann-Akteneinsichtsrecht* eingefordert, das mit der Abhängigkeit von subjektiven Klagerechten im deutschen Recht kollidiert: *S. Roll*, Zugang zu Umweltinformationen und Freedom of Information, 2003, S. 13, 23. Zur Ausweitung des Akteneinsichtsrechts durch das Informationsfreiheitsgesetz: *H. Schmitz*, in: *H. Hill u. a.* (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, 2004, S. 39; kritisch hinsichtlich der dogmatischen Folgen: *M. Ibler*, in: FS Brohm, 2002, S. 408 ff., *A. Epiney*, NVwZ 1999, S. 489.

⁷²⁶ *J. Gröning*, NZBau 2000, S. 367 ff., *H. Franke*, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „Evaluation der VgRÄG“, Bt-Drs.15/2034, S. 30

schränkt § 111 II GWB den Grundsatz des ersten Absatzes dahingehend ein, dass die Vergabekammer das grundsätzliche Recht auf Akteneinsicht aus wichtigem Grund wie dem Interesse des Geheimnisschutzes versagen kann⁷²⁷. Die Rechtsprechung zeigt sich allerdings heterogen hinsichtlich der Gewichtung des Geheimhaltungsinteresses⁷²⁸. Bisweilen entsteht sogar der Eindruck eines umgekehrten Regel-Ausnahme-Verhältnisses, wenn entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut des § 111 I GWB die Angebote der Bieter „grundsätzlich der Geheimhaltung unterliegen und auch im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens bei der Akteneinsicht *in der Regel* gemäß § 111 I GWB nicht offen gelegt werden“⁷²⁹. Die Mehrzahl der Kontrollorgane räumt dem Akteneinsichtsrecht allerdings eine stärkere Position ein. Sie fordern eine ausführliche und nachvollziehbare Begründung der Geheimhaltungsbe-
lange, um eine umfassende Abwägung der konkurrierenden Interessen vornehmen zu können⁷³⁰. Im Ergebnis ist ein Bedeutungszuwachs des Akteneinsichtsrechts erkennbar, selbst wenn sich dieser in der Fachgerichtsbarkeit noch nicht durchgängig widerspiegelt⁷³¹. Mit diesen erweiterten Verfahrensrechten kommt ein neuer aktiver Aspekt des europäisch bedingten Rechts des Einzelnen zum Tragen – als Teil der „neuen“ Öffentlichkeit in Europa⁷³². Es kann durchaus von einer *Mobilisierung individueller Verfahrensrechte* gesprochen werden in Anlehnung an die *Mobilisierung der Klagerechte* im indirekten Vollzug⁷³³.

3. Die „neue“ Wertigkeit des Verfahrens

Mit der neuen Funktionalität des Verfahrens geht eine veränderte Wertigkeit des Verfahrens einher. Die Divergenzen zwischen der europäischen und der deutschen materiell-rechtlichen Funktion des Verfahrens schlagen sich vor allem in der Behandlung der Verfahrensfehler, in der Heilung und in der

⁷²⁷ B. Düsterdiek, NZBau 2004, S. 606, 607, R. Weyand, Kommentar Vergaberecht, 2006, § 111 GWB, Rn. 1280.

⁷²⁸ H. Franke, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „*Evaluierung des VgRÄG*“, Bt-Drs.15/2034, S. 60.

⁷²⁹ VK Münster, Beschluss vom 05.04.2006, VK 5/06, Lts. 1.

⁷³⁰ OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.02.2002, 11 Verg 3/01, VergabeR 2002, 389, OLG Celle, Beschluss vom 10.09.2001, 13 Verg 12/01, VergabeR 2002, 82.

⁷³¹ H. Franke, Abschlussbericht vom 16.04.2003, „*Evaluierung des VgRÄG*“, Bt-Drs.15/2034, S. 8, 32.

⁷³² Zur *Teilhabe*dimension der Auskunfts- und Akteneinsichtsrechte als Entwicklungsanstoß des Gemeinschaftsrechts: D. Kugelmann, Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers, 2001, S. 152 ff.

⁷³³ In diesem Sinne auch: F. Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 2002, Rn. 7.

Fehlerfolgenlehre nieder⁷³⁴. Eine detaillierte Kontrolle des Verfahrens ist dem deutschen Recht nicht fremd. Allerdings wird die Bedeutung des Verfahrens durch die Behandlung von Verfahrensfehlern vor dem Hintergrund der „dienenden“ Funktion und um der Beschleunigung des Verfahrens willen wieder stark relativiert. Das deutsche Verwaltungsrecht kennt ausgeprägte Heilungsvorschriften und lässt auch die Heilung schwerwiegender Verfahrensfehler durch Nachholung oder Neuvernahme zu. Zwar kann die intensivere materielle Kontrolle des deutschen Individualrechtsschutzes das geringere Gewicht der Verfahrensfehler zu einem gewissen Umfang ausgleichen⁷³⁵. Sobald aber das Gemeinschaftsrecht vorrangig auf das Verfahren setzt, sind Friktionen unvermeidbar, auf die mit Modifikationen und Anpassungen vor allem der Fehlerfolgenlehre reagiert werden muss⁷³⁶.

a) Relativierte Fehlerfolgenlehre

Mit der Einführung eines subjektiven Rechtsschutzes zur Durchsetzung eines rechtmäßigen Vergabeverfahrens und dem Einzug des gemeinschaftsrechtlichen Konzepts der Formstrenge hat sich die Behandlung der Verfahrensverstöße verändert. Das Rechtsgebiet hat einen eigenen Weg der Relativierung der Fehlerfolgenlehre gefunden. Dem Beschleunigungsgrundsatz kommt im Vergaberecht gemäß §§ 110 I S. 2, 113 GWB zwar ein hoher Stellenwert zu, was grundsätzlich für weite Heilungsmöglichkeiten und eine extensive Fehlerfolgenlehre spricht⁷³⁷. Tatsächlich ist eine Heilung aber kaum möglich, und die Verfahrensfehler sind wegen der europäisch bedingten Funktion des Verfahrens grundsätzlich beachtlich⁷³⁸ – wie Verstöße gegen die Bekanntmachungspflicht als zwingende Voraussetzung des Wettbewerbs⁷³⁹. Die Verletzung der Dokumentationspflicht stellt ebenfalls einen substantziellen Verfahrensfehler dar⁷⁴⁰, denn der umfassenden und zeitnahen Dokumentation des

⁷³⁴ R. Wahl, in: H. Hill u. a. (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, 2004, S. 372, H. P. Nehl, in: C. Nowak (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, 2002, S. 143.

⁷³⁵ R. Wahl, DVBI 2003, S. 1287.

⁷³⁶ R. Wahl, DVBI 2003, S. 1287, M. Kment, EuR 41 (2006), S. 203 ff., 210, C. D. Classen, NJW 1995, S. 2459, F. Schoch, NVwZ 1999, S. 466, 467, F. Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 2002, Rn. 584.

⁷³⁷ Zu den Heilungsmöglichkeiten eines Verstoßes gegen das Neutralitätsgebot des § 16 VgV: VK Lüneburg, Beschluss vom 14.06.2005, VgK-22/2005, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2001, Vorb. § 97 GWB, 197.

⁷³⁸ Unanwendbarkeit des Einwandes des „vergaberechtmäßigen Alternativverhaltens“: OLG Brandenburg, Beschluß vom 11.12.2001, Verg W 6/01, NZBau 2002, 624

⁷³⁹ G. Gruber, u. a., Europäisches Vergaberecht, 2005, S. 333, EuGH, Urteil vom 05.10.2000, Rs. C-16/98, Sgl. 2000, I-08315, „Kommission/Frankreich“, Rn. 103 ff.

⁷⁴⁰ VK Lüneburg, Beschluss vom 11.01.2005, 203-VgK-55/2004, IBR 2005, 279, II. 2., VgV Südbayern, Beschluss vom 25.06.2003, 16-0403, II a), T. Hänsel, IBR 2005, S. 1242.

Verfahrens gemäß § 30 Nr. 1 VOB/A⁷⁴¹ kommt eine besondere Bedeutung für dessen Kontrolle zu⁷⁴². Eine Heilung durch nachträgliche Dokumentation ist deshalb ausgeschlossen⁷⁴³. Die Dokumentation muss gerade zeitnah erfolgen. Dafür beschränken sich die Nachprüfungsorgane möglichst darauf, die Vergabestelle im Falle einer begründeten Klage zur (teilweisen) Wiederholung des Verfahrens zu verpflichten. Nur wenn eine Wiederholung wegen der Besonderheit des Verstoßes oder wegen des vorangeschrittenen Stadiums des Verfahrens nicht möglich ist, wird als „ultima ratio“ das gesamte Verfahren aufgehoben oder der Bieter ausgeschlossen⁷⁴⁴. So kommt dem Kontrollverfahren regelmäßig die Funktion einer *Heilungsebene* zu, die Rechtmäßigkeit des Verfahrens wieder herzustellen und damit zu heilen. Es wird sogar explizit von „Heilung“ gesprochen⁷⁴⁵.

Entgegen manchen Befürchtungen bewirkt nicht jeder Verstoß die Begründetheit der Klage. Die relativierte Fehlerfolgenlehre orientiert sich erkennbar an den Kriterien der *Wesentlichkeit* und der *Ergebnisrelevanz*⁷⁴⁶. Beispielsweise muss sich der Dokumentationsfehler im materiellen Ergebnis zu Lasten des Antragstellers auswirken⁷⁴⁷. Nur im Zusammenhang mit der Wertung der Angebote ist nach neuerer Ansicht jeder Dokumentationsfehler erheblich und

⁷⁴¹ § 30 VOB/A ist insoweit mit den Parallelvorschriften § 18 VOF und § 30 VOL/A. vergleichbar: R. Weyland, Kommentar Vergaberecht, 2006, § 30 VOB/A, Rn. 4841.

⁷⁴² OLG Jena, Beschluss vom 26.06.2006, 9 Verg 2/06, IBR 2006, 517, VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 04.05.2005, VK 20/05, IBR 2005, 1242, VK Sachsen, Beschluss vom 28.12.2005, 1/SVK/147-05II. 2. (b), VK Arnberg, Beschluss vom 08.08.2006, VK 21/06, VK Nordbayern, Beschluss vom 23.05.2006, 21.VK-3194-16/06, IBR 2006, 583, R. Weyland, Kommentar Vergaberecht, 2006, § 97 GWB, Rn. 110 ff. und § 30 VOB/A, Rn. 4843, 4849 ff.

⁷⁴³ OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.03.2004, VII-Verg 1/04, IBR 2004, 579, VK Saarland, Beschluss vom 23.01.2006, 1 VK 06/2005, IBR 2006, 1502, VK Bund, Beschluss vom 26.10.2004, VK 1-177/04, II. 2, M. Toussaint, IBR 2006, S. 1459.

⁷⁴⁴ OLG Koblenz, Beschluss vom 05.09.2002, 1 Verg 2/02, IBR 2002, 623, OLG Schleswig, Beschluss vom 30.06.2005, 6 Verg 5/05, VK Hamburg, Beschluss vom 22.03.2007, VK BSU-1/07, II. 4.

⁷⁴⁵ „Heilung“ eines Verstoßes gegen § 16 VgV, indem die Entscheidung (...) nochmals erfolgt: VK Lüneburg, Beschluss vom 14.06.2005, VgK-22/2005, II, 1.a), VK Sachsen, Beschluss vom 23.12.2004, 1/SVK/129-04, Lts. 1, 2 g).

⁷⁴⁶ Vgl. unwesentlicher Mangel des Absageschreibens: VK Sachsen, Beschluss vom 23.12.2004, 1/SVK/129-04, Lts. 1, 2 g), unwesentlicher Verstoß gegen die Vorabinformationspflicht des § 13 VgV: VK Sachsen, Beschluß vom 27.01.2003, 1/SVK/123-02, NJOZ 2003, 3516, 3518.

⁷⁴⁷ „Keine Ursächlichkeit zwischen dem Vergaberechtsverstoß und einem drohenden Schaden der Ast. in Form der Nichterteilung des Auftrags“: BayObLG, Beschluß vom 20.08.2001, Verg 9/01, NZBau 2002, 348, 350, VK Arnberg, Beschluss vom 08.08.2006, VK 21/06, VK Düsseldorf, Beschluss vom 16.02.2006, VK-02/2006-L, VK Leipzig, Beschluß vom 08.01.2002, 1/SVK/132/01, NJOZ 2002, 2115, OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.06.2003, 11 Verg 2/03, IBR 2003, 1099, II. 3., bejaht aber die Rechtserheblichkeit: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.03.2004, Verg 1/04, IBR 2004, 579.

führt immer zur Wiederholung des Verfahrens⁷⁴⁸. Allerdings erschweren die Komplexität des Vergabeverfahrens und der Gestaltungsspielraum der Vergabestelle die Vermutung der Nonkausalität zwischen dem materiellen Ergebnis und dem Verfahrensverstoß grundsätzlich. So hat die Differenzierung zwischen der formellen und der materiellen Rechtmäßigkeit im Vergaberecht bereits an Bedeutung verloren⁷⁴⁹. Dieser Trend wird sich verstärken, in dem Moment, in dem sich die Einklagbarkeit und Kontrolle des Verfahrens im Europäisierungsprozess weiter etablieren wird.

b) Flexibilisierung der Bestandsschutzerwägungen

Auf einer übergeordneten Ebene ist die Fehlerfolgenlehre Ausdruck von Bestandsschutzerwägungen, die das Verwaltungsverfahren strukturieren und dem Gedanken der Rechtssicherheit Rechnung tragen⁷⁵⁰. Gerade im Vergaberecht besteht Bedarf nach Planungssicherheit vor Beginn der Ausführung des Vergabevertrags, weshalb ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 114 II S. 2 GWB nur bis zur Zuschlagserteilung zulässig ist. Der Zuschlag kann nicht mehr aufgehoben werden, außer die Nichtigkeit des Vergabevertrags gemäß § 13 S. 6 VgV wird festgestellt.

Dem Gemeinschaftsrecht sind Bestandsschutzerwägungen nicht unbekannt⁷⁵¹. Der EuGH hat in der Rechtssache „Santex“ die Bedeutung der Rechtssicherheit für das Vergaberecht hervorgehoben⁷⁵². Nichtsdestotrotz verschärft sich im Referenzgebiet aktuell ein Friktionspotenzial, das auf Divergenzen zwischen nationalen Bestandsschutzerwägungen und dem Geltungsanspruch des europäischen Rechts über den Vertragsabschluss hinaus beruht. Die Bestandsschutzerwägungen müssen im Vergaberecht nicht generell aufgegeben werden. Allerdings sind sie im Zuge der Europäisierung zu flexibilisieren. Die Kündigung eines – wenn auch vergaberechtswidrig – zustandekommenen Vertrags birgt für den öffentlichen Auftraggeber das Risiko hoher Schadensersatzforderungen. Weigert sich der öffentliche Auf-

⁷⁴⁸ VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 04.05.2005, VK 20/05, IBR 2005, 1242, unter Verweis darauf: VK Saarland, Beschluss vom 23.01.2006, 1 VK 06/2005, IBR 2006, 1502, VK Südbayern, Beschluss vom 25.06.2003, 16-0403, II a), OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.03.2004, VII-Verg 1/04, IBR 2004, 579.

⁷⁴⁹ So schon: J. Schwarze, EuZW 2000, S. 141, 142.

⁷⁵⁰ E. Schmidt-Aßmann, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Festgabe BVerwG, 2003, S. 490.

⁷⁵¹ E. Schmidt-Aßmann, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Festgabe BVerwG, 2003, S. 490, 492 m.w.N.

⁷⁵² Die Begrenzbarkeit des Rechtsschutzes durch Präklusionsregelungen ist grundsätzlich möglich. EuGH, Urteil vom 27.02.2003, Rs. C 327/00, Sgl. 2003, I-01877, „Santex“, Rn. 52.

traggeber jedoch, den „andauernden Vergaberechtsverstoß“⁷⁵³ abzustellen, kann die Europäische Kommission finanzielle Sanktionen in Millionenhöhe gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen der Verletzung des europäischen Vergaberechts verhängen. Von offizieller Seite des federführenden Ministeriums BMWi wird aktuell der Kompromiss unterbreitet, eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Vertrags gemäß § 13 S. 6 VgV innerhalb der ersten sechs Monate ab dem Vertragsschluss zuzulassen⁷⁵⁴.

4. Verhältnis zwischen Kontrollverfahren und Vergabeverfahren

Die neue Bedeutung des Verfahrens hat Auswirkung auf das Verhältnis zwischen dem Kontrollverfahren und dem Vergabeverfahren als Verwaltungsverfahren im weiteren Sinne. Nach dem Trennungsprinzip sind Gerichtsverfahren und Verwaltungsverfahren jeweils eigenständige Vorgänge mit eigenen Aufgaben, spezifischen Normvorgaben und unterschiedlichen Verantwortlichkeiten⁷⁵⁵. Allerdings besteht seit jeher ein funktionaler Zusammenhang im Sinne einer wechselseitigen Abhängigkeit und einer Komplementarität⁷⁵⁶. Im Zuge der europäisch bedingten Herausforderungen für die Kontroll-dichtekonzeption wird dieser Zusammenhang noch verstärkt. Das Verwaltungsverfahren mutiert nicht zu einem Kontrollverfahren mit anderen Mitteln. Durch die Richtigkeitsgewähr eines detaillierten Verfahrens und eines hohen Verfahrensstandards für die „richtige“ Entscheidung im Vergaberecht kommt es jedoch zu einer gewissen Vorverlagerung der Rechtmäßigkeitskontrolle im Sinne einer *präventiv-rechtsschützenden Verfahrensfunktion*⁷⁵⁷. Besonders komplexe materielle rechtliche Fragen werden auf der Grundlage unbestimmter Normen vorrangig der Sachkompetenz der Verwaltung überlassen – mit der Folge einer tendenziellen Neuausrichtung der herkömmlichen gerichtszentrierten Gewaltenteilungsvorstellung zugunsten einer „Ar-

⁷⁵³ EuGH, Urteil vom 09.09.2004, Rs. C-125/03, NZBau 2004, S. 563, „Lüdinghausen“, Rn. 36 ff., U. Stelkens, NZBau 2003, S. 655, EuGH, Urteil vom 18.07.2007, Rs. C-503/049, „Bockhorn und Braunschweig-II“.

⁷⁵⁴ K. Pukall, VergabeR 2006, S. 587; nach a. A. soll eine erweiterte Fassung des § 13 S. 6 VgV unter Einbezug der De-facto-Vergabe grundsätzlich Abhilfe schaffen: O. Otting, in: H. Pünder u. a. (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, 2005, S. 61.

⁷⁵⁵ E. Schmidt-Aßmann in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, Einleitung, Rn. 196.

⁷⁵⁶ Dazu bereits: J. Schwarze, Der funktionale Zusammenhang, 1974, insbes. S. 12, E. Schmidt-Aßmann, DVBl 1997, S. 287, F. Schoch, NVwZ 1999, S. 459, C. Bamberger, VerwArch. 2002, S. 221.

⁷⁵⁷ F. Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 2002, Rn. 19, E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee 2004, S. 307, 372, 373; so auch schon: E. Schmidt-Aßmann, DVBl 1997, S. 287.

beitsteilung“⁷⁵⁸. Im deutschen Vergaberecht wird diese funktionale Abhängigkeit zwischen Verwaltungsverfahren und Kontrollverfahren institutionell noch durch die Besonderheit der Vergabekammer als unabhängige, gerichtsähnliche Kontrollbehörde unterstrichen.

V. Indirekte Europäisierung des Unterschwellenbereichs

Unterhalb der Schwelle gelten die Formvorgaben des Haushaltsrechts. Überwiegend erfolgt eine beschränkte Ausschreibung oder eine freihändige Vergabe, deren Durchführung vollkommen intransparent bleibt⁷⁵⁹. Im Unterschwellenbereich besteht (noch) kein effektiver Rechtsschutz. Hier beweist sich wiederum die Abhängigkeit der Verfahrenswirksamkeit von einem effektiven Rechtsschutz, in dem die verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit eingeklagt werden kann. Allerdings ist zu erwarten, dass sich auf lange Sicht ein Verfahren in Abhängigkeit des Wertes der nachgefragten Leistung etablieren wird, das auch einklagbar ist⁷⁶⁰.

Ein solches Vergaberecht „light“ könnte abstufte Bekanntmachungspflichten⁷⁶¹, Begründungs- und Dokumentationspflichten und Verfahrensrechte der Bieter⁷⁶² vorsehen und würde wohl auch den Vorstellungen der Europäischen Kommission Genüge tun⁷⁶³. Eine Informationspflicht über den Zuschlag, ähnlich der „Alcatelpause“ des § 13 VgV, ist zumindest für größere Aufträge unterhalb der Schwelle notwendig⁷⁶⁴. Momentan zeigt sich der teilweise anerkannte Primärrechtsschutz noch stark in seiner Wirkung begrenzt, weil weder die Vorabinformationspflicht gemäß § 13 VgV gilt noch ein Suspensiveffekt

⁷⁵⁸ C. Knill, u. a., Der Staat 2006, S. 235, Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Kommentar zum VwVfG, 2001, § 1 VwVfG, Rn. 27, F. Schoch, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 282, 295, 312, A. Hatje, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 317, E. Schmidt-Aßmann, DVBl 1997, S. 285, 286, E. Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 2, 147, 169, 512, 522, R. Halfmann, VerwArch. 2000, S. 96, E. Schmidt-Aßmann, DVBl 1997, S. 287.

⁷⁵⁹ K. Pukall, VergabeR 2006, S. 489.

⁷⁶⁰ H. Wirner, IBR 2005, S. 107.

⁷⁶¹ „Das Transparenzgebot erfordert nicht notwendigerweise eine förmliche Ausschreibung. Es reicht eine andere Art der Bekanntmachung aus, die aber die wesentlichen Informationen über den beabsichtigten Pachtvertrag umfassen müsste“: VG Münster, Beschluss vom 09.03.2007, 1 L 64/07.

⁷⁶² D. Diemert, NZBau 2006, S. 533; grds. für eine partielle Anwendung im gesamten Binnenbereich der Verwaltung: F. Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 2002, Rn. 490.

⁷⁶³ B. Köster, u. a., DVBl 2005, S. 1303, M. Burgi, in: (Hrsg.), Düsseldorf Vergaberechtstag, 2005, S. 25, H. Wirner, IBR 2006, S. 461, K. Pukall, VergabeR 2006, S. 589, vgl.: EuGH, Urteil vom 20.10.2005, Rs. C-264/03, Sgl. 2005, I-08831, „Kommission/Frankreich“, Rn. 32, 33.

⁷⁶⁴ H. Franke, NZBau 2006, S. 1585, A. Losch, VergabeR 2006, S. 305.

im Sinne des § 115 I GWB greift. Die Zuerkennung eines subjektiv einklagbaren und durchsetzbaren Rechts ist wirkungslos, solange der unterlegene Bieter nicht rechtzeitig informiert wird und die Klageerhebung kein Zuschlagsverbot auslöst⁷⁶⁵. Zwar schreibt § 27 Nr. 1 VOB/A den Auftraggebern vor, ausgeschlossene oder unterlegene Bieter „so bald wie möglich zu verständigen“⁷⁶⁶. Jedoch lässt sich aus dieser ohnehin nur für Bauaufträge geltenden Vorschrift mit interner Bindungswirkung kein Anspruch auf Vorabinformation herleiten⁷⁶⁷.

Das Verfahren muss den Grundsätzen der Unparteilichkeit und der Gleichbehandlung entsprechen⁷⁶⁸. Die Ausgestaltung im Detail könnte allerdings dem Auftraggeber nach eigenen Wirtschaftlichkeitsüberlegungen überlassen bleiben⁷⁶⁹, vorausgesetzt die Spruchpraxis konkretisiert einen Mindestverfahrensstandard und lässt keine Rechtsunsicherheit aufkommen. Hier dürfen nicht dieselben Fehler wie im französischen Vergaberecht gemacht werden, wo die Europarechtskonformität im Unterschwellenbereich noch von einer solchen Konkretisierung abhängt⁷⁷⁰.

VI. Rechtsvergleichender Blick nach Frankreich

1. Verfahren und Form im französischen Verwaltungsrecht

Traditionell ist die Bedeutung der Verfahrens- und Formvorschriften im französischen Verwaltungsrecht nicht übermäßig groß⁷⁷¹. Das Handeln der Verwaltung ist abgesehen von den erörterten Begründungspflichten im Falle belastender Verwaltungsmaßnahmen regelmäßig formlos möglich⁷⁷². Auch ist

⁷⁶⁵ Das VG Neustadt hält zwar im Anschluss an das OVG Rheinland-Pfalz den Verwaltungsrechtsweg unterhalb der Schwellenwerte für gegeben. Der Antrag hat jedoch in der Sache keinen Erfolg unter anderem weil § 13 VgV bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte nicht anwendbar ist: VG Neustadt, Beschluss vom 19.10.2005, 4 L 171505, IBR 2006, 40, ähnlich: VG Leipzig, Beschluss vom 06.09.2005, 5 K 1018/05, IBR 2006, 1050, OLG Dresden, Beschluss vom 25.04.2006, 20 U 467/06, IBR 2006, 463, *M. Niestedt, u. a.*, VergabeR 2005, S. 482.

⁷⁶⁶ Eine Informationspflicht besteht allein in Sachsen gem. § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO.

⁷⁶⁷ OLG Dresden, Beschluss vom 25.04.2006, 20 U 467/06, IBR 2006, 463.

⁷⁶⁸ *M. Freitag*, NZBau 2002, S. 205.

⁷⁶⁹ *K. Pukall*, VergabeR 2006, S. 589.

⁷⁷⁰ Kapitel 5, § 4, IV. 2. c), § 5, IV. 2. b).

⁷⁷¹ *V. Schlette*, Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich, 1991, S. 177, *G. Peiser*, Contentieux administratif, 2004, S. 144.

⁷⁷² *J.-C. Hélin*, in: *J. Schwarze u. a.* (Hrsg.), Gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, 1992, S. 66, *J. Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht-(II), 1988, S. 1335, *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1997, S. 118.

das Verwaltungsverfahrenrecht bis heute nur teilweise kodifiziert⁷⁷³. Entsprechend zeichnet es sich durch Flexibilität und Offenheit, aber auch durch eine Unübersichtlichkeit zahlreicher Regelungen aus⁷⁷⁴. Die Fortentwicklung findet vorrangig im Wege höchstrichterlicher Rechtsprechung des Conseil d'Etat statt⁷⁷⁵.

Allmählich erst hat sich ein Bewusstsein für die Bedeutung eines verfahrensrechtlichen Standards herausgebildet⁷⁷⁶. Der Verfahrensstandard der *droits de la défense* sieht Informationspflichten der Verwaltung und ein umfassendes Recht auf Stellungnahme des Betroffenen vor⁷⁷⁷. Daneben besteht ein weites Akteneinsichtsrecht⁷⁷⁸. Fachgesetze können darüber hinausgehende spezielle Verfahrensrechte vorsehen.

2. Systembedeutung des Verfahrens im europäisierten Vergaberecht

a) Vergaberecht als europäisch überformtes Sonderverwaltungsverfahrenrecht

Das Vergaberecht wird als ein europäisch überformtes *Sonderverwaltungsverfahrenrecht* bezeichnet⁷⁷⁹. Vergabeverfahren haben in Frankreich eine lange Tradition. Bereits im Mittelalter musste der Staat besondere formelle Vorgaben beachten und im Rahmen von offiziell organisierten Versteigerungen einkaufen⁷⁸⁰. Allerdings sind die Formalien der Bekanntmachungs- und Wettbewerbspflichten im Zuge der Europäisierung des Vergaberechts ab den 1980er Jahren im Umfang noch einmal deutlich angestiegen⁷⁸¹. Wenn

⁷⁷³ Seit 10 Jahren ist eine Gesamtkodifikation angekündigt; unzählige Studien wurden erstellt. Auch ein starker politischer Wille, ein reformiertes und vereinfachtes Gesetz zu verabschieden, konnte die Widerstände nicht überwinden. Insbesondere das Argument eines unfertigen, „sich in Bewegung befindenden Rechts“, wird gegen die Kodifikation eingewandt. Seit 2004 ist das Gesetzesvorhaben auf Eis gelegt: P. Gonod, AJDA 2006, S. 489.

⁷⁷⁴ M. Fromont, in: H. Hill (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, 2004, S. 73, 82.

⁷⁷⁵ P. Gonod, AJDA 2006, S. 492, E. Riedel, EuR 30 (1995), Beiheft 1, S. 63, 64.

⁷⁷⁶ E. Riedel, EuR 30 (1995), Beiheft 1, S. 63 m.w.N.

⁷⁷⁷ R. Rausch, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen, 1994, S. 127, J. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht-(II), 1988, S. 1202, E. Riedel, EuR 30 (1995), Beiheft 1, S. 69, C. Grabenwarter, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1997, S. 119.

⁷⁷⁸ M. Fromont, in: H. Hill (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, 2004, S. 74, E. Riedel, EuR 30 (1995), Beiheft 1, S. 72.

⁷⁷⁹ Neben Umwelt- und Datenschutzrecht: M. Fromont, in: H. Hill (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, 2004, S. 73, 80, 81.

⁷⁸⁰ Zur historischen Entwicklung: X. Bezaçon, Les contrats de travaux et de services publics, 1999, S. 195 ff.

⁷⁸¹ Conseil d'Etat, rapport public 2002: „Collectivités publiques et concurrence“, S. 282, 283, M. Fromont, in: H. Hill (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, 2004, S. 81.

auch die Ausgestaltung der europäischen Koordinierungsrichtlinien an die französische Rechtstradition der Zweistufigkeit des Verfahrens anknüpft, hat die europäische Überformung wesentliche verfahrensrechtliche Auswirkungen mit sich gebracht. Das Verfahren bestimmt die Beziehung zwischen Vergabestelle und Bietern und schränkt die Vertragsfreiheit nachhaltig ein. Die Vergabestelle muss alle wesentlichen Entscheidungen wie die Bieterauswahl- und die Ausschlussentscheidung begründen und die Begründung den betroffenen Bietern bekannt geben⁷⁸². Fällt die Begründung unzureichend aus, stellt das Gericht einen wesentlichen Verfahrensfehler fest, der regelmäßig die Aufhebung des Vergabeverfahrens begründet⁷⁸³. Dies ist bemerkenswert, weil die Begründungspflicht und das Anhörungsgebot klassische Verfahrensgarantien der Individualrechtsschutzsystematik darstellen, die auf die Durchsetzung des subjektiven Rechts ausgelegt sind⁷⁸⁴. Dies stützt wiederum die These der „Subjektivierung“ und zeugt von der Rolle der „neuen“, europäisch bedingten Öffentlichkeit im Konzept der dezentralen Kontrolle des indirekten Vollzugs.

b) Analyse des Anpassungsdrucks und des Friktionspotenzials

Das europäische Konzept der Formstrenge hat sich im französischen Vergaberecht etablieren können. Nachdem das Verfahren zunächst auch in Frankreich für eine übermäßige Komplexität verantwortlich gemacht worden ist⁷⁸⁵, wird das formstrenge Korsett mittlerweile als Garant für den richtigen Umgang mit öffentlichen Mitteln geschätzt⁷⁸⁶. Es herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass sich die komplexe Wirklichkeit rechtlich nur bedingt einfacher abbilden lässt⁷⁸⁷. Gerade für das Vergaberecht steigt mit der Flexibilisierung zudem immer die Gefahr von Korruption, Bevorteilung und sittenwidriger Absprachen⁷⁸⁸.

Es besteht kein Friktionspotenzial hinsichtlich der Wertigkeit des Verfahrens. Schon die traditionelle französische Verwaltungsrechtsdogmatik straft Ver-

⁷⁸² C.E., Urteil vom 05.03.1999, N° 163328, „*Philips-BTS et Thomson*“, J.-D. Dreyfus, AJDA 2004, S. 711.

⁷⁸³ „La motivation doit être suffisante à peine d'irrégularité de la procédure“: C.E., Urteil vom 23.10.1992, N° 107107, Lebon 1106, AJDA 1993, 69, „*Bourdiel c. Conseil régional d'Auvergne*“; speziell zur Begründungspflicht gegenüber den Bietern: C.E., Urteil vom 21.01.2004, N° 253509, RMP 2004/05, 91, „*Sté Aquitaine Démolition*“.

⁷⁸⁴ C. Ladenburger, Verfahrensfehlerfolgen, 1999, S. 359.

⁷⁸⁵ V. Lebon, AJDA 2005, S. 1818, T. Beaugé, Le nouveau code des marchés publics, 2004, S. 3.

⁷⁸⁶ L. Richer, Droit des contrats administratifs, 2004, S. 369.

⁷⁸⁷ F. Melleray, AJDA 2005, S. 639, J.-M. Pontier, AJDA 2005, S. 345, V. Lebon, AJDA 2005, S. 1818.

⁷⁸⁸ F. Lichère, AJDA 2005, S. 1.

fahrensfehler weit strenger ab als die deutsche Dogmatik der Fehlerfolgenlehre⁷⁸⁹. Es wird zwar zwischen substanziellen Fehlern⁷⁹⁰ und vernachlässigbaren Fehlern⁷⁹¹ unterschieden⁷⁹². Der Richter des Schnellgerichtsschutzes zeigt sich jedoch außerordentlich streng in der Sanktionierung von Verstößen gegen Verfahrensvorgaben⁷⁹³. Gerade im Bereich der Ermessensentscheidungen sind Tendenzen einer Verdichtung der Verfahrenskontrolle ausmachen⁷⁹⁴. Außerdem stärken aktuelle Entwicklungen einer Öffnung der Verwaltung gegenüber der Bürgerschaft⁷⁹⁵ die Bedeutung der Verfahrensrechte. Es wird ein neues Verhältnis zwischen Bürgern und Verwaltung angestrebt, das über die bisherige prozessuale Beziehung mittels juristischer Rechtsbehelfe hinausführen soll⁷⁹⁶, und das insoweit gut mit den Bestrebungen Europas einer „neuen“ Öffentlichkeit im indirekten Vollzug als Gegengewicht zur ausführenden nationalen Verwaltung harmoniert.

Allerdings besteht – wie schon für das deutsche Vergaberecht – ein Friktionspotenzial hinsichtlich des gemeinschaftsrechtlichen Geltungsanspruchs über den Vertragsabschluss hinaus⁷⁹⁷. Der Theorie vom abtrennbaren Akt zufolge sind nur abtrennbare Verwaltungsakte bis zum Vertragsschluss angreifbar⁷⁹⁸. Der Inhalt des öffentlich-rechtlichen Vertrags steht grundsätzlich nicht zur Disposition der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle⁷⁹⁹. Die Rechtswidrigkeit des abtrennbaren Aktes muss vielmehr für das Schicksal des Vertrags beachtlich sein, damit der Richter der Vertragskontrolle die Nichtigkeit im Ein-

⁷⁸⁹ M. Fromont, in: H. Hill (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, 2004, S. 81, 82, zu den Unterschieden: R. Wahl, in: H. Hill u. a. (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, 2004, S. 360 ff.

⁷⁹⁰ Verstoß gegen die Bekanntmachungspflicht: CAA Lyon, Urteil vom 19.04.2001, N° 97LY00357, „Comm. de Sainte-Foy-les-Lyon“.

⁷⁹¹ Eine nicht zwingende Information, die zu einem sehr frühen Zeitpunkt des Verfahrens, nicht präzise genug veröffentlicht wurde, stellt kein Verstoß gegen die Verfahrensvorgaben dar: C.E., Urteil vom 29.07.1998, N° 194412/18, Lebon 1098, „Synd. mixte des transports“.

⁷⁹² Allgemein zur Unterscheidung: C. Ladenburger, Verfahrensfehlerfolgen, 1999, S. 159 ff.

⁷⁹³ Conseil d'Etat, rapport public 2002: „Collectivités publiques et concurrence“, S. 284.

⁷⁹⁴ C. Ladenburger, Verfahrensfehlerfolgen, 1999, S. 230, R. Rausch, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen, 1994, S. 127, C. Grabenwarter, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1997, S. 121 m.w.N.

⁷⁹⁵ J.-L. Autin, u. a., Droit administratif général, 2005, S. 352–359.

⁷⁹⁶ P. Gonod, AJDA 2006, S. 489, J.-L. Autin, u. a., Droit administratif général, 2005, S. 247 ff., 352.

⁷⁹⁷ Vgl. dazu oben in § 5, IV. 3. b), M. Kment, EuR 41 (2006), S. 221, Generalanwalt Alber, Schlussanträge vom 19.01.1999, Rs. C-328/96, Sgl. 1999, I-7479, Rn. 70 ff., U. Schliesky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2003, Rn. 36 ff., EuGH, Urteil vom 09.09.2004, Rs. C-125/03, NZBau 2004, S. 563, „Lüdinghausen“, U. Stelkens, NZBau 2003, S. 655.

⁷⁹⁸ Ständige Rspr.: C.E., Urteil vom 04.08.1905, Lebon 749, „Martin“, D. Chabanol, u. a., Le régime juridique des marchés publics, 2005, S. 71.

⁷⁹⁹ D. Chabanol, u. a., Le régime juridique des marchés publics, 2005, S. 115.

zelfall feststellt⁸⁰⁰. Bisher gewährleistete die Wandelbarkeit der Theorie die Umsetzung europäischer Ergebnisvorgaben, wenn man dadurch auch einer Inhaltskontrolle des Vertrags immer näher gekommen ist, die es gerade nicht geben soll⁸⁰¹. Selbst die Unterschrift unter dem Vertrag ist mittlerweile als abtrennbarer Akt angreifbar⁸⁰². Nun droht das gemeinschaftsrechtliche Durchsetzungsinteresse den Bestandsschutz des Vertrags vollständig zu relativieren⁸⁰³. Dies gilt es zu verhindern. Denkbar wäre eine Verpflichtung der Verwaltung von Amts wegen, die Nichtigkeit im Einzelfall festzustellen. Eine solche Verpflichtung besteht bereits, um vergaberechtliche Verträge wegen wettbewerbsrelevanter Nichtigkeitsgründe aufzuheben⁸⁰⁴.

Im Unterschwellenbereich hat der Gesetzgeber die Ausgestaltung des Verfahrens weitgehend der Vergabestelle überlassen. Dies ist wie bereits angesprochen auf Widerstand in der Europäischen Kommission gestoßen, die die Gefahr eines Missbrauchs sieht⁸⁰⁵. Schließlich ist gegen Frankreich im Jahre 2004 sogar ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet worden⁸⁰⁶. Nun muss das Verfahren vor dem Hintergrund der Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Unterschwellenbereich⁸⁰⁷ europarechtskonform konkretisiert werden.

VII. Vergleich der Europäisierungseffekte und Zwischenbilanz

Im Referenzgebiet findet sich das gesamte Spektrum des europäischen Kon-

⁸⁰⁰ L. Marcus, u. a., Dr. adm. 2006/01, S. 5, A. Ménéménis, Dr. adm. 2004/04, S. 20, vgl. die Wesentlichkeit des Fehlers des Vergabegegenstands selbst: C.E., Urteil vom 10.12.2003, N° 248950, RMP 2004/05, 78, AJDA 2004, 394, „Institut de recherche pour le développement“; Neben der Wesentlichkeit ist das Kriterium der Ergebnisrelevanz entscheidend. Unregelmäßigkeiten im Zulassungsverfahren der Bieter sind nicht ausreichend, wenn diese erkennbar ohne Auswirkung auf die Bieterauswahlentscheidung waren: TA Nantes, Urteil vom 28.06.2001, N°00364, „CGE-CFSP c/SIAEP“; Der Fehler schlägt beispielsweise auf den Vertrag durch, wenn ein schwerer Angriff auf das Allgemeinwohl im Falle des Fortbestehens des Vertrags bestünde: D. Chabanol, u. a., Le régime juridique des marchés publics, 2005, S. 73.

⁸⁰¹ Vgl. insbesondere den Ausbau der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle hinsichtlich einzelner Vertragsbestimmungen, *clauses réglementaires*: C.E., Urteil vom 10.07.1996, N° 138536, AJDA 1996, 732, „Cayzele“.

⁸⁰² D. Chabanol, u. a., Le régime juridique des marchés publics, 2005, S. 71.

⁸⁰³ D. Chabanol, u. a., Le régime juridique des marchés publics, 2005, S. 71.

⁸⁰⁴ C.E., Urteil vom 06.02.1998, N° 138777, Lebon 30, AJDA 1998, 403, „Tête“, D. Chabanol, u. a., Le régime juridique des marchés publics, 2005, S. 72.

⁸⁰⁵ Ip/02/1507, Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 17.10.2002: „Europarechtswidrigkeit des CMP 2001 in elf Punkten“.

⁸⁰⁶ A. Tessier, Dr. adm. 2004/04, S. 9.

⁸⁰⁷ Europäische Kommission, Mitteilung vom 23.06.2006, „Auslegungsfragen im Unterschwellenbereich“.

zepts der Formstrenge verwirklicht. Nicht nur der Umfang der Verfahrensvorgaben ist in Umsetzung der Koordinierungsrichtlinien gestiegen. Die Behandlung der Fehlerfolgen ist der neuen Wertigkeit des Verfahrens angepasst worden. Die Verteidigungsrechte des Einzelnen sind ausgebaut worden, um eine „umfängliche Kultur der informierten Verwaltungsöffentlichkeit“⁸⁰⁸ zu etablieren. Hat sich die besondere Systembedeutung von Verfahren und Form im europäisierten nationalen Zusammenhang bereits in den vorangegangenen Paragraphen gezeigt, ist nun noch das dahinter stehende Konzept der Formstrenge deutlich geworden. Damit kommt die Untersuchung des nationalen Vergaberechts unter Europäisierungseinwirkung hier zu einem Ende.

Im nationalen Vergaberecht beider Länder spielt das Verfahren seit jeher eine gewisse Rolle, um die Wirtschaftlichkeit der staatlichen Einkäufe zu gewährleisten. Allerdings war die Bedeutung in der Praxis vor der Einführung eines europäisch bedingten effektiven Primärrechtsschutzes stark eingeschränkt. Es mangelte an einer effektiven Kontrollierbarkeit des Innenrechts der Verwaltung. Die europäische Überformung bewirkte einen nicht unwesentlichen Anstieg der formellen Vorgaben, erweiterte die Funktionalität des Verfahrens und vermochte im Wege eines europäisch bedingten Rechtsschutzes die Durchsetzung des Vergabeverfahrens zu gewährleisten. Die nationalen Abwehrreaktionen gegen die „Fesseln“ der Formstrenge sind weitgehend überwunden worden, selbst wenn im deutschen Vergaberecht teilweise noch Differenzen zwischen der Fachgerichtsbarkeit und der Formalisierungsrechtssprechung des BGH bestehen. Die Einsicht in die Vorteile eines formell klar strukturierten Vergaberechts hat sich größtenteils durchsetzen können.

Das Referenzgebiet geht einen neuen Weg des Verfahrens, dem in der Modernisierungsdebatte beider Länder angesichts veränderter Aufgaben der Verwaltung bei gleichzeitig abnehmender Steuerungsfähigkeit des materiellen Rechts in juristisch schwer zu bewältigenden Bereichen des besonderen Verwaltungsrechts und zunehmenden Belastungen der Gerichte Interesse und Zuspruch entgegengebracht wird⁸⁰⁹. Entsprechend leichter gestaltet sich die Europäisierung dieses letzten Aspekts des nationalen Systemzusammenhangs im Referenzgebiet. Bedeutet die Funktionalität des europäisierten subjektiv-öffentlichen Rechts gerade für das deutsche Rechtssystem eine Herausforderung nahe einem Systembruch⁸¹⁰, kann das Formstrengekonzept an nationale Erfahrungen anknüpfen und wird durch die aktuelle Debatte der Pro-

⁸⁰⁸ E. Schmidt-Aßmann, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Festgabe BVerwG, 2003, S. 499 ff.

⁸⁰⁹ R. Pitschas, in: ders. u. a. (Hrsg.), Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1999, S. 59 ff., H. Rossen-Stadtfeld, in: W. Hoffmann-Riem u. a. (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 155 ff., 164, E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. 305, F. Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 2002, insbes. Rn. 7, F. Schoch, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 283, 299, C. Ladenburger, Verfahrensfehlerfolgen, 1999, S. 1, 472.

⁸¹⁰ Vgl. Kapitel 5, § 3 und § 4 in III und IV, J. Kokott, Verw. 1998, S. 366.

zeduralisierung im deutschen Verwaltungsrecht getragen. So verläuft selbst die veränderte Behandlung von Verfahrensfehlern für das deutsche Vergaberecht relativ problemlos. Das Vergaberecht knüpft als Sonderverwaltungsverfahrenrecht nicht an die herkömmliche Fehlerfolgenlehre an, sondern hat eine eigene relativierte Fehlerbehandlung ausgebildet. Auf diese Weise verliert die Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Verstößen für das subjektive Rechtsschutzmodell an Bedeutung, und die Ergebnisse der Verfahrenskontrolle nähern sich denen eines objektiven Kontrollverfahrens in der Praxis stark an⁸¹¹.

Mit der Umsetzung des Formstrengekonzepts im Vergaberecht geht in erster Linie wiederum für die deutsche, an materiellen Kontrollmaßstäben ausgerichtete Systematik eine Neuausrichtung einher. Doch auch im französischen Recht entfaltet der Verfahrensgedanke des Gemeinschaftsrechts im indirekten Vollzug Wirkung. Der aktive Aspekt der Verfahrensrechte – vor dem Hintergrund der europäisierten Funktion des Rechts des Einzelnen – ist für beide Rechtsordnungen neu. Im französischen Recht verstärkt er aktuelle Entwicklungen einer Verwaltungsöffnung gegenüber den Bürgern. Außerdem besteht jeweils ein Interessenkonflikt zwischen nationalen Bestandsschutzerwägungen des abgeschlossenen Vergabevertrags und dem gemeinschaftsrechtlichen Durchsetzungsanspruch des Vergaberechtsregimes über den Vertragsschluss hinaus. Hier ist eine flexible, systemimmanente Lösung notwendig, um das Spannungsverhältnis zwischen der Rechtssicherheit, dem Gesetzmäßigkeitsgebot und dem Geltungsanspruch des Gemeinschaftsrechts im indirekten Vollzug aufzulösen.

Der deutsche Unterschwellenbereich zeigt sich im Wesentlichen noch immer durch Haushaltsrecht geprägt, doch zeichnet sich eine Öffnung ab. Es werden vereinfachte Verfahren als Anknüpfungspunkt eines vereinfachten Rechtsschutzes diskutiert. Vor dem Hintergrund der Erfahrungen des französischen Rechts ist eine Mindestkonkretisierung des Verfahrens notwendig.

⁸¹¹ Anders *Ladenburger*, der in seinem Rechtsvergleich der Verfahrenskonzeptionen aus dem Jahre 1999 insoweit noch erhebliche Divergenzen feststellte: *C. Ladenburger*, *Verfahrensf Fehlerfolgen* 1999, S. 147 ff., 470.

Teil C

Rückschlüsse vom Referenzgebiet auf den Europäisierungsdiskurs

Kapitel 6: Die „Sogwirkung“ der Europäisierung

Nach der Analyse der Europäisierung des Vergaberechts wird deren „Sogwirkung“¹ auf die nationale Verwaltungsrechtssystematik untersucht. Es scheint auf den ersten Blick den Grundsätzen der Logik zu widersprechen, vom Besonderen eines Referenzgebiets auf die allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts schließen zu können. Im Rahmen des Europäisierungsprozesses ist diese Vorgehensweise jedoch nicht nur möglich, sondern geradezu notwendig, da die Europäisierung allgemeiner Fragestellungen an der europäischen Überformung besonderer Rechtsgebiete anknüpft². So ist das Vergaberecht ein Referenzgebiet von mehreren, die erkennbar Einfluss auf die allgemeinen Lehren haben³. Die Nähe zu wirtschaftlichen Sachverhalten im Vergaberecht könnte zwar vermuten lassen, dass Schlüsse nur begrenzt auf das Wirtschaftsverwaltungsrecht möglich sind. Tatsächlich sind die Erörterungen zur Europäisierung der Rechtswegzuständigkeit, des Klagerechts, des Kontrollmaßstabs und der Systembedeutung des Verfahrens keineswegs spezifisch wirtschaftsrechtlich ausgerichtet. Wirtschaftssachverhalte sind lediglich traditionell besonders stark europäisch überformt, weshalb sie Fragen des allge-

¹ F. Schoch, JZ 1995, S. 117, E. Klein, in: C. Starck (Hrsg.), Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze, 1992, S. 138, A. Jannasch, NVwZ 1999, S. 495, T. Danwitz, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 178, der weiterhin auf S. 334 vom „Gravitationsfeld“ des Gemeinschaftsverwaltungsrechts spricht.

² Kapitel 2, § 1, II, III.

³ Zur Sogwirkung im Umweltrecht: S. Roll, Zugang zu Umweltinformationen und Freedom of Information, 2003, F. Schoch, NVwZ 1999, S. 454 ff., G. Winter, NVwZ 1999, S. 467 ff., W. Erbguth, Europäisierung des nationalen Umweltrechts, 2001, I. Pernice, NVwZ 1990, S. 414 ff. Zur Sogwirkung im Staatshaftungsrecht: V. Neßler, Europäisches Richtlinienrecht, 1994, S. 124 ff., M. Gellermann, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechtes durch Richtlinien der EG, 1994, S. 203 ff., L. Giesberts, u. a., EuZW 2005, S. 231 ff., G. Le Chatelier, AJDA N° spécial 1996, S. 100, H. Muscat, Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen, 2003, J. Courtial, AJDA 2004, S. 423 ff. Zur Sogwirkung im Planungs- und Baurecht: M. Uechtritz, ZfBR 2005, S. 11 ff., R. Wahl, in: FS W. Blümel, 1999, S. 617–646. Zur Sogwirkung im Beamtenrecht: J.-F. Flauss, in: J. Schwarze (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 34, J. Bourrinet, in: ders. (Hrsg.), Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées, 2000, S. 124 ff., J. Ziller, in: M. Long (Hrsg.), Mélanges R. Chapus, 1992, S. 686, 687. Zur Sogwirkung im Steuerrecht: U. Battis, DÖV 2001, S. 994.

meinen Europäisierungsdiskurses nur früher und in besonderem Maße aufwerfen⁴. So können im Folgenden über das Vergaberecht und das Wirtschaftsverwaltungsrecht hinausgehende Effekte und Tendenzen für die nationale Verwaltungsrechtssystematik nachgewiesen werden. Die Themenbearbeitung anhand eines Referenzgebiets bringt aber doch Einschränkungen mit sich. Die Rückschlüsse beschränken sich auf die Systemkomponenten, die im Rahmen der Analyse des Referenzgebiets betrachtet worden sind. Auf diese Weise wird nur ein Ausschnitt des komplexen Bildes der Europäisierung des Verwaltungsrechts sichtbar – dieser gewinnt dafür an Schärfe und Deutlichkeit. Es kann an dieser Stelle keine umfassende dogmatische Aufarbeitung der Europäisierungseffekte im Verwaltungsrecht erfolgen.

Auf einem anderen Blatt steht die langfristige Entwicklung eines gemeinsamen Europäischen Verwaltungsrechts, eine gesamteuropäische Rechtsschutzkonzeption samt eigenständiger Theorie des subjektiven Rechts, angepasster Kontrolldichtekonzeption und einem eigenen Verwaltungsverfahrensrecht. Die Mitgliedstaaten als die Herren der Verträge müssten ein solches – bevorzugt kodifiziertes – Rechtsregime beschließen⁵. Solange dafür jedoch keine politische Einigung absehbar ist, müssen die Mitgliedstaaten selbst tätig werden und ihre Dogmatik auf die europäischen Herausforderungen ein- und ausrichten. Davon abgesehen beweist die Sogwirkung der indirekten Europäisierung, dass selbst ein solches europäisches Großprojekt die Mitgliedstaaten nicht vor gewissen Anpassungen ihrer nationalen Verwaltungsrechtssystematik bewahren könnte.

§ 1 Europäisierung des Verwaltungswegs

I. Stand des Europäisierungsdiskurses

Dem Rechtsweg ist bisher kaum Interesse im Europäisierungsdiskurs entgegengebracht worden. Man glaubt überwiegend, der Rechtsweg bleibe dem Bereich der institutionellen Autonomie vorbehalten. Tatsächlich ist es Sache jedes Mitgliedstaats zu bestimmen, welches Gericht für die Entscheidung von

⁴ Dabei stellt das Umweltrecht, ebenfalls ein stark europäisiertes Referenzgebiet für Europäisierungstendenzen im nationalen Verwaltungsrecht, jedoch die Ausnahme von dieser Regel dar. Weiterführend: *W. Erbguth*, Europäisierung des nationalen Umweltrechts, 2001.

⁵ Zur Perspektive einer Kodifikation: *K.-P. Sommermann*, DVBl 1996, S. 897, *S. Delfs*, DVBl 1999, S.87 ff., *W. Hoffmann-Riem*, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 317, *J. Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2005, S. CLVII ff., *J.-F. Flauss*, in: J. Schwarze (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 116.

Rechtsstreitigkeiten zuständig ist. Die gemeinschaftsrechtlichen Effektivitätsvorhaben des Rechtsschutzes erfüllen grundsätzlich beide Gerichtsbarkeiten des dualistischen Modells. Doch finden im Wege der Europäisierung zunehmend Klagerechte aus Gemeinschaftsrecht über Verordnungen, Grundfreiheiten sowie unmittelbar wirkende Richtlinien Eingang. Im Vergaberecht waren sogar subjektive Klagerechte umzusetzen, für die noch gar kein effektiver Rechtsschutz in der nationalen Rechtsordnung bestanden hat. Für deren wirksamen Schutz müssen die Mitgliedstaaten einen Rechtsweg eröffnen⁶. Den europäisch bedingten materiellen Rechtspositionen kommt so eine eigene prozessuale Bedeutung zu⁷. Mehr und mehr zeigt sich, dass dies nicht ohne Auswirkungen für die Abgrenzung der Rechtswegzuständigkeit und den nationalen Dualismus der Gerichtsbarkeiten bleibt. Es wird die These einer mittelbaren, wenn auch nicht zielgerichteten Beeinflussung der Rechtswegausgestaltung durch das Europarecht vertreten⁸. Nach anderer Ansicht bewirkt die europäische Überformung eine gezielte „Veröffentlichung“⁹.

II. Rückschlüsse auf das deutsche Verwaltungsrecht

1. Modellwirkung des vergaberechtlichen Kontrollverfahrens

Das Referenzgebiet veranschaulicht den starken prozessualen Aspekt europäisch bedingter materieller Rechtspositionen. Vor dem Hintergrund der effektiven Umsetzung des Gemeinschaftsrechts musste ein Rechtsweg im Sinne des Art. 19 IV GG eröffnet und ausgestaltet werden, wo traditionell gerade kein effektiver Primärrechtsschutz zur Verfügung stand. Bei der Ausgestaltung des Rechtswegs verblieb dem nationalen Vergaberecht ein Freiraum, und doch ist im Ergebnis eine mittelbare Beeinflussung durch Gemeinschaftsvergaberecht nicht zu leugnen. Trotz der mitgliedstaatlichen Autonomie erwies sich das Europarecht in Fragen der Verwaltungsorganisation als wesentlicher Impuls für Umstrukturierungen und vor allem Effektivierungen

⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 30.09.2003, Rs. C-224/01, Sgl. 2003, I-10239, „Köbler“, Rn. 50, O. Dörr, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 174 ff.

⁷ O. Dörr, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 199, S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 378, 385.

⁸ „Gerade keine einheitliche Tendenz in Richtung Verwaltungsrechtlichung oder Privatisierung“: W. Skouris, EuR 33 (1998), S. 111 ff., 127; so auch: L. Richer, Droit des contrats administratifs, 2004, Rn. 44.

⁹ T. Dünchheim, Verwaltungsprozeßrecht unter europäischem Einfluß, 2003, S. 71 unter Bezug auf: M. Brenner, Der Gestaltungsauftrag, 1996, S. 153.

der nationalen Organisation¹⁰. Im Vergaberecht wurde für den Oberschwellenbereich ein eigenständiger und ausschließlicher Rechtsweg geschaffen, der in der ersten Kontrollinstanz zu den Vergabekammern als unabhängige behördliche Kontrollinstanzen führt. Dabei profitiert das Rechtsgebiet davon, dass der europäische Gerichtsbegriff großzügiger ausfällt als der deutsche Begriff der Art. 92 ff. GG und eine solche Kontrolle zulässt¹¹. Letztlich kann die behördliche Kontrolle durch die Vergabekammern aber nur eine effektive Ergänzung des Gerichtsschutzes darstellen. Eine gerichtliche Kontrollinstanz ist wegen des Vorbehalts des gesetzlichen Richters und der nationalen Systemkohärenz weiterhin notwendig¹². So ist im Vergaberecht in der zweiten Kontrollinstanz der Rechtsweg zu den Vergabesenaten der OLGs eröffnet. Die Vergabekammern gewährleisten eine erste schnelle Kontrolle, die die nachfolgende Entscheidung der Gerichtsbarkeit vorbereitet und so zur Entlastung der Gerichte beiträgt. Der automatische Suspensiveffekt tariert dabei das Spannungsverhältnis zwischen Rechtsschutzeffektivität und Beschleunigungsgrundsatz aus. Doch während die automatische aufschiebende Wirkung der deutschen verwaltungsrechtlichen Klage gemäß § 80 I VwGO verschiedentlich unter den Druck gemeinschaftsrechtlicher Effektivitätsvorgaben geraten ist, um einen möglichst zeitnahen Vollzug europäisch bedingter Entscheidungen zu sichern¹³, wird der Suspensiveffekt im Referenzgebiet im Interesse eines effektiven Vollzugs gemeinschaftsrechtlich protegert. Allerdings beweist sich auch hier, dass der Suspensiveffekt im Zuge der Europäisierung nicht mehr allein in der traditionellen Wertigkeit des subjektiv-öffentlichen Rechts seine Absicherung und Berechtigung findet, sondern dass ein Gleichlauf mit dem Grundsatz des *effet utile* entscheidend ist¹⁴.

¹⁰ Zu „Europäisierungseffekten in Organisationsangelegenheiten“ grundlegend: R. Schmidt, in: R. Pitschas (Hrsg.), *Internationalisierung von Staat und Verfassung*, 2002, S. 305, 307.

¹¹ Vgl. bereits die Anerkennung der Vergabeüberwachungsausschüsse, Vorgängerorgane der Vergabekammern, als unabhängige Gerichte im Sinne des Art. 264 EGV: EuGH, Urteil vom 17.09.1997, Rs. C-54/96, Slg. 1997, I-4961, „*Dorsch Consult*“, Rn. 38, C. D. Classen, *Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1996, S. 35.

¹² Kapitel 5, § 2, I. 3.

¹³ F. Foitzik, *Probleme und Grenzen der Europäisierung*, 2006, S. 18, 285 ff., S. Kwanka, *Die Einwirkungen des Europarechts auf den vorläufigen Rechtsschutz*, 2006, F. Stancke, *Einstweilige Anordnungen im dezentralen Vollzug*, 2004, A. Jannasch, *NVwZ* 1999, S. 495 ff., M. Gellermann, in: H.-W. Rengeling u. a. (Hrsg.), *Hdb. des Rechtsschutzes in der EU*, 2003, S. 686–688, K.-P. Sommermann, in: FS Blümel, 1999, S. 523 ff. Zu einer Lösung de lege ferenda über eine Ergänzung des § 80 Abs. 2 Satz 1 VwGO: C. Rohde, *Vorläufiger Rechtsschutz*, 1998, Teil 1, Zu einer Lösung über verfassungskonforme Auslegung des § 80 Abs. 2 Nr. 4: F. Schoch in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), *Kommentar zur VwGO*, 2006, Vorb. § 80 VwGO, Rn. 18 ff., 24, § 80 VwGO, Rn. 157.

¹⁴ So auch: M. Reiling, *Zu individuellen Rechten im deutschen und im Gemeinschaftsrecht*, 2004, S. 528.

Der Rechtsweg zu zwei Kontrollinstanzen außerhalb des engen Gerichtsbegriffs der Art. 92 ff. GG stellt nicht nur für das Referenzgebiet, sondern für das gesamte Verwaltungsrecht eine Neuerung dar. Gerade in Hinblick auf die Bedürfnisse einer schnellen, aber effektiven Kontrolle kann dieser Kombination aus behördlicher und gerichtlicher Kontrolle, automatischem Suspensiv-effekt und ergänzenden Schadensersatzansprüchen auf lange Sicht durchaus Modellcharakter für andere Rechtsgebiete des Verwaltungsrechts und ein Reformimpuls für das momentane *Subsystem* des vorläufigen Verwaltungsrechtsschutzes¹⁵ zukommen.

2. Einfluss auf den Dualismus der Gerichtsbarkeiten

Die Wahl der Gerichtsbarkeit wird ebenfalls mittelbar beeinflusst. Im Oberschwellenbereich ist trotz der Gemengelage an Wertungen nicht zu erwarten, dass an der gesetzlichen Zuweisung zu den Zivilgerichten gerüttelt wird, nachdem sich die Eingliederung des „Kartellvergaberechts“ in das GWB erst mühsam durchgesetzt hat¹⁶. Im Unterschwellenbereich wirkt es sich dagegen aus, dass die rechtssystematische Zuordnung des Rechtsgebiets zum öffentlichen oder privaten Recht nicht abschließend entschieden ist¹⁷. Es bestand lange Unsicherheit hinsichtlich der Rechtswegfrage. Die Zuständigkeit knüpft an die streitentscheidenden Normen, weshalb die Europäisierung des Rechtswegs in einem direkten Zusammenhang zur aktuellen Abgrenzungsdebatte des öffentlichen Rechts vom Privatrecht im Zuge der Europäisierung steht¹⁸. In der Diskussion um die Zuordnung des Referenzgebiets ist die europäische Überformung als bestimmender Faktor ausgemacht worden, der das traditionell zivilrechtliche Rechtsgebiet zumindest einer starken öffentlich-rechtlichen Überformung unterworfen hat¹⁹. Doch ist der These einer Verwaltungsverrechtlichung²⁰ durch das Gemeinschaftsrecht zu widersprechen. Im Ergebnis kommt es zu mittelbaren, nicht zielgerichteten Beeinflussungen. Schien sich wegen der öffentlich-rechtlichen Überformung des deutschen Vergaberechts zunächst die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit

¹⁵ Kritisch zur „hochgezüchteten“ Sonderdogmatik des vorläufigen Rechtsschutzes, in dem die Hauptsache oft faktisch bereits entschieden wird: *F. Schoch*, JZ 1995, S. 119; ebenso kritisch zur bestehenden „Schieflage“ zwischen Hauptsacheverfahren und vorläufigem Rechtsschutz: *C. D. Classen*, NJW 1995, S. 2463.

¹⁶ *K. Stockmann*, ZWeR 2003, S. 37, 47; dagegen spricht sich *Irmer* für eine grundlegende Neugestaltung des gesamten Primärrechtsschutzes aus: *W. Irmer*, VergabeR 2006, S. 321.

¹⁷ Kapitel 3, § 3, I. 2.

¹⁸ Kapitel 3, § 2, II. 2. b), Kapitel 5, § 2, II. 1.

¹⁹ Kapitel 3, § 3, I. 2 b)–d).

²⁰ *T. Dünchheim*, Verwaltungsprozeßrecht unter europäischem Einfluß, 2003, S. 71 unter Bezug auf: *M. Brenner*, Der Gestaltungsauftrag, 1996, S. 153.

durchzusetzen²¹, hat nun das BVerwG die Zuständigkeit an die Zivilgerichtsbarkeit abgegeben²². Für das Vergaberecht ist damit endlich, nach einer langen Zeit der Rechtsunsicherheit, eine Lösung der Rechtswegfrage gefunden worden.

Diese Erfahrungen veranschaulichen einen allgemeingültigen Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf den Dualismus der Gerichtsbarkeiten. Im Zuge der Europäisierung des nationalen Rechts kommt es vermehrt – wie im Vergaberecht – zu Gemengelagen materiellrechtlicher Normen, Institute und Wertungen²³. Eine solche Vermischung ist geradezu typisch für die europäische Überformung eines nationalen Rechtsgebiets. Das Europarecht unterscheidet nicht zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. Die Überformung betrifft beide Rechtsmassen gleichermaßen²⁴. Wie das Rechtswegwirrwar im deutschen Vergaberecht des Unterschwellenbereichs veranschaulicht, bedeutet dies eine Störung der nationalen Ordnung mit weitreichenden Folgen für die Rechtswegklarheit und die Effektivität des Rechtsschutzes. Diesen Störeffekt kann man Europa durchaus vorwerfen, und man kann im Rahmen des Europäisierungsprozesses sicher nicht nur für die Rechtswegfrage mehr Rücksicht auf die nationale Ordnung einfordern²⁵. Letztlich bleibt dem nationalen Rechtssystem jedoch nichts anderes übrig, als die gemeinschaftsrechtlichen Impulse im System zu verarbeiten, die sich von Referenzgebiet zu Referenzgebiet und von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich auswirken können.

Noch sind im deutschen Recht keine Anzeichen dafür erkennbar, dass das Gemeinschaftsrecht die nationale Dichotomie zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht gänzlich in Frage zu stellen vermag. Doch relativiert die beschriebene Störwirkung des Gemeinschaftsrechts die Unterscheidung zwischen den Gerichtsbarkeiten merklich. Schließlich ist nur noch die effektive prozessuale Durchsetzung im Rechtsweg entscheidend. Beide Gerichtsbarkeiten müssen zunehmend auch traditionell rechtswegfremde Konflikte lösen, wodurch es langfristig zu Annäherungen und Vermischungen kommen wird. Dies zeichnet sich nach der Entscheidung des BVerwG zur Rechtswegzuständigkeit bereits im Referenzgebiet ab²⁶. Trotz der Unterschiede im Detail, die für den Bieterrechtsschutz durch die Zuweisung an die Zivilgerichtsbarkeit zu erwarten sind, wird die Zivilgerichtsbarkeit den Gestaltungsauftrag

²¹ Kapitel 5, § 2, II. 3.

²² BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007, 6 B 10.07, IBR 2007, 385, vgl. auch Kapitel 5, § 2, II. 3.

²³ Kapitel 3, § 3, II. 2 c).

²⁴ S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 366, E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. 285, 288.

²⁵ Kapitel 1, § 3, II. 2.

²⁶ BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007, 6 B 10.07, IBR 2007, 385.

wie schon zuvor die Verwaltungsgerichte erfüllen müssen. Dabei wird die Zivilgerichtsbarkeit angesichts der mittelbar vorgegebenen Effektivitätsvorgaben des Gemeinschaftsrechts nicht wesentlich von den bereits entwickelten Kriterien für den Gerichtszugang, den Kontrollmaßstab und das Verfahren abweichen können. Die Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts räumt der Gerichtsbarkeit ein Gestaltungsrecht, aber auch eine Gestaltungsverpflichtung des Europäisierungsprozesses ein, die die deutsche Gerichtsbarkeit nur sehr zögerlich wahrnimmt – oder sogar wieder abgibt wie das BVerwG²⁷. In Frankreich sieht es ganz anders aus. Hier streiten sich die Gerichtsbarkeiten um die bestimmende Rolle im Gestaltungsprozess des europäisierten Vergaberechts. Insoweit macht es sich wohl bemerkbar, dass anders als in Frankreich, wo der Conseil d’Etat von jeher das Verwaltungsrecht auch weiterentwickelt hat, im deutschen Verwaltungsrecht traditionell vorrangig der Gesetzgeber das Recht gestaltet und weiterentwickelt.

III. Rückschlüsse auf das französische Verwaltungsrecht

1. Modellwirkung des vergaberechtlichen „Schnellgerichtsschutzes“

Im französischen Vergaberecht ist der spezielle Rechtsweg des référé précontractuel geschaffen worden²⁸, um den gemeinschaftsrechtlich eingeforderten effektiven Rechtsschutz des Gemeinschaftsvergaberechts in zeitlicher Hinsicht zu gewährleisten²⁹. Der Rechtsbehelf des référé précontractuel befähigt den Richter, einen Suspensiveffekt von Amts wegen anzuordnen. Der französische Verwaltungsrechtsschutz kennt keinen automatischen Suspensiveffekt, und ein einstweiliger Rechtsschutz erfolgt traditionell nur sehr begrenzt³⁰. Die Aussetzung der Vollziehbarkeit muss regelmäßig gesondert beantragt werden und wird nur bei Geltendmachung von Erfolgchancen und einem drohendem, schwer wiedergutzumachendem Schaden gewährt³¹. Die strengen Voraussetzungen stehen zudem im Ermessen des Richters³². So musste sich der französische Verwaltungsrechtsschutz lange Ineffektivität in

²⁷ Kapitel 5, § 2, II. 3.

²⁸ Kapitel 3 § 3, II. 4. und Kapitel 5, § 2, IV.

²⁹ Kapitel 4, § 2, II. 2.

³⁰ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 2004, S. 865, S. Gerstner, *Die Drittschutzdogmatik*, 1995, S. 233, C. D. Classen, *Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1996, S. 94 ff., V. Schlette, *Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich*, 1991, S. 62 ff.

³¹ J. Momas, *AJDA* 2004, S. 1122, 1223, C.E., Urteil vom 14.05.2003, N° 251326, RMP 2004/2005, 51, „Cne de Nîmes“.

³² J. Schwarze, *NVwZ* 1996, S. 27.

zeitlicher Hinsicht vorhalten lassen³³, wenn auch der Suspensiveffekt in Hinblick auf europäische Ergebnisvorgaben eines zeitlich effektiven Rechtsschutzes bereits zunehmend an Bedeutung gewonnen hatte³⁴. Allen anfänglichen Vorbehalten zum Trotz hat sich der *référé précontractuel* in der Praxis gut bewähren können, und so ging von dem Rechtsbehelf schließlich sogar ein Antriebs- und Lerneffekt über das Vergaberecht hinaus für den allgemeinen Rechtsschutz im Verwaltungsrecht aus³⁵. Im Jahr 2000 sind mit mehreren verwaltungsgerichtlichen Schnellrechtsbehelfen, den *référés administratifs*³⁶, Instrumente eines zeitlich effektiven Rechtsschutzes für das gesamte Verwaltungsrecht geschaffen worden³⁷. Nicht nur der Modellcharakter des Vergaberechts ist hierbei erwähnenswert³⁸. Im Gesetzgebungsverfahren wurden auch rechtsvergleichende Studien zum Eilrechtsschutz in Deutschland, Belgien, Spanien, Italien und England herangezogen³⁹.

2. Einfluss auf den Dualismus der Gerichtsbarkeiten

Seit 2001 ist die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit einheitlich für alle Streitigkeiten im Zuge von Vergabeverfahren sowie im Zusammenhang mit der Übertragung öffentlicher Aufgaben an ein Privatunternehmen zuständig⁴⁰. Diese strikte Lösung der Rechtswegzuständigkeit zugunsten der Verwaltungsgerichtsbarkeit gewährt eine einheitliche Rechtsprechung und einheitliche Entscheidungsmaßstäbe und hat die Rechtswegstreitigkeiten zugunsten des Verwaltungsrechtswegs beenden können⁴¹. Auf den ersten Blick

³³ Sénat, Rechtsvergleichende Studie vom Oktober 1998, „*référés administratifs*“, S. 1, *J.-M. Woehrling*, NVwZ 1999, S. 504.

³⁴ „Élargissement progressif“: *B. Delaunay*, *Rapports entre l'administration et les administrés*, 1993, S. 781 ff., *J.-F. Flauss*, in: J. Schwarze (Hrsg.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996, S. 81, *C. D. Classen*, *Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1996, S. 96, 115, vgl. nur: EuGH, Urteil vom 21.02.1991, Rs. C-143/88, C-92/89, Slg 1991, I-415, „*Zuckerfabrik Süderdithmarschen*“.

³⁵ „Effet d'entraînement“: *J.-F. Flauss*, in: J. Schwarze (Hrsg.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996, S. 79, 83, 84.

³⁶ Der Code administratif zählt heute sieben allgemeine Rechtsbehelfe wie den *référé liberté* oder *référé* des Art. L.521-1 und sieben in speziellen Sachbereichen wie dem Vergaberecht, Umweltrecht oder Steuerrecht: *D. Chabanol*, u. a., *Le régime juridique des marchés publics*, 2005, S. 100.

³⁷ Gesetzliche Grundlage: Loi N°2000-597 vom 30.06.2000; décret vom 22.11.2000: N°2000-1115; dazu: *G. Marcou*, AJDA 2006, S. 92, 93, *D. Chabanol*, *La pratique du contentieux administratif*, 2005, S. 161 ff.

³⁸ *J. Gourdou*, u. a., CJEG 2001, S. 145; so auch schon: *J.-M. Woehrling*, NZBau 1998, S. 266.

³⁹ Sénat, Rechtsvergleichende Studie vom Oktober 1998, „*référés administratifs*“.

⁴⁰ Kapitel 5, § 2, IV.

⁴¹ *L. Richer*, *Droit des contrats administratifs*, 2004, Rn. 118 ff., *T. Ax*, u. a., *Rechtsvergleichend*, 2006, S. 236, kritisch: *G. Clamour*, JCP éd. gen. 2002, S. 594 ff.

sieht dies nach einem umfassenden Sieg der Verwaltungsgerichtsbarkeit aus, die ihren Machtbereich erweitern konnte⁴². Das Vergaberecht ist zudem nicht der einzige Bereich, der der Verwaltungsgerichtsbarkeit mittlerweile einheitlich unterstellt worden ist. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit konnte sich in weiteren Rechtsgebieten durchsetzen⁴³. In Reaktion auf diese „Verwaltungsverrechtlichung“ versucht die Zivilgerichtsbarkeit jedoch Terrain zurückzugewinnen oder neues zu erobern und setzt die Verwaltungsgerichtsbarkeit gerade im Wirtschaftsverwaltungsrecht unter Druck⁴⁴. So ist ein offener Konkurrenzkampf zwischen der Zivilgerichtsbarkeit und der Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgebrochen mit der Folge eines aktiven Wettbewerbs⁴⁵. Dies gilt auch für das Vergaberecht. Das französische Vergaberecht – ein traditionell öffentlichrechtliches Rechtsgebiet – hat sich wegen des starken Wettbewerbsgedankens des Gemeinschaftsvergaberechts für zivilrechtliche Normen und Wertungen öffnen müssen⁴⁶. Infolgedessen sind die Verwaltungsrichter gezwungen, sich auch mit rechtswegfremden Fragen zu befassen, und die Zuständigkeit gegen die Zivilgerichtsbarkeit zu verteidigen⁴⁷. Sieht man also genau hin, hat die Verwaltungsgerichtsbarkeit ihren Zuständigkeitsbereich nur gegen einen hohen Preis erweitern können. Im Gegensatz zur deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, die die Zuständigkeit für den Unterschwellenbereich freiwillig an die Zivilgerichtsbarkeit abgegeben hat, ist die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit aber bereit, die Herausforderung anzunehmen und sich in beiden Bereichen „zu Hause“ zu fühlen, um ja nicht am Ende ein Rechtsgebiet an die Zivilgerichtsbarkeit abgeben zu müssen. Damit wird es auch im französischen Recht langfristig zu Annäherungen zwischen den Gerichtsbarkeiten kommen⁴⁸. Es sind sogar noch weitere Folgen denkbar. Die „Verwaltungsverrechtlichung“ macht angesichts vermehrt materiellrechtlicher Gemengelagen nicht nur im Referenzgebiet die Strenge und Starrheit der traditionellen Trennung zwischen den Gerichtsbarkeiten

⁴² *J. Bourrinet*, in: ders. (Hrsg.), *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, 2000, S. 94, 95.

⁴³ *M.-F. Mazars*, *AJDA* 2005, S. 1778.

⁴⁴ *J.-M. Woehrling*, in: J. Schwarze (Hrsg.), *Die rechtsstaatliche Einbindung der europäischen Wirtschaftsverwaltung*, 2002, S. 68.

⁴⁵ *J.-F. Flauss*, in: J. Schwarze (Hrsg.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996, S. 79, *J.-M. Woehrling*, in: J. Schwarze (Hrsg.), *Die rechtsstaatliche Einbindung der europäischen Wirtschaftsverwaltung*, 2002, S. 68, *J. Bourrinet*, in: ders. (Hrsg.), *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, 2000, S. 94, 95.

⁴⁶ Kapitel 3, § 3, II. 2., *M. Dreifuss*, *AJDA* 2002, S. 1373, *V. Lebon*, *AJDA* 2005, S. 1817, *J.-B. Auby, u. a.*, *La distinction du droit public et du droit privé*, 2004, S. 27.

⁴⁷ Entscheidendes Urteil zugunsten der Verwaltungsgerichtsbarkeit, diesen Bemühungen Einhalt zu gebieten: C.E., Urteil vom 03.11.1997, RFD adm.1998, 1228, „*Million et Marais*“, *Y. Jegouzo*, in: B. Lukaszewicz u. a. (Hrsg.), *Le juge administratif et l'Europe*, 2004, S. 22.

⁴⁸ So auch schon: *M. Fromont*, in: M. Long (Hrsg.), *Mélanges R.Chapus*, 1992, S. 204–207.

deutlich⁴⁹. So haben die Entwicklungen im Referenzgebiet eine Neuauflage der grundlegenden Debatte um die Berechtigung des nationalen Dualismus in Frankreich angestoßen⁵⁰. Wie in Deutschland beruht der Dualismus in Frankreich auf der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht, um die Staatssphäre abzugrenzen⁵¹. Die Europäisierung des nationalen Rechts, die Globalisierung der Märkte und die Umgestaltung des traditionellen Staatsverständnisses Frankreichs stellen die Notwendigkeit und die Möglichkeit einer solchen Abgrenzung jedoch zunehmend in Frage⁵². Immer mehr Rechtsgebiete unterliegen einer schwer zu fassenden Gemengelage. Sie stellen sich als *Hybride* dar⁵³. Selbst in Frankreich, wo das Vergaberecht unumstritten traditionell dem öffentlichen Recht zugeordnet wird, schlägt sich der europäische Einfluss in störenden andersartigen – zivilrechtlichen – Impulsen nieder. Wenn auch keine zielgerichtete Beeinflussung der nationalen Rechtswegfrage⁵⁴, kann aber jedenfalls eine mittelbare Störung der nationalen Ordnung festgestellt werden. Darunter leidet die Rechtswegklarheit und die Effektivität des Rechtsschutzes⁵⁵. In Frankreich reagiert die Lehre darauf mit einer wachsenden Befürwortung der Vereinigungsthese⁵⁶. Es sind altbekannte Debatten, die im Zuge der Europäisierung eine neue Relevanz erhalten⁵⁷. Es bleibt abzuwarten, ob die Diskussion tatsächlich in einer Abschaffung des Dualismus zwischen der Zivilgerichtsbarkeit und der Verwaltungsgerichtsbarkeit resultiert. Versicherte *Ziller* allerdings Anfang der

⁴⁹ *G. Clamour*, JCP éd. gen. 2002, S. 599.

⁵⁰ *J.-B. Auby, u. a.*, La distinction du droit public et du droit privé, 2004, S. 19.

⁵¹ Zu den historischen Entwicklungen: *J.-B. Auby, u. a.*, La distinction du droit public et du droit privé, 2004, S. 38 ff., *D. Chabanol*, La pratique du contentieux administratif, 2005, S. 1.

⁵² *J.-B. Auby, u. a.*, La distinction du droit public et du droit privé, 2004, S. 11, 96, „Der alte Dualismus ist Ausdruck einer bestimmten Weltordnung, die sich nun verändert“: *J. Caillose*, AJDA 1996, S. 955, 956, 963.

⁵³ Zur Erosion der Unterscheidung im Bereich der Daseinsvorsorge: *B. Seiller*, AJDA 2005, S. 420, Zum Wirtschaftsrecht und Regulierungsrecht: *J.-B. Auby, u. a.*, La distinction du droit public et du droit privé, 2004, S. 57, 91; Zum Bereich der öffentlich-rechtlichen Verträge: *M. Dreiffuss*, AJDA 2002, S. 1373.

⁵⁴ *L. Richer*, Droit des contrats administratifs, 2004, Rn. 44.

⁵⁵ *J.-M. Woehrling*, in: J. Schwarze (Hrsg.), Die rechtsstaatliche Einbindung der europäischen Wirtschaftsverwaltung, 2002, S. 68, positiver: *J.-F. Flauss*, in: J. Schwarze (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 79 „Konkurrenz vermag die Qualität des Rechtsschutzes zu steigern“.

⁵⁶ Übersicht über die aktuelle Debatte: *A. Van Lang*, Le dualisme juridictionnel-Limites et mérites, 2007; nach *a. A.* soll dies nicht das Ende der Unterscheidung bedeuten: *J.-B. Auby, u. a.*, La distinction du droit public et du droit privé, 2004, S. 30, *G. Marcou*, AJDA 2006, S. 95; Versuch einer Neuaufteilung der Kompetenzen aus der Perspektive einer Zivilrichterin: *M.-F. Mazars*, AJDA 2005, S. 1777 ff.

⁵⁷ *L. Richer*, Droit des contrats administratifs, 2004, Rn. 42.

1990er Jahre noch die Unantastbarkeit des Dualismus⁵⁸, so ist dieser heute zumindest bereits offensichtlich in Erklärungsnot geraten.

§ 2 Europäisierung des Gerichtszugangs

I. Stand des Europäisierungsdiskurses

Das Gemeinschaftsrecht formuliert die Dogmatik des Vollzugs in den Mitgliedstaaten nicht aus. Damit gibt es keine allgemeine Theorie des Klagerechts. Es findet insoweit ein *Rückverweis* auf das nationale Recht statt⁵⁹. Wie schon für den Rechtsweg festgestellt wurde, belässt der Grundsatz der institutionellen und prozessualen Autonomie dabei einen Gestaltungsspielraum. So können die gemeinschaftsrechtlichen Rechtsschutzvorgaben im indirekten Vollzug grundsätzlich sowohl in der Systematik des Individualrechtsschutzes als auch des objektiven Rechtsschutzes umgesetzt werden. Doch ist die funktionale Weite des europäisch bedingten Klagerechts bei der Umsetzung in der nationalen Systematik zu berücksichtigen. Das Europarecht fordert einen Rechtsschutz ein, der die effektive Durchsetzung des europäisierten Rechts gewährleistet. Der Zusammenhang zum Abbau von Umsetzungsdefiziten ist entscheidend. Das französische Recht hat, anders als das deutsche Recht, regelmäßig keine Probleme, dem gerecht zu werden. Nichtsdestotrotz zeigen sich für beide Rechtssysteme Europäisierungseffekte, die über das Referenzgebiet hinaus eine Neujustierung der Verwaltungsrechtssystematik notwendig machen.

II. Rückschlüsse auf das deutsche Verwaltungsrecht

1. Herausforderung für die Dogmatik des subjektiv-öffentlichen Rechts

Im deutschen Europäisierungsdiskurs werden seit Anfang der 1990er Jahre verschiedene Umsetzungsalternativen des europäisch bedingten Rechts des Einzelnen und die jeweiligen Folgen für die deutsche Verwaltungsrechtssystematik intensiv diskutiert⁶⁰. Das Referenzgebiet veranschaulicht die Heraus-

⁵⁸ J. Ziller, in: M. Long (Hrsg.), *Mélanges R. Chapus*, 1992, S. 691.

⁵⁹ Kapitel 5, § 3. II., S. Kadelbach, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1999, S. 296, 367, T. Danwitz, *Verwaltungsrechtliches System*, 1996, S. 231.

⁶⁰ Übersicht über die bekanntesten Ansichten und ihre Vertreter in: U. Baumgartner, *Die Klagbefugnis nach deutschem Recht*, 2005, S. 205–226; im Einzelnen sind dies die Auffassungen

forderungen für die herkömmliche Dogmatik der Schutznormtheorie im Zuge der Europäisierung des subjektiv-öffentlichen Rechts auf exemplarische Weise. Mit dem VgRÄG von 1999 wurden in Umsetzung der europäischen Rechtsmittelrichtlinie erstmals subjektive, einklagbare Rechte im Oberschwellenbereich eingeführt. Mit der Einführung subjektiver Rechte waren die Probleme keineswegs beseitigt. Die eigentliche Herausforderung der Europäisierung der nationalen Dogmatik stellte sich erst danach.

Die verschiedenen Lösungsansätze entfernen sich unterschiedlich weit von der traditionellen Dogmatik des Individualrechtsschutzes. Grundsätzlich kann zwischen der *materiellrechtlichen Lösung*, einer Weiterführung der Schutznormtheorie in modifizierter Form, und der sogenannten *prozessualen Lösung*⁶¹, der Entkoppelung der Klagebefugnis vom subjektiven Recht über § 42 II HlBs. 1 VwGO, unterschieden werden. Nachdem das Individualrechtssystem in der Europäisierungsdebatte zwischenzeitlich einigermaßen unter Druck geraten war, ist der Glaube an die eigene Systematik und seine Veränderbarkeit mittlerweile wieder gewachsen. So scheint sich die erste Alternative einer weiterentwickelten *gemeinschaftsrechtlich aufgeladenen* Schutznormtheorie durchzusetzen⁶². Deren Anhänger sehen sich nicht zuletzt durch die Entwicklung in der Rechtspraxis europäisierter Rechtsgebiete wie gerade im Referenzgebiet Vergaberecht bestätigt, wo wie erörtert eine systemimmanente Europäisierung stattgefunden hat und weiterhin stattfindet. Außerdem hat sich im fortgeschrittenen Europäisierungsprozess gezeigt, dass die prozessrechtliche Lösung dem Interesse an der europäisch eingeforderten äquivalenten effektiven Rechtsdurchsetzung nicht ausreichend Rechnung tragen kann⁶³. Im deutschen System ist zwar ausnahmsweise eine

von: *D. Triantafyllou* in: DÖV 1997, S. 197 ff., *V. Röben* in: Die Einwirkung der Rechtsprechung des EuGH, 1998, S. 244 ff., *O. Dörr* in: Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 189 ff., *F. Schoch* in: NVwZ 1999, S. 465 ff., *J. Ruthig* in: BayVbl 1997, S. 292 ff., *C. D. Classen* in: VerwArch.88 (1997), S. 676 und NJW 1995, S. 2463 ff., *M. Ruffert* in: DVBl 1998, S. 74 und in: Subjektive Rechte im Umweltrecht, 1996, S. 297 ff., *F. O. Kopp/Schenke* (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2005, § 42 VwGO, Rn. 152 ff., *J. Masing* in: Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 181 ff., *B. W. Wegener* in: Rechte des Einzelnen, 1998, S. 295 ff., siehe auch: *E. Schmidt-Aßmann*, DVBl 1993, S. 934, *I. Pernice*, NVwZ 1990, S. 424.

⁶¹ *J. Kokott*, Verw. 1998, S. 349, *S. Gehring*, Kompensation durch Senkung der gerichtlichen Kontrolldichte?, 2000, S. 94 ff.

⁶² *S. Gerstner*, Die Drittschutzdogmatik, 1995, S. 258, *Kopp/Schenke* (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2005, § 42 VwGO, Rn. 153, *F. Schoch*, NVwZ 1999, S. 465, *B. Pasemann*, Die Entwicklung des Schutzes subjektiver öffentlicher Rechte unter Berücksichtigung des europäischen Einflusses, 2004, S. 319, 326, *D. Ehlers*, DVBl 2004, S. 1445, *C. Callies*, in: C. Nowak (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, 2002, S. 89, *Kopp/Ramsauer* (Hrsg.), Kommentar zum VwVfG, 2005, Einführung, Rn. 67.

⁶³ *Kopp/Schenke* (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2005, § 42 VwGO, Rn. 153, *M. Reiling*, 7. Individuellen Rechten im deutschen und im Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 459.

Umsetzung reiner Klagerechte möglich⁶⁴, doch ist für das Gemeinschaftsrecht die Effektivität des nationalen Rechtsschutzes in seiner Gesamtheit entscheidend⁶⁵. Auch im Vergaberecht war die Umsetzung eines bloßen Klagerrechts deshalb nicht möglich. Die Umsetzung musste unter Beachtung des Äquivalenz- und des Effektivitätsgebots im Rahmen einer Verletztenklage und Art. 19 IV GG stattfinden⁶⁶. Des Weiteren sind die Folgen für die Stimmigkeit des nationalen Systems abzuwägen⁶⁷. Gerade in einem austarierten Bereich wie dem des Rechtsschutzes gilt es, die Kohärenz des innerstaatlichen Rechtsschutzsystems zu bewahren⁶⁸. Dies spricht für eine einspurige erweiterte Dogmatik, die sowohl für gemeinschaftsrechtlich imprägnierte als auch rein nationale Sachverhalte Anwendung finden kann⁶⁹.

2. Gemeinschaftsrechtlich aufgeladene Schutznormtheorie

Die Ergebnisse im Vergaberecht bestätigen die Rezipierung der Europäisierung des subjektiv-öffentlichen Rechts über eine *gemeinschaftsrechtlich aufgeladene* Schutznormtheorie im Rahmen des § 42 II S. 1 HlBs. 2 VwGO. Im Oberschwellenbereich wird zwar nicht direkt auf § 42 II VwGO, aber auf die Wertungen der Schutznormtheorie zurückgegriffen, um die Antragsbefugnis im Vergaberecht aus „potenziell bieterschützenden Normen“ herzuleiten. Im Unterschwellenbereich, wo das Kartellvergaberecht des GWB keine Anwendung findet, haben die Verwaltungsgerichte direkt mit dem Bekannten, mit § 42 II S. 1 HlBs. 2 VwGO, und nicht mit der Systemausnahme des ersten Halbsatzes des § 42 II S. 1 VwGO⁷⁰ im Sinne der sogenannten prozessualen These gearbeitet⁷¹. Gerade die Fallgruppenanalyse im Vergaberecht hat gezeigt, wie schwer es für die Praxis ist, derartige Systemänderungen im Zuge der Europäisierung zu verarbeiten. Die Praxis nimmt hierbei eher Anpassungen der bekannten Dogmatik bis zur Zerreißprobe hin, bevor neue Unbekannte eingeführt werden.

⁶⁴ R. Wahl, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, Vorb. § 42 II VwGO, Rn. 118 ff.

⁶⁵ B. W. Wegener, Rechte des Einzelnen, 1998, S. 299 ff., T. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 245.

⁶⁶ Kapitel 5 § 3 II. 2. b).

⁶⁷ Kapitel 5, II. 1. b), S. Gerstner, Die Drittschutzdogmatik, 1995, S. 268, 269.

⁶⁸ I. Renke, EG-Richtlinien und verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz, 1998, S. 289.

⁶⁹ So auch: F. Foitzik, Probleme und Grenzen der Europäisierung, 2006, S. 452, 453, S. Gerstner, Die Drittschutzdogmatik, 1995, S. 269, R. Halfmann, VerwArch. 2000, S. 87; a. A. S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 484.

⁷⁰ § 42 II S. 1 HlBs 1: „Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist“; vgl. Kapitel 5, § 3, II. 2. a).

⁷¹ Kapitel 5, § 3, V. 2.

Die Schutznormtheorie hat sich als Strukturmodell im Referenzgebiet behaupten können. Doch musste die enge Auslegung der Schutznormtheorie zur Begrenzung des Klägerkreises aufgegeben werden⁷². Die traditionelle Filterfunktion ist mit der Funktionalität des Klagerechts im indirekten Vollzug nicht vereinbar. Dabei stellt sich die Abgrenzung zwischen Allgemeininteresse und Individualinteresse als altes und neues Hauptproblem. Der subjektive Schutzzweck ist die dogmatische Klippe der Anpassungsfähigkeit⁷³. Letztlich ist die Schutznormtheorie aber Weiterentwicklungen des Schutzzwecks zugänglich, wenn diese auch dem Vorbehalt eines subjektiven Wesentlichkeitselements unterliegen. Für das Referenzgebiet bleibt ein solcher subjektiver Kern gewahrt⁷⁴. Das Verfahren ist im Vergaberecht einklagbar, zumindest um auch den einzelnen Bieter vor der Willkür des Auftraggebers zu schützen. Das Gemeinschaftsrecht wird regelmäßig an ein subjektives Interesse anknüpfen, schon um die Effektivität der Kontrolle zu erhöhen⁷⁵. Insoweit kann zumindest eine Vermutung für einen subjektiven Kern und damit die Wandelbarkeit der Schutznormlehre auch für andere Rechtsbereiche aufgestellt werden.

Des Weiteren zeigen die Erfahrungen im Vergaberecht, dass die Kriterien des Schutzzweckes und der Betroffenheit des Einzelnen kombiniert und die normative Betroffenheit durch faktische Kriterien ergänzt werden muss⁷⁶. Die Spruchpraxis weist für die erweiterten einklagbaren Positionen ein praktisches Problem der Handhabbarkeit der Betroffenheit auf⁷⁷, welches auch für andere Rechtsgebiete unter Europäisierungseinfluss denkbar ist. Durch die größere Reichweite gemeinschaftsrechtlich gewährter Rechte⁷⁸ eröffnet sich die Klagemöglichkeit einem erweiterten Personenkreis⁷⁹. Gleichzeitig lässt sich die Betroffenheit des Antragstellers, die Abgrenzung des Einzelnen von der Allgemeinheit, nicht mehr eindeutig normativ begründen. Der Unterschied zwischen subjektiven Interessen und Interessen der Allgemeinheit wird wegen der erweiterten Funktionalität des europäisierten Klagerechts ge-

⁷² Kapitel 5, § 3, II. 3.

⁷³ Kapitel 5, § 3, IV. 2. a).

⁷⁴ Kapitel 5, § 3 zur Rezeptionstauglichkeit für das Umweltrecht: *F. Schoch*, NVwZ 1999, S. 465.

⁷⁵ Kapitel 5, § 3, IV. 2 a).

⁷⁶ Kapitel 5, § 3, IV. 2 c) aa); ähnlich bereits: *F. Schoch*, NVwZ 1999, S. 464.

⁷⁷ Kapitel 5, § 3, III. 1. a), b).

⁷⁸ *S. Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 370, *M. Burgi*, Verwaltungsprozess und Europarecht, 1996, S. 53, *J. Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 197 ff., *F. Schoch*, NVwZ 1999, S. 461 ff., *J. Ruthig*, BayVbl 1997, S. 289 ff., *G. Winter*, NVwZ 1999, S. 467, *C. Calliess*, in: C. Nowak (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, 2002, S. 88, *A. Hatje*, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 313.

⁷⁹ Kapitel 5, § 3, IV. 2 b).

rade stark relativiert. Hier muss sich eine Fallgruppenkasuistik zur konkreten Betroffenheit herausbilden, wie dies im Referenzgebiet ansatzweise bereits geschehen ist. Anknüpfungspunkt ist im Vergaberecht das Tatbestandsmerkmal des Schadens gemäß § 107 II S. 2 GWB. Sodann erfolgt eine Abwägung unter Berücksichtigung der konkreten faktischen Betroffenheit⁸⁰. Die Aufwertung der Schutznormlehre durch faktische Elemente findet auch im übrigen Verwaltungsrecht – besonders im Bau-, Umwelt-, Nachbarschaftsrecht – durch eine umfangreiche Kasuistik bereits statt⁸¹.

Die Europäisierung erfasst das gesamte Rechtsgebiet. Die Entwicklung des Unterschwellenbereichs veranschaulicht das „Kraftfeld des gemeinschaftsrechtlichen Durchsetzungsanspruchs“⁸² auf nationale Sachverhalte und macht gleichzeitig die Beharrungstendenzen gegen eine funktionale Erweiterung des Klagerechts in der deutschen Systematik des Individualrechtsschutzes deutlich. Obwohl mittlerweile feststeht, dass ein effektiver Rechtsschutz nicht zu verhindern ist, lehnt ein Teil der Lehre die Europäisierung des europäisch nicht bedingten Rechts im Vergaberecht noch immer ab. Es wird vor dogmatischen Systembrüchen und praktischen Problemen gewarnt⁸³. Schon heute ist jedoch für Sachverhalte des Unterschwellenbereichs, in denen die Richtliniengesetzgebung keine Anwendung findet, eine veränderte Funktionalität der Antragsbefugnis in der Spruchpraxis nachweisbar⁸⁴. Auch in der Reichweite zeichnen sich Anpassungen des sich etablierenden Primärrechtsschutzes an den europäisierten Oberschwellenbereich ab. Langfristig ist damit eine Impulswirkung auf die allgemeinen Lehren des nationalen Verwaltungsrechts auch vom Unterschwellenbereich her nicht mehr auszuschließen. Die Europäisierung des subjektiv-öffentlichen Rechts ist im deutschen Verwaltungsrecht noch nicht endgültig entschieden. Nach der Analyse des Referenzgebiets weist jedoch Einiges darauf hin, dass sich die erweiterte Schutznormtheorie der vermittelnden materiellen Position als Puzzleteil einer europäisierten deutschen Verwaltungsrechtsdogmatik durchsetzen wird.

⁸⁰ Kapitel 5, § 3, IV. 2 c), bb), in diesem Sinne auch: *G. Winter*, NVwZ 1999, S. 199 ff.

⁸¹ *S. Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 374 m.w.N., *C. D. Classen*, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 85.

⁸² *O. Dörr*, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 192; zur indirekten Europäisierung Kapitel 1 § 1 I.3. Begriffsbestimmung und Binnendifferenzierung.

⁸³ Kapitel 5, § 3, V. 1., *G. Dabringhausen, u. a.*, VergabeR 2006, S. 469, *J. Pietzcker*, NJW 2005, S. 2882.

⁸⁴ Kapitel 5. § 2 II. 4.

3. Neujustierung der Verwaltungsrechtssystematik

Durch die Anreicherung mit faktischen Elementen wird die Tradition der materiellen Gebundenheit des subjektiv-öffentlichen Rechts nicht aufgegeben, aber doch neu justiert⁸⁵. Die Erweiterung des Klagerechts im Wege der gemeinschaftsrechtlich aufgeladenen Schutznormtheorie impliziert eine tendenzielle Öffnung in Richtung der Interessentenklage⁸⁶. Dieser Weg ist nicht nur wegen der damit einhergehenden systemimmanenten Verarbeitung der Europäisierung zu begrüßen⁸⁷. Die starke Fixierung und Verengung auf den Individualschutzzweck mag früher als Element klarer Strukturierung berechtigt gewesen sein, heute führt sie den Rechtsstaat angesichts komplexer Mehrpersonenkonstellationen und der Bedeutung von Gemeingütern für die Gesamtheit der Individuen an den Rand der Rechtsschutzverweigerung⁸⁸. In der Verwaltungsrechtslehre wächst die Einsicht in die Begrenztheit des Individualrechtsschutzsystems⁸⁹. Im modernen Verwaltungsrecht geht es regelmäßig nicht nur um den Schutz des Bürgers als klassischen Adressaten einer Maßnahme. Die Gerichte haben vielmehr den Auftrag, unterschiedliche schutzbedürftige Interessen Einzelner und Interessen der Allgemeinheit auszubalancieren⁹⁰. So geht es auch im Referenzgebiet nicht nur um den Rechtsschutz der Bieter, sondern vor allem um den rechtsstaatlichen Umgang mit öffentlichen Mitteln und um die ordnungsgemäße Einhaltung des Vergabeverfahrens im öffentlichen Interesse. Nichtsdestotrotz konnte im Referenzgebiet keine bereichsspezifische Interessentenklage jenseits des Gewährleistungsbereichs des Art. 19 IV GG⁹¹ Fuß fassen⁹². Die Entwicklung beweist, dass die Europäisierung zwar eine Neuausrichtung der Systematik bedeutet, aber an Bekanntem anknüpft und die Grenzen der herkömmlichen Systematik nicht verlässt.

⁸⁵ G. Winter, NVwZ 1999, S. 199 ff., a. A. C. Erdl, Vergaberechtsschutz, 1999, Rn. 161.

⁸⁶ „Den Akzent in Richtung Interessentenklage verschieben“: M. Reiling, Zu individuellen Rechten im deutschen und im Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 527, F. Ekardt, ThürVBl 2001, S. 227, M. Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2005, S. 795 ff., J. Ruthig, BayVbl 1997, S. 295, Götz, DVBl 2002, S. 4.

⁸⁷ G. Winter, NVwZ 1999, S. 468.

⁸⁸ C. D. Classen, NJW 1995, S. 2463, Masing spricht insoweit von „selbst auferlegte(r) Einäugigkeit“: J. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 238 ff.

⁸⁹ E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. 222–227, C. D. Classen, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 87, T. Schmidt, Die Subjektivierung des Verwaltungsrechts, 2006, S. 294, E. Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 408 ff.

⁹⁰ J.-M. Woehrling, NZBau 1998, S. 464.

⁹¹ R. Wahl, u. a., in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, § 42 II VwGO, Rn. 25.

⁹² Zur Diskussion in Kapitel 5, II. 1 b); so aber: U. Baumgartner, Die Klagebefugnis nach deutschem Recht, 2005, S. 22, B. W. Wegener, Rechte des Einzelnen, 1998, S. 225 ff., 245 ff., Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 374 ff., 390.

III. Rückschlüsse auf das französische Verwaltungsrecht

1. Rezipierung der Effektivitätsvorgaben

Die europäischen Vorgaben können in der Konzeption des französischen Verwaltungsrechtsschutzes eines weiten und flexiblen Gerichtszugangs im Ergebnis regelmäßig problemlos umgesetzt werden⁹³. Exemplarisch ist dies für den Gerichtszugang im speziellen vergaberechtlichen Rechtsbehelf des *référé précontractuel* nachgewiesen worden⁹⁴. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Europäisierung völlig wirkungslos bleibt. Auch das traditionelle französische Verständnis vom Klagerecht wird durch die gemeinschaftseigene Funktionalität einer Veränderung unterzogen, wenn auch nicht in dem Umfang wie die deutsche Dogmatik. Dies kann darauf zurückgeführt werden, dass der französischen Dogmatik die Art des funktionalen Verständnisses des Klagerechts nicht fremd ist. Der Klageberechtigte wird im französischen Verwaltungsrecht traditionell als der „aufmerksame Hüter“ oder der „Anwalt des Rechts“ angesehen⁹⁵. So ist die Funktionalität des einklagbaren Rechts Einzelner auf europäischer Ebene auch in Anlehnung an die französische objektiv-rechtliche Vorstellung vom Klageberechtigten entwickelt worden⁹⁶. Allerdings hat sich das europäische Konzept von seinen Vorbildern gelöst und weiterentwickelt. Die Beziehung zwischen Bürger und Staat, die der französischen Funktionalität zugrunde liegt, ist zwingend eine andere als die der supranationalen Systematik. Das Recht des Einzelnen wird im europäischen Konzept *prozessual* eingesetzt, um angesichts nur begrenzter Exekutivmacht eine Kontrollfunktion in der dezentralen Rechtsdurchsetzung zu übernehmen⁹⁷. Der Bürger wird – quasi verwaltungssurrogierend – eingesetzt, um in der mitgliedstaatlichen Verwaltung Widerstand gegen das europäische Recht zu überwinden und Lücken in der Durchsetzung zu schließen⁹⁸. Die französische Verwaltung ist dagegen traditionell stark und unab-

⁹³ J. Ziller, in: M. Long (Hrsg.), *Mélanges R. Chapus*, 1992, S. 689, C. D. Classen, *Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1996, S. 81; zum Umweltrecht: S. Gerstner, *Die Drittschutzdogmatik*, 1995, S. 69 ff., 261, M. Ruffert, *Subjektive Rechte im Umweltrecht*, 1996, S. 114.

⁹⁴ Kapitel 5. § 2 II. 5 b).

⁹⁵ „Il (le gardien vigilant ou le procureur du droit) exerce une action publique“: R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 2004, S. 633, F. Melleray, *JCP éd. adm.* 2005, S. 1236, J. Masing, *Die Mobilisierung des Bürgers*, 1997, S. 202 ff., M. Ruffert, *Subjektive Rechte im Umweltrecht*, 1996, S. 113.

⁹⁶ R. Halfmann, *VerwArch.* 2000, S. 83; zur grundlegenden Bedeutung des französischen Verwaltungsprozessrechts- und Verfahrensrecht als Modell für die Konstruktion des Rechtsschutzsystems in Europa: C. D. Classen, *NJW* 1995, S. 2457, 2461, J. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht* (I), 1988, S. 5.

⁹⁷ J. Masing, *Die Mobilisierung des Bürgers*, 1997, S. 209.

⁹⁸ J. Masing, *Die Mobilisierung des Bürgers*, 1997, S. 215.

hängig und lässt sich nur ungern kontrollieren. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit konnte sich im Laufe des zwanzigsten Jahrhundert erst langsam eine selbstständige Position erkämpfen, und die Kontrollintensität der Verwaltung erhöhen⁹⁹. Damit stellt die europäisch bedingte Stärkung des Einzelnen die traditionelle Rolle der Exekutive in einem gewissen Umfang sogar in Frage. Doch auch das französische Verständnis hat sich weiterentwickelt. Das überspitzte Bild von *G. Renard* aus dem Jahre 1922, wonach der Einzelne im französischen Verwaltungsgerichtsverfahren einzig tätig wird, damit die Verwaltung sich selbst kontrollieren möge, ist nicht mehr zutreffend¹⁰⁰. Ab den 1950er Jahren fand im französischen Verwaltungsrecht eine Wiederentdeckung der subjektiven Rechte statt¹⁰¹. Ab den 1980er Jahren konnten diese Subjektivierungstendenzen unter dem Eindruck der Menschenrechte der EMRK sowie des Gemeinschaftsrechts noch zusätzlich an Einfluss gewinnen¹⁰². Aktuell wird in der französischen Verwaltungsrechtslehre nun eine grundlegende Diskussion um eine neue Beziehung zwischen der Verwaltung und den Bürgern geführt¹⁰³. Die Impulse dazu kommen aus der Mitte der Gesellschaft und stehen im Zeichen ihrer Demokratisierung¹⁰⁴. Die Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts kann an diese Subjektivierungstendenzen anknüpfen und Einfluss auf die Entwicklung nehmen¹⁰⁵. Dies erleichtert den Europäisierungsprozess. Entsprechend konnte die Europäisierung des Klagerechts im Referenzgebiet – die besondere individuelle Betroffenheit einer wirtschaftlichen Schädigung neben einem erweiterten Suspensiveffekt – in der Systematik gut Fuß fassen¹⁰⁶. Es konnten keine Parallelfälle zur deut-

⁹⁹ *C. D. Classen*, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 142 ff., *E. Schmidt-Aßmann*, DVBl 1997, S. 284, *V. Schlette*, Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich, 1991, S. 23 ff., *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 197 ff., *J.-M. Woehrling*, NZBau 1998, S. 463, *C. Lerche*, in: J. A. Frowein (Hrsg.), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, 1993, S. 35.

¹⁰⁰ *F. Melleray*, JCP éd. adm. 2005, S. 1236 mit Verweis auf: *G. Renard*, Cours élémentaire de droit public, 1922, S. 112.

¹⁰¹ *N. Foulquier*, Les droits publics subjectifs, 2003, S. 350 ff., *V. Schlette*, Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich, 1991, S. 53 ff.

¹⁰² *F. Melleray*, JCP éd. adm. 2005, S. 1236, *N. Foulquier*, Les droits publics subjectifs, 2003, S. 370, 373, 616 ff., 693, *J.-F. Lachaume*, AJDA N° spécial 1998, S. 92.

¹⁰³ *P. Gonod*, AJDA 2006, S. 489, *M. Fromont*, in: M. Long (Hrsg.), Mélanges R.Chapus, 1992, S. 207.

¹⁰⁴ „L’ouverture de l’administration à la citoyenneté“: *J.-L. Autin*, u. a., Droit administratif général, 2005, S. 352.

¹⁰⁵ *D. Bailleul*, AJDA 2004, S. 1626, *J.-B. Blaise*, in: J. Bourrinet (Hrsg.), Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées, 2000, S. 38, *J.-F. Lachaume*, AJDA N° spécial 1998, S. 92 ff., *N. Foulquier*, Les droits publics subjectifs, 2003, S. 370, 373, 616 ff., 693, *J. Koch*, Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich, 1998, S. 212.

¹⁰⁶ Kapitel 5, § 2, VI. 2 a).

schen Spruchpraxis ausgemacht werden, die von unaufgearbeitetem Friktionspotenzial herrühren¹⁰⁷.

2. Neujustierung der Verwaltungsrechtssystematik

Die Subjektivierungstendenzen und die Europäisierung gehen Hand in Hand und verstärken und beeinflussen sich gegenseitig. So lässt sich nicht immer sagen, welche Impulse nationaler Natur sind und welche Entwicklungen europäisch angestoßen worden sind. Jedenfalls spielt das subjektive Recht heute im objektiven Rechtsschutzsystem Frankreichs eine Rolle, selbst wenn zur prägenden Schutzfunktion des Bürgers des deutschen Rechts noch immer ein fundamentaler Unterschied besteht und das französische Recht die deutsche Abgrenzung zwischen Allgemeinwohlerwägungen und subjektivem Recht nicht kennt¹⁰⁸. Damit findet auch im französischen Verwaltungsrecht eine Neuausrichtung der Gesamtsystematik statt. Im Zuge aktueller Reformen und der Europäisierung des französischen Verwaltungsrechts hat die Position des Einzelnen gegenüber der Verwaltung nicht nur im Vergaberecht an Gewicht gewonnen. Gleichzeitig hat sich die Rolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit vom Garant einer guten Verwaltung zum Beschützer des Bürgers gewandelt¹⁰⁹. Während die deutsche Systematik eine gesunde Kurskorrektur weg von der Ausrichtung auf das subjektive Recht erfährt, profitiert das französische Rechtsschutzniveau von den Subjektivierungstendenzen¹¹⁰.

§ 3 Europäisierung des Kontrollmaßstabs

I. Stand des Europäisierungsdiskurses

Die Abhandlungen zur Europäisierung des nationalen Prozessrechts neigen dazu, den Blick auf den Gerichtszugang zu konzentrieren und dabei die Gesamtsystematik der gerichtlichen Durchsetzbarkeit des europäisch bedingten Rechts des Einzelnen zu vernachlässigen. Dabei besteht in der deutschen Verwaltungsrechtssystematik sogar ein ausgewiesener funktioneller Zusam-

¹⁰⁷ Kapitel 5, § 2, VI. 2 b).

¹⁰⁸ T. Georgopoulos, La séparation horizontale des pouvoirs, 2005, S. 352.

¹⁰⁹ M. Fromont, in: M. Long (Hrsg.), Mélanges R.Chapus, 1992, S. 207.

¹¹⁰ So auch: F. Melleray, JCP éd. adm. 2005, S. 1236, N. Foulquier, Les droits publics subjectifs, 2003, S. 370, 373, S. 616 ff., 693, J.-F. Lachaume, AJDA N° spécial 1998, S. 92.

menhang zwischen der Klagebefugnis und der Kontrolldichte¹¹¹. Das subjektiv-öffentliche Recht ist der anerkannte Dreh- und Angelpunkt und die zentrale Leitidee des gesamten Individualrechtsschutzsystems.

Tatsächlich zeigen sich in beiden Untersuchungsländer Tendenzen eines veränderten Kontrollmaßstabs. Die funktionale Erweiterung des Gerichtszugangs und die materielle Europarechtsbindung der nationalen Verwaltungen im Zuge des indirekten Vollzugs des Gemeinschaftsrechts bedeutet für die nationalen Gerichte beider Länder eine Verdichtung der Kontrolle, die sich nominell als vermehrter Arbeitsaufwand niederschlägt¹¹². Doch auch die Zunahme komplexer Sachverhalte bedeutet eine Herausforderung für die Kontrolldichtekonzeptionen. Es ist sogar von einer „Funktionsgrenze“ der Gerichtskontrolle die Rede¹¹³. In der deutschen Systematik wird deshalb seit einiger Zeit diskutiert, die hohe gerichtliche Kontrolldichte abzusenken¹¹⁴. Besonders unter Druck ist die spezifisch deutsche Ermessenslehre geraten – dieser nationale Sonderweg einer begrenzten Kontrolle des Ermessens und des Beurteilungsspielraums als hinreichend zu legitimierende und normativ herzuleitende Ausnahme von der vollen Kontrolle des Art. 19 IV GG¹¹⁵. Im Gegensatz dazu wird Ermessen in Frankreich, le pouvoir discretionnaire, als originärer administrativer Entscheidungsfreiraum von der gebundenen Ermessensentscheidung, la compétence liée, abgegrenzt¹¹⁶, der in Hinblick auf die Funktionsfähigkeit der Verwaltung frei zur optimalen Einzelfallanpassung besteht. Dennoch sind auch im französischen Verwaltungsrecht europäisch bedingte oder zumindest europäisch angestoßene Veränderungen des Kontrollmaßstabs mit weitergehenden Folgen für die Verwaltungsrechts-

¹¹¹ Zur Funktionalität: *M. Burgi*, DVBl 2006, S. 270, *R. Halfmann*, VerwArch. 2000, S. 88, *F. Foitzik*, Probleme und Grenzen der Europäisierung, 2006, S. 18.

¹¹² Kapitel 5, § 3. III. und V., *T. Georgopoulos*, La séparation horizontale des pouvoirs, 2005, S. 337, *Y. Jegouzo*, in: B. Lukaszewicz u. a. (Hrsg.), Le juge administratif et l'Europe, 2004, S. 24, *F. Schoch*, NVwZ 1999, S. 466.

¹¹³ *O. Dörr*, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 28, *M. Opitz*, BauR 2000, S. 1573, *S. Gerstner*, Die Drittschutzdogmatik, 1995, S. 158, *H. Schulze-Fielitz*, JZ 1993, S. 778 m.w.N.

¹¹⁴ *S. Gehring*, Kompensation durch Senkung der gerichtlichen Kontrolldichte?, 2000, S. 172 ff., *C. Calliess*, in: C. Nowak (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, 2002, S. 99, *T. Schmidt*, Die Subjektivierung des Verwaltungsrechts, 2006, S. 395, *U. Stelkens*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, § 1 VwGO, Rn. 48.

¹¹⁵ *F. Schoch*, JZ 1995, S. 119, *H. Sendler*, NJW 1994, S. 1520, *M. Gerhardt*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, Vorb. § 113 VwGO, Rn. 24, *M. Brenner*, Der Gestaltungsauftrag, 1996, S. 405 ff., „Marginalisierung durch Überdogmatisierung“: *E. Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 2004, S. 206, *J. Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht-(I), 1988, S. 246 ff., *S. Oeter*, in: J. A. Frowein (Hrsg.), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, 1993, S. 277.

¹¹⁶ *G. Braibant*, u. a., Le droit administratif français, 2005, S. 229, *C. D. Classen*, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 142, 167.

dogmatik auszumachen.

II. Rückschlüsse auf das deutsche Verwaltungsrecht

1. Auswirkungen der Europäisierung des subjektiv-öffentlichen Rechts auf den Kontrollmaßstab

In der deutschen Verwaltungsrechtslehre hat man sich lange mit dem hohen Niveau der deutschen Kontrolldichtekonzeption beruhigt, welches „Anpassungen kaum denkbar erscheinen lasse“¹¹⁷. Das Referenzgebiet veranschaulicht jedoch eindrücklich, dass sich die veränderte Funktionalität des subjektiv-öffentlichen Rechts umfassend und nachhaltig niederschlägt¹¹⁸ und zwar in Gestalt eines erweiterten Rechtmäßigkeitssammenhangs und eines angepassten Kontrollmaßstabs¹¹⁹. Die Kontrollierbarkeit des europäisch bedingten Rechts allein genügt nicht. So setzen einerseits die erweiterte Antragsbefugnis auf Primärrechtsschutz und die Europarechtsbindung und andererseits das starke rechtspolitische Interesse an einem beschleunigten Kontrollverfahren die Systematik im Referenzgebiet nachhaltig unter Druck. Erst in der Klagebegründetheit zeigt sich, ob die Europäisierung des subjektiv-öffentlichen Rechts, vor allem die funktionale Versubjektivierung von Allgemeininteressen, tatsächlich in der Gesamtsystematik eingepasst werden konnte. Im Vergaberecht ist dies noch nicht vollständig gelungen. In den Fallgruppen offenbaren sich unverarbeitete Divergenzen zwischen der gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Funktionalität und der traditionellen Konzeption des subjektiv-öffentlichen Rechts. Die heterogene Spruchpraxis in den Fallgruppen zeugt von einem andauernden Europäisierungsprozess der Individualrechtsschutzsystematik¹²⁰. Die Europäisierung des subjektiv-öffentlichen Rechts wirkt sich im Kontrollmaßstab verzögert aus, weil zunächst der erweiterte Zugang zu den Gerichten vollzogen werden muss.

2. Gestufte Kontrolldichte

Die Frage der umfassenden Kontrolldichte und möglicher Beschränkungen wird in der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur seit jeher heftig dis-

¹¹⁷ E. Pache, DVBl 1998, S. 387.

¹¹⁸ Kapitel 5, § 4, IV. 1.

¹¹⁹ Kapitel 5, § 4, IV. 2. und 3.

¹²⁰ Kapitel 5, § 4, III. 1. 2.

kutiert¹²¹. Nun entwickelt sich eine neue Debatte unter dem Eindruck der Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts. Von gemeinschaftsrechtlicher Seite her besteht zwar kein Anpassungszwang einer verminderten Kontrolldichte, weshalb die volle Kontrolldichte für das Verwaltungsrecht überwiegend noch verteidigt wird¹²². Langfristig sind aber mittelbar angeregte Veränderungen der Kontrollparameter durch den europäischen Wirkungsanspruch zu erwarten. Die Erweiterung der Rechtsbindung und des Gerichtszugangs sowie die komplexen Sachverhalte im Vergaberecht fordern schon jetzt ihren Tribut in der Kontrolldichte des Referenzgebiets ein. Hoffte man bisher nur, die „allzu dogmatisch geprägte und von wenig Realitätssinn zeugende Diskussion über die Kontrolldichte“ möge befreiende Impulse durch das Gemeinschaftsrecht erhalten¹²³, hat sich im europäisch überformten Referenzgebiet ein neuer Ansatz einer in vier Stufen abfallenden Kontrolldichte herausbilden können¹²⁴: Im Zuge des europäisch bedingten Bedeutungszuwachses des Verfahrens, der Form sowie der Dokumentations-, Informations- und der Begründungspflichten wird deren Einhaltung besonders streng kontrolliert¹²⁵. Insoweit kommt es sogar zu einer Verdichtung der Kontrolle¹²⁶. Das Verfahren kann infolgedessen eine *Komplementärfunktion* für eine Kontrolle übernehmen, die abgesehen vom Verfahren eingeschränkt stattfindet¹²⁷. Eine solche Funktion ist dem deutschen Verwaltungsprozessrecht, gerade im Falle komplexer Sachverhalte, nicht unbekannt¹²⁸. Je größer der normative Entscheidungsspielraum für die Verwaltung ist, desto größer muss die Legitimationsleistung des Verfahrens als Substitut für Kontrolldichte sein¹²⁹.

Die Tatsachenkontrolle wird im Referenzgebiet dagegen durch erhöhte Mitwirkungs- und Darlegungspflichten sowie eine eingeschränkte Handhabung

¹²¹ Überblick über die nationale rechtswissenschaftliche Literatur seit 1976 bei: K. Grupp, in: FS Blümel, 1999, S. 140.

¹²² F. Schoch, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Festgabe BVerwG, 2003, S. 522, T. Groß, Verw. 2001, S. 394.

¹²³ H. Sandler, NJW 1994, S. 1520, A. Hatje, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 318, M. Gerhardt in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, Vorb. § 113 VwGO, Rn. 34, E. Schmidt-Aßmann in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, Einl. Rn. 140.

¹²⁴ Kapitel 5, III. 3 b).

¹²⁵ O. Dörr, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 265, 266, Kapitel 5, III 3 b) aa).

¹²⁶ Kapitel 6, § 4 und Kapitel 5, IV 3. c).

¹²⁷ C. Calliess, in: C. Nowak (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, 2002, S. 101, 102, Kapitel 5, III 3 b) cc).

¹²⁸ O. Dörr, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 28, E. Schmidt-Aßmann, DVBl 1997, S. 286–289, F. Schoch, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 311 ff.

¹²⁹ F. Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 2002, Rn. 15, 37.

des Untersuchungsgrundsatzes auf eine *nachvollziehende* Kontrolle reduziert, ähnlich wie im französischen Verwaltungsrecht¹³⁰. Für eine systemkonforme Verringerung der Kontrolle kann an § 86 I S. 1 Hlfs. 2 VwGO angeknüpft werden, wonach die Beteiligten zur Erforschung des Sachverhalts heranzuziehen sind¹³¹. Mithilfe der umfangreichen Mitwirkungspflichten der Antragsteller mit präkludierender Wirkung gelingt außerdem eine effektive Begrenzung des Kontrollgegenstandes.

Im Falle komplexer Sachverhalte, notwendiger besonderer Fachkenntnisse oder prognostischer Bewertungen des Sachverhalts kann außerdem nicht immer eindeutig zwischen der Tatsachenfeststellung und einer rechtlichen Bewertung unterschieden werden, weshalb die Tatsachenkontrolle oft fließend in die Kontrolle eines erweiterten Gestaltungsspielraums unbestimmter Rechtsbegriffe übergeht¹³². Gestaltungsspielräume werden im Vergaberecht umfangreich zuerkannt, wenn auch der weite Festsetzungsspielraum der Vergabestelle durch die Bekanntgabe der Vergabeunterlagen transparenten Grenzen der Selbstbindung unterliegt. So wird die tatsächliche Kontrollierbarkeit komplexer Sachverhalte gewährleistet. Gleichzeitig kann die Ausgestaltung der Vergabeunterlagen weitestgehend den sachkundigen Vergabestellen überlassen werden¹³³. Die entscheidende Erkenntnis rechtsvergleichender Studien zum Ermessen im Gemeinschaftsrecht und dem Recht anderer Mitgliedstaaten ist die *funktionale Vergleichbarkeit* der einzelnen Gestaltungsspielräume als Freiraum der Verwaltung¹³⁴. Die verschiedenen Arten des Gestaltungsspielraums können in ihrer rechtsstaatlichen Dimension als artgleich und als Abstufungen derselben Systemkategorie angesehen werden¹³⁵. Wurde in der Verwaltungsrechtslehre der Versuch einer Modernisierung¹³⁶ in Anlehnung an diese Erkenntnisse jedoch bisher nur abstrakt als ein möglicher Ausweg für die komplexe und differenzierende deutsche Ermes-

¹³⁰ Kapitel 5, III 3. b) bb), 5 a), b).

¹³¹ S. Gehring, Kompensation durch Senkung der gerichtlichen Kontrolldichte?, 2000, S. 234.; ähnlich: E. Schmidt-Aßmann, DVBl 1997, S. 286.

¹³² Kapitel 5, III 3. b) bb).

¹³³ Der Mehrzahl der Auftraggeber wird bescheinigt, mit diesem Entscheidungsspielraum sehr verantwortungsbewusst umzugehen: R. Weyand, IBR 2005, S. 1099.

¹³⁴ E. Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 11, 76 ff., 509 ff., ähnlich „einheitliches Handlungsmandat“: E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. VII, 206.

¹³⁵ So auch schon: R. Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, 1971, S. 110, H. Schulze-Fielitz, JZ 1993, S. 774.

¹³⁶ Vgl. vor allem: E. Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum – zur Einheitlichkeit administrativer Entscheidungsfreiräume und zu deren Konsequenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren; Versuch einer Modernisierung, 2001.

senslehre aus der dogmatischen Sonderstellung diskutiert¹³⁷, kann die *funktionale Vergleichbarkeit* nun erstmals in der Praxis eruiert werden¹³⁸. Das „Ermessen“ hinsichtlich der Rechtsfolge und der „Beurteilungsspielraum“ auf der Tatbestandsebene werden in der Spruchpraxis des Vergaberechts terminologisch einheitlich verwendet und unterliegen einer angeglichenen beschränkten Kontrolle, die sich auf die Kontrolle der Entscheidungsbegründungen und des Verfahrens konzentriert. Hier kann keine allgemeingültige Dogmatik eines einheitlichen Gestaltungsspielraums entwickelt werden. Es bleibt abzuwarten, ob und wie die Dogmatik und die historisch verankerte „Ermessensphobie“ in der deutschen Verwaltungsrechtskultur¹³⁹ auf den vermehrten Druck der Europäisierung, die Mehrbelastungen für die Gerichte sowie rechtsvergleichende Erkenntnisse reagiert. Bisher sind die Veränderungen nur bereichsspezifischer Natur und lassen höchstens Tendenzen erkennen. Allerdings können die Ergebnisse im Vergaberecht die Diskussion um eine modernisierte Ermessenslehre anreichern.

Die abgestufte Intensität der Kontrolle im Vergaberecht veranschaulicht einen Trend, der für das nationale Verwaltungsrecht seit einiger Zeit festgestellt werden kann¹⁴⁰. Die gerichtliche Kontrolle der Verwaltung wird zumindest in einzelnen Fallgruppen weniger starr gehandhabt. Das deutsche, klassischerweise von Gegensätzen geprägte Kontrollsystem, entweder alles oder nichts zu kontrollieren¹⁴¹, öffnet sich für pragmatische, an den Umständen des Einzelfalls orientierte Lösungen¹⁴². Kann im Vergaberecht bereits eine Veränderung in der praktischen Handhabung nachgewiesen werden, hat die Debatte in der Verwaltungsrechtsdogmatik unter dem Einfluss der Europäisierung des nationalen Rechts allerdings erst begonnen.

¹³⁷ H. Sendlar, NJW 1994, S. 1520, F. Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 2002, Rn. 15, T. Schmidt, Die Subjektivierung des Verwaltungsrechts, 2006, S. 285, C. D. Classen, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 134 m.w.N.

¹³⁸ Kapitel 5, § 4 III. 2. b), IV.3 c).

¹³⁹ Der Gestaltungsspielraum als kontrollreduzierter Freiraum der Verwaltung wird in der gerichtszentrierten deutschen Gewaltenteilung noch immer als „trojanisches Pferd im Rechtsstaat“ möglichst vermieden: E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. 179 ff., 222, M. Bremmer, Der Gestaltungsauftrag, 1996, S. 197 ff.

¹⁴⁰ Vgl. insbes. Schmidt-Aßmann zum *diskursiven Konzept* der Kontrolldichte: E. Schmidt-Aßmann, DVBl 1997, S. 286–289, der auch bereits einen Zusammenhang zu den Herausforderungen der Europäisierung für die Kontrolldichtekonzeption herstellt. Weiterhin: R. Halfmann, VerwArch. 2000, S. 88, F. Schoch, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 311 ff., in Ansätzen auch schon: H. Schulze-Fielitz, JZ 1993, S. 781.

¹⁴¹ G. Nolte, in: J. A. Frowein (Hrsg.), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, 1993, S. 279.

¹⁴² J. Schwarze, NVwZ 1996, S. 26 m.w.N., C. D. Classen, Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, S. 124 ff.

3. Neujustierung der Verwaltungsrechtssystematik

Im Kontrollmaßstab des Referenzgebiets bestätigt sich die grundsätzliche Verschiebung der Verwaltungsrechtssystematik, die im Rahmen der Europäisierung des Klagerechts bereits ausgemacht worden ist. Der an materiellen Kontrollmaßstäben geprägte Individualrechtsschutz wird in der Sache neu justiert und öffnet sich in Richtung der Interessentenklage. Langfristig muss auch in weiteren Rechtsgebieten ein auch-objektiver Rechtsschutzauftrag neben dem subjektiven Rechtsschutzauftrag ausgeführt werden¹⁴³.

Infolgedessen ändert sich nicht nur die Funktion der Judikative. Die nationale gerichtszentrierte Gewaltenteilung zeigt sich grundlegend von der Europäisierung betroffen: Die Europäisierung des Rechtsschutzsystems bedingt Gewichtsverlagerungen und verändert die tradierten Machtverhältnisse zugunsten einer stärkeren Exekutive im Rahmen einer mehr prozedural zu deutenden Gewaltenteilung¹⁴⁴. Die nationale Verwaltung wird durch die Aufgabe des indirekten Vollzugs in ihrer Rolle stark aufgewertet¹⁴⁵. Außerdem erhält sie Rückenwind vom Gemeinschaftsrecht, das der Verwaltung im Sinne einer funktionsgerechten Kompetenzverteilung unter Berücksichtigung der größeren Sachnähe und Sachkunde für den Vollzug einen erweiterten Gestaltungsspielraum zubilligt¹⁴⁶. Die Eigenständigkeit und die Flexibilität der Verwaltung wird als positiv besetzter Standortfaktor betont¹⁴⁷ und erhält so auch in

¹⁴³ J. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 237, E. Schmidt-Aßmann, DVBl 1997, S. 288, F. Schoch, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 311, R. Pitschas, in: ders. u. a. (Hrsg.), Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1999, S. 63, M. Reiling, Zu individuellen Rechten im deutschen und im Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 527, F. Ekardt, ThürVBl 2001, S. 227, M. Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2005, S. 795 ff., J. Ruthig, BayVbl 1997, S. 295, Götz, DVBl 2002, S. 4, F. Schoch, NVwZ 1999, S. 465.

¹⁴⁴ E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. 34, 35, 182, 222, R. Pitschas, in: ders. u. a. (Hrsg.), Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1999, S. 59 ff., 62, K. Redeker, NVwZ 1996, S. 126 ff.

¹⁴⁵ H. Dreier, FAZ vom 04.06.2002, „Das Europa der Administrationen“, S. 7, V. H. Schneider, in: ders. (Hrsg.), Entgrenzte Märkte- grenzenlose Bürokratie?, 2002, S. 22, C. Knill, u. a., Der Staat 2006, S. 235, E. Schmidt-Aßmann in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, Einleitung, Rn. 176, 196, Bonk in: Stelkens, Kommentar zum VwVfG, 2001, § 1 VwVfG, Rn. 27, F. Schoch, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 312, R. Halfmann, VerwArch. 2000, S. 96.

¹⁴⁶ E. Pache, DVBl 1998, S. 384, T. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 184 ff. m.w.N., A. Suermann, Die Kontrolle von unbestimmten Rechtsbegriffen bei der Angebotswertung, 2005, S. 50, C. Knill, u. a., Der Staat 2006, S. 235, E. Schmidt-Aßmann in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, Einleitung, Rn. 176, 196, Bonk in: Stelkens, Kommentar zum VwVfG, 2001, § 1 VwVfG, Rn. 27, F. Schoch, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 312, R. Halfmann, VerwArch. 2000, S. 96, M. Brenner, Der Gestaltungsauftrag, 1996, S. 391 ff.

¹⁴⁷ E. Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 191.

der deutschen Diskussion mehr Gewicht¹⁴⁸. Dadurch vermindert sich die Bedeutung des Gesetzgebers für die Bestimmung des Verwaltungshandelns.

III. Rückschlüsse auf das französische Verwaltungsrecht

1. Rezipierung der Effektivitätsvorgaben

Im französischen Vergaberecht zeigt sich auch für den Kontrollmaßstab kein Friktionspotenzial hinsichtlich der europäischen Ergebnisvorgaben. Wieder sind die erörterten Fallgruppen nicht übertragbar. Nichtsdestotrotz machen sich mittelbare Veränderungen im Zuge der Funktionalisierung des Kontrollmaßstabs bemerkbar, die über das Referenzgebiet hinaus Bedeutung für die französische Verwaltungsrechtsdogmatik haben. Der spezielle vergaberechtliche Schnellgerichtsschutz hat die prozessuale Landschaft „durcheinandergewirbelt“¹⁴⁹. Er passt mit seinen weiten Richterbefugnissen nicht so recht in die tradierte Rechtsschutzsystematik¹⁵⁰. Dem Richter des *référé précontractuel* sind bereits im Jahre 1993 in Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie – noch vor der allgemeinen Einführung im Jahre 1995 – Zwangsrechte gegenüber der Verwaltung sowie erweiterte Befugnisse eines vorläufigen Eingreifens – ebenfalls vor der Reform der Eilrechtsbehelfe im Jahre 2000 – eingeräumt worden. Infolgedessen ist die Kontrolldichte wesentlich angestiegen. Bestand im Drittrechtsschutz des öffentlich-rechtlichen Vertragsrechts im Wege der Klageart des *recours en excès de pouvoir* bisher nur eine verminderte, zeitlich uneffektive Kontrolle, wurde mit dem *référé précontractuel* eine erweiterte Rechtmäßigkeitskontrolle und ein verstärkter Suspensiveffekt eingeführt.

2. Neujustierung der Verwaltungsrechtssystematik

a) Auswirkungen auf die Klagearten

Der Anstieg der Kontrolldichte im Vergaberecht ist keine Ausnahme. Seit geraumer Zeit kann im französischen Verwaltungsrecht eine Verdichtung der Ermessens,- aber auch der Tatsachenkontrolle durch die Gerichte beobachtet

¹⁴⁸ M. Brenner, *Der Gestaltungsauftrag*, 1996, S. 202 ff.

¹⁴⁹ „Bouleversement du contentieux administratif des contrats“: G. Le Chatelier, *AJDA* N° spécial 1996, S. 99.

¹⁵⁰ F. Melleray, *JCP éd. adm.* 2005, S. 1237, J.-F. Flauss, in: J. Schwarze (Hrsg.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996, S. 84.

werden¹⁵¹. In den letzten zehn Jahren ist es verstärkt zu europäisch bedingten Verschiebungen der Kontrollintensität gekommen. Gebiete einer contrôle minimum entwickelten sich zu kontrollintensiveren Gebieten einer contrôle normal¹⁵². Heute zeigt sich die Kontrolldichtekonzeption nicht mehr nur den Erfordernissen einer „guten Verwaltung“, sondern zunehmend auch dem Schutzbedürfnis subjektiver Rechte im Rahmen der neuen Beziehung zwischen Verwaltung und Bürger¹⁵³ und den Ergebnisvorgaben des europäischen Rechts¹⁵⁴ verpflichtet. Das gesamte Gleichgewicht der Rechtsschutzsystematik zwischen dem Gerichtszugang, den Kontrollbefugnissen und dem Kontrollmaßstab des Richters hat sich verändert. Dabei hat sich die Dogmatik als anpassungsfähig und flexibel erwiesen¹⁵⁵. Beispielsweise ist die Nutzen-Kosten-Bilanz zu einem flexiblen Abwägungsinstrument ausgebaut worden, um subjektive Rechte in der objektiven Rechtsschutzsystematik umfassend kontrollieren zu können¹⁵⁶. Andere Veränderungen sind erst gar nicht weiter aufgefallen, gerade weil die Dogmatik der Kontrolldichte seit jeher von fallgruppenartigen Unterschieden und einer Wandelbarkeit der Kontrollintensität geprägt ist¹⁵⁷.

Infolge dieses kontinuierlichen Zuwachses der Kontrolle relativiert sich die klassische Unterscheidung zwischen den Klagearten – die gerade auf bestimmten Unterschieden in der Kontrolldichte beruht –, wenn diese nicht sogar ganz aufgegeben werden muss. Es zeigen sich zunehmend Risse in der alten Ordnung¹⁵⁸, und die Abgrenzung zwischen den Klagearten ist Gegenstand einer aktuellen Reformdebatte in der französischen Verwaltungsrechtslehre¹⁵⁹. Es wird festgestellt, dass sich der Regelfall des objektiven Rechtsbe-

¹⁵¹ S. *Ktistaki*, L' évolution du contrôle juridictionnel, 1991, S. 181, 427.

¹⁵² G. *Le Chatelier*, AJDA N° spécial 1996, S. 100.

¹⁵³ Es ist strittig, ob dieser Bürger, Adressat der Verwaltung oder Anwender/Nutzer ist: F. *Melleray*, JCP éd. adm. 2005, S. 1236; zur Entwicklung der Bürgerschaft: J.-L. *Autin*, u. a., Droit administratif général, 2005, S. 249 ff., 352–359.

¹⁵⁴ *Melleray* spricht davon, dass der verstärkte subjektive Rechtsschutz durch das Europarecht angeregt wird: F. *Melleray*, JCP éd. adm. 2005, S. 1236.

¹⁵⁵ Kapitel 5, § 4, VI. 1. 2. c).

¹⁵⁶ J.-M. *Maillot*, La théorie administrativiste des principes généraux du droit, 2003, S. 293 ff., B. *Plessix*, JCP éd. gen. 2006, S. 1232, D. *Bailleul*, AJDA 2004, S. 1628 ff., 1630 mit Verweis auf: C.E., Urteil vom 10.12.2003, N° 248950, RMP 2004/05, 78, AJDA 2004, 394, „Institut de recherche pour le développement“; Ähnlichkeit zum deutschen Verhältnismäßigkeitsprinzip nach: J. *Schwarze*, DVBl 1999, S. 267.

¹⁵⁷ Kapitel 5, § 4. VI. 1.

¹⁵⁸ D. *Chabanol*, u. a., Le régime juridique des marchés publics, 2005, S. 70, B. *Lukaszewicz*, u. a., Le juge administratif et l'Europe, 2004, S. 233.

¹⁵⁹ R. *Chapus*, Droit du contentieux administratif, 2004, Rn. 268 ff., D. *Bailleul*, AJDA 2004, S. 1626, B. *Lukaszewicz*, u. a., Le juge administratif et l'Europe, 2004, S. 502 ff., 530, F. *Melleray*, JCP éd. adm. 2005, S. 1233 m.w.N.; umfassend: D. *Bailleul*, L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif, 2002.

helfs des recours en excès de pouvoir immer mehr an den Sonderfall der pleine juridiction annähert¹⁶⁰. „Der recours pour excès de pouvoir hat sich zu einem besonderen Fall eines recours de pleine juridiction entwickelt, der sich genau wie alle anderen Klagearten einer erweiterten Rechtmäßigkeitskontrolle als Unterfall unter den Sammelbegriff des recours de pleine juridiction fassen lässt“¹⁶¹. Die klassische Konzeption des französischen Verwaltungsrechts – die Differenzierung zwischen den Rechtsbehelfen als Ausdruck der historisch bedingten nationalen Rechtsschutzsystematik – ist damit zu Ende.

b) Auswirkungen auf die Gewaltenteilung

Die veränderte Kontrolldichte ist Ausdruck für die Verschiebung der Machtverhältnisse im Zuge der Modernisierung und der Europäisierung des französischen Verwaltungsrechts¹⁶². Spätestens seitdem im Jahre 1995 umfangreiche Zwangsrechte des Richters zur Durchsetzung der Urteile gegenüber der Verwaltung¹⁶³ und im Jahre 2000 erweiterte Möglichkeiten des Suspensiveffekts und des Eilrechtsschutzes eingeführt worden sind¹⁶⁴, hat sich das Gewaltenverhältnis nachhaltig verändert. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit Frankreichs zeigte sich lange in ihrer Rolle und ihrer Funktion von den historischen Besonderheiten der französischen Rechtskultur einer starken Verwaltung geprägt¹⁶⁵. Eine extensive Interpretation des Prinzips der freien Verwaltung räumte insbesondere den Gebietskörperschaften eine fast absolute Au-

¹⁶⁰ *J.-F. Flauss*, in: J. Schwarze (Hrsg.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996, S. 85, *B. Lukaszewicz, u. a.*, *Le juge administratif et l'Europe*, 2004, S. 205 ff., 233; weiterführend: *D. Bailleul, L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif*, 2002.

¹⁶¹ „ (...) on sait à quelle moment est mortes sa (du recours pour excès de pouvoir) conception classique. (...) le recours pour excès de pouvoir erst devenue un recours de pleine juridiction presque comme les autres ou, si l'on préfère, tout aussi original que nombres d'autres recours de pleine juridiction“: *F. Melleray*, *JCP éd. adm.* 2005, S. 1239; in diesem Sinne auch: *D. Bailleul*, *AJDA* 2004, S. 1626.

¹⁶² Umfassende Untersuchung der neuen, europäisierten Gewaltenteilung in Frankreich: *T. Georgopoulos*, *La séparation horizontale des pouvoirs*, 2005, S. 187 ff., 497.

¹⁶³ *F. Melleray*, *JCP éd. adm.* 2005, S. 1234, 1236, 1237, „Die Klagearten als Ausdruck der historisch gewachsenen Rechtsschutzsystematik in Frankreich“: *P. Greciano*, *RAJF* 2004, S. 1.

¹⁶⁴ Der Code administratif zählt heute sieben allgemeine Rechtsbehelfe wie den référé liberté oder référé suspension des Art. L.521-1 und sieben in speziellen Sachbereichen wie dem Vergaberecht, Umweltrecht oder Steuerrecht: *D. Chabanol, u. a.*, *Le régime juridique des marchés publics*, 2005, S. 100, *D. Bailleul*, *AJDA* 2004, S. 1262, *G. Marcou*, *AJDA* 2006, S. 92, 93, vgl. Kapitel 4. § 1, II. 2.

¹⁶⁵ Zur historischen Entwicklung: *V. Schlette*, *Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich*, 1991, S. 23 ff., *J. Koch*, *Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich*, 1998, S. 20 ff.

tonomie ein¹⁶⁶. Die heutige Position der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist das Ergebnis eines langwierigen Prozesses, in dessen Verlauf sie sich Selbstständigkeit und Unabhängigkeit erkämpfen musste¹⁶⁷. Impulse von Außen – wie prozessuale Vorgaben der EMRK und des Gemeinschaftsrechts – haben diese Entwicklung positiv unterstützen können¹⁶⁸. Die Funktionalisierung des Kontrollmaßstabs im indirekten Vollzug fordert ebenfalls ihren Tribut von der Exekutive und stärkt die Macht der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Im Zuge der Europäisierung des Rechtsschutzes muss das französische Leitprinzip der Funktionsfähigkeit der Verwaltung im Verhältnis zur effektiven Kontrolle der Rechtsanwendung im indirekten Vollzug zumindest teilweise zurückstehen. Die Beziehung zwischen Bürger und Verwaltung tritt dafür stärker in den Vordergrund mit Folgen für den Kontrollauftrag der Gerichte.

Das Vergaberecht veranschaulicht dies: Die Verwaltung ist gegenüber der Gerichtsbarkeit nicht nur verpflichtet, ihre Entscheidungen detailliert zu begründen und ihr Handeln gegenüber den Bürgern transparent zu gestalten. Gleichzeitig ist die Position des nationalen Richters des *référé* verstärkt worden. Er ist befugt, das Verfahren von Amts wegen auszusetzen, über die Klagegründe hinweg die objektive Rechtmäßigkeit des Verfahrens festzustellen und verpflichtende Maßnahmen gegenüber der Verwaltung zu erlassen, um die Rechtmäßigkeit wiederherzustellen¹⁶⁹. Bedeutet die Europäisierung der deutschen Verwaltungsrechtssystematik tendenziell eine Stärkung der Verwaltung gegenüber der Gerichtsbarkeit, wirkt sich die Europäisierung des französischen Rechts genau andersherum aus.

In beiden Gewaltenteilungssystemen spielt nun aber der Bürger eine eigene Rolle¹⁷⁰. Dies wird auch nachfolgend unter dem Aspekt der Verfahrensstrenge deutlich. Der Bürger Europas profitiert in beiden Rechtssystemen davon, dass das europäische Konzept der „Öffentlichkeit“ mithilfe von Verfahren auf den Einzelnen abstellt und dessen Position gegenüber der Verwaltung, dem Staat und der Gerichtsbarkeit stärkt.

¹⁶⁶ Gouvernement, rapport 2000, „*L'exercice du contrôle de légalité*“: Une confusion sur la portée de la liberté.

¹⁶⁷ J.-L. Autin, u. a., *Droit administratif général*, 2005, S. 255.

¹⁶⁸ B. Stirn, u. a., in: B. Lukaszewicz u. a. (Hrsg.), *Le juge administratif et l'Europe*, 2004, S. 41.

¹⁶⁹ Kapitel 5, § 4, VI. 2 b); vgl. nur: C.E., Urteil vom 20.10.2006, N° 289234, „*Comm. d'Andeville*“.

¹⁷⁰ E. Schmidt-Aßmann, *Ordnungsidee*, 2004, S. 35, 36, 182, 237, 371.

§ 4 Europäisch bedingter Bedeutungszuwachs von Verfahren und Form

I. Stand des Europäisierungsdiskurses

Der Verfahrensgedanke zeigt sich tief verwurzelt im Europarecht. Die formellen Vorbilder des anglo-amerikanischen Rechtskreises haben sich zu einem eigenständigen Konzept der Formstrenge weiterentwickelt¹⁷¹. So ist mittlerweile unbestritten, dass das nationale Verwaltungsverfahrensrecht einem Anpassungsdruck im Zuge der Europäisierung unterliegt¹⁷². Angesichts einer nachlassenden Steuerungskraft des materiellen Rechts¹⁷³, Unzulänglichkeiten des gerichtlichen Rechtsschutzes und des neuen Verständnisses einer aktiv eingebundenen Öffentlichkeit hat der Verfahrensgedanke in der modernen Verwaltungsrechtslehre beider Untersuchungsländer in den letzten Jahrzehnten erheblich an Bedeutung gewonnen¹⁷⁴. Nichtsdestotrotz zeigen sich Unterschiede in der Konzeption des Verfahrensrechts, besonders hinsichtlich der Wertigkeit von Verfahrensfehlern. In der deutschen Verwaltungsrechtslehre ist eine Diskussion um eine differenzierte Fehlerfolgenlehre im Verwaltungsrecht eröffnet worden¹⁷⁵.

II. Rückschlüsse auf das deutsche Verwaltungsrecht

Die Formstrenge hat sich im deutschen Vergaberecht trotz anfänglicher, erheblicher Akzeptanzprobleme als strukturierendes Gerüst etablieren können, wenn auch ein gewisses Friktionspotenzial weiterhin vorhanden ist. Das Ver-

¹⁷¹ Kapitel 5, § 5 I., *G. Haibach*, NVwZ 1998, S. 456 ff.

¹⁷² *F. Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 2002, Rn. 7.

¹⁷³ Komplexe ökonomische, technische oder planerische Zusammenhänge und multipolare Verhältnisse kollidierender Interessen lassen sich nicht mehr hinreichend über materiell-rechtliche Bindungen der Verwaltung handhaben: *J. Schwarze*, NVwZ 2000, S. 13, *F. Schoch*, NVwZ 1999, S. 467, *H. P. Nehl*, in: C. Nowak (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, 2002, S. 159.

¹⁷⁴ Meilensteine des Bedeutungszuwachses des Verfahrens in Deutschland waren die Einführung des VwVfG 1977 sowie die Rechtsprechung des BVerfG zur grundrechtsschützenden Dimension des Verfahrens: *C. Ladenburger*, Verfahrensfehlerfolgen, 1999, S. 1, 472; zur Entwicklung von Verfahrensvorschriften zu subjektiven Rechten: *I. Appel, u. a.*, JuS 2007, S. 913 ff.

¹⁷⁵ *C. D. Classen*, NJW 1995, S. 2459, *J. Kokott*, Verw. 1998, S. 366, Zu den europäisch bedingten Relativierungen der Fehlerfolgenlehre: *R. Wahl*, in: H. Hill u. a. (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht, 2004, S. 360 ff., 372, *E. Schmidt-Aßmann*, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Festgabe BVerwG, 2003, S. 502, *U. Stelkens* in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, § 1 VwGO, Rn. 47, *M. Schmidt-Preuß*, NVwZ 2005, 491; zur Modifikation im Baurecht: *M. Uechtritz*, ZfBR 2005, S. 11.

gaberecht stellt heute ein Beispiel für moderne prozedurale Steuerung dar. Der effektive Rechtsschutz spielt eine entscheidende Rolle. Erst die Einklagbarkeit des Verfahrens gewährleistet dessen Effektivität. Andererseits übernimmt das Verfahren eine strukturierende Aufgabe für den Vergaberechtschutz¹⁷⁶ und trägt, gewissermaßen als vorverlagerte Kontrolle, zur Gewährleistung der Rechtmäßigkeit bei¹⁷⁷.

Die Komplementärfunktion des Verfahrens – die Idee einer prozeduralen Richtigkeitsgewähr für die „richtige“ materiell-rechtliche Entscheidung – ist in der nationalen Verwaltungsrechtsdogmatik nicht unbekannt¹⁷⁸. Die Bedeutung von Verfahren und Form ist seit den 1970er Jahren im Zusammenhang mit der Überforderung der Gerichte immer wieder diskutiert worden¹⁷⁹. Allerdings hatte sich das deutsche Verwaltungsrecht zwischenzeitlich, vor allem durch die Beschleunigungsgesetzgebung der 1990er Jahre als Reaktion auf die Schwerfälligkeit der Entscheidungsprozesse¹⁸⁰ und die damit einhergehende Abwertung des Verfahrensgedankens ins Abseits der gemeinschaftsrechtlichen Entwicklungen manövriert¹⁸¹. Nun wird in der neueren deutschen Verwaltungsrechtslehre einheitlich und mit Nachdruck dafür plädiert, das enge deutsche Verständnis von der „dienenden“ Funktion des Verwaltungsverfahrens¹⁸² an die veränderten Herausforderungen anzupassen und durch eine eigene Wertigkeit und ein mehr prozessorientiertes Verständnis zu ersetzen¹⁸³. Auch die Möglichkeit einer zurückgenommenen Kontrolldichte

¹⁷⁶ Kapitel 5, § 5. I. IV.1.

¹⁷⁷ Kapitel 5, § 5. IV.1., 4.

¹⁷⁸ E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. 6, 149, 305, 361, R. Wahl, DVBl 2003, S. 1286, H. Schulze-Fielitz, JZ 1993, S. 776, 777, M. Schmidt-Preuß, NVwZ 2005, S. 489.

¹⁷⁹ J. Schwarze, Der funktionale Zusammenhang, 1974, S. 38.

¹⁸⁰ M.-E. Geis, in: J. Ziekow (Hrsg.), Handlungsspielräume der Verwaltung, 1999, S. 98 ff., 103 m.w.N., E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. 305, 310 ff., F. Schoch, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 291, 313, R. Weyland, Kommentar Vergaberecht, 2006, § 16 VgV, Rn. 2240; kritisch: J. Berkemann, DVBl 1998, S. 446 ff.

¹⁸¹ F. Schoch, NVwZ 1999, S. 458.

¹⁸² Kopp/Ramsauer (Hrsg.), Kommentar zum VwVfG, 2005, Einf., Rn. 81, R. Wahl, DVBl 2003, S. 1287, H. P. Nehl, in: C. Nowak (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, 2002, S. 153, M. Gerhardt in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, 2006, Vorb. § 113 VwGO, Rn. 34, E. Schmidt-Aßmann, DVBl 1997, S. 287.

¹⁸³ R. Pitschas, in: ders. u. a. (Hrsg.), Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1999, S. 59 ff., H. Rossen-Stadtfeld, in: W. Hoffmann-Riem u. a. (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 155 ff., E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 2004, S. 305, 309, F. Schoch, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 283, 299, M.-E. Geis, in: J. Ziekow (Hrsg.), Handlungsspielräume der Verwaltung, 1999, S. 103 ff., M. Kment, EuR 41 (2006), S. 210, H. P. Nehl, in: C. Nowak (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, 2002, S. 135 ff., Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag: R. Wahl, in: H. Hill u. a. (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, 2004, S. 359, F. Hufen, Fehlen im Verwaltungsverfahren, 2002, Rn. 7, M. Gerhardt, in: J. Ziekow (Hrsg.), Handlungsspielräume

und eines flexibleren, erweiterten Handlungsspielraums für die Verwaltung kann sich überhaupt erst stellen, wenn die Komplementärfunktion des Verfahrens zum Tragen kommt¹⁸⁴. Auf breiter Ebene zeichnet sich eine Neubestimmung des Verhältnisses zwischen dem Verfahren und der materiellen Rechtsposition ab¹⁸⁵. Die Fernwirkung einer neuen Verfahrensfunktion vom traditionellen Zweck der behördlichen Informationsgewinnung und der rein „dienenden Funktion“ zu einem erweiterten und vielschichtigen Verständnis ist für die deutsche Systematik aber erst in Ansätzen reflektiert worden¹⁸⁶.

Die Bezeichnung „dienende Funktion“ sollte in Zukunft besser vermieden werden. Auch das Verfahren nach europäischem Verständnis „dient“; jedoch anderen Zielen als nach traditionellem deutschem Verständnis. Infolgedessen zeigen sich im Referenzgebiet erste Veränderungen struktureller Art, die Tendenzen einer allgemeinen Entwicklung erkennen lassen können. Die veränderte Funktionalität des subjektiv-öffentlichen Rechts greift in die Systemzusammenhänge ein und kommt im Verfahrensstandard zum Tragen - wie dem Akteneinsichtsrecht im Vergaberecht¹⁸⁷. Auch die Fehlerfolgenlehre ist unter einen Veränderungsdruck geraten. In der Mehrzahl der Mitgliedstaaten findet sich keine Entsprechung für die dogmatischen Differenzierungen der deutschen Dogmatik. Eine gewisse Relativierung der Heilungs- und Unbeachtlichkeitsklauseln über eine Neujustierung der herkömmlichen Fehlerfolgenlehre ist damit unvermeidbar, um eine Annäherung der deutschen Position an ein umgekehrtes Regel-Ausnahmeverhältnis des Gemeinschaftsrechtsverständnisses zu erzielen¹⁸⁸. Das Vergaberecht bedient sich als Sonderverwaltungsrecht nicht der Fehlerfolgenlehre des allgemeinen Verwaltungsrechts. Im Rechtsgebiet hat man einen eigenen Weg der Anpassung gefunden, der einer Relativierung der herkömmlichen Position gleichkommt¹⁸⁹ und deshalb durchaus als richtungsweisend für die Lösung der Europäisierungsherausfor-

der Verwaltung, 1999, S. 61, *M. Schmidt-Preuß*, NVwZ 2005, S. 492, *T. Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 334, *T. Schmidt*, Die Subjektivierung des Verwaltungsrechts, 2006, S. 292, *M.-E. Geis*, in: J. Ziekow (Hrsg.), Handlungsspielräume der Verwaltung, 1999, S. 107, 110.

¹⁸⁴ Kapitel 5, § 4, 3 a), § 5. II. IV. 1., *D. Triantafyllou*, NVwZ 1994, S. 947.

¹⁸⁵ *R. Wahl*, in: H. Hill u. a. (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht, 2004, S. 372, *E. Schmidt-Aßmann*, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Festgabe BVerwG, 2003, S. 502, *C. D. Classen*, NJW 1995, S. 2461, *M. Burgi*, NZBau 2003, S. 19, *M. Uechtritz*, ZfBR 2005, S. 15, *F. Schoch*, NVwZ 1999, S. 467, *E. Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 2004, S. 107, vorsichtiger: *M. Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2005, S. 808.

¹⁸⁶ *M. Burgi*, NZBau 2003, S. 18, 19.

¹⁸⁷ Kapitel 5, § 5, IV. 2.

¹⁸⁸ *R. Wahl*, DVBl 2003, S. 1292, *F. Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 2002, Rn. 7, Rn. 686 ff., *M. Kment*, EuR 41 (2006), S. 204.

¹⁸⁹ Kapitel 5, § 2. IV. 3 c).

derung im allgemeinen Verwaltungsrecht angesehen werden kann¹⁹⁰. Im Referenzgebiet zeigt sich, dass entgegen mancher Befürchtungen die fundamentale Wertentscheidung der Unbeachtlichkeit eines formellen Fehlers im Rahmen des europäischen Anpassungsprozesses nicht aufgegeben werden muss. Schließlich wird auch im Gemeinschaftsrecht nach Fehlertypen differenziert und auf die Entscheidungserheblichkeit und die Wesentlichkeit des Verfahrensfehlers abgestellt¹⁹¹. Im Ergebnis ist – trotz der unterschiedlichen Wertigkeit von Verfahrensfehlern zwischen der Individualrechtsschutzsystematik und dem Gegenmodell des objektiven Rechtsschutzprinzips – eine Annäherung an die Fehlerbehandlung im französischen Vergaberecht erkennbar¹⁹².

Im Referenzgebiet besteht ein Friktionspotenzial zwischen dem Geltungsanspruch des Gemeinschaftsvergaberechts und nationalen Bestandsschutzerwägungen. Das Vergaberecht ist nicht das einzige nationale Rechtsgebiet, das von dieser Systemdivergenz betroffen ist¹⁹³. Grundsätzlich können europäisierte Rechtspositionen an ihrer Durchsetzung gehindert werden, wenn nationale Bestandsschutzerwägungen oder Heilungs-, Präklusions- und Unbeachtlichkeitsvorschriften dies legitimieren und nicht gegen das Effektivitäts- und Äquivalenzgebot verstoßen wird¹⁹⁴. Doch will Europa die Unantastbarkeit des vergaberechtlichen Vertrags nun nicht mehr gelten lassen. Hier muss ein möglichst pragmatischer Kompromiss gefunden werden. Für das deutsche Vergaberecht ist im Gespräch, die Einklagbarkeit der Nichtigkeit auf sechs Monate nach Vertragsschluss zu beschränken¹⁹⁵.

Nichtsdestotrotz kann die Umsetzung des Verfahrensgedankens und die Europäisierung der Rechtsschutzsystematik mithilfe des Verfahrens im deutschen Vergaberecht mittlerweile als Erfolgsgeschichte bezeichnet werden. Das Bild des heutigen europäisierten Vergaberechts kommt dem von *Schmidt-Aßmann* propagierten Bildes eines modernisierten nationalen Systemverständnis schon recht nahe, in welchem das Gerichtsverfahren mithilfe des Verwaltungsverfahrens den objektiven und subjektiven Kontrollaufgaben bei insgesamt stärkerer Einbindung der neuen Öffentlichkeit gerecht wird¹⁹⁶. Allerdings besteht leider immer noch ein dringender Reformbedarf der Schubladen- und Kaskadenkonstruktion und der Verschlingung des gesam-

¹⁹⁰ Zur Relativierung der allgemeinen Lehre: *F. Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 2002, Rn. 584 ff., *R. Wahl*, DVBl 2003, S. 1292.

¹⁹¹ Kapitel 5, § 5, III, 3 a), *F. Schoch*, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Festgabe BVerwG, 2003, S. 523 ff.

¹⁹² Kapitel 5, III, 3 c), 5 und 6.

¹⁹³ *M. Kment*, EuR 41 (2006), S. 221.

¹⁹⁴ *M. Kment*, EuR 41 (2006), S. 201 ff.

¹⁹⁵ Kapitel 5, § 2. IV. 3 c).

¹⁹⁶ *E. Schmidt-Aßmann*, DVBl 1997, S. 289.

ten Regelungswerkes.

III. Rückschlüsse auf das französische Verwaltungsrecht

Im französischen Vergaberecht wie auch im Verwaltungsrecht haben das Verfahren und die formellen Verpflichtungen der Verwaltung immer mehr an Bedeutung gewonnen. Wiederum kann nicht genau getrennt werden, inwieweit dieser Bedeutungszuwachs durch nationale Entwicklungen bedingt oder durch die Europäisierung ausgelöst oder zumindest verstärkt worden ist¹⁹⁷. Die Modernisierungsdebatte des französischen Verwaltungsrechts verfolgt ähnliche Ziele wie das gemeinschaftsrechtliche Konzept der Formstrenge, weshalb sich die Entwicklungen gegenseitig beeinflussen und verstärken. Im europäisierten, verfahrenstrengen Vergaberechtsregime kommen aktuelle Entwicklungen des französischen Verwaltungsrechts zum Tragen. Das Konzept der Formstrenge bindet die Verwaltung weitgehend und bringt eine neue Beziehung zwischen den Gewalten und dem Bürger zum Ausdruck. Der traditionellen „Schiefelage zugunsten der Verwaltung“¹⁹⁸ soll im gesamten Verwaltungsrecht ein neues Verhältnis zwischen Bürgern und Verwaltung weichen, das über die bisherige prozessuale Beziehung mittels juristischer Rechtsbehelfe hinausreicht¹⁹⁹. Die Öffnung des Staates, durch erweiterte Begründungs- und Transparenzpflichten der Verwaltung und Beteiligungsrechte der Bürger, ist eine der aktuellen Herausforderungen der Exekutive in Frankreich²⁰⁰. Andererseits wird in der Verwaltungsrechtslehre Frankreichs eine intensive Debatte um eine Vereinfachung des zunehmend komplexen Verwaltungsverfahrens geführt²⁰¹. Dabei wird jedoch die Gefahr einer zu weit gehenden Vereinfachung erkannt und die Illusion zurückgewiesen, die komplexe Wirklichkeit – gerade auch im Vergaberecht – könne rechtlich vereinfacht abgebildet werden²⁰². Die Effektivität des Verfahrens muss allerdings

¹⁹⁷ So auch: *M. Fromont*, in: H. Hill (Hrsg.), *Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht*, 2004, S. 73.

¹⁹⁸ So noch: *V. Schlette*, *Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich*, 1991, S. 345.

¹⁹⁹ *P. Gonod*, *AJDA* 2006, S. 489, *J.-L. Autin, u. a.*, *Droit administratif général*, 2005, S. 247 ff., 352–359.

²⁰⁰ „L’ouverture de l’administration à la citoyenneté“: *J.-L. Autin, u. a.*, *Droit administratif général*, 2005, S. 352.

²⁰¹ *J.-M. Pontier*, *AJDA* 2005, S. 345, *B. Delaunay*, *Rapports entre l’administration et les administrés*, 1993, S. 381 ff., *J.-M. Pontier*, *AJDA* 2000, S. 187 ff., 192, *P. Gonod*, *AJDA* 2006, S. 489.

²⁰² *F. Melleray*, *AJDA* 2005, S. 639, *F. Lichère*, *AJDA* 2005, S. 1.

verbessert werden²⁰³.

Es besteht keine unauflösbare Divergenz zwischen dem europäischen und dem nationalen Verfahrensansatz. Allerdings ist das bestehende Spannungsverhältnis zwischen dem Geltungsanspruch des Gemeinschaftsrechts und den nationalen Bestandsschutzwägungen für das französische Vergaberecht aufzulösen. Für die Dogmatik der öffentlich-rechtlichen Verträge würde die Ausweitung der Rechtmäßigkeitskontrolle über den Vertragsschluss hinaus eine weitere Relativierung des Grundsatzes der Unantastbarkeit des Vertrags bedeuten²⁰⁴. Möglicherweise kann eine Verpflichtung der Verwaltung von Amts wegen begründet werden, die Nichtigkeit im Einzelfall festzustellen²⁰⁵.

§ 5 Vergleich der Europäisierungseffekte und Bilanz

Die Europäisierung der nationalen Systematik im Referenzgebiet veranschaulicht verschiedene verallgemeinerungsfähige Impulse für die Verwaltungsrechtssystematik unter Europäisierungseinfluss. Der Vergleich der einzelnen Systemkomponenten zeigt, dass die Europäisierung der Rechtsschutzsystematik eine Neuausrichtung für das deutsche und das französische Vergaberecht bedeutet, wenn sich die Europäisierung des deutschen Rechts auch schwieriger darstellt. Im deutschen Recht zeichnet sich eine Akzentverschiebung in Richtung Interessentenklage ab. Dagegen sind im modernen französischen Verwaltungsrecht Subjektivierungstendenzen auszumachen, die zumindest durch das Gemeinschaftsrecht verstärkt werden. Damit kann eine gewisse Annäherung zwischen den konträren Rechtsschutzmodellen²⁰⁶ des deutschen Individualrechtsschutzsystems und des französischen objektiven Rechtsschutzsystems ausgemacht werden. So überrascht es nicht, dass die Ergebnisse in der Praxis des Referenzgebiets lange nicht so unterschiedlich ausfallen, wie die Gegensätzlichkeit der Modelle dies hätte erwarten lassen können²⁰⁷. Dies betrifft die Relativierung des Dualismus der Gerichtsbarkeiten genauso wie die Weite des Gerichtszugangs, die stufenweise Veränderung der Kontrolldichte, die Weite des einheitlichen Gestaltungsspielraums

²⁰³ J.-M. Pontier, AJDA 2005, S. 345.

²⁰⁴ Kapitel 5, § 5, VI. 2.

²⁰⁵ Kapitel 5, § 5, VI. 2 b)

²⁰⁶ Speziell zur Annäherung im Wege der Kontrolldichteintensivierung bei Grundrechtsrelevanz: J. Schwarze, in: ders. (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 201.

²⁰⁷ Kapitel 5, II. 5. und 6.; so auch: C. Calliess, in: C. Nowak (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, 2002, S. 99, M. Ruffert, Subjektive Rechte im Umweltrecht, 1996, S. 296; in dem Sinne ist wohl auch zu verstehen: S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 384 ff., 392.

und die Aufwertung des Verfahrensgedankens. In einigen Punkten besteht sogar Ergebniskongruenz zwischen deutschem und französischem Vergaberecht. Die grundsätzlichen Unterschiede bleiben dennoch erhalten²⁰⁸. Insbesondere wirken sich die gemeinschaftsrechtlichen Impulse auf die rechtssystematische Zuordnung des Rechtsgebiets, die Zuständigkeit der Gerichtsbarkeit und die Gewaltenteilung in den Vergleichsrechtsordnungen unterschiedlich aus. Auch die identische Herausforderung für den nationalen Bestandsschutz des vergaberechtlichen Vertrags im Zuge des europäischen Geltungsanspruches über den Vertragsschluss hinaus wird in beiden Rechtssystemen unterschiedlich gelöst²⁰⁹. Die Annäherung findet in den Grenzen der jeweiligen Systematik statt und beweist einen jeweils eigenen Weg der Europäisierung. Es gibt gerade nicht nur einen, sondern verschiedene nationale Wege, die europäischen Vorgaben umzusetzen²¹⁰.

²⁰⁸ So auch: *J.-M. Woehrling*, NZBau 1998, S. 462.

²⁰⁹ Kapitel 5, § 5, III. IV. 3 b) und VI. 2 b).

²¹⁰ Replique auf: *A. Hatje*, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, 317.

Kapitel 7: Die Entwicklungsperspektive der Europäisierung

Angesichts der umfassenden Europäisierung des Referenzgebiets und eines darüber hinausgehenden Veränderungspotenzials für das allgemeine Verwaltungsrecht stellt sich die Frage nach der Entwicklungsperspektive der Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts. In der Lehre wird eine kontroverse Diskussion um den Umfang der Angleichungswirkkraft der Europäisierung und der zu erwartenden Harmonisierungen zwischen dem nationalen Recht und dem Gemeinschaftsrecht geführt¹.

Grundsätzlich sind zwei Optionen für einen Mitgliedstaat denkbar, um auf zwingende, aber systemfremde Vorgaben des Gemeinschaftsrechts zu reagieren. Einerseits besteht die Möglichkeit einer „Minimalumsetzung“, die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in einem zweispurigen System nur dort umzusetzen, wo das nationale Recht europarechtlich überformt wird. Andererseits kann die nationale Rechtsordnung im Interesse einer einheitlichen Dogmatik vollständig an das gemeinschaftsrechtlich vorgegebene Modell angepasst werden, indem auch nicht europäisierte Bereiche des nationalen Rechts den europarechtlichen Vorgaben entsprechend modifiziert werden. Damit standen sich lange zwei entgegengesetzte Lager gegenüber: das Lager der Zweispurigkeit und das der Einspurigkeit². Im Zuge der vorangeschrittenen Europäisierung ist die Bedeutung weiterer Aspekte für den Prozess erkannt worden, wie die treibende Wirkung eines faktischen Anpassungsdrucks und eines ersten direkten Wettbewerbs zwischen den Rechtsordnungen sowie die hemmende Kraft nationaler Beharrungstendenzen. Die aktuelle Diskussion der Europäisierungsperspektive ist damit differenzierter geworden³. Sie findet nun im Spannungsverhältnis zwischen Konvergenz und Divergenz und zwischen Einheit und Vielfalt statt⁴. Das Referenzgebiet Vergaberecht bietet Anschauungsmaterial, um eine Synthese zu den herkömmlichen Modellen zu entwickeln.

¹ M.-C. Ponthoreau, AJDA 2006, S. 20, T. Georgopoulos, La séparation horizontale des pouvoirs, 2005, S. 501.

² Ähnlich: Vereinheitlichungs- versus Anerkennungsmodell: T. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 398 ff., 407 ff.

³ Es ist zu berücksichtigen, dass die Meinungslager in Reinform dargestellt werden und ihnen insofern Modellcharakter zukommt, von dem sich die zahlreichen Meinungsvertreter in gewissen Grenzen differenzieren.

⁴ A. Hatje, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 421, T. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 419 ff.

§ 1 Meinungsstand

I. Einspurigkeit

Nach der Einspurigkeitsthese wird das Nebeneinander des nationalen und des europäischen Verwaltungsrechts von einem gesamteuropäischen Verwaltungsrecht abgelöst werden⁵. Es wird argumentiert, schon die möglichst einheitliche Rechtsanwendung des Gemeinschaftsrechts, die Rechtssicherheit und die Stimmigkeit des Gesamtsystems mache eine Vereinheitlichung notwendig⁶. Als Nachweis für die Entwicklung eines solchen einspurigen Systems wird auf die zahlreichen Angleichungen und Lockerungen der Zweispurigkeit verwiesen. Der große Bestand des „reinen“ nationalen Rechts ist einem offensichtlichen Schwund ausgesetzt; der noch schmale Sektor des europäisch beeinflussten Rechts wächst hingegen rasant.

Die These der Einspurigkeit wusste sich zu Zeiten eines unbedingten Glaubens an die Kraft Europas einer bereiten Mehrheit sicher. Zunehmend stellen sich nun aber Zweifel hinsichtlich der Vereinheitlichungskraft der Europäisierung ein⁷. Vor allem hat man nicht mit derartig zähen und langwierigen Beharrungstendenzen in den Mitgliedstaaten gerechnet, zu denen es beispielsweise im Vergaberecht gekommen ist⁸. Auf dem Weg zu einem einheitlichen europäischen Verwaltungsrecht sind damit Zwischenschritte unvermeidbar⁹. Diese sind laut Aussage der Europäischen Kommission auch notwendig, um die Akzeptanz der Regeln zu gewährleisten. Zielte die Europäische Kommission zunächst darauf ab, die Einspurigkeit im Wege einer normativen Ersetzung nationalen Rechts zu erreichen, ist man schon Mitte der 1980er Jahre von einer Totalharmonisierung abgekommen und hat zu einem Verständnis der Mindestharmonisierung im Sinne der „Neuen Strategie“

⁵ M. Burgi, Verwaltungsprozess und Europarecht, 1996, S. 45, C. D. Classen, NJW 1995, S. 2463, D. H. Scheuing, in: Hoffmann-Riem u. a. (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 353, E. Klein, in: C. Starck (Hrsg.), Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze, 1992, S. 117, 142.

⁶ M. Brenner, LKV 2002, S. 305, O. Schily, NVwZ 2000, S. 888, T. Schmidt, Die Subjektivierung des Verwaltungsrechts, 2006, S. 292, 293; „unausweichlicher Unitarisierungsdruck“: F. Schoch, NVwZ 1999, S. 462.

⁷ „Die Option der Vereinheitlichung lässt sich zwar in den warmen Farben der Vorzüge des sich neu bildenden Rechts schildern, es besteht gleichwohl Anlass zur Zurückhaltung und zur Differenzierung“: R. Wahl, DVBl 2003, S. 1293.

⁸ Umfassend dazu in Kapitel 4.

⁹ S. Gerstner, Die Drittschutzdogmatik, 1995, S. 269, P. M. Huber, in: FS Schiedermaier, 2001, S. 781, D. H. Scheuing, in: Hoffmann-Riem u. a. (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 353, F. Schoch, JZ 1995, S. 397, T. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 397.

gefunden¹⁰. Offen ist jedoch, wie lange diese Phase der Zwischenschritte dauern wird. Man hat einsehen müssen, dass der Europäisierungsprozess zeitintensiv ist und sich nur bedingt beschleunigen lässt. Die Vorgaben Europas treffen auf nationale, austarierte Rechtssysteme, im Rahmen derer eine Eingliederung neuer Elemente nur langsam vonstatten geht.

II. Zweispurigkeit

Die Vertreter der Zweispurigkeit lehnen den zwingenden Einheitsweg ab¹¹. Nach der Zweispurigkeitsthese bleibt es bei einer Trennung zwischen einem europäisierten und einem rein nationalen Verwaltungsrecht ohne ein einheitliches dogmatisches Konzept¹². Es bleibt bei dem Gemeinschaftsverwaltungsrecht als Komplementärrechtsordnung¹³. Schließlich besteht gerade keine umfassende europäische Kompetenz zur Regelung des gesamten nationalen Verwaltungsrechts¹⁴. Mussten sich die Vertreter der Zweispurigkeit noch vor einiger Zeit unterschwellige Europarechtsfeindlichkeit nachsagen lassen, wird ihnen heute wieder Verständnis entgegengebracht. Einem unbedingten Glauben an die grenzenlose Kraft der Europäischen Integration ist angesichts der Vielfalt in Europa ein realistischerer Blick gewichen. In Europa stehen sich souveräne und in kultureller, gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Hinsicht grundverschiedene Staaten gegenüber¹⁵. Die These der Zweispurigkeit erhält Unterstützung von den Anhängern der Theorie des kulturellen Relativismus, wonach die Unterschiede zwischen den Rechtssystemen eine unüberwindbare Grenze für die Europäisierung im Sinne einer Vereinheitlichung darstellen¹⁶. Die Unterschiede zeigen sich eindrücklich im öffentlichen Recht, wo sich die grundlegenden Begrifflichkeiten nicht angenähert haben¹⁷. Darüber hinaus wird ein unüberbrückbarer Graben zwischen dem Common Law und dem kodifizierten Recht des romanischen und des germa-

¹⁰ V. Neßler, Europäisches Richtlinienrecht, 1994, S. 8, K.-C. Scheel, Privater Sachverstand im Verwaltungsvollzug des europäischen Rechts, 1999, S. 33, 167, M. Wagner, Das Konzept der Mindestharmonisierung, 2001, S. 18 ff., 153 ff.

¹¹ M. Burgi, Verwaltungsprozess und Europarecht, 1996, S. 45.

¹² S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 14, 290, 483, 484.

¹³ T. Damwitz, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 413.

¹⁴ Kapitel 1 § 3. II.

¹⁵ Anschaulich: G. Braunberger, FAZ vom 05.03.2006, „Europas Flirt mit dem Nationalismus“.

¹⁶ M.-C. Ponthoreau, AJDA 2006, S. 24.

¹⁷ P. Legrand, in: P. Beaumont (Hrsg.), Convergence and divergence in European public law 2002, S. 225, 246, 249.

nischen Rechtskreises ausgemacht¹⁸, und selbst zwischen der französischen und der deutschen Rechtsschutzkonzeptionen zeigen sich entscheidende strukturelle Divergenzen¹⁹. Durch die umfassende Osterweiterung der EU in den vergangenen zwei Jahren hat diese Argumentation noch an Eindringlichkeit gewonnen²⁰.

Das zweispurige Modell hat allerdings die dauerhafte Aufspaltung des Rechts in ein fallbezogenes nationales Sonderverwaltungsrecht für gemeinschaftsrechtliche Sachverhalte und ein zweites für nationale Sachverhalte zur Folge. Vergleichbare Lebenssachverhalte werden unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterstellt, obwohl eine klare Trennung zwischen den Anwendungsbereichen oft gar nicht mehr möglich ist²¹. Das zweispurige Vorgehen ist langfristig weder mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit noch mit dem Äquivalenzgebot vereinbar. Auch werden Unstimmigkeiten in der Gesamtsystematik provoziert mit negativen Folgen für die Steuerungsleistung des Rechts²². Zudem ist fraglich, ob sich die Zweispurigkeit angesichts der Sogwirkung indirekter Europäisierungsprozesse im Zuge von Spill-over-Effekten und faktischer Anpassungskräfte auf Dauer überhaupt durchhalten ließe, selbst wenn man dies um der Bewahrung der nationalen Eigenständigkeit und der Rechtskultur der Mitgliedstaaten wollte²³. Mittlerweile ist die Vielschichtigkeit und die Reichweite direkter und indirekter Europäisierungsprozesses erkannt worden, die mehr als nur die Anpassung von Normen mit sich bringt²⁴.

¹⁸ P. Legrand, ICLQ 1996, S. 62, 65, 79; ähnlich: A. Grosche, Europäisierung des Verwaltungsschutzes im Vereinigten Königreich, 2004, S. 60.

¹⁹ Kapitel 5 §§ 2–5, Kapitel 6; fundamental verschiedene „Wertemodelle“: R. Halfmann, VerwArch. 2000, S. 86 ff., 98.

²⁰ F. Foitzik, Probleme und Grenzen der Europäisierung, 2006, S. 460.

²¹ So auch: U. Baumgartner, Die Klagebefugnis nach deutschem Recht, 2005, S. 208.

²² R. Streinz, in: U. Everling (Hrsg.), Mindestharmonisierung im europäischen Binnenmarkt, 1997, S. 31, W. Hoffmann-Riem, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 365, F. Schoch, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 315.

²³ R. Wahl, DVBl 2003, S. 1291, B. W. Wegener, Rechte des Einzelnen, 1998, S. 306, S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 14, T. Schmidt, Die Subjektivierung des Verwaltungsrechts, 2006, S. 292, 293, T. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System, 1996, S. 397, Kapitel 6.

²⁴ Kapitel 1, § 3. I., W. Hoffmann-Riem, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 329, 330, 373.

III. Konvergenzthese

Die Konvergenzthese hat sich als Denkansatz jenseits der Diskussion der Zweispurigkeit versus Einspurigkeit mittlerweile als vorherrschend etablieren können²⁵. Die Konvergenzthese, die These der Annäherung oder auch des Zusammenstrebens²⁶, konzentriert sich auf die Gemeinsamkeiten der nationalen Rechtssysteme; auf ihre gemeinsamen Wurzeln wie auch auf die angeleglichen Normen und Institute und versteht sich als pragmatische Alternative zum Modell der totalen Angleichung²⁷. Gemeinsamer Nenner der Vertreter ist die Behauptung der Vergleichbarkeit der Rechtssysteme dem Grunde nach²⁸, beziehungsweise der Überwindbarkeit der Divergenzen durch eine Weiterentwicklung der Rechtssysteme²⁹. So könnten die Unterschiede zwischen den nationalen Systemen die Europäisierung zwar erschweren aber nicht aufhalten³⁰. Zum Beweis wird auf die bereits hergestellte umfangreiche, gemeinsame Rechtsbasis sowie die Kraft der Wechselwirkung und der faktischen Anpassung verwiesen³¹. Die Konvergenz kann sich durch supra- oder transnationale Koordination herausbilden, kann aber auch durch Gesetzgebung hergestellt werden³². Konvergenz heißt nicht Übereinstimmung in jedem Detail, sondern Übereinstimmung in einem gewissen Korridor³³. Allerdings ist unklar, wie groß dieser Korridor sein muss. Teilweise wird eine innere Stimmigkeit der Normen ungeachtet äußerer Unterschiede gefordert³⁴,

²⁵ M.-C. Ponthoreau, AJDA 2006, S. 22, 24.

²⁶ Konvergenz leitet sich ab vom spätlateinischen Verb „convergere“.

²⁷ W. Hoffmann-Riem, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 373, R. Wahl, DVBl 2003, S. 1291, R. Schmidt, in: R. Pitschas (Hrsg.), Internationalisierung von Staat und Verfassung, 2002, S. 302, 303.

²⁸ „Unabdingbarkeit der Konvergenz der Systeme“: F. Schoch, Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 2000, S. 23, 49, M.-C. Ponthoreau, AJDA 2006, S. 22 m.w.N. zu französischer Literatur, K. Zweigert, u. a., Einführung in die Rechtsvergleichung, 1996, S. 36.

²⁹ „Erosion der Rechtskreise“: G. Brüggemeier, in: H.-D. Assmann u. a. (Hrsg.), Unterschiedliche Rechtskulturen und Konvergenz des Rechtsdenkens, 2001, S. 2.

³⁰ E. Schmidt-Aßmann, AJDA N° spécial 1996, S. 152, G. Winter, NVwZ 1999, S. 467, 471, für eine überwindbare Konvergenz der strukturellen Unterschiede hinsichtlich des Verwaltungsverfahrens: R. Wahl, in: H. Hill u. a. (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, 2004, S. 365, 377–381.

³¹ M.-C. Ponthoreau, AJDA 2006, S. 24.

³² M.-C. Ponthoreau, AJDA 2006, S. 24.

³³ W. Hoffmann-Riem, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 339.

³⁴ R. Wahl, in: H. Hill u. a. (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, 2004, S. 365.

³⁵ W. Hoffmann-Riem, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 339.

andere Vertreter lassen bereits eine Ergebniskonvergenz „zur Erlangung annähernd gleicher Ergebnisse“³⁵ genügen.

Die Disziplin der Rechtsvergleichung spielt zum Auffinden gemeinsamer Bausteine eine elementare Rolle³⁶, aber sieht sich insoweit Kritik ausgesetzt. Ihr wird vorgeworfen, sie versuche die Unterschiede zwischen den Rechtssystemen einzuebnen. Man könne keine Gemeinsamkeiten finden, weil man welche finden wolle. Gute rechtsvergleichende Studien müssten vielmehr gerade die Grenzen der Konvergenzthese aufzeigen³⁷. Zum Verständnis des Europäisierungsprozesses sei es entscheidend, dessen rechtskulturelle Bedingtheit im Blick zu behalten. Der Europäisierungsgegenstand lasse sich regelmäßig nicht auf Rechtsnormen und Rechtsinstitute in ihrer Textgestalt beschränken, sondern erfasse gerade auch die dahinter stehende komplexe Systematik³⁸.

§ 2 Erfahrungen im Vergaberecht

Die Europäisierung im Vergaberecht ist vor dem Hintergrund der Vollendung des Binnenmarktes als primäre Zielsetzung der EU in den letzten zehn Jahren stark vorangeschritten. Noch Anfang der 1990er Jahre wurde das Vergaberecht in der Literatur als Gebiet bloßer *räumlicher* Europäisierung vorgestellt³⁹. Dagegen kann heute eine *punktueller* und sogar *struktureller* Europäisierung der Systemzusammenhänge im nationalen Recht des Oberschwellenbereichs und auch eine erste indirekte Europäisierung des nationalen, nur mittelbar europäisch bedingten Unterschwellenbereichs festgestellt werden⁴⁰.

Trotz der starken europäischen Überformung, die vor über 30 Jahren begann, kann jedoch keine Angleichung des europäischen und des nationalen Rechts

³⁵ R. Wahl, in: H. Hill u. a. (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, 2004, S. 383, E. Schmidt-Aßmann, AJDA N° spécial 1996, S. 149; ähnlich: „Mindestmaß an Kongruenz über allgemeine gemeinsame Prinzipien kombiniert mit einer Feinsteuerung je nach Rechtsgebiet“: A. Hatje, Gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 343 ff.

³⁶ M.-C. Ponthoreau, RID comp. 2005, S. 19, 24; zum Vorgehen im Einzelnen wird ein Streit zwischen der traditionellen Rechtsvergleichung und der post-modernen Rechtsvergleichung ausgetragen. Letztere legt den Akzent auf die Pluralität und die Unterschiede der Struktur einer Rechtsgemeinschaft und berücksichtigt Soziologie, Wirtschaft, Sprache und Geschichte.

³⁷ „Unterschiede sind endlich positiv zu bewerten; dem kulturellen Einheitsbrei ist zu widerstehen“: P. Legrand, in: P. Beaumont (Hrsg.), Convergence and divergence in European public law, 2002, S. 253, 255, 229.

³⁸ E. V. Heyen, Kultur und Identität in der europäischen Verwaltungsrechtsvergleichung, 2000, S. 31

³⁹ V. Neßler, Europäisches Richtlinienrecht, 1994, S. 197.

⁴⁰ Kapitel 5.

im Sinne einer strengen Einspurigkeit vorgefunden werden. So ist es sogar grundsätzlich bei zwei abtrennbaren Rechtsgebieten in den nationalen Rechtsordnungen geblieben⁴¹. Bis heute besteht eine Zweispurigkeit zwischen dem Ober- und dem Unterschwellenbereich, je nach dem, ob der Anwendungsbereich der europäischen Vergaberechtsrichtlinien einschlägig ist oder nicht. Allerdings bestehen Unterschiede zwischen Frankreich und Deutschland. In Frankreich ist die Zweigeteiltheit weitgehend durch ein abgestuftes Verfahrens- und Rechtsschutzsystem überwunden worden⁴². Anders als in Deutschland waren in Frankreich aber auch die Bemühungen von Anfang an darauf gerichtet, eine Gesamtsystematik auszubilden⁴³. In Deutschland wurde der Weg der Zweispurigkeit dagegen bewusst gewählt, um „zu retten, was von der traditionellen Sichtweise zu retten ist“⁴⁴. Doch trotz der strengen formalen Trennung und ausgeprägten nationalen Beharrungen gegen eine Öffnung des Unterschwellenbereichs ist es zu Durchbrechungen der Zweispurigkeit und Wechselwirkungen mit dem Oberschwellenbereich gekommen, insbesondere weil sich der Unterschwellenbereich dem Primärrechtsschutz geöffnet hat⁴⁵. In Kapitel 5 sind diverse indirekte Europäisierungseffekte in der Rechtswirklichkeit des Vergaberechts nachgewiesen worden. Der ehemals breite politische Konsens hinsichtlich der Beibehaltung der Zweispurigkeit ist erheblich unter Druck geraten⁴⁶. Andererseits ist die bewahrende und abschottende Wirkung der formellen Trennung nicht zu unterschätzen. Für den deutschen Unterschwellenbereich sind weitere Systemänderungen erst auf lange Sicht hin zu erwarten⁴⁷.

Von der Annäherung des Unterschwellen- an den Oberschwellenbereich ist die Annäherung zwischen den nationalen Rechtsgebieten im Zuge der Europäisierung zu trennen. In Kapitel 5 konnte für das Referenzgebiet eine Annäherung in der Behandlung konkreter Rechtsfragen nachgewiesen werden⁴⁸. Zumindest auf den ersten Blick bestärkt dieses Ergebnis die *Konvergenztheorie*. Andererseits aber zeigen sich nach wie vor große Unterschiede zwischen den zur Begründung herangezogenen Konzepten. Das deutsche und das fran-

⁴¹ Kapitel 3, § 3, III.

⁴² Kapitel 3, § 3, II. 5.

⁴³ J.-M. Woehrling, in: J. Schwarze (Hrsg.), Die rechtsstaatliche Einbindung der europäischen Wirtschaftsverwaltung, 2002, S. 58, M. Delmas-Marty, Critique de l'intégration normative, 2004, S. 128.

⁴⁴ P. M. Huber, JZ 2000, S. 877; in diesem Sinne auch: E. Schmidt-Aßmann, DVBl 1993, S. 924.

⁴⁵ Kapitel 5, § 2, II.3., §§ 3–5 jeweils zur indirekten Europäisierung..

⁴⁶ Siehe noch: J. Ruthig, NZBau 2006, S. 138; a. A.: M. Hollands, u. a., DÖV 2006, S. 55 ff., H. Ollmann, VergabeR 2004, S. 70, M. Knauff, Vr 2000, S. 404.

⁴⁷ K. Hailbronner, Abschlussbericht vom 19.04.2005: „Veränderungen im Auftragswesen durch europäisches und internationales Recht“.

⁴⁸ Vgl. Kapitel 5 jeweils im Vergleich der Europäisierungseffekte; Kapitel 6, § 5.

zösische Vergaberecht weisen weiterhin entscheidende nationale Prägungen und traditionelle Besonderheiten auf. Der Vergleich beider Systeme zeigt, dass es trotz identischer Ergebnisvorgaben des Gemeinschaftsvergaberechts zu zwei unterschiedlichen Rechtswirklichkeiten, einer „*transposition plurielle*“ im jeweiligen System, gekommen ist⁴⁹. In letzter Konsequenz bestimmen die Besonderheiten der nationalen Dogmatik und der nationalen Rechtsschutzsystematik die Europäisierung des nationalen Rechts. Die Entwicklung eines einspurigen europäischen Vergaberechts im Wege detaillierter Rechtsangleichungen kann für die Zukunft auch aus rechtspolitischen Erwägungen der Nationalstaaten ausgeschlossen werden. Es wird grundsätzlich bei unterschiedlichen nationalen Vergaberechtsregimen bleiben, die sich aber weiter entwickeln werden. So ist insbesondere zu erwarten, dass die Unterschiede zwischen dem Ober- und dem Unterschwellenbereich weiter vermindert werden. Schließlich zeichnen sich selbst für das deutsche, formal zweigeteilte Vergaberecht zunehmend Grundlinien einer europäisierten nationalen Systematik ab, um eine innere Kohärenz im Rechtsregime herzustellen.

§ 3 Synthese: Pluralität der Europäisierungswirklichkeiten

Keine der dargestellten Thesen zur Perspektive der Europäisierung kann dem komplexen Vorgang der Europäisierung letztlich vollständig gerecht werden und realistische Aussagen über die weitere Entwicklung treffen. Insbesondere die Einspurigkeit und die Zweispurigkeit erfassen die neueren Entwicklungsmomente nur unzureichend. Europäisierung bedeutet weder ein Verharren in der Zweispurigkeit noch eine gleichmacherische Unitarisierung⁵⁰. Auf der einen Seite bestehen starke nationale Beharrungstendenzen und Rechtsanwendungsdefizite, wie sie in Kapitel 4 für das Vergaberecht nachgewiesen wurden, die die Herstellung der Einspurigkeit zu Recht in Frage stellen. Andererseits wird zu Recht die Einrede des faktischen Anpassungsdrucks gegen eine Zweispurigkeit erhoben⁵¹. Die Wechselwirkung mit der Wirklichkeit

⁴⁹ Eine Untersuchung der französischen und der spanischen Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie kommt zum gleichen Ergebnis: *M. Delmas-Marty*, Critique de l'intégration normative, 2004, S. 117, 125 ff.

⁵⁰ So auch: *W. Hoffmann-Riem*, in: E. Schmidt-Aßmann u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 368, *M.-C. Ponthoreau*, AJDA 2006, S. 25, *M. Bremner*, LKV 2002, S. 308, *A. Grosche*, Europäisierung des Verwaltungsrechtsschutzes im Vereinigten Königreich, 2004, S. 60.

⁵¹ *F. Schoch*, JZ 1995, S. 116, 117, *E. Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 2004, S. 39.

bewirkt eine Annäherung zwischen den Rechtssystemen⁵². Gleiches gilt für die Wettbewerbstendenzen zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten⁵³. Das europäische und das nationale Recht können nicht mehr als getrennte Rechtssysteme betrachtet werden. Angesichts der gemeinschaftsrechtlichen Überlagerungen des mitgliedstaatlichen Rechts ist eine *integrative Betrachtungsweise* zwingend⁵⁴. Die Konvergenzthese schafft es zwar, einen gemeinsamen Ausgangspunkt auszumachen und den Europäisierungsdiskurs über die Landesgrenzen hinweg zu führen. Die Divergenzen zwischen den europäisierten Rechtssystemen und die historischen Traditionen werden auch durchaus ernst genommen⁵⁵, durch den Ansatz der Theorie aber zwingend marginalisiert⁵⁶. Die These von der Ergebniskonvergenz läuft tendenziell Gefahr, die weitergehenden strukturellen Folgen für das jeweilige System und die indirekten Europäisierungseffekte zu übersehen und den Prozess der Europäisierung zu verkürzen⁵⁷. Die Europäisierung des nationalen Rechts kann aber nur dann umfassend aufgearbeitet werden, wenn sowohl das Konvergenzpotenzial als auch das Friktionspotenzial ausreichend Beachtung finden. Die grundsätzlichen Unterschiede müssen Beachtung finden und dürfen nicht nivelliert werden, besonders nicht diejenigen, die den Charakter der nationalen Verwaltungsrechtssystematik ausmachen. Trotz fortschreitender Europäisierung spielen die nationalen Besonderheiten weiterhin eine entscheidende Rolle, wie die Erfahrungen im Referenzgebiet beweisen⁵⁸.

Die Synthese einer Entwicklungsperspektive zu den vorgestellten Thesen findet sich zwischen den beiden Polen der Ein- und der Zweispurigkeit. Die These der *Pluralität der Europäisierungswirklichkeiten* wird dem Prozess der Europäisierung im Spannungsverhältnis zwischen europäischen Ergebnisvorgaben, faktischem Anpassungsdruck, Wettbewerbstendenzen zwischen den Mitgliedstaaten und nationalen Beharrungstendenzen sowie der vorrangigen systemimmanenten Umsetzung unter ausreichender Würdigung der Systemdivergenzen zwischen den Rechtsordnungen gerecht⁵⁹. Sie schafft es, den

⁵² Kapitel 1, § 3, I. 4., Kapitel 3, § 2, II. 4., *M. Brenner*, LKV 2002, S. 308, *R. Wahl*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 431, *J. Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 209.

⁵³ Kapitel 1, § 2. 4 b).

⁵⁴ *M. Brenner*, Der Gestaltungsauftrag, 1996, S. 415.

⁵⁵ *J. Schwarze*, AJDA, N° spécial 1996, S. 145.

⁵⁶ *P. Legrand*, in: P. Beaumont (Hrsg.), Convergence and divergence in European public law, 2002, S. 256.

⁵⁷ *R. Sturm*, in: G. F. Schuppert u. a. (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 104.

⁵⁸ Kapitel 5 §§ 2–5, Kapitel 6, insb. § 5, Kapitel 7, § 2; in diesem Sinne auch: *R. Schmidt*, in: R. Pitschas (Hrsg.), Internationalisierung von Staat und Verfassung, 2002, S. 297.

⁵⁹ In diesem Sinne auch: *R. Sturm*, in: G. F. Schuppert u. a. (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 104; ähnlich: *C. Knill*, u. a., Der Staat 2006, S. 244, *W. Hoffmann-Riem*, in: E. Schmidt-Abmann

dogmatischen Prozess in den nationalen, europäisierten Rechtsordnungen differenziert aufzuarbeiten, die Gegebenheiten der verschiedenen europäisierten Wirklichkeiten wertungsneutral abzubilden und erlaubt eine realistische Prognose von der weiteren Entwicklung. Europäisierung bedeutet Änderung, Annäherung und Weiterentwicklung in der mitgliedstaatlichen Vielfalt eigenständiger nationalstaatlicher Rechtsordnungen.

u. a. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 330; „Pluralität der Entwicklungskräfte“: *E. Schmidt-Aßmann*, in: ders. *u. a.* (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 42, *M. Delmas-Marty*, Critique de l'intégration normative, 2004, S. 117, 125 ff., *T. Georgopoulos*, La séparation horizontale des pouvoirs, 2005, S. 350, 489–503, *B. Auby*, AJDA N° spécial 1996, S. 192.

Schlussbetrachtung

Die Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts schreitet unaufhaltsam voran, auch wenn sich der konkrete Europäisierungsgrad weder durch numerische Messmethoden noch durch Beschreibungsmodelle genau bestimmen lässt. Das Vergaberecht, als Teilbereich des Wirtschaftsrechts eng mit der Zielsetzung eines einheitlichen Binnenmarkts verknüpft, ist aber jedenfalls besonders stark europäisch überformt. Selbst die gesetzgeberische Funktion des Rechtsregimes ist heute europäisch bestimmt und zielt neben der kostengünstigen Güterbeschaffung auf den Schutz des Wettbewerbs und der im Wettbewerb stehenden Bieter vor der Willkür des Auftraggebers ab. Das Referenzgebiet vermag deshalb die Funktionsweise und die Folgen der Europäisierung für die Vergleichsrechtsordnungen Deutschland und Frankreich zu veranschaulichen.

Die Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts ist Thema vieler rechtswissenschaftlicher Arbeiten. Dennoch steht die Aufarbeitung der dogmatischen Herausforderungen für die nationale Systematik und Dogmatik in vielen Punkten noch aus. Der Europäisierungsprozess hat das nationale Recht auf neue, noch ungeordnete Wege gebracht und wird weitere Veränderungen bewirken. Gerade die indirekten, faktischen Europäisierungsprozesse, die jenseits hierarischer Anpassungsprozesse eine sogenannte „negative“ Integration bewirken, bergen aufgrund von „Ansteckungsprozessen“¹ und Kettenreaktionen durch „Spill-over-Effekte“² Sprengkraft für tradierte nationale Rechtssysteme. Die „Europäisierungskompetenz“ der Gemeinschaft ist insoweit nicht unproblematisch. Doch kann der unumkehrbare Prozess der europarechtlichen Imprägnierung³ nicht auf fehlende Kompetenztitel verwiesen werden, wenn auch die Frage nach der Legitimation zum Anlass für eine Diskussion um Sinn, Struktur, Finalität und Zukunft der Gemeinschaft genommen werden sollte. Letztlich kommt es jedoch darauf an, diesen konfliktträchtigen Wandlungsprozess⁴ des nationalen Rechts zu bewältigen. Vor diesem Hintergrund erörtert die vorliegende Arbeit aktuelle Fragen der Europäisierung des Rechtswegs, des Gerichtszugangs, des Kontrollmaßstabs und des Verfahrens für das deutsche und das französische Vergaberecht.

¹ „Effets de contagion“: *J. Duheil de La Rochère*, in: J. Bourrinet (Hrsg.), *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, 2000, S. 182.

² „Une réaction en chaîne“: *J.-F. Flauss*, in: J. Schwarze (Hrsg.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996, S. 96.

³ *R. Wahl*, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Hrsg.), *Kommentar zur VwGO*, 2006, Vorb. § 42 VwGO, Rn. 127.

⁴ *C. Joerges*, *Der Europäisierungsprozess als Herausforderung*, 2006, S. 3.

Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben des indirekten Vollzugs treffen auf national austarierte Systemzusammenhänge. So verwundert es nicht, dass die in Fallgruppen aufbereitete Spruchpraxis für das Referenzgebiet ein gewisses Friktionspotenzial zwischen den Funktions- und Ergebnisvorgaben des Gemeinschaftsrechts und der tradierten Systematik und einen entsprechenden Anpassungsdruck offenbart. Die gemeinschaftsrechtliche Überformung zeugt von einer nachhaltigen prozessualen Komponente. So mussten in beiden Rechtsordnungen spezielle Rechtswege im Oberschwellenbereich eröffnet werden. Im Unterschwellenbereich befindet sich ein entsprechendes Äquivalent teilweise noch in Entwicklung. Doch selbst im deutschen Recht, wo der Rechtsweg im Unterschwellenbereich lange und heftig umstritten war, wird mittlerweile ein Rechtsweg zu einem vereinfachten Rechtsschutz nicht mehr in Frage gestellt. Zwar bleibt die Ausgestaltung im Detail den Mitgliedstaaten vorbehalten, mittelbar kann dem Gemeinschaftsrecht allerdings eine indirekte Wirkkraft nicht abgesprochen werden mit Folgen für den Dualismus zwischen den Gerichtsbarkeiten. Während allerdings in Frankreich ein Kampf um die Zuständigkeit für das europäisierte Recht ausgebrochen ist, nimmt die deutsche Gerichtsbarkeit den Gestaltungsauftrag nur sehr zögerlich wahr.

Die Einführung eines vergaberechtlichen Kontrollverfahrens bedeutet für beide Rechtsordnungen einen Impuls für die Neujustierung der Rechtsschutzsystematik. Die europäisch bedingte Prozeduralisierung stellt die deutsche Individualrechtsschutzsystematik auf eine harte Probe, bedeutet aber nicht deren dogmatisches Ende. Das Modell der gemeinschaftsrechtlich aufgeladenen Schutznormtheorie setzt sich zur Rezipierung der erweiterten Funktionalität des Klagerechts durch. Dadurch wird die tradierte Dogmatik nicht aufgegeben, aber mit Neuem angereichert – mit faktischen Erwägungen zur Bestimmung der konkreten Betroffenheit. Weiterhin können stufenweise Abweichungen vom herkömmlichen Maßstab der vollen Kontrolldichte im Sinne des Art. 19 IV GG festgestellt werden. Auch die tradierte Fehlerfolgenlehre öffnet sich einer neuen Funktionalität, aber wird grundsätzlich beibehalten. Dies kann jedoch nicht über die Tiefe der Veränderungen hinwegtäuschen. Die Europäisierung wirkt sich auf die Pfeiler der Rechtsschutzsystematik aus. Der Rechtsschutzauftrag der Individualrechtsschutzsystematik muss sich für die Gemeinschaftsaufgabe der Rechtsdurchsetzung im indirekten Vollzug öffnen. Infolgedessen erfährt der Schutzzweckgedanke zur Bestimmung des Klagerechts eine wesentliche Relativierung, die sich im Rechtswidrigkeitszusammenhang fortsetzt. Die international wegen ihrer hohen Differenziertheit etwas verrufene deutsche Dogmatik der Ermessenslehre öffnet sich moderaten Anpassungen und die gerichtszentrierte Gewaltenteilung verändert ihre Gewichtung zugunsten einer stärkeren Exekutive.

Während die deutsche Systematik des Individualrechtsschutzes zu kämpfen hat, die Europäisierung systemimmanent aufzuarbeiten, kann die Europäisierung

rung des französischen Rechts weitgehend an Subjektivierungstendenzen und Reformbemühungen der nationalen Verwaltungsrechtslehre anknüpfen. Aktuell wird in der französischen Verwaltungsrechtslehre eine grundlegende Diskussion um eine neue Beziehung zwischen der Verwaltung und den Bürgern zugunsten einer stärkeren Position des rechtsschutzsuchenden Bürgers geführt⁵, die der gemeinschaftsrechtlichen Funktionalität des Einzelnen im indirekten Vollzug entgegenkommt. Doch auch das französische Recht muss sich Veränderungen stellen. Die gemeinschaftsrechtlich eingeforderte Kontrollverdichtung lässt sich in eine kontinuierliche Entwicklung einordnen, bewirkt in der Konsequenz jedoch eine Neuordnung der prozessualen Klage-landschaft und bricht die tradierte Gewaltenteilung zugunsten einer stärkeren Position der Gerichtsbarkeit gegenüber der Verwaltung auf.

Im Ergebnis zeichnet sich für das Referenzgebiet in den Vergleichsrechtsordnungen jeweils ein neues, europäisiertes Systemverständnis ab. Die Analyse des Vergaberechts illustriert die Europäisierung der nationalen Systemzusammenhänge und lässt auf diese Weise Erkenntnisse zur Sogwirkung der Europäisierung zu⁶. Die Ergebnisse im Referenzgebiet lassen sich zumindest tendenziell auf anstehende Entwicklungen anderer Rechtsgebiete des besonderen Verwaltungsrechts und der allgemeinen Verwaltungsrechtslehre übertragen. Die europäisierte Systematik orientiert sich an Bekanntem und Tradiertem, geht aber gleichzeitig neue Wege, um die Funktionsvorgaben Europas im jeweils eigenen nationalen System umzusetzen. Während im französischen Verwaltungsrecht Subjektivierungstendenzen auszumachen sind, die durch das Gemeinschaftsrecht verstärkt werden, muss sich die deutsche Individualrechtsschutzsystematik für den Schutz von Allgemeininteressen öffnen und vollzieht dabei eine Akzentverschiebung in Richtung Interessentenklage. Trotz dieser Annäherungen im Ergebnis bleiben die grundsätzlichen Unterschiede zwischen den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten allerdings erhalten. Die Analyse der Europäisierung anhand des Referenzgebiets Vergaberecht veranschaulicht, dass es nicht den einen, angeglichenen Weg der Europäisierung, sondern alternative Lösungen des Anpassungsdrucks gibt, wodurch *plurale Europäisierungswirklichkeiten* in den Mitgliedstaaten Europas bewirkt werden. Die Rechtswissenschaft ist gefordert, an dieser Pluralität mitzuarbeiten und den Europäisierungsprozess zu begleiten. Die vorliegende Arbeit leistet dazu einen Beitrag.

⁵ „L'ouverture de l'administration à la citoyenneté“: J.-L. Autin, u. a., Droit administratif général, 2005, S. 352, P. Gonod, AJDA 2006, S. 489, M. Fromont, in: M. Long (Hrsg.), Mélanges R.Chapus, 1992, S. 207.

⁶ Kapitel 6

Literaturverzeichnis

A

Aaken, Anne, Vom Nutzen der ökonomischen Theorie für das öffentliche Recht, in: Bungenberg, Marc/ Danz, Stefan/ Heinrich, Helge/ Hünemörder, Olaf/ Schmidt, Christian/ Schroeder, Romy/ Sickert, Ariane/ Unkroth, Frank (Hrsg.), Recht und Ökonomik, München 2004, S. 1–31.

Abraham, Ronny, Droit international, droit communautaire et droit français, Paris 1989.

Alber, Siegbert, Die Rolle des EuGH bei der Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrecht, in: Hill, Hermann/ Pitschas, Rainer (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht, Berlin 2004, S. 445–474.

Albin, Silke, Das Subsidiaritätsprinzip in der EU – Anspruch und Rechtswirklichkeit, NVwZ 2006, S. 629 ff.

Albin, Wolf, Handelsblatt vom 26.01.2005, „Immer weniger Lücken im Vergaberecht“.

Andriantsimbazovina, Joël „Savoir n'est rien, imaginer est tout“; Libre conversation autour de l'arrêt *Kress* de la Cour européenne des droits de l'homme, Recueil Dalloz 2001, S. 2611 ff.

Antweiler, Clemens, Antragsbefugnis und Antragsfrist für Nachprüfungsanträge von Nichtbewerbern und Nichtbieter, VergabeR 2004, S. 702 ff.

Antweiler, Clemens, Kai Petra Dreesen, Vergaberechtliche Beurteilung der Rundfunkgebührenfinanzierung, EuZW 2007, S. 107 ff.

Appel, Ivo, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge; zum Wandel der Dogmatik des öffentlichen Rechts am Beispiel des Konzepts der nachhaltigen Entwicklung im Umweltrecht, Tübingen 2005.

Appel, Ivo/ Singer, Jörg, Verfahrensvorschriften als subjektive Rechte, JuS 2007, S. 913 ff.

Argentieri, Laurent, Le Conseil constitutionnel, „militant forcé“ de l'intégration communautaire, RAJF 2004, S. I ff.

Arnold, Rainer, L'influence du droit communautaire sur le droit administratif allemand, AJDA, N° spécial 1996, S. 110 ff.

Arnould, Joel, The Reform of Public Contracts Law of 2001, Public Procurement Law Review 2004, S. NA 6 ff.

Asam, Christa, Formalismus bei der Vergabe: Zwingender Ausschluss wegen fehlender, wettbewerblich unerheblicher Typenangaben!, IBR 2003, S. 430.

- Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 18.05.2004, X ZB 7/04, IBR 2004, S. 591.

- Auby, Jean-Bernard*, Le droit administratif européen: entre l'observation et l'hypothèse, AJDA N° spécial 1996, S. 189 ff.
- La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif, AJDA 2001, S. 912 ff.
 - Le cas des contrats de partenariat, RFDA 2004, S. 1095 ff.
- Auby, Jean-Bernard/ Freedland, Mark*, La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques, Paris 2004.
- Auby, Jean-Bernard/ Raymundie, Olivier*, Le service public; Droit national et droit communautaire, régime juridique et catégories, modes de gestion, Paris 2003.
- Autin, Jean-Louis/ Ribot, Catherine*, Droit administratif général, Paris 2005.
- Ax, Thomas*, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Deutschland und Frankreich – eine rechtsvergleichende Untersuchung, Wiesbaden 1997.
- Ax, Thomas/ Hartmann, David*, Rechtsvergleich des deutschen und französischen Vergaberechts, Berlin 2006.
- Ax, Thomas/ Schneider, Matthias/ Bischoff, Kristina*, Vergaberecht 2006 – Kommentar zu den Regierungsentwürfen, Berlin 2005.
- Ax, Thomas/ Telian, Guido/ Terschüren, Kai H.*, Welche Folgen drohen bei einer nicht rechtzeitigen Umsetzung, ZfBR 2006, S. 123 ff.

B

- Bailleul, David*, L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de pleine contentieux objectif en droit public Français, Paris 2002.
- Les nouvelles méthodes du juge administratif, AJDA 2004, S. 1626 ff.
- Bamberger, Christian*, Behördliche Beurteilungsermächtigungen im Lichte der Bereichsspezifika des Verwaltungsrechts, VerwArch. 2002, S. 217 ff.
- Bapuly, Bedanna*, Europäisierung durch Recht zwischen Anspruch und Wirklichkeit, Baden-Baden 2005.
- Bartosch, Andreas*, Vergabefremde Kriterien und Art. 87 I EG: Sitzt das öffentliche Beschaffungswesen in Europa auf einem beihilferechtlichem Pulverfass?, EuZW 2001, S. 229 ff.
- Battis, Ulrich*, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Gemeinschaftsrecht, DÖV 2001, S. 988 ff.
- Bauer, Hartmut*, Subjektives öffentliches Recht des Staates – zugleich ein Beitrag zur Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, DVBl 1986, S. 208 ff.
- Kloepfer, Michael (Hrsg.), Zustand und Perspektive des deutschen Föderalismus aus Sicht der Wissenschaft, in: Umweltföderalismus, Berlin 2002, S. 32–62.
- Baumeister, Peter*, Effektiver Individualrechtsschutz im Gemeinschaftsrecht, EuR 40 (2005), S. 1 ff.

- Baumgartner, Ulrich*, Die Klagebefugnis nach deutschem Recht vor dem Hintergrund der Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts, Berlin 2005.
- Beaugé, Thierry*, Le nouveau code des marchés publics: commentaires et analyse des réformes de 2001 et 2004, Saint-Denis La Plaine 2004.
- Becker, Peter*, Der Einfluss des französischen Verwaltungsrechts auf den Rechtsschutz in den europäischen Gemeinschaften, Hamburg 1963.
- Benda, Ernst/ Maihofer, Werner/ Vogel, Hans-Jochen*, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1994.
- Benedict, Christoph*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren: öffentliches Auftragswesen, seine teilweise Harmonisierung im EG/EU-Binnenmarkt und die Instrumentalisierung von Vergaberecht durch vergabefremde Aspekte, Berlin 2000.
- Benken, Hartwig*, Privatisierung und Vergaberecht, in: Stoye, Jörg (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Vergaberechts, Speyer 2004.
- Berbari, Mireille*, Marchés publics: la réforme à travers la jurisprudence, Paris 2001.
- Bergmann, Tina*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge und das In-house-Geschäft, Hamburg 2005.
- Bergmann, Tina/ Vetter, Rainer*, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht-eine differenzierende Betrachtung, NVwZ 2006, S. 497 ff.
- Berkemann, Jörg*, Verwaltungsprozeßrecht auf „neuen Wegen“?, DVBl 1998, S. 446 ff.
- Bezançon, Xavier*, Essai sur les contrats de travaux et de services publics: contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique, Paris 1999.
- Bircher, Daniel/ Scherler, Stefan*, Mißbräuche bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge- Analyse, Beispiel, Lösungsvorschläge, Bern, Stuttgart, Wien 2001.
- Blaise, Jean-Bernard*, in: Bourrinet, Jacques (Hrsg.), Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées, Paris 2000.
- Blankart, Charles B.*, Öffentliche Finanzen in der Demokratie, München 2006.
- Boesen, Arnold*, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge aus Sicht der Europäischen Kommission, in: Gormley, Laurence (Hrsg.), Gordische Knoten im europäischen Vergaberecht, Köln 1997.
- Vergaberecht; Kommentar zum 4. Teil des GWB, 1. Aufl., Köln 2000.
- Vergaberechtsschutz im Wandel- Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung, in: Kniefka, Rolf/ Quak, Friedrich/ Vogel, Thomas/ Wagner, Klaus-R. (Hrsg.), Festschrift für Prof. Dr. Reinhold Thode zum 65. Geburtstag, München 2005, S. 385–405.
- Boesen, Arnold/ Upleger, Martin*, Die Antragsbefugnis eines Antragstellers ist zwingendem Ausschlussgrund, NZBau 2005, S. 672 ff.

- Börzel, Tanja A./ Risse, Thomas*, Europäisierung und die Transformation der Nationalstaaten, in: V. H. Schneider (Hrsg.), *Entgrenzte Märkte – grenzenlose Bürokratie?*, Frankfurt/ Main 2002, S. 86–110.
- Boucobza, Isabella*, La „co-administration“ dans la production des normes juridiques communautaires, *Dr. adm.* 2004/12, S. 7 ff.
- Bourrinet, Jacques*, Politiques communautaire de concurrence et structures économiques, in: ders. (Hrsg.), *Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées*, Paris 2000, S. 19–29.
- Braconnier, Stéphane*, *Précis du droit des marchés publics*, Paris 2007.
- Braibant, Guy/ Stirn, Bernard*, *Le droit administratif français*, 7. Aufl., Paris 2005.
- Braun, Christian*, Anmerkung zu OVG Bautzen, Beschluss vom 13.04.2006, *Az.* 2 E 270/05, *NZBau* 2006, S. 394 ff.
- Besprechung der Mitteilung der Kommission zum Vergaberecht, *EuZW* 2006, S. 683 ff.
- Braun, Christian/ Hauswaldt, Christian*, Vergaberechtliche Wirkung der Grundfreiheiten und das Ende der Inländerdiskriminierung? *EuZW* 2006, S. 176 ff.
- Braunberger, Gerald*, *FAZ* vom 05.03.2006, „Europas Flirt mit dem Nationalismus“.
- Bréchon-Moulènes, Christine*, L'échec des directives, *RFDA* 1988, S. 9 ff.
- Breloer, Carolin Eva*, *Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht*, Frankfurt/Main 2003.
- Brenner, Michael*, *Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union*, Tübingen 1996.
- Determinanten verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutzgewährleistung in Europa, *LKV* 2002, S. 304 ff.
- Brenner, Michael*, Die Umsetzung der Richtlinien über öffentliche Aufträge in Deutschland, in: Schwarze, Jürgen/ Müller-Graff, Peter Christian (Hrsg.), *Das öffentliche Auftragswesen in der EG*, Baden-Baden 1996, S. 23–46.
- Brenner, Michael/ Huber, Peter M.*, *Europarecht und Europäisierung in den Jahren 2001-2003*, *DVBl* 2004, S. 863 ff.
- Breuer, Rüdiger*, Deutsche und europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen, *VVDStRL* (53) 1994, S. 247 ff.
- Wirtschaftsverwaltungsrecht im Sog unterschiedlicher Rechtskulturen, in: Eberle, Carl-Eugen (Hrsg.), *Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag*, München 2002, S. 3–24.
 - Einheit von Zuschlag und Vertragsabschluß, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.), *Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts*, Baden-Baden 2000, S. 97–108.

- Brinker, Ingo*, Vorabinformation der Bieter über den Zuschlag oder Zwei-Stufen-Theorie im Vergaberecht, NZBau 2000, S. 174 ff.
- Brisson, Jean François*, Le contrôle de légalité dans la loi du 13 août 2004- à la recherche des illusions perdues, AJDA 2005, S. 126 ff.
- Brondel, Séverine*, Le juge administratif fait face à une forte montée des recours, AJDA 2005, S. 572 ff.
- Broß, Siegfried*, Vergaberechtlicher Rechtsschutz unterhalb der Schwelle, ZWeR 2003, S. 270 ff.
- Das europäische Vergaberecht in der Daseinsvorsorge – Bilanz und Ausblick, NZBau 2004, S. 465 ff.
- Brüggemann, Michael*, Segmented Europeanization: the transnationalization of public spheres in Europe; trends and patterns, 2006.
- Brüggemeier, Gert*, Einführung, in: Assmann, Heinz-Dieter/ Brüggemeier, Gert/ Sethe, Rolf (Hrsg.), Unterschiedliche Rechtskulturen und Konvergenz des Rechtsdenkens, Baden-Baden 2001, S. 1–7.
- Brünner, Christian*, Implementierung des Gemeinschaftsrechts – ein Analyseraster, in: Bapuly, Bedanna (Hrsg.), Europäisierung durch Recht, Baden-Baden 2005, S. 88–100.
- Bullinger, Martin*, Französischer service public und deutsche Daseinsvorsorge, JZ 2003, S. 597 ff.
- Bultmann, Peter Friedrich*, Beschaffungsfremde Kriterien: Zur „neuen Formel“ des Europäischen Gerichtshofs, ZfBR 2004, S. 134 ff.
- Bultmann, Peter Friedrich*, Öffentliches Recht für Wirtschaftswissenschaftler, Berlin, Heidelberg 2002.
- Bultmann, Peter Friedrich/ Hölzl, Josef*, Die Entfesselung der Antragsbefugnis – zum effektiven Rechtsschutz im Vergaberecht, NZBau 2004, S. 651 ff.
- Bumke, Christian*, Rechtssetzung in der Europäischen Gemeinschaft; Bausteine einer gemeinschaftsrechtlichen Handlungsformenlehre, in: Schuppert, Gunnar Folke/ Pernice, Ingolf/ Haltern, Ulrich (Hrsg.), Europawissenschaft, Baden-Baden 2005, S. 543–702.
- Bungenberg, Marc*, Neues französisches Vergaberecht, WuW 2001, S. 1206 ff.
- Primärrechtsschutz im gesamten öffentlichen Beschaffungswesen, WuW 2005, S. 899 ff.
- Burgi, Martin*, Verwaltungsprozess und Europarecht – eine systematische Darstellung, München 1996.
- Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, NVwZ 2001, S. 601 ff.
- Direktklagen, in: Rengeling, Hans-Werner/ Burgi, Martin (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, München 2003, S. 52–175.

Burgi, Martin, Rechtsschutz ohne Vergabeverfahren, NZBau 2003, S. 16 ff.

- Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen: Verfahren, Vergabekriterien, Rechtsschutz, in: Düsseldorfer Vergaberechtstag, Düsseldorf 2005, S. 11–32.
- Anmerkung zu EUGH, Urteil vom 27.10.2005, Rs. C-234/03, „*Conste Insalud*“, JZ 2006, S. 305 ff.
- Das subjektive Recht im Energie-Regulierungsverwaltungsrecht, DVBl 2006, S. 269 ff.
- Von der Zwei-Stufen-Lehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im VergabeR, NVwZ 2007, S. 737 ff.

Byok, Jan, Die Entwicklung des Vergaberechts, NJW 2004, S. 198 ff.

- (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl., Heidelberg, Frankfurt/Main 2005.

Byok, Jan/ Jansen, Nicola, Vergaberechtsreform, eine Endlossaga?, Betriebs Berater 2004, S. 1239 ff.

C

Caillose, Jacques, Droit public-droit privé: sens et portée d'un partage académique, AJDA 1996, S. 955 ff.

Calliess, Christian, Individualrechtsschutz im Wandel, in: Nowak, Carsten (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, Baden-Baden 2002, S. 81–102.

- Kohärenz und Konvergenz beim europäischen Individualrechtsschutz – Der Zugang zum Gericht im Lichte des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz, NJW 2002, S. 3577 ff.

Calliess, Christian/ Ruffert, Matthias, EUV/EGV, München 2007.

Casas, Didier, L'annulation de certains dispositions du code des marchés publics et ses conséquences, RFDA 2005, S. 483 ff.

Cassia, Paul, Service public français et droit communautaire, Petites affiches 2002, S. 4 ff.

- Droit administratif français et droit de l'Union européenne, RFDA 2006, S. 1062 ff.

Cecchini, Paolo/ Stabenow, Michael, Europa '92 – der Vorteil des Binnenmarktes, Baden-Baden 1988.

Chabanol, Daniel, Code de justice administrative: annotations, commentaires, jurisprudence, 2. Aufl., Paris 2004.

- La pratique du contentieux administratif, 6. Aufl., Paris 2005.

Chabanol, Daniel/ Jouguelet, Jean-Pierre/ Bourrachot, François, Le régime juridique des marchés publics, 4. Aufl., Paris 2005.

Chamussy, Damien, Le Conseil d'Etat face à la primauté du droit communautaire, AJDA 2005, S. 220 ff.

- Chapus, René*, Droit du contentieux administratif, 11. Aufl., Paris 2004.
- Charrel, Nicolas/ Guibal, Michel*, Code commenté des marchés publics – Réforme 2006, Paris 2006.
- Clamour, Guylain*, Loi MURCEF: les enjeux de „l'administrativisation“ des marchés publics, JCP éd. gen. 2002, S. 593 ff.
- Claßen, Christiane*, Nichtumsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien; von der unmittelbaren Wirkung bis zum Schadensersatzanspruch, Berlin 1999.
- Classen, Claus Dieter*, Strukturunterschiede zwischen deutschem und europäischem Verwaltungsrecht; Konflikt oder Bereicherung, NJW 1995, S. 2457 ff.
- Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit – eine vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und europäischen Verwaltungsprozeßrecht, Tübingen 1996.
 - Der Einzelne als Instrument zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts, VerwArch. 1997, S. 645 ff.
- Cossalter, Patrice/ Lanzarone, Eric*, Précontentieux et contentieux des marchés publics, 2006.
- Courtial, Jean*, La responsabilité du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif: un droit sous influence européenne?, AJDA 2004, S. 423 ff.
- Crahès, Michel*, La pondération des critères de jugement des offres, JCP éd. adm. 2005, S. 1117 ff.
- Creutzburg, Dietrich*, Handelsblatt vom 18.03.2002, „Korruption lebt von schlechten Regeln“.
- Handelsblatt vom 20.07.2004, „Ämter vergeben Aufträge selten an Newcomer“.

D

- Dabringhausen, Gerhard/ Sroka, Patricia*, Vergaberechtlicher Primärrechtsschutz auch unterhalb der EU-Schwellenwerte durch Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, VergabeR 2006, S. 462 ff.
- Dähne, Horst*, Mischkalkulation: Ausschlussgrund?, IBR 2006, S. 183.
- Danwitz, Thomas*, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, Tübingen 1996.
- Die Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten für die Durchführung von Gemeinschaftsrecht. Zu den europäischen Vorgaben für das nationale Verwaltungs- und Gerichtsverfahrensrecht, DVBl 1998, S. 421 ff.
 - Systemgedanken eines Rechts der Verwaltungskooperation, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/ Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1999, S. 171–190.
 - Aarhus-Konvention: Umweltinformation, Öffentlichkeitsbeteiligung, Zugang den Gerichten, NVwZ 2004, S. 272 ff.

- Debouzy, Olivier/ Guillot, Pierre*, Le projet de réforme du dialogue compétitif; le bonheur dans l'esclavage?, Recueil Dalloz 2006, S. 1491 ff.
- Delaunay, Bénédicte*, L' amélioration des rapports entre l'administration et les administrés: contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945, Paris 1993.
- Delfs, Sören*, Strukturen des europäischen Verwaltungsrechts – Bericht über das Kolloquium zur Reform des Verwaltungsrechts 1998, DVBl 1999, S. 87 ff.
- Delmas-Marty, Mireille*, Critique de l'intégration normative: l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits, Aix-Marseille 2004.
- Delsaux, Amandine*, The role of the commission in Enforcing EC Public Procurement Rules, PPr.Law Rev. 2004, S. 130 ff.
- Delvové, Pierre*, Vers l'unification du droit des „marchés publics“? in: Mélanges R. Drago, Paris 1996, S. 225–239.
- Diallo, Ibrahima*, L'avenir du déféré préfectoral en droit public français, AJDA 2005, S. 2438 ff.
- Diederichsen, Lars/ Schmidt, Reiner*, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, Berlin, Heidelberg 2004.
- Diemert, Dörte*, Anmerkung zu OVG Münster, Beschluss vom 04.05.2006, 15 B 692/06, NZBau 2006, S. 532 ff.
- Dietze, Philipp von*, Verfahrensbeteiligung und Klagebefugnis im EG-Recht- zur Dogmatik der Klagebefugnis verfahrensbeteiligter Dritter im Kartell-, Beihilfenaufsichts-, Fusionskontroll- und Außenhandelsrecht, Frankfurt/Main 1995.
- Dörr, Dieter*, in: Sodan, Helge /Ziekow, Jan (Hrsg.), Neuer Kommentar zur VwGO, Baden-Baden 2006.
- Dörr, Oliver*, Das deutsche Vergaberecht unter dem Einfluß von Art. 19 IV GG, DÖV 2001, S. 1014 ff.
- Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte – Artikel 19 Absatz 4 GG unter dem Einfluß des europäischen Unionsrechts, Tübingen 2003.
 - Das europäisierte Vergaberecht in Deutschland, JZ 2004, S. 703 ff.
- Dreher, Meinrad*, Die Kontrolle der Anwendung des Vergaberechts in Europa, EuZW 1998, S. 197 ff.
- Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2002, S. 419 ff.
 - Arbeitskreis II: Empfehlen sich gesetzliche Regelungen zum Rechtsschutz bei der Vergabe von Bauleistungen unterhalb der Schwellenwerte?, NZBau 2006, S. 1575 ff.
- Dreifuss, Muriel*, L'immixtion du droit privé dans les contrats administratifs, AJDA 2002, S. 1373 ff.
- Dreyfus, Jean-David*, Référé précontractuel et obligation de communiquer les motifs de rejet d'une offre, AJDA 2004, S. 711 ff.

Dreyfus, Jean-David, Bis repetita placent. Sur la nouvelle annulation partielle du code des marchés publics, AJDA 2005, S. 668 ff.

- Marchés de moins de 4000 Euros: le cadeau empoisonné fait aux acheteurs publics, AJDA 2005, S. 30 ff.

Dreyfus, Jean-David/ Kern, Bruno, Pondération ou hiérarchisation des offres dans les marchés: le débat, AJDA 2005, S. 625 ff.

Drücke, Florian, Kollektivinteressen und Wettbewerbsrecht: eine vergleichende Untersuchung des deutschen und französischen Rechts, Baden-Baden 2004.

Drügemöller, Albert, Vergaberecht und Rechtsschutz, der inter- und supranationale Rahmen und seine Ausgestaltung in Deutschland, Berlin, Heidelberg 1999.

Dubois, Louis, in: J. Bourrinet (Hrsg.), Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées, Paris 2000.

- Droit administratif et droit communautaire, AJDA. N° spécial 1995, S. 66 ff.

- Le droit communautaire a-t-il un impact sur la définition du droit administratif, AJDA N° spécial 1996, S. 102 ff.

- Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées, Paris 2000.

Dünchheim, Thomas, Verwaltungsprozeßrecht unter europäischem Einfluß, Berlin 2003.

Duprat, Jean-Pierre, L'évolution des logiques de gestion du domaine de l'Etat, AJDA 2005, S. 578 ff.

Düsterdiek, Bernd, Das Akteneinsichtsrecht, NZBau 2004, S. 605 ff.

Dutheil de La Rochère, Jaqueline, Le principe de légalité, AJDA N° spécial 1996, S. 161 ff.

- Conclusions, in: J. Bourrinet (Hrsg.), Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées, Paris 2000, S. 179–186.

- Influence du droit français en droit communautaire, RFDA 2001, S. 909 ff.

E

Ebert, Kurt Hans, Rechtsvergleichung, Bern 1978.

Ehlers, Dirk, Die Europäisierung des Verwaltungsprozeßrechts, Köln, Berlin, Bonn, München 1999.

- Die Europäisierung des Verwaltungsprozeßrechts, DVBl 2004, S. 1441 ff.

- in: Schoch, Friedrich/ Schmidt-Aßmann, Eberhard/ Pietzner, Rainer (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, München 2006.

Eilmansberger, Thomas, Rechtsfolgen und subjektives Recht im Gemeinschaftsrecht- zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Staatshaftungsdoktrin des EuGH, Baden-Baden 1997.

- Eising, Rainer*, Europäisierung und Integration, in: Jachtenfuchs, Markus/ Kohler-Koch, Beate (Hrsg.), Europäische Integration, Opladen 2003, S. 387 ff.
- Ekardt, Felix*, Die Aktivierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts: Europäisierung des Drittschutzes, ThürVBl 2001, S. 223 ff.
- Ekardt, Felix/ Beckmann, Klaus*, Vorläufiger Rechtsschutz zwischen Beschleunigungs- und Internationalisierungstendenzen im Verwaltungsrecht, DÖV 2006, S. 672 ff.
- Ekardt, Felix/ Weyland, Raphael*, Föderalismusreform und europäisches Verwaltungsrecht, NVwZ 2006, S. 737 ff.
- Emery, Cyrille*, Passer un marché public: principes, procédures, contentieux, Paris 2001.
- Ennuschat, Jörg/ Ulrich, Carsten*, Keine Anwendung der Zwei-Stufen-Lehre im Vergaberecht, NJW 2007, S. 2224 ff.
- Epiney, Astrid*, Gemeinschaftsrecht und Verbandsklage, NVwZ 1999, S. 485 ff.
- Europäisches Umweltrecht und deutscher Föderalismus aus Sicht der Wissenschaft, in: Kloepfer, Michael (Hrsg.), Umweltföderalismus, Berlin 2002, S. 167–189.
 - Neuere Rechtsprechung des EuGH, NVwZ 2006, S. 407 ff.
- Erbguth, Wilfried*, Europäisierung des nationalen Umweltrechts – Stand und Perspektive, Baden-Baden 2001.
- Erbguth, Wilfried/ Schubert, Mathias*, Strategische Umweltprüfung und Umweltverträglichkeitsprüfung: Neue Herausforderungen für die Kommunen, DÖV 2005, S. 533 ff.
- Erdl, Cornelia*, Der neue Vergaberechtsschutz – das deutsche Recht im europäischen Kontext, Düsseldorf 1999.
- Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 19.06.2003, Rs. C-249/01, VergabeR 2003, S. 545 ff.
 - Diskussionsforum: Strengere Anforderungen an die Antragsbefugnis bei nachrangigen Bietern?, VergabeR 2003, S. 478 ff.
- Everling, Ulrich*, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, S. 217 ff.
- Eyermann, Erich/ Fröhler, Ludwig/ Geiger, Harald*, Kommentar zur VwGO, 12. Aufl., München 2006.

F

- Favre, Claire*, De l'efficacité de la mise en oeuvre du droit communautaire de la concurrence par le juge national à la difficile connaissance du droit matériel européen., in: Feiden, Sonja/ Riedl, Kristina (Hrsg.), Towards a Europeanised judiciary?, San Domenico 2000, S. 26–35.

- Feiden, Sonja/ Riedl, Kristina*, Towards a Europeanised judiciary?: Practitioner's experiences of national judges with the Europeanisation of private law San Domenico 2000.
- Ferrari, Brigitte*, Le déclin du droit français: entre chimère et réalité, AJDA 2006, S. 1021 ff.
- Fett, Bernhard*, Die Hauptsacheentscheidung durch die Vergabekammer, NZBau 2005, S. 141 ff.
- Fichtner, Leonie*, Rechte des Einzelnen im Recht der Europäischen Gemeinschaft – Erläutert am Beispiel des Vergaberechts, Köln, Berlin, München 2005.
- Fischer, Kristian*, Vergabefremde Zwecke im öffentlichen Auftragswesen: Zulässigkeit nach Europäischem Gemeinschaftsrecht, EuZW 2004, S. 492 ff.
- Flauss, Jean- Francois*, Les incidences du droit européen sur les théories du droit administratif français, in: Burmeister, Joachim (Hrsg.), Die verfassungsrechtliche Stellung der Verwaltung, Köln 1991, S. 229–240.
- Flauss, Jean-François*, Rapport français, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, Baden-Baden 1996, S. 31–121.
- Foitzik, Frederik*, Probleme und Grenzen der Europäisierung des Verwaltungsrechts am Beispiel der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen: Effet utile versus Optimierungsgebot, Hamburg 2006.
- Foulquier, Norbert*, Les droits publics subjectifs des administrés: émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle, Paris 2003.
- Frank, Kirsten Michaela*, Die Koordinierung der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union, Berlin 2000.
- Franke, Horst*, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 29.07.2004, 2 BvR 2248/03, IBR 2004, S. 590.
- Arbeitskreis II: Empfehlen sich gesetzliche Regelungen zum Rechtsschutz bei der Vergabe von Bauleistungen unterhalb der Schwellenwerte?, NZBau 2006, S. 1583 ff.
- Franke, Horst/ Lintschinger, Clemens*, Das neue österreichische Bundesvergabegesetz 2006 – wichtige Änderungen im Überblick, VergabeR 2006, S. 443 ff.
- Franßen, Gregor/ Pottschmidt, Axel*, Wider den amtswegigen „Rechtsschutz“ gegen den rechtssuchenden Bieter, NZBau 2004, S. 587 ff.
- Freise, Harald*, Das österreichische Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen – Anregungen für die Weiterentwicklung des deutschen Vergaberechts, NZBau 2004, S. 83 ff.
- Freitag, Martin*, Vergaberechtsschutz unterhalb der europäischen „Schwellenwerte“, NZBau 2002, S. 204 ff.
- Frenz, Walter*, Grundrechte und Vergaberecht, EuZW 2006, S. 748 ff.

Fromont, Michel, Protection juridictionnelle, in: H. Mosler (Hrsg.), Gerichtsschutz gegen die Exekutive, Köln 1971.

- La justice administrative en Europe; Convergences, in: Long, Marceau (Hrsg.), Mélanges R.Chapus, Paris 1992, S. 197–208.

- Die Annäherung der Verwaltungsgerichtsbarkeiten in Europa, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Festgabe BVerwG, Köln, Berlin, Bonn, München 2003, S. 93–114.

- L'intensité du contrôle du juge sur les décisions administratives en France et en Allemagne, in: Mélanges F. Moderne, Paris 2004, S. 1117 ff.

- Länderbericht Frankreich, in: Hill, Hermann (Hrsg.), Europäisches Verwaltungs-verfahrensrecht, Berlin 2004, S. 73–82.

G

Gabriel, Marc, Einflussnahme von Unternehmen auf öffentliche Auftragsvergaben: Persuasion, Kollusion oder Korruption, VergabeR 2006, S. 173 ff.

Gaentzsch, Günter, Gesetzmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung: Beißt oder verträgt sich das?, DÖV 1998, S. 952 ff.

Garapon, Antoine, Stratégie de défense de notre droit, Petites affiches 2004/04, S. 6 ff.

Gaudemet, Yves, Brèves remarques en forme de paradoxe, in: M. Borgetto (Hrsg.), Mélanges, Paris 1999, S. 431 ff.

Gehring, Stefan, Kompensation der europarechtlich bedingten Erweiterung der Initiativberechtigung durch Senkung der gerichtlichen Kontrolldichte?, Regensburg 2000.

Geiger, Rudolf, EUV/EGV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2004.

Geis, Max-Emmanuel, Mehr Handlungsfreiheit durch Rücknahme der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte, in: Ziekow, Jan (Hrsg.), Handlungsspielräume der Verwaltung, Berlin 1999, S. 97–117.

Gellermann, Martin, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechtes durch Richtlinien der EG, Köln, Berlin 1994.

- Rechtsschutz durch deutsche Gerichte, in: Rengeling, Hans-Werner/ Burgi, Martin (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, München 2003, S. 579–627.

- Europäisierte Klagerechte anerkannter Umweltverbände, NVwZ 2006, S. 7 ff.

Georgopoulos, Théodore, La séparation horizontale des pouvoirs en France et en Allemagne à l'épreuve du droit communautaire: la fonction du contre-pouvoir, Paris 2005.

- Gérault, Jaques*, Le cadre de la réforme, in: Siedentopf, Heinrich (Hrsg.), Europäische Integration, Modernisierung des Staates, Speyer 1998, S. 101–110.
- Gerhardt, Michael*, Überlegungen zur rechtlichen Struktur von Handlungsspielräumen, in: Ziekow, Jan (Hrsg.), Handlungsspielräume der Verwaltung, Berlin 1999, S. 57–65.
- in: Schoch, Friedrich/ Schmidt-Aßmann, Eberhard/ Pietzner, Rainer (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, München 2006.
- Gerstner, Stephan*, Die Drittschutzdogmatik im Spiegel des französischen und britischen Verwaltungsgerichtsverfahrens – eine vergleichende Untersuchung zur öffentlich-rechtlichen Klagebefugnis am Beispiel des Umweltschutzes, Berlin 1995.
- Giesberts, Ludger/ Eickelberg, Jan*, Rechtliche Grundlage einer Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte beim EG-Staatshaftungsanspruch im Bereich des harmonisierten Sekundärrechts, EuZW 2005, S. 231 ff.
- Glöhs, Heike*, Die Antragsbefugnis im Vergabenaachprüfungsverfahren, NZBau 2004, S. 544 ff.
- Glaßer-Lüß, Nicole*, Anmerkung zu OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.12.2005, 11 Verg 13/05, IBR 2006, S. 165 ff.
- Goede, Matthias*, Nachprüfung der Wiederholungswertung, Kontrolldichte und maßgeblicher Zeitpunkt, VergabeR 2002, S. 347 ff.
- Gohin, Olivier*, Contentieux administratif, 4. Aufl., Paris 2005.
- Gonod, Pascale*, La codification de la procédure administrative, AJDA 2006, S. 489 ff.
- Gornig, Gilbert/ Trübe, Christiane*, Die Rechtsprechung des EuGH und des EuG zum Europäischen Verwaltungsrecht, (I), JZ 2000, S. 395 ff.
- Götz, Europarechtliche Vorgaben für das Verwaltungsprozeßrecht*, DVBl 2002, S. 1 ff.
- Gourdou, Jean/ Terneyre, Philippe*, Le référé précontractuel administratif au lendemain de la réforme législative des procédures d'urgences, CJEG 2001, S. 135 ff.
- Grabenwarter, Christoph*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit: eine Studie zu Artikel 6 EMRK auf der Grundlage einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Verwaltungsgerichtsbarkeit Frankreichs, Deutschlands und Österreichs, Wien 1997.
- Greciano, Philippe*, Le contentieux de droit public comparé France – Allemagne, RAJF 2004, S. 1 ff.
- Gröning, Jochem*, Das vergaberechtliche Akteneinsichtsrecht, NZBau 2000, S. 366 ff.
- Spielräume für die Auftraggeber bei der Wertung von Angeboten, NZBau 2000, S. 86 ff.

- Gröning, Jochem*, Zur Frage der Rechtmäßigkeit der Verwerfung von Nachprüfungsanträgen auf Grund „von Amts wegen“ ermittelter Vergaberechtsverstöße der Bieter, *VergabeR* 2003, S. 638 ff.
- Grosche, Andreas*, Europäisierung des Verwaltungsrechtsschutzes im Vereinigten Königreich: Gerichtsorganisation, Verfahren, Kontrolldichte, Speyer 2004.
- Groß, Thomas*, Konvergenzen des Verwaltungsrechtsschutzes in der EU, *Verw.* 2000, S. 415 ff.
- Ökonomisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und des Verwaltungsprozessrechts, *Verw.* 2001, S. 371 ff.
- Gruber, Gunther/ Gruber, Thomas/ Sachs, Michael*, Europäisches Vergaberecht, Berlin 2005.
- Grundmann, Nicole-Juliane*, Zweiteilung – Widerspruch verfassungsrechtlicher Anforderungen, Düsseldorf 2004.
- Grupp, Klaus*, Behördliche Beurteilungsspielräume im „schlanken Staat“, in: ders. (Hrsg.), *Festschrift für Willi Blümel zum 70. Geburtstag*, Berlin 1999, S. 139 ff.
- Guckelberger, Annette*, Speyrer Vergaberechtstage 2005, *NVwZ* 2006, S. 180 ff.
- Guibal, Michel*, Codification et simplification du droit des marchés publics, *AJDA* N° spécial 1994, S. 6 ff.
- Guillien, Raymond/ Vincent, Jean*, *Lexique des termes juridiques*, Paris 1999.
- Gündisch, Jürgen*, Der Rechtsschutz bei öffentlichen Aufträgen in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.), *Das öffentliche Auftragswesen in der EG*, Baden-Baden 1996, S. 59–74.

H

- Hädicke, Nancy*, Grenzen nationaler Normsetzung im öffentlichen Auftragswesen: über Tariftreuerregelungen hin zu einem Register über unzuverlässige Unternehmen, Frankfurt/Main 2005.
- Haibach, Georg*, Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens, *NVwZ* 1998, S. 456 ff.
- Hailbronner, Kay*, Die Erreichung vergaberechtlicher Zielsetzungen in der Beschaffungspraxis, *NZBau* 2006, S. 16 ff.
- Halfmann, Ralf*, Entwicklungen des Verwaltungsrechtsschutzes in Deutschland, Frankreich und Europa, *VerwArch.* 2000, S. 74 ff.
- Hänsel, Thomas*, Anmerkung zu VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 04.05.2005, VK 20/05, *IBR* 2005, S. 1242.
- Hansmann, Klaus*, Harmonisierung unterschiedlicher Normstrukturen im europäischen und deutschen Umweltrecht, *NVwZ* 2006, S. 51 ff.

- Harmsen, Robert*, Introduction: approaches to europeanization, in: ders./ T. M. Wilson (Hrsg.), *Europeanization: institution, identities and citizenship*, Amsterdam 2000, S. 13–26.
- Hatje, Armin*, *Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung; Grundlagen, Erscheinungsformen, verfassungsrechtliche Grenzen am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden 1998.
- Hattig, Oliver/ Ruhland, Bettina*, Kooperationen der Kommunen mit öffentlichen und privaten Partnern und ihr Verhältnis zum Vergaberecht, *VergabeR* 2005, S. 425 ff.
- Hauke, Katja*, Verhältnismäßigkeit im europäischen Wirtschaftsverwaltungsrecht – eine Untersuchung zur Kontrolldichte des Europäischen Gerichtshofs, Frankfurt/Main 2005.
- Hausmann, Friedrich Ludwig*, Der öffentliche Auftrag – neue und alte Grenzen für die Anwendbarkeit des Vergaberechts, in: Pünder, Hermann/ Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), *Vergaberecht im Umbruch*, Köln, Berlin, München 2005, S. 67–88.
- Hausmann, Friedrich Ludwig/ Bultmann, Peter Friedrich*, Anmerkung zu KG, Beschluss vom 11.11.2004, 2 *Verg* 16/04, *ZfBR* 2005, S. 309 ff.
- Hecker, Jan*, Europäische Integration als Verfassungsproblem in Frankreich, verfassungsrechtliche Infiltrationshindernisse und Übertragungschancen in der Europajudikatur französischer Gerichte, Berlin 1998.
- Hegels, Susanne*, EG-Eigenverwaltungsrecht und Gemeinschaftsverwaltungsrecht: europäisches Verwaltungsrecht für den direkten und den indirekten Gemeinschaftsrechtsvollzug, Baden-Baden 2001.
- Heiermann, Wolfgang*, *Praxiskommentar Vergaberecht*, Saarbrücken 2005.
- Hélin, Jean-Claude*, Länderbericht Frankreich, in: Schwarze, Jürgen/ Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), *Gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht*, Baden-Baden 1992, S. 65 ff.
- Herdegen, Matthias*, *Europarecht*, München 1997.
- Hermes, Georg*, Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe, *JZ* 1997, S. 909 ff.
- Herrmann, Christoph*, Die negative unmittelbare Wirkung von Richtlinien in horizontalen Rechtsverhältnissen, *EuZW* 2006, S. 69 ff.
- Hertwig, Stefan*, *Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe; Systematik, Verfahren und Rechtsschutz, mit einer Synopse zum Arbeitsentwurf des BMWA für eine neue Vergabeverordnung*, 3. Aufl., München 2005.
- Heuvels, Klaus*, Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, *NZBau* 2005, S. 570 ff.
- Heuvels, Klaus/ Kaiser, Christoph*, Die Nichtigkeit des Zuschlags ohne Vergabeverfahren, *NZBau* 2001, S. 479 ff.

- Heyen, Erk Volkmar*, Kultur und Identität in der europäischen Verwaltungsrechtsvergleichung, Berlin 2000.
- Hirschberger, Sebastian*, Bewegte Zweiteilung im Vergaberecht: effektiver Rechtsschutz im Unterschwellenbereich, BayVBl, Bd. 138 (2007), S. 741 ff.
- Hobe, Stephan/ Biehl, Dirk/ Schroeter, Nicolai*, Europarechtliche Einflüsse auf das Recht der kommunalen Selbstverwaltung, Stuttgart 2004.
- Hoehl, Stefan*, Vorläufiger Rechtsschutz im verwaltungsgerichtlichen Verfahren unter besonderer Berücksichtigung des Europarechts, Wien 1999.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts – Perspektiven der Systembildung, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/ Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1999, S. 317–382.
- Hök, Götz-Sebastian*, Zur Vergabe und Abwicklung öffentlicher Bauaufträge in Frankreich, ZfBR 2001, S. 220 ff.
- Hollands, Martin/ Sauer, Ralf*, Geteiltes oder einheitliches Vergaberecht?, DÖV 2006, S. 55 ff.
- Holoubek, Michael/ Fuchs, Claudia*, Vergaberecht, Wien 2006.
- Hölscheidt, Sven*, Abschied vom subjektiv-öffentlichen Recht? Zu Wandlungen der Verwaltungsrechtsdogmatik unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts, EuR 36 (2001), S. 376 ff.
- Horschwitz, Rainer*, Wann leiden Bieterangebote an einem gleichartigen Mangel?, IBR 2006, S. 47.
- Huber, Peter M.*, Der Schutz des Bieters im öffentlichen Auftragswesen unterhalb der sog. Schwellenwerte, JZ 2000, S. 877 ff.
- Die Europäisierung des öffentlichen Auftragswesens in Deutschland, in: Dörr, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Schiedermaier, Heidelberg 2001, S. 765–782.
- Hübner, Alexander*, Effektiver vergaberechtlicher Primärrechtsschutz nach dem „Koppensteiner“-Urteil des EuGH, NZBau 2005, S. 438 ff.
- Hufen, Friedhelm*, Fehler im Verwaltungsverfahren, Baden-Baden 2002.
- Hufen, Friedhelm*, Zum Beschluss des BVerwG „Straßenbeleuchtung“, JuS 2007, S. 958 ff.
- Hul, Silvain*, Le contrôle du juge des référésprécontractuels sur les capacités d'un candidat à une délégation de service public, AJDA 2004, S. 2339 ff.

I

- Ibler, Martin*, Zerstören die neuen Informationszugangsgesetze die Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts?, in: C.-E. Eberle (Hrsg.), Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 408–417.

- Iglesias, Rodríguez*, Der EuGH und die Gerichte der Mitgliedstaaten – Komponenten der richterlichen Gewalt in der Europäischen Union, NJW 2000, S. 1889 ff.
- Immenga, Ulrich/ Mestmäcker, Ernst-Joachim*, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München 2001.
- Ingenstau, Heinz/ Korbion, Hermann*, Kommentar VOB A/B, 15. Aufl., Düsseldorf 2004.
- Ipsen, Hans Peter*, Öffentliche Subventionierung Privater, Berlin, Köln 1956.
- Ipsen, Jörn*, Rechtsschutz gegen kommunale Wirtschaftstätigkeit, ZHR 2006, S. 423 ff.
- Irmer, Wolfram*, Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs bei Vergaben außerhalb des Anwendungsgebiets von § 100 GWB oder Aufgabe der Zweiteilung und Neuordnung des Rechtsgebiets-Teil I: Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs bei Vergabeverfahren. Zum Urteil des OVG Rheinland-Pfalz, VergabeR 2006, S. 159 ff.
- Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs bei Vergaben außerhalb des Anwendungsgebiets von § 100 GWB oder Aufgabe der Zweiteilung und Neuordnung des Rechtsgebiets-Teil II: Verfassungsmäßigkeit der Zweiteilung, VergabeR 2006, S. 308 ff.
- Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland-Bd. 2: Verfassungsstaat, Heidelberg 2004.
- Itzen, Uta*, Europäisierung des Wettbewerbsrechts durch den elektronischen Handel, Frankfurt/Main 2003.

J

- Jaeger, Wolfgang*, Reformbedarf im öffentlichen Vergaberecht – Trennung zwischen Zuschlag und Vertrag, EWS 2000, S. 124 ff.
- Jan Jasper, Achim*, Anmerkung zu VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 21.12.2005, VK-SH 29/05, IBR 2005, S. 1337.
- Jannasch, Alexander*, Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf den vorläufigen Rechtsschutz, NVwZ 1999, S. 495 ff.
- Jarass, Hans D.*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts; die Vorgaben des Rechts der Europäischen Gemeinschaft für die nationale Rechtsanwendung und die nationale Rechtsetzung nach Maastricht, Köln, Berlin, Bonn, München 1994.
- Konflikte zwischen EG-Recht und nationalem Recht vor den Gerichten der Mitgliedstaaten, DVBl 1995, S. 954 ff.
- in: Jarass, Hans D./ Piroth, Bodo (Hrsg.), Kommentar zum GG, 8. Aufl., München 2006.
- Jasper, Ute/ Marx, Friedhelm*, Einführung zur Beckschen Gesetzestextausgabe Vergaberechts, München 2005.

Jasper, Ute/ Pooth, Stefan, Rechtsschutz gegen die Aufhebung einer Ausschreibung, NZBau 2003, S. 261 ff.

Jegouzo, Yves, Le bilan jurisprudentiel 1994-2004, in: Lukaszewicz, Boleslaw/ Oberdorff, Henri (Hrsg.), Le juge administratif et l'Europe, Grenoble 2004, S. 21–34.

Joerges, Christian, Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: ein Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin, Bremen 2006.

K

Kadelbach, Stefan, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, Tübingen 1999.

- Verwaltungskontrollen im Mehrebenen-System der EG, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 205–246.

Kalinowsky, Marc, Der Anspruch der Bieter auf Einhaltung des Vergaberechts nach § 97 Abs. 7 GWB, Berlin 2000.

Kau, Marcel, Vergaberechtliches Kaskadenprinzip und europäisches Gemeinschaftsrecht, EuZW 2005, S. 492 ff.

Kieninger, Eva-Maria, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, Tübingen 2002.

Kirat, Thierry/ Marty, Frédéric, Les problématiques économiques dans les contrats administratifs in: Auby, Jean-Bernard (Hrsg.), Economie et droit du contrat administratif, Paris 2005, S. 25–112.

Kirchner, Christian, „Ökonomische Analyse des Rechts“ und Recht der Wettbewerbsbeschränkungen – Die amerikanische Diskussion und Folgerungen für das deutsche Recht, ZHR 1980, S. 563 ff.

Klein, E, Vereinheitlichung des Verwaltungsrecht, in: Starck, Christian (Hrsg.), Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze, Göttingen 1992, S. 117–146.

Klenke, Reinhard, Der „Ausschluss der Popularklage“ – vom Sinn des § 42 II VwGO, VBINRW 2005, S. 125 ff.

Klepper, Marian, Vollzugskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft aus abgeleitetem Recht: Zulässigkeit – Modalitäten – Rechtsfolgen, Baden-Baden 2001.

Kling, Michael, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen- Möglichkeiten und Grenzen einer politischen Instrumentarisierung der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2000.

Klingner, Matthias H., Die Vorabinformationspflicht des öffentlichen Auftraggebers: Effektiver Rechtsschutz gegen Zuschagsentscheidung und Aufhebung der Ausschreibung im europäischen und deutschen Vergaberecht, Berlin 2005.

Kment, Martin, Die Stellung nationaler Unbeachtlichkeits-, Heilungs- und Präkisionsvorschriften im europäischen Recht, EuR 41 (2006), S. 201 ff.

Knack, Hans-Joachim/ Busch, Jost-Dietrich, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 2004.

Knauff, Matthias, Die Europäisierung des deutschen Vergaberechts, Vr 2000, S. 397 ff.

- Dispositionsfreiheiten öffentlicher Auftraggeber nach der Ausschreibung öffentlicher Aufträge; Vorgaben des europäischen und des europäisierten deutschen Vergaberechts unter Berücksichtigung der EU-Vergaberechtsreform, Baden-Baden 2004.

Knill, Christoph/ Winkler, Daniela, Staatlichkeit und Europäisierung: Zur Abgrenzung und Systematisierung eines interdisziplinären Konzepts, Der Staat 2006, S. 215 ff.

Knill, Christoph/ Winkler, Daniela, Konvergenz oder Divergenz nationaler Rechts- und Verwaltungsstrukturen?: der Effekt der Europäisierung am Beispiel der Umweltverträglichkeitsprüfung in Deutschland und England, VerwArch 2007, S. 1 ff.

Knodt, Michèle, Europäisierung: Eine Strategie der Selbstbehauptung in: ders./ Kohler-Koch, Beate (Hrsg.), Deutschland zwischen Europäisierung und Selbstbehauptung, Frankfurt/Main 2000, S. 32–54.

Koch, Johannes, Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich; eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den verwaltungsinternen und verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfen des Bürgers gegenüber der Verwaltung, Berlin 1998.

Koehler, Karsten/ Gohrke, Thomas, Anmerkung zu OVG Bautzen, Beschluss vom 13.04.2006, Az. 2 E 270/05, VergabeR 2006, S. 350 ff.

Kokott, Juliane, Europäisierung des Verwaltungsprozeßrechts, Verw. 1998, S. 335 ff.

Koman, Angelika, Von Teckal zu Halle, ZfBR 2005, S. 349 ff.

König, Klaus, Rückzug des Staates – Privatisierung der öffentlichen Verwaltung, in: Siedentopf, Heinrich (Hrsg.), Europäische Integration und Modernisierung des Staates, Speyer 1998, S. 113–120.

- Öffentliches Management und Governance als Verwaltungskonzepte. Zehn Thesen, DÖV 2001, S. 617 ff.

Konstas, Jannis, Das vergaberechtliche Inhouse-Geschäft, München 2004.

Kopp, Ferdinand O., Die Entscheidung über die Vergabe öffentlicher Aufträge und über den Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge als Verwaltungsakt, BayVbl 1980, S. 609 ff.

Kopp, Ferdinand O./ Schenke, Wolf-Rüdiger, Kommentar zur VwGO, 15. Aufl., München 2007.

Kopp, Ferdinand O./ Ramsauer, Ulrich, Kommentar zum VwVfG, 10. Aufl., München 2007.

- Köster, Bernd*, Primärrechtsschutzschwellen und Rechtswegwirrwarr, NZBau 2006, S. 540 ff.
- Köster, Bernd/ Hermanns, Casper David*, Sechster Düsseldorfer Vergaberechtstag, DVBl 2005, S. 1303 ff.
- Kötz, Hein*, Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, in: Basedow, Jürgen/ Hopt, Klaus/ Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Undogmatisches*, Tübingen 2005, S. 138–154.
- Kovar, Robert*, Le droit national d'exécution du droit communautaire: essai d'une théorie de l'„écran communautaire“, in: Debbasch, Charles (Hrsg.), *L' Europe et le droit*, Paris 1991, S. 341–348.
- Kraft-Lehner, Marion*, Subjektive Rechte und Rechtsschutz des Bieters im Vergaberecht unterhalb der EU-Schwellenwerte, Hamburg 2002.
- Kratzenberg, Rüdiger*, Bericht Arbeitsgruppe zur Verschlinkung des Vergaberechts vom 5.12.2003, NZBau 2004, S. 143 ff.
- Kraus, Steffen*, Zum vergaberechtlichen Begriff des funktionalen öffentlichen Auftraggebers, in: Kniefka, Rolf/ Quak, Friedrich/ Vogel, Thomas/ Wagner, Klaus-R (Hrsg.), *Festschrift für Prof. Dr. Reinhold Thode zum 65. Geburtstag*, München 2005, S. 407–430.
- Krist, Matthias*, Anmerkung zu OLG Saarbrücken, Beschluss vom 29.04.2003, 5 Verg 4/02, VergabeR 2003, S. 434 ff.
- Anmerkung zu OLG Saarbrücken, Beschluss vom 29.04.2003, 5 Verg 4/02, IBR 2003, S. 558.
- Ktistaki, Stavroula*, L' évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif, Paris 1991.
- Kugelmann, Dieter*, Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers, Tübingen 2001.
- Kuhla, Wolfgang/ Hüttenbrink, Jost/ Endler, Jan*, Der Verwaltungsprozess, München 2002.
- Kunert, Oliver*, Vergaberecht und öffentliches Recht. Zur öffentlichen Auftragsvergabe in sicherheitssensiblen Rechtsbereichen, Köln 2003.
- Kwanka, Siegfried*, Die Einwirkungen des Europarechts auf den vorläufigen Rechtsschutz im nationalen Verwaltungsprozess, Frankfurt/Main 2006.

L

- Lachaume, Jean-François*, Droits fondamentaux et droit administratif, AJDA N° spécial 1998, S. 92 ff.
- Ladenburger, Clemens*, Verfahrensfehlerfolgen im französischen und im deutschen Verwaltungsrecht; die Auswirkung von Fehlern des Verwaltungsverfahrens auf die Sachentscheidung, Berlin, Heidelberg 1999.

- Ladeur, Karl-Heinz*, Supra- und transnationale Tendenzen in der Europäisierung des Verwaltungsrechts – eine Skizze, *EuR* 1995, S. 227 ff.
- Le Chatelier, Gilles*, Les incidences du droit communautaire sur le droit du contentieux administratif, *AJDA* N° spécial 1996, S. 97 ff.
- Lebon, Vanessa*, Le coût économique de la sécurité juridique des marchés publics, *AJDA* 2005, S. 1817 ff.
- Leffler, Henrik*, Damages liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions, *Public Procurement Law Review* 2003, S. 152 ff.
- Legrand, Pierre*, European legal systems are not converging, *ICLQ* 1996, S. 52 ff.
- Public Law, Europeanisation, and Convergence: Can Comparatists Contribute, in: P. Beaumont (Hrsg.), *Convergence and divergence in European public law*, Oxford 2002, S. 225–256.
- Lenz, Carl Otto*, Die Rolle des EuGH im Prozeß der Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, in: Kreuzer, Karl Friedrich (Hrsg.), *Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der EU*, Baden-Baden 1997, S. 161–173.
- Lenz, Carl Otto/ Borchardt, Klaus-Dieter*, EU- und EG-Vertrag; Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, jeweils in der durch den Vertrag von Nizza geänderten Fassung, Köln 2003.
- Lerche, Clemens*, Kontrolldichte bei Tatsachenfeststellungen, in: Frowein, Jochen Abr. (Hrsg.), *Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung der Verwaltung*, Berlin, Heidelberg 1993, S. 249–264.
- Landesbericht Frankreich, in: Frowein, Jochen Abr. (Hrsg.), *Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*, Berlin, Heidelberg 1993, S. 1–35.
- Lichère, François*, Du droit comparé et du droit tout court, *AJDA* 2004, S. 2017 ff.
- Lichère, François*, *Le nouveau droit des marchés publics*, Lyon 2004.
- Code des marchés publics: faut-il réformer la réforme de la réforme?, *AJDA* 2005, S. 1 ff.
- *Droit des contrats publics*, Paris 2005.
- Linotte, Didier*, Existe-t-il un principe général du droit de la libre concurrence?, *AJDA* 2005, S. 1549 ff.
- Locher, Horst/ Döring, Christian*, (Hrsg.), *VOB Teile A und B, Kommentar-Ingenstau/Korbion*, Düsseldorf 2004.
- Long, Marceau*, Services public et réalités économiques du XIXe siècle au droit communautaire, *RFDA* 2001, S. 1161 ff.

- Losch, Alexandra*, Das Legislativpaket im EG-Vergaberecht – Das Ende der vergabefremden Kriterien?, EuR 2005, S. 231 ff.
- Brennpunkt „Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte“ – Der status quo, VergabeR 2006, S. 299 ff.
 - Das Legislativpaket im EG-Vergaberecht – Das Ende der vergabefremden Kriterien?, EuR 40 (2005), S. 231 ff.
- Lück, Dominik R.*, Vorläufiger Rechtsschutz und Vergaberecht, Köln, Berlin 2003.
- Ludwigs, Markus*, Harmonisierung des Schuldvertragsrechts in Europa – Zur Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Zuständigkeit für eine Europäisierung des Privatrechts, EuR 41 (2006), S. 370 ff.
- Lukaszewicz, Boleslaw/ Oberdorff, Henri*, Le juge administratif et l'Europe: le dialogue des juges, Grenoble 2004.
- Lundsgaard-Hansen, Niklaus*, Der Staat der Zukunft- gibt es eine „best practice“?, in: Holzinger, Georg (Hrsg.), Europäisierung der öffentlichen Verwaltung, Wien 2003, S. 18–27.
- Lutz, Martin*, Vergaberegime außerhalb des Vergaberechts?, WuW 2006, S. 890 ff.

M

- Maier, Clemens*, Die prozessualen Grundsätze des Nachprüfungsverfahrens, NZBau 2004, S. 667 ff.
- in: Kulartz/Kus/Portz (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 1. Aufl., Düsseldorf 2006.
- Maillot, Jean-Marc*, La théorie administrative des principes généraux du droit, Continuité et modernité, Paris 2003.
- Malferrari, Luigi/ Lerche, Christoph*, Zulässigkeit der Nichtigkeitsklagen von Privatpersonen nach Art. 230 EG – Niedergang und Wiederaufleben des Plaumann-Tests, EWS 2003, S. 254 ff.
- Malmendier, Bertrand*, Vergaberecht, quo vadis? Ausblicke nach der „Alcatel-Entscheidung“ des EuGH und der Flughafen-Entscheidung des OLG Brandenburg, DVBl 2000, S. 963 ff.
- Marcou, Gérard*, Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale, AJDA 2006, S. 84 ff.
- Marcus, Laure/ Perrin, Alex*, Annulation de l'acte détachable du contrat et distinction des contentieux, Dr. adm. 2006/01, S. 5 ff.
- Marini, Philippe*, Pourquoi l'unification de compétences en faveur du juge administratif?, Le Moniteur 2001/08, S. 43 ff.
- Martin-Ehlers, Andrés*, Die Unterscheidung zwischen Zuschlag und Vertragsschluss im europäischen Vergaberecht, EuZW 2000, S. 101 ff.

- Martin, Julien*, L'élaboration du régime du référé précontractuel par le juge administratif, Recueil Dalloz 2005, S. 2733 ff.
- Martini, Philippe*, Pourquoi l'unification de compétences en faveur du juge administratif?, Le Moniteur 2001/08, S. 43 ff.
- Marx, Friedhelm*, Verschlangung und Vereinfachung des Vergaberechts in Deutschland, in: Pünder, Hermann/ Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, Köln, Berlin, München 2005, S. 23–28.
- Arbeitskreis II: Empfehlen sich gesetzliche Regelungen zum Rechtsschutz bei der Vergabe von Bauleistungen unterhalb der Schwellenwerte?, NZBau 2006, S. 1580 ff.
- Masing, Johannes*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts; Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht, Berlin 1997.
- Vorrang des Europarechts bei umsetzungsgebundenen Rechtsakten, NJW 2006, S. 264 ff.
- Maugüé, Christine*, L'actualité communautaire des marchés publics, AJDA N° spécial 1994, S. 38 ff.
- Maugüé, Christine/ Terneyre, Philippe*, Achèvement ou presque de la transposition des directives Marchés publics, RFD 1998, S. 593 ff.
- Maunz, Theodor/ Dürig, Günter*, Kommentar zum Grundgesetz, Losebl., München 2006.
- Maurer, Hartmut*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., München 2004.
- Mazars, Marie-France*, Le dualisme juridictionnel en 2005, AJDA 2005, S. 1777 ff.
- Mehde, Veith*, Wettbewerb zwischen Staaten: die rechtliche Bewältigung zwischenstaatlicher Konkurrenzsituationen im Mehrebenensystem, Baden-Baden 2005.
- Mehdi, Rostane*, Le contentieux administratif, in: Bourrinet, Jacques (Hrsg.), Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées, Paris 2000, S. 143–175.
- Meißner, Barbara*, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.03.2004, VII-Verg 7/04; Wahlposition; Auswahlkriterien; Transparenzgrundsatz; Antragsbefugnis, VergabeR 2004, S. 519 ff.
- Melleray, Fabrice*, L'imitation des modèles étrangers en droit administratif français, AJDA 2004, S. 1224 ff.
- La distinction des contentieux est-elle un anarchisme?, JCP éd. adm. 2005, S. 1233 ff.
 - Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel?, AJDA 2005, S. 637 ff.
- Ménéménis, Alain*, Nouveau code des marchés publics: l'avenir d'une ambition, AJDA 2004, S. 5 ff.
- Le rôle du juge de l'exécution en cas d'annulation d'un acte détachable du contrat, Dr. adm. 2004/04, S. 20 ff.

- Ménéménis, Alain*, Le code des marchés publics nouveau est arrivé, AJDA 2006, S. 1754 ff.
- La procedure adaptée, Dr. adm. 2006/03, S. 18 ff.
- Merten, Jan O.*, Private Entscheidungsträger und Europäisierung der Verwaltungsrechtsdogmatik: zur Einbindung benannter Stellen in den Vollzug des Medizinproduktrechts, Berlin 2005.
- Mertens, Susanne*, Anmerkung zu OLG Schleswig, Beschluss vom 28.11.2005, IBR 2006, S. 42.
- Meyer, Stephan*, Strukturelle Vollzugsdefizite als Gleichheitsverstoß, DÖV 2005, S. 551 ff.
- Meyer, Timm*, Deutsches und europäisches Vergaberecht – Stand und Perspektiven, ForumVergabe 2003, S. 10 ff.
- Michael, Lothar*, Entwicklungen des Verwaltungsprozessrechts in Deutschland, in: Blaurock, Uwe (Hrsg.), Gerichtsverfahren zwischen Gerechtigkeit und Ökonomie, Tübingen 2005, S. 117–140.
- Momas, Jérôme*, Référé-suspension et contentieux précontractuel, AJDA 2004, S. 1116 ff.
- Moukoko, Philippe*, La procédure de tri devant le juge des référés, JCP éd. gen. 2006, S. 1239 ff.
- Müller-Stoy, Walter*, Rechtsschutz bei einer Vergabe unterhalb der Schwellenwerte, IBR 2006, S. 40 ff.
- Müller-Wrede, Malte/ Kaelble, Hendrik*, Primärrechtsschutz, VergabeR 2002, S. 1 ff.
- Müller-Wrede, Malte/ Schade, Verena*, Anspruch ausgeschlossener Bieter auf Aufhebung, VergabeR 2005, S. 460 ff.
- Müller, Jürgen*, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, VergabeR 2005, S. 436 ff.
- Munsberg, Hendrik*, SZ vom 13/14.05.1995, „Hausaufgaben nicht gemacht“.
- Muscat, Hélène*, Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen, 2003.
- Muzny, Peter*, La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme – Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique, Aix-Marseille 2005.

N

- Nehl, Hanns Peter*, Wechselwirkungen zwischen verwaltungsverfahrensrechtlichem und gerichtlichem Individualrechtsschutz, in: Nowak, Carsten (Hrsg.), Individualrechtsschutz in EG und WTO, Baden-Baden 2002, S. 135–159.

Neßler, Volker, Europäisches Richtlinienrecht wandelt deutsches Verwaltungsrecht – ein Beitrag zur Europäisierung des deutschen Rechts, Berlin 1994.

- Das neue Auftragsvergaberecht – ein Beispiel für die Europäisierung des deutschen Rechts, EWS 1999, S. 89 ff.

Nessler, Volker, Handelsblatt vom 06.01.1999, „Europäische Rechtskultur beendet jahrzehntealte deutsche Traditionen“.

Niestedt, Marian/ Hellriegel, Matthias, Anmerkung zu OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 25.05.2005, VergabeR 2005, S. 478 ff.

Noelle, Thomas, Urteilsanmerkung zu OLG Brandenburg, Beschluss vom 13.09.2005, Verg W 8/05, VergabeR 2006, S. 266 ff.

Nolte, Georg, Der Wert formeller Kontrolldichtemaßstäbe, in: Frowein, Jochen Abr. (Hrsg.), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, Berlin, Heidelberg 1993, S. 278–290.

- Die Herausforderung für das deutsche Recht der Akteneinsicht durch europäisches Verwaltungsrecht, DÖV 1999, S. 363 ff.

O

Oberrath, Jörg-Dieter, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Köln, Berlin, München 2005.

Oehlert, Sebastian, Harmonisierung durch EG-Richtlinien: Kompetenzen, Legitimation, Effektivität, JuS 1997, S. 317 ff.

Oeter, Stefan, Kontrolldichte bei Ermessen, in: Frowein, Jochen Abr. (Hrsg.), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, Berlin, Heidelberg 1993, S. 266–267.

Ohler, Frank Peter, Zum Begriff des öffentlichen Auftraggebers im europäischen Vergaberecht, Frankfurt/Main, Berlin, Bern, Wien 2001.

Öhler, Matthias, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union – zugleich ein Beitrag zur Durchsetzung des europäischen Gemeinschaftsrechts, Wien 1998.

Ollmann, Horst, Das neue Vergaberecht – eine kritische Darstellung der Arbeitsentwürfe, VergabeR 2004, S. 669 ff.

Ondoua, Alain, Etude des rapports entre le droit communautaire et la Constitution en France, Paris 2001.

Opitz, Marc, Ermessen, Beurteilungsspielraum und Vertragsfreiheit bei der Zuschlagserteilung, BauR 2000, S. 1564 ff.

- Der Wirtschaftlichkeitsbegriff des Kartellvergaberechts, NZBau 2001, S. 12 ff.

- Das Eilverfahren, NZBau 2005, S. 213 ff.

Oppermann, Thomas, Europarecht, 3. Aufl., München 2005.

- Otting, Olaf*, Änderungsbedarf beim Rechtsschutz – oberhalb und unterhalb der Schwelle, in: Pünder, Hermann/ Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, Köln, Berlin, München 2005, S. 53–65.
- Otting, Olaf*, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 29.07.2004, 2 BvR 2248/03; Anspruch auf effektiven Rechtsschutz; Antragsbefugnis; Vorlagepflicht, VergabeR 2004, S. 602 ff.
- Otto, Christian-W.*, Ausdehnung des Nachbarschutzrechts nach Gemeinschaftsrecht, ZfBR 2005, S. 22 ff.

P

- Pache, Eckhard*, Die Kontrolldichte in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, DVBl 1998, S. 380 ff.
- Der Staat als Kunde-System und Defizite des neuen deutschen Vergaberechts, DVBl 2001, S. 1781 ff.
 - Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum – zur Einheitlichkeit administrativer Entscheidungsfreiräume und zu deren Konsequenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren; Versuch einer Modernisierung, Tübingen 2001.
- Pachnou, Despina*, Enforcement of the E.C. Procurement Rules: The standards required of nationale review systems unter E.C. law in the context of the principles of effectiveness, Public Procurement Law Review 2000, S. 55 ff.
- Pacteau, Bernard*, Contentieux administratif, 7. Aufl, Paris 2005.
- Pagenkopf, Martin*, Zum Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf nationales Wirtschaftsverwaltungsrecht – Versuch einer praktischen Einführung, NVwZ 1993, S. 216 ff.
- Pasemann, Birthe*, Die Entwicklung des Schutzes subjektiver öffentlicher Rechte unter Berücksichtigung des europäischen Einflusses, Frankfurt/Main 2004.
- Peiser, Gustav*, Contentieux administratif, 13. Aufl, Paris 2004.
- Pernice, Ingolf*, Gestaltung und Vollzug des Umweltrechts im europäischen Binnenmarkt – Europäische Impulse und Zwänge für das deutsche Umweltrecht, NVwZ 1990, S. 414 ff.
- Pernice, Ingolf/ Kadelbach, Stefan*, Verfahren und Sanktionen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, DVBl 1996, S. 1100 ff.
- Petersen, Niels*, Rechtsschutzlücken im Vergaberecht?, BauR 2000, S. 1574 ff.
- Peyrical, Jean-Marc*, Les avenants aux contrats publics, Paris 2005.
- Peyrical, Jean Marc*, Le paradoxe des marchés publics – le marché public, re-poussoir et modèle, Dr. adm. 2000/04, S. 4 ff.
- Pfau, Tilo*, Urteilsanmerkung zu VG Karlsruhe, Urteil vom 14.06.2006, 8 K 1437/06, IBR 2006, S. 1467.

- Pielow, Johann-Christian*, Öffentliche Daseinsvorsorge zwischen „Markt“ und „Staat“ (I), JuS 2006, S. 692 ff.
- Pietzcker, Jost*, Die Zweiteilung des Vergaberechts, Baden-Baden 2001.
- Defizite bei Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte?, NJW 2005, S. 2881 ff.
 - Grenzen des Vergaberechts, NVwZ 2007, S. 1225 ff.
- Pignon, Sophie*, Aperçu de la réforme du Code des marchés publics „un achat public plus simple et plus efficace“?, Petites affiches 2004, S. 6 ff.
- Pitschas, Rainer*, Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit als „Ökonomisierung“ des Rechtsstaates? Verfassungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Eckwerte der Modernisierungsdiskussion in: ders./ Merten, Detlef (Hrsg.), Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Berlin 1999, S. 59–91.
- Plessix, Benoît*, Chronique du droit administratif, JCP éd. gen. 2006, S. 1228 ff.
- Pöcker, Markus*, Das Verfahrensrecht wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Verteilungsentscheidungen: Der einheitliche Verteilungsverwaltungsakt, DÖV 2003, S. 193 ff.
- Pohlmann, Petra*, Keine Bindungswirkung von Bekanntmachungen und Mitteilungen der Europäischen Kommission, WuW 2005, S. 1005 ff.
- Ponthoreau, Marie-Claire*, Entre pragmatisme et outil épistémologique, RID comp. 2005, S. 7 ff.
- Trois interprétations de la globalisation juridique, AJDA 2006, S. 20 ff.
- Pontier, Jean-Marie*, Le droit administratif et la complexité, AJDA 2000, S. 187 ff.
- La simplification, illusion dangereuse, AJDA 2005, S. 345 ff.
- Preis, Ulrich/ Ulber, Daniel*, Tarifreue als Verfassungsproblem, NJW 2007, S. 465 ff.
- Prelle, Rebecca*, Die Umsetzung der UVP-Richtlinie in nationales Recht und ihre Koordination mit dem allgemeinen Verwaltungsrecht – eine vergleichende Betrachtung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle der UVP-Anwendung in Deutschland und Frankreich, Berlin 2001.
- Prieß, Hans-Joachim*, Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots, in: Pünder, Hermann/ Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, Köln, Berlin, München 2005, S. 117–140.
- Handbuch des europäischen Vergaberechts, 3. Aufl., Köln 2005.
- Prieß, Hans-Joachim/ Hölzl, Franz Josef*, Das Ende des rechtsfreien Raumes: Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz bei der Rüstungsbeschaffung, NZBau 2005, S. 367 ff.
- Prieß, Hans-Joachim/ Niestedt, Marian*, Rechtsschutz im Vergaberecht: Praxis- handbuch für den Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge oberhalb und unterhalb der EG-Schwellenwerte, Köln, Berlin, München 2006.

- Puhl, Thomas*, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 2001, S. 456 ff.
- Pukall, Kirstin*, Die Neuregelung des Vergaberechts – Stand und Perspektiven, VergabeR 2006, S. 586 ff.
- Pünder, Hermann*, Der wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2006, S. 20 ff.
- Pünder, Hermann*, Zu den Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge, VerwArch 95 (2004), S. 38 ff.
- Putzier, Eckart*, Die Informationspflicht nach dem neuen § 13 Vergabeordnung, DÖV 2002, S. 517 ff.

R

- Racheline, Francois*, Services publics – économie de marché, Paris 1996.
- Radelli, C. M.*, The Europeanization of Public Policy, in: Featherstone, Kevin/ Radaelli, Claudio M. (Hrsg.), The Politics of Europeanization, Oxford 2003.
- Ranieri, Filippo*, Die Europäisierung der Rechtswissenschaft, Baden-Baden 2002.
- Rausch, Rolf*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und -würdigungen durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften: zur gerichtlichen Nachprüfung von Kommissionsentscheidungen im Vergleich zum deutschen und französischen Recht, Berlin 1994.
- Rechten, Stephan*, Die Novelle des EU-Vergaberechts, NZBau 2004, S. 366 ff.
- Redeker, Konrad*, Legislative, Exekutive und Verwaltungsgerichtsbarkeit; Versuch eines sachlichen Gesprächs, NVwZ 1996, S. 126 ff.
- Regler, Rainer*, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, Berlin 2007.
- Rehbinder, Eckard/ Wahl, Rainer*, Kompetenzprobleme bei der Umsetzung von europäischen Richtlinien NVwZ 2002, S. 21 ff.
- Reicherzer, Max*, Die gesetzliche Verankerung von PPP, DÖV 2005, S. 603 ff.
- Reidt, Olaf*, in: ders./ Stickler, Thomas/ Glaß, Heike (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2 Aufl., Köln 2003.
- Reidt, Olaf/ Brosius-Gersdorf, Frauke*, Die Nachprüfung der Aufhebung der Ausschreibung im Vergaberecht, VergabeR 2002, S. 580 ff.
- Reiling, Michael*, Interesse als Rechtsbegriff? Zur Fragwürdigkeit abstrakter Interessenqualifikationen als Basis subjektiv-öffentlicher Rechte, DÖV 2004, S. 181 ff.
- Zu individuellen Rechten im deutschen und im Gemeinschaftsrecht; ein Vergleich ihrer Gründe, Ermittlung und Durchsetzung, Berlin 2004.
- Renard, Georges*, Cours élémentaire de droit public, Paris 1922.
- Renke, Ilona*, EG-Richtlinien und verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz; unter besonderer Berücksichtigung des Umweltrechts, Darmstadt 1998.

- Richer, Laurent*, Anmerkung zu C. E, Urteil vom 03.12.1997, AJDA 1998, S. 169 ff.
- Droit des contrats administratifs, 4. Aufl, Paris 2004.
- Riedel, Eibe*, Europäische Verwaltungsverfahrenssysteme im Vergleich, EuR 30 (1995), Beiheft 1, S. 49 ff.
- Rinke, Andreas*, Handelsblatt vom 29.12.2006, „Deutschland auf dem Weg zum Musterknaben“.
- Ritleng, Dominique*, Jurisprudence administrative française intéressant le droit communautaire, RTD eur. 2004, S. 333 ff.
- Rittner, Fritz*, Öffentliches Auftragswesen und marktwirtschaftliche Ordnung, in: Andreae, Clemens-August (Hrsg.), Wettbewerb als Herausforderung und Chance, Köln 1989, S. 99–113.
- Das öffentliche Auftragswesen im Spannungsfeld zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Das öffentliche Auftragswesen in der EG, Baden-Baden 1996, S. 7–22.
- Rivero, Jean*, Perspectives en droit administratif, in: Cappelletti, Mauro/ Brown, L. Neville/ Kohnstamm, Max (Hrsg.), Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe, Leyden 1978, S. 389–410.
- Röben, Volker*, Die Einwirkung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf das mitgliedstaatliche Verfahren in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, Berlin, Heidelberg 1998.
- Roche, Catharine*, Les collectivités territoriales et l'Union européenne, AJDA 2005, S. 1325 ff.
- Rohde, Christian*, Vorläufiger Rechtsschutz unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts : down by law, Köln, Berlin, Bonn, München 1998.
- Roll, Sebastian*, Zugang zu Umweltinformationen und Freedom of Information – Überschießende Tendenzen des europäischen Rechts am Beispiel der Umsetzung der EG-Umweltinformationsrichtlinie in das englische und deutsche Recht, Berlin 2003.
- Roscher, Bertram*, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte vor den Verwaltungsgerichten?, IBR 2005, S. 561.
- Rosenkötter, Annette*, Kehrtwende oder konsequente Fortführung? § 13 S. 6 VgV und das OLG Düsseldorf, NZBau 2004, S. 136 ff.
- Rossen-Stadtfeld, Helge*, Kontrollfunktion der Öffentlichkeit – ihre Möglichkeiten und ihre (rechtlichen) Grenzen, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/ Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 117–203.
- Royer, Erwan*, Le code des marchés publics nouveau est arrivé, AJDA 2006, 1524 ff.

Ruffert, Matthias, Subjektive Rechte im Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung ihrer prozessualen Durchsetzung, Heidelberg 1996.

- Dogmatik und Praxis des subjektiv-öffentlichen Rechts unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, DVBl 1998, S. 69 ff.

- Von der Europäisierung des Verwaltungsrechts zum Europäischen Verwaltungsverbund, DÖV 2007, S. 761ff.

Rüßmann, Helmut/ Diedrich, Kay, Das europäische Vergaberecht und seine Umsetzung in die deutsche Rechtsordnung, in: Ranieri, Filippo (Hrsg.), Die Europäisierung der Rechtswissenschaft, Baden-Baden 2002, S. 145–181.

Ruthig, Josef, Transformiertes Gemeinschaftsrecht und die Klagebefugnis des § 42 II VwGO, BayVbl 1997, S. 289 ff.

- Verwaltungsrechtsschutz bei der staatlichen Auftragsvergabe – eine verwaltungsrechtliche Kritik der „Lenkwaffen“-Entscheidung, NZBau 2005, S. 497 ff.

- Vergaberechtsnovelle ohne Gesetzgeber-(I), NZBau 2006, S. 137 ff.

Ruthig, Josef/ Storr, Stefan, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1. Aufl, Heidelberg 2005.

S

Schabel, Thomas, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 18.10.2001, Rs. C-19/00, „SIAC Construction“, VergabeR 2002, S. 35 ff.

Schaller, Hans, Bieterschützende Vorschriften im Vergaberecht: Voraussetzung für einen effektiven Rechtsschutz, BayVBl, Bd. 138 (2007), S. 750 ff.

Scharan, Uwe, Aufhebung der Ausschreibung und Vergaberechtsschutz, NZBau 2003, S. 585 ff.

Scharpf, Fritz W., Regieren im europäischen Mehrebenensystem – Ansätze zu einer Theorie, in: V. H. Schneider (Hrsg.), Entgrenzte Märkte – grenzenlose Bürokratie?, Frankfurt/Main 2002, S. 35–67.

Scheel, Kurt-Christian, Privater Sachverstand im Verwaltungsvollzug des europäischen Rechts, Berlin, Zürich, Wien 1999.

Scheerer, Michael, Handelsblatt vom 13.11.2006, „Großkoalitionäre im kleinen Brüssel“.

- Handelsblatt vom 26.10.2006, „Kommunen gegen Vergaberegeln“.

- Handelsblatt vom 19.07.2006, „EU will öffentliche Aufträge schärfer regeln“.

- Handelsblatt vom 21.04.2006, „Brüssel verlangt mehr Transparenz“.

Schenk, Michael, Das neue Vergaberecht, Baden-Baden 2001.

Schenke, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsprozessrecht, 8. Aufl., Heidelberg 2002.

Scheuing, Dieter H., Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/ Schmidt-Aßmann,

Eberhard (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, Baden-Baden 1994, S. 289 ff.

Scheuing, Dieter H., Europäisierung des Verwaltungsrechts. Zum mitgliedstaatlichen Verwaltungsvollzug des EG-Rechts am Beispiel der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen, *Verw.* 2001, S. 107 ff.

Schily, Otto, Die Europäisierung der Innenpolitik, *NVwZ* 2000, S. 883 ff.

Schlette, Volker, Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Ermessensakten in Frankreich – eine Analyse der Rechtsprechung des Conseil d'Etat zu Inhalt und Umfang des pouvoir discrétionnaire der französischen Verwaltungsbehörden, unter besonderer Berücksichtigung der neueren Entwicklungen, Baden-Baden 1991.

Schlicher, Bernd, Starke und schwache Rechte, in: Koziol, Helmut/ Bydlinski, Franz (Hrsg.), *Festschrift für Franz Bydlinski*, Wien 2002, S. 353–391.

Schliesky, Utz, *Öffentliches Wirtschaftsrecht; deutsche und europäische Grundlagen*, 2. Aufl., Heidelberg 2003.

Schmidt-Aßmann, Eberhard, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, *DVBl* 1993, S. 924 ff.

- Reformbedarf und Reformansätze, in: ders./ Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), *Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts*, Baden-Baden 1993, S. 11 ff.

- Les influences réciproques entre les droits administratifs nationaux et le droit administratif européen, *AJDA* N° spécial 1996, S. 146 ff.

- Die Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte; Verfassungsgerichtliche Vorgaben und Perspektiven, *DVBl* 1997, S. 281 ff.

- Einleitende Problemskizze, in: ders./ Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, Baden-Baden 1999, S. 9–43.

- Aufgaben- und Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit vor dem Hintergrund der Verwaltungsrechtsentwicklung, *VBIBW* 2000, S. 45 ff.

- Die Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), *Festgabe BVerwG*, Köln, Berlin, Bonn, München 2003, S. 487–506.

- Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, Berlin, Heidelberg 2004.

- in: Schoch, Friedrich/ Schmidt-Aßmann, Eberhard/ Pietzner, Rainer (Hrsg.), *Kommentar zur VwGO*, München 2006.

Schmidt-Preuß, Matthias, Gegenwart und Zukunft des Verfahrensrechts, *NVwZ* 2005, S. 489 ff.

- Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht – das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis, Berlin 2005.

Schmidt, Manfred G., Aufgabeneuropäisierung, in: Gunnar Folke/ Pernice, Ingo Haltern, Ulrich (Hrsg.), *Europawissenschaft*, Baden-Baden 2005, S. 129 ff.

Schmidt, Rainer, „Europäisierung“ des öffentlichen Wirtschaftsrechts in Deutschland und sein Strukturwandel im Zeitalter der Globalisierung, in: Pitschas, Rainer (Hrsg.), Internationalisierung von Staat und Verfassung, Berlin 2002, S. 297-321.

Schmidt, Tanja, Die Subjektivierung des Verwaltungsrechts, Berlin 2006.

Schmittmann, Michael, Zur deutschen Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinien: Aktuelle Probleme der Rechtsschutzverweigerung, AfP 1997, S. 460 ff.

Schmitz, Heribert, Länderbericht Deutschland, in: Hill, Hermann/ Pitschas, Rainer (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, Berlin 2004, S. 23–40.

Schneevogl, Kai/ Horn, Lutz, Das Vergaberechtsänderungsgesetz, NVwZ 1998, S. 1242 ff.

Schneider, Volker H., Europäisierung zwischen Markt und Bürokratie. Eine Einführung in die Problematik, in: ders. (Hrsg.), Entgrenzte Märkte- grenzenlose Bürokratie?, Frankfurt/Main 2002, S. 15–29.

Schoch, Friedrich, Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, JZ 1995, S. 109 ff.

- Die europäische Perspektive des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/ Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1999, S. 279–316.
- Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1999, S. 457 ff.
- Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Berlin 2000.
- Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts, NordÖR 2002, S. 1 ff.
- Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Festgabe BVerwG, Köln, Berlin, Bonn, München 2003, S. 508–533.
- in: Schoch, Friedrich/ Schmidt-Aßmann, Eberhard/ Pietzner, Rainer (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, München 2006.

Scholz, Rupert, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz; dargestellt am Beispiel der Kartellaufsicht, Berlin 1971.

Schroeder, Werner, Nationale Maßnahmen zur Durchführung von EG-Recht und das Gebot der einheitlichen Wirkung, VerwArch. 2004, S. 3 ff.

Schulze-Fielitz, Helmuth, Neue Kriterien für die verwaltungsgerichtliche Kontroll-dichte, JZ 1993, S. 772 ff.

Schumacher, Friedrich Arndt, Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen nach dem europäischen Gemeinschaftsrecht und dem deutschen Recht, Regensburg 1998.

Schwan, Alexander, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.06.2005, Verg 5/05, IBR 2006, S. 1023.

Schwarze, Jürgen, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrenrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, Berlin 1974.

Schwarze, Jürgen, Europäisches Verwaltungsrecht: Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft; Teil 1, 1. Aufl., Baden-Baden 1988.

- Europäisches Verwaltungsrecht: Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft; Teil 2, 1. Aufl., Baden-Baden 1988.

- Das Ausmass der gerichtlichen Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht; vergleichende Studien zur Rechtslage in Deutschland, Frankreich, Griechenland und in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1992.

- Convergences et divergences des droits administratifs de l'Union européenne, AJDA, N° spécial 1996, S. 140 ff.

- Grundlinien und neuere Entwicklungen des Verwaltungsrechtsschutzes in Frankreich und Deutschland, NVwZ 1996, S. 22 ff.

- Länderbericht Deutschland, in: ders. (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, Baden-Baden 1996, S. 123–229.

- Die Entwicklung der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit aus deutscher Sicht, DVBl 1999, S. 261 ff.

- Die Vergabe, in: ders. (Hrsg.), Öffentliche Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, Baden-Baden 2000, S. 13–31.

- Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, EuZW 2000, S. 133 ff.

- Europäische Rahmenbedingungen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, NVwZ 2000, S. 241 ff.

- Europäisches Verwaltungsrecht, Baden-Baden 2005.

Schwarze, Jürgen/ Becker, Ulrich/ Pollak, Christiana, Die Implementation von Gemeinschaftsrecht; Untersuchungen zur Gesetzgebungs- und Verwaltungspolitik der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten, Baden-Baden 1993.

Seidel, Ingelore, in: Dausen, Manfred A (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, München 2006.

- Die Anwendung der EG-Richtlinien für die öffentlichen Aufträge in der Bundesrepublik, EuR 25 (1990), S. 158 ff.

Seiller, Bertrand, L'érosion de la distinction SPA-SPIC, AJDA 2005, S. 417 ff.

Selmer, Peter, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und Unternehmergrundrechte, in: Stober, Rolf (Hrsg.), Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, Köln 2000, S. 75–102.

Sendler, Horst, Über richterliche Kontrolldichte in Deutschland und anderswo, NJW 1994, S. 1518 ff.

Servoin, François, Droit administratif de l'économie, Grenoble 1996.

Siedentopf, Heinrich, Europäische Integration und die öffentlichen Verwaltungen der Mitgliedstaaten, DÖV 1990, S. 445 ff.

Skouris, Wassilios, Verletztenklagen und Interessentenklagen im Verwaltungsprozeß, Köln, Berlin, Bonn, München 1979.

- Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Unterscheidung zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht- dargestellt für das öffentliche Auftragswesen und Privatisierung, EuR 1998, S. 111 ff.

Slominski, Peter, Telekommunikation, in: Bapuly, Bedanna (Hrsg.), Europäisierung durch Recht zwischen Anspruch und Wirklichkeit, Baden-Baden 2005, S. 13–38.

Sommermann, Klaus-Peter, Europäisches Verwaltungsrecht oder Europäisierung des Verwaltungsrechts – Inkonsistenzen in der Rechtsprechung, DVBl 1996, S. 889 ff.

- Der vorläufige Rechtsschutz zwischen europäischer Anpassung und staatlicher Verschlinkung, in: Grupp, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Willi Blümel zum 70. Geburtstag, Berlin 1999, S. 523–548.

- Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, DÖV 1999, S. 1017 ff.

- Konvergenzen im Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozessrecht europäischer Staaten, in: ders. (Hrsg.), Perspektiven der Verwaltungsforschung, Berlin 2002, S. 163–188.

Stancke, Fabian, Einstweilige Anordnungen im dezentralen Vollzug des Gemeinschaftsrechts: einstweilige Anordnungen und die Kohärenz des gemeinschaftlichen Rechtsschutzsystems bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch deutsche Verwaltungs- und Zivilgerichte, Frankfurt/Main 2004.

Stark, Christian, Rechtsvergleichung und Öffentliches Recht, JZ 1997, S. 1021 ff.

Steiff, Jacob, EU-Osterweiterung, Grundfreiheiten und Vergaberecht, NZBau 2004, S. 75 ff.

Steinberg, Philipp, Daseinsvorsorge im europäischen Mehrebenensystem als geteilte Gewährleistungsverantwortung, in: Bungenberg, Marc/ Danz, Stefan/ Heinrich, Helge/ Hünemörder, Olaf/ Schmidt, Christian/ Schroeder, Romy/ Sickert, Ariane/ Unkroth, Frank (Hrsg.), Recht und Ökonomik, München 2004, S. 189–221.

- Die „Wienstrom“-Entscheidung des EuGH, EuZW 2004, S. 76 ff.

- Die Flexibilisierung des neuen europäischen Vergaberechts, NZBau 2005, S. 88 ff.

Stelkens, Ulrich/Bonk, Heinz Joachim/ Sachs, Michael, Kommentar zum VwVfG, 6. Aufl., München 2001.

- Primärrechtsschutz trotz Zuschlagserteilung. Warum nach wirksamer Zuschlagserteilung trotz § 114 II 1 GWB ein Nachprüfungsverfahren möglich sein kann, NZBau 2003, S. 654 ff.

- Verwaltungsprivatrecht, Berlin 2005.

- in: Schoch, Friedrich/ Schmidt-Aßmann, Eberhard/ Pietzner, Rainer (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, München 2006.

Sternier, Frank, Rechtsbindungen und Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Stuttgart 1996.

Stickler, Thomas, in: Reidt, Olaf/ ders./ Glaß, Heike (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl., Köln 2003.

Stirn, Bernard, L'idée de concurrence dans le contentieux administratif, Paris 2003.

Stirn, Bernard/ Oberdorff, Henri, Le juge administratif français dans un environnement européen, in: Lukaszewicz, Boleslaw/ Oberdorff, Henri (Hrsg.), Le juge administratif et l'Europe, Grenoble 2004, S. 41–67.

Stober, Rolf, Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht, Stuttgart 1993.

- Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht: Grundlagen und Prinzipien, Wirtschaftsverfassungsrecht, 13. Aufl., Stuttgart 2002.

Stockmann, Kurt, § 13 VgV in der Rechtspraxis, NZBau 2003, S. 591 ff.

- Die Integration von Vergaberecht und Kartellrecht, ZWeR 2003, S. 37 ff.

Stolleis, Michael, Öffentliches und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/ Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 41 ff.

Stolz, Bernhard, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 18.05.2004 - X ZB 7/04; Divergenzvorlagebeschluß; Fehlende Preisangaben; Mischkalkulation; Spekulationspreise; Antragsbefugnis, VergabeR 2004, S. 478 ff.

Stolz, Kathrin, Das öffentliche Auftragswesen in der EG – Möglichkeiten und Grenzen einer Liberalisierung, Baden-Baden 1991.

Storr, Stefan, „De-facto-Vergabe“ und „In-house-Geschäft“ erneut vor dem EuGH-Urteil „Stadt Halle“, WuW 2005, S. 400 ff.

Stoye, Katrin, Die Entwicklung des europäischen Verwaltungsrechts durch das Gericht erster Instanz am Beispiel der Verteidigungsrechte im Verwaltungsverfahren, Baden-Baden 2005.

Streinz, Rudolf, Mindestharmonisierung im Binnenmarkt, in: Everling, Ulrich (Hrsg.), Mindestharmonisierung im europäischen Binnenmarkt, Baden-Baden 1997, S. 9–32.

- Strohmayr, Sebastian*, Kompetenzkollisionen zwischen europäischem und nationalem Recht, Baden-Baden 2006.
- Stüber, Stefan*, Subjektive Rechte aus Gemeinschaftsrecht, JURA 2001, S. 798 ff.
- Sturm, Roland*, Was ist Europäisierung, in: Schuppert, Gunnar Folke/ Pernice, Ingolf/ Haltern, Ulrich (Hrsg.), Europawissenschaft, Baden-Baden 2005, S. 101–127.
- Suchanek, Andreas*, Grundsatzüberlegungen zur Verwaltungskontrolle aus ökonomischer Sicht, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 247–270.
- Suermann, Ansgar*, Die Kontrolle von unbestimmten Rechtsbegriffen bei der Angebotswertung im Vergaberecht, Hamburg 2005.
- Sydow, Gernot*, Europäisierte Verwaltungsverfahren-(I), JuS 2005, S. 97 ff.
- Sydow, Gernot*, Europäisierte Verwaltungsverfahren-(II), JuS 2005, S. 202 ff.
- Vollzug des europäischen Unionsrechts im Wege der Kooperation nationaler und europäischer Behörden, DÖV 2006, S. 66 ff.

T

- Tavernier, Paul*, La France et la cour européenne des droits de l'homme: la jurisprudence en 2004, Bruxelles 2005.
- Tchakaloff, Marie-France Christophe*, Les principes généraux du droit communautaire, in: Bourrinet, Jacques (Hrsg.), Droits nationaux, droit communautaire: influences croisées, Paris 2000, S. 83–96.
- Terneyre, Philippe*, L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs, AJDA N° spécial 1996, S. 84 ff.
- Terneyre, Philippe*, Les marchés publics et le droit communautaire, in: Lukaszewicz, Boleslaw/ Oberdorff, Henri (Hrsg.), Le juge administratif et l'Europe: le dialogue des juges, Grenoble 2004, S. 171–177.
- Tessier, André*, La nouvelle refonte du code des marchés publics, Dr. adm. 2004/04, S. 7 ff.
- Thieme, Hinrich/ Correll, Cathrin*, Deutsches Vergaberecht zwischen nationaler Tradition und europäischer Integration, DVBl 1999, S. 884 ff.
- Thurière, Jean-François*, Problematische des déléguations pour le juge administratif, AJDA 1996, S. 581 ff.
- Thüsing, Gregor*, Handelsblatt vom 09.11.2006, „Nicht alles, was geht, ist auch gut“.
- Tomerius, Stephan/ Kiser, Folma*, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz bei nationalen Auftragsvergaben – auf dem Weg zur „unterschwelligem“ Rechtswegspaltung?, VergabeR 2005, S. 551 ff.

Tonne, Michael, Effektiver Rechtsschutz durch staatliche Gerichte als Forderung des europäischen Gemeinschaftsrechts, Köln 1997.

Toussaint, Matthias, Anmerkung zu VK Nordbayern, Beschluss vom 09.01.2006, 21.VK-3194-42/05, IBR 2006, S. 1459.

Trautner, Wolfgang E., Anmerkung zu VG Neustadt, Beschluss vom 20.02.2006, 4 L 210/06, VergabeR 2006, S. 355 ff.

Triantafyllou, Dimitris, Europäisierungsprobleme des Verwaltungsprivatrechts am Beispiel des öffentlichen Auftragsrechts, NVwZ 1994, S. 943 ff.

- Zur Europäisierung des subjektiven öffentlichen Rechts, DÖV 1997, S. 192 ff.

U

Uechtritz, Michael, Die Änderungen im Bereich der Fehlerfolgen und der Planerhaltung nach §§ 214. BauGB, ZfBR 2005, S. 11 ff.

V

Van Lang, Agathe, Le dualisme juridictionnel-Limites et mérites, Paris 2007.

Vandermeeren, Roland, Le référé administratif précontractuel, AJDA N° spécial 1994, S. 91 ff.

- Le code 2004, in: J. Michon (Hrsg.), Recueil marchés publics 2004/2005, Paris 2005, S. 15–19.

Vetter, Rainer/ Bergmann, Tina, De-facto-Vergabe und In-house-Geschäfte im Lichte des effet-utile – Kein Raum für Schlupflöcher im Vergaberecht, EuZW 2005, S. 589 ff.

Vignes, Daniel, Le rapprochement des législations mérite-t-il encore son norm?, in: Debbasch, Charles (Hrsg.), L' Europe et le droit, Paris 1991, S. 533–546.

Vincent-Legoux, Marie-Caroline, La signature des marchés: précipitation et référé précontractuel, RFDA 2005, S. 1094 ff.

Viney, Geneviève, Rapport de synthèse, in: Chaput, Yves (Hrsg.), Le droit au défi de l'économie, Paris 2002, S. 222–230.

Vollmöller, Thomas, Vergaberecht, in: Diederichsen, Lars/ Schmidt, Rainer (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg 2004.

W

Wagner, Matthias, Das Konzept der Mindestharmonisierung, Berlin 2001.

Wagner, Volkmar/ Steinkemper, Ursula, Zum Zusammenspiel von Kartellvergaberecht und Haushaltsvergaberecht, NZBau 2006, S. 550 ff.

- Öffentliche Auftragsvergabe – Legale Möglichkeiten der Vergabe ohne Ausschreibung und Rechtsfolgen fehlerhafter oder unterbliebener Ausschreibungen, Betriebs Berater 2004, S. 1577 ff.

Wahl, Rainer, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL (41) 1983, Bd. 41, S. 151 ff.

- Die doppelte Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts, DVBl 1996, S. 641 ff.
- Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland, Der Staat 1999, S. 495 ff.
- Europäisches Planungsrecht. Europäisierung des deutschen Planungsrechts. Das Planungsrecht in Europa, in: Grupp, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Willi Blümel zum 70. Geburtstag, Berlin 1999, S. 617–646.
- Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht in europäischer Sicht, DVBl 2003, S. 1285 ff.
- Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, Frankfurt/Main 2003.
- Vorb. § 42 II VwGO, in: Schoch, Friedrich/ Schmidt-Aßmann, Eberhard/ Pietzner, Rainer (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, München 2006.
- Verhältnis Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeßrecht in europäischer Sicht, in: Hill, Hermann/ Pitschas, Rainer (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, Berlin 2004, S. 357–383.

Wahl, Rainer/ Schütz, Peter, § 42 II VwGO, in: Schoch, Friedrich/ Schmidt-Aßmann, Eberhard/ Pietzner, Rainer (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, München 2006.

Waldner, Thomas, Bieterschutz im Vergaberecht unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben, Baden-Baden 2000.

Wallerath, Maximilian, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht; Beschaffung und Leistungserstellung im Staat der Gegenwart, Baden-Baden 1988.

Wanninger, Rainer/ Stolze, Simon-Finn/ Kratzenberg, Rüdiger, Auswirkungen von Vergabenachprüfungsverfahren auf die Kosten öffentlicher Baumaßnahmen, NZBau 2006, S. 481 ff.

Wegener, Bernhard W., Rechte des Einzelnen – die Interessentenklage im europäischen Umweltrecht, Baden-Baden 1998.

- in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, München 2007.

Wegmann, Winfried, Die Vorabinformation über den Zuschlag bei der öffentlichen Auftragsvergabe, NZBau 2001, S. 475 ff.

Weidemann, Clemens, „Solange II“ hoch 3, NVwZ 2006, S. 623 ff.

Weihrauch, Oliver, Aufhebung der Aufhebung, BauR 2003, S. 56 ff.

Weyand, Rudolf, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.01.2005, Verg 58/04, IBR 2005, S. 1099.

- Alle Angebote unvollständig: Zuschlagsverbot?, IBR 2006, S. 687.
- Kommentar Vergaberecht, Stand vom 27.04.2006.

- Wichmann, Alexander*, Die Antragsbefugnis des Subunternehmers im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren, Baden-Baden 2006.
- Willand, Achim/ Buchholz, Georg*, Feinstaub: Die ersten Gerichtsentscheidungen, NJW 2005, S. 2641 ff.
- Willenbruch, Klaus*, Vorbeugender und vorläufiger Rechtsschutz nach dem Vergaberechtsänderungsgesetz, NVwZ 1999, S. 1062 ff.
- Anmerkung zu OLG Bremen, Beschluss vom 14.04.2005, Verg 1/2005, VergabeR 2005, S. 544 ff.
- Winter, Gerd*, Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1999, S. 467 ff.
- Wirner, Helmut*, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 19.06.2003, Rs. C-315/01, „Gat“, IBR 2003, S. 444.
- Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 24.06.2004, Rs. C-212/02, IBR 2004, S. 446.
 - Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 13.10.2005, Rs. C-458/03, IBR 2005, S. 107.
 - Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 06.04.2006, Rs. C-410/04, IBR 2006, S. 461.
- Wittchen, Ingo*, Anmerkung zu OLG Koblenz, Beschluss vom 20.10.2004, 1 Verg 4/04, IBR 2005, S. 1093.
- Wittek, Nicolas A.*, Das In-House Geschäft im Europäischen Vergaberecht, Frankfurt/Main 2004.
- Wittig, Oliver*, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, Düsseldorf 1999.
- Wittkopp, Silke*, Sachverhaltsermittlung im Gemeinschaftsverwaltungsrecht: eine Untersuchung zu den Einflüssen des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Sachverhaltsermittlung im deutschen Verwaltungsverfahren; zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Gemeinschaftsverwaltungsrechts, Hamburg 1999.
- Woehrling, Jean-Marie*, Die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit im Vergleich mit der deutschen, NVwZ 1985, S. 21 ff.
- Woehrling, Jean-Marie*, Die deutsche und die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit an der Schwelle des 21. Jahrhunderts, NZBau 1998, S. 462 ff.
- Rechtsschutz im Umweltrecht in Frankreich, NVwZ 1999, S. 502 ff.
 - Die Kontrolle der europäischen Wirtschaftsverwaltung aus französischer Sicht, in: J. Schwarze (Hrsg.), Die rechtsstaatliche Einbindung der europäischen Wirtschaftsverwaltung, Baden-Baden 2002, S. 57–69.
- Wohlfarth, Ernst*, Anfänge einer europäischen Rechtsordnung und ihr Verhältnis zum deutschen Recht, JuristenJahrbuch 1962, S. 241 ff.
- Wolf, Andrea*, Der Eilrechtsschutz im Vergaberecht: die vergaberechtlichen Eilverfahren über die Gestattung des Zuschlags und die Wiederherstellung des Verbots der Zuschlagserteilung Frankfurt/Main 2003.

Wolff, Hans J./ Bachof, Otto/ Stober, Rolf, Verwaltungsrecht, München 2004.

Wölk, Jonas, Die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft: eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Recht der Bundesrepublik Deutschland, der französischen Republik und des Vereinigten Königreichs, Baden-Baden 2002.

Z

Zeiss, Christopher, PPP und gemischt-wirtschaftliche Gesellschaften am Ende, DÖV 2005, S. 819 ff.

Ziekow, Jan/ Siegel, Thorsten, Das Vergabeverfahren als Verwaltungsverfahren, ZfBR 2004, S. 30 ff.

- Flexibilisierung des Vergabeverfahrens?, Baden-Baden 2007.

Ziller, Jacques, Droit administratif et droit communautaire: du bon usage du principe de subsidiarité, in: Long, Marceau (Hrsg.), Mélanges R. Chapus, Paris 1992, S. 681–691.

- L'eupéanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe, Paris 2003.

- L'eupéanisation des administrations: nouvelles missions, partenaires, Paris 2005.

Zimmermann, Reinhard, Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung, Berlin 2006.

Zuleeg, Manfred, Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung?, DVBl 1976, S. 509 ff.

Zweigert, Konrad/ Kötz, Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung, Tübingen 1996.

Internetdatenbanken

I. Rechtsprechung

Deutsche Rechtsprechung: <http://www.ibr-online.de>;
<http://www.vergabedatenbank.de>

Europäische Rechtsprechung: <http://eur-lex.europa.eu.de>

Französische Rechtsprechung: <http://www.legifrance.gouv.fr>

II. Rechtsquellen

Französisches Recht: <http://www.legifrance.gouv.fr>;
<http://djo.journal-officiel.gouv.fr/MarchesPublics/>

Deutsches Recht:
<http://www.bmwi.de/Navigation/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/oeffentliche-auftraege.html>

Europäisches Recht: <http://eur-lex.europa.eu.de>;
<http://www.bmwi.de/Navigation/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/oeffentliche-auftraege.html>;

III. Dokumente

<http://www.ibr-online.de>

<http://www.handelsblatt.com>

<http://www.dstgb-vis.de>

<http://dip.bundestag.de/parfors/parfors.htm>

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr>

<http://www.rajf.org/>

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/>

http://www.minefi.gouv.fr/themes/marches_publics/index.htm

<http://www.jurisconsulte.net/index.html>

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/index_de.htm

Aus unserem Verlagsprogramm:

Reinhard Northoff

Zulässigkeit kommunaler unternehmerischer Tätigkeit im Ausland

nach der Gemeindeordnung des Landes NRW

Hamburg 2008 / 224 Seiten / ISBN 978-3-8300-3704-0

Stephan Maiß

Mobilfunkanlagen als Problem des Baurechts

Hamburg 2008 / 446 Seiten / ISBN 978-3-8300-3680-7

Henning Wetzel

Die Rechte des Jagdpächters im Verwaltungsprozess

Unter Berücksichtigung der dinglichen Rechtsnatur

des verpachteten Jagdausübungsrechts. Dargestellt an Beispielen aus dem Jagd-, Bau- und Fachplanungsrecht

Hamburg 2008 / 212 Seiten / ISBN 978-3-8300-3565-7

Carmen Saule

Schadensersatzansprüche aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen

Möglichkeiten der Transformation zivilrechtlicher Haftungskonzeptionen.

Eine Darstellung und Untersuchung insbesondere anhand der öffentlich-rechtlichen Verwahrung

Hamburg 2008 / 206 Seiten / ISBN 978-3-8300-3468-1

Thomas Willaschek

Die Gesetzgebung in den neuen Bundesländern am Beispiel Brandenburg

Auswirkungen der Partnerschaft mit Nordrhein-Westfalen

Hamburg 2007 / 440 Seiten / ISBN 978-3-8300-3337-0

Marc Ulrich Mitzel

Die Amtshaftung im Rahmen der Kommunalaufsicht gegenüber Gemeinden

Hamburg 2007 / 294 Seiten / ISBN 978-3-8300-3252-6

René Schneider

Das sächsische Gesetz zum Schutze der Bevölkerung vor gefährlichen Hunden (SächsGefHundG)

Zugleich eine Untersuchung über die Kampfhundeproblematik in Deutschland aus öffentlich-rechtlicher Sicht

Hamburg 2007 / 264 Seiten / ISBN 978-3-8300-3121-5



VERLAG DR. KOVAČ

FACHVERLAG FÜR WISSENSCHAFTLICHE LITERATUR

Postfach 57 01 42 · 22770 Hamburg · www.verlagdrkovac.de · info@verlagdrkovac.de

Online-Version
(c) Verlag Dr. Kovac GmbH

Einfach Wohlfahrtsmarken helfen!

