

Jonas Henrik Jürgens

Effektivität und Effizienz im Vergaberechtsschutz: Europa- und
verfassungsrechtliche Anforderungen und deren Umsetzung in Deutschland

Dissertation

2021

Andrássy Gyula Deutschsprachige Universität Budapest

Interdisziplinäre Doktorschule – Teilprogramm Staats- und Rechtswissenschaften

Leiterin: Prof. Dr. Ellen Bos

Jonas Henrik Jürgens

Effektivität und Effizienz im Vergaberechtsschutz: Europa- und
verfassungsrechtliche Anforderungen und deren Umsetzung in Deutschland

Betreuerin/Betreuer:

Priv.-Doz. Dr. Attila Vincze

Promotionsausschuss

Vorsitzende/Vorsitzender:

Prof. Dr. Michael Anderheiden

Gutachterinnen/Gutachter:

Dr. Miklós Szirbik

Univ-Prof. Dr. LL.M. Claudia Fuchs

Mitglieder:

Univ-Prof. Dr. LL.M. Andras Jakab

Prof. Dr. Stefan Okruch

Prof. Dr. Christian Schubel

Prof. Dr. LL.M. Ádám Fuglinszky

Prof. Dr. Ulrich Huefeld

Eingereicht am 06.07.2021

Thesenpapier/Abstract

Die eingereichte Dissertation setzt sich die Bewertung der Effektivität des deutschen Vergaberechtsschutzes zum Ziel. Dazu entwickelt der Autor im ersten Teil der Arbeit den juristischen Bewertungsmaßstab der Effektivität, der sich aus dem, dem einfachgesetzlichen Vergabeprozessrecht übergeordneten, einschlägigen Verfassungs- und Unionsrecht ergibt.

Im Anschluss wird das Vergabeprozessrecht in- und außerhalb des Anwendungsbereichs des harmonisierten Vergaberechts dargestellt und mit dem zuvor entwickelten Maßstab der Effektivität des Rechtsschutzes abgeglichen.

Die dabei zu erkennenden Konflikte zwischen dem *status quo* des deutschen Vergaberechtsschutzes und dem Maßstab der Effektivität werden anschließend im zweiten Teil vertieft untersucht und verschiedene Mängel der Effektivität des Vergaberechtsschutzes aufgezeigt.

Abschließend werden die drohenden Rechtsfolgen dieser Verstöße gegen die verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben zur Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes dargestellt und die aus rechtswissenschaftlicher Sicht notwendigen rechtspolitischen Anpassungen aufgezeigt. Außerdem werden die Mängel hinsichtlich der Effektivität des deutschen Vergaberechtsschutzes als Anlass genommen, eine normative ökonomische Analyse vorzunehmen. Dazu wird mit Rückgriff auf den zunächst entwickelten Maßstab der Effizienz aufgezeigt, wie im Vergaberechtsschutzverfahren eine im Sinne des Coase-Theorems und des Kaldor/Hicks-Kriteriums effiziente Verteilung der strittigen Rechtspositionen erreicht werden könnte. Somit wird mit dem Rückgriff auf das wohlfahrtsökonomische Effizienzziel das aus ökonomischer Perspektive sinnvolle Reformpotential des Vergaberechtsschutzes in Deutschland aufgezeigt.

Folgend sollen die, im Rahmen der aufgezeigten Untersuchung erlangten, nennenswerten Erkenntnisse in chronologischer Reihenfolge, also der Gliederung der Dissertation folgend, nacheinander aufgeführt werden.

1. Zu Beginn der Arbeit, während der Darstellung und Entwicklung der verfassungsrechtlichen Vorgaben zur effektiven Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes, konnte aufgezeigt werden, dass eine Anwendbarkeit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG auch jenseits des GWB-Vergaberechts gegeben ist. Die Rechtsprechung des BVerfG und BVerwG, die das unterschwellige Vergabeverfahren als einfachen zivilrechtlichen Beschaffungsvorgang

qualifiziert, überzeugt aufgrund der tatsächlich bestehenden weitreichenden öffentlich-rechtlichen Bindungen nicht. Vielmehr besteht ein öffentliches Sonderrecht für den öffentlichen Auftraggeber, das zum Vorliegen der, für die Anwendbarkeit des Art. 19 Abs. 4 GG notwendigen, öffentlichen Gewalt führt. Von einem markttypischen, lediglich grundrechtsgebundenen Verhalten der öffentlichen Auftraggeber ist angesichts der tatsächlich bestehenden einseitigen Verpflichtungen, auch aufgrund des Landesrechts, nicht mehr auszugehen. Selbst wenn das unterschwellige Vergaberecht in Form der Verwaltungsvorschriften dieses Sonderrecht nicht gründen kann, so ist dieses spätestens bei der Anwendbarkeit der unionsrechtlichen Vergabegrundsätze nicht mehr zu leugnen.

Daneben besteht auch mit den vergabeprozessrechtsspezifischen Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 GG und den Justizgrundrechten ein umfangreicher, verfassungsrechtlicher Maßstab für die nötige Effektivität des Vergaberechtsschutzregimes.

2. Ein solcher Maßstab für das Vergabeprozessrecht besteht außerdem auf unionsrechtlicher Ebene. Aus der prozessrechtlichen Dimension der Grundfreiheiten und dem Art. 47 GrCh lassen sich ebenfalls verschiedene Anforderungen an die Ausgestaltung des Vergaberechtschutzes ableiten. Daneben existieren mit den Rechtsmittelrichtlinien im Anwendungsbereich der materiellen Vergaberichtlinien detaillierte, sekundärrechtliche Vorgaben. Dabei ist zu erwähnen, dass die primärrechtlichen Vorgaben bei binnenmarktrelevanten Auftragsvergaben auch außerhalb des Richtlinienvergaberechts und für die Ausgestaltung der Rechtsmittelrichtlinien selbst gelten. Damit bestehen weitreichende unionsrechtliche Vorgaben unter- und oberhalb der Schwellenwerte der Richtlinien.

3. Der prozessrechtliche Schutzbereich des Primärvergaberechts hängt dabei wesentlich vom Verhältnis des Primär- zum Sekundärrechtsschutz ab. Aufgrund der uneindeutigen Rechtsprechung des EuGH ließ sich in einer rechtsbereichsübergreifenden Analyse jedoch festhalten, dass ein Ausschluss von Primärrechtsschutz durch den Gesetzgeber grundsätzlich möglich ist. Solange dieser jedoch nicht explizit vorgenommen wurde, muss aber wirksamer Primärrechtsschutz gewährleistet werden. Dieser dient darüber hinaus immer einer wirksamen Durchsetzung des materiellen Rechts im Sinne des *effet utile* und dem Effektivitätsgrundsatz. Vor diesem Hintergrund muss, sofern der Primärrechtsschutz explizit

ausgeschlossen wurde, Sekundärrechtsschutz in dem Maße gewährt werden, dass eine ausreichende Anreizwirkung zur Einhaltung des materiellen Rechts gegeben ist. Außerdem ist der Ausschluss des Primärrechtsschutzes nicht in der Form möglich, dass Zugang zu primärem Rechtsschutz gewährt wird, dieser aber nicht wirksam zu verfolgen ist. Ein Ausschluss muss vielmehr in kohärenter Weise, explizit durch den Gesetzgeber vorgenommen werden.

4. Nach der Entwicklung/Darstellung der verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben zur effektiven Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes konnte letzterer sodann überblicksartig dargestellt werden. Neben dem GWB-Vergaberecht sehen nämlich auch das Zivilrecht (hinsichtlich Schadensersatzansprüchen und einstweiligen Verfügungen) und zum Teil das Landesrecht vergabeprozessrechtsrelevante Inhalte vor.

5. Beim Abgleich des bestehenden Vergaberechtsschutzregimes in Deutschland mit den zuvor entwickelten Vorgaben zur effektiven Ausgestaltung des Rechtswegs sind dann verschiedene Aspekte des Prozessrechts aufgefallen, die potenzielle Verletzungen des Maßstabes darstellen oder strittig sind. Insofern bedurften die folgenden Aspekte des Vergaberechtsschutzregimes einer detaillierten Untersuchung und Stellungnahme.

6. Im Bereich des Zugangs zum Vergaberechtsschutz, beziehungsweise dessen prozessrechtlichen Einschränkung, sowie des Umfangs bezüglich der vor Gericht verhandelten Tatsachen- und Rechtsfragen ergaben sich vier Einzelfragen:

6.1. Im Rahmen der Antragsbefugnis (Anordnungsanspruch bei §§ 935, 940 ZPO) wird bei den bestehenden primären Rechtsbehelfen immer eine Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte vorausgesetzt. Das Vorliegen solcher Rechte wird in der deutschen Rechtsordnung anhand der Schutznormtheorie festgestellt. Die unionsrechtlichen Vorgaben zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes (insbesondere Art. 47 GrCh) verlangen im Gegensatz dazu nur eine unmittelbare Betroffenheit in „Rechten und Freiheiten“. Dies setzt eben keinen expliziten Schutzzweck der in Frage stehenden Norm voraus, sondern verlangt lediglich ein ausreichend spezifisches Interesse an deren korrekten Anwendung. Diese Diskrepanz zwischen dem *status*

quo des deutschen Vergaberechtsschutzes und dem Art. 47 Abs. 1 GrCh stellt jedoch keinen Verstoß gegen das Unionsrecht dar, da pauschal allen Verfahrensvorschriften ein bieterschützender Zweck zugesprochen wird. Vor dem Hintergrund, dass die BGH-Rechtsprechung eine Negierung des Schutzzweckes jedoch explizit zulässt, empfiehlt sich daher eine Abkehr von der Schutznormtheorie im Vergaberechtsschutz, da damit eine potenzielle Abweichung von den unionsrechtlichen Vorgaben zur effektiven Ausgestaltung des Rechtswegs dauerhaft im Raum steht. Außerdem gehen mit der Anwendung der Schutznormtheorie erhebliche Schwierigkeiten bei der Begründung subjektiver Rechte im Unterschwellenbereich einher. Im Ernstfall müssten aufgrund der mangelnden Außenrechtswirkung der UVgO die unionsrechtlichen Vergabegrundsätze unmittelbar angewendet werden. Vor der Maßgabe der Praktikabilität empfiehlt sich in Verbindung mit den Vergabegrundsätzen daher die pauschale Aufwertung der UVgO zu einer Rechtsquelle mit Außenrechtswirkung. Dann bestünden auch im Unterschwellenbereich die gemäß deutscher Rechtsordnung zur Inanspruchnahme des Rechtswegs zwingend notwendigen subjektiv-öffentlichen Rechte im ausreichenden und konkreten Maße. Darüber hinaus ist aus verfassungsrechtlicher Sicht Bietern, die entgegen einem Antrag nicht durch die Vergabekammern beigeladen wurden, eine eigene Antragsbefugnis für die sofortige Beschwerde zuzusprechen.

6.2. Eine ähnliche Diskrepanz zwischen den unionsrechtlich gebotenen und den tatsächlich gegebenen prozessrechtlichen Anforderungen ergibt sich im Rahmen der Beteiligtenregelung vor den Vergabekammern. Die Voraussetzung der schwerwiegenden Interessenberührung (§ 162 GWB) entspricht jedoch eher der Verletzung unionsrechtlich begründeter Rechte und Freiheiten als ein Schutzzweck im Sinne der Schutznormtheorie. Jedenfalls bedarf es auch in Zukunft einer weiten Auslegung der materiellen Voraussetzungen einer Beiladung, damit den Anforderungen an die Gewährung rechtlichen Gehörs gemäß Art. 47 Abs. 2 GrCh genüge getan wird. Eine Beiladungspraxis, in der regelmäßig nur der bisherige Bestbieter gehört wird, ist lediglich bei entsprechenden verfahrensökonomischen Zwängen und einem geringen Nutzen weiterer Beiladungen legitim.

6.3. Bezüglich der zum Teil extrem kurzen Fristen des GWB-Prozessrechts (beispielsweise § 169 Abs. 4 GWB), die darüber hinaus aufgrund von Feiertagen noch weiter verkürzt werden

können, bedarf es im Einzelfall entsprechender Gegenmaßnahmen der Nachprüfungsinstanzen. Ansonsten kann es zu Situationen kommen, in denen Bieter innerhalb weniger Tage weitreichende, prozessrelevante Entscheidungen treffen müssen. Entsprechend kurze Fristen sind jedoch nicht mit einem effektiven Rechtsschutz vereinbar, sodass Gerichte dann zu individuellen Gegenmaßnahmen, wie der Entbindung von einer Rügefrist oder einem vorab erteilten Hängebeschluss mit nachträglicher Prüfung des jeweiligen Begehrens, verpflichtet sind.

6.4. Hinsichtlich des Umfangs des Prozessgegenstands war es fraglich, in welchem Maße dieser einerseits durch Präklusionen eingeschränkt werden darf, andererseits, ob außerhalb des Vortrags der Parteien durch das Gericht eigenständig ermittelt werden darf. Präklusionswirkungen sind gemäß verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben grundsätzlich legitim. Bei besonders schweren Verfahrensverstößen, welche die Bestandskraft des Zuschlags beeinträchtigen, verlangt die Effektivität des Rechtsbehelfs jedoch, dass die präkludierten Sachverhalte dennoch durch das Gericht aufgegriffen werden. In diesem Sinne erlischt zwar der subjektive Anspruch auf eine Abhilfe der Verfahrensverstöße, wenn die Zeit es aber zulässt, besteht ein Ermessen der Gerichte, die Präklusionswirkung außer Acht zu lassen. Der Maßstab der notwendigen Effektivität spricht auch für eine Auslegung des Amtsermittlungsgrundsatzes zugunsten des Ermessens der Gerichte außerhalb des Vortrags und gegebenenfalls gegen das Interesse des Rechtsschutzsuchenden ermitteln zu können. Jedenfalls ist die vom Gesetzgeber angedachte Verpflichtung der Nachprüfungsstellen, auch den Ablauf des Vergabeverfahrens zu schützen, höher zu gewichten als der Dispositionsgrundsatz. Auch die nötige Effektivität des Rechtsschutzes steht dem nicht entgegen. Dies gilt aber nur, wenn dadurch keine Verzögerung des Nachprüfungsverfahrens über die gesetzlich vorgesehenen Verfahrenszeitraum von fünf Wochen hinaus bewirkt wird.

7. Eine weitere wesentliche Frage bezüglich der Effektivität des Vergaberechtsschutz ist die mangelnde Vorabinformationspflicht im Unterschwellenbereich. Diese ist bei einer Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 4 GG aufgrund dessen weitreichender Vorwirkung in das Verfahrensrecht zwingend vorzusehen. Bei einer Binnenmarktrelevanz des öffentlichen Auftrags ist außerdem aufgrund der prozessrechtlichen Vorgaben der Grundfreiheiten sowie

des Art. 47 GrCh eine Vorabinformations- und Wartepflicht solange notwendig, wie der Gesetzgeber keinen kohärenten Ausschluss des Primärrechtsschutz vorgenommen hat. Da jedoch mit den §§ 935, 940 ZPO ein entsprechender Rechtsweg gangbar ist, muss dieser gemäß verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben wirksam zu bestreiten sein. Aufgrund der weitgehenden Bestandskraft vergaberechtswidrig geschlossener Verträge ist der *status quo* des deutschen Vergaberechts unterhalb der Schwellenwerte ohne eine Vorabinformations- und Wartepflicht sowie mangels eines Vergabeakteneinsichtsrecht als nicht ausreichend effektiv zu bewerten.

8. Im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts sind darüber hinaus die Vorabgestattungsverfahren (§ 169 Abs. 2, 176 GWB) und die Verlängerung des Suspensiveffekts der sofortigen Beschwerde (§ 173 Abs. 2 GWB) zu diskutieren gewesen. Während die auftraggeberinitiierte Durchbrechung des Suspensiveffekts aus systematischer Sicht grundsätzlich nicht problematisch ist (die Herbeiführung der Entscheidung über die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes wird dadurch zwar verkehrt, vorläufiger/einstweiliger Rechtsschutz in einem Eilverfahren ist aber dennoch gewährleistet), ist der Abwägungsmaßstab für die Gewährung/Durchbrechung des Suspensiveffekts kritisch. Die vom Gesetzgeber intendierte grundsätzliche Gewichtung zugunsten des Ablaufs des Vergabeverfahrens kann vor dem Maßstab der Effektivität des Rechtsschutzes nicht bestehen. Es muss eine hinreichend wahrscheinliche Erfolglosigkeit und ein besonderes Beschleunigungsinteresse zur Gestattung vorliegen. Dabei ist die Nachprüfungsstelle verpflichtet, die für die Prognoseentscheidung notwendigen Ermittlungen vorzunehmen. Aufgrund der drohenden Erledigung der Hauptsache, welche durch eine Vorabgestattung regelmäßig eintritt, dürfen nur bei ganz besonders schwerwiegenden Gründen die, für die Prognose notwendigen, Ermittlungen unterbleiben. Sofern eine Erfolgsprognose dennoch nicht möglich ist, muss das Rechtsschutzinteresse des Antragstellers der Hauptsache regelmäßig überwiegen. Nur bei besonders schwerwiegenden Gründen kann im Einzelfall eine Vorabgestattung erfolgen. Eine im Wortlaut der §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 2, 176 Abs. 1 GWB veranlagte Auslegung, die bei einfachen Zusammenhängen zwischen dem Beschaffungsgegenstand und beispielsweise verteidigungsspezifischen Interessen ein Überwiegen des Verfahrensablaufs vorsieht, verbietet sich hingegen aufgrund des Schutzgehaltes des Art. 19 Abs. 4 GG.

Außerdem muss aufgrund des Art. 47 Abs. 1 GrCh bei fehlerhaften Entscheidungen im Eilverfahren nach § 169 Abs. 2 GWB Schadensersatz in ausreichendem Maße gewährleistet werden. Dies gebietet sich vor dem Hintergrund des Effektivitätsgrundsatzes und des *effet utile*, da ansonsten kein ausreichender Anreiz zur wirksamen Durchsetzung des materiellen Vergaberechts besteht. Jedenfalls verlangt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass der Verfahrensfehler, dem im Rahmen des Primärrechtsschutzes keine Abhilfe mehr geleistet werden kann, anderweitig kompensiert wird. Das gilt explizit auch dann, wenn die Verletzung des Bieterrechts im Eilverfahren im Ermessensspielraum der Nachprüfungsstelle war. Einer anderweitigen Kompensation, die aufgrund der subjektiven und objektiven Wirkung der Effektivität des Rechtsschutzes sowie der Herbeiführung der Verkürzung des Rechtswegs durch die Vergabestelle notwendig ist, steht dies jedenfalls nicht im Weg.

9. Bezüglich des Sekundärrechtsschutzes konnten zwei problematische Aspekte ausgemacht werden. So steht erstens die Anspruchsvoraussetzung der „echten Chance auf den Zuschlag“ im Rahmen des § 181 GWB nicht im Einklang mit den unionsrechtlichen Vorgaben zur Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes. Die Rechtsmittelrichtlinie als Konkretisierung des primärrechtlichen Staatshaftungsgrundsatz verlangt den Ersatz von tatsächlich entstandenen Schäden bei hinreichend qualifizierten Verstößen gegen Rechte begründende Normen des Unionsrechts. Da die „echte Chance“ auf den Zuschlag gemäß § 181 GWB jedoch eine zumindest hypothetische Wertung der Angebote voraussetzt, können Verfahrensfehler, für welche gemäß Unionsrecht Schadensersatz geleistet werden müsste, die aber zur Unvergleichbarkeit der Angebote führen, nicht anhand des § 181 GWB kompensiert werden. Wenn keine Wertung vorgenommen werden kann, ist der Verfahrensfehler, trotz hinreichend qualifiziertem Verstoß gegen Rechte begründende Norm und einem entstandenen Schaden, nicht durch den § 181 GWB zu entschädigen. Insofern besteht in der übermäßigen Bezugnahme der „echten Chance“ auf eine hypothetische Wertung ein Verstoß gegen die unionsrechtlichen Vorgaben zur Ausgestaltung des Sekundärrechtsschutzes.

Außerdem sind unter der Maßgabe, dass bei fehlerhaften Entscheidungen über die Aufhebung des Suspensiveffekts im Eilverfahren kein wirksamer Primärrechtsschutz gewährleistet wird, in diesen Fällen (behelfsmäßig) besondere Anforderungen an den Sekundärrechtsschutz zu stellen. Die restriktiven Anspruchsvoraussetzungen verhindern hier jedoch eine ausreichend

hohe Erfolgswahrscheinlichkeit und Entschädigungshöhe der Schadensersatzansprüche, um die gemäß Art. 47 GrCh notwendige, wirksame Durchsetzung der unionsrechtlich begründeten Rechte und Freiheiten im Sinne des Effektivitätsgrundsatzes zu ermöglichen. Daher ist auch hier von einer mangelnden Effektivität des überschwelligen Vergaberechtsschutzes auszugehen.

10. Entsprechendes gilt auch für den Schadensersatz für vergaberechtliche Verfahrensfehler unterhalb der Schwellenwerte. Die dort bestehenden unionsrechtlichen Rechte und Freiheiten sind im einschlägigen Zivilrechtsweg ohne eine Vorabinformation- und Wartepflicht des Auftraggebers, trotz vorgesehenem Primärrechtsschutz, nicht effektiv zu bestreiten. Darüber hinaus könnte auch die aktuelle Ausgestaltung des Sekundärrechtsschutzes einen legitimen Ausschluss des Primärrechtsschutzes nicht kompensieren. Die restriktiven Anspruchsvoraussetzungen sind insbesondere aufgrund ihrer Schadens- und Verschuldensabhängigkeit nicht geeignet, eine wirksame Durchsetzung der unionsrechtlichen Freiheiten zu garantieren. Insofern verweigert die deutsche Rechtsordnung einerseits da effektiven Primärrechtsschutz, wo sie diesen aufgrund materieller unionsrechtlicher Verpflichtungen gewähren müsste, und verweigert sich andererseits dem dann aufgrund des *effet utile* und Effektivitätsgrundsatz notwendigem Prinzip des „dulde und liquidiere“.

11. Bezüglich dieser Verstöße gegen die notwendige Effektivität des Rechtsschutzes ergibt sich insbesondere bei der fehlenden Vorabinformationspflicht im Unterschwellenbereich das Problem der drohenden Unwirksamkeit der geschlossenen Verträge. Diese verstoßen schließlich gegen den Schutzgehalt der Grundfreiheiten, welche gemäß der Rechtsprechung des BVerfG Schutzgesetze im Sinne des § 134 BGB darstellen. Solange der Primärrechtsschutz nicht explizit durch den Gesetzgeber ausgeschlossen wurde, stellt die Vorabinformations- und Wartepflicht gewissermaßen den prozessrechtlichen Kerngehalt der grundfreiheitlichen Vergabegrundsätze dar. Verstöße gegen diese Pflicht müssen dann konsequenterweise zur Vertragsnichtigkeit der geschlossenen Vergabeverträge führen. Die damit im Raum stehenden Rechtsunsicherheit gilt es unmittelbar zu beseitigen.

12. Deshalb besteht in der unterschweligen Rechtsschutzpraxis unmittelbarer und unbedingter Anpassungsbedarf. Dazu ist die analoge Anwendung des allgemeinen Verwaltungsverfahrens- und Prozessrechts zu empfehlen. Dies eröffnet den grundsätzlich wirksamen Verwaltungsrechtsweg, der anhand einer unmittelbaren Außenwirkung der UVgO in Verbindung mit den Vergabegrundsätzen und den damit begründeten subjektiven Rechten gangbar sein sollte. Außerdem wäre eine Vorabinformation der Bieter durch einen zu erteilenden Verwaltungsakt oder eine analoge Anwendung des entsprechenden GWB-Vergaberechts (§ 134 GWB) vorzunehmen. Alternativ käme auch eine unmittelbar aus den Art. 19 Abs. 4 GG und den Vergabegrundsätzen sowie Art. 47 GrCh abgeleitete Informationspflicht zur Schließung der Rechtsschutzlücke in Betracht.

13. Darüber hinaus besteht auch im Rahmen des Gestattungsverfahrens nach § 169 Abs. 2 GWB rechtspolitischer Handlungsbedarf. Während die systematische Ausgestaltung und der Abwägungsmaßstab der §§ 169 Abs. 2, 173 Abs. 2, 176 GWB aufgrund der vom Wortlaut abweichenden Rechtsprechung die grundsätzliche Effektivität des Vergaberechtsschutz gewährleisten, muss eine fehlerhafte Entscheidung im Eilverfahren wegen der unionsrechtlichen Anforderungen des Effektivitätsgrundsatzes weiterführende Sanktionen nach sich ziehen. Da erweiterte Schadensersatzansprüche, wie etwa aus § 945 ZPO, nicht die nötige Anreizwirkung entfalten, ist die analoge Anwendung der Rechtsmittelrichtlinie zu befürworten. Die dort vorgesehene Verhängung alternativer Sanktionen bei Verstößen gegen die Vorabinformations- und Wartpflicht stellt das sinnvollste Instrument zur Durchsetzung des materiellen Vergaberechts dar. In Verbindung mit der auszuweitenden Schadensersatzpflicht des § 181 GWB können die begangenen Verfahrensfehler ausreichend sanktioniert werden, sodass von einer wirksamen Durchsetzung des materiellen Vergaberechts ausgegangen werden kann.

14. Damit besteht aus rechtswissenschaftlicher Sicht ein nicht unerheblicher Anpassungsbedarf des Vergaberechtsschutzregimes. Dieser Anpassungsbedarf kann als Anlass zu grundsätzlichen Überlegungen zur Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes dienen. Um die rechtswissenschaftlich betrachteten notwendigen Anpassungen sinnvoll zu ergänzen, kann dafür auf das normative wohlfahrtsökonomische Effizienzprinzip in Form des Kaldor/Hicks-Kriteriums

und des Coase-Theorems zurückgegriffen werden. Deren Anwendung im Vergaberechtsschutz verspricht einen hohen Zielerreichungsgrad bei der Verfolgung der juristischen (Effektivität, Grundrechtsschutz) wie politischen Ziele (Wirtschaftlichkeit). Ein ökonomischer Imperativ in der Form, dass rechtliche Vorgaben hinter dem Ziel der Effizienz zurücktreten dürften, verbietet sich jedoch.

15. Das führt wiederum dazu, dass das Effizienzkriterium im Vergaberechtsschutz *de lege lata* lediglich bei der Abwägungsentscheidung im Gestattungsverfahren hinzugezogen werden kann. Hier entfaltet es jedoch keinen weitergehenden Nutzen, da ohnehin ein (paternalistisch vorgenommener) Nutzenvergleich vorgesehen ist. Auch die bestehenden Möglichkeiten zum Vergleichsschluss können keine Verhandlungslösung im Sinne des Coase-Theorems darstellen, da der „Handel“ von Schädigungsrechten zu restriktiv geregelt ist.

16. *De lege ferenda* eignet sich das normative Effizienzkriterium hingegen besser als Maßstab. So könnten im Rahmen einer Neugestaltung des Vergabeprozessrechts Verhandlungen zwischen den Verfahrensbeteiligten ermöglicht werden, bei denen ein Bieter bei einer entsprechenden Entschädigung in die Schädigung seiner Verfahrensrechte einwilligen könnte. Durch einen entsprechenden Vergleich entstünde eine effiziente Verteilung der Rechtspositionen und bei angemessenen Entschädigungen auch ein effektiver Rechtsschutz. Dies setzt jedoch die grundsätzliche Disponibilität der Verfahrensvorschriften voraus. Die verfahrensrechtlichen Kerngehalte der Grundfreiheiten sowie Rechte Dritter dürfen jedoch nicht zur Disposition stehen. Eine demensprechende Kodifizierung des Vergabeverfahrens wäre daher notwendig. Dann könnte aber bei entsprechenden Verhandlungen, die neben anderen Streitbeilegungsmechanismen vorgesehen werden müssten, eine effiziente Verteilung der Rechtspositionen und effektiver Rechtsschutz in einem Prozessinstrument vereint werden. Dies gilt insbesondere auch für Situationen, in denen eine Vorabgestattung des Zuschlags im Eilverfahren in Betracht kommt.

Außerdem ist auch eine Flexibilisierung des Schadensersatzes, welcher sich dann behelfsmäßig am bieter eigenen Nutzen der verletzten Verfahrensnorm orientiert, denkbar. Damit ginge ebenfalls eine Steigerung der Wirksamkeit des Rechtsschutzes einher, was

wiederum der Durchsetzung des materiellen Vergaberechts und damit der Funktion des Vergaberechtsschutzregimes dienen würde.

Letztlich ergibt sich damit ein diverses Bild des deutschen Vergaberechtsschutzregimes. Grundsätzlich besteht insbesondere im Anwendungsbereich der sekundärrechtlichen Rechtsmittelrichtlinien ein effektives Rechtsschutzregimes, das jedoch keinesfalls frei von Mängeln ist. Die verschiedenen notwendigen Abweichungen der Rechtsprechungspraxis vom Wortlaut des Prozessrechts und insbesondere die Möglichkeit einer Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz im vorläufigen Rechtsschutzverfahren ohne eine nachträgliche Kompensation durch Schadensersatz stellen potenzielle Mängel der Effektivität des überschwelligen Vergaberechtsschutzes dar. In Verbindung mit der, zumindest bei binnenmarktrelevanten Auftragsvergaben zweifelsfrei, zu fordernden Informations- und Wartepflicht im Unterschwellenbereich und den zu begrenzten Schadensersatzansprüchen ergibt sich ein nicht unwesentlicher rechtspolitischer Handlungsbedarf. Bei dessen Umsetzung könnte dann auch das Coase-Theorem als Vorbild eines speziellen Vergabeprozessvergleichs herangezogen werden. So ließe sich ein umfassend effektiver und effizienter Vergaberechtsschutz schaffen, welcher seiner Funktion und der wirtschaftlichen sowie (grund)rechtlichen Bedeutung des öffentlichen Beschaffungswesen uneingeschränkt gerecht werden würde.