Studienarbeit im Schwerpunkt 6 – Verwaltung
Themengebiet Vergaberecht
Aufgabenstellerin: Dr. iur. Angela Dageförde
Wintersemester 2014/15
Autor der Arbeit: Patrick Christian Otto

Aufgabenstellung:

Untersuchen Sie die Regelungen in §§ 4,5 NTVergG im Hinblick auf ihren Drittschutz. Haben sie Schutznormcharakter z. B. im Sinne von § 97 Abs. 7 GWB? Könnte sich ein Wettbewerber eines von einem öffentlichen Auftraggeber beauftragten Unternehmens gegenüber dem Unternehmen oder dem öffentlichen Auftraggeber auf die Einhaltung der Vorgaben des §§ 4, 5 NTVergG berufen? Wenn ja, in welchen Verfahren (Nachprüfungsverfahren, Zivilprozess, Verwaltungsprozess)? Welche Anspruchsgrundlagen stehen zur Verfügung? Untersuchen Sie dabei auch, ob eine Inanspruchnahme des öffentlichen Auftraggebers oder des Unternehmens nur bzw. erst nach Auftragserteilung möglich oder schon vor Erteilung des Auftrags (Zuschlags) ist.

Literatur- und Rechtsprechungshinweis:
Willenbruch/Wieddekind (Hrsg.), Kompaktkommentar Vergaberecht, 3. Aufl. 2014

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis IV
Abkürzungsverzeichnis V
A. Anlass der Untersuchung 6
B. Drittschutzcharakter der §§ 4, 5 NTVergG über § 97 Abs. 7 GWB 2
I. §§ 4, 5 NTVergG als „Bestimmungen über das Vergabeverfahren“ 2
1. Grundgesetzliche Kompetenzfrage zum Erlass des NTVergG 2
2. Vereinbarkeit des NTVergG mit höherrangigem nationalen (Verfassungs-) Recht 3
3. Vereinbarkeit des NTVergG mit europäischem Recht 3
4. Begriffliche Einordnung des NTVergG als „Bestimmung über das Vergabeverfahren“ 4
II. Rechtsschutzfähigkeit 4
1. Grundsatz 4
2. Vermittlung eines subjektiven Rechts und einer spezifisch bieterschützenden Wirkung aus den §§ 4, 5 NTVergG 5
a. Subjektive Rechte aus §§ 4, 5 NTVergG 5
aa. Schutznormtheorie und deren Anwendbarkeit 5
bb. Wahl weiterer Untersuchungsmethoden 6
(1) Wortlaut/Systematik 6
(2) Teleologische Auslegung 7
(3) Gesetzgebungsmaterialien 7
(4) Parallelbestimmungen in anderen Bundesländern 8
(5) Würdigung unionsrechtlicher Bestimmungen 8
(a) Allgemeine Grundsätze des Unionsrechts 8
(aa) Das Postulat des effet utile 9
(bb) Unionsrechtlicher Schutznormbegriff 9
(b) Bestimmungen des EUV/AEUV 9
(c) Rechtsprechung des EuGH 9
(d) Bestimmungen der Europäischen Grundrechte-Charta (GRC) 10
(e) Unionsrechtliche Richtlinien für das Vergaberecht 10
(f) Zwischenergebnis 10
(6) Bundegesetzliche Regelungen 11
(a) Wertungen der VOB/A 11
(b) Schutznormtheorie des Bundesverwaltungsrechts 11
(c) Drittschutzwertungen aus dem Baurecht 12
(7) prozessökonomische Sichtweise 12
(8) Zwischenergebnis 12
b. Meinungsstreit um die spezifisch bieterschützende Wirkung 13
c. Ergebnis 13
C. Drittschutzcharakter der §§ 4, 5 NTVergG über andere Normen für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte 13
I. Drittschutz über § 33 I GWB 13
II. Drittschutz über Art. 3 I GG 14
III. Drittschutz über Art. 12 GG 14

IV. Drittschutz über § 823 II BGB 15
1. Individualschutzcharakter 15
2. Wettbewerber vom persönlichen und sachlichen Schutzbereich umfasst 15
3. Ergebnis 15
D. Möglichkeit der Geltendmachung des Drittschutzes aus den §§ 4, 5 NTVergG durch Wettbewerber 15
I. Gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber 16
II. Gegenüber dem beauftragten Unternehmen 16
E. Die einschlägigen Verfahren und die Anspruchsgrundlagen 17
I. Streitwerte oberhalb des Schwellenwertes 17
1. Primärrechtsschutz 17
a. Vergabespezifisches Nachprüfungsverfahren 17
aa. Zeitpunkt der Geltendmachung 17
(1) Vorbeugender Rechtsschutz 17
(2) Rechtsschutz nach Vorliegen eines Verstoßes 18
bb. Voraussetzungen der §§ 107, 108 GWB 18
(1) Antragserfordernis 18
(2) Antragsbefugnis 18
(a) Interesse des Antragsstellers am Auftrag 18
(b) Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften 18
(c) Schaden infolge der behaupteten Verletzung von Vergabevorschriften 19
(3) Rügeobliegenheit 19
cc. Ergebnis 19
b. Zivilprozessuale Geltendmachung in Form der einstweiligen Verfügung (Regelungsverfügung) gem. § 940 ZPO 19
aa. Wettbewerber gegen Vergabestelle 20
bb. Wettbewerber gegen Wettbewerber 20
cc. Zwischenergebnis 20
c. Verwaltungsprozessuale Geltendmachung in Form der einstweiligen Anordnung gem. § 123 VwGO 20
d. Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 I Nr. 4a GG 21
2. Sekundärrechtsschutz in Form von der Geltendmachung von Schadensersatz 21
a. Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens aus § 126 I S. 1 GWB 21
b. Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsschadens aus culpa in contrahendo (c. i. c.) gem. § 280 i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB 21
c. Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsschadens aus § 823 I BGB 22
d. Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsschadens aus § 823 II BGB 22
e. Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsschadens wegen Sittenwidrigkeit gem. § 826 BGB 23
f. Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsschadens aus Amtshaftung gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG 23
II. Streitwerte unterhalb des Schwellenwertes 23
1. Primärrechtsschutz 23

a. Vergabespezifisches Nachprüfungsverfahren 23
b. Dienst-, Rechts- und Fachaufsichtsbeschwerde 24
c. Rechnungshöfe 25
d. Zivilprozessuale Einkleidung 25
aa. Grundsätzliches 25
bb. Das Problem 26
cc. Mögliche Lösungsansätze 26
e. Verwaltungsprozessuale Einkleidung 26
aa. OVG-Rechtsprechung 26
bb. Rechtsprechung des BVerfG 27
cc. Klärung der Frage durch Rechtsprechung des BVerwG 27
dd. Eigene Stellungnahme 27
ee. Zwischenergebnis 27
2. Sekundärrechtsschutz in Form von der Geltendmachung von Schadensersatz 28
F. Zeitpunkt der Geltendmachung im Vergabeverfahren 28
I. Vor Erteilung des Zuschlags 28
II. Nach Erteilung des Zuschlags 29
1. Vergabespezifische Unwirksamkeitsgründe des Zuschlags 29
2. Zivilrechtliche Unwirksamkeitsgründe des Zuschlags 29
a. § 134 BGB 29
b. § 138 Abs. 1 BGB 30
3. Unwirksamkeit des Zuschlags wegen Verstößen gegen höherrangiges Recht 30
G. Resümee 31

Literaturverzeichnis

Bauer, Katharina. Vergaberechtswidrige Verträge aus zivilrechtlicher Sicht . Baden-Baden, 1. Auflage 2013.

Bechtold, Rainer. Kartellrecht: GWB. München, 7. Auflage 2013.

Bitterich, Klaus. Vergabeverfahren und Bürgerliches Recht - Band 2. Baden-Baden, 2013.

Boesen, Arnold. Vergaberecht - Kommentar zum 4. Teil des GWB. Berlin, 2002.

Burgi, Martin. Kommunalrecht. München, 5. Auflage 2015.

Byok, Jan und Wolfgang Jaeger. Kommentar zum Vergaberecht. Frankfurt, 3. Auflage 2011.

Danner, Wolfgang und Christian (beide Hrsg.) Theobald. Kommentar zum Energierecht. München, 81. Ergänzungslieferung 2014.

Dobmann, Volker. Die Tariftreueerklärung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Baden-Baden, 1. Auflage 2007.

Dorfmann, Julia. Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen. Saarbrücken, 1. Auflage 2002.

Dreher, Meinrad und Gerd Motzke. Beck´scher Vergaberechtskommentar. München, 2. Auflage 2013.

Ennuschat, Ulrich. „Keine Anwendung der Zwei-Stufen-Lehre im Vergaberecht.“ NJW 2007: 2224-2226.

Erdl, Cornelia. Der neue Vergaberechtsschutz - Das deutsche Recht im europäischen Kontext. Düsseldorf, 1. Auflage 1999.

Faber, Angela. „Drittschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.“ DÖV 1995: 403-413.

Gusy, Christoph. „Staatsaufträge an die Wirtschaft.“ JA 1989: 26-35.

Harms, Sophie. Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte. Baden-Baden, 1. Auflage 2013.

Heiermann, Wolfgang und Christopher (beide Hrsg.) Zeiss. juris PraxisKommentar Vergaberecht - GWB - VgV - SektVO - VOB/A - VOL/A - VOF. Saarbrücken, 4. Auflage 2013.

Henke, Wilhelm. Das subjektive öffentliche Recht. Tübingen, 1. Auflage 1968.

Hertwig, Stefan. „Rechtsschutz im Vergabeverfahren.“ WiB 1995: 192-196.

Huber, Peter-Michael. „Der Schutz des Bieters im öffentlichen Auftragswesen unterhalb der sog. Schwellenwerte.“ JZ 2000: 887 ff.

Immenga, Ulrich und Ernst-Joachim Mestmäcker. Wettbewerbsrecht, Band 2 (GWB). München, 5. Auflage 2014.

Irmer, Wolfram. Sekundärrechtsschutz und Schadensersatz im Vergaberecht. Bern, 2004.

Kalinowsky, Marc. Der Anspruch der Bieter auf Einhaltung des Vergaberechts nach § 97 Abs. 7 GWB. Berlin, 1. Auflage 2000.

Kappelmann, Klaus Dieter und Burkhard Messerschmidt. Kommentar zur VOB Teile A und B. München, 4. Auflage 2013.

Kratzenberger, Rüdiger und Stefan Leupertz. Kommentar zur VOB - Teile A und B. Köln, 19. Auflage 2015.

Krist, Matthias. „Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte - Bestandsaufnahme und Ausblick.“ Vergaberecht 2011: 163-170.

Kulartz, Hans-Peter, et al. Kommentar zur VOL/A. Köln, 2. Auflage 2011.

Kus, Alexander. „Auswirkungen der EuGH-Entscheidung "Alcatel Austria AG" auf das Deutsche Vergaberecht.“ NJW 2000: 544 ff.
Loewenheim, Ulrich, Karl Meessen und Alexander (alle Hrsg.) Riesenkampff. Kommentar zum Kartellrecht. München, 2. Auflage 2009.
Maunz, Theodor und Günter Dürig. Loseblatt-Kommentar zum Grundgesetz. München, 72. Auflage 2014.
Maurer, Harmut. Allgemeines Verwaltungsrecht. München, 18. Auflage 2011.
Meißner, Barbara. „Landesvergabegesetze und (k)ein Ende?“ ZfBR 2014: 453-459.
Müller-Wrede, Malte (Hrsg.). GWB-Vergaberecht. Köln, 2. Auflage 2014.
Noch, Rainer. Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz. Baden-Baden, 1. Auflage 1998.
Palandt, Otto (Hrsg.). Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München, 74. Auflage 2015.
Pietzcker, Jost. Die Zweiteilung des Vergaberechts. Baden-Baden, 1. Auflage 2001.
Portz, Norbert, Alexander Kus und Hans-Peter (alle Hrsg.) Kulartz. Kommentar zum GWB-Vergaberecht. Köln, 3. Auflage 2014.
Pünder, Hermann und Martin Schellenberg. Handkommentar zum Vergaberecht. Baden-Baden, 1. Auflage 2011.
Reichert, Friedhelm. Vergaberechtlicher Zwang zur Zahlung von Tariflöhnen. Berlin, 1. Auflage 2007.
Sachs, Michael. Kommentar zum Grundgesetz. München, 7. Auflage 2014.
Säcker, Franz Jürgen und Roland Rixecker. Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1. München, 6. Auflage 2012.
Schneider, Tobias. Primärrechtsschutz nach Zuschlagserteilung bei einer Vergabe öffentlicher Aufträge. Berlin, 1. Auflage 2007.
Starck, Christian (Hrsg.). Rangordnung der Gesetze. Göttingen, 1. Auflage 1995 .
Stelkens, Ulrich. „Primärrechtsschutz trotz Zuschlagserteilung? - oder: Warum nach wirksamer Zuschlagserteilung trotz § 114 II 1 GWB ein Nachprüfungsverfahren möglich sein kann.“ NZBau 2003: S. 654-661.
Ulmer, Detlef und Turgut Pencereci. „Eilrechtsschutz vor den Zivilgerichten bei Vergaben im Unterschwellenbereich.“ KommJur 2008: 81-86.
Waldner, Thomas. Bieterschutz im Vergaberecht unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben. Baden-Baden, 1. Auflage 2000.
Wernsmann, Rainer. „Klagearten und Klagebefugnis im Konkurrentenrechtsstreit.“ Die Verwaltung 2003: 67-103.
Weyand, Rudolf (Hrsg.). Praxiskommentar zum Vergaberecht. München, 4. Auflage 2013.
Willenbruch, Klaus und Kristina Wieddekind. Kompaktkommentar Vergaberecht. Köln, 3. Auflage 2014.
Ziekow, Jan und Uwe-Carsten Vollink. Kommentar zum Vergaberecht. München, 2. Auflage 2013.

Abkürzungsverzeichnis

Hinsichtlich der verwendeten Abkürzungen wird verwiesen auf:

Kirchner, Hildebert / Pannier, Dietrich, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,
7. Auflage, Berlin 2013

A. Anlass der Untersuchung

Zum 01. Januar 2014 ist das vom niedersächsischen Landtag am 31. Oktober 2013 verabschiedete Gesetz zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (kurz: NTVergG) in Kraft getreten und zugleich das Vorgängergesetz des LVergabeG außer Kraft getreten ist. Die dort normierten Bestimmungen gelten sowohl für Liefer-, Bau- und Dienstleistungen als auch für den öffentlichen Personennahverkehr (vgl. § 4 Abs. 1 – 3 NTVergG). Insbesondere mit Blick auf das im Ländervergleich sehr hohe Volumen im öffentlichen Auftragswesen, in dem Niedersachsen etwa im Bereich der Dienstleistungen mit einem Auftragsvolumen von 342, 294 Mio. € im Jahr 2011 auf Platz 2 hinter NRW rangierte[1], kommt dem NTVergG eine hohe praktische Bedeutung zu. Es ist mithin davon auszugehen, dass die Anwendbarkeit des NTVergG in verschiedensten Konstellationen relevant wird und sich deshalb auch in erheblichem Maße auf die Prozesslandschaft auswirken wird.

Mit der Novelle sind wiederum auch zahlreiche neue Rechtsfragen aufgetreten, die bislang jedoch kaum bis gar keinen Eingang in Schrifttum und Rechtsprechung gefunden haben. Mit dieser Arbeit soll eine Annäherung an die Beantwortung dieser auftauchenden Rechtsfragen stattfinden. Die im Folgenden dargestellte Untersuchung bezieht sich allerdings ausweislich des in § 2 NTVergG normierten Anwendungsbereichs nur auf solche Aufträge, die den Schwellenwert i.H.v. 10.000 € netto erreichen, während Kleinstaufträge unterhalb dieses Wertes nicht unter die Bestimmungen des NTVergG fallen. Außerdem geht bereits unmittelbar aus dem Gesetz hervor, dass Lieferaufträge vom Regelungsumfang der §§ 4, 5 NTVergG ausgenommen sind, sodass sich die folgenden Ausführungen nur auf Dienstleistungs- und Bauaufträge beschränken.

Doch welche Rechtsfragen stellen sich nun konkret? Zuvorderst ist eine Weichenstellung dahingehend vorzunehmen, ob der Erlass des NTVergG überhaupt rechtmäßig war und insofern verfassungs- und europarechtskonform ist. Bejahe man dies, sind die §§ 4, 5 NTVergG einer näheren Betrachtung zu unterziehen, welche als die zentralen Normen des Gesetzes anzusehen sind.

Eine der zentralen Fragen stellt sich hierbei in Bezug auf den Drittschutz der §§ 4, 5 NTVergG für Wettbewerber, welche bislang in Rechtsprechung und Schrifttum noch keiner näheren Betrachtung unterzogen wurde, sich jedoch in erheblichen Maße auf das Vergabeverfahren und die Prozesslandschaft auswirken könnten. Fraglich ist allerdings nicht nur das Vorhandensein eines Schutznormcharakters, sondern auch, ob die Einhaltung der beiden Normen sowohl gegenüber der Vergabestelle als auch gegenüber dem den Zuschlag erhaltenden Unternehmen geltend gemacht werden kann. Ebenfalls ist das hierfür einschlägige Verfahren (in Betracht kommen sowohl das vergaberechtspezifische Nachprüfungsverfahren als auch Verfahren nach ZPO und VwGO sowie weitere speziellere Rechtsschutzformen) zu klären. Ferner sind die hierfür in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen einer näheren Prüfung zu unterziehen. Für den Fall der Bejahung eines drittbezogenen Schutznormcharakters der §§ 4, 5 NTVergG stellt sich in prozessualer Sicht die bedeutsame Frage, in welchem Abschnitt des Vergabeverfahrens

[1] Vgl. http://de.statista.com/statistik/daten/studie/295360/umfrage/wert-der-oeffentlichen-dienstleistungsauftraege-nach-auftraggebenden-bundeslaendern/.

die aus den vorgenannten Normen resultierenden Rechte geltend gemacht werden können. In Betracht käme hier sowohl, dass der Zeitpunkt der Zuschlagserteilung die entscheidende Zäsur ist, aber auch, dass trotz Zuschlagserteilung den Bietern auch im Nachgang Rechtsschutz gewährt wird. Nach der ausführlichen Analyse der genannten Rechtsfrage werden die Ergebnisse in einem Fazit zusammengefasst. Außerdem wird ein Ausblick über in Betracht kommende und aus Sicht des Verfassers möglicherweise auch gebotene Reformen des NTVergG gegeben.

B. Drittschutzcharakter der §§ 4, 5 NTVergG über § 97 Abs. 7 GWB

Die Frage, ob die §§ 4, 5 NTVergG über § 97 Abs. 7 GWB drittschützenden Charakter (Schutznormcharakter) haben, ist ambivalent zu beantworten. Zunächst einmal sind die Bestimmungen des 4. Teils des GWB (wozu auch § 97 Abs. 7 GWB gehört) aufgrund der Regelung des § 100 Abs. 1 GWB nur auf Aufträge anwendbar, die oberhalb des Schwellenwertes liegen. Deshalb scheidet es von vornherein aus, dass bei Aufträgen unterhalb des Schwellenwertes ein Drittschutz über § 97 Abs. 7 GWB gegeben ist. Bei der Bestimmung der Schwellenwerte sind diejenigen, die das GWB vorgibt, maßgeblich und nicht die des NTVergG, da der Landesgesetzgeber keine Befugnisse dazu hat, eigene Schwellenwerte für den Schutz über § 97 Abs. 7 GWB festzulegen (hierzu auch der explizite Verweis auf die Schwellenwerte des GWB in § 3 NTVergG).

Die weitere Drittschutzuntersuchung im Rahmen des § 97 Abs. 7 GWB bezieht sich daher nur auf solche Aufträge, die die jeweiligen Schwellenwerte erreichen oder überschreiten. Damit den §§ 4, 5 NTVergG über § 97 Abs. 7 GWB Drittschutz zukommt, müsste das NTVergG erst einmal den „Bestimmungen über das Vergabeverfahren" zählen, die der Wortlaut des § 97 Abs. 7 GWB voraussetzt. Weiterhin müssten diese Bestimmungen rechtsschutzfähig sein. Zuletzt, und dies ist letztlich entscheidend, müssen aus den §§ 4, 5 NTVergG subjektive Rechte ableitbar sein, die nach zum Teil vertretener Auffassung zudem spezifisch bieterschützend sein müssten (nähere Ausführungen zu dieser Frage s.u.).

I. §§ 4, 5 NTVergG als „Bestimmungen über das Vergabeverfahren"

1. Grundgesetzliche Kompetenzfrage zum Erlass des NTVergG

Bevor der Frage nachgegangen werden kann, ob die §§ 4, 5 NTVergG als „Bestimmungen über das Vergabeverfahren" anzusehen sind, muss geklärt werden, ob die Landesgesetzgeber überhaupt dazu befugt sind, solche Regelungen wie das NTVergG auch für Aufträge oberhalb des Schwellenwertes zu erlassen. Die Kompetenzfrage hat das Bundesverfassungsgericht im Grundsatz so beantwortet, dass die Vergabevorschriften der konkurrieren Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zuzuordnen seien, da sie Regelungen des Wirtschaftslebens beträfen.[2] Daher sei auch nicht für jede Regelung ein eigener Kompetenztitel erforderlich.[3]

[2] BVerfG Beschl. V. 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00 -, VergabeR 2007, 42.
[3] BVerfG a.a.O.

Bei der konkurrierenden Gesetzgebung dürfen die Länder wiederum nur dann eigene Regelungen treffen, wenn nicht der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht Gebraucht gemacht hat (vgl. Art. 72 I GG).[4] Der Bund hat wiederum von seiner Gesetzgebungskompetenz durch den Erlass des 4. Teils des GWB Gebraucht gemacht, sodass hier möglicherweise eine Sperrwirkung vorliegen könnte. Damit die §§ 97 ff. GWB als solche nicht abschließend sind und auch politische Ziele verfolgt werden können[5], hat der Bund wiederum in § 97 Abs. 4 S. 3 GWB explizit aufgenommen, dass „andere oder weitergehende Anforderungen" von den Bundesländern gestellt werden dürfen. Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte der Norm wird diese Regelung so verstanden, dass an die Bieter auch Anforderungen über die Eignung hinaus gestellt werden dürfen, die die Länder selbst konturieren dürfen.[6] Deshalb ist der Erlass des NTVergG in der vorliegenden Form verfassungsgemäß und die §§ 4, 5 NTVergG können „Bestimmungen des Vergaberechts" sein.

2. Vereinbarkeit des NTVergG mit höherrangigem nationalen (Verfassungs-) Recht

Eine weitere Streitfrage ist, ob Regelungen zur Tariftreue gegen höherrangiges Bundesrecht bzw. Verfassungsrecht verstoßen. Hierbei war lange Zeit vor allem in der Diskussion, ob durch diverse Landevergabegesetze ein Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 III GG oder auch ein Verstoß gegen die Art. 3 GG und Art. 12 GG vorliegt. Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht jedoch in derselben Entscheidung wie schon zur Kompetenzfrage einen Verstoß mit der Begründung abgelehnt, dass verfassungsrechtlich legitime Ziele verfolgt werden.[7] In derselben Entscheidung wurde auch ein Verstoß gegen andere bundegesetzliche Regelung aus dem Kartellrecht, wie etwa § 5 TVG oder § 20 I GWB, negiert.[8] Letztlich seien das Kartellrecht und Kartellvergaberecht zwei Normkomplexe die nebeneinander stehen.[9] Zuletzt wurde auch ein Verstoß der Tariftreueregelungen gegen § 97 GWB selbst diskutiert, jedoch wird dies zutreffend verneint, da der Gesetzgeber mit der Neufassung des § 97 Abs. 4 2. Hs. GWB ja gerade eine Ermächtigungsgrundlage geschaffen hat, um Sekundärzwecke bzw. vergabefremde Zwecke in Landesgesetzen vorzusehen.[10]

3. Vereinbarkeit des NTVergG mit europäischem Recht

Um die Frage der Vereinbarkeit von Tariftreueregelungen mit dem Unionsrecht zu klären, hat das OLG Celle[11] dem EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 267 AEUV die Frage vorgelegt, ob die Verpflichtung zur Abgabe von Tariftreueerklärungen bei der Ausschreibung von Bauleistungen einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit darstelle. Der

---

[4] Nähere Ausführungen hierzu bei Degenhart, in: Sachs, Kommentar GG, Art. 72 GG Rn. 1 ff.
[5] Bungenberg, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 97 GWB Rn. 58.
[6] Hailbronner, in: Byok/Jaeger, § 97, Rn. 114; weitere Ausführungen auch bei Wieddeking, in: Willenbruch/Wieddeking, 19. Los Rn. 7 f.
[7] BVerfG Beschl. V. 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00 -, VergabeR 2007, 42.
[8] BVerfG Beschl. V. 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00 -, VergabeR 2007, 42.
[9] Nähere Ausführungen hierzu bei Reichert, Vergaberechtlicher Zwang zur Zahlung von Tariflöhnen, S. 155.
[10] So auch Dobmann, Die Tariftreueerklärung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 92.
[11] OLG Celle, Beschl. V. 03.08.2006 – Az.: 13 U 72/06, ZfBR 2006, 808.

EuGH entschied mit Urteil v. 03. April 2008[12] in der sog. „Rüffert-Entscheidung", dass die niedersächsische Regelung zur Tariftreue unionsrechtswidrig sei. Diese Entscheidung ist hier jedoch insoweit nicht mehr maßgeblich, als dass sich diese noch auf das Vorgängergesetz des LVergabeG bezog und der niedersächsische Gesetzgeber bereits mit der Neufassung des LVergabeG zum 01. Januar 2009 eine Vereinbarkeit herstellte.[13] Auch das Nachfolgegesetz des NTVergG entspricht den vom EuGH aufgestellten Kriterien. Deshalb unterliegt dieses Gesetz keinen unionsrechtlichen Bedenken.

4. Begriffliche Einordnung des NTVergG als „Bestimmung über das Vergabeverfahren"

Dem Begriff der „Bestimmungen über das Vergabeverfahren" entsprechen solche Normen nicht, die zwar die Durchführung öffentlicher Aufträge, nicht aber das Vergabeverfahren selbst betreffen oder die zwar das Vergabeverfahren betreffen, jedoch außerhalb des Vergaberechts angesiedelt sind.[14] Die in §§ 4, 5 NTVergG statuierten Voraussetzungen, dass Bieter bereits bei Angebotsabgabe oder alternativ nach Aufforderung durch die Vergabestelle eine Tariftreue- oder Mindestentgelterklärung abzugeben haben und andernfalls ihr Angebot von der Wertung auszuschließen ist (§ 4 Abs. 7 NTVergG), betrifft die Teilnahmevoraussetzungen am Vergabeverfahren bzw. deren Ausschluss und ist damit ein obligatorisches Zuschlagskriterium, sodass zum Verfahren ein konkreter Bezug besteht. Somit sind die §§ 4, 5 NTVergG „Bestimmungen über das Vergabeverfahren".

II. Rechtsschutzfähigkeit

1. Grundsatz

Um den (vergaberechtlichen) Schutz über § 97 Abs. 7 GWB nicht ausufern zu lassen, ist die vom Wortlaut her sehr weit gefasste Norm nach ihrem Sinn und Zweck zu begrenzen (sog. Rechtsschutzfähigkeit)[15], weshalb ein objektiver Rechtsschutz gerade nicht eröffnet wird.[16] Vielmehr ist für eine Drittschutzeigenschaft i.S.d. § 97 Abs. 7 GWB erforderlich, dass der Anspruchssteller, hier der Wettbewerber, in seinen subjektiven Rechten verletzt ist.[17] Grundsätzlich gilt hierbei freilich, dass § 97 Abs. 7 GWB extensiv auszulegen ist und daher alle Bestimmungen umfasst sein können, die keine bloßen Ordnungsvorschriften oder Programmsätze sind.[18] Die §§ 4, 5 NTVergG regeln wie bereits festgestellt die Voraussetzungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren bzw. den Ausschluss vom Verfahren bei Nichtbeachtung. Diese Bestimmungen sind folglich nicht als Ordnungsvorschriften oder Programmsätze anzusehen,

---

[12] RS. C-346/06; VergabeR 2009, 478, in der der EuGH einen Verstoß gegen Richtlinien der EU und die Dienstleistungsfreiheit erblickte.
[13] Siehe auch Dörr, in: Dreher/Motzke, § 97 GWB Rn. 96.
[14] Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Rn. 400.
[15] Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 64.
[16] BT-Drucks. 13/9340.
[17] OLG Düsseldorf, Beschl. V. 07. November 2012 – VII-Verg 69/11.
[18] Kalinowsky, Der Anspruch der Bieter auf Einhaltung des Vergaberechts nach § 97 Abs. 7 GWB, S. 64 ff.

sondern betreffen den Kern des Vergabewesens, sodass sie grundsätzlich vom Schutz des § 97 Abs. 7 GWB umfasst sein können.

2. Vermittlung eines subjektiven Rechts und einer spezifisch bieterschützenden Wirkung aus den §§ 4, 5 NTVergG

Für die Anspruchsbegründung aus § 97 Abs. 7 GWB ist eine Norm erforderlich, die subjektive Rechte vermittelt, welche indes aufgrund der Zuordnung des Vergaberechts zum Privatrecht keine subjektiv-öffentliches Rechte sein können, sondern solche subjektiv-privatrechtlichen Rechte.[19] Diese müssen zudem nach zum Teil vertretener Auffassung auch bieterschützend sein (nähere Ausführungen hierzu unterhalb). Solche Normen könnten die §§ 4, 5 NTVergG darstellen.

a. Subjektive Rechte aus §§ 4, 5 NTVergG

Bislang hat sich die Rechtsprechung stark zurückgehalten, generelle Voraussetzungen für die Bejahung subjektiver Rechte zu schaffen, sondern bezog seine Ausführungen stets auf einzelne Regelungen in den Vergabe- und Vertragsordnungen.[20] Zu den hier zu untersuchenden Normen hat sich die Rechtsprechung gerade mit Blick darauf, dass diese erst seit dem 01. Januar 2014 in Kraft sind, noch überhaupt nicht geäußert. Folglich ist daher auch für diese beiden Normen eine Einzelprüfung anzustellen.

aa. Schutznormtheorie und deren Anwendbarkeit

Eine erste Möglichkeit, sich der Frage der Einräumung subjektiver Rechte der §§ 4, 5 NTVergG zu näheren, ist die vornehmlich aus dem Verwaltungsrecht stammende Schutznormtheorie. Diese besagt, dass die Anerkennung subjektiver öffentlicher Rechte vom Vorliegen eines Rechtssatzes abhängt, der nicht nur im öffentlichen Interesse erlassen wurde, sondern – zumindest auch – dem Schutz einzelner Bürger zu dienen bestimmt ist.[21] Maßgeblich sei hierbei der gesetzlich bezweckte Interessenschutz.[22] Wesentlich für über die Schutznormtheorie drittschutzvermittelnde Vorschriften sei ferner, dass sie zumindest auch den Interessen des Betroffenen, hier der Wettbewerber, zu dienen bestimmt sind[23], wodurch auch eine Abgrenzung zu bloßen Rechtsreflexen möglich sei.[24] Zwar vermittelt die Schutznormtheorie ihrer Definition nach subjektive Rechte des öffentlichen Rechts und nicht des privaten Rechts (welche beim Vergaberecht vorliegen müssen), indessen können zumindest ihr Rechtsgedanke und ihre Dogmatik auf das Vergaberecht übertragen werden[25], sodass die begriffliche Terminologie keine größeren Schwierigkeiten bereitet. Es stellt sich nichtsdestoweniger auch in anderer Hinsicht die Frage,

---

[19] Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, § 97 GWB Rn. 387.
[20] Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, § 97 GWB Rn. 411.
[21] BVerwGE 1, 83; E 27, 29 (31 ff.) = NJW 1967, 1770.
[22] Henke, das subjektive öffentliche Recht, S. 28.
[23] Weyand, § 100 GWB Rn. 1247 f.
[24] Pietzcker, die Zweiteilung des Vergaberechts, S. 84.
[25] Fehling, in: Pünder/Schellenberg, § 97 GWB Rn. 43.

ob die Schutznormtheorie überhaupt Anwendung findet. Dies ist gerade darauf bezogen, dass das Unionsrecht den Rechtsschutz im Gegensatz zur Schutznormtheorie sogar dahingehend ausweitet, dass nur eine hinreichend bestimmte Verpflichtung gegenüber dem Einzelnen bestehen müsse[26] und damit in gewisser Weise eine eigene Schutztheorie aufstellt (welche auch als abgeschwächte Schutznormtheorie bezeichnet werden könnte[27]), sodass sich beide Auffassungen widersprechen und ein entsprechende Entscheidung zu führen ist, welcher der beiden Theorien zu folgen ist.

Da gerade oberhalb der Schwellenwerte das Unionsrecht eine Vorreiterstellung genießt und auch § 97 Abs. 7 GWB auf Grundlage von Unionsrecht erlassen wurde[28], ist es im Sinne einer konsequenten Rechtsanwendung zu befürworten, dass auch der unionsrechtliche Schutznormbegriff zugrunde gelegt wird, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Demgegenüber hat sich der Unionsgesetzgeber bewusst auf den Bereich oberhalb der Schwellenwerte begrenzt und überlässt es den Mitgliedstaaten unterhalb der Schwellenwerte, selbst Regelungen zu erlassen. Daher blüht hier die Schutznormtheorie wieder auf und in diesem Bereich ist diese allein anzuwenden, während der unionsrechtliche Schutznormbegriff keine Anwendung findet. Wie sich die unionsrechtliche Schutznormerwägung auf die Vermittlung des Drittschutzes auswirkt, ist im Rahmen der Gesamtwürdigung unionsrechtlicher Vorschriften zu untersuchen, während die Auswirkungen der Schutznormtheorie unter den Bundegesetzlichen Regelungen zu thematisieren ist.

bb. Wahl weiterer Untersuchungsmethoden

Es ist über die unionsrechtliche Schutznormtheorie hinaus angezeigt, die §§ 4, 5 NTVergG nach den gängigen Auslegungsmethoden (Wortlaut, Systematik, Telos, Gesetzgebungsmaterialien) sowie den Wertungen weiterer nationaler und europarechtlicher Normen im Hinblick auf die Vermittlung wettbewerberbezogenen Drittschutzes zu untersuchen. Schlussendlich, bejahe man den Drittschutz der §§ 4, 5 NTVergG, müsste noch auf dich prozessökomische Sichtweise eines solchen Schutzes eingegangen werden, insbesondere vor dem Hintergrund des vergaberechtlichen Beschleunigungsgrundsatzes. Das Ergebnis der Untersuchung ist folglich nur im Wege einer umfassenden Gesamtbetrachtung zu ermitteln, sodass hierbei in jedem Fall keine apodiktischen Phrasen verwendet werden dürfen.

(1) Wortlaut/Systematik

Der Wortlaut der §§ 4, 5 NTVergG gibt keinerlei Aufschluss über einen möglichen Drittschutz. Da der Drittschutz auch an keiner anderen Stelle des Gesetzes normiert ist, hilft auch die systematische Auslegung nicht weiter.

---

[26] Bungenberg, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 97 GWB Rn. 79.
[27] So etwa Erdl, Der neue Vergaberechtsschutz, S. 127.
[28] Nähere Ausführungen zur Entstehungsgeschichte von § 97 Abs. 7 GWB bei Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, § 97 GWB Rn. 5.

(2) Teleologische Auslegung

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH wird in Bezug auf den Drittschutz einer Norm nicht auf deren Wirkung, sondern auf deren Inhalt und Zweck abgestellt. Es genüge in diesem Zusammenhang, dass die Norm auch das Interesse des Einzelnen schützen soll, mag sie auch in erster Linie das Interesse der Allgemeinheit im Auge haben.[29] Dem Sinn und Zweck nach dienen Vorschriften zu Tariftreue und Mindestentgelten vor allem dazu, die beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Lohndumping und Ausbeutung zu schützen. Aus Sicht des Staates kommt dieser dadurch seinen grundrechtlichen Arbeitnehmerschutzpflichten nach und entlastet zugleich seine Sozialkosten. Für die Unternehmen hingegen stellen sie vor allem die Pflicht auf, ihre Angestellten angemessen zu entlohnen und dies entsprechend nachweisen. Vor diesem Hintergrund erscheint das Zugestehen subjektiver Rechte auf den ersten Blick schwer konstruierbar. Ein gangbarer Argumentationstopos für die Annahme subjektiver Rechte ist wiederum die Kontrollfunktion der §§ 4, 5 NTVergG. Zwar sind in erster Linie die öffentlichen Auftraggeber zur Kontrolle von Tariftreue und Mindestentgeltzahlung verpflichtet, allerdings wäre diese wesentlich wirksamer, wenn sich auch die Unternehmen gegenseitig kontrollieren könnten. Vor allem für den Fall, dass ein öffentlicher Auftraggeber trotz Kenntnis des Nichteinhaltens der gesetzlichen Vorgaben aus den §§ 4, 5 NTVergG mit einem Unternehmen kontraktieren möchte, bestünde für ein rechtstreues Unternehmen, das ebenfalls am Verfahren beteiligt ist, keine Möglichkeit, sich gegen das rechtswidrige Unternehmen bzw. dann auch die rechtswidrig handelnde Vergabestelle zu wehren. Hätte es hingegen eigene subjektive Rechte, so könnte es darauf hinwirken, dass ein solches Rechtsgeschäft nicht zustande kommt. Die Einräumung subjektiver Rechte käme dann allerdings nicht nur dem rechtstreuen Unternehmen zugute, indem es ihm wieder eine Chance eröffnet, selbst beauftragt zu werden, sondern gleichzeitig auch seinen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, denen dieser im Falle der Zuschlagserteilung ein angemessenes Entgelt zahlen könnte.

Ebenfalls für die Einräumung subjektiver Rechte spricht, dass dadurch auch die Arbeitnehmer des rechtswidrig handelnden Unternehmens mittelbar geschützt werden, indem sie keine Tätigkeit verrichten müssen, für die sie eine unangemessen niedrige Bezahlung erhalten. Letztlich würde dies auch einer möglichen Abschreckungsfunktion für rechtswidrig handelnde Unternehmen Rechnung tragen. Wüsste ein solches Unternehmen, dass auch ihre Konkurrenten sie zur Einhaltung der §§ 4, 5 NTVergG verpflichten können, dann wäre die Versuchung wesentlich geringer, den eigenen Arbeitnehmern einen zu niedrigen Lohn zu zahlen bzw. den Versuch anzustellen, den Zuschlag trotz Nichtabgabe der entsprechenden Tariftreueerklärung zu erhalten.

(3) Gesetzgebungsmaterialien

[29] St. Rspr. des BGH, vgl. nur BGHZ 116, 7 (13).

Als weiteres zentrales Kriterium für den Drittschutz lässt sich auf die Gesetzgebungsmaterialien rekurrieren. Es ist hierbei entscheidend, ob der Gesetzgeber bei Erlass gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zugunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt oder doch mitgewollt hat. Wie sich aus den Gesetzgebungsmaterialien ergibt, war Ziel der Gesetzesnovelle des NTVergG, dass mittelständische Unternehmen und ihre Beschäftigten geschützt werden[30], wobei ein expliziter Drittschutz an keiner Stelle erwähnt ist. Der Schutz mittelständiger Unternehmen stand wiederum auch nur im Allgemeinen Teil der Gesetzesbegründung, nicht jedoch im Besonderen Teil zu den §§ 4, 5 NTVergG. Daraus lässt sich schließen, dass es dem niedersächsischen zwar prinzipiell durch die Gesetzesnovelle wichtig ist, Unternehmen zu schützen, jedoch gilt dies eher allgemein für das gesamte Gesetz und weniger im Speziellen für die §§ 4, 5 NTVergG. Gerade aufgrund dieser deutlichen Entscheidung, es nicht in den Besonderen Teil aufzunehmen, lässt sich allenfalls davon sprechen, dass es mitgewollt war, den Drittschutz über die beiden Normen herzustellen. Folglich ergibt sich hieraus keine klare Tendenz, weder für, noch gegen die Annahme einer drittschützenden Wirkung.

(4) Parallelbestimmungen in anderen Bundesländern

Für eine Annäherung an die Frage des Drittschutzes bietet sich auch ein Blick in die Vergabegesetze bzw. Tariftreuegesetze der anderen Bundesländer an, zumal mit Ausnahme von Bayern inzwischen alle Länder solche Gesetze erlassen haben. Hierbei bietet sich vor allem das TVgG des Landes Nordrhein-Westfalen an, da es nach allgemeiner Auffassung als Vorreiter vor allem im Bereich von Tariftreue und Mindestlöhnen gilt.[31] Dieses enthält in seinem § 4 eine entsprechende Parallelvorschrift zu den §§ 4, 5 NTVergG. Auch diese Norm beinhaltet allerdings genau wie die Niedersächsische keine explizite Drittschutzregelung. Auch aus den Gesetzgebungsmaterialien dieser Vorschrift lässt sich kein Drittschutz für Unternehmen hinauslesen.[32] Auch ein Blick in die zahlreich vorhandenen Parallelvorschriften der anderen Länder ist wenig ergiebig. Zwar lässt sich daraus schließen, dass der Tariftreue hohe Bedeutung zugemessen wird, jedoch sind keine Schlüsse in Bezug auf einen etwaigen unternehmensbezogenen Drittschutz möglich.

(5) Würdigung unionsrechtlicher Bestimmungen

Eine im Rahmen des nationalen Vergaberechts stets zu beachtende Rechtsmaterie ist das Unionsrecht, welches durch zahlreiche Richtlinien und Urteile des EuGH massiven Einfluss auf die nationale (Vergabe-) Gesetzgebung nimmt.

(a) Allgemeine Grundsätze des Unionsrechts

[30] Drucks. 17/259 des LT Niedersachsen.
[31] Siehe statt vieler nur Meißner, ZfBR 2014, 453.
[32] Vgl. Drucks. 15/2379 des LT NRW.

Als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts ist an dieser Stelle vor allem auf den Gedanken des Effet utile und den unionsrechtlichen Schutznormbegriff (Einführung hierzu siehe oben) einzugehen.

(aa) Das Postulat des effet utile

Das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen sei außer der Durchsetzung der Grundfreiheiten auch die Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten voranzutreiben, um damit im Lichte des effet utile[33] dem Unionsrecht maximale Geltung zu verschaffen.[34] Die Neufassung der §§ 4, 5 NTVergG ist als Ausfluss dieses allgemeinen Prinzips anzusehen, denn gerade die Zahlung ungleich niedriger Löhne und die Nichteinhaltung von Tariftreue führen zu einem verfälschten Wettbewerb, der zulasten der rechtstreu handelnden Unternehmen und deren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern geht. Gerade ein unternehmensbezogener Drittschutz könnte daher dem Unionsrecht effektiv Rechnung tragen, sodass von der Ratio des effet utile her der hier in Rede stehende Drittschutz in jedem Fall umfasst ist.

(bb) Unionsrechtlicher Schutznormbegriff

An dieser Stelle ist nun auf den unionsrechtlichen Schutznormbegriff einzugehen, nach der, wie bereits festgestellt, nur eine hinreichend bestimmte Verpflichtung gegenüber dem Einzelnen bestehen müsse. Der Einzelne meint im Rahmen dieser Prüfung jedoch nicht den einzelnen Arbeitenden, sondern den Wettbewerber. Es kommt folglich darauf an, ob durch die §§ 4, 5 NTVergG auch eine Verpflichtung gegenüber Wettbewerbern entsteht. Hierbei lässt sich weitestgehend auf die teleologischen Ausführungen verweisen, denn Wettbewerber sollen zumindest eine eigene Kontrollmöglichkeit haben. Deshalb dient der unionsrechtliche Schutznormbegriff eher als weiterer Beleg dafür, dass diese Erwägungen auch aus Sicht des Unionsrechts zu verfolgen sind.

(b) Bestimmungen des EUV/AEUV

Die Union selbst hat eine starke soziale Ausrichtung in Art. 3 Abs. 3 EUV sowie in Art. 152 AEUV hineingeschrieben, garantiert jedoch aufgrund der Kompetenzregelung in Art. 153 Abs. 5 AEUV nur soziale Mindeststandards[35], sodass die genaue Ausgestaltung den Mitgliedstaaten überlassen bleibt. Daher lassen sich diese Bestimmungen nur als allgemeiner Rahmen verstehen, der jedoch noch keinen Aufschluss über den Schutz im Speziellen gibt. Schlüsse in Bezug auf eine mögliche Drittschutzwirkung sind daraus erst recht nicht zu ziehen.

(c) Rechtsprechung des EuGH

---

[33] Nähere Ausführungen zum effet utile bei Noch, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, S. 115 ff.
[34] EuGH v. 11.5.2006 – Rs. C-340/04 Rn. 58 f. NZBau 2006, 452 - Carbotermo.
[35] Siehe auch Frenz, in: Willenbruch/Wieddeking, § 97 GWB Rn. 121 f.

Der EuGH selbst lässt die Grundfreiheiten für den Arbeitnehmerschutz in Form von Maßnahmen gegen Sozialdumping (etwa die Forderung eines Mindestlohns oder die Einhaltung von Tariftreue) zurücktreten.[36] Deshalb lässt sich aus der EuGH-Rechtsprechung zumindest eine leichte Tendenz erkennen, dass soziale Aspekte und deren Geltendmachung einen hohen Stellenwert genießen. Ob dies im Bereich von Tariftreue und Mindestlohn aber gerade über einen vergaberechtlichen Drittschutz von Wettbewerbern geschehen soll, hat der EuGH bislang allerdings offen gelassen. Zumindest lassen auch die bisherigen Ausführungen des EuGH im Wege der Auslegung keinerlei Schlüsse hin zu einem Drittschutz zu.

(d) Bestimmungen der Europäischen Grundrechte-Charta (GRC)

Ebenfalls für die Argumentation des Drittschutzes in Betracht zu ziehen ist Art. 31 der Grundrechte-Charta (GRC), der das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen statuiert. Der Wortlaut ließe zunächst die Erwägung zu, dass hierdurch auch die Zahlung von Mindestentgelten und deren effektive Geltendmachung geschützt sind. Hierfür ermangelt es allerdings in der Gesetzbegründung jeglicher Grundlage[37], sodass dies auch im Schrifttum negiert wird.[38] Folglich sind die Europäischen Grundrechte kein tauglicher Anknüpfungspunkt.

(e) Unionsrechtliche Richtlinien für das Vergaberecht

Als letzte unionsrechtliche Anknüpfungsoption sind die für das Vergaberecht erlassenen Richtlinien, die gerade auch zur Einführung des § 97 Abs. 7 GWB führten, einer näheren Betrachtung zu unterziehen, mithin ist diese Vorschrift richtlinienkonform auszulegen.[39] Die Reichweite der unionsrechtlich gebotenen Individualberechtigung bestimmt sich als solche nach dem Schutzzweck der EU-Vergaberichtlinien[40], wobei hier vor allem die Rechtsmittelrichtlinie in den näheren Fokus zu nehmen ist. Diese Richtlinie soll vor allem dafür sorgen, dass Bietern und Bewerbern die wirksame Durchsetzung des Schutzes vor Diskriminierung und Willkür vor nationalen Gerichten möglich ist, sodass diese ein Recht auf wirksame und rasche Nachprüfung begründen.[41] Mit Blick auf die wirksame Nachprüfung von Vergaben ist es für diese förderlich, den Schutz der betreffenden Normen, hier der in Rede stehenden §§ 4, 5 NTVergG, als umfangreich zu verstehen, mithin auch den Wettbewerbern Kontrollmechanismen in Form eines Drittschutzes zu gewähren. Verneine man den Drittschutz wären die Wettbewerber auch der Willkür der öffentlichen Hand in Bezug auf die Tariftreue mehr oder weniger schutzlos unterlegen, sodass dies dem unionsrechtlichen Gedanken widersprechen würde.

(f) Zwischenergebnis

---

[36] EuGH, Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 48, 103 ff. – Laval.
[37] Erläuterungen zur GRC finden sich in: ABl. 2007, C 303, S: 17 (26).
[38] Nähere Ausführungen bei Dorfmann, Soziale Gewährleistungen in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 53, Fn. 129.
[39] Ebenso Ziekow in: Ziekow/Völlink, § 97 GWB Rn. 156.
[40] Dörr, in: Dreher/Motzke, § 97 Abs. 7 GWB Rn. 8.
[41] So etwa EuGH Rs. C-424/01 Slg. 2003, I-3249 Rn. 32 – CS Austria.

Insgesamt bieten die europäischen Wertungen gerade mit Blick auf die Richtlinien eine taugliche Argumentationsgrundlage hin zu einer Befürwortung eines Drittschutzes, wobei die Tariftreueentscheidungen primär- und sekundärrechtlich dennoch weiterhin sehr stringent gehandhabt werden.[42]

(6) Bundegesetzliche Regelungen

Ebenfalls in Betracht kommt eine Anknüpfung an die bundegesetzlichen Regelungen und den aus dem weiteren Bundesrecht stammenden anerkannten Prinzipien.

(a) Wertungen der VOB/A

Zunächst lässt sich in Bezug auf die VOB/A auf bereits bestehende Kommentierungen zu § 2 VOB/A verweisen. Dort ist der Drittschutz in weiten Teilen der Literatur anerkannt.[43] Dies hat den Hintergrund, dass es nach der umfangreichen Reformierung des Vergaberechts eine Kaskadenwirkung aus GWB, VgV und den Verdinungsordnungen gibt, sodass allen dreien Außenrechtsverbindlichkeit zukommt.[44] In dieses System der Kaskaden fügen sich auch die Tariftreuegesetze der Länder ein, zu denen auch das NTVergG gehört. Im System eines geschlossenen Vergaberechtssystems und im Sinne einer einheitlichen Rechtsanwendung ist es daher nur konsequent, auch den §§ 4, 5 NTVergG Außenrechtscharakter und damit Drittschutz zukommen zu lassen. Auch im Wege eines Erst-Recht-Schlusses lässt sich dieses Ergebnis erzielen, denn wenn schon die VOB/A als einseitig den öffentlichen Auftraggeber verpflichtendes Rechtsregime[45] Drittschutz entfaltet, muss dies erst Recht für die §§ 4, 5 NTVergG gelten, welche auch noch darüber hinaus echte Rechtspflichten für die am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen begründen.

(b) Schutznormtheorie des Bundesverwaltungsrechts

Wie bereits vorab geprüft, findet die Schutznormtheorie im Bereich unterhalb der Schwellenwerte Anwendung und kann somit in die Gesamtbetrachtung der Drittschutzfrage mit einbezogen werden. Es ist hierbei mithin die Frage zu klären, ob die §§ 4, 5 NTVergG auch dem Interesse der Wettbewerber zu dienen bestimmt sind. Wie bereits im Rahmen der teleologischen Auslegung festgestellt, sollen durch diese beiden Normen nicht nur die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Lohndumping geschützt werden, sondern auch mittelbar die Unternehmen, die ihre Angestellten angemessen entlohnen. Die Zahlung eines angemessenen Arbeitsentgelts stellt zwar zunächst für Unternehmen eine zusätzliche finanzielle Belastung dar, jedoch können sie dadurch auch entsprechende höhere Entgelte für ihre Leistungen verlangen, sodass letztlich die Vergabestelle diese Zusatzausgaben trägt. Dies sichert für die Angestellten

[42] Frenz, in: Willenbruch/Wieddeking, § 97 GWB Rn. 135.
[43] Glahs, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 2 VOB/A, Rn. 7, 9; Burgi, Vergaberecht, Rn. 403; Hertwig, WiB 1995, 102, 106.
[44] Marx, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, Einl. Rn. 8.
[45] Schneider, in: Kappelmann/Messerschmidt, § 2 VOB/A, Rn. 2.

ein angemessenes soziales Grundniveau und ist auch für die Unternehmen dahingehend förderlich, dass die eigenen Angestellten nicht noch zusätzlich Tätigkeiten für ihren Lebensunterhalt aufnehmen müssen und so ihrem Unternehmen die ganze Arbeitskraft zur Verfügung stellen können. Deshalb dient die Vorschrift, wenn auch nicht direkt ersichtlich, auch dem Interesse von Wettbewerbern. Damit sind die Voraussetzungen der Schutznormtheorie erfüllt.

(c) Drittschutzwertungen aus dem Baurecht

Paradebeispiel für die Vermittlung subjektiver Rechte und damit des Drittschutzes ist neben anderen das Rechtsgebiet des Baurechts, sodass ein Blick in diese Rechtmaterie reiches Anschauungsmaterial liefern könnte. Etwa im Bereich des Nachbarschutzes nimmt das BVerwG dann Drittschutz an, wenn eine schwere und unmittelbare Betroffenheit des Anspruchsstellers vorliegt.[46] Übertragen auf die hier gestellte Frage zum NTVergG muss geklärt werden, ob die Nichtbeachtung der §§ 4, 5 NTVergG gegenüber dem unterlegenen Wettbewerber auch derart schwer wiegt und unmittelbar ist. Der Vergleich mit dem Baurecht hinkt jedoch aufgrund sehr unterschiedlicher Fallkonstellationen. Während im Baurecht zumeist dann Drittschutz gewährt wird, wenn Nachbarn etwa ihre Häuser nebeneinander bauen und sich dadurch dauerhaft gegenseitig beeinträchtigen, konkurrieren im Vergaberecht lediglich verschiedene Unternehmen, um den Zuschlag für eine öffentliche Ausschreibung zu erhalten. Deshalb ist eine derart massive Grundrechtsbeeinträchtigung wohl nur in besonderen Ausnahmefällen möglich. Folglich lassen die verfestigten Wertungen des Baurechts keine Schlüsse über den Drittschutz der §§ 4, 5 NTVergG zu.

(7) prozessökonomische Sichtweise

Aus prozessökonomischer Sicht gibt es einige Bedenken gegen den vermehrten Drittschutz vergaberechtlicher Normen. So wird von einigen im Schrifttum befürchtet, dass eine extensive Drittschutzauslegung dazu führt, dass der vergaberechtliche Beschleunigungsgrundsatz umgangen wird. Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass die Einräumung des Drittschutzes im Prozess durch die Klagebefugnis des § 107 Abs. 2 GWB ein wirksames Korrektiv erhält. Denn dadurch ist nur jedes Unternehmen berechtigt, sich auf den Drittschutz zu berufen, welches ein spezifisches Interesse hat.[47] Popularklagen etwa durch am Vergabeverfahren unbeteiligte Unternehmen werden hierdurch jedoch ausgeschlossen.[48]

(8) Zwischenergebnis

Unter Würdigung aller in die Argumentation eingeflossenen Erwägungen vermitteln die §§ 4, 5 NTVergG wettbewerberbezogenen Drittschutz.

---

[46] Seit BVerwGE 32, 173 = NJW 1969, 1787 st. Rspr.; s. etwa BVerwGE 36, 248; E 44, 244 = NJW 1974, 811; E 50, 282 = NJW 1976, 1987.
[47] BT-Drucks. 13/9340 S. 40.
[48] Herlemann/Thiele, in: Dreher/Motzke, § 107 GWB Rn. 18.

b. Meinungsstreit um die spezifisch bieterschützende Wirkung

Es ist umstritten, ob solche Normen aus dem Anwendungsbereich des § 97 Abs. 7 GWB hinausfallen, die nicht spezifisch bieterschützend im Sinne der verwaltungsrechtlichen Schutznormlehre sind.[49] Letztendlich kann dieser Streit jedoch dahinstehen, wenn die §§ 4, 5 NTVergG subjektive Rechte vermitteln, die spezifisch bieterschützend sind. Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass die meisten untergesetzlichen Normen zumindest in Ansätzen als spezifisch bieterschützend gelten.[50] Dass die Hürden hierfür nicht allzu hoch sind, zeigt sich schon alleine daran, dass zahlreichen ungeschriebenen Grundsätzen wie dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens aus Treu und Glauben, dem Gebot der Verfahrensfairness, dem Vertrauensschutz und der Selbstbindung der Verwaltung Bieterschutz zugesprochen worden ist.[51] Genauso verhält es sich auch in Bezug auf die §§ 4, 5 NTVergG. Die Festsetzung der Einhaltung von Tarifverträgen und Mindestlöhnen soll gerade auch die Bieter schützen, die diese Voraussetzungen erfüllen. Ferner sind wie bereits oben geprüft die Voraussetzungen der Schutznormtheorie erfüllt. Folglich liegt die spezifisch bieterschützende Wirkung vor und der oben angesprochene Meinungsstreit ist nicht zu führen.

c. Ergebnis

Neben der Vermittlung von Drittschutz ist auch die spezifisch bieterschützende Wirkung zu bejahen.

C. Drittschutzcharakter der §§ 4, 5 NTVergG über andere Normen für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte

Für alle Aufträge unterhalb der Schwellenwerte ist § 97 Abs. 7 GWB, wie bereits oberhalb geprüft, unanwendbar. Jedoch kommen auch für diese Aufträge Vergaberechtsnormen in Betracht, über die den §§ 4, 5 NTVergG Drittschutz zukommt, wobei gerade der Drittschutz unterhalb der Schwellenwerte eine der derzeit umstrittensten Fragen im Vergaberecht sei.[52] Dadurch, dass gerade auf § 97 Abs. 7 GWB der klare Schwerpunkt in Bezug auf die Drittschutzklärung liegt, werden hier allerdings nur ausgewählte Normen in den Blick genommen, sodass kein Anspruch auf Vollständigkeit begründet wird.

I. Drittschutz über § 33 I GWB

Ein Drittschutz über § 33 I GWB ist zwar in der Norm selbst enthalten, jedoch bezieht sich diese ausweislich des klaren Wortlauts nur auf die Bestimmungen des GWB selbst, auf die Art.

---

[49] Vgl. Fehling, in: Pünder/Schellenberg, § 97 Rn. 211.
[50] Nähere Ausführungen hierzu bei Hailbronner in: Byok/Jaeger, § 97 Rn 274 und 279; Otting, in: Bechtold, § 97 Rn 60.
[51] Siehe u.a. KG Berlin v. 7.10.2001, KartVerg 8/01 (Humboldt-Universität II).
[52] Glahs, in Kappelmann/Messerschmidt, § 2 VOB/A, Rn. 6.

101, 102 AEUV sowie auf Verfügungen von Kartellbehörden, nicht jedoch auf die Vergabegesetze der Bundesländer. Damit scheidet ein Drittschutz über diese Vorschrift aus.

II. Drittschutz über Art. 3 I GG

Ein Drittschutz über Art. 3 I GG kommt nur in Betracht, wenn die Rechtsverletzung (hier die Zuschlagserteilung trotz Nichteinhaltens von §§ 4, 5 NTVergG durch das zuschlagserhaltende Unternehmen) durch die öffentliche Gewalt erfolgt.[53] Das BVerfG sieht die Fiskalverwaltung im Bereich des Vergaberechts als öffentliche Hand an, die an die Grundrechte gebunden ist. Zudem folgert es aus Art. 3 GG nicht mehr nur ein allgemeines Willkürverbot, sondern führt aus, dass sich aus der tatsächlichen Vergabepraxis eine Selbstbindung der Verwaltung ergeben könne und dass damit auch den Vergabeordnungen (VOB/A und VOL/A) mittelbare Außenwirkung zukommen könne.[54] Zwar stellt das NTVergG keine Vergabeordnung dar, jedoch ist es von seinen Anforderungen her mit denen von VOB/A und VOL/A sehr vergleichbar. Damit lässt sich die Rechtsprechung des BVerfG auch auf das NTVergG übertragen, sodass den §§ 4, 5 über Art. 3 I GG grundsätzlich Drittschutz zukommen kann. Zu beachten ist jedoch, dass bei reinen Verfahrensvorschriften ein drittschützender Charakter nicht angenommen wird, während die Vorschriften, die darauf zielen, einen gerechten und fairen Wettbewerb zu garantieren, grundsätzlich als drittschützend anzusehen sind.[55] Wie sich aus den Gesetzgebungsmaterialien ergibt, war es durch die Novellierung des NTVergG gerade Ziel des niedersächsischen Gesetzgebers, den Wettbewerb durch den Einsatz angemessen bezahlter Arbeitskräfte vergleichbar und fair zu gestalten.[56] Diese Zwecksetzung hat er sogar unmittelbar in § 1 NTVergG implementiert. Die §§ 4, 5 NTVergG garantieren als mitunter zentrale Paragraphen des Gesetzes gerade diese Zielsetzung. Deshalb sind sie nicht als reine Verfahrensvorschriften anzusehen, sondern nehmen unmittelbaren Einfluss auf den Wettbewerb. Aus diesen Gründen ist der Drittschutz der §§ 4, 5 NTVergG über Art. 3 I GG zu bejahen.

III. Drittschutz über Art. 12 GG

Ein möglicher Drittschutz käme auch grundsätzlich über Art. 12 GG in Betracht. So geht etwa Huber[57] davon aus, dass die öffentliche Auftragsvergabe für die nicht berücksichtigen Bieter konsequenterweise zugleich einen Eingriff in ihr Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG darstellt. Übertragen auf die gestellte Frage des Drittschutzes im NTVergG ist Art. 12 Abs. 1 GG wiederum nicht betroffen, wenn ein Wettbewerber den Zuschlag erhält, der keine Tariftreueerklärung abgibt, da dann für den unterlegenen Wettbewerber sowohl die objektiv berufsregelnde Tendenz der Ablehnungsentscheidung fehlt als auch dem Sinngehalt der Berufsfreiheit nicht entsprochen wird. Daher scheidet ein Drittschutz über Art. 12 GG aus.

---

[53] Glahs, in Kappelmann/Messerschmidt, § 2 VOB/A, Rn. 8.
[54] BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006, 1 BVR 1160/03, VergabeR 2006, 871, 879.
[55] Glahs, in Kappelmann/Messerschmidt, § 2 VOB/A, Rn. 10.
[56] Drucks. 17/259 des LT Niedersachsen.
[57] Huber, JZ 2000, 887 (880).

IV. Drittschutz über § 823 II BGB

Eine weitere Möglichkeit, den §§ 4, 5 NTVergG Drittschutz zuzuerkennen, ist § 823 II BGB, wobei dies nur für den Sekundärrechtsschutz in Form von Schadensersatz möglich ist, nicht jedoch für den Primärrechtsschutz. Die beiden niedersächsischen Normen müssten Schutzgesetze i.S.d. § 823 II BGB darstellen. Zunächst kommt jede Rechtsnorm als Schutzgesetz in Betracht (vgl. Art. 2 EGBGB), welches auf das formelle Landesgesetz des NTVergG zutrifft. Ferner ist allerdings der Schutzgesetzcharakter der §§ 4, 5 NTVergG zu überprüfen.

1. Individualschutzcharakter

Die §§ 4, 5 NTVergG müssten eine individualschützende Tendenz aufweisen. Hierzu lässt sich weitestgehend auf die Argumentation im oberen Teil verweisen, in der bereits festgestellt wurde, dass den beiden Normen nicht nur ein Kollektivschutzgedanke zugrunde liegt, sondern auch gerade der Einzelne (hier der betroffene Wettbewerber) sich auf die Vorschriften berufen kann.

2. Wettbewerber vom persönlichen und sachlichen Schutzbereich umfasst

Wie bereits geprüft, ist es nach der Ratio der §§ 4, 5 NTVergG so, dass nicht nur der einzelne Arbeitnehmer geschützt werden soll, sondern mittelbar auch die betroffenen Wettbewerber, sodass für sie auch der persönliche und sachliche Schutzbereich erfüllt ist.

3. Ergebnis

Im Wege des Sekundärrechtsschutzes kommt den §§ 4, 5 NTVergG auch über § 823 II BGB unternehmensbezogener Drittschutz zu.

D. Möglichkeit der Geltendmachung des Drittschutzes aus den §§ 4, 5 NTVergG durch Wettbewerber

Als Inhaber des Anspruchs aus § 97 Abs. 7 GWB werden klar die Unternehmen genannt, wobei hier wohl der weite unternehmensrechtliche Begriff des Kartellrechts angewandt wird.[58] Damit ist auch gleichzeitig geklärt, dass der Drittschutz aus den §§ 4, 5 NTVergG auf die am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen bezogen ist. Der EuGH dehnt diesen Schutz sogar derart aus, dass selbst potenzielle Bieter geschützt sind.[59] Die Geltendmachung ist hingegen für Unternehmen ausgeschlossen, die als Nachunternehmer nur ein mittelbares Interesse an der Auftragserteilung haben.[60] Fraglich ist bei Wettbewerbern folglich nun nicht mehr das „Ob“, sondern das „gegenüber wem“. Es könnte einerseits die Möglichkeit bestehen, dass die Bestim-

[58] Siehe auch OLG Stuttgart 2 Verg 1/00 NZBau 2000, 542, LS 7.
[59] EuGH Rs. C-26/03 Slg. 2005, I-1 Rn. 40 – Stadt Halle u. a.
[60] BVerfG (1 BvR 3424/08) = NVwZ 2009, 835, 836 mwN; OLG Rostock (17 Verg 14/02) = NZBau 2003, 457.

mungen in den §§ 4, 5 NTVergG nur gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber geltend gemacht werden können, andererseits aber auch nur gegenüber dem beauftragten Unternehmen oder gegenüber beiden.

I. Gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber

Der typische Fall der Geltendmachung von Drittschutz ist, dass die Einhaltung der drittschützenden Bestimmung gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber geltend gemacht wird, da dieser der Anspruchsgegner aus § 97 Abs. 7 GWB ist[61], sodass die Einhaltung ihm gegenüber beansprucht werden kann.[62]

II. Gegenüber dem beauftragten Unternehmen

Ob die Einhaltung der §§ 4, 5 NTVergG auch gegenüber dem beauftragten Unternehmen selbst geltend gemacht werden kann, ist äußerst fraglich. Eindeutig auszuschließen ist eine solche Möglichkeit für solche Normen, die einseitig den öffentlichen Auftraggeber verpflichten, nicht jedoch den am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen Pflichten auferlegen. Hier sind insbesondere die Bestimmungen von VOL, VOB und VOF zu nennen, die als solche nur verwaltungsinterne Vorschriften sind. Das NTVergG wiederum ist keine rein interne Vorschrift, sondern entfaltet auch Außenwirkung für die im Wettbewerb stehenden Unternehmen. Mitunter werden auch gerade die Unternehmen dazu verpflichtet, gemeinsam mit ihrem Angebot eine Tariftreuerklärung abzugeben, welche wiederum als echte Rechtspflicht ausgestaltet ist und ein Verstoß zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führt (§ 4 Abs. 7 sowie § 5 Abs. 1 S. 3 NTVergG).

Deshalb kommt durchaus in Betracht, dass auch Wettbewerber von den am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen gegenüber diesen die Einhaltung der §§ 4, 5 NTVergG geltend machen können. Zur Beantwortung dieser Frage können insbesondere die (durch europäisches Recht maßgeblich beeinflussten) Vergaberechtsgrundsätze herangezogen werden. Hierbei ist vor allem der Wettbewerbsgrundsatz zu nennen. Ein wesentlicher Ausfluss hiervon ist insbesondere, dass die Kräfte des Marktes zum Einsatz kommen und eine wirksame Konkurrenz mehrerer Bieter oder Bewerber gewährleistet ist.[63] Vor diesem Hintergrund müssen auch Wettbewerber die Möglichkeit haben, die Einhaltung der zwingenden unternehmensbezogenen Vergabevorschriften von anderen Unternehmen einzufordern, damit sich diese keine Wettbewerbsvorteile verschaffen können und etwaigen Monopolstrukturen entgegengewirkt werden kann. Ebenfalls für eine solche unmittelbare Geltendmachung gegenüber Unternehmen spricht, dass die jeweiligen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer effektiver vor Lohndumping und sozialer Ausbeutung geschützt werden, denn die Kontrolle der Unternehmen, die unangemessen niedrig entlohnen, wird maximiert. Deshalb können Wettbewerber auch direkt die Unternehmen auf die Einhaltung der §§ 4, 5 NTVergG in Anspruch nehmen.

---

[61] Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, § 97 GWB Rn. 401.
[62] Siehe auch Marx, in: Danner/Theobald, Rn. 326.
[63] Dörr, in: Dreher/Motzke, § 97 GWB Rn. 4.

E. Die einschlägigen Verfahren und die Anspruchsgrundlagen

Eine weitere bislang ungeklärte Frage ist, über welches Verfahren der Drittschutz der §§ 4, 5 NTVergG geltend zu machen ist. Hierbei ist jedoch klar zwischen dem Primärrechtsschutz und dem Sekundärrechtsschutz zu differenzieren. Eine weitere Trennung ist in Bezug auf die Schwellenwerte der §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB, 2 VgV vorzunehmen, sodass sich der Rechtsschutz oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte divergent gestaltet. Dies begründet sich insbesondere damit, dass der Gesetzgeber die beiden Anliegen Rechtsschutz und Beschleunigung austarieren muss.[64]

I. Streitwerte oberhalb des Schwellenwertes

1. Primärrechtsschutz

a. Vergabespezifisches Nachprüfungsverfahren

Für den Bereich der Aufträge oberhalb der Schwellenwerte kommt zuvorderst das für das Vergaberecht charakteristische Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern gem. §§ 102 ff. GWB in Betracht, welches darauf abzielt, Transparenz und Chancengleichheit herzustellen und somit den Bietern einen effektiven Rechtsschutz bietet. Bevor die einzelnen Zulassungsvoraussetzungen eines solchen Antrags geprüft werden, ist zunächst in chronologischer Hinsicht die Frage zu klären, ab wann ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet werden kann. Im Anschluss ist zu untersuchen, welche Anforderungen gem. §§ 107, 108 GWB erfüllt sein müssen, damit Wettbewerber die Einhaltung der §§ 4, 5 NTVergG geltend machen können.

Generell gilt hierbei hingegen, dass das Nachprüfungsverfahren in jedem Fall nur gegenüber der Vergabestelle eingeleitet werden kann, nicht jedoch gegenüber einem Wettbewerber, da sich dieses auf Ansprüche gegenüber dem Auftraggeber beschränkt.[65]

aa. Zeitpunkt der Geltendmachung

(1) Vorbeugender Rechtsschutz

Zunächst käme in Betracht, dass der Wettbewerber vorbeugenden Rechtsschutz schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens in Anspruch nehmen kann. Mit Blick auf § 107 Abs. 2 S. 1 GWB ist hierbei jedoch zu beachten, dass der Antrag nur zulässig ist, wenn der Antragsteller geltend macht, durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften in seinen Rechten verletzt zu sein. Deshalb muss sich aus dem Vortrag des Antragsstellers gerade ergeben, dass schon ein Vergaberechtsverstoß vorliegt. Das führt zu dem Ergebnis, dass ein vorbeugender Rechtsschutz, der darauf abzielt, den Eintritt eines zukünftig befürchteten Vergaberechtsverstoßes zu verhindern,

---

[64] Waldner, Bieterschutz im Vergaberecht unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben, S. 108.
[65] Stockmann, in: Immenga/Mestmäcker, § 102 GWB Rn. 14.

dem Gesetz zuwider läuft.[66] Auch vor dem Hintergrund des effektiven Rechtsschutzes ist für eine solche Rechtsschutzform kein Bedarf vorhanden, da dieser auch dann gewährleistet ist, wenn bei Einleitung des Nachprüfungsverfahrens bereits ein Verstoß vorliegt.[67]

(2) Rechtsschutz nach Vorliegen eines Verstoßes

Wie sich aus den oben stehenden Ausführungen ergibt, ist daher ein Nachprüfungsverfahren erst möglich, wenn bereits ein Verstoß gegen Vergaberecht vorliegt.

bb. Voraussetzungen der §§ 107, 108 GWB

(1) Antragserfordernis

Die erste Voraussetzung für die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist die Antragsstellung gem. § 107 Abs. 1 GWB, die jedoch praktisch keine weiteren Probleme bereitet

(2) Antragsbefugnis

Die zweite Voraussetzung ist die Antragsbefugnis des Wettbewerbers (vgl. Art. 107 Abs. 2 GWB), auf welcher praktisch der Schwerpunkt der Zulässigkeit liegen wird. Mithin ist das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses erforderlich[68], was wiederum an verschiedene Voraussetzungen geknüpft ist.

(a) Interesse des Antragsstellers am Auftrag

Der Wettbewerber müsste zunächst geltend machen, ein unmittelbares Interesse am Auftrag zu haben.[69] Ein Antragsteller, der fristgerecht ein Angebot abgegeben hat, hat im Regelfall sein Interesse am Auftrag hinreichend dokumentiert[70], so dass weitere Darlegungen diesbezüglich entbehrlich sind.

(b) Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften

Außerdem müsste der Wettbewerber geltend machen, durch die Nichtbeachtung der §§ 4, 5 NTVergG in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt worden zu sein. Hierfür reicht wiederum aus, wenn eine Verletzung eigener Rechte möglich erscheint.[71] Wie bereits geprüft, entfalten die §§ 4, 5 NTVergG drittschützende Wirkung. Missachtet der öffentliche Auftraggeber folglich die vorgenannten Normen, genügt dies schon für eine Verletzung in den eigenen

[66] So auch OLG Düsseldorf vom 22. November 2006 – VII-Verg 38/06.
[67] Herlemann/Thiele, in: Dreher/Motzke, § 107 GWB Rn. 6.
[68] OLG Düsseldorf vom 05. April 2006 – Verg 8/06.
[69] Herlemann/Thiele, in: Dreher/Motzke, § 107 GWB Rn. 6.
[70] Ruhland, in: Malte Müller-Wrede § 107 GWB Rn. 5; Möllenkamp, in: Kulartz/Kus/Portz, § 107 GWB Rn. 24.
[71] BGH vom 10. November 2009 – X ZB – 8/09 = NZBau, 2010, 124, 126.

Rechten des Wettbewerbs. Folglich ist auch diese Voraussetzung für Wettbewerber, die das Nachprüfungsverfahren einleiten, in aller Regel erfüllt. Der Wettbewerber müsste lediglich darlegen, dass ein Verstoß gegen diese drittschützenden Vorschriften vorliegt.

(c) Schaden infolge der behaupteten Verletzung von Vergabevorschriften

Als dritte Voraussetzung hat der Wettbewerber gem. § 107 Abs. 2 S. 2 GWB zu beweisen, dass ihm durch die Verletzung der §§ 4, 5 NTVergG ein Schaden entstanden ist oder dieser zumindest zu entstehen droht. Mithin darf dieser Schadenseintritt nach Auffassung des BVerfG unter Würdigung von Art. 19 IV GG nicht völlig ausgeschlossen sein.[72] Der Schaden muss sich hierbei wiederum grundsätzlich auf die Zuschlagschance beziehen.[73] Da auch der potenzielle Schaden umfasst ist, dürfte auch diese Voraussetzung dem Wettbewerber nicht vor unüberwindbare Hürden stellen.

(3) Rügeobliegenheit

Damit der Wettbewerber den Nachprüfungsantrag stellen kann, darf die Präklusionsregel des § 107 Abs. 3 GWB nicht verletzt sein. Daher muss der Wettbewerber, selbst wenn ein Verstoß gegen die §§ 4, 5 NTVergG schon in Anfangsstadium des Vergabeverfahrens vorliegt, diesen unverzüglich rügen, falls er davon Kenntnis erlangt.[74] Folglich müsste der Wettbewerber den Gang des Vergabeverfahrens stets sorgsam verfolgen.

cc. Ergebnis

Davon ausgehend, dass ein Wettbewerber die einzelnen Zulassungsvoraussetzungen der §§ 107, 108 GWB beachtet und den Nachprüfungsantrag nicht vorbeugend stellt, ist das Nachprüfungsverfahren für die Geltendmachung der Einhaltung der §§ 4, 5 NTVergG eine statthafte Verfahrensart.

b. Zivilprozessuale Geltendmachung in Form der einstweiligen Verfügung (Regelungsverfügung) gem. § 940 ZPO

Ebenfalls in Betracht kommt die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen auf dem Zivilrechtsweg, hier in Form einer einstweilige Verfügung und der Unterform der Regelungsverfügung gem. § 940 ZPO. Hierbei ist jedoch dazwischen zu unterscheiden, ob der Wettbewerber die Einhaltung gegenüber der Vergabestelle oder gegenüber einem anderen Wettbewerber verlangt.

---

[72] BVerfG, Beschl. v. 29. Juli 2004 = NZBau 2004, 564.
[73] OLG Düsseldorf vom 05. Juli 2000 – Verg 5/99, sowie erneut OLG Düsseldorf vom 05. März 2001 – Verg 2/01; Möllenkamp in: Kulartz/Kus/Portz § 107 GWB Rn. 35.
[74] Herlemann/Thiele, in: Dreher/Motzke, § 107 GWB Rn. 35.

aa. Wettbewerber gegen Vergabestelle

Ein etwaiger Unterlassungsanspruch aus § 940 ZPO scheitert in der Fallkonstellation, dass der Wettbewerber gegen die Vergabestelle vorgeht, bereits daran, dass im Bereich oberhalb des Schwellenwertes gerade die vergabespezifische Nachprüfungsverfahren gem. §§ 107 ff. GWB gilt und das dadurch ein zusätzlich primärrechtlicher Rechtsschutz vor den Zivilgerichten ausgeschlossen ist. Dies ist allein schon aus der Regelung des § 104 Abs. 3 GWB ersichtlich, nach der nur für Schadensersatzprozesse der Zivilrechtsweg eröffnet ist, welche jedoch dem Sekundärrechtsschutz unterfallen.[75] Diese Regelung ist m.E. auch deshalb sehr zu begrüßen, weil es dem Gedanken Rechnung tragen, dass gerade im Vergaberecht ein eigenes Nachprüfungsverfahren geschaffen wurde, welches nicht über die Zivilgerichte umgangen werden soll. Würde in der oben genannten Konstellation der Zivilrechtsweg eröffnet sein, so führe dies voraussichtlich dazu, dass das Nachprüfungsverfahren weitestgehend ein Schattendasein fristet.

bb. Wettbewerber gegen Wettbewerber

Anders liegt der Fall, wenn sich der Wettbewerber direkt gegenüber einem anderen Wettbewerber auf die Einhaltung der §§ 4, 5 NTVergG beruft. Denn für diese Konstellation ist das Nachprüfungsverfahren nicht anwendbar, sodass dem Wettbewerber andere Rechtsschutzmechanismen an die Hand gegeben werden müssen. Daher gilt in solchen Fällen die Beschränkung des Zivilrechtswegs auf den Sekundärrechtsschutz nicht[76], sodass hier der Primärrechtsschutz in Form der einstweiligen Verfügung gem. § 940 ZPO eröffnet ist.[77] Prüfungsmaßstab hierbei ist wiederum nicht alleine Art. 3 Abs. 1 GG, sondern die gesamten Regelungsmechanismen des Vergaberechts[78], zu denen wie bereits in der obigen Prüfung festgestellt auch die §§ 4, 5 NTVergG gehören.

cc. Zwischenergebnis

Für Streitigkeiten zwischen einem Wettbewerber und der Vergabestelle ist der Zivilrechtsweg nicht eröffnet, während dies für Streitigkeiten zwischen Wettbewerbern der Fall ist.

c. Verwaltungsprozessuale Geltendmachung in Form der einstweiligen Anordnung gem. § 123 VwGO

Dadurch, dass im Bereich oberhalb der Schwellenwerte das vergabespezifische Nachprüfungsverfahren einschlägig ist, kann sich ein Wettbewerber nicht zusätzlich im Wege des verwaltungsprozessualen Eilrechtsschutzes auf die Rechte aus den §§ 4, 5 NTVergG berufen. Dies erklärt sich daraus, dass die §§ 104 Abs. 2, 116 Abs. 1 und 3 GWB eine Sonderzuweisung i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO hin zu den Vergabekammern und Oberlandesgerichten darstellen. De

[75] Siehe auch Stockmann, in: Immenga/Mestmäcker, § 102 GWB Rn. 13 f.
[76] BGH vom 03. Juli 2008 = NZBau 2008, 664 ff. - Kommunalversicherer.
[77] Stockmann, in: Immenga/Mestmäcker, § 102 GWB Rn. 14.
[78] Krist, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, S. 163.

lege lata sind die Verwaltungsgerichte in Vergabesachen oberhalb der Schwellenwerte im primärrechtlichen Bereich nur insoweit zuständig, als es sich um Streitigkeiten einer Vergabestelle mit eigener Rechtspersönlichkeit gegenüber der Rechtsaufsicht handelt. Dieser Fall liegt jedoch nicht vor, wenn sich ein Wettbewerber auf die Einhaltung der §§ 4, 5 NTVergG beruft.

d. Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 I Nr. 4a GG

Außerhalb der drei vorgenannten Verfahrensarten kommt noch die Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 I Nr. 4a GG zur Geltendmachung der Rechte aus §§ 4, 5 NTVergG in Betracht. Da diese jedoch erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden kann (vgl. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG), müsste ein Unternehmen zunächst das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer einleiten. Würde die Vergabekammer abweisend entscheiden, müsste dann das Unternehmen dagegen Rechtsmittel einlegen und die Entscheidung des Vergabesenats beim OLG abwarten. Erst wenn auch dieses die sofortige Beschwerde ablehnt, könnte das Unternehmen Verfassungsbeschwerde einlegen und monieren, dass mit der Entscheidung für das sich nicht an die §§ 4, 5 NTVergG haltende Unternehmen ein Verstoß gegen Art. 3 I GG vorliegt.

2. Sekundärrechtsschutz in Form von der Geltendmachung von Schadensersatz

Für den Sekundärrechtsschutz kommt vor allem die Geltendmachung von Schadensersatz in Betracht, wobei wiederum zwischen dem Vertrauensschaden und dem Erfüllungsschaden bzw. dem negativen und positiven Interesse zu trennen ist.

a. Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens aus § 126 I S. 1 GWB

Den Wettbewerbern könnte bei einem Verstoß gegen die §§ 4, 5 NTVergG ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens aus § 126 I S. 1 GWB zustehen. Die erste grundlegende Voraussetzung, dass die betreffende Norm, gegen die verstoßen wurde, bieterschützend ist, kann hier aufgrund der oben ausgeführten Darstellung zu den §§ 4, 5 NTVergG bejaht werden. Weiterhin müssen alle anspruchsstellenden Unternehmen, die am Vergabeverfahren beteiligt sind, geltend machen, eine echte Chance auf die Erteilung des Auftrags gehabt zu haben[79], wenn die Vergabestelle nicht gegen die Pflicht zur Kontrolle der Tariftreueregelungen verstoßen hätte. Soweit der Wettbewerber dies glaubhaft machen kann, ist der Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens gem. § 126 I S. 1 GWB zu bejahen. Insbesondere gilt dieser dann verschuldensunabhängig[80], was aus Wettbewerbersicht insbesondere mit Blick auf die Beweislast, die hier wegfällt, sehr günstig ist.

b. Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsschadens aus culpa in contrahendo (c. i. c.) gem. § 280 i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB

[79] Dippel, in: JurisPK-VergR, § 126 GWB Rn. 4.
[80] BGH Urt. v. 27. November 2007 X ZR 18/07 = VergabeR 2008, 219 ff.

Neben dem Ersatz des Vertrauensschadens besteht gem. § 126 I S. 2 GWB auch die Möglichkeit, über den Vertrauensschaden hinausgehende Schadensersatzansprüche geltend zu machen, die auf den Ersatz des Erfüllungsschadens abzielen. Zunächst kommen Anspruch aus vorvertraglichen Schuldverhältnissen (c. i. c.) gem. § 280 i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB in Betracht. Bereits vor Vertragsschluss durch Zuschlagserteilung entsteht auf Grund der Ausschreibungsverpflichtungen des Auftraggebers ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis, welches die Verpflichtung des Auftraggebers beinhaltet, seinen gesetzlichen Ausschreibungsverpflichtungen nachzukommen.[81] Der Wettbewerber selbst wird Teil dieses vorvertraglichen Schuldverhältnisses, sobald er ein Angebot abgibt, welches nicht von vornherein von der Wertung auszuschließen ist.[82] Liegt ein solches Angebot vor, welches eine realistische Chance auf Zuschlagserteilung hat, ist die Vergabestelle an die Vergaberechtsvorschriften gebunden[83], wozu auch die §§ 4, 5 NTVergG gehören. Folglich hat ein Wettbewerber bei Nichteinhaltung der beiden Normen aus dem NTVergG auch einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB. Dieser Anspruch ist wiederum nur dann auf das positive Interesse, also den Erfüllungsschaden auszuweiten, wenn der übergangene Mitbewerber mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Zuschlag erhalten hätte.[84] Dies müsste der betroffene Wettbewerber darlegen.

c. Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsschadens aus § 823 I BGB

Als eine mögliche Anspruchsgrundlage kommt § 823 I BGB in Betracht. Für einen solchen Schadensersatzanspruch müssten die §§ 4, 5 NTVergG absolute Rechte i.S.d. § 823 I BGB sein, was jedoch nicht der Fall ist. Einzige Möglichkeit wäre der Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als sonstiges Recht. Dazu müsste dieser Eingriff wiederum direkt und betriebsbezogen sein[85], wofür allerdings im Bereich der Verstöße gegen Tariftreueverpflichtungen keinerlei Anhaltspunkte bestehen. Folglich scheidet diese Norm als Anspruchsgrundlage aus.

d. Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsschadens aus § 823 II BGB

Für einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 II BGB ist erforderlich, dass ein Verstoß gegen ein Schutzgesetz vorliegt. Dieses ist, wie bereits in der obigen Prüfung festgestellt, der Fall, wenn die §§ 4, 5 NTVergG nicht eingehalten werden, da beide Normen selbst Schutzgesetze darstellen. Folglich besteht aus dieser Vorschrift ein Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsschadens.

---

[81] BGH Urt. v. 12. Juni 2001 X ZR 150/99 BB 2001, 1119; BGH Urt. v. 05. November 2002 X ZR 232/00 = VergabeR 2003, 163.
[82] So bereits BGH Urt. v. 16. November 1967 III ZR 12/67, BGHZ 49, 77, 79; BGH Urt. v. 22. Februar 1973 III ZR 119/71, BGHZ 60, 221, 223.
[83] Bungenberg, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 126 GWB Rn. 15.
[84] BGH Urt. v. 08. September 1998 X ZR 109/96 – Klärwerkerweiterung; BGHZ 139, 273 = WuW/E Verg 148.
[85] Bungenberg, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 126 GWB Rn. 20.

e. Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsschadens wegen Sittenwidrigkeit gem. § 826 BGB

§ 826 BGB enthält eine zentrale Generalklausel des Deliktsrechts, wonach jeder in sittenwidriger Weise vorsätzlich zugefügte Schaden ersetzt wird.[86] Ein solcher Anspruch kommt allerdings nur in Betracht, wenn der zuschlagserhaltene Bieter und die Vergabestelle derart kollusiv dahingehend zusammenwirken, dass sie zum Nachteil anderer Bieter eine Ausschreibung von vornherein verhindern oder nur eine pro-forma Ausschreibung vorgenommen wird.[87] Gerade im Bereich von Tariftreueregelungen wäre allenfalls eine Fallgestaltung denkbar, in der die Vergabestelle von vornherein ein Unternehmen auswählt, welches nicht tariflich entlohnt (und damit gegen die §§ 4, 5 NTVergG verstößt), um selbst Kosten zu sparen[88] und die Ausschreibung zu vermeiden. Dieser Fall ist möglich, sodass ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB zuerkannt werden würde, jedoch ist dies doch eher unwahrscheinlich, weshalb der Vorschrift im Geltungsbereich der §§ 4, 5 NTVergG vermutlich keine größere Bedeutung zukommt.

f. Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsschadens aus Amtshaftung gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG

Ein Anspruch aus Amtshaftung gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG bei fehlerhafter Überprüfung der Einreichung der Tariftreueerklärung scheidet aus, da der Amtsträger nicht hoheitlich tätig wird.

II. Streitwerte unterhalb des Schwellenwertes

Neben den Rechtsschutzmöglichkeiten oberhalb der EU-Schwellenwerte sind vor allem diese Möglichkeiten unterhalb der EU-Schwellenwerte einer näheren Prüfung zu unterziehen. Denn gerade in diesem Bereich sind deutlich über 90 % aller Vergabeverfahren angesiedelt[89], sodass gerade dort viel Prozessinteresse besteht. Auch hierbei ist wiederum strikt zwischen Primär- und Sekundärrechtsschutz zu differenzieren.

1. Primärrechtsschutz

a. Vergabespezifisches Nachprüfungsverfahren

Da der 4. Teil des GWB ausweislich der Regelung des § 100 I GWB nur für Aufträge oberhalb des Schwellenwertes gilt, scheidet ein Rechtsschutz über das Nachprüfungsverfahren bei Aufträgen unterhalb des Schwellenwertes aus. Dieses Ergebnis wurde auch noch einmal durch das BVerfG im Wege der Urteilsverfassungsbeschwerde mit Beschluss v. 13. Juni 2006 klargestellt, in der es klar judizierte, dass auf das „bestehende System“ zurückgegriffen werden

[86] Bungenberg, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 126 GWB Rn. 22.
[87] Irmer, Sekundärrechtsschutz und Schadensersatz im Vergaberecht, 2004, S. 236.
[88] Siehe Boesen, § 126 GWB Rn. 87 m. w. N.
[89] Krist, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, S. 163.

müsse[90], wozu das Nachprüfungsverfahren evident nicht zähle. Zwar hatte das Österreichische Verfassungsgericht im Jahr 1999 erwogen, dass es gleichheitswidrig wäre, den Primärrechtsschutz in Form des Nachprüfungsverfahrens nicht auch auf Aufträge unterhalb des Schwellenwerts zu erweitern[91], jedoch wird damit die Regelungsgewalt der Europäischen Gemeinschaft auf Bereiche ausgedehnt wird, für die eine Kompetenz nicht einmal beansprucht wird und auch nicht bestehen muss. Somit wurde dieser Ansatz nicht weiter verfolgt.[92] Ein weiterer Ansatz wurde einzig von Grüneberg[93] vertreten, nach dem die §§ 97 ff. GWB im Bereich unterhalb der Schwellenwerte analog anzuwenden seien. Dies ist jedoch allein schon deshalb abzulehnen, weil es an der planwidrigen Regelungslücke des Gesetzes fehlt, zumal sich der deutsche Gesetzgeber bewusst für die Zweiteilung des Vergaberechts entschieden hat.[94] Ein dritter möglicher Anknüpfungspunkt doch noch das Nachprüfungsverfahren einzuleiten, wäre der Fall, dass die Vergabestelle freiwillig unionsweit ausschreibt. Auch in dieser Konstellation lehnt die Rechtsprechung richtigerweise einen Rechtsweg über die §§ 102 ff. GWB ab.[95] Es kann keinen Unterschied machen, ob die Vergabestelle freiwillig den Ausschreibungsradius auf das gesamte EU-Gebiet erweitert, denn die Schwellenwerte sind maßgeblich und nicht die Tatsache, ob die Vergabestelle nur deutschlandweit oder im gesamten Unionsgebiet ausschreibt. Nach alledem scheidet ein Primärrechtsschutz über das Nachprüfungsverfahren folglich aus.

b. Dienst-, Rechts- und Fachaufsichtsbeschwerde

Der unterlegene Wettbewerber hat wiederum die Möglichkeit, seine Rechte gegenüber der Vergabestelle im Wege von Dienst,- Rechts- und Fachaufsichtsbeschwerde geltend zu machen.[96] Hierbei werden sowohl die Rechtmäßigkeit wie auch die Zweckmäßigkeit von Vergabeentscheidungen durch die übergeordneten Behörden überprüft, wobei ihr in diesem Zusammenhang umfassende Rechte zukommen (etwa Anordnung der Neuausschreibung, Aufhebung des Zuschlags etc.).[97] Die Entscheidung über ein Einschreiten liegt wiederum im Ermessen der Aufsichtsbehörde, sodass der antragsstellende Bieter dies nicht erzwingen kann.[98] Deshalb ist diese Option zwar aus Sicht des Wettbewerbers denkbar und im Hinblick auf die Geltendma-

[90] I BvR 1160/03 = VergabeR 2006, 871.
[91] DB 1999, 2511 (2512).
[92] Nähere Ausführungen bei Ulmer/Pencereci, KommJur 2008 Heft 3, 81 (82).
[93] Grüneberg, in: Palandt (Hrsg.), § 311, Rn. 36.
[94] Ein näherer Blick in die Begründung zu § 109 (Anwendungsbereich) des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz – VgRÄG), BT-Drucks. 13/9540, S. 15 zeigt dies deutlich.
[95] OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.März 2004; OLG Stuttgart, Beschl. v. 12. August 2002 = NZBau 2003, S. 340.
[96] Harms, Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte, S. 88. Zum Unterschied dieser drei Beschwerdeformen siehe nur Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 22, Rn. 32 und § 23, Rn. 18 ff.
[97] Harms, Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte, S. 88.
[98] Rudolf, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), Einl., Rn. 108.

chung der Rechte aus den §§ 4, 5 NTVergG möglich, jedoch sind die Erfolgsaussichten zweifelhaft, zumal auch der Schutz dieser Verfahren nicht auf Individualschutzinteressen abzielt, sondern die Rechtmäßigkeit des Handelns der Verwaltung sicherstellen soll.[99]

c. Rechnungshöfe

Die Rechnungshöfe prüfen zwar die Einhaltung der Vergabevorschriften im Hinblick auf die möglichst sparsame Verwendung öffentlicher Mittel, jedoch können sie beanstandete Auftragsvergaben nicht rückgängig machen, sodass ein Wettbewerber hierüber keinen Schutz erlangen kann.[100] Letztlich ist dieses Ergebnis auch deshalb logisch, weil die §§ 4, 5 NTVergG dem Schutz der arbeitenden Bevölkerung vor Lohndumping und der Entlastung der Sozialkassen dient, wiederum nicht der sparsamen Mittelverwendung.

d. Zivilprozessuale Einkleidung

aa. Grundsätzliches

Anders als im Bereich oberhalb der Schwellenwerte ist im Bereich unterhalb der Schwellenwerte die Einstweilige Verfügung gem. § 940 ZPO mit Verweis auf die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG als zulässig erachtet worden.[101] Auf Ebene der Begründetheit scheitere diese jedoch daran, dass der Tatbestand des Art. 3 I GG nicht erfüllt sei, sodass dieser als Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB ausscheide.[102] Das LG Cottbus ist dieser Argumentation jedoch nicht gefolgt und hat in einem Verfahren, in dem es um eine fehlerhafte Ausschreibung ging, einen Verstoß gegen das Gleichheitsgebot gesehen.[103] Ähnlich sieht es auch das LG Frankfurt/Oder.[104] Es zeigt sich folglich, dass die Frage überwiegend uneinheitlich beantwortet wird, ob ein zivilprozessualer primärrechtlicher Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte Aussicht auf Erfolg hat. Gerade mit Blick auf die starke Indizierung des Unionsrechts und des klaren Zieles, effektiven Rechtsschutz zu gewähren, erscheint es jedoch angebracht, den Unternehmen ein solches Verfahren zuzubilligen, zumal es ein probates Mittel ist, um Zuschläge zu verhindern. Die §§ 4, 5 NTVergG sind zudem trotz Unterschwellenbereichs als Schutzgesetze i.S.d. § 823 II BGB anzusehen. Zuletzt dürfen die Anforderungen an eine Glaubhaftmachung auch vor dem Hintergrund nicht überspannt werden, dass dem Wettbewerber häufig die vollständige Kenntnis aller Zwischenentscheidungen fehlt.[105] Deshalb wäre der Antrag eines Unternehmens auf Eilrechtsschutz im Wege der Einstweiligen Verfügung gem. § 940 ZPO nicht nur zulässig, sondern auch begründet.

---

[99] Harms, Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte, S. 88 f.
[100] Harms, Unionsrechtliche Vorgaben für den Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte, S. 89.
[101] Vgl. OLG Stuttgart = VergabeR 2002, 374.
[102] LG Konstanz, Urt. v. 18. September 2003 - 4 O 266/03.
[103] LG Cottbus, Urteil v. 24. Oktober 2007 - 5 O 99/07.
[104] LG Frankfurt/Oder, Urt. v. 14. November 2007 - 13 O 316/07.
[105] So auch Krist, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, S. 170.

bb. Das Problem

Die oben gefundene Lösung über den Zivilprozess ist auf den ersten Blick als ein sehr probates Mittel, um dem Wettbewerber Rechtsschutz zu gewähren. Dieser Schein ist allerdings trügerisch. So gibt es bislang im Unterschwellenbereich keine Pflicht, den unterlegenen Bieter vorab über die Zuschlagserteilung zu informieren. Insbesondere wenn die Vergabestelle die Einhaltung der §§ 4, 5 NTVergG nicht kontrolliert, wird sie auch kaum freiwillig eine solche Vorabinformation erteilen. Daraus resultiert das Problem, dass bei Kenntnisnahme des Verstoßes seitens des Wettbewerbers häufig der Zuschlag schon erteilt ist und diesem damit nicht mehr die Möglichkeit besteht, Rechte im Wege der Einstweiligen Verfügung geltend zu machen.

cc. Mögliche Lösungsansätze

Eine adäquate Lösung für dieses Problem ist nach derzeitiger Rechtslage nicht in Sicht. Der Gesetzgeber müsste daher tätig werden und, genauso wie es im Oberschwellenbereich schon geltendes Recht ist, die Vorabinformationspflicht auch im Unterschwellenbereich einführen.

e. Verwaltungsprozessuale Einkleidung

Ebenfalls in Betracht zu ziehen ist die Klärung von Streitfragen vor den Verwaltungsgerichten. Hier käme als Eilrechtsschutzverfahren die Einstweilige Anordnung gem. § 123 VwGO in Betracht. Dies ist jedoch insoweit problematisch, als die öffentliche Hand eine zivilrechtliche Ausschreibung vornimmt und den Zuschlag durch einen zivilrechtlichen Vertrag erteilt. Somit müsste diese Rechtsbeziehung für einen Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten zumindest um einige öffentlich-rechtliche Elemente angereichert werden.[106] Ein möglicher Ansatz hierfür ist die Zwei-Stufen-Theorie. Diese Frage wird gerade für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte kontrovers diskutiert, da hier, wie bereits geprüft, gerade nicht die Möglichkeit besteht, über das vergabespezifische Nachprüfungsverfahren Rechtsschutz zu erhalten.

aa. OVG-Rechtsprechung

Das OVG Koblenz bejahte die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs durch die Zwei-Stufen-Theorie und begründete dies damit, dass nur so der von Art. 19 IV GG geforderte Primärrechtsschutz effektiv geltend gemacht werden könne.[107] Dem schlossen sich sowohl das OVG Münster[108] als auch das OVG Bautzen[109] an, während das OVG Lüneburg[110] und das OVG Berlin-Brandenburg[111] dieser Argumentation nicht gefolgt sind. Folglich ist die OVG-Rechtsprechung in diesem Bereich sehr uneinheitlich und führt zu keinen klaren Ergebnissen.

---

[106] Ennuschat, NJW 2007, 2224.
[107] OVG Koblenz, NZBau 2005, Seite 411 ff.
[108] OVG Münster, NZBau 2006, 67.
[109] OVG Bautzen, NZBau 2006, 393.
[110] OVG Lüneburg, IBR 2006, 512.
[111] OVG Berlin-Brandenburg, NZBau 2006, 668.

bb. Rechtsprechung des BVerfG

Zur Klärung der Frage hat sich auch das BVerfG verhalten. Dieses hat in der oberhalb zum wiederholten Male zitierten Entscheidung aus dem Jahr 2006 auch festgestellt, dass weder der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch aus Art. 20 Abs. 3 GG noch der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG einen den GWB-Regelungen vergleichbaren subjektiven Primärrechtsschutz im Bereich unterhalb der Schwellenwerte ermöglichen müssten. Ferner stelle die Vergabeentscheidung der öffentlichen Hand keinen Akt der öffentlichen Gewalt i.S. Art. 19 Absatz IV GG dar.[112] Zur Anwendung der Zwei-Stufen-Lehre hat das BVerfG hingegen keine explizite Aussage getroffen.

cc. Klärung der Frage durch Rechtsprechung des BVerwG

Die Frage der Anwendbarkeit der Zwei-Stufen-Theorie im Vergaberecht bedurfte letztlich einer höchstrichterlichen Entscheidung des BVerwG. Dabei musste insbesondere die Frage geklärt werden, ob der Ansicht gefolgt werden könne, nach der einzig die Vergabeentscheidung zivilrechtlich sei, der Weg dahin jedoch öffentlich-rechtlich. Auf diese Fragen Stellung nehmend hat das BVerwG mit Beschluss vom 02 Mai 2007 festgestellt, dass die Zwei-Stufen-Lehre nur dann zur rechtlichen Bewertung eines Vorgangs angemessen sei, wenn dieser durch eine Mehrphasigkeit der Aufgabenwahrnehmung gekennzeichnet sei, was auf das Vergabeverfahren nicht zutreffe.[113] Das Vergabeverfahren sei vielmehr als Einheit zu betrachten und zwar als eine solche, die rechtlich gesehen dem Zivilrecht zufällt.[114] Folglich sei die Zwei-Stufen-Theorie im Vergaberecht generell unanwendbar.

dd. Eigene Stellungnahme

Nach Ansicht des Verfassers ist letzterer Auffassung der BVerwG zu folgen. Zwar ist der Rechtsschutz gerade in Nischengebieten zwischen dem Zivilrecht und dem Öffentlichen Recht, wie es das Vergaberecht darstellt, sehr schwierig zu handhaben. Jedoch ist es gerade in diesen Bereichen wichtig, eine klare Rechtsschutzhierarche aufzubauen, auch um widersprüchliche Entscheidungen zu vermeiden. Zudem gilt der Verwaltungsrechtswegs gerade für den spezifisch öffentlichen-rechtlichen Vertrag nach den §§ 54 ff. VwVfG, sodass der zivilrechtliche Vertrag (wenn auch durch Öffentliches Recht angereichert) unterhalb der Schwellenwerte immer vor den Zivilgerichten zu behandeln ist.

ee. Zwischenergebnis

---

[112] BVerfG, NVwZ 2006, 1396 (1398, 1400).
[113] BVerwG, NJW 2007, 2275 = NZBau 2007, 389 (390).
[114] BVerwG, NJW 2007, 2275 = NZBau 2007, 389 (390).

Durch die klare Entscheidung des BVerwG hin zu einer Nichtanwendung der Zwei-Stufen-Theorie besteht keine Möglichkeit, die Rechte aus §§ 4, 5 NTVergG im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes geltend zu machen.

2. Sekundärrechtsschutz in Form von der Geltendmachung von Schadensersatz

Hinsichtlich des Sekundarrechtsschutzes in Form der Geltendmachung von Schadensersatz lässt sich auf Ausführungen im Rahmen der Aufträge oberhalb des Schwellenwertes verweisen. Da für deren Geltendmachung die Schwellenwerte des GWB unerheblich sind[115], könnte ein Unternehmen auch im Bereich unterhalb der Schwellenwerte Schadensersatz vor den Landgerichten geltend machen, wenn die Bestimmungen der §§ 4, 5 NTVergG missachtet werden. Auch hier gilt, dass einerseits der Vertrauensschaden über § 126 I GWB und andererseits der Erfüllungsschaden über c. i. c. gem. § 280 i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB, wegen Schutzgesetzverletzung gem. § 823 II BGB oder in besonderen Ausnahmekonstellationen auch gem. § 826 BGB geltend gemacht werden kann.

F. Zeitpunkt der Geltendmachung im Vergabeverfahren

Eine weitere klärungsbedürftige Frage ist, in welchem Verfahrensabschnitt ein Unternehmen die Einhaltung der Bestimmungen der §§ 4, 5 NTVergG geltend machen kann. Wie bereits oberhalb geprüft gibt es keinen vorbeugenden Rechtsschutz. Davon zu trennen ist demgegenüber die Frage, in welchem Abschnitt des Vergabeverfahrens ein schon begangener Verstoß moniert werden kann. Insbesondere könnte die Zuschlagserteilung hier die entscheidende Zäsur darstellen, jedoch erscheint es auch denkbar, dass auch nach Erteilung des Zuschlags noch Primärrechtsschutz möglich ist.

I. Vor Erteilung des Zuschlags

Ein tragender Grundsatz des Vergaberechts ist, dass die Geltendmachung von Verfahrensfehlern nur bis zur Erteilung des Zuschlags möglich ist, insbesondere mit Blick darauf, dass es sich beim Nachprüfungsantrag um ein Instrument des Primärrechtsschutzes handelt.[116] Folglich muss es dem Antragssteller, hier dem Wettbewerber, noch möglich sein, selbst den Auftrag zu erhalten. Dies ist nach wirksamer Zuschlagserteilung nicht mehr möglich, auch nicht in Form eines Fortsetzungsfeststellungsantrags[117], sodass entsprechende Anträge unstatthaft wären.[118] Dies entspricht dem anerkannten Prinzip einer vorbeugenden verdrängenden Konkurrentenklage.[119]

---

[115] Marx, in: Danner/Theobald, Rn. 347.
[116] Regierunsentwurf BT-Drucks. 13/9340 S. 14, 19; OLG Naumburg, 11. Oktober 1999, 10 Verg 1/99 = NZBau 2000, 96.
[117] Nähere Ausführungen bei BGH, Urt. v. 19. Dezember 2000 – X ZB 14/00.
[118] Herlemann/Thiele, in: Dreher/Motzke, § 107 GWB Rn. 12.
[119] Wernsmann, DV 36 (2003), S. 67, 68 ff.

II. Nach Erteilung des Zuschlags

Nach § 104 Abs. 2 S. 2 GWB und mit Blick auf die vorherigen Ausführungen besteht nach Erteilung des Zuschlags nur noch die Möglichkeit, Schadensersatz im Wege des Zivilrechtswegs vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen.[120] Hintergrund hierfür sind die Vertragsfreiheit der Parteien und pacta-sunt-servanda-Prinzip, worauf Dritte keinen Einfluss nehmen können.[121] Ebenso auch die Rechtssicherheit und Funktionsfähigkeit der Verwaltung.[122] Damit tritt die sog. Erledigungswirkung ein, welche als grundlegendes Prinzip des deutschen Vergaberechts anerkannt ist[123] und keinen verfassungs- oder europarechtlichen Bedenken unterliegt.[124] Eine Vergabeentscheidung kann auch gem. § 114 Abs. 2 S. 1 GWB nicht aufgehoben werden. Dies betritt jedoch nur den Fall, dass der gem. § 99 GWB zu schließende Vertrag (welcher zivilrechtlicher Natur ist[125]) zwischen der Vergabestelle und dem beauftragtem Unternehmen auch wirksam geschlossen wurde. Für den Fall der Nichtigkeit des Vertrags wäre der Zuschlag nicht wirksam erteilt worden und der Primärrechtsschutz wäre immer noch eröffnet.

1. Vergabespezifische Unwirksamkeitsgründe des Zuschlags

Zunächst einmal ist festzustellen, dass dem Vergaberecht selbst zuschlagsspezifische Unwirksamkeitsgründe fremd sind.[126]

2. Zivilrechtliche Unwirksamkeitsgründe des Zuschlags

Da der Vertrag jedoch, wie bereits erwähnt, als solcher des Zivilrechts zu qualifizieren ist, können auch die zivilrechtlichen Unwirksamkeitsgründe einschlägig sein. Dies beruht auf dem Gedanken, dass sich die Verwaltung bei der Bedienung privatrechtlicher Mittel[127] auch an das komplette Privatrecht wie jeder andere Private auch gebunden ist.[128]

a. § 134 BGB

Es drängt sich insbesondere die Frage auf, ob ein Verstoß gegen die §§ 4, 5 NTVergG möglicherweise zur Nichtigkeit des Vertrags über § 134 BGB führt, was jedoch, so viel sei schon an dieser Stelle gesagt, nur in Ausnahmefällen angenommen wird.[129] Die §§ 4, 5 NTVergG könnten dennoch einen Ausnahmefall darstellen. Zunächst kann jedes Gesetz im formellen

---

[120] Siehe auch Müller-Wrede, in: Ingenstau/Korbion/Kratzenberg/Leupertz, VOB, § 104 GWB Rn. 3.
[121] Schneider, Primärrechtsschutz nach Zuschlagserteilung bei einer Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 134.
[122] Schneider, Primärrechtsschutz nach Zuschlagserteilung bei einer Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 163 f.
[123] BT-Drucks. 13/9340, S. 19 zu § 124 Reg-E.
[124] In Stelkens, NZBau 2003, S. 654 ff. wird sogar der Begriff der „Verwegenheit" für die Infragestellung dieses Prinzips verwendet.
[125] Statt vieler siehe BGHZ 97, S. 312, 316; Kus, NJW 2000, S. 544, 545 f.; Bauer, Vergaberechtswidrige Verträge aus zivilrechtlicher Sicht, S. 34; BT-Drucks. 13/9340 S. 15.
[126] Schneider, Primärrechtsschutz nach Zuschlagserteilung bei einer Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 136.
[127] Zur Privatrechtsfähigkeit siehe auch Gusy, JA 1989, 26, 28 ff.
[128] Bitterich, Vergabeverfahren und Bürgerliches Recht, S. 179; siehe auch BVerfG, 21. Januar 1970, 2 BvL 27/63, BVerfGE 27, 364, 374.
[129] Schneider, Primärrechtsschutz nach Zuschlagserteilung bei einer Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 137.

Sinne ein solches Verbot enthalten, auch dann, wenn es ein Landesgesetz ist.[130] Ob die §§ 4, 5 NTVergG wirklich ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB sind, ist aufgrund des offenen Wortlauts im Wege der Auslegung nach dem Sinn und Zweck zu ermitteln.[131] Zunächst lässt sich festhalten, dass es sich bei der Abgabe der Tariftreueerklärung um eine zwingende Vorschrift handelt, die ihrerseits nicht abdingbar ist. Das lässt eine leichte Tendenz hin zu einem Verbotsgesetz zu.[132] Ebenfalls dafür spricht, dass der Wortlaut von § 4 Abs. 1 NTVergG regelt, dass der Zuschlag nur an Unternehmen erteilt werden darf, die die Tariftreueerklärung einreichen, was nicht nur deklaratorische Wirkung aufweist, sondern seinerseits obligatorisch ist. Weiteres Kriterium für eine Nichtigkeit nach § 134 BGB ist der Adressatenkreis. Hier werden beiden Vertragsparteien Pflichten auferlegt. Einerseits müssen die Unternehmen die entsprechende Tariftreuerklärung einreichen. Andererseits muss die Vergabestelle solche Unternehmen, die dies nicht tun, vom Vergabeverfahren ausschließen und darf ihnen nicht den Zuschlag erteilen. Dies stellt ein weiteres Indiz hin zu einem Verbotsgesetz dar.[133] Zuletzt liegt der Schluss, die §§ 4, 5 NTVergG als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB zu begreifen, auch deshalb nahe, weil es dem Gesetzgeber sehr wichtig war, durch die Neufassung einen umfassenden und effektiven Schutz zu gewähren. Wäre also ein Zuschlag bei Vorliegen eines Verstoßes gegen die §§ 4, 5 NTVergG nichtig, würde dies dazu führen, dass das Verfahren erneut beginnen könnte und auch nach Zuschlag dem rechtstreu handelnden Unternehmen noch die Möglichkeit gegeben würde, weiter selbst auf einen Zuschlag hinzuwirken. Aus der Vielzahl der vorgenannten Argumente für die Annahme einer Nichtigkeit über § 134 BGB ist diese im Ergebnis zu bejahen. Folglich kann ein Wettbewerber auch nach Zuschlagserteilung noch im Wege des Primärrechtsschutzes Ansprüche geltend machen. Ansprüche für den Sekundärrechtsschutz bleiben daneben bestehen.

b. § 138 Abs. 1 BGB

Für die Annahme einer Unwirksamkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB müssten massiv sittenwidrige Vergaberechtsverletzungen vorliegen, die etwa durch Kollusion oder gezielte Schädigung bestimmter Unternehmen gegeben sind.[134] Einzig durch die Erteilung des Zuschlags trotz Nichteinreichung der Tariftreuerklärung kann dies wiederum nicht angenommen werden, sodass eine Unwirksamkeit über § 138 Abs. 1 BGB ausscheidet.

3. Unwirksamkeit des Zuschlags wegen Verstößen gegen höherrangiges Recht

Ein Verstoß gegen höherrangiges Recht (Verfassungsrecht und/oder Europarecht) führt nicht nur Nichtigkeit des Vertrags, denn gerade mit Blick auf Art. 19 IV GG ist keine unmittelbare Forderung zur Annullierung fehlerhafter Maßnahmen ersichtlich.[135]

---

[130] Armbrüster, in: MüKo BGB, § 134 BGB Rn. 30; BGHZ 34, 200, 205 = NJW 1961, 775 (betr. rh.-pf. Aufbaugesetz); BGHZ 75, 366, 368 = NJW 1980, 775 (betr. bay. Bauordnung);
[131] BGHZ 78, 263, 265 = NJW 1981, 399; BGHZ 93, 264, 267; 118, 142, 144.
[132] Vgl. Mayer-Maly in: Starck (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze, 1995, S. 123 ff.
[133] Vgl. AG Köln NJW 1973, 662.
[134] Reidt, in: Reidt/Stickler/Glahs, § 114 GWB Rn. 22 f.
[135] Vgl. Schmidt/Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 286.

G. Resümee

Wie die vorliegende Arbeit zeigt, ist die Frage eines Drittschutzes der §§ 4, 5 NTVergG zu bejahen. Dies lässt sich, was aus Sicht der beteiligten Unternehmen sehr zu begrüßen ist, sowohl für Aufträge oberhalb wie auch unterhalb des Schwellenwertes (§ 100 I GWB) konstruieren. Oberhalb des Schwellenwertes sind die entsprechenden Primärrechte im Wege des Nachprüfungsverfahrens geltend zu machen, während unterhalb nur der, wenngleich überaus umstrittene, ordentliche Rechtsweg in Form einer einstweiligen Anordnung vor den Zivilgerichten zu bestreiten ist. In Bezug auf die Geltendmachung sekundärrechtlicher Ansprüche ist beiden Bereichen gemein, dass die Schadensersatzklage das einschlägige Verfahren ist. Zum Zeitpunkt im Vergabeverfahren gilt, dass die Zuschlagserteilung ausnahmsweise nicht die entscheidende Zäsur für die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens darstellt, da Verträge nichtig sind, die nicht die Voraussetzungen der §§ 4, 5 NTVergG erfüllen.