

## Studienarbeit im Vergaberecht, 12 Punkte

Dipl. Jur. Daniel Müller

Die Studienarbeit zum Thema „Rechtsschutz gegen rechtswidrige Vergabesperren“ wurde im Schwerpunkt 6 im Wintersemester 2020/2021 an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover gestellt. Herzlicher Dank gebührt dabei Frau Prof. Dr. Dageförde, die sich mit der Veröffentlichung der Arbeit einverstanden erklärt hat.

### AUFGABE

Auf welche Ansprüche können sich Unternehmen stützen, die gegen eine rechtswidrig verhängte Vergabesperre vorgehen möchten? Prüfen Sie die möglichen Ansprüche. Hat die Einführung des neuen Wettbewerbsregisters nach dem Wettbewerbsregistergesetz (WRegG) möglicherweise Auswirkungen auf Vergabesperren?

### BEARBEITUNG

#### A. Einführung

Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe gewinnt stetig an Bedeutung für die berufliche Praxis.<sup>1</sup> Deutlich wird dies etwa am Anteil der öffentlichen Aufträge am Bruttoinlandsprodukt (BIP) der EU, der im Jahr 2017 bei 13,3 % lag.<sup>2</sup> Die hohen Auftragsvolumina im Vergabewesen in Deutschland<sup>3</sup> bedeuten jedoch auch, dass sich für Wirtschaftsteilnehmer Anreize dafür bieten, Aufträge unter Umgehung des Vergaberechts zu erlangen. Nicht zuletzt aufgrund der erheblichen wirtschaftlichen Schäden für den Staat<sup>4</sup>, besteht ein Interesse daran, die Einhaltung der Wettbewerbsregeln zu sichern und Rechtsverstöße zu sanktionieren. Wie aber können diese Ziele bei der Auftragsvergabe erreicht werden?

Der Ausschluss solcher Unternehmen vom Wettbewerb, die bereits in der Vergangenheit gegen vergaberechtliche Vorgaben verstoßen haben, bietet eine Möglichkeit. Ein Instrument hierfür stellt die sog. Vergabesperre dar, die häufiger Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen ist.<sup>5</sup>

Wird ein Unternehmen dauerhaft vom Wettbewerb ausgeschlossen, kann dies erhebliche wirtschaftliche Folgen für dessen Existenz haben. Vor diesem Hintergrund besteht wiederum ein Bedürfnis nach ausreichendem Rechtsschutz.

Welche Ansprüche betroffenen Unternehmen gegen

rechtswidrige Vergabesperren zur Verfügung stehen, soll in dieser Arbeit untersucht werden. Dazu werden zunächst die begrifflichen und rechtlichen Grundlagen sowie praktische Probleme von Vergabesperren aufgezeigt (Abschnitt B.). Sodann folgt eine Darstellung der Ansprüche und ihrer prozessualen Durchsetzung (Abschnitt C.). Die Untersuchung legt den Schwerpunkt auf Vergabesperren, die Vergabeverfahren im Anwendungsbereich des GWB betreffen. Die nach Landesrecht vorgesehenen Vergabesperren<sup>6</sup> werden nicht näher betrachtet.

Ein weiteres Instrument des Wettbewerbs- und Vergaberechts ist mit dem neuen Wettbewerbsregister geschaffen worden. Welche Auswirkungen Registereintragungen auf die Verhängung von Vergabesperren haben können, soll ebenfalls analysiert werden (Abschnitt D.).

Ausgehend von den genannten Zielen müssen sich Vergabesperren und Wettbewerbsregister daran messen lassen, ob sie im Zusammenspiel effektive Mittel zur Korruptionsbekämpfung und zum Wettbewerbsschutz darstellen (Abschnitt E.).

#### B. Die Vergabesperre im System des Vergaberechts

Bevor die einzelnen Ansprüche zur Abwehr rechtswidriger Vergabesperren untersucht werden, bedarf es zunächst der Klärung eines allgemeinen Begriffsverständnisses der Vergabesperre und ihrer Einordnung im System des Vergaberechts. Insbesondere soll ein Überblick über die rechtlichen Vorgaben geschaffen werden, die an die Verhängung einer Vergabesperre zu stellen sind.

##### I. Begriff und Zweckrichtung

###### 1. Begriffsdefinition

Der Begriff der Vergabesperre ist gesetzlich nicht gere-

<sup>1</sup> Burgi, Vergaberecht. Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung, 2. Aufl. 2018, § 1 Rn. 16.

<sup>2</sup> BT-Drs. 19/12870, S. 4.

<sup>3</sup> Zwischen 2010 und 2017 lag das Gesamtvolumen der öffentlichen Aufträge in Deutschland bei 306.877.838.000 Euro, BT-Drs. 19/12870, S. 3.

<sup>4</sup> Vgl. BKA, Korruption. Bundeslagebild 2019, 2020, S. 25; Fülling, Korruptionsregister. Zwischen Anspruch und Wirklichkeit, 2014, S. 22.

<sup>5</sup> Schlichting, Die Verfolgung öffentlicher Interessen mithilfe der Vergabesperre, 2018, S. 40.

<sup>6</sup> In Niedersachsen nach § 15 Abs. 3 NTVergG.

gelt, sondern wurde in der Rechtsprechung und Literatur entwickelt.<sup>7</sup> Ebenso gebräuchlich ist die Bezeichnung „Auftragssperre“.<sup>8</sup> Zwar nehmen eine Reihe von Landesvergabegesetzen Bezug auf jeweils einen dieser Begriffe<sup>9</sup>, doch enthalten auch sie keine Legaldefinitionen.

Eine Vergabesperre ist der Ausschluss eines Unternehmens von der Vergabe öffentlicher Aufträge für einen bestimmten Zeitraum.<sup>10</sup> Sie knüpft dabei an Umstände an, die – aus Sicht der öffentlichen Hand – die fehlende Zuverlässigkeit des Betroffenen bei der Durchführung eines Auftrags begründen.

Der Rechtsnatur nach handelt es sich um eine zivilrechtliche Erklärung des öffentlichen Auftraggebers,<sup>11</sup> nicht um einen Verwaltungsakt.<sup>12</sup> Eine Einordnung als solcher kommt nur in Betracht, sofern die Vergabestelle ausdrücklich die äußere Handlungsform eines Verwaltungsaktes wählt.<sup>13</sup>

Abzugrenzen ist die Vergabesperre vom vergaberechtlichen Ausschluss i.S.d. §§ 123 f. GWB.<sup>14</sup> Dieser ist in seiner Wirkung auf ein konkretes Vergabeverfahren beschränkt<sup>15</sup> und hindert betroffene Unternehmen nicht, in anderen Verfahren berücksichtigt zu werden. Im Gegensatz dazu schließt die Vergabesperre Unternehmen von sämtlichen Vergabeverfahren einer Vergabestelle innerhalb einer Frist aus.<sup>16</sup> Entsprechend erschöpft sich die Sperre nicht in einer Feststellung der gegenwärtig fehlenden Eignung. Sie trifft vielmehr die Prognose, dass das Unternehmen auch künftig unzuverlässig sein wird.<sup>17</sup>

## 2. Funktionen der Vergabesperre

Das Instrument der Vergabesperre dient primär dazu, Unternehmen nach dem Kriterium der Unzuverlässigkeit von der Auftragsvergabe auszuschließen<sup>18</sup> und die öffentliche Hand so vor ungewollten Vertragsbeziehungen zu schützen.<sup>19</sup> Dieser Zweck korrespondiert mit den Belangen gleicher und fairer Wettbewerbsbedingungen<sup>20</sup> und der Wirtschaftlichkeit öffentlicher Haushaltsführung.<sup>21</sup> Die normative Grundlage hierfür liefert § 122 GWB, der die Eignungskriterien im Vergabeverfahren regelt. Darüber hinaus können Vergabesperren jedoch auch generalpräventive Zwecke verfolgen<sup>22</sup>, wie etwa die Verhütung von Straftaten oder Kartellrechtsverstößen. Entscheidend ist dann, ob zwischen der Auftragsvergabe und dem verfolgten Zweck ein sachlicher Zusammenhang besteht.<sup>23</sup>

## II. Arten von Vergabesperren

### 1. Einfache und koordinierte Vergabesperren

In Anknüpfung an die jeweils entscheidungsbefugte Vergabestelle<sup>24</sup> lassen sich verschiedene Arten von Vergabesperren unterscheiden. Als Grundform kann eine Vergabesperre zunächst von einer einzelnen Vergabestelle verhängt werden, die sich auf die Vergabeverfahren innerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs beschränkt. Einer solchen „einfachen“<sup>25</sup> oder „vergabestellenbezogenen Vergabesperre“<sup>26</sup> kommt eine vergleichsweise geringe Intensität für die be-

<sup>7</sup> Schlichting (Fn. 5), S. 23.

<sup>8</sup> Die Begriffe werden synonym verwendet, vgl. nur Friton in: Beck'scher Online-Kommentar Vergaberecht, 18. Edition (Stand: 31. 10. 2020), GWB § 126 Rn. 28; anders Ley in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 125 Rn. 25, der zwischen Auftrags- und Vergabesperren differenziert. Zur Wahrung einer einheitlichen Terminologie verwendet die vorliegende Arbeit ausschließlich den Begriff „Vergabesperre“.

<sup>9</sup> Siehe etwa §§ 10, 11 BbgVergG; § 10 VgG-MV; § 18 LVG LSA; § 18 ThürVG; § 8 Abs. 3 LTMG-BW; § 15 Abs. 3 NTVergG.

<sup>10</sup> Braun in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, 2. Aufl. 2017, § 16 Rn. 50; Opitz in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1. – GWB – 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 126 Rn. 16; ähnlich Sterner, Rechtsschutz gegen Auftragssperren, NZBau 2001, 423 (423).

<sup>11</sup> Heiermann, Zivilrechtliche Aspekte einer Auftragssperre, in: Vygen (Hrsg.), Dem Baurecht ein Forum: Festschrift für Götz von Craushaar zum 65. Geburtstag, 1997, 99 (100).

<sup>12</sup> OVG Lüneburg NVwZ-RR 2006, 845 (846); OVG Münster BeckRS 2016, 46622; Pietzcker, Verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Aspekte einer Auftragssperre, in: Deutsche Gesellschaft für Baurecht e. V. (Hrsg.), Seminar. Ausschluss von Unternehmern von der Teilnahme am Wettbewerb aus strafrechtlicher, verwaltungsrechtlicher sowie zivilrechtlicher Sicht, 1995, 55 (55).

<sup>13</sup> VG Düsseldorf, BeckRS 2015, 45979 Rn. 34; Krefßner, Die Auftragssperre im Vergaberecht, 2006, S. 43; Ruthig in: Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 26. Aufl. 2021, § 40 Rn. 8b.

<sup>14</sup> S. eingehend hierzu Horn/Götz, Ausschluss vom Vergabeverfahren aufgrund von Kartellrechtsverstößen und die vergaberechtliche Selbstreinigung, EuZW 2018, 13 ff.

<sup>15</sup> Wolters/Voss, Rechtsschutz gegen Vergabesperren, VergabeR 2020, 884 (884).

<sup>16</sup> VK Lüneburg BeckRS 2016, 17220.

<sup>17</sup> Schlichting (Fn. 5), S. 26, Sterner (Fn. 10), 423 (423).

<sup>18</sup> Pietzcker in: Motzke/Pietzcker/Prieß, Beck'scher VOB-Kommentar. Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A. 4. Teil: Vergabe öffentlicher Aufträge, 2001, Syst. VIII Rn. 1.

<sup>19</sup> Braun in: Gabriel/Krohn/Neun (Fn. 10), § 16 Rn. 50; Ohle/Gregoritza, Grenzen des Anwendungsbereichs von Auftragssperren der öffentlichen Hand – am Beispiel der Gesetzes- und Verordnungslage des Landes Berlin, ZfBR 2003, 16 (16).

<sup>20</sup> Vgl. Burgi, VergabeR (Fn. 1), § 16 Rn. 18, der von der Vermeidung sog. „performance risks“ spricht.

<sup>21</sup> Insoweit spiegeln die Funktionen der Vergabesperre auch die Zwecke des Vergaberechts wider, vgl. dazu Diederichsen/Renner in: Schmidt/Wollenschläger, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 7 Rn. 2 f.

<sup>22</sup> Offen gelassen bei Braun in: Gabriel/Kohn/Neun (Fn. 10), § 16 Rn. 51.

<sup>23</sup> So Krefßner (Fn. 13), S. 44 ff. anders Mestmäcker/Bremer, Die koordinierte Sperre im deutschen und europäischen Recht der öffentlichen Aufträge, BB 1995, Beilage 19 zu Heft 50, 21 (26).

<sup>24</sup> So auch Burgi, Ausschluss und Vergabesperre als Rechtsfolgen von Unzuverlässigkeit, NZBau 2014, 595 (599), der dies von der Anknüpfung an den öffentlichen Auftraggeber abgrenzt.

<sup>25</sup> Schlichting (Fn. 5), S. 28; Wimmer, Zuverlässigkeit im Vergaberecht: Verfahrensausschluss, Registereintrag und Selbstreinigung, 2012, S. 121.

<sup>26</sup> Burgi, VergabeR (Fn. 1), § 16 Rn. 29.

troffenen Unternehmen zu. Demgegenüber können auch unterschiedliche Vergabestellen nach Absprache gemeinsam Vergabesperrn verhängen. Vielfach wird von einer sog. „koordinierten Vergabesperre“ gesprochen<sup>27</sup>, wobei noch genauer differenziert werden kann: Eine koordinierte Sperre kann durch sämtliche Vergabestellen desselben öffentlichen Auftraggebers<sup>28</sup> verhängt werden.<sup>29</sup> Denkbar ist jedoch auch, dass sich Vergabestellen verschiedener Auftraggeber absprechen und eine koordinierte Sperre verhängen.<sup>30</sup> Beide Varianten der Koordinierung sind in ihrer Wirkung intensiver als einfache Sperrn<sup>31</sup> und können erhebliche wirtschaftliche Konsequenzen für Unternehmen haben.<sup>32</sup>

## 2. Ausdrückliche und interne Vergabesperrn

Ferner kommen bei der Verhängung diverse Handlungsmodalitäten der Vergabestelle in Betracht: Sie kann das betroffene Unternehmen zunächst anhören und die Vergabesperre sodann ausdrücklich aussprechen.<sup>33</sup> Stellt diese Situation den Regelfall dar<sup>34</sup>, kommt es jedoch vor, dass sich die Vergabestelle auf eine interne Entscheidung, ein Unternehmen künftig nicht mehr zu berücksichtigen, beschränkt.<sup>35</sup> Dies kann sich je nach Verfahrensart in der Weise manifestieren, dass das Unternehmen trotz des wirtschaftlichsten Gebots nicht berücksichtigt wird oder nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert wird.<sup>36</sup> Schon die tatsächliche Kenntnisnahme von der Sperrung erweist sich in derartigen Fällen als problematisch.

## III. Rechtliche Vorgaben für die Verhängung von Verga-

### besperren

Für die Ausgestaltung des Rechtsschutzes maßgeblich ist die rechtliche Einordnung der Vergabesperre. Will man die Rechtmäßigkeit einer solchen beurteilen, ist zunächst zu klären, welche rechtlichen Vorgaben der öffentliche Auftraggeber zu beachten hat. Ausgehend von der zivilrechtlichen Rechtsnatur der Sperre<sup>37</sup> stellt sich insbesondere die Frage, ob es für ihre Verhängung einer gesetzlichen Grundlage bedarf.

### 1. Erforderlichkeit einer Rechtsgrundlage?

Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist die Überlegung, dass der Staat bei der öffentlichen Auftragsvergabe die Grundrechte zu beachten hat. Als „Kehrseite“ der Auftragsvergabe<sup>38</sup> ist die Vergabesperre dem Bereich fiskalischen Handelns zuzuordnen. Ursprünglich wurde eine über das Privatrecht hinausgehende Bindung für fiskalische Hilfsgeschäfte abgelehnt.<sup>39</sup> Dagegen wird heute überwiegend davon ausgegangen, dass auch staatliches Fiskalhandeln grundrechtlichen Bindungen – wenn auch mit Einschränkungen<sup>40</sup> – unterliegt.<sup>41</sup> Dafür spricht bereits die uneingeschränkte Geltung des Art. 1 Abs. 3 GG.<sup>42</sup>

Trotz einer solchen grundsätzlichen Bindungswirkung des Verfassungsrechts besteht keine Einigkeit über die Erforderlichkeit einer Rechtsgrundlage. Zwar gibt es spezialgesetzliche Regelungen, die für einzelne Bereiche Vergabesperrn vorsehen.<sup>43</sup> Soweit diese nicht greifen, besteht jedoch keine „einheitliche“ gesetzliche Grundlage für Vergabesperrn.

<sup>27</sup> Höß/Chevalier, (Un-)Zulässigkeit koordinierter Vergabesperrn?, IBR 2001, 1005 Rn. 2; Pietzcker, Vergaberechtliche Sanktionen und Grundrechte, NZBau 2003, 242 (245).

<sup>28</sup> Der öffentliche Auftraggeber, dem die Vergabestellen angehören, entspricht hier dem Begriff des Rechtsträgers, z.B. dem Land Niedersachsen.

<sup>29</sup> Diese Konstellation legen etwa Burgi, VergabeR (Fn. 1), § 16 Rn. 29 und Mestmäcker/Bremer (Fn. 23), BB 1995, Beil. 19, 1 (4) zugrunde. Teilweise wird auch von einer „intern koordinierten Vergabesperre“ gesprochen, s. Schlichting (Fn. 5), S. 28 f.

<sup>30</sup> So Ohle/Gregoritz (Fn. 19), ZfBR 2003, 16 (16); Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423 (423).

<sup>31</sup> Burgi (Fn. 24), NZBau 2014, 595 (599).

<sup>32</sup> Braun in: Gabriel/Krohn/Neumann (Fn. 10), § 16 Rn. 53; Pietzcker in: Motzke/Pietzcker/Prieß (Fn. 18), VOB/A, Syst. VIII Rn. 4.

<sup>33</sup> Krefßner (Fn. 13), S. 30.

<sup>34</sup> So Ohle/Gregoritz (Fn. 19), ZfBR 2003, 16 (17); Pietzcker in: Motzke/Pietzcker/Prieß (Fn. 18), VOB/A, Syst. VIII Rn. 15.

<sup>35</sup> Pietzcker, Rechtsbindungen der Vergabe öffentlicher Aufträge, AöR 107, 61 (86); Schlichting spricht insoweit von „heimlichen Vergabesperrn“, Verfolgung öffentlicher Interessen, Schlichting (Fn. 5), S. 34 f.

<sup>36</sup> Pietzcker (Fn. 35), AöR 107, 61 (86).

<sup>37</sup> S. dazu B.I.

<sup>38</sup> Krefßner (Fn. 13), S. 43.

<sup>39</sup> So noch BGHZ 36, 91 (96) („Gummistrümpfe“) für die öffentliche Beschaffung, die nicht der unmittelbaren Aufgabenerfüllung dient; BVerwGE 5, 325 (329 f.); Emmerich, Die Fiskaltgeltung der Grundrechte, namentlich bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand, JuS 1970, 332 (338).

<sup>40</sup> Dafür Pietzcker, in: Seminar (Fn. 12), S. 55 f.; Stober in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch, 13. Aufl. 2017, § 23 Rn. 42a; dagegen für eine uneingeschränkte Bindung BVerfGE 128, 226 (244).

<sup>41</sup> BKartA NZBau 2000, 53 (53); OLG Düsseldorf DÖV 1981, 537; OLG Brandenburg NVwZ 1999, 1142; Höß/Chevalier (Fn. 27), IBR 2011, 1005 Rn. 56; Pietzcker (Fn. 35), AöR 107, 61 (71 ff.); ders. in: Motzke/Pietzcker/Prieß (Fn. 18), VOB/A, Syst. VIII Rn. 22; Stoye, Korruptionsprävention durch Vergaberecht. Plädoyer für ein Bundes-Korruptionsregister, 2012, S. 35.

<sup>42</sup> Vgl. Stoye (Fn. 41), S. 36 ff.

<sup>43</sup> So etwa in § 5 SchwarzArbG, § 21 AEntG, § 19 MiLoG, § 98c AufenthG; S. zu landesrechtlichen Vorschriften B.III.3.

**a) Vertragsfreiheit der öffentlichen Hand**

Rechtsprechung und Teile der Literatur lehnen das Erfordernis einer Rechtsgrundlage ab.<sup>44</sup> Insbesondere wird dabei der Eingriffscharakter der Vergabesperre verneint, da es sich um eine lediglich zivilrechtliche Erklärung ohne hoheitlichen Charakter handele.<sup>45</sup>

**b) Eingriffswirkung der Vergabesperre**

Demgegenüber wird teilweise eine gesetzliche Grundlage für erforderlich gehalten.<sup>46</sup> Der Staat trete trotz der zivilrechtlichen Handlungsform nicht wie ein privater Wirtschaftsteilnehmer auf, sondern greife mit der Vergabesperre in geschützte Rechtspositionen der Unternehmen ein.<sup>47</sup>

**c) Eigene Stellungnahme**

Zwar genießt die öffentliche Hand grundsätzlich Privatautonomie, soweit sie zivilrechtliche Verträge mit Marktteilnehmern schließt.<sup>48</sup> Dies dürfte in erster Linie für die Entscheidung über einen Vertragsschluss sowie für die konkrete Ausgestaltung des Vertrages relevant sein. Bei der Vergabesperre ist die Konstellation eine andere: Durch sie wird dem betroffenen Unternehmen die Teilnahmemöglichkeit am Wettbewerb verweigert.<sup>49</sup> Während die Berücksichtigung im Rahmen der konkreten Zuschlagerteilung grundrechtlich nicht geschützt ist<sup>50</sup>, begründet der dauerhafte Ausschluss vom Wettbewerb einen Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Wettbewerbsfreiheit.<sup>51</sup> Entscheidend hierbei ist, dass der Staat die Bedingungen für die Grundrechtsausübung – hier die berufliche Tätigkeit – durch die Vergabe öffentlicher Aufträge selbst bestimmt.<sup>52</sup> Wird einem Unternehmen der Zugang zum Markt faktisch verwehrt, wird die Berufsfreiheit in ihrer teilhaberechtlichen Dimension betroffen.<sup>53</sup> Anders als bei reinen

Berufsausübungsregelungen wird hier von vornherein die Ausübung der Berufsfreiheit faktisch unmöglich gemacht, was erst recht für die Eingriffsqualität spricht.<sup>54</sup> Dass es sich um eine zivilrechtliche Erklärung und nicht um eine hoheitliche Maßnahme i.S.d. § 35 VwVfG handelt, ändert an der Eingriffswirkung nichts.<sup>55</sup>

**d) Zwischenergebnis**

Angesichts der besonderen Rolle des Staates bei der Vergabe öffentlicher Aufträge erscheint es überzeugend, einen Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Wettbewerbsfreiheit anzunehmen. Darüber hinaus bewirkt die Vergabesperre – mangels Schutzes bloßer Erwerbsschancen – zwar keinen Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG.<sup>56</sup> Doch bedarf der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG für sich schon einer Rechtfertigung. Nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes ist somit eine gesetzliche Eingriffsgrundlage zu fordern. Soweit der Anwendungsbereich der EU-Grundrechtecharta eröffnet ist<sup>57</sup>, führen Vergabesperren ferner zu einem Eingriff in die von Art. 16 GRCh geschützte unternehmerische Freiheit.<sup>58</sup>

**2. Anforderungen an die Rechtmäßigkeit****a) §§ 126 i.V.m. 123, 124 GWB als Rechtsgrundlage?**

Geht man von der Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage aus, so ist zu klären, welche Vorschrift als solche in Betracht kommt.

Keine hinreichende Grundlage bilden die Vorschriften über die Eignungsprüfung in VOB und VgV.<sup>59</sup> Denkbar wäre die unmittelbare Heranziehung der §§ 126 i.V.m. 123, 124 GWB.<sup>60</sup> § 126 GWB regelt in Anknüpfung an die §§ 123, 124 GWB ausdrücklich die zulässige Höchstdauer für den Ausschluss von Vergabeverfahren. Darüber hinaus gilt

<sup>44</sup> KG Berlin NZBau 2012, 56; NZBau 2012, 389; Ohrtmann in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 126 Rn. 16; ähnlich Opitz in: Burgi/Dreher (Fn. 10), GWB § 126 Rn. 17.

<sup>45</sup> Pietzcker, in: Seminar (Fn. 12), S. 57.

<sup>46</sup> Battis/Bultmann, Rechtsprobleme eines Korruptionsregisters – Die Sperre bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, ZRP 2003, 152 (153); § 16 Rn. 31; Kaufmann in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht. Handkommentar, 3. Aufl. 2019, GWB § 126 Rn. 33; Niebuhr, Der fakultative Ausschluss vom Vergabeverfahren zwischen Beurteilungsspielraum und Ermessensentscheidung am Beispiel des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB wegen früherer mangelhafter Auftragsausführung, VergabeR 2017, 335 (335); Schlichting (Fn. 5), S. 124 f.

<sup>47</sup> Vgl. Kaufmann in: Pünder/Schellenberg (Fn. 46), GWB § 126 Rn. 33; Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (885 f.).

<sup>48</sup> Vgl. Emmerich (Fn. 39), JuS 1970, 332 (337 f.).

<sup>49</sup> Knöbl, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte, 2009, S. 43.

<sup>50</sup> Vgl. Knöbl (Fn. 49), S. 40; Pietzcker (Fn. 27), NZBau 2003, 242 (244).

<sup>51</sup> Battis/Bultmann (Fn. 46), ZRP 2003, 152 (153); Knöbl (Fn. 49), S. 43; Schlichting (Fn. 5), S. 115 ff.

<sup>52</sup> Schlichting (Fn. 5), S. 155 f.

<sup>53</sup> Schlichting (Fn. 5), S. 115 f. hebt die gleichheitsrechtliche Dimension des Art. 12 Abs. 1 GG hervor.

<sup>54</sup> Battis/Bultmann (Fn. 46), ZRP 2003, 152 (153).

<sup>55</sup> So aber Pietzcker (Fn. 27), NZBau 2003, 242 (244 f.).

<sup>56</sup> Battis/Bultmann (Fn. 46), ZRP 2003, 152 (155); vgl. auch Knöbl (Fn. 49), S. 48 bzgl. der Vergabeentscheidung.

<sup>57</sup> Dies ist bei der Durchführung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten der Fall, Art. 51 GRCh.

<sup>58</sup> Schlichting (Fn. 5), S. 123. In diesen Fällen folgt das Erfordernis einer Rechtsgrundlage aus Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRCh.

<sup>59</sup> Braun in: Gabriel/Krohn/Neumann (Fn. 10), § 16 Rn. 55.

<sup>60</sup> VK Lüneburg BeckRS 2016, 17220. Burgi, VergabeR (Fn. 1), § 16 Rn. 31 beschränkt dies auf koordinierte Sperren.

die Höchstdauer in § 126 GWB auch für Vergabesperren außerhalb konkreter Vergabeverfahren.<sup>61</sup> Eine explizite Befugnis zur Verhängung einer Sperre enthält die Vorschrift dagegen nicht. Entsprechend wird die Eignung des § 126 GWB als Rechtsgrundlage abgelehnt.<sup>62</sup> Neben dem Wortlaut der Norm spricht hierfür, dass der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 126 GWB bewusst auf eine Kodifikation der Vergabesperre verzichtete.<sup>63</sup> Überzeugender erscheint daher eine analoge Anwendung der §§ 126 i.V.m. 123, 124 GWB.<sup>64</sup> So dürfte zumindest von einer Regelungslücke<sup>65</sup> sowie einer mit dem Ausschluss vergleichbaren Interessenlage auszugehen sein. Andernfalls müssten Vergabesperren mangels Rechtsgrundlage konsequenterweise als rechtswidrig eingestuft werden.<sup>66</sup>

## b) Voraussetzungen im Einzelnen

### aa) Materiell-rechtliche Anforderungen

Die materiellen Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit von Vergabesperren sind in Rechtsprechung und Literatur entwickelt worden. Mit der Vergaberechtsnovelle sind die Vorschriften über den Ausschluss neu gefasst worden, auf die teilweise auch in der Situation einer Vergabesperre zu rekurren ist.

Eine Vergabesperre setzt die fehlende Zuverlässigkeit des Unternehmens aufgrund eines Fehlverhaltens voraus.<sup>67</sup> Die Zuverlässigkeit ist kein eigenes Eignungskriterium i.S.d. § 122 GWB.<sup>68</sup> Begründet wird ihr Fehlen durch das Vorliegen eines Ausschlussgrundes i.S.d. §§ 123, 124 GWB.<sup>69</sup> Die §§ 123, 124 GWB unterscheiden zwischen zwingenden und fakultativen Ausschlussgründen. Zwingende Gründe sind

etwa die Verurteilung wegen bestimmter Wirtschaftsstraftaten<sup>70</sup> sowie abgabenrechtliche Verstöße des betroffenen Unternehmens, vgl. §§ 123 Abs. 1 Nr. 4–9, Abs. 4 GWB. Dabei rechtfertigt nicht jeder Ausschlussgrund die fehlende Zuverlässigkeit<sup>71</sup>, vielmehr dürfte der jeweilige Ausschlussgrund nach den Umständen des Einzelfalles zu bewerten sein.<sup>72</sup> Die besondere Eingriffsintensität einer Vergabesperre spricht dafür, besonders hohe Anforderungen an den Nachweis der Unzuverlässigkeit zu stellen.<sup>73</sup>

Verwirklicht eine natürliche Person einen Ausschlussgrund, muss ihr Verhalten dem Unternehmen nach § 123 Abs. 3 GWB<sup>74</sup> zugerechnet werden können.

Aufgrund ihrer verfahrensübergreifenden Wirkung erfordert die Vergabesperre zudem eine Prognose über die künftige Unzuverlässigkeit des Unternehmens.<sup>75</sup> Die Vergabestelle muss also prüfen, inwieweit eine Wiederholungsfahrer bisheriger Fehlverhaltens bei künftigen Verfahren besteht.<sup>76</sup>

Zu beachten ist ferner die zulässige Höchstdauer für Ausschlüsse in § 126 GWB, die auch auf Vergabesperren anwendbar ist.<sup>77</sup> Sie beträgt im Falle zwingender Ausschlussgründe höchstens fünf, bei fakultativen Gründen höchstens drei Jahre.

Weitere materielle Anforderungen an die Ausgestaltung einer Vergabesperre folgen aus den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit aus Art 20 Abs. 3 GG<sup>78</sup> und des Willkürverbotes aus Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>79</sup>

Schließlich enthalten einige Normen des Kartellrechts spezielle Anforderungen für Vergabestellen, soweit diese eine marktbeherrschende oder überlegene Stellung innehaben.<sup>80</sup>

<sup>61</sup> So auch schon die Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 18/6281, S. 111.

<sup>62</sup> Kaufmann in: Pünder/Schellenberg (Fn. 46), GWB § 126 Rn. 31 ff.; Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 6. Aufl. 2016, S. 771 Rn. 2508; Opitz in: Burgi/Dreher (Fn. 10), GWB § 126 Rn. 17.

<sup>63</sup> BT-Drs. 18/6281, S. 111.

<sup>64</sup> So auch Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (886) mit Hinweis auf die allgemein anerkannte Zulässigkeit von Vergabesperren.

<sup>65</sup> Es muss indes eingeräumt werden, dass Bedenken hinsichtlich der Planwidrigkeit der Regelungslücke bestehen.

<sup>66</sup> So Kaufmann in: Pünder/Schellenberg (Fn. 46), GWB § 126 Rn. 33 f.

<sup>67</sup> Braun in: Gabriel/Krohn/Neumann (Fn. 10), § 16 Rn. 56.

<sup>68</sup> Anders noch § 97 Abs. 1 S. 4 GWB a.F., s. Wimmer (Fn. 25), S. 21 f.

<sup>69</sup> BT-Drs. 18/6281, S. 101.

<sup>70</sup> Begriff nach Schlichting (Fn. 5), S. 76.

<sup>71</sup> Vgl. BGH NZBau 2020, 609 (612).

<sup>72</sup> Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR, 884 (886); ähnlich zur alten Rechtslage Kreßner (Fn. 13), S. 96 ff., der die Qualität der unternehmerischen Verfehlung anhand von Einzelfallkriterien bestimmen will.

<sup>73</sup> Braun in: Gabriel/Krohn/Neun (Fn. 10), § 16 Rn. 56.

<sup>74</sup> Ggf. in analoger Anwendung, soweit die fakultativen Ausschlussgründe nicht ausdrücklich auf § 123 Abs. 3 GWB verweisen, Schlichting (Fn. 5), S. 93.

<sup>75</sup> Schlichting (Fn. 5), S. 96 m.w.N.

<sup>76</sup> Kreßner (Fn. 13), S. 105.

<sup>77</sup> Vgl. BT-Drs. 18/6281, S. 111; so auch BGH NZBau 2020, 609 (612); Kaufmann in: Pünder/Schellenberg (Fn. 46), GWB § 126 Rn. 31; Opitz in: Burgi/Dreher (Fn. 10), GWB § 126 Rn. 17; Pauka in: Münchener Kommentar. Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht. Bd. 3, Vergaberecht I, 2. Aufl. 2018, GWB § 126 Rn. 1; Stolz in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht. Kommentar, 4. Aufl. 2020, GWB § 126 Rn. 1. A.A.: Braun in: Gabriel/Krohn/Neun (Fn. 10), § 16 Rn. 57; Friton in: BeckOK VergabeR (Fn. 8), GWB § 126 Rn. 30.

<sup>78</sup> Pietzcker in: Motzke/Pietzcker/Prieß (Fn. 18), VOB/A, Syst. VIII Rn. 23; Kreßner (Fn. 13), S. 115 ff. befürwortet eine modifizierte Verhältnismäßigkeitsprüfung.

<sup>79</sup> Vgl. BGH NJW 1977, 628 (629 f.); Kreßner (Fn. 13), S. 117 f.

<sup>80</sup> Vgl. §§ 20, 19 Abs. 1, 2 Nr. 1, 18 GWB, s. dazu C.II.1.a).

**bb) Verfahrensrechtliche Anforderungen**

Trotz ihrer zivilrechtlichen Einordnung unterliegt die Verhängung einer Vergabesperre rechtsstaatlichen Bindungen. Ähnlich dem Erlass belastender Verwaltungsakte bedarf es einer vorherigen Anhörung des betroffenen Unternehmens analog § 28 Abs. 1 VwVfG.<sup>81</sup> Ebenso hat die Vergabestelle ihre Entscheidung dem Unternehmen schriftlich mitzuteilen<sup>82</sup> und analog § 39 VwVfG auch zu begründen. Hierfür spricht der Umstand, dass ein erfolgreiches Rechtsschutzersuchen die Kenntnis der die Sperre tragenden Gründe voraussetzt.<sup>83</sup>

**3. Landesrechtliche Vorschriften**

Vorschriften über die Verhängung von Vergabesperren finden sich außerdem in den meisten Vergabegesetzen der Länder.<sup>84</sup> Lediglich in Bayern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen und Schleswig-Holstein gibt es derzeit keine entsprechenden Regelungen.<sup>85</sup>

Oftmals sind Sperren in den Landesgesetzen als Sanktion für Verstöße der Unternehmen gegen Bestimmungen über Tariftreue und Mindestentgelte bei der Auftragsausführung vorgesehen.<sup>86</sup> So sieht etwa § 15 Abs. 3 NTVergG eine Sperre solcher Unternehmen vor, die grob fahrlässig oder mehrfach gegen die Pflichten aus ihrer abgegebenen Tariftreueerklärung verstoßen. Dem Wortlaut nach ist das Unternehmen in diesen Fällen zwingend für bis zu drei Jahre auszuschließen.<sup>87</sup> Dagegen ist die Entscheidung über eine Sperre in anderen Ländern in das Ermessen des öffentlichen Auftraggebers gestellt.<sup>88</sup>

Besonders hinzuweisen ist auf die Vorschriften einzelner Länder über die Errichtung eines Vergabe- bzw. Korruptionsregisters oder ähnlicher Meldestellen.<sup>89</sup> Einige sehen von der Eintragung unabhängige Entscheidungen über

Vergabesperren vor<sup>90</sup>, während in wenigen Fällen Eintragungen auch zum Ausschluss des Unternehmens führen sollen.<sup>91</sup>

**IV. Zwischenfazit: Reformbedarf?**

Der Umgang mit Vergabesperren in Verwaltung und Rechtsprechung zeigt, dass überwiegend von der Zulässigkeit dieses Instruments ausgegangen wird.<sup>92</sup> Dem steht nicht der Befund entgegen, dass es sich bei der Vergabesperre um eine grundrechtsbelastende staatliche Maßnahme handelt. Denn wie gezeigt können die §§ 126 i.V.m. §§ 123, 124 GWB als Rechtsgrundlage analog herangezogen werden.

Gleichwohl stößt die Verhängung von Vergabesperren in der Literatur auf berechtigte Kritik.<sup>93</sup> Unabhängig von der Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit bestehen nach wie vor Unklarheiten hinsichtlich der rechtlichen Anforderungen an Vergabesperren. So sind den §§ 123 ff. GWB auch bei analoger Anwendung nur partiell materielle Anforderungen zu entnehmen. Diese sind ihrem Zweck nach für den Ausschluss konzipiert und daher nicht uneingeschränkt auf Vergabesperren übertragbar. Eigene Vorgaben zum Sperrverfahren existieren dagegen nicht. Zwar enthalten zahlreiche Spezialgesetze sowie Vergabegesetze und Verwaltungsvorschriften der Länder detaillierte Vorgaben für ihre Sperren. Diese dienen jedoch in der Regel anderen Gesetzeszwecken bzw. besitzen keine Außenwirkung und können daher nicht als Ersatz für die fehlenden rechtlichen Vorgaben im Anwendungsbereich des GWB dienen.<sup>94</sup>

Insgesamt ergibt sich mithin eine unbefriedigende Situation: Sowohl für öffentliche Auftraggeber als auch für die betroffenen Unternehmen besteht ein Defizit an Rechtsklarheit und -sicherheit. Trotz der möglichen analogen

<sup>81</sup> Pietzcker, in: Seminar (Fn. 12), S. 65f.; vgl. Prieß in: Motzke/Pietzcker/Prieß (Fn. 18), VOB/A, § 8 Rn. 132; Schlichting (Fn. 5), S. 165 f.; Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423 (423).

<sup>82</sup> Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (887).

<sup>83</sup> Krefßner (Fn. 13), S. 135.

<sup>84</sup> Vgl. § 8 Abs. 3 LTMG BW; § 17 Abs. 3 BerlAVG; § 10 Abs. 3 BbgVergG; § 17 Abs. 4 Brem-TtVG; § 6 S. 3 HbgVergG; § 18 Abs. 2, Abs. 3 HessVgG; § 10 Abs. 4 VgG-MV; § 15 Abs. 3 NTVergG; § 7 Abs. 3 LTTG-RP; § 10 Abs. 3 STTG; § 18 Abs. 3 LVG-LSA; § 18 Abs. 3 ThürVgG.

<sup>85</sup> Während Bayern kein eigenes Landesvergabegesetz erlassen hat, enthielt § 13 TTG-SH a.F. eine Rechtsgrundlage für die Auftragsperren. Das neue VG-SH verzichtet dagegen auf eine Regelung etwaiger Sperren. Auch das neue TVgG NRW sieht keine Vergabesperre vor, anders noch § 12 TVgG NRW a.F.

<sup>86</sup> Schlichting (Fn. 5), S. 31.

<sup>87</sup> Vgl. § 15 Abs. 3 NTVergG: „hat der öffentliche Auftraggeber das Unternehmen [...] auszuschließen“.

<sup>88</sup> So etwa in § 8 Abs. 3 LTMG BW; § 17 Abs. 4 Brem-TtVG; § 6 S. 3 HbgVergG; § 7 Abs. 3 LTTG-RP. Die übrigen Vergabegesetze enthalten überwiegend Soll-Vorschriften.

<sup>89</sup> Vgl. § 2 BerlKRG; § 2 BremKorG; § 2 HbgGrfW; § 4 KorruptionsbG NRW; ferner auch VwV „Korruptionsverhütung und -bekämpfung“, Ziff. 3.4.4 (Baden-Württemberg); Gemeinsamer Runderlass zum Ausschluss von Bewerbern und Bieterinnen wegen schwerer Verfehlungen, Ziff. 6 (Hessen); VwV „Korruptionsprävention in der öffentlichen Verwaltung“, Ziff. 4.3.5 (Rheinland-Pfalz).

<sup>90</sup> So § 2 Abs. 1 S. 2 BerlKRG; § 6 Abs. 1 HbgGrfW; ähnlich § 4 Abs. 2 S. 1 KorruptionsbG NRW.

<sup>91</sup> So § 6 Abs. 1 BremKorG und § 6 Abs. 2 HbgGrfW.

<sup>92</sup> Vgl. BT-Drs. 18/6281, S. 111.

<sup>93</sup> Vgl. Leinemann (Fn. 62), S. 773 Rn. 2516.

<sup>94</sup> Vgl. Burji (Fn. 24), NZBau 2014, 595 (600).

Anwendung der §§ 123 ff. GWB wäre eine eigene gesetzliche Regelung der Vergabesperre wünschenswert.<sup>95</sup> Diese sollte eigene Gründe für die fehlende Zuverlässigkeit normieren<sup>96</sup> und in formeller Hinsicht Verfahrensvoraussetzungen insbesondere hinsichtlich einer Sperrerklärung<sup>97</sup> sowie differenzierte Zuständigkeitsregelungen enthalten.<sup>98</sup> Auf diese Weise könnte der Gesetzgeber die Handhabung der Vergabesperre in der Praxis erleichtern.

### C. Rechtsschutz gegen die rechtswidrige Verhängung von Vergabesperren

Für die von Vergabesperren betroffenen Unternehmen stellt sich die Frage, welche Rechtsschutzmöglichkeiten ihnen gegen die Entscheidung der Vergabestellen zur Verfügung stehen. Probleme ergeben sich bereits bei der Bestimmung der einschlägigen Rechtsbehelfe. Der Schwerpunkt dieser Untersuchung soll jedoch auf den materiell-rechtlichen Abwehrensprüchen liegen. Daneben soll ein Überblick über mögliche Schadensersatzansprüche der Unternehmen gegeben werden.

#### I. Klärung des Rechtsschutzbegehrens

Vorab bedarf der Klärung, welche verschiedenen Rechtsschutzsituationen im Zusammenhang mit Vergabesperren auftreten können. Danach richtet sich das jeweilige Sachbegehren des betroffenen Unternehmens. Dieses bildet den Ausgangspunkt sowohl für die materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlagen als auch für die Bestimmung der prozessualen Mittel.<sup>99</sup>

In erster Linie dürften betroffene Unternehmen – mit Blick auf die wirtschaftlichen Folgen – ein Interesse daran haben, gegen bereits verhängte Vergabesperren vorzugehen oder unmittelbar bevorstehende Sperren zu verhindern. Insoweit wird von Primärrechtsschutz gesprochen.<sup>100</sup> Hierbei ist zwischen der Verhängung einer Vergabesperre in einem laufenden Vergabeverfahren und außerhalb eines solchen zu differenzieren.<sup>101</sup> Relevant ist diese Unterscheidung für die Rechtswegbestimmung.

Ferner kann das Sachbegehren des Unternehmens auch auf Ersatz des aufgrund einer rechtswidrigen Sperre ent-

standenen Schadens gerichtet sein (sog. Sekundärrechtsschutz).<sup>102</sup>

### II. Primärrechtsschutz im laufenden Vergabeverfahren

Im Rahmen eines laufenden Vergabeverfahrens stehen den Vergabestellen verschiedene Möglichkeiten offen, um vermeintlich unzuverlässige Bieter vom Wettbewerb auszuschließen. Sie können Bieter von diesem Verfahren nach §§ 123 ff. GWB ausschließen<sup>103</sup> oder sie auch für ihre künftigen Verfahren sperren. Letztere Konstellation soll hier näher betrachtet werden.

#### 1. Ansprüche gegen rechtswidrige Vergabesperren

In der Regel dürfte es den Bietern darum gehen, eine bereits verhängte Vergabesperre zu beseitigen. Etwaige Ansprüche sind somit auf die Aufhebung der Sperre gerichtet. Es kann jedoch vorkommen, dass ein Bieter eine bevorstehende Vergabesperre verhindern will, weil er von der Absicht der Vergabestelle Kenntnis erlangt hat. Dann ist das Anspruchsziel eine vorbeugende Unterlassung.<sup>104</sup> Fraglich ist, welche Ansprüche Bieter in beiden Fällen geltend machen können, um ihre Teilnahme am Wettbewerb zu erwirken. Es kommen gleichermaßen öffentlich-rechtliche wie zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen infrage.

#### a) Öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlagen

##### aa) Ansprüche aus §§ 33 i.V.m. 19, 18 GWB

Ein Anspruch auf Aufhebung einer verhängten sowie auf Unterlassung einer künftigen Vergabesperre könnte zunächst aus § 33 Abs. 1 S. 1 i.V.m. §§ 19 Abs. 1, 2 Nr. 1, 18 GWB folgen.<sup>105</sup> § 33 GWB unterscheidet zwischen Ansprüchen auf Beseitigung (Abs. 1 1. Alt.), Unterlassung (Abs. 1 2. Alt.) sowie auf vorbeugende Unterlassung (Abs. 2) von Beeinträchtigungen.<sup>106</sup> Somit sind grundsätzlich beide möglichen Rechtsschutzziele eines Bieters erfasst.

Voraussetzung für Ansprüche aus § 33 Abs. 1 GWB ist ein Verstoß gegen eine Vorschrift des ersten Teils des GWB. Möglicher Anknüpfungspunkt für einen solchen im Fall einer Vergabesperre sind die §§ 18, 19 GWB. Ein Verstoß er-

<sup>95</sup> So auch Burgi, VergabeR (Fn. 1), § 16 Rn. 32; Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (886).

<sup>96</sup> Dadurch ließen sich insbesondere Unsicherheiten bzgl. der Anwendung einzelner Ausschlussgründe der §§ 123 f. GWB ausräumen, vgl. Schlichting (Fn. 5), S. 154 f.

<sup>97</sup> Vgl. Schlichting (Fn. 5), S. 162 ff.

<sup>98</sup> Burgi (Fn. 24), NZBau 2014, 595 (601) plädiert für eine sog. „lead agency“ bei koordinierten Vergabesperren.

<sup>99</sup> Vgl. zur Bindung der Gerichte an die Anträge § 88 VwGO sowie § 308 Abs. 1 ZPO sowie der Vergabekammern § 168 Abs. 1 GWB.

<sup>100</sup> Krefßner (Fn. 13), S. 136.

<sup>101</sup> Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423, (425).

<sup>102</sup> Krefßner (Fn. 13), S. 136.

<sup>103</sup> S. zur Abgrenzung B.I.

<sup>104</sup> Vgl. Krefßner (Fn. 13), S. 145.

<sup>105</sup> Vgl. Opitz in: Burgi/Dreher (Fn. 10), GWB § 126 Rn. 20.

<sup>106</sup> Alexander, Die zivilrechtlichen Ansprüche im Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle – Ein Überblick, JuS 2007, 109 (113).

fordert den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung der Vergabestelle.<sup>107</sup> Wann eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens besteht, bestimmt § 18 GWB, wobei § 33 Abs. 1 GWB zwischen verschiedenen Monopolsituationen differenziert und die Abs. 3, 3a Beurteilungskriterien enthalten. In der Praxis kann sich der Nachweis dieses Merkmals als problematisch erweisen.<sup>108</sup> Denn eine marktbeherrschende Stellung kann nicht ohne Weiteres aufgrund der Zugehörigkeit zur öffentlichen Hand angenommen werden.<sup>109</sup> Sie ist vielmehr für jede Vergabestelle im Einzelfall zu bestimmen.<sup>110</sup> Eine Hilfestellung bietet § 18 Abs. 4 GWB, nach dem eine marktbeherrschende Stellung bei einem Marktanteil von mindestens 40 Prozent vermutet wird. Darin liegt eine Beweislastumkehr zugunsten des anspruchstellenden Bieters im Zivilprozess.<sup>111</sup>

Gelingt der Nachweis der marktbeherrschenden Stellung, muss die Vergabestelle diese nach § 19 Abs. 1 GWB missbraucht haben. Beispiele für missbräuchliches Verhalten sind in § 19 Abs. 2 GWB genannt. Ist die verhängte Vergabesperre rechtswidrig<sup>112</sup>, begründet dies eine unbillige Behinderung sowie eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung des Bieters i.S.d. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB.<sup>113</sup> Für einen Verstoß muss die marktbeherrschende Stellung kausal für den wettbewerbsschädlichen Erfolg sein<sup>114</sup>, was auf eine rechtswidrige Vergabesperre regelmäßig zutreffen dürfte.

Die weitere Anspruchsvoraussetzung der Betroffenheit des Anspruchstellers nach § 33 Abs. 3 GWB ist bereits mit dem Ausschluss des Bieters von künftigen Vergabeverfahren erfüllt.

Will der Bieter die Beseitigung nach § 33 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GWB erreichen, bedarf es eines gegenwärtigen rechtswidrigen Zustandes.<sup>115</sup> Ein solcher wird bei einer rechtswidrigen Vergabesperre regelmäßig zu bejahen sein. Im Fall eines

Unterlassungsanspruchs muss dagegen entweder eine Erstbegehungs- oder eine Wiederholungsgefahr vorliegen. Letztere wird aufgrund eines begangenen Kartellrechtsverstoßes grundsätzlich vermutet<sup>116</sup>, kann aber durch die Vergabestelle widerlegt werden.

#### **bb) Anspruch aus §§ 33 i.V.m. 19, 20 GWB**

Über § 33 Abs. 1 GWB kann ferner ein Verstoß gegen die §§ 20 Abs. 1, 2, 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB zu einem Aufhebungs- bzw. Unterlassungsanspruch führen.

Diese erfordern den Missbrauch einer relativen Marktmacht der Vergabestelle.<sup>117</sup> Von einer solchen spricht man, soweit kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager von einem Unternehmen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf dritte Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen, § 20 Abs. 1 S. 1 GWB. Speziell für Anbieter von Leistungen trifft § 20 Abs. 1 S. 3 GWB eine Vermutung der Abhängigkeit<sup>118</sup>, soweit ein Nachfrager zusätzlich zu den verkehrsüblichen Preisnachlässen regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt. Greift die Vermutungsregel nicht, muss die Abhängigkeit eines Unternehmens danach bestimmt werden, ob für den Bieter ausreichende und zumutbare anderweitige Absatzmöglichkeiten existieren.<sup>119</sup> Wie auch im Rahmen von § 18 GWB ist dieses Merkmal für jede Vergabestelle im Einzelfall zu prüfen<sup>120</sup>, wobei sich in der Rechtsprechung eine Reihe von Fallgruppen herausgebildet haben.<sup>121</sup> Befindet sich der gesperrte Bieter demnach in einer sortimentsbedingten, unternehmensbedingten, mangelbedingten oder nachfragebedingten Abhängigkeit vom öffentlichen Auftraggeber<sup>122</sup>, muss die Vergabestelle diese Abhängigkeit unter den Voraussetzungen des § 19 Abs. 1, Abs. 2 GWB missbraucht haben.

Für die übrigen Voraussetzungen des § 33 Abs. 1 GWB, insbesondere der Wiederholungs- und Erstbegehungsgefahr,

<sup>107</sup> Lettl, Kartellrecht, 4. Aufl. 2017, § 9 Rn. 28.

<sup>108</sup> Prieß, Rechtsschutz und Ersatzansprüche nicht berücksichtigter Bieter, in: Ipsen (Hrsg.) Öffentliches Auftragswesen im Umbruch, 7. Bad Iburger Gespräche, 1997, 81 (90).

<sup>109</sup> Heiermann, in: FS Craushaar (Fn. 11), 99 (105).

<sup>110</sup> Emmerich, Zivilrechtliche Probleme des Ausschlusses von Bewerber, in: Deutsche Gesellschaft für Baurecht e. V. (Hrsg.), Seminar. Ausschluss von Unternehmen von der Teilnahme am Wettbewerb aus strafrechtlicher, verwaltungsrechtlicher sowie zivilrechtlicher Sicht, 1995, 27 (38).

<sup>111</sup> Wolf in: MüKo WettbR (Fn. 77), GWB § 18 Rn. 81; ähnlich Fuchs in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht. Bd. 4. Vergaberecht. Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, 6. Aufl. 2021, GWB § 18 Rn. 197.

<sup>112</sup> Etwa wegen fehlender Unzuverlässigkeit des Unternehmens oder wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, s. B.III.2.b).

<sup>113</sup> Krefßner (Fn. 13), S. 141; vgl. Gröning in: Motzke/Pietzcker/Prieß (Fn. 18), VOB/A, Syst. IV, Rn. 122.

<sup>114</sup> Fuchs in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 111), GWB § 19 Rn. 72; Lettl, KartellR (Fn. 107), § 9 Rn. 28.

<sup>115</sup> Lettl, KartellR (Fn. 107), § 11 Rn. 64.

<sup>116</sup> Bechtold/Bosch, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 33 Rn. 16; Franck in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 111), GWB § 33 Rn. 12.

<sup>117</sup> Vgl. Bechtold/Bosch, GWB (Fn. 116), § 20 Rn. 11.

<sup>118</sup> Lettl, KartellR (Fn. 107) § 9 Rn. 112; Markert in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 111), GWB § 20 Rn. 51 ff; s. zur umstrittenen Frage der Wirkung im Zivilprozess Westermann in: MüKo WettbR (Fn. 77), GWB § 20 Rn. 49 m.w.N.

<sup>119</sup> Lettl, KartellR (Fn. 107), § 9 Rn. 114.

<sup>120</sup> Krefßner (Fn. 13), S. 74.

<sup>121</sup> Vgl. zu diesen Westermann in: MüKo WettbR (Fn. 77), GWB § 20 Rn. 28 ff.

<sup>122</sup> Vgl. Bechtold/Bosch, GWB (Fn. 116), § 20 Rn. 30 ff.

gilt das zuvor Gesagte.<sup>123</sup> Bei Vorliegen aller Voraussetzungen kann der betroffene Bieter die Beseitigung der Vergabesperre oder ggf. Unterlassung verlangen.

## b) Zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen

### aa) Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (c. i. c.)

Als zivilrechtliche Anspruchsgrundlage für die Aufhebung einer rechtswidrigen Vergabesperre kommt die Haftung aus *culpa in contrahendo* nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB in Betracht.<sup>124</sup>

Das erforderliche vorvertragliche Schuldverhältnis i.S.d. § 311 Abs. 2 Nr. 1-3 BGB wird durch die Teilnahme des Bieters an einem konkreten Vergabeverfahren begründet.<sup>125</sup> Abhängig von der Verfahrensart kann es jeweils mit der Anforderung der Ausschreibungsunterlagen<sup>126</sup>, der Stellung eines Teilnahmeantrags<sup>127</sup> oder der Aufforderung zu Vertragsverhandlungen<sup>128</sup> entstehen.<sup>129</sup>

Fraglich ist, worin die Verletzung vorvertraglicher Pflichten bei der Verhängung einer Sperre zu sehen ist. Konkretisiert werden die vorvertraglichen Pflichten durch die bieterschützenden Vorschriften der Verdingungsordnungen.<sup>130</sup> Ursprünglich wurde angenommen, dass nur ein Verstoß gegen solche Vorschriften<sup>131</sup> zu einer vorvertraglichen Pflichtverletzung führt und bei aus sonstigen Gründen rechtswidrigen Vergabesperren kein Anspruch aus c. i. c. besteht.<sup>132</sup> Indes spricht Vieles dafür, das Vertrauen des Bieters nicht auf die Einhaltung der Vorschriften der Verdingungsordnungen zu beschränken, sondern auch auf die Einhaltung der sonstigen Normen über Vergabesperren außerhalb der Verdingungsordnungen auszudehnen. Denn bei der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ist es

naheliegend, dass der Bieter auf rechtmäßiges Vorgehen der Vergabestelle vertraut – erst recht, wenn es um einen dauerhaften Ausschluss geht. Folglich ist bei einer rechtswidrigen Vergabesperre zugleich von einer vorvertraglichen Pflichtverletzung auszugehen.<sup>133</sup>

Wird die Pflichtverletzung bejaht, muss die Vergabestelle diese auch nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu vertreten haben, also vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben. Das Vertretenmüssen wird grundsätzlich vermutet und dürfte im Fall der rechtswidrigen Sperre regelmäßig erfüllt sein.<sup>134</sup> Ein etwaiges Verschulden der Behördenbediensteten kann der Vergabestelle über § 278 BGB zugerechnet werden.<sup>135</sup> Dem Umfang nach ist der Anspruch aus c. i. c. nach § 249 Abs. 1 BGB auf Naturalrestitution gerichtet<sup>136</sup>, sodass die Aufhebung der rechtswidrigen Vergabesperre verlangt werden kann.<sup>137</sup>

### bb) Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 123 ff. GWB

Ein deliktischer Anspruch auf Aufhebung bzw. Unterlassung könnte aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 123 ff. GWB folgen.<sup>138</sup> Da dies die Anwendbarkeit der Vorschriften des GWB voraussetzt, kann ein solcher Anspruch nur für Verfahren oberhalb der Schwellenwerte wirken.<sup>139</sup>

Entscheidend ist hierfür die Frage, ob die §§ 123 ff. GWB als Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zu qualifizieren sind. Für die Vorschriften der Verdingungsordnungen wurde dies ursprünglich zwar abgelehnt. Doch seit der Reform des Vergaberechts ist die Schutznormqualität dieser Vorschriften nicht per se auszuschließen.<sup>140</sup> Die §§ 123 ff. GWB besitzen Gesetzesqualität und dienen jedenfalls auch dem Schutz der Bieter nach § 97 Abs. 6 GWB.<sup>141</sup> Sie kommen damit grundsätzlich als Schutzgesetze infrage.<sup>142</sup> Geht man hiervon aus, muss die Vergabestelle gegen sie verstoßen haben. Als problematisch erweist sich dabei, dass die

<sup>123</sup> C.II.1.a).aa).

<sup>124</sup> Opitz in: Burgi/Dreher (Fn. 10), GWB § 126 Rn. 20.

<sup>125</sup> BVerwGE 129, 9 (13f.); BGH NZBau 2011, 498 (499); KG Berlin NZBau 2012, 56 (59).

<sup>126</sup> Im Fall des offenen Verfahrens nach § 119 Abs. 3 GWB.

<sup>127</sup> Im Fall des nichtoffenen Verfahrens nach § 119 Abs. 4 GWB.

<sup>128</sup> Im Fall des Verhandlungsverfahrens nach § 119 Abs. 5 GWB.

<sup>129</sup> Zum Ganzen Kreßner (Fn. 13), S. 142, m.w.N.

<sup>130</sup> BGHZ 120, 281 (284 ff.); Emmerich, in: Seminar (Fn. 110), 27 (51); Heiermann, in: FS Craushaar (Fn. 11), 99 (113).

<sup>131</sup> Etwa §§ 7 ff. VOB/A n.F., §§ 17, 18 VOB/A n.F.

<sup>132</sup> So Emmerich, in: Seminar (Fn. 110), 50 (51 f.); Heiermann, in: FS Craushaar (Fn. 11), 99 (113 f.).

<sup>133</sup> So im Ergebnis auch Bornheim/Stockmann, Die neuen Vergabevorschriften – Sind auch private Auftraggeber zur europaweiten öffentlichen Vergabe von Bauaufträgen verpflichtet?, BB 1995, 577 (581 f.); ähnlich Kreßner (Fn. 13), S. 142 für Verstöße gegen die Verdingungsordnungen aufgrund einer Sperre.

<sup>134</sup> Kreßner (Fn. 13), S. 142.

<sup>135</sup> Kreßner (Fn. 13), S. 142; Motzke in: Motzke/Pietzcker/Prieß (Fn. 18), VOB/A, Syst. V Rn. 223.

<sup>136</sup> Vgl. Grüneberg in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 311 Rn. 54.

<sup>137</sup> Kreßner (Fn. 13), S. 143.

<sup>138</sup> Vgl. Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (890).

<sup>139</sup> Vgl. zur Problematik der Einordnung auch Kreßner (Fn. 13), S. 143 f.

<sup>140</sup> Vgl. Emmerich, in: Seminar (Fn. 110), 27 (51 f.); Heiermann, in: FS Craushaar (Fn. 11), 99 (114), die die Schutzgesetzqualität je nach Vorschrift differenziert beurteilen wollen.

<sup>141</sup> Vgl. OLG Karlsruhe BeckRS 2008, 21262.

<sup>142</sup> So auch Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (890).

§§ 123 ff. GWB nicht uneingeschränkt auf Vergabesperren anwendbar sind.<sup>143</sup> Sie bedürfen vielmehr einer differenzierten Betrachtung. Die §§ 123 ff. GWB sind dem Wesen nach auf den Einzelfallausschluss zugeschnitten. Lediglich § 126 GWB bezieht sich auf Vergabesperren und kann unmittelbar auf diese angewandt werden.<sup>144</sup> Insoweit ist ein Verstoß und damit eine Schutzgesetzverletzung möglich.<sup>145</sup> Dagegen erscheinen Verstöße gegen die übrigen Vorschriften mangels unmittelbarer Anwendbarkeit fernliegend.<sup>146</sup>

In der Konsequenz ist eine Schutzgesetzverletzung auf die Fälle einer gegen § 126 GWB verstößenden Vergabesperre beschränkt. In einer solchen Konstellation wird die erforderliche Rechtswidrigkeit durch den Verstoß indiziert.<sup>147</sup>

Aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1004 Abs. 1 BGB analog folgt nicht nur ein Beseitigungsanspruch, der die Aufhebung einer Sperre ermöglicht<sup>148</sup>, sondern auch ein Unterlassungsanspruch bezüglich künftiger Sperren.

#### **cc) Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG**

Weiterhin sind Ansprüche des Bieters aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG denkbar.<sup>149</sup> Ob Art. 3 Abs. 1 GG als Schutzgesetz herangezogen werden kann, wird unterschiedlich beurteilt. Teilweise wird eine solche Schutzgesetzqualität des allgemeinen Gleichheitssatzes abgelehnt.<sup>150</sup> Entscheidend für die konkrete Konstellation dürfte sein, ob eine unmittelbare Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand besteht.<sup>151</sup> Sofern man im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe eine solche annimmt, kommt auch Art. 3 Abs. 1 GG als mögliches Schutzgesetz infrage.<sup>152</sup> Als Gleichheitsgrundrecht dient Art. 3 Abs. 1 GG gerade dem Schutz der Grundrechtsträger, hier also des gesperrten Bieters.

Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG setzt eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem, die sachlich nicht

gerechtfertigt ist, voraus.<sup>153</sup> Anknüpfungspunkt für eine Ungleichbehandlung im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe ist eine bisherige Verwaltungspraxis<sup>154</sup>, von der im konkreten Fall abgewichen wird. Dies kann für den betroffenen Bieter zu Schwierigkeiten führen. Die Vergabestelle muss bereits eine Praxis zur Sperrung von Unternehmen in Verfahren entwickelt haben, was nicht immer der Fall ist.<sup>155</sup> Dass es nur wenige gesetzliche Vorgaben für Vergabesperren gibt, erschwert die Konkretisierung von Gleichbehandlungspflichten. Gibt es einschlägige Verwaltungsvorschriften, können diese eine Verwaltungspraxis zwar konkretisieren. Eine solche Praxis dürfte jedoch schwer nachzuweisen sein<sup>156</sup>, insbesondere bei bloß intern verhängten Sperren.

Gelingt der Nachweis dennoch, beschränkt sich die Prüfung der Rechtfertigung – jedenfalls bei geringer Intensität der Ungleichbehandlung – auf ein Willkürverbot.<sup>157</sup> Wenn die Vergabestelle also einen sachlichen Grund für ihre Abweichung von der Praxis darlegen kann, ist eine Verletzung ausgeschlossen.<sup>158</sup> Andernfalls kann der Bieter Beseitigung und Unterlassung gemäß § 823 Abs. 2 i.V.m. § 1004 Abs. 1 BGB analog verlangen.

#### **dd) Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den Grundfreiheiten**

Angesichts der Schutzgesetzqualität des Art. 3 GG ist zu klären, ob auch die unionsrechtlichen Grundfreiheiten<sup>159</sup> über § 823 Abs. 2 BGB zu Ansprüchen des Bieters führen können. Die Grundfreiheiten als solche vermitteln sog. derivative Teilhaberechte, die eine Gleichbehandlung von inländischen Bietern und den Bietern anderer Mitgliedstaaten fordern.<sup>160</sup> Angesichts dieser Schutzwirkung können sie grundsätzlich als Schutzgesetze i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB qualifiziert werden<sup>161</sup>, wobei die Schutzgesetzqualität im

<sup>143</sup> S. B.III.2.

<sup>144</sup> Anders aber Friton in: BeckOK VergabeR (Fn. 8), GWB § 126 Rn. 30.

<sup>145</sup> Spindler in: Beck-Online Grosskommentar. BGB (Stand: 1. 11. 2020), § 823 Rn. 382 m.w.N.

<sup>146</sup> Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (890).

<sup>147</sup> Vgl. Herrler in: Palandt (Fn. 136), § 823 Rn. 60.

<sup>148</sup> Krefßner (Fn. 13), S. 143.

<sup>149</sup> Vgl. KG Berlin BeckRS, 34806 Rn. 55.

<sup>150</sup> So Siegel, Das Haushaltsvergaberecht – Systematisierung eines verkannten Rechtsgebiets, VerwArch 107, 1 (18 f.).

<sup>151</sup> Vgl. OLG Stuttgart ZfBR 2002, 517 (518).

<sup>152</sup> So OLG Stuttgart ZfBR 2002, 517 (518 f.); vgl. auch Gabriel, Einflussnahme von Unternehmen auf öffentliche Auftragsvergaben: Persuasion, Kollusion oder Korruption?, VergabeR 2006, 173 (178). Offenlassend KG Berlin BeckRS 34806 Rn. 55.

<sup>153</sup> Kischel in: Beck'scher Online-Kommentar. Grundgesetz, 46. Edition (Stand: 15. 02. 2021), Art. 3 Rn. 14.

<sup>154</sup> Knöbl (Fn. 49), S. 35.

<sup>155</sup> Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (889).

<sup>156</sup> Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (889).

<sup>157</sup> Vgl. Kischel in: BeckOK GG (Fn. 153), Art. 3 Rn. 31.

<sup>158</sup> Vgl. BVerfGE 1, 14 (52); Knöbl (Fn. 49), S. 37.

<sup>159</sup> Je nach Art des öffentlichen Auftrags können unterschiedliche Grundfreiheiten einschlägig sein wie etwa die Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) oder die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV).

<sup>160</sup> Vgl. Knöbl (Fn. 49), S. 95 f.

<sup>161</sup> Bitterich, Vergabeverfahren und Bürgerliches Recht, 2013, S. 830 f.

Einzel Fall bestimmt werden muss.<sup>162</sup>

Als Vorfrage muss indes die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten untersucht werden. Denn ihr Anwendungsbereich ist sachlich beschränkt: Nur Vergabeverfahren von Binnenmarktrelevanz<sup>163</sup> ermöglichen die unmittelbare Anwendung der Grundfreiheiten. Erforderlich hierfür ist ein „eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse“ an einem öffentlichen Auftrag.<sup>164</sup> Der EuGH bestimmt dieses Merkmal nicht nur anhand der wirtschaftlichen Bedeutung des öffentlichen Auftrags, sondern stellt in einer funktional-qualitativen Betrachtung<sup>165</sup> auf Faktoren wie den Ort der Leistungserbringung oder die technischen Merkmale des Auftrags ab.<sup>166</sup> Die Einordnung eines öffentlichen Auftrags ist demnach eine Frage der Einzelfallumstände und trotz der tendenziell weiten Auslegung durch den EuGH mit einer gewissen Rechtsunsicherheit für Bieter verbunden.<sup>167</sup> Festzuhalten bleibt dennoch, dass es Bietern im Grundsatz möglich ist, sich im Rahmen von § 823 Abs. 2 BGB auf die Grundfreiheiten zu berufen.

#### ee) Anspruch aus § 826 BGB

Fraglich ist, ob dem betroffenen Bieter ein deliktischer Anspruch aus § 826 BGB zur Verfügung steht.

Der für den Anspruch erforderliche Schaden erfasst jede nachteilige Einwirkung auf die Vermögenslage<sup>168</sup> und erfasst damit anders als § 823 BGB auch den Verlust bloßer Erwerbchancen.<sup>169</sup> Auf den ersten Blick erscheint diese Haftung für den Bieter vorteilhaft. Denn durch den Ausschluss von künftigen Vergabeverfahren werden dem Bieter die Chancen auf Zuschlagserteilung, also Erwerbchancen, entzogen, was für einen Vermögensschaden in diesem Sinne genügt.

Allerdings bereitet das Merkmal der Sittenwidrigkeit Probleme.<sup>170</sup> Entsprechend dem Begriff in § 138 BGB fällt darunter ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden

verstößt.<sup>171</sup> Schon die Abstraktheit dieser Formel weist auf die Schwierigkeit hin, die Sittenwidrigkeit einer rechtswidrigen Vergabesperre erfolgreich darzulegen. Auch kann nicht per se von der Rechtswidrigkeit des Handelns auf die Sittenwidrigkeit geschlossen werden.<sup>172</sup> Praktisch dürfte dieser Anspruch daher nur Ausnahmefälle erfassen<sup>173</sup>, in denen eine Sperre mit besonders gravierenden Folgen willkürlich verhängt wurde.

Im Übrigen muss die Vergabestelle mit Schädigungsvorsatz gehandelt haben, wofür *dolus eventualis* genügt.<sup>174</sup> Davon, dass die Vergabestelle den Vermögensschaden des Bieters zumindest billigend in Kauf nimmt, wird bei einer sittenwidrigen Sperre auszugehen sein.

Handelt es sich in dem Ausnahmefall um eine sittenwidrige Schädigung, erfasst der Anspruch nach § 826 i.V.m. § 1004 BGB analog die Beseitigung bzw. Unterlassung der Sperre.

#### ff) Anspruch aus § 823 Abs. 1 i.V.m. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Ein Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung könnte ferner aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb herzuleiten sein.<sup>175</sup> Dieses ist als sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB anerkannt.<sup>176</sup>

#### (1) Subsidiarität

Die Anwendung dieses Rechts wird indes durch seinen Charakter als Auffangtatbestand eingeschränkt.<sup>177</sup> Nach ständiger Rechtsprechung kann nur darauf zurückgegriffen werden, soweit keine abschließenden spezielleren Regelungen einschlägig sind.<sup>178</sup> Ein Rückgriff auf § 823 Abs. 1 BGB ist ausgeschlossen, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs, der den Sachverhalt abschließend regelt, nicht erfüllt sind.

Als *leges speciales* kommen zunächst die kartellrechtlichen

<sup>162</sup> Bitterich, Vergabeverfahren (Fn. 161), S. 831.

<sup>163</sup> Ausführlich zum Kriterium der Binnenmarktrelevanz im Vergabeverfahren Meister, In dubio pro Binnenmarktrelevanz? Mehr Transparenz im Unterschwellenbereich – auch bei geringem Auftragswert, NZBau 2015, 757 ff.

<sup>164</sup> EuGH NZBau 2015, 377 (383).

<sup>165</sup> Begriff nach Prieß, Was heißt und welchem Zweck dient das „grenzüberschreitende Interesse“?, NZBau 2015, 57 (58).

<sup>166</sup> Vgl. EuGH NVwZ 2008, 766 (768); NZBau 2015, 377 (381); s. insoweit auch die Mitteilung der Europäischen Kommission vom 1.8.2006, Dok. 2006/C179/02.

<sup>167</sup> Meister (Fn. 163), NZBau 2015, 757 (760).

<sup>168</sup> RGZ 79, 55 (58); BGHZ 179, 344 (347); Sprau in: Palandt (Fn. 136), § 826 Rn. 3.

<sup>169</sup> OLG Frankfurt a.M. NZG 2009, 222 (223); OLG Saarbrücken NJW-RR 1987, 500.

<sup>170</sup> Vgl. Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (889).

<sup>171</sup> BGHZ 10, 228 (232); Sprau in: Palandt (Fn. 136), § 826 Rn. 4.

<sup>172</sup> Vgl. BGHZ 22, 167 (180); BGH NJW 2017, 2613 (2613).

<sup>173</sup> Vgl. auch Bitterich, Vergabeverfahren (Fn. 162), S. 823 f. zur geringen praktischen Bedeutung des § 826 BGB im Sekundärrechtsschutz.

<sup>174</sup> BGH NJW 1951, 596 (597 f.); Förster in: Beck'scher Online-Kommentar. BGB, 57. Edition (Stand: 01. 02. 2021), § 826 Rn. 32.

<sup>175</sup> Vgl. Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423 (426).

<sup>176</sup> Sprau in: Palandt (Fn. 136), § 823 Rn. 20.

<sup>177</sup> Vgl. BGHZ 59, 30 (34); 65, 325 (328); 105, 346 (350); Sack, Die Subsidiarität des Rechts am Gewerbebetrieb, VersR 2006, 1001 (1003) m.w.N.

<sup>178</sup> BGHZ 69, 128 (138f.); Spindler in: BeckOGK BGB (Fn. 145), § 823 Rn. 213.

Ansprüche aus §§ 33, 18 ff. GWB infrage. Diese stehen Bietern in Verfahren oberhalb der Schwellenwerte zur Verfügung, setzen aber eine marktbeherrschende oder -starke Stellung der Vergabestelle voraus. Besteht eine solche, sind die kartellrechtlichen Ansprüche gegenüber § 823 Abs. 1 BGB vorrangig, andernfalls ist noch an die allgemeinen zivilrechtlichen Ansprüche zu denken.

Wie gezeigt dürfte die Haftung aus c. i. c. im laufenden Vergabeverfahren in der Regel zum Erfolg führen, soweit die Beseitigung einer Sperre begehrt wird. Dann bleibt für einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB kein Raum. Dagegen vermittelt die c. i. c. keinen Unterlassungsanspruch bzgl. drohender Vergabesperren. Ein solcher lässt sich zwar prinzipiell aus dem Deliktsrecht herleiten, doch auch hier gibt es Grenzen: So kann § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 123 ff. GWB nur in Verfahren oberhalb der Schwellenwerte und nur bei Verstößen gegen § 126 GWB<sup>179</sup> wirken. Dieser Anspruch ist somit weder im Unterschwellenbereich gegenüber § 823 Abs. 1 BGB vorrangig, noch bei Vergabesperren, die aus anderen Gründen rechtswidrig sind. Die Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG und § 826 BGB sind nicht vergleichbar eingeschränkt, enthalten aber hohe Anforderungen hinsichtlich der notwendigen Schutzgesetzverletzung bzw. der sittenwidrigen Schadenszufügung.<sup>180</sup> Fraglich ist, ob darin gegenüber § 823 Abs. 1 BGB abschließende Regelungen für drohende Vergabesperren zu sehen sind.

Dagegen spricht, dass es dem betroffenen Bieter bei dieser Annahme an einer effektiven Rechtsschutzmöglichkeit fehlen würde.<sup>181</sup> So begegnet der Nachweis einer Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG praktischen Schwierigkeiten. Noch seltener dürfte Sittenwidrigkeit nach § 826 BGB vorliegen. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die in den sonstigen Fällen bestehende Rechtsschutzlücke der Intention des Gesetzgebers entspricht.<sup>182</sup>

Im Ergebnis muss der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB daher zur Verfügung stehen, wenn Bieter im laufenden Vergabe-

verfahren die Unterlassung künftiger Vergabesperren im Unterschwellenbereich fordern. Soweit dagegen die spezielleren Ansprüche des Kartellrechts oder des Zivilrechts hinreichenden Rechtsschutz bieten, ist § 823 Abs. 1 BGB nicht anwendbar.

## (2) Betriebsbezogener Eingriff

Inhaltlich bedarf die erforderliche Rechtsverletzung eines betriebsbezogenen Eingriffs in den Gewerbebetrieb des Bieters.<sup>183</sup> Die relevante Verletzungshandlung muss sich dabei gerade gegen den Betrieb als solchen und seine Organisation richten.<sup>184</sup> Nicht ausreichend sind bloß mittelbare Beeinträchtigungen<sup>185</sup> und solche, die vom Betrieb ablösbare Rechtspositionen betreffen.<sup>186</sup>

Ob eine rechtswidrige Vergabesperre einen betriebsbezogenen Eingriff begründet, bedarf der Klärung. Die Frage könnte generell zu verneinen sein<sup>187</sup>, wenn aufgrund einer Vergabesperre allein Erwerbs- und Gewinnchancen des Bieters betroffen wären. Diese genießen als solche keinen Schutz durch § 823 Abs. 1 BGB.<sup>188</sup> Ein Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch würde ausscheiden.

Demgegenüber könnte ein betriebsbezogener Eingriff aufgrund einer rechtswidrigen Vergabesperre zumindest möglich sein.<sup>189</sup> Es käme dann auf die weiteren Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB an.

Stellt man auf die wirtschaftlichen Auswirkungen von Vergabesperren ab, führen diese zum Ausschluss von gegenwärtigen bzw. künftigen Verfahren. Der gesperrte Bieter kann einen möglichen Zuschlag nicht mehr erhalten und verliert dadurch primär eine bloße Erwerbchance. Allerdings erschöpfen sich die Auswirkungen einer Sperre darin nicht. Vielmehr kann sie auch die Reputation des Bieters und seine gegenwärtigen Geschäftsbeziehungen nachhaltig beeinflussen.<sup>190</sup> Insoweit bietet sich eine Differenzierung nach der Art der Sperre<sup>191</sup> an. Koordinierte Vergabesperren sind in ihrer Wirkung mit Boykottaufrufen vergleichbar<sup>192</sup>, welche grundsätzlich als Fallgruppe

<sup>179</sup> Der Anspruch ist also auf Fälle nach § 126 GWB überlanger Sperren beschränkt.

<sup>180</sup> Vgl. Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 885 (889).

<sup>181</sup> Vgl. Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (890) für sämtliche zivilrechtliche Ansprüche.

<sup>182</sup> Vgl. Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (890 f.).

<sup>183</sup> Krefßner (Fn. 13), S. 144; vgl. Sack (Fn. 177), VersR 2006, 1001 (1009).

<sup>184</sup> BGHZ 29, 65 (72); 55, 153 (161).

<sup>185</sup> Spindler in: BeckOGK BGB (Fn. 145), § 823 Rn. 207.

<sup>186</sup> BGHZ 29, 65 (74); 86, 152 (156); OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2017, 108580 Rn. 29.

<sup>187</sup> Ähnlich Krefßner (Fn. 13), S. 144 für einfache Vergabesperren.

<sup>188</sup> Sprau in: Palandt (Fn. 136), § 823 Rn. 11.

<sup>189</sup> So BGH NJW 1977, 628 (629); OLG Koblenz, NVwZ-RR 1989, 182; Bitterich, Vergabeverfahren (Fn. 162), S. 824; Emmerich, in: Seminar (Fn. 110), 27 (53); Heiermann, in: FS Craushaar (Fn. 11), 99 (115); Knöbl (Fn. 49), S. 92; Schnorbus, Der Schadensersatzanspruch des Bieters bei der fehlerhaften Vergabe öffentlicher Aufträge, BauR 1999, 77 (82); Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423 (426). Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (891). Von der Möglichkeit eines Eingriffs ausgehend KG Berlin NZBau 2012, 56 (59).

<sup>190</sup> Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 885 (891).

<sup>191</sup> Zur Typisierung der Sperren s. B.II.1.

<sup>192</sup> Krefßner (Fn. 13), S. 144.

betriebsbezogener Eingriffe anerkannt werden.<sup>193</sup> Die erheblichen wirtschaftlichen Einbußen legen einen Eingriff zumindest bei koordinierten Sperren nahe.<sup>194</sup> Doch auch eine einfache Sperre dürfte die Gefahr der Stigmatisierung bergen. Verfestigt sich der Eindruck, ein Bieter sei unzuverlässig, ist zu erwarten, dass sich dessen Geschäftspartner abwenden. Insbesondere für kleinere Unternehmen, die nur über einen geringen Kundenstamm verfügen, kann dies existenzbedrohend sein.

Ein mögliches Indiz für die Eingriffsbestimmung ist ferner der Wille des Schädigenden.<sup>195</sup> Dieser ist im Fall einer Sperre darauf gerichtet, die Vergabe öffentlicher Aufträge an den konkreten Bieter künftig zu verhindern. Damit verbunden ist eine Einschränkung des Rechts des Bieters auf Teilnahme am Vergabeverfahren.<sup>196</sup> Der Ausschluss von der öffentlichen Auftragsvergabe als solcher ist damit keine bloße Nebenfolge der Sperre. Auswirkungen auf die Geschäftsbeziehungen des Bieters dürften zwar nicht von der Vergabestelle gewollt sein. Mit ihnen dürfte aber zumindest dann zu rechnen sein, wenn die Vergabestelle ihre Entscheidung publik macht.

Es stellt sich schließlich die Frage, worin die Funktion des Merkmals der Betriebsbezogenheit liegt. Mit ihm sollen Fälle vom Schutz des § 823 Abs. 1 BGB ausgenommen werden, in denen Unternehmen von einem Schaden nicht anders betroffen sind als gewöhnliche Verkehrsteilnehmer.<sup>197</sup> Davon ist indes bei einer rechtswidrigen Vergabesperre nicht auszugehen. Sie ist eo ipso auf die unternehmerische Tätigkeit des Bieters bezogen, sei es auch nur auf einen Teilbereich. Der Schutz vor einer rechtswidrigen Sperre entspricht daher dem Schutzzweck des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

In der Gesamtschau erscheint es sachgerecht, bei einer drohenden rechtswidrigen Vergabesperre von einem betriebsbezogenen Eingriff i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB auszugehen. Dies muss angesichts der intensiveren Wirkung erst recht für koordinierte Sperren gelten.

### (3) Weitere Anspruchsvoraussetzungen

Zu den weiteren Voraussetzungen des Anspruchs aus § 823 Abs. 1 BGB zählen die haftungsbegründende Kausalität, die

Rechtswidrigkeit sowie das Vertretenmüssen. Die Rechtswidrigkeit wird anders als in den übrigen Fällen des § 823 Abs. 1 BGB nicht indiziert, sondern setzt eine umfassende Güter- und Interessenabwägung voraus.<sup>198</sup> Zu berücksichtigen ist hierbei neben den betroffenen Grundrechten des Bieters<sup>199</sup> die Rechtswidrigkeit der fraglichen Vergabesperre.<sup>200</sup> Im Ergebnis dürfte das Interesse des Bieters an der Teilnahme am Vergabeverfahren bei einer drohenden rechtswidrigen Vergabesperre das Interesse der Vergabestelle am Bestand der Sperre überwiegen.<sup>201</sup> Rechtsfolge bei Bejahung aller Voraussetzungen ist der quasinegatorische Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch aus § 823 Abs. 1 i.V.m. § 1004 Abs. 1 BGB analog.<sup>202</sup>

### (4) Zwischenergebnis

In bestimmten Konstellationen – namentlich der drohenden Verhängung einer rechtswidrigen Vergabesperre im laufenden Verfahren unterhalb der Schwellenwerte – liefern die übrigen zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen keinen ausreichenden Rechtsschutz. Dann ist an einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu denken. Dessen Schutzwirkung eignet sich für die Situation eines Bieters, dem eine Sperre droht. Im Übrigen, d.h. wenn die speziellen kartellrechtlichen oder zivilrechtlichen Ansprüche einschlägig sind, bleibt für § 823 Abs. 1 BGB kein Raum.

## 2. Prozessuale Durchsetzung

Bei Bestehen materiell-rechtlicher Ansprüche des Bieters stellt sich die Frage, auf welchem Wege er sie erfolgreich durchsetzen kann.

### a) Unterscheidung nach Erreichen der Schwellenwerte

Für den Rechtsschutz gegen eine Sperre im Rahmen eines laufenden Vergabeverfahrens kann an die Ausschlusswirkung in diesem Verfahren angeknüpft werden. In dieser Konstellation ist für die Bestimmung des einschlägigen Rechtsbehelfs die Unterscheidung nach den Schwellenwerten des § 106 GWB maßgeblich. Sind die Schwellenwerte überschritten und die Vorschriften des GWB daher

<sup>193</sup> Vgl. Sprau in: Palandt (Fn. 136), § 823 Rn. 143.

<sup>194</sup> So auch Kreßner (Fn. 13), S. 144.

<sup>195</sup> Vgl. BGHZ 69, 128 (139); 90, 113 (123); Kritisch dazu Förster in: BeckOK BGB (Fn. 174), § 823 Rn. 186.

<sup>196</sup> Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (881). Dieses Recht soll auch für Vergaben im hier relevanten Unterschwellenbereich bestehen.

<sup>197</sup> Wagner in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 369.

<sup>198</sup> BGHZ 45, 296 (307); BGH NJW 2005, 2766 (2770); Förster in: BeckOK BGB (Fn. 174), § 823 Rn. 188; Wagner in: MüKo BGB (Fn. 197), § 823 Rn. 370.

<sup>199</sup> Zur Eingriffswirkung der Vergabesperre siehe unter B.III.1.

<sup>200</sup> Vgl. BGH NZBau 2020, 609 (611); Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (892).

<sup>201</sup> Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (892).

<sup>202</sup> Kreßner (Fn. 13), S. 145.

auf das fragliche Vergabeverfahren anwendbar, kann der Bieter ausschließlich im Wege des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens (§§ 155 ff. GWB) gegen die Sperre vorgehen.<sup>203</sup> Es kommt dabei nicht auf den genauen Zeitpunkt der Verhängung an, d.h. der Bieter kann auch solche Sperren überprüfen lassen, die noch vor Beginn des laufenden Vergabeverfahrens ausgesprochen wurden.<sup>204</sup> Unterhalb der Schwellenwerte steht das Nachprüfungsverfahren Bieter nicht offen. Ihnen bleibt nur der vorläufige Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten<sup>205</sup> und ferner eine Gegenvorstellung bei der Vergabestelle sowie ggf. eine Dienstaufsichtsbeschwerde.<sup>206</sup>

### b) Die Wirkung der Entscheidung im Nachprüfungsverfahren

Die Vergabekammer besitzt eine umfassende Prüfungs-kompetenz und prüft sowohl vergaberechtliche Vorschriften als auch zivil- und kartellrechtliche Ansprüche.<sup>207</sup> Im Fall eines erfolgreichen Nachprüfungsantrags ist jedoch fraglich, welche Reichweite die Entscheidung über eine rechtswidrige Sperre hat. Teilweise wird vertreten, dass die Aufhebung einer Sperre nicht über das laufende Vergabeverfahren hinausgeht.<sup>208</sup> Demgegenüber sollte nach dem Zeitpunkt der Verhängung differenziert werden: Sperren, die erst im laufenden Vergabeverfahren verhängt werden, können vollständig aufgehoben, früher verhängte Sperren dagegen nur für im laufenden Vergabeverfahren nicht anwendbar erklärt werden<sup>209</sup> und müssten somit gesondert angegriffen werden.<sup>210</sup> Für letztere Position spricht die Regelung des § 168 Abs. 1 S. 1, 2 GWB<sup>211</sup>, nach der die Vergabekammer die geeigneten Maßnahmen trifft, um Rechtsverletzungen zu beseitigen und „an die Anträge nicht gebunden“ ist.

### III. Primärrechtsschutz außerhalb von Vergabeverfahren

Neben der soeben dargestellten Konstellation kann es vorkommen, dass sich Unternehmen außerhalb eines laufenden Vergabeverfahrens gegen eine Vergabesperre wehren möchten. Die Unterschiede, die hierbei gegenüber An-

sprüchen im laufenden Verfahren auftreten, sollen kurz dargestellt werden, ebenso die Spezifika der Rechtsweg-eröffnung.

#### 1. Ansprüche gegen rechtswidrige Vergabesperren

Keine wesentlichen Änderungen ergeben sich für die kartellrechtlichen Ansprüche aus §§ 33 i.V.m. 18 ff. GWB. Es sind die gleichen Anforderungen an die marktbeherrschende bzw. marktstarke Stellung der Vergabestelle<sup>212</sup> zu beachten.

Anders verhält es sich mit dem Aufhebungsanspruch aus c. i. c.: Ein vorvertragliches Schuldverhältnis kann ohne Teilnahme des Unternehmens an einem konkreten Vergabeverfahren nicht angenommen werden<sup>213</sup>, sodass dieser Anspruch ausscheidet.

Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 126 GWB können ebenfalls außerhalb laufender Vergabeverfahren geltend gemacht werden, da § 126 GWB gerade unabhängig von einzelnen Vergabeverfahren für Vergabesperren gelten soll.<sup>214</sup> Gleiches gilt für die weiteren deliktischen Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB sowie § 826 BGB, für die sich außerhalb von Vergabeverfahren keine zusätzlichen rechtlichen Hürden ergeben. Zu beachten ist aber, dass in tatsächlicher Hinsicht erforderliche Rechts- bzw. Rechtsgutsverletzungen möglicherweise noch schwerer darzulegen sind als in einem laufenden Vergabeverfahren. Insbesondere das schwer fassbare Kriterium der Binnenmarktrelevanz dürfte rein abstrakt für künftige Vergabeverfahren noch schwerer zu bestimmen sein, und auch die ohnehin schwer nachweisbare Sittenwidrigkeit einer Sperre wird ohne einen Bezug zu einem konkreten Auftrag äußerst selten vorliegen.

Angesichts des Wegfalls der Haftung aus c. i. c. können wiederum Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB an Bedeutung gewinnen. Denn die Subsidiarität gegenüber der c. i. c. für Ansprüche auf Beseitigung einer bestehenden Sperre besteht außerhalb eines Verfahrens<sup>215</sup> nicht mehr. Insoweit besteht wegen des fehlenden vorvertraglichen Schuldverhältnisses ein größerer Bedarf nach effektivem Rechts-

<sup>203</sup> KG Berlin NZBau 2004, 345; Krefßner (Fn. 13), S. 137; Ohrtmann in: Byok/Jaeger, VergabeR (Fn. 44), § 126 Rn. 17.

<sup>204</sup> Krefßner (Fn. 13), S. 137. Vgl. auch Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423 (425), der insoweit von einer Inzidentprüfung ausgeht.

<sup>205</sup> Krefßner (Fn. 13), S. 139. Zur Frage der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs gegen Vergabesperren siehe C. III. 2.

<sup>206</sup> Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423 (425).

<sup>207</sup> Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423 (425).

<sup>208</sup> So Wolters/Voss (Fn. 15), VergabeR 2020, 884 (887).

<sup>209</sup> So auch Krefßner (Fn. 13), S. 138.

<sup>210</sup> Siehe zum Rechtsschutz außerhalb eines Vergabeverfahrens C.III.2.

<sup>211</sup> Vgl. Krefßner (Fn. 13), S. 138 zu § 114 I GWB a.F.

<sup>212</sup> Siehe hierzu C.II.1.a), b).

<sup>213</sup> KG Berlin BeckRS 2019, 34806 Rn. 46; NZBau 2012, 56 (59); Krefßner (Fn. 13), S. 142.

<sup>214</sup> S. B.III.2.

<sup>215</sup> Im laufenden Vergabeverfahren kann die Beseitigung einer verhängten Sperre bereits aus c. i. c. verlangt werden, s. C.II.1.cc).

schutz, dem durch die Auslegung des betriebsbezogenen Eingriffs entsprochen werden kann.

## 2. Prozessuale Durchsetzung

Grundlegend anders als im laufenden Vergabeverfahren gestaltet sich die prozessuale Durchsetzung dieser Ansprüche. Nach § 156 Abs. 2 GWB können Ansprüche, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, nur vor den Vergabekammern geltend gemacht werden. Daraus folgt, dass das Nachprüfungsverfahren nur für solche Ansprüche eröffnet ist, die zumindest einen Bezug zu einem konkreten Vergabeverfahren haben.<sup>216</sup> Außerhalb eines Vergabeverfahrens kann eine Vergabesperre mithin nicht nach §§ 155 ff. GWB überprüft werden.<sup>217</sup> In diesem Fall bestimmt sich der einschlägige Rechtsweg nach den §§ 40 VwGO, 13 GVG.<sup>218</sup> Da Vergabesperren in aller Regel zivilrechtlicher Natur sind,<sup>219</sup> wird der ordentliche Rechtsweg und nur im Ausnahmefall der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein.<sup>220</sup>

## IV. Sekundärrechtsschutz

Unabhängig vom Ersuchen von Primärrechtsschutz kann es für gesperrte Unternehmen von Interesse sein, Schadensersatz von der öffentlichen Hand zu verlangen. Die Anspruchsgrundlagen, die ihnen dafür zur Verfügung stehen, korrespondieren weitgehend mit denen des Primärrechtsschutzes.<sup>221</sup>

Ein besonderer kartellrechtlicher Schadensersatzanspruch folgt aus § 33a Abs. 1 GWB, der unter den Voraussetzungen des Abwehranspruchs aus § 33 GWB greift. Daneben bestehen die allgemeinen zivilrechtlichen Ansprüche aus §§ 823 Abs. 1, 2, 826 BGB sowie aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB.<sup>222</sup> Die Haftung aus *c. i. c.* setzt wie auch im Primärrechtsschutz ein laufendes Vergabeverfahren voraus.<sup>223</sup> Der Haftungsumfang der genannten Ansprüche erfasst grundsätzlich das positive Interesse, also den entgangenen Gewinn (§ 252 BGB).<sup>224</sup> Für den Haftungserfolg ist

regelmäßig das Merkmal der haftungsausfüllenden Kausalität ausschlaggebend.<sup>225</sup> Abzustellen ist hierbei auf die hypothetische Zuschlagserteilung, d.h. das Unternehmen muss darlegen, dass es den Zuschlag ohne die rechtswidrige Sperre tatsächlich erhalten hätte.<sup>226</sup> Der Nachweis dürfte oft praktische Schwierigkeiten bereiten.<sup>227</sup>

Eine weitere Anspruchsgrundlage steht Unternehmen mit § 181 GWB zur Verfügung. Dieser Anspruch ist auf den Ersatz des Vertrauensschadens, also des negativen Interesses beschränkt<sup>228</sup> und ermöglicht die Kostenerstattung für die Teilnahme am Vergabeverfahren. Voraussetzung ist nach § 181 GWB, dass der Bieter eine „echte Chance“ auf die Zuschlagserteilung gehabt hätte. Die Anforderungen an die echte Chance sind umstritten<sup>229</sup>, wobei der BGH zu einer restriktiven Auslegung neigt.<sup>230</sup>

Schließlich ist noch an Amtshaftungsansprüche aus § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG zu denken.<sup>231</sup> Allerdings dürfte es für diese meist an einer hoheitlichen Tätigkeit der Vergabestelle fehlen.<sup>232</sup>

## V. Zwischenfazit zu C

Von einer rechtswidrigen Vergabesperre betroffene Unternehmen können auf ein ausdifferenziertes Anspruchssystem zurückgreifen. Rechtliche Schutzlücken, die sich aus der besonderen Natur der kartellrechtlichen Ansprüche und der Haftung aus *c. i. c.* ergeben, können prinzipiell mit den allgemeineren zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen aufgefangen werden. Dies betrifft insbesondere die Beschränkungen der *c. i. c.* auf die Geltendmachung eines laufenden Vergabeverfahrens und auf die Beseitigung bestehender rechtswidriger Sperren. Insoweit stellen die Ansprüche des allgemeinen Deliktsrechts adäquate Mittel dar, um einen umfassenden Rechtsschutz zu erreichen. Von wesentlicher Bedeutung ist der Anspruch aus einer Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, dem eine Auffangfunktion im Rechtsschutzsystem der Auftragsvergabe zukommt. Schließlich

<sup>216</sup> Dittmann in: Ziekow/Völlink (Fn. 77), § 156 Rn. 14.

<sup>217</sup> LG Düsseldorf BeckRS 2007, 05522; KG Berlin NZBau 2012, 56 (57); Wimmer (Fn. 25), S. 132.

<sup>218</sup> Kreßner (Fn. 13), S. 140; Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423 (426f.).

<sup>219</sup> Siehe zur Rechtsnatur B.I.

<sup>220</sup> Vgl. BVerwGE 5, 325; OLG Frankfurt a.M. WuW 1997, 335; Kaufmann in: Pünder/Schellenberg (Fn. 46), GWB § 126 Rn. 36; Opitz in: Burgi/Dreher (Fn. 10), GWB § 126 Rn. 20.

<sup>221</sup> Kreßner (Fn. 13), S. 147.

<sup>222</sup> Kreßner (Fn. 13), S. 147.

<sup>223</sup> Kreßner (Fn. 13), S. 147.

<sup>224</sup> Kreßner (Fn. 13), S. 147; Motzke in: Motzke/Pietzcker/Prieß (Fn. 18), VOB/A, Syst. V, Rn. 241, 294.

<sup>225</sup> Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423 (426f.).

<sup>226</sup> Motzke in: Motzke/Pietzcker/Prieß (Fn. 18), VOB/A, Syst. V, Rn. 241; Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423 (426).

<sup>227</sup> Ausführlich dazu Kreßner (Fn. 13), S. 149 ff.

<sup>228</sup> Antweiler in: Burgi/Dreher (Fn. 10), GWB § 181 Rn. 23.

<sup>229</sup> Vgl. Lösch in: Ziekow/Völlink (Fn. 77), GWB § 181 Rn. 20; Kreßner (Fn. 13), S. 148 f. zu § 126 GWB a.F.

<sup>230</sup> Vgl. Gröning in: MüKo WettbR (Fn. 77), GWB § 181 Rn. 13.

<sup>231</sup> Vgl. Sterner (Fn. 10), NZBau 2001, 423 (426).

<sup>232</sup> Motzke in: Motzke/Pietzcker/Prieß (Fn. 18), VOB/A, Syst. V, Rn. 300.

bieten die untersuchten Anspruchsgrundlagen die Möglichkeit, Schadensersatz zu fordern. Dass dies unabhängig vom Primärrechtsschutz möglich ist, stärkt die Position rechtswidrig gesperrter Unternehmen.

Dieses begrüßenswerte Rechtsschutzsystem vermag indes in der Praxis nicht immer zum Erfolg bei der prozessualen Durchsetzung führen. Denn es ist festzustellen, dass bei einer Reihe von Anspruchsvoraussetzungen Nachweisschwierigkeiten auftreten können. Dieses Problem ist nicht etwa auf fehlende rechtliche Ausgestaltung zurückzuführen, sondern auf fehlende Tatsachenkenntnis der betroffenen Unternehmen. Auf diesen Umstand können die Unternehmen nur bedingt Einfluss nehmen, da die Kenntnis vom Ablauf eines Sperrverfahrens davon abhängt, wie die Vergabestellen die Vergabesperre in der Praxis handhaben. Das unter Abschnitt B. behandelte Fehlen umfassender gesetzlicher Regelungen und die damit verbundene Rechtsunsicherheit der Beteiligten tragen hierzu bei.

## D. Das neue Wettbewerbsregister und seine Auswirkungen auf Vergabesperren

### I. Das Wettbewerbsregistergesetz

#### 1. Entstehungsgeschichte

Am 29.07.2017 ist das Gesetz zur Einrichtung und zum Betrieb eines Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen in Kraft getreten<sup>233</sup>, welches an die Stelle der Abfrage- und Registrierpflichten öffentlicher Auftraggeber nach SchwarzArbG, ArbEntG, MiLoG und der GewO tritt.<sup>234</sup> Das darin vorgesehene Wettbewerbsregister beendet damit vorerst eine rund 20 Jahre lang geführte Diskussion über die Einführung eines bundeseinheitlichen Korruptionsregisters<sup>235</sup> und ersetzt die bisherigen Register einzelner Länder.<sup>236</sup> Deren unterschiedliche Ausgestaltung und die damit verbunde-

ne uneinheitliche Rechtslage<sup>237</sup> wurde als unbefriedigend empfunden.<sup>238</sup> Dennoch scheiterten mehrere frühere Gesetz- und Referentenentwürfe in der 15., 16. und 17. Wahlperiode.<sup>239</sup>

### 2. Korruptionsvermeidung und Wettbewerbsschutz als Regelungszwecke

Das Ziel des WRegG besteht zum einen in der „wirksamen Bekämpfung und Prävention von Wirtschaftskriminalität“.<sup>240</sup> Versteht man Korruption als „Angriff auf die sachgerechte Aufgabenerfüllung durch eine regelwidrige Austauschbeziehung zwischen Geber und Nehmer“<sup>241</sup>, zeigt sich, dass die öffentliche Auftragsvergabe nach wie vor einen korruptionssensiblen Bereich darstellt.<sup>242</sup>

Darüber hinaus soll das WRegG den fairen Wettbewerb um öffentliche Aufträge schützen.<sup>243</sup> Insoweit beschränkt sich die Zweckrichtung nicht auf die bloße Korruptionsvermeidung.<sup>244</sup> Vielmehr geht es dem Gesetzgeber darum, dass öffentliche Aufträge nur an solche Unternehmen vergeben werden, die keine erheblichen Rechtsverstöße begangen haben.<sup>245</sup>

Erreicht werden soll dies mit einer erleichterten Bereitstellung von Informationen über Ausschlussgründe i.S.d. §§ 123, 124 GWB an öffentliche Auftraggeber, vgl. § 1 Abs. 2 WRegG. Denn bislang erwies sich die Prüfung von Ausschlussgründen gegen Unternehmen für Vergabestellen oft als praktisch schwierig.<sup>246</sup> Gründe hierfür können fehlende Erkenntnisse oder die Abhängigkeit von externen Informationsquellen (etwa Eigenerklärungen der Unternehmen oder Auszüge aus anderen Registern) sein.<sup>247</sup>

### II. Das Konzept des neuen Wettbewerbsregisters

#### 1. Der Status quo

Vergabestellen waren bislang bei der Prüfung von Ausschlussgründen darauf verwiesen, auf Informationen aus

<sup>233</sup> BGBl. I S. 2739; im Folgenden: Wettbewerbsregistergesetz (WRegG).

<sup>234</sup> Ohrtmann in: Byok/Jaeger (Fn. 44), § 126 Rn. 20; Schaller, Neues Register zum Schutz des öffentlichen Wettbewerbs, LKV 2017, 440 (440).

<sup>235</sup> Meixner, Wettbewerbsregistergesetz: Korruptionsprävention im Vergabeverfahren, DVBl. 2018, 215 (217).

<sup>236</sup> Fülling/Freiberg, Das neue Wettbewerbsregister, NZBau 2018, 259 (260).

<sup>237</sup> Siehe hierzu Fülling (Fn. 4), S. 59 ff.

<sup>238</sup> Meixner (Fn. 235), DVBl. 2018, 215 (217).

<sup>239</sup> S. zu den früheren Einführungsversuchen BT-Drs. 16/9780, S. 4, sowie Burgi, VergabeR (Fn. 1), § 16 Rn. 36a und Kreßner (Fn. 13), S. 161 f.

<sup>240</sup> BT-Drs. 18/12051, S. 16.

<sup>241</sup> Stoye (Fn. 41), S. 7.

<sup>242</sup> Vgl. BKA, Bundeslagebild (Fn. 4), S. 22 f. Gleichwohl ist festzustellen, dass der Anteil am Gesamtwert erlangter Vorteile von 2018 auf 2019 um fast 50 % zurückgegangen ist, s. BKA, aaO., S. 23.

<sup>243</sup> BT-Drs. 18/12051, S. 16.

<sup>244</sup> Fülling unterscheidet begrifflich zwischen „Korruptionsregistern im Wortsinn“ und zentralen Vergaberegistern, s. Fülling (Fn. 4), S. 27.

<sup>245</sup> Pfannkuch, Das bundesrechtliche Wettbewerbsregistergesetz – Überblick und Bedeutung im Vergabeverfahren, ZfBR 2018, 342 (342).

<sup>246</sup> Vgl. Diederichs, Das Wettbewerbsregister – eine erste Betrachtung, VergabeR 2018, 623 (623); Wolters, Das Gesetz zur Einführung eines Wettbewerbsregisters, KriPoZ 2017, 244 (244).

<sup>247</sup> Meixner (Fn. 235), DVBl. 2018, 215 (218); vgl. Wirth, Das neue Wettbewerbsregister, CCZ 2018, 181 (181).

Bundeszentralregister (BZR), Gewerbezentralregister (GZR) und ggf. den Landesregistern zurückzugreifen.<sup>248</sup> Abgesehen von der fraglichen Vergleichbarkeit landesrechtlicher Einträge enthalten das BZR und das GZR jeweils nur einen eingeschränkten Informationswert bzgl. der von Unternehmen begangenen Rechtsverstöße.<sup>249</sup>

Mit dem neuen Wettbewerbsregister erfolgt eine Bündelung der relevanten Informationen beim Bundeskartellamt als Registerbehörde, vgl. § 1 Abs. 1 WRegG. Seine Einrichtung war ursprünglich bis 2020 vorgesehen.<sup>250</sup> Sie steht jedoch derzeit noch aus, da die in § 11 WRegG vorgesehene Verordnung über den Betrieb des Wettbewerbsregisters (WRegVO) noch nicht in Kraft getreten ist.<sup>251</sup> Geplant ist nun, dass das Register Anfang 2021 seinen Betrieb aufnimmt.<sup>252</sup> Bis dahin sind die im WRegG enthaltenen Melde- und Abfragepflichten nicht anwendbar, vgl. § 12 Abs. 1 WRegG.

## 2. Die Regelungen des WRegG im Überblick

### a) Die Eintragung und ihre Voraussetzungen

Zentrale Vorschriften des WRegG sind die §§ 2 und 3, die die Voraussetzungen und den Inhalt einer Eintragung bestimmen. Der Katalog der Eintragungsvoraussetzungen in § 2 WRegG<sup>253</sup> umfasst einerseits rechtskräftige strafgerichtliche Verurteilungen und Strafbefehle, die in jedem Fall zu einer Eintragung führen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1a) – e)). Bei diesen Tatbeständen handelt es sich um Korruptionsdelikte, Steuerdelikte und andere, besonders schwere Straftaten. Sie begründen zugleich einen zwingenden Ausschluss vom Vergabeverfahren nach § 123 GWB.<sup>254</sup> Daneben sind Rechtsverstöße aufgeführt, die erst ab einem bestimmten Strafmaß bzw. einer bestimmten Bußgeldhöhe zu einem Registereintrag führen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 WRegG) und den bisherigen Rechtsverstößen in § 150a GewO entsprechen.<sup>255</sup>

chen.<sup>255</sup>

Bei Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen des § 2 WRegG unterliegt die Registerbehörde einer Eintragungspflicht.<sup>256</sup> Welche Informationen sie über das Unternehmen zu speichern hat, regelt § 3 Abs. 1 WRegG. Zu beachten ist vor einer Eintragung die Pflicht der Registerbehörde zur Anhörung des betroffenen Unternehmens nach § 5 Abs. 1 WRegG und dessen Anspruch auf Auskunftserteilung über den Registerinhalt in § 5 Abs. 2 S. 1 WRegG.

### b) Löschung von Eintragungen und Selbstreinigung

§ 7 Abs. 1 WRegG regelt abhängig von der jeweiligen Eintragungsvoraussetzung nach § 2 WRegG Fristen von drei bzw. fünf Jahren, innerhalb derer eine Eintragung zwingend zu löschen ist. Der Gesetzgeber knüpft damit erkennbar an die Vorschrift des § 126 GWB an,<sup>257</sup> der die zulässige Höchstdauer für Vergabesperren regelt. Nach erfolgter Löschung eines Eintrags darf der der Eintragung zugrundeliegende Rechtsverstoß nicht mehr in Vergabeverfahren verwertet werden, wie Abs. 2 statuiert.

Von dieser Löschung von Amts wegen ist die vorzeitige Löschung wegen Selbstreinigung des Unternehmens in § 8 WRegG zu unterscheiden. Die Löschung erfolgt auf Antrag des Unternehmens, soweit dieses eine erfolgreiche Selbstreinigung nachweisen kann. Es handelt sich dabei um Maßnahmen zur Wiederherstellung der Integrität des Unternehmens und zur Verhinderung der Begehung künftiger Rechtsverstöße.<sup>258</sup> Das WRegG verweist insoweit auf die §§ 123 Abs. 4 S. 2, 125 GWB, in denen Selbstreinigungsmaßnahmen<sup>259</sup> aufgeführt sind.

## III. Konsequenzen für die Verhängung von Vergabesperren

Der Zweck des WRegG, faire Wettbewerbsbedingungen bei der öffentlichen Auftragsvergabe zu schaffen, und der weitgehend fehlende gesetzliche Rahmen für die Verhän-

<sup>248</sup> Vgl. Wirth (Fn. 247), CCZ 2018, 181 (181).

<sup>249</sup> So erfasste das BZR nur natürliche Personen, vgl. § 5 I Nr. 1 BZRG, während das GZR keine Zurechnungsvorschriften enthält, Wirth (Fn. 247), CCZ 2018, 181 (181).

<sup>250</sup> Vgl. BT-Drs. 18/12051, S. 23.

<sup>251</sup> Diese soll unter anderem die technischen und organisatorischen Voraussetzungen des Registers regeln, vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 1 WRegG. Der jüngste Verordnungsentwurf der Bundesregierung vom 20.01.2021 ist auf der Internetseite des BMWi einsehbar, <https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/verordnung-ueber-den-betrieb-des-registers-zum-schutz-des-wettbewerbs-um-oeffentliche-auftraege-und-konzessionen.html> (Abruf v. 14.03.2021).

<sup>252</sup> So die Mitteilung auf der Internetseite des BKartA, Das Wettbewerbsregister beim Bundeskartellamt, [https://www.bundeskartellamt.de/DE/Wettbewerbsregister/WettbewReg\\_node.html](https://www.bundeskartellamt.de/DE/Wettbewerbsregister/WettbewReg_node.html) (Abruf v. 14.03.2021).

<sup>253</sup> Für eine ausführliche Darstellung der Eintragungstatbestände s. Rieder/Damman de Chaptó, Das neue Wettbewerbsregister beim Bundeskartellamt – ein Anlass für noch mehr Compliance?, NZKart 2018, 8 (8ff.).

<sup>254</sup> Filling/Freiberg (Fn. 236), NZBau 2018, 259 (261).

<sup>255</sup> Wolters (Fn. 246), KriPoZ 2017, 244 (246).

<sup>256</sup> Meixner (Fn. 235), DVBl. 2018, 215 (218).

<sup>257</sup> Vgl. BT-Drs. 18/12051, S. 31; Diederichs (Fn. 246), VergabeR 2018, 623 (627); Pfannkuch (Fn. 245), ZfBR 2018, 342 (344).

<sup>258</sup> Schaller (Fn. 234), LKV 2017, 440 (445).

<sup>259</sup> Eingehend zu diesen Horn/Götz (Fn. 14), EuZW 2018, 13, (13 ff.).

gung von Vergabesperren lassen vermuten, dass sich das neue Wettbewerbsregister auf die Sperrpraxis auswirken wird. In welchem Ausmaß Vergabestellen bei ihrer Entscheidung über Sperren beeinflusst oder gar gebunden werden, ist jedoch genauer zu untersuchen. Differenziert werden muss zwischen den Rechtsfolgen einer Eintragung und ihren faktischen Wirkungen.<sup>260</sup>

### 1. Die eigenverantwortliche Entscheidung der Vergabestelle

Rechtsfolgen einer Registereintragung könnten grundsätzlich ein automatischer Ausschluss oder eine automatische Vergabesperre des Unternehmens von den Vergabeverfahren eines Auftraggebers sein.<sup>261</sup> Dieses Szenario hat der Gesetzgeber bei Erlass des WRegG auch erwogen, letztlich jedoch abgelehnt.<sup>262</sup> Stattdessen entscheiden nach seiner Wertung Auftraggeber<sup>263</sup> in eigener Verantwortung über den Ausschluss eines Unternehmens, § 6 Abs. 5 WRegG. Die Eintragung soll die Entscheidung über den Ausschluss also gerade nicht vorwegnehmen<sup>264</sup>, und berührt auch nicht die subjektiven Rechte der Unternehmen im Vergabeverfahren.<sup>265</sup> Vielmehr betrifft sie allein das Rechtsverhältnis zwischen verschiedenen Stellen der öffentlichen Verwaltung,<sup>266</sup> indem sie bestimmte Abfragepflichten begründet.<sup>267</sup> Mangels einer rechtlichen Außenwirkung liegt es daher nahe, die Eintragung als reinen Realakt zu qualifizieren.<sup>268</sup>

Gleichwohl ist davon auszugehen, dass sich eine Eintragung in tatsächlicher Hinsicht auf die Entscheidungen von Vergabestellen auswirkt. Jedenfalls eine Eintragung wegen eines nach § 123 GWB zwingenden Ausschlussgrundes dürfte regelmäßig zu einem Ausschluss oder einer Sperre führen.<sup>269</sup> Unter dem Stichwort „schwarze Liste“<sup>270</sup> stößt das Wettbewerbsregister in diesem Zusammenhang auch auf Kritik.<sup>271</sup> Sofern der Begriff weit ausgelegt wird und

reine Melde- und Informationsstellen für die öffentliche Hand erfasst,<sup>272</sup> trifft dies auch auf das Wettbewerbsregister zu.<sup>273</sup> Indes kann keine Rede von einer unmittelbaren Bindungswirkung für Ausschlussentscheidungen sein. Schließlich liegt auch die Gefahr einer öffentlichen „Prangerwirkung“<sup>274</sup> fern, da Registereinträge nicht öffentlich einsehbar sind.<sup>275</sup>

### 2. Abfragepflichten des öffentlichen Auftraggebers

Trotz der soeben festgestellten Unabhängigkeit von Registereintragung und Ausschluss im Vergabeverfahren bleiben Eintragungen für die Vergabestellen nicht ohne Folgen. Von besonderer Bedeutung sind die nach dem WRegG bestehenden Abfragepflichten und Abfragebefugnisse der öffentlichen Auftraggeber i.S.d. § 99 GWB.<sup>276</sup>

§ 6 Abs. 1 WRegG ordnet eine zwingende Abfrage des Registers vor Zuschlagserteilung bei einem Auftragswert ab 30.000 Euro an. Dieser Wert ist geringer als die Schwellenwerte des GWB und erfasst mithin auch Verfahren im Unterschwellenbereich. Unterhalb dieses Wertes liegt die Abfrage im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers<sup>277</sup>, vgl. § 6 Abs. 2 Nr. 1 WRegG.

### 3. Zwingende Berücksichtigung von Eintragungen?

Muss die Vergabestelle demnach ab einem bestimmten Auftragswert das Wettbewerbsregister konsultieren, stellt sich die Frage, ob auf diese Weise nicht doch eine mittelbare Bindungswirkung erreicht wird. Eine solche könnte dadurch entstehen, dass die Vergabestelle die Eintragungen bei ihrer Ausschlussentscheidung zwingend zugrunde zu legen hat.<sup>278</sup> Diese Annahme wird insbesondere durch den Umkehrausschluss aus § 7 Abs. 2 WRegG gestützt<sup>279</sup>, wonach gelöschte Eintragungen nicht mehr berücksichtigt werden dürfen. Sie vermag jedoch nichts an der Grundsatzentscheidung zu ändern, nach der die Vergabestelle

<sup>260</sup> Vgl. Fülling (Fn. 4), S. 34 ff.

<sup>261</sup> Wimmer (Fn. 25), S. 122.

<sup>262</sup> Vgl. BT-Drs. 18/12051, 18, 31.

<sup>263</sup> Und damit wiederum Vergabestellen, die für die Verhängung von Vergabesperren zuständig sind.

<sup>264</sup> Diederichs (Fn. 246), VergabeR 2018, 623 (625).

<sup>265</sup> Fülling/Freiberg (Fn. 236), NZBau 2018, 259 (262); vgl. Wimmer (Fn. 25), S. 131 für Vergaberegister im allgemeinen.

<sup>266</sup> Fülling/Freiberg (Fn. 236), NZBau 2018, 259 (262).

<sup>267</sup> S. zu diesem sogleich unter D.III.2.

<sup>268</sup> Fülling/Freiberg (Fn. 236), NZBau 2018, 259 (262). Vgl. auch Wimmer (Fn. 25), S. 132.

<sup>269</sup> Meixner (Fn. 235), DVBl. 2018, 215 (220); Pfannkuch (Fn. 245), ZfBR 2018, 342 (345); Schaller (Fn. 234), LKV 2017, 440 (444); vgl. ferner BT-Drs. 18/12051, S. 31.

<sup>270</sup> Siehe zur Terminologie Fülling (Fn. 4), S. 25; Stoye (Fn. 41), S. 11 f.

<sup>271</sup> Seeliger/Gürer, Das neue Wettbewerbsregister – ein Überblick aus kartellrechtlichem Blickwinkel, BB 2017, 1731 (1731).

<sup>272</sup> So wohl auch Stoye (Fn. 41), S. 11 f.

<sup>273</sup> Anders Fülling/Freiberg (Fn. 236), NZBau 2018, 259 (262), die die Einordnung als „schwarze Liste“ ablehnen.

<sup>274</sup> Seeliger/Gürer (Fn. 271), BB 2017, 1731 (1731).

<sup>275</sup> Fülling/Freiberg (Fn. 236), NZBau 2018, 259 (262).

<sup>276</sup> Vgl. Meixner (Fn. 235), DVBl. 2018, 215 (220); Pfannkuch (Fn. 245), ZfBR 2018, 342 (345).

<sup>277</sup> Schaller (Fn. 234), LKV 2017, 442 (444); Wolters (Fn. 246), KriPoZ 2017, 244 (251).

<sup>278</sup> So Diederichs (Fn. 246), VergabeR 2018, 623 (625).

<sup>279</sup> Diederichs (Fn. 246), VergabeR 2018, 623 (625).

eigenverantwortlich entscheidet: In welchem Umfang sie eine Eintragung berücksichtigt, ist Teil ihres Entscheidungsspielraums. Sie ist auch bei vorliegenden Eintragungen nicht zu einer Vergabesperre gezwungen.<sup>280</sup>

Einen Sonderfall stellt die Entscheidung der Registerbehörde über Löschungen von Amts wegen und vorzeitige Löschungen dar. In beiden Konstellationen dürfen gelöschte Eintragungen nach § 7 Abs. 2 WRegG nicht mehr zum Nachteil der Unternehmen verwertet werden. Hier entfaltet eine Entscheidung der Registerbehörde ausnahmsweise Bindungswirkung<sup>281</sup> – in dieser Konstellation zugunsten des Unternehmens. Umgekehrt bindet eine ablehnende Entscheidung über einen Löschungsantrag den Auftraggeber nicht, § 7 Abs. 2 S. 2 WRegG.

#### IV. Rechtsschutz

Das WRegG sieht in § 11 als Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Registerbehörde die Beschwerde zum nach § 171 Abs. 3 GWB zuständigen Vergabesenat des OLG Düsseldorf vor.<sup>282</sup> Es handelt sich hierbei um eine abdrängende Sonderzuweisung i.S.d § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.

#### E. Gesamtbetrachtung und Ausblick

Das neue Wettbewerbsregister ist Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, bei der öffentlichen Auftragsvergabe für mehr Transparenz zu sorgen und den Auftraggebern den Ausschluss unzuverlässiger Unternehmen von ihren Vergabeverfahren zu erleichtern. Auch wenn sich der Gesetzgeber bewusst gegen einen Automatismus von Registereintragung und Vergabesperre entschieden hat, schafft das WRegG zumindest die Voraussetzungen dafür, dass Vergabestellen von etwaigen Rechtsverstößen frühzeitig Kenntnis erhalten und diese bei ihren Entscheidungen berücksichtigen können. Es ist gleichwohl zu begrüßen, dass die Entscheidung über eine Vergabesperre nicht präjudiziert wird. Denn auf diese Weise verbleiben Raum für zusätzliche Ermessenserwägungen im Vergabeverfahren und verschiedene Ansatzpunkte für Rechtsschutzersuchen der Unternehmen. Inwieweit sich die öffentlichen Auftraggeber in der Praxis auf die Eintragungen stützen, bleibt abzuwarten.

Letzteres ist vor dem Hintergrund sinnvoll, dass die rechtlichen Vorgaben für die Verhängung von Vergabesperren selbst lückenhaft sind. Denn die damit verbundenen Rechtsunsicherheiten wirken sich auf die Sperrpraxis aus

und erschweren es betroffenen Unternehmen, einzelne Anspruchsvoraussetzungen nachzuweisen. Das für sich genommen ausdifferenzierte Anspruchssystem büßt aufgrund dieser Nachweisprobleme an Effektivität ein. Hier wäre es zu begrüßen, wenn der Gesetzgeber zeitnah durch eine umfassende Regelung der Vergabesperre Abhilfe schafft.

#### ANMERKUNGEN

In Ihrer Arbeit setzen Sie sich umfassend mit Vergabesperren, den Rechtsschutzmöglichkeiten sowie dem Wettbewerbsregister auseinander. Der Aufbau ist sinnvoll und stimmig gewählt. In Ihrer Einleitung führen Sie souverän zum Thema Ihrer Untersuchung hin und geben einen Überblick über den weiteren Verlauf der Arbeit. Es gefällt, dass Sie anschließend zunächst eine Begriffsklärung vornehmen und sodann die Vergabesperre im System des Vergaberechts einordnen (B.I.1 u. 2.). Hierbei fällt u.a. positiv auf, dass Sie auf das Fehlen einer Legaldefinition hinweisen, eine Definition aus der Literatur nennen sowie die Vergabesperre von einem vergaberechtlichen Ausschluss im Sinne des § 123 GWB abgrenzen (B.I.1). Sie erklären ferner in verständlicher Weise die verschiedenen Arten von Vergabesperren (B.II.).

Die Überleitung zu den rechtlichen Vorgaben für die Verhängung von Vergabesperren (B.III.) überzeugt. Sie weisen hier kurz auf die Bedeutung der rechtlichen Einordnung für die Ausgestaltung des Rechtsschutzes hin. Im Folgenden geben Sie zunächst die verschiedenen Ansichten zur Frage, ob eine Rechtsgrundlage für die Erteilung der Vergabesperre erforderlich ist, wieder und schließen mit einer eigenen Stellungnahme. Die Darstellung der Ansichten erfolgt inhaltlich zutreffend, wenn auch knapp. Die eigene Stellungnahme ist argumentativ ausführlicher und überzeugend.

Allerdings können die folgenden Ausführungen unter B.III.2. nicht in derselben Weise überzeugen. Sie verneinen, dass eine Norm aus VOB und VgV als Rechtsgrundlage in Betracht kommt, ohne den Grund hierfür zu nennen. Ferner werfen Sie die Frage auf, ob die §§ 126 i.V.m. 123 f. GWB als Rechtsgrundlage heranzuziehen sind und verneinen dies. Sie stellen dann fest: „Überzeugender erscheint daher eine analoge Anwendung der §§ 126 i.V.m. 123, 124 GWB.“, wobei Sie in der eingefügten Fußnote schreiben „Es muss ein-

<sup>280</sup> Wie wahrscheinlich es ist, dass eine Vergabestelle wegen besonderer Umstände trotz Eintragung zwingender Ausschlussgründe von einem Ausschluss absieht, wird die Praxis zeigen müssen.

<sup>281</sup> Schaller (Fn. 234), LKV 2017, 442 (446); Wirth (Fn. 247), CCZ 2018, 181 (182); Wolters (Fn. 246), KriPoZ 2017, 244 (251).

<sup>282</sup> Wolters (Fn. 246), KriPoZ 2017, 244 (251).

geräumt werden, dass Bedenken hinsichtlich der Planwidrigkeit der Regelungslücke bestehen.“ (B.III.2.). Sie führen hier leider nicht aus, weshalb eine analoge Anwendung in Betracht kommt und gehen nicht auf die Voraussetzungen für eine Analogie im Einzelnen ein, obwohl sich aus Ihrer Fußnote ergibt, dass Bedenken bestehen, ob die Voraussetzungen einer Analogie erfüllt sind. Hier hätten Sie sich (argumentativ) mit den Voraussetzungen einer Analogie auseinandersetzen müssen. Es wird auch nicht deutlich, ob Sie somit als Rechtsgrundlage auf §§ 126 i.V.m. 123 f. GWB analog zurückgreifen.

Sie sprechen in B.III.2.b) aa) von einer Vergaberechtsnovelle, nennen aber nicht deren Zeitpunkt.

Ihre Ausführungen zu den verfahrensrechtlichen Anforderungen unter B.III.2.bb) überzeugen nicht, da Sie nicht deutlich genug darstellen, warum eine analoge Anwendung der Vorschriften des VwVfG in Betracht kommt. Ihren Einleitungssatz hierzu, dass die Vergabesperre rechtsstaatlichen Bindungen unterliegt, hätten Sie argumentativ unterfüttern bzw. begründen sollen – u.a. deshalb, weil Sie zuvor unter B.III.1 die verschiedenen Meinungen zur rechtlichen Natur der Vergabesperre dargestellt haben.

Sie widmen sich anschließend (C.I.-V.) dem Rechtsschutz und den Rechtsschutzmöglichkeiten der Unternehmen. Es gefällt, dass Sie auf den Primär- und den Sekundärrechtsschutz (C.I.II, u. III.) eingehen und nach der Erteilung der Vergabesperre während des laufenden Vergabeverfahrens und außerhalb von Vergabeverfahren unterteilen (C.II. u. III.). Hinsichtlich des Primärrechtsschutzes nennen Sie die relevanten Anspruchsgrundlagen aus dem öffentlichen Recht und aus dem Zivilrecht und leiten diese verständlich her. Im Rahmen jeder Anspruchsgrundlage prüfen Sie die relevanten Voraussetzungen und legen nachvollziehbar dar, an welchen Stellen es zu Umsetzungsschwierigkeiten (z.B. die Schwierigkeit der Darlegung oder des Beweises) kommen kann. Leider zitieren Sie im Rahmen der zivilrechtlichen Ansprüche die Ansprüche aus § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB nicht im Zusammenhang mit § 1004 Abs. 1 BGB, sondern nennen diesen nur als Rechtsfolge. § 1004 Abs. 1 BGB ist aber Anspruchsgrundlage. Sie prüfen detailliert und zutreffend, dass das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verletzt sein kann und gehen hierbei umfassend auf die grundsätzliche Subsidiarität des Auffangtatbestands ein sowie dessen Anspruchsvoraussetzungen. Ferner widmen Sie sich der prozessualen Durchsetzung und stellen diese korrekt dar. Auch die in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen im Sekundärrechtsschutz werden (knapp) behandelt.

Anschließend stellen Sie das 2017 in Kraft getretene WRegG dar, gehen auf dessen wesentliche Zielsetzung ein und stellen überblicksartig die Regelungen des Gesetzes dar (D.I.). Sie widmen sich dem Wettbewerbsregister und erörtern die Konsequenzen für die Verhängung von Vergabesperren (D.III.). Hier gefällt, dass Sie darstellen, dass die Eintragung in das Wettbewerbsregister keine unmittelbare Bindungswirkung für eine Vergabesperre oder eine Ausschlussentscheidung hat, ihm jedoch eine faktische Wirkung zukommt. In einer Gesamtbetrachtung und einem Ausblick (E.) fassen Sie die wesentlichen Ergebnisse zutreffend und präzise zusammen.

Ihre Arbeit überzeugt in weiten Teilen. Sie arbeiten verständlich heraus, was Vergabesperren sind und gehen umfassend auf die Rechtsschutzmöglichkeiten ein. Hier erörtern und prüfen Sie die in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen zutreffend. An einigen Stellen sind Ihre Ausführungen jedoch unvollständig, nicht begründet genug oder argumentativ zu dünn. Die Darstellungen zum Wettbewerbsregister gefallen.

In Anbetracht dessen wird Ihre Arbeit bewertet mit 12 Punkten (vollbefriedigend).