

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Einführung	1
A. Ausgangslage	1
B. Aufgabenstellung und Gang der Untersuchung	4
Kapitel 1: Begriff und Ursachen	7
A. Was bezeichnet man als „De-facto-Vergabe“?	7
I. Begriffsumschreibung	7
II. Andere Begrifflichkeiten und Kritik	10
III. Stellungnahme zu den Begrifflichkeiten	12
B. Wirtschaftliche Bedeutung und Rechtsrahmen des Vergaberechts	14
C. Ursache und Motivation für De-facto-Vergaben	16
D. Formen der De-facto-Vergabe	20
I. Typische Rechtsfehler, die zu De-facto-Vergaben führen	20
II. Zeitliches Stadium	25
III. Beteiligtenkreis	25
Kapitel 2: Primärrechtsschutz gegen De-facto-Vergaben	29
A. Kenntnis von Direktvergaben	30
B. Subjektive Rechtsverletzung bei De-facto-Vergabe	31
C. Zeitliche Grenzen für die Nachprüfung einer De-facto-Vergabe	32
I. „Laufendes Verfahren“ zur Auftragsvergabe	33
II. Beginn des Verfahrens in Fällen der De-facto-Vergabe	35
III. Ende des Verfahrens bei De-facto-Vergaben	38
D. Vertragswirksamkeit bei De-facto-Vergaben	38
I. Bisherige Auffassungen zur Vertragswirksamkeit bei De-facto-Vergaben	39
1. Nichtigkeit nach § 138 BGB	39
a. Objektive Sittenwidrigkeit	40
b. Sittenwidrigkeit aufgrund Gesamtwürdigung	40
c. Anknüpfungspunkte für subjektive Elemente bei De-facto- Vergaben	42
d. Stellungnahme	47
2. Nichtigkeit nach § 13 S. 6 VgV a.F. (analog)	49
a. Unmittelbare Anwendbarkeit auf die Fälle der De-facto-Vergabe	49
b. Fälle mit der Möglichkeit einer analogen Anwendung (BGH)	52
c. Stellungnahme	55

3.	Nichtigkeit nach § 134 BGB i.V.m §§ 97 Abs. 1, 101 GWB	62
a.	Die ablehnenden Meinungen	63
b.	Die ein Verbotsgesetz bejahenden Auffassungen	64
c.	Stellungnahme	66
4.	Nichtigkeit nach § 134 BGB i.V.m. Art. 107 Abs. 1, 108 Abs. 3 AEUV	67
II.	Rechtsslage nach Inkrafttreten des VergabeModG vom 20.4.2009	70
1.	Unwirksamkeit nach § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB n.F.	70
a.	Verstoß	73
b.	Feststellung	74
2.	Befristung des Antragsrechts	76
a.	Früherer Lösung (Verwirkung)	76
b.	Befristung nach § 101 b Abs. 2 GWB n.F.	77
c.	Stellungnahme	78
III.	Zusammenfassung zur Vertragswirksamkeit	81
E.	Konkretes Auftragsinteresse bei De-facto-Vergabe	82
F.	Präklusionsregelungen/Rügeobliegenheit	84
G.	Zwischenergebnis zum Primärrechtsschutz	84
 Kapitel 3: De-facto-Vergabe als Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht		87
A.	Die Fortwirkungsrechtsprechung des EuGH	89
I.	EuGH – „Abwasservertrag Bockhorn und Abfallentsorgung Braunschweig“	89
II.	EuGH – „Müllentsorgungsdienste“	92
III.	EuGH – „Donauwald“ und „Müllentsorgung Landkreis Friesland“	93
B.	Die gemeinschaftsrechtliche Beendigungspflicht	94
I.	Auffassungen in Rechtsprechung und Lehre	95
II.	Auffassung des EuGH – „Abfallentsorgung Braunschweig II“	97
1.	Zulässigkeit	100
2.	Begründetheit	101
C.	Stellungnahme zur EuGH-Rechtsprechung	103
I.	Zur Fortwirkungsrechtsprechung im Vergaberecht	103
II.	Zur Beendigungspflicht als Folgenbeseitigung	105
1.	Umfang der Folgenbeseitigungspflicht	105
2.	Stadium der Vertragserfüllung	108
3.	Interessenabwägung bei Folgenbeseitigung	110
4.	Abwägungsrelevante Aspekte	111
a.	Effet utile	112
b.	Art und Laufzeit des Vertrags	115
c.	Auftragsrestwert	117
d.	Rechtssicherheit und Vertrauenssschutz	118
e.	Abschreckung	120
f.	Zwischenergebnis Interessenabwägung	120

5. Vertragsbeendigung auch bei anderen Verstößen?	121
6. Zwischenergebnis	122
III. Anknüpfungspunkt für eine Beendigungspflicht	123
1. Ursprung der Beendigungspflicht	123
2. Abhilfeaufforderung der Kommission	125
3. Abhilfeaufforderung einer nationalen Aufsichtsbehörde	127
Kapitel 4: Zivilrechtliche Folgen bei Verstoß gegen vergaberechtliche	
Ausschreibungspflicht	131
A. Nichtigkeit/Unwirksamkeit von Verträgen bei De-facto Vergaben	131
I. Rechtsfolgen der Nichtigkeit nach § 13 S. 6 VgV a.F. (analog)	131
1. Direkter Anwendungsbereich	133
2. Anwendungsbereich bei De-facto-Vergabe	135
II. Rechtsfolge der Unwirksamkeit nach § 101b Abs. 1 GWB	138
III. Rechtsfolgen der Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB	140
IV. Rechtsfolgen der Nichtigkeit nach § 134 Abs. 1 BGB i.V.m Art. 108 Abs. 3 AEUV ..	142
V. Ergebnis	144
B. Die Beendigung von wirksamen, aber vergaberechtswidrigen Verträgen	145
I. Leistungsverweigerungsrecht	146
1. Unmöglichkeit	147
2. Unzumutbarkeit	149
II. Rechtliche Grundlagen für eine Kündigung	150
1. Vertragliches Kündigungsrecht	150
2. Auslegung von vertraglichen Anpassungsklausel	150
a. Entscheidung des LG München I	151
b. Stellungnahme	155
3. § 313 Abs. 3 S. 2 BGB – Wegfall der Geschäftsgrundlage	156
a. Verhältnis zu § 314 BGB	156
b. Geschäftsgrundlage	157
c. Risikoverteilung	159
d. Eintritt von Änderungen der Geschäftsgrundlage	160
e. Unzumutbarkeit	161
4. § 314 Abs. 1 BGB – Kündigung aus wichtigem Grund	162
5. § 649 S. 2 BGB analog	166
6. Zwischenergebnis	166
C. Haftungsfolgen bei De-facto Vergaben	167
I. Haftung im Falle einer Unwirksamkeit/Nichtigkeit	167
II. Haftung bei Vertragskündigung	169
Fazit	171
Literaturverzeichnis	175