



Daseinsvorsorge und öffentliches Beschaffungswesen nach dem Lissabonner Vertrag

Daseinsvorsorge und öffentliches Beschaffungswesen nach dem Lissabonner Vertrag

2. Münchener Kolloquium
zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht
Forschungsstelle für das Recht der
Europäischen Integration an der
LMU München

Herausgegeben von
Dr. Marc Bungenberg, LL.M., Professor
Dr. Peter M. Huber, Professor
Dr. Rudolf Streinz, Professor



RICHARD BOORBERG VERLAG
STUTT GART • MÜNCHEN
HANNOVER • BERLIN • WEIMAR • DRESDEN

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über www.dnb.de abrufbar.

ISBN 978-3-415-04571-2

E-ISBN 978-3-415-04992-5

© Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, 2011
Scharrstraße 2
70563 Stuttgart
www.boorberg.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Thomas Schäfer, www.schaefer-buchsatz.de
Druck und Verarbeitung: e. kurz + co druck und medientechnik gmbh,
Kernerstraße 5, 70182 Stuttgart

Inhaltsverzeichnis

Einführung	7
<i>Professor Dr. Marc Bungenberg, LL.M. und Professor Dr. Peter M. Huber sowie Professor Dr. Rudolf Streinz</i>	
Möglichkeiten und Grenzen effizienter Daseinsvorsorge durch Auftragsvergabe im Unionsrecht	15
<i>Professor Dr. Jürgen Kühling, LL.M., Universität Regensburg</i>	
Auswirkungen des Lissabonner Vertrages auf die Daseinsvorsorge . . .	27
<i>Dr. Joachim Wuermeling, LL.M., Staatssekretär a. D.</i>	
Das Protokoll über die Dienste von allgemeinem Interesse und seine Auswirkungen auf das öffentliche Wettbewerbsrecht	35
<i>Prof. Dr. Frank Schorkopf, Universität Göttingen</i>	
Kommentar zu den Auswirkungen des Protokolls über Dienste von allgemeinem Interesse auf Daseinsvorsorge und Vergaberecht	49
<i>Dr. Kay Ruge, Deutscher Landkreistag</i>	
Unionsrechtliche und EMRK-Grundrechtsschutzverpflichtungen im öffentlichen Beschaffungswesen	63
<i>Professor Dr. Marc Bungenberg, LL.M., Universität Siegen</i>	
Grundrechtsschutz im österreichischen Beschaffungswesen unter besonderer Berücksichtigung der EMRK	83
<i>Universitätsprofessor Dr. Michael Holoubek, Wien</i>	
Die Bedeutung von Art. 6 Abs. 1 EMRK für das Rechtsmittelverfahren im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz	99
<i>Professor Dr. Andreas R. Ziegler, LL.M., Universität Lausanne</i>	

Professor Dr. Marc Bungenberg, LL.M. und Professor Dr. Peter M. Huber sowie Professor Dr. Rudolf Streinz*

Einführung

Am 4. Juli 2008 hat die Forschungsstelle für das Recht der Europäischen Integration an der Ludwig-Maximilians-Universität München das „2. Münchener Kolloquium zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht“ veranstaltet. Die Auswirkungen des Lissabonner Vertrags auf die Wirtschaftsverfassung standen im Zentrum der Referate und werden in diesem Tagungsband nachfolgend dokumentiert.

I. Akzentverschiebungen im Bereich der Daseinsvorsorge

1. Der Schwerpunkt dieses Bandes liegt auf der möglichen Neuakzentuierung, die das Öffentliche Wettbewerbsrecht durch den Vertrag von Lissabon erhält. Die Inhalte des Vertrags sind Ausdruck des politischen Interesses, dem Wettbewerb im Bereich von Daseinsvorsorge und Vergaberecht Grenzen zu setzen.

So betont das Protokoll (Nr. 32) über „Dienste von allgemeinem Interesse“¹ in der Frage, wie diese Dienste erbracht werden sollen, den weiten Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden. Zugleich wird das derzeit noch als Ziel der Union genannte Prinzip eines freien und unverfälschten Wettbewerbs (Art. 3 Abs. 1 lit. g EG) aus dem Zielkatalog gestrichen und in das Protokoll Nr. 31 über den „Binnenmarkt und den Wettbewerb“ abgedrängt. Auch das gleich mehrfach betonte Subsidiaritätsprinzip könnte, ebenso wie das immer wieder angeführte Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, einem zu starken Zugriff des Unionsrechts auf die nationale Daseinsvorsorge entgegenwirken.

Produktion und Bereitstellung von Leistungen im Bereich der Daseinsvorsorge sind, forciert durch eine pointiert liberale Wirtschaftspolitik der Kommission und eine extensive Auslegung der Grundfreiheiten durch den EuGH, zunehmend unionsrechtlichen Anforderungen aus-

* *Professor Dr. Peter M. Huber* ist Richter des Bundesverfassungsgerichts und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Staatsphilosophie an der Ludwig-Maximilians-Universität. *Professor Dr. Marc Bungenberg, LL.M.* ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Siegen. *Professor Dr. Rudolf Streinz* ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

1 ABl. 2008 C 115/308 v. 9. 5. 2008.

gesetzt. So besteht nicht nur ein faktischer Druck auf Staat und Kommunen, sich bei der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeiner (wirtschaftlicher) Bedeutung aus der Erfüllungsverantwortung zurückzuziehen und sich auf die sog. Gewährleistungsverantwortung zu beschränken. Er wird durch vergaberechtliche Vorgaben noch intensiviert, die heute sowohl bei der interkommunalen Zusammenarbeit² als auch bei kommunalen Grundstücksverkäufen, etwa im Rahmen sog. Einheimischenprogramme,³ zu beachten sind bzw. sein sollen und ihren Ausgangspunkt in der Rechtsprechung des EuGH haben. Gleiches gilt für die Ausschreibungspflicht der sekundärrechtlich nicht geregelten Vergabe von Dienstleistungskonzessionen.⁴

2. Ob „*Effiziente Daseinsvorsorge durch externe Auftragsvergabe*“ grundsätzlich gewährleistet werden kann, untersucht *Professor Dr. Jürgen Kühling, LL.M* (Universität Regensburg). Er sieht in der Daseinsvorsorge durch Ausschreibungswettbewerb grundsätzlich ein Erfolgsmodell. Dieses Modell werde durch andere gemeinschaftsrechtliche Vorgaben wie den um eine Rechtsetzungskompetenz erweiterten Art. 14 AEUV oder Art. 106 Abs. 2 AEUV nicht nachhaltig relativiert, sondern eher bestätigt. Aus den Art. 101 ff. AEUV ergibt sich seiner Ansicht nach allerdings keine Pflicht zur externen Beschaffung. Eine sekundär- wie primärrechtliche Ausschreibungspflicht greife erst, wenn die öffentliche Hand die Aufgabe nicht selbst erbringen, sondern einem anderen übertragen will („buy“ statt „make“). Bei der externen Leistungsbeschaffung und dem hier grundsätzlich zu berücksichtigenden (Vergabe-)Primärrecht – also den unmittelbar aus den Grundfreiheiten herrührenden Verpflichtungen – sei allerdings zu überlegen, ob die bisherige grundfreiheitsrechtliche Schrankendogmatik nicht durch ökonomisch begründete Rechtfertigungsgründe erweitert werden könne – etwa durch erhebliche Transaktionskosten eines Ausschreibungsverfahrens. Hierauf würde auch die jüngere EuGH-Rechtsprechung hindeuten.
3. Staatssekretär a. D. *Dr. Joachim Wuermeling, LL.M*, stellt in seinem durch praktische Erfahrungen als stv. Mitglied des Verfassungskonvents und die Vorbereitungen des Lissabonner Vertrags durch die damalige deutsche Ratspräsidentschaft mitgeprägten Beitrag „*Auswirkungen des Lissabonner Vertrags auf Daseinsvorsorge und Auftragsvergabe*“ fest, dass die Debatte um die Daseinsvorsorge einen „eigenartigen Verlauf“ genommen habe. Nach erfolgreicher Deregulierung in sektoralen Bereichen sei nun Stagna-

2 EuGH, Rs. C-84/03, Slg. 2005, I-139 – *Kommission/Spanien* = WuW/E 2005, Verg 1037 ff.

3 EuGH, Rs. C-399/98, Slg. 2001, I-5409 – *Ordine degli Architetti u. a.*; Rs. C-220/05, Slg. 2007, I-385 – *Auroux/Commune de Roanne* = NZBau 2007, 185 = VergabeR 2007, 183.

4 Vgl. u. a. EuGH, Rs. C-324/98, Slg. 2000, I-10745 – *Telaustria* = WuW/E Verg 385 ff.; Rs. C-485/03, Slg. 2005, I-8585 – *ParkingBrixen* = WuW/E Verg 1155 ff.; Rs. C-231/03, Slg. 2005, I-7287 – *Coname* = WuW/E Verg 1119.

tion festzustellen, sodass mangels neuer legislativer Vorhaben Verwaltung und Gerichte die maßgeblichen Entscheidungen treffen würden, wobei in den einzelnen Mitgliedstaaten aber unterschiedliche Ideologien vorherrschten. Zwar habe sich die EU-Kommission in neuen Initiativen zuletzt zurückhaltend gezeigt; allerdings zeichne sich bereits ab, dass sie sich zukünftig noch stärker mit der Qualität von Dienstleistungen befassen wolle.

4. Mit dem „*Protokoll über die Dienste von allgemeinem Interesse und seine(n) Auswirkungen auf das öffentliche Wettbewerbsrecht*“ befasst sich Professor Dr. Frank Schorkopf (Georg-August-Universität Göttingen). Er erinnert daran, dass mit dem Begriff „Dienste von allgemeinem Interesse“ ein Konflikt zwischen den gegensätzlichen Vorstellungen über die Verteilung der Wirtschaftsfunktionen zwischen privater und öffentlicher Hand dokumentiert werde, der von Beginn des europäischen Integrationsprozesses an bestanden habe. Dies zeige auch der mit dem Amsterdamer Vertrag eingeführte Art. 14 AEUV, der die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren der Dienste so zu gestalten, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können, gleichzeitig jedoch Art. 106 AEUV unberührt lasse. Die in dieser Frage bestehenden Interessengegensätze könnten durch die nach dem Vertrag von Lissabon mit Art. 14 AEU neu eingeführte Rechtsetzungskompetenz noch verstärkt werden. Schorkopf widmet sich sodann den im „Protokoll 9“ verkörperten Bemühungen, „den europäischen Wettbewerbsgedanken einzuhegen“ und zeigt mögliche Entwicklungstendenzen für den Bereich des öffentlichen Wettbewerbsrechts auf. Dabei sei sowohl eine Stärkung der mitgliedstaatlichen Interpretationshoheit verbunden mit einer Schwächung des Wettbewerbsgedankens als auch die gegenläufige Entwicklung eines schrittweisen Rückzugs der Mitgliedstaaten aus ihrer Verantwortung für die Daseinsvorsorge denkbar. Je nach Blickrichtung könne man das Protokoll Nr. 32 nämlich als Kampfansage der Mitgliedstaaten an die extensive Auslegung der Grundfreiheiten durch EU-Kommission und Gerichtshof verstehen oder als Ausdruck mitgliedstaatlicher Hilflosigkeit.
5. Die konkreten möglichen „*Auswirkungen des Protokolls über die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse auf Daseinsvorsorge und Vergaberecht*“ diskutiert Dr. Kay Ruge, Beigeordneter beim Deutschen Landkreistag. Er sieht im Protokoll Nr. 32 eine Stärkung der Stellung der Kommunen; zudem füge sich der Inhalt des Protokolls in den Kontext der Art. 4 Abs. 2 und 5 Abs. 2 EU – Achtung der nationalen Identität in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung sowie der Geltung des Subsidiaritätsprinzips – ein. Gleichzeitig deute das Protokoll darauf hin, dass die interkommunale Zusammenarbeit als Instrument

für die gemeinsame kommunale Aufgabenerledigung im Bereich der Daseinsvorsorge vom Vergaberecht freizustellen sei – entgegen insbesondere der jüngeren deutschen OLG-Rechtsprechung.⁵ Hiervon gehe auch Generalanwältin *Trstenjaks* Schlussantrag vom 04. 06. 2008⁶ im Grundsatz aus.

II. Entwicklungen im Bereich des Vergaberechts

Wie Bundesverfassungs-⁷ und Bundesverwaltungsgericht⁸ mit dem Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte verfahren, wie umfangreich und effektiv der hier gewährte Rechtsschutz ist, welches Gericht angerufen werden muss und wie die Entscheidungen aus einer übergreifenden Perspektive zu bewerten sind, wurde umfassend auf dem 1. Münchener Kolloquium zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht behandelt.⁹ Gleichwohl gibt es auch hier Neues zu vermelden:

1. Im Vergaberecht hatte das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber in seiner Tariftreueentscheidung aus dem Jahr 2006¹⁰ im Rahmen der Erforderlichkeits- und Angemessenheitsprüfung einen weiten Ermessensspielraum zugebilligt. Den Eingriff in Art. 12 GG hielt es im Interesse der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, der Verhinderung des Verdrängungswettbewerbs über die Lohnkosten, der Wahrung sozialer Standards sowie der Funktionsfähigkeit der sozialen Sicherungssysteme für gerechtfertigt, freilich ohne das Unionsrecht auch nur in den Blick zu nehmen.¹¹ Dort aber ist die Geeignetheits- wie auch die Erforderlichkeitsprüfung bei Eingriffen in die Grundfreiheiten der Marktteilnehmer deutlich strenger.¹² Der die Grundfreiheiten beschränkende Staat hat die gerügten Maßnahmen vor dem mit der Regelung angestrebten Zweck jeweils gegen andere abzuwägen und nachzuweisen, dass die von ihm gewählte Variante die

5 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 5. 5. 2004, NZBau 2004, 398; OLG Frankfurt, Beschluss v. 7. 9. 2004, NZBau 2004, 692; OLG Naumburg, Beschluss v. 3. 11. 2005, NZBau 2006, 58.

6 EuGH, Rs. C-324/07, Slg. 2008, I-8457 – *Coditel Brabant*, Rn. 83 ff.

7 BVerfGE 116, 135 ff. – *Verkehrssicherungsmaßnahmen* = WuW/E Verg 1279 ff.

8 BVerwG 119, 129 ff. = NZBau 2007, 389.

9 M. Bungenberg/P.M. Huber/R. Streinz (Hrsg.), *Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht – Der verfassungsrechtliche Rahmen für öffentliche Auftrags- und Konzessionsvergabe*, 2011.

10 Bundesverfassungsgericht, Beschluss v. 11. 7. 2006, BVerfGE 116, 202 ff. = WuW/E Verg 1273 – *Tariftreueerklärung*.

11 Hierzu insbes. P.M. Huber, *Die Demontage des öffentlichen Rechts*, FS Stober, S. 547 (554 f.); ders., *Die misslungene Rekonstruktion des Vergaberechts – Sinnkrise des Öffentlichen Rechts*, in: M. Bungenberg/P.M. Huber/R. Streinz (Hrsg.), *Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht – Der verfassungsrechtliche Rahmen für öffentliche Auftrags- und Konzessionsvergabe*, 2010, S. 15 ff.

12 Vgl. z. B. EuGH, Rs. 178/84, Slg. 1987, 1227 – *Kommission/Deutschland – Reinheitsgebot*; Rn. 31 ff.; Rs. C-43/93, Slg. 1994, I-3803 – *Vander Elst*, Rn. 16 f.; Rs. C-272/94, Slg. 1996, I-1905 – *Guiot*, Rn. 11 ff.

bessere Alternative bzw. die den Wirtschaftsteilnehmer weniger belastende Maßnahme ist und insoweit dem marktrechtlichen Erfordernis des wettbewerbsschonendsten Mittels gerecht wird.¹³ Vor diesem Hintergrund hat der EuGH in seiner Vorabentscheidung zu Tarifreue Regelungen vom 3. April 2008¹⁴ die entsprechenden Regelungen in Niedersachsen beanstandet und dem Bundesverfassungsgericht damit im Ergebnis widersprochen. Damit bleibt nach wie vor interessant, mögliche Einflüsse der europäischen Grundrechte auf die nationale Rechtsordnung genauer zu untersuchen, zumal der unionale Grundrechtsschutz durch den Lissaboner Vertrag eine zentrale Rolle erhält (Art. 6 Abs. 1 EU). Der zweite Teil dieser Publikation befasst sich daher mit dem Grundrechtsschutz im Beschaffungswesen unter besonderer Berücksichtigung der EMRK.

2. Die EMRK enthält neben der Garantie elementarer Menschenrechte weitreichende Garantien hinsichtlich des Rechtsschutzumfangs, die auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge verpflichtend zu beachten sind, wie *Professor Dr. Marc Bungenberg* hervorhebt. Auch deutsche Gerichte haben grundsätzlich neben den Gemeinschaftsgrundrechten die EMRK und ihre Zusatzprotokolle zu beachten und anzuwenden. Die Garantien der EMRK müssen bei der Auslegung nationalen Rechts berücksichtigt werden. Fehlende Auseinandersetzung mit der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR kann – nach der diesbezüglichen Dogmatik des Bundesverfassungsgerichtes – gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen.

Von hervorgehobener Bedeutung sind dabei die Art. 6 und 13 EMRK. Nach der Rechtsprechung des EGMR findet Art. 6 EMRK auch für solche Verfahren Anwendung, die eine direkte Auswirkung auf zivilrechtliche Verpflichtungen besitzen, was bei der öffentlichen Auftragsvergabe zu bejahen sein dürfte. In der deutschen Rechtsprechung und Literatur ist die Bedeutung der EMRK für die öffentliche Beschaffung bislang kaum diskutiert worden,¹⁵ doch stellt sich hier die Frage, ob für die Garantie

13 *P.-C. Müller-Graff*, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 43 EG, Rn. 78.

14 EuGH Rs. C-346/06 – *Dirk Rüffert gegen das Land Niedersachsen* im Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 234 EG eingereicht vom OLG Celle mit Beschluss vom 3. 8. 2006, 13 U 72/06, WuW 2006, 1085 ff. = WuW/Verg 1261 – *Tarifreueerklärung III*. Zur Entscheidung des EuGH ausführlich *M. Bungenberg*, Die Tarifreueentscheidung des EuGH – Komplementäres oder konträres wirtschaftsverfassungsrechtliches Verständnis zwischen EuGH und Bundesverfassungsgericht, EuR 2008, 391 ff.; *ders.*, Wirtschaftsverfassungsrechtliche Divergenzen zwischen Bundesverfassungsgericht und EuGH am Beispiel der vergaberechtlichen Tarifreuepflicht, in: *M. Bungenberg/P.M. Huber/R. Streinz* (Hrsg.), Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht – Der verfassungsrechtliche Rahmen für öffentliche Auftrags- und Konzessionsvergabe, 2010, S. 67 ff.

15 Siehe aber *M. Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, 2007, S. 247; *ders.*, Rechtsschutz im Vergabeverfahren, SächsVBl. 2008, 53 ff.

effektiven Rechtsschutzes im Sinne der EMRK ein Anspruch potenzieller Bieter auf Sekundärrechtsschutz ausreichen kann oder ob hier nicht auch ein Anspruch auf Primärrechtsschutz garantiert wird. Die Vertragsstaaten der EMRK trifft jedenfalls eine Verpflichtung, dafür Sorge zu tragen, dass der Einzelne von seinem Recht auf Zugang zu Gericht auch wirksam Gebrauch machen kann.¹⁶

Der EuGH greift für die Herleitung des Grundsatzes effektiven Individualrechtsschutzes seit Beginn seiner diesbezüglichen Rechtsprechung umfassend auf Art. 6 EMRK zurück. Dem Unionsrecht ist das Prinzip des effektiven Rechtsschutzes zu entnehmen, das auf einen möglichst wirksamen und umfassenden Schutz subjektiver Rechte¹⁷ – insbesondere der Gemeinschaftsgrundrechte und Grundfreiheiten – ausgerichtet ist und selbst Grundrechtscharakter hat. Die Gemeinschaftsgrundrechte finden schließlich schon Anwendung, wenn eine mitgliedstaatliche Maßnahme lediglich in den grundsätzlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt,¹⁸ sodass nach dieser Konzeption ein individueller Anspruch auf effektiven Rechtsschutz auf unionsrechtlicher Grundlage bestehen kann. Da die Mitgliedstaaten aber die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten und die Rechte zu schützen haben, die es dem Einzelnen verleiht,¹⁹ kann Sekundärrechtsschutz den Primärrechtsschutz grundsätzlich nicht ersetzen.²⁰

Ein Blick in die Entscheidungspraxis der deutschen Fachgerichtsbarkeit macht deutlich, dass deutsche Gerichte im Gegensatz zu den österreichischen und schweizerischen bislang die Frage ausgeklammert haben, welche Ausstrahlungen unionale Grundrechte und EMRK auf den Rechtsschutz im Vergaberecht haben können.

3. *Professor Dr. Michael Holoubek* (Wirtschaftsuniversität Wien) zeigt auf, dass die EMRK im österreichischen Beschaffungswesen durchaus Beachtung findet, wobei ihr in Österreich allerdings, anders als in Deutschland, Verfassungsrang zukommt. „Klassischer Anwendungsbereich“ des Art. 6 EMRK ist das Vergabenausschreibungsverfahren; aus Art. 6 EMRK werde insoweit bei verspäteter Mitteilung einer geplanten Zuschlagserteilung die „Stillhaltefrist“ für die Vergabestelle im Lichte der Gesetze und der EMRK zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens und effektiven Rechts-

16 W. Peukert, in: J.A. Frowein/W. Peukert, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., 1996, Art. 6 Rn. 53 ff.

17 Hierzu umfassend C. Nowak, Recht auf effektiven Rechtsschutz, in: S. Heselhaus/C. Nowak, Handbuch des europäischen Grundrechtsschutzes, 2006, § 51 Rn. 1 ff.

18 Siehe dazu D. Ehlers/Becker, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2005, S. 398; krit. P. M. Huber, Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte – Zur Überprüfungsbedürftigkeit der ERT-Rechtsprechung, EuR 43 (2008), 190 ff. m. w. N.

19 EuGH, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297 (Rn. 25) – *Courage/Crehan*.

20 R. Streinz, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002) S. 300 (326 ff.).

schutzes entsprechend verlängert. Der österreichische Verfassungsgerichtshof hat das grundsätzliche Recht auf mündliche Verhandlung bei der Nachprüfung bestätigt, ebenso das Erfordernis einer unabhängigen Vergabestelle. Fragen der Vertraulichkeit von Akten werden vor der in Einzelausprägungen divergierenden Rechtsprechung von Verfassungsgerichtshof und neuerer EuGH-Rechtsprechung aufzulösen sein. Von besonderem rechtsvergleichendem Interesse ist der Hinweis *Holoubeks* auf die Relevanz des Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs. Standardisierte Vertragsbestimmungen wie beispielsweise die Anwendung bestimmter technischer Normen, die das Bundesvergabeamt den Auftragnehmern vorschreibt, griffen – wenn auch in gerechtfertigter Art und Weise – in Eigentumsrechte ein.

4. *Professor Dr. Andreas Ziegler, LL.M* (Universität Lausanne), skizziert die in ihrem Aufbau und Zusammenwirken offenbar im Vergleich zum deutschen Vergaberecht noch komplexeren Rechtsgrundlagen des Schweizerischen Beschaffungswesens. Bis 1996 habe auch in der Schweiz das öffentliche Beschaffungswesen in einem quasi rechtsfreien Raum stattgefunden. Bis 1998 sei Rechtsschutz gegen Vergabeentscheidungen nur in sehr stark eingeschränktem Maße, nämlich nur bei Geltendmachung von Willkür, möglich gewesen. Große Bedeutung komme seit 1996 dem „WTO-Agreement on Government Procurement“ zu. Zudem gälten die EMRK sowie typische Verfahrensrechte für das Beschaffungswesen. Nach dem monistischen Verständnis in der Schweiz werde die EMRK als „self-executing“ betrachtet, sodass sich die Gewährung von Rechtsschutz unmittelbar aus Art. 6 EMRK ergebe. Im unterschweligen Bereich hätten aber sowohl das Bundesgericht als auch kantonale Instanzgerichte Rechtsschutzmöglichkeiten verneint. *Ziegler* kommt in seinen Untersuchungen zu dem Schluss, dass letztendlich der durch die Umsetzungsverpflichtungen des WTO-Rechts vermittelte Rechtsschutz wesentlich prägnanter ausgeprägt ist als der durch Art. 6 EMRK.