



**Im Namen des Volkes**

**In dem Verfahren  
über  
die Verfassungsbeschwerde**

der P... GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführer P... und W...

- Bevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Jürgen Maus,  
Humboldtstraße 7, 39112 Magdeburg -

gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 7. Oktober  
2003 - 11 Verg 12 + 13/03 -

hat die 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch

die Richter Broß,  
Di Fabio  
und Gerhardt

gemäß § 93c in Verbindung mit § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG in der Fassung  
der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473) am 29. Juli 2004 ein-  
stimmig beschlossen:

Der Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 7. Oktober 2003 - 11  
Verg 12 + 13/03 - verletzt die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht auf Rechts-  
schutz gegen die öffentliche Gewalt aus Artikel 19 Absatz 4 des Grundgesetzes und  
ihrem grundrechtsgleichen Recht auf den gesetzlichen Richter aus Artikel 101 Ab-  
satz 1 Satz 2 des Grundgesetzes.

Der Beschluss des Oberlandesgerichts wird aufgehoben. Die Sache wird an das  
Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Das Land Hessen hat der Beschwerdeführerin ihre notwendigen Auslagen zu erstat-  
ten.

Der Wert des Gegenstandes der anwaltlichen Tätigkeit wird auf 28.160 € festge-  
setzt.

## Gründe:

### A.

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage, welche Anforderungen an die Antragsbefugnis im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren zu stellen sind. 1

### I.

1. Am 24. Januar 2003 wurde im offenen Verfahren nach VOB/A für das Bauvorhaben J...-Universität, das Gewerk Dachabdichtungsarbeiten ausgeschrieben. 2

Nach der Submission am 7. März 2003 lag die Beschwerdeführerin mit ihrem Hauptangebot auf Platz 2 und die T... GmbH auf Platz 6. 3

Mit Schreiben vom 14. April 2003 teilte das Staatsbauamt F... II der Beschwerdeführerin mit, bei der Prüfung und Wertung des Angebots sei festgestellt worden, dass in den Positionen 1.1.10 bis 1.1.50 wegen eines EDV-Fehlers die Mengenangaben beim LV-Ausdruck nicht mehr eindeutig den Einheitspreisen zugeordnet werden konnten. Die beiliegende Ausfertigung der in Frage kommenden Seiten des Leistungsverzeichnisses entsprächen der ursprünglichen Version mit den richtigen Mengen. Die Einheitspreise des vorliegenden Angebots der Beschwerdeführerin seien nunmehr den entsprechenden Mengenangaben zugeordnet worden. Es sei beabsichtigt, die in den beigefügten Seiten eingetragenen und gelb markierten Mengen und Einheitspreise im Rahmen des Gesamtangebots zu berücksichtigen. Diese Benachrichtigung ergehe im Rahmen der Aufklärung nach § 24 VOB/A. Ferner wurde um Zustimmung zur beabsichtigten Verfahrensweise gebeten. 4

Der in diesem Schreiben angesprochene fehlerhafte EDV-Ausdruck betraf vor allem die Position 1.1.40. Hier war die Mengenangabe so weit verrutscht, dass ihr statt der richtigen Mengenangabe von 7.730 qm der Wert 1.480 qm zuzuordnen war. Entsprechend hatte die Beschwerdeführerin - wie andere Bieter auch - die Angebotsunterlagen ausgefüllt, ohne diesen Fehler erkannt zu haben. 5

Die Beschwerdeführerin stimmte dem Vorschlag des Staatsbauamtes F... II am 17. April 2003 zu. 6

Mit Schreiben vom 12. Juni 2003 setzte das Staatsbauamt F... die Beschwerdeführerin davon in Kenntnis, dass auf ihr Angebot der Zuschlag nicht erteilt werden könne, weil ein niedrigeres Hauptangebot der T... GmbH vorliege. 7

2. Nachdem die Vergabestelle einer im Anschluss an diese Mitteilung erhobenen Rüge eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften nicht abgeholfen hatte, reichte die Beschwerdeführerin unter dem 23. Juni 2003 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Landes Hessen ein. 8

In der Folgezeit wurden der Beschwerdeführerin die geprüften Angebote übersandt. Hieraus ergab sich, dass auf Grund der Wertungssummen die T... GmbH auf Platz 1 und die Beschwerdeführerin auf Platz 5 geführt wurde. 9

Im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nahm die Beschwerdeführerin Akteneinsicht, bei der sie feststellte, dass die erhebliche Verschiebung in der Wertung gegenüber der Submission Folge der im Anschluss an das Schreiben vom 14. April 2003 vorgenommenen Korrektur ihres Angebotes in den Positionen 1.1.10 bis 1.1.50 des LV-Ausdrucks war. Bestimmte Bieter hatten diese Leistungspositionen nicht missverstanden und demgemäß niedrigere Einheitspreise angesetzt, so dass die durch die Vergabestelle vorgenommene Korrektur nur bei einigen Bietern, unter anderem bei der Beschwerdeführerin, zum Tragen kam.

Die Beschwerdeführerin erklärte daraufhin die Anfechtung ihrer Einverständniserklärung vom 17. April 2003 wegen Irrtums und arglistiger Täuschung.

3. Nachdem die Vergabekammer des Landes Hessen nicht innerhalb der in § 113 Abs. 1 GWB vorgesehenen Frist von fünf Wochen seit Eingang des Nachprüfungsantrages entschieden hatte, erhob die Beschwerdeführerin sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht Frankfurt am Main.

Zur Begründung verwies sie im Wesentlichen darauf, dass durch die Vorgehensweise der Vergabestelle eine Gleichbehandlung aller Bieter nicht mehr gewährleistet gewesen sei. Auch liege eine unzulässige Nachverhandlung vor. Diese sei so zu behandeln, als ob sie nicht stattgefunden hätte, so dass das Ergebnis der Submission entscheidend und ihr der Zuschlag zu erteilen sei. Falls dem nicht gefolgt werde, sei die Ausschreibung jedenfalls aufzuheben.

Mit Beschluss vom 7. Oktober 2003 wies das Oberlandesgericht Frankfurt am Main die sofortige Beschwerde mit der Begründung zurück, dass es an einer Antragsbefugnis der Beschwerdeführerin fehle. Zur ausreichenden Darlegung der Antragsbefugnis sei ein Sachvortrag notwendig, aus dem sich schlüssig und nachvollziehbar ergebe, dass durch die gerügten Verstöße gegen Vergabevorschriften die Aussichten des antragstellenden Unternehmens auf den Zuschlag beeinträchtigt worden seien oder dass sich die Zuschlagschancen zumindest verschlechtert haben könnten. Daran fehle es. Die Beschwerdeführerin habe nicht im Einzelnen dargestellt, inwieweit ihr ursprüngliches Angebot auch bei fehlerfreier Wertung im Vergleich zu den Angeboten der übrigen Bieter, vor allem der Beigeladenen, ausreichend Chancen auf den Zuschlag gehabt hätte oder aus welchen Gründen sie durch das Verhalten der Antragsgegnerin gehindert gewesen sei, ein korrigiertes Angebot abzugeben oder sich bei Erstellung eines solchen Angebotes die dafür verwandte Zeit als nutzlos dargestellt hätte. Mit dem ursprünglich abgegebenen, nicht korrigierten Angebot sei die Beschwerdeführerin jedenfalls ausgeschlossen. Gleiches gelte für das Nebenangebot. Das von der Vergabestelle korrigierte Angebot habe keine Aussicht auf eine Erteilung des Zuschlages gehabt. Des Weiteren hat das Oberlandesgericht ausgeführt, dass der Nachprüfungsantrag in der Sache durchaus hätte Erfolg haben können. Die Vergabestelle hätte entweder eine neue Ausschreibung vornehmen oder zumindest alle Bieter deutlich darauf hinweisen müssen, welche Änderungen beabsichtigt seien und welche Folgerungen sich daraus für Inhalt und Wertung des jeweiligen Angebotes er-

geben würden.

## II.

1. Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung von Art. 3 Abs. 1 und Art. 103 Abs. 1 GG. 15

Der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs gebe den Prozessbeteiligten ein Recht, sich vor dem Erlass der gerichtlichen Entscheidung zu äußern. Dem entspreche die Pflicht des Gerichts, Anträge und Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Sie habe unter anderem geltend gemacht, dass zur Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bieter nur die Aufhebung der Ausschreibung in Betracht gekommen sei. Mit dieser Rüge habe sich das Oberlandesgericht nur unzureichend auseinandergesetzt. Zu berücksichtigen seien aber auch die Grundsätze des europäischen Rechts. Im Bereich des Vergaberechts sei das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01 ("Hackermüller") einschlägig. Hiernach verstoße es gegen Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG in der durch die Richtlinie 92/50/EWG geänderten Fassung, wenn einem Bieter der Zugang zu den nach der erstgenannten Richtlinie vorgesehenen Nachprüfungsverfahren mit der Begründung verwehrt werde, dass sein Angebot bereits aus anderen Gründen ausgeschlossen sei und ihm daher kein Schaden drohe. Dem Bieter müsse die Möglichkeit eröffnet sein, im Nachprüfungsverfahren die Stichhaltigkeit des Ausschlussgrundes anzuzweifeln. Der Hinweis des Oberlandesgerichts auf eine anders gelagerte Sachverhaltsgestaltung sei insoweit nicht tragfähig. Richtigerweise komme bei der Rüge einer vergaberechtswidrigen Verletzung der Chancengleichheit jedem Bieter auch die Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB zu. Unter Berücksichtigung der Ausführungen des Oberlandesgerichts zu einer möglichen Begründetheit ihres Nachprüfungsantrages sei die angegriffene Entscheidung inkonsequent. Es liege eine nicht mehr verständliche Rechtsanwendung vor, bei der ihr das rechtliche Gehör abgeschnitten worden sei. 16

2. Den gemäß § 94 BVerfGG Äußerungsberechtigten wurde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. 17

## B.

### I.

1. Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung der Art. 3 Abs. 1 und Art. 103 Abs. 1 GG, also die Verletzung von in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechten. Sie hat hierzu einen Sachverhalt vorgetragen, nach dem es jedenfalls möglich erscheint, dass sie durch die angegriffene Entscheidungen in diesen Rechten verletzt sein kann. Der Verfassungsbeschwerde kann zudem entnommen werden, dass sie eine Rechtsschutzverkürzung und damit sinngemäß eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG sowie mit der ebenfalls in den Vordergrund ihrer 18

Argumentation gestellten Abweichung der angegriffenen Entscheidung von der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG rügt. Unabhängig von diesem Verständnis der Verfassungsbeschwerde ist das Bundesverfassungsgericht bei einer zulässigen Verfassungsbeschwerde befugt, den ihm unterbreiteten Sachverhalt von Amts wegen auch auf die Verletzung anderer Vorschriften des Grundgesetzes nachzuprüfen (vgl. BVerfGE 6, 376 <385>; 9, 83 <86 ff.>; 17, 252 <258>; 99, 100 <119>).

2. Die Kammer nimmt die zulässige Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an, weil dies zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte angezeigt ist (§§ 93b i.V.m. § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG). Die Voraussetzungen des § 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG für eine der Verfassungsbeschwerde stattgebenden Entscheidung der Kammer sind gegeben. Die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen zu Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG hat das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden. Ebenso ist die Verfassungsbeschwerde offensichtlich begründet.

19

## II.

Der angegriffene Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main verletzt die Beschwerdeführerin zunächst in ihrem Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG.

20

1. Art. 19 Abs. 4 GG eröffnet den Rechtsweg gegen jede behauptete Verletzung subjektiver Rechte durch ein Verhalten der öffentlichen Gewalt. Gewährleistet wird nicht nur das formelle Recht, die Gerichte anzurufen, sondern auch eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle (vgl. BVerfGE 35, 263 <274>; 35, 382 <401 f.>; 37, 150 <153>; 65, 1 <70>; 93, 1 <13>; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 21. August 2001 - 2 BvR 406/00 -, NJW 2001, S. 3770; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 15. August 2002 - 1 BvR 1790/00 -, NJW 2002, S. 3691 f.). Das Erfordernis effektiven Rechtsschutzes enthält in Verfahren, in denen ein Primärrechtsschutz zur Abwendung von Gefahren und möglicher Nachteile begehrt wird, auch das Gebot, dass durch den gerichtlichen Rechtsschutz so weit wie möglich der Schaffung vollendeter Tatsachen zuvor zu kommen ist (vgl. BVerfGE 93, 1 <13>; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 15. August 2002 - 1 BvR 1790/00 -, NJW 2002, S. 3691 <3692>). Dieser Grundsatz gewinnt namentlich im Zusammenhang mit dem vorläufigen Rechtsschutz Bedeutung, ist hierauf aber nicht beschränkt. Aus ihm folgt, dass keine überspannten Anforderungen an die Voraussetzungen der Gewährung gerichtlichen Rechtsschutzes zu stellen sind (vgl. Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 15. August 2002 - 1 BvR 1790/00 -, NJW 2002, S. 3691 <3692>).

21

2. Nach diesem Maßstab verletzt die angefochtene Entscheidung die Rechte der Beschwerdeführerin aus Art. 19 Abs. 4 GG. Das Oberlandesgericht überspannt die an die Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB zu stellenden Anforderungen mit dem Ergebnis, dass der Anspruch der Beschwerdeführerin auf gerichtlichen Rechts-

22

schutz wegen des von ihr beanstandeten Verstoßes gegen Vergabevorschriften in unzulässiger Weise verkürzt worden ist.

a) Das in den §§ 102 bis 129 GWB geregelte zweistufige Nachprüfungsverfahren dient dem vergaberechtlichen Primärrechtsschutz. Nur mit ihm kann der subjektive Anspruch des Bieters auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren durch den öffentlichen Auftraggeber während eines laufenden Vergabeverfahrens durchgesetzt werden. Mit der Erteilung des Zuschlages ist demgegenüber die Erlangung von Primärrechtsschutz nicht mehr möglich, da nach § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB ein bereits erteilter Zuschlag nicht mehr aufgehoben werden kann. Der Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB kommt vor diesem Hintergrund für die Erlangung von Primärrechtsschutz im Vergabeverfahren eine zentrale Bedeutung zu. Ihre Ablehnung hat zur Konsequenz, dass dem betroffenen Unternehmen nur noch der Weg verbleibt, Sekundäransprüche vor den ordentlichen Gerichten einzuklagen.

23

b) Vor dem Hintergrund dieser spezifischen Ausgestaltung des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens müssen die in § 107 Abs. 2 GWB genannten Voraussetzungen in einer Weise ausgelegt werden, die den betroffenen Unternehmen einen effektiven Rechtsschutz gewährleisten.

24

Gemäß § 107 Abs. 2 Satz 1 GWB ist im Nachprüfungsverfahren jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Das Interesse am Auftrag ist weit auszulegen (vgl. Kullack, in: Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 10. Auflage 2003, § 107 GWB Rn. 18; OLG Stuttgart, Beschluss vom 11. Juli 2000 - 2 Verg 5/00, BauR 2001, S. 98 <99>). Es liegt in der Regel vor, wenn der Bieter vor Stellung des Nachprüfungsantrages am Vergabeverfahren teilgenommen und einen Vergabeverstoß ordnungsgemäß gerügt hat (vgl. Kullack, in: Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 10. Auflage 2003, § 107 GWB Rn. 18; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 1999 - Verg 1/99, BauR 1999, S. 751 <759>).

25

Nach § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB ist ferner darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Der in dieser Vorschrift verwendete Schadensbegriff muss unter dem Gesichtspunkt des Primärrechtsschutzes betrachtet und ausgelegt werden. Der Schaden besteht darin, dass durch den einzelnen beanstandeten Vergaberechtsverstoß die Aussichten des antragstellenden Bieters auf den Zuschlag zumindest verschlechtert worden sein können (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Oktober 2000 - Verg 3/00, VersR 2001, S. 1043 <1044>). Entscheidend für das Vorliegen einer Antragsbefugnis und damit für die Gewährung von Primärrechtsschutz ist mithin die Eignung der gerügten Vergaberechtsverstöße, eine solche Chancenbeeinträchtigung begründen zu können (vgl. Reidt, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 2000, § 107 GWB Rn. 24). Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Antragsteller im Sinne einer darzulegenden Kausalität nachweisen kann, dass er bei korrekter

26

Anwendung der Vergabevorschriften den Auftrag erhalten hätte (vgl. Portz, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/ Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 107 GWB Rn. 22; Marx, in: Müller-Wrede, Kommentar zur VOF, 2. Auflage 2003, § 21 Rn. 29; Kulartz, BauR 1999, S. 724 <728>).

An die Darlegung des entstandenen oder drohenden Schadens im Sinne des § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB werden daher keine sehr hohen Anforderungen gestellt (vgl. Kullack, in: Heiermann/Riedel/Rusam, Handkommentar zur VOB, 10. Auflage, 2003, § 107 GWB Rn. 20; Müller-Wrede, in: Ingenstau-Korbion, VOB, 15. Auflage 2004, § 107 GWB Rn. 4; Bechtold, GWB, 3. Auflage 2002, § 107 Rn. 2; Boesen, Vergaberecht, 2000, § 107 GWB Rn. 53, 56; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage 2001, § 107 Rn. 18). Es wird vielmehr als ausreichend angesehen, dass ein Schadenseintritt nicht offensichtlich ausgeschlossen ist (vgl. Müller-Wrede, in: Ingenstau/Korbion, VOB, 15. Auflage 2004, § 107 GWB Rn. 4; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 22. Oktober 1999 - 5 Verg 4/99, NZBau 2000, S. 158 <160>). Dieses Verständnis wird auch durch die Entstehungsgeschichte des § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB belegt. Die Vorschrift wurde auf Vorschlag des Bundesrates in das Gesetz aufgenommen, um zu verhindern, dass ein Bieter, der auch bei einem ordnungsgemäß durchgeführten Vergabeverfahren keinerlei Aussicht auf Berücksichtigung seines Angebots und auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, ein - investitionshemmendes - Nachprüfungsverfahren einleiten könne (BTDrucks 13/9340, S. 40 Nr. 22). Nicht antragsbefugt sollte danach also nur ein Unternehmen sein, bei dem offensichtlich eine Rechtsbeeinträchtigung nicht vorliegt.

27

c) Soweit das Oberlandesgericht in dem angegriffenen Beschluss fordert, dass die Beschwerdeführerin im Einzelnen darzustellen habe, inwieweit ihr ursprüngliches Angebot auch bei einem fehlerfreien Verfahren im Vergleich zu dem Angebot der T... GmbH ausreichende Chancen auf den Zuschlag gehabt hätte, beachtet es die vorstehenden Grundsätze nicht.

28

aa) Es bezieht sich vielmehr ohne nähere Begründung auf Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Februar 2002 - Verg 40/01, NZBau 2003, S. 173; OLG Koblenz, Beschluss vom 25. Mai 2000 - 1 Verg 1/00, BauR 2000, S. 1600; OLG Rostock, Beschluss vom 24. September 2001 - 17 W 11/01, VergabeR 2002, S. 193), die den Fall betreffen, in welchem ein Unternehmen, das sich nicht mit einem Angebot an einem Vergabeverfahren beteiligt hat, ein Nachprüfungsverfahren beantragt. In diesen Fällen ist das Vorliegen einer Antragsbefugnis in der Tat problembehaftet (vgl. auch Müller-Wrede, in: Ingenstau/Korbion, VOB, 15. Auflage 2004, § 107 GWB Rn. 3; Kullack, in: Heiermann/Riedel/Rusam, VOB, 10. Auflage 2003, § 107 Rn. 18). Um einen solchen Fall handelt es sich vorliegend jedoch nicht, da die Beschwerdeführerin ein Angebot abgegeben hat. Auch ist die Eignung des gerügten Vergaberechtsverstößes zur Beeinträchtigung der Chancengleichheit im vorliegenden Fall offenkundig. Die Beschwerdeführerin hat gerade geltend gemacht, dass durch die unklaren Ausschreibungsunterlagen ein Verstoß gegen die Chancengleichheit vorliege, wovon im Übrigen auch das Oberlandesge-

29

richt in dem angegriffenen Beschluss ausgeht. Bei einer derartigen Rüge aber ist ein (drohender) Schadenseintritt im Sinne des § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB ohne weiteres dargelegt.

bb) Die darüber hinausgehend vom Oberlandesgericht gestellten Anforderungen an die Darlegungslast der Beschwerdeführerin stellen eine übermäßige und nicht durch sachliche Gründe zu rechtfertigende Erschwerung der Rechtsschutzgewährleistung dar. Sie bleiben unter Berücksichtigung des Rechtsschutzziels der Beschwerdeführerin ohne nachvollziehbare Erklärung.

30

Mit dem Hauptantrag begehrte die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle zu verpflichten, den Zuschlag nicht der T... GmbH und nur nach erneuter Wertung ihres Haupt- und Nebenangebots nach Maßgabe des § 25 Nr. 3 Abs. 3 S. 2 VOB/A in Verbindung mit § 97 Abs. 5 GWB zu erteilen. Hilfsweise hat sie beantragt, die Vergabekammer zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des angerufenen Senats über die Sache erneut zu bescheiden. Unter Berücksichtigung des Inhalts der Antragsbegründung erstrebte die Beschwerdeführerin mit diesen Anträgen die Erteilung des Zuschlages an sich, weil das Ergebnis der Submission, bei der die Beschwerdeführerin auf Platz 2 gelegen habe und damit - angesichts des Ausschlusses des auf Platz 1 liegenden Unternehmens - bester Bieter gewesen sei, wegen des Verbotes von Nachverhandlungen nach § 24 VOB/A maßgebend sei. Ob die Rechtsansicht der Beschwerdeführerin insoweit zutreffend ist, betrifft nicht die Antragsbefugnis, sondern allein die Frage der Begründetheit des Hauptantrages. Auf die Vorlage eines überarbeiteten Angebots kommt es für dieses Rechtsschutzziel ersichtlich nicht an.

31

Nichts anderes gilt für den weiteren Hilfsantrag der Beschwerdeführerin, mit welchem sie die Verpflichtung der Vergabestelle zur Aufhebung der Ausschreibung erstrebte. Zur Begründung dieses Hilfsantrages hat die Beschwerdeführerin die Ansicht vertreten, dass wegen des Verstoßes gegen die nach § 9 Nr. 1 VOB/A bestehende Pflicht zur eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung, die die Gewähr dafür bietet, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen, und des Verbotes von Nachverhandlungen nach § 24 VOB/A, das Ausschreibungsverfahren jedenfalls aufzuheben gewesen wäre. Die Forderung nach einer Darlegung, wie sich das Angebot der Beschwerdeführerin bei ordnungsgemäßer Leistungsbeschreibung gestaltet hätte, ist auch hier sachlich nicht zu rechtfertigen. Es geht nicht um hypothetische Überlegungen zu dem Ergebnis eines fehlerfreien Verfahrens, vielmehr richtet sich das mit diesem Hilfsantrag verbundene Rechtsschutzbegehren der Beschwerdeführerin auf die Beseitigung eines mit nicht heilbaren Fehlern behafteten Verfahrens mit der Konsequenz einer Neuausschreibung und der damit eröffneten Chance, an dem neuen Verfahren unter Bedingungen, die die Chancengleichheit gewährleisten, teilzunehmen.

32



### III.

Darüber hinaus liegt auch eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG vor, da das Oberlandesgericht ausgehend von seiner Rechtsansicht als letztinstanzliches Gericht nach Art. 234 EG-Vertrag zur Vorlage der Sache an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften verpflichtet war. 33

1. Auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften ist gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG (vgl. BVerfGE 73, 339 <366>). Das Bundesverfassungsgericht beanstandet die Auslegung und Anwendung der Kompetenznorm des Art. 234 EG-Vertrag wie die anderer Zuständigkeitsregelungen im deutschen Verfahrensrecht, wenn sie bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist (vgl. BVerfGE 82, 159 <194>). Dies ist insbesondere der Fall, wenn das letztinstanzliche Hauptsachegericht eine Vorlage trotz der - seiner Auffassung nach bestehenden - Entscheidungserheblichkeit der gemeinschaftsrechtlichen Frage überhaupt nicht in Erwägung zieht, in seiner Entscheidung bewusst von der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften zu entscheidungserheblichen Fragen abweicht und gleichwohl nicht neuerlich vorlegt oder es für den Fall, dass eine einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften zu entscheidungserheblichen Fragen des Gemeinschaftsrechts noch nicht vorliegt oder eine Fortentwicklung nicht nur als entfernte Möglichkeit erscheint, seinen Bewertungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten hat (vgl. BVerfGE 82, 159 <195 ff.>). 34

2. Ausgehend von diesen Grundsätzen liegt eine offensichtlich unhaltbare Auffassung des Oberlandesgerichts hinsichtlich der Frage einer Vorlagepflicht nach Art. 234 EG-Vertrag vor. 35

a) Die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungs- und Warenverkehrs erfordert nicht nur die Aufhebung der Beschränkungen bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, sondern auch die Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes. So wird in den Erwägungsgründen der Richtlinie 89/665/EWG betont, dass nicht wirksame oder nur unzulängliche Nachprüfungsverfahren die Unternehmen der Gemeinschaft davon abhielten, sich um Aufträge in dem Staat des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers zu bewerben. Demgemäß hat auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften ausgesprochen, dass die Schutzziele der Richtlinien auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge, die auf die Pflicht zur Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ausgerichtet sind (EuGH, Urteil vom 17. September 2002 - Rs. C-513/99 - Concordia Bus Finland, Slg. 2002 I-7213 Rn. 81) und deren Vorschriften über die Teilnahme und die Publizität den Bieter vor Willkür des öffentlichen Auftraggebers schützen wollen (EuGH, Urteil vom 11. August 1995 - Rs. C-433/93 - Kommission/Bundesrepublik Deutschland, EuZW 1995, S. 635 <636> Rn. 19; Urteil vom 20. September 1988 - Rs. 31/87 - Beentjes, Slg. 1988, 4635 Rn. 42), nur dann realisiert werden können, wenn der Bieter sich gegenüber dem Auftraggeber auf diese Vorschriften berufen und deren Verletzung vor den nationalen Gerichten 36

geltend machen kann (EuGH, Urteil vom 11. August 1995 - Rs. C-433/93 - Kommission/Bundesrepublik Deutschland, EuZW 1995, S. 635 <636> Rn. 20). Er hat in dieser Hinsicht auch wiederholt betont, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 89/665/EWG verpflichtet sind, sicherzustellen, dass rechtswidrige Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und möglichst rasch nachgeprüft werden können (EuGH, Urteil vom 19. Juni 2003 - Rs. C-249/01 - Hackermüller, Slg. 2003 I 6319 Rn. 22; Urteil vom 12. Dezember 2002 - Rs. C-470/99 - Universale-Bau, Slg. 2002, I-11617 Rn. 74; Urteil vom 28. Oktober 1999 - Rs. C-81/98 - Alcatel, Slg. 1999 I 7671 Rn. 33 ff.). Nach seiner Rechtsprechung verstößt es zwar nicht gegen Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG, wenn die Antragsbefugnis in Nachprüfungsverfahren nur Personen zusteht, denen durch den von ihnen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist

oder zu entstehen droht. Zu der Frage, welche Anforderungen an die Darlegungslast im Rahmen der Antragsbefugnis bezüglich des Eintritts eines (drohenden) Schadens zu stellen sind, hat er zwar ausdrücklich noch nicht Stellung genommen. Er hat jedoch ausgesprochen, dass es gegen Art. 1 Abs. 3 dieser Richtlinie verstößt, wenn einem Bieter der Zugang zu den nach der Richtlinie 89/665/EWG vorgesehenen Nachprüfungsverfahren mit der Begründung verwehrt wird, dass sein Angebot bereits aus anderen Gründen vom Auftraggeber auszuschneiden gewesen wäre und ihm daher durch die von ihm behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe (EuGH, Urteil vom 19. Juni 2003 - Rs. C-249/01 - Hackermüller, Slg. 2003 I-6319 Rn. 29). Eine Einschränkung der Rechtsschutzgewährleistung wegen des Erfordernisses des (drohenden) Schadenseintritts hat er in diesem Zusammenhang also gerade nicht als Hindernis für die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes angesehen. Vielmehr hat er betont, dass eine Entscheidung, mit der der Auftraggeber das Angebot eines Bieters noch vor der Auswahl des besten Angebotes ausscheidet, eine Entscheidung darstellt, deren Nachprüfung nach Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665/EWG möglich sein muss, da diese Vorschrift auf alle Entscheidungen der Auftraggeber anwendbar ist, die den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens unterliegen, und keine Beschränkung hinsichtlich der Natur und des Inhalts dieser Entscheidungen vorsieht (EuGH, Urteil vom 19. Juni 2003 - Rs. C-249/01 - Hackermüller, Slg. 2003 I 6319 Rn. 24 m.w.N.). Ferner hat er ausgeführt, dass dem betroffenen Bieter durch eine derartige Entscheidung über den Ausschluss ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht (EuGH, Urteil vom 19. Juni 2003 - Rs. C-249/01 -

Hackermüller, Slg. 2003 I 6319 Rn. 25). Dies legt zumindest nahe, dass eine europarechtskonforme Anwendung der in § 107 Abs. 2 GWB für die Antragsbefugnis normierten Voraussetzungen nur dann gegeben ist, wenn jedenfalls die an einem Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen sowie die durch Vergaberechtsverstöße an einer Teilnahme gehinderten Unternehmen antragsbefugt sind. Diesen droht durch die beabsichtigte Zuschlagserteilung an ein anderes Unternehmen grundsätzlich die Entstehung eines Schadens in Form eines Auftragsentgangs.

b) Das Oberlandesgericht, das als letztinstanzliches Hauptsachegericht tätig geworden ist, hat seinen bei der Frage des Bestehens einer Vorlagepflicht bestehenden Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise überschritten. Es verweist, um sich nicht mit der von der Beschwerdeführerin angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften auseinander setzen zu müssen, schlicht darauf, dass im vorliegenden Fall eine anders geartete Sachverhaltskonstellation gegeben sei. Aus den Gründen des angefochtenen Beschlusses wird dabei nicht erkennbar, dass das Oberlandesgericht überhaupt eine Analyse der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften zu dem entscheidungserheblichen Gesichtspunkt vorgenommen hat. Demgemäß finden sich in dem angegriffenen Beschluss weder nähere Ausführungen dazu, unter welchen konkreten Gesichtspunkten die Sachverhaltsgestaltungen derart divergieren, dass hieraus auch unterschiedliche Rechtsfolgen zu ziehen sind, noch findet eine Auseinandersetzung mit möglichen, aus dieser Entscheidung in rechtlicher Hinsicht zu ziehenden Schlüssen statt. Die vom Oberlandesgericht gegebene Begründung ist daher nicht geeignet, das Bestehen einer Vorlagepflicht in nachvollziehbarer Weise zu verneinen. Hätte das Oberlandesgericht die gebotene Analyse vorgenommen, so hätte es ausgehend von seiner Rechtsauffassung dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften die Frage vorlegen müssen, ob Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG in der Weise auszulegen ist, dass einem Bieter, der die Verletzung der Chancengleichheit durch unklare und missverständliche Ausschreibungsunterlagen sowie eine unterlassene hinreichende Aufklärung durch die Vergabestelle rügt, auch dann ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht und ihm daher das Nachprüfungsverfahren zur Verfügung stehen muss, wenn er im Rahmen der Beantragung des Nachprüfungsverfahrens eine Neukalkulation seines Angebotes unter Beachtung der zwischenzeitlichen Klarstellungen der Vergabestelle unterlässt.

37

#### IV.

Auf die Frage, ob auch die mit der Verfassungsbeschwerde gerügte Verletzung von Art. 3 Abs. 1 und Art. 103 Abs. 1 GG vorliegt, kommt es vor diesem Hintergrund nicht an.

38

Gemäß § 95 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG sind die Verletzungen von Art. 19 Abs. 4 und Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG festzustellen. Der angegriffene Beschluss ist unter Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht aufzuheben (§ 93c Abs. 2 i.V.m. § 95 Abs. 2 BVerfGG).

39

Die Entscheidung über die Auslagenerstattung beruht auf § 34a Abs. 2 BVerfGG. Die Festsetzung des Gegenstandswertes ergibt sich aus § 113 Abs. 2 Satz 3 BRAGO (vgl. auch BVerfGE 79, 365 <366 ff.>).

40

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

41

Broß

Di Fabio

Gerhardt

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 29. Juli 2004 - 2 BvR 2248/03**

**Zitiervorschlag** BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 29. Juli 2004 - 2 BvR 2248/03 - Rn. (1 - 41), [http://www.bverfg.de/e/rk20040729\\_2bvr224803.html](http://www.bverfg.de/e/rk20040729_2bvr224803.html)

**ECLI** ECLI:DE:BVerfG:2004:rk20040729.2bvr224803