

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	23
Anlass und Gang der Arbeit	25
Kapitel 1: Vergaberechtswidrigkeit aus zivilrechtlicher Sicht	28
§ 1 Vergaberechtswidrigkeit	28
I. Vergaberechtswidrige Verträge im Sinne der Arbeit	28
II. Folgen vergaberechtswidrigen Handelns	30
III. Vergaberechtsverletzungen als Beeinträchtigung der Grundfreiheiten	33
§ 2 Zum Verhältnis von Vergaberecht und Zivilrecht	34
I. Rechtsnatur der öffentlichen Auftragsvergabe	34
II. Zivilrechtliche Beurteilung von Vergaberechtswidrigkeit	35
§ 3 Zivilrechtlicher Umgang mit vergaberechtswidrigen Verträgen als Ausgleich widerstreitender Interessen	36
§ 4 Ein Kompromiss zu Gunsten des Bestands von Vergabeverträgen	38
I. Unterscheidung von vergaberechtlichem Primär- und Sekundärrechtsschutz	38
II. Die Regelungen der Art. 2 VII RL 2007/66/EG bzw. Art. 2 VI RL 89/665/EWG und § 114 II 1 GWB	40
§ 5 Vergaberecht als Schnittstelle zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Zivilrecht	41
I. Nationales Zivilrecht unter europäischem Einfluss	41
II. Vergaberecht als binnenmarktbezogenes Zivilrecht	43
§ 6 Ergebnis zu Kapitel 1	45
Kapitel 2: Vorgaben des EuGH für den Umgang mit vergaberechtswidrigen Verträgen	46
§ 7 Ausweitung des Primärrechtsschutzes durch die Rechtsprechung des EuGH	46

I. Bedeutung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes für vergaberechtswidrige Verträge	46
1. Alcatel und Kommission/Österreich	47
2. Stadt Halle	49
II. Folgerungen für den Umgang mit vergaberechtswidrigen Verträgen	50
§ 8 Entwicklung einer gemeinschaftsrechtlichen Fehlerfolgenlehre für vergaberechtswidrige Verträge durch die Rechtsprechung des EuGH	51
I. Gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur Beendigung vergaberechtswidriger Verträge	52
1. Vertragsverletzungsverfahren aufgrund schwerer Vergaberechtsverstöße	52
2. Argumente für eine Beendigungspflicht vergaberechtswidriger Verträge	53
a) Fortwirkender Gemeinschaftsrechtsverstoß durch den Vergabefehler	53
b) Rolle des Art. 2 VI RL 89/665/EWG bzw. Art. 2 VII RL 2007/66/EG im Vertragsverletzungsverfahren	54
c) Gemeinschaftsrechtlich anerkannte Rechtskraft rechtskräftiger Gerichtsentscheidungen und Gesamtschau des europäischen Vergaberechtsregimes	55
d) Klarheit durch EuGH-Entscheidung im Fall Abwasservertrag Bockhorn und Abfallentsorgung Braunschweig II	56
3. Ausnahmen von der Beendigungspflicht aus Gründen der Verhältnismäßigkeit?	58
a) Unverhältnismäßigkeit einer starren gemeinschaftsrechtlichen Beendigungspflicht?	59
b) Ausnahmslose Beendigungspflicht nach Bestätigung des Vergaberechtsverstößes durch den EuGH	60
4. Beendigungspflicht auch ohne vorherige Feststellung des Vergaberechtsverstößes durch den EuGH?	62
a) Problematik des Art. 2 VI RL 89/665/EWG bzw. Art. 2 VII RL 2007/66/EG	62
b) Argumentation gegen eine allgemeine Beendigungspflicht vergaberechtswidriger Verträge	63
c) Argumentation für eine allgemeine Beendigungspflicht vergaberechtswidriger Verträge	63

II. Gemeinschaftsrechtliche Rückabwicklungspflicht vergaberechtswidriger Verträge?	65
1. Argumentation mit der Rechtsprechung des EuGH	65
a) St. Pölten	66
b) Bockhorn und Braunschweig	68
2. Keine eindeutige Aussage des EuGH zur Rückabwicklung vergaberechtswidriger Verträge	69
3. Rückabwicklung als „logische Konsequenz“ eines Vertragsverletzungsurteils und Argumentation mit dem Schutzzweck des europäischen Vergaberechts	70
4. Argumentation mit dem maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt im Vertragsverletzungsverfahren und dem Urteilstenor	71
5. Folgerungen für die vergaberechtliche Situation	72
§ 9 Ergebnis zu Kapitel 2	74
Kapitel 3: Zivilrechtliche Auswirkungen auf den Beschaffungsvertrag bei schweren Verstößen gegen das europäische Vergaberecht	76
§ 10 Erfordernis einer nationalen Fehlerfolgenlehre für vergaberechtswidrige Verträge	76
I. Gemeinschaftsrechtskonforme Behandlung vergaberechtswidriger Verträge	76
II. Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben durch zivilrechtliche Rechtsinstitute	77
§ 11 Anfängliche Nichtigkeit des Beschaffungsvertrages infolge eines schweren Vergaberechtsverstößes	79
I. Nichtigkeit aufgrund eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gemäß § 134 BGB	79
1. § 97 I GWB als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB?	79
2. Berücksichtigung der Grundfreiheiten im Rahmen des § 134 BGB?	81
3. Nichtigkeit eines Vergabevertrages nach § 134 BGB i.V.m. Art. 108 III 3 AEUV (ex-Art. 88 III 3 EG)	82
II. Nichtigkeit infolge Sittenwidrigkeit gemäß § 138 I BGB	84
1. Sittenwidrigkeit im Sinne des allgemeinen Zivilrechts	84
2. Vergaberechtsverletzung als Sittenverstoß	85
3. Sittenwidriges Verhalten im Vergabeverfahren und subjektives Element der Sittenwidrigkeit	85

4. Nachweisbarkeit sittenwidrigen Vergabehandeln und Beweislastverteilung im Rahmen des § 138 I BGB	88
§ 12 Beendigung des vergaberechtswidrigen Vertrages mit zukünftiger Wirkung als Konsequenz eines schweren Vergaberechtsverstößes	89
I. Ergänzende Vertragsauslegung nach § 157 BGB	89
1. Zweck und Voraussetzungen der ergänzenden Vertragsauslegung	90
2. Vorliegen einer vertraglichen Regelungslücke	91
3. Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens	91
II. Kündbarkeit des Vertrages gemäß § 314 BGB	93
1. Normzweck und Rechtsnatur des Kündigungsrechts gemäß § 314 BGB	93
2. Voraussetzungen des Kündigungsrechts gemäß § 314 BGB	94
a) Vertragsverletzungsurteil durch den EuGH als wichtiger Grund im Sinne des § 314 BGB	94
b) Wichtiger Grund im Sinne des § 314 BGB auch ohne Feststellung der Vergaberechtswidrigkeit durch den EuGH?	94
c) Einwände gegen ein Kündigungsrecht des öffentlichen Auftraggebers gemäß § 314 BGB	96
d) Erweiternde Auslegung des § 314 BGB im Sinne des § 60 I 2 VwVfG?	97
e) Wichtiger Grund im Sinne des § 314 BGB wegen der Besonderheiten des Vergabevertrages	98
f) Frist zur Geltendmachung des Kündigungsgrundes	99
III. Vertragsanpassung und Kündigung gemäß § 313 BGB	99
1. Normzweck des § 313 BGB	100
2. Rechtmäßigkeit der Auftragsvergabe als Geschäftsgrundlage	100
3. Schwerwiegende Änderung der Geschäftsgrundlage	101
4. Risikoverteilung im Beschaffungsvertrag	103
a) Vergaberechtswidrigkeit als Risiko des öffentlichen Auftraggebers?	103
b) Vergaberechtswidrigkeit als gemeinsames Risiko der Vertragsparteien	104
5. Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag für den öffentlichen Auftraggeber	105
6. Rechtsfolgen der Störung der Geschäftsgrundlage	106
7. Verhältnis des § 313 BGB zu § 314 BGB	106
IV. Vereinbarungen der Vertragsparteien zur Auflösung eines vergaberechtswidrigen Vertrages	107

§ 13 Defizite einer rein zivilrechtlichen Fehlerfolgenlehre für vergaberechtswidrige Verträge	108
I. Kein Anspruch übergangener Bieter auf Vertragsauflösung	109
II. Mangelndes Interesse der öffentlichen Auftraggeber an der Vertragsauflösung und enger Anwendungsbereich des § 138 I BGB	110
III. Keine Funktionserfüllung durch zivilrechtliche Fehlerfolgen	111
§ 14 Ergebnis zu Kapitel 3	112
 Kapitel 4: Die überarbeitete Rechtsmittelrichtlinie als Teil des europäischen Vergaberechtsregimes	 113
§ 15 Die richtige Regelungsebene für den Umgang mit vergaberechtswidrigen Verträgen	113
§ 16 Kritik am gemeinschaftsrechtlichen Vergaberegime	115
§ 17 Öffnung des Vergabebinnenmarktes und Förderung grenzüberschreitender Auftragsvergabe	116
§ 18 Recht als optimales Steuerungsinstrument im Vergaberecht?	118
§ 19 Die Regelungsintensität vergaberechtlicher Richtlinienvorschriften und der Grundsatz der Prozessautonomie in der Regulierung des öffentlichen Auftragswesens	120
§ 20 Ergebnis zu Kapitel 4	122
 Kapitel 5: Art. 2d der Richtlinie 2007/66/EG und seine Umsetzung durch § 101b GWB – ein optimaler Umgang mit vergaberechtswidrigen Verträgen?	 123
§ 21 Ziele der Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG	123
§ 22 Der Geltungsbereich der Unwirksamkeitssanktion: Welche Vergaberechtsverstöße können die Unwirksamkeit des Beschaffungsvertrages auslösen?	124
I. Unzulässige Direktvergaben	125
1. Vorgaben des Art. 2d I a) RL 2007/66/EG	125
2. Die deutsche Umsetzung durch § 101b I Nr. 2 GWB	126
II. Verstoß gegen den Suspensiveffekt und gegen Informations- und Stillhaltepflichten	128
1. Vorgaben des Art. 2d I b) RL 2007/66/EG	128
a) Missachtung des Suspensiveffekts	129
b) Verstoß gegen die Informations- und Stillhaltepflicht	131

c) Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Bieters und materieller Vergabeverstoß	132
2. Die deutsche Umsetzung der Richtlinienvorgaben	134
a) Die deutsche Umsetzung durch § 101b I Nr. 1GWB bei einem Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht	134
b) <i>Nichtigkeit des Vertrages bei einem Verstoß gegen den Suspensiveffekt gemäß § 115 I GWB i.V.m. § 134 BGB</i>	137
III. Rechtswidrige Einzelverträge bei Rahmenvereinbarungen und dynamischen Beschaffungssystemen	138
1. Vorgaben des Art. 2d I c) RL 2007/66/EG	138
2. Keine deutsche Umsetzung in § 101b I GWB wegen Einführung der Stillhaltefrist	140
IV. Ergebnis	141
§ 23 Entscheidung für die Feststellung der Unwirksamkeit in einem Nachprüfungsverfahren und gegen die automatische Vertragsunwirksamkeit	141
I. Die Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie in Art. 2d I RL 2007/66/EG	142
II. Die Umsetzung durch § 101 b I GWB	142
III. Abhängigkeit der Sanktion der Vertragsunwirksamkeit vom Rechtsschutzersuchen übergangener Unternehmen	144
1. Argumentation für den automatischen Eintritt der Vertragsunwirksamkeit	144
2. Argumentation für die Feststellung der Vertragsunwirksamkeit in einem Nachprüfungsverfahren	146
IV. Ergebnis	149
§ 24 Der Begriff der Vertragsunwirksamkeit im Sinne des Art. 2d RL 2007/66/EG und des § 101b I GWB	149
I. Die Richtlinienvorgaben zum Begriff der Vertragsunwirksamkeit	149
II. Weiter Umsetzungsspielraum bei den Folgen der Vertragsunwirksamkeit	150
III. Der Begriff der Vertragsunwirksamkeit im deutschen Zivilrecht	152
1. Unwirksamkeit im Sinne des § 101b GWB	152
a) „Unwirksamkeit“ im Sinne des § 101b GWB im Entstehungsprozess der Vorschrift	153
b) Bewertung der Gesetzesbegründung und rechtliche Klassifizierung der Unwirksamkeit im Sinne des § 101b GWB als schwebende Wirksamkeit	155

c) Abgrenzung der schwebenden Wirksamkeit gemäß § 101b GWB von der Anfechtbarkeit und der auflösenden Bedingung	157
aa) Abgrenzung der schwebenden Wirksamkeit im Sinne des § 101b I GWB von der Anfechtung	158
bb) Abgrenzung der schwebenden Wirksamkeit im Sinne des § 101b I GWB von der auflösenden Bedingung	159
2. Mögliche Alternativen zur schwebenden Wirksamkeit im Sinne des § 101b GWB	161
a) Nichtigkeit als Alternative zur schwebenden Wirksamkeit?	161
b) Kündigung oder Rücktritt des öffentlichen Auftraggebers als Alternative zur schwebenden Wirksamkeit?	163
IV. Ergebnis	164
§ 25 Bewertung der Vertragsunwirksamkeit als Rechtsfolge eines schweren Vergaberechtsverstößes	165
I. Wirksamkeit der Vertragsunwirksamkeit als Sanktion schwerer Vergaberechtsverstöße	165
1. Die Ziele der Vertragsunwirksamkeit	165
2. Prävention durch Abschreckung	166
3. Kompensation der Defizite im vergaberechtlichen Sekundärrechtsschutz durch die Vertragsunwirksamkeit	167
4. Das Problem des ausgedehnten Anwendungsbereichs des Vergaberechts	170
5. Argument gegen die anfängliche Vertragsunwirksamkeit: Von einer rechtswidrigen Vergabe in die nächste?	171
II. Verhältnismäßigkeit der Vertragsunwirksamkeit als Sanktion vergaberechtswidrigen Verhaltens	173
1. Notwendiger Interessensausgleich in der Behandlung von vergaberechtswidrigen Verträgen	173
2. Erforderlichkeit der Sanktion der Vertragsunwirksamkeit	174
a) Alternative Sanktionen im Sinne des Art. 2e II RL 2007/66/EG	174
aa) Kein Gestaltungsfreiraum der Mitgliedstaaten zur Schaffung weiterer alternativer Sanktionen	175
bb) Kritik an den alternativen Sanktionen des Art. 2e II RL 2007/66/EG	176
(1) Kritik an den Bußgeldern für öffentliche Auftraggeber	176
(2) Kritik an der Verkürzung der Vertragslaufzeit	177

cc)	Verminderte Wirksamkeit alternativer Sanktionen	178
b)	Sonstige Faktoren zur Abschreckung vor schweren Vergaberechtsverstößen	179
3.	Angemessenheit der Rechtsfolge der Vertragsunwirksamkeit	180
a)	Rechtssicherheit und Vertrauensschutz	181
aa)	Vertrauensschutz des Auftragnehmers	182
bb)	Vertrauensschutz des öffentlichen Auftraggebers	185
cc)	Ergebnis zum Vertrauensschutz der Vertragsparteien	187
b)	Funktionsfähigkeit der Verwaltung	187
4.	Ergebnis zur Verhältnismäßigkeit der Rechtsfolge der Vertragsunwirksamkeit	190
§ 26	Ausnahmen von der Rechtsfolge der Vertragsunwirksamkeit	190
I.	Ausnahme von der Vertragsunwirksamkeit aus überwiegenden Gründen des Allgemeininteresses auf der Grundlage des Art. 2d III RL 2007/66/EG	190
1.	Zwingende Gründe des Allgemeininteresses als Rechtfertigung für die Einschränkung der Grundfreiheiten übergangener Bieter	191
a)	Die grundfreiheitlichen Vorbehalte als „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ im Sinne des Art. 2d III RL 2007/66/EG	193
b)	Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe als „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ im Sinne des Art. 2d III RL 2007/66/EG	193
c)	Wirtschaftliche Interessen als zwingende Gründe des Allgemeininteresses	195
aa)	Wirtschaftliche Interessen Dritter	196
bb)	Wirtschaftliche Interessen des öffentlichen Auftraggebers	197
2.	Drohende Rechtsunsicherheit bei Ausnahmen von der Rechtsfolge der Vertragsunwirksamkeit	198
3.	Weitere Problematik des Art. 2d III RL 2007/66/EG	200
4.	Ergebnis	201
II.	Ausnahme von der Rechtsfolge der Vertragsunwirksamkeit bei Veröffentlichung geplanter Direktvergaben – Die Möglichkeit des Art. 2d IV und V RL 2007/66/EG	201
1.	Bekanntmachungsvorschriften des ursprünglichen Kommissionsvorschlages	201
2.	Vorteile der ex ante-Transparenz bei der Bekämpfung von illegalen Direktvergaben	202

3. Art. 2d IV und V RL 2007/66/EG als Ausnahme von der Vertragsunwirksamkeit	204
4. Entscheidung des deutschen Gesetzgebers gegen die ex ante-Transparenz des Art. 2d IV und V RL 2007/66/EG – ein Umsetzungsdefizit?	206
a) Art. 2 d IV und V RL 2007/66/EG als zwingende Vorgabe?	206
b) Nichtumsetzung als strengere Regelung im Sinne des Richtlinienziels	207
c) Verpasste Chance auf frühzeitige Rechtssicherheit	208
III. Ausnahme von der Vertragsunwirksamkeit bei Gutgläubigkeit des öffentlichen Auftraggebers?	209
1. Gemeinschaftsrechtsverstöße und die Rolle subjektiver Elemente	209
2. Gutgläubigkeit im Vergaberecht	210
§ 27 Die Fristen zur Geltendmachung der Unwirksamkeit eines vergaberechtswidrigen Vertrages	212
I. Die Fristen zur Geltendmachung der Vertragsunwirksamkeit	212
1. Die Vorgaben des Art. 2f I RL 2007/66/EG	212
2. Zulässigkeit zeitlicher Rechtsschutzbeschränkungen	214
3. Angemessenheit der absoluten Ausschlussfrist des Art. 2f I b) RL 2007/66/EG	216
4. Die Fristen des Art. 2f RL 2007/66/EG zur Geltendmachung der Vertragsunwirksamkeit und die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten	218
II. Deutsche Umsetzung durch § 101b II GWB	220
1. Divergenz von Richtlinienvorgaben und § 101 II S. 1 GWB?	221
2. Divergenz der Richtlinienvorgaben und § 101b II S. 2 GWB?	222
3. Die Fristen des § 101b II GWB als Umsetzungsdefizit	224
§ 28 Antragsbefugnis und Rügepflicht für die Feststellung der Vertragsunwirksamkeit	225
I. Die Vorgaben der Richtlinie zur Antragsbefugnis und Rügepflicht	225
II. Antragsbefugnis und Rügeobliegenheit übergangener Wettbewerber nach deutschem Recht	226
1. Berufung auf Vergaberechtsverstöße im Sinne des § 101b I Nr. 1 GWB	226

2.	Berufung auf Vergaberechtsverstöße im Sinne des § 101b I Nr. 2 GWB	227
a)	Die neue Rechtslage	227
b)	Schließung einer Rechtsschutzlücke nach alter Rechtslage	230
3.	Rügeobliegenheit gemäß § 107 III GWB	231
4.	Ergebnis zur Antragsbefugnis übergangener Unternehmen	231
III.	Antragsbefugnis des öffentlichen Auftraggebers?	232
1.	Argumentation für die Antragsbefugnis des öffentlichen Auftraggebers	232
2.	Argumentation gegen eine Antragsbefugnis des öffentlichen Auftraggebers	233
IV.	Antragsbefugnis des Auftragnehmers als Vertragspartner?	235
1.	Argumentation für eine Antragsbefugnis des Auftragnehmers	235
2.	Argumentation gegen eine Antragsbefugnis des Auftragnehmers	236
V.	Ergebnis zur Antragsbefugnis	237
§ 29	Folgerungen aus der begrenzten Antragsbefugnis	237
I.	Vergaberechtskontrolle durch eine unabhängige Vergabeaufsichtsbehörde?	237
1.	Präventionslösung durch Errichtung einer vergaberechtlichen Aufsichtsbehörde	238
a)	Modelle zur Ausgestaltung vergabeaufsichtlicher Befugnisse	239
b)	Schwäche des Private Enforcement im Vergaberecht?	240
2.	Rechtliche und praktische Einwände gegen die Einrichtung von Aufsichtsbehörden	241
a)	Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten	241
b)	Praktische Einwände gegen nationale Vergabeaufsichtsbehörden	242
II.	Feststellungsverfahren unabhängig von einer konkreten Auftragsvergabe zur Klärung komplexer vergaberechtlicher Fragestellungen?	244
1.	Vorteile eines vergaberechtlichen Feststellungsverfahrens	244
2.	Problematik eines vergaberechtlichen Feststellungsverfahrens	245
§ 30	Neuausschreibung als Rechtsfolge der anfänglichen Unwirksamkeit des Vergabevertrages	246
I.	Problematik der Neuausschreibung	246

II. Privilegierung des anfechtenden Bieters als Alternative?	248
III. Neuausschreibung als vergaberechtliches Erfordernis	249
§ 31 Verhältnis der Unwirksamkeitssanktion des Art. 2d RL 2007/66/EG zum Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 258, 260 AEUV (ex-Art. 226, 228 EG)	250
I. Grundsatzproblematik des Nebeneinanders von Vertragsverletzungsverfahren und Nachprüfungsverfahren	250
II. Das Nebeneinander von Vertragsverletzungsverfahren und Nachprüfungsverfahren nach Inkrafttreten des Art. 2d RL 2007/66/EG bzw. § 101b GWB	251
1. Keine Verdrängung des Vertragsverletzungsverfahrens durch die Vorschriften der neuen Rechtsmittelrichtlinie	253
2. Argumente für ein zweispuriges Kontrollsystem im Vergaberecht	254
a) Unterschiedliche Schutzrichtung von Vertragsverletzungsverfahren und Nachprüfungsverfahren	254
b) Das Vertragsverletzungsverfahren als Möglichkeit indirekten Vergaberechtsschutzes	255
III. Ergebnis	258
§ 32 Verhältnis der Vertragsunwirksamkeit nach Art. 2d RL 2007/66/EG bzw. § 101b GWB zu zivilrechtlichen Fehlerfolgen vergaberechtswidriger Verträge	259
I. Das Verhältnis des § 101b GWB zur Vertragsnichtigkeit nach § 138 I BGB	259
II. Das Verhältnis § 101b GWB zu den zivilrechtlichen Kündigungsgründen	261
1. § 101b GWB als lex specialis?	261
2. Angemessene Reaktionsmöglichkeiten auf supranationale Rechtsentwicklungen	262
3. Erfordernis einer ausdrücklichen Verweisungsnorm?	262
4. Gesetzliches Widerrufs- oder Sonderkündigungsrecht des öffentlichen Auftraggebers als Alternative zu den zivilrechtlichen Kündigungsgründen des BGB?	263
a) Vorteile eines gesetzlichen Widerrufs- oder Sonderkündigungsrechts im GWB	263
b) § 339 BVergG 2006 als Vorbild für ein gesetzliches Widerrufs- bzw. Rücktrittsrecht?	264

c) § 60 I 2 VwVfG als Vorbild für ein gesetzliches Sonderkündigungsrecht?	265
d) Mögliche Ausgestaltung eines gesetzlichen Sonderkündigungsrechts im GWB	267
e) Kein Erfordernis für ein gesetzliches Sonderkündigungsrecht der Vergabestelle	268
III. Ergebnis	270
§ 33 Durchschlagen der Vertragsunwirksamkeit auf die dingliche Ebene?	270
I. Relevanz der Fragestellung	270
II. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben zu den Auswirkungen der Vertragsunwirksamkeit auf dingliche Verträge	271
1. Vorgaben des EuGH für dingliche Verträge	271
2. Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG	272
III. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip im deutschen Zivilrecht	273
1. Unwirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts bei unwirksamen Vergabevertrag gemäß § 101b GWB?	275
2. Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts bei sittenwidrigem Vergabevertrag gemäß § 138 I BGB?	276
IV. Ergebnis	278
§ 34 Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung eines ex tunc unwirksamen oder nichtigen Vergabevertrages	278
I. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben zur Rückabwicklung eines unwirksamen Vergabevertrages	279
II. Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gemäß §§ 812 ff. BGB	280
1. Rückabwicklung eines nach § 101b GWB unwirksamen Vergabevertrages	281
a) Rückgewähranspruch gemäß § 812 I 1 (1. Alt) bzw. § 812 I 2 (1. Alt.) BGB	281
aa) Durch Leistung etwas erlangt	281
bb) Vermögensmehrung ohne Rechtsgrund	281
b) Ausschluss des Herausgabeanspruchs durch § 814 (1. Alt) BGB?	283
c) Anwendbarkeit des § 817 BGB auf gemäß § 101b GWB unwirksame Verträge?	285
d) Das Problem der Entreicherung gemäß § 818 III BGB	288

2. Rückabwicklung eines gemäß § 138 I BGB nichtigen Vergabevertrages	289
a) Vertragsnichtigkeit gemäß § 138 BGB und § 814 (1. Alt) BGB	289
b) Vertragsnichtigkeit gemäß § 138 BGB und § 817 BGB	289
III. Ergebnis zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung	290
§ 35 Ergebnis zu Kapitel 5	291
Kapitel 6: Endergebnis	293
Literaturverzeichnis	297