



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MELCHIOR WATHELET
vom 7. Juni 2018¹

Rechtssache C-300/17

Hochtief AG
gegen
Budapest Főváros Önkormányzata

(Vorabentscheidungsersuchen der Kúria [Oberster Gerichtshof, Ungarn])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Richtlinie 89/665/EWG – Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge – Nachprüfungsverfahren – Art. 2 Abs. 6 – Schadensersatzklage – Erfordernis der vorherigen Feststellung der Rechtswidrigkeit der Entscheidung des Auftraggebers – Ausschluss von rechtlichen Gründen, die nicht vor einer Schiedsstelle geltend gemacht wurden – Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz – Grundsätze der Effektivität und der Äquivalenz“

I. Einleitung

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge² in der durch die Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe³ geänderten Fassung.
2. Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Hochtief AG und der Budapest Főváros Önkormányzata (Selbstverwaltung der Hauptstadt Budapest, Ungarn, im Folgenden: BFO) betreffend eine Schadensersatzklage wegen vergaberechtlicher Verstöße.
3. Mit ihrem Vorabentscheidungsersuchen fragt die Kúria (Oberster Gerichtshof, Ungarn), wie sich das Zusammenwirken nationaler Verfahrensbestimmungen auf das Recht auf ein wirksames Nachprüfungsverfahren auswirken kann, wenn diese Bestimmungen einzeln betrachtet nicht unbedingt Schwierigkeiten aufwerfen.

¹ Originalsprache: Französisch.

² ABl. 1989, L 395, S. 33.

³ ABl. 2014, L 94, S. 1.

II. Rechtlicher Rahmen

A. Unionsrecht

4. Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 4 der Richtlinie 89/665 sieht vor:

„Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU beziehungsweise der Richtlinie 2014/23/EU fallenden Aufträge oder Konzessionen die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der Artikel 2 bis 2f dieser Richtlinie auf Verstöße gegen das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die nationalen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, überprüft werden können.“

5. In Art. 2 Abs. 1, 2, 6 und 9 der Richtlinie 89/665 heißt es:

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass für die in Artikel 1 genannten Nachprüfungsverfahren die erforderlichen Befugnisse vorgesehen werden, damit

...

b) die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, einschließlich der Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen in den Ausschreibungsdokumenten, den Verdingungsunterlagen oder in jedem sonstigen sich auf das betreffende Vergabeverfahren beziehenden Dokument vorgenommen oder veranlasst werden kann;

c) denjenigen, die durch den Verstoß geschädigt worden sind, Schadensersatz zuerkannt werden kann.

(2) Die in Absatz 1 und in den Artikeln 2d und 2e genannten Befugnisse können getrennt mehreren Stellen übertragen werden, die für das Nachprüfungsverfahren unter verschiedenen Gesichtspunkten zuständig sind.

...

(6) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass bei Schadensersatzansprüchen, die auf die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung gestützt werden, diese zunächst von einer mit den dafür erforderlichen Befugnissen ausgestatteten Stelle aufgehoben worden sein muss.

...

(9) Eine Nachprüfungsstelle, die kein Gericht ist, muss ihre Entscheidung stets schriftlich begründen. Ferner ist in diesem Falle sicherzustellen, dass eine behauptete rechtswidrige Maßnahme der Nachprüfungsstelle oder ein behaupteter Verstoß bei der Ausübung der ihr übertragenen Befugnisse zum Gegenstand einer Klage oder einer Nachprüfung bei einer anderen von dem öffentlichen Auftraggeber und der Nachprüfungsstelle unabhängigen Stelle, die ein Gericht im Sinne des Artikels [267] des Vertrags ist, gemacht werden können.“

B. Ungarisches Recht

1. Gesetz Nr. CXXIX von 2003 über die Vergabe öffentlicher Aufträge

6. Der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens hat sich 2005 zugetragen. Damals galt das Közbeszerzéskről szóló 2003 évi CXXIX. törvény (Gesetz Nr. CXXIX von 2003 über die Vergabe öffentlicher Aufträge; im Folgenden: Vergabegesetz).

7. Nach § 108 Abs. 3 des Vergabegesetzes kann „[d]er Teilnehmbewerber ... seine Teilnehmbewerbung bis zum Ablauf der Bewerbungsfrist ändern“.

8. § 350 des Vergabegesetzes lautet:

„Voraussetzung für die Geltendmachung jeglicher mit der Verletzung der Rechtsnormen zur öffentlichen Auftragsvergabe bzw. zum Vergabeverfahren begründeter zivilrechtlicher Ansprüche ist, dass die Schiedsstelle für öffentliche Auftragsvergaben bzw. – bei einer Überprüfung des Beschlusses der Schiedsstelle für öffentliche Auftragsvergaben – das Gericht die Rechtsverletzung rechtskräftig feststellt.“

9. § 351 dieses Gesetzes sieht jedoch vor:

„Wenn der Bieter vom öffentlichen Auftraggeber als Schadensersatz ausschließlich die Erstattung seiner in Verbindung mit der Anfertigung des Angebots und der Teilnahme am Vergabeverfahren aufgetretenen Kosten fordert, reicht es zur Geltendmachung dieses Schadensersatzanspruchs aus, wenn er nachweist, dass

- a) der öffentliche Auftraggeber eine Bestimmung der Rechtsnormen zur öffentlichen Auftragsvergabe bzw. zum Vergabeverfahren verletzt hat und
- b) er eine reale Chance hatte, den Vertrag zu bekommen, sowie
- c) die Rechtsverletzung seine Chancen, den Vertrag zu bekommen, ungünstig beeinflusst hat.“

2. Gesetz Nr. III von 1952 über die Zivilprozessordnung

10. § 339/A des Polgári perrendtartásról szóló 1952 évi III. törvény (Gesetz Nr. III von 1952 über die Zivilprozessordnung; im Folgenden: Zivilprozessordnung) sieht vor:

„Das Gericht überprüft die Verwaltungsentscheidung – sofern eine Rechtsnorm nichts Abweichendes bestimmt – aufgrund der bei Erlass der Entscheidung anzuwendenden Rechtsnormen und bestehenden Tatsachen.“

III. Sachverhalt des Ausgangsverfahrens

11. Die BFÖ veröffentlichte am 5. Februar 2005 eine Ausschreibung zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Verhandlungsverfahren, der Bauleistungen mit einem Wert oberhalb des unionsrechtlichen Schwellenwerts zum Gegenstand hatte. Innerhalb der in der Ausschreibung genannten Frist gingen fünf Bewerbungen ein, darunter die des von Hochtief geführten „HOLI“-Konsortiums (im Folgenden: Konsortium).

12. Am 19. Juli 2005 teilte die BFÖ dem Konsortium mit, dass seine Bewerbung wegen eines Interessenkonflikts ungültig und ausgeschlossen worden sei. Zur Begründung hieß es, das Konsortium habe als leitenden Planer einen Experten benannt, der auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers an der Ausarbeitung der Ausschreibung beteiligt gewesen sei.

13. Das Konsortium legte gegen diese Entscheidung bei der Közbeszerzési Döntőbizottság (Schiedsstelle für öffentliche Auftragsvergaben, Ungarn; im Folgenden: Schiedsstelle) einen Rechtsbehelf ein. Diese wies den Rechtsbehelf mit Entscheidung vom 12. September 2005 mit der Begründung zurück, dass die in dem Antrag auf Teilnahme vorgenommene Benennung des Experten entgegen dem Vorbringen von Hochtief nicht als Verwaltungsfehler gewertet werden könne, weil es eine nach § 108 Abs. 3 des Vergabegesetzes ausgeschlossene Änderung des Teilnahmeantrags wäre, wenn dieser Experte nicht berücksichtigt worden wäre. Die Auftraggeberin habe auch nicht deshalb rechtswidrig gehandelt, weil sie das Verfahren mit nur zwei Bewerbern durchgeführt habe, denn nach § 130 Abs. 7 des Vergabegesetzes müssten, wenn eine dem Schwellenwert entsprechende Zahl von Antragstellern übrig bleibe, die eine geeignete Bewerbung eingereicht hätten, diese zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden.

14. Das Konsortium erhob gegen die Entscheidung der Schiedsstelle Klage zum Fővárosi Bíróság (Hauptstädtisches Gericht, Ungarn). Dieses wies die Klage mit Urteil vom 28. April 2006 ab. Das mit einer Berufung gegen dieses Urteil angerufene Fővárosi Ítéltábla (Hauptstädtisches Berufungsgericht, Ungarn) setzte das Verfahren aus und erließ ein Vorabentscheidungsersuchen, das zu dem Urteil vom 15. Oktober 2009, Hochtief und Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), führte.

15. Auf dieses Urteil hin bestätigte das Fővárosi Ítéltábla (Hauptstädtisches Berufungsgericht) mit Urteil vom 20. Januar 2010 das Urteil vom 28. April 2006.

16. Vor diesem Gericht hatte die Klägerin unter Hinweis auf das Urteil vom 3. März 2005, Fabricom (C-21/03 und C-34/03, EU:C:2005:127), insbesondere geltend gemacht, es sei ihr nicht möglich gewesen, zu den Umständen des Rechtsstreits Stellung zu nehmen oder zu beweisen, dass die Mitwirkung des Experten einen fairen und transparenten Wettbewerb nicht beeinträchtigen könne.

17. Dieses Urteil, das vor der Entscheidung der BFÖ ergangen war, lag also bereits vor, als Hochtief ihren Rechtsbehelf bei der Schiedsstelle einlegte. Es soll allerdings erst nach diesem Zeitpunkt in ungarischer Sprache „verfügbar“ gemacht worden sein⁴. In seinem Urteil führte das Fővárosi Ítéltábla (Hauptstädtisches Berufungsgericht) jedoch aus, es prüfe diese Rüge nicht, da sie in der Klageschrift im ersten Rechtszug nicht enthalten gewesen sei. Dem vorlegenden Gericht zufolge war die Frage, ob der Auftraggeber mit seinem Schluss auf die Unvereinbarkeit einen Rechtsverstoß begangen habe, weil er der Klägerin des Ausgangsverfahrens nicht die Möglichkeit zur Verteidigung eingeräumt habe, in der Klageschrift nicht angesprochen worden. Erstmals im Rechtsmittelverfahren habe diese Partei geltend gemacht, dass das ihr entgegengehaltene Verbot eine unverhältnismäßige Beschränkung ihres Rechts auf Einreichung einer Bewerbung und eines Angebots darstelle, die Art. 220 EG, Art. 6 der Richtlinie 93/37/EWG⁵ und der Rechtsprechung des Gerichtshofs zuwiderlaufe.

18. Mit Urteil vom 7. Februar 2011 bestätigte der Legfelsőbb Bíróság (frühere Bezeichnung des Obersten Gerichtshofs) das Urteil des Fővárosi Ítéltábla (Hauptstädtisches Berufungsgericht) vom 20. Januar 2010.

4 Einem Schreiben der Kanzlei des Gerichtshofs an Hochtief vom 22. September 2010 zufolge war die ungarische Übersetzung des Urteils vom 3. März 2005, Fabricom (C-21/03 und C-34/03, EU:C:2005:127), am 2. Oktober 2006 bei der Kanzlei eingegangen. Die Kanzlei gab jedoch an, der genaue Zeitpunkt seiner Online-Stellung im Internetauftritt des Gerichtshofs lasse sich nicht bestimmen.

5 Richtlinie des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. 1993, L 199, S. 54).

19. Parallel zu diesen Verfahren überprüfte die Generaldirektion Regionalpolitik der Europäischen Kommission im Jahr 2008 das streitige Vergabeverfahren. Sie gelangte zu dem Schluss, dass der Auftraggeber die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge zum einen dadurch verletzt habe, dass er ein Verhandlungsverfahren ausgeschrieben habe, und zum anderen dadurch, dass er im Vorauswahlverfahren einen Bewerber ausgeschlossen habe, ohne ihm gemäß dem Urteil vom 3. März 2005, *Fabricom* (C-21/03 und C-34/03, EU:C:2005:127), die Möglichkeit zum Gegenbeweis gegeben zu haben, nämlich zu dem Nachweis, dass die Beteiligung des Experten den Wettbewerb nicht habe verfälschen können.

20. Am 11. August 2011 stellte Hochtief unter Berufung auf die Feststellungen der Kommission einen Antrag auf Wiederaufnahme des mit dem Urteil des Fővárosi Ítéltábla (Hauptstädtisches Berufungsgericht) abgeschlossenen Verfahrens. Diesen Antrag wies das Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Hauptstädtisches Verwaltungs- und Arbeitsgericht, Ungarn) mit Beschluss vom 6. Juni 2013 zurück, der von dem im letzten Rechtszug entscheidenden Fővárosi Törvényszék (Hauptstädtischer Gerichtshof, Ungarn) bestätigt wurde.

21. Unter Berufung auf die Feststellungen der Kommission erhob Hochtief eine neue Klage mit dem Antrag, den Auftraggeber zur Leistung von Schadensersatz für die ihr im Zusammenhang mit der Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen Kosten zu verurteilen.

22. Nachdem diese Klage im ersten Rechtszug und im Berufungsverfahren erfolglos geblieben war, legte Hochtief Revision vor dem vorlegenden Gericht ein, mit der sie insbesondere eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 rügt.

23. Das vorlegende Gericht führt im Wesentlichen aus, nach der Richtlinie 89/665 könne die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen davon abhängig gemacht werden, dass die angefochtene Entscheidung zuvor von einem Verwaltungsorgan oder einem Gericht aufgehoben worden sei (Urteil vom 26. November 2015, *MedEval*, C-166/14, EU:C:2015:779, Rn. 35), so dass Art. 2 dieser Richtlinie einer nationalen Rechtsvorschrift wie § 350 des Vergabegesetzes grundsätzlich nicht entgegenstehe. Allerdings könne die Anwendung dieser Bestimmung in Verbindung mit anderen Bestimmungen des Vergabegesetzes und der Zivilprozessordnung bewirken, dass es einem Bewerber in einem Verhandlungsverfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags, der wie die Klägerin des Ausgangsverfahrens ausgeschlossen worden sei, nicht möglich sei, eine Schadensersatzklage zu erheben, da er nicht auf eine Entscheidung verweisen könne, mit der endgültig ein Verstoß gegen die Vergabebestimmungen festgestellt worden sei. Unter diesen Umständen könne es gerechtfertigt sein, entweder eine andere Nachweismöglichkeit zu schaffen oder die Bestimmung des Mitgliedstaats im Namen des Grundsatzes der Effektivität außer Acht zu lassen oder sie im Licht des Unionsrechts auszulegen.

24. Die Kúria (Oberster Gerichtshof) hat daher beschlossen, das Verfahren auszusetzen und den Gerichtshof um Vorabentscheidung zu ersuchen.

IV. Das Vorabentscheidungsersuchen und das Verfahren vor dem Gerichtshof

25. Mit Entscheidung vom 11. Mai 2017, die am 24. Mai 2017 beim Gerichtshof eingegangen ist, hat die Kúria (Oberster Gerichtshof) dem Gerichtshof somit die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist eine Verfahrensvorschrift eines Mitgliedstaats unionsrechtswidrig, die als Voraussetzung für die Geltendmachung jeglicher mit der Verletzung einer Vorschrift des öffentlichen Vergaberechts begründeter zivilrechtlicher Ansprüche vorschreibt, dass die Schiedsstelle für öffentliche Auftragsvergaben bzw. – bei einer Überprüfung des Beschlusses der Schiedsstelle für öffentliche Auftragsvergaben – das Gericht die Rechtsverletzung rechtskräftig feststellt?

2. Lässt sich eine Vorschrift eines Mitgliedstaats, die als Vorbedingung für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs vorschreibt, dass die Schiedsstelle für öffentliche Auftragsvergaben bzw. – bei einer Überprüfung des Beschlusses der Schiedsstelle für öffentliche Auftragsvergaben – das Gericht die Rechtsverletzung rechtskräftig feststellt, im Hinblick auf das Unionsrecht ersetzen, d. h., besteht die Möglichkeit, dass der Geschädigte die Rechtsverletzung auf andere Weise nachweist?
 3. Verstößt es gegen das Unionsrecht, insbesondere gegen die Grundsätze der Effektivität und der Äquivalenz, oder kann es in einem Schadensersatzprozess eine solche Wirkung auslösen, wenn eine Verfahrensvorschrift eines Mitgliedstaats die gerichtliche Überprüfung einer Entscheidung auch dann nur auf der Grundlage der rechtlichen Begründung ermöglicht, die im Verlauf des Verfahrens vor der Schiedsstelle für öffentliche Auftragsvergaben angeführt wurde, wenn der Geschädigte als Begründung für die von ihm gerügte Rechtsverletzung auf der Grundlage der Auslegungspraxis des Gerichtshofs die Rechtswidrigkeit seines Ausschlusses wegen eines Interessenkonflikts nur auf eine Weise geltend machen könnte, die – infolge der spezifischen Vorschriften für das Verhandlungsverfahren – zu einer Änderung seines Antrags und damit zu seinem Ausschluss vom Vergabeverfahren aus einem anderen Grund führen würde?
26. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die ungarische, die griechische, die österreichische und die polnische Regierung sowie die Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. In der Sitzung vom 30. April 2018 haben sich die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die ungarische Regierung und die Kommission geäußert.

V. Würdigung

A. Einleitende methodische Bemerkungen

27. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen wirft zwei methodische Vorfragen auf, nämlich zum einen die Frage, wie an die Vorlagefragen heranzugehen ist, und zum anderen die Frage, anhand welcher Rechtsnorm die sich stellenden Probleme zu untersuchen sind.

1. Zur Art und Weise des Herangehens an die Vorlagefragen

28. Das Vorabentscheidungsersuchen enthält drei getrennte Fragen. Gleichwohl wird rasch ersichtlich, dass die individuelle Prüfung jeder einzelnen Frage nicht unbedingt Schwierigkeiten hinsichtlich des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf erkennen lässt. Bedenken wirft eher das Zusammenwirken der in Rede stehenden Verfahrensbestimmungen auf.

29. Es erscheint mir daher angebracht, wenn nicht gar geboten, die drei Fragen zusammen zu behandeln, selbst wenn es letztlich möglich ist, sie getrennt zu beantworten.

30. Schon hier sei darauf hingewiesen, dass ich die im zweiten Teil der dritten Frage vorgenommene Klarstellung nicht für relevant halte. Denn der Umstand, dass der Geschädigte nur einen Rechtsverstoß geltend machen könnte, der jedenfalls zu seinem Ausschluss vom Vergabeverfahren führen würde, hat keine Bedeutung für die rechtlichen Überlegungen, die zur Beantwortung dieser dritten Frage anzustellen sind. Die Auswirkung eines Ausschließungsgrundes auf die Entscheidung im Ausgangsverfahren ist eine Frage, über die allein das vorlegende Gericht zu entscheiden hat⁶. Ich werde daher nicht darauf eingehen.

⁶ Dies gilt umso mehr, als Hochtief (Rn. 34 ihrer schriftlichen Erklärungen) und die ungarische Regierung (Rn. 13 bis 15 ihrer schriftlichen Erklärungen) der These widersprechen, dass die Klägerin des Ausgangsverfahrens den „neuen“ Klagegrund nur unter Änderung ihrer Bewerbung geltend machen könne, was ein Grund für ihren Ausschluss vom Verfahren wäre.

31. Meine Untersuchung wird sich demnach in drei Abschnitte gliedern. Zunächst werde ich die Frage prüfen, ob es zulässig ist, die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen davon abhängig zu machen, dass die vermeintlich rechtswidrige Entscheidung zuvor aufgehoben (also ihre Rechtswidrigkeit festgestellt) worden ist. Sodann werde ich mich dem Problem der Beschränkung der Rechtmäßigkeitskontrolle auf den von der Klägerin in der Klageschrift festgelegten rechtlichen und tatsächlichen Rahmen zuwenden. Schließlich werde ich untersuchen, welche Folgen die Übernahme dieser beiden verfahrensrechtlichen Beschränkungen der Anfechtungsklage in die Schadensersatzklage für einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz hat.

2. Zur Kontrollnorm

32. Des Weiteren muss die Norm bestimmt werden, anhand deren die sich stellenden Probleme zu untersuchen sind. In seiner dritten Frage spricht das vorlegende Gericht die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität an, die traditionell den Rahmen für die verfahrensrechtliche Autonomie der Mitgliedstaaten bilden. Das Gericht stützt sich in der Begründung seines Vorabentscheidungsersuchens jedoch auf Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta), in dem für die Rechtsordnung der Europäischen Union das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht verankert sind⁷.

33. Der letztere Ansatz ist meines Erachtens vorzuziehen. Es steht nunmehr fest, dass die Pflicht der Mitgliedstaaten nach Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV, die erforderlichen Rechtsbehelfe zu schaffen, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist, Art. 47 der Charta entspricht⁸ und dass daraus folgt, dass die Mitgliedstaaten, wenn sie die verfahrensrechtliche Ausgestaltung gerichtlicher Klagen zur Durchsetzung von durch eine Norm der Union wie die Richtlinie 89/665 gewährten Rechten festlegen, die Wahrung des in Art. 47 der Charta niedergelegten Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf und auf ein unparteiisches Gericht gewährleisten müssen. Die Merkmale eines Rechtsbehelfs wie des in Art. 1 der Richtlinie 89/665 vorgesehenen sind folglich im Einklang mit Art. 47 der Charta zu bestimmen⁹.

34. So ist im Übrigen der Gerichtshof bereits bei der Auslegung der Richtlinie 89/665 vorgegangen, zu der er mehrfach entschieden hat, dass ihr Art. 1 „notwendig im Licht der in der Charta verankerten Grundrechte auszulegen [ist], insbesondere im Licht des Rechts aus Art. 47 auf Einlegung eines wirksamen Rechtsbehelfs bei einem Gericht“¹⁰. Konkret bedeutet dies, dass die Mitgliedstaaten bei der Festlegung der Modalitäten gerichtlicher Nachprüfungsverfahren zum Schutz der Rechte, die die Richtlinie 89/665 den durch Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber geschädigten Bewerbern und Bieter einräumen, die Beachtung des in Art. 47 der Charta verankerten Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht gewährleisten müssen¹¹.

35. Daher werde ich die Vorlagefragen anhand der Anforderungen des Art. 47 der Charta prüfen.

⁷ Rn. 22 des Vorabentscheidungsersuchens.

⁸ Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 16. Mai 2017, *Berlioz Investment Fund* (C-682/15, EU:C:2017:373, Rn. 44), vom 26. Juli 2017, *Sacko* (C-348/16, EU:C:2017:591, Rn. 30), und vom 27. September 2017, *Puškár* (C-73/16, EU:C:2017:725, Rn. 58).

⁹ Vgl. in diesem Sinne zur Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (ABl. 2013, L 180, S. 60) Urteil vom 26. Juli 2017, *Sacko* (C-348/16, EU:C:2017:591, Rn. 31), und zur Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. 1995, L 281, S. 31) Urteil vom 27. September 2017, *Puškár* (C-73/16, EU:C:2017:725, Rn. 59 und 60).

¹⁰ Urteil vom 6. Oktober 2015, *Orizzonte Salute* (C-61/14, EU:C:2015:655, Rn. 49), Hervorhebung nur hier.

¹¹ Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. September 2016, *Star Storage* u. a. (C-439/14 und C-488/14, EU:C:2016:688, Rn. 46).

B. Zu der Möglichkeit, die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen davon abhängig zu machen, dass die vermeintlich rechtswidrige Entscheidung zuvor aufgehoben worden ist

36. Nach Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 4 der Richtlinie 89/665 ergreifen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU¹² bzw. der Richtlinie 2014/23 fallenden Verfahren zur Vergabe von Aufträgen oder Konzessionen wirksam und vor allem möglichst rasch überprüft werden können.

37. Nach Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 müssen im Rahmen solcher Klagen drei Arten von Maßnahmen getroffen werden können: erstens vorläufige Maßnahmen, um den behaupteten Verstoß zu beseitigen oder weitere Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern, zweitens die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen und drittens die Zuerkennung von Schadensersatz an diejenigen, die durch einen Verstoß gegen die anwendbaren Bestimmungen geschädigt worden sind.

38. Zu Maßnahmen der letztgenannten Art sieht Art. 2 Abs. 6 der Richtlinie 89/665 vor, dass die Mitgliedstaaten die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen davon abhängig machen können, dass zuvor die vermeintlich rechtswidrige Entscheidung aufgehoben worden sein muss. Daraus hat der Gerichtshof gefolgert, dass „im Grundsatz ... Art. 2 Abs. 6 der Richtlinie 89/665 einer Bestimmung des nationalen Rechts ..., nach [der] die Feststellung eines dort erwähnten vergaberechtlichen Verstoßes Voraussetzung für die Erhebung einer Schadensersatzklage ist, nicht entgegensteht“¹³. Ich werde dies als den Vorrang des Verfahrens zur Rechtmäßigkeitsprüfung vor dem Verfahren über Schadensersatzansprüche bezeichnen.

39. Da es sich um eine bloße Möglichkeit handelt – in Art. 2 Abs. 6 der Richtlinie 89/665 wird das Verb „können“ und nicht „müssen“ verwendet –, verfügen die Mitgliedstaaten, die von dieser Befugnis Gebrauch machen, dabei über einen Gestaltungsspielraum¹⁴. So können sie vorsehen, dass in bestimmten Fällen das Fehlen einer vorherigen Aufhebung kein Grund für die Unzulässigkeit der Schadensersatzklage ist¹⁵.

40. Jedenfalls kann das Eingreifen des Grundsatzes des Vorrangs des Verfahrens zur Rechtmäßigkeitsprüfung vor dem Verfahren über Schadensersatzansprüche nicht dazu führen, dass dies in Verbindung mit einer anderen Verfahrensbestimmung dem Geschädigten nicht nur die Möglichkeit nimmt, die Entscheidung des Auftraggebers aufheben zu lassen, sondern auch die anderen in Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 vorgesehenen Rechtsbehelfe. Eine solche „Regelung“ liefe dem Grundsatz der Effektivität zuwider¹⁶. Dieser Grundsatz wird verstanden als eines der „Erfordernisse ..., in denen die allgemeine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, den gerichtlichen Schutz der Einzelnen aus dem [Unions]recht erwachsenden Rechte zu gewährleisten, *ihren Niederschlag findet*“¹⁷ und die in Art. 47 der Charta verankert ist.

12 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014, L 94, S. 65).

13 Urteil vom 26. November 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, Rn. 36), Hervorhebung nur hier.

14 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 26. November 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, Rn. 35).

15 Dagegen kann diese Abweichungsmöglichkeit meines Erachtens nicht in eine Verpflichtung umgewandelt werden, soll nicht dem durch Art. 2 Abs. 6 der Richtlinie 89/665 zugelassenen Grundsatz des Vorrangs des Verfahrens zur Rechtmäßigkeitsprüfung vor dem Verfahren über Schadensersatzansprüche ein wesentlicher Teil seines Zwecks genommen werden.

16 So hat der Gerichtshof entschieden, „dass das Unionsrecht, insbesondere der Grundsatz der Effektivität, einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der die Erhebung einer Klage auf Schadensersatz wegen eines vergaberechtlichen Verstoßes von der vorherigen Feststellung abhängig gemacht wird, dass das Vergabeverfahren mangels vorheriger Bekanntgabe rechtswidrig war, und der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit binnen einer sechsmonatigen Ausschlussfrist gestellt werden muss, die ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag zu laufen beginnt – und zwar unabhängig davon, ob der Antragsteller von der Rechtswidrigkeit dieser Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers Kenntnis haben konnte“ (Urteil vom 26. November 2015, MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, Rn. 46 und Tenor).

17 Urteil vom 15. April 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, Rn. 47), Hervorhebung nur hier. Vgl. auch Urteile vom 18. März 2010, Alassini u. a. (C-317/08 bis C-320/08, EU:C:2010:146, Rn. 49), und vom 14. September 2016, Martínez Andrés und Castrejana López (C-184/15 und C-197/15, EU:C:2016:680, Rn. 59).

41. Im vorliegenden Fall soll die Anwendung von § 350 des Vergabegesetzes in Verbindung mit § 339/A der Zivilprozessordnung im Hinblick auf Art. 47 der Charta problematisch sein.

C. Zur Beschränkung der Rechtmäßigkeitskontrolle auf den von der Klägerin festgelegten rechtlichen und tatsächlichen Rahmen

42. Nach § 339/A der Zivilprozessordnung kann ein Gericht eine Verwaltungsentscheidung nur aufgrund der bei Erlass der Entscheidung anzuwendenden Rechtsnormen und bestehenden Tatsachen überprüfen.

43. Konkret, im Rahmen der Anfechtung von Entscheidungen im Vergabewesen, bedeutet dies, dass die nationalen Gerichte, die zur Überprüfung der Sprüche der Schiedsstelle angerufen werden, neue Gründe, die nicht bereits vor dieser geltend gemacht worden sind, nicht prüfen dürften.

44. Nach Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 ergreifen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und möglichst rasch auf Verstöße gegen das Unionsrecht überprüft werden.

45. Zu diesem Zweck ermächtigt Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 89/665 die Mitgliedstaaten, die Befugnisse zur Aufhebung und zur Zuerkennung von Schadensersatz getrennt mehreren Stellen zu übertragen, die nicht notwendig Gerichte sein müssen¹⁸. Darüber hinaus enthält die Richtlinie 89/665 keine Bestimmungen, die die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme dieses Rechtsschutzes konkret regeln¹⁹. Die Richtlinie 89/665 belässt somit den Mitgliedstaaten einen Ermessensspielraum bei der Wahl der in ihr vorgesehenen Verfahrensgarantien und der entsprechenden Förmlichkeiten²⁰.

46. Nach ständiger Rechtsprechung ist es gemäß dem Grundsatz der Verfahrensautonomie ihre Sache, die Modalitäten für das Verwaltungsverfahren und das Gerichtsverfahren zu regeln, die den Schutz der dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen. Diese Verfahrensmodalitäten dürfen jedoch die praktische Wirksamkeit der Richtlinie 89/665 nicht beeinträchtigen²¹.

47. In diesem Kontext läuft eine Bestimmung wie § 339/A der Zivilprozessordnung meines Erachtens als solche nicht dem Unionsrecht zuwider, wenn sie im Rahmen der Rechtmäßigkeitskontrolle von der Schiedsstelle und danach von den Gerichten angewandt wird.

48. Wie sich nämlich aus dem dritten Erwägungsgrund der Richtlinie 89/665 ergibt, ist eines ihrer vorrangigen Ziele die Schaffung von „Möglichkeiten einer wirksamen *und raschen* Nachprüfung“²². Die Bedeutung dieses letzteren Merkmals hat der Gesetzgeber selbst unterstrichen, indem er den Mitgliedstaaten in Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 4 dieser Richtlinie ausdrücklich vorgeschrieben hat, „die erforderlichen Maßnahmen [zu ergreifen], um sicherzustellen, dass ... die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und *vor allem* möglichst rasch ... überprüft werden können“²³.

18 In diesem Fall schreibt Art. 2 Abs. 9 der Richtlinie 89/665 jedoch vor, dass eine behauptete rechtswidrige Maßnahme dieser nicht gerichtlichen „Nachprüfungsstelle“ oder ein behaupteter Verstoß bei der Ausübung der ihr übertragenen Befugnisse zum Gegenstand einer Klage (oder einer Nachprüfung bei einer anderen von dem öffentlichen Auftraggeber und der Nachprüfungsstelle unabhängigen Stelle, die ein Gericht im Sinne von Art. 267 AEUV ist) gemacht werden kann.

19 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. September 2016, *Star Storage* u. a. (C-439/14 und C-488/14, EU:C:2016:688, Rn. 42).

20 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. Oktober 2015, *Orizzonte Salute* (C-61/14, EU:C:2015:655, Rn. 44).

21 Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 12. März 2015, *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166, Rn. 40), vom 6. Oktober 2015, *Orizzonte Salute* (C-61/14, EU:C:2015:655, Rn.47), vom 15. September 2016, *Star Storage* u. a. (C-439/14 und C-488/14, EU:C:2016:688, Rn. 43), und vom 5. April 2017, *Marina del Mediterráneo* u. a. (C-391/15, EU:C:2017:268, Rn. 33).

22 Hervorhebung nur hier.

23 Hervorhebung nur hier.

49. Die Beschränkung der richterlichen Kontrolle auf die Gründe, die vor der Schiedsstelle auf der Grundlage der bei Erlass der Entscheidung anzuwendenden Rechtsvorschriften und bestehenden Tatsachen geltend gemacht wurden, trägt zur Erreichung dieses Ziels der Beschleunigung bei, ohne dabei das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf in seinem Wesen zu beeinträchtigen²⁴.

50. Einerseits wird mit dieser Regel eine Verzögerung des Verfahrens vermieden, indem die Eröffnung einer neuen Erörterung – die notwendig streitig sein und über die mit einer mit Gründen versehenen Entscheidung befunden werden müsste – vor dem überprüfenden Gericht verhindert wird. Damit trägt sie zu einer ordnungsgemäßen Rechtspflege zum Nutzen der Rechtsuchenden bei²⁵ und stärkt die Rechtssicherheit, der bei Klagen, die darauf gerichtet sind, einem Vertrag die Wirksamkeit zu entziehen, Vorrang gebührt²⁶. Andererseits nimmt sie dem Rechtsuchenden nicht den Zugang zu den Gerichten. Sie setzt ihm den Rahmen in den Grenzen, die er selbst in eigener Verantwortung gezogen hat.

51. Zu den Folgen einer Verfahrensbestimmung, die die Prüfung durch das Gericht auf das Vorbringen der Parteien beschränkt, hat der Gerichtshof entschieden, dass der Effektivitätsgrundsatz die nationalen Gerichte unabhängig von der Bedeutung einer Unionsbestimmung für die Unionsrechtsordnung nicht dazu verpflichtet, einen dieser Bestimmung entnommenen Grund von Amts wegen zu prüfen, wenn die Parteien tatsächlich die Möglichkeit hatten, einen auf Unionsrecht gestützten Grund vor einem nationalen Gericht geltend zu machen²⁷.

52. Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass eine Verfahrensbestimmung, die eine Begrenzung des Rechtsstreits auf die vor der Schiedsstelle vorgebrachten Gründe bewirkt, zwar das Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf im Sinne von Art. 47 der Charta einschränkt, jedoch nach deren Art. 52 Abs. 1 gerechtfertigt ist, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist, den Wesensgehalt des Rechts auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf achtet und das Ziel der Beschleunigung der in der Richtlinie 89/665 vorgesehenen Rechtsbehelfe wahrt, das zu einer ordnungsgemäßen Rechtspflege und zur Rechtssicherheit beiträgt.

D. Zur Übertragung der Verfahrensbeschränkungen für das Verfahren zur Rechtmäßigkeitsprüfung auf das Verfahren über Schadensersatzansprüche

53. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf weder der Bestimmung, mit der der Vorrang des Verfahrens zur Rechtmäßigkeitsprüfung vor dem Verfahren über Schadensersatzansprüche eingeführt wird, noch der Bestimmung, nach der nach Einleitung des Rechtsstreits kein neuer rechtlicher Grund geltend gemacht werden kann, entgegensteht, wenn beide Bestimmungen gesondert betrachtet werden.

24 Vgl. in diesem Sinne Nr. 90 der Schlussanträge von Generalanwalt Mengozzi in der Rechtssache Texdata Software (C-418/11, EU:C:2013:50), wonach „das Neuerungsverbot im Rechtsmittelverfahren ... ein Verbot [ist], das in mehreren Mitgliedstaaten besteht und das ... ebenso wenig die Wirksamkeit des Einspruchs unterlaufen kann“. Der Gerichtshof hat diese Sichtweise und die theoretische Rechtmäßigkeit dieser Regel bestätigt. In Rn. 87 seines Urteils vom 26. September 2013, Texdata Software (C-418/11, EU:C:2013:588), hat er zu der das Verbot neuen Vorbringens im Rechtsmittelverfahren betreffenden Rüge entschieden, dass er „nicht über Anhaltspunkte [verfügt], die geeignet wären, Zweifel an der Vereinbarkeit der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Sanktionsregelung mit den Grundsätzen des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes und der Wahrung der Verteidigungsrechte zu wecken“.

25 So hat der Gerichtshof entschieden, dass eine finanzielle Voraussetzung eine Maßnahme sein kann, „die geeignet ist, von missbräuchlichen Beschwerden abzuschrecken, und die allen Beteiligten die Behandlung ihrer Rechtsbehelfe im Interesse einer ordnungsgemäßen Rechtspflege im Einklang mit Art. 47 Abs. 1 und 2 der Charta innerhalb möglichst kurzer Fristen garantieren kann“ (Urteil vom 15. September 2016, Star Storage u. a., C-439/14 und C-488/14, EU:C:2016:688, Rn. 54).

26 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 26. November 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, Rn. 40).

27 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 7. Juni 2007, van der Weerd u. a. (C-222/05 bis C-225/05, EU:C:2007:318, Rn. 41).

54. Die Anwendung von § 350 des Vergabegesetzes und § 339/A der Zivilprozessordnung in Verbindung miteinander bewirkt jedoch, dass eine Schadensersatzklage unzulässig ist, wenn nicht zuvor eine Entscheidung erwirkt worden ist, mit der die Rechtswidrigkeit des betreffenden Vergabeverfahrens festgestellt worden ist, unabhängig davon, ob der Schadensersatz begehrende Kläger tatsächlich die Möglichkeit hatte, den relevanten Rechtswidrigkeitsgrund im Verfahren zur Rechtmäßigkeitsprüfung geltend zu machen.

55. Eine solche Folge läuft meines Erachtens Art. 47 der Charta zuwider, denn sie beeinträchtigt das von dieser Bestimmung gewährleistete Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf, indem sie eine Schadensersatzklage praktisch unmöglich macht, ohne dass sie, wie es Art. 52 Abs. 1 der Charta fordert, durch eine dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung gerechtfertigt ist.

1. Zur Beeinträchtigung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf

56. Das Rechtsschutzerfordernis schließt die Möglichkeit ein, im Fall einer Verletzung von Unionsrecht Schadensersatz zu erlangen. Wenn nämlich ein Rechtsakt, dessen Gültigkeit in Frage gestellt wird, angewandt worden ist, kann durch seine Aufhebung der gesamte entstandene Schaden nicht immer wiedergutmacht werden²⁸. Während die Unanwendbarkeit des Rechtsakts seine Wirkungen in dem dem Gericht vorgelegten Sachverhalt hemmt, wird durch die Zuerkennung von Schadensersatz der daraus entstandene Schaden ausgeglichen. Der umfassende Schutz des Rechtsuchenden erfordert demnach beides²⁹.

57. Unter diesen Umständen kann zwar der von Art. 2 Abs. 6 der Richtlinie 89/665 zugelassene Grundsatz des Vorrangs des Verfahrens zur Rechtmäßigkeitsprüfung vor dem Verfahren über Schadensersatzansprüche mit Gründen der Verfahrensökonomie und der Rechtssicherheit erklärt und gerechtfertigt werden³⁰, doch muss die ihn umsetzende Bestimmung außer Acht gelassen werden, wenn dargetan ist, dass es nicht möglich ist, die Rechtswidrigkeit der streitigen Entscheidung aus einem nicht im Verhalten des Klägers liegenden Grund feststellen zu lassen.

58. Andernfalls würde dem Rechtsuchenden jeder Rechtsschutz vorenthalten, denn die Schadensersatzklage ist unter diesen besonderen Umständen „der letzte Schutzwall für den Einzelnen ...“, wenn ... die sonstigen Rechtsschutzmöglichkeiten ihm keinen wirksamen Rechtsschutz gewähren“³¹.

59. Dieses besondere Merkmal der Schadensersatzklage prägt die gesamte Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Verhältnis der Klagearten zueinander und ihrer Auswirkung auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz, ob es nun um die Antwort auf die strengen Zulässigkeitsvoraussetzungen für Nichtigkeitsklagen gegen Rechtsakte der Union geht³², um den Ausgleich für das Fehlen unmittelbarer horizontaler Wirkung von Richtlinien³³ oder darum, dass eine Verletzung von aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechten durch eine endgültige gerichtliche Entscheidung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.

28 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 30. Mai 2017, *Safa Nicu Sepahan/Rat* (C-45/15 P, EU:C:2017:402, Rn. 49).

29 Vgl. in diesem Sinne zu Gesetzesbestimmungen Dubouis, L., „La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté“, *Revue française de droit administratif*, Nr. 3, 1996, S. 583 bis 601.

30 Dieser Grundsatz zielt nämlich darauf ab, die Kontrolle der Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge spezialisierten Kontrollorganen zu übertragen. Es soll sichergestellt werden, dass Rechtsfragen betreffend vergaberechtliche Verstöße, zu denen es möglicherweise in anderen Verfahren kommt, von dem hierfür bestimmten spezialisierten Organ abschließend entschieden worden sind.

31 Zur Klage aus außervertraglicher Haftung vgl. Berrod, F., *La systématique des voies de droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2003, Nr. 946.

32 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12. September 2006, *Reynolds Tobacco u. a./Kommission* (C-131/03 P, EU:C:2006:541, Rn. 82).

33 Vgl. in diesem Sinne u. a. Urteile vom 24. Januar 2012, *Dominguez* (C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 42 und 43), und vom 26. März 2015, *Fenoll* (C-316/13, EU:C:2015:200, Rn. 48).

60. Im letztgenannten Fall verlangt das Unionsrecht zwar nicht, dass ein nationales Gericht eine von ihm erlassene rechtskräftige Entscheidung grundsätzlich rückgängig machen muss, um der später vorgenommenen Auslegung einer einschlägigen Bestimmung des Unionsrechts durch den Gerichtshof Rechnung zu tragen, doch darf „dem Einzelnen ... nicht die Befugnis genommen werden ..., den Staat haftbar zu machen, um auf diesem Weg einen gerichtlichen Schutz seiner Rechte zu erlangen“³⁴.

61. Diese Überlegung führte zur Feststellung der Verantwortlichkeit der in letzter Instanz entscheidenden Gerichte im Fall eines Verstoßes gegen Unionsrecht. Denn „[i]n Anbetracht der entscheidenden Rolle, die die Judikative beim Schutz der dem Einzelnen aufgrund unionsrechtlicher Bestimmungen zustehenden Rechte spielt, wäre die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen beeinträchtigt und der Schutz der durch sie begründeten Rechte gemindert, wenn der Einzelne unter bestimmten Voraussetzungen dann keine Entschädigung erlangen könnte, wenn seine Rechte durch einen Verstoß gegen das Unionsrecht verletzt werden, der einer Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts eines Mitgliedstaats zuzurechnen ist“³⁵.

62. Die volle Wirksamkeit des Unionsrechts und der Schutz der von ihm anerkannten Rechte, die dieser Rechtsprechung zugrunde liegen, gebieten es auch, dass dieser Lösung gefolgt wird, wenn das Zusammenspiel von Verfahrensbestimmungen dazu führt, dass ein öffentlicher Auftraggeber trotz einer von ihm begangenen Verletzung von Unionsrecht gegen jede Haftung „immunisiert“ wird. Der Wille des Unionsgesetzgebers, geeignete Verfahren zu schaffen, um die Entschädigung der durch einen Verstoß gegen die Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge Geschädigten zu ermöglichen³⁶, bestätigt diese Auslegung.

63. Sie trägt auch dazu bei, den Vorrang des Unionsrechts sicherzustellen, denn der Gerichtshof hat entschieden, dass, wenn die Beurteilung eines nationalen Gerichts nicht dem Unionsrecht entspricht, ein anderes nationales Gericht, auch wenn dieses nach dem innerstaatlichen Recht vorbehaltlos an die Auslegung des Unionsrechts durch das erstgenannte Gericht gebunden ist, nach dem Unionsrecht verpflichtet ist, aus eigener Entscheidungsbefugnis die innerstaatliche Rechtsvorschrift unangewandt zu lassen, die von ihm verlangt, sich an die vom erstgenannten Gericht herangezogene Auslegung des Unionsrechts zu halten³⁷.

64. Wie das uns hier beschäftigende Problem des Zusammenwirkens von Verfahrensbestimmungen zeigt, kann, wenn die Schadensersatz begehrende Klägerin tatsächlich keine Möglichkeit hatte, im Rahmen des Verfahrens zur Prüfung der Rechtmäßigkeit den Grund geltend zu machen, auf den sie ihre Schadensersatzklage stützen möchte, die unrichtige Anwendung des Unionsrechts nicht wiedergutmacht werden. Um aber den Vorrang des Unionsrechts sicherzustellen, muss das nationale Gericht im Rahmen seiner Zuständigkeiten alle hierfür erforderlichen Maßnahmen ergreifen³⁸. Aus dem Vorstehenden folgt, dass, wenn dargetan ist, dass es nicht möglich war, die Rechtswidrigkeit der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers aus einem nicht im Verhalten des Klägers liegenden Grund feststellen zu lassen, das zuständige nationale Gericht die Bestimmung, mit der der Grundsatz des Vorrangs des Verfahrens zur Rechtmäßigkeitsprüfung vor dem Verfahren über Schadensersatzansprüche umgesetzt wird, außer Acht lassen muss.

34 Urteil vom 6. Oktober 2015, Târşia (C-69/14, EU:C:2015:662, Rn. 40).

35 Urteil vom 30. September 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, Rn. 33). Vgl. auch Urteil vom 13. Juni 2006, Traghetti del Mediterraneo (C-173/03, EU:C:2006:391, Rn. 31).

36 Vgl. in diesem Sinne den sechsten Erwägungsgrund der Richtlinie 89/665.

37 Vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 15. Oktober 2015, Naderhirn (C-581/14, nicht veröffentlicht, EU:C:2015:707, Rn. 35).

38 Vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 15. Oktober 2015, Naderhirn (C-581/14, nicht veröffentlicht, EU:C:2015:707, Rn. 37).

2. Zum Fehlen einer Rechtfertigung

65. Bei der Prüfung der Frage, ob eine Bestimmung, wonach ein rechtlicher Grund, der im verfahrenseinleitenden Schriftsatz nicht angeführt war, nicht geltend gemacht werden kann, mit dem Unionsrecht vereinbar ist, habe ich die Auffassung vertreten, dass das mit der Richtlinie 89/665 verfolgte Ziel der Beschleunigung die Anwendbarkeit dieser Bestimmung im Rahmen des Verfahrens zur Prüfung der Rechtmäßigkeit der Entscheidungen im Vergabewesen rechtfertigen kann, da sie im Interesse einer ordnungsgemäßen Rechtspflege liegt und die Rechtssicherheit stärkt, der bei Klagen, die darauf gerichtet sind, einem Vertrag die Wirksamkeit zu entziehen, Vorrang gebührt.

66. Wie der Gerichtshof hervorgehoben hat, „sind die Anforderungen an die Rechtssicherheit betreffend die Zulässigkeitsvoraussetzungen für Klagen unterschiedlich hoch, je nachdem, ob es sich um Schadensersatzklagen oder um Nachprüfungsverfahren mit dem Ziel handelt, einem Vertrag die Wirksamkeit zu entziehen. Wird nämlich einem Vertrag im Anschluss an ein Verfahren der öffentlichen Auftragsvergabe die Wirksamkeit entzogen, wird dem Bestehen dieses Vertrags und eventuell seiner Durchführung ein Ende gesetzt, was einen wesentlichen Eingriff der Verwaltungsbehörde oder des Gerichts in die vertraglichen Beziehungen zwischen den Einzelnen und den staatlichen Stellen darstellt. Eine solche Entscheidung kann daher zu einer beträchtlichen Störung und zu wirtschaftlichen Verlusten nicht nur auf Seiten des Empfängers des Zuschlags für den betreffenden öffentlichen Auftrag, sondern auch auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers und folglich der Öffentlichkeit als dem durch die Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen, die Gegenstand des betreffenden öffentlichen Auftrags sind, letztlich Begünstigten führen. Wie aus den Erwägungsgründen 25 und 27 der Richtlinie 2007/66^[39], hervorgeht, hat der Unionsgesetzgeber dem Erfordernis der Rechtssicherheit bei Nachprüfungen mit dem Ziel, einem Vertrag die Wirksamkeit zu entziehen, größere Bedeutung beigemessen als bei Schadensersatzklagen.“⁴⁰

67. Zudem ist ein Ineinandergreifen der Verfahren, wie es im Ausgangsverfahren in Rede steht, nicht geeignet, den Ausgang des Vergabeverfahrens zu verzögern oder die Rechtssicherheit zu beeinträchtigen. Die Entscheidung, auf deren Rechtswidrigkeit der behauptete Schaden zurückgeht, ist mit der endgültigen Abweisung der Klage gegen die Entscheidung der Schiedsstelle und der Zurückweisung der Revision gegen das in demselben Verfahren ergangene Urteil des Fővárosi Ítéltábla (Hauptstädtisches Berufungsgericht) endgültig geworden.

68. Wenn dem Gericht, das über das Schadensersatzbegehren zu entscheiden hat, erlaubt wird, die Rechtswidrigkeit der Entscheidung festzustellen, auf die der Schaden zurückgehen soll, der unter Berufung auf einen nicht im Verfahren über die Anfechtungsklage geprüften rechtlichen Grund geltend gemacht wird, kann das demnach nicht zur Folge haben, dass dem streitigen Rechtsakt die Wirkung genommen wird.

69. Eine solche Möglichkeit kann auch nicht einem Infragestellen der Rechtskraft durch das Gericht, das über das Schadensersatzbegehren zu entscheiden hat, gleichgestellt werden, da die Schadensersatzklage nicht denselben Gegenstand hat wie die Anfechtungsklage und da es im Rechtsstreit über Letztere nicht um dieselbe Rechtsfrage ging. Der Gerichtshof hat im Gegenteil unter ähnlichen Umständen bereits entschieden, dass der Grundsatz der Rechtssicherheit eine nationale Bestimmung nicht rechtfertigen kann, die das nationale Gericht daran hindert, alle Konsequenzen aus der Verletzung einer Vertragsbestimmung wegen einer rechtskräftigen nationalen Gerichtsentscheidung zu ziehen⁴¹.

39 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge (ABL 2007, L 335, S. 31).

40 Urteil vom 26. November 2015, MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779, Rn. 39 und 40).

41 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. November 2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, Rn. 45).

3. Zur Anwendung auf den vorliegenden Fall

70. Die Gewährung von Schadensersatz an durch einen vergaberechtlichen Verstoß geschädigte Personen stellt einen der vom Unionsrecht garantierten Rechtsbehelfe dar⁴². In Anlehnung an die vom Gerichtshof in Rn. 43 des Urteils vom 26. November 2015, *MedEval* (C-166/14, EU:C:2015:779), gebrauchte Wendung lässt sich sagen, dass das Zusammenwirken der im Ausgangsverfahren anwendbaren Verfahrensbestimmungen dazu führen könnte, dass der geschädigten Person nicht nur die Möglichkeit, die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers aufheben zu lassen, sondern auch sämtliche in Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 vorgesehenen Rechtsbehelfe genommen würden.

71. Gleiches muss folglich für die vorliegende Rechtssache gelten. Das in Art. 47 der Charta verankerte Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf steht einer Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegen, die dieses Recht dadurch beeinträchtigt, dass sie die Erhebung einer Schadensersatzklage unmöglich macht, weil sie es verbietet, einen rechtlichen Grund geltend zu machen, den der Rechtsuchende vor Erhebung seiner Anfechtungsklage ohne Verschulden nicht kennen konnte oder den er, wie es im Urteil vom 7. Juni 2007, *van der Weerd u. a.* (C-222/05 bis C-225/05, EU:C:2007:318), heißt, tatsächlich nicht geltend machen konnte.

72. In der vorliegenden Rechtssache wird die von Hochtief erstmals vor dem Fővárosi Ítéltábla (Hauptstädtisches Berufungsgericht) erhobene Rüge der Verletzung von Unionsrecht auf das Urteil vom 3. März 2005, *Fabricom* (C-21/03 und C-34/03, EU:C:2005:127), gestützt, das erst nach Einleitung des Rechtsstreits vor der Schiedsstelle in ungarischer Sprache „verfügbar“ gewesen sein soll⁴³.

73. Es bleibt die Frage, ob es einem Unternehmen wie Hochtief, eine Gesellschaft deutschen Rechts mit Sitz in Deutschland, tatsächlich unmöglich war, von einem Urteil des Gerichtshofs vor der Übersetzung ins Ungarische Kenntnis zu haben. Der Umstand, dass die Information über die Verfügbarkeit des Urteils vom 3. März 2005, *Fabricom* (C-21/03 und C-34/03, EU:C:2005:127), in ungarischer Sprache von der Kanzlei des Gerichtshofs in deutscher Sprache auf eine vom deutschen Sitz von Hochtief ausgehende Anfrage in Deutsch gegeben wurde, ist hier zweifellos zu berücksichtigen. Da dies jedoch eine Tatfrage ist, ist es Sache des vorlegenden Gerichts, festzustellen, ob Hochtief eine *tatsächliche Möglichkeit* hatte, diesen Grund vor der Schiedsstelle (oder vor dem gegen deren Entscheidungen angerufenen Gericht, wenn die Schiedsstelle kein Gericht im Sinne von Art. 267 AEUV haben sollte⁴⁴) geltend zu machen. Sollte sie diese Möglichkeit nicht gehabt haben, müsste ihrer Schadensersatzklage stattgegeben werden können, obwohl die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers nicht aufgehoben worden ist.

42 Urteil vom 26. November 2015, *MedEval* (C-166/14, EU:C:2015:779, Rn. 43).

43 Entgegen dem Vortrag von Hochtief in der Sitzung vom 30. April 2018 unterscheidet sich das auf das Urteil vom 3. März 2005, *Fabricom* (C-21/03 und C-34/03, EU:C:2005:127), gestützte Argument meines Erachtens deutlich von dem ursprünglich in der Klageschrift geltend gemachten. Denn die im vorgenannten Urteil aufgeworfene Rechtsfrage betrifft die Verteidigungsrechte und nicht das Problem der Unvereinbarkeit des Angebots als solches.

44 Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Einrichtung als Gericht eingestuft werden kann, ist auf eine Reihe institutioneller Gesichtspunkte abzustellen, darunter gesetzliche Grundlage der Einrichtung, ständiger Charakter, obligatorische Gerichtsbarkeit, Streitiges Verfahren, Anwendung von Rechtsnormen durch diese Einrichtung sowie deren Unabhängigkeit (vgl. u. a. Urteil vom 17. September 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, EU:C:1997:413, Rn. 23, und aus jüngerer Zeit Urteil vom 6. Oktober 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, EU:C:2015:664, Rn. 17). Ich weise darauf hin, dass der Gerichtshof bereits mehrfach entschieden hat, dass Stellen wie die Schiedsstelle als „Gericht“ im Sinne von Art. 267 AEUV einzustufen sind, wenn sie die vorgenannten Bedingungen erfüllen. Vgl. hierzu neben den bereits angeführten Urteilen die Urteile 4. Februar 1999, *Köllensperger und Atzwanger* (C-103/97, EU:C:1999:52), vom 18. November 1999, *Unitron Scandinavia* und 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567), vom 18. Juni 2002, *HI* (C-92/00, EU:C:2002:379), vom 13. Dezember 2012, *Forposta und ABC Direct Contact* (C-465/11, EU:C:2012:801), vom 18. September 2014, *Bundesdruckerei* (C-549/13, EU:C:2014:2235), vom 24. Mai 2016, *MT Højgaard und Züblin* (C-396/14, EU:C:2016:347), vom 27. Oktober 2016, *Hörmann Reisen* (C-292/15, EU:C:2016:817), und vom 8. Juni 2017, *Medisanus* (C-296/15, EU:C:2017:431).

VI. Ergebnis

74. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorlagefragen der Kúria (Oberster Gerichtshof, Ungarn) wie folgt zu beantworten:

1. Das Unionsrecht steht einer nationalen Verfahrensregelung nicht entgegen, nach der die Erhebung einer Schadensersatzklage davon abhängig gemacht wird, dass zuvor die Rechtswidrigkeit der Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers durch eine hierzu befugte Stelle im Sinne von Art. 2 Abs. 6 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge endgültig festgestellt worden ist.
2. Art. 2 Abs. 6 der Richtlinie 89/665 hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, vorzusehen, dass in bestimmten Fällen das Fehlen einer vorherigen Aufhebung kein Grund für die Unzulässigkeit der auf die Rechtswidrigkeit der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers gestützten Schadensersatzklage ist.
3. Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union steht einer nationalen Regelung entgegen, nach der die Erhebung einer Klage auf Schadensersatz wegen eines vergaberechtlichen Verstoßes von der vorherigen Feststellung abhängig gemacht wird, dass das Vergabeverfahren rechtswidrig war, wenn der Schadensersatz begehrende Kläger tatsächlich keine Möglichkeit hatte, im Rahmen des Verfahrens zur Prüfung der Rechtmäßigkeit den Grund geltend zu machen, auf den er seine Schadensersatzklage stützen möchte.