

SUPPLY

Fachmagazin für Vergaberecht und Beschaffung

1 | 2020

RECHTSSCHUTZ UNTERHALB DER SCHWELLE

1:0 für Beschaffer

- + Soviel Vergaberecht für Bieter
- + Zuschlag und Nachverhandlung
- + Vorabinformation und Wartefrist
- + Marktpreis und Preisrecht
- + IT-Beschaffung mit Nachhaltigkeit
- + Aktuelle Leitsätze





**„EINHEITLICHER
PRIMÄRRECHTSSCHUTZ
DURCH
VERGABEKAMMERN –
JETZT!“**

Im Unterschwellenbereich gibt es in der Regel keinen Primärrechtsschutz vor Vergabekammern – das GWB greift nicht. Eilrechtsschutz vor den Zivilgerichten kommt mangels gesetzlich verankerter Informations- und Wartepflicht vor dem Zuschlag regelmäßig zu spät. Gleichwohl hat das OLG Düsseldorf vor nicht allzu langer Zeit auch bei Unterschwellenvergaben eben eine solche Informations- und Wartepflicht vor dem Zuschlag gesehen. Doch welche Bedeutung hat die Aussage wirklich? Der Berliner Fachanwalt für Vergaberecht Dr. Martin Jansen bezieht dazu im SUPPLY-Interview klare Stellung. Seine Forderung: Der Rechtsschutz im Unterschwellenbereich muss effektiver werden!

INTERVIEW: ANDREAS KLOSE

SUPPLY: Herr Dr. Jansen, die Aussage des OLG Düsseldorf ist zwar etwas älter, wird aber immer noch von einigen herangezogen, wenn es um den Rechtsschutz im unterschwelligen Bereich geht. Wie beurteilen Sie die OLG-Entscheidung?

DR. MARTIN JANSEN: Das OLG Düsseldorf hat Ende 2017 nicht nur eine Informations- und Wartepflicht im Unterschwellenbereich gesehen, sondern zudem – für den Verstoß gegen diese Pflicht – auch eine Nichtigkeitsfolge (§ 134 BGB) für den dennoch bezuschlagten Vertrag. Dies folge aus einem „ungeschriebenen Gesetz“. Schon dem juristischen Laien mag sich dabei der Verdacht eines Widerspruchs aufdrängen. Gegen ein ungeschriebenes Gesetz zu verstoßen, ist rechtlich schwer.

Im Ergebnis ist die OLG-Entscheidung jedenfalls aus verschiedenen Gründen rechtsdogmatisch nicht haltbar, zumal es sich ohnehin nur um ein obiter dictum handelt, d. h. es kam in dem entschiedenen Fall auf diese Rechtsfragen gar nicht an.

Die Entscheidung wurde daher nicht nur von uns und weiteren Literaturstimmen mehrfach kritisiert, sondern – wie zu erwarten – es haben nun endlich auch zwei bedeutende Obergerichte – konkret die Vergabesenate des KG Berlin und des OLG Celle in ihren aktuellen Urteilen aus Januar 2020

– der Düsseldorfer Linie eine klare Absage erteilt. Damit dürfte mit guten Gründen nun alles wieder beim Alten bleiben, d. h. im Unterschwellenbereich ist vor dem Zuschlag weder zu informieren, noch zu warten.

Gleichwohl hat die Entscheidung des OLG Düsseldorf in der öffentlichen Beschaffungswelt für unnötig viel Verunsicherung bei unterschwelligen Vergaben gesorgt.

Sicher, nicht zuletzt aufgrund seiner Stellung als 2. Instanz für Bundesvergaben wird das OLG Düsseldorf von vielen als „Leuchtturm der Vergaberechtsprechung“ empfunden. Es hat in der Regel auch Hand und Fuß, was von dort kommt. Doch vereinzelt wagt man sich auch dort etwas zu weit hervor und nicht selten musste das OLG schon zurückrudern, so etwa bereits seine „Ahlhorn-Rechtsprechung“ zu ausschreibungspflichtigen Grundstücksgeschäften. Kurzum: Die Entscheidung ist und bleibt wohl ein unnötiger Ausreißer, den es für Beschaffer bei unterschwelligen Vergaben zukünftig kaum noch ernsthaft zu beachten gilt. Jedenfalls gibt es sehr gute Argumente gegen diese Entscheidung, um ohne größere Bedenken zum alten Prozedere zurückzukehren.

Wie gingen Sie damit nach der Entscheidung ab Ende 2017 um?

Wir bekamen natürlich zahlreiche Anrufe von Mandanten, die fragten, ob sie das jetzt so umsetzen müssten. Gerade bei wertmäßig kleinen Aufträgen würde infolge OLG Düsseldorf doch alles nur unnötig blockiert und verzögert. Wir berieten aber stets in dem Sinne, dass die Entscheidung ein rechtlich nicht haltbarer Ausrutscher sein dürfte. Diese Haltung haben wir dementsprechend auch stets in unseren Seminaren vertreten – und damit lagen wir richtig. Die Entscheidungen des KG Berlin und des OLG Celle sind zur Nachlese bereits veröffentlicht.

Wie schätzen Sie die weitere Entwicklung ein?

Wir dürfen damit rechnen, dass auch der BGH wohl in diesem, spätestens im nächsten Jahr, zum Rechtsschutz außerhalb des GWB, d. h. zum Rechtsschutz außerhalb eines konkreten Vergabeverfahrens entschieden wird. In einer dort anhängigen Revision geht es um einen Fall von Vergabesperre gegen ein Unternehmen, die – ohne konkreten Verfahrensbezug - aufgehoben werden soll, um bei öffentlichen Aufträgen wieder ins Rennen zu kommen. Insofern ist eine spannende und womöglich auch grundlegende Entscheidung zum Rechtsschutz außerhalb des GWB – ggf. sogar mit „Segelanweisungen“ für den Unterschwellenbereich – zu erwarten.

Die Sache ist also weiterhin in Bewegung, obwohl dies kaum kommuniziert wird. Dabei handelt es sich doch um eine der umstrittensten Fragen des Vergaberechts, mit – worauf Sie schon

hingewiesen haben – beachtlicher wirtschaftlicher Bedeutung.

Sicher, allein weil etwa 90 Prozent aller Vergaben sich unterhalb der Schwelle abspielen. Von daher wäre möglichst eine bundeseinheitliche Regelung zum Primärrechtsschutz durch Vergabekammern auch im Unterschwellenbereich wünschenswert, um endgültig eine klare Linie für alle Beteiligten zu bekommen.

Aber ist denn eine bundeseinheitliche Regelung für einen Unterschwellenrechtsschutz durch Vergabekammern nach unserem föderativen Recht überhaupt möglich?

Der Bund darf das m.E. tatsächlich. Denn er hat die Gesetzgebungskompetenz gegen die Landesebene, was allerdings umstritten ist.

Ohnehin ist es sehr verwunderlich, dass sich bisher weder der Bund noch die überwiegende Anzahl der Länder zu einem effektiven Primärrechtsschutz durch Vergabekammern für nationale Vergaben bekannt haben. Nach derzeitigem Stand sind es bisher nur die Länder Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen, die einen solchen Primärrechtsschutz in ihren Landesvergabegesetzen kodifiziert haben. Oberhalb bestimmter Wertgrenzen, die für Liefer- und Dienstleistungen einheitlich bei 50.000 Euro (netto) und für Bauleistungen zwischen 75.000 bzw. 150.000 Euro (netto) liegen, besteht für Vergabestellen dort eine Informations- und Wartepflicht,



DR. MARTIN JANSEN
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht, Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB, Lehrbeauftragter für Vergaberecht an der Akademie der Hochschule Biberach



AN DIE KETTER GELEGT
 Auftraggeber sehen den Rechtsschutz für Bieter als Fessel. Dabei nützt Rechssicherheit beiden Seiten.

verbunden mit einer Überprüfung durch die Vergabekammer bei Nichtabhilfe einer Rüge als singuläre Instanz.

Daneben gibt es in Mecklenburg-Vorpommern zumindest eine Informations- und Wartepflicht, was dementsprechend rechtzeitig den Weg in den Eilrechtsschutz – dort allerdings vor den Zivilgerichten – ebnet.

Eine solche Informations- und Wartepflicht wurde nun ganz aktuell auch in Niedersachsen – konkret in § 16 des seit 01.01.2020 novellierten Landesvergabegesetzes – implementiert.

Richtig, und auch hier müssen Bieter den Rechtsschutz vor den Zivilgerichten suchen. Auf Niedersachsen werden wir sicher noch gesondert eingehen.

Ich möchte vorab aber noch kurz ausführen, dass im Übrigen weder die UVgO noch die VOB/A (1. Abschnitt) als einschlägige Unterschwellenregime einen Primärrechtsschutz vor Vergabekammern regeln – und auch das hat sicher politische Gründe; möglicherweise wollte man die Beschaffer schützen, um die nationale Vergabepaxis nicht unnötig zu blockieren.

Dies ist jedoch aktuell ein unbefriedigender Zustand. Denn die Erfahrungen in den drei genannten ostdeutschen Bundesländern mit dem unterschwelligen Rechtsschutz vor den Vergabekammern sind überwiegend positiv. Die Vergabekammern haben auf Nachfrage bereits bestätigt, dass die Zahl der Verfahren überschaubar ist. Dazu sind die Verfahrenskosten vergleichsweise niedriger und die Entscheidungen zügiger als im Oberschwellenbereich. Gleichwohl, das muss man erwähnen, sind auch die insoweit bereits bestehenden Landesregelungen in einigen Punkten optimierungsfähig.

Aber es hat Rechtssicherheit geschaffen zum Vorteil beider Seiten. Daher sollte doch die Einrichtung unterschwelliger

Vergabekammern zumindest für die anderen Länder Vorbild sein.

Richtig. Natürlich verzögert ein effektiver Primärrechtsschutz das Vergabeverfahren. Doch, das möchte ich nochmal betonen, es ist nicht recht einzusehen, warum unterschwellige Aufträge mit einem wirtschaftlich bedeutenden Volumen gar keinem effektiven Rechtsschutz durch Vergabekammern unterworfen sein sollen und dies stattdessen weiterhin überwiegend den Zivilgerichten überlassen bleibt. Spätestens beginnend mit einem 6-stelligen Auftragswert muss ein solcher Primärrechtsschutz m.E. auch bei nationalen Vergaben gegeben sein, d. h. insoweit reicht es gerade nicht, wie bisher auf die bestehende Möglichkeiten von Sekundärrechtsschutz (Schadensersatz nach dem Zuschlag) vor den Zivilgerichten zu verweisen. Bedenken wir dabei die EU-Schwellenwerte, beim Bauen bei über 5 Mio. Euro (netto) und bei Liefer-/ Dienstleistungen über 200.000 Euro (netto) liegen. Bis hierhin fehlt es bis dato überwiegend an effektivem Unterschwellenrechtsschutz durch Vergabekammern.

Was blockiert hier Ihrer Meinung nach?

Das Kernproblem ist ein fehlendes Bekenntnis der Politik. Dabei schien der richtige Weg bereits eingeschlagen, als der Bund bei der UVgO die Federführung übernahm. Die Länder wurden an diesem Normgebungsprozess beteiligt, in der Hoffnung einer möglichst einheitlichen Umsetzung der UVgO im jeweiligen Bundesland per haushaltsrechtlichem Anwendungsbefehl. Zwar hat de facto jetzt jedes Bundesland trotzdem seine eigene UVgO, doch ist bei allen eine gewisse Einheitlichkeit zur UVgO-Bund zu erkennen. So könnte man entsprechend für eine möglichst harmonisierte Rechtsschutzregelung in allen Bundesländern verfahren, wollte man dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für einen bundeseinheitlichen Primärrechtsschutz absprechen. Dabei sind die Regelungen in den Bundesländern

Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen das wünschenswerte Vorbild, an denen man einen optimierten Bundesentwurf als Blaupause für eine flächendeckend einheitliche Regelung ausrichten darf.

Das hier so zögerlich vorgegangen wird, ist erstaunlich. Wirkt der Unterschwellenbereich aus Sicht der Beschaffer nicht privilegiert, obgleich er doch kein rechtsfreier Raum ist.

In der Tat. Dabei ergibt sich für Bieter – ohne grundlegende Differenzierung – ein Anspruch auf effektiven Rechtsschutz bereits aus dem Grundgesetz (Art. 19 Abs. 4 GG). Von daher muss eben auch bei lukrativen Aufträgen im Unterschwellenbereich eine effektive Überprüfbarkeit durch Vergabekammern geschaffen werden. Legt sich stattdessen wie bisher über nationale Vergaben der Nebel, passieren Fehler, die ungeprüft und damit sanktionslos bleiben, obwohl die Verwaltung wohl auch als Beschaffer stets an Recht und Gesetz gebunden ist.

Ein effektiver Rechtsschutz durch Unterschwellen-Vergabekammern führt nahezu automatisch zu einer besseren Disziplinierung der Vergabestellen, was wiederum durchaus zu einer weiteren Akzeptanz des Beschaffungswesens selbst und in der Folge zu einer höheren Teilnahme an unterschwelligen Vergabeverfahren führt. Mehr Wettbewerb bedeutet für die Auftraggeber am Ende dann auch wirtschaftlichere Beschaffungsergebnisse. Das sollte doch motivieren.

Kommen wir erneut auf das brandneue Vergabegesetz Niedersachsens und seinem § 16 zu sprechen. Nach dem bisher Gesagten werden Sie dies kaum als einen gelungenen Wurf sehen, richtig?

Allein die Informations- und Wartepflicht vor dem Zuschlag als notwendiges „Sprungbrett“ in den Unterschwellen-Rechtsschutz

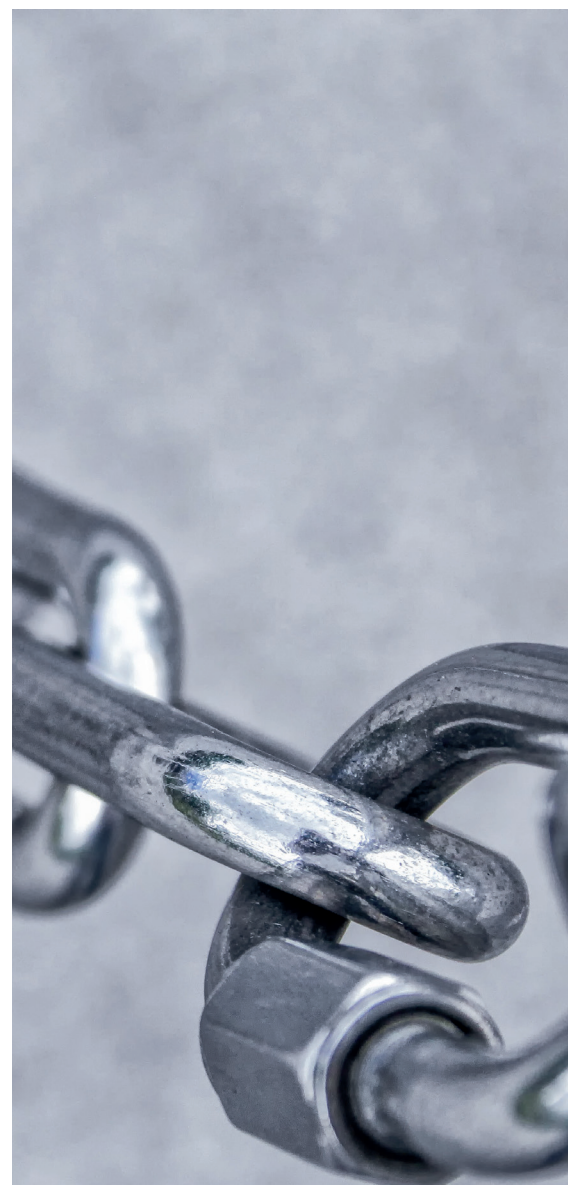
vor Zivilgerichten ist eindeutig unzureichend. Hier wäre zu erwarten gewesen, dass man wie in den Ländern Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen ebenfalls fachkundige Unterschwellen-Vergabekammern installiert. So bleibt das Ganze am Ende leider eher ein „zahnloser Tiger“. Zudem bleibt auch hier offen, was Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die Informations- und Wartepflicht sein soll. Im Oberschwellenbereich ist der Vertrag zwingend nichtig, wenn ein Konkurrent dies rechtzeitig durch die Vergabekammer feststellen lässt (§ 135 Abs. 1 GWB).

Welcher Rechtsweg bleibt damit Bietern?

Zu besseren Verständnis müssen wir nochmals in das Jahr 2006 zurückgehen. Damals entschied das Bundesverfassungsgericht, dass es sich bei einer unterschwelligen Vergabe um einen rein fiskalischen Vorgang handle, bei dem am Ende ein zivilrechtlicher Vertrag geschlossen wird, weshalb im Unterschwellenbereich seitdem grundsätzlich die Zivilgerichte zuständig sind, sofern es an einer anderweitigen Regelung zugunsten der Vergabekammern fehlt.

Damit kann der Bieter in diesen Fällen vor dem Zivilgericht (Landgericht) einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung stellen, um hierdurch eine vorläufige Untersagung des Zuschlages an den Konkurrenten zu erwirken – was natürlich stets eine rechtzeitige Information über die eigene Nichtberücksichtigung voraussetzt, an der es jedoch mangels gesetzlicher Regelung überwiegend fehlt.

Gelangt dann der Eilantrag überhaupt rechtzeitig vor dem Zuschlag zum Zivilgericht, besteht erfahrungsgemäß das weitere zentrale Problem einer sehr uneinheitlichen Entscheidungspraxis der Zivilgerichte, bedingt durch zwei unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe. Denn während das eine Gericht nur auf Willkür und vorsätzliche Verstöße der Vergabestelle prüft, reichen dem anderen bereits



Verstöße gegen die selbst auferlegten Verfahrensregeln aus. Das schafft im Ergebnis keine Rechtssicherheit.

Unklar ist zudem, ob der Verstoß auch im Unterschwellenbereich vor dem Zuschlag gerügt werden muss, um erfolgreich einen Eilantrag beim Zivilgericht zu stellen. Angenommen, dem wäre so, muss der rügende Bieter mangels vorgelagerter Informations- und Wartepflicht dann damit rechnen, dass die Vergabestelle gerade dies zum Anlass nimmt, den Zuschlag umgehend anderweitig zu erteilen, um einem Eilantrag des Bieters rechtzeitig aus dem Weg zu gehen. Bieter haben damit – zugegeben etwas provokativ gesprochen – die Wahl zwischen Pest und Cholera.

Was ergibt sich daraus für öffentliche Auftraggeber in Niedersachsen?

Ganz klar, Vergabestellen müssen bei unterschwelligen Vergaben jetzt stets vorab informieren und warten. Diesbezüglich fehlende Wertgrenzen lähmen somit die Verwaltung und konterkarieren dadurch ein funktionsfähiges Beschaffungswesen.

Fazit: Die dort gefundene Lösung ist mangels angemessener Wertgrenzen weder für die öffentliche Hand noch für Bieter praxisingerecht, welche – mit ungewissem Ausgang - Eilrechtsschutz bei den Zivilgerichten suchen müssen. Hierdurch gewinnt keiner.

Die von Ihnen erwähnte Entscheidung des BVerfG stammt aus einer Zeit, als der öffentlichen Beschaffung noch nicht dieser hohe volkswirtschaftliche Stellenwert zugestanden wurde wie heute. Damit ist doch die Verortung des Unterschwellenbereichs in das Zivilrecht völlig obsolet. Davon abgesehen: Bei den Zivilgerichten darf man wohl kaum Kenntnisse des Vergaberechts erwarten. Kann man das so sagen?

Die steigende wirtschaftliche Bedeutung ist sicher nicht entscheidend für die rechtliche Einordnung des Vergaberechts.

Allerdings haben die Zivilgerichte erfahrungsgemäß eine deutlich geringere

Kompetenz auf diesem Rechtsgebiet als die Vergabekammern, die kürzlich zwanzig Jahre alt geworden sind und die sich in dieser Zeit mehr als bewährt haben. Sie sind daher prädestiniert, anstelle der Zivilgerichte nun flächendeckend auch im gesamten Bundegebiet einen effektiven Unterschwellenrechtsschutz zu übernehmen. Alternativ bliebe wohl nur der Weg, nun endlich auch bei den Zivilgerichten entsprechend versierte Spruchkörper zu etablieren, soweit dies nach Auffassung der zivilgerichtlichen Organisation überhaupt machbar wäre.

Um insoweit nochmal auf Ihre eigentliche Frage zurückzukommen möchte ich ein eigenes Erlebnis erzählen. Ich hatte einen unterschwelligen Rechtsstreit vor einem Zivilgericht zu vertreten und die zuständige Richterin, die eigentlich für Familiensachen (!) zuständig war, sagte mir, sie hätte sich vor der Verhandlung dann mal eben in das Vergaberecht eingelese. Es ging hier übrigens um einen 6-stelligen Auftragswert. Mehr muss man zur aktuellen Situation eigentlich nicht sagen.

Das bedarf in der Tat keiner weiteren Kommentierung. Insgesamt können wir wohl festhalten, dass die aktuelle Situation rund um den unterschwelligen Rechtsschutz unbefriedigend ist.

Leider ja. Die Politik muss nun unbedingt handeln. Das Thema ist – wieder – brandaktuell.

Minimales Ziel wäre dabei, an die jüngste Entwicklung in Niedersachsen anzuknüpfen und bei den Zivilgerichten die notwendige vergaberechtliche Expertise perspektivisch bereits in erster Instanz vorzuhalten. Optimal und wünschenswert ist aber sicherlich eine bundesweit mit Augenmaß harmonisierte Regelung zugunsten der langjährig bewährten Vergabekammern, orientiert an den in Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen bestehenden Regelungen.

Herr Dr. Jansen, wir danken Ihnen für dieses Gespräch.



IM UNTERSCHWELLENBEREICH BESTEHT KEINE GENERELLE INFORMATIONSD- UND WARTEPFLICHT ENTSPRECHEND § 134 GWB

Im Unterschwellenbereich besteht keine generelle Informations- und Wartepflicht entsprechend § 134 GWB. (Auszug)

TENOR:

Die sofortige Beschwerde des Verfügungsklägers gegen den Beschluss der Einzelrichterin der 1. Zivilkammer des Landgerichts Lüneburg vom 18. Oktober 2019 wird zurückgewiesen. ...

I. GRÜNDE

...

II.

...

2. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist jedoch unbegründet. Dem Verfügungskläger steht der begehrte Verfügungsanspruch auf Untersagung des Vertragsvollzuges nicht zu.

Im Unterschwellenbereich besteht keine Informations- und Wartepflicht, die der Verfügungsbeklagte vorliegend verletzt haben könnte. Es kann daher offenbleiben, ob ein Verstoß gegen diese – unterstellte – Pflicht zur Nichtigkeit des Vertrages mit dem ### führen würde.

Für die vom Verfügungskläger angenommene Informations- und Wartepflicht gibt es im vorliegenden Fall keine gesetzliche Grundlage. Der hier anwendbare § 19 VOL/A sieht – ebenso wie die in Niedersachsen noch nicht in Kraft getretene

UVgO, dort § 46 – lediglich vor, dass der Auftraggeber die nicht berücksichtigten Bieter nachträglich über die bereits erfolgte Zuschlagserteilung informieren muss. Anders als in einigen anderen Bundesländern existiert in Niedersachsen auch (noch) keine § 134 Abs. 1 GWB vergleichbare Bestimmung im Landesvergaberecht.

Eine analoge Anwendung des § 134 GWB scheidet unter diesen Umständen mangels planwidriger Regelungslücke mit Blick auf die spätestens in der Diskussion des Entwurfs der UVgO erkannte und diskutierte Problematik der Informations- und Wartepflicht im Unterschwellenbereich aus. Die ursprünglich in § 44 UVgO vorgesehene Regelung der Informations- und Wartepflicht hat sich in der politischen Diskussion gerade nicht durchsetzen können (vgl. dazu Gerlach in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., Vorbemerkung UVgO Rn. 12).

Soweit das Oberlandesgericht Düsseldorf in der vom Verfügungskläger zur Begründung seiner Rechtsauffassung herangezogenen Entscheidung vom 13. Dezember 2017 (27 U 25/17) dennoch in einem obiter dictum angenommen hat, eine Informations- und Wartepflicht außerhalb des GWB folge sowohl aus der Rechtsprechung des EuG als auch aus der nationalen

Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, teilt der Senat diese Auffassung nicht. Die Entscheidung ist in der Literatur überwiegend auf Kritik gestoßen (vgl. Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. § 155 GWB Rn. 11.1; Kaiser, VergabeR 2018, 178; Jansen/Geitel, VergabeR 2018, 376; Otting, VPR 2018, 67; Stasik, VPR 2018, 1012; Siegel, NZBau 2019, 353, 356 f.; Trautner/Turner, jurisPRVergR 3/2018 Anm. 3; Schröder, Vergabeblog vom 01.02.2018 Nr. 35321; Sitsen, ZfBR 2018, 654, 657 ff.).

Soweit der Verfügungskläger darauf verweist, die Vergabekammer Niedersachsen habe sich in einem Beschluss vom 6. Februar (2018 VgK-42/2017) dem Oberlandesgericht Düsseldorf angeschlossen, handelt es sich ebenfalls um ein bloßes obiter dictum das sich zudem in der bloßen beiläufigen Bezugnahme auf die vorgenannte Entscheidung erschöpft.

In der Sache vermögen die Argumente des Oberlandesgerichts Düsseldorf, das insbesondere auf die Rechtsprechung des EuG und des BVerwG verweist, den Senat nicht zu überzeugen: ...

Quelle: Niedersächsisches Landesjustizportal