

Berlin, 30. August 2010  
Stellungnahme Nr. 48/10

# **Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins**

**durch den Ausschuss Vergaberecht**

**zum**

**„Diskussionspapier“ des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie zum Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte**

Mitglieder des Vergaberechtsausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting, Frankfurt/Main (Vorsitzender)

Rechtsanwältin Gritt Diercks-Oppler, Hamburg

Rechtsanwalt Dr. Marius Raabe, Kiel

Rechtsanwalt Prof. Dr. Reinhold Thode, Landau in der Pfalz

Rechtsanwältin Dr. Andrea Vetter, Stuttgart

Rechtsanwalt Dr. Herwart Virneburg, Wiesbaden

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Bettina Bachmann, DAV-Berlin

### Verteiler:

- Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
- Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung
- Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA)
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit
- Deutscher Bundestag - Ausschuss für Wirtschaft und Technologie
- Deutscher Verdingungsausschuss für Leistungen (DVAL)
- Deutscher Bundestag - Ausschuss für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung
- Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
- Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.
- Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V.
- Deutsche Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e.V.
- Deutscher Baugerichtstag e.V.
- Deutscher Städte- und Gemeindebund e.V.
- Deutscher Landkreistag
- Deutscher Städtetag
- Bund Deutscher Baumeister, Architekten und Ingenieure e.V.
- Institut für Baurecht Freiburg im Breisgau e.V.
- Forum Vergabe e.V.
- Bundesrechtsanwaltskammer
- DAV-Vorstand und Geschäftsführung
- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
- Mitglieder des DAV-Verwaltungsrechtsausschusses
- Mitglieder des DAV-Umweltrechtsausschusses
- NZBau - Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht
- IBR Immobilien- und Baurecht
- Redaktion NVwZ
- Redaktion NJW

*Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.*

---

## **I. Vorbemerkung**

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat um eine Stellungnahme zu verschiedenen Modellen eines primärrechtlichen Vergaberechtsschutzes unterhalb der EU-Schwellenwerte gebeten. Das Ministerium hat Modelle und Kriterien in einem Diskussionspapier „Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte“ zusammengefasst.

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) hält eine Ausweitung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes auf Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte für geboten. Insbesondere im Baubereich geht es für die betroffenen Unternehmen um hohe Auftragswerte. Durch die Möglichkeit, im Nachhinein Schadensersatzansprüche geltend zu machen, werden Bieter und Bewerber bei Rechtsverstößen der öffentlichen Auftraggeber nicht hinreichend geschützt. Mit einer Stellungnahme vom 12.04.2010 hatte der Deutsche Anwaltverein einen Vorschlag unterbreitet, mit dem er sich für eine Ausweitung der bestehenden Regelungen zum Nachprüfungsverfahren ausgesprochen und zugleich für eine praxisgerechte Modifizierung der Verfahrensregeln plädiert hatte. Bei diesem Vorschlag ließ sich der Deutsche Anwaltverein von folgenden Maßgaben leiten:

- Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung in Vergabesachen soll gewahrt werden; daher wurde empfohlen, die Zuständigkeit der gleichen Spruchkörper zu begründen, die ab Erreichen der Schwellenwerte für das Nachprüfungsverfahren zuständig sind.
- Unterhalb der Schwellenwerte sollen Beschleunigungsgrundsatz und Verfahrenseffizienz durch geeignete prozessuale Regelungen gestärkt werden.

Der Deutsche Anwaltverein hält an der seinerzeit unterbreiteten Empfehlung fest und bewertet vor dem Hintergrund der vorstehend skizzierten Zielsetzung die im Diskussionspapier vorgelegten Modelle eines Unterschwellenrechtsschutzes.

## **II. Bewertung der Modelle**

### **1. Verwaltungsinterne Verfahren**

Das Modell 1 sieht in Anlehnung an die Regelungen der SächsVergabeDVO ein verwaltungsinternes Beschwerdeverfahren zur Aufsichtsbehörde vor. Der Auftraggeber soll verpflichtet werden, die Bieter vor Vertragsschluss über die beabsichtigte Zuschlagserteilung zu informieren. Gegen die Entscheidung der Aufsichtsbehörde soll ein Rechtsbehelf nicht statthaft sein. Alternativ wird an eine Überprüfung der behördlichen Entscheidung durch Vergabekammer oder Gericht gedacht.

Die Beschränkung des Rechtsschutzes auf ein verwaltungsinternes Verfahren zur Überprüfung von Rechtsverletzungen unterhalb der Schwellenwerte hält der Deutsche Anwaltverein nicht für sinnvoll. Nachteilig ist die absehbare Zersplitterung des Rechtsschutzes durch unterschiedliche landesrechtliche Regelungen. Denn zuständig für die Regelung eines verwaltungsinternen Überprüfungsverfahrens sind aufgrund ihrer Organisationskompetenz für Vergaben, die nicht die Bundesbehörden betreffen, die Landesgesetzgeber. Zudem ist eine behördeninterne Überprüfung nicht dem Ziel der Durchsetzung subjektiver Bieterrechte verpflichtet. Aus der Sicht der Bieter kann die Sorge bestehen, dass verwaltungsinterne Opportunitätserwägungen den Ausgang der Überprüfung beeinflussen.

Die Begründung der Zuständigkeit besonderer Stellen bei den Aufsichtsbehörden für die Nachprüfung von Vergaberechtsverstößen unterhalb der Schwellenwerte führte zu höheren Verwaltungskosten, weil neben den Vergabekammern weitere Stellen in der Landesverwaltung mit Vergabenachprüfung befasst würden.

Der in dem Modell erwogene Ausschluss gerichtlichen Rechtsschutzes gegen die behördliche Entscheidung erscheint im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG bedenklich. Gerichtlicher Rechtsschutz gegen Behördenentscheidungen ist verfassungsrechtlich geboten.

### **2. Rechtsschutz nach der ZPO**

Das zweite Modell will Rechtsschutz wie nach geltendem Recht im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach der ZPO gewähren. Dabei wird eine Ergänzung der Regelungen in der ZPO um spezifische Bestimmungen für den Vergaberechtsschutz erwogen.

Der Deutsche Anwaltverein hält das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach der ZPO nicht für geeignet, in effizienter Weise im Interesse der Bieter Rechtsschutz zu gewährleisten und zugleich im Interesse der Auftraggeber ein zügiges und verlässliches sowie berechenbares Überprüfungsverfahren zur Verfügung zu stellen. Die prozessualen Anforderungen an die Glaubhaftmachung und die Darlegungs- und Beweislast des Bieters erschweren den Rechtsschutz.

Unverzichtbar wäre die Ergänzung der zivilprozessrechtlichen Regelungen um eine Vorinformationspflicht des Auftraggebers und das befristete Verbot der Zuschlagerteilung. Auftraggeber lassen in der Praxis Rechtsschutzverfahren leer laufen, indem sie nach Antragstellung den Zuschlag erteilen. Daran sind sie, wenn das Gericht die beantragte einstweilige Verfügung ohne Anhörung des Gegners oder mündliche Verhandlung nicht erlässt, nicht gehindert. Mit Einführung eines Zuschlagsverbots würden aber die Regelungen der ZPO dem Nachprüfungsverfahren nach dem GWB zunehmend angenähert, so dass die Zuordnung zum Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und der dafür zuständigen zivilgerichtlichen Spruchkörper nicht einleuchtet.

Die bisherige unterschiedliche Spruchpraxis der Landgerichte und Oberlandesgerichte in Vergabesachen unterhalb der Schwellenwerte belegt, dass weder von einem einheitlichen prozessualen noch materiellen Maßstab bei der Beurteilung von Vergaberechtsverstößen die Rede sein kann. Jüngst hat das OLG Stuttgart im Hinblick auf die im einstweiligen Rechtsschutz nicht zulässige Vorwegnahme der Hauptsache eine Nachprüfung überhaupt in Frage gestellt (Urt. v. 09.08.2010, 2 W 37/10), andere Oberlandesgerichte wollen dagegen eine vollständige Überprüfung sämtlicher Vergaberechtsverstöße im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahren zur Verfügung stellen (OLG Düsseldorf NZBau 2010, 328; vgl. auch OLG Schleswig, Urt. v. 09.04.2010, 1 U 27/10). Ein separater Instanzenzug unterhalb der Schwellenwerte verstärkt die Gefahr einer in sich uneinheitlichen, zudem von der Rechtsprechung der oberhalb der Schwellenwerte zuständigen spezialisierten Spruchkörper losgelösten Rechtsprechung. Zudem löst das Nebeneinander unterschiedlicher Spruchkörper für die Gerichtsorganisation zusätzlichen Aufwand aus.

### **3. Übernahme des Rechtsschutzsystems oberhalb der Schwellenwerte**

Das Modell einer modifizierten Ausweitung der ab Erreichen der Schwellenwerte geltenden Regelungen entspricht dem vom Deutsche Anwaltverein präferierten Rechtsschutzmodell.

Der Deutsche Anwaltverein spricht sich dabei für prozessuale Verfahrenserleichterungen und gegen eine Beschränkung des materiellen Überprüfungsmaßstabs aus. Auch eine Einschränkung des Suspensiveffekts (Zuschlagsverbot nur auf besonderen Antrag, der an höhere Anforderungen geknüpft ist) hält der Deutsche Anwaltverein nicht für sinnvoll. Solche Regelungen führen zu „Zwischenverfahren“, in denen z.B. darüber gestritten wird, ob ein „wesentlicher“ Rechtsverstoß vorliegt. Das macht den Rechtsschutz insgesamt schwieriger handhabbar und langwieriger.

Eine gerichtliche Instanz hält der Deutsche Anwaltverein auch unterhalb der Schwellenwerte schon aus verfassungsrechtlichen Erwägungen, aber auch zur Wahrung der Rechtsprechungseinheit in Vergabesachen für unverzichtbar.

Der Deutsche Anwaltverein befürwortet nicht den Vorschlag, statt der Präklusionsregelung gem. § 107 Abs. 3 GWB nur einen Antrag je Bieter und Verfahren zuzulassen. Die Präklusionsregelung, die 2009 durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts modifiziert wurde, sollte unterhalb der Schwellenwerte nicht eingeschränkt oder durch andere Mechanismen zur Begrenzung des Bieterrechtsschutzes ersetzt werden. Wird ein Bieter auf einen Antrag im Verfahren beschränkt, wird er diesen in der Regel erst kurz vor der Zuschlagserteilung stellen und so Investitionen stärker verzögern als wenn grundsätzliche Einwände zu Beginn des Verfahrens vorgetragen und entschieden werden können.

Gegenüber der obligatorischen Zuständigkeit des Vorsitzenden/Berichterstatters ist es vorzugswürdig, die Übertragungsmöglichkeit des § 105 Abs. 3 GWB bei Unterschwellenvergaben als Regelfall vorzusehen, so dass in Zweifelsfällen, bei denen die Unter- bzw. Überschreitung des Schwellenwerts unklar ist, eine Übertragung nach dieser Vorschrift erfolgen kann.

Eine Verkürzung der Entscheidungsfrist über den ohnehin kurzen Zeitraum von fünf Wochen hinaus, hält der Vergaberechtsausschuss nicht für zielführend. Auch eine Verkürzung der Stillhaltefrist für die Vorinformation nach § 101a GWB erscheint in der Praxis kaum durchführbar.

Der Deutsche Anwaltverein befürwortet hingegen eine uneingeschränkte Ausweitung des bestehenden Primärrechtsschutzes auf Verfahren unterhalb der Schwellenwerte (Modell 3b) nicht. Wie in der Stellungnahme vom 12.04.2010 vorgeschlagen ist es angesichts der geringeren Auftragswerte im Interesse der Beschleunigung sinnvoll, durch geeignete prozessrechtliche Regelungen eine gestraffte Bearbeitung der Verfahren zu ermöglichen, die dem geringeren Auftragswert und auch den unterhalb der Schwellenwerte tendenziell einfacheren materiellen Vergabevorschriften angemessen ist.

Vorteil eines einheitlichen Rechtsschutzes bei den Vergabekammern ist nicht nur die Wahrung einheitlicher materiellrechtlicher Standards, sondern auch verwaltungsmäßige Synergieeffekte, die zu einer schlanken und kosteneffizienten Behörden- und Gerichtsstruktur führen.