

**Analyse und Bewertung der Fragebogenaktion
und der Rechtsprechung zur
Evaluierung des Vergaberechtsänderungsgesetzes
(VgRÄG)**

Gutachten

für das

Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit

erstellt von:

Prof. Horst Franke, Frankfurt/Main

unter Mitarbeit von

RA'in Susanne Mertens, LL.M und RA Matthias Grünhagen

A. Aufgabenstellung.....	5
B. Zusammenfassender Ergebnisbericht und Stellungnahme	6
I. Gesamteindruck der Anwendergruppen.....	6
II. Mittelständische Interessen.....	7
III. Transparenz und Dokumentation im Vergabeverfahren	8
IV. Stärkung des Wettbewerbs und der Wirtschaftlichkeit der Auftragsvergaben.....	8
V. Effektivität des bestehenden Rechtsschutzes.....	8
VI. Praxisgerechtigkeit des Kaskaden- und Schubladenprinzips	9
VII. Rechtsschutz oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte.....	10
VIII. Primär- und Sekundärrechtsschutz	10
IX. Anwenderfreundlichkeit der Vorschriften.....	10
X. Regelungslücken und -unsicherheiten.....	10
C. Gutachterliche Auswertung	11
I. Effektivität des bestehenden Rechtsschutzes	11
1. Zuständigkeiten im Primärrechtsschutz	11
a. Vergabekammern und Oberlandesgerichte	11
aa. Rechtliche Grundlagen und Vorgaben.....	11
bb. Auswertung der Fragebogenantworten	12
cc. Fazit und Ausblick.....	13
b. Vorlagepflicht an den Bundesgerichtshof.....	13
aa. Rechtliche Grundlagen.....	13
bb. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis	14
cc. Auswertung der Fragebogenantworten.....	15
dd. Fazit und Ausblick	15
c. Vergabeprüfstellen	16
aa. Rechtliche Grundlagen und Vorgaben.....	16
bb. Auswertung der Fragebogenantworten	16
cc. Fazit und Ausblick.....	16
d. De-facto-Vergaben.....	17
aa. Bedeutung und Rechtliche Grundlagen	17
bb. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis	17
cc. Auswertung der Fragebogenantworten.....	19
dd. Fazit und Ausblick	19
e. Sonderthema: Aufhebung der Aufhebung.....	20
aa. Rechtliche Grundlagen und Vorgaben.....	20
bb. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis	21
cc. Fazit und Ausblick.....	21
2. Maximen für die Einleitung der Nachprüfung	22
a. Vorabinformationspflicht	22
aa. Rechtliche Grundlagen und Vorgaben.....	22
bb. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis	22
cc. Auswertung der Fragebogenantworten.....	23
dd. Fazit und Ausblick	24
b. Kooperationsverpflichtungen durch Rügeanforderungen	24
aa. Rechtliche Grundlagen und Vorgaben.....	24
bb. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis	25

cc. Auswertung der Fragebogenantworten.....	26
dd. Fazit und Ausblick.....	27
c. Angemessenheit der Verfahrenskosten.....	28
aa. Rechtliche Vorgaben.....	28
bb. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis.....	28
cc. Auswertung der Fragebogenantworten.....	29
dd. Zusammenfassung.....	30
3. Transparenz durch Akteneinsicht.....	30
a. Rechtliche Vorgaben.....	30
b. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis.....	30
c. Auswertung der Fragebogenantworten.....	31
d. Fazit und Ausblick.....	32
4. Sonderthema: Amtsermittlung.....	32
a. Rechtliche Grundlagen.....	32
b. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis.....	33
c. Fazit und Ausblick.....	33
5. Entscheidungsfristen und Beschleunigungsgrundsatz.....	34
a. Rechtliche Grundlagen und Vorgaben.....	34
b. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis.....	34
c. Auswertung der Fragebogenantworten.....	35
d. Fazit und Ausblick.....	36
6. Zuschlagsverbot und vorläufiger Rechtsschutz.....	36
a. Rechtliche Grundlagen und Vorgaben.....	36
b. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis.....	37
c. Auswertung der Fragebogenantworten.....	38
d. Fazit und Ausblick.....	38
II. Prinzipien der Auftragsvergabe.....	39
1. Mittelständische Interessen.....	39
a. Rechtliche Grundlagen.....	39
b. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis.....	39
c. Auswertung der Fragebogenantworten.....	41
d. Fazit und Ausblick.....	42
2. Transparenz und Dokumentation im Vergabeverfahren.....	44
a. Rechtliche Grundlagen und Vorgaben.....	44
b. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis.....	44
c. Auswertung der Fragebogenantworten.....	45
d. Fazit und Ausblick.....	46
3. Stärkung des Wettbewerbs.....	46
a. Rechtliche Grundlagen und Vorgaben.....	46
b. Auswertung der Fragebogenantworten.....	46
c. Zusammenfassung.....	48
4. Wirtschaftlichkeit und zusätzliche Vergabekriterien.....	48
a. Rechtliche Grundlagen und Vorgaben.....	48
b. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis.....	48
c. Auswertung der Fragebogenantworten.....	49
d. Fazit und Ausblick.....	50
5. Sonderthema: Neutralitätsverpflichtung.....	51

a. Rechtliche Grundlagen	51
b. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis	51
c. Fazit und Ausblick.....	51
III. Praxisgerechtheit des Kaskaden- und Schubladenprinzips	52
1. Kaskadenprinzip.....	52
a. Rechtliche Grundlagen	52
b. Auswertung der Fragebogenantworten.....	52
c. Fazit und Ausblick.....	53
2. Schubladenprinzip.....	54
a. Rechtliche Grundlagen und Vorgaben.....	54
b. Auswertung der Fragebogenantworten.....	55
d. Fazit und Ausblick	55
IV. Rechtsschutz oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte	56
1. Rechtliche Grundlagen.....	56
2. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis	56
3. Auswertung der Fragebogenantworten.....	57
4. Fazit und Ausblick	59
V. Primär- und Sekundärrechtsschutz.....	61
1. Sonderthema: Bindungswirkung an die Entscheidung im Primärrechtsschutz	61
a. Rechtliche Grundlagen	61
b. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis	61
c. Fazit und Ausblick.....	61
2. Verbot der rechtsmißbräuchlichen Inanspruchnahme des Rechtsschutzes	62
a. Rechtliche Grundlagen	62
b. Auswertung der Fragebogenantworten.....	62
c. Fazit und Ausblick.....	63
D. Rechtliche Grundlagen.....	64

A. Aufgabenstellung

Im Zusammenhang mit der weiteren Entwicklung im öffentlichen Auftragswesen ist über die Erfahrungen mit dem am 01.01.1999 in Kraft getretenen Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG) Bericht zu erstatten. Im Rahmen dieses Berichts soll aufgezeigt werden, inwieweit die mit der Einführung des Gesetzes verfolgten Ziele erreicht werden.

Grundlage der Auswertung und Analyse war die seitens des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit in der Zeit vom 04.12.2001 bis 15.02.2002 durchgeführte Fragebogenaktion. An dieser Aktion beteiligten sich Anwender aus den unterschiedlichen Bereichen rund um die Vergabe. Der Auswertung lagen insgesamt 1261 beantwortete Fragebögen zugrunde, von denen der Großteil aus dem Bereich der Auftraggeber (64 %) abgegeben wurde. Dabei wurde im Hinblick auf Sektorenauftraggeber nicht gesondert unterschieden. Unternehmer stellten mit 15 % die zweitgrößte Gruppe, wobei nach den Bereichen Bau-, Liefer- und Dienstleistung zu differenzieren war. Im übrigen sollte durch die Unternehmer eine Einordnung in die Kategorien Großunternehmer oder KMU vorgenommen werden. Ferner wurden Verbände (5 %), Vergabekammern (3 %), Auftragsberatungsstellen und Anwälte (mit je 1 %) beteiligt. Insgesamt 11 % aller Befragten machten keine Angaben, in welcher Eigenschaft sie mit dem Vergaberecht in Berührung kommen.

Anhand von 56 Fragen hatten die unterschiedlichen Anwender ihre Erfahrungen mit dem Vergaberecht seit Inkrafttreten des VgRÄG zu beurteilen, wobei einzelne Fragen bestimmten Anwendergruppen vorbehalten waren (bspw. hatten allein die öffentlichen Auftraggeber die Frage nach der Antragstellung über die Vorabgestattung der Zuschlagserteilung zu beantworten). Im Rahmen der nachfolgenden Auswertung werden die Antworten der Befragten prozentual wiedergegeben, wobei aus Gründen der Übersichtlichkeit eine Auf- und Abrundung der Prozentzahlen in Fünfer-Schritten vorzunehmen war.

Die Befragten wurden wiederholt aufgefordert, ihre Antworten ausführlich zu begründen. Diese Textantworten haben bei der Auswertung ausdrücklich Berücksichtigung gefunden. Bereits an dieser Stelle weisen wir jedoch darauf hin, daß die Fragebogenaktion zum Teil keinen repräsentativen Charakter aufweisen kann, weil die unabhängige Beantwortung durch die Identität der Formulierung wiederholt in Frage zu stellen war. Darüber hinaus wurde die Übermittlung der Fragebögen von einzelnen Befragten zum Anlaß genommen, um unabhängig von den gestellten Fragen ausführlich zu den Erfahrungen mit dem VgRÄG Stellung zu nehmen. Diese Erfahrungsberichte und Anregungen sind bei der Darstellung der Begründungen ausreichend mitberücksichtigt worden.

Um eine umfassende Darstellung zu gewährleisten, war es notwendig, die Erfahrungen mit dem Gesetz aus den verschiedenen Blickwinkeln der unterschiedli-

chen Anwendergruppen zu beleuchten. Soweit bei der Auswertung ein gesonderter Hinweis auf die einzelnen Sparten nicht erfolgt, gelten die Angaben für die Befragten insgesamt. Gegenstand der Analyse und Auswertung ist neben den aus den beantworteten Fragebögen gewonnenen Erkenntnissen auch die Darstellung der Entwicklung der Rechtsprechung und Spruchpraxis unter Berücksichtigung der dazu im Schrifttum vertretenen Ansichten seit dem Inkrafttreten des VgRÄG. Darüber hinaus werden die europäischen Entwicklungen in die Ausführungen eingearbeitet.

B. Zusammenfassender Ergebnisbericht und Stellungnahme

Im Ergebnis hat sich die Abkehr von der haushaltsrechtlichen Lösung und die Einführung des VgRÄG insgesamt als praktikabel erwiesen. Der durch das VgRÄG entstandene Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte hat sich bewährt, denn die Befragung der Anwendergruppen zeigte, daß die am Vergabeverfahren Beteiligten mehr Sorgfalt bei der Vorbereitung, Bewerbung und Durchführung erkennen. Um die dem Vergaberecht zugrundeliegenden Ziele besser zu verwirklichen, empfehlen wir nach Auswertung der Anwendermeinungen und Analyse der Rechtsprechungsentwicklung eine wesentliche Vereinheitlichung der vergaberechtlichen Bestimmungen.

Nachfolgend werden die Ergebnisse der Auswertung der Fragebogenantworten und die Erkenntnisse aus der Entwicklung der Rechtsprechung seit der Einführung des VgRÄG zusammenfassend dargestellt. Im Zusammenhang mit der vorliegenden Aufgabenstellung umfaßt die Analyse der bislang ergangenen Rechtsprechung vorwiegend die mit der Einführung des VgRÄG zu klärenden formalen Rechtsfragen. Insgesamt zeigt sich jedoch ein Gleichgewicht zwischen formalen und materiellen Gründen für die Einleitung der Rechtsschutzverfahren. Hinsichtlich der Einzelheiten der Auswertung, der Aufbereitung der ergangenen Rechtsprechung und Spruchpraxis und der daraus entwickelten Ausblicke verweisen wir auf die Ausführungen in der gutachterlichen Auswertung (vgl. C.).

I. Gesamteindruck der Anwendergruppen

Die Akzeptanz der Vergaberegeln hat sich nach Einschätzung der befragten Anwendergruppen insgesamt deutlich erhöht. Besonders deutlich zeigte sich diese Einschätzung bei den Unternehmern aus dem Bereich der Bauleistungen.¹ Auch die Anwaltschaft sieht seit der Einführung des VgRÄG eine deutliche Erhöhung der Akzeptanz der Vergaberegeln. Die mit dem Vergaberecht befaßten Anwender gaben darüber hinaus mehrheitlich an, daß die Einführung des Primärrechts-

¹ Aus dem Bereich der Unternehmer wurden Bau-, Liefer- und Dienstleistungsunternehmer befragt. Soweit in der Auswertung kein besonderer Hinweis auf die einzelnen Sparten erfolgt, gelten die Angaben für die Unternehmer insgesamt. Wurden unterschiedliche Erfahrungen gemacht, wurden diese besonders hervorgehoben.

schutzsystems nicht zu Investitionshemmnissen geführt hat. Die mit der Einführung des VgRÄG verfolgten Ziele hielt die Mehrheit der Anwender grundsätzlich für erreicht. Insbesondere würden die Verfahren über die Vergabe öffentlicher Aufträge insgesamt sorgfältiger vorbereitet und durchgeführt. Die Befragten gaben zu bedenken, daß vergaberechtliche Fachkenntnisse bei den an den Ausschreibungen Beteiligten sehr unterschiedlich vorhanden seien.

Aus dem Gesamteindruck der Befragten lassen sich jedoch noch keine Schlußfolgerungen ziehen. Vielmehr ist es notwendig, die nachfolgenden Differenzierungen vorzunehmen, um die unterschiedlichen Erfahrungen mit dem VgRÄG darzustellen, die Schlußfolgerungen zuzulassen.

II. Mittelständische Interessen

Der Mittelstand sieht sich nach Auswertung der Fragebogenantworten im derzeit geltenden Vergaberecht noch nicht ausreichend berücksichtigt. Die im VgRÄG ausdrücklich festgeschriebene Förderung mittelständischer Interessen hielt die Gesamtheit der Befragten, besonders deutlich die KMU, für überwiegend nicht verwirklicht. Die Kritik richtete sich vornehmlich gegen die Unübersichtlichkeit des Regelwerks, denn das Kaskaden- und ebenso das Schubladenprinzip seien nach Ansicht der Anwendergruppen insgesamt wenig praktikabel. Dadurch entstehende Unsicherheiten führten nach Ansicht vieler zu zusätzlichem zeitlichen und finanziellen Aufwand.

Um eine weitere Förderung des Mittelstandes und eine effizientere Handhabung des Vergaberechts insgesamt zu gewährleisten, empfehlen wir die Erörterung folgender Punkte:

- Eine Vereinheitlichung und damit die Schaffung größtmöglicher Übersichtlichkeit könnte durch einen Wegfall des Kaskadenprinzips und die Neustrukturierung des Schubladenprinzips erreicht werden. Darüber hinaus würde auch eine Abschaffung der uneinheitlichen Landesvergabegeetze einer weiteren Zersplitterung des Vergaberechts entgegenwirken.
- Der Grundsatz der losweisen Vergabe sollte weiter dadurch gestärkt werden, daß dessen Voraussetzungen und Ausnahmen eindeutiger festgelegt werden.
- Das wirtschaftlichste Angebot ist auf der Grundlage vorher festgelegter Zuschlagskriterien zu ermitteln. Dabei sollte die Notwendigkeit der Angabe der Gewichtung von Zuschlagskriterien sowie deren Einhaltung bei Wertungsentscheidungen konsequent sichergestellt werden. Die „Auskömmlichkeit der Preise“ sollte für den Mittelstand hingegen nicht instrumentalisiert werden.

III. Transparenz und Dokumentation im Vergabeverfahren

Durch das Inkrafttreten des VgRÄG ist das Maß an Transparenz im Vergabeverfahren wesentlich erhöht. Insbesondere der Ablauf der Vergabe und die Nachvollziehbarkeit der Vergabeentscheidungen wurden in ihrer Durchsichtigkeit wesentlich gestärkt. Ein Grund dafür ist die Dokumentationspflicht der Vergabestellen. Doch erst die Einführung des Akteneinsichtsrechts nach Einleitung des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes komplettierte die Durchsetzung des Transparenzgrundsatzes.

Wir schlagen daher zum einen eine extensivere Ausgestaltung des Rechts auf Akteneinsicht vor, wobei die Grenze des zugrundeliegenden Geheimwettbewerbs nicht verletzt werden darf. Vielmehr sind die Ausnahmen von einer zulässigen Einsicht klar und abschließend zu bestimmen. Zum anderen gilt es, die Vorgaben für die Dokumentationspflicht noch detaillierter auszugestalten.

IV. Stärkung des Wettbewerbs und der Wirtschaftlichkeit der Auftragsvergaben

Eine den Wettbewerb stärkende Wirkung ist dem VgRÄG seitens der Anwender mehrheitlich nicht zugesprochen worden. Es wurde auch kein größerer Wettbewerb durch zusätzliche inländische oder ausländische Bewerber erkannt.

Auch eine Steigerung der Wirtschaftlichkeit der Auftragsvergaben für die Auftraggeber konnte vorwiegend nicht explizit festgestellt werden. KMU kritisierten vornehmlich die pure Preisdominanz der Vergabeentscheidungen. Die Verwendung weiterer nicht leistungsbezogener Vergabekriterien (z.B. Frauenförderung) wurde als zusätzlicher unwirtschaftlicher Mehraufwand empfunden. Eine sorgfältigere Vorbereitung der Vergaben konnten hingegen drei Viertel aller Befragten bejahen. Die Bauunternehmer waren sogar uneingeschränkt von einer besseren Vorbereitung der Ausschreibungen überzeugt.

V. Effektivität des bestehenden Rechtsschutzes

In der Praxis wurde der Primärrechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte mehrheitlich für effektiv befunden. Ebenso wurden die Vergabeverfahren nach Ansicht der Anwender seit dem Inkrafttreten sorgfältiger vorbereitet und durchgeführt.

Besonders hervorgehoben wurde die Unabhängigkeit der Vergabekammern als Eingangsinstanz. Auch der durch die Einrichtung besonderer Spruchkörper bestehende vergaberechtliche Sachverstand wurde positiv bewertet, wobei Schwankungen hinsichtlich der fachlichen Kompetenzen kritisiert wurden. Eine einheitliche Rechtsprechung und Spruchpraxis sollte sichergestellt werden. Dazu kann eine verstärkte Nutzung der Vorlagepflicht an den BGH dienen.

Es wird darüber hinaus angeregt, den Anwendungsumfang des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes im Hinblick auf die Problematik der De-facto-Vergaben und der Aufhebungsentscheidungen klarzustellen. Die Vergabe unter Verletzung aller Ausschreibungspflichten sollte ebenso vom Anwendungsbereich des §13 VgV erfaßt werden, um den Bieterschutz zu vervollständigen. Auch hinsichtlich der seitens des Europäischen Gerichtshofs und nunmehr des BGH geforderten Überprüfbarkeit der Aufhebungsentscheidung sollte eine Klarstellung dahingehend vorgenommen werden, daß eine Feststellung der Vergaberechtswidrigkeit durch die Nachprüfungsinstanzen zulässig ist.²

VI. Praxisgerechtheit des Kaskaden- und Schubladenprinzips

Die bestehende Kaskaden- und Schubladenlösung wurde von den Befragten hinsichtlich Praktikabilität, Effizienz und Transparenz kritisch beurteilt. Nach Ansicht der Anwendergruppen wirkten die bestehenden unübersichtlichen Regelungen abschreckend und führten dadurch zu Investitionshemmnissen.

Zur Vereinfachung der Handhabung des Vergaberechts und zur Sicherstellung von mehr Rechtssicherheit schlagen wir die Aufgabe des Kaskadenprinzips und einer Neustrukturierung der materiellen Vergaberegeln vor. Dies könnte durch Vereinheitlichung in einem wettbewerbsrechtlichen Gesetzeswerk (GWB) mit verfahrensrechtlichen und materiellen, das Ausschreibungsverfahren regelnden Bestimmungen sowie einer Vergabeverordnung, die die bisherigen Vergabe- und Verdingungsordnungen (VOB/A, VOL/A, VOF) umfaßt, erreicht werden (Zwei-Stufen-Lösung). In diese Systematik sind auch die Vergaben unterhalb der Schwellenwerte aufzunehmen; jedoch ohne die Gewährung subjektiver Rechte.

Die Neustrukturierung der materiellen Vergabeverfahrensbestimmungen sollte wie folgt vorgenommen werden:

- Zum einen sollten für öffentliche Auftraggeber die Regelungen für Bau-, Liefer- und Dienstleistungen zusammengefaßt und dabei lediglich nach Vergaben oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte unterschieden werden.
- Die besonderen Bestimmungen für Bau-, Liefer- und Dienstleistungen für private Sektorenauftraggeber sollten ebenfalls gesondert zusammengefaßt werden.
- Hinsichtlich der Regelungen für freiberufliche Leistungen sollte deren gesondertes Fortbestehen grundsätzlich diskutiert werden.

Einer besonderen Regelung für öffentliche Auftraggeber aus dem Bereich der Sektoren bedarf es bei einer derartigen Neustrukturierung nicht. Dies trägt insbesondere zur Förderung rechtssicherer Handhabung bei. Haushaltsrechtlich und europarechtlich bestehen keine Bedenken.

² EuGH vom 18.06.2002 („HI“), VergabeR 2002, 361; BGH vom 18.02.2003 – X ZB 43/02.

VII. Rechtsschutz oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte

Die Einführung eines Rechtsschutzsystems oberhalb der Schwellenwerte führte nach Ansicht der Befragten zu mehr Sorgfalt im Verfahren. Zudem wurde insgesamt ein Schutz vor Korruption registriert, jedoch nahmen auch die Auseinandersetzungen mit unterlegenen Bietern zu. Unterschiedliche Bewertungen ergaben sich bei der Frage nach der Praxisgerechtigkeit der bestehenden Schwellenwertregelungen und der Einführung eines Rechtsschutzsystems unterhalb der Schwellenwerte. Von bestimmten Bereichen (Vergabekammern, Verbände, Anwälte, Auftragsberatungsstellen und für den Bereich der Unternehmen, Bauunternehmen) wurde Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte gefordert.

Eine solche Überprüfungsmöglichkeit könnte für die öffentlichen Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte im Rahmen eines „vereinfachten Rechtsschutzes“ diskutiert werden. Hierbei könnten die Vergabeprüfstellen gemäß § 103 Abs. 1 GWB als Nachprüfungsinstanz in diesem Sinne verpflichtend eingeführt werden. Vergaben privater Sektorenauftraggeber sollten davon jedoch nicht erfaßt werden.

VIII. Primär- und Sekundärrechtsschutz

Das Verhältnis von Primär- und Sekundärrechtsschutz ist aufgrund der Bindungswirkung vergaberechtlicher Entscheidungen für einen nachfolgenden Schadensersatzprozeß weitestgehend praktikabel.

IX. Anwenderfreundlichkeit der Vorschriften

Die Akzeptanz der Vergaberegeln wurde nach Ansicht der Anwender deutlich erhöht. Die Kritik der Befragten richtete sich überwiegend gegen die Unübersichtlichkeit und Uneinheitlichkeit der Kaskaden- und Schubladelösung. Diese Lösung beurteilten die Anwender als unpraktikabel und intransparent.

X. Regelungslücken und -unsicherheiten

Der Gesamteindruck bedarf im Hinblick auf das Bestehen von Regelungslücken einer differenzierteren Betrachtung. So gaben Unternehmer und auch Vergabestellen an, daß insgesamt keine Regelungslücken vorliegen, während Vergabekammern, die Anwaltschaft, Verbände und Auftragsberatungsstellen deutliche Lücken im Vergaberecht erkannten. Deutliche Regelungsunsicherheiten ergaben sich nach Auswertung der Rechtsprechung im Anwendungsbereich des Primärrechtsschutzes bei De-facto-Vergaben und der Überprüfung von Aufhebungsentscheidungen. Darüber hinaus stellten die Befragten wiederholt fest, daß die be-

stehende gesetzliche Lösung zu komplex und unübersichtlich sei. Rechtsunsicherheiten wurden letztlich durch die Anwendung einer Vielzahl auslegungsbedürftiger Begriffe in den Bestimmungen festgestellt (bspw. Akteneinsichtsrecht und Geheimnisschutz).

C. Gutachterliche Auswertung

Die Auswertung umfaßt neben der Analyse der Fragebogenantworten eine detaillierte Darstellung der seit dem Inkrafttreten des VgRÄG ergangenen Rechtsprechung und Spruchpraxis. Wir weisen jedoch darauf hin, daß insbesondere im Hinblick auf die Wiedergabe der Rechtsprechungsentwicklungen und die Ausarbeitungen der Ergebnisse eine noch detailliertere Differenzierung nicht möglich ist, weil diese den Umfang des Auftrages bei weitem übersteigen würde.

I. Effektivität des bestehenden Rechtsschutzes

1. Zuständigkeiten im Primärrechtsschutz

a. Vergabekammern und Oberlandesgerichte

aa. Rechtliche Grundlagen und Vorgaben

Zuständig für die Nachprüfung von Vergaben im Primärrechtsschutzverfahren sind die Vergabekammern (VK) als Eingangsinstanz mit einer Beschwerdemöglichkeit zu den Oberlandesgerichten (OLG) (vgl. §§ 102, 104, 105, 116 Abs. 3 GWB). Der vergaberechtliche Rechtsweg lehnt sich in seiner Ausgestaltung dem kartellrechtlichen Rechtsweg an. Unter dem Blickwinkel der Beschleunigung wird nur eine gerichtliche Instanz mit der Nachprüfung befaßt.³

Hinsichtlich einer für das Nachprüfungsverfahren zuständigen Eingangsinstanz, die kein Gericht ist, macht der europäische Normgeber konkrete Vorgaben.⁴ Insbesondere ist die Nachprüfung einer unabhängigen Instanz zu übertragen, in welcher zumindest der Vorsitzende die juristischen und beruflichen Qualifikationen zum Richteramt besitzt (Art. 2 Abs. 8 RMRL). Diese Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit sichert §105 Abs. 1 GWB in Umsetzung der Richtlinienbestimmungen zu.⁵

Die Organisation der Vergabekammern unterscheidet zwischen Vergaben des Bundes und Vergaben anderer öffentlicher Auftraggeber. Bei Vergaben sonstiger öffentlicher Auftraggeber im Sinne des §98 GWB wird die Zuständigkeit der Vergabekammern nach dem Sitz des Auftraggebers bestimmt (§ 18 Abs. 8 VgV).

³ BT-Drucks. 13/93 40, Seite 13.

⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 2, 8 RMRL.

⁵ Siehe dazu BayObLG vom 02.11.2002, IBR 03, 99.

bb. Auswertung der Fragebogenantworten

Die Mehrzahl aller Befragten (80 %) stellte fest, daß die Vergabekammern dem Anspruch auf **Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit** gerecht werden, weniger als 5 % bestreiten dies. Etwa 15 % der Befragten konnten sich aufgrund mangelnder Erfahrung nicht äußern. Die Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit sei - einzelnen Antworten zufolge – bei den Vergabekammern des Bundes besser gelöst als bei den Ländern.

Bei der Beantwortung der Fragen nach dem **vergaberechtlichen Sachverstand** der Spruchkörper war anhand der gestellten Fragen zwischen den Erfahrungen mit den Vergabekammern des Bundes und den Vergabekammern der Länder zu unterscheiden.

Ein Großteil aller Befragten hat mit den Vergabekammern des Bundes wenig, jedoch selten schlechte Erfahrungen gemacht. So wußten über 65 % der Anwender keine Angaben zu machen, nur 5 % sahen den vergaberechtlichen Sachverstand nicht ausreichend gewährleistet. Im Einzelnen betrachtet haben Anwälte und Unternehmen einen deutlich höheren Erfahrungsschatz als die Auftraggeberseite: über 70 % der Anwälte und Unternehmer berichteten von guten Erfahrungen.

Einen insgesamt höheren Erfahrungshorizont haben alle Befragten mit den Vergabekammern der Länder.⁶ Für etwa 45 % ist der vergaberechtliche Sachverstand bei den Vergabekammern ausreichend gewährleistet, lediglich für 5 % nicht. Jedoch konnte auch hier die Hälfte der Anwender keine aussagekräftigen Angaben machen. Die Gruppe der Anwälte sieht die Kompetenz durch die Zusammensetzung der Vergabekammern überwiegend gewährleistet (60 %), fast 30 % melden dennoch Zweifel an. Die Unternehmen zeigten sich mit großer Mehrheit zufrieden (ca. 85 %), nur etwa 5 % drückten hier ihre Unzufriedenheit aus. Die textlichen Begründungen hoben jedoch wiederholt hervor, daß gerade den Beisitzern in den Vergabekammern häufig einschlägige Rechtskenntnisse fehlen und das Maß der fachlichen Kompetenz zwischen den unterschiedlichen Vergabekammern oftmals Schwankungen unterliegt.

Die **Kompetenzabgrenzungen** zwischen den Vergabekammern des Bundes und der Länder wurden von beinahe der Hälfte aller Befragten für ausreichend befunden. Zwar wurden kaum negative Erfahrungen gezählt, allerdings haben fast 50 % aller Anwender keine wertenden Angaben gemacht. Auch die Einrichtung **spezieller Vergabesenate** bei den Oberlandesgerichten wurde von den Befragten begrüßt. Ein Drittel bewertete die Einrichtung als positiv, fast zwei Drittel machten jedoch keine Angaben. Dies entspricht weitgehend den Angaben der Auftraggeber, die ihre Entscheidung überwiegend mit mangelnder Erfahrung begründet haben. Anwälte und Unternehmer hießen die Einrichtung spezieller Vergabesenate bei den Oberlandesgerichten mit deutlicher Mehrheit gut (ca. 90 %).

⁶ Die statistischen Meldungen über Vergabenachprüfungsverfahren gem. § 22 VgV, Stand Januar 2003, zeigen am Beispiel des Berichtsjahres 2001, daß von insgesamt 949 Verfahren allein 49 auf die VK Bund entfielen.

Lediglich ein Zehntel aller Befragten gab an, durchschnittlich ein bis zwei Mal an **Nachprüfungsverfahren beteiligt** gewesen zu sein. Der Großteil der Gesamtbefragten enthielt sich der Antwort (65 %). Die Gruppe der Anwälte weist erwartungsgemäß die häufigste Beteiligung in Nachprüfungsverfahren auf (70 %). Von den Unternehmen waren vornehmlich Bauunternehmer an Nachprüfungsverfahren beteiligt.⁷ Insgesamt gaben 20 % der Unternehmer aller Bereiche an, schon einmal Verfahrensbeteiligte gewesen zu sein, 30 % machten jedoch keine Angaben.

Nur ca. 25 % der befragten Unternehmen haben auf die **Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens verzichtet, obwohl ihr subjektives Empfinden eine Einleitung gerechtfertigt hätte**. Ein weiteres Viertel hat ein Verfahren eingeleitet. Die andere Hälfte der Unternehmer machte keine gültigen Angaben. Auffällig ist, daß ca. 75 % der befragten Anwälte angaben, daß Unternehmen auf die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens verzichtet haben, obwohl eine Einleitung gerechtfertigt wäre. Als Gründe für die Nichteinleitung der Nachprüfung haben etwa 60 % der Anwälte Furcht vor Repressionen angegeben. Für die Unternehmerseite war ausschlaggebend, daß Nachprüfungsverfahren zwar kurzfristig auftragssichernd seien, sich mittel- bzw. langfristig aber nachteilig bei künftigen Vergabeentscheidungen auswirken könnten.

cc. Fazit und Ausblick

Insgesamt hat sich der dem Kartellrecht entlehnte Instanzenzug auch für das Vergaberecht bewährt. Die unterschiedlichen Anwendergruppen hoben insbesondere die Weisungsfreiheit der Vergabekammern positiv hervor. Kritisch wird weiterhin die teilweise unterschiedliche fachliche Kompetenz einzelner Vergabekammern der Länder beurteilt. Dieser Kritik könnte durch eine noch intensivere Fortbildung und Schulung sowie eine umfassendere Ausstattung entgegengewirkt werden. Dies ließe auch einen Rückgang der ansteigenden Zahl der Beschwerden bei den Oberlandesgerichten erwarten.

b. Vorlagepflicht an den Bundesgerichtshof

aa. Rechtliche Grundlagen

Um eine bundeseinheitliche Rechtsprechung in Vergabesachen zu gewährleisten, sind die Oberlandesgerichte, wenn sie von einer Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs (BGH) abweichen wollen, gemäß § 124 Abs. 2 GWB zur Vorlage an den BGH verpflichtet. Trotz der stetig anstei-

⁷ Siehe dazu auch die statistischen Meldungen über Vergabenachprüfungsverfahren gem. § 22 VgV, Stand Januar 2003, wonach die Einleitung vergaberechtlicher Nachprüfungsverfahren auf der Grundlage von VOB/A-Verfahren mehr als die Hälfte aller Rechtsschutzverfahren darstellt.

genden Anzahl der Nachprüfungsverfahren ist die Anzahl der Vorlagen sowohl an den BGH als auch an den EuGH verschwindend gering.⁸

bb. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis

Rechtsprechung und Spruchpraxis haben zu der Frage der Vorlagepflicht gemäß § 124 Abs. 2 GWB bislang wenig beigetragen.⁹ Die Statistik zeigt, daß in den ersten drei Jahren lediglich sechs Vorlagen an den BGH ergingen.¹⁰

Bei der Untersuchung ist das Augenmerk primär auf die Entscheidungen der Oberlandesgerichte zu richten, die in ihren Beschlüssen die Entbehrlichkeit der Vorlage an den BGH begründen.¹¹ Ausführlich setzte sich mit der Frage der Vorlagepflicht das Kammergericht in seinem Beschluß vom 15.04.2002 auseinander.¹² Danach wird von der Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts nur dann in einer die Vorlage an den BGH gebietenden Weise abgewichen, wenn eine Rechtsfrage bei im wesentlichen gleich oder vergleichbar gelagertem Sachverhalt anders beurteilt werden soll. Dieser Fall liege dann nicht vor, wenn von einer losgelöst vom Sachverhalt vertretenen Rechtsauffassung eines anderen Senats abgewichen werden soll. Abweichende Rechtsauffassungen, die in *obiter dicta* ausgeführt werden, binden nach Ansicht der Rechtsprechung nicht und führen so auch nicht zu einer Vorlagepflicht.¹³

Die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung macht deutlich, daß das Instrument der Vorlagepflicht an den BGH in der Rechtsprechung enger gefaßt wird als es die Voraussetzungen des § 124 Abs. 2 GWB vorsehen. Zwei maßgebende Beispiele aus der vergaberechtlichen Spruchpraxis zeigen, daß durch eine konsequentere Nutzung des Instruments der Vorlagepflicht durch zeitliche Verzögerungen entstehende Rechtsunsicherheiten vermieden werden können. Das prominenteste Beispiel ist die durch die Einführung des § 16 VgV zunächst beendete Diskussion um die Ausgestaltung des Neutralitätsgebots.¹⁴ Im Rahmen der Diskussion um die Anwendbarkeit des verwaltungsverfahrenrechtlichen Neutralitätsgebots und die Voraussetzungen für dessen Verletzung wurde trotz erheblich voneinander abweichender Beschlüsse der Oberlandesgerichte eine Vorlage zum BGH nicht vorgenommen.¹⁵ Ein ebenso deutliches Beispiel bildet die zuletzt ge-

⁸ Vgl. ausführlich die statistischen Meldungen über Vergabenaachprüfungsverfahren gem. § 22 VgV, Stand Januar 2003. Danach gab es bis einschließlich 2001 insgesamt 6 Vorlagen an den BGH und eine Vorlage an den EuGH.

⁹ Dazu OLG Dresden vom 03.12.2002, NZBau 2003, 169; OLG Thüringen vom 30.05.2002, IBR 2002, 566; OLG Bremen vom 02.01.2002 – Verg 3/01. Grundlegend die erste Vorlageentscheidung des BGH vom 19.12.2000, NJW 2001, 1492.

¹⁰ Vgl. ausführlich die statistischen Meldungen über Vergabenaachprüfungsverfahren gem. § 22 VgV, Stand Januar 2003.

¹¹ Siehe insbesondere KG vom 15.04.2002, KG-Report 2002, 337; OLG Stuttgart vom 24.03.2000, NVwZ-RR 2001, 29.

¹² KG vom 15.04.2002, KG-Report 2002, 337.

¹³ KG vom 15.04.2002, KG-Report 2002, 337.

¹⁴ Zum Neutralitätsgebot und der Praktikabilität des § 16 VgV siehe C II 5.

¹⁵ OLG Brandenburg vom 03.08.1999 („Flughafen Schönefeld“), NZBau 2000, 39; OLG Saarbrücken vom 22.10.1999, NZBau 2000, 158; BayObLG vom 20.12.1999 („Tragwerksplanung“), NZBau 2000,

fürte Diskussion um die Zulässigkeit der Aufhebung einer Aufhebungsentscheidung.¹⁶ Die Frage der Zulässigkeit im Hinblick auf die Aufhebung einer Aufhebungsentscheidung ist durch den Europäischen Gerichtshof für das europäische Vergaberecht bereits als zulässig entschieden worden.¹⁷ Dennoch konnte auch diese Entscheidung die nationale Diskussion nicht beenden.¹⁸ Der BGH hat in seiner nun ergangenen Entscheidung klargestellt, daß auch die Aufhebungsentscheidung der Nachprüfung unterliegt.¹⁹

cc. Auswertung der Fragebogenantworten

Soweit Erfahrungen auf dem Gebiet der vergaberechtlichen Rechtsprechung bestehen, gaben die Befragten zu 50 % an, daß eine bundeseinheitliche Rechtsprechung in Vergabesachen wohl gewahrt ist. An dieser Stelle ist jedoch zu berücksichtigen, daß immerhin über 30 % aller Befragten keine Angaben dazu machten, während ca. 20 % keine Einheitlichkeit in der Rechtsprechung erkannten. Auch in den textlichen Begründungen wurde wiederholt hervorgehoben, daß die Frage der Einheitlichkeit der vergaberechtlichen Rechtsprechung nicht beurteilt werden konnte. Die Beleuchtung der Antworten unterschiedlicher Anwendergruppen führte zu keinen abweichenden Ergebnissen.

dd. Fazit und Ausblick

Die Auswertung der Antworten der Fragebögen zeigt, daß nach dem subjektiven Empfinden der Befragten eine bundeseinheitliche Rechtsprechung gegeben sei. Die Analyse der Rechtsprechungsentwicklung hat demgegenüber deutlich gemacht, daß zum Teil doch eine unterschiedliche Auslegungspraxis bei den Oberlandesgerichten besteht. So zeigen die Beispiele der Rechtsprechung zur Neutralitätspflicht und der Überprüfbarkeit von Aufhebungsentscheidungen, daß eine uneinheitliche Rechtsprechung zu erheblichen Unsicherheiten und einer unnötigen Mehrbelastung der Spruchkörper führt. Eine konsequentere Nutzung der Vorlage an den BGH führt hingegen zu einer frühzeitigen Vermeidung von Rechtsunsicherheiten und damit zu einer Steigerung der Effektivität des Rechtsschutzes. Eine wiederholte Nachprüfung derselben vergaberechtlichen Problematik kann eher vermieden werden. Gerade weil es sich beim Vergaberecht seit dem Inkrafttreten des Vergaberechtsänderungsgesetzes um ein weitestgehend junges

259; OLG Stuttgart vom 24.03.2000, NVwZ-RR 2001, 29; OLG Koblenz vom 10.08.2000, NZBau 2000, 535.

¹⁶ Mit diesem Thema waren vor der Entscheidung des BGH vom 18.02.2003 – X ZB 43/02 - bereits alle nachfolgenden Beschlüsse der OLG befaßt: OLG Brandenburg vom 19.12.2002 – Verg W 9/02; OLG Dresden vom 03.12.2002, NZBau 2003, 169; OLG Hamburg vom 04.11.2002, IBR 2003, 35; OLG Düsseldorf vom 08.05.2002, IBR 2002, 502; OLG Frankfurt vom 25.09.2000 – 11 Verg 2/99; OLG Rostock vom 02.08.2000, NZBau 2000, 597; OLG Dresden vom 13.07.2000, ZVgR 2000, 222; OLG Frankfurt vom 16.05.2000, NZBau 2001, 101; OLG Naumburg vom 03.03.2000, BauR 2001, 133; OLG Düsseldorf vom 15.03.2000, NZBau 2000, 306.

¹⁷ EuGH vom 18.06.2002 („HI“), VergabeR 2002, 361.

¹⁸ Siehe beispielhaft die nationale Spruchpraxis seit der Entscheidung des EuGH; OLG Brandenburg vom 19.12.2002 – VergW 9/02; OLG Dresden vom 03.12.2002, IBR 2003, 36; VK Bund vom 13.11.2002 – VK 2-87/02; OLG Hamburg vom 04.11.2002, IBR 2003, 35; VK Nordbayern vom 28.10.2002 – 320. VK-3194-33/02; VK Sachsen vom 05.09.2002 – 1/SVK/073-02.

¹⁹ BGH vom 18.02.2003 – X ZB 43/02.

Rechtsgebiet handelt, erscheint es notwendig, mittels der Vorlagepflicht effektiv und beschleunigt eine rechtssichere Rechtsprechung und Spruchpraxis zu erreichen, um letztlich Investitionshemmnisse zu vermeiden.

c. Vergabeprüfstellen

aa. Rechtliche Grundlagen und Vorgaben

Ausweislich des § 103 GWB hat der Gesetzgeber Bund und Ländern freigestellt, die Vergabeprüfstellen beizubehalten oder sie abzuschaffen. Vergabeprüfstellen werden streitschlichtend eingesetzt. An dem primärrechtsschutzrechtlichen Instanzenzug nehmen sie nicht teil. Den Vergabeprüfstellen kommt nach dem ausdrücklichen gesetzgeberischen Willen vornehmlich eine Befriedungsfunktion zu.²⁰

bb. Auswertung der Fragebogenantworten

Über die Hälfte aller Befragten sah grundsätzlich Vorteile in der Existenz von Vergabeprüfstellen, die **streitschlichtend und beratend wirken** (55 %). Etwa 20 % der Anwender erkannten darin Nachteile, ein Viertel konnte hierzu keine Angaben machen. Gerade Bauunternehmer erkannten zum Großteil (85 %) den Vorteil von Vergabeprüfstellen. Ähnlich beurteilten dies die Verbände: ca. 70 % sehen Vorteile, etwa ein Zehntel Nachteile. Die Beurteilung der KMU für vermittelnde Instanzen fiel etwas geringer aus (60 %), ca. 20 % könnten darauf verzichten. Nur gut ein Drittel (35 %) der Anwälte hält dagegen Vergabeprüfstellen für sinnvoll, während etwa 65 % deren Sinn bezweifeln. Viele Auftraggeber stimmten in möglicherweise vorgegebenen Antworten darin überein, daß es sich bei streitschlichtenden und beratenden Vergabeprüfstellen um eine überflüssige dritte Instanz handle und die Rechtsaufsicht ausreichend sei.

Über praktische **Erfahrungen mit Vergabeprüfstellen** konnten die wenigsten der Befragten berichten. Von den Anwendern, die über solche Erfahrungen verfügen, äußerten sich vorwiegend die Auftraggeber positiv über Förderungen der Klärungsprozesse und die Erhöhung der Rechtssicherheit durch Konsultationsmöglichkeiten. Unterschiedlich beurteilten sie aber die Beratungs- und Prüfungskompetenz. Zum Teil wurde die Auffassung vertreten, daß auch die Vergabeprüfstellen selbst in der rechtlichen Beurteilung unsicher seien. Aus Sicht der Bieter sind die Entscheidungen der Vergabeprüfstellen zu wenig transparent. Insbesondere das mangelnde Recht auf Akteneinsicht wurde bemängelt.

cc. Fazit und Ausblick

Im Ergebnis steht fest, daß Vergabeprüfstellen bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte keine maßgebliche Bedeutung für den Rechtsschutz oder den Rechtsfrieden zukommt. Aufgrund des fehlenden Suspensiveffekts und des seitens der befragten Bieter insbesondere hervorgehobenen mangelnden Aktenein-

²⁰ Vgl. BT-Drucks. 13/93 40, Seite 16.

sichtsrechts läuft die praktische Bedeutung von Vergabeprüfstellen in Verfahren oberhalb der Schwellenwerte ins Leere. Für die Teilnehmer an regulierten Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte besteht kein praktisches Bedürfnis für die Anrufung von Vergabeprüfstellen, weil diese keinen effektiven Rechtsschutz gewährleisten. Dabei zeigt sich insbesondere, daß es für die Frage der Effektivität des Rechtsschutzes nicht allein auf das durchsetzbare Ergebnis ankommt, denn auch die Weisungen der Vergabeprüfstellen sind gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber bindend. Die Effektivität des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes oberhalb der Schwellenwerte wird vielmehr in dem Eintreten des Suspensiveffekts und dem nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens bestehenden Akteneinsichtsrecht gesehen.

In Übereinstimmung mit dem Ergebnis der Fragebogenaktion ist die allgemein vorteilhaft wirkende Existenz von streitschlichtenden und beratenden Vergabeprüfstellen dennoch weiterhin zu wahren. Diese könnten insbesondere für die Vergaben unterhalb der Schwellenwerte instrumentalisiert werden. Dabei sollten die Prüfstellen in den Verfahren unterhalb der Schwellenwerte nicht fakultativ und alternativ zu den Nachprüfungsinstanzen angerufen werden können, sondern als Nachprüfungsinstanz für nationale Vergaben dienen.²¹

d. De-facto-Vergaben

aa. Bedeutung und Rechtliche Grundlagen

Als De-facto-Vergaben werden Vertragsabschlüsse unter Verletzung der zwingend notwendigen Ausschreibungspflichten verstanden.²² Verstöße gegen die Ausschreibungspflichten liegen in diesem Bereich zum Teil in der irrigen Annahme, nicht unter den Begriff des öffentlichen Auftraggebers zu fallen oder ein In-house-Geschäft vorzunehmen. Auch die Verlängerung ausschreibungspflichtiger Verträge stellt eine De-facto-Vergabe dar. Bedeutung erlangt die Frage der De-facto-Vergaben im Hinblick auf deren vergaberechtliche Angreifbarkeit. Dabei ist zwischen der generellen Nachprüfungsmöglichkeit und der Anwendung des § 13 VgV zu differenzieren.

bb. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis

Die Zulässigkeit vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes gegen bzw. im De-facto-Vergabeverfahren beurteilt sich nach der Bestimmung des Gegenstands des Vergabeverfahrens im Sinne der §§ 97 ff. GWB. Gemäß § 102 GWB unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge der Nachprüfung durch die Vergabekammern. In der Spruchpraxis besteht weitestgehend Einigkeit darin, daß für die Zwecke eines effektiven Primärrechtsschutzes ein materielles Verständnis des „Vergabe-

²¹ Ausführlich dazu unter C IV 4.

²² Nach Ansicht des Schrifttums stellen De-facto-Vergaben den schwerstmöglichen Verstoß gegen das Vergaberecht dar, vgl. Bär, ZfBR 2001, 376; Müller-Wrede/Kaelble, VergabeR 2002, 15; Müller-Wrede in: FS für Jagenburg, 657 (659).

verfahrens“ notwendig ist.²³ Nach diesem Verständnis des Vergabeverfahrensbegriffs ist der Beginn eines konkreten Verfahrens jedenfalls dann anzunehmen, wenn sich der öffentliche Auftraggeber zur Deckung eines akuten Bedarfs, also zur Beschaffung von Waren, Bau- oder Dienstleistungen entschlossen hat, und mit organisatorischen und/oder planerischen Schritten – insbesondere mit Kontakten zu potentiellen Anbietern – zu regeln beginnt, auf welche Weise und mit welchen gegenständlichen Leistungsanforderungen das Beschaffungsvorhaben eingeleitet und durchgeführt werden soll.²⁴ Es kommt danach nicht auf den formalen Akt der Bekanntmachung an. Begründet wird das Abstellen auf den materiellen Vergabeverfahrensbegriff nicht zuletzt durch Heranziehung der Motive des Gesetzgebers. Denn aus der Begründung zum Vergaberechtsänderungsgesetz geht deutlich hervor, daß die Verletzung der zwingend einzuhaltenden Vergabevorschriften auch darin bestehen kann, daß die Ausschreibung einer Vergabe rechtswidrig unterbleibt.²⁵ Darüber hinaus können Vergabeverfahren im Einzelfall auch zulässigerweise ohne Bekanntmachung eingeleitet werden (bspw. § 3 a Nr. 5 VOB/A, § 3 a Nr. 2 VOL/A). Nach diesem in der Praxis vertretenen materiellen Verständnis des Vergabeverfahrensbegriffs besteht nun weitestgehend Einigkeit, daß Primärrechtsschutz auch im laufenden De-facto-Vergabeverfahren zu gewährleisten ist. Insbesondere sind im Fall des Unterlassens einer Ausschreibung an die Darlegungslast der Antragsteller keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, weil diese in den Fällen der De-facto-Vergabe regelmäßig keine oder nur geringe Kenntnis über die Details einer Beschaffung haben können.²⁶

In Rechtsprechung und Spruchpraxis wird die De-facto-Vergabe jedoch weiter anhand der verschiedenen Stadien ihrer Durchführung diskutiert. Hinsichtlich bestehender Rechtsschutzmöglichkeiten ist zwischen dem Verfahren vor und nach Vertragsabschluß bzw. Zuschlagserteilung zu unterscheiden.²⁷ Streit um die Nachprüfungsmöglichkeit bei De-facto-Vergaben nach Vertragsabschluß besteht im Hinblick auf die Frage der Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrags. Gemäß § 114 Abs. 2 GWB kann ein bereits erteilter Zuschlag nicht mehr aufgehoben werden. Soweit der Zuschlagserteilung ein Wirksamkeitshindernis nicht entgegensteht, ist eine Nachprüfung durch die Vergabekammern nicht mehr zulässig. Für Vergaben vor Inkrafttreten der Vorabinformationspflicht gemäß § 13 VgV hat der BGH abschließend entschieden, daß die Zuschlagserteilung nicht der Nichtigkeit unterfällt, wenn die Vergabestelle andere Bieter von der beabsichtigten Zuschlagserteilung nicht informiert.²⁸ Seit Inkrafttreten der Vorabinformationspflicht wird diskutiert, ob ein Zuschlag wirksam erteilt werden kann, oder das

²³ OLG Düsseldorf vom 11.03.2002 („EQUAL II“), NZBau 2003, 55; BayObLG vom 22.01.2002 („Abfallzweckverband“), IBR 2002, 206/268; OLG Düsseldorf vom 20.06.2001, NZBau 2001, 696; OLG Dresden vom 22.11.2000, NZBau 2001, 281; VK Magdeburg vom 06.06.2002 – 33-32 571/07 VK 05/02 MD.

²⁴ OLG Düsseldorf vom 11.03.2002 („EQUAL II“), NZBau 2003, 55; BayObLG vom 22.01.2002 („Abfallzweckverband“), IBR 2002, 206/268.

²⁵ BT-Drucks. 13/93 40, Seite 17.

²⁶ VK Bund vom 12.12.2002 – VK 1-83/02.

²⁷ OLG Düsseldorf vom 11.03.2002, NZBau 2003, 55.

²⁸ BGH vom 19.12.2000, NZBau 2001, 151. Ausführlich auch VK Bund vom 13.07.2001 – VK 1-19/01.

Wirksamkeitshindernis des § 13 Satz 4 VgV entgegensteht.²⁹ Die Frage der Anwendbarkeit der Vorabinformationspflicht ist für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags gegen eine bereits beendete De-facto-Vergabe entscheidend.³⁰ Der überwiegende Anteil der Spruchpraxis bejaht die Anwendbarkeit des § 13 Satz 4 VgV auf De-facto-Vergaben.³¹ Hingegen lehnt ein Großteil des Schrifttums eine Anwendbarkeit des § 13 Satz 4 VgV auf De-facto-Vergaben mit dem Argument ab, daß der Wortlaut der Vorschrift ausdrücklich nur von „Bietern im Vergabeverfahren“ spreche, andere am Vergabeverfahren Unbeteiligte würden vom Anwendungsbereich der Vorschrift nicht umfaßt.³² Gegen dieses rein formale Argument wendet die Spruchpraxis zutreffend ein, daß es sich bei der De-facto-Vergabe nicht um ein Vergabeverfahren im förmlichen Sinn handelt. Der Vergabestelle kann nicht zugute kommen, daß sie gegen ihre grundlegendsten Pflichten aus dem Vergaberecht verstößt, indem sie nicht ausschreibt. Insoweit können sich auf die Rechtswirkungen des § 13 Satz 4 VgV nicht nur die durch Angebotsabgabe an der De-facto-Vergabe teilnehmenden Unternehmen berufen, sondern auch solche Unternehmen, die vergaberechtskonform an der Vergabe hätten beteiligt werden müssen.³³

cc. Auswertung der Fragebogenantworten

Den Vorschlag, daß der Gesetzgeber gestaltend oder klarstellend tätig werden sollte und die in § 13 Satz 4 VgV vorgesehene Folge der **Vertragsnichtigkeit** auch auf andere Sachverhalte ausgedehnt werden solle, hielt etwa ein Viertel der Gesamtbefragten für sinnvoll, ca. 40 % sahen dafür keine Notwendigkeit. Über ein Drittel enthielt sich der Meinung. Auch an dieser Stelle gilt es zu berücksichtigen, daß über 60 % aller Befragten der Gruppe der Auftraggeber angehören. Die Unternehmen sprachen sich zu je 30 % für und gegen eine Ausdehnung auf andere Sachverhalte aus, 40 % haben sich enthalten. Verbände und Vergabekammern sehen mehrheitlich eine Notwendigkeit der Ausdehnung auf De-facto-Vergaben (ca. 60 %), lediglich etwa 20 % nicht. Und drei Viertel der Anwälte, Auftragsberatungsstellen und Bauunternehmen befürworten eine Ausdehnung.

dd. Fazit und Ausblick

Der Anwendungsrahmen vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes ist für die

²⁹ VK Bund vom 12.12.2002 – VK 1-83/02; VK Baden-Württemberg vom 26.03.2002 – 1 VK 7/02; OLG Dresden vom 08.11.2001 – WVerg 0009/01. Schrifttum siehe Putzier, DÖV 2002, 517; Otting, VergabeR 2002, 11; Antweiler, VergabeR 2002, 109; Wegmann, NZBau 2001, 475; Dieckmann, NZBau 2001, 481; Stolz, VergabeR 2001, 154; Heuvels/Kaiser, NZBau 2001, 479; Hertwig, NZBau 2001, 241; Gesterkamp, WuW 2001, 665.

³⁰ Ausführlich Burgi, NZBau 2003, 16.

³¹ VK Bund vom 12.12.2002 – VK 1-83/02; VK Baden-Württemberg vom 26.03.2002 – 1 VK 7/02; VK Münster vom 21.12.2001 – VK 22/01. Anderer Ansicht VK Lüneburg vom 15.01.2002 – 203-VgK-24/2001.

³² Vgl. Wegmann, NZBau 2001, 475; Heuvels/Kaiser, NZBau 2001, 579; Dieckmann, NZBau 2001, 481, Stolz, VergabeR 2001, 154; Antweiler, VergabeR 2002, 109.

³³ OLG Dresden vom 08.11.2001 – WVerg 0009/01.

Durchführung von De-facto-Vergaben weiterhin weitestgehend rechtsunsicher.³⁴ Diese Unsicherheiten spiegeln sich insbesondere in den Antworten der Vergabekammern, Auftragsberatungsstellen und Anwälte wider. Ebenso ergab die Analyse der Rechtsprechung und des Schrifttums, daß Regelungs- und Rechtsunsicherheiten bestehen. Um diese zu beseitigen und einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, wird unter Bezugnahme auf die geschilderte Diskussion eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Nichtigkeitsbestimmung auf De-facto-Vergaben befürwortet, denn der Verstoß gegen die Ausschreibungspflichten ist als besonders schwerwiegend zu werten. Ferner gilt es einen effektiven Rechtsschutz im Vergaberecht zu gewährleisten. Dazu gehört insbesondere, daß der Anwendungsbereich so ausgestaltet ist, daß er Verstöße umfassend der Nachprüfung zuführt. Auch aus rechtlicher Sicht ist eine Anwendung des § 13 VgV auf De-facto-Vergaben teleologisch geboten, weil die Vergabestelle angewiesen ist, die Unternehmer zu informieren, auf deren Angebote ein Zuschlag nicht erteilt werden soll. Liegt der Verstoß jedoch bereits darin, die gesamte Vergabe dem Wettbewerb zu entziehen, so kann in einem Erstrecht-Schluß dieser Vergabestelle nicht auch noch die Wohltat zulässiger weiterer „Heimlichkeit“ zuteil werden. Ein unter vollständiger Verletzung der Ausschreibungspflichten geschlossener Vertrag ist nach hier vertretener Ansicht nichtig.

e. Sonderthema: Aufhebung der Aufhebung

In den durch die Anwendergruppen auszufüllenden Fragebögen ist die Möglichkeit der Aufhebung der Aufhebungsentscheidung nicht zum Gegenstand gemacht worden. Die Frage der zulässigen Überprüfung und Aufhebung einer Aufhebungsentscheidung durch die Nachprüfungsinstanzen soll dennoch gerade im Hinblick auf die aktuellen Entwicklungen zum Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen gemacht werden.

aa. Rechtliche Grundlagen und Vorgaben

Die nationale Gesetzgebung sieht bislang keine ausdrückliche Vorschrift vor, die den Nachprüfungsinstanzen die Kompetenz zur Aufhebung einer Aufhebungsentscheidung im Vergabeverfahren überträgt.³⁵ Ebenso wenig ist den Vergabekammern die Aufhebung der Aufhebungsentscheidung explizit untersagt. Die §§ 102, 104 Abs. 1 und 2, 114 Abs. 1 und 2 GWB nehmen diese Kompetenz nicht ausdrücklich aus.

Ausdrücklich sehen hingegen die europäischen Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie vor, daß sämtliche Entscheidungen im Vergabeverfahren der Nachprüfung durch die Primärrechtsschutzinstanzen unterliegen. Der Vorrang des Primär-

³⁴ Auch hier wurde trotz der Rechtsprechungsvielfalt von der Möglichkeit der Vorlage an den BGH nach Einführung der Vorabinformationspflicht gemäß § 13 VgV bislang keine Anwendung gemacht. Für die Vergaben vor Einführung des § 13 VgV siehe BGH vom 19.12.2000, NZBau 2001, 151.

³⁵ BGH vom 18.02.2003 – X ZB 43/02. Siehe insoweit die Forderungen des Bundesrates, BT-Drucks. 826/1/02.

rechtsschutzes soll gewährleisten, daß der Wettbewerb eine Stärkung dadurch erfährt, daß, soweit möglich, Verstöße im laufenden Verfahren beseitigt werden.³⁶

bb. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis

Der BGH hat in seinem Urteil vom 18.02.2003 den Hinweis gegeben, daß auch die den materiellen Aufhebungsbestimmungen zuwiderlaufende Aufhebung überprüft werden kann.³⁷ Dabei kann nach Ansicht des BGH auch die Maßnahme, die Aufhebung der Ausschreibung wieder rückgängig zu machen, die geeignete Maßnahme sein. Bevor der BGH die Diskussion durch diese Entscheidung beendete, hat die Frage der Zulässigkeit der Aufhebung einer Aufhebungsentscheidung bereits eine Vielzahl vergaberechtlicher Spruchkörper beschäftigt.³⁸ Ausgelöst wurde die vehemente nationale Diskussion durch eine Entscheidung des EuGH, in der der Gerichtshof klarstellt, daß auch die Aufhebungsentscheidung zu den Entscheidungen im Vergabeverfahren gehört, deren Überprüfung durch die nationalen Nachprüfungsinstanzen die Mitgliedstaaten sicherstellen müssen.³⁹ Gegen die Zulässigkeit der Aufhebung einer Aufhebungsentscheidung wurde in der nationalen Spruchpraxis eingewandt, daß die Entscheidung über die Aufhebung, soweit sie nicht offensichtlich willkürlich erfolgt, der alleinigen Zuständigkeit des Auftraggebers als Herrn über das Ausschreibungsverfahren obliegt.⁴⁰ Hingegen sieht die Gegenmeinung auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH auch die Überprüfung der Aufhebungsentscheidung grundsätzlich für zulässig an.⁴¹ Vereinzelt haben die Spruchkörper auf die Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns hingewiesen.⁴²

cc. Fazit und Ausblick

Mit Blick auf die Rechtsprechung des BGH vom 18.02.2003 wird empfohlen, die Zuständigkeiten der Vergabekammern dahingehend klarzustellen, daß diese auch für die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Aufhebung zuständig sind. Die Aufhebung der Aufhebungsentscheidung durch die Vergabekammer wird als zu weitgehend abgelehnt. So hebt auch der BGH wiederholt zutreffend hervor, daß die Vergabestelle aufgrund der allgemeinen Vertragsfreiheit nicht gezwungen werden kann, einen einmal ausgeschriebenen Auftrag tatsächlich zu erteilen.⁴³ Nach der hier vertretenen Ansicht erscheint es dann konsequent, den Nachprü-

³⁶ Vgl. 2. Erwägungsgrund der RMRL.

³⁷ BGH vom 18.02.2003 – X ZB 43/02. Der Senat war hier auf das Erteilen von Hinweisen beschränkt, weil er die Vorlage gemäß § 124 Abs. 2 GWB als unzulässig erachtete.

³⁸ Siehe beispielhaft die nationale Spruchpraxis seit der Entscheidung des EuGH; OLG Brandenburg vom 19.12.2002 – VergW 9/02; OLG Dresden vom 03.12.2002, IBR 2003, 36; VK Bund vom 13.11.2002 – VK 2-87/02; OLG Hamburg vom 04.11.2002, IBR 2003, 35; VK Nordbayern vom 28.10.2002 – 320.VK-3194-33/02; VK Sachsen vom 05.09.2002 – 1/SVK/073-02.

³⁹ EuGH vom 18.06.2002, („HI“), VergabeR 2002, 361.

⁴⁰ OLG Dresden vom 03.12.2002, IBR 2003, 36; bereits OLG Düsseldorf vom 15.03.2000, NZBau 2000, 306; OLG Naumburg vom 03.03.2000, ZVgR 2000, 170; VK Bund vom 13.07.2000 – VK 2-12/00.

⁴¹ OLG Hamburg vom 04.11.2002, IBR 2003, 35; VK Brandenburg vom 17.09.2002, IBR 2002, 716; VK Sachsen vom 05.09.2002 – 1/SVK/073-02; VK Hamburg vom 25.07.2002, IBR 2002, 501.

⁴² VK Bund vom 13.11.2002, VK 2-87/02; VK Nordbayern vom 28.10.2002 – 320.VK-3194-33/02.

⁴³ Zusatz BGH vom 18.02.2003 – X ZB 43/02; ebenso BGH vom 05.11.2002, ZfBR 2003, 194.

fungsinstanzen nur die Feststellung der Rechtswidrigkeit zu ermöglichen. Eben-
sowenig sollte der Anwendungsbereich des §13 VgV auf die Aufhebungsent-
scheidung ausgedehnt werden. Die Nichtigkeit der Aufhebungsentscheidung er-
scheint rechtlich nicht nur bedenklich, sondern führt zu völlig unpraktikablen
Ergebnissen. Auch für den öffentlichen Auftraggeber ist ein Kontrahierungs-
zwang abzulehnen. Dennoch ist Bieterschutz durch eine Feststellungsentschei-
dung der vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen umfassend zu gewährleis-
ten. Dies hat nach den bestehenden Vorschriften den Vorteil der daraus resultie-
renden Bindungswirkung. Darüber hinaus ist die Einführung einer dem Adhäsio-
nsverfahren vergleichbaren Möglichkeit der Durchsetzung von Schadensersatz-
ansprüchen als Annex im Primärrechtsschutz diskussionswürdig.⁴⁴

2. Maximen für die Einleitung der Nachprüfung

Ein Großteil der im Rahmen der Fragebogenaktion aufgeworfenen Fragen be-
schäftigt sich mit dem Thema von Zugangserleichterungen und -hindernissen im
Rahmen der Einleitung des Primärrechtsschutzverfahrens. So werden die unter-
schiedlichen Anwendergruppen aus verschiedenen Blickwinkeln dazu befragt, ob
das durch das VgRÄG eingeführte Primärrechtsschutzsystem von ihnen genutzt
wird, oder ob sie aufgrund der verschiedenen Zugangsinstrumentarien oder
schlichtweg aus Kostengründen von der Einleitung vergaberechtlicher Nachprü-
fungsverfahren Abstand genommen haben. Als solche für die Entscheidung über
die Einleitung der Nachprüfung maßgebliche Voraussetzungen werden nachfol-
gend die Vorabinformationspflicht, die Kooperationsverpflichtungen durch Rü-
geanforderungen und die Angemessenheit der Verfahrenskosten näher unter-
sucht.

a. Vorabinformationspflicht

aa. Rechtliche Grundlagen und Vorgaben

In Umsetzung der europäischen Rechtsmittelrichtlinienvorgaben und der Recht-
sprechung des EuGH und der VK Bund hat der nationale Verordnungsgeber die
Pflicht der Vergabestellen zur Information der nicht berücksichtigten Bieter in
das Vergaberecht aufgenommen.⁴⁵ Gemäß §13 VgV hat der Auftraggeber die
Bieter, deren Angebot nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des
Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll, und über den Grund der vor-
gesehenen Nichtberücksichtigung zu informieren.

bb. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis

Seit Einführung des §13 VgV haben sich anhand der Ausgestaltung der Vor-
schrift verschiedene Problemfelder entwickelt, die Rechtsprechung und Spruch-

⁴⁴ Ausführlich dazu unter C.V.1.

⁴⁵ EuGH vom 28.10.1999 („Alcatel Austria“), NZBau 2000, 32; VK Bund vom 29.04.1999 („Euromünz-
plättchen II“), ZVgR 1999, 69.

praxis beschäftigten. Im Vordergrund stehen dabei insbesondere die formellen Anforderungen an die Informationserteilung und der Umfang des Begründungserfordernisses.⁴⁶ So stand auch der Anwendungsbereich der Vorabinformationspflicht auf dem vergaberechtlichen Prüfstand.⁴⁷ Es war klarzustellen, daß die Information nicht berücksichtigter Bieter auf sämtliche Vergabeverfahrensarten Anwendung findet.⁴⁸ Darüber hinaus hat die Rechtsprechung auch hierzu entschieden, daß das Schriftformerfordernis des § 13 VgV ebenfalls durch eine Übermittlung per Telefax gewahrt ist.⁴⁹ Im Anschluß an die formellen Fragen hinsichtlich der Ausgestaltung der Vorabinformation wird durch die Rechtsprechung ferner vehement diskutiert, inwieweit die unzureichende Begründung die Nichtigkeit des Zuschlags gemäß § 13 Satz 4 VgV nach sich zieht.⁵⁰

Mit Inkrafttreten der zweiten Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung am 15.02.2003 wurde eine weitere Diskussion in Schrifttum und Rechtsprechung zunächst beendet. Gemäß der geänderten Vorschrift des § 13 Satz 2 VgV wird der Auftraggeber nunmehr ausdrücklich dazu verpflichtet, die Vorabinformation spätestens 14 Kalendertage vor dem Vertragsabschluß an die Bieter abzusenden.⁵¹ Satz 2 dieser Vorschrift stellt weiterhin ausdrücklich fest, daß die Vorabinformationsfrist mit dem Tag nach der Absendung der Information beginnt. Auf den Tag des Zugangs der Information wird es nach dem Wortlaut des § 13 VgV nicht mehr ankommen. Über die Frage, ob für die Einhaltung der Vorabinformationspflicht und damit für die Vermeidung der Entstehung des Wirksamkeitshindernisses der Nichtigkeit der Tag der Absendung oder erst der Zugang beim Bieter maßgeblich ist, war in Literatur und Rechtsprechung zuvor heftiger Streit entstanden.⁵²

cc. Auswertung der Fragebogenantworten

Einen **Anstieg der Zahl der Nachprüfungsverfahren** als Wirkung des § 13 VgV konnten insgesamt nur ca. 20 % der Gesamtbefragten erkennen. Dieser Gesamteindruck deckt sich jedoch nicht mit den Beobachtungen der Vergabekammern und der Anwälte, die zur Hälfte einen Anstieg der Nachprüfungsverfahren feststellten.

⁴⁶ OLG Thüringen vom 09.09.2002 – 6 Verg 4/02; BayObLG vom 03.07.2002 – Verg 13/02; BayObLG vom 18.06.2002, VergabeR 2002, 657; OLG Thüringen vom 29.05.2002, NZBau 2002, 526; BayObLG vom 22.04.2002, VergabeR 2002, 383; KG vom 04.04.2002, VergabeR 2002, 237; OLG Koblenz vom 25.03.2002, VergabeR 2002, 384; OLG Düsseldorf vom 06.08.2001, VergabeR 2001, 429.

⁴⁷ Hinsichtlich der Anwendbarkeit der Vorabinformationspflicht auf De-facto-Vergaben siehe oben.

⁴⁸ OLG Dresden vom 16.10.2001, VergabeR 2002, 142.

⁴⁹ OLG Thüringen vom 29.05.2002, NZBau 2002, 526. Zuvor bereits VK Sachsen vom 27.09.2001 – 1/SVK/85-01. Siehe dazu zusammenfassend Gesterkamp, NZBau 2002, 481.

⁵⁰ OLG Thüringen vom 09.09.2002 – Verg 4/02; BayObLG vom 03.07.2002 – Verg 13/02; OLG Koblenz vom 25.03.2002 („Hochwasserschutz Oberbillig“), VergabeR 2002, 384.

⁵¹ Zweite Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung vom 11.02.2003, BGBl. I 2003, 168.

⁵² Auf den Zugang stellten das OLG Thüringen vom 09.09.2002 – 6 Verg 4/02; KG vom 04.04.2002, VergabeR 2002, 235, ab. Aus dem Schrifttum vgl. Erdl, VergabeR 2001, 10. Hingegen entschied die VK Sachsen vom 27.09.2001 – 1/SVK/85-01, daß für den Beginn der Vorabinformationsfrist der Tag nach Absendung entscheidend ist. Ebenso Berrisch, DB 2001, 184.

Eine **sorgfältigere Angebotswertung** als Wirkung des § 13 VgV sah die Hälfte der Gesamtbefragten als gegeben an, 30 % jedoch nicht, bei ca. 20 % Enthaltungen. Anwälte, Vergabekammern und Unternehmen erkannten sogar zu ca. 60 % mehr Sorgfalt in der Angebotswertung. Auftragsberatungsstellen und Bauunternehmen haben hier - wiederum übereinstimmend - mehrheitlich (zu 90 %) eine sorgfältigere Angebotswertung erkannt. Es liegt jedoch die Vermutung nahe, daß Antworten zum Teil vorgegeben wurden.

Die **Nichtigkeitsfolge** von § 13 Satz 4 VgV schätzten ca. 40 % aller Befragten für sachgerecht ein, etwa 45 % wußten dies nicht zu beantworten. Deutlicher hielten drei Viertel der Vergabekammern, Anwälte und Unternehmen die Nichtigkeitsfolge für sachgerecht, nur 20 % nicht. Die Auftragsberatungsstellen und Bauunternehmen zeigten wiederum Übereinstimmung in der Einschätzung. Ein überwiegender Teil aller Befragten (60 %) hat eine **mißbräuchliche Berufung auf die Vertragsnichtigkeit** gem. § 13 VgV bestritten. Hingegen haben nur 5 % eine mißbräuchliche Berufung bejaht. Eine Ausnahme dieses im wesentlichen dem Gesamtergebnis entsprechenden Ergebnisses machen die Vergabekammern. Sie sahen sogar zu ca. 80 % keine mißbräuchliche Berufung auf die Vertragsnichtigkeit und ca. 20 % machten keine oder ungültige Angaben.

Weiterer Regelungsbedarf (z. B. durch die Möglichkeiten einer Fristverkürzung) wurde von den Gesamtbefragten überwiegend (zu 60 %) nicht gesehen. Etwa ein Viertel sah Regelungsbedarf. Das Für und Wider der Anwälte hierzu hielt sich die Waage. Laut Vergabekammern bedarf es größtenteils (zu ca. 85 %) keiner weiteren Regelungen. Das Unternehmerergebnis deckt sich grundsätzlich mit dem der Auftraggeber - wobei auch hier Auftragsberatungsstellen und Bauunternehmen identisch geantwortet haben: ca. 60 % sahen weiteren Regelungsbedarf, 40 % nicht. Übereinstimmung herrscht insoweit auch bei der Beurteilung der Frage, ob nunmehr Probleme bei der Bemessung von Binde- und Zuschlagskriterien, die es zu beheben gilt, gesehen werden. Dies wurde überwiegend abgelehnt (60 %).

dd. Fazit und Ausblick

Mit der Einführung der Vorabinformationspflicht gemäß § 13 VgV ist nicht nur eine der großen Rechtsschutzlücken im Vergaberecht geschlossen worden. Vielmehr zeigt die Auswertung der Fragebögen, daß darüber hinaus eine sorgfältigere Angebotswertung festgestellt wurde. Die unterschiedlichen Anwendergruppen gaben überwiegend an, daß die Nichtigkeitsfolge des § 13 VgV als sachgerecht eingeschätzt wird.

b. Kooperationsverpflichtungen durch Rügeanforderungen

aa. Rechtliche Grundlagen und Vorgaben

Die Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinie eröffnen den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit, zu verlangen, daß derjenige, der ein Nachprüfungsverfahren einzu-

leiten beabsichtigt, den öffentlichen Auftraggeber zuvor von dem behaupteten Rechtsverstoß und von der beabsichtigten Nachprüfung unterrichten muß. Der nationale Gesetzgeber hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und in § 107 Abs. 3 GWB eine Rügeobliegenheit als Zulässigkeitsvoraussetzung für die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens aufgenommen. Nach der Begründung zum Gesetzesentwurf handelt es sich dabei um eine Präklusionsregel unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zur Vermeidung unnötiger Verfahren. Die Einführung der Rügeobliegenheit war nach dem Willen des Gesetzgebers notwendig geworden, damit der Unternehmer, der auf einen erkannten Fehler spekuliert, weil er sich möglicherweise zu seinen Gunsten auswirken könnte, nicht mehr die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einfordern können soll, wenn seine Spekulation nicht aufgeht.⁵³ Rechtsfolge der verspäteten oder ungenügenden Anzeige gegenüber der Vergabestelle ist die Unzulässigkeit des Primärrechtsschutzes.

bb. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis

Die Rügeobliegenheit des § 107 Abs. 3 GWB ist seit ihrer Einführung durch das Vergaberechtsänderungsgesetz zentrales Thema der Rechtsprechung und Spruchpraxis sowie der Literatur. Im Vordergrund stand dabei die Entwicklung der unbestimmten Rechtsbegriffe des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB, während die *lex specialis* des § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB weitestgehend im Hintergrund blieb.

Bis heute kam die Rechtsprechung und Spruchpraxis trotz einer Vielzahl von Entscheidungen zu keinem eindeutigen und insbesondere abschließenden Ergebnis im Hinblick auf die Dauer der Rügefrist des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB. Die Bandbreite der jeweiligen Einzelfallentscheidungen reicht von einer 14-Tagesfrist bis hin zur Verpflichtung zu einer sofortigen Rüge.⁵⁴ Auch die Ausgestaltung der Rüge selbst ist durch die Rechtsprechung näher konkretisiert worden. Zwar bestehen nach dem Wortlaut der Vorschrift keine ausdrücklichen formalen Anforderungen. Dennoch hat die Rechtsprechung und Spruchpraxis wiederholt betont, daß aus dem Rügeschreiben selbst der konkrete Verstoß im Vergabeverfahren erkennbar sein muß, die bloße Pauschalkritik reiche nicht.⁵⁵

Darüber hinaus ist die Frage der Entbehrlichkeit der Rügeobliegenheit wiederholt zum Gegenstand der vergaberechtlichen Rechtsprechung gemacht worden. Über-

⁵³ BT-Drucks. 13/93 40, Seite 17.

⁵⁴ Vgl. zunächst die Grundsatzentscheidung des OLG Düsseldorf vom 13.04.1999, NJW 2000, 145. Des weiteren siehe VK Sachsen vom 29.11.2002 – 1/SVK/108-02, für eine Rügefrist jedenfalls unterhalb von 7 Tagen; VK Bund vom 13.11.2002 – VK 2-78/02 – in Fortführung der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf für eine Rügefrist von maximal 2 Wochen; ebenso VK Südbayern vom 31.10.2002 – 120.3-3194.1-42-10/02; OLG Frankfurt/M vom 05.03.2002 – 11 Verg 2/11; BayObLG vom 12.12.2001 – Verg 19/01. Hingegen vertreten das OLG Schleswig vom 13.02.2001, VergabeR 2001, 214, und das OLG Koblenz vom 25.05.2000, BauR 2000, 1600, eine Regelfrist für die Rüge von 1 – 3 Tagen.

⁵⁵ OLG Thüringen vom 22.11.2000, VergabeR 2001, 52; OLG Koblenz vom 10.08.2000, BauR 2001, 240. In Fortführung dieser Rechtsprechung zuletzt VK Hamburg vom 17.12.2000 – VgK FB 3/02; VK Sachsen vom 29.11.2002 – 1/SVK/108-02; VK Brandenburg vom 04.04.2002, VergabeR 2002, 237; OLG Thüringen vom 16.01.2002, ZfBR 2002, 522; BayObLG vom 12.12.2001 – Verg 19/01; KG vom 22.08.2001, VergabeR 2001, 392.

einstimmung besteht insoweit, als daß nach Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens erkannte Verstöße nicht erneut gerügt werden müssen.⁵⁶ Bereits vor Einführung des § 16 VgV sah das OLG Saarbrücken die Rüge eines Verstoßes gegen das Neutralitätsgebot als entbehrlich an.⁵⁷ In der Diskussion steht weiterhin, inwieweit der Unternehmer zur Rüge angehalten werden soll, wenn von vornherein feststeht, daß die Vergabestelle dem gerügten Verstoß nicht abhelfen wird.⁵⁸

Aus europarechtlicher Sicht ist das weitere Bestehen der Rügeobliegenheit gemäß §107 Abs. 3 GWB fraglich. In zwei zeitlich kurz aufeinanderfolgenden Entscheidungen hat sich der Gerichtshof mit der Frage der Zulässigkeit von Antrags- und Ausschlußfristen im vergaberechtlichen Primärrechtsschutz auseinandergesetzt.⁵⁹ Er stellte zunächst fest, daß die Festsetzung angemessener Fristen für die Einleitung von Rechtsbehelfsverfahren grundsätzlich zulässig ist. Zugleich dürfe jedoch die praktische Wirksamkeit der obligatorischen Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie nicht gefährdet werden. Für den Fall, daß sich Unternehmer im Vergabeverfahren auf Verstöße der Vergabestelle gegen das Gemeinschaftsrecht berufen, kann in Wahrung des Effektivitätsprinzips und der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts die nationale Präklusionsvorschrift, mithin die Einhaltung der Rügeobliegenheit, unangewendet bleiben müssen (Anwendungsvorrang).⁶⁰ Dies ist dann der Fall, wenn nach nationalem Recht mangels Durchführung des Rügeverfahrens bereits die Präklusionswirkung des §107 Abs. 3 GWB die Einleitung der Nachprüfung verhindern würde. Basiert der nicht gerügte Verstoß gegen die Vergabevorschriften auf dem Gemeinschaftsrecht, so ist die Anwendung des § 107 Abs. 3 GWB auszusetzen, die Einleitung des Primärrechtsschutzes ist zuzulassen. Nach Ansicht des EuGH wird nur so eine effektive Durchsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Richtlinienvorgaben gewährleistet.⁶¹

cc. Auswertung der Fragebogenantworten

Die Rügeobliegenheit hält ein Großteil aller Befragten für zweckmäßig (65 %), nur ein Zehntel nicht, wobei ein Viertel der Befragten keine Angaben macht. Bauunternehmen, Auftragsberatungsstellen und die Anwaltschaft hielten die Rügeobliegenheit mit deutlicher Mehrheit (95 %) für zweckmäßig. Hingegen war lediglich die Hälfte der Verbände von der Zweckmäßigkeit überzeugt, 30 % lehnten sie ab. Die Befragten gaben teilweise an, daß durch die Rügeobliegenheit eventuell bekannt werdende Verstöße gegen Vergabevorschriften noch im Verfahren korrigiert und dadurch zeit- und kostenintensive Verfahren vermieden werden können. Inwieweit **Rügen tatsächlich zu Verhaltenskorrekturen des öffentlichen Auftraggebers** führen, wurde jedoch nicht aufschlußreich beantwortet. Etwa 85 % der Befragten haben sich einer Antwort enthalten. Auch die Textantworten beziehen sich teilweise nicht auf die Fragestellung und sind daher

⁵⁶ Bereits OLG Celle vom 30.04.1999, NJW 1999, 3497.

⁵⁷ OLG Saarbrücken vom 22.10.1999, ZVgR 2000, 24.

⁵⁸ Siehe ausführlich zuletzt KG vom 15.04.2002 – KartVerg 3/02.

⁵⁹ EuGH vom 12.12.2002 („Universale-Bau AG“), NZBau 2003, 162; EuGH vom 27.02.2003 („Santex“) – C-327/00.

⁶⁰ EuGH vom 27.02.2003 („Santex“) – C-327/00.

⁶¹ Vgl. EuGH vom 27.02.2003 („Santex“) – C-327/00.

nicht aufschlußreich. Rügen wirken sich nach Auffassung aller Befragten überwiegend **verzögernd** aus (ca. 60 %), während 15 % ihr eine beschleunigende Wirkung zuerkennen. Ebenso urteilen Auftraggeber und Unternehmen.

Zu der Frage, ob die in den §§ 107 und 108 GWB geregelten Anforderungen an den Antrag bei der Vergabekammer ausreichend sind, um die Stellung offensichtlich unzulässiger oder offensichtlich unbegründeter Anträge zu verhindern, nahmen die Befragten wie folgt Stellung: Ca. 60 % der Gesamtbefragten sahen die Anforderungen als ausreichend an, lediglich ein Zehntel nicht und ca. 30 % beantworteten die Frage nicht. Mit großer Mehrheit (95 %) beschieden Vergabekammern und Anwälte die Anforderungen für ausreichend. Wiederholt gaben die Befragten jedoch an, keine Erfahrungen mit den §§ 107 und 108 GWB zu haben. Eine Vergabekammer machte darauf aufmerksam, daß die Frage nicht korrekt gestellt sei: Die §§ 107, 108 GWB würden ihre Aufgabe zufriedenstellend erfüllen. Nicht das Stellen unzulässiger Anträge solle verhindert werden, sondern eine Verzögerung des Vergabeverfahrens; dies sei zufriedenstellend erreicht.

dd. Fazit und Ausblick

Die Auswertung der Fragebogenantworten zeigt, daß die überwiegende Anzahl der Befragten für die Zweckmäßigkeit der Rügeobliegenheit plädiert. An dieser Stelle darf jedoch nicht unbeachtet bleiben, daß insgesamt ca. 60 % der Befragten aus dem Bereich der Auftraggeberschaft stammen. Ferner ist zu berücksichtigen, daß trotz der Befürwortung der Einführung der Rügeobliegenheit die Antworten in den Fragebögen keine eindeutigen Angaben über das Erreichen des Ziels der Rügeobliegenheit, nämlich die Korrektur von Vergabeverfahrensfehlern, enthielten.

Besondere Bedeutung hat die jüngst ergangene Rechtsprechung des EuGH, diese stellt die Wirksamkeit der derzeitigen Ausgestaltung der Rügeobliegenheit in Frage. Denn nach Ansicht des Gerichtshofs soll die Präklusion dann unbeachtet bleiben, wenn sich der Unternehmer auf die Verletzung von Gemeinschaftsrecht beruft. Damit sind weite Teile des Anwendungsbereichs des § 107 Abs. 3 GWB einer wirksamen Durchsetzung entzogen, weil das nationale Vergaberecht überwiegend in Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen ergangen ist. Die Rechtsfolge der Unzulässigkeit vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Verstößen gegen die Rügeobliegenheit wäre allein für rein innerstaatliche Besonderheiten (beispielsweise den Eröffnungstermin bei Bauvergaben) durchsetzbar.

Die Einführung der Rügeobliegenheit verfolgt den Zweck, die Möglichkeit des Unternehmers, aus spekulativen Gründen mit der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens abzuwarten, zu verhindern.⁶² Da auch die Anwender das Institut der Rüge überwiegend für zweckmäßig hielten, sollen alternative Lösungswege angesprochen werden, die jedoch einer weitergehenden Überprüfung unterzogen werden müssen:

⁶² Bereits ausdrücklich BT-Drucks. 13/9340, Seite 17.

So besteht die Möglichkeit, den Unternehmer für den Fall einer unzureichenden oder unterlassenen Rüge statt mit der Unzulässigkeit der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens mit der Kostenfolge für diese Einleitung zu belasten. Die Kostenfolge würde den Antragsteller beispielsweise für den Fall treffen, daß die Vergabestelle dem Rechtsschutzbegehren von sich aus abhilft und dadurch letztlich Erledigung eintritt.

Alternativ könnte die Rügeobliegenheit durch eine Antragsfrist in Anlehnung an das österreichische Vergaberecht ersetzt werden. Dazu bedarf es jedoch neben der eindeutigen Bestimmung der Fristenlänge einer klaren Benennung des Beginns bzw. des Ablaufs dieser Antragsfrist. Im übrigen sollte zwischen Antragsfristen für allgemeine und spezielle (Bekanntmachungsfehler und Fehlern in der Aufforderung zur Angebotsabgabe) Vergabeverstöße unterschieden werden.

c. Angemessenheit der Verfahrenskosten

aa. Rechtliche Vorgaben

Die rechtlichen Grundlagen für die Gebühren und Kosten im vergaberechtlichen Primärrechtsschutz bilden die §§ 128, 129, 120 GWB. Die vorgenannten Vorschriften beinhalten jedoch allein Regelungen über die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (vgl. § 128 GWB) und die Kosten der Vergabeprüfstellen (vgl. § 129 GWB). Eine ausdrückliche Regelung über die Kosten des Verfahrens vor den Oberlandesgerichten als Beschwerdeinstanz sieht das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht vor.

bb. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis

Gegenstand der vergaberechtlichen Rechtsprechung war wiederholt die Frage der Anwendung der Kostenvorschriften in den Verfahren vor den Oberlandesgerichten.⁶³ Über die Frage der Anwendung zivilprozessualer oder verwaltungsgerichtlicher Kostenvorschriften für den Fall der Erledigung des Verfahrens hat das OLG Bremen nunmehr von dem Instrument der Vorlage an den BGH Gebrauch gemacht.⁶⁴

Im übrigen hat sich eine Kasuistik im Hinblick auf die Gebührenhöhe für die Durchführung der Nachprüfungsverfahren entwickelt, mit der die Rechtsprechung und Spruchpraxis den Gebührenrahmen des § 128 Abs. 2 GWB näher ausgestaltet.⁶⁵ Nach einem Beschluß des OLG Naumburg stellt es keinen Ermessensfehlgebrauch dar, daß im Land Sachsen-Anhalt eine Gebührentabelle Richtwerte für die zu erhebenden Gebühren im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer vorgibt und die Vergabekammer diese Tabelle auch anwendet.⁶⁶

⁶³ Siehe insbesondere BGH vom 19.12.2000, NZBau 2001, 151; im Anschluß daran OLG Thüringen vom 06.11.2002 – 6 Verg 8/02.

⁶⁴ OLG Bremen vom 02.01.2002, ZfBR 2002, 718. Mit dieser Entscheidung weicht das OLG Bremen von einer Entscheidung des OLG Frankfurt/M vom 16.05.2000, BauR 2000, 1595, ab.

⁶⁵ BayObLG vom 06.06.2002 – Verg 12/02; VK Südbayern vom 08.10.2001 – 20.3-3194.1-28-08/01; VK Sachsen vom 27.09.2001 – 1/SVK-85-01.

⁶⁶ OLG Naumburg vom 03.09.2001 – 1 Verg 6/00.

Neben der Ausgestaltung der für das Nachprüfungsverfahren zu entrichtenden Gebühren war auch die Bestimmung des Gegenstandswerts des Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahrens bereits wiederholt Gegenstand der vergaberechtlichen Rechtsprechung. Gegenstandswert der Nachprüfung sind 5 % des Auftragswerts. Auftragswert ist nach Ansicht der Rechtsprechung die geprüfte Summe im Angebot des Antragstellers, mit dem sich dieser an der Ausschreibung beteiligt.⁶⁷ Ist der Zuschlag bereits erteilt, so legt die Rechtsprechung für die Bestimmung des Auftragswerts den Wert des Angebots zugrunde, auf das der Zuschlag erteilt wurde.⁶⁸

cc. Auswertung der Fragebogenantworten

Einer möglicherweise **abschreckenden Wirkung** der einzukalkulierenden Kosten für die Inanspruchnahme des Rechtsschutzes standen die Gesamtbefragten weitgehend unentschieden gegenüber. Je ein gutes Drittel (35 %) befand die Wirkung abschreckend bzw. nicht, weitere 30 % enthielten sich der Meinung. Bei diesem Ergebnis ist erneut das prozentuale Gewicht der Auftraggeberschaft zu berücksichtigen. Die Perspektive der Unternehmen stellt sich deutlich anders dar: ihnen erscheinen die Kosten zu etwa 65 % als abschreckend für die Inanspruchnahme des Rechtsschutzes, lediglich zu 20 % nicht, bei ca. 15 % Enthaltungen. Vor allem die Bauunternehmen zeigten sich mehrheitlich (70 %) durch die Kosten abgeschreckt. Die geringste abschreckende Wirkung sahen die Großunternehmen, von denen ca. 30 % die Kosten als Abschreckungsfaktor empfinden und ca. 40 % nicht – bei ca. 30 % Enthaltungen. Mit wiederum überwiegender Mehrheit (60 %) sprachen sich die Anwälte für die abschreckende Wirkung der Kosten aus – nur 40 % nicht. Die Vergabekammern bejahen zu beinahe zwei Dritteln (65 %) die abschreckende Wirkung, ca. 20 % verneinten dies. Eindeutig abschreckend (70 %) wirken sich die Kosten laut Auftragsberatungsstellen aus.

Die im Verhältnis zu den hohen Auftragswerten dann tatsächlich **entstehenden Verfahrenskosten vor der Vergabekammer** halten etwa 40 % aller Befragten für angemessen und nur ca. 20 % für unangemessen – 40 % enthielten sich der Angaben. Die Verbände bejahten und verneinten zu gleichen Teilen die Angemessenheit der Kosten (je 40 %) und etwa 20 % machten keine gültigen Angaben. Als überwiegend angemessen (60 %) beurteilten die Anwälte die Kosten – ein gutes Drittel (35 %) sah sie als zu hoch an. Die Vergabekammern hielten die Kosten zu 75 % für angemessen. Zu einem Viertel beurteilten die Auftragsberatungsstellen die Kosten für angemessen, über die Hälfte (55 %) befand diese jedoch für unangemessen. Unentschlossener waren die Unternehmen, die sich mit je 35 % für und gegen die Angemessenheit aussprachen und sich zu 30 % ganz enthielten. Deutliche Unterschiede zeigten sich jedoch zwischen dem Liefer- und dem Baubereich. Bei den Lieferleistungen wurden die Kosten zu ca. 45 % akzeptiert, etwa 30 % beurteilten sie als unangemessen und ein Viertel machte keine gültigen Angaben. Anders hingegen im Baubereich, wo nur 25 % für die Angemessenheit der Kosten stimmte, und über die Hälfte (ca. 55 %) dagegen. Der

⁶⁷ OLG Thüringen vom 06.11.2002 – 6 Verg 8/02; BayObLG vom 06.06.2002 – Verg 12/02.

⁶⁸ OLG Naumburg vom 29.09.2001, NZBau 2002, 168.

subjektive Eindruck der Angemessenheit der Kosten im Verfahren vor den **Oberlandesgerichten** entspricht dem Eindruck der Befragten über die entstehenden Kosten im Verfahren vor den Vergabekammern.

Die Frage, ob die **Kosten** der Verfahren vor der Vergabekammer den **Aufwand decken**, wurde insgesamt erwartungsgemäß niedrig beantwortet, 90 % machten keine oder ungültige Angaben. Deshalb sind hier vor allem die Aussagen der Vergabekammern von Bedeutung. Ca. 30 % sahen die Kosten gedeckt, ca. 35 % nicht und weitere 35 % machten keine gültigen Angaben.

dd. Zusammenfassung

Die Auswertung der Fragebogenantworten und die Darstellung der Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis zeigt, daß die Regelungen über die Kosten im vergaberechtlichen Primärrechtsschutz weitestgehend als angemessen beurteilt wurden. Letzte Zweifel über die Heranziehung zivilprozessualer oder verwaltungsgerichtlicher Kostenvorschriften werden durch die Vorlage des OLG Bremen nunmehr einer abschließenden Entscheidung zugeführt. Im Ergebnis sind die bestehenden Regelungen beizubehalten.

3. Transparenz durch Akteneinsicht

a. Rechtliche Vorgaben

Im Spannungsverhältnis zwischen Vertrauensschutz und Transparenz steht das in § 111 GWB eingeführte Akteneinsichtsrecht der Beteiligten im Nachprüfungsverfahren. Danach können die Beteiligten die Akten bei der Vergabekammer nach Einleitung des Verfahrens durch Zustellung der Antragsschrift an den Auftraggeber einsehen. § 111 Abs. 2 GWB sieht als Grenze des Akteneinsichtsrechts die Verletzung vertraulicher Angaben vor. Danach hat die Vergabekammer die Einsicht in solche Unterlagen zu versagen, soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere des Geheimnisschutzes oder zur Wahrung von Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, geboten ist. Für die am Verfahren Beteiligten besteht gemäß § 111 Abs. 3 GWB die Obliegenheit, solche Unterlagen, die die vorgenannten Geheimnisse enthalten, deutlich und entsprechend zu kennzeichnen.

b. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis

Der Umfang des vergaberechtlichen Akteneinsichtsrechts war wiederholt Gegenstand der Nachprüfung. Verbindliche Aussagen lassen sich der Rechtsprechung und Spruchpraxis jedoch nur insoweit entnehmen, als ein Recht auf Ak-

teneinsicht nur dann besteht, wenn der Nachprüfungsantrag nicht bereits als unzulässig abgewiesen ist.⁶⁹

Nach Ansicht der Rechtsprechung kommt es für die Bestimmung des Umfangs des Akteneinsichtsrechts auf eine Abwägung des Geheimhaltungsinteresses der konkurrierenden Bieter und des Rechtsschutzinteresses des um Akteneinsicht nachsuchenden Bieters an.⁷⁰ Inhaltlich gehen die Beschlüsse der Oberlandesgerichte jedoch nicht in ihrer Bedeutung über Einzelfallentscheidungen hinaus. Eine Konkretisierung dahingehend, welche Unterlagen im Vergabeverfahren unter die Begriffe der Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse fallen, fehlt völlig.⁷¹

Dem Akteneinsichtsrecht kommt für die Gewährleistung des effektiven Rechtsschutzes anerkannt zentrale Bedeutung zu.⁷² Dennoch bleibt das Recht auf Akteneinsicht durch den Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens begrenzt.⁷³ Insbesondere rechtfertigt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens keine generelle Einsicht in die Angebotsunterlagen konkurrierender Bieter.⁷⁴ Zugleich kann effektiver Rechtsschutz nur dann gewährleistet sein, wenn das Recht auf Akteneinsicht nicht sinnentleert wird. Daher hat derjenige, der sich auf den Geheimnisschutz gemäß §111 Abs. 2 GWB beruft, nachvollziehbar darzulegen, warum bestimmte, einzeln zu bezeichnende Unterlagen dem Mitbewerber nicht zugänglich gemacht werden dürfen.⁷⁵

c. Auswertung der Fragebogenantworten

Nachprüfungsverfahren werden 15 % aller Befragten zufolge nur deshalb eingeleitet, **um Akteneinsicht zu erlangen**, 20 % der Anwender haben diesen Eindruck nicht und die Mehrheit (ca. 65 %) machte hierzu keine gültigen Angaben. Deutlich unterschiedlich fällt das Ergebnis bei den Vergabekammern und Anwälten aus. Für je 45 % steht fest, daß Nachprüfungsverfahren nur mit dem Ziel der Akteneinsicht eingeleitet wurden und je ca. 40 % stimmen dieser Meinung nicht zu.

⁶⁹ Bereits BayObLG vom 10.10.2000, VergabeR 2001, 55. In ständiger Rechtsprechung darauffolgend: BayObLG vom 19.12.2000, NZBau 2002, 294; BayObLG vom 20.08.2001, IBR 2001, 694. Ebenso zuletzt OLG Rostock vom 17.10.2001 – 17 W 18/00.

⁷⁰ OLG Thüringen vom 16.12.2002 – 6 Verg 10/02; VK Bund vom 04.09.2002 („LKW-Maut II“), NZBau 2003, 110; OLG Celle vom 16.01.2002 – 1 Verg 9/01.

⁷¹ Siehe dazu die im Schrifttum bestehenden Definitionsansätze bei Bechtold, GWB 2. Auflage, § 111 Rdn. 3. Siehe ferner VK Bund vom 20.12.1999 – VK I-29/99 – die generell alle Preisangaben in der Vergabeakte als geheimhaltungsbedürftig deklarierte.

⁷² So bereits die Begründung zum Gesetzesentwurf, BT-Drucks. 13/93 40, Seite 18.

⁷³ OLG Celle vom 10.09.2001, VergabeR 2002, 82; OLG Stuttgart vom 12.04.2000 – 2 Verg 3/00.

⁷⁴ OLG Thüringen vom 12.12.2001, NZBau 2002, 294.

⁷⁵ OLG Celle vom 10.09.2001, VergabeR 2002, 82. Zu weitgehend urteilte hingegen das OLG Thüringen vom 26.10.1999 („Talsperre“), BauR 2000, 95, indem es angab, daß die Bieter mit der Beteiligung an einer Ausschreibung jedenfalls einen Teil der im Geschäftsverkehr gegenüber Konkurrenten üblichen Geheimhaltung aufgeben.

Die **Regelung** zur Akteneinsicht hielten 55 % der Gesamtbefragten für **sachgerecht**, ein Viertel nicht und etwa ca. 20 % beantworteten diese Frage nicht. Eine Ausnahme bilden die Bauunternehmen. Eine große Mehrheit (85%) schätzte die Regelung als sachgerecht ein, lediglich 5 % nicht. Auch hier ist die Deckungsgleichheit mit den Antworten der Auftragsberatungsstellen augenscheinlich.

Aus den Textantworten wird deutlich, daß insbesondere eine Konkretisierung dahingehend gefordert wird, welche Unterlagen aufgrund der Geheimhaltungspflichten nicht dem Recht auf Akteneinsicht unterliegen, da die praktische Handhabung bei den Vergabekammern als sehr unterschiedlich empfunden wird.

d. Fazit und Ausblick

Sowohl die Entwicklung in der vergaberechtlichen Rechtsprechung als auch die Auswertung der Fragebögen zeigt, daß das Akteneinsichtsrecht insgesamt für sachgerecht gehalten wird, allerdings sei der Umfang bis heute nicht eindeutig bestimmt. Insbesondere fehle eine eindeutig abgrenzbare Definition der Ausnahmen. Um den Umfang klarzustellen, sollte grundsätzlich ein umfassendes Recht auf Akteneinsicht gewährleistet werden, von dem allein die Kalkulationen und der technische Inhalt von Nebenangeboten ausgenommen werden. Weitere Unterlagen sollten nicht der Geheimhaltung unterliegen. Dennoch von den Bietern als geheimhaltungsbedürftig gekennzeichnete Unterlagen sind durch die Vergabekammern zu prüfen und nur in Ausnahmefällen nach Anhörung als geheimhaltungsbedürftig einzustufen.

4. Sonderthema: Amtsermittlung

Die Erfahrungen mit dem Untersuchungsgrundsatz seit Inkrafttreten des Vergaberechtsänderungsgesetzes wurden nicht zum Gegenstand der Fragebogenaktion gemacht. Die praktischen Erfahrungen sowie die zum Grundsatz der Amtsermittlung ergangene Rechtsprechung zeigen, daß dieses Thema im Rahmen einer vollumfänglichen und vollständigen Berichterstattung nicht unbehandelt bleiben soll.

a. Rechtliche Grundlagen

§ 110 Abs. 1 GWB bestimmt für das Verfahren vor der Vergabekammer ausdrücklich die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes. Dabei gilt die Ermittlung des Sachverhalts von Amts wegen nicht nur für die Eingangsinstanz, sondern gemäß der Verweisung in §§ 120, 70 GWB auch für das Beschwerdeverfahren vor den Oberlandesgerichten.

Die Vorschriften über die Amtsermittlung werden ergänzt durch die Bestimmung über den zulässigen Entscheidungsumfang der Vergabekammer, vgl. § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB. Danach ist die Vergabekammer nicht an die Anträge gebunden

und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken. Die Einwirkungsmöglichkeiten der Nachprüfungsinstanzen finden ihre Grenzen darin, daß während der gesamten Tätigkeit im vergaberechtlichen Primärrechtsschutz darauf zu achten ist, daß der Ablauf des Vergabeverfahrens nicht unangemessen beeinträchtigt wird, § 110 Abs. 1 Satz 2 GWB.

b. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis

Der Umfang vergaberechtlicher Amtsermittlung war wiederholt Gegenstand von Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen. Im Mittelpunkt der Diskussion steht weiterhin die Frage, ob die Vergabekammer auf der Grundlage der §§ 110 Abs. 1, 114 Abs. 1 Satz 2 GWB auch ein an sich unzulässiges Nachprüfungsverfahren einleiten darf.⁷⁶ Der überwiegende Teil der Rechtsprechung und Spruchpraxis führt zutreffend aus, daß die Oficialmaxime die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens von Amts wegen nicht umfaßt.⁷⁷

Ist das Nachprüfungsverfahren bereits in zulässiger Weise eingeleitet worden, so ist die Vergabekammer gemäß § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB nicht an die Anträge der Beteiligten gebunden, sondern kann selbständig auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens Einfluß nehmen.⁷⁸ Dabei stellt bereits die Begründung zum Vergaberechtsänderungsgesetz klar, daß aufgrund der knappen Entscheidungsfristen eine vollumfängliche Erforschung des Sachverhalts von Amts wegen den Nachprüfungsinstanzen nicht abgefordert wird.⁷⁹ Vielmehr entspricht der vergaberechtliche Amtsermittlungsgrundsatz dem Untersuchungsgrundsatz des § 24 VwVfG und des § 54 GWB für allgemeine Kartellsachen. Nach dem Willen des Gesetzgebers kann sich die Kammer in zulässiger Weise im Interesse eines zügigen Verfahrens und der Effizienz ihrer Arbeit in aller Regel auf die Prüfung der vorliegenden Anträge und der vorgetragenen Beanstandungen beschränken.⁸⁰ Diese Einschränkung des Untersuchungsgrundsatzes wird von der Rechtsprechung mit dem Argument gerechtfertigt, daß das Verfahren vor der Vergabekammer in erster Linie ein solches des individuellen Rechtsschutzes der Bieter ist, nicht aber eine allgemeine Rechtsaufsicht oder Rechtskontrolle darstellt.⁸¹

c. Fazit und Ausblick

Durch die Rechtsprechung wurde der Umfang der Oficialmaxime weitestgehend eingeschränkt. Mit dem Argument, innerhalb der vorgegebenen Fristen entscheiden zu müssen, lehnen die vergaberechtlichen Spruchkörper die Erforschung des Sachverhalts von Amts wegen, mit Ausnahme der Anforderung der Vergabeak-

⁷⁶ Für eine generelle Einwirkungsmöglichkeit siehe OLG Naumburg vom 15.03.2001 – 1 Verg 11/00.

⁷⁷ Aufgrund der abweichenden Ansicht des OLG Naumburg hat das OLG Thüringen vom 30.05.2002, ZfBR 2002, 827, die Frage dem BGH vorgelegt. Siehe ferner OLG Dresden vom 29.05.2001, VergabeR 2001, 311; VK Bund vom 12.06.2002 – VK 2-32/02; VK Bund vom 10.07.2002 – VK 2-34/02.

⁷⁸ OLG Celle vom 08.11.2001, VergabeR 2002, 154; VK Leipzig vom 05.10.2001 – 1/SVK – 87-01.

⁷⁹ Vgl. BT-Drucks. 13/93 40, Seite 18.

⁸⁰ BT-Drucks. 13/93 40, Seite 18; ausdrücklich VK Leipzig vom 05.09.2001 – 1/SVK/73-02; KG vom 12.04.2000, NZBau 2000, 531.

⁸¹ OLG Thüringen vom 30.05.2002, ZfBR 2002, 827.

ten gemäß § 110 Abs. 2 GWB weitestgehend ab. Zur Durchsetzung der Officialmaxime sollte den Vergabekammern nicht nur das Recht eingeräumt werden, auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einzuwirken (siehe § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB). Vielmehr ist § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB dahingehend abzuändern, daß die Kammern im Rahmen ihrer Überprüfung auch in die Pflicht genommen werden, Maßnahmen zu ergreifen, um die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens wiederherzustellen. Der Gegenstand des Verfahrens - d. h. sowohl die Einleitung als auch die Beendigung - muß dennoch weiterhin der Disposition der Beteiligten obliegen.

5. Entscheidungsfristen und Beschleunigungsgrundsatz

a. Rechtliche Grundlagen und Vorgaben

Das Vergabeverfahren ist ebenso wie auch das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer durch eine Vielzahl von Fristen geprägt, um durch eine beschleunigte Durchführung die Entstehung von Investitionshemmnissen zu vermeiden. Rechtsgrundlagen bilden zum einen die Vergabe- und Verdingungsordnungen sowie § 13 VgV. Für die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens vor den Vergabekammern ist eine Entscheidungsfrist vorgesehen, die gemäß § 113 GWB fünf Wochen beträgt und mit dem Eingang des Antrags auf Nachprüfung bei der Vergabekammer zu laufen beginnt. Eine entsprechende Entscheidungsfrist kennt das Beschwerdeverfahren vor den OLG für das Hauptsacheverfahren nicht. Jedoch gilt gemäß § 121 Abs. 3 GWB für das Verfahren über die Vorabgestattung der Zuschlagserteilung ebenfalls eine Entscheidungsfrist von fünf Wochen nach Eingang dieses Antrags.

b. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis

Die Fristenregelungen, innerhalb derer über den Antrag auf Nachprüfung zu entscheiden ist, wurden in der Spruchpraxis wiederholt konkretisiert. Dabei ging es vornehmlich um die Einordnung der Bedeutung der sogenannten Fünf-Wochen-Frist im Hinblick auf die Entscheidungsfiktion des § 116 Abs. 2 GWB.⁸² § 113 GWB bestimmt nach seinem Wortlaut allein den Beginn der Entscheidungsfrist, nämlich den Eingang des Antrags bei der Vergabekammer. Der Kammer steht nach Eingang des Antrags eine Frist zur Entscheidung von fünf Wochen zu. Für den Fristablauf kommt es jedoch nicht auf die Zustellung der Entscheidung bei den Verfahrensbeteiligten an, sondern vielmehr auf die letzte pflichtgemäße Handlung der Vergabekammer, mithin die Absendung.⁸³ Auch die in § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB vorgesehene Möglichkeit der Fristverlängerung ist durch die Rechtsprechung näher ausgestaltet worden. Dabei hat die vergaberechtliche Spruchpraxis klargestellt, daß die Verlängerung der Entscheidungsfrist al-

⁸² OLG Koblenz vom 31.08.2001, NZBau 2001, 641; OLG Celle vom 20.04.2001, IBR 2001, 575; OLG Bremen vom 17.08.2000 – Verg 2/00. Zum Verbot einer Entscheidung über die Aussetzung des Nachprüfungsverfahrens siehe OLG Düsseldorf vom 11.03.2002 – Verg 43/01.

⁸³ OLG Düsseldorf vom 08.05.2002 – Verg 8-15/01; OLG Frankfurt/Main vom 25.09.2000 – 11 Verg 2/99.

lein in eng begrenzten Ausnahmefällen zulässig sein soll.⁸⁴ Die bloße Mehrbelastung der vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen durch eine Mehrzahl aufeinanderfolgender Nachprüfungsanträge rechtfertigt die Verlängerung der Entscheidungsfrist nicht.⁸⁵ Entgegen der vergaberechtlichen Spruchpraxis läßt die praktische Handhabung der Verlängerung der Entscheidungsfristen durch die Vergabekammern statistisch einen stetigen Anstieg erkennen.⁸⁶

c. Auswertung der Fragebogenantworten

Die Fünf-Wochen-Frist bis zur Entscheidung der Vergabekammer halten ca. 45 % der Gesamtbefragten grundsätzlich für sachgerecht, 25 % nicht und etwa 30 % enthielten sich. Vergabekammern, Anwälte und Auftragsberatungsstellen sahen die Regelung zu drei Viertel für sachgerecht an. Letztlich hielten auch die Verbände die Regelung überwiegend (65 %) für sachgerecht, wobei ein Viertel keine Antwort abgab.

Die Frage, ob Verfahren vor der Vergabekammer zu **unangemessenen Verzögerungen** im Ausschreibungsverfahren geführt haben, bestätigte nur ein Zehntel aller Befragten, etwa 20 % verneinten dies und ca. 70 % machten keine gültigen Angaben. Dieses Ergebnis ist im wesentlichen auf alle Bereiche übertragbar. Allerdings sind zwei Ausnahmen erkennbar. Die Anwälte erkannten zu 20 % unangemessene Verzögerungen, überwiegend (zu 55 %) jedoch nicht und ein Viertel enthielt sich der Antwort. Ebenso bestätigte ein Viertel der KMU die unangemessenen Verzögerungen, ca. 20 % nicht, wobei sich über die Hälfte (ca. 55 %) dazu nicht äußerte. Erfahrungen mit den Regelungen zur Vorabgestattung des Zuschlages sind im wesentlichen nicht erkennbar. Lediglich die Anwälte haben darauf aufmerksam gemacht, daß die Verzögerungen auch eingetreten sind, obwohl alle zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, nämlich auch das Verfahren über die Vorabgestattung des Zuschlags, ausgeschöpft wurden. Zur Frage des Zeitraumes, um den sich die Vergabeverfahren bei Einschaltung der Oberlandesgerichte durchschnittlich verzögern, konnten die meisten Befragten keine Angaben machen. Soweit Erfahrungen vorhanden waren, wurden diese mit durchschnittlich 2 bis 5 Monaten beziffert.

Nur 15 % der Gesamtbefragten haben den Eindruck, daß **Anträge auf Nachprüfung** deshalb gestellt wurden, **um Vergabeverfahren zu verzögern**. Ein Viertel konnte diesen Anlaß nicht erkennen und etwa 60 % machten keine gültigen Angaben. Die Unternehmen und Auftraggeber antworteten entsprechend. Die Verbände bestätigten diesen Eindruck zu nur 5 %, ca. 30 % bestritten dies, der über-

⁸⁴ OLG Bremen vom 17.08.2000 – Verg 2/00.

⁸⁵ VK Darmstadt vom 31.01.2000 – 69d-VK 03/2000.

⁸⁶ Vgl. die statistische Meldung über Vergabennachprüfungsverfahren gemäß § 22 VgV, Stand Januar 2003. Darin ist ein Anstieg zu verzeichnen vom Berichtsjahr 1999, in dem bei 5,6 % der eingeleiteten Nachprüfungsverfahren eine Fristenverlängerung vorgenommen wurde, bis hin zum Berichtsjahr 2001, in dem 10,33 % der Fälle erst nach Verlängerung der Entscheidungsfrist entschieden wurden. Ausweislich dieser Statistik zeigt sich, daß gerade die Vergabekammern, die über das Berichtsjahr hinweg mit einer geringeren Anzahl von Nachprüfungsverfahren betraut werden, von dem Instrument der Fristenverlängerung Gebrauch machen.

wiegende Teil (65 %) enthielt sich der Aussage. Auch die Anwälte sahen diesen Sachverhalt zu nur 5 % als gegeben an, drei Viertel nicht. Lediglich die Vergabekammern hatten zu 25 % den Eindruck, daß Nachprüfungen aufgrund ihrer verzögernden Wirkung beantragt würden, 70 % bestritten dies.

Probleme bei der **Bemessung von Binde- und Zuschlagsfristen im Hinblick auf die mögliche Vergabenachprüfung** wurden nur von ca. 35 % der Gesamtbefragten gesehen, ca. 55 % verneinten dies und ca. 10 % machten keine oder ungültige Angaben. Dies entspricht im wesentlichen den Angaben der Auftraggeber, Anwälte und auch der Vergabekammern. Die Verbände haben die Probleme mit ca. 25 % bejaht, mit ca. 65 % verneint und ca. 10 % machten keine oder ungültige Angaben. Hingegen haben die Auftragsberatungsstellen Probleme mit ca. 60 % bejaht, nur ca. 30 % verneinten diese und ca. 10 % machten keine oder ungültige Angaben. Probleme bei der Bemessung von Binde- und Zuschlagsfristen **im Hinblick auf die Informationspflicht** nach § 13 VgV wurden weitestgehend nicht gesehen. Nur ca. 20 % der Gesamtbefragten bejahten, ca. 60 % verneinten dies und ca. 20 % machten keine oder ungültige Angaben.

d. Fazit und Ausblick

Die Auswertung der ergangenen Rechtsprechung sowie die Analyse der Fragebogenantworten hat gezeigt, daß die der Beschleunigung im Vergabeverfahren sowie im Rahmen der Nachprüfung dienenden Fristen ihre Aufgaben weitestgehend erfüllen. Die bestehenden Fristenregelungen sind beizubehalten. Sie stellen ein effektives Mittel dar, um Investitionshemmnisse zu vermeiden. Schwierigkeiten bei der Handhabung der Zuschlags- und Bindefristen im Verfahren nach der VOB/A, VOL/A und VOF wurden überwiegend nicht gesehen.

6. Zuschlagsverbot und vorläufiger Rechtsschutz

a. Rechtliche Grundlagen und Vorgaben

Die europäischen Vergaberichtlinien heben ausdrücklich hervor, daß die Nachprüfungsinstanzen vor allem befugt sein müssen, vorläufige Maßnahmen zu treffen, um das Vergabeverfahren oder die Durchführung etwaiger Beschlüsse der Vergabebehörden auszusetzen. Ein effektiver Bieterrechtsschutz, wie ihn die Rechtsmittelrichtlinien fordern, ist nur dann gewährleistet, wenn vorläufige Maßnahmen ergriffen werden können, um den behaupteten Rechtsverstoß zu beseitigen oder weitere Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern. Gemäß den Richtlinienvorgaben gehören dazu Maßnahmen, um das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags auszusetzen oder dessen Aussetzung zu veranlassen (vgl. Art. 2 Abs. 1 a RMRL). Hingegen ist das Eintreten eines automatischen Suspensiveffekts gemäß Art. 2 Abs. 3 RMRL rein fakultativ vorgesehen.

Innerstaatlich ist in das Vergaberechtsänderungsgesetz gemäß § 115 Abs. 2 GWB dennoch mit der Zustellung des Nachprüfungsantrages an den Auftraggeber eine aufschiebende Wirkung dahingehend eingeführt worden, daß der Vergabestelle bis zum Ablauf der Beschwerdefrist eine Zuschlagserteilung nicht mehr gestattet ist. Nach der ursprünglichen Fassung des Vergaberechtsänderungsgesetzes war die Wirkung des Suspensiveffekts noch bis zum Abschluß des Beschwerdeverfahrens vorgesehen. Vor Inkrafttreten wurde dann ein mehrstufiges System eingeführt. Um den Suspensiveffekt beseitigen zu können, sehen die §§ 115 Abs. 2, 121 GWB vorläufige Rechtsschutzmöglichkeiten für den Auftraggeber vor. Nach diesen Vorschriften kann die Vergabestelle eine vorzeitige Gestattung der Zuschlagserteilung erreichen, wenn nach Abwägung aller betroffenen Interessen unter Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit und - gemäß § 121 GWB ausdrücklich - der Erfolgsaussichten der Hauptsache die Interessen an einer vorzeitigen Zuschlagserteilung überwiegen. *Vice versa* besteht für den vor der Vergabekammer unterlegenen Antragsteller im Beschwerdeverfahren gemäß § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB die Möglichkeit, eine Verlängerung der aufschiebenden Wirkung zu erwirken.

b. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis

Die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens vor den Vergabekammern steht grundsätzlich im Schutz des Zuschlagsverbots des § 115 Abs. 1 GWB. Die Gestattung einer vorzeitigen Zuschlagserteilung durch die Vergabekammer oder auch die Beschwerdeinstanz ist nach Ansicht der Rechtsprechung nur ausnahmsweise gerechtfertigt.⁸⁷ Dabei zeigt die praktische Handhabung, daß im Verhältnis zu der Gesamtzahl der primären Rechtsschutzverfahren die Anzahl der vorläufigen Rechtsschutzverfahren über die Vorabgestattung der Zuschlagserteilung verschwindend gering ist.⁸⁸ Während des Suspensiveffekts kann der Zuschlag nicht wirksam erteilt werden.⁸⁹ Im Rahmen der Zwischenverfahren bzw. der Verfahren im vorläufigen Rechtsschutz um die vorzeitige Gestattung der Zuschlagserteilung oder die Wiederherstellung und Aufrechterhaltung der aufschiebenden Wirkung sind in summarischer Prüfung stets auch die Erfolgsaussichten der Hauptsache zu berücksichtigen. Dies wird für das Verfahren vor den Oberlandesgerichten explizit in § 121 GWB vorausgesetzt.⁹⁰ Aber auch in den Verfahren über die Vorabgestattung des Zuschlags vor den Vergabekammern sind die Erfolgsaussichten der Hauptsache nach Ansicht der Rechtsprechung zu berücksichtigen.⁹¹ Neben der Prüfung der Erfolgsaussichten im Haupt-

⁸⁷ OLG Thüringen, vom 14.11.2001, VergabeR 2002, 165.

⁸⁸ Vgl. die statistischen Meldungen über Vergabenachprüfungsverfahren gemäß § 22 VgV, Stand Januar 2003. Ausweislich dieser Statistik machten die Vergabestellen vor den Oberlandesgerichten im Berichtsjahr 2001 lediglich zweimal von ihrem Antragsrecht gemäß § 121 GWB Gebrauch.

⁸⁹ OLG Düsseldorf vom 14.02.2001, NZBau 2002, 54; KG vom 19.06.1999, NZBau 2000, 262; ebenso VK Baden-Württemberg vom 24.01.2001 – 1 VK 34/00.

⁹⁰ Siehe OLG Dresden vom 11.07.2000, BauR 2000, 1640. Klarstellend für die Anträge gemäß § 118 Abs. 1 S. 3 GWB siehe OLG Schleswig-Holstein vom 04.05.2001 – 6 Verg 2/01; OLG Naumburg vom 08.11.2000 – 1 Verg 10/00.

⁹¹ Vgl. OLG Düsseldorf vom 23.08.2002 – Verg 44/02; OLG Thüringen vom 14.11.2001, VergabeR 2002, 165; OLG Celle vom 21.03.2001, VergabeR 2001, 338. Anderer Ansicht VK Bund vom 30.06.1999 – VK 2-14/99.

sacheverfahren haben die Nachprüfungsinstanzen eine Interessenabwägung vorzunehmen. Dabei sind sämtliche möglicherweise geschädigten Interessen der Beteiligten zu berücksichtigen. Verzögerungen, die durch ein möglicherweise einzuleitendes Beschwerdeverfahren eintreten, können jedoch nicht zugunsten der Eilbedürftigkeit einer Zuschlagserteilung seitens der Vergabestelle angeführt werden.⁹²

c. Auswertung der Fragebogenantworten

Auf die Möglichkeit des **Antrages auf Gestattung des Zuschlages vor den Vergabekammern** haben die wenigsten der Befragten (5 %) **verzichtet**. Ein gutes Drittel (35 %) nahm die Möglichkeit wahr und ein überwiegender Teil (60 %) machte hierzu keine Angaben. Zu beachten ist, daß diese Frage eigentlich nur an öffentliche Auftraggeber gerichtet war. Dennoch sind auch Angaben der anderen Bereiche enthalten. Lediglich die Anwälte haben zu jeweils 15 % den Verzicht bestätigt bzw. verneint und ca. 70 % enthielten sich.

Die Frage, ob trotz Erfolgsaussichten im Nachprüfungsverfahren auf die Möglichkeit der Vorabentscheidung über den Zuschlag im Verfahren vor dem **Oberlandesgericht** (§ 121 Abs. 1 GWB) verzichtet wurde, führte zu kaum wertbaren Ergebnissen. Ca. 80 % der Befragten haben hier keine oder ungültige Angaben gemacht. Lediglich 20 % der Befragten haben zum Ausdruck gebracht, daß sie bei Erfolgsaussichten im Nachprüfungsverfahren auch den Antrag auf Vorabentscheidung über den Zuschlag gestellt haben. Dieses Ergebnis ist im wesentlichen für alle Bereiche repräsentativ. Eine Ausnahme bilden nur die Anwälte, von denen etwa 15 % die Vorabentscheidung über den Zuschlag beantragt und ca. 20 % darauf verzichtet haben. Zwei Drittel (65 %) machten auch hier keine gültigen Angaben. Dieses Ergebnis stimmt mit dem Ergebnis auf die Frage überein, ob trotz Erfolgsaussichten im Nachprüfungsverfahren auf die Möglichkeit der Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde vor dem Oberlandesgericht (§ 118 Abs. 1 GWB) verzichtet wurde. Diese allein an die Auftragnehmer gerichtete Frage wurde überwiegend nicht beantwortet. Lediglich die Anwälte gaben mehrheitlich an, die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung zu beantragen (60 %), wobei sich auch hier 40 % enthielten.

d. Fazit und Ausblick

Bei der Auswertung der Fragebogenantworten wurde insbesondere ersichtlich, daß die unterschiedlichen Anwendergruppen entweder über keine Erfahrungen mit diesen Rechtsinstituten verfügen oder diese für sich selbst als nicht nutzbringend eingestuft haben. Das praktische Ergebnis wird letztlich durch die zum vorläufigen Rechtsschutz ergangene Rechtsprechung und Spruchpraxis widergespiegelt. Diese hat wiederholt den Ausnahmecharakter der Vorschriften über die vorzeitige Zuschlagsgestattung hervorgehoben und auch die Vergabekammern dazu angehalten, die Abwägung im vorläufigen Rechtsschutz nicht ohne Berück-

⁹² OLG Celle vom 17.01.2003 – 13 Verg 2/03; ebenso VK Sachsen vom 13.12.2002 – 1/SVK/109-02.

sichtigung der Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren durchzuführen. Um die Hauptsache nicht vorwegzunehmen, ergeht die Vorabentscheidung über den Zuschlag immer häufiger zusammen mit der Entscheidung im Hauptsacheverfahren.⁹³

Aufgrund der sehr geringen Inanspruchnahme des vorläufigen Rechtsschutzes durch die Befragten könnte dieser insgesamt in Frage gestellt werden. Vor dem Hintergrund, daß die Vergabekammern ohnehin grundsätzlich binnen fünf Wochen nach Eingang des Antrags eine Entscheidung treffen müssen, ist eine weitere Beschleunigung – wie die praktischen Erfahrungen der Anwender zeigen – nur in eng begrenzten Ausnahmefällen überhaupt notwendig. Diese Ausnahmesituationen können von den Vergabekammern ohne ein förmliches Eilverfahren - bei Spruchreife auch vor Ablauf der Fünf-Wochen-Frist - zeitgerecht und im Rahmen der bestehenden Vorschriften entschieden werden. In der Beschwerdeinstanz sollte die Möglichkeit einer Antragsstellung über die Vorabgestattung der Zuschlagserteilung erhalten bleiben. Gleichzeitig empfehlen wir, dem Beschwerdeverfahren grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommen zu lassen. Der Regelungsinhalt der §§ 115 Abs. 2, 3, 118, 121 GWB sollte daher diskutiert werden.

II. Prinzipien der Auftragsvergabe

1. Mittelständische Interessen

a. Rechtliche Grundlagen

Die Berücksichtigung von mittelständischen Interessen ist durch das Vergaberechtsänderungsgesetz explizit festgeschrieben. Gemäß § 97 Abs. 3 GWB sind mittelständische Interessen vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen. Auch die neuen Richtlinienvorschläge sehen bereits in den Erwägungsgründen die besondere Berücksichtigung mittelständischer Interessen vor. In den Vergabe- und Verdingungsordnungen ist die losweise Vergabe für umfangreiche Leistungen als Sollvorschrift aufgenommen worden.⁹⁴ Für den Bereich der Lieferleistungen gilt es, mittelständische Interessen durch die Vergabe von Unteraufträgen zu gewährleisten.⁹⁵ Der Förderung des Mittelstandes wird darüber hinaus durch den bei der Vergabe von Bauleistungen zu beachtenden Grundsatz der Selbstaussführung Genüge getan.

b. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis

Ausdrücklich diskutiert die Rechtsprechung und Spruchpraxis die Förderung mittelständischer Interessen allein im Rahmen der losweisen Vergabe gemäß § 97

⁹³ So die Entscheidung des BayObLG vom 13.08.2001, VergabeR 2001, 402; ebenso OLG Celle vom 13.03.2002 - 13 Verg 4/02.

⁹⁴ Vgl. § 4 VOB/A, § 5 VOL/A.

⁹⁵ § 10 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A.

Abs. 3 GWB und den entsprechenden Bestimmungen der Vergabe- und Verdingungsordnungen. Für die Aufteilung ausgeschriebener Leistungen in Lose hat die höchstrichterliche Rechtsprechung klargestellt, daß der Förderaspekt allein darin liegt, daß KMU durch Losbildung der Zugang zu Ausschreibungsverfahren ermöglicht wird.⁹⁶ Der BGH hat in seiner Entscheidung weiter klargestellt, daß die allgemeine wirtschaftspolitische Erwägung, KMU zu fördern, in der Vergabeentscheidung selbst keine Berücksichtigung finden darf.⁹⁷ Seiner Funktion entsprechend, die Chancengleichheit unter den Bewerbern zu sichern, läßt das Vergaberecht nur die Berücksichtigung solcher Umstände bei der Entscheidung über den Zuschlag zu, die den durch die Vergabe bezeichneten Bedarf und den Inhalt der zur Deckung dieses Bedarfs abgegebenen Gebote betreffen.⁹⁸

Ein Anspruch auf Aufteilung in Lose besteht nach Ansicht der Rechtsprechung nicht grenzenlos. Insbesondere ist eine Aufteilung in Lose nicht bereits dann zwingend, wenn diese technisch möglich ist. Die Aufteilung in Lose muß auch wirtschaftlich sein.⁹⁹ Die VK Bund führt in ihrem Beschluß ferner aus, daß mittelständische Interessen im Sinne des § 97 Abs. 3 GWB bereits durch die Teilnahmemöglichkeit für Mittelständler in Bietergemeinschaften oder als Subunternehmer ausreichende Berücksichtigung finden.¹⁰⁰

Eine eindeutige und klar abgrenzbare Definition der im Bereich der Bauvergaben eine Gesamtvergabe gemäß § 4 VOB/A rechtfertigenden wirtschaftlichen und technischen Gründe ist durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis bis heute nicht vorgenommen worden. Vielmehr zieht sich die Spruchpraxis auf die beispielhafte Nennung auslegungsbedürftiger Kriterien, die als Gründe dienen können, zurück.¹⁰¹ Auch bei Vergaben nach der VOL/A hat die Rechtsprechung keine eindeutige Definition vorgenommen, wann nach Art und Umfang der Leistung gemäß § 5 VOL/A eine Aufteilung in Lose zweckmäßig ist.

Für die Vergabe von Bauleistungen gilt darüber hinaus der Grundsatz der Selbstausführung. Gemäß § 8 Nr. 2 VOB/A ist für die Teilnahme am Vergabeverfahren nur der Bieter geeignet, der gewerbsmäßig Bauleistungen ausführt. Nach der vergaberechtlichen Rechtsprechung ist anerkannt, daß neben dem selbstausführenden Anbieter auch der Generalunternehmer dann an der Ausschreibung teilnehmen kann, wenn er jedenfalls wesentliche Teile der von ihm übernommenen

⁹⁶ Bereits BGH vom 17.02.1999, ZVgR 1999, 105; im Anschluß daran VK Bund vom 01.02.2001, VergabeR 2001, 143; VK Baden-Württemberg vom 16.11.2001 – 1 VK 39/01.

⁹⁷ BGH vom 17.02.1999, ZVgR 1999, 105.

⁹⁸ BGH vom 17.02.1999, ZVgR 1999, 105. Siehe ferner dazu die durch den Europäischen Gerichtshof ergangenen Entscheidungen zum Thema vergabefremde Kriterien, EuGH vom 17.09.2002 („Concordia Bus“), VergabeR 2002, 593; EuGH vom 26.09.2000 („Calais“), NZBau 2000, 584.

⁹⁹ VK Bund vom 01.02.2001, VergabeR 2001, 143.

¹⁰⁰ VK Bund vom 01.02.2001, VergabeR 2001, 143.

¹⁰¹ Die VK Bund vom 01.02.2001, VergabeR 2001, 143, nennt als wirtschaftliche Gründe, die eine Gesamtvergabe rechtfertigen können, z. B. die gemeinsame Nutzung von Betriebseinrichtungen sowie höhere Kosten durch Bauzeitverzögerungen bei getrennter Vergabe. Darüber hinaus sei als wirtschaftlicher Aspekt für eine Gesamtvergabe auch zu berücksichtigen, daß bei einer Einzellosvergabe die gesamte Koordination einschließlich der Risiken, die aus unterschiedlichen Schnittstellen der beteiligten Unternehmen entstehen, beim Auftraggeber verbleiben.

Bauleistungen selbst ausführt.¹⁰² Im Gegensatz hierzu steht jedoch der Generalübernehmer, der die Bauausführung vollständig in die Hände von Nachunternehmern legt und sich allein auf die Vermittlung, Koordination und Überwachung der Bauleistungen beschränkt.¹⁰³ Wann eine den Grundsatz der Selbstaussführung verletzende Überschreitung der Vergabe an Nachunternehmer vorliegt, wird von der Rechtsprechung und Spruchpraxis für den jeweiligen Einzelfall entschieden.¹⁰⁴

Auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH in der „*Ballast Nedam Groep II*“-Entscheidung ist auch in der nationalen Rechtsprechung und Spruchpraxis die Frage aufgeworfen worden, inwieweit das Verbot der Generalübernehmervergaben in europaweiten Ausschreibungen durchgesetzt bleiben kann.¹⁰⁵ Der Europäische Gerichtshof urteilte dahingehend, daß einem Bieter dann die Teilnahme an einem Ausschreibungsverfahren nicht verwehrt werden kann, wenn er die Leistung zwar nicht selbst ausführt, jedoch nachweisen kann, daß die juristischen Personen, mit denen er rechtlich konzernverbunden ist, tatsächlich über zur Ausführung der Aufträge erforderlichen Mittel verfügen.¹⁰⁶ Dieser Rechtsprechung hat sich auch die nationale Rechtsprechung angeschlossen, so daß der Ausschluß von Generalübernehmern insoweit Einschränkungen unterliegt, als die Bauleistungen in hinreichendem Umfang von konzernverbundenen Unternehmen ausgeführt werden und dies bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nachgewiesen wird.¹⁰⁷

c. Auswertung der Fragebogenantworten

Eine Mittelstandsfreundlichkeit der Vergaberegeln erkannte nur ein Viertel aller Befragten. 30 % verneinten eine **mittelstandsfreundliche Wirkung**, wobei 45 % hierzu keine Angaben machten. Deutlich kritisch äußerten sich die KMU. Über die Hälfte sprach dem Gesetz eine mittelstandsfreundliche Wirkung ab, wobei auch hier 20 % keine Angaben machten. Am deutlichsten stimmten die Bauunternehmer gegen die Mittelstandsfreundlichkeit des Gesetzes: nur ein Zehntel der Befragten sah sie gegeben, drei Viertel nicht. Dieses Ergebnis ist mit dem der Auftragsberatungsstellen identisch. Das Für und Wider der Verbände zur Mittelstandsfreundlichkeit drückte sich mit jeweils 40 % (bei 20 % Enthaltungen) aus. Die Anwälte sahen die Mittelstandsfreundlichkeit zu einem Drittel als gegeben und zu zwei Dritteln als nicht gegeben an. Die Hälfte der Vergabekammern ist von der Mittelstandsfreundlichkeit überzeugt, während dies etwa 20 % nicht sind.

¹⁰² OLG Düsseldorf vom 05.07.2000, NZBau 2001, 106.

¹⁰³ OLG Düsseldorf vom 05.07.2000, NZBau 2001, 106; VK Köln vom 14.05.2001 – VK 04/2001.

¹⁰⁴ Siehe zunächst OLG Frankfurt/Main vom 16.05.2000 („Kläranlage“), NZBau 2001, 101. Im Anschluß OLG Bremen vom 20.07.2000, BaurR 2001, 94; VK Bund vom 01.03.2002 – VK 1-3/02. Zuletzt VK Nordbayern vom 06.02.2003 – 320.VK-31 94-01/03.

¹⁰⁵ Siehe dazu zunächst EuGH vom 18.12.1997 („Ballast Nedam Groep II“), Rs. C-5/97, Tz. 14.

¹⁰⁶ EuGH vom 18.12.1997 („Ballast Nedam Groep II“), Rs. C-5/97, Tz. 14.

¹⁰⁷ KG vom 22.08.2001, NZBau 2002, 402; OLG Düsseldorf vom 05.07.2000, NZBau 2001, 106; OLG Frankfurt/Main vom 16.05.2000 („Kläranlage“), NZBau 2001, 101.

Die Angaben wurden ausführlich begründet. Für KMU ergeben sich danach insbesondere nachfolgende **Schwierigkeiten**: Der zeitliche und finanzielle Aufwand, auch für öffentliche Ausschreibungen, sei zu hoch. Darüber hinaus fehle es an juristischer Erfahrung, ausreichendem Personal und entsprechender Schulung. Überdies würden ständige und teils undurchsichtige Gesetzesänderungen zu entsprechendem Schulungsbedarf führen. Die mangelnde Kenntnis der Verfahren und die zum Teil überfordernden mittelstandsfeindlichen Ausschreibungsunterlagen führten zudem zu Fehlern in der Angebotserstellung. Größere Unternehmen seien den KMU gegenüber im Vorteil, weil sie eine größere Finanzdecke und ungleich mehr ausgebildetes Personal hätten, Vorfinanzierungen besser leisten und den Verwaltungsaufwand eher bewältigen könnten. Zudem drängen Informationen in aller Regel nur dorthin durch. Dadurch betrieben sie – wie auch durch Dumpingpreise – einen immer härter werdenden Verdrängungswettbewerb. Darüber hinaus würden Vergabeentscheidungen zunehmend qualitätsunabhängig als reine Preisentscheidungen getroffen. In gesamteuropäischer Hinsicht sehen sich die KMU ebenfalls benachteiligt. Oftmals sei lediglich das Bundesausschreibungsblatt, nicht aber das Amtsblatt der EU bekannt. Verbunden mit komplizierten Vergaberegeln führe dies zu einer Dominanz EG- oder weltweit operierender Konzerne, die sich aufgrund besserer Vernetzung an unterschiedlichen Ausschreibungsverfahren unterschiedlicher Länder beteiligen könnten.

Zur **Abhilfe** dieser Probleme schlugen die Befragten einen deutlichen Abbau der unübersichtlichen Vorschriften vor sowie Vereinfachungen bei Vordrucken, Arbeitsanleitungen, Verfahren und Ausschreibungen – vor allem unterhalb der Schwellenwerte. Auch die Vergaben oberhalb des Schwellenwerts sollten vermehrt in Fach- und Teillosen erfolgen. Darüber hinaus forderten die Anwender eine stärkere fachliche Informationspolitik, ein besseres Schulungsangebot sowie bessere Qualifikationen der Vergabestellen. Sektorenauftraggeber sollten aus dem Anwendungsbereich der Vergabeschriften herausgenommen werden.

d. Fazit und Ausblick

Als Ergebnis der Auswertung und Analyse halten wir fest, daß die Vergaberegeln insgesamt als unübersichtlich und uneinheitlich angesehen werden. Die vergaberechtlichen Anwendergruppen betonen, daß eine Handhabung des Vergaberechts bereits deshalb als schwierig empfunden wird, weil die Vielzahl der einzuhaltenen oder möglicherweise anzuwendenden Vorschriften nicht überblickt werden könne. Auch die Entwicklung der Rechtsprechung und Spruchpraxis zeigt wenig eindeutige Vorgaben auf.

Eine Vereinheitlichung und damit die Schaffung größtmöglicher Übersichtlichkeit könnte durch einen **Wegfall des Kaskadenprinzips**, der ausdrücklich befohlen wird, erreicht werden.¹⁰⁸ Mit der Schaffung eines einheitlichen Vergabegesetzes unter teilweiser Integration verschiedener Vorschriften der bestehen-

¹⁰⁸ Zum Kaskadenprinzip siehe ausführlich C III 1.

den Vergabeverordnung (beispielsweise §§ 13, 16 VgV¹⁰⁹) und einer zugehörigen neuen Vergabe(ver)ordnung, die die bisherigen Vergabe- und Verdingungsordnungen umfaßt, gilt es transparente und anwenderfreundliche Bestimmungen auszugestalten, die auch für den Mittelstand Anreize zur Beteiligung an Ausschreibungsverfahren enthalten. Im übrigen würde auch eine Abschaffung der uneinheitlichen Landesvergabegesetze einer fortschreitenden Zersplitterung des Vergaberechts entgegenwirken. Weitere rechtliche und insbesondere verfassungsrechtliche Ausführungen würden jedoch den Umfang des Auftrags sprengen.

Über die Vereinheitlichung vergaberechtlicher Vorschriften hinaus sollten jedoch auch in materiell-rechtlicher Hinsicht weitere Maßnahmen ergriffen werden, um die Förderung mittelständischer Interessen angemessen zu berücksichtigen.

Zum einen gilt es den **Grundsatz der losweisen Vergabe** zu stärken. Die Auswertung der vergaberechtlichen Rechtsprechung und Spruchpraxis hat gezeigt, daß eine rechtssichere und effektive Handhabung des Grundsatzes der losweisen Vergabe nur dadurch gewährleistet ist, daß dieser in den Voraussetzungen und Ausnahmen klar und eindeutig bestimmt wird. Es gilt daher die Bestimmungen in den Vorschriften nachzubessern. Insbesondere sind die Ausnahmen vom Grundsatz der losweisen Vergabe - wie beispielsweise die Begriffe „wirtschaftliche und technische Gründe“ gemäß § 4 Nr. 3 VOB/A - zu präzisieren.

Zum anderen gilt es den für die Vergabe von Bauleistungen bestehenden **Grundsatz der Selbstaussführung** gemäß § 8 Nr. 2 VOB/A zu stärken. Eine solche Stärkung ist dadurch zu erreichen, daß bereits die Bekanntmachungen und die Bewerbungsbedingungen auf das Gebot der Selbstaussführung hinweisen. Den Bietern ist darin aufzugeben, daß diese für den Fall eines beabsichtigten Nachunternehmereinsatzes bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe dessen Art und Umfang, die Namen der Nachunternehmer sowie sämtliche Eignungsnachweise dieser Nachunternehmer beizubringen haben.

Die Ermittlung des **wirtschaftlichsten Angebots** muß bei der Zuschlagsentscheidung im Vordergrund stehen. Dies entspricht auch den Forderungen der Befragten, die vielfach eine pure Preisdominanz bei den Entscheidungen der Vergabestellen kritisieren. Auch die europäischen Richtlinienvorschläge über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge sehen die Notwendigkeit der Anwendung von Zuschlagskriterien, die durch den Auftragsgegenstand begründet sind (z. B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist), vor. Diese seien bereits in den Ausschreibungsunterlagen transparent zu gewichten. Die bestehenden nationalen Vergabevorschriften sehen schon jetzt eine Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot unter Anwendung von leistungsbezogenen Zuschlagskriterien vor. Wir schlagen vor, die Notwendigkeit der Angabe der Gewichtung von Zuschlagskriterien sowie deren Einhaltung bei Wertungsentscheidungen konsequent sicherzustellen.

¹⁰⁹ Vgl. zum Neutralitätsgebot ausführlich C II 5.

Es wird ferner klargestellt, daß § 25 Nr. 3 VOB/A, § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A, das heißt der Grundsatz der **Auskömmlichkeit der Preise**, für den Mittelstand nicht instrumentalisiert werden darf. Die Auskömmlichkeit der Preise zu garantieren stellt kein Ziel eines sachgerechten haushalterisch zu verantwortenden „Einkaufens“ dar.¹¹⁰ Weder dem öffentlichen Auftraggeber noch dem Bieter ist es verwehrt, auch sogenannte Unterkostenpreise zu akzeptieren. Grenze ist die mögliche Gefährdung der Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen des Bieters/Auftragnehmers.

2. Transparenz und Dokumentation im Vergabeverfahren

a. Rechtliche Grundlagen und Vorgaben

Die Transparenz im öffentlichen Auftragswesen ist vorrangiges Ziel der europäischen Vergaberichtlinien. Danach setzt die Verwirklichung des gemeinschaftsweiten Wettbewerbs im öffentlichen Auftragswesen eine beträchtliche Verstärkung der Garantien im Bereich der Transparenz und der Nichtdiskriminierung voraus. Auf dem Grundsatz transparenter Vergaben basiert die Mehrzahl der vergaberechtlichen Bestimmungen. Ausdrücklich ist der Transparenzgrundsatz durch das Vergaberechtsänderungsgesetz in § 97 Abs. 1 GWB aufgenommen worden. Der Gesetzgeber macht den vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit der Bestimmung über transparente und im Wettbewerb durchgeführte Vergaben auf und mißt diesem damit eine hohe Bedeutung zu.¹¹¹ Auch die materiellen vergaberechtlichen Bestimmungen werden durch den Transparenzgrundsatz maßgeblich geprägt. So ist der Auftraggeber zur Dokumentation sämtlicher Vergabeentscheidungen in einem Vergabevermerk verpflichtet.¹¹² Mit der Einführung des Akteneinsichtsrechts gemäß § 111 GWB durch das Vergaberechtsänderungsgesetz ist der ordnungsgemäßen und vollständigen Erstellung des Vermerks über die Vergabe eine verstärkte Bedeutung zugekommen.

b. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis

Die Verwirklichung des vergaberechtlichen Diskriminierungsverbotes erfordert ein Mindestmaß an Transparenz, weil ansonsten eine Überprüfung und damit eine Durchsetzung dieses Gleichbehandlungsgebots unmöglich wäre.¹¹³ Das Thema Transparenz wird in der vergaberechtlichen Rechtsprechung und Spruchpraxis vornehmlich anhand der auftraggeberseitigen Dokumentationspflicht diskutiert. Zahlreiche, insbesondere erstinstanzliche, Beschlüsse beschäftigen sich

¹¹⁰ Vgl. zur Auskömmlichkeit der Preise BGH vom 11.07.2001, NZBau 2001, 547. Ferner die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung OLG Düsseldorf vom 17.06.2001, NZBau 2002, 626; OLG Celle vom 08.11.2001, VergabeR 2002, 176; BayObLG vom 12.09.2000, VergabeR 2001, 65; OLG Rostock vom 10.05.2000 – 17 W 3/00; OLG Thüringen vom 22.12.1999, BauR 2000, 396; OLG Celle vom 30.04.1999, NZBau 2000, 105.

¹¹¹ Vgl. die Begründung zum Gesetzesentwurf, BT-Drucks. 13/93 40, Seite 13.

¹¹² Vgl. § 30 VOB/A, § 30 VOL/A, § 18 VOF.

¹¹³ EuGH vom 18.10.2001, VergabeR 2002, 31; OLG Brandenburg vom 03.08.1999 („Flughafen Schönefeld“), NZBau 2000, 39.

mit der exakten inhaltlichen Ausgestaltung der Vermerke über die Entscheidungen im Vergabeverfahren.¹¹⁴ Im wesentlichen ist durch die vergaberechtliche Rechtsprechung herausgearbeitet worden, daß der zwingend erforderliche Vergabevermerk in nachvollziehbarer Weise die Beweggründe der auftraggeberseitigen Entscheidungen wiedergeben muß.¹¹⁵ Die Analyse der Rechtsprechung zeigt, daß die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen den Vergabestellen wiederholt die Notwendigkeit einer lückenlosen und nachvollziehbaren Dokumentation vor Augen zu führen hatten, um die Durchsetzung effektiven Rechtsschutzes zu gewährleisten.

c. Auswertung der Fragebogenantworten

Hinsichtlich des **Ablaufs des Vergabeverfahrens** sahen die Gesamtbefragten überwiegend mehr Transparenz (55 %), 30 % jedoch nicht, bei 15 % Enthaltungen. Auffällig ist, daß ein Großteil des Lieferbereiches mit 60 % gegenüber 20 % (und derselben Menge Enthaltungen) mehr Transparenz erkennt. Im Bereich der Bauleistungen sahen sogar ca. 80 % der Befragten mehr Transparenz. Hier ist jedoch einmal mehr auf die deutliche Übereinstimmung mit den Antworten der Auftragsberatungsstellen hinzuweisen. Unentschieden blieb die Gruppe der KMU, die mit 45 % mehr Transparenz annahmen, zu 35 % jedoch nicht. Drei Viertel der Anwälte befanden den Ablauf des Vergabeverfahrens für durchsichtiger, ca. 20 % für undurchsichtiger. Nahezu völlig transparent gestalten sich die Vergabeverfahrensabläufe nunmehr für die Vergabekammern: 85 % beantworteten die Frage mit Ja, lediglich 10 % mit Nein.

Deutlich fiel das Ergebnis bei der Frage aus, ob hinsichtlich der **Nachvollziehbarkeit der Vergabeentscheidung** mehr Transparenz geschaffen wurde. Die Gesamtheit der Befragten gab mehrheitlich an, daß mehr Transparenz geschaffen wurde (ca. 60 %). Noch deutlicher zeigt sich das Ergebnis bei der Befragung der Vergabekammern, die zu 80 % mehr Transparenz hinsichtlich der Nachvollziehbarkeit der Vergabeentscheidungen sahen. Aus den unterschiedlichen Bereichen der Unternehmen fällt allein das Ergebnis der Dienstleistungsunternehmer auf, weil sich diese zu jeweils annähernd 50 % für und gegen das Erreichen von mehr Transparenz im Hinblick auf die Nachvollziehbarkeit von Vergabeentscheidungen aussprechen.

Mehr Transparenz hinsichtlich der Auftragschancen besteht hingegen nur laut einem Viertel der Gesamtbefragten, die Hälfte der Anwender hat diese nicht gesehen. Innerhalb der Unternehmensbereiche erkannten ca. 35 % der Lieferunternehmen mehr Transparenz, etwa 40 % hingegen nicht, bei ca. 25 % Enthaltungen. Bei den Bauunternehmen erkannten überwiegende 55 % mehr Transparenz,

¹¹⁴ Vgl. beispielsweise VK Nordbayern vom 23.01.2002 – 320.VK-31 94-44/02; VK Magdeburg vom 09.07.2002 – VK-OFD LSA-03/02; VK Lüneburg vom 31.05.2002 – 203-VgK-09/02; VK Leipzig vom 08.01.2002 – 1/SVK/132-01; VK Darmstadt vom 12.09.2001 – 69d-VK-30/01.

¹¹⁵ OLG Brandenburg vom 03.08.1999, NZBau 2000, 39; BayObLG vom 12.09.2000, VergabeR 2001, 65; VK Lüneburg vom 31.05.2002 – 203-VgK-09/02; OLG Brandenburg vom 16.09.2002 – 1 Verg 02/02; VK Sachsen vom 05.11.2002 – 1/SVK/096-02.

ca. 40 % nicht. Durchsichtigere Auftragschancen bestätigten auch 55 % der Vergabekammern, ca. 20 % halten sie für undurchsichtig bei einem Viertel Enthaltungen.

d. Fazit und Ausblick

Die Vorschriften über die Transparenz und die Dokumentation im Vergabeverfahren sind Beispiel dafür, daß die Regelungsdichte im öffentlichen Auftragswesen positive Ergebnisse hervorbringt. So wird auch von den unterschiedlichen Anwendergruppen hinsichtlich des Ablaufs im Vergabeverfahren und der Nachvollziehbarkeit von Vergabeentscheidungen das Vorliegen von mehr Transparenz bejaht. Um die Durchsetzung effektiven Rechtsschutzes zu gewährleisten, ist die Dokumentationspflicht im Vergabeverfahren weiterhin zu vertiefen. Inhalt des Vergabevermerks muß neben der Dokumentation der Entscheidungen im Vergabeverfahren auch deren Herleitung, das heißt die für die Entscheidung maßgeblichen und in die Abwägung aufgenommenen Umstände, sein.¹¹⁶ Eine Durchsetzung der Transparenz muß durch ein effektives Recht auf Akteneinsicht gewährleistet werden. Grenze der Transparenz ist der bei den Vergaben geltende Geheimwettbewerb.¹¹⁷

Begrüßenswert ist die in dem Richtlinienvorschlag über die Koordinierung von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge vorgesehene Bestimmung über den Inhalt der Vergabevermerke, Art. 43 des Richtlinienvorschlags. Darin schreibt der europäische Richtliniengeber zunächst einen Mindestinhalt vor. Auf nationaler Ebene sollten über diesen Mindestinhalt hinaus die konkreten Dokumentationspflichten festgeschrieben werden.

3. Stärkung des Wettbewerbs

a. Rechtliche Grundlagen und Vorgaben

Die Stärkung des Wettbewerbs ist erklärtes Ziel der vergaberechtlichen Richtlinien und deren Umsetzung im Vergaberechtsänderungsgesetz. Die Bedeutung des Wettbewerbsgrundsatzes hat der Gesetzgeber dadurch deutlich gemacht, daß dieses Prinzip bereits einleitend in § 97 Abs. 1 GWB aufgeführt ist. Die Stärkung des Wettbewerbs ist damit Leitlinie der gesamten Vergabebestimmungen und der europäischen Vorgaben. Die Einführung der Vergaberichtlinien basiert zunächst auf der Verwirklichung des gemeinsamen im Wettbewerb stehenden Binnenmarkts.

b. Auswertung der Fragebogenantworten

Für 35 % der Befragten herrscht seit Inkrafttreten des VgRÄG **mehr Wettbe-**

¹¹⁶ Vgl. bspw. § 9 Nr. 10 VOB/A, wonach die Abwägung aller Umstände für die Entscheidung maßgebend ist.

¹¹⁷ Zum Akteneinsichtsrecht siehe ausführlich C.I.3.

werb, für etwa 50 % nicht. Dabei ist ein Unterschied zwischen Auftraggebern und Unternehmen zu erkennen. Nur ca. 30 % der Auftraggeber sahen mehr, der überwiegende Teil (ca. 60 %) weniger Wettbewerb. Die Unternehmer sahen hingegen zu ca. 50 % mehr Wettbewerb, 40 % verneinten dies. Auffällig ist dabei, daß nur ca. 40 % der KMU mehr Wettbewerb sahen, während über die Hälfte (55 %) dies bestritt. Noch abweichender fiel die Einschätzung der Bauunternehmen aus: annähernd zwei Drittel (65 %) sahen mehr Wettbewerb, nur ca. 20 % haben dies verneint. Dieses Ergebnis ist wiederum identisch mit den Angaben der Auftragsberatungsstellen. Besonders gegenläufig fiel die Beurteilung der Anwälte aus, die zu drei Vierteln mehr Wettbewerb ausmachten, während ca. 20 % dies nicht erkennen konnten. Auch hinsichtlich der Frage, ob durch die Einführung des vergaberechtlichen **Primärrechtsschutzes** oberhalb der Schwellenwerte mehr Wettbewerb zu beobachten ist, ist ein eindeutiges Ergebnis nicht erzielt worden. Zwar gab die Gesamtheit der Befragten mit ca. 60 % an, daß durch den vergaberechtlichen Primärrechtsschutz ein Mehr an Wettbewerb nicht ersichtlich sei. Repräsentativ für die Unentschlossenheit der unterschiedlichen Anwendergruppen ist jedoch letztlich das Ergebnis der Verbände, wonach 40 % sich gegen die Entstehung von mehr Wettbewerb durch die Einführung des Primärrechtsschutzes aussprachen, hingegen bejahten 30 % die Entstehung von mehr Wettbewerb, bei ebenso vielen Enthaltungen.

Zusätzliche inländische Anbieter als Grund für mehr Wettbewerb hat ein nur geringer Teil aller Befragten (20 %) angegeben, allerdings haben drei Viertel keine Angaben gemacht. Dieses Ergebnis entspricht den Angaben der Auftraggeber. Für die Unternehmen, Verbände und Anwälte wurde der Wettbewerb zu 30 % durch weitere inländische Anbieter belebt, der überwiegende Teil (ca. 60 %) enthielt sich. Die Vergabekammern bejahten dies zu ca. 45 %, ca. 55 % machten keine Angaben. Die Angaben der Bauunternehmen sind wiederum mit denen der Auftragsberatungsstellen identisch: ca. 65 % bejahten mehr Wettbewerb durch **zusätzliche nationale Anbieter**, ca. 35 % machten keine Angaben. Mehr Wettbewerb durch **zusätzliche ausländische Anbieter** wurde ebenfalls kaum ausgemacht. Nur jeweils 10 % der Gesamtbefragten haben dies bejaht bzw. verneint, der Großteil (80 %) hat auf diese Frage nicht geantwortet.

Mehr Wettbewerb durch intensivere **Preis-Leistungs-Konkurrenz** sahen insgesamt ca. 30 % der Befragten, ca. 5 % haben dies verneint und ca. 65 % keine Angaben gemacht. Von den Unternehmen sahen ca. 40 % dies als Ursache für mehr Wettbewerb an, nur ca. 5 % haben dies verneint und ca. 55 % keine Angaben gemacht. Von den Verbänden, Anwälten und Vergabekammern bestätigte etwa die Hälfte diese Vermutung, ca. 5 % bestritten sie und ca. 45 % haben keine Angaben gemacht. Auf die Frage nach weiteren Gründen wurde ausgeführt, daß die intensivere Preis-Leistungs-Konkurrenz und die erhöhte Anzahl der Anbieter nicht auf das Vergaberechtsänderungsgesetz zurückzuführen sei, sondern dies eine Folge des Rückgangs der Bautätigkeit darstelle. Festgestellt wurde aber auch eine sinkende Leistungsqualität durch Billiganbieter. Außerdem wurde angeführt, daß die Vergabegrundsätze gemäß § 97 GWB keine neuen Sachverhalte darstellten, sondern diese Regelungsinhalte über die Verdingungsordnungen bereits in

der Vergangenheit von den auftragerteilenden Dienststellen beachtet wurden. Ein Verband brachte zum Ausdruck, daß aufgrund objektiver Bedingungen einerseits mehr Bereitschaft zur Teilnahme am Wettbewerb bestehe, andererseits jedoch unterhalb der EU-Schwellenwerte eine Abnahme der Teilnahmebereitschaft zu beobachten sei, da viele Vergabestellen meinten, dann keiner Kontrolle zu unterliegen.

c. Zusammenfassung

Die Auswertung der Fragebogenantworten zeigt, daß die Fragen bezüglich einer Stärkung des Wettbewerbs nach Inkrafttreten des Vergaberechtsänderungsgesetzes von den Anwendern nicht festgestellt wurde. Die vorrangig bemängelte Bürokratisierung ist letztlich auch auf die Umsetzung zwingender Vorgaben zur Verwirklichung des gemeinsamen Marktes zurückzuführen.

4. Wirtschaftlichkeit und zusätzliche Vergabekriterien

a. Rechtliche Grundlagen und Vorgaben

Nach den EG-Vergaberichtlinien ist vorgesehen, daß das für die Auftragsvergabe maßgebende Kriterium entweder ausschließlich der niedrigste Preis oder das wirtschaftlich günstigste Angebot ist. Für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit können von Auftrag zu Auftrag unterschiedliche Kriterien aufgestellt und bewertet werden. Gemäß § 97 Abs. 5 GWB wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Dabei soll für die Zuschlagsentscheidung grundsätzlich nicht allein der niedrigste Preis entscheidend sein, sondern das Angebot, das unter Berücksichtigung aller im konkreten Fall wesentlichen und zuvor angegebenen Aspekte das beste Preis-Leistungs-Verhältnis bietet.¹¹⁸

b. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis

Im Rahmen der Frage der Wirtschaftlichkeit hatte sich die Rechtsprechung und Spruchpraxis wiederholt mit der Bedeutung einerseits des Preises und darüber hinaus mit der Bestimmung zulässiger Zuschlagskriterien in Abgrenzung sogenannter vergabefremder Kriterien zu befassen. Grundsätzlich bestimmt sich die Wirtschaftlichkeit eines Angebots nach der günstigsten Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den einzusetzenden Mitteln.¹¹⁹ Bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit hat die Vergabestelle nur die in den Verdingungsunterlagen bzw. in der Bekanntmachung genannten Kriterien zu berücksichtigen.¹²⁰ In die Wirtschaftlichkeitsentscheidung dürfen dementsprechend keine Eignungskrite-

¹¹⁸ Siehe bereits die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 13/93 40, Seite 14.

¹¹⁹ OLG Stuttgart vom 12.04.2000 – 2 Verg 3/00.

¹²⁰ BayObLG vom 12.09.2000, VergabeR 2001, 65; bereits BGH vom 26.10.1999, NZBau 2000, 35.

rien mehr fallen, die zu einer unzulässigen Vermengung der Wertungsstufen führen.¹²¹

Der Preis ist bei der Zuschlagsentscheidung erst dann entscheidend, wenn die Angebote sonst inhaltlich übereinstimmen.¹²² Dies bedeutet jedoch nicht, daß dem Preis ansonsten eine völlig untergeordnete Rolle zukommen darf. Vielmehr hat bereits die höchstrichterliche Rechtsprechung klargestellt, daß insbesondere dann, wenn bei der Durchführung des Vorhabens auch öffentliche Mittel Verwendung finden, deren Einsatz die ausschreibende Stelle zu höchstmöglicher sparsamer und effektiver Verwendung bereits haushaltsrechtlich verpflichtet, dem Preis eine besondere Bedeutung zukommt.¹²³ In dem zwischen Preis und Leistung zu bestimmenden Proportionsverhältnis ist dem Preis ein Wertungsanteil in Höhe von mindestens 30 % einzuräumen.¹²⁴

Kriterien für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der angebotenen Leistung sind leistungsbezogen auszuwählen. Eine Bevorzugung von Bietern nach dem Kriterium „bekannt und bewährt“ scheidet mithin selbstverständlich aus.¹²⁵ Als zulässig wurden hingegen leistungsbezogene Umweltaspekte beurteilt.¹²⁶ Darüber hinaus hat der EuGH eine mit dem Kampf gegen die Arbeitslosigkeit zusammenhängende Bedingung als zulässiges Kriterium anerkannt, wenn diese Bedingung die wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das Diskriminierungsverbot, beachtet.¹²⁷ Die Abgabe einer Tariftreueerklärung bleibt jedoch weiterhin als Vergabekriterium umstritten.¹²⁸

c. Auswertung der Fragebogenantworten

Die Skepsis hinsichtlich einer Verbesserung des Einkaufs im Bezug auf mehr Wettbewerb wiederholt sich bei der Frage nach mehr Wirtschaftlichkeit. Verbesserungen in der Wirtschaftlichkeit des Einkaufes sahen insgesamt nur ca. 15 % der Befragten, ca. 50 % haben dies nicht feststellen können und etwa 35 % haben sich enthalten.

Die Wirkung von zusätzlichen Eignungs- und Vergabekriterien (z. B. Frauenförderung) wurde auf die Entstehung zusätzlicher Kosten und die Wirkung als Marktzutrittsschranke untersucht. Dabei hat sich folgendes Ergebnis gezeigt:

¹²¹ Instruktiv EuGH vom 18.10.2001, NZBau 2001, 693. KG vom 18.07.2002, IBR 2002, 65; zuletzt auch ausführlich VK Thüringen vom 30.08.2002 – 216-4003.20-045/02.

¹²² Ausdrücklich OLG Thüringen vom 27.02.2002, VergabeR 2002, 419.

¹²³ BGH vom 26.10.1999, NZBau 2000, 35.

¹²⁴ Ausdrücklich OLG Dresden vom 05.01.2001, VergabeR 2001, 41.

¹²⁵ BGH vom 16.10.2001, NZBau 2002, 107.

¹²⁶ EuGH vom 17.09.2002 („Concordia Bus“), VergabeR 2002, 593.

¹²⁷ EuGH vom 26.09.2000 („Calais“), NZBau 2000, 584.

¹²⁸ BGH vom 18.01.2000, NZBau 2000, 189; zuletzt VK Sachsen vom 16.07.2002 – 1/SVK/061-02. Der BGH hat die Frage aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken an das Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorgelegt. Eine Entscheidung steht noch aus.

Laut 35 % der Gesamtanwender entstehen zusätzliche Kosten, ca. 45 % sahen sie nicht als Wirkung und etwa 20 % haben sich der Stimme enthalten. Die Auftraggeber befanden zu ca. 30 %, daß sich zusätzliche Kriterien auf die Kosten auswirken, die Hälfte jedoch nicht. Dies entspricht im wesentlichen den Angaben der Unternehmen. Die Vergabekammern sahen zu ca. 50 % zusätzliche Kosten durch zusätzliche Eignungs- und Vergabekriterien, ca. 25 % verneinten dies. Hingegen wurde von den Auftragsberatungsstellen und den Bauunternehmen die Entstehung zusätzlicher Kosten zu ca. 70 % angegeben, während dies jeweils 15 % verneinten oder keine Angaben machten.

Marktzutrittsschranken als Wirkung zusätzlicher Eignungs- und Vergabekriterien sahen insgesamt nur ca. 25 % der Befragten, etwa die Hälfte nicht und ca. 25 % enthielten sich. Wesentliche Unterschiede ergeben sich jedoch zwischen dem Bau-, dem Liefer- und dem Dienstleistungsbereich. Innerhalb des Lieferbereichs werden die Entstehung von Marktzutrittsschranken durch zusätzliche Eignungs- und vergabefremde Kriterien mit jeweils 40 % bejaht und verneint, wobei sich erneut ca. 20 % enthalten. Hingegen sahen im Bereich der Bauleistungen ca. 60 % der Befragten zusätzliche Marktzutrittsschranken durch die Verwendung zusätzlicher Eignungs- und Vergabekriterien.

Die Befragten gaben als weitere mögliche Auswirkungen zusätzlicher Eignungs- und Vergabekriterien an, daß erforderliche weitere Referenzen und Überprüfungen einen unwirtschaftlichen Mehraufwand bedeuten, dessen Nutzen nicht erkennbar ist. Auch bei Vergabeentscheidungen und Angebotswertungen würde der Transparenz entgegengewirkt. Darüber hinaus seien zusätzliche Kriterien wettbewerbsfeindlich und stellten kein Qualitätsmerkmal für Leistungserbringung dar. Deren Einführung bedeute letztlich eine Erhöhung der Rechtsunsicherheit.

d. Fazit und Ausblick

Die Einführung weiterer „politischer“ Vergabekriterien ist auch mit Hinweis auf die aufgezeigte Kritik der Anwendergruppen abzulehnen, weil die Politik letztlich keinen maßgeblichen Einfluß auf die Einkaufsentscheidung des Auftraggebers haben kann. Maßgebliches Kriterium für die Vergabeentscheidung der Vergabestellen bleibt das annehmbarste **Verhältnis von Preis und Leistung**. Die Richtlinienvorschläge über die Koordinierung der Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen beinhalten in den Erwägungsgründen auch darüber hinausgehende mögliche Berücksichtigungen sozialer Anforderungen, um den Bedürfnissen besonders benachteiligter Bevölkerungsgruppen zu entsprechen. Da es sich nach dem derzeitigen Kenntnisstand um einen bloßen **Programmsatz** und darüber hinaus um eine fakultative Formulierung handelt, sollte die entsprechende nationale Umsetzung nicht zu einer Aufweichung des Kriteriums der Wirtschaftlichkeit und der alleinigen Berücksichtigung von leistungsbezogenen Vergabekriterien führen.

5. Sonderthema: Neutralitätsverpflichtung

a. Rechtliche Grundlagen

Mit Einführung des § 16 VgV ist die Diskussion um die Rechtsgrundlage und den Umfang der Neutralitätsverpflichtung zunächst beendet worden.¹²⁹ Die Vorschrift geht weit über den Anwendungsbereich des § 20 VwVfG hinaus. Insbesondere sieht Absatz 2 der Vorschrift vor, daß als voreingenommen auch die Personen gelten, deren Angehörige Bieter oder Bewerber oder sonst im Verfahren Beteiligte sind. Angehörige sind neben den familienrechtlich definierten Personen auch Lebenspartner im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes. Neben dem weiten Anwendungsbereich ist jedoch auch eine einschneidende Einschränkung dahingehend vorgenommen worden, daß an sich ausgeschlossene Personen dann nicht aus dem Verfahren ausgeschlossen werden, wenn für sie kein Interessenkonflikt besteht oder sich ihre Tätigkeit nicht auf die Entscheidungen in dem Vergabeverfahren auswirken.

b. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis

Die Neutralitätsverpflichtung hat seit dem Inkrafttreten des § 16 VgV keine entscheidende Rolle in der vergaberechtlichen Spruchpraxis eingenommen. Grund dafür ist nicht zuletzt die bereits dargestellte Ausgestaltung der Vorschrift selbst, deren wenig präzise Formulierung die Verwirklichung ihrer Tatbestandsvoraussetzungen nahezu unmöglich macht. Der Spruchpraxis blieb es in erster Linie überlassen, den Sinn der Vorschrift, nämlich die Vermeidung von Informationssungleichgewichten, näher zu konkretisieren.¹³⁰ Des weiteren stellte die Rechtsprechung wiederholt dar, daß der Antragsteller eine konkrete Wettbewerbsverzerrung vorzutragen habe, weil § 16 VgV einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Verletzung der Neutralität und der Vergabeentscheidung voraussetze.¹³¹ Als besonders prekär erweist sich jedoch die Entscheidung des OLG Koblenz, wonach der Anwendungsbereich des § 16 VgV erst mit der Abforderung der Verdingungsunterlagen beginnt.¹³² Dies begründe sich mit dem Entstehen einer objektiven Gefährdungslage, die erst dann entstehen könne, wenn der Wettbewerb durch die Beteiligung der Unternehmen wirklich beginnt.¹³³

c. Fazit und Ausblick

Die seit dem Inkrafttreten des § 16 VgV ergangene Rechtsprechung und die praktischen Erfahrungen zeigen deutlich, daß die Vorschrift aufgrund der schlechten Handhabung konkretisiert werden sollte. Die Tatbestandsvoraussetzungen sind sehr weit und unscharf formuliert. Auch die Literatur hat bereits eine

¹²⁹ OLG Brandenburg vom 03.08.1999 („Flughafen Schönefeld“), NZBau 2000, 39; OLG Stuttgart vom 24.03.2000, BauR 2000, 1639; OLG Koblenz vom 10.08.2000, NZBau 2000, 535; OLG Saarbrücken, NZBau 2000, 158.

¹³⁰ Vgl. VK Bund vom 11.09.2002 – VK 2-42/02; VK Rheinland-Pfalz vom 30.04.2002 – VK 6/02.

¹³¹ VK Bund vom 19.07.2002 – VK 1-37/02; VK Baden-Württemberg vom 03.06.2002 – 1 VK 20/02.

¹³² OLG Koblenz vom 05.09.2002, NZBau 2002, 699.

¹³³ OLG Koblenz vom 05.09.2002, NZBau 2002, 699.

Vielzahl von Problemen aufgezeigt. So bleibe unter anderem unklar, wer als „Mitarbeiter“ im Sinne der Vorschrift gelte und wann bei Entscheidungen im Vergabeverfahren „mitgewirkt“ wird.¹³⁴ Nicht zuletzt sei auch auf die Widerlegbarkeit der Vermutung einer Interessenkollision verwiesen, die in der praktischen Handhabung die Neutralitätsverpflichtung zu einer Leerformel verkommen läßt.¹³⁵ Dieses Ergebnis wird durch die oben aufgezeigte Rechtsprechung zum Anwendungsbereich weiter unterstrichen, wonach der Ansicht des OLG Koblenz zufolge gerade der besonders sensible Bereich der Erstellung der Verdingungsunterlagen von der Anwendung der Neutralitätsverpflichtung ausgenommen sein soll.¹³⁶

III. Praxisgerechtheit des Kaskaden- und Schubladenprinzips

1. Kaskadenprinzip

a. Rechtliche Grundlagen

Bei der Einführung des VgRÄG hat sich der Gesetzgeber ausdrücklich für die Beibehaltung des Kaskadenprinzips entschlossen.¹³⁷ Ein eigenes Vergabegesetz wurde nicht geschaffen. Die systematische Ausgestaltung des nationalen Vergaberechts unterliegt folgenden verschiedenen Ebenen (Kaskaden): Dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, der Vergabeverordnung und den jeweiligen Vergabe- und Verdingungsordnungen.

b. Auswertung der Fragebogenantworten

Die **Praktikabilität des Kaskadenprinzips** bewerteten ca. 35 % mit den Noten ausreichend bis ungenügend, ein knappes Drittel aller Befragten (ca. 30 %) mit der Note 3, nur ein Viertel vergab die Noten 1 und 2. Die Hälfte der Vergabekammern benotete die Praktikabilität mit der Note 3, nur insgesamt ca. 20 % vergaben die Noten 1 und 2 und insgesamt ca. 30 % die Noten 4, 5 und 6. Die Anwälte bewerteten die Praktikabilität zu 40 % mit der Note 3, lediglich 5% vergaben die Note 2 und die Hälfte die Noten 4, 5 und 6, bei 5 % Enthaltungen. Auffällig ist, daß allein die Verbände zu ca. 50 % die Noten 1 und 2 für die Praktikabilität vergaben, nur ca. 15 % die Noten 3 und ungefähr ein Drittel die Noten 4, 5 und 6 (bei 5 % Enthaltungen). Die **Effizienz des Kaskadenprinzips** wurde von den Befragten ähnlich wie die Praktikabilität beurteilt. Es ergeben sich insoweit keine wesentlichen Besonderheiten.

Besonders negativ wurde die **Transparenz des Kaskadenprinzips** bewertet. 40 % vergaben die Noten 4, 5 und 6, ein Viertel aller Anwender beurteilte diese immerhin noch mit der Note 3, ebenso viele vergaben zusammen die Noten 1

¹³⁴ Quilisch/Fietz, NZBau 2001, 540. Weiterführend auch Berrisch/Nehl, WuW 2001, 945.

¹³⁵ Krit. auch ausdrücklich Danckwerts, NZBau 2001, 242.

¹³⁶ OLG Koblenz vom 05.09.2002, NZBau 2002, 699.

¹³⁷ BT-Drucks. 13/9340, 12.

und 2 (bei ca. 10 % Enthaltungen). Diese Benotung entspricht weitgehend den Angaben der Auftraggeber und Unternehmen. Noch deutlicher fiel das Ergebnis bei den befragten Vergabekammern aus. Über die Hälfte der Kammern vergaben die Noten 4 bis 6, ein Viertel der Befragten benotete die Transparenz des Kaskadenprinzips mit einer 3. Nur ca. 20 % vergaben die Note gut. Auch die Anwälte haben überwiegend (zu ca. 65 %) die Noten 4, 5 und 6 vergeben, insgesamt nur ein knappes Drittel (30 %) die Noten 3 und 2 und ca. 5 % gar keine Noten. Selbst bei den Verbänden beurteilten ca. 40 % die Transparenz des Kaskadenprinzips für ausreichend bis ungenügend, wobei ca. 35 % die Noten 1 und 2 vergaben. Immerhin 15 % hielten die Transparenz des Kaskadenprinzips für befriedigend, bei 10 % Enthaltungen.

c. Fazit und Ausblick

Die Auswertung der Fragebögen hat ergeben, daß die Anwendergruppen die Praktikabilität, Effizienz und Transparenz des Kaskadenprinzips überwiegend negativ bewertet haben. Vergabekammern und Anwälte haben sich hierzu besonders negativ geäußert. Auffallend ist, daß nur die Verbände sich positiv zum Kaskadenprinzip geäußert haben. In Übereinstimmung mit den Erfahrungen der Anwendergruppen sollte das Kaskadenprinzip aufgegeben werden.

Darüber hinaus sind im Schrifttum verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Beibehaltung des Kaskadenprinzips geäußert worden.

Zum einen erscheint die **demokratische Legitimation** der Vergabe- und Verdingungsordnungen (VOB/A, VOL/A, VOF) diskussionswürdig. In § 97 Abs. 6 GWB ist „die Bundesregierung“ ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates nähere Bestimmungen über das bei der Vergabe einzuhaltende Verfahren zu treffen. Die Bundesregierung hat die näheren Bestimmungen nicht selbst getroffen, sondern auf die durch die Verdingungsausschüsse getroffenen Bestimmungen pauschal verwiesen. Faktisch hat sie damit die ihr erteilte Ermächtigung an außerhalb der Verwaltung stehende Gremien subdelegiert. Die Subdelegation einer der Bundesregierung erteilten Ermächtigung ist gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG nur zulässig, wenn das im ermächtigenden Gesetz vorgesehen ist.¹³⁸ In § 97 Abs. 6 GWB ist eine Subdelegation nicht vorgesehen. Eine fortgesetzte Ausgestaltung der einzelnen Vergabeverfahrensbestimmungen allein durch diese Gremien erscheint auch nicht notwendig, da es sich bei der Weiterentwicklung der vergaberechtlichen Vorschriften vornehmlich um die Umsetzung europäischer Vorgaben handelt. Darüber hinaus könnte eine Berücksichtigung des besonderen Fach- und Sachverständes der Vergabe- und Verdingungsausschüsse auch durch eine Anhörung im Rahmen des Gesetz- und Verordnungsgebungsverfahrens erfolgen.

Zum anderen weisen wir an dieser Stelle auf die im Schrifttum geäußerten Bedenken an der von der Bundesregierung angenommenen **Kompetenzgrundlage**

¹³⁸ Lücke in: Sachs, Kommentar zum GG, Art. 80, Rd. Nr. 31.

für die gesetzliche Regelung des Vergabeverfahrens auf der Stufe der Verwaltung (Art. 74 Nr. 11 GG Recht der Wirtschaft) hin.¹³⁹

Bei einer **Neugestaltung des Vergaberechts** durch eine zweistufige Regelung (Gesetz-Verordnung) müßte entschieden werden, ob diese zweistufige Regelung nur für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte oder einheitlich für Vergaben oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte zur Anwendung kommt. Im ersteren Falle stünden die (neue) Verordnungsregelung und die herkömmlichen Verdingungsordnungen nebeneinander. Ein Auseinander-Driften der Regelungen wäre in längerfristiger Perspektive denkbar. Im zweiten Fall müßte wohl damit gerechnet werden, daß sich die Auseinandersetzung über die Rechtfertigung einer prinzipiellen Ungleichbehandlung beider Bereiche, was die Rechtsschutzmöglichkeiten anlangt, weiter verschärft und zuspitzt.¹⁴⁰ Es würde sich bei einer gemeinsamen Anwendung unter Beibehaltung unterschiedlicher Rechtsschutzmöglichkeiten weiter die Frage erheben, ob ein und derselben Vorschrift in der Verordnung für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte drittschützender Charakter mit der Folge der Zuerkennung subjektiver Rechte (§ 97 Abs. 7 GWB) zukommt, für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte dagegen nicht.

2. Schubladenprinzip

a. Rechtliche Grundlagen und Vorgaben

Als Schubladenprinzip werden zunächst die in den Verdingungsordnungen befindlichen vier Abschnitte bezeichnet. Diese Abschnitte stellen sogenannte Schubladen dar. Basis-, a-, b- und SKR-Paragraphen kommen je nachdem zur Anwendung, wie hoch der Schwellenwert ist und welcher Kategorie die ausschreibende Stelle angehört. Das Schubladenprinzip resultiert in der innerstaatlichen Umsetzung der Vergaberichtlinien. Der nationale Normgeber hat sich für zum Teil unterschiedliche Verfahrensbestimmungen bei Vergaben oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte entschieden (Basis- und a-Paragraphen). Darüber hinaus werden privaten Sektorenauftraggebern in den SKR-Paragraphen vereinfachte Ausschreibungsmöglichkeiten eröffnet. Für die Gruppe öffentlicher Sektorenauftraggeber ist mit den b-Paragraphen bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte ein erneuter Abschnitt in den Verdingungs- und Vergabeverordnungen geschaffen worden. Bei rein nationalen Vergaben gelten die Basisparagraphen weiterhin als Innenrecht der Verwaltung. Weiterhin wird hinsichtlich der Art der Leistung eine Einteilung nach Bauleistungen (VOB/A), Liefer- und Dienstleistungen (VOL/A) und freiberuflichen Leistungen (VOF) unterschieden.

¹³⁹ Gallwas, VergabeR 2001, 2 ff. Vgl. zur Problematik der Gesetzgebungskompetenz auch Pietzcker, Die Zweiteilung des Vergaberechts, S. 91 ff.

¹⁴⁰ Vgl. dazu nur Pietzcker, Die Zweiteilung des Vergaberechts, S. 44 ff. und Puhl in VVDStRL 60 (2000), S. 477, jeweils m. w. N.

b. Auswertung der Fragebogenantworten

Eine **Vereinheitlichung** des deutschen Vergaberechts nach der Vereinheitlichung der EU-Richtlinien fordert der überwiegende Teil aller Anwender dringend (ca. 60 %). Lediglich ein Viertel sieht keine Notwendigkeit der Vereinheitlichung und etwa 15 % haben sich enthalten. Lieferunternehmen und Anwälte befürworteten mit deutlicher Mehrheit eine Vereinheitlichung (ca. 80 %), nur etwa 20 % sahen keinen Bedarf. Auch die Vergabekammern sprachen sich mit 70 % für eine Vereinheitlichung aus, nur ca. 20 % waren dagegen. Hingegen sprach sich lediglich ein Drittel der Verbände (30 %) für eine Vereinheitlichung aus, über die Hälfte (55 %) dagegen. Eine Vereinheitlichung führte nach Ansicht der Befragten zu Vereinfachungen der Regeln und schnellerer Bearbeitung auf beiden Seiten, da bereits jetzt mehr Gemeinsamkeiten als Unterschiede bestünden. Eine Vereinheitlichung könnte zudem für eine Erhöhung der Rechtssicherheit sorgen. Das bisherige System sei außerdem nur von Rechtskundigen durchschaubar. Zwar sollte der VOF-Bereich selbständig bleiben. Die Regelungen der VOB/A und VOL/A seien jedoch in weiten Teilen schon identisch und daher zusammenzulegen.

Auch die **Praktikabilität und die Effizienz des Schubladenprinzips** sahen die Befragten ebenso wie das Kaskadenprinzip überwiegend kritisch. Mehr als die Hälfte (ca. 55 %) vergab die Noten 3 und schlechter, weniger als ein Drittel vergab die Noten 2 und 1 (bei 15 % Enthaltungen). Deutlich fiel das Ergebnis bei den Auftragsberatungsstellen aus. Von diesen vergaben ca. drei Viertel die Noten befriedigend bis ungenügend, nur ca. 5 % vergaben die Note 2, bei ca. 20 % Enthaltungen. Ebenso deutlich sprachen sich die Anwälte gegen die Praktikabilität und Effizienz des Schubladenprinzips aus. Sie beurteilten die Praktikabilität zu ca. 95 % mit den Noten 3 und schlechter, bei ca. 5 % Enthaltungen. Demgegenüber äußerten sich die Verbände wie folgt: Ca. 35 % vergaben die Noten 1 und 2, nur etwa 20 % die Note 3 und 30 % die Noten 4, 5 und 6 und ca. 15 % machten keine Angaben. Die **Transparenz des Schubladenprinzips** wurde von den Befragten im wesentlichen ähnlich wie dessen Effizienz und Praktikabilität beurteilt.

Ihre **überwiegende Ablehnung begründeten** die Befragten wie folgt: Die Regelung wurde als unpraktisch, kompliziert und bürokratisch angesehen. Eine Vereinheitlichung wird vor allem hinsichtlich der Fristen in den Vergabearten und den Basisparagrafen gefordert. Ein ständiges Umdenken und andere Vorschriften verwirrten vor allem die Auftragnehmer, die zudem die für sie maßgeblichen Abschnitte nicht erkennen konnten und Probleme mit der Zuordnung hatten. Gefordert wird überdies mehr Eindeutigkeit, vor allem in der Abgrenzung von nationalem und europäischem Recht.

d. Fazit und Ausblick

Die Auswertung der Fragebögen hat gezeigt, daß die Praktikabilität, Transparenz und Effizienz des Schubladenprinzips von den Befragten überwiegend abgelehnt

wurde. Das Schubladenprinzip führt zu Investitionshemmnissen, weil die unübersichtlichen Regelungen abschrecken. Neben den bereits zum Kaskadenprinzip geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken erscheint eine Neuordnung des Schubladenprinzips praktisch sinnvoll, weil letztlich eine Vereinfachung der Handhabung des Vergaberechts mehr Rechtssicherheit zur Folge hätte. Im Ergebnis sollte daher das Schubladenprinzip neu strukturiert werden.

Wir empfehlen daher eine **Strukturierung in einer neuen Vergabe(ver)ordnung** wie folgt vorzunehmen:

- Zum einen sollten für öffentliche Auftraggeber die Regelungen für Bau-, Liefer- und Dienstleistungen zusammengefaßt und dabei lediglich nach Vergaben oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte unterschieden werden.
- Die besonderen Bestimmungen für Bau-, Liefer- und Dienstleistungen für private Sektorenauftraggeber sollten ebenfalls gesondert zusammengefaßt werden.
- Hinsichtlich der Regelungen für freiberufliche Leistungen sollte deren gesondertes Fortbestehen grundsätzlich diskutiert werden.

Einer besonderen Regelung für öffentliche Auftraggeber aus dem Bereich der Sektoren bedarf es bei einer derartigen Neustrukturierung nicht. Dies trägt insbesondere zur Förderung rechtssicherer Handhabung bei. Haushaltsrechtlich und europarechtlich bestehen keine Bedenken.

IV. Rechtsschutz oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte

1. Rechtliche Grundlagen

Neben dem persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich der §§ 98, 99 GWB bestimmt § 100 GWB den Anwendungsbereich im Hinblick auf die Schwellenwerte. Danach kommt der vierte Teil des GWB nur dann zur Anwendung, wenn die durch Rechtsverordnung nach § 127 GWB festgelegten Schwellenwerte erreicht werden. Die §§ 100, 127 GWB in Verbindung mit der Vergabeverordnung bilden damit die rechtliche Grundlage für die Zweiteilung des vergaberechtlichen Rechtsschutzes.

2. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis

In der neueren nationalen Rechtsprechung besteht Einigkeit darin, daß der Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte auch aus Gründen der Gleichbehandlung nicht auf die Vergaben unterhalb der Schwellenwerte anwendbar ist.¹⁴¹ Nach dem nationalen Recht besteht weiterhin keine Möglichkeit, Vergaben unterhalb der Schwellenwerte einem gerichtlichen Primärrechtsschutz zuzuführen.

¹⁴¹ OLG Stuttgart vom 11.04.2002 („Weinbergmauer“), NZBau 2002, 395. Das OLG Stuttgart hob mit seiner Entscheidung das Urteil des LG Heilbronn vom 19.12.2001, NZ Bau 2002, 239, auf. Anderer Ansicht Österreichischer Verfassungsgerichtshof, NZBau 2002, 240.

Hingegen hat der EuGH in seiner „*Telaustria*“-Entscheidung klargestellt, daß Auftraggeber auch dann, wenn sie vom Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien ausgenommen sind, die Grundregeln des EG-Vertrags (EGV) im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im besonderen zu beachten haben. Darüber hinaus hat der EuGH den Auftraggeber bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte zur Transparenz verpflichtet, indem er aufgab, daß auch in diesen Fällen zugunsten potentieller Bieter ein angemessener Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen ist, damit Wettbewerb eröffnet wird und eine Überprüfung dahingehend ermöglicht ist, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden.¹⁴²

Die Gerichte und Vergabekammern hatten sich jedoch nicht nur mit der Frage der Zweiteilung des Rechtsschutzes insgesamt zu befassen. Vielmehr stand wiederholt die **Berechnung der Schwellenwerte** selbst auf dem vergaberechtlichen Prüfstand. Da die Schwellenwertberechnung für die Entstehung von Primärrechtsschutzmöglichkeiten entscheidend ist, hatten sich die Spruchkörper in einer Vielzahl von Entscheidungen damit zu befassen, welche Positionen im einzelnen in die Schätzung aufzunehmen sind¹⁴³ und wie die Berechnung des Auftragswertes bei stufenweiser Vergabe erfolgt.¹⁴⁴ Die Rechtsprechung nahm ferner eine Definition des Begriffs der Baumaßnahme¹⁴⁵ im vergaberechtlichen Sinn vor und legte fest, wann Vergabeverfahren dem Bagatellkontingent zuzuordnen sind¹⁴⁶.

3. Auswertung der Fragebogenantworten

Insgesamt gab die Gesamtheit der Befragten an, daß sich die **Zweiteilung des Vergaberechts einschließlich des Rechtsschutzes** bewährt hat (55 %). Ein Viertel lehnt die Zweiteilung ab, während sich ca. 20 % der Angaben enthielten. An dieser Stelle gilt es jedoch zu berücksichtigen, daß die Mehrzahl der ausgefüllten Fragebögen von den Auftraggebern eingereicht worden sind (64 % der Befragten) und es gerade diese sind, die sich auch im Rahmen der ausführlichen textlichen Begründung ihrer Antworten dafür aussprachen, die Zweiteilung des Rechtsschutzes beizubehalten. Als Gründe gaben die Auftraggeber vornehmlich an, daß die Abschaffung von Schwellenwerten bzw. die Vereinheitlichung des Rechtsschutzes zu wesentlichen zeitlichen Verzögerungen bei der Vergabe führen und der Aufwand für die Durchführung der Vergabeverfahren unverhältnismäßig erhöht würde.

Die Gesamtheit der Befragten hielt die **Höhe der Schwellenwerte** mit ca. 50 % für angemessen, nur ca. 30 % verneinten die Angemessenheit, bei ca. 20 % Enthaltungen. Dies gilt für die Schwellenwerte von Liefer-, Dienstleistungs- und

¹⁴² EuGH vom 07.12.2000 („*Telaustria*“) NZBau 2001, 148.

¹⁴³ BayObLG vom 18.06.2002, IBR 2002, 558.

¹⁴⁴ VK Bremen vom 25.09.2001, IBR 2002, 39; IBR 2002, 96.

¹⁴⁵ VK Thüringen vom 09.07.2001 – 216-4002.20-038/01-SCZ.

¹⁴⁶ VK Bund vom 16.05.2002, VK 1-19/02; BayObLG vom 01.10.2001 (Stiftungskrankenhaus), VergabeR 2002, 63; VK Hessen vom 28.06.2001 – 69d VK 17/2001; BayObLG vom 27.04.2001, VergabeR 2002, 61; KG vom 11.07.2000 – KartVerg 7/00. Dazu ausführlich Dähne, VergabeR 2002, 70.

Baufträgen gleichermaßen. Die Antworten der Auftraggeber und Unternehmer entsprechen dem Ergebnis der Gesamtheit der Befragten. Auch KMU hielten die bestehenden Schwellenwertregelungen in den unterschiedlichen Sparten durchweg für angemessen (Baufträge ca. 70 %, Lieferaufträge ca. 60 %, Dienstleistungsaufträge ca. 55 %). Abweichende Antworten gaben Verbände, Anwälte, Vergabekammern und Auftragsberatungsstellen.

Die **Verbände** verneinten die Angemessenheit zu ca. 40 % und bejahten diese zu jeweils 25 %. **Anwälte** lehnten die Angemessenheit zu ca. 60 % ab und befürworteten diese zu lediglich ca. 30 %. Deutlich ablehnend standen die **Auftragsberatungsstellen und Bauunternehmen** der Angemessenheit von Schwellenwertbestimmungen gegenüber. Ca. 70 % lehnten diese ab und nur ca. 15 % bejahten die Angemessenheit. Unterschiedlich beurteilten lediglich die **Vergabekammern** die Angemessenheit der Schwellenwertregelungen für die verschiedenen Vergabebereiche. Für den Bereich der Liefer- und Dienstleistungen bejahten die Kammern die Angemessenheit mit ca. 70 %, ca. 25 % verneinten diese. Die Angemessenheit der Schwellenwerte bei Bauaufträgen wurde von diesen hälftig befürwortet und abgelehnt.

Die Einführung eines gerichtlichen **Rechtsschutzes unterhalb der bestehenden Schwellenwerte** befürworteten nur ca. 25 % der Gesamtbefragten, ca. 50 % haben dies verneint und ca. 25 % haben sich enthalten bzw. keine Angaben gemacht. Dieses Ergebnis entspricht im wesentlichen den durchschnittlichen Angaben der Auftraggeber und Unternehmen, wobei sich die Unternehmen etwas mehr für einen Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte aussprachen. Die Einführung eines Rechtsschutzes unterhalb der bestehenden Schwellenwerte wurde ebenso von der überwiegenden Mehrheit der KMU abgelehnt (ca. 55 %, bejahend ca. 30 %, unentschieden ca. 15 %). Als **Gründe für die Ablehnung** eines gerichtlichen Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte wurde überwiegend die Befürchtung angeführt, daß dadurch die Vergabeverfahren zeitlich verzögert würden. Die KMU hielten das dann durchzuführende Verfahren insgesamt für zu aufwendig. Eine zusätzliche Vergrößerung der Bürokratie im Wettbewerb um einen Auftrag wurde wiederholt als Befürchtung angegeben.

Verbände und Vergabekammern hingegen **befürworteten** einen **Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte** deutlich mit ca. 60 %, ca. 30 % verneinten dies und ca. 10 % haben keine Angaben gemacht. Besonders auffällig waren die Antworten der Anwälte, Auftragsberatungsstellen und Bauunternehmen. Die Anwälte befürworteten die Einführung eines Rechtsschutzes mit ca. 80 % und nur ca. 20 % verneinten dies. Auftragsberatungsstellen und Bauunternehmen bejahten mit ca. 80 % die Einführung, ca. 10 % verneinten dies und ca. 10 % haben sich enthalten. Während die Auswertung der Antworten von Dienstleistungsunternehmen im wesentlichen mit dem Ergebnis der Gesamtheit der Befragten übereinstimmt, sahen ca. 50 % der Lieferunternehmen die Einführung eines Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte für notwendig an, ca. 30 % verneinten dies und ca. 20 % haben sich enthalten bzw. keine Angaben gemacht.

Die Frage, **wie ein Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte aussehen sollte**, wurde jedoch insgesamt nur von ca. 20 % der Befragten beantwortet, ca. 80 % machten keine Angaben. Einerseits wurde befürwortet, daß der Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte genauso wie oberhalb der Schwellenwerte aussehen sollte, ebenso wurde jedoch ein vereinfachter Rechtsschutz vorgeschlagen. Hinsichtlich der Ausgestaltung eines vereinfachten Rechtsschutzes wurde mehrfach angeführt, daß Überprüfungen binnen **kürzerer Fristen** durchzuführen seien. Es wurde darüber hinaus vornehmlich die Beschränkung der Rechtsschutzmöglichkeit auf **eine Instanz** vorgeschlagen, wobei diese durch die dann bundesweit einrichtenden Vergabeprüfstellen wahrgenommen werden könnte.

Eine **Bagatellgrenze** hielten ca. 40 % der Gesamtbefragten für sinnvoll, nur ca. 15 % verneinten dies und ca. 50 % haben keine Angaben gemacht. Auftraggeber bejahten eine Bagatellgrenze mit ca. 35 %, ca. 15 % verneinten dies, wobei auch hier ca. 50 % keine Angaben machten. Die Unternehmen befürworteten die Einführung einer Bagatellgrenze mit ca. 50 % deutlicher, nur ca. 20 % verneinten diese und ca. 30 % machten keine Angaben. Die Verbände bejahten die Bagatellgrenze sogar mit ca. 60 %, ca. 10 % verneinten diese und ca. 30 % machten keine Angaben. Die Vergabekammern bejahten eine Bagatellgrenze ebenfalls mehrheitlich (ca. 55 %), nur ca. 5 % verneinten dies und ca. 40 % machten keine Angaben. Ganz besonders deutlich fielen die Antworten der Anwälte, Auftragsberatungsstellen und Bauunternehmer aus. Die Anwälte bejahten die Bagatellgrenze mit ca. 75 %, ca. 15 % verneinten dies und ca. 10 % machten keine Angaben. Die Befragten gaben zwar mögliche **Höhen** für eine Bagatellgrenze an, ein verbindlicher und repräsentativer Durchschnitt ließ sich aufgrund der weit voneinander abweichenden Angaben jedoch kaum ermitteln. Es wurde dennoch festgestellt, daß oftmals Bagatellgrenzen zwischen 25.000,00 EUR und 50.000,00 EUR angegeben wurden.

4. Fazit und Ausblick

Die Auswertung der Fragebogenantworten hat gezeigt, daß einzelne Anwendergruppen die Einführung eines Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte befürworten. Auch die Analyse der Rechtsprechung, insbesondere des EuGH, hat gezeigt, daß auch bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte ein gewisses Maß an Transparenz und Wettbewerb sowie die Überprüfung der Unparteilichkeit von Vergabeentscheidungen zu gewährleisten ist. Besonders im Bereich der Vergabe von Bauleistungen wird die Zweiteilung des vergaberechtlichen Rechtsschutzes und die Bestimmung der Schwellenwerte als unzureichend beurteilt. Zugleich werden jedoch Befürchtungen dahingehend laut, daß die Einführung eines gerichtlichen Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte aufgrund zeitlicher Verzögerungen oder eines möglicherweise erhöhten Aufwands an Bürokratie zu neuen Investitionshemmnissen führen könnte. Diese Befürchtungen greifen auch die Erwägungsgründe des Vorschlags für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge auf. Denn dort

heißt es im 5. Erwägungsgrund, daß die derzeit geltende Vielzahl von Schwellenwerten die Arbeit der Auftraggeber unangemessen erschwert.

Eine Umsetzung der europäischen Vorgaben unter Berücksichtigung der teilweise geforderten Überprüfungsmöglichkeiten läßt sich dadurch gewährleisten, daß ein **Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte durch die dann bundeseinheitlich einzurichtenden Vergabeprüfstellen** gewährt wird. Als Teil der bei der Rechts- und Fachaufsicht angesiedelten Behörden führt dies darüber hinaus zu einer effizienteren Durchsetzung des nationalen Haushaltsrechts.

Diese Überprüfungsmöglichkeit könnte so ausgestaltet werden, daß die Entscheidung der Vergabeprüfstellen in Form einer **internen Weisung an die Vergabestellen** ergeht. Eine Beschwerdemöglichkeit sollte in diesen Fällen grundsätzlich nicht bestehen, um auch so den Befürchtungen hinsichtlich möglicherweise entstehender zeitlicher Verzögerungen entgegenzukommen.

Der Weg zu den Vergabeprüfstellen unterhalb der Schwellenwerte wäre grundsätzlich allein für den Bereich öffentlicher Auftraggeber einzuräumen. Die Vergabe von privaten Sektorenauftraggebern sollte unterhalb der Schwellenwerte von der Möglichkeit der Beschwerdeeinlegung ausgeschlossen werden.¹⁴⁷ Soweit die Vergabe aufgrund gewährter öffentlicher Zuwendungen ausschreibungspflichtig ist, könnte die für den Zuwendungsgeber zuständige Vergabeprüfstelle als zuständig bestimmt werden.

Der Einleitung des Rechtsschutzverfahrens vor den Vergabeprüfstellen sollte grundsätzlich kein **Suspensiv-effekt** zukommen, hingegen wird den Beteiligten die Einsicht in die Vergabeakten gewährt. Dennoch ist den Prüfstellen ein sogenanntes Vorprüfrecht einzuräumen, mit welchem in den Fällen, in denen Verstöße gegen das Vergaberecht offensichtlich sind, ein Suspensiv-effekt von Amts wegen eingeräumt werden kann.

Auch bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte wäre eine **Vorabinformation** gegenüber den nichtberücksichtigten Bietern denkbar. Diesen bliebe so die Möglichkeit, die Notwendigkeit der Einleitung einer Nachprüfung vor den Vergabeprüfstellen binnen angemessener Frist zu prüfen und gegebenenfalls vorzunehmen. Diese ist jedoch aufgrund der Vielzahl der Verfahren und des dadurch entstehenden übermäßigen bürokratischen Aufwandes abzulehnen.

¹⁴⁷ Hinsichtlich sogenannter öffentlicher Sektorenauftraggeber gilt das zu C III Gesagte.

V. Primär- und Sekundärrechtsschutz

1. Sonderthema: Bindungswirkung an die Entscheidung im Primärrechtsschutz

a. Rechtliche Grundlagen

Mit der Einführung des Primärrechtsschutzsystems oberhalb der Schwellenwerte hat der Gesetzgeber in § 124 Abs. 1 GWB zugleich eine Bindungswirkung aufgenommen. Danach ist das über ein Schadensersatzbegehren entscheidende ordentliche Gericht an die bestandskräftige bzw. rechtskräftige Entscheidung der Nachprüfungsinstanzen über den Verstoß gegen die Vergabevorschriften gebunden.

b. Entwicklung durch die Rechtsprechung und Spruchpraxis

Die Vorschrift des § 124 Abs. 1 GWB ist hinreichend eindeutig bestimmt. Insbesondere enthält sie keine auslegungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriffe. So hatte die Rechtsprechung nur klarzustellen, daß allein im Rahmen der Fortsetzungsfeststellung gemäß § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB das Feststellungsinteresse auch dann bejaht werden muß, wenn dieses allein in der gemäß § 124 Abs. 1 GWB bestehenden Bindungswirkung bei der gerichtlichen Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen besteht. Der BGH hat darüber hinaus noch einmal klargestellt, daß die Zuständigkeit in Vergabesachen auf die Feststellung des Vergabeverstößes beschränkt ist. Die Entscheidung über ein Schadensersatzbegehren ist nicht den für das Nachprüfungsverfahren zuständigen Kammern und Senaten übertragen, sondern den ordentlichen Gerichten zugewiesen.¹⁴⁸

c. Fazit und Ausblick

Die bestehende Bindungswirkung vergaberechtlicher Fachentscheidungen für den nachfolgenden Sekundärrechtsschutz halten wir für sachgerecht. Diese Bindungswirkung fördert nicht nur die Einheitlichkeit der Rechtsprechung sondern gewährleistet auch eine rechtssichere Handhabung.

Es könnte darüber hinaus zur Diskussion gestellt werden, das Institut der Bindungswirkung dahingehend auszubauen, daß im vergaberechtlichen Primärrechtsschutz auch der Anspruch auf Schadensersatz eingebracht werden kann. Dafür könnten Überlegungen angestrengt werden, ob ein sogenanntes Adhäsionsverfahren in Frage kommt. In diesem Verfahren könnten die Vorteile des vergaberechtlichen Sachverständs und der damit letztlich auch einhergehenden Be-

¹⁴⁸ BGH vom 19.12.2000, NZBau 2001, 151; ebenso VK Bund vom 17.11.1999, ZVgR 2000, 80.

schleunigung positiv genutzt werden. Zu einer zusätzlichen Belastung der Landgerichte und Oberlandesgerichte durch die Einbringung von Schadensersatzklagen kommt es nicht mehr. Damit einhergehend könnte auch der Kreis der Anspruchsberechtigten von Schadensersatzansprüchen näher beleuchtet werden. So soll nach Ansicht des Generalanwalts Geelhoed in jedem vergaberechtswidrigen Verfahren jedem Beteiligten unabhängig von seiner Chance auf den Zuschlag zumindest die Möglichkeit der Geltendmachung der Kosten für die Beteiligung gegeben werden.¹⁴⁹ Ein solches Schadensersatzbegehren könnte in einem Adhäsionsverfahren ohne zeitliche Verzögerungen mitentschieden werden.

2. Verbot der rechtsmißbräuchlichen Inanspruchnahme des Rechtsschutzes

a. Rechtliche Grundlagen

Gemäß § 125 GWB ist der Antragsteller dann zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der durch die rechtsmißbräuchliche Einleitung des Nachprüfungsverfahrens oder der Beschwerde entstanden ist. Absatz 2 der Vorschrift enthält eine nicht abschließende Aufzählung von Mißbrauchstatbeständen. § 125 GWB ist eine zivilrechtliche Anspruchsgrundlage und demgemäß vor den ordentlichen Gerichten im Rahmen des Sekundärrechtsschutzes durchzusetzen.

b. Auswertung der Fragebogenantworten

Die Einleitung von **Nachprüfungsverfahren nur in der Absicht, Akteneinsicht zu erlangen**, beobachteten lediglich 15 % aller Befragten, ca. 20 % hatten diesen Eindruck nicht und die überwiegende Mehrheit (ca. 65 %) hat keine Angaben gemacht. Anwälte und Vergabekammern bestätigten hingegen mit ca. 45 %, daß Anträge mit der Absicht, das Akteneinsichtsrecht zu erlangen, gestellt werden, ungefähr 40 % verneinten dies.

Auf die Frage, ob Fälle aufgetreten seien, bei denen der **Verdacht einer rechtsmißbräuchlichen Inanspruchnahme des Rechtsschutzes** bestand, bejahten ca. 45 % der Gesamtbefragten, nur ca. 20 % verneinten dies und ca. 35 % haben keine Angaben gemacht. Dieses Ergebnis entspricht im wesentlichen den Beobachtungen der Auftraggeber und Unternehmen. Die Verbände beobachten den Verdacht einer rechtsmißbräuchlichen Inanspruchnahme mit ca. 30 %, ca. 35 % verneinten diese und ca. 35 % machten keine Angaben. Die Vergabekammern bejahten dies mit ca. 50 %, sie verneinten dies mit ca. 35 % und machten ca. 15 % Enthaltungen oder keine Angaben.

Die **Regelung über den Schadensersatz bei Rechtsmißbrauch (§ 125 GWB)** halten ca. 55 % der Gesamtbefragten für praktikabel, nur ca. 15 % nicht und ein knappes Drittel (30 %) enthielt sich der Antworten. Dieser Gesamteindruck entspricht im wesentlichen den Angaben der einzelnen Anwendergruppen. Dennoch

¹⁴⁹ Schlußanträge des Generalanwalts Geelhoed, Rs. C-315/01 („Österreichische Autobahnen“), Tz. 65.

gaben die Befragten wiederholt an, daß sie die rechtsmißbräuchliche Inanspruchnahme nicht für beweisbar halten.

c. Fazit und Ausblick

Die Auswertung der Fragebogenantworten hat gezeigt, daß die Befragten die Regelung über den Schadensersatz bei Rechtsmißbrauch (§ 125 GWB) grundsätzlich für praktikabel halten. Gleichzeitig machten die Befragten in den Textantworten darauf aufmerksam, daß eine rechtsmißbräuchliche Inanspruchnahme mit Blick auf die Beweislast schwer durchsetzbar erscheint. Dies gibt Anlaß, den Fortbestand dieser Vorschrift zu diskutieren. Letztendlich verhindert schon die konsequente Anwendung des „Vorprüfungsrechts der Vergabekammern“ gemäß § 110 Abs. 2 GWB eine mißbräuchliche Einleitung.

D. Rechtliche Grundlagen

Bei der Erarbeitung des Gutachtens werden aus dem Bereich des Vergaberechts die nachfolgend aufgezählten Richtlinien und Gesetzesvorgaben in der jeweils angegebenen Fassung berücksichtigt:

Die Richtlinien zum öffentlichen Auftragswesen:

- Rechtsmittelrichtlinie (89/665/EWG; geändert durch die RL 92/50/EWG vom 18.06.1992)
- Rechtsmittelsektorenrichtlinie (92/13/EWG vom 25.02.1992)
- Dienstleistungsrichtlinie (92/50/EWG; geändert durch die RL 97/52/EG vom 13.10.1997)
- Lieferkoordinierungsrichtlinie (93/36/EWG; geändert durch die RL 97/52/EG vom 13.10.1997)
- Baukoordinierungsrichtlinie (93/37/EWG; geändert durch die RL 97/52/EG vom 13.10.1997)
- Sektorenrichtlinie (93/38/EWG; geändert durch die RL 98/4/EG vom 16.02.1998)

Nationale Vorschriften:

- Vergaberechtsänderungsgesetz – VgRÄG vom 26.08.1998
- Vergabeverordnung – VgV vom 09.01.2001 sowie deren Änderungen:
 - Artikel 3 des Gesetzes über die Rahmenbedingungen für die elektronischen Signaturen und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 16.05.2001 (BGBl. I 2001, 876)
 - 1. Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung vom 07.11.2002 (BGBl. I 2002, 4338); seit dem 01.12.2002 in Kraft
 - 2. Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung vom 11.02.2003 (BGBl. I 2003, 168); seit dem 15.02.2003 in Kraft
- Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), Teil A – Ausgabe 2002 - vom 12.09.2002, in Kraft seit dem 15.02.2003
- Verdingungsordnung für Leistungen ausgenommen Bauleistungen (VOL), Teil A – Ausgabe 2002 – vom 17.09.2002, in Kraft seit dem 15.02.2003
- Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) – Ausgabe 2002 - vom 26.08.2002, in Kraft seit dem 15.02.2003

Richtlinienvorschläge:

- Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge (Dokument 927/02)
- Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Rates und des Rates zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung („Sektorenrichtlinie“) (Dokument 12204/02)

Frankfurt/Main, den 16. April 2003

(RA Prof. H. Franke)