

OLG Düsseldorf bricht eine Lanze für Bieter bei Ausschreibungen unterhalb der Schwellenwerte.

Das OLG Düsseldorf hat in seiner Entscheidung vom 13.01.2010, AZ: 27 U 1/09 nach dem OLG Brandenburg eindeutig Position für einen effektiven Primärrechtsschutz für Bieter einer Vergabe auch unterhalb des europäischen Schwellenwertes bezogen.

Das bemerkenswerte des jetzigen Urteils des OLG Düsseldorf ist die Präzision mit der sich das Gericht mit den Details eines solchen Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich auseinandersetzt und diese Möglichkeit grundsätzlich bejaht. Dies war lange Zeit auch in der Rechtsprechung bestritten. Nachdem aber nunmehr zwei Oberlandesgerichte sich mit beachtlichen Argumenten für die Position der Bieter erwärmen, können diese künftig darauf hoffen, rechtswidriges Handeln der Auftraggeber noch vor Zuschlagserteilung wirksam überprüfen zu lassen.

Dieser Artikel soll kurz aufzeigen, welche Vorteile (s.u. Ziff. 1) damit zusammenhängen, wie die Voraussetzungen (Ziff. 2) und welches Verfahren (Ziff.3) einschlägig sind und welche praktischen Konsequenzen (Ziff. 4) sich künftig für die Bieter ergeben dürften.

1. Der Vorteil des Primärrechtsschutzes

Denn die besondere Bedeutung des sogenannten Primärrechtsschutzes liegt darin, dass ein Bieter die Zuschlagserteilung an einen Mitbewerber verhindern kann, wenn ein Verdacht besteht, dass der öffentliche Auftraggeber gegen geltende Vergabevorschriften verstoßen hat. Bestätigt die gerichtliche Überprüfung den Verdacht müssen die Angebote neu bewertet oder aber neu ausgeschrieben werden. Die rechtswidrig benachteiligten Bieter haben so die Chance, den begehrten Auftrag doch noch zu erhalten.

Ist dagegen der Zuschlag wenn auch auf rechtswidrige Weise erst mal erteilt, gibt es keine Möglichkeit dies rückgängig zu machen. Der geprellte Bieter ist auf den sogenannten Sekundärrechtsschutz angewiesen, d.h. er kann lediglich Schadensersatz von dem Träger der verantwortlichen Vergabestelle erhalten. Da aber Darlegung und -vor allem- Beweis eines entstandenen Schadens für einen nur hypothetisch erhaltenen Auftrag nur schwer zu führen sind, erweist sich dies meist als stumpfes Schwert.

2. Die Voraussetzungen des Primärrechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte

Bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte (derzeit bei Bauaufträgen € 5.150.000,00 [VgV] bzw. € 4.850.000,00 gem. aktueller europ. Richtlinie) ist die Möglichkeit zum Pri-

märrechtsschutz gesetzlich vorgesehen und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Einzelnen geregelt (vgl. §§97ff GWB). Weil für Verfahren unterhalb der Schwellenwerte keine gesetzliche Regelung bestand, war lange Jahre allgemein angenommen worden, dass es dann eben keinen Primärrechtsschutz gibt. Dem trat Anfang des neuen Jahrtausends bereits das BVerfG entgegen, allerdings zunächst nur für die Fälle, in denen ein willkürliches, bewusst diskriminierendes Verhalten der Vergabestelle vorlag, weil dies eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gem. Art.3 GG darstellte.

Mit der jetzigen Entscheidung geht das OLG Düsseldorf über den verfassungsrechtlichen Ansatz hinaus und bejaht auch für Rechtsverletzungen unterhalb der Willkürschwelle die Möglichkeit zum Primärrechtsschutz. Die Argumentation des Gerichts ist bestehend schlüssig und bezieht sich auf einen zivilrechtlichen Grundsatz: Rechte und Pflichten können bereits vor Abschluss des konkreten Vertrages also noch während laufender Verhandlungen entstehen. Konkret urteilte das OLG: schreibt ein Auftraggeber nach VOB/A (oder VOL/A) aus, verspricht er, sich bei der Vergabe an diese Regeln zu halten. Verstößt er dagegen, begeht er eine Pflichtverletzung, der die „geprellten“ Bieter entgegenwirken können.

3. Das Verfahren des Primärrechtsschutzes gem. ZPO

Das verfahrensrechtliche Mittel mit dem Primärrechtsschutz erlangt werden kann, ist die gerichtliche Feststellung der Rechtsverletzung und –wichtiger- im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung gem. §935 ZPO.

Das Verfahren richtet sich daher nach den allgemeinen Vorschriften des Zivilprozessrechts. Die spezielle Verfahrensgrundsätze nach GWB für Vergaben oberhalb des Schwellenwertes sind also nicht anwendbar. Hieraus erwachsen dem rechtsschutzsuchenden Bieter einige Probleme:

Bei Verfahren nach dem GWB haben die Vergabekammern den sogenannten Amtsermittlungsgrundsatz anzuwenden. Das heißt die Vergabekammern können und müssen selbst die Akten an sich nehmen und sich ein Bild der Lage machen. Der Bieter selbst hat ein eingeschränktes Recht auf Akteneinsicht.

Im Zivilprozess ist dies grundsätzlich nicht möglich. Vielmehr hat der Bieter entsprechend dem sogenannten Beibringungsgrundsatz alle Informationen aus denen sich die behauptete Rechtsverletzung ergibt, selbst zusammentragen und dem Gericht

„schlüssig“ zu präsentieren. Letzteres bedeutet, dass das Gericht anhand der Darstellung konkreter Umstände zumindest von der Möglichkeit einer Rechtsverletzung ausgehen muss, sonst wird eine einstweilige Untersagung des Zuschlags nicht erfolgen.

In der Praxis ist aber gerade dies für den Bieter nur schwer möglich, denn er diesbezüglich zumeist ein erhebliches Informationsdefizit hinsichtlich der „Internas“ der Vergabe und eben außerhalb des GWB kein Recht zur Einsicht in die Akten des Auftraggebers.

In dieser Situation zeigt das OLG Düsseldorf einen praktikablen Weg aus dem Dilemma durch eine sachgerechte Handhabung der sog. „sekundären Darlegungslast“ auf. Das bedeutet, dass öffentliche Auftraggeber die Behauptungen des Bieters nicht einfach verneinen dürfen. Vielmehr muss diese selbst detailliert begründen, warum die Behauptungen des Bieters nicht zutreffen und dies auch im rechtlichen Sinne glaubhaft machen, zum Beispiel durch eidesstaatliche Versicherungen oder Vorlage entsprechender Unterlagen.

Eine Anerkennung der Grundsätze der sekundären Darlegungslast in diesem Bereich wäre damit eine riesige Vereinfachung für Bieter, die sich in ihren Rechten verletzt sehen und die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers unterhalb der Schwellenwerte gerichtlich überprüfen lassen möchten.

4. Ausblick und praktische Hinweise

An dieser Stelle sei nochmals darauf hingewiesen, dass primärer Rechtsschutz im Bereich unterhalb der europäischen Schwellenwerte höchst umstritten ist. Es bleibt aber zu hoffen, dass dem richtigen Weg, den die Oberlandesgerichte Brandenburg und Düsseldorf nunmehr beschritten haben, auch von anderen Gerichten und insbesondere seitens des Bundesgerichtshofes gefolgt wird und endlich auch die Vergabe im Unterschwellenbereich effektiv justiziabel wird. Das wäre schon aus mehreren Gründen zu dringend zu begrüßen:

1. Der Großteil des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge findet unterhalb der Schwellenwerte statt, der gem. §2 VgV bei Bauaufträgen derzeit immerhin bei € 5.150.000,00 (neu nach EU-RiLi € 4.850.000,00) liegt. Die Grenze zwischen weitgehender Schutzlosigkeit und effektivem Rechtsschutz bewegt also nicht im Bereich von „Peanuts“.

2. Das scharfe Schwert des Primärrechtsschutzes wird auch praktische Konsequenzen haben, da die öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der Vergabe angehalten sind, ihre eigenen Regeln wieder gewissenhafter zu befolgen. Insbesondere die „Unart“ der oberflächlich erstellten Leistungsverzeichnisse mit ihren kaum abschätzbaren Risiken für die Kalkulation dürfte, eine erhebliche Eindämmung erfahren. Zudem könnte das Verfahren auch insgesamt transparenter werden, weil die öffentliche Hand durch entsprechende Information der Einleitung zeitraubender Rechtsschutzverfahren entgegenzuwirken sucht.
3. Die Frage hat auch eine europäische Dimension. So sind insbesondere im Grenznahen Bereich Bauaufträge unterhalb der Schwellenwerte auch für Bieter aus anderen EU-Mitgliedstaaten interessant. Einerseits ist hier ein ordentlicher Zugang zum inländischen Markt zu garantieren, andererseits Wettbewerbsverzerrungen aufgrund verschiedener nationaler Standards durch eine klare Kalkulationsgrundlage entgegenzuwirken.

Die Lanze, welche die Oberlandesgerichte Brandenburg und Düsseldorf für den Primärrechtsschutz gebrochen haben, kann an dieser Stelle nur dazu ermutigen, das Bieter bei sich abzeichnenden Verstößen gegen Vergabevorschriften verstärkt um Primärrechtsschutz im Wege der einstweiligen Verfügungen nachsuchen, anstatt sich mit dem praktisch nur schwer durchsetzbaren Sekundäranspruch auf Schadensersatz abspeisen lassen.

Nach meiner Einschätzung sollten Bieter hierbei analog zu den Regelungen des GWB diese Fehler kurzfristig rügen und unter einer kurzen Fristsetzung an den Auftraggeber Abhilfe verlangen. Sollte sich der Auftraggeber weigern, müsste dann das zuständige Gericht mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung angerufen werden. Aufgrund der hier dargestellten Entscheidungen ist künftig zu erwarten, dass sich Gerichte ernsthaft mit dieser Thematik beschäftigen und die Auftragnehmer nicht weiter mit einem nonchalanten Hinweis auf eine mangelnde Regelung im GWB im rechtsfreien Raum belassen.

Y.S. Kaan Kalkan
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Peter M. Bach
Rechtsanwalt