

Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting*

**Aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht
- nicht nur im Zusammenhang mit der Schuldrechtsreform**

*Vortrag im Rahmen des Fortbildungsseminars „Das neue Schuldrecht -
Auswirkungen auf die Serviceleistungen der Hochschulverwaltung“,
Münster 10./11.03.2003*

1. Einleitung

Ein Vortrag, der sich allein mit den Auswirkungen des neuen Schuldrechts auf das Vergaberecht beschäftigen sollte, wäre schnell beendet: Zwar rief die Schuldrechtsmodernisierung einen Überarbeitungsbedarf der Verdingungsordnungen VOB und VOL hervor, der innerhalb kurzer Frist zu einer Neufassung dieses für die Vergabe öffentlicher Aufträge hoch bedeutsamen Normenbestandes führte.¹ Mit der Schuldrechtsreform zusammenhängender Überarbeitungsbedarf entstand aber vor allem in den Teilen B beider Regelwerke. Diese Teile der Verdingungsordnungen VOB und VOL enthalten gleichsam allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen bzw. sonstigen Lieferungen und Leistungen, die mit der Neufassung des allgemeinen Schuldrechts und vor allem des Werkvertragsrechts nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes nicht mehr recht kompatibel waren. Auf die Teile A der Verdingungsordnungen, die den Ablauf und die rechtlichen Rahmenbedingungen eines Vergabeverfahrens regeln, hatte das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz keinen Einfluss². Die wesentlichen Änderungen dieser Regelwerke waren bereits mit der Neufassung im Jahre 2000 erfolgt.

Im folgenden sollen daher nicht nur die wenigen redaktionellen Änderungen nachgezeichnet werden, die in Folge der Schuldrechtsmodernisierung auch in den Teilen A der

* Fachanwalt für Verwaltungsrecht, GLEISS LUTZ Stuttgart.

¹ Vgl. Bekanntmachung der Neufassung der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL), Ausgabe 2002, BAnz Nr. 216a vom 17.09.2002; Bekanntmachung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Ausgabe 2002, BAnz Nr. 202a vom 12.09.2002.

² So ausdrücklich etwa *Werner/Pastor*, Einführung zur dtv-Textausgabe VOB, 22. Aufl. 2003, S. XI.

Verdingungsordnungen notwendig waren. Lohnender ist es, einen Überblick über aktuell umstrittene vergaberechtliche Problemkreise zu geben. Da die Liste der möglichen Themen und der mittlerweile vorliegenden Entscheidungen von Vergabekammern und -senate lang³, die zur Verfügung stehende Zeit aber kurz ist, ist Beschränkung notwendig: Ich konzentriere mich auf einige aktuelle, zum Teil auch noch nicht veröffentlichte Entscheidungen, die auf die tägliche Praxis der Vergabestellen - also auch der Hochschulverwaltungen als öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB - unmittelbaren Einfluss haben (werden).

2. Aktuelle Änderungen vergaberechtlicher Rechtsgrundlagen

Vorab möchte ich Ihnen aber den versprochenen Überblick über die Neufassung der VOB und der VOL nicht vorenthalten.

a) Neubekanntmachung der VOB

Die VOB ist am 12.09.2002 im Bundesanzeiger neu bekanntgemacht worden. Die VOB heißt jetzt nicht mehr „Verdingungsordnung“, sondern „Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen“. Die wichtigste Änderung in der VOB/A betrifft die Anhänge der Abschnitte 2 bis 4. Hier werden die durch die EU-Richtlinie zur Verwendung von Standardformularen für die Bekanntmachung öffentlicher Aufträge⁴ vorgegebenen Muster eingeführt.

Durch die Schuldrechtsmodernisierung wurden lediglich redaktionelle Änderungen erforderlich. Diese betrafen im wesentlichen die Ersetzung des Begriffs „Gewährleistung“ durch den Begriff der „Mängelansprüche“⁵.

b) Neubekanntmachung der VOL/A

Die - nach wie vor so genannte - Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) wurde am 17.09.2002 neu bekanntgemacht. Auch hier erfolgte die Umsetzung der

³ Die Datenbank *veris* des forum vergabe e.V. enthält derzeit bereits 1375 Entscheidungen von Vergabekammern und -senaten.

⁴ Rl. 2001/78/EG der Kommission vom 13.09.2001, Abl. L 285 vom 29.10.2001.

⁵ In den §§ 4 Nr. 1, 10 Nr. 4 Abs. 2 Satz 1, 13, 14 Nr. 2 Satz 2 und 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 1 VOB/A.

EG-Richtlinie zu den Bekanntmachungsmustern. Ebenso wie in der VOB/A waren auch in der VOL/A geringfügige sprachliche Korrekturen zur Anpassung an die Terminologie des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes erforderlich⁶.

c) *Änderung der Vergabeverordnung*

Die Neufassung der VOB/A und der VOL/A wäre für den öffentlichen Auftraggeber zunächst einmal unbeachtlich. Denn - das muss man sich immer wieder in Erinnerung rufen - die Verdingungsordnungen sind keine Gesetze oder Rechtsverordnungen, sondern Regelwerke nichtstaatlicher Rechtsetzungsgremien⁷. Sie haben nicht aus sich heraus Rechtsnormcharakter, sondern es bedarf eines normativen Anwendungsbefehls. Diesen enthält für Auftragsvergaben oberhalb der europarechtlich vorgegebenen Schwellenwerte die Vergabeverordnung in ihren §§ 4, 5 und 6. Die Vergabeverordnung ihrerseits beruht auf einer Ermächtigungsgrundlage im 4. Teil des GWB, der durch das Vergaberechtsänderungsgesetz in das GWB eingefügt wurde. Diese komplizierte Verweisungstechnik wird als *Kaskadenprinzip* bezeichnet.

Exkurs: Kaskadenprinzip des Kartellvergaberechts

Auch nach Inkrafttreten des Vergaberechtsänderungsgesetzes zum 1.1.1999 folgt das Vergaberecht dem sogenannten Kaskadenprinzip. Im Gesetz, dem vierten Teil des GWB (§ 97 ff. GWB), finden sich die wesentlichen verfahrensrechtlichen Grundsätze (§ 97 GWB), die Bestimmung des Anwendungsbereiches des Vergaberechts durch die Definition des öffentlichen Auftraggebers (§ 98 GWB) und des öffentlichen Auftrags (§ 99 GWB) sowie die wesentlichen Vorschriften zum Rechtsschutz vor Vergabekammern und Vergabesenaten (§§ 107 ff. GWB). Aufgrund der Ermächtigungsgrundlage in § 127 GWB wurde die Vergabeverordnung (VgV) erlassen; die novellierte Vergabeverordnung ist zum 01.02.2001 in Kraft getreten⁸. Die Vergabeverordnung regelt, unter welchen Voraussetzungen welcher Auftraggeber welchen Abschnitt der *Verdingungsordnungen* VOB/A, VOL/A und VOF anzuwenden hat.

⁶ Etwa in § 9 Nr. 4 lit. v VOL/A.

⁷ Die VOB/A wird von dem DVA (Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen, vormals Deutscher Verdingungsausschuss für Bauleistungen) erarbeitet.

⁸ BGBl. I 2001, S. 110, geänd. durch G. v. 16.5.2001, BGBl. I S. 876 und durch Erste VO zur Änderung der VgV v. 18.10.2002, BGBl. I S. 4338. Zur Vergabeverordnung *Otting*, NVwZ 2001, 775.

Die Abschnitte 2 – 4 der VOB/A und der VOL/A sowie die VOF werden durch den Verweis in der Vergabeverordnung rechtlich zu Rechtsnormen aufgewertet. Die Verpflichtung zur Anwendung des 1. Abschnitts der VOB/A und der VOL/A – der sogenannten Basisparagrafen – ergibt sich nur aus dem Haushaltsrecht. Die Gemeinden sind nach der Gemeindehaushaltsverordnung in Verbindung mit sogenannten Vergabegrundsätzen der Innenministerien verpflichtet, den 1. Abschnitt der VOB/A anzuwenden, hinsichtlich der VOL/A wird ihnen diese Anwendung unterhalb der sogenannten Schwellenwerte in der Regel lediglich empfohlen⁹. Für die Hochschulverwaltungen ergibt sich unterhalb der Schwellenwerte eine Anwendungsverpflichtung hinsichtlich der VOL/A ebenfalls nur aus der LHO i.V.m. Verwaltungsvorschriften.

Seit dem Vergaberechtsänderungsgesetz gibt es in Deutschland also eine *Doppelspurigkeit* des Vergaberechts und – vor allem – des Vergaberechtsschutzes. Unterhalb der Schwellenwerte wurde der vor dem 1.1.1999 geltende Rechtszustand perpetuiert. Das Vergaberecht bleibt Haushaltsrecht; Rechtsschutz der Bieter ist nur eingeschränkt möglich¹⁰. Die subjektiven Rechte der Bieter, die sich aus § 97 Abs. 7 GWB ergeben, greifen nur oberhalb der Schwellenwerte.

Für den Bereich der sonstigen Lieferungen und Leistungen liegen diese Schwellenwerte jedoch recht niedrig – bereits bei € 200.000,--. Bei Bauleistungen liegt der Schwellenwert erheblich höher, bei € 5 Mio. In der Spruchpraxis der Vergabekammern und Vergabesenate nehmen daher auch die „sonstigen“ Lieferungen und Leistungen – also alle Leistungen, die nicht Bauleistungen sind, einen breiteren Raum ein als die Bauleistungen.

Bei der in der Vergabeverordnung normierten Verpflichtung zur Anwendung der Verdingungsordnungen VOB/A, VOL/A und VOF handelt es sich um *statische* Verweisungen. Eine Neufassung der Verdingungsordnungen ist daher zunächst unbeachtlich, sie *darf* nicht einmal beachtet werden, da die maßgeblichen Verweisungsvorschriften der Vergabeverordnung auf die alten Fassungen Bezug nehmen. Die öffentlichen Auftraggeber warteten daher seit Herbst letzten Jahres auf eine Neufassung auch der Vergabeverordnung. Diese liegt nunmehr mit der Zweiten Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung vom 11.02.2003 vor¹¹. Mit

⁹ Für Baden-Württemberg: § 31 Abs. 2 GemHVO Ba-Wü i.V.m. Verwaltungsvorschrift des Innenministeriums über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich (Vergabe-VwV, GABl. v. 28.9.1993, S. 1002).

¹⁰ Vgl. dazu im einzelnen unten unter 8.

¹¹ BGBl. I, 168.

dieser Neufassung wurden §§ 4, 5 und 6 der Vergabeverordnung geändert. Die öffentlichen Auftraggeber werden jetzt zur Anwendung nicht mehr der Verdingungsordnungen in der Fassung 2000, sondern in der jeweiligen Fassung 2002 verpflichtet. Das gilt auch für die VOF (§ 5 VgV). Gleichzeitig ist die Vergabeverordnung insgesamt neu verkündet worden¹².

3. Informationspflicht des Auftraggebers gemäß § 13 VgV

Die Zweite Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung leitet über zu einem ersten aktuellen Thema des Allgemeinen Vergabeverfahrensrechts. Die Änderungsverordnung brachte über die Aktualisierung der Verweise auf die Neufassungen der Verdingungsordnungen hinaus eine wichtige materielle Änderung mit sich, die auf Initiative des Bundesrates eingefügt wurde. Sie betrifft die Informationspflicht des Auftraggebers gemäß § 13 VgV. Nach dieser Vorschrift ist der Auftraggeber verpflichtet, Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, 14 Tage vor dem Vertragsschluss über den Namen des erfolgreichen Bieters und über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes zu informieren. Weil nach Vertragsschluss ein Nachprüfungsantrag unzulässig ist¹³, muss der Bieter so rechtzeitig vor dem Zuschlag informiert werden, dass er noch Rechtsschutz in Anspruch nehmen kann. Andernfalls würde dem europarechtlichen - aus den einschlägigen Rechtsmittelrichtlinien folgenden - Gebot effektiven Rechtsschutzes nicht hinreichend Genüge getan.

Nach Einführung dieser Vorschrift mit Inkrafttreten der Vergabeverordnung zum 1.2.2001 war in der Rechtsprechung in zweierlei Hinsicht Streit entstanden:

a) Notwendiger Inhalt der Vorinformation

Zum einen war - und ist nach wie vor - unklar, welche inhaltlichen Anforderungen an die Vorinformation zu stellen sind. In ersten, aus der Sicht der öffentlichen Auftraggeber recht großzügigen Entscheidungen hatte die Rechtsprechung die Auffassung vertreten, es reiche aus, wenn der Auftraggeber nur *einen* Grund der

¹² Vorgegangen war bereits eine *erste* Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung, die am 01.12.2002 in Kraft trat und einen neuen § 4 Abs. 3 VgV einführt, der sich mit der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Schienenpersonennahverkehr befasst.

¹³ BGH, Urt. v. 19.12.2000 - X ZB 14/00 -, BGHZ 146, 202.

Nichtberücksichtigung angebe, die Vorinformation müsse nicht vollständig sein. Auch reiche eine schlagwortartige Angabe aus, die Information könne formularmäßig erfolgen¹⁴. An die Vorinformation seien generell keine zu hohen Anforderungen zu stellen¹⁵.

Andere Spruchkörper sind strenger¹⁶. Hintergrund ist der Sinn und Zweck der Vorinformation. Der Bieter muss wenigstens ansatzweise nachvollziehen können, welche Erwägungen für die Vergabestelle bei der Nichtberücksichtigung seines Angebotes ausschlaggebend waren. Sinn und Zweck der Vorinformation ist es, den Bieter in die Lage zu versetzen, die Erfolgsaussichten eines etwaigen Rechtsmittels abschätzen zu können. Diesem Zweck wird nur Genüge getan, wenn die Gründe der Nichtberücksichtigung zutreffend, vollständig und hinreichend detailliert mitgeteilt werden. Es ist zweifelhaft, ob das bloße Ankreuzen von Formblättern diesen Anforderungen genügt.

In der Praxis wird spätestens auf eine Rüge hin in der Regel ausführlicher informiert werden müssen. Das ist gerade auch im Interesse des öffentlichen Auftraggebers. Teilt er maßgebliche Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebotes eines Bieters diesem auch auf Nachfrage nicht oder nicht vollständig mit, besteht die Gefahr, dass ihm die Kosten eines Nachprüfungsverfahrens auferlegt werden, wenn der Bieter nach Erlangen vollständiger Kenntnis über die Gründe der Nichtberücksichtigung seines Angebotes seinen Nachprüfungsantrag zurücknimmt¹⁷.

b) Frist zur Vorinformation

Die zweite in der Rechtsprechung umstrittene Frage betraf die Berechnung der 14-Tages-Frist. Vor Ablauf dieser Frist darf ein Vertrag nicht geschlossen werden. Ein dennoch abgeschlossener Vertrag ist nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 13 Satz 4 VgV nichtig. Die Rechtsfolge Nichtigkeit wird allerdings nur ausgelöst, wenn überhaupt keine Vorinformation erteilt wird. Ist die Vorinformation

¹⁴ BayObLG, Beschl. v. 22.04.2002 - Verg 8/02 -, VergabeR 2002, 383.

¹⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 06.08.2001 - Verg 28/01 -, VergabeR 2001, 429.

¹⁶ KG, Beschl. v. 04.04.2002 - KartVerg 5/02 -, ZfBR 2002, 511.

¹⁷ VK Niedersachsen, Beschl. v. 18.01.2002 - 26045 VGK 9/2001 -, IBR 2002, 164.

unzureichend oder unvollständig, führt dies nicht zur Nichtigkeit; jedes andere Ergebnis wäre mit den Anforderungen der Rechtssicherheit auch schwerlich vereinbar¹⁸.

Ursprünglich hatte die Rechtsprechung unter Berufung auf die Verordnungsgründung die Auffassung vertreten, maßgeblicher Zeitpunkt für den Beginn der Fristberechnung sei der Tag der *Absendung* der Vorinformation. Dem ist die neuere Rechtsprechung, beginnend mit einer Entscheidung des Kammergerichts¹⁹ entgegengetreten²⁰. Es komme auf den *Zugang* der Vorinformation bei dem Bieter an, der sich im Vergabeverfahren auf die Nichtigkeit des Vertrages beruft. Bei unterschiedlichen Zugangszeitpunkten warf die Fristberechnung daher Schwierigkeiten auf. Auf Initiative des Bundesrates wurde § 13 Satz 2 VgV jetzt folgendermaßen geändert:

„Er (*i.e. der Auftraggeber*) sendet diese Information in Textform spätestens 14 Kalendertage vor Vertragsschluss an die Bieter ab. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber. Auf den Tag des Zugangs der Information beim Bieter kommt es nicht an.“

Nach dieser ausdrücklichen Klarstellung durch den Verordnungsgeber bleibt kein Raum mehr für ein Abstellen auf den Zugang beim Bieter.

Die Verordnungsänderung ist nicht unproblematisch. Der Entscheidungszeitraum eines Bieters kann bei längerem Postlauf empfindlich - und vor allem bei verschiedenen Bietern in unterschiedlicher Weise - verkürzt werden. Die Gleichbehandlung der Bieter (§ 97 Abs.2 GWB) steht in Frage: Da innerhalb der 14-Tagesfrist in der Regel auch noch gerügt werden und dem Auftraggeber nach der Rüge vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens eine angemessene Zeit zur Korrektur des gerügten Fehlers eingeräumt werden muss, ist eine Verkürzung um 1 oder gar 2 Tage wettbewerbserheblich. Es wird sich die Frage stellen, ob bei Absendung per Post an einen ausländischen Bieter die damit verbundene Fristverkürzung mit den europarechtlichen Erfordernissen effektiven Rechtsschutzes und

¹⁸ OLG Koblenz, Beschl. v. 25.03.2002 - 1 Verg 1/02 -, VergabeR 2002, 384, 386.

¹⁹ KG, Beschl. v. 04.04.2002 - KartVerg 5/02 -, ZfBR 2002, 511.

²⁰ OLG Thüringen, Beschl. v. 05.09.2002 - 6 Verg 4/02 -, VergabeR 2002, 631, 633.

vor allen Dingen mit dem Diskriminierungsverbot vereinbar ist. Allerdings: Die Rechtsmittelrichtlinien enthalten keine Bestimmungen über Fristen für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Der EuGH hat jüngst indessen darauf hingewiesen, dass durch solche Fristen die „praktische Wirksamkeit“ der Richtlinie nicht beeinträchtigt werden dürfe²¹. Empfehlens- und wünschenswert wäre es sicher, wenn die Vergabestellen die Rechtsänderung nicht dazu mißbrauchten, durch routinemäßige Aufgabe zur Post per einfachem Brief die den Bietern zur Verfügung stehende Entscheidungszeit zu verkürzen, sondern - wie bisher üblich - per Fax informierten.

4. Vergabefremde Kriterien

Die sogenannten vergabefremden Kriterien sind ein Dauerbrenner des Vergaberechts. Öffentliche Auftraggeber neigen dazu, über die Wirtschaftlichkeit hinaus weitere Kriterien zum Maßstab der Vergabeentscheidung zu machen. Solche vergabefremden Kriterien können auf verschiedenen Stufen des Vergabeverfahrens begegnen.

Ein eherner Grundsatz des Vergaberechts lautet, dass die Eignungsprüfung von der Zuschlagsentscheidung im engeren Sinne abzuschichten ist. Zunächst ist die Eignung der Bieter zu prüfen. Ein „Mehr an Eignung“ darf bei der eigentlichen Angebotswertung dann nicht mehr berücksichtigt werden. § 97 Abs. 4 GWB lässt als Kriterien der Eignung nur Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit zu. Weitere Anforderungen dürfen jedoch durch Bundes- oder Landesgesetz auferlegt werden. In vielen Bundesländern gibt es mittlerweile Vergabegesetze, die weitere Anforderungen - etwa die Tariftreue - gesetzlich festschreiben. Hierbei handelt es sich um „k.o.-Kriterien“. Entweder der Auftraggeber erfüllt diese Eignungsmaßstäbe oder nicht.

Beispiel eines solchen Landesgesetzes ist das am 01.03.2003 in Kraft getretene Tariftreuegesetz NRW²². Danach dürfen die öffentlichen Auftraggeber in Nordrhein-Westfalen Bauaufträge und Aufträge im Öffentlichen Personennahverkehr ab einem geschätzten Auftragswert von 10.000 € nur an Unternehmen vergeben, die sich schriftlich

²¹ EuGH, Urt. v. 12.12.2002 - Rs. C-470/99 *Universale-Bau AG*, NZBau 2003, 162 (166), Tz. 72.

²² TariftG NRW v. 17.12.2002, GBVL. v. 15.01.2003, S. 8.

zur Einhaltung der einschlägigen Tarifbestimmungen am Ort der Leistungsausführung²³ verpflichten.

Durch Bundes- oder Landesgesetz kann jedoch nicht die Möglichkeit eröffnet werden, über die Wirtschaftlichkeit hinaus an sich unzulässige Zuschlagskriterien einzuführen. Dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist, regelt § 97 Abs. 5 GWB. Eine Öffnungsklausel ist hier nicht vorgesehen.

Wirtschaftlichkeit bedeutet jedoch nicht, dass stets das preislich günstigste Angebot den Zuschlag erhalten muss. Es ist eine Gesamtbetrachtung anzustellen. Nach einer neueren Entscheidung des EuGH²⁴ sind in gewissen Grenzen auch nichtwirtschaftliche Kriterien berücksichtigungsfähig. Solche „vergabefremden“ Kriterien müssen jedoch einen Bezug zum Auftragsgegenstand haben. Ausgeschlossen ist danach, Allgemeinwohlkriterien, die sich auf die *Person* des Bieters beziehen und die mit der Ausführung des Auftrags sachlich nichts zu tun haben, zum Gegenstand der Angebotswertung zu machen.

5. Wertungskriterien

Eine wichtige Entscheidung des EuGH vom Dezember vergangenen Jahres betrifft die Anforderungen an die ex-ante-Transparenz von Wertungskriterien²⁵. Dem vorliegenden Gericht ging es um die Frage, ob der Auftraggeber in einem nicht offenen Verfahren die Gewichtung der Kriterien für die Auswahl der Bewerber, die zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden sollen, vorab bekanntgeben muss. Zur Beantwortung dieser Frage befasst sich der EuGH auch mit der Auslegung von Art. 30 Abs. 2 der Baukoordinierungsrichtlinie²⁶. Nach dieser Vorschrift gibt der öffentliche Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung die Zuschlagskriterien an, deren Verwendung er vorsieht,

„möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung“.

²³ Ein Unternehmen aus den neuen Bundesländern muss sich also verpflichten, die - u.U. erheblich höheren Tarife in NRW zu zahlen.

²⁴ Urt. v. 17.09.2002 - Rs. C-513/99 -, NZBau 2002, 608, Tz. 59.

²⁵ Urt. v. 12.12.2002 - Rs. C-470/99 *Universale-Bau AG*, NZBau 2003, 162.

²⁶ Rl. 93/37/EWG, i.d.F. der Änderung durch Rl. 97/52/EG.

Die Vergabepaxis versteht das Wort *möglichst* in dieser Vorschrift als Synonym für *niemals*. Die Rechtsprechung hat dies gebilligt: Die Richtlinie verlange zwar, dass sämtliche relevanten Zuschlagskriterien vorab publiziert werden. Der Auftraggeber müsse jedoch die Reihenfolge und das spezifische Gewicht der einzelnen Zuschlagskriterien bei dieser Publikation nicht nennen²⁷. In der Praxis führt dies dazu, dass auf den von den Auftraggebern verwendeten Formblättern für die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes alle oder nahezu alle dort ankreuzbaren Zuschlagskriterien angekreuzt werden, wobei der ausdrückliche Hinweis folgt, dass aus der Reihenfolge nicht auf die Gewichtung geschlossen werden dürfe. Dem Bieter ist daher unklar, ob ein Kriterium - etwa der Kaufpreis - mit 90 % oder etwa nur mit 50 % in die Wertung eingeht.

Der EuGH interpretiert das Transparenzgebot des Art 30 Abs. 2 BKR strenger. Er versteht die Vorschrift als grundsätzliche Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur Angabe der Gewichtung:

„Aus diesem Artikel geht somit hervor, dass sich der öffentliche Auftraggeber, wenn er eine Gewichtung der zur Anwendung vorgesehenen Zuschlagskriterien vorgenommen hat, nicht darauf beschränken kann, diese Kriterien lediglich in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung zu benennen, sondern dass er den Bietern außerdem die vorgesehene Gewichtung mitteilen muss.“²⁸

Die Praxis wird sich darauf einstellen müssen, die maßgeblichen Zuschlagskriterien künftig in den Verdingungsunterlagen mit dem ihnen zukommenden Gewicht aufzulisten²⁹.

6. Nachprüfung der Aufhebungsentscheidung

Sehr umstritten ist gegenwärtig, welche Konsequenz aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 18.06.2002³⁰ zu ziehen sind. Das Urteil befaßt sich mit der

²⁷ Vgl. statt vieler nur *Brinker/Ohler*, in: Beck'scher VOB-Kommentar, 2001, § 25 Rn. 77: „Es sind gewichtige Gründe vorstellbar, dass der Auftraggeber die Reihenfolge und Gewichtung der Wertungskriterien nicht offenbart. Dies ist nicht zu beanstanden.“

²⁸ EuGH, Urt. v. 12.12.2002 - Rs. C-470/99 -, Tz. 97.

²⁹ Wenngleich bis zur Rezeption der Entscheidung des EuGH noch eine gewisse Zeit verstreichen dürfte: So hat die VK Arnberg noch in einem Beschluss vom 26.02.2003 - VK 2-5/2003 - die Auffassung vertreten, die VOL/A biete „keine Rechtsgrundlage“ für die Angabe einer Reihenfolge oder Wertung der Wertungskriterien (amtl. Umdruck S. 9). Rechtsgrundlage ist jedoch das Transparenzgebot des § 97 Abs. 2 GWB, das europarechtskonform im Lichte der Entscheidung des EuGH auszulegen ist.

Überprüfbarkeit der Aufhebung einer Vergabeentscheidung. Die Vergabesenate der Oberlandesgerichte haben uneinheitlich entschieden, so dass mittlerweile ein Vorlageverfahren beim BGH anhängig ist³¹.

a) *Die Entscheidung des EuGH vom 18.06.2002*

Bis zum Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 18.06.2002 galt im deutschen Recht der eherne Grundsatz, dass nach einer verfahrensbeendenden Entscheidung der Vergabestelle - sei es durch Zuschlag, sei es durch Aufhebung des Vergabeverfahrens - ein Nachprüfungsantrag unzulässig ist³². Der EuGH verlangt nun jedoch, das nationale Recht müsse eine Überprüfung von Aufhebungsentscheidungen daraufhin vorsehen, ob sie gegen Vorschriften des *Gemeinschaftsrechts* oder gegen solche nationale Vorschriften verstoßen, die Gemeinschaftsrecht umsetzen³³. Gleichzeitig stellt der EuGH fest, die dem Auftraggeber nach Gemeinschaftsrecht zustehende Befugnis, auf die Vergabe eines ausgeschriebenen Auftrags zu verzichten, sei weder auf Ausnahmefälle begrenzt noch müsse sie auf schwerwiegende Gründe gestützt werden³⁴. Die Baukoordinierungsrichtlinie enthalte keine Vorschriften, die die materiellen Voraussetzungen der Aufhebung einer Ausschreibung regeln. Zu beachten seien allerdings die Diskriminierungsverbote des EG-Primärrechts.

b) *Rezeption durch die deutschen Vergabenachprüfungsinstanzen*

Nachdem der EuGH entschieden hatte, auch gegen die Aufhebung müsse unter bestimmten Umständen Primärrechtsschutz in Anspruch genommen werden können, schien das Pendel zunächst in die andere Richtung auszuschlagen: Die Auf-

³⁰ Rs. C-92/00 *Hospital Ingenieure*, VergabeR 2002, 361.

³¹ Nach § 124 Abs. 2 GWB hat ein OLG eine Sache dem BGH vorzulegen, wenn es von der Entscheidung eines anderen OLG in Vergabesachen abweichen will.

³² Vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.03.2000 - Verg 4/00 -, NZBau 2000, 306 (309); OLG Hamburg, Beschl. v. 12.12.2000 - 1 Verg 1/00 -, NZBau 2001, 460 (461f.).

³³ EuGH, Urt. v. 18.06.2002, VergabeR 2002, 361 (367), Tz. 55.

³⁴ EuGH, Urt. v. 18.06.2002, VergabeR 2002, 361 (365f.), Tz. 40, unter Bezugnahme auf die Entscheidung vom 16.09.1999 - Rs. C-27/98 -, Slg. I-5697, Tz. 23 und 25.

hebung müsse uneingeschränkt nachprüfbar sein³⁵. Das eingängige Schlagwort von der „Aufhebung der Aufhebung“ war schnell geprägt³⁶.

Das war jedoch voreilig. Liest man die Entscheidung des EuGH genau, verlangt er eine Nachprüfbarkeit nur im Hinblick auf Verstöße gegen zwingendes Gemeinschaftsrecht. Damit liegt der Schluß nahe, dass - da § 26 VOB/A als nationale Vorschrift nicht unbedingt zwingendes Gemeinschaftsrecht im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe umsetzt - eine Aufhebungskontrolle am Maßstab *dieser* Vorschrift europarechtlich jedenfalls nicht geboten ist³⁷. Diesen Schluß hat das OLG Dresden gezogen und nunmehr dem BGH nach § 124 Abs. 2 GWB die Frage zur Entscheidung vorgelegt, wie weit die Anfechtbarkeit der Aufhebung de lege lata geht³⁸. Auch das Kammergericht liegt mit dem Beschluss vom 10.12.2002 auf der Linie der wenige Tage zuvor ergangenen Entscheidung des OLG Dresden³⁹. Da der Senat die Aufhebung aber als rechtmäßig beurteilte, war die Reichweite der Nachprüfbarkeit im Ergebnis nicht entscheidungserheblich, so dass eine (weitere) Divergenzvorlage nicht angezeigt war. Das KG deutet aber zumindest an, dass nicht alle Verstöße gegen nationale Vorschriften zur „Aufhebung der Aufhebung“ führen müssen⁴⁰.

³⁵ Vgl. VK Brandenburg, Beschl. v. 17.09.2002 - VK 50/02; VK Sachsen, Beschl. v. 05.09.2002 - 1 SVK/073-02; VK Sachsen, Beschl. v. 21.08.2002 - 1 SVK/077-02; VK Brandenburg, Beschl. v. 30.07.2002 - VK 38/02; Vergabekammer bei der Finanzbehörde Hamburg, Beschl. v. 25.07.2002 -, VgK FB 1/02; in diese Richtung auch die ersten Bewertungen im Schrifttum, vgl. *Dreher*, JZ 2002, 1101f.; *Prieß*, NZBau 2002, 433; *Portz*, ZfBR 2002, 551; *Hübner*, VergabeR 2002, 429 (433); *Reidt/Brosius-Gersdorf*, VergabeR 2002, 580 (589).

³⁶ Gleichwohl gab es auch Entscheidungen von Spruchörnern, die eine „Aufhebung der Aufhebung“ für rechtssystematisch ausgeschlossen hielten und sich angesichts des „klaren Wortlauts“ des § 114 Abs. 2 S. 2 GWB gehindert sahen, das Urteil des EuGH im Wege richtlinienkonformer Interpretation in deutsches Recht umzusetzen, der Gesetzgeber sei gefordert, so VK Nordbayern, Beschl. v. 28.10.2002 - 320.VK-3194-33/02 und Beschl. v. 12.09.2002 - 320.VK-3194-25/02.

³⁷ Ebenso *Gnittke/Michels*, VergabeR 2002, 571 (574). Das OLG Hamburg differenziert insoweit nicht und prüft § 26 VOL/A als eine Vorschrift, die Gemeinschaftsrecht in nationales Recht umsetzt, Beschl. v. 4.11.2002 - 1 Verg 3/02 -, VergabeR 2003, 40 (42); ebenso VK Brandenburg, Beschl. v. 17.09.2002 - VK 50/02. Dabei wird übersehen, dass die Verdingungsordnungen zwar *auch* der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht dienen, an zahlreichen Stellen aber einen nationalrechtlich induzierten „überschießenden Regelungsgehalt“ aufweisen, dessen Beachtung dann auch nicht europarechtlich geboten sein kann. Für die Kontrolle (auch) am Maßstab der §§ 26, 26 a VOB/A dagegen *Reidt/Brosius-Gersdorf*, VergabeR 2002, 580 (583f.).

³⁸ OLG Dresden, Beschl. v. 03.12.2002 - WVerg 15/02 -, VergabeR 2002, 45 = NZBau 2003, 169.

³⁹ KG, Beschl. v. 10.12.2002 - KartVerg 16/02 -, NZBau 2003, 172.

⁴⁰ Umgekehrt darf sich - das hat der EuGH klargestellt - die Prüfung nicht auf die Frage beschränken, ob die Aufhebung „willkürlich“ erfolgte, Urt. v. 18.06.2002 - VergabeR 2002, 361 (368), Tz. 64.

c) *Kein Anspruch auf Auftragserteilung*

Einen Verstoß gegen nationales Recht verneint das KG auch deshalb, weil es einen Anspruch auf Auftragserteilung nicht gebe. Anders als das BayObLG⁴¹ leitet das KG aus § 97 Abs. 5 GWB nicht ein subjektives Recht des wirtschaftlichsten Bieters auf Zuschlag ab, sondern lediglich einen Anspruch darauf, dass auf *kein anderes* als das wirtschaftlichste Angebot der Zuschlag erteilt wird⁴². Das KG liegt damit auf Linie der Rechtsprechung des BGH zum Sekundärrechtsschutz, die bei der Prüfung des Anspruchs auf das Erfüllungsinteresse danach fragt, ob der Auftrag tatsächlich vergeben *wurde*, nicht, ob er vergeben werden *mußte*⁴³. Ist - auch rechtswidrig - aufgehoben worden, gesteht der BGH nur den Vertrauensschaden zu. An diese Rechtsprechung des BGH sieht sich das KG gebunden und stellt damit en passant - entgegen OLG Hamburg⁴⁴ - klar, dass sich die Vorlagepflicht des § 124 Abs. 2 GWB auch auf Abweichungen von im Sekundärrechtsschutz ergangenen Entscheidungen des BGH und anderer Oberlandesgerichte erstreckt⁴⁵, nicht nur auf Entscheidungen von Nachprüfungsinstanzen⁴⁶ - eine im Interesse der Rechtseinheitlichkeit des Vergaberechts uneingeschränkt zu begrüßender Ansatz.

Der Auffassung des KG, nach der es kein subjektives Recht auf Zuschlagerteilung gibt, ist beizupflichten. Auch der öffentliche Auftraggeber genießt Vertragsfreiheit. Er macht sich schadenersatzpflichtig, wenn er ein Vergabeverfahren nicht ordnungsgemäß beendet, kann aber nicht gezwungen werden, gegen seinen Willen zu kontrahieren; eine solche Verpflichtung läßt sich weder aus nationalem⁴⁷ noch aus Europarecht herleiten⁴⁸.

⁴¹ BayObLG, Beschl. v. 05.11.2002 - Verg 22/02, amtl. Umdruck S. 21f.

⁴² Im Ergebnis ebenso OLG Brandenburg, Beschl. v. 19.12.2002 – Verg W 9/02.

⁴³ BGH, Urt. v. 8.9.1998 - X ZR 99/96 -, NJW 1998, 3640 (3643); BGH, Urt. v. 05.11.2002 - X ZR 232/00 -, NZBau 2003, 168.

⁴⁴ Das OLG Hamburg, Beschl. v. 4.11.2002 - 1 Verg 3/02 -, VergabeR 2003, 40 (44), will die Vorlagepflicht auf Entscheidungen im Vergabeverfahren beschränken.

⁴⁵ Ebenso *Gröning*, in: *Motzke/Pietzcker/Prieß*, Beck'scher VOB-Kommentar, 2001, § 124 GWB Rn. 15.

⁴⁶ So aber *Stickler*, in: *Reidt/Stickler/Glahs*, Vergaberecht, 2000, § 124 Rn. 10.

⁴⁷ Der BGH hat jüngst (Urt. v. 05.11.2002 - X ZR 232/00 -, NZBau 2003, 168) erneut klargestellt, dass ein Auftraggeber auch in Fällen, in denen kein Aufhebungsgrund gem. § 26 Nr. 1 VOB/A besteht, nicht ge-

d) *Differenzierte Überprüfbarkeit*

Folgt man der vom KG und dem OLG Dresden vorgezeichneten Linie, stellt sich die entscheidende Frage, welche Vorschriften des nationalen Rechts, die bei der Aufhebung einer Ausschreibung verletzt sein können, zugleich gegen Gemeinschaftsrecht im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe oder gegen das Primärrecht verstoßen. Das KG konnte diese Frage offen lassen; aus seiner Sicht lag kein Verstoß gegen nationales Vergaberecht vor, da die Vergabestelle mit der Aufhebung nur einem Postulat eines bestandskräftigen Beschlusses der zuständigen Vergabekammer nachgekommen war, dessen materielle Rechtmäßigkeit im vorliegenden Verfahren nicht mehr überprüft werden konnte.

Aus der Sicht der von einer Aufhebung betroffenen Bieter und ihrer Berater ist der gegenwärtige Stand der Rechtsprechung zur „Aufhebung der Aufhebung“ unbefriedigend⁴⁹. Der Jubelruf „EuGH locuta, causa finita“⁵⁰ erweist sich als voreilig. Zwar ist die Nachprüfbarkeit der Aufhebung nicht ausgeschlossen - sie kann es nach der Entscheidung des EuGH nicht mehr sein. Unklar ist aber, ob im jeweils konkreten Fall ein Verstoß (nur) gegen nationales Recht vorliegt oder (schon und auch) gegen gemeinschaftsrechtliche Vorgaben. Nur im letzteren Fall ist der Nachprüfungsrechtsweg überhaupt eröffnet. Im ersten Fall ist der Antrag nicht nur unbegründet, sondern auch nicht statthaft⁵¹ und wird - das lehrt der vom KG entschiedene Fall - möglicherweise als offensichtlich unzulässig nicht einmal zugestellt. Wo die Grenze verläuft, ist offen. Voreilig war daher auch der Schluss, gesetzgeberische Maßnahmen zur Umsetzung der EuGH-Entscheidung seien überflüssig⁵²: Es wäre zu begrüßen, wenn der Gesetzgeber dafür sorgte, dass die Aufhebungsentscheidung *umfassend* überprüfbar ist, indem etwa eine § 13 VgV

zwungen werden kann, einen der Ausschreibung entsprechenden Auftrag zu erteilen.

⁴⁸ Ebenso *Gnittke/Michels*, VergabeR 2002, 571 (577f.); *Reidt/Brosius-Gersdorf*, VergabeR 2002, 580 (590).

⁴⁹ Die eingetretene Rechtsunsicherheit beklagt auch *Meier*, NZBau 2003, 137 (139).

⁵⁰ So *Prieß*, NZBau 2002, 433.

⁵¹ So die Beurteilung des OLG Dresden, Beschl. v. 03.12.2002 - WVerG 15/02 -, VergabeR 2002, 45 (46).

⁵² So aber *Reidt/Brosius-Gersdorf*, VergabeR 2002, 571 (592).

ergänzende Verpflichtung auch zur Vorabinformation über die beabsichtigte Aufhebung eingeführt würde.

7. Öffentliche Unternehmen als Bieter

Für Hochschulen oder Hochschulinstitute kann gelegentlich die Frage interessant sein, ob sie selbst als *Auftragnehmer* in den Wettbewerb um öffentliche Aufträge eintreten dürfen.

Im Bereich der VOB/A ist eine Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen. Zum einen aus praktischen Gründen. Hochschulen werden in der Regel keine Bauleistungen ausführen. Zum anderen stehen aber auch eindeutige rechtliche Regelungen entgegen. § 8 Nr. 6 VOB/A verpflichtet die Vergabestellen, „Betriebe der öffentlichen Hand und Verwaltungen“ nicht zum Wettbewerb zuzulassen.

Im Bereich der VOL/A sind die Verhältnisse offener. Ausgeschlossen ist nach § 7 Nr. 6 VOL/A nur die Teilnahme von Justizvollzugsanstalten, Einrichtungen der Jugendhilfe, Aus- und Fortbildungsstätten oder *ähnlichen Einrichtungen*. Eine analoge Anwendung der strikteren Vorschrift der VOB/A ist abzulehnen, da mangels planwidriger Regelungslücke für eine Analogie kein Raum ist⁵³. Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist Hochschulen eine Teilnahme am Wettbewerb also nicht generell versagt. Ratio legis ist, Einrichtungen, die mit öffentlichen Mitteln gefördert wurden, die Teilnahme am Wettbewerb um öffentliche Aufträge zu untersagen. Die Chancengleichheit sei nicht gewährleistet, da es an gleichen Startbedingungen mangle. Daher bestehe die Gefahr der Verdrängung erwerbswirtschaftlich arbeitender Privatunternehmen vom Markt. In Bereichen, in denen eine Beteiligung am Wettbewerb mit diesem Normzweck nicht kollidiert, steht § 7 Nr. 6 VOL/A einer Bewerbung um öffentliche Aufträge also nicht entgegen.

Nach einer neueren Entscheidung des OLG Düsseldorf⁵⁴ wird aber sorgfältig zu prüfen sein, ob Kompetenzschränken des öffentlichen Rechts - insbesondere hochschulrechtliche Vorschriften - einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung entgegenstehen. Das OLG

⁵³ Müller-Wrede, in: ders., VOL/A, 2001, § 7 Rn. 60.

⁵⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.06.2002 - Verg 18/02 -, VergabeR 2002, 471.

Düsseldorf hielt eine Vergabestelle für verpflichtet, ein kommunales Unternehmen, dessen Bewerbung als wirtschaftliche Betätigung nicht im Einklang mit den Schranken des § 107 GO NW stand, aus dem Vergabeverfahren auszuschließen. Denn ein Verstoß gegen das Gemeindefinanzierungsrecht sei zugleich als Vergaberechtsverstoß - nämlich als Verletzung des Prinzips der wettbewerblichen Vergabe (§ 97 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A) - zu werten.

8. Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte

Der Rechtsschutz im Vergaberecht hängt nach geltender Rechtslage wesentlich vom Überschreiten bestimmter *Schwellenwerte* ab, die europarechtlich vorgegeben sind. Der 4. Teil des GWB einschließlich der Vorschriften über das Nachprüfungsverfahren findet nach § 100 Abs. 1 GWB nur Anwendung, wenn die in § 2 VgV definierten Auftragswerte überschritten sind. Unterhalb dieser Schwellenwerte ist streitig, ob und inwieweit Primärrechtsschutz besteht. Darüber hinaus ist streitig, ob und inwieweit die Eröffnung von Primärrechtsschutz verfassungsrechtlich geboten ist. Schließlich ist umstritten, ob – sollte das nicht der Fall sein – wenigstens *rechtspolitisch* Rechtsschutzmöglichkeiten der Bieter unterhalb der Schwellenwerte ausgeweitet werden sollten.

Es geht dabei nur um den *Primärrechtsschutz*. Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH steht fest, dass Schadenersatzansprüche (*Sekundärrechtsschutz*) bei jedem Vergabeverfahren bestehen können, da der Auftraggeber mit der Bezugnahme auf das vergaberechtliche Regelwerk bei Veröffentlichung der Ausschreibungsbedingungen ein schutzwürdiges Vertrauen der Bieter auf Einhaltung dieser Vorschriften begründet. Bei Verletzung dieses Vertrauens können Schadenersatzansprüche nach culpa in contrahendo bzw. jetzt § 311 Abs. 2 i.V.m. § 280 BGB entstehen.

a) Subjektiv-öffentliche Rechte

Bekanntlich hat der bundesdeutsche Gesetzgeber mit der haushaltsrechtlichen Lösung zunächst dezidiert versucht, ein Rechtsschutzverfahren einzuführen, dabei aber das Entstehen subjektiver Bieterrechte auszuschließen. Erst auf Druck der EG hat sich der Gesetzgeber mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz bereit gefunden, wenigstens oberhalb der Schwellenwerte *gerichtlichen* Rechtsschutz

und einen subjektiv-rechtlichen *Anspruch* auf Einhaltung der Vergaberechtsvorschriften in § 97 Abs. 7 GWB zu konstituieren. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass es der bundesdeutsche Gesetzgeber *unterhalb* der Schwellenwerte bei der hergebrachten Rechtslage bewenden lassen wollte. Unterhalb der Schwellenwerte ist das Vergaberecht weiterhin Verwaltungsbinnenrecht; es ist klassisches Haushaltsrecht und vermittelt Dritten keine subjektiven Rechte. Zur Anwendung der VOB/A verpflichtet sind die Gemeinden gem. § 31 GemHVO i.V.m. mit den Vergabegrundsätzen des Innenministeriums. Die Verdingungsordnungen erhalten so den Charakter von Verwaltungsvorschriften.

Der VGH Baden-Württemberg hat diese Rechtslage kurz vor Inkrafttreten des Vergaberechtsänderungsgesetzes in einem Urteil vom 29.06.1998⁵⁵ so zusammengefasst:

„Die Regelung des § 31 GemHVO selbst, auch unter Berücksichtigung der Basisparagrafen der VOB/A vermittelt den Klägern keine geschützte Rechtsposition. § 31 GemHVO ist Teil des kommunalen Haushaltsrechts. Dieses ist durch das Gebot der Sparsamkeit, der Wirtschaftlichkeit sowie der gesicherten Deckung geprägt und dient vornehmlich dem Gleichgewicht des Gesamthaushalts. Auswirkungen haushaltsrechtlicher Entscheidungen der Gemeinde auf Private sind insoweit lediglich als Reflex innerhalb eines dem öffentlichen Wohl verpflichteten Rechtsgebiets zu betrachten. § 31 GemHVO bindet daher die Gemeinde nur im Innenverhältnis; subjektive Ansprüche können hieraus nicht entstehen.“

De lege lata bleibt es also dabei, dass die vergaberechtlichen Normen als solche Teil des allgemeinen Haushaltsrechts sind und Dritten keine einklagbare Rechtsposition vermitteln.

b) Rechtsschutzmöglichkeiten in besonderen Fällen

Damit ist freilich nicht abschließend darüber entschieden, dass in jedem Vergabesachverhalt unterhalb der Schwellenwerte Rechtsschutz ausgeschlossen ist. Subjektive Rechte können den Bietern auch aus anderen als vergaberechtlichen Vorschriften zustehen. Die exklusive Rechtswegzuweisung

⁵⁵ Az: 1 S 1580/96 – DÖV 1999, 79.

des § 104 Abs. 2 GWB dürfte – wie der gesamte 4. Teil des GWB – nur oberhalb der Schwellenwerte Geltung beanspruchen. Es ist dem Bieter also unbenommen, unter Berufung auf *allgemeine* Rechtsvorschriften vor den jeweils zuständigen Gerichten – seien es die Verwaltungs- oder die Zivilgerichte – Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Es kommt dann im Einzelfall darauf an, ob die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Normen erfüllt sind.

aa) § 823 Abs. 2 i.V.m. § 1004 BGB

Ausgeschlossen dürfte jedoch die Berufung auf einen Verstoß gegen die VOL/A als Verletzung eines Schutzgesetzes im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sein. Unterhalb der Schwellenwerte sind die Verdingungsordnungen nicht einmal Rechtsnormen, sondern Regelwerke privater Normsetzungsgremien, die durch haushaltsrechtlichen Normanwendungsbefehl den Charakter von Verwaltungsvorschriften erlangen. Sie sind somit keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB⁵⁶. Daran hat sich auch durch eine mißverständlich formulierte Passage in einer neueren Entscheidung des BGH⁵⁷ nichts geändert⁵⁸.

bb) § 1 UWG

Ebensowenig kann jede Verletzung der VOL/A *automatisch* die Sittenwidrigkeit im Sinne des § 1 UWG indizieren. Nicht jeder Rechtsverstoß ist gleichzeitig ein Verstoß gegen die guten Sitten im Wettbewerb. Ein solcher Anspruch bestünde – wäre § 1 UWG im Ausgangspunkt auf das Handeln der Vergabestelle überhaupt anwendbar – bei einer Rechtsverletzung durch die öffentliche Hand nur, wenn die Verdingungsordnungen *entweder* Drittschutzcharakter hätten *oder* sogenannte wertbezogene Normen wären. Erstere Voraussetzung liegt nicht vor, da – wie oben dargelegt – die vergaberechtlichen Normen Dritten keine subjektiven Rechte vermitteln. Auch die zweite Voraussetzung liegt aber

⁵⁶ OLG Stuttgart, Urt. v. 11.04.2002 – 2 U 240/01 -, VergabeR 2002, 374 (375).

⁵⁷ BGH, Urt. v. 8.9.1998, NJW 1998, 3636 (VOB habe „Rechtssatzqualität“).

⁵⁸ Pietzcker, Die Zweiteilung des Vergaberechts, 2001, S. 89; OLG Stuttgart, a.a.O., S. 8.

nicht vor, da die Verdingungsordnungen verfahrensrechtliche und technische Regelungen beinhalten und nicht Ausdruck einer grundsätzlichen ordnungspolitischen Wertentscheidung des Gesetzgebers sind⁵⁹.

Selbstverständlich kann ein Bieter aus § 1 UWG Ansprüche ableiten, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift im übrigen vorliegen. Dann müsste zunächst jedoch einmal die Vergabestelle mit *Wettbewerbsabsicht* gehandelt haben. Bei Beschaffungstätigkeit wird ein „Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs“ – anders als bei der erwerbswirtschaftlichen Betätigung öffentlicher oder privater Unternehmen – indessen nicht vermutet. Es bedarf besonderer Darlegungen, dass der öffentliche Auftraggeber gezielt den Wettbewerb eines bestimmten Bieters zu Lasten eines anderen Bieters *fördern* wollte. Üblicherweise ist die Bevorzugung des einen und die Benachteiligung des anderen Bieters durch eine Vergabeentscheidung lediglich eine unvermeidliche Nebenfolge, nicht aber Ziel des Handelns der Verwaltung. Dementsprechend wird regelmäßig Wettbewerbsabsicht, ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs, nicht vorliegen⁶⁰.

Lässt sich die Wettbewerbsabsicht darlegen, so ließe sich im Einzelfall sicherlich auch einmal begründen, dass die Vergabestelle einen Bieter bewusst diskriminiert hat und damit wettbewerbswidrig im Sinne des § 1 UWG handelte.

cc) §§ 20, 33 GWB

Im Einzelfall können Unterlassungsansprüche auch aus kartellrechtlichen Vorschriften hergeleitet werden. Unproblematisch ist insoweit die Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand. Auch das Nachfrageverhalten der öffentlichen Hand ist kartellrechtlich relevante Unternehmenstätigkeit. Voraussetzung ist jedoch für die

⁵⁹ Anders wohl LG Hamburg, U.v. 28.10.1998 – 406 O 169/98 -, wrp 1999, 441; LG Heilbronn, Urt. v. 19.11.2002 – 22 O 294/01 -, NZBau 2002, 239.

⁶⁰ OLG Stuttgart, U.v. 11.04.2002, NZBau 2002, 395 ; OLG Düsseldorf, U.v. 29.07.1998 – U (Kart) 24/89 -, BauR 1999, 241, 248.

Normadressateneigenschaft des öffentlichen Auftraggebers, dass er eine marktbeherrschende oder mindestens marktstarke Stellung innehat. Maßgeblich ist dafür die Sicht der Marktgegenseite, also des Bieters. Die Marktbeherrschung muss sowohl in dem sachlich als auch in dem räumlich relevanten Markt bestehen. Das ist nur ausnahmsweise der Fall. *Sachlich* kommt eine marktbeherrschende Stellung der öffentlichen Hand etwa in den Märkten für Straßenbauleistungen (Tiefbau) in Betracht. *Räumlich* ist hier immer zu fragen, ob der konkrete Bieter nicht *Ausweichmöglichkeiten* hat, weil er etwa bundesweit agiert. Nur in Einzelfällen wird ein Unterlassungsanspruch aus §§ 20, 33 GWB zu begründen sein.

dd) Art. 3 GG

Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist nach zwar noch umstrittener, aber im Vordringen begriffener und wohl auch zutreffender Ansicht auch bei fiskalischem Verwaltungshandeln zu beachten. Es kann daher dahinstehen, ob die öffentliche Hand bei der Nachfrage nach Lieferungen und Leistungen hoheitlich oder privatrechtlich agiert. Sie darf auch im privatrechtlichen Bereich Dritte nicht willkürlich ungleich behandeln.

Nicht in jedem Verstoß gegen eine Vorschrift der VOB/A oder der VOL/A wird indessen zugleich ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz gesehen werden können. Freilich bestehen hier Unsicherheiten. Grundsätzlich kann man argumentieren, es verstoße gegen Art. 3 GG, wenn ein öffentlicher Auftraggeber, der sich in den Ausschreibungsbedingungen auf die VOB/A berufen hat, unter Mißachtung etwa der Wertungsvorschriften des § 25 VOB/A einem vorzugswürdigen und wirtschaftlicheren Angebot nicht den Zuschlag erteilt, sondern ein schlechteres Angebot präferiert. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, Art. 3 GG könne nur bei „gravierenden“ Vergaberechtsverstößen herangezogen werden. Die Entscheidung muss willkürlich sein. Willkür beinhaltet jedoch kein subjektives Element. Willkür ist „im objektiven Sinne zu verstehen als eine Maßnahme, welche im Verhältnis zu der Situation, der sie Herr werden will, tatsächlich und eindeutig unangemessen ist“⁶¹. Eine Vergabeentscheidung,

⁶¹ BVerfG, Beschl. v. 15.3.1989 – 1 BvR 1428/88 -, BVerfGE 80, 48 (51).

die auf der Grundlage sogenannter vergabefremder Kriterien getroffen wird, ist zwar möglicherweise unwirtschaftlich in der Regel aber nicht „willkürlich“. Art. 3 GG hilft nach alledem wohl nur bei eindeutigen Diskriminierungssachverhalten.

ee) EG-Recht

Auch unterhalb der Schwellenwerte ist das Primärrecht des EG-Vertrages zu beachten⁶². Ausländische Bieter dürfen daher nicht willkürlich diskriminiert werden. Eine Vergabestelle, die den Wettbewerb ausdrücklich etwa auf inländische Bieter beschränkte, handelte nicht im Einklang mit dem Vertrag. Auch die Verwendung einer Produkt- oder Herstellerbezogenen Leistungsbeschreibung ist unvereinbar mit dem EG-Vertrag.⁶³

Resümierend kann gesagt werden: Abwehransprüche sind grundsätzlich auch unterhalb der Schwellenwerte möglich, jedoch nur bei gravierenden Verstößen. Einen subjektiven Anspruch auf Einhaltung der Regularien der Verdingungsordnungen hat der Bieter nicht. Die praktische Durchsetzbarkeit von Ansprüchen ist außerordentlich begrenzt.

c) Rechtsweg

Zivilrechtliche Unterlassungsansprüche müssen vor den Zivilgerichten verfolgt werden. Der Unterlassung begehrende Bieter müsste eine einstweilige Verfügung erwirken.

Theoretisch kommt daneben wegen eines Verstoßes gegen den Gleichheitssatz auch Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten in Betracht. Das ist freilich umstritten. Art. 3 GG ist auch Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB, so dass ein Gleichbehandlungsverstoß auch auf dem Zivilrechtsweg verfolgt werden kann.

⁶² EuGH, Urt. v. 03.12.2001 – Rs. C-59/99 -, ZfBR 2002, 610.

⁶³ Vgl. EuGH, Beschl. v. 3.12.2001, Rs. C-59/00 „Vestergaard“, Slg. 2001, I-9505.

Zu beachten ist bei Ansprüchen aus §§ 20, 33 GWB die Sonderzuweisung zu den Kartellkammern gem. § 87 i.V.m. § 89 GWB.

d) *Verfassungsrechtliche Beurteilung*

Umstritten ist, ob die ungleiche Behandlung von Sachverhalten oberhalb und unterhalb der EG-rechtlich vorgegebenen Schwellenwerte mit Verfassungsrecht vereinbar ist. In der Tat erscheint es auf den ersten Blick fragwürdig, dass bei Auftragsvergaben ab einem Schwellenwert von Euro 200.000,-- (im Dienstleistungsbereich) umfassender Primärrechtsschutz gegeben sein soll, bei einem Auftragswert in Höhe von Euro 199.999,-- hingegen Primärrechtsschutz ausscheidet.

Der österreichische Verfassungsgerichtshof hat die Schwellenwertregelung des österreichischen Bundesvergabegesetzes für verfassungswidrig erklärt, da die Regelung zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Differenzierung zwischen der Rechtsposition von Bewerbern und Bietern im Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge führe⁶⁴. Das BVerfG hatte noch keine Gelegenheit, hierzu zu entscheiden.

In der deutschen Rechtsliteratur dürfte nach wie vor die Auffassung vorherrschend sein, dass die Schwellenwertregelung im GWB mit Art. 3 GG vereinbar sei. Der sachliche Grund für die Differenzierung liege in der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben⁶⁵.

⁶⁴ U.v. 30.11.2000 – G 110, 111/99-8, VergabeR 2001, 32.

⁶⁵ Vgl. *Pietzcker*, Die Zweiteilung des Vergaberechts, S. 44 ff; ähnlich OLG Stuttgart, NZBau 2002, 395.