



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

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

erarbeitet vom
Ausschuss ZPO/GVG
der Bundesrechtsanwaltskammer

Mitglieder:

Rechtsanwalt und Notar Horst **Droit**, Wallenhorst
Rechtsanwalt Dr. Hans **Eichele**, Mainz
Rechtsanwalt Dr. Gerold **Kantner**, Rostock
Rechtsanwalt Dr. Jürgen **Lauer**, Köln (Berichterstatter)
Rechtsanwalt Lothar **Schmude**, Köln
Rechtsanwalt Dr. Michael **Schultz**, Karlsruhe
Rechtsanwalt Dr. Bernhard **von Kiedrowski**, Berlin
Rechtsanwalt Dr. Michael **Weigel**, Frankfurt/M. (Vorsitzender)
Rechtsanwalt und Notar Dr. Hans-Heinrich **Winte**, Hildesheim

Rechtsanwältin Julia **von Seltmann**, BRAK, Berlin

September 2010
BRAK-Stellungnahme-Nr. 23/2010
Im Internet unter www.brak.de (Stellungnahmen)

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie - Referat IB6 – Öffentliche Aufträge,
Vergabepflichtstelle

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestages

Ausschuss für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung des Deutschen Bundestages

Deutscher Anwaltverein

Patentanwaltskammer

Bundesnotarkammer

Bundessteuerberaterkammer

Deutscher Steuerberaterverband

Wirtschaftsprüferkammer

Institut der Wirtschaftsprüfer

Deutscher Notarverein

Bundesvorstand Neue Richtervereinigung

Bundesverband der Freien Berufe

Deutscher Richterbund e. V., Berlin

Deutscher Juristinnenbund

Bundesverband der Deutschen Industrie

Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Redaktionen NJW, ZAP, AnwBI, DRiZ, BB, NZBau, NVwZ

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt die Vorgehensweise, ein Diskussionspapier und keinen Referentenentwurf vorzulegen. Auf diese Weise ist es möglich, aus Sicht der Anwaltschaft einige Grundlagen aufzuzeigen, die der Entscheidung bedürfen.

1. Diskussion über den Rechtsschutz

Eine Beschränkung des Rechtsschutzes ist grundsätzlich nicht möglich. Der Rechtsschutz ist Ausschluss des Gewaltmonopols des Staates. Auch bisher stand es jedem Bieter, der befürchten musste, den Zuschlag nicht zu erhalten, frei, gegen die Entscheidung der Vergabestellen einstweiligen Rechtsschutz zu beantragen.

Nach der bisherigen Auffassung handelt die öffentliche Hand bei Vergaben privatrechtlich. Die Beschränkung des Rechtsschutzes ergibt sich rein faktisch daher, dass das Privatrecht

- mit Ausnahme sehr weit gezogener Grenzen keine Einschränkung der Vertragsfreiheit,
- keine Verpflichtung, eine Vergabe mit Vorlaufzeit anzukündigen,
- kein Akteneinsichtsrecht der Bieter

kennt.

Daher entscheidet sich die Effizienz des Rechtsschutzes, ob man es bei den Regeln des Privatrechts belässt oder ob man – wie bei den Überschwellenvergaben – den privatrechtlichen Akt der Vergabe mit öffentlich-rechtlichen Elementen kombiniert. In dem Augenblick, in dem es eine Informationspflicht einerseits und ein Akteneinsichtsrecht andererseits gibt, wird der Rechtsschutz eine ganz andere Qualität erreichen. Daher entscheidet sich die Effizienz des Rechtsschutzes, ob man es bei den Regeln des Privatrechts (BGB, ZPO) belässt, oder ob man ein Verfahren sui generis schafft wie im Verfahren oberhalb der Schwellenwerte.

Umgekehrt ist bei dieser Rechtsschutzdiskussion die Effizienz der Vergabe im Auge zu behalten. Bei Einführung eines flächendeckenden Vergaberechtsschutzes mit den zuvor beschriebenen öffentlich-rechtlichen Komponenten wird die Effizienz der Vergabe lei-

den. Es muss zwingend zu Verzögerungen kommen. Vor Abschluss des Verfahrens kann, wenn der Rechtsschutz als Primärrechtsschutz nicht unterlaufen werden soll, eine Vergabe nicht erfolgen. Belässt man es bei der Zuständigkeit der Zivilgerichtsbarkeit oder begründet man die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte, wird dies wahrscheinlich zu einer erheblichen Behinderung der Bedarfsdeckung durch die öffentlichen Haushalte führen. Im allgemeinen Gerichtsbetrieb wird es zu mehrmonatigen Verzögerungen kommen. Die erheblichen Behinderungen der öffentlichen Hand durch den Vergaberechtsschutz sind nur dann akzeptabel, wenn eine effiziente Rechtsprechung zur Verfügung steht. Ob die Politik gewillt ist, diese Mittel bereitzustellen, ist fraglich und – überwiegend - nicht in der Entscheidungsbefugnis des Bundesgesetzgebers. Die in letzter Zeit ungewöhnlich häufig erfolgreichen Beschwerden beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wegen überlanger Verfahren, die Überlegungen des Gesetzgebers zur Einführung eines Rechtsmittels gegen überlange Verfahren und erste Entscheidung der Oberlandesgerichte, die eine außergewöhnliche Beschwerde wegen überlanger Verfahren einräumen, beruhen nicht auf zurückgehendem Arbeitseifer der eingesetzten Richter, sondern sind unmittelbare Folge der Einsparung von Richterstellen trotz gegenteiliger vollmundiger Versprechen im Rahmen der ZPO-Reform.

2. Überlegungen zu einem Vergaberechtsschutz

Fällt die Entscheidung für einen effizienteren Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, was durchaus zu begrüßen wäre, muss über die Ausgestaltung des Rechtsschutzes nachgedacht werden.

- a) Die Ausgestaltung des Rechtsschutzes durch ein verwaltungsinternes Nachprüfverfahren begegnet letztlich Bedenken. Zwar dürfte dieser Rechtsschutz relativ rasch und ohne erheblichen zusätzlichen Aufwand zu erreichen sein. Allerdings wird zum Teil bezweifelt, ob eine reine Verwaltungskontrolle die notwendige Distanz zur Vergabestelle einhält. Weiter sind eine Vielzahl von verwaltungsinternen Kontrollstellen nicht geeignet, der Rechtszersplitterung entgegenzuwirken. Entscheidend dürfte sein, dass die behördeninterne Kontrolle letztlich nicht dem Grundsatz des Art. 19 Abs. 4 GG genügt, so dass daneben auch Rechtsschutz durch die Gerichte gewährt werden muss.

- b) Ein Rechtsschutz allein nach der ZPO begegnet den oben bereits herausgestellten Bedenken. Auch hier müsste es im Eilverfahren zwangsläufig zu einer Rechtszersplitterung kommen, da der Weg zum BGH nicht eröffnet ist.
- c) Ein Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten würde zu einer nicht zu rechtfertigenden Zuständigkeitsaufspaltung für Oberschwellen- und Unterschwellenvergaben führen.
- d) Die zwischenzeitlichen Erfahrungen, die mit dem Vergaberechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte gemacht worden sind, sind zu nutzen. Dies bedeutet nicht nur, dass die Normen, die hier gelten, auf ihre Anwendbarkeit für Unterschwellenvergaben zu prüfen sind, sondern insbesondere, dass das von den beteiligten Personen/Institutionen gesammelte know how fruchtbar gemacht werden soll. Dies führt zu einem Rechtsschutz durch Vergabekammer und OLG (Vergabesenat).

Man mag durchaus darüber nachdenken, diese Verfahren schlanker zu gestalten. Beispielsweise wäre zu erwägen, ob

- dieser spezielle Rechtsschutz erst ab einer bestimmten Mindestvergabesumme (z.B. 10.000,00 Euro netto) gewährt wird
- Rügen hinsichtlich der Leistungsbeschreibung im Verfahren nur erhoben werden können, wenn diese binnen einer gewissen Frist ab Überlassung der Unterlagen gegenüber der Vergabestelle erhoben worden sind,
- die Information der Bieter per E-Mail oder per Veröffentlichung auf der Internetseite der Vergabestelle erfolgt,
- die Stillhaltefrist verkürzt wird,
- die Vergabekammer grundsätzlich nur durch den Vorsitzenden oder den Berichterstatter ohne mündliche Verhandlung entscheidet oder
- die Entscheidungsfristen verkürzt, jedenfalls aber die Ausnahmen unter denen eine Verlängerung möglich ist, erschwert werden.

Zweifel bestehen jedoch, ob es sinnvoll ist, den Suspensiveffekt abzuschaffen. Damit würde erfolgreichen Vergabebeschwerden dennotwendig ein weiteres Verfahren (Schadensersatzklage) eröffnet. Gleichfalls würde es nicht begrüßt werden, wenn der Rechtsschutz nur auf wenige vergaberechtliche Grundsätze beschränkt würde.

3. Vergabeverzögerungen

Jedes Vergabeverfahren, auch wenn es letztlich nicht erfolgreich war, muss zu Vergabeverzögerungen führen. Diese bedürfen der Regelung. Durch die Verweigerung des Gesetzgebers bei der Oberschwellenvergabe, diese Konsequenzen zur Kenntnis zu nehmen, sind in erheblichem Umfang Ressourcen der Instanzgerichte und des Bundesgerichtshofs bis zu der Entscheidungsserie des Bundesgerichtshofs, die am 11.05.2009 neu begonnen wurde, in Anspruch genommen. Damit ist jedoch nur das „ob“ einer zusätzlichen Vergütung für den verspäteten Zuschlag begründet worden. Das „wie“, also die Höhe des Zuschlags wegen Vergabeverzögerung, ist nach wie vor mit erheblichen Schwierigkeiten und Kosten verbunden, weil nur allgemeine Aussagen des Bundesgerichtshofs zur Berechnung des Anspruchs vorliegen. Der Bundesgerichtshof selbst hat eingeräumt, dass die von ihm gefundene Lösung nicht in jeder Hinsicht befriedigend und überzeugend sei (Urteil vom 11.05.2009 – VII ZR 11/08 -, Randziffer 60). Um so mehr ist der Gesetzgeber aufgerufen, diese Frage zu lösen. Hier sollte eine einfache Lösung getroffen werden, die den Bieter nicht zwingt, teure Gutachten in Auftrag zu geben, um den Anspruch überhaupt berechnen zu können. Ohne solche Gutachten, die leicht einen mittleren fünfstelligen Betrag verschlingen, ist ein Anspruch in der Regel nicht zu begründen.

* * * * *