



Transparency International Deutschland e. V. hat folgende Anmerkungen zum Diskussionspapier des BMWi (die sich am dortigen Aufbau orientieren) in Sachen Rechtsschutz im Unterschwellenbereich:

I. Vor die Klammer gezogene Fragen (Seite3)

1. Die Einführung von Bagatellgrenzen wird grundsätzlich nicht für sinnvoll gehalten. Zum einen gibt es neuerdings in § 3 Abs. 3 Nr. 1 VOB/A Bagatellgrenzen, so dass die Einführung weiterer Bagatellgrenzen das System unübersichtlicher und schwieriger in der Handhabung für die Unternehmen machen würde. Rechtsschutz im Unterschwellenbereich sollte aber, gerade wegen der Masse der Vergaben, die erfasst werden (rund 90% aller Vergaben laut dem Diskussionspapier), einfach handhabbar sein.

Wesentlicher ist aber noch, dass Bagatellgrenzen immer dazu verleiten, Auftragswerte „künstlich“ niedrig zu rechnen oder Aufträge zu splitten, um unter die Grenzen zu gelangen.

Auf der anderen Seite dürfte es nur schwer zu vermitteln sein, wenn auf der Ebene von Bagatellbeschaffungen und kleinen Handwerkeraufträgen ein vollumfängliches Nachprüfungsverfahren möglich sein soll. Dies dürfte vor dem Hintergrund der praktischen Handhabbarkeit sowohl auf Auftraggeber- wie auf Auftragnehmerseite keine Option sein.

Will man vor diesem Hintergrund die Einführung von Bagatellgrenzen befürworten, stellt sich die Frage, welche Auftragswerte als Bagatell-Fälle anzusehen sein sollen. Ein Auftrag über 50.000 EUR mag für einen größeren mittelständischen Betrieb klein sein, während ein Heizungsbauer mit wenigen Angestellten dies anders bewerten wird. Da zudem in der jüngeren Vergangenheit immer wieder Korruptionfälle mit erheblichen Schadenssummen bekannt geworden sind, die auf eine Summierung vieler Schmiergeld-infizierter „Klein“-Aufträge zurückzuführen waren (die lange Dauer korruptiver Beziehungen ist struktureller Korruption immanent), ist auch mit Blick auf die Korruptionsprävention von Bagatellgrenzen allenfalls zurückhaltend Gebrauch zu machen.

Um aber zum gegenwärtigen Zeitpunkt bereits in diesem Bereich gesetzgeberische Fortschritte erzielen zu können, könnte an Bagatellgrenzen bei Bauaufträgen von maximal 15.000 bis 20.000 EUR zu denken sein. Bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen könnte der entsprechende Wert bei EUR 10.000 bis 15.000 EUR liegen. Gerade mit Blick auf Klein-Unternehmen, für die solche Aufträge bereits interessant sein können, erscheint es nicht gerechtfertigt, Rechtsschutz erst ab deutlich höheren Grenzwerten zu gewähren. Dies umso mehr, als der EuGH bei der Forderung nach effektivem Rechtsschutz nicht nach Klein-, Mittel- und Großaufträgen unterscheidet. Das Gebot gilt allgemein. Ob Bagatellgrenzen vor dem Hintergrund dieser europäischen Dynamik überhaupt dauerhaft Bestand haben können, ist zwar durchaus zweifelhaft.

2. Das Erfordernis einer Vorabinformation ist unerlässlich für wirkungsvollen Rechtsschutz. Wünschenswert wäre eine Regelung wie in § 101a GWB. Nur so kann ein Unternehmen prüfen, ob es sinnvoll ist, um Rechtsschutz nachzusuchen. Ohne eine solche Informationsbasis fehlen in der Regel konkrete Ansatzpunkte für Rügen/Prüfungsanträge.

3. Die freie Wahl des Verfahrens ist unbedingt abzulehnen. Schon heute dominieren im Unterschwellenbereich die Freihändigen bzw. Beschränkten Vergaben. Es gibt regelmäßig starke Tendenzen in den Verwaltungen, Aufträge so einfach und mit so wenig Aufwand wie möglich zu vergeben. Bevorzugt an örtliche Unternehmen. Solches Vorgehen wird teilweise sogar offen von Kommunalpolitikern gefordert oder zumindest gut geheißten. Freihändige bzw. Beschränkte Vergaben sind der beste Nährboden für Korruption und Intransparenz. Dies beginnt häufig schon bei der Wahl der Unternehmen, die angefragt oder auch gerade nicht angefragt werden. Der fehlende Wettbewerb bei Freihändigen bzw. Beschränkten Vergaben fördert zudem unwirtschaftliche Beschaffungen, da häufig „erst beste“ Preis genommen und auf profunde Marktabfragen verzichtet wird.

Es besteht außerdem keine Notwendigkeit, die materiell-rechtlichen Anforderungen, die der Transparenz, Nichtdiskriminierung und einem fairen Wettbewerb dienen und disziplinierend wirken, zu vereinfachen. Schon jetzt wird oft genug versucht, die einschlägigen Regeln zu umgehen. Diese Tendenz dürfte sich bei einfacheren Regeln verstärken. Außerdem müssen Vergabestellen schon heute die Regeln für „Oberschwellenvergaben“ kennen und beachten. Auf dem bereits vorhandenen know how sollte aufgebaut werden. Ein „Vergaberecht light“ im Unterschwellenbereich führt zu einer neuerlichen Zersplitterung des gerade zusammengefassten und in Teilen auch vereinfachten Regelwerkes. Für den Rechtsanwender in der Vergabestelle vor Ort würde das die tägliche Praxis nicht erleichtern. Dies spätestens dann, wenn es unterschiedliche Rechtsprechung zu den verschiedenen Regelwerken gibt, die von den Anwendern vermischt werden.

4. Eine Sanktionierung von Verstößen (sofern damit Fehler der Vergabestellen gemeint sind) sollte nicht mit mehr Bürokratie einhergehen. Erfahrungsgemäß ist die Tendenz vorgesetzter Dienststellen, Sanktionen zu verhängen und durchzusetzen, ohnehin sehr gering ausgeprägt. Auf Sanktionen sollte wegen der ohnehin nicht zu erwartenden praktischen Relevanz verzichtet werden.

Disziplinierend wirkt ohnehin die Rückversetzung des Verfahrens in den Stand vor dem beanstandeten Vergaberechtsverstoß, wie es im Oberschwellenbereich bereits die Regel ist. Die Vergabestellen sind dadurch gehalten, ein faires und fehlerfreies Verfahren durchzuführen und werden durch die damit verbundene Mehrarbeit hinreichend zu rechtmäßigem Vorgehen angehalten. Dies ist als Sanktion ausreichend, sollte aber durch die Vergabekammern auch konsequent so gehandhabt werden.

Sofern Sanktionen gegen Unternehmen gemeint sein könnten (zumindest vom Wortlaut her möglich) sollten solche auf evidente Missbrauchsfälle beschränkt bleiben, um nicht aus Sorge vor Sanktionen im Falle eines Unterliegens Unternehmen von vorneherein davon fern zu halten, Rechtsschutz geltend zu machen. Missbrauchsfälle könnten mit Bußgeldern geahndet werden, zudem wären

für den Fall der Durchführung eines Rechtsschutzverfahrens die dadurch entstehenden Kosten zu tragen. Dies dürfte insgesamt dazu führen, dass sich Unternehmen angemessen intensiv damit befassen, ob sie Rechtsschutz geltend machen wollen.

II. Rechtsschutzmodelle

1) Verwaltungsinternes Verfahren

Die Statistik aus Sachsen sagt im Grunde alles: 126 Fälle, erfolgreich ein Fall. Überprüfungen der Kostenentscheidungen kommen in der Praxis nicht vor.

Ein verwaltungsinternes Verfahren bietet keinen effektiven Rechtsschutz. Eine Verwaltung – seien Disziplinar- oder Fachvorgesetzte oder die Aufsichtsbehörde - wird nur in Fällen eklatanter Verstöße gegen die nachgeordnete Bereiche entscheiden. Es ist hinlänglich bekannt, dass Verwaltungsentscheidungen nur selten verwaltungsintern aufgehoben bzw. korrigiert werden. Dafür bedarf es in der Regel der Verwaltungsgerichte. Es wird daher bereits das Vertrauen der Unternehmen in verwaltungsinterne „Selbstreinigungskräfte“ fehlen. Ein Rechtsschutzsystem, dem die Unternehmen nicht trauen, ist zum Scheitern verurteilt.

Das konkrete Verfahren in Sachsen mangelt zudem an der Möglichkeit, Akteneinsicht zu erhalten. 10 Tage für die Überprüfung durch die Aufsichtsbehörde deuten zudem darauf hin, dass auch kein Schriftwechsel (Vortrag von Argumenten) vorgesehen ist. Das Verfahren bei der Aufsichtsbehörde ist mithin vollkommen intransparent. Zudem wird bei einer solchen Zeitspanne, die durch mindestens ein Wochenende (ggf. zwei) noch dazu faktisch verkürzt wird, da an diesen Tagen in Behörden nicht gearbeitet wird, eine sorgfältige Aufarbeitung des Vorgangs unwahrscheinlich. Dies erst Recht mit Blick auf die personelle Situation, die durch Stellenabbau gekennzeichnet ist.

Das verwaltungsinterne Verfahren ist unwirksam und würde auch durch nachfolgende Überprüfungsmöglichkeiten nicht tauglich. Im Gegenteil, wäre es ein unnötiger bürokratischer Zwischenschritt hin zu einer unabhängigen Prüfung, die der einzig wirklich sinnvolle und gangbare Weg ist.

2) Ausgestaltung des bisherigen Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich

Der bisherige Rechtsschutz im Unterschwellenbereich kann nicht als effektiv bezeichnet werden. Die Unternehmen haben kein Interesse daran, mit einem erheblichen Kostenrisiko im Falle des Unterliegens zivilrechtlich Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Sie wollen ihre Mitarbeiter und Maschinen einsetzen können. Von Expektanzen in Schadensersatzprozessen kann niemand einen Betrieb aufrechterhalten. Zielführend ist allein die Möglichkeit, einen Auftrag zu gewinnen, bei dem ein Unternehmen gut im Wettbewerb liegt und bezüglich der (vorgesehenen) Auftragsvergabe es sich in seinen Rechten verletzt sieht.

Aus diesem Grund ist auch der einstweilige Rechtsschutz kein wirklich gangbares und Erfolg sprechendes Mittel, wie auch das fast vollständige Fehlen entsprechender Entscheidungen zeigt. Das Fehlen einer Möglichkeit, Akteneinsicht zu erhalten und

der fehlende Amtsermittlungsgrundsatz, tun ein Übriges, um dieses Instrument letztlich wirkungslos zu machen. Transparenz lässt sich über diese Form des Rechtsschutzes nicht erzielen. Dies stellt einen sehr wesentlichen Nachteil im Vergleich zum gegenwärtigen Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte dar.

An diesen grundlegenden Problemen vermögen auch die vorgeschlagenen Gestaltungsmöglichkeiten nichts zu ändern. Ein eigenes, an die ZPO angelehntes Verfahren, oder gar Sonderregelungen innerhalb der ZPO, führen zudem zu einer Perpetuierung der Zersplitterung der Zuständigkeiten, die nicht gewollt sein kann und schon in der Vergangenheit – bis zum Urteil des BVerwG vom 2.5.2007 – zu erheblicher Rechtsunsicherheit geführt hat. Eine unterschiedliche Spruchpraxis bei unterschiedlichen Rechtswegen unterhalb und oberhalb der Schwellenwerte führt zu Rechtsunsicherheit auf Seiten der Vergabestellen in gleicher Weise wie bei den Unternehmen. Ziel sollte daher ein einheitlicher Rechtsweg sein.

3a) „Schlanker Rechtsschutz“

Eine Zuständigkeit der VK auch im Unterschwellenbereich ist zu begrüßen. Hier ist bereits das erforderliche Fachwissen vorhanden. Personell und sachlich wäre die Infrastruktur auszubauen. Die Erfahrung in der Praxis zeigt im Übrigen, dass allein die Widergabe der Argumente der Parteien durch die Vergabekammer im Tatbestand bereits eine befriedende Wirkung entfaltet.

Auf eine Präklusion erkennbarer Mängel des Verfahrens sollte nicht verzichtet werden. Die Bieter haben die Möglichkeit Mängel zu rügen bzw. überprüfen lassen. Im Sinne eines zügigen Verfahrens, das per se ein zulässiges und in keiner Weise zu beanstandendes Anliegen der öffentlichen Auftraggeber ist, ist es angemessen, dass Bieter, die ihnen zugänglichen Unterlagen und Informationen alsbald auf Mängel prüfen und diese gegenüber der Vergabestelle vortragen. Verzichten sie darauf, ist es legitim, dass im Sinne des Rechtsfriedens ab einem bestimmten (zu bestimmenden) Zeitpunkt Klarheit herrscht. Auftragsvergaben sollten nicht unmittelbar vor Zuschlagserteilung unterbunden werden können, wenn der Fehler bereits lange vorher hätte mitgeteilt werden können und die Vergabestelle dann die Möglichkeit zu einer Korrektur gehabt hätte, die ihr jedoch nicht eröffnet wurde.

Lediglich ein Nachprüfungsantrag pro Bieter ist abzulehnen. Es können durchaus schon im Teilnahmewettbewerb Fehler vorkommen und später auch bei der Angebotswertung, die jeweils eine Nachprüfung rechtfertigen. Ein Bieter der „seinen Schuss“ bereits abgegeben hat, könnte nachfolgend von der Vergabestelle eklatant rechtswidrig behandelt werden, ohne noch eine Möglichkeit zu haben, Rechtsschutz geltend machen zu können. Dies widerspricht nicht nur der Intention des EuGH.

Eine kleinere Besetzung der VK bzw. Übertragung auf Vorsitzenden (vgl. Einzelrichter) ist sinnvoll und kann zur Beschleunigung der Verfahren führen.

Den Suspensiveffekt einzuschränken ist wegen des Risikos der Schaffung unumkehrbarer Fakten (Zuschlagserteilung) kritisch zu sehen. Zudem ist unklar, was mit *höheren Anforderungen zusätzlich zum Nachprüfungsantrag* gemeint ist. Ist ein Antrag offensichtlich unzulässig oder unbegründet, sollte er kurzfristig zurückgewiesen werden können. Andernfalls ist eine Einschränkung des Suspensiveffektes nicht geboten.

Kürzere Fristen für die Entscheidung wären zu begrüßen. Dann müsste aber sichergestellt sein, dass die Vergabeakten kurzfristig (bspw. binnen spätestens 48 Stunden) übermittelt werden und innerhalb kurzer Zeit Akteneinsicht gewährt werden kann (bspw. binnen sieben Tagen).

Eine Mündliche Verhandlung nur auf Antrag könnte vom Grundsatz her sinnvoll sein, allerdings wird voraussichtlich ein entsprechender Antrag dann die Regel sein, weshalb eine mündliche Verhandlung nur in Ausnahmefällen tatsächlich entfallen dürfte. Insofern wäre zu erwarten, dass dieses Gestaltungsinstrument wirkungslos sein wird. Abgesehen davon ist eine mündliche Verhandlung durchaus sinnvoll. Es sollte sogar in Betracht gezogen werden, diese in ihrer Funktion zu erweitern. Möglicherweise ließen sich viele streitige Entscheidungen vermeiden, wenn zu Beginn des Verfahrens eine mündliche Verhandlung im Sinne einer Mediation geführt würde.

Verkürzte Entscheidungen der VK könnten in einzelnen Fällen sinnvoll sein, wenn sich diese auf den wesentlichen Sachverhalt beschränken und auch nur die wesentlichen Erwägungen der VK für die Entscheidung abbilden. Ob dadurch aber tatsächlich eine spürbare Entlastung bzw. Beschleunigung erreicht werden kann, erscheint fraglich.

Entscheidungen im Regelfall ohne Begründung bzw. mit Begründung nur auf Antrag oder wenn Beschwerde eingelegt wurde, zu treffen, erscheint vor dem Hintergrund des Gebotes effektiven Rechtsschutzes problematisch. Letztlich muss auch die Entscheidung der VK überprüfbar sein. Um sich ein Bild darüber machen zu können, ob ein Schritt in die nächste Instanz sinnvoll ist, wird regelmäßig eine schriftliche Begründung notwendig sein. Der Antrag dürfte auch hier zur Regel werden. Allerdings kann der Verzicht auf eine Begründung zumindest in gewissem Umfang zu einer Beschleunigung des Verfahrens und Entlastung der VK führen.

Das Absehen von einer zweiten Instanz dürfte mit Blick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes problematisch sein, da die VK keine Gerichte sind.

III. Inhaltlich/materiell-rechtliche Ansätze

Die genannten Gestaltungsmöglichkeiten sind kritisch zu sehen, da letztlich ein Verstoß gegen vergaberechtliche Grundsätze in jedem Verfahrensstadium möglich ist. Daher muss auch bezüglich des gesamten Verfahrens die Möglichkeit bestehen, solche Fehler überprüfen zu lassen. Andernfalls könnte eine Vergabestelle gerade dazu verleitet werden, missliebige Bieter/Bewerber über die nicht überprüfbaren Verfahrensteile aus dem Wettbewerb zu nehmen.

Eine Verkürzung der Stillhaltefrist bei obligatorischer Bieterbenachrichtigung per Fax/eMail ist sinnvoll und verkürzt die Rechtsschutzmöglichkeiten nicht unangemessen. Allerdings sollten 5 Werktage (excl. Samstag) das Minimum sein, um den Sachverhalt erfassen, ggf. nachfragen und eine Abstimmung mit einem Rechtsbeistand herbeiführen zu können. Dadurch werden letztlich auch Nachprüfungsverfahren „ins Blaue hinein“ vermieden.

Das Instrument der Schutzschrift zu stärken ist uneingeschränkt zu begrüßen, da solche wirkungsvoll der Rechtsfindung und Beschleunigung des Verfahrens dienen.

Ein Rechtsschutz 1:1 wie oberhalb der EU-Schwellenwerte ist der wünschenswerte Zustand und entspricht der Handhabung in den meisten anderen europäischen Staaten. Dieses Verfahren gewährleistet effektiven Rechtsschutz, wirkt disziplinierend und ist mit Blick auf Transparenz (Akteneinsicht) und Korruptionsprävention (nicht nachvollziehbare und von sachfremden Erwägungen bestimmte Entscheidungen können aufgedeckt und überprüft werden) die beste Variante.

Problematisch dürfte hier die Durchsetzbarkeit in der Politik sein, denn das Vergaberecht wird vielfach nur als Hemmschuh für eine funktionierende, sich selbst regulierende Wirtschaft gesehen. Der Mehrwert durch fairen Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung im EU-Raum wird dabei ausgeblendet. Demzufolge wäre auch ein umfassender Rechtsschutz nur ein weiteres bürokratisches Übel.

Aus Sicht von Transparency Deutschland wird im Sinne fairen Wettbewerbs, wirtschaftlicher Beschaffung und wirksamer Korruptionsprävention ein Rechtsschutz 1:1 wie im Oberschwellenbereich befürwortet, wobei einzelne sinnvolle Modifikationen, wie oben angemerkt, berücksichtigt werden sollten.

Andreas Riegel, Dr. Martin Schellenberg, Dr. Michael Sitsen
Gabriele C. Klug (Vorstand)

Stand: 03.09.2010

