



Sachstand

Rechtsschutz im überschwelligen Vergabeverfahren

Rechtsschutz im überschweligen Vergabeverfahren

Aktenzeichen: WD 7 - 3000 - 101/22
Abschluss der Arbeit: 16. November 2022
Fachbereich: WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Bau und Stadtentwicklung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Zweiteilung des Vergaberechts	4
3.	Kartellvergaberecht	5
3.1.	Grundsätze	5
3.2.	Rechtsschutz	6
3.3.	Ablauf des Nachprüfungsverfahrens im Einzelnen	8

1. Einleitung

Insbesondere im Lichte großangelegter öffentlicher Bauprojekte stellt sich oftmals die Frage, ob und inwieweit ein im Oberschwellenbereich, also bei einer Beschaffung jenseits bestimmter Auftragswertgrenzen¹ durchzuführendes Vergabeverfahren, durch Verfahrensrügen verzögert werden kann. Die nachfolgenden Ausführungen sollen daher eine summarische Darstellung von Einzelaspekten des oberschwelligen Vergabeverfahrens sowie grundsätzliche Möglichkeiten und Verfahrensweisen des Rechtsschutzes beleuchten.

2. Zweiteilung des Vergaberechts

Für einen Teil der vergaberechtlichen Verfahren gilt das Haushaltsrecht des Bundes und der Länder (**Haushaltsvergaberecht**), während sich andere Verfahren nach dem erweiterten Regelungskanon des vierten Teils (§§ 97 ff.) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)² richten (**Kartellvergaberecht**).³

Im Unterschied zum Haushaltsvergaberecht sind die **vergaberechtlichen Vorschriften des GWB** dabei stark **europarechtlich determiniert**. Somit ergibt sich die Abgrenzung der Anwendungsbereiche auch unmittelbar aus dem EU-Recht. Sie erfolgt nach dem geschätzten Nettoauftragsvolumen, den sogenannten Schwellenwerten.⁴ Soweit das geschätzte Volumen der jeweiligen Auftragsart den betreffenden Schwellenwert erreicht oder übersteigt, spricht man von einem Auftrag im „Oberschwellenbereich“, bei dessen Unterschreiten vom „Unterschwellenbereich“. Die grundlegenden Schwellenwerte, die alle zwei Jahre von der EU-Kommission überprüft und gegebenenfalls neu festgesetzt werden,⁵ lauten seit dem 1. Januar 2022 aktuell wie folgt:⁶

1 Vgl. zu den entsprechenden Schwellenwerten (Wertgrenzen) nachstehender Gliederungspunkt 2.

2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 19. Juli 2022 (BGBl. I S. 1214) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/> (letzter Abruf dieses Links und aller weiteren am 16. November 2022).

3 Die Zweiteilung wurde formal begründet durch das Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz – VgRÄG) vom 26. August 1998 (BGBl. 1998 I S. 2512).

4 Vgl. § 106 GWB, in dessen Abs. 2 auf mehrere, die öffentliche Auftragsvergabe regulierende EU-Richtlinien in deren jeweils geltender Fassung verwiesen wird.

5 Nachweise zur Verankerung in den entsprechenden Richtlinien bei Eichler, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Vergaberecht, 25. Edition (Stand: 31. Januar 2022), § 106 GWB, Rn. 13, 17, 20 und 23.

6 Vollständige Zusammenstellung der aktuellen Schwellenwerte mit Nachweisen zu den jeweiligen Rechtsgrundlagen bei BMWi, Internetauftritt, Artikel: „Öffentliche Aufträge – Übersicht und Rechtsgrundlagen auf Bundesebene“, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/vergabe-uebersicht-und-rechtsgrundlagen.html>.

Auftragsart	Schwellenwert
Öffentliche Bauaufträge	5 382 000 EUR
Konzessionen	5 382 000 EUR
Liefer- und Dienstleistungsaufträge (in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit (RL 2009/81 EG) und der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (RL 2014/25/EU))	431 000 EUR
Allgemeine Liefer- und Dienstleistungsaufträge, die von subzentralen öffentlichen Auftraggebern vergeben werden	215 000 EUR
Allgemeine Liefer- und Dienstleistungsaufträge, die von zentralen Regierungsbehörden vergeben werden	140 000 EUR

3. Kartellvergaberecht

3.1. Grundsätze

Die europarechtlichen Vorgaben haben dem Kartellvergaberecht umfangreiche Schutzzwecke beigefügt.⁷ Nunmehr sind in § 97 GWB für den Oberschwellenbereich die „Grundsätze der Vergabe“ statuiert. Dort heißt es unter anderem:

„(1) ¹Öffentliche Aufträge und Konzessionen werden im **Wettbewerb** und im Wege **transparenter Verfahren** vergeben. ²Dabei werden die Grundsätze der **Wirtschaftlichkeit** und der **Verhältnismäßigkeit** gewahrt.

(2) Die **Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind gleich zu behandeln**, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet.

[...].“⁸

Hierdurch werden zentrale Maximen des Kartellvergaberechts festgeschrieben, nämlich der **Wettbewerbsgrundsatz**, der **Transparenzgrundsatz**, der **Gleichbehandlungsgrundsatz**, der **Wirtschaftlichkeitsgrundsatz** als auch der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**. Die Gesetzesbegründung zu dieser Norm hebt dabei insbesondere die Wettbewerbsgewährleistung und die Transparenz als zentral für eine **breite Wirtschaftsbeteiligung**, den **sparsamen, effizienten und effektiven Einsatz von**

7 Ausführliche Nachzeichnung bei Dietlein/Fandrey, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht – Vergaberechtliche Vorschriften des GWB, 4. Auflage 2018, Einleitung, Randnummern 29 ff.

8 § 97 Abs. 1 und 2 GWB [Hervorhebungen diesseits].

öffentlichen Mitteln und die **Korruptionsprävention** hervor.⁹ Ihnen kommt eine Leitfunktion bei der weiteren Ausformung des Oberschwellenvergaberechts zu, insbesondere bei den auf dem GWB basierenden untergesetzlichen Verordnungen.¹⁰ Schließlich spielen die Grundsätze auch eine gewichtige Rolle bei der **Auslegung** vergaberechtlicher Vorschriften.¹¹

3.2. Rechtsschutz

Das Vergaberecht des GWB gewährt ein „konstitutiv wirkendes **subjektives Recht** auf Einhaltung der Bestimmungen des Vergabeverfahrens“¹². Ein subjektives Recht bedeutet allgemein, dass der durch dieses Begünstigte einen Rechtsanspruch auf ein bestimmtes Tun oder Unterlassen erhält, der notfalls gerichtlich durchsetzbar ist.¹³ § 97 Abs. 6 GWB sieht entsprechend vor:

„(6) Unternehmen haben **Anspruch** darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden.“¹⁴

Dabei sind nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und juristischer Literatur nicht alle Bestimmungen über das Vergabeverfahren justiziabel, sondern nur diejenigen, die dem **Schutz der am Erhalt des Auftrags oder der Konzession Interessierten** dienen.¹⁵ Dies ist für jede Vorschrift einzeln zu prüfen.¹⁶ Der ebenfalls leicht misszuverstehende Wortlaut „Unternehmen“ ist

9 Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), 8. Oktober 2015, BT-Drs. 18/6281, S. 67, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/18/062/1806281.pdf>.

10 Weiner, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 1, Randnummer 5; Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 97 GWB, Randnummer 1.

11 Aktuell Weiner, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 1, Randnummer 5. Siehe auch bereits Bundesgerichtshof (BGH), Beschluss vom 1. Dezember 2008 – X ZB 31/08 –, Randnummer 22 mit weiterem Rechtsprechungsnachweis (zitiert nach juris).

12 Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), 8. Oktober 2015, BT-Drs. 18/6281, S. 67, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/18/062/1806281.pdf>. [Hervorhebungen diesesits].

13 Weber, in: Creifelds, Rechtswörterbuch, 26. Edition 2021, Stichwort: „Subjektives öffentliches Recht“.

14 § 97 Abs. 6 GWB [Hervorhebungen diesesits].

15 Vgl. statt vieler Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 97 GWB, Randnummer 110 mit Rechtsprechungsnachweisen.

16 Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 97 GWB, Randnummer 112.

im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben im Vergaberecht funktional auszulegen.¹⁷ Erfasst sind **alle Teilnehmer am wirtschaftlichen Verkehr**, gleich ihrer Rechtsform, Struktur oder Absicht.¹⁸

Unbeschadet der Prüfungsmöglichkeiten von Aufsichtsbehörden erfolgt die unmittelbare gerichtliche Durchsetzung der subjektiven Rechte der Unternehmen in einem **zweistufigen Nachprüfungsverfahren** (§§ 155 ff. GWB). Hierbei handelt es sich um einen **besonderen Rechtsweg**, der sich in seiner Ausgestaltung vom zivil- und verwaltungsgerichtlichen Instanzenzug unterscheidet: **Erstinstanzlich** zuständig sind die **Vergabekammern**. Dies sind keine Gerichte im eigentlichen Sinn, sondern gerichtsähnliche Spruchkörper in Verwaltungsbehörden.¹⁹ In Bezug auf Vergaben des Bundes sind dies die beiden Vergabekammern des Bundes beim Bundeskartellamt mit Sitz in Bonn, für Vergaben der Länder die Vergabekammern der einzelnen Länder.²⁰ Die eine oder die mehreren Vergabekammern der Länder sind dabei je nach landesinterner Organisation meist unmittelbar oder mittelbar bei der Landesregierung angesiedelt.²¹ Gegen Entscheidungen der Vergabekammern ist in **zweiter Instanz** die sofortige Beschwerde vor den **Vergabesenaten** der jeweils örtlich zuständigen Oberlandesgerichte (OLG) statthaft.²² Beschwerdeinstanz der Vergabekammern des Bundes ist das OLG Düsseldorf.²³ In bestimmten Fällen sich widersprechender Rechtsprechung der Oberlandesgerichte untereinander bzw. von einem Oberlandesgericht mit der des Bundesgerichtshofs (BGH) kann anstatt der Oberlandesgerichte zweitinstanzlich der BGH zur Entscheidung berufen sein.²⁴

Soweit das Rechtsschutzbegehren nicht auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet ist (**Primärrechtsschutz**), sondern auf den Ersatz eines eventuell hierdurch entstandenen Schaden (**Sekundärrechtsschutz**), ist wie auch sonst die ordentliche Gerichtsbarkeit, konkret die Zivilgerichtsbarkeit zuständig.²⁵ Dies gilt auch für die speziellen

17 Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 103 GWB, Randnummer 65. Der Unternehmensbegriff in § 97 Abs. 6 GWB ist mit demjenigen aus § 103 GWB identisch (ebenda, § 97 GWB, Randnummer 109).

18 Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 103 GWB, Randnummer 65 mit weiteren Nachweisen.

19 Formulierung in Anlehnung an Neun, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 40, Randnummer 8.

20 Vgl. nähere Regelungen zu etwa der Zuständigkeit und Besetzung von Vergabekammern in §§ 156 bis 159 GWB.

21 Übersicht bei Bundeskartellamt, Internetauftritt, Artikel: „Vergabekammern der Länder“, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/LinksundAdressen/Vergabekammern_der_L%C3%A4nder/Vergabekammern_artikel.html.

22 § 171 Abs. 1 und 3 GWB.

23 Neun, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 40, Randnummer 25.

24 § 179 Abs. 2 GWB.

25 § 156 Abs. 2 und 3 GWB. Vgl. zur ordentlichen Gerichtsbarkeit näher Groh, in: Creifelds, Rechtswörterbuch, 26. Edition 2021, Stichwort: „Ordentliche Gerichtsbarkeit“.

vergaberechtseigenen Schadensersatzansprüche aus § 180 GWB (Schadensersatz bei Rechtsmissbrauch) und § 181 GWB (Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens).²⁶

3.3. Ablauf des Nachprüfungsverfahrens im Einzelnen

Gemäß § 160 Abs. 1 GWB leitet die Vergabekammer ein Nachprüfungsverfahren nur auf **Antrag** ein.

Antragsbefugt ist dabei gemäß § 160 Abs. 2 GWB jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag oder der Konzession hat und eine Verletzung in seinen Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die weitergehenden formalen Anforderungen regeln die §§ 161 ff. GWB.

Informiert die Vergabekammer den Auftraggeber in Textform über den Antrag auf Nachprüfung, darf dieser gemäß § 169 Abs. 1 GWB vor einer Entscheidung der Vergabekammer und dem Ablauf der **Beschwerdefrist von zwei Wochen** (§ 172 Abs. 1 GWB) den Zuschlag nicht erteilen.

Die §§ 169 Abs. 1, 172 Abs. 1 S. 1, 173 Abs. 1 GWB regeln mithin ein sog. **Zuschlagsverbot**, um zu verhindern, dass durch eine Zuschlagserteilung während des Nachprüfungsverfahrens die Regelungen zum Primärrechtsschutz umgangen werden.²⁷ Dieses Verbot richtet sich nur gegen das konkret angegriffene Vergabeverfahren, die Vornahme sonstiger Maßnahmen, beispielsweise die Prüfung von Angeboten, sind indes weiterhin gestattet.²⁸

Sofern und soweit gegen den Beschluss der Vergabekammer **sofortige Beschwerde** (§ 171 GWB) eingelegt wird, hat diese gemäß § 173 Abs. 1 S. 1 GWB erneut aufschiebende Wirkung, das Zuschlagsverbot wird mithin nochmals verlängert.²⁹ Bei den Zuschlagsverboten handelt es sich um „Verbotsgesetze“ im Sinne des § 134 BGB. Demnach sind Verträge, die eine Zuschlagserteilung während der Dauer des Verbots beinhalten, nichtig.³⁰

26 Stockmann, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021, § 156 GWB, Randnummer 30.

27 Antweiler in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Auflage 2022, § 169 1 GWB, Randnummer 13f.

28 Antweiler in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Auflage 2022, § 169 Abs. 1 GWB, Randnummer 16.

29 Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 169 GWB, Randnummer 9.

30 Antweiler in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Auflage 2022, § 169 Abs. 1 GWB, Randnummer 26.

§ 176 GWB normiert daneben eine **Ausnahme vom Zuschlagsverbot** während des Nachprüfungsverfahrens. Es handelt sich bei dem dort beschriebenen Vorgehen um eine Form des einstweiligen Rechtsschutzes. Danach werden die Interessen der Allgemeinheit an einer raschen Vergabe abgewogen gegen das Interesse des Bieters an einem effektiven Rechtsschutz:³¹

„(1) ¹Auf Antrag des Auftraggebers oder auf Antrag des Unternehmens, das nach § 134 vom Auftraggeber als das Unternehmen benannt ist, das den Zuschlag erhalten soll, kann das Gericht den weiteren Fortgang des Vergabeverfahrens und den Zuschlag gestatten, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen.

[...]“³²

Die Anforderungen an die Darlegung und Glaubhaftmachung eines Beschleunigungsinteresses variieren im Einzelfall und sind abhängig vom Grad der Erfolgsaussichten.³³

„Zwar kann das Gericht nach der gesetzgeberischen Konzeption den Zuschlag auch dann zulassen, wenn die **Prüfung der Erfolgsaussichten** zu keinem klaren Ergebnis führt, mithin kein Beteiligter eine überwiegende oder gar hohe Wahrscheinlichkeit für den Erfolg seines Antrags auf seiner Seite hat. Auch hier ist Voraussetzung, dass unter Abwägung der möglicherweise betroffenen Interessen sowie der Interessen der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Beschwerdeentscheidung die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Zu denken ist etwa an eine dringende Beschaffung zur Sicherung der **Daseinsvorsorge** oder zur akuten **Gefahrenabwehr**, gleichwohl muss stets im **Einzelfall** sorgfältig abgewogen werden. Wegen des drohenden Verlustes des Primärrechtsschutzes des Bieters müssen die gegenläufigen Interessen des Auftraggebers bzw. der Allgemeinheit im konkreten Einzelfall von hohem Gewicht sein, denn nur dann kann eine vorzeitige Zuschlagsgestattung gerechtfertigt sein. So wurde etwa das bloße allgemeine öffentliche Interesse zB an einer modernen Klinikversorgung als nicht ausreichend erachtet. Auch der Hinweis, dass das Angebot des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters das wirtschaftlich günstigste sei und deshalb eine Beauftragung dem Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Aufgabenerfüllen entspreche, genügt nicht, denn dann müsste praktisch immer der Zuschlag vorzeitig gestattet werden.“³⁴

Zu welcher **Verzögerung** es im Einzelfall durch Verfahrensrügen kommen kann lässt sich indes nicht pauschal beantworten. Zwar ist die Vergabekammer grundsätzlich dazu angehalten ist, ihre

31 Vavra/Willner, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Auflage 2022. § 176 GWB, Randnummer 4.

32 § 176 Abs. 1 Satz 1 GWB.

33 Vavra/Willner, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Auflage 2022. § 176 GWB, Randnummer 18.

34 Ebenda [Hervorhebungen diesseits].

Entscheidung innerhalb von fünf Wochen zu treffen (§ 167 Abs. 1 S. 1 GWB). Diese Frist kann in Ausnahmefällen jedoch um einen Zeitraum, der nicht länger als zwei Wochen sein soll, verlängert werden (§ 167 Abs. 1 S. 2 und 3 GWB). Hinzukommen können Verzögerungen durch das o.g. Rechtsmittelverfahren nach § 171 GWB. Außerdem gelten die allgemeinen Regelungen nach der Zivilprozessordnung.³⁵

* * *

35 Vgl. dazu Dicks, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 171 GWB, Randnummer 9 mit weiteren Nachweisen.