

---

## Deutscher Industrie- und Handelskammertag

---

Zum Thema: **Vergaberecht - Rechtsschutz im Unterschwellenbereich**

### I. Vorbemerkungen

Der Deutsche Industrie- und Handelskammertag fordert seit vielen Jahren die Einführung eines Rechtsschutzes unterhalb der EU-Schwellenwerte. Grund hierfür sind einmal die positiven Erfahrungen, die die Wirtschaft mit dem Rechtsschutz oberhalb der EU-Schwellenwerte seit seiner Einführung im Jahre 1999 gemacht hat. Die Einhaltung vergaberechtlicher Vorschriften konnte dadurch erheblich gesteigert werden.

Dieselben Erfahrungen zeigen sich auch in Sachsen, wo eine Überprüfung der Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte gesetzlich eingeführt wurde. Die Qualität der Ausschreibungen dort hat zugenommen. Die Vergabestellen gestalten die Vergabeunterlagen zunehmend gewissenhafter, fehlerfreier und wettbewerbsgerechter.

Zum anderen zeigen die vielfältigen Beschwerden von Unternehmen über nicht korrekt durchgeführte Vergaben im Unterschwellenbereich, dass ein Regulativ geschaffen werden muss. Wenn laut Statistik etwa 85 % - 95 % aller Vergaben im Unterschwellenbereich stattfinden, ist es für die Unternehmen nicht nachvollziehbar, warum für den geringen Teil der Oberschwellenvergaben eine rechtliche Überprüfung der Verfahren möglich ist, nicht aber für die Masse der Auftragsvergaben.

Der Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte muss daher so effektiv ausgestaltet sein, dass er dem Antragsteller die Möglichkeit einer Nachprüfung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens vor Zuschlagserteilung ermöglicht. Hiergegen spricht auch nicht das Argument der höheren Kosten für Bund und Länder wegen der angeblichen Notwendigkeit weiterer Vergabekammern. Die Zahl der Nachprüfungsanträge ist teilweise stark rückläufig. Zudem werden vermutlich die Anträge auf Nachprüfungsverfahren bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte nicht so zahlreich sein, da die Nähe der handelnden Personen zueinander und die damit verbundene Marktabhängigkeit die Zahl der Auseinandersetzungen eher gering halten wird. Erhebliche Verzögerungen öffentlicher Investitionen liegen ebenfalls nicht im Interesse der Wirtschaft.

Ferner ist für die Wirtschaft wichtig, dass es eine einheitliche Bundeslösung für den Rechtsschutz im Unterschwellenbereich gibt. Das bedeutet, dass eine Regelung des Rechtsschutzes nicht in den Vergabe- und Vertragsordnungen erfolgen kann, sondern im GWB geregelt werden muss. Nur eine gesetzliche Verpflichtung, die für alle föderalen Ebenen wirkt, garantiert eine Rechtsdurchsetzung.

Der Hinweis, dass die Änderung materiell-rechtlicher Anforderungen für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte zu einer einfacheren rechtlichen Überprüfung führen würde, wird unterschiedlich bewertet. Während eine Seite dies ablehnt, weil damit den Beschaffungsstellen die Möglichkeit eingeräumt wird, sich leichter über formale Anforderungen hinwegzusetzen, sieht eine andere Meinung hierin durchaus einen Ansatz, das Vergaberecht insgesamt zu verschlanken. Allerdings wäre hierfür dann der Rechtsschutz unabdingbar, um zumindest die Grundsätze eines wettbewerblichen und transparenten Verfahrens zu überprüfen.

## **II. Zur Diskussion gestellte Alternativen**

Die vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vorgenommene Darstellung der Problemlage und der Lösungsalternativen hat eine Diskussion in der IHK-Organisation unter Einbeziehung von Unternehmen sehr erleichtert. Im Rahmen einer Umfrage wurden sie zur Abstimmung gestellt.

1. Das verwaltungsinterne Verfahren analog zur Lösung in Sachsen wird abgelehnt. Die Überprüfung einer für nicht rechtmäßig erachteten Verwaltungsentscheidung durch die Verwaltung ohne Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung ist mit dem verfassungsrechtlich verankerten Prinzip der Gewaltenteilung nicht vereinbar.

2. Die bisherige Ausgestaltung des Rechtsschutzes unterhalb der EU-Schwellenwerte – einstweiliges Verfügungsverfahren bzw. Schadensersatz – wird ebenfalls für nicht zielführend angesehen. Denn einstweilige Verfügungen sind in hohem Maße von Zufälligkeiten geprägt. Zudem stellt sich bei einstweiligen Verfügungen immer das Problem der Beweislast: Der Antragsteller kann mangels Akteneinsicht kaum Verfahrensfehler nachweisen. Ein Sekundärrechtsschutz entspricht nicht den Interessen der Unternehmen und bietet nur unzureichend Kompensation.

3a. Mehrheitlich befürwortet wird eine Verschlankung des Rechtsschutzes im Vergleich zu demjenigen oberhalb der EU-Schwellenwerte. Dabei sollen jedoch wesentliche Elemente des Rechtsschutzes oberhalb der EU-Schwellenwerte übernommen werden, auch um die Einheitlichkeit des Rechtsschutzes weitgehend zu wahren. Eine Modifizierung erscheint jedoch angemessen, um den geringeren Streitwerten zu entsprechen. Hierbei sind folgende Punkte von Bedeutung:

#### 1. Vorabinformation

Dieses Kriterium ist unumgänglich. Allerdings sehen die Unternehmen durchaus, dass mit einer Fristverkürzung auf 7 Kalendertage das Verfahren beschleunigt werden könnte.

#### 2. Amtsermittlungsgrundsatz und Akteneinsichtsrecht

Während dem Amtsermittlungsgrundsatz eher kein ausschlaggebendes Gewicht beigemessen wird, ist die Akteneinsicht von großer Bedeutung.

#### 3. Suspensiveffekt

Die Frage, ob er automatisch oder nur auf Antrag eintreten soll, wurde unentschieden beantwortet. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass gerade kleinere und mittlere Unternehmen in einem Verfahren ohne rechtsanwaltliche Vertretung die Antragstellung für den automatischen Suspensiveffekt schlicht übersehen könnten. Ohne den automatischen Suspensiveffekt läuft jedoch der gesamte Rechtsschutz ins Leere, wie die Erfahrungen vor 1999 mit den Vergabeüberwachungsausschüssen gezeigt haben.

#### 4. Spruchkörper

Eindeutig wird die Zuständigkeit der Vergabekammern favorisiert. Ihre Zuständigkeit würde eine einheitliche Rechtsprechung garantieren. Zudem verfügen sie über die notwendige Expertise. Ob es eine oder zwei Instanzen geben soll, konnte anhand der Umfrage nicht eindeutig geklärt werden. Für eine Instanz spricht die Kürze des Verfahrens. Zudem steigen die Verfahrenskosten bei zwei Instanzen, so dass das Verhältnis zum Streitwert anders berechnet werden müsste (höhere Bagatellgrenzen).

#### 5. Verkürzung des Verfahrens

Diese wird uneingeschränkt befürwortet. Zeiteinsparungen würden sich z. B. aus der Pflicht für den Antragsteller zur Beibringung der für ihn günstigen Argumente und dem daraus folgenden Weglassen des Amtsermittlungsgrundsatzes ergeben. Zudem wird eine kleinere Besetzung der Vergabekammer, beispielsweise nur durch den Vorsitzenden, befürwortet.

Allerdings hält eine Mehrheit eine mündliche Verhandlung für notwendig, wobei offen bleibt, ob auf Antrag oder gesetzlich vorgeschrieben. Da aber auch beim Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte kein Anwaltszwang bestehen wird, spricht einiges für eine obligatorische mündliche Verhandlung, zumal die Erfahrungen zeigen, dass dort viele Unklarheiten geklärt werden können. Die Folge könnte dann sein, auf eine schriftliche Begründung zu verzichten.

Eine Beschränkung der Nachprüfung auf gravierende Verstöße wird abgelehnt, weil die entstehende Rechtsunsicherheit zulasten des Antragstellers ginge. Denn wer legt die „gravierenden Verstöße“ fest? Zudem besteht die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen.

#### 6. Bagatellgrenze

Eine Einführung wird grundsätzlich bejaht. Allerdings konnte keine Einigung über die Höhe erzielt werden. Wenn der Rechtsschutz im Unterschwellenbereich den Aspekt der Mittelstandsfreundlichkeit des Vergaberechts verstärken soll, dürften die Grenzen nicht zu hoch sein, weil ein Großteil der Aufträge relativ niedrige Werte hat.

In Sachsen sind die Grenzen auf den jeweiligen Auftragwert eines Loses bezogen, so dass die Tendenz besteht, möglichst kleine Lose zu bilden und damit unwirtschaftlich zu beschaffen. Bagatellgrenzen müssten daher auf den Gesamtprojektwert analog zu § 2 VgV bezogen werden. Auf Bagatellgrenzen könnte allerdings dann ganz verzichtet werden, wenn die Gebühren als Regulativ genutzt würden.

3b. Aus den vorgenannten Gründen wird ein Rechtsschutz 1:1 wie oberhalb der EU-Schwellenwerte abgelehnt.

### III. Änderungsbedarf

Im Zuge einer Regelung von Nachprüfungsverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte müssen die durch die Novellierung des GWB eingeführten Änderungen bei der Rügepflicht (Fristen) dringend überprüft werden. Die mit den Präklusionsfristen beabsichtigte Beschleunigung von Vergabeverfahren führt in etlichen Fällen genau zum Gegenteil dessen, was der Gesetzgeber erhofft hatte: Manche Vergabeverfahren werden nun mehrmals Gegenstand von Nachprüfungsanträgen.

Ansprechpartner: Annette Karstedt-Meierrieks, Tel: 030/203082706  
E-Mail: karstedt-meierrieks.annette@dihk.de