

AUSGABE 01/2022

LEGALREPORT

Vergaberecht



Nicht in die Röhre gucken

Kein Bieterrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte? Es gibt Licht am Ende des Tunnels (bzw. der Röhren).

Rechtsschutz im Unterschwellenbereich? Auftraggeber und Bieter scheinen sich einig zu sein: Rechtsschutz in diesem Bereich gibt es doch gar nicht. Richtig daran ist, dass der Gesetzgeber bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte noch immer keinen gesetzlich geregelten Bieterrechtsschutz eingeführt hat. Hintergrund: Der größte Teil der Auftragsvergaben wird von Ländern und Kommunen durchgeführt, die eine durch Bieter veranlasste gerichtliche Kontrolle ihrer Ausschreibungen scheuen wie der Teufel das Weihwasser. Bedeutet dies aber, dass Bieter bei kleineren und mittleren Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträgen schutzlos sind? Ein vor wenigen Tagen beendeter Rechtsstreit (OLG Celle - 13 U 29/22) zeigt: Selbst im Unterschwellenbereich können sich Bieter durchaus mit Erfolg gegen die Verletzung bieterschützender Vorschriften der Vergabeordnungen zur Wehr setzen. Allerdings noch nicht in allen Fallkonstellationen.

INHALT

- Der unterschätzte Rechtsschutz unterhalb der Schwelle
- Der aktuelle Fall (LG Hannover/OLG Celle)
- Wartefristen (nach Bundesländern)



KOENEN
bauanwälte.de

Der unterschätzte Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte

1. Oberschwelle und Unterschwellen

Die Vergabe öffentlicher Aufträge macht laut einer OECD Studie aus 2019 etwa 35 Prozent der deutschen Staatsausgaben aus – ein dreistelliger Milliardenbetrag (ca. 500 Mrd. EUR), der in Bildung, Gesundheit, Infrastruktur und andere Bereiche fließt. Überwiegend werden die Auftragsvergaben von Ländern und Kommunen durchgeführt. Der größte Teil dieses Volumens steckt jedoch nicht in gigantischen Projekten wie der Elbphilharmonie oder dem Flughafen Berlin Brandenburg. Der Großteil der 500 Mrd. EUR liegen in kleinen und mittleren Dienstleistungsaufträgen, Lieferaufträgen und Bauaufträgen. Dieser Teil wird unterhalb der Schwellenwerte in den meisten Fällen nach der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) oder nach der VOB/A Teil 1 vergeben.

Das Deutsche Vergaberecht ist zweigeteilt: Oberhalb der sog. „Schwellenwerte“ gilt ein strenges Wettbewerbsrecht mit umfassenden Rechtsschutzmöglichkeiten. Unterhalb der „Schwellenwerte“ ist das Vergaberecht nach wie vor maßgeblich haushaltsrechtlich geprägt. Diese Zweiteilung wird überlagert durch eine Differenzierung einzelner Beschaffungsvorgänge. So gibt es Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Hand im sog. „Sektorenbereich“ (Verkehrs-, Energie- und Trinkwasserversorgung)¹, im Verteidigungsbereich² sowie die Beschaffungsvorgänge im Übrigen.³

Die Abgrenzung zwischen einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich und einem Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich richtet sich nach den sog. EU-Schwellenwerten, die entsprechend der auf der folgenden Seite abgedruckten Tabelle vorgegeben sind: [Siehe Tabelle auf Seite 04](#)



Bild © Francesco Carucci/Shutterstock.com

Liegt das Auftragsvolumen unterhalb dieser Schwellenwerte, wird das Vergabeverfahren im sog. Unterschwellenbereich geführt. Werden diese Werte erreicht oder überschritten, wird das Verfahren im Oberschwellenbereich geführt (§ 106 Abs. 1 GWB).

Im Laufe der Zeit haben sich die Vergabeverfahren im Bereich der Oberschwelle und der Unterschwellen stark angenähert. Ein Umstand, der zu begrüßen ist und sowohl dem öffentlichen Auftraggeber als auch dem Auftragnehmer Sicherheit in der Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften gibt. Für den Auftraggeber gewährleistet er darüber hinaus ein Mehr an Transparenz und Gleichbehandlung.

Doch ein Teilbereich wird bislang im Bereich der Oberschwellenvergaben und Unterschwellenvergaben gänzlich unterschiedlich behandelt – der Rechtsschutz.

Der Umstand, dass der Primärrechtsschutz für Unterschwellen- und Oberschwellenvergaben umfassend anderes aufgebaut ist, führt zu manchen Schwierigkeiten. Doch wo liegt der Unterschied?

¹ RL 214/25/EU (Sektorenvergaberichtlinie).

² RL 2009/81/EG und RL 2009/43/EG.

³ RL 2014/24 EU (Allgemeine Vergaberichtlinie).

2. Informations- und Wartefrist

Zunächst ist da die Informations- und Wartefrist des § 134 GWB. Nach diesem gilt in Oberschwellenvergabeverfahren, dass der Zuschlag frühestens 15 Tage (10 Tage bei elektronischem Versand der Informationen) nach Absendung der Informationen an die unterliegenden Bieter über den geplanten Zuschlag erfolgen darf. Diese Bestimmung ist für einen effektiven Rechtsschutz im Vergaberecht essenziell, denn ist der Zuschlag erst mal erteilt, kann dieser nicht mehr aufgehoben werden, auch wenn das Vergabeverfahren unter schwerwiegenden Fehlern gelitten hat.

Im Bereich der Unterschwellenvergaben gilt § 134 GWB mit seiner Informations- und Wartepflicht nicht. Dies ist in zeitlicher Hinsicht ein Problem. Denn der öffentliche Auftraggeber kann sowohl nach der UVgO sowie nach der VOB/A Teil 1 den Zuschlag erteilen, sobald er seine Entscheidung getroffen hat. Weil dies den Primärrechtsschutz im Bereich der Unterschwelle doch erheblich erschwert, haben einige Bundesländer (Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Thüringen und Hessen) Regelungen erlassen, welche eine Informations- und Wartefrist auch bei Unterschwellenvergabeverfahren anordnen. In allen übrigen Bundesländern (Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Nordrhein-Westfalen und Saarland) kann der Zuschlag – aufgrund der Ermangelung einer Regelung – ohne Wartefrist erteilt werden. In diesen Bundesländern ist die Erlangung einer einstweiligen Verfügung grundsätzlich möglich, muss jedoch nach der Feststellung eines vergaberechtlichen Fehlers und der Rüge des Selbigen schnell beim zuständigen Gericht eingereicht werden, um die Zuschlagserteilung effektiv zu verhindern.

2.1. Urteil vs. Beschluss (Verwaltungsakt)

Während die Vergabekammern ihre Entscheidungen in der Form von Beschlüssen erlassen, welche als Verwaltungsakte zu qualifizieren sind, wird über die einstweilige Verfügung durch die ordentliche Gerichtsbarkeit im Wege eines Urteils entschieden. In beiden Fällen bilden die 2. Instanz die zuständigen Oberlandesgerichte dar.

2.2. Zuständige Gerichte

Im Bereich der Oberschwelle sind in 1. Instanz die Nachprüfungskammern der Länder oder die des Bundes zuständig (keine Gerichte, sondern Verwaltungsbehörden). Dagegen sind im Bereich der Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte zumeist die Landgerichte zuständig, in deren Bezirk der öffentliche Auftraggeber seinen Sitz hat. Weil das Vergaberecht einen komplizierten Rechtsbereich darstellt, führt dies zu Problemen bei den Landgerichten. Im Gegensatz zu den Vergabekammern, die sich ausschließlich mit den Rechtsfragen des Vergaberechts beschäftigen, ist diese Rechtsmaterie bei den Landgerichten häufig fachlich unterrepräsentiert. Dies bedeutet, dass die eingereichte einstweilige Verfügung durch Richter:innen bearbeitet wird, welche keine Erfahrung in dieser komplexen Rechtsmaterie haben. Weil jedoch der Zuschlag droht, muss eine Entscheidung äußerst kurzfristig ergehen. Mit anderen Worten: Durch die Ansiedelung des Primärrechtsschutzes im Bereich der Unterschwelle bei den Landgerichten und dort nicht bei speziell im Vergaberecht geschulten Richterinnen und Richtern sind an den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz inhaltlich hohe Anforderungen zu stellen und sowohl Sachverhalt als auch rechtliche Würdigung präzise zu formulieren. Aus diesem Grund ist es wichtig, den einstweiligen Rechtsschutz durch Rechtsanwält:innen bearbeiten zu lassen, die umfassende Kenntnisse im Vergaberecht haben.

3. Bewertung des Rechtsschutzes im Bereich der Unterschwellenvergaben

Die vorgenannten Schwierigkeiten machen den Primärrechtsschutz im Bereich der Unterschwellenvergabeverfahren komplizierter und oft noch deutlich zeitkritischer als im Bereich der Oberschwellenvergabeverfahren. Dies führt dazu, dass der Rechtsschutz im Unterschwellenbereich häufig unterschätzt und in der Folge nicht wahrgenommen wird. Doch die Verfolgung des Primärrechtsschutzes im Bereich der Unterschwelle kann sinnvoll und Erfolg versprechend sein. Wird dem zuständigen Richter oder der zuständigen Richterin inhaltlich gut aufbereitet erläutert, warum ein Zuschlag nicht erteilt werden kann, bestehen gute Aussichten, die einstweilige Verfügung zu erlangen und so den Zuschlag zu stoppen. Im Besonderen die Erlangung eines sog. „Hängebeschlusses“ hat sehr gute Aussichten auf Erfolg. Bei diesem Beschluss wird das Gericht den Zuschlag für einen gewissen Zeitraum untersagen und sodann die Parteien im Verfahren anhören, bevor es das Urteil erlässt.

Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass der Primärrechtsschutz in Bereich der Unterschwelle häufig zeitkritischer ist als im Oberschwellenverfahren. Dies gilt gerade in Bundesländern, die keine Informations- und Wartefrist für die Unterschwelle umgesetzt haben. Jedoch lässt sich durch eine gute und saubere Aufbereitung des Sachverhaltes sowie der vergaberechtlichen Problemstellung der Zuschlag auch in Bundesländern ohne Wartefrist häufig effektiv verhindern.

MAXIMILIAN BÜHNER

Auftrags- bzw. Vertragsart	EU-Schwellenwert 2020/2021	EU-Schwellenwert 2022/2023
Baufträge	5.350.000 EUR	5.382.000 EUR
Bau- u. Dienstleistungskonzessionen	5.350.000 EUR	5.382.000 EUR
Liefer- u. Dienstleistungsaufträge	214.000 EUR	215.000 EUR
Liefer- u. Dienstleistungsaufträge (oberste und obere Bundesbehörden und vergleichbare Einrichtungen)	139.000 EUR	140.000 EUR
Liefer- u. Dienstleistungsaufträge (Sektorenbereich / Bereich Verteidigung und Sicherheit)	428.000 EUR	431.000 EUR

Quelle:
<https://www.vergabe.nrw.de/wirtschaft/eu-schwellenwerte-ab-01012022>

Der aktuelle Fall:

Effektiver Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte? Es kommt drauf an.

LG Hannover – 17 O 45/22; OLG Celle – 13 U 29/22

Vorbemerkung

Das deutsche Vergaberecht entstammt dem öffentlichen Haushaltsrecht, mit dem eine sparsame und wirtschaftliche Haushaltsführung sichergestellt und die öffentlichen Auftraggeber dazu verpflichtet werden, Beschaffungsmaßnahmen im *Wettbewerb* durchzuführen. Damit ging ursprünglich einher, dass aus den gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen über das öffentliche Beschaffungswesen und die Auftragsvergabe keine subjektiven Rechte für die Teilnehmer dieses Wettbewerbs abgeleitet wurden. Dieses traditionelle Verständnis von „Vergaberecht“ ist in den letzten Jahrzehnten unter Druck geraten und im Hinblick auf Vergaben oberhalb der Schwellenwerte aufgegeben worden. Mit Beschluss vom 13.06.2006 hat das Bundesverfassungsgericht⁴ die Differenzierung zwischen einem gesetzlich geregelten Rechtsschutzsystem im Oberschwellenbereich⁵ und dem Verzicht auf einen entsprechenden Rechtsschutz unterhalb dieser Werte zwar für verfassungskonform erklärt, zugleich aber darauf hingewiesen, dass sich der Staat schwellenwertunabhängig den allgemein geltenden Regelungen der Wettbewerbs- und Rechtsordnung unterwerfen muss. Auch in diesem Bereich müsse es einen Justizgewährungsanspruch geben, sodass es dem Staat bzw. öffentlichen Auftraggebern verwehrt sei, das Verfahren oder auch nur die Kriterien der Vergabe „willkürlich“ festzulegen. Insofern stünden den betroffenen Bieter die allgemeinen Rechtsschutzmöglichkeiten offen.

Was aber waren bzw. sind die allgemeinen Rechtsschutzmöglichkeiten bzw. der Rechtsschutz „im bestehenden System“? Aufgrund der Dringlichkeit kam und kommt hier nur ein gerichtlicher Eilrechtsschutz in Frage, und zwar sowohl verwaltungsrechtlicher als auch zivilrechtlicher Natur. Nachdem allerdings das Bundesverwaltungsgericht mit Beschluss vom 02.05.2007⁶ klargestellt hatte, dass für primären Rechtsschutz, d. h. auf die Verhinderung einer Zuschlagserteilung gerichteter Rechtsschutz nicht die Verwaltungsgerichte, sondern die Zivilgerichte zuständig sind, konzentriert sich die Diskussion eines effektiven Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich auf die Gewährung von Rechtsschutz vor den Zivilgerichten, und zwar in Form von Einstweiligen Verfügungen.⁷

Im Hinblick auf den dabei anzulegenden Prüfungsmaßstab wurden in der Vergangenheit innerhalb der zwischenzeitlich angerufenen Zivilgerichte zwei Auffassungen vertreten: Die eine Auffassung stütze sich – in Anlehnung an den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 13.06.2006 – darauf, dass es bei diesen Einstweiligen Verfügungsverfahren lediglich um die Vermeidung von *Willkür* in Vergabeverfahren gehen könne.⁸ Die andere Auffassung stellte maßgeblich darauf ab, ob und inwieweit bieterschützende Vorschriften der Vergabe- und Vertragsordnungen verletzt werden, da sich öffentliche Auftraggeber nach diesen Verfahrensordnungen richten müssten, weshalb sie sich auch gegenüber dem betroffenen Bieter daran messen lassen müssten.⁹

⁴ BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03; VergabeR 2006, 871.

⁵ Zur Differenzierung zwischen Ober- und Unterschwellenbereich vgl. S. 2.

⁶ BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007 – 6 B 10.7; VergabeR 2007, 337.

⁷ Vgl. hierzu den Beitrag „Der unterschätzte Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte“, S. 2 ff.

⁸ Beispielsweise LG Koblenz, Beschluss vom 18.01.2011 – 10 O 9/11, IBR 2011, 1193 (nur online).

⁹ Vgl. hierzu vor allem OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2010 – 27 U 1/09; VergabeR 2010, 531, seitdem ganz herrschende Auffassung, vgl. auch OLG Saarbrücken, Urteil vom 13.06.2012 – 1 U 357/11; IBR 2012, 469. Leitsatz (nach IBR): „Auch im vergaberechtlichen Unterschwellenbereich kann ein Bieter im Wege des Primärrechtsschutzes die Unterlassung der Zuschlagserteilung begehren.“

Zwischenzeitlich ist anerkannt, dass das Gebot der Gleichbehandlung der Bieter eines der zentralen Prinzipien des Vergaberechts darstellt, zumal für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte eine Gleichbehandlung aller Bieter im ersten Abschnitt der VOB/A ausdrücklich vorgeschrieben wird. Die Vorschriften der Vergabe- und Vertragsordnungen sollen insgesamt sicherstellen, dass das Vergabeverfahren transparent und diskriminierungsfrei durchgeführt wird. Sie dienen damit auch der Einhaltung des allgemeingültigen Gleichheitsgrundsatzes.

Jeder Verstoß gegen Vergabevorschriften verletzt Bieter – auch bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte – in ihrem Anspruch auf Gleichbehandlung. Konsequenz daraus ist, dass Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte nicht nur gegen willkürliches Verhalten der Auftraggeber zur Verfügung stehen muss und steht, sondern gegen *jeden* Vergaberechtsverstoß.¹⁰

Hält sich ein öffentlicher Auftraggeber nicht an die einer Vergabe zugrunde liegenden Regelungen, hat der Bieter demzufolge einen Verfügungsanspruch darauf, dass sich der dann Verfügungsbeklagte an diese Regelungen hält, solange er diesen glaubhaft machen kann (§ 935 ZPO).

Der einstweilige Rechtsschutz ergibt jedoch nur dann Sinn, wenn in dem entsprechenden Bundesland eine Wartefrist für den Unterschwellenbereich besteht. Die Wartefrist stellt einen der wichtigsten Unterschiede zwischen der Unterschwellen- und Oberschwellenvergabe dar. Im Unterschwellenbereich gibt es allerdings grundsätzlich keine Wartefrist. Eine Mitteilungs- und Wartepflicht entsprechend § 134 GWB ergibt sich im Unterschwellenbereich auch nicht aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 3 GG. Sie ergibt sich vielmehr nur ausnahmsweise – aufgrund einer entsprechenden Verpflichtung aus den EU-Grundfreiheiten – bei einem grenzüberschreitenden Interesse oder beim Bestehen landesrechtlicher Regelungen.¹¹

1. Der Ausschluss des Angebots des günstigsten Bieters

Das war auch die Ausgangslage einer in Niedersachsen ansässigen Fachfirma für Kanal- und Straßenbauarbeiten, die von einem öffentlichen Auftraggeber, einer Anstalt des öffentlichen Rechts am Ort des Firmensitzes des Bieters, einen Auftrag erhalten wollte, von diesem jedoch völlig überraschend die Nachricht erhielt, dass nicht ihr, sondern einer Mitbewerberin der Zuschlag erteilt werden würde, obwohl sie das günstigste Angebot abgegeben hatte und der Preis das einzige Zuschlagskriterium war. Begründung: Das Angebot müsse von der Wertung ausgeschlossen werden, weil die Eintragungen nicht eindeutig seien bzw. aus technischer Sicht das angebotene Produkt dem ausgeschriebenen Produkt nicht gleichwertig sei. Zudem wurden die eingereichten Nebenangebote wegen der Nichterfüllung von Mindestanforderungen ausgeschlossen. Zuvor hatte der öffentliche Auftraggeber den Bieter noch dazu aufgefordert, zur Gleichwertigkeit des angebotenen Produkts mit den ausgeschriebenen Produkten nähere Angaben zu machen. Dieser Aufforderung kam der Bieter nach. Eine weitere Aufklärung erfolgte nicht.

Wie sich dann jedoch herausstellte, gab es bei diesem Ausschluss gleich mehrere Vergaberechtsverstöße, was der Bieter bei der Vergabestelle umgehend rügte und – nach der zunächst unterbliebenen Reaktion des öffentlichen Auftraggebers auf diese Rüge – zum Gegenstand eines Antrags auf Erlass einer Einstweiligen Verfügung machte, mit dem Ziel, den zu dieser Zeit noch nicht erteilten Zuschlag an die Mitbewerberin zu verhindern. Dies war möglich, weil das Landgericht Hannover die Möglichkeit eines Rechtsschutzes unterhalb der maßgeblichen Schwellenwerte grundsätzlich bejaht und dem öffentlichen Auftraggeber sogar im Wege einer Zwischenverfügung (auch „Hängebeschluss“ genannt) – zunächst bis zum 14.04.2022 – die Erteilung des Zuschlags untersagt hatte.

¹⁰ Vgl. Antweiler, in: *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, Band 1: GWB 4. Teil (Hrsg. Burgi/Dreher), 3. Auflage, § 168 GWB Rn. 19 – unter *Bezugnahme u.a. auf Braun*, in: NZBau 2008, 160 [161]; *Niestedt FS Marx*, 2013, 489 [503], *Wollenschläger*, in: *Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts*, Kapitel 26 Rn. 53 ff.

¹¹ KG Berlin, Urteil vom 07.01.2020, 9 U 79/19; *eine Übersicht über die Wartefristen finden Sie auf S. 14.*

2. Die Entscheidung des LG Hannover

Im Rahmen einer für den 07.04.2022 anberaumten mündlichen Verhandlung sollte über die Sache entschieden werden. Das Gericht hatte allerdings eine zu kurze Ladungsfrist gesetzt (auch im Einstweiligen Verfügungsverfahren muss die Ladungsfrist des § 217 ZPO beachtet, sie kann lediglich auf Antrag verkürzt werden, § 226 ZPO), weswegen der öffentliche Auftraggeber nicht zur mündlichen Verhandlung erschien. In der Folge erging eine weitere Zwischenverfügung, mit welcher die Zuschlagserteilung bis zum 13.05.2022 untersagt wurde.

Im Anschluss an die zweite mündliche Verhandlung vom 04.05.2022 wies das Landgericht die Anträge des Bieters zurück. Diese seien zwar zulässig, aber nicht begründet. Denn: Das Angebot der Antragstellerin bzw. des Bieters entspreche nicht den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses. Insbesondere handele es sich nicht um ein unzulässiges Leitprodukt, und auch die Rügen der Antragstellerin zu Nebenangeboten und Stoffpreisklauseln seien unbegründet.

Dem Urteil des Landgerichts Hannover wie auch dem Verfahren insgesamt liegen rechtliche Fragestellungen des Vergabe- und des Zivilrechts zugrunde, die im Hinblick auf die Frage nach der Effektivität des Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich von erheblicher Bedeutung sind.

2.1. Vergaberechtliche Gesichtspunkte

2.1.1. Leistungsbeschreibung und Leitprodukt

Die Leistungsbeschreibung ist Kern einer jeder Ausschreibung. In ihr definiert der öffentliche Auftraggeber, welche Anforderungen er an das zu beschaffende Produkt oder die zu beschaffende Leistung hat. Diese hat nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A eindeutig und erschöpfend zu erfolgen, und zwar so, dass Unternehmen bzw. Bieter die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen. Ergänzend fordert Abs. 2 der genannten Vorschrift, dass in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft verwiesen werden darf, auch nicht auf Marken oder Typen eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion. Diese beiden Grundsätze der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung sowie der Produktneutralität finden sich in dieser oder ähnlicher Formulierung in allen Vergabeordnungen. Sie sind Ausfluss der beiden das Vergaberecht bestimmenden Grundsätze der Transparenz und der Diskriminierungsfreiheit. Die Forderung nach einem bestimmten Produkt schließt die Verwendung aller anderen Produkte aus, und diskriminiert damit auch alle in anderen EU-angehörigen Ländern hergestellten Produkte und verstößt folglich nicht nur gegen die Vorgaben der VOB/A, sondern zugleich gegen Art. 34 AEUV.

Dabei darf die Spezifizierung auch nicht so detailliert ausfallen, dass die Vorgaben nur von einem einzigen Produkt erfüllt werden können. Eine solche verdeckte produktspezifische Ausschreibung verstößt gegen die Verpflichtung zur produktneutralen Ausschreibung.¹²

Die Angabe eines Leitfabrikates oder Planungsproduktes, das alle gewünschten Eigenschaften in sich vereint, widerspricht zudem dem Gebot der produktneutralen Beschreibung und schränkt den kaufmännischen und technischen Wettbewerb zwischen den Unternehmen in unzulässiger Weise ein.¹³ § 7 Abs. 2 lässt lediglich zwei Ausnahmen zu: Die Angabe ist entweder durch den Ausschreibungsgegenstand gerechtfertigt oder der Auftragsgegenstand kann nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden.

¹² VK Bund, Beschluss vom 19.02.2015, VK 2-1/15.

¹³ OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 29. 5. 2007 – 11 Verg 12/06, IBR 2008, 1121; Ingenstau/Korbion/Schranner, VOB/A, 21. Aufl. 2019, § 7 Rn. 68; Gabriel/Krohn/Neun, VergabeR-HdB, 3. Aufl. 2021, § 19 Leistungsbeschreibung.

2.1.2. Forderung nach Erfüllung bestimmter Normen

Als Bestandteil seines Leistungsbestimmungsrechts darf ein öffentlicher Auftraggeber verlangen, dass das anzubietende Produkt die Voraussetzungen für eine Zertifizierung nach bestimmten Normen – auch nach deutschen DIN-Nomen – erfüllt. Er darf jedoch nicht verlangen, dass das Produkt nach diesen Vorschriften auch zertifiziert ist. Denn dies würde zu einer Beschränkung der Zugangsvoraussetzungen anderer Teilnehmer am europäischen Markt führen.¹⁷ Für diesen Fall bestimmt § 7a Abs. 2 Nr. 1 VOB/A, dass jede Bezugnahme mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen ist. Weist der Bieter in seinem Angebot die Gleichwertigkeit nach, darf der Auftraggeber demzufolge ein Angebot nicht mit der Begründung (angeblich) fehlender Gleichwertigkeit ablehnen bzw. ausschließen.

Die Anwendung dieser Grundsätze ist dem Landgericht Hannover in seinem Urteil vom 06.05.2022 nicht gelungen, wobei man hinzufügen muss, dass sich die zuständige Kammer bzw. das erkennende Gericht nur selten (wenn überhaupt jemals zuvor) mit derartigen komplizierten vergaberechtlichen Fragestellungen zu befassen hatte.

Insbesondere die Auffassung, bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit stehe dem öffentlichen Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu, findet in der Rechtsprechung keine Stütze. Die in diesem Zusammenhang zitierte Entscheidung des OLG Celle aus 2008¹⁴ befasst sich nämlich nur mit der *Bewertung* des Angebotes. Insoweit (aber eben nur insoweit) ist anerkannt, dass der Auftraggeber einen weiten Beurteilungsspielraum hat. Dies gilt aber keinesfalls für die Frage, ob ein Angebot den *Anforderungen der Leistungsbeschreibung* entspricht. Wäre dies der Fall, so könnte der Auftraggeber Angebote nach seinem Ermessen oder – um es mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts zu sagen¹⁵ – willkürlich ausschließen. Einem Auftraggeber steht bei *technischen* Anforderungen gerade kein Beurteilungsspielraum zu.¹⁶

Die Zertifizierung des von ihm angebotenen Produktes mit der geforderten DIN-Zertifizierung muss der Bieter in seinem Angebot zwar nachweisen (§ 7a Abs. 3 VOB/A). „In“ seinem Angebot bedeutet aber nicht „mit“ seinem Angebot. Liegt der Nachweis der Gleichwertigkeit dem Angebot nicht oder nicht in ausreichendem Maße bei, sind diese Nachweise vor einem Ausschluss des Angebots nachzufordern.¹⁸ Um das Verfahren zu beschleunigen, kann der Auftraggeber allerdings vorsehen, dass die – eine gleichwertige Zertifizierung belegenden – Unterlagen bereits mit dem Angebot vorzulegen sind. Dies war hier jedoch nicht der Fall.

¹⁴ OLG Celle, Beschluss vom 10.01.2008, 13 Verg 11/07.

¹⁵ BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03.

¹⁶ OLG Koblenz, Beschluss vom 25.08.2016, 1 U 260/16.

¹⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 12.07.2012, C-171/11 DVGW.

¹⁸ Püstow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 7 EU VOB/A, Rnr. 16; VK Lüneburg, Beschluss vom 01.11.2017, VgK-30/2017.

2.1.3. Keine Verwendung einer Stoffpreisgleitklausel

Die Aufnahme einer Stoffpreisgleitklausel in einen Bauvertrag dient dazu, das Risiko stark schwankender Preise angemessen zu verteilen. Sie setzt damit § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A um, demzufolge „dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden (darf) für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann“.

Im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung waren die Preise für Holz und Holzprodukte bereits äußerst volatil. Dementsprechend erging am 25.03.2022 der Erlass des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung (BMVBS) zu Lieferengpässen und Preissteigerungen wichtiger Baumaterialien als Folge des Ukraine-Kriegs. Der Erlass wandte sich an die „Fachaufsicht führenden Ebenen in den Ländern“ und galt bzw. gilt zwar unmittelbar lediglich für das Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung. Inhaltlich war er jedoch eine Reaktion auf erkennbare und durch die Krise bzw. den Ukraine-Krieg ausgelöste Vertragsstörungen. Für Vergabeverfahren, die sich im Stand nach Angebotsöffnung, aber vor Zuschlagserteilung befinden, sah und sieht der Erlass vor: „Ist die Angebots(er)öffnung bereits erfolgt, ist das Verfahren zur Vermeidung von Streitigkeiten bei der Bauausführung in den Stand vor der Angebotsabgabe zurückzusetzen, um Stoffpreisgleitklauseln einbeziehen und ggf. Ausführungsfristen verlängern zu können.“

Die Nichtverwendung einer entsprechenden Stoffpreisgleitklausel (wie hier), obwohl dies vorgesehen und der erhöhten Risikolage angemessen gewesen wäre, stellt einen Verstoß gegen §§ 2 Abs. 3, 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A dar. Das Fehlen einer derartigen Stoffpreisgleitklausel stellt im Ergebnis also ein „ungewöhnliches Wagnis“ i. S. d. § 7 Abs. 3 VOB/A dar, da der Unternehmer die tatsächlichen Preise nicht sicher berechnen kann.¹⁹

Nach Auffassung des LG Hannover sei die fehlende Verwendung der Stoffpreisgleitklausel jedoch unbeachtlich, weil der Erlass des BMVBS für die kommunale Auftraggeberin nicht einschlägig sei und die Ausführungen dazu auch nicht relevant. Hiermit verkennt das Gericht jedoch den Aussagegehalt des Erlasses, der nicht allein verwaltungstechnisch zu sehen ist, sondern als Ausfluss des vergaberechtlichen Verbots der Aufbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses.

¹⁹ Vgl. hierzu Lampert in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2019, VOB/A-EU, § 7, Rn. 54 a. E.

2.2. Zivilrechtliche Gesichtspunkte

2.2.1. Zwischenverfügungen im einstweiligen Rechtsschutz

Zwischenverfügungen sind, obwohl als solche gesetzlich nicht geregelt, im einstweiligen Rechtssystem zwar grundsätzlich anerkannt, jedoch durchaus unterschiedlich ausgestaltet.

So kennt die *Verwaltungsgerichtsbarkeit* Zwischenverfügungen (auch „Zwischenregelungen“ oder „Hängebeschlüsse“ genannt) in den Konstellationen, in denen zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes eine vorläufige Regelung erforderlich ist, auch wenn dabei das rechtliche Gehör der Beteiligten insoweit nicht gewahrt wird oder der Sachverhalt – auch für ein summarisches Verfahren – noch unzureichend aufbereitet erscheint.²⁰

Auch in *Vergabenachprüfungsverfahren oberhalb der Schwellenwerte*, d. h. bei den Vergabekammern und bei den – für sofortige Beschwerden gegen Entscheidungen der Vergabekammern zuständigen – Oberlandesgerichten sind „Hängebeschlüsse“ in den Fallgestaltungen anerkannt, in denen ein Beschluss nach § 173 Absatz 3 GWB aus diesen Gründen noch nicht ergehen kann,²¹ obwohl Zwischenverfügungen auch im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 171 ff. GWB) nicht ausdrücklich vorgesehen sind. Zulässig bzw. statthaft und anerkannt sind sie gleichwohl.

In einstweiligen Verfügungsverfahren vor den Zivilgerichten, an die sich Bieter im Bereich *unterhalb der Schwellenwerte* wenden müssen (s. o.), sind Zwischenverfügungen (in der Zivilprozessordnung) zwar nicht ausdrücklich vorgesehen. Hintergrund der dort im Hinblick auf Zwischenverfügungen festzustellenden Zurückhaltung ist die weitverbreitete Ansicht, dass eine – wegen Dringlichkeit ohne mündliche Verhandlung – getroffene Anordnung, welche dem Antrag *zeitlich beschränkt ganz oder teilweise stattgibt*, im Ergebnis eine vorläufige und somit eine „einstweilige Verfügung“ darstellt.²² Gleichwohl werden Zwischenverfügungen auch im Einstweiligen Verfügungsverfahren als zulässig und unter dem Gesichtspunkt der Rechtsschutzgewährung für angemessen erachtet. Begründet wird dies mit der Absicherung des Antragstellers während des laufenden Nachprüfungsverfahrens. Während im Kartellvergabeverfahren bereits der Zugang des Nachprüfungsantrages zu einer Zuschlagssperre führt (§ 169 Abs. 1 GWB), die auch die Frist der sofortigen Beschwerde umfasst (§ 169 Abs. 1 GWB), ist dies bei einem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht der Fall. Außerdem ist das Zivilgericht, anders als in Verfahren gemäß §§ 97 ff. GWB, auf die Angaben der Verfahrensbeteiligten angewiesen. Unzuträglichkeiten im Vortrag, insbesondere beim Antragsteller, der nur beschränkte Kenntnisse von den Vorgängen im Bereich des Auftraggebers hat und die dazu führen, dass der Erlass einer Beschlussverfügung ausgeschlossen ist, können nur durch eine sachgerechte Handhabung der sekundären Darlegungslast und den Anforderungen an die Glaubhaftmachungslast Rechnung getragen werden.²³

Auch in der Berufungsinstanz wird eine Zwischenverfügung für zulässig erachtet.²⁴

²⁰ Vgl. Kopp/Stelkens, VwGO, § 80 Rdnr. 170.

²¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.04.2008 – Verg 23/08 (zum gleichlautenden § 118 GWB a. F.).

²² LAG Saarland, ZTR 2006, 377.

²³ OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2010 – I-27 U 1/09.

²⁴ Vgl. Entscheidung des 13. Zivilsenats des OLG Celle voraussichtlich vom 03.12.2015 – 13 U 148/15 (nicht veröffentlicht), unter Anschluss an OLG Düsseldorf, I-27 W 1/11.

2.2.2. Reichweite von Zwischenverfügungen

Die entscheidende Frage ist allerdings, welche Bedeutung bzw. Reichweite Zwischenverfügungen im einstweiligen Rechtsschutz haben. Oder anders ausgedrückt: wie lange wirken diese eigentlich?

Im konkreten Fall hat das LG Hannover mit als einer als „Beschluss“ bezeichneten und in der mündlichen Verhandlung vom 07.04.2022 nachträglich als „Hängebeschluss“ gekennzeichneten Anordnung vom 01.04.2022 der Auftraggeberin untersagt, das Vergabeverfahren fortzusetzen und den Zuschlag zu erteilen. Bemerkenswert war dabei, dass diesem Beschluss einerseits eine Rechtsbehelfsbelehrung (Widerspruch) beigefügt war, andererseits aber klargestellt wurde, dass die Kostenentscheidung der „Schlussentscheidung“ vorbehalten sei. Wenige Tage später, am 12.04.2022, fasste das Gericht einen weiteren Beschluss, wonach es der Antragsgegnerin bzw. Auftraggeberin bis zum 13.05.2022 untersagt wurde, das Vergabeverfahren fortzusetzen und den Zuschlag zu erteilen. Um Missverständnissen vorzubeugen, stellte das Gericht klar, dass durch den ursprünglichen Beschluss „noch nicht abschließend über die Sache entschieden“ worden sei, „was sich unzweifelhaft aus der dortigen Kostenentscheidung“ ergebe.

Im Ergebnis hatte sich das LG Hannover also dazu durchgerungen, zunächst *ohne* mündliche Verhandlung und auch im Anschluss daran *nach* mündlicher Verhandlung eine Zwischenverfügung bzw. einen „Hängebeschluss“ zu erlassen, wobei das Gericht in der zweiten mündlichen Verhandlung am 04.05.2022 „klarstellen musste“, dass man sich – ungeachtet des anders formulierten Beschlusses vom 01.04.2022 – nicht im Widerspruchsverfahren, sondern „in der mündlichen Verhandlung“ befinde.

Unabhängig von der Frage, welchem Verfahrensstand die beiden Beschlüsse und das am 06.05.2022 ergangene Urteil zivilprozessual zu zuordnen sind. Entscheidend war für den Bieter, dass er bis zum Erlass einer Entscheidung über seinen Antrag durch die gerichtlichen Entscheidungen in der ersten Instanz vor einer Zuschlagserteilung geschützt war.

Auch in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, die sich deutlich intensiver mit der Wirkung von Zwischenverfügungen beschäftigt hat, ist anerkannt, dass eine Zwischenentscheidung bzw. -verfügung eine die Instanz nicht abschließende vorläufige Sachentscheidung ist,²⁵ da diese eine Regelung mit materiell-rechtlichen Wirkungen für den Zeitraum zwischen Eingang des Antrags auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes und der Entscheidung des Gerichts über diesen Eilantrag darstellt.²⁶

In der zivilgerichtlichen Rechtsprechung werden Zwischenverfügungen im einstweiligen Verfügungsverfahren als einstweilige Verfügungen im Sinne der §§ 935, 940 ZPO eingestuft, da sie eine vorläufige Regelung enthalten.²⁷ So ist nach der Rechtsprechung des OLG Stuttgart eine Zwischenverfügung zeitlich begrenzt bzw. auflösend bedingt und gilt lediglich bis zu der die erste Instanz beendenden Entscheidung.²⁸

Man wird also das verwaltungsrechtliche Verständnis auch im Zivilprozess zugrunde zu legen haben. Dies bedeutet, dass diese „Zwischenverfügungen“ mit einer abschließenden Entscheidung des (erstinstanzlichen) Gerichts ihre Wirkung verlieren.

²⁵ Vgl. zu § 146 VwGO: OVG Koblenz, NVwZ-RR 2013, 295 f.; OVG Greifswald, NVwZ-RR 2017, 904 Rn. 7; VGH München, NVwZ-RR 2019, 981 Rn. 4; VGH Mannheim, Beschluss vom 14. Oktober 2019 – 9 S 2643/19, juris Rn. 4; OVG Lüneburg, DVBl. 2020, 826 Rn. 2; Guckelberger, NVwZ 2001, 275, 278; Schoch/Schneider VwGO/Schoch VwGO § 123 Rn. 164b; aA MüKoEu-WettbR/Nothdurft, 3. Aufl., GWB § 74 Rn. 11; aA zu § 146 Abs. 2 VwGO: VGH Kassel, NVwZ-RR 1995, 302; OVG Berlin, NVwZ-RR 1999, 212.

²⁶ Vgl. OVG Koblenz, NVwZ-RR 2013, 295 f., OVG Lüneburg, DVBl. 2020, 826 Rn. 2.

²⁷ LAG Saarland, Beschluss vom 11. Mai 2006 – 1 Ta 19/06 – BeckRS 2010, 76046 = ZTR 2006, 377; OLG Stuttgart, Beschl. v. 21.07.2015 – 10 W 31/15.

²⁸ OLG Stuttgart, Urt. v. 13.01.2010 – I-27 U 1/09; OLG Stuttgart, Beschl. v. 21.07.2015 – 10 W 31/15.

2.2.3. Folgen für den Rechtsschutz im Unterschwellenbereich

Danach wäre der Bieter im Unterschwellenbereich schutzlos, wenn die Entscheidung in der ersten Instanz nicht zu seinen Gunsten ausgeht, da die oben erwähnte und im Gesetz verankerte Wartefrist in der Regel zwischenzeitlich abgelaufen sein dürfte, zumindest dann, wenn das Gericht nicht ohne mündliche Verhandlung entscheidet und die Ladungsfrist von einer Woche (in Anwaltsprozessen) beachtet wird, was hier zunächst nicht der Fall war und zu der Verzögerung geführt hatte (s. o.).

Dies ist im Oberschwellenbereich anders:

Ist ein Nachprüfungsantrag im Oberschwellenbereich nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet, übermittelt ihn die Vergabekammer an den Auftraggeber, § 163 Abs. 2 S. 1 GWB. Damit wird die sog. *Zuschlagsperre* ausgelöst. Dem Auftraggeber ist es nunmehr verboten, den Zuschlag zu erteilen (§ 169 Abs. 1 GWB). Das Zuschlagsverbot endet erst mit Ablauf der Beschwerdefrist. Damit ist die Vergabe für mindestens 7 Wochen (5 Wochen Regeldauer eines Vergabekammerverfahrens – § 167 Abs. 1 GWB – zzgl. 2 Wochen Beschwerdefrist, § 172 GWB) blockiert. Ein dennoch erteilter Zuschlag wäre nichtig. Dem Auftraggeber bleibt somit nur die Möglichkeit zu beantragen, eine vorzeitige Zuschlagserteilung zu gestatten.

Gegen Entscheidungen einer Vergabekammer, mit denen die erste Instanz des Vergabenachprüfungsverfahrens abgeschlossen werden, können Antragsteller, Auftraggeber und Beigeladene sofortige Beschwerde zum Vergabesenat des zuständigen Oberlandesgerichts erheben, § 171 Abs. 1 GWB, die zugleich zu begründen ist (§ 172 Abs. 2 GWB). Die (nicht verlängerbare) Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde beträgt zwei Wochen (§ 172 Abs. 1 GWB). Sie beginnt entweder mit der ordnungsgemäßen Zustellung der Entscheidung der Vergabekammern oder dem Ablauf der Fünf-Wochen-Frist gem. § 167 Abs. 1 GWB, die die Vergabekammer für den Vergabenachprüfungsantrag zur Verfügung hat.

Eine zulässige sofortige Beschwerde hat also immerhin für zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist aufschiebende Wirkung gegenüber dem Beschluss der Vergabekammer (§ 173 Abs. 1 S. 2 GWB). Damit verlängert sich das Zuschlagsverbot des § 169 Abs. 1 GWB für zwei weitere Wochen und betrifft den Fall, dass der Vergabenachprüfungsantrag von der Vergabekammer zurückgewiesen wurde. Damit entfällt die aufschiebende Wirkung des Vergabenachprüfungsantrages zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist (§ 173 Abs. 1 S. 2 GWB).

Ein Antragssteller kann in dieser Situation allerdings die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung seiner sofortigen Beschwerde beantragen (§ 173 Abs. 1 S. 3 GWB), um die Zuschlagserteilung weiter zu verhindern.

Über einen solchen Antrag des Antragstellers/Bieters muss der Vergabesenat innerhalb der Zwei-Wochen-Frist bis zum Entfallen der aufschiebenden Wirkung entscheiden und sich dabei an den Erfolgsaussichten der Beschwerde und dem Interesse der Allgemeinheit an der wirtschaftlichen (und damit nicht verzögerten) Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers orientieren.

3. Fazit

Bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte ist der Rechtsschutz eines Bieters lückenhaft. Er hängt nämlich maßgeblich von der erstinstanzlichen Entscheidung des Gerichts ab. Gibt dieses dem Antrag statt, ist der Bieter durch die den Zivilgerichten zur Verfügung stehenden Instrumentarien hinreichend geschützt.

Etwas anderes gilt jedoch, wenn der Antrag auf Erlass einer Einstweiligen Verfügung abgelehnt wird. Mit Verkündung der instanzbeendenden Entscheidung wird der Bieter im Hinblick auf eine von ihm beabsichtigte Auftragserteilung (wieder) schutzlos, da der öffentliche Auftraggeber in diesem Moment den Zuschlag (wirksam) erteilen kann. Denn selbst wenn der Bieter bei einer negativen Entscheidung sofort reagiert und sowohl Berufung und eine neue Zwischenverfügung beantragt (wie hier geschehen, der Bieter hatte innerhalb eines Tages nach Zugang des erstinstanzlichen Urteils die Berufung nicht nur eingelegt, sondern diese auch begründet und eine neue Zwischenverfügung beantragt), wird der öffentliche Auftraggeber voraussichtlich (wie ebenfalls hier geschehen) binnen kürzester Zeit den Zuschlag an den Mitbewerber erteilen.

Dem Bieter verbleiben dann nur noch Schadensersatzansprüche oder ggf. die Einleitung aufsichtsrechtlicher Maßnahmen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber, was ihm aber im Hinblick auf sein Rechtsschutzziel nicht hilft.

Welche Instrumentarien auch im Unterschwellenbereich erforderlich wären, hat der Gesetzgeber mit seinen Regelungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§ 173 Abs. 1 S. 2 GWB) zum Ausdruck gebracht. Auch wenn sich in den vergangenen Jahren im Hinblick auf den Rechtsschutz im Unterschwellenbereich viel getan hat und Bieter keineswegs mehr schutzlos sind. Es verbleibt nach wie vor eine gravierende Lücke im Rechtsschutz, die mit dem verfassungsrechtlich normierten Anspruch eines Bieters auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) nicht vereinbar ist.

Welche Konsequenzen hat diese Rechtslage für die Beteiligten eines Vergaberechtsschutzverfahrens? Zunächst einmal müssen sich die erstinstanzlich zuständigen Landgerichte ihrer besonderen Verantwortung bewusst werden und sich auch fachlich darauf vorbereiten, entsprechend reagieren zu können. Auch sollten rechtzeitig Hinweise erteilt werden. Hier war es so, dass die Parteien der Äußerung des zunächst zuständigen stellvertretenden Richters entnehmen konnten, dass das Gericht im Hinblick auf die Einstufung als Leitprodukt und die damit verbundenen Ausschreibungsfehler der Auffassung des Antragstellers bzw. des Bieters folgen würde. Insofern war eine davon abweichende Auffassung überraschend, zumal es – anders als in Vergabenachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern – eine als solche zu bezeichnende Erörterung der Rechtslage nicht gab, sondern es auf eine Entscheidung „im stillen Kämmerlein“ hinauslaufen sollte, was mit Blick auf die besondere Verantwortung des erstinstanzlichen Gerichts und mit Blick auf die fehlenden Rechtsschutzmöglichkeiten in der zweiten Instanz nicht nur als äußerst problematisch einzustufen ist, sondern auch im Widerspruch zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13.06.2006²⁹ stehen dürfte. Nach dem Bundesverfassungsgericht zielt der Justizgewährungsanspruch auf eine sachgerechte Gewichtung und Zuordnung der jeweils betroffenen rechtlich geschützten Belange. Dem Staat bzw. öffentlichen Auftraggebern ist es daher verwehrt, das Verfahren oder auch nur die Kriterien der Vergabe „willkürlich“ festzulegen. Verkennt nun die erste zivilgerichtliche Instanz die Willkür (etwa aufgrund mangelnder Erfahrung), so wird – mangels Rechtsschutzmöglichkeit in der zweiten Instanz – der Bieter durch die erstinstanzliche Entscheidung in seinem Justizgewährungsanspruch verletzt.

PROF. DR. ANDREAS KOENEN
LAURA BOECKING

unter Mitwirkung von

MAXIMILIAN BÜHNER
KATHARINA RAUE
MARVIN SAKOWITZ

²⁹ BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03; VergabeR 2006, 871.

Eine Übersicht der Bundesländer finden Sie in der folgenden Tabelle (teilw. wird zwischen landesunmittelbaren Behörden, Kommunen und eigenbetriebsähnlichen Einrichtungen unterschieden):

Bundesland	Wartefrist	Gesetzesgrundlage	Details
Baden-Württemberg	nein	BW VVVBesch 15.2 unter Verweis auf § 46 UVgO, VV VergabeVwV Ziffer 2.1.1.: VOB/A	
Bayern	nein	Bekanntmachung über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich vom 31.07.2018, VOB/A verbindlich vorgegeben, UVgO zur Anwendung empfohlen	
Berlin	nein	Ausführungsvorschrift zu § 55 LHO Stand 02/2020, Ziff. 3.1: VOB/A und UVgO zwingend anwendbar	
Brandenburg	nein	Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur LHO in der Fassung vom 12.11.2018: zwingende Anwendung von VOL/A und UVgO	
Bremen	nein	Tariftreue- und Vergabegesetz Bremen §§ 5, 6	
Hamburg	nein	HmbVgV § 2a	
Hessen	unter Umständen ja	grundsätzlich nein: Vergabeerlass vom 02.04.2006: Anwendung von VOB/A und UVgO (mit Ausnahmen). ABER § 18 HVTG: Der Bieter kann nach vorheriger Rüge die Vergabekompetenzstelle anrufen. Diese kann den Zuschlag aussetzen lassen, der AG „soll“ den Zuschlag entsprechend aussetzen. Gilt für BLen ab 250.000 € und DL ab 50.000 €	
Mecklenburg-Vorpommern	ja	Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern § 12 Abs. 1 Mindestbetrag muss erreicht werden, derzeit 1 Mio. € / 100.000 €, § 3 Vergabedurchführungslandesverordnung	7 Kalender- tage
Niedersachsen	ja	NTVergG § 16	15 Kalender- tage
Nordrhein-Westfalen	nein	VOB/A und UVgO „soll“ angewendet werden, Kommunale Vergabegrundsätze Ziff. 4 – 5	
Rheinland-Pfalz	ja	Landesverordnung über die Nachprüfung von Vergabeverfahren Bauleistungen/Dienstleistungen ab 100.000 € / 75.000 € befristet bis 30.06.2022, ab 01.07.2022 75.000 €	7 Kalender- tage
Saarland	nein	Vergabeerlass 2020: VOL/A und § 50 UVgO vorgeschrieben, ansonsten Anwendung UVgO empfohlen	
Sachsen	ja	§ 8 SächsVergabeG Mindestbetrag muss erreicht werden, derzeit 75.000 € / 50.000 €	10 Kalender- tage
Sachsen-Anhalt	ja	§ 19 LVG LSA Mindestbetrag muss erreicht werden, derzeit 150.000 € / 50.000 €	7 Kalender- tage
Schleswig-Holstein	ja	§ 5 Landesverordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge fakultativ bis zu einem Einzelauftragswert bis 50.000 €	7 Kalender- tage
Thüringen	ja	§ 19 ThürVgV Mindestbetrag muss erreicht werden, derzeit 150.000 € / 50.000 €	7 Kalender- tage

Die Köpfe hinter dem Wissen



PROF. DR. ANDREAS KOENEN
◦ Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Bau- und Architektenrecht
◦ Fachanwalt für Verwaltungs-
recht



LAURA BOECKING
◦ Rechtsanwältin und
Fachanwältin für
Verwaltungsrecht



MAXIMILIAN BÜHNER
◦ Rechtsanwalt



KATHARINA RAUE
◦ Rechtsanwältin und
Fachanwältin für
Vergaberecht



MARVIN SAKOWITZ
◦ Rechtsanwalt

Redaktion: Prof. Dr. Andreas Koenen
dialog@legalreport.de

Hannover ◦ Essen ◦ Münster ◦ Bielefeld
0800 418888 0



<https://www.bauanwaelte.de/kanzlei/methodik-auszeichnungen/>
Titelbild ◦ Kasarp studio/shutterstock.com