

## Vergaberecht

**Weitergehender Rechtsschutz in Vergabeverfahren**

**Der Rechtsschutz in Vergabeverfahren ist gemeinhin bekannt. Man geht zuerst zur Vergabekammer und derjenige, der unterliegt, muss sodann zum Oberlandesgericht. Was aber kommt danach?**

Das Verfahren vor der Vergabekammer ist im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geregelt. Ist ein Wirtschaftsteilnehmer in seinen Rechten verletzt oder droht ihm eine solche Rechtsverletzung, so kann er einen Nachprüfungsantrag vor der Vergabekammer stellen. Wirtschaftsteilnehmer ist dabei nicht nur der Bewerber oder Bieter, sondern auch derjenige, der sich erst um einen Auftrag bewerben möchte. Liest beispielsweise ein Unternehmen eine Vergabebekanntmachung und stellt fest, dass gegen das Gebot der losweisen Vergabe verstoßen wurde, so hat es das Recht, einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer zu stellen.

Weitere Voraussetzung für den Nachprüfungsantrag ist die Rechtsverletzung. Es gibt in den einzelnen Vergabeordnungen Vorschriften, die bieterschützende Funktion haben. Ist eine solche Vorschrift vom Auftraggeber nicht beachtet worden, so ist der Wirtschaftsteilnehmer in seinen Rechten verletzt, wobei es genügt, dass ihm beispielsweise ein Schaden entsteht oder zu entstehen droht (EuGH, „Hacker Müller“-Urteil vom 19.06.2000, Rs. C-249/01). Er ist nicht verpflichtet, umfänglich darzulegen, wie sich die Rechtsverletzung genau auswirkt. Es reicht beispielsweise aus, dass er mitteilt, dass er aufgrund der unterbliebenen Aufteilung in Lose nicht in der Lage ist, sich an dem Vergabeverfahren zu beteiligen.

Will ein Wirtschaftsteilnehmer eine Rechtsverletzung geltend machen, muss er zuerst versuchen, den Auftraggeber dazu zu bewegen, die

Rechtsverletzung zu beseitigen, d. h., er muss rügen. Die Erhebung einer Rüge ist in der Regel Voraussetzung für die Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens. Wurde Rüge erhoben, so ist der Wirtschaftsteilnehmer verpflichtet, spätestens 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, dass er der Rüge nicht abhelfen will, einen Nachprüfungsantrag einzuleiten. Der Eingang der Mitteilung des Auftraggebers ist hier nicht zu verwechseln mit dem Zugang. Zugang bedeutet, dass der Wirtschaftsteilnehmer von dem Schreiben des Auftraggebers tatsächlich Kenntnis genommen hat. Eingang bedeutet lediglich, dass die Mitteilung des Auftraggebers in den Machtbereich des Wirtschaftsteilnehmers gelangt ist. Dies geschieht meist mittels Telefax.

Die Rüge kann ein Wirtschaftsteilnehmer nicht jederzeit erheben. § 107 GWB legt gestaffelte – in der Rechtsprechung nicht unumstrittene – Rügefristen für den Wirtschaftsteilnehmer fest. Je nachdem, wann der Verstoß für den Wirtschaftsteilnehmer erkennbar war oder er ihn hätte erkennen müssen, ist er zur unverzüglichen Rüge verpflichtet, wobei auch nicht eindeutig festgelegt ist, was unverzüglich bedeutet. Der Wirtschaftsteilnehmer tut deshalb gut daran, seine Rüge spätestens nach drei Kalendertagen zu erheben, auch wenn er sich in Ausnahmefällen auf eine Frist bis zu zwei Wochen berufen kann. Die Vergabekammern der verschiedenen Bundesländer haben sehr unterschiedliche Auffassungen dazu, wie schnell ein Wirtschaftsteilnehmer rügen muss.

**Oberlandesgericht: sofortige Beschwerde**

Angenommen ein Wirtschaftsteilnehmer unterliegt vor der Vergabekammer, so hat er die Möglichkeit, eine sofortige Beschwerde vor dem Oberlandesgericht zu erheben. Für die sofortige Beschwerde gilt eine Notfrist. Notfrist bedeutet immer, dass es keine Möglichkeit der Fristverlängerung gibt. Die Notfrist beträgt zwei Wochen und beginnt mit der Zustellung der Entscheidung der Vergabekammer oder aber mit dem Zeitpunkt, zu dem die Vergabekammer hätte entscheiden müssen, so sie es nicht getan hat (in der Praxis äußerst selten).

Vor dem Oberlandesgericht herrscht für den Wirtschaftsteilnehmer in der Regel Anwaltszwang. Lässt er sich nicht durch einen Anwalt vertreten, so wird er – vereinfacht ausgedrückt – nicht gehört. Unterliegt der Wirtschaftsteilnehmer auch vor dem Oberlandesgericht, so steht ihm der Weg zum Bundesgerichtshof nicht offen. Dieser kann nur durch das Oberlandesgericht selbst eröffnet werden. Der Wirtschaftsteilnehmer kann aber auch verlangen, dass eine offene Frage in einem Streit, bei dem die Auslegung einer Richtlinie eine Rolle für die Anwendung des nationalen Rechts spielt, von dem nationalen Gerichten oder der nationalen Behörde dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt wird (EuGH, „Tögel“-Urteil vom 24.09.1998, Rs. C-76/97). Voraussetzung dafür ist, dass der Europäische Gerichtshof über die Frage noch nicht oder zumindest noch nicht abschließend entschieden hat. Die Vorlagepflicht betrifft nicht nur das Oberlandesgericht, sondern auch die Vergabekammern. Zumindest bei einer Ablehnung der Vorlage an den Europäischen Gerichtshof durch

das letztinstanzliche Gericht, im Vergaberecht also das Oberlandesgericht, stellt im weitesten Sinne eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar (BVerfG 29.07.2004, Az.: 2 BvR 2248/03).

Die Wirtschaftsteilnehmer haben vor dem Oberlandesgericht außerdem die Möglichkeit, sich unmittelbar auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu berufen. Der Europäische Gerichtshof hat wiederholt entschieden, dass nicht nur die letztinstanzlichen Gerichte, sondern auch alle davor entscheidenden Gerichte verpflichtet sind, ihm Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen, sofern diese das Europarecht betreffen. Grundsätzlich ist nicht nur das Bundesverfassungsgericht, sondern nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes jedes Gericht verpflichtet, nationale Vorschriften unter Berücksichtigung der Richtlinie, die durch die nationalen Vorschriften

umgesetzt werden sollte, auszulegen (EuGH, „Oceana Grupo“-Urteil vom 27.06.2000, Rs. C-240/98). In der Folge ist ebenso jede Behörde und jedes Gericht verpflichtet, die Folgen eines Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht, deren Beseitigung mit dem eingelegten Rechtsmittel begehrt wird, abzuwehren (EuGH, „Wells“-Urteil vom 07.01.2004, Rs. C-201/02). Verstößt ein Gericht oder eine Behörde dagegen, ist jeder Mitgliedsstaat zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem Einzelnen dadurch entsteht, dass in einer gerichtlichen Entscheidung – die dem Mitgliedsstaat zurechenbar sein muss und in der Regel auch ist – gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen wurde (EuGH, „Köbler“-Urteil vom 30.09.2003, Rs. C-224/01).

Diese Regelung gilt nicht nur in dem Fall, in dem der Wirtschaftsteilnehmer Rechtsmittel einlegt, um zu erreichen, dass er sich um den Auftrag bewerben kann, oder um den Auftrag zu

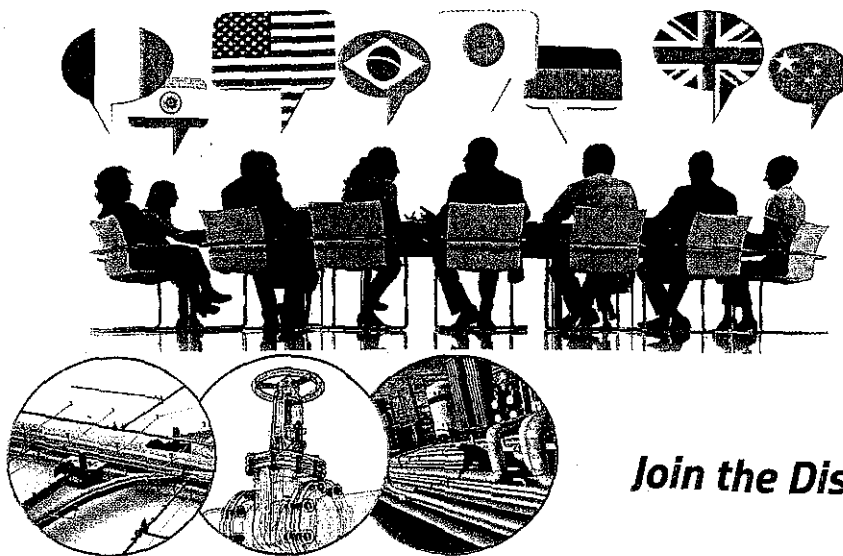
erlangen. Auch wenn der Wirtschaftsteilnehmer Schadensersatzansprüche geltend macht, kann er sich bereits vor dem Zivilgericht der 1. Instanz darauf berufen, dass dieses verpflichtet ist, eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofes zu Fragen des Vergaberechts einzuholen, und im Übrigen die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu beachten. So wurde beispielsweise entschieden, dass einem Wirtschaftsteilnehmer Schadensersatz zusteht, wenn der öffentliche Auftraggeber gegen Vergaberecht verstoßen hat, ohne dass es dabei auf die Schuldhaftigkeit des Verstoßes durch den öffentlichen Auftraggeber ankommt (EuGH, „Strabag“-Urteil vom 30.09.2010, Rs. C-314/09).

### Bundesgerichtshof

Der Weg zum Bundesgerichtshof kann nur durch das Oberlandesgericht beschritten werden. Wenn das Oberlan-

## The Pipe and Sewer Industry Goes International

23-25 MAY 2016  
ESTRELL BERLIN



**Join the Discussion!**

[www.pipeandsewer.com](http://www.pipeandsewer.com)

**PIPE AND SEWER**  
INTERNATIONAL CONFERENCE AND EXHIBITION PASC



desgericht der Auffassung ist, dass es mit seiner Entscheidung von einer Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts abweicht, so ist es verpflichtet, eine sogenannte Divergenzvorlage beim Bundesgerichtshof einzureichen. Oberlandesgerichte sind in der Regel selten der Auffassung, dass sie von der Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts abweichen. Die Bitte eines Wirtschaftsteilnehmers vor dem Oberlandesgericht auf eine Divergenzvorlage scheidet in der Regel.

### Bundesverfassungsgericht

Der nächste Schritt wäre für den Wirtschaftsteilnehmer eine Verfassungsbeschwerde. Das Bundesverfassungsgericht hat die Möglichkeit, selbst darüber zu entscheiden, ob es die Verfassungsbeschwerde annimmt oder nicht. Die Verfassungsbeschwerde kann beispielsweise darauf abzielen, dass das Oberlandesgericht eine offene Frage nicht dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt hat, oder aber darauf, dass die anzuwendende Regelung der Vergabevorschriften nicht verfassungskonform ist.

### Europäischer Gerichtshof

Die Wege, wie der Wirtschaftsteilnehmer zum Europäischen Gerichtshof gelangt, sind in der Regel wenig bekannt. Der Wirtschaftsteilnehmer hat zum einen die Möglichkeit, den Europäischen Gerichtshof direkt anzufragen, wenn er der Auffassung ist, dass eine Richtlinie nicht ordnungsgemäß in nationales Recht umgesetzt wurde, und er dadurch in seinen Rechten verletzt wird (EuGH, „Tögel“-Urteil vom 24.09.1998, Rs. C-76/97). Voraussetzung ist, dass die Bestimmung der Richtlinie, auf die sich der Wirtschaftsteilnehmer berufen will, „unbedingt und hinreichend genau“ ist.

Zum anderen gibt es den im Zusammenhang mit der sofortigen Beschwerde vor dem Oberlandesgericht dargestellten indirekten Weg, eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zu erlangen.

### Beschwerde an die Europäische Kommission

Der bis hierhin aufgezeichnete Rechtsweg kostet den Wirtschaftsteilnehmer erkennbar Geld. Verfügt der Wirtschaftsteilnehmer nicht über diese finanziellen Mittel, oder möchte er sie nicht aufwenden, so hat er die Möglichkeit, eine Beschwerde an die Europäische Kommission zu richten. Die Beschwerde kostet den Wirtschaftsteilnehmer kein Geld, nur Zeit. Er muss gegenüber der Europäischen Kommission darlegen, was der Gegenstand seiner Beschwerde ist, welche Vorschriften des Gemeinschaftsrechts seiner Auffassung nach verletzt sind, ob für das Vorhaben Fördermittel der Europäischen Union gewährt wurden, ob er sich bereits an die Kommission oder den Petitionsausschuss gewandt hat und welche rechtlichen Schritte er in dem jeweiligen Mitgliedstaat unternommen hat. Außerdem hat er die ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel beizufügen. Soll die Beschwerde an die Europäische Kommission erfolgreich sein, so wird deutlich, dass sie eine gewisse rechtliche Komplexität haben muss, was die Hinzuziehung anwaltlichen Rates empfehlenswert macht. Zwingend erforderlich ist dies jedoch nicht.

Wenn der Wirtschaftsteilnehmer es wünscht, kann er verlangen, dass seine Identität gegenüber den Behörden des Mitgliedstaates nicht offenbart wird. Allerdings muss sich der Wirtschaftsteilnehmer darüber bewusst sein, dass dieser Wunsch zumindest nach Angebotsabgabe die Offenbarung seiner Identität unter Umständen nicht vollständig verhindert. Denn der Auftraggeber wird in der Regel wissen, mit welchem der Bieter er einen Rechtsstreit geführt hat, und meistens wird dieser Rechtsstreit auch nur mit einem Bieter geführt.

Die Beschwerde an die Europäische Kommission kann einem Wirtschaftsteilnehmer ebenso helfen, wenn er sich in einem anderen Mit-

gliedstaat um einen Auftrag bewirbt oder bewerben will. In diesem Fall ist der finanzielle Aufwand, den der Wirtschaftsteilnehmer zur Verfolgung seiner Rechte in dem meist unbekanntem Rechtssystem betreiben muss, für den Wirtschaftsteilnehmer in der Regel nur sehr schwer abzuschätzen. Häufig kommt auch noch ein Sprachproblem hinzu. Dies alles könnte mit einer Beschwerde an die Europäische Kommission umgangen werden. Allerdings ist die Anrufung der Europäischen Kommission in diesen Fällen nicht ohne Weiteres möglich, weil die Europäische Kommission sonst als Exekutive Entscheidungen fällen würden, die der Judikative zugewiesen sind. ■

#### Die Autorin

Rechtsanwältin Gritt Diercks-Oppler  
 Fachanwältin für Bau- und  
 Architektenrecht  
 OPLER HERING PartGmbH  
 Stratenborg 2  
 22393 Hamburg  
 Tel.: 040 63645070  
 E-Mail: diercks@bohlaw.de  
 Internet: www.bohlaw.de