



## 6. Vergaberechtsforum West und Südwest des vhw am 13. und 14. Dezember 2012 in Bonn

Ein Bericht von Rechtsanwalt Dr. Lutz Horn und weiteren Referenten des Forums

Das diesjährige Vergaberechtsforum, das die Geschäftsstellen Nordrhein-Westfalen und Hessen/Rheinland-Pfalz/Saarland des vhw erstmals gemeinsam am 13. und 14.12.2012 im Wissenschaftszentrum Bonn ausgerichtet haben, hat erneut gezeigt, dass das Vergaberecht von immer wähernder Dynamik geprägt ist. Die Teilnehmer haben sich durch die Vorträge von insgesamt elf Referenten über die aktuellen Neuerungen im Vergaberecht und die aktuelle Rechtsprechung informieren können. Nach Begrüßung und bewährter Einleitung der Veranstaltung durch Uwe Tutschapsky, Regionalgeschäftsführer vhw Südwest, ist der Eröffnungsvortrag zu den „aktuellen Entwicklungen des Vergaberechts in Deutschland und Europa“ von MinDir Dr. Rüdiger Kratzenberg/BMVBS bestritten worden.

Der Schwerpunkt des Vortrags hat dabei weniger im nationalen Bereich gelegen, sondern in einem Ausblick auf die sich ankündigende Revision der Vergaberichtlinien der Europäischen Union. Hier werden die deutschen Vergabestellen nach Ablauf der Umsetzungsfrist für die neuen Richtlinien mit weiteren Herausforderungen konfrontiert werden. Das schließt z.B. die künftige Pflicht zur elektronischen Vergabe mit ein.

Mit Spannung erwartet wird ebenfalls die angekündigte weitere Vergaberichtlinie der EU zu Konzessionsvergaben, die als sog. „Voll-Richtlinie“ ausgestaltet wird. Das heißt, dass sich aller Voraussicht nach aufgrund des Umfangs der neuen EU-Bestimmungen weitergehender Regelungsbedarf in Deutschland im Zuge der Umsetzung der Richtlinie ergeben wird. Wertvoll sind in diesem Zusammenhang auch die durch den Referenten immer wieder gewährten Einsichten in die Arbeitsweise der Rechtssetzung auf der EU-Ebene gewesen. Mit einem Inkrafttreten der Richtlinien ist nach dem gegenwärtigen Stand der Beratungen Mitte 2013 zu rechnen. Danach dürfte sich die zweijährige Umsetzungsfrist anschließen, die von einer weiteren Übergangsfrist für die elektronische Vergabe flankiert wird.

Den zweiten Vortrag des ersten Konferenztages hat der Vorsitzende des 2. Kartell- und Vergabesenates beim Oberlandesgericht Düsseldorf, Herr **Vorsitzender Richter am OLG Heinz-Peter Dicks**, bestritten und dabei die aktuelle Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zu diversen Themenkomplexen fachkundig und zugleich für die Zuhörer anschaulich dargestellt. Das hat nicht nur das ständige Spannungsfeld „Gesamtvergabe gegenüber losweiser Vergabe“ betroffen, sondern auch die rechtlichen Konsequenzen des Wegfalls des „ungewöhnlichen Wagnisses“ in der VOL/A mit deren Neufassung im Jahre 2009 (s. Seite 52).

Der nachfolgende Vortrag von **Norbert Portz, Beigeordneter beim Deutschen Städte- und Gemeindebund** in Bonn, hat alle wesentlichen Grundsätze zur Aufhebung von Ausschreibungen und ihren Rechtsfolgen aufgearbeitet. Der Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen hat dabei sowohl die Aufhebungsgründe, die sog. „Aufhebung der Aufhebung“, die Grundsätze des Schadensersatzes im Falle einer rechtswidrigen Aufhebung ebenso wie die Frage umfasst, wann und unter welchen Voraussetzungen nach Aufhebung eines Vergabeverfahrens bei Fortbestand der Vergabeabsicht ein neues Vergabeverfahren einzuleiten ist (s. Seite 52).

Frau Rechtsanwältin **Brigitta Trutzel, Geschäftsführerin der Auftragsberatungsstelle Hessen e.V.**, hat anhand der aktuellen Rechtsprechung der Nachprüfungsorgane nochmals die Abgrenzung zwischen produktneutraler und produktspezifischer Ausschreibung dargestellt. Im Zentrum hat dabei insbesondere das von der Rechtsprechung herausgearbeitete Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers gestanden. Im Ergebnis verfestigt sich damit die Tendenz, wonach insbesondere die Nennung von Leitprodukten mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ in den meisten Fällen vergaberechtlich unzulässig sein wird.

Mit dem – wie immer tendenziell provokativ gehaltenen – anschließenden Vortrag hat **Hermann Summa, Richter am Oberlandesgericht Koblenz** und Mitglied des dortigen Vergabesenates, „Das Nebenangebot – das unbekannte Wesen!“ vorgestellt. Insbesondere im Bereich der VOB/A, so der Referent, werde durch die Regelung in § 7 Abs. 5 bereits von Rechts wegen eine umfangreiche Gruppe von Abweichungen von der Leistungsbeschreibung normativ vom Bereich des Nebenangebotes ausgenommen (s. Seite 53).



Den letzten Vortrag des ersten Konferenztages hat **Dr. Hendrik Röwekamp, Rechtsanwalt** und Partner im Düsseldorfer Büro der Sozietät **Kapellmann und Partner**, zum Thema Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen mit dem Untertitel „Zu viel des Guten?“ bestritten. Der Referent hat dabei zum einen die erhebliche Bürokratisierung kritisiert, die für Vergabestellen und auch für Bieter durch das TVgG NRW verursacht worden ist, aber zum anderen auch die gegenwärtig noch mangelnde Praktikabilität der landesrechtlichen Bestimmungen wegen Fehlens der erforderlichen Durchführungsverordnungen beanstandet (s. Seite 54).



Plenum des 6. Vergaberechtsforums in Bonn

Der zweite Konferenztag ist von **Uwe Scharen, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof** BGH im Ruhestand und ehemaliger Vorsitzender des für Vergabeangelegenheiten zuständigen X. Zivilsenates des BGH, eröffnet worden. Der Referent hat wie gewohnt in souveräner Manier die höchstrichterliche vergaberechtliche Rechtsprechung der vergangenen 18 Monate Revue passieren lassen. Vertieft eingegangen ist Uwe Scharen dabei auf insgesamt sechs Entscheidungen des BGH zu den Stichworten „Binnenmarktrelevanz“, „Unklare Formblätter des VHB“, „Ungewöhnliches Wagnis“, „Eignungs- und Zuschlagskriterien“ sowie auf die Änderung der Rechtsprechung des BGH im Bereich des Schadensersatzes bei Vergabeverstößen (s. Seite 54).

In dem anschließenden Vortrag hat **Ingeborg Diemon-Wies, Vorsitzende der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster**, die aktuellen Entwicklungen zum „Nachfordern von Erklärungen“ vorgestellt. Erkennbar ist auch hier, dass sich in erheblichem Umfang Rechtsprechung zur Zulässigkeit und den Rechtsgrundlagen der Nachforderungen von Nachweisen und Erklärungen im Bereich der VOB/A wie der VOL/A herausbildet. Diese Entwicklung überrascht nicht. Klar abzusehen ist aber schon jetzt, dass infolge zunehmender Rechtsprechung mit einer erheblichen Belastung der Vergabepraxis zu rechnen sein wird.

In dem nachfolgenden Beitrag hat **Rechtsanwalt Dr. Florian Hartmann, Kapellmann und Partner Rechtsanwälte**,

das Verhältnis von Vergaberecht und Zuwendungsrecht im Zusammenhang mit Rückforderungen von Fördergeldern dargestellt. Insbesondere aufgrund einer sich abzeichnenden Verschärfung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, wonach der Unterschied zwischen schweren und leichten Vergabeverstößen aufgegeben worden ist, hat der Referent für die Vergabepraktiker ein eher erschreckendes Bild präsentiert. Danach kann im Ergebnis selbst bei leichten Vergabeverstößen ein Risiko der Rückforderung erhaltener Zuwendungen für die Vergabestellen nicht völlig ausgeschlossen werden. Das bedeutet, dass insbesondere bei Einsatz von Fördermitteln größte Vorsicht bei der Durchführung von Vergabeverfahren geboten ist.

Mit dem anschließenden Vortrag zur Frage der „Energieeffizienz bei der Auftragsvergabe“ von **Bernd Düsterdiek, Referatsleiter beim Deutschen Städte- und Gemeindebund** in Bonn, ist ein weiteres Kapitel relativ neuer rechtlicher Bestimmungen im deutschen Vergaberecht beleuchtet worden. Auch wenn die Berücksichtigung von Energieeffizienzkriterien – etwa im Rahmen von Zuschlagskriterien – grundsätzlich bereits seit vielen Jahren im deutschen Recht verankert ist, sind durch die Vorschriften der §§ 4 Abs. 4 und 6 VgV sowie § 4 Abs. 7 bis 10 VgV neue Anforderungen an die Vergabestellen in das deutsche Recht aufgenommen worden. Der Referent hat in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hingewiesen, dass diese Vorschriften durchaus Anwendungsspielraum bieten, der genützt werden könne. Dazu müsste jedoch stets im Einzelfall geprüft werden, welche Möglichkeiten bestehen.

Den Abschlussvortrag hat **Gerald Webeler, Kunz Rechtsanwälte**, Koblenz/Bonn/Mainz, mit dem provokanten Thema „Energiewende ohne Vergaberecht?“ übernommen. In einem Ländervergleich zwischen Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Hessen hat der Referent insbesondere die vergaberechtlichen Implikationen beim Bau von Windenergieanlagen aus kommunaler Ebene beleuchtet. Die von ihm gezogene Zwischenbilanz ist dabei allerdings ernüchternd: Trotz erheblicher vergaberechtlicher Relevanz aller unterschiedlichen Modelle sind bislang nur wenig Vergabebekanntmachungen veröffentlicht worden. Ungeachtet der erheblichen rechtlichen und technischen Komplexität solcher Vorhaben ist hier für die Zukunft jedoch mit einer zunehmenden Anzahl von Verfahren zu rechnen.



Rechtsanwalt Lutz Horn, Frankfurt am Main

Zum Abschluss der Tagung hat Moderator **Dr. Lutz Horn, Rechtsanwalt** und Partner im Frankfurter Büro der Sozietät GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten, die Veranstaltung nochmals mit einem kurzen Resümee Revue passieren lassen und abschließend Bilanz gezogen. Die Präsentationen/Vorträge der Referenten des 6. Vergaberechtsforums 2012 West und

Südwest des vhw sind ausführlich in den Tagungsunterlagen enthalten. Darüber hinaus haben die Autoren eine prägnante Kurzfassung der wesentlichen Inhalte ihres jeweiligen Themas verfasst, die wir in dieser und der nachfolgenden Ausgabe von Forum Wohnen und Stadtentwicklung abdrucken. Diese Kurzfassungen geben die authentische Meinung der Referenten wieder.

## Die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf im Vergaberecht

Von Heinz-Peter Dicks



Heinz-Peter Dicks,  
Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht  
Düsseldorf, 2. Kartell-  
und Vergabesenat

Das Thema greift der Zielsetzung des Seminars gemäß über die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf hinaus. Darum werden auch vergaberechtliche Entscheidungen anderer OLG und Tendenzen in den Fokus genommen.

### I. Gesamtvergabe versus Losvergabe

Die „Würfel“ sind schon seit langem gefallen, und zwar durch § 97 Abs. 3 Sätze 2 und 3 GWB: Öffentliche Aufträge sind – im Sinn einer justitiablen rechtlichen Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers – in der Regel in der Menge aufgeteilt (Teil- oder Mengenlose) und nur ausnahmsweise getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Gesamtvergabe ist nur ausnahmsweise statthaft, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Was darunter zu verstehen ist, bereitet praktische Schwierigkeiten.

Das Merkmal des „Erforderns“ setzt einer Gesamtvergabe niedrigere Schranken, als auf erste Sicht zu vermuten ist. Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf hat der öffentliche Auftraggeber weitgehende Wertungsspielräume. In der Praxis geht es darum, die vergaberechtlichen Grenzen auszuloten.

### II. Das ungewöhnliche Wagnis

Das frühere grundsätzliche Verbot („soll“) einer Aufbüdung ungewöhnlicher Wagnisse auf Bieter oder Auftragnehmer gilt nach § 8 VOL/A-EG nicht mehr – so der Vergabesenat des OLG Düsseldorf. Andere OLG haben gegensätzlich entschieden. Nicht alles regelt sich allein über Risikozuschläge auf den angebotenen Preis.

### III. Zulassung von Nebenangeboten bei Niedrigstpreisvergaben

Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf ist eine Zulassung von Nebenangeboten beim Kriterium des niedrigsten Preises EU-rechtlich verboten. Das OLG Schleswig ist anderer Ansicht. Eine Divergenzvorlage des OLG Düsseldorf liegt beim BGH. Da der Vorschlag einer neuen Vergaberichtlinie der EU-Kommission das Verbot nicht mehr vorsieht, ist die res-

triktive Rechtsprechung ein „Auslaufmodell“. Wie ist in der Übergangszeit zu verfahren? Bei dem Bestreben, Nebenangebote bei Niedrigstpreisvergaben zuzulassen, werden von öffentlichen Auftraggebern mitunter vergaberechtswidrige Ausweichstrategien praktiziert.

### IV. Eignungskriterien – Eignungsprüfung – Eignungsleihe

Ist sog. Eignungsleihe nur bei gleichzeitiger Nachunternehmer-schaft oder Bietergemeinschaft zugelassen? Die OLG München und Düsseldorf haben insoweit divergent entschieden. Zum Problem der Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien: Abgesehen davon, dass der Vorschlag einer neuen Vergaberichtlinie insoweit Öffnungen zulässt, ist in diesem Sinn bei mehreren OLG jetzt schon eine neue Rechtsprechungslinie festzustellen.

### V. Zu § 101a, b GWB

- OLG Koblenz: Der Inhalt der Bieterinformation bestimmt über die Wirksamkeit des Auftrags.
- OLG Düsseldorf: Die Kenntnis des Antragstellers von der Auftragsvergabe muss auf der Information des Auftraggebers beruhen.

## Die Aufhebung von Vergabeverfahren: Zwischen Ende und Neuanfang

Von Norbert Portz

Norbert Portz vom DStGB referierte zum Thema „Aufhebung von Vergabeverfahren“. Er betonte, dass die Aufhebung die Ausnahme sei. Diese könne – etwa bei veränderter Politikauffassung – zur endgültigen Beendigung des Verfahrens führen. Die Regel sei aber eine Fortführung nach Wegfall der Aufhebungsgründe. Unzulässig sei ein bloßes „Auslaufen lassen“ des Verfahrens.

Die Aufhebung sei auch für Verhandlungsverfahren und Freihändige Vergaben rechtlich geboten. Eine Teilaufhebung sei



Norbert Portz,  
Beigeordneter und Leiter  
des Vergabedezernates,  
Deutscher Städte- und  
Gemeindebund, Bonn

bei Losvergaben der Vollaufhebung vorzuziehen. Zu unterscheiden ist die rechtmäßige von der rechtswidrigen und zum Schadensersatz führenden Aufhebung. Bei dieser liegen die Aufhebungsgründe nicht vor bzw. sind vom Auftraggeber verschuldet. Der Referent betonte, dass rechtmäßige Vergaben keine Zuschlagspflicht begründen. Einen Kontrahierungszwang ermögliche die Rechtsprechung nur bei fortbestehendem Vergabewillen des Auftraggebers (Selbstbindung)

und bei einer „Scheinaufhebung“. Die Aufhebungsgründe sind „Kann-Normen“ und daher als Ermessen des Auftraggebers ausgestaltet. Entscheidend ist insbesondere, ob eine



Fehlerkorrektur, etwa der Leistungsbeschreibung, den Vergabemangel beheben kann.

Anders als vor dem Zuschlag erfordert die Aufhebung keine Vorinformation des Auftraggebers an die Bewerber und Bieter gem. § 101a GWB. Vielmehr erfolge eine Unterrichtung „von der Aufhebung“. Der Auftraggeber ist aber gegenüber den teilnehmenden Unternehmen verpflichtet, die Gründe zur Aufhebung anzugeben und über die neue Vergabe zu unterrichten. Hierbei können auch neue Unternehmen eingebunden werden. Die Wahl der Vergabeart hängt vom Aufhebungsgrund ab.



Austausch beim Dinner am Abend des ersten Tages

Der Referent ging auf den Rechtsschutz gegen rechtswidrige Aufhebungen ein. Ein Schadensersatzanspruch erfordere nach der BGH-Rechtsprechung kein enttäuschtes Bietervertrauen. Der Schadensumfang ist i. d. R. auf das negative Interesse begrenzt. Das Erfüllungsinteresse ist dann zu ersetzen, wenn ein Unternehmen darlegt, dass es bei richtigem Vergabeablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit den Zuschlag erhalten hätte. Schließlich ist die Bedeutung der Dokumentation bei der Aufhebung durch den Auftraggeber hervorzuheben.

## Das Nebenangebot – das unbekannte Wesen

Von Hermann Summa

Als Nebenangebote gelten vom Bieter angebotene Abweichungen von den Vorstellungen des Auftraggebers, wie sie in den Vergabeunterlagen ihren Niederschlag gefunden haben. Danach müsste es technische Nebenangebote, wirtschaftliche (kaufmännische) Nebenangebote und rechtliche Nebenangebote geben. Zumindest für Schwellenwertvergaben ist zweifelhaft, ob dies noch so richtig ist, weil es im Grunde genommen ein nahezu unmögliches Unterfangen ist, für wirtschaftliche oder rechtliche Abweichungen sinnvolle Mindestanforderungen aufzustellen.

Wenn der Auftraggeber die geforderte Leistung mit Hilfe von Regelwerken (wie DIN) definiert, liegt bei einer angebotenen Abweichung an sich ein Nebenangebot vor. Trotzdem gelten nach § 7 Abs. 5 [EG u. VS] VOB/A und § 8 Abs. 3 EG VOL/A andere Spielregeln. Angebote mit den dort bezeichneten Abweichungen gelten als Hauptangebote.

Nach wie vor ist ungeklärt, ob bei Schwellenwertvergaben Nebenangebote auch dann zugelassen werden können, wenn der Auftraggeber das Zuschlagskriterium „niedrigster Preis“ gewählt hat. Vielleicht erledigt sich das Problem in absehbarer Zeit ohne Entscheidung des vom OLG Düsseldorf angerufenen BGH. Im Frühjahr 2013 soll eine neue Vergaberichtlinie in Kraft treten, deren Regelung über Varianten der Auffassung des OLG Düsseldorf die Grundlage entzöge.

Für die weitaus überwiegende Zahl der Vergabeverfahren ist es nicht notwendig, dass der Auftraggeber Mindestanforderungen aufstellt, die ein Nebenangebot erfüllen muss. Dies gilt auch für Aufträge, die zwar nicht dem 4. Teil des GWB unterliegen, aber binnenmarktrelevant sind. Anders ist es im Schwellenwertbereich – wo viele Fragen offen sind. Die Rechtsprechung besteht in erster Linie aus Einzelfallentscheidungen, die fast alle auch anders hätten ausfallen können. Eine klare Grenze zwischen zu allgemeinen und gerade noch ausreichend konkreten Mindestanforderungen ist nicht auszumachen. Überspitzt könnte man vielleicht sagen: Es genügt, wenn aus den Vergabeunterlagen irgendwie ersichtlich ist, dass der Bieter zwar viele, aber nicht jede Variante anbieten darf, die eigentlich möglich wäre.

In den wenigen Normen, die sich mit Nebenangeboten befassen, findet man das Wort „gleichwertig“ nicht. Daraus folgt aber nicht, dass der Bieter machen kann, was er will. Mit der



Hermann Summa,  
Richter am Oberlandesgericht Koblenz,  
Vergabesenaat

Leistungsbeschreibung hat der Auftraggeber seinen Bedarf definiert; nur diesen soll der Auftragnehmer befriedigen, auch wenn er den Zuschlag auf ein Nebenangebot erhält. Daraus ist abzuleiten, dass der Auftraggeber unabhängig vom Auftragswert das Recht hat, die Gleichwertigkeit zu prüfen. Allerdings bedeutet Gleichwertigkeit nicht Gleichartigkeit. Es ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass die Variante den Beschaffungszweck, den

der Auftraggeber mittels der nachgefragten Leistung erkennbar erreichen will, wirtschaftlich und funktional erfüllen kann. Dies zu entscheiden ist Sache des Kunden, also des Auftraggebers. Seine Entscheidung, ein Nebenangebot als gleichwertig anzusehen, sollte in der Regel hingenommen werden. Anders wäre es in dem eher theoretischen Fall, dass über das Nebenangebot etwas beschafft würde, was der Auftraggeber zwar auch gebrauchen kann, aber nicht dem in der Ausschreibung definierten Bedarf entspricht. Dementsprechend besteht eine

Prüfungspflicht ausnahmsweise nur dann, wenn ohne nähere Untersuchung offen bliebe, ob Beschaffungszweck und Nebenangebot überhaupt noch zusammenpassen. Auch die Entscheidung, ein Angebot wegen fehlender „Gleichwertigkeit“ abzulehnen, ist grundsätzlich hinzunehmen, wenn sie unter Hinweis auf den bekannt gegebenen Bedarf sachlich begründet wird.

## Das TVgG-NRW – zu viel des Guten?

Von Dr. Hendrik Röwekamp

Am 1.5.2012 ist das Tariftreue- und Vergabegesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (TVgG-NRW) in Kraft getreten. Es richtet sich unabhängig von Art und Wert des zu vergebenden Auftrags an alle Auftraggeber i.S.d. § 98 GWB und verpflichtet damit auch solche Auftraggeber, die – wie insbesondere kommunale Eigengesellschaften (z.B. Wohnungsbau- und Wirtschaftsförderungsgesellschaften, kommunale Krankenhäuser) oder sog. Sektorauftraggeber (z.B. Stadtwerke, Hafenbetriebe) – zuvor unterhalb der sog. Schwellenwerte im Einkauf grds. keinerlei Bindungen unterworfen waren.

Das Gesetz bezweckt die Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping und die Berücksichtigung weiterer gesellschaftspolitisch relevanter Aspekte bei der öffentlichen Beschaffung



Dr. Hendrik Röwekamp, Rechtsanwalt und Partner, Kanzlei Kapellmann und Partner Rechtsanwälte, Düsseldorf

von Waren und Leistungen. Konkret sollen Umweltschutz und Energieeffizienz, soziale Mindestarbeitsbedingungen, die Frauenförderung sowie die Vereinbarkeit von Familie und Beruf bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Berücksichtigung finden. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der öffentlichen Hand eine Vorbildfunktion zukommt und sie außerdem über eine Nachfragemacht verfügt, die es ermöglicht, als wichtig erachtete Zielvorstellungen bei Unternehmen, die

sich um öffentliche Aufträge bewerben, nicht nur in Bezug auf den einzelnen Auftrag, sondern allgemein durchzusetzen.

Das Gesetz führt in der Vergabepaxis momentan zu erheblichen Verunsicherungen. Es wird vor allem befürchtet, dass die erhöhten Anforderungen an den Einkauf zu höheren Kosten, insbesondere auch durch einen geringeren Wettbewerb, führen. In der Regelungsbreite und -tiefe übertrifft das TVgG-NRW die bereits geltenden oder im Entwurf vorliegenden Vergabegesetze anderer Bundesländer deutlich. Es bleibt zu hoffen, dass die für Anfang März 2013 angekündigte Durchführungsverordnung, mit der einzelne Regelungsbereiche des Gesetzes näher konkretisiert werden, der Vergabepaxis nicht Anforderungen auferlegt, die das Beschaffungswesen noch weiter verkomplizieren.

## Aktuelle Rechtsprechung des BGH

Von Uwe Scharen

Vors. Richter am BGH i.R. Uwe Scharen referierte über die in den letzten 18 Monaten ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Zunächst ging es um Fragen der sog. Binnenmarktrelevanz, wann sie gegeben ist und welche Anforderungen gegebenenfalls zu beachten sind – insbesondere dass



Uwe Scharen, Vorsitzender Richter am BGH i.R., gehörte dem für Vergabeangelegenheiten zuständigen X. Zivilsenat an

die Zulassung von Nebenangeboten ebenso wie im sonstigen Unterschwellenbereich jedenfalls dann nicht durch die Notwendigkeit der Festlegung von Mindestbedingungen erschwert ist, wenn die Vergabebedingungen so gestaltet sind, dass die angebotene Variation eindeutig und erschöpfend vom Bieter beschrieben werden und alle zur einwandfreien Ausführung der Maßnahme notwendigen Leistungen umfassen muss. Anhand eines insoweit misslungenen Formblattes aus

dem VHB machte der Referent sodann deutlich, wie weitgehend der BGH Klarheit der Vergabebedingungen verlangt. Bezüglich der Unzumutbarkeit von Vergabebedingungen, die in Sprechpraxis der Vergabekammern und OLG-Rechtsprechung häufig ohne besondere Darlegung durch den Bieter und Sachverhaltsaufklärung bejaht wird, wurde ein BGH-Urteil behandelt, wonach insoweit volle Darlegung und entsprechender Beweis durch den Bieter notwendig ist. Die Konsequenzen dieser Notwendigkeit wurden ergänzend anhand von in der Instanz entschiedenen Fällen angeblichen ungewöhnlichen Wagnisses erläutert.

An einem die Anforderungen an die Eignung betreffenden Fall wurde sodann verdeutlicht, dass der dem öffentlichen Auftraggeber insoweit zuzubilligende weite Spielraum bei einem offenen Verfahren jedenfalls dann überschritten sein kann, wenn wegen der Anforderung der Sache nach von einer beschränkten Ausschreibung gesprochen werden kann.

Der sich abschließende Bericht zum Rechtsschutz umfasste zum einen, dass kein vorbeugender Primärrechtsschutz gegen Fehler in einem zukünftigen Vergabeverfahren erlangt werden kann, zum anderen eine Zusammenfassung der Voraussetzungen für den sog. Sekundärrechtsschutz. Insoweit wurde auch die neuere Schadensersatzrechtsprechung behandelt, die es mit sich bringt, dass öffentliche Auftraggeber auch bei Vergabefehlern, die bisher praktisch keinen Anspruch auszulösen vermochten, damit zu rechnen haben, mit Erfolg auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden. Hierbei handelt es sich um die Fälle, in denen der Bieter frühzeitig erkannt hatte oder hätte erkennen können, dass das Vergabeverfahren an einem Mangel leidet, der einem Zuschlag in diesem Verfahren eigentlich entgegensteht.