

Luther.

Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte

Karsten Köhler, Fachanwalt für Vergaberecht

Köln, 21. September 2021

Auf den Punkt. Luther.

Luther steht für Expertise und Hingabe. Mit Begeisterung für unseren Beruf und die Sache erarbeiten wir präzise Antworten auf Ihre Fragen. Wir liefern unseren Mandanten die beste Lösung. Nicht zu viel und nicht zu wenig – immer auf den Punkt.

Wir wissen um die Wichtigkeit des effizienten Ressourceneinsatzes und um die Priorität einer tragfähigen und vorausschauenden Planung. Daher behalten wir die wirtschaftlichen und finanziellen Auswirkungen unserer Beratung stets im Blick. Das gilt sowohl in der streitigen Auseinandersetzung als auch bei der Gestaltungsberatung.

Rechtsanwälte und
Steuerberater

420

Standorte

20

Langjährige Verbindungen
zu Wirtschaftskanzleien
weltweit



Büros an internationalen
Finanzplätzen und
Investitionsstandorten



Überblick über das Rechtsschutzsystem (1)

Vergaberecht unterscheidet zwischen zwei Rechtsschutzmöglichkeiten:

- Primärrechtsschutz:
Eingriff in das vergaberechtliche Verfahren, um rechtmäßigen Zustand herzustellen
- Sekundärrechtsschutz:
Schadensersatzansprüche des unterlegenen Bieters bei vergaberechtswidrigem Zuschlag

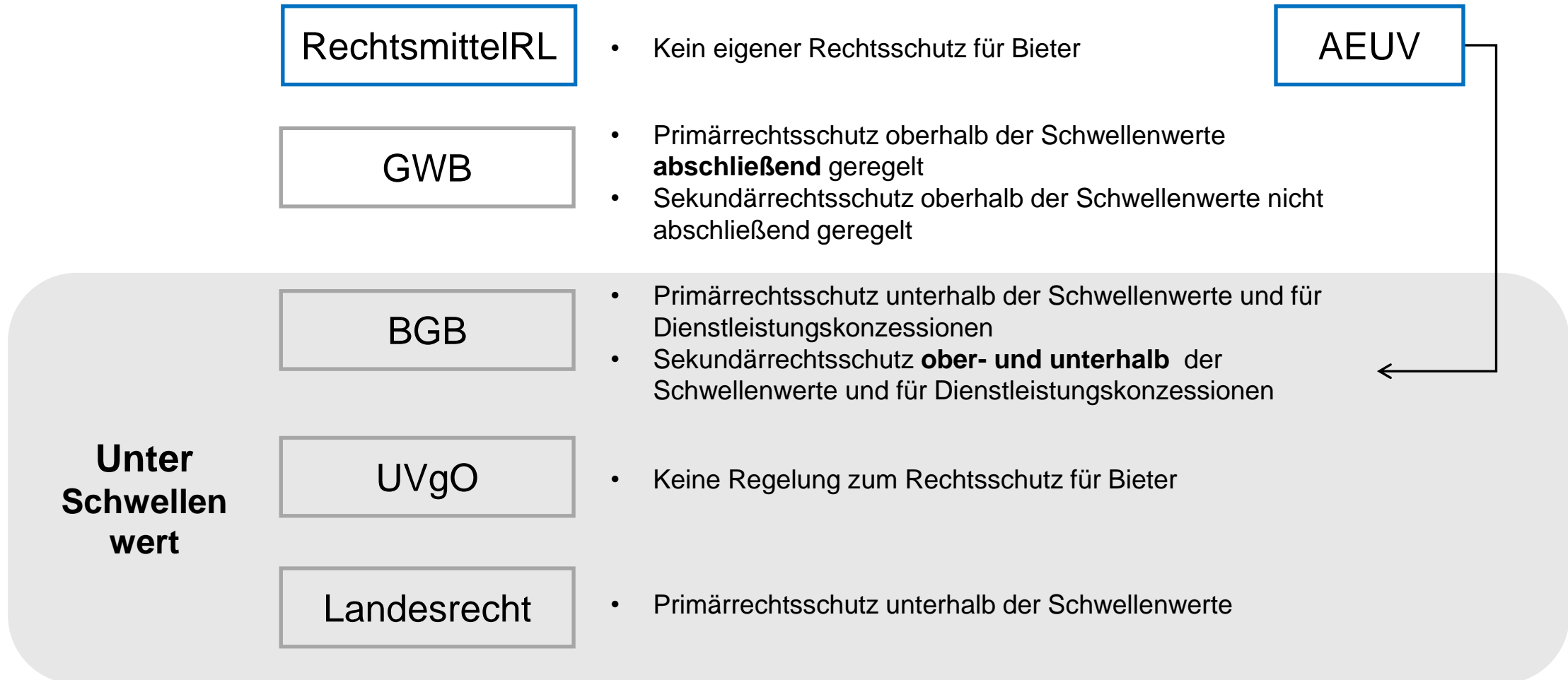
Möglichkeiten im
Beschwerdeverfahren

Primärrechtsschutz

Sekundärrechtsschutz

Überblick über das Rechtsschutzsystem (2)

Besonderheiten des Unterschwellenbereichs



Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte (1)

Landesrecht

- **Primärrechtsschutz** in verschiedenen Bundesländern, u.a. Thüringen, Hessen, Sachsen, Sachsen-Anhalt

UVgO

- Keine Regelung zum Rechtsschutz für Bieter
- Verpflichtung des Auftraggebers zur Information an die Bieter, jedoch über bereits **erfolgte Zuschlagserteilung**

BGB

- Primärrechtsschutz im Wege des **einstweiligen Rechtsschutzes**
- Sekundärrechtsschutz durch Geltendmachung von **Schadensersatzansprüchen**

Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte (2)

Regelungen auf nationaler Ebene

BGB (gilt schwellenwertunabhängig):

- Primärrechtsschutz nur unterhalb der Schwellenwerte,
- Rechtsgrundlagen: §§ 241, 280, 311 Abs. 2, 823 Abs. 2 und 1004 BGB
- Primärrechtsschutz als Unterlassungsanspruch **nur vor Zuschlagserteilung**
- Sekundärrechtsschutz auf **negatives Interesse** erfordert **Vereitelung echter Zuschlagschance**
- Sekundärrechtsschutz auf **positives Interesse** erfordert **Nachweis, das nur der eine klagende Bieter den Zuschlag hätte erhalten dürfen**

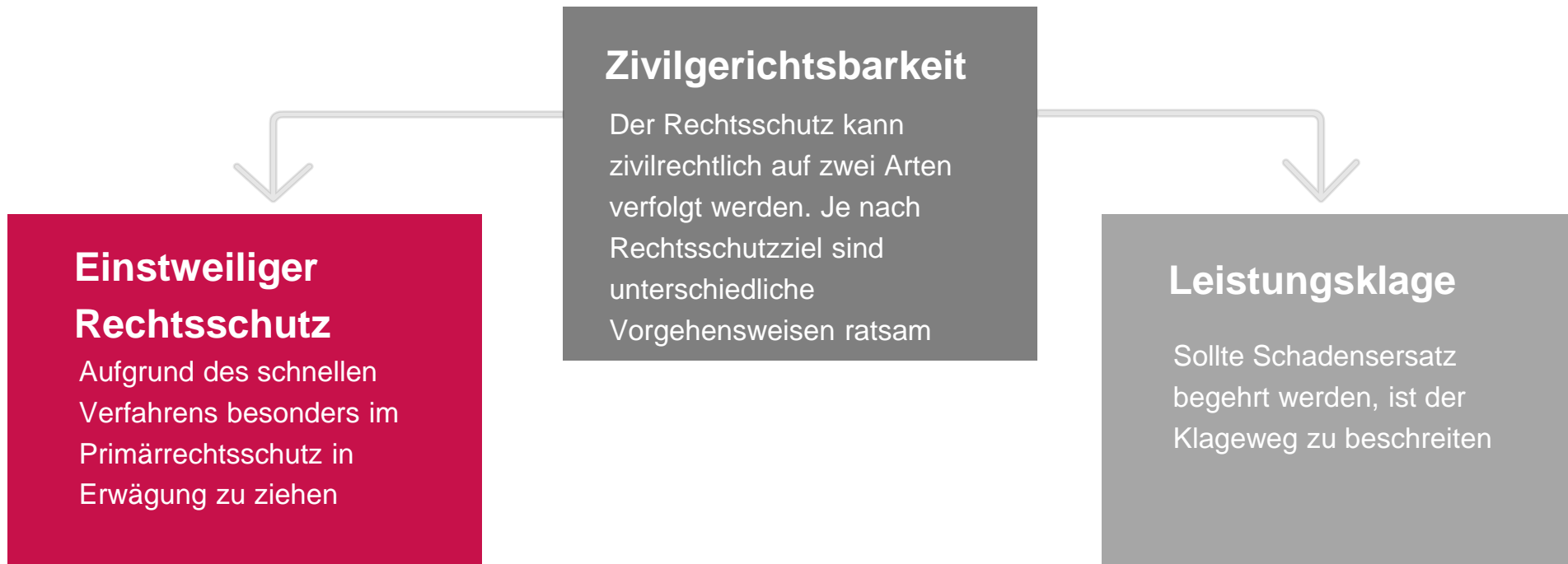
Negatives Interesse

- Regelmäßig
Kosten der
Vorbereitung des
Angebots oder
die Kosten der
Teilnahme an
einem Vergabe-
verfahren

Positives Interesse

- Regelmäßig
der gesamte,
entgangene
Gewinn
- Abgezogen
werden ersparte
Aufwendungen





BGB

Rechtsschutz im Wege des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens: Verhinderung des Zuschlags

Antrag auf Erlass einer **einstweiligen Verfügung** (*bis zur Entscheidung in der Hauptsache*)

+ Antrag auf Erlass einer **Zwischenverfügung** (*bis zur Entscheidung im einstweiligen Verfahren*)

OLG Düsseldorf v. 13.1.2010 – I-U 27 U 1/09; OLG Stuttgart Beschl. v. 21.7.2015 – 10 W 31/15

Kein Schutz gegen den Zuschlag, daher

1. Instanz:
i.d.R. beim Landgericht
Entscheidung:
vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung bis zur Entscheidung in der Hauptsache

BGB

Rechtsschutz im Wege des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens

Antrag auf Erlass einer **einstweiligen Verfügung** (*bis zur Entscheidung in der Hauptsache*)

+ Antrag auf Erlass einer **Zwischenverfügung** (*bis zur Entscheidung im einstweiligen Verfahren*)

1. Instanz:

i.d.R beim Landgericht

Entscheidung: vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung bis zur Entscheidung in der Hauptsache

Voraussetzungen

- Antrag (§ 935, 920 ZPO)
- anwaltliche Vertretung erforderlich (Vor LG), § 78 ZPO)
- Verfügungsanspruch
 - Anspruch auf Unterlassen vergaberechtswidriger Handlungen
 - Darlegung und Glaubhaftmachung von Verfahrensverstößen des AG
 - Verstöße gegen Vergabeverordnungen oder Transparenz, Gleichbehandlung, fairen Wettbewerb
- Verfügungsgrund
 - wenn zu besorgen ist, dass durch den Zuschlag die Verwirklichung des Rechts der Bieters vereitelt wird und sein Interesse an Unterlassung überwiegt

BGB

Rechtsschutz im Wege des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens

Das gerichtliche Verfahren



- Einleitung durch ein entsprechendes Verfahrensgesuch – **Verfahrensantrag**
 - in der Regel beim zuständigen Landgericht (aufgrund in der Regel recht hoher Auftragswerte als Streitwert)
 - In dringenden Fällen auch das Amtsgericht
 - z.B: „**Dem Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt, den beabsichtigten Zuschlag betreffend das Vergabeverfahren [...] bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu erteilen**“
- **Keine Pflicht zur Erhebung der Klage** in der Hauptsache (Unterlassungsklage) (vgl. §§ 926, 936 ZPO)
 - Erst durch **einen Antrag des Antragsgegners veranlasst**
- mündliche Verhandlung
 - ist der Regelfall
 - nur dann **keine mündliche Verhandlung**, wenn der Erlass der Entscheidung dringend oder der Antrag zurückzuweisen ist (§ 937 Abs. 2 ZPO)
- Verfahrensrechtliche Besonderheiten
 - anders als die Vergabekammer, für die der Untersuchungsgrundsatz gilt -> hier **Dispositions- und der Beibringungsgrundsatz**: das Gericht berücksichtigt nur diejenigen Tatsachen, die von den Beteiligten vorgetragen werden
 - Anerkenntnis, Antragsrücknahme, Verzicht, Erledigterklärung oder Abschluss eines Vergleichs zulässig

BGB

Rechtsschutz im Wege des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens



Beweisführung

- **Verfügungsgrund** und der **Verfügungsanspruch** müssen **schlüssig dargelegt** und **glaubhaft gemacht** werden
- Erleichterte Beweisführung durch **Glaubhaftmachung** (§ 294 ZPO) – kein Vollbeweis notwendig
 - eine Tatsache ist glaubhaft gemacht, wenn nach richterlicher Überzeugung ihr **Vorliegen wahrscheinlicher ist als ihr Nichtvorliegen**
 - Glaubhaftmachung auch in der mündlichen Verhandlung zur einstweiligen Verfügung möglich
 - Mittel der Glaubhaftmachung u.a.: die Bezugnahme auf Unterlagen, Akten der Hauptsache, in der mdl. Verhandlung präsente Zeugen, die eidesstattliche Versicherung der Partei, die anwaltliche Versicherung, ein Privatgutachten und die Stellung eines Sachverständigen
- der Antragsteller trägt die **Behauptungs- und Glaubhaftmachungslast**
- **sekundäre Darlegungslast** des Antragsgegners:
 - nur beschränkte Kenntnisse/Einblicke des Antragstellers von den Vorgängen im Bereich des Auftraggebers
 - Anders als im Nachprüfungsverfahren: **kein normiertes Akteneinsichtsrecht**
 - **Zum Teil anerkannt:** zumindest partiell Einsicht in die Vergabeakte, sofern die Daten für die Geltendmachung des Anspruchs unerlässlich sind (Rechtsgedanke des § 242 BGB) (vgl. LG Oldenburg Ur. v. 18.6.2014 – 5 S 610/13 zur Kostenschätzung des öffentlichen Auftraggebers)
 - auch **sekundäre Darlegungslast des Antragsgegners** für aus seiner internen Sphäre stammenden Tatsachen möglich (OLG Düsseldorf Ur. v. 13.1.2010 – I-27 U 1/09)

BGB

Rechtsschutz im Wege des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens



Die Entscheidung

- nach einer mündlichen Verhandlung (Regelfall) – **Entscheidung durch ein Urteil** (§§ 922 I, 936 ZPO)
 - sonst: durch Beschluss
- Rechtsbehelf gegen das Urteil: **Berufung nach** §§ 517 ff. ZPO (mit abschließender Entscheidung - keine weiteren Rechtsbehelfe)
 - Bei Beschluss - sofortige Beschwerde gegen den ein Arrestgesuch zurückweisenden Beschluss
- **Schadenersatzrisiko** für den Antragsteller (§ 945 ZPO)
 - realisiert sich, wenn der Erlass einer einstweiligen Verfügung erwirkt wird und hierdurch dem öffentlichen Auftraggeber ein (Verzögerungs-)Schaden entsteht, der Erlass der einstweiligen Verfügung sich aber dann im weitergehenden Verfahren (Hauptsacheklage) als unberechtigt erweist
- Vollstreckung
 - Zustellung der erlassenen einstweiligen Verfügung **im Parteibetrieb** (Zustellung vom Antragsteller an den Antragsgegner) durch Gerichtsvollzieher, um die Wirksamkeit herbeizuführen

BGB

Rechtsschutz im Wege des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens -> Hauptsacheverfahren

Hauptsacheverfahren: Unterlassungsklage



- die Erhebung erst, wenn der **Antragsgegner einen Antrag beim Gericht zur Erhebung der Hauptsachenklage stellt**
- **In diesem Fall** ordnet das Gericht durch Beschluss unter Fristsetzung die Erhebung der Klage an
- Erhebung parallel zum laufenden einstweiligen Rechtsschutzverfahren oder anschließend
- **Antrag:** auf Unterlassung rechtswidriger Bezuschlagung

BGB

Sekundärrechtsschutz im Wege der Schadensersatz-Klage

Leistungsklage

Gerichtet auf den **Ersatz des Schadens**,
der durch die **vergaberechtswidrige
Ausschreibung** entstanden ist



1. Instanz:

i.d.R beim Landgericht

Entscheidung: abschließende Entscheidung
über die Streitsache, solange keine
Berufung eingelegt wird

Voraussetzungen

vorvertragliches Schuldverhältnis

- Entsteht zumeist durch Anforderung der Vergabeunterlagen durch Bieter
- Schreibt Rücksichtnahmepflichten vor

Pflichtverletzung

- Verletzung der Rücksichtnahmepflicht durch vergaberechtswidrige Ausschreibung

Verschulden

- Umfasst Vorsatz und Fahrlässigkeit

Schaden

- kann sowohl negatives als auch positives Interesse umfassen

BGB

Rechtsschutz im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes: Kosten



Erhöhtes Kostenrisiko gegenüber den Nachprüfungsverfahren oberhalb der Schwellenwerte



Kosten für Prozess vor den Zivilgerichten nach Gerichtskostengesetz und Rechtsanwaltsvergütungsgesetz

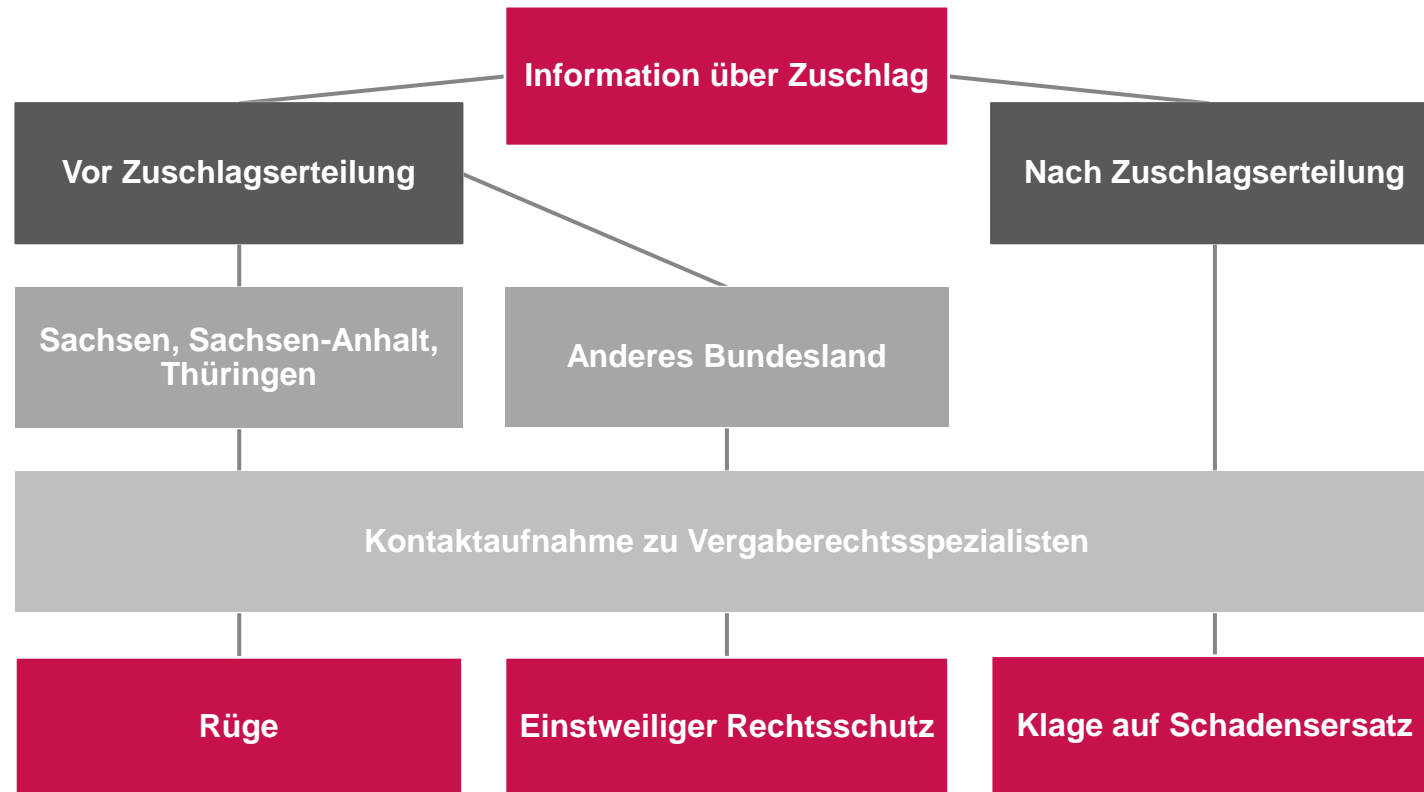


Gebühr wird grundsätzlich ausgehend von dem Gegenstandswert also Auftragswert berechnet



Aber: Nach OLG Saarbrücken, Beschl. v. 25.01.2010 – 1 W 333/09:
Streitwert - 5% des Bruttoauftragswerts

Handlungsempfehlung



- Das Vergaberecht bleibt im Unterschwellenbereich trotz Reformbemühungen weiterhin uneinheitlich und komplex
- Gerne helfen wir Ihnen, den passenden Rechtsbehelf für Ihr Rechtsschutzziel zu finden und Ihre Interessen zu wahren.

Ihre Fragen

Vielen Dank!

Karsten Köhler
Fachanwalt für Vergaberecht

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Grimmaische Straße 25 / 04109 Leipzig
Tel. +49 (341) 52 99 0

Luther.

Die Angaben in dieser Präsentation sind ausschließlich für die genannte Veranstaltung bestimmt. Die Überlassung der Präsentation erfolgt nur für den internen Gebrauch des Empfängers. Die hier zusammengestellten Texte und Grafiken dienen allein der Darstellung im Rahmen dieser Veranstaltung und dokumentieren die Thematik ggf. nicht vollständig.

Die Präsentation stellt keine Rechts- oder Steuerberatung dar und wir haften daher nicht für den Inhalt. Diese erfolgt individuell unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls auf der Grundlage unserer Mandatsvereinbarung. Die Verteilung, Zitierung und Vervielfältigung – auch auszugsweise – des Inhalts zum Zwecke der Weitergabe an Dritte ist nur nach vorheriger Absprache gestattet.

Luther.

Bangkok, Berlin, Brüssel, Delhi-Gurugram, Düsseldorf, Essen, Frankfurt a. M., Hamburg, Hannover, Jakarta, Köln, Kuala Lumpur, Leipzig, London, Luxemburg, München, Shanghai, Singapur, Stuttgart, Yangon

Weitere Informationen finden Sie unter
www.luther-lawfirm.com
www.luther-services.com