

27.10.97**Empfehlungen
der Ausschüsse**Wi - FJ - Fz - In - R - U - Wozu Punkt der 718. Sitzung des Bundesrates am 7. November 1997

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz - VgRÄG)

Der **federführende Wirtschaftsausschuß (Wi)**,
der **Ausschuß für Frauen und Jugend (FJ)**,
der **Finanzausschuß (Fz)**,
der **Ausschuß für Innere Angelegenheiten (In)**,
der **Rechtsausschuß (R)**,
der **Ausschuß für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (U)** und
der **Ausschuß für Städtebau, Wohnungswesen und Raumordnung (Wo)**
empfehlen dem Bundesrat, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

Fz
bei
Annahme
entfallen
Ziffern
2 bis 54

1. Der Bundesrat lehnt den Gesetzentwurf ab.

Begründung:

- a) Vorgeifliches EG-Recht, zwischenstaatliches Recht oder deutsches Verfassungsrecht erfordern keine Neuordnung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge. Das hier maßgebliche Recht ist prinzipiell ausreichend in den §§ 57a bis 57c des Haushaltsgrundsätzegesetzes und den hierzu bestehenden Verordnungen geregelt.

Ausgeliefert am 28. OKT. 1997

(noch Ziff. 1)

Die Begründung der Bundesregierung, die gegebene haushaltsrechtliche Lösung gewähre keine ausreichenden Ansprüche auf Einhaltung der nach dem sekundären EG-Vergaberecht vorgegebenen Vergabevorschriften sowie keinen rechtmäßig umgesetzten gerichtlichen Rechtsschutz der Bewerber und Bieter, ist nicht zutreffend. Das bestehende Recht gewährt einen ausreichenden Anspruch auf Nachprüfung des im Haushaltsrecht umgesetzten EG-Vergaberechts. Weder die einzelnen Vergabekoordinierungsrichtlinien noch die Nachprüfungsrichtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG sprechen Bewerbern und Bietern ausdrücklich Ansprüche auf Einhaltung der Vergabebestimmungen zu. Lediglich über das Nachprüfungsverfahren erfolgt die Wahrung der wohlverstandenen Interessen von Bewerbern und Bietern. Auch erfüllen die Vergabeüberwachungsausschüsse die nach dem EG-Recht gestellten Anforderungen an eine unabhängige Nachprüfungsinstanz im Sinne des Artikels 177 des EG-Vertrages (vgl. Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 17.09.1997 - Rechtssache C-54/96).

Die Vergabe öffentlicher Aufträge ist keine Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Artikels 19 Absatz 4 Satz 1 des Grundgesetzes. Sie ist ein im Verhältnis zu allen Bewerbern und Bietern im Gleichordnungsverhältnis stehender Vorgang, der die Aufforderung zur Abgabe eines bindenden annehmbaren Angebots beinhaltet. Daran können auch öffentlich- oder EG-rechtliche Bestimmungen nichts ändern, die sich insoweit ausschließlich an die Auftraggeber richten. Selbst eine Durchsetzung subjektiver Rechte von Bewerbern und Bietern bei den Vergabeverfahren im Wege der Nachprüfung des Beschaffungsverfahrens erfordert keinen gerichtlichen Rechtsschutz im Sinne des Artikels 19 Absatz 4 Satz 1 des Grundgesetzes.

Die im Gesetzentwurf vorgegebenen vorgerichtlichen und gerichtlichen Nachprüfungsverfahren und die besonderen Schadensersatzansprüche führen zu Kosten, die im wesentlichen die Länder belasten. Die entsprechenden Aufwendungen gehen über diejenigen hinaus, die sich aus dem geltenden Nachprüfungsrecht ergeben; diese Tatsache läßt der Gesetzentwurf denn auch völlig unerwähnt. Die in den Verfahren zu erhebenden Gebühren und Auslagen dürften im übrigen die entstehenden Aufwendungen nicht ausgleichen.

- b) Soweit aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen eine Weiterentwicklung der Gewährung subjektiver Rechte auf Einhaltung der EG-Vergabevorschriften oder anderer Vorschriften unabweisbar sein sollte, kann dies im Rahmen der bestehenden haushaltsrechtlichen Lösung erfolgen. Aus rechtssystematischen Gründen wäre aber einem eigenständigen Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge der Vorzug zu geben.

(noch Ziff. 1)

Soweit bei der Vergabe öffentlicher Aufträge wettbewerbsrechtliche Fragen eine Rolle spielen, reicht das geltende Kartellrecht aus, um auch insoweit die wohlverstandenen Rechte Dritter zu schützen.

- c) Der Gesetzentwurf enthält außerdem nur unzureichende Regelungen zu den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die keine öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Gemeinschaftsrechts sind. Der Bundesrat verweist insoweit auf seinen Beschluß vom 25.04.1997 zur Vergabeverordnung - BR-Drs. 82/97 (Beschluß) -.

2. Zum Gesetzentwurf allgemein

Wi
Wo

Die Bundesregierung wird gebeten, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob angesichts der durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 17. September 1997 in der Rechtssache C-54/96 Dorsch Consult gegen Bundesbaugesellschaft erfolgten Anerkennung der deutschen Vergabeüberwachungsausschüsse als Gerichte im Sinne des Artikel 177 EGV eine gesetzgeberische Lösung unter Beibehaltung der Vergabeüberwachungsausschüsse als einzige gerichtsadäquate Rechtsschutzinstanz auch nach deutschem Verfassungsrecht möglich ist.

Im Hinblick auf die vom Europäischen Gerichtshof erfolgte Interpretation der aus den Vergaberichtlinien der EG abzuleitenden Rechte der Bieter dürfte es zwar unerlässlich sein, in Abweichung von der bisherigen "haushaltsrechtlichen Lösung" einen Rechtsanspruch der tatsächlichen und potentiellen Bieter auf Einhaltung der ihren Schutz bezweckenden Vorschriften des Vergaberechts zu schaffen.

Es ist jedoch vor einer grundlegenden Änderung des gegenwärtigen Rechtsschutzsystems gründlich zu prüfen, ob die grundgesetzlichen Vorschriften des Artikel 19 Abs. 4 GG (Rechtswegegarantie gegen Akte öffentlicher Gewalt) bzw. des Artikel 20 Abs. 3 GG (allgemeiner Justizgewährungsanspruchs aus Rechtsstaatsprinzip) auch im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (u.a. die sog. "Solange"-Beschlüsse) in jedem Fall eine Überprüfung der Bieterrechte durch förmliche Gerichte erfordern, oder ob die als Gerichte im Sinne des Artikel 177 EGV anerkannten Vergabeüberwachungsausschüsse als verfassungsrechtlich ausreichend angesehen werden können. Im Vergaberecht treten sich die öffentliche Hand und die Unternehmen nicht im Über-/Unterordnungsverhältnis, sondern im Gleichordnungsverhältnis gegenüber. Im Zuge der fortschreitenden europäischen Integration sollten daher in diesem Bereich für den Primärrechtsschutz auch neue Rechtsschutzlösungen im System des Grundgesetzes Anerkennung finden.

(noch Ziff. 2)

Bei Zugrundelegung der vorstehenden Überlegungen würde ferner zu prüfen sein, ob eine entsprechende Nachbesserung oder Änderung der im Haushaltsgrundsätzegesetz bestehenden Regelung für die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes (Vergabeprüfstellen und Vergabeüberwachungsausschüsse oder nur Vergabeüberwachungsausschüsse) ausreichen würde oder ob ein eigenes Vergabegesetz, in das die nachzubessernden Regelungen übernommen werden, geschaffen werden müßte. Die Regelung im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen wäre ohne eine Anbindung an die im Kartellbereich tätige Gerichtsstanz nicht erforderlich.

3. Zu Artikel 1 (§ 106 Abs. 2 GWB)

Wi

In Artikel 1 sind in § 106 Abs. 2 nach dem Wort

"gestattet"

die Wörter

"; dies gilt auch für Arbeitsgemeinschaften und andere gemeinschaftliche Bewerber"

einzufügen.

Begründung:

Diese Änderung entspricht zwar weitgehend der geübten Praxis; die Verpflichtung zur gleichwertigen Behandlung von Bietergemeinschaften und Einzelunternehmen entspricht insbesondere den Interessen der mittelständischen Wirtschaft.

4. Zu Artikel 1 (§ 106 Abs. 3 GWB)

Wi
Wo

In Artikel 1 sind in § 106 Abs. 3 im zweiten Halbsatz vor dem Wort "weitergehende" die Wörter "andere oder" einzufügen.

Begründung:

Die vorgesehene Regelung der Regierungsvorlage ist zu eng gefaßt.

(noch Ziff. 4)

Einmal vermag sie nicht die Fälle zu erfassen, in denen im Verhältnis zu allgemeinen Auftragnehmern keine vergleichbaren oder andere Anforderungen zu stellen sind (z.B. nach dem Schwerbehindertengesetz an die Leistungsfähigkeit). Zum anderen sind auch länderspezifische Sonderregelungen denkbar, die nach der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsverteilung durch Landesrecht zu regeln sind.

[nur Wi]

[Insofern dient die Regelung lediglich der Klarstellung des Gewollten.]

5. Zu Artikel 1 (§ 106 Abs. 3 GWB)

Wi
Wo
bei
Annahme
entfällt
Ziff. 6

In Artikel 1 ist in § 106 Abs. 3 im zweiten Halbsatz das Wort "Bundesgesetz" durch die Wörter "Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Bundes und der Länder" zu ersetzen.

Begründung:

Die Beschränkung auf Bundesgesetze hätte die Unzulässigkeit der von den Ländern teilweise durch Gesetz oder Verordnung, teilweise durch Verwaltungsvorschrift eingeführten Regelungen, insbesondere der Tariftreueerklärung, zur Folge. Es ist daher eine Regelung entsprechend § 2 Nr. 4 VOL/A Ausgabe 1997 vorzuziehen.

6. Zu Artikel 1 (§ 106 Abs. 3 GWB)

FJ
entfällt
bei
Annahme
von
Ziff. 5

In Artikel 1 sind in § 106 Abs. 3 nach dem Wort "Bundesgesetz" die Worte "oder landesrechtliche Regelungen" einzufügen.

Begründung:

Durch die vorgeschlagene Änderung soll die Landeskompetenz zur Regelung vergaberechtlicher Ergänzungen erhalten bleiben. Dieses landespolitische Anliegen steht auch der Zielsetzung des Gesetzes, nämlich Festlegung der maßgeblichen Eignungskriterien zwecks Herstellung von Rechts- und Planungssicherheit für potentielle Auftragnehmer, nicht entgegen, da die Länder auch nach den neuen Regelungen in Bereichen unterhalb der EU-Schwellenwerte ihre Regelungskompetenz behalten, das Argument der Vermeidung regionaler Zersplitterung also nicht tragfähig ist.

Wi 7. Zu Artikel 1 (§ 106 Abs. 3 nach Satz 1 GWB)

In Artikel 1 ist in § 106 Abs. 3 folgender Satz anzufügen:

"Mittelständische Interessen sind angemessen zu berücksichtigen."

Begründung:

Der Wegfall des im ursprünglichen Entwurf enthaltenen Satzes 3, wonach mittelständische Interessen angemessen zu berücksichtigen sind, entspricht nicht dem in den Verdingungsordnungen verankerten Prinzip der Mittelstandsfreundlichkeit der nationalen Vergaberegeln.

Da künftig vergabefremde Aspekte aus dem Vergabeverfahren verbannt sind, bedarf es zwingend der Klarstellung, daß mittelständische Interessen gerade nicht den vergabefremden Aspekten zuzurechnen sind und ihren bisherigen hohen Stellenwert beibehalten.

Wo 8. Zu Artikel 1 (§ 106 Abs. 4 GWB)*)

In Artikel 1 ist in § 106 der Absatz 4 wie folgt zu fassen:

"(4) Der Zuschlag erfolgt nach den zuvor bekanntgegebenen Kriterien auf das wirtschaftlich günstigste Angebot."

Begründung:

Die Beschränkung auf das „wirtschaftlichste Angebot“ ist zu eng und mißverständlich. Der Begriff der Wirtschaftlichkeit ist zudem haushaltsrechtlicher Natur und nicht gleichbedeutend mit dem der EG-Vergaberichtlinien. Ohne Kenntnis der Regelungen der Richtlinien ist die Fassung der Regierungsvorlage mißverständlich und wird Anlaß vielfältiger Streitigkeiten sein.

Die Regelung ist zudem unvollständig. Zur Wahrung der Transparenz der Vergabeverfahren sind Auftraggeber verpflichtet, alle Wertungskriterien und damit die Zuschlagskriterien vorab und möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben.

Die EG-Vergaberichtlinien lassen die Wahl zwischen dem Kriterium des niedrigsten Preises und dem des „wirtschaftlich günstigsten Angebotes“ (vgl. u.a. Artikel 30 der Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie 93/37/EWG). Bei dem Kriterium des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ werden in den EG-Verga-

*) Bei Annahme von Ziffern 8 und 9 sind beide Empfehlungen redaktionell zusammenzuführen.

(noch Ziff. 8)

berichtlinien aber im einzelnen beispielhaft aufgezählte Kriterien zugelassen, die in ihrer Wertigkeit wichtiger sind als das Kriterium des „wirtschaftlichsten Angebots“. Damit ist zugelassen, daß nicht das rein rechnerisch wirtschaftlichste das annehmbare Angebot ist. Besonders im Bau- und im Dienstleistungsrecht können solche anderen Kriterien im Vordergrund stehen (z.B. Gestaltung und/oder Funktionalität); Auslobungsverfahren, die erst zu einem Dienstleistungsauftrag führen sollen, können sich zudem (zunächst) ausschließlich auf gestalterische oder künstlerische Anforderungen beschränken (z.B. Ideenwettbewerbe).

Die Richtlinien schließen Zielkonflikte ausdrücklich dadurch aus, daß sie auf den Begriff des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ zurückgreifen. In der gesetzlichen Umsetzung ist dieser differenzierenden Regelung sprachlich zweifelsfrei nachzufolgen.

U 9. Zu Artikel 1 (§ 106 Abs. 4 GWB)

In Artikel 1 ist § 106 Abs. 4 wie folgt zu fassen:

"(4) Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt; Kriterien der Umweltverträglichkeit im Sinne einer nachhaltigen und umweltgerechten Wirtschaftsweise sind hierbei zu berücksichtigen."

Begründung:

Die Berücksichtigung von Kriterien zur Sicherstellung einer dauerhaften, umweltgerechten Entwicklung sollen verpflichtender Teil der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung im Rahmen der Auftragsvergabe werden. Die Umweltverträglichkeit zu beschaffender Leistungen oder Produkte ist daher als auftragsbezogenes Kriterium der Wirtschaftlichkeit im Rahmen der Zuschlagsentscheidung mit zu berücksichtigen. Die öffentliche Hand sollte hier Vorreiterfunktion übernehmen.

U 10. Zu Artikel 1 (§ 106 Abs. 5 GWB)

In Artikel 1 ist § 106 Abs. 5 wie folgt zu ändern:

- a) Die Wörter "Bestimmungen über" sind zu ersetzen durch die Wörter "Bestimmungen über die Vergabegrundsätze und".
- b) Nach Satz 1 ist folgender Satz anzufügen:

(noch Ziff. 10)

"Die Vergabegrundsätze sind im Sinne einer nachhaltigen und umweltgerechten Wirtschaftsweise auszugestalten."

Begründung:

Das öffentliche Vergabewesen muß den politisch anerkannten Grundsätzen einer nachhaltigen und umweltgerechten Entwicklung entsprechen. Die nähere Ausgestaltung obliegt der Rechtsverordnung und den Verdingungsordnungen, denen dies durch Gesetz vorgegeben wird.

Zeitgemäße Grundlage eines öffentlichen Vergabewesens ist das Grünbuch der EU, das das öffentliche Vergabewesen auch in einen Zusammenhang mit einer nachhaltigen umweltgerechten Entwicklung gestellt hat, BR-Drucksache 50/97, Tz. 5.51. Das hieraus abzuleitende Regelungsniveau ist vom Bundestag gerade für das vorliegende Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich bekräftigt und gefordert worden, BT-Drucksache 13/8366. Darüber hinaus läßt bereits geltendes EU-Recht die privilegierte Berücksichtigung von Umweltbelangen ausdrücklich zu.

In
R
bei

Annahme
entfällt
Ziff. 12

11. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 106 Abs. 6 Satz 2 - neu - GWB)

In Artikel 1 Nr. 1 ist dem § 106 Abs. 6 folgender Satz anzufügen:

"Ein Unternehmen kann die Verletzung einer Bestimmung über das Vergabeverfahren nach Satz 1 nur geltend machen, wenn

1. ihm aus der Verletzung der Vorschrift ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht oder
2. bei Beachtung der Bestimmung im Vergabeverfahren eine andere Entscheidung zugunsten des Unternehmens hätte ergehen können."

Begründung:

Satz 2 soll mißbräuchliche Nachprüfungsverfahren ausschließen, wenn der Verstoß gegen Bestimmungen im Vergabeverfahren ohne Relevanz für die dem Unternehmen gegenüber zu treffenden Entscheidungen ist. Ein Unternehmen, das auch bei ordnungsgemäß durchgeführtem Vergabeverfahren keine Aussicht auf Berücksichtigung seines Angebots und auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, soll ein Nachprüfungsverfahren nicht erfolgreich einleiten können. Der in Satz 1 begründete Anspruch der Unternehmen auf Einhaltung der ihren Schutz bezweckenden Bestimmungen im Vergabeverfahren ist kein Selbstzweck, sondern soll deren Rechte sichern.

(noch Ziff. 11)

Die Regelung in Satz 2 ist erforderlich, um

1. das in Satz 1 gewährte subjektiv-öffentliche Recht auf Einhaltung der Grundsätze für die Auftragsvergabe, wie sie in den Absätzen 2 bis 4 und in anderen Bestimmungen über die Auftragsvergabe festgelegt worden sind, auf die Fälle zu begrenzen, wo das Unternehmen durch die Rechtsverletzung betroffen sein könnte und
2. das Nachprüfungsverfahren nach §§ 112 ff. nicht zu einer allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle der öffentlichen Auftragsvergabe ausufern zu lassen, selbst wenn die behauptete Verletzung von Bestimmungen über die Auftragsvergabe ohne eine Relevanz für die Entscheidung über den Zuschlag ist.

Der vorgeschlagene Satz 2 beruht auf dem Grundgedanken, daß das Unternehmen, das sich auf eine Rechtsverletzung beruft, in eigenen rechtlich geschützten Interessen verletzt sein muß. Dies wird dahin konkretisiert, daß das sich an der Ausschreibung beteiligende Unternehmen (im folgenden: Bieter) den Anspruch aus Satz 1 nur geltend machen kann, wenn die Verletzung der Vorschrift beim Bieter zu einem Schaden geführt hat oder einen solchen herbeiführen kann (Nummer 1) oder bei richtiger Anwendung der Vorschrift eine dem Bieter günstige Entscheidung hätte ergehen können (Nummer 2).

Eine solche Beschränkung der Rechtsverfolgung stimmt mit den Vorgaben aus den Richtlinien der Organe der EG (Kommission und Rat) und der Rechtsprechung des EuGH überein.

Die europarechtlichen Anforderungen für den notwendigen Umfang der Nachprüfung der Entscheidungen im Vergabeverfahren ergeben sich aus Artikel 1 Absatz 3 der insoweit gleichlautenden Richtlinien der Kommission der Europäischen Gemeinschaften (89/665) und des Rates der Europäischen Gemeinschaften (92/13) zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge. Danach haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, daß das Nachprüfungsverfahren zumindest jedem zur Verfügung steht, der ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte, und dem durch den behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Das Nachprüfungsverfahren muß demnach nur dann zur Verfügung gestellt werden, wenn der Bieter durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften einen Nachteil in seinem Vermögen bereits erlitten hat oder zu erleiden droht. Nur insoweit sollen den Unternehmen durch die genannten Richtlinien die Befugnis verliehen werden, Rechte wegen der Verletzung von Vergabevorschriften geltend machen zu können (zur rechtsbegründenden Wirkung von Richtlinien allgemein: EuGH - Urteil vom 8. Oktober 1996 - verb. Rs C-178/94, C-179/94, C-188/94 und C-190/94 - NJW 1996, 3141, 3142). Dieser durch die oben genannten Richtlinien geforderte Rechtsschutz wird durch die vorgeschlagene Nummer 1 sichergestellt.

(noch Ziff. 11)

Wann davon auszugehen ist, daß einem Bieter aus der Verletzung der Vorschrift ein Schaden entstehen kann, läßt sich aus der Regelung des Artikels 2 Abs. 7 der Richtlinie 92/13/EWG ableiten. Nach dieser Vorschrift kann Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung eines Angebots oder für die Kosten der Teilnahme an einem Auftragsvergabeverfahren durch das Unternehmen nur geltend gemacht werden, wenn es neben dem Verstoß gegen die Vergabevorschriften nachweist, daß sie eine "echte Chance" gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten. Dem entspricht die Formulierung im ersten Absatz der Präambel der Richtlinie 92/13/EWG, wonach Vorschriften für die Auftragsvergabe gewährleisten sollen, daß potentielle Lieferanten und Unternehmen eine angemessene Chance zur Erlangung von Aufträgen erhalten". Diese gemeinschaftsrechtlichen Regelungen haben im Entwurf ihren Niederschlag in § 135 gefunden.

Die Befugnis eines Unternehmens, die Nachprüfung der Ordnungsgemäßheit der Vergabe verlangen zu können, kann jedoch nicht auf die Fälle beschränkt werden, in denen aufgrund der Verletzung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren ein Schaden bereits eingetreten ist oder eintreten droht. Daher soll der Bieter nach der vorgeschlagenen Nummer 2 eine Verletzung von Vergabevorschriften auch dann geltend machen können, wenn bei Beachtung der Bestimmungen eine andere Entscheidung zugunsten des Unternehmens hätte ergehen können.

Der EuGH hat den Zweck der "materiell-rechtlichen" Vorschriften über die Teilnahme und die Publizität der öffentlichen Auftragsvergabe in der Richtlinie der Kommission zur Koordinierung der Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (88/295) dahin bestimmt, die Bieter vor "der Willkür der öffentlichen Auftraggeber" zu schützen (EuGH - Urteil vom 11. August 1995 - Rs C-433/93 - ZIP 1995, 1895, 1897). Soweit der Bieter hierdurch in seinen Rechten verletzt sei, müsse er diese vor den nationalen Gerichten geltend machen können (EuGH, a.a.O.).

Eine Befugnis jedes Bieters, jede Verletzung einer auf Richtlinien der EG-Kommission beruhenden Vergabevorschrift geltend machen zu können, läßt sich allerdings auch aus dieser Entscheidung nicht entnehmen. Auch der EuGH verlangt insoweit die Verletzung eines Rechts des Bieters, ohne dieses freilich zu definieren.

Eine Verletzung eigener Rechte des Bieters läßt sich aber nur dann begründen, wenn die Einhaltung der Vergabevorschriften zu einer anderen, für den Bieter günstigen Entscheidung hätte führen können. War der Verstoß gegen eine Bestimmung des Vergaberechts dagegen für die gegenüber dem Bieter im Vergabeverfahren zu treffenden Entscheidungen ohne Bedeutung, ist ein subjektiv-öffentliches Recht des Bieters nicht verletzt worden.

(noch Ziff. 11)

Eine Verletzung von Rechten des Bieters liegt dann vor, wenn infolge der Verletzung der Vergabevorschriften dem Bieter der Zuschlag nicht erteilt worden ist. Der Bieter hat zwar auch nach den o.g. Richtlinien kein subjektiv-öffentliches Recht auf den Zuschlag, wohl aber einen Anspruch darauf, daß über sein Gebot in einem ordnungsgemäß durchgeführten Verfahren entschieden wird. Wäre die Erteilung des Zuschlags aber auch im ordentlichen Verfahren aufgrund der Art oder des Inhalts des Gebots dieses Bieters von vornherein ausgeschlossen, so wird der Bieter durch die Verletzung der Verfahrensvorschriften in seinen Rechten nicht berührt. In diesen Fällen wird auch regelmäßig weder ein Schaden entstanden sein noch drohen.

12. Zu Artikel 1 (§ 106 Abs. 6 GWB)

In Artikel 1 sind in § 106 Abs. 6 vor dem Wort "Bestimmungen" die Wörter "ihren Schutz bezweckenden" einzufügen.

Begründung:

Die Neufassung des § 106 Abs. 6 stellt nicht hinreichend klar heraus - nur die Gesetzesbegründung -, daß z.B. reine Ordnungsvorschriften oder Statistikpflichten des Auftraggebers, die nicht dem Schutz des Bieters dienen, nicht zu einem gerichtlichen Nachprüfungsverfahren führen sollen.

13. Zu Artikel 1 (§ 109 Abs. 1 GWB)

In Artikel 1 sind in § 109 Abs. 1 nach dem Wort "welche" die Worte "dem Vergabe- und Nachprüfungsrecht nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften unterliegen und" einzufügen.

(noch Ziff. 13)

Begründung:

Die Regelung dient der Klarstellung des Gewollten.

In 14. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 109 Abs. 2 Buchstabe j GWB)

In Artikel 1 Nr. 1 ist § 109 Abs. 2 Buchstabe j wie folgt zu fassen:

"j) die von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten oder Rundfunkkörperschaften erteilt werden;"

Begründung:

Nach der Begründung des Gesetzentwurfs soll das Vergaberechtsänderungsgesetz der vollständigen Umsetzung der EG-Vergaberichtlinien dienen. Es inkorporiert dazu insbesondere die Vorschrift des § 57a des Haushaltsgrundsatzgesetzes, die in Übereinstimmung mit den entsprechenden EG-Richtlinien die Definition des öffentlich-rechtlichen Auftraggebers erhält.

Aufgrund ihrer Struktur sowie ihrer Finanzierung sind die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und Rundfunkkörperschaften der Bundesrepublik Deutschland keine öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Haushaltsgrundsatzgesetzes. In dem vorliegenden Gesetzentwurf kommt dies gerade nicht zum Ausdruck. Das beabsichtigte Vergaberechtsänderungsgesetz sieht lediglich für Aufträge über die Ausstrahlung von Sendungen (§ 109 Abs. 2 Buchstabe j) Regierungsentwurf eine Ausnahme von der Anwendung des Gesetzes vor. Diese eingeschränkte Ausnahme legt den unzutreffenden Umkehrschluß nahe, andere Aufträge öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten unterlägen den Regelungen über das öffentliche Vergabewesen. Eine solche Anwendung des vorgesehenen Vergaberechtsänderungsgesetzes würde dazu führen, daß in die Autonomie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks - insbesondere bei Dienstleistungsaufträgen - eingegriffen würde. Dies wäre unter dem Gesichtspunkt von Artikel 5 GG nicht zu rechtfertigen.

Die mit dem Entwurf des Vergaberechtsänderungsgesetzes vorgelegte Bereichsausnahme war bereits Gegenstand der Beratungen des Bundesrats über die Erste Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung. Durch Beschluß vom 25. April 1997 (BR-Drs. 82/97) hat der Bundesrat der Verordnung nur mit der Maßgabe zugestimmt, daß sie keine Anwendung findet auf "Aufträge, die von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten oder Rundfunkkörperschaften erteilt werden" (Ziffer 4 des Beschlusses). Dementsprechend muß die auf Artikel 5 GG gestützte Sonderstellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auch durch Herausnahme aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechtsänderungsgesetzes ihren Ausdruck finden.

Wi

15. Zu Artikel 1 (§ 109 Abs. 2 GWB)

Die Bundesregierung wird gebeten, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob die gesetzlich vorgeschriebene Wahl zum Abschlußprüfer eines Unternehmens vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen werden kann.

Begründung:

Zahlreiche Unternehmen der öffentlichen Hand haben ihren Jahresabschluß und Lagebericht gemäß §§ 316 ff HGB durch einen Abschlußprüfer prüfen lassen.

Der aus einer grundsätzlichen Ausschreibungspflicht möglicherweise resultierende jährliche Wechsel des Abschlußprüfers kann insbesondere bei größeren Unternehmen die Intensität und Effizienz der Prüfung nachteilig beeinflussen, da das für das jeweilige Unternehmen erforderliche Spezialwissen auf längerer Erfahrung basiert; aus diesem Grund wird auch berufsrechtlich ein routinemäßiger Wechsel des Abschlußprüfers abgelehnt.

Da Abschlußprüfer aus anderen EU-Staaten ohne Eignungsprüfung i.S. der WPO keine Pflichtprüfungen nach deutschem Recht durchführen dürfen, macht eine europaweite Ausschreibung solcher Prüfungsaufträge keinen Sinn. Außerdem wäre auch eine nationale Ausschreibung in den Fällen kaum praktikabel, in denen der Abschlußprüfer vom Gericht zu bestellen ist (§ 318 Abs. 3 und 4 HGB).

Wo

16. Zu Artikel 1 (§ 110 Abs. 3 GWB)

In Artikel 1 ist § 110 Abs. 3 wie folgt zu fassen:

"(3) Nicht offene Verfahren sind Verfahren, bei denen der Auftraggeber nach vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme eine beschränkte Anzahl von Unternehmen zur Abgabe von Angeboten auffordert."

Begründung:

Redaktionelle Anpassung an den vorhergehenden und den nachfolgenden Absatz.

Wo 17. Zu Artikel 1 (§ 110 Abs. 5 Satz 1 GWB)

In Artikel 1 sind in § 110 Abs. 5 Satz 1 nach dem Wort "offene" die Worte "oder nicht offene" einzufügen.

Begründung:

Die jetzt vorgeschlagene Regelung steht nicht im Einklang mit Artikel 7 Abs. 4 der Richtlinie 93/37/EWG vom 14. Juni 1993 (Baukoordinierungsrichtlinie), wonach öffentliche Auftraggeber ihre Bauaufträge im offenen oder nicht offenen Verfahren vergeben können. Nach dem vorgelegten Gesetzentwurf wird die Möglichkeit, z.B. Funktionalausschreibungen wegen des damit verbundenen Arbeitsaufwandes für die Angebotserstellung nach öffentlichen Teilnehmerwettbewerb mit begrenzter Bieterzahl durchzuführen, in Zukunft praktisch ausgeschlossen, denn das Gesetz schreibe das offene Verfahren grundsätzlich verbindlich vor.

Wi 18. Zu Artikel 1 (§ 110 Abs. 5 Satz 2 GWB)

In Artikel 1 ist in § 110 Abs. 5 der Satz 2 wie folgt zu fassen:

"Auftraggebern, die nur unter § 107 Nr. 4 fallen, stehen diese drei Verfahren mit Ausnahme des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme nach ihrer freien Wahl zur Verfügung."

Begründung:

Die sog. Sektorenrichtlinie des EU läßt in Artikel 20 Abs. 2 Verfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb nur unter definierten Voraussetzungen zu.

In
bei
Annahme
entfällt
Ziff. 42

19. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§§ 111 und 131 Abs. 3 und 3a - neu - GWB)

Artikel 1 Nr. 1 ist wie folgt zu ändern:

a) § 111 ist zu streichen.

b) § 131 ist wie folgt zu ändern:

(noch Ziff. 19)

aa) Absatz 3 Satz 3 ist zu streichen.

bb) Nach Absatz 3 ist folgender Absatz 3a einzufügen.

"(3a) Ist der Auftraggeber mit dem Antrag unterlegen, so kann das Beschwerdegericht, sofern es ein Eilbedürfnis nach Absatz 1 verneint hat und die Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens nach vorläufiger Prüfung für überwiegend wahrscheinlich hält, anordnen, daß das Vergabeverfahren als beendet gilt und nicht fortgeführt werden darf, oder dem Auftraggeber sonstige Maßnahmen aufgeben, um der Entscheidung Rechnung zu tragen."

Begründung:

Ist ein den sofortigen Zuschlag rechtfertigendes Eilbedürfnis bei Abwägung der in Absatz 1 benannten Interessen nicht festzustellen, so ist der Antrag auf Vorabentscheidung über den Zuschlag zurückzuweisen. Einer Entscheidung über die Rechtmäßigkeit bedarf es insoweit nicht.

Kann das Beschwerdegericht auch die Rechtswidrigkeit des bisherigen Vergabeverfahrens feststellen, so ist das Beschwerdeverfahren auch in der Hauptsache zur Endentscheidung nach § 132 reif. Die Entscheidung der Vergabekammer wird aufzuheben und in der Regel die Verletzung der Rechte des beschwerdeführenden Unternehmens auf dessen Antrag festzustellen sein. Einer gesetzlich angeordneten Beendigung des Vergabeverfahrens bedarf es insoweit nicht.

Es bleiben die Fälle übrig, in denen das Beschwerdegericht die Eilbedürftigkeit verneint hat und zugleich auch die Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens für überwiegend wahrscheinlich erachtet, diese aber nicht "endgültig" feststellen kann, weil es z.B. hierzu noch einen Bausachverständigen hören oder eine amtliche Auskunft einholen muß. Nur in diesem Fall ist die Beendigung des bisherigen Vergabeverfahrens und die Anordnung einer Neuausschreibung sinnvoll. Ein Erfolg des Auftraggebers in der Hauptsache ist bei dieser Konstellation unwahrscheinlich.

Eine gesetzliche Fiktion der Beendigung des Vergabeverfahrens wie in § 111 ist jedoch auch in diesem Fall untunlich, weil sich die Erwägungen des Gerichts zur Rechtswidrigkeit nur aus den nicht in Rechtskraft erwachsenden Beschlußgründen ergeben. Der den Antrag zurückweisenden Entscheidung könnte nicht entnommen werden, ob eine gesetzliche Beendigung des Verfahrens wegen voraussichtlicher Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens eingetreten ist oder nicht.

(noch Ziff. 19)

Für diesen Fall könnte vorgesehen werden, daß das Beschwerdegericht im Interesse beider Beteiligten die Beendigung des Verfahrens im Beschluß über die Zurückweisung des Antrags nach Absatz 1 anordnet, wenn es das bisherige Vergabeverfahren nach dem bisherigen Sach- und Streitstand als voraussichtlich rechtswidrig ansieht. Eine unverzüglich durchzuführende erneute Ausschreibung entspricht dann mehr dem Interesse der Allgemeinheit an der raschen Durchführung des Vergabeverfahrens als ein Zuwarten des Auftraggebers auf eine für ihn voraussichtlich ungünstige Entscheidung in der Hauptsache.

Liegt hingegen eine nach Auffassung des Gerichts noch behebbare Verletzung von Vergabevorschriften vor, soll wie in § 111 des ursprünglichen Entwurfs die Möglichkeit bestehen, daß der Auftraggeber die Mängel des Verfahrens behebt und das Vergabeverfahren danach fortsetzt. Daher soll dem Gericht die Befugnis eingeräumt werden, dem Auftraggeber entsprechende Maßnahmen zur Behebung der Verfahrensfehler aufzugeben.

20. Zu Artikel 1 (§ 112 GWB)

Wi

Die Bundesregierung wird gebeten zu prüfen, ob in den Fällen, in denen die Vergabestellen gegen Rechtsakte der Aufsichtsbehörden den Rechtsweg beschreiten, abweichend vom an sich gegebenen Verwaltungsrechtsweg eine Zuweisung an das für den Primärrechtsschutz im Vergabeverfahren zuständige Gericht, d.h. nach dem vorliegenden Gesetzentwurf das Oberlandesgericht, erfolgen sollte. Auf diese Weise könnte vermieden werden, daß über ein und dasselbe Vergabeverfahren unter Umständen durch Gerichte unterschiedlicher Rechtswege entschieden wird.

21. Zu Artikel 1 (§ 113 Abs. 1 Satz 1 GWB)

Wi

In Artikel 1 ist in § 113 Abs. 1 der Satz 1 wie folgt zu fassen:

"Der Bund und die Länder können Vergabeprüfstellen einrichten."

(noch Ziff. 21)

Begründung:

Der derzeitige Entwurf engt die möglichen Organisationsformen in den Ländern zu sehr ein. Derzeit haben einige Länder sogenannte VOB-Stellen eingerichtet, die unterhalb der Schwellenwerte auch Vergabebeschwerden entgegennehmen, ohne daß ihnen Eingriffsbefugnisse zustehen. Die Zuweisung von Weisungsrechten ist daher nicht unbedingt nötig, zumal die Erfahrungen mit diesen Stellen positiv zu beurteilen sind. Die vorgeschlagene Formulierung eröffnet dagegen alle Möglichkeiten der Organisation der Vergabeprüfstellen. Eine Beschränkung auf Auftraggeber nach § 107 Nr. 1 bis 3 könnte entfallen, wodurch auch bei den übrigen Auftraggebern eine Beratungs- und Schlichtungstätigkeit ermöglicht würde.

Wi

22. Zu Artikel 1 (§ 113 Abs. 1 Satz 2 GWB)

In Artikel 1 ist in § 113 Abs. 1 Satz 2 nach dem Wort "können" das Wort "auch" einzufügen.

Begründung:

Die jetzige Formulierung legt die Auslegung nahe, daß die Vergabeprüfstellen ausschließlich bei den Fach- oder Rechtsaufsichtsbehörden angesiedelt werden können. Es muß jedoch den Ländern überlassen bleiben, an welcher Stelle sie die Vergabeprüfstellen ansiedeln.

Wi

23. Zu Artikel 1 (§ 113 Abs. 3 nach Satz 2 GWB)

In Artikel 1 ist in § 113 Abs. 3 nach Satz 2 folgender Satz anzufügen:

"Die Prüfung durch die Vergabeprüfstelle ist nicht Voraussetzung für die Anrufung der Vergabekammer."

Begründung:

Es sollte klargestellt werden, daß die Tätigkeiten der Vergabeprüfstellen nicht Bestandteil des förmlichen Nachprüfungsverfahrens sind.

R 24. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 114 Abs. 2 und 3 GWB)

In Artikel 1 Nr. 1 ist § 114 wie folgt zu ändern:

- a) In Absatz 2 Satz 1 sind nach der Angabe "§ 106 Abs. 6" die Wörter "sowie sonstige Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind," einzufügen.
- b) Absatz 3 ist zu streichen.

Begründung:

Nach der Begründung des Gesetzentwurfs soll mit § 114 Abs. 3 ausgeschlossen werden, daß ein vorbeugender Unterlassungsanspruch in einem anderen Verfahren vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden kann. Dieses Ziel wird erreicht, wenn in Absatz 2 Satz 1 außer für die Rechte aus § 106 Abs. 6 auch für damit konkurrierende Ansprüche, die auf anderen Normen beruhen, vorgeschrieben wird, daß sie nur in dem Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 112 ff. GWB-E verfolgt werden können. Absatz 3 ist dann entbehrlich.

Wi 25. Zu Artikel 1 (§ 115 Abs. 2 GWB)

In Artikel 1 sind in § 115 Abs. 2 die Sätze 2 und 3 wie folgt zu fassen:

"Der Vorsitzende muß Beamter auf Lebenszeit mit der Befähigung zum höheren Verwaltungsdienst oder ein vergleichbar fachkundiger Angestellter sein. Der Vorsitzende oder der hauptamtliche Beisitzer muß die Befähigung zum Richteramt haben."

Begründung:

Die Vergabekammern stellen im Gegensatz zum derzeitigen Vergabeüberwachungsausschuß keine gerichtsäquivalenten letzten Instanzen dar.

Die formalen Qualifikationsanforderungen können daher ohne Reduzierung der Entscheidungsqualität vermindert werden.

26. Zu Artikel 1 (§ 115 Abs. 2a - neu - GWB)

Wi
Wo

In Artikel 1 ist in § 115 nach Absatz 2 folgender Absatz 2a - neu - einzufügen:

"(2a) Die Kammer kann das Verfahren dem Vorsitzenden oder dem hauptamtlichen Beisitzer ohne mündliche Verhandlung durch unanfechtbaren Beschluß zur alleinigen Entscheidung übertragen. Diese Übertragung ist nur möglich, sofern die Sache keine wesentlichen Schwierigkeiten in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht aufweist und die Entscheidung nicht von grundsätzlicher Bedeutung sein wird."

Begründung:

Die Entscheidung der Vergabekammer ist zur Beschleunigung des Verfahrens innerhalb der in § 123 Abs. 1 Satz 1 genannten Frist zu treffen. Innerhalb dieses Zeitraumes kann die Durchführung von mündlicher Verhandlung, Beratung sowie Beschlußfassung erheblichen organisatorischen Problemen unterliegen. Dies gilt insbesondere, wenn vor der Kammer mehrere Verfahren anhängig sind. Daher sollte entsprechend des Vorbildes der Prozeßordnung eine Verfahrensvereinfachung in unproblematischen Fällen geschaffen werden, um so zu einer Verfahrensbeschleunigung zu gelangen.

27. Zu Artikel 1 (§ 116 Abs. 2 GWB)

In
Wi
Wo

In Artikel 1 ist § 116 Abs. 2 wie folgt zu fassen:

"(2) Die Einrichtung, Organisation und Besetzung der in diesem Abschnitt genannten Stellen (Nachprüfungsbehörden) der Länder bestimmen die nach Landesrecht zuständigen Stellen, mangels einer solchen Bestimmung die Landesregierung, die die Ermächtigung weiter übertragen kann; sie können hinsichtlich der Organisation und Besetzung auch von diesem Abschnitt abweichende Regelungen treffen. Die Länder können gemeinsame Nachprüfungsbehörden einrichten."

Begründung:

Die Bestimmung der zur Ausführung von Bundesrecht zuständigen Landesstellen sowie deren Organisation ist grundsätzlich Sache der Länder (Artikel 84 Abs. 1 GG). Bundesrecht sollte insoweit "offen" gestaltet werden und es den Ländern überlassen, wie die zuständigen Behörden ausgestaltet werden.

(noch Ziff. 27)

Im Hinblick auf die bestehenden haushaltswirtschaftlichen Sparzwänge und die aktuellen Bestrebungen zur Verwaltungsreform muß es den Ländern überlassen bleiben, entsprechend den bei ihnen bestehenden unterschiedlichen Verhältnissen die aus ihrer Sicht zur Vereinfachung des Vollzugs jeweils geeigneten Lösungen zu treffen. Zu starre Vorgaben, die von einzelnen Ländern personell nicht bewältigt werden können, würden dem Ziel einer zügigen Nachprüfung zuwiderlaufen und könnten zu einer vermehrten Anrufung der Gerichte führen. Im übrigen entspricht der geforderte Gestaltungsspielraum auch den föderalen Grundprinzipien.

In 28. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 116 Abs. 3 - neu - GWB)

In Artikel 1 Nr. 1 ist in § 116 nach Absatz 2 folgender Absatz 3 anzufügen:

"(3) Die Länder können bestimmen, daß die Vergabekammer auch die Funktion der Vergabeprüfstelle wahrnimmt. In diesem Fall hat sie zunächst ein Beratungs- und Schlichtungsverfahren durchzuführen. Ist auf diese Weise eine Einigung nicht zu erreichen, schließt sich das Verfahren vor der Vergabekammer an."

Begründung:

Durch die Änderungsempfehlung bleibt die schlichtende und streitvermeidende Funktion der bisherigen Vergabeprüfstellen erhalten, ohne daß ein unzumutbares und zeitlich aufwendiges Verfahren über drei Instanzen entsteht. Die vorgeschlagene Lösung ist angelehnt an das zweistufige Verfahren vor den Arbeitsgerichten (Gütetermin - Streitiges Verfahren).

Wi 29. Zu Artikel 1 (§ 117 Abs. 2 GWB)

In Artikel 1 ist in § 117 der Absatz 2 wie folgt zu fassen:

"(2) Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 106 Abs. 6 dahingehend schlüssig darlegt, daß durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften ihm der Zuschlag nicht erteilt wurde oder möglicherweise nicht erteilt werden wird."

(noch Ziff. 29)

Begründung:

Das Interesse von Unternehmen ist primär darauf gerichtet, den Zuschlag zu erhalten. Der Versuch, weitergehende Ansprüche durchzusetzen, verzögert das Vergabeverfahren unnötig und ist von einer mißbräuchlichen Rechtsanwendung kaum noch in der Praxis zu unterscheiden.

Wo

30. Zu Artikel 1 (§ 117 Abs. 2 Satz 2 - neu -GWB)

In Artikel 1 ist in § 117 Abs. 2 nach Satz 1 folgender Satz anzufügen:

"Dabei ist darzulegen, daß dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht."

Begründung:

Der bloße Vortrag eines Bieters, Interesse an einem Auftrag zu haben und in seinen Rechten gem. § 106 Abs. 6 verletzt zu sein, wird für unzureichend gehalten.

Es muß seitens des sich an der Ausschreibung beteiligenden Bieters konkretisiert werden, daß ein behaupteter Rechtsverstoß bei ihm zu einem Schaden geführt hat oder aber führen kann. Es muß verhindert werden, daß ein Bieter, der auch bei ordnungsgemäß durchgeführtem Vergabeverfahren keinerlei Aussicht auf Berücksichtigung seines Angebots und auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, ein - investitionshemmendes - Nachprüfungsverfahren einleiten kann. Auf Artikel 1 Abs. 3 sowie Artikel 2 Abs. 1 c der Rechtsmittelrichtlinie (89/665/EWG) wird ergänzend verwiesen.

Wi

31. Zu Artikel 1 (§ 117 Abs. 3 GWB)

In Artikel 1 ist in § 117 Abs. 3 folgender Satz anzufügen:

"Der Antrag ist außerdem unzulässig, wenn Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden."

(noch Ziff. 31)

Begründung:

Aufgrund der wortgleich im Supplement zum EG-Amtsblatt und gegebenenfalls in nationalen Veröffentlichungsorganen veröffentlichten Bekanntmachungen sind für den Bewerber/Bieter eine Reihe von wichtigen Entscheidungen des Auftraggebers, wie z.B. Wahl der Vergabeart, Fristbemessung usw. erkennbar. Es erscheint für den Bewerber/Bieter zumutbar, durch rechtzeitige Rüge zur Vermeidung von Verzögerungen der Vergabeverfahren durch späte Antragstellung auf Nachprüfung beizutragen. Da sich der Bewerber/Bieter auf jeden Fall bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Bewerbungs- bzw. Angebotsfrist mit der Bekanntmachung auseinandersetzen mußte, ist eine Präklusion der Rüge mit Ablauf dieser Frist zumutbar.

32. Zu Artikel 1 (§ 120 Abs. 1 Satz 1 GWB)

Wi
bei
Annahme
entfällt
Ziff. 33

In Artikel 1 sind in § 120 Abs. 1 Satz 1 am Ende folgende Wörter anzufügen:

", soweit dieses zur Prüfung der geltend gemachten Rechtsverletzung erforderlich ist"

Begründung:

Das Verfahren dient zur Durchsetzung von subjektiven Rechten und nicht einer allgemeinen Rechtmäßigkeitsprüfung des Vergabeverfahrens. Es ist daher nicht erforderlich, daß die Sachverhaltsermittlung über den Beschwerdegegenstand hinausgeht (s. auch Begründung zu § 120). Die Begrenzung dient der Beschleunigung und damit der Vermeidung von Investitionshemmnissen.

33. Zu Artikel 1 (§ 120 Abs. 1 nach Satz 1 GWB)

Wo
entfällt
bei
Annahme
von
Ziff. 32

In Artikel 1 ist in § 120 Abs. 1 nach Satz 1 folgender Satz einzufügen:

"Sie muß die Sachverhaltsermittlung auf Tatsachen, die nicht vom Antragsteller vorgetragen wurden, nur erstrecken, soweit diese offenkundig sind."

(noch Ziff. 33)

Begründung:

Angesichts der knappen Fristen, in denen das Vergabeverfahren zu überprüfen ist, wäre eine umfassende Ermittlungspflicht nicht vertretbar. Dies ist - wie aus der Begründung zu § 120 hervorgeht - auch nicht beabsichtigt. Die Ergänzung dient daher der Klarstellung des Gewollten.

Wi
Wo

34. Zu Artikel 1 (§ 121 Abs. 3 Satz 3 - neu - GWB)

In Artikel 1 ist in § 121 Abs. 3 nach Satz 2 folgender Satz anzufügen:

"Satz 2 gilt nicht für Angebote und deren Anlagen."

Begründung:

Angebote unterliegen der Geheimhaltung. Da sie im Nachprüfungsverfahren nicht vom Bieter, sondern als Teil der Vergabeakten von der Vergabestelle vorgelegt werden, reicht die Fiktion in Satz 2 nicht aus. Mit der o.g. Formulierung wird klargestellt, daß eine Einsicht in Angebote nur mit Zustimmung der betroffenen Bieter gewährt werden darf.

R

35. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 122 Abs. 2 GWB)

In Artikel 1 Nr. 1 ist § 122 Abs. 2 wie folgt zu fassen:

"(2) Auch wenn die Beteiligten in dem Verhandlungstermin nicht erschienen oder nicht ordnungsgemäß vertreten sind, kann in der Sache verhandelt und entschieden werden."

Begründung:

Klarstellung zur Vermeidung von Mißverständnissen.

Wi
Wo

36. Zu Artikel 1 (§ 124 Abs. 1 Satz 2 GWB)

In Artikel 1 ist in § 124 Abs. 1 der Satz 2 wie folgt zu fassen:

"Sie ist an die Anträge nicht gebunden."

Begründung:

Der Sinn des Nachprüfungsverfahrens von den Vergabekammern ist es, Unternehmern ein durchsetzbares subjektives Recht auf Einhaltung der Vergabebestimmungen einzuräumen. Eine umfassende Prüfung des Vergabeverfahrens ist vor diesem Hintergrund nicht erforderlich und auch innerhalb der in § 123 Abs. 1 Satz 1 genannten Frist nicht realisierbar.

Fz
bei
Annahme
entfällt
Ziff. 38

37. Zu Artikel 1 (§§ 125, 128, 131, 134 (GWB))

In Artikel 1 ist

a) in § 125 der Absatz 1 wie folgt zu fassen:

"(1) Sind Rechte des Antragstellers aus § 106 Abs. 6 im Vergabeverfahren durch den drohenden Zuschlag oder auf andere Weise gefährdet, kann die Vergabekammer auf besonderen Antrag ein vorläufiges Verbot der Zuschlagserteilung aussprechen oder mit weiteren vorläufigen Maßnahmen in das Vergabeverfahren eingreifen."

b) in § 125 Abs. 2 der Satz 1 wie folgt zu fassen:

"Die Vergabekammer entscheidet über diesen besonderen Antrag nach Anhörung der Auftraggeber und Prüfung der Antragsberechtigung, der voraussichtlichen Erfolgsaussichten sowie unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen und des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluß des Vergabeverfahrens unter Abwägung der nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluß der Nachprüfung."

c) in § 125 der Absatz 3 zu streichen;

(noch Ziff. 37)

d) in § 128

- die Überschrift wie folgt zu fassen:
"Aufschiebende Wirkung in besonderen Fällen",
- Satz 1 zu streichen,
- Satz 2 wie folgt zu fassen:
"Hat die Vergabekammer das Vergabeverfahren nach § 125 Abs. 2 ausgesetzt, so darf der Auftraggeber bis zu einer Entscheidung über den Antrag nach § 131 den Zuschlag nicht erteilen."
- nach Satz 2 folgender Satz anzufügen:
"Erhebt der Auftraggeber sofortige Beschwerde gegen Maßnahmen, die von der Vergabekammer im Rahmen einer Entscheidung nach § 124 Abs. 1 getroffen werden, so sind diese Maßnahmen bis zu einer Entscheidung über die sofortige Beschwerde ausgesetzt."

e) in § 131

- die Überschrift wie folgt zu fassen:
"Entscheidung über die Aussetzung des Vergabeverfahrens"
- Absatz 1 wie folgt zu fassen:
"(1) Hält das Gericht die Beschwerde über eine Entscheidung der Vergabekammer nach § 125 Abs. 3 für begründet, so hebt es die Entscheidung auf und entscheidet in der Sache selbst. § 124 Abs. 2 Satz 1 gilt entsprechend. Das Gericht kann die weitere Aussetzung des Vergabeverfahrens auch versagen, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluß des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zu einer Entscheidung über die Hauptsache die damit verbundenen Vorteile überwiegen."
- in Absatz 2 die Sätze 1 und 3 zu streichen;

f) in § 134 Abs. 3 die Angabe "§ 125 Abs. 3" durch die Angabe "§ 125 Abs. 1" zu ersetzen.

(noch Ziff. 37)

Begründung:

Ein automatischer Suspensiveffekt sollte grundsätzlich nur eintreten, wenn er zwingend geboten ist.

Ein durch Zustellung des Antrags auf Nachprüfung eintretender automatischer Suspensiveffekt durch Untersagung der Zuschlagserteilung mit einer zeitlichen Auswirkung in einer Größenordnung von maximal zwölf Wochen (Entscheidungsfristen der Vergabekammer nach § 123 Abs. 1 und des Vergabesenats nach § 131 Abs. 3 von jeweils maximal fünf Wochen, die vom Vorsitzenden der Vergabekammer bzw. vom Vergabesenat noch verlängert werden können, zusammen mit der Zweiwochenfrist für Einlegung der sofortigen Beschwerde) stellt bei Bauvorhaben mit Einzelvergaben, insbesondere Großbaumaßnahmen, die gesamte Projektabwicklung in Frage. Aufgrund des komplexen Zusammenhangs zwischen den einzelnen zu vergebenden Gewerken durch das zeitliche und funktionale Ineinandergreifen kann eine nur vorübergehende Blockierung von Einzelvergaben terminlich die Gesamtfertigstellung in Frage stellen. Die Verzögerung der Gesamtbaumaßnahme führt dabei zu erhöhten Finanzierungskosten, die den vom Auftraggeber einzuhaltenden Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit widersprechen. Die dadurch entstehenden wirtschaftlichen Folgen derartiger Störungen stehen außer Verhältnis zum wirtschaftlichen Interesse im Rahmen des beanstandeten Vergabeverfahrens, das vom automatischen Suspensiveffekt betroffen wird. Der im Falle des Rechtsmißbrauchs vorgesehene Schadensersatzanspruch (§ 134) bietet keinen praktikablen und hinreichenden Ausgleich. Da der Mißbrauchstatbestand auf seiten des Antragstellers nachgewiesen werden muß, dieser aber ausschließlich im subjektiven Bereich liegt, ist weder die konkrete Mißbrauchs- noch Schädigungsabsicht verfahrensmäßig nachweisbar. In der Praxis wird daher in der Regel dieser Schadensersatzanspruch ins Leere laufen.

Der automatische Suspensiveffekt tritt selbst bei fehlender Begründung, offensichtlicher Unzulässigkeit oder Unbegründetheit des Antrags, sogar bei Rechtsmißbrauch, ein. In diesen Fällen fehlt es offensichtlich an einem schutzwürdigen Interesse des Antragstellers. Der automatische Suspensiveffekt führt daher zu einer unverhältnismäßigen Benachteiligung der Vergabestelle. Durch gesonderten Antrag auf Untersagung der Zuschlagserteilung wird ein Korrektiv durch die summarische Prüfung der Vergabekammer eingeführt. Dem Schutzinteresse des Antragstellers ist damit hinreichend Rechnung getragen.

Auch im gerichtlichen Verfahren soll ein Suspensiveffekt nicht automatisch eintreten. Vielmehr soll das Gericht auf Beschwerde gegen eine Entscheidung der Vergabekammer eine abwägende Eilentscheidung über den Fortgang oder die weitere Aussetzung des Vergabeverfahrens treffen.

(noch Ziff. 37)

Eine Rechtsschutzlücke für den Anbieter bzw. den Auftraggeber wird vermieden, weil einerseits im Fall einer Beschwerde des Auftraggebers gegen eine Aussetzung durch die Vergabekammer bis zu einer Entscheidung des Gerichts der Zuschlag nicht erteilt werden darf, andererseits der Auftraggeber bei Erhebung einer sofortigen Beschwerde gegen Maßnahmen, die von der Vergabekammer im Rahmen einer Entscheidung nach § 124 Abs. 1 getroffen werden, diese Maßnahmen bis zu einer Entscheidung über die sofortige Beschwerde nicht durchführen muß.

Die Sätze 1 und 3 des § 131 Abs. 2 sind überflüssig, weil sich die Regelungen bereits aus den Vorschriften zur sofortigen Beschwerde ergeben.

Die Änderung des § 134 Abs. 3 ist eine Folgeänderung.

R
entfällt
bei
Annahme
von
Ziff. 37

38. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 125 Abs. 2, § 128 Abs. 2 - neu - GWB)

Artikel 1 ist wie folgt zu ändern:

a) § 125 Abs. 2 ist wie folgt zu fassen:

"(2) Auf Antrag des Auftraggebers kann die Vergabekammer den Zuschlag gestatten, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluß des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluß der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Gegen die Gestattung des Zuschlags kann der Antragsteller beim Beschwerdegericht die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Nachprüfungsverfahrens nach Absatz 1 beantragen. Gegen die Ablehnung seines Antrags steht dem Auftraggeber die sofortige Beschwerde zu. §§ 127, 57 sind entsprechend anzuwenden."

b) § 128 ist wie folgt zu ändern:

aa) Der bisherige Text wird Absatz 1.

bb) Folgender Absatz 2 ist anzufügen:

(noch Ziff. 38)

"(2) Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde tritt nicht ein, wenn die Vergabekammer dem Auftraggeber nach § 125 Abs. 2 Satz 1 den Zuschlag gestattet hat. Anträgen auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Nachprüfungsverfahrens nach § 125 Abs. 2 Satz 2 ist stattzugeben, wenn der Antrag nach § 117 oder die sofortige Beschwerde nach § 126 offensichtlich begründet erscheint und die in § 131 bezeichneten Voraussetzungen für eine Vorabentscheidung über den Zuschlag nicht vorliegen. Das Beschwerdegericht kann die aufschiebende Wirkung wiederherstellen, wenn unter Abwägung der in § 131 Abs. 1 Satz 2 bezeichneten Interessen die Nachteile für den Antragsteller die Vorteile an der raschen Erteilung des Zuschlags wesentlich überwiegen."

Begründung:

Der Rechtsbehelf gegen eine "Eilentscheidung" der Vergabekammer über die sofortige Gestattung des Zuschlags an den Auftraggeber soll keine aufschiebende Wirkung haben. Nach dem vorliegenden Entwurf bliebe die Entscheidung der Vergabekammer nach § 125 Abs. 2 Satz 1 insoweit praktisch wirkungslos, da jede Beschwerde Suspensiveffekt hat. Dies widerspricht jedoch dem Zweck der Gestattung des Zuschlags vor einem Abschluß des Nachprüfungsverfahrens. Die gesetzliche Aussetzung des Vergabeverfahrens durch einen Antrag auf Nachprüfung gemäß § 125 Abs. 1 wird durchbrochen, wenn die Vergabekammer feststellt, daß die Interessen des Auftraggebers und der Allgemeinheit an einer sofortigen Vergabe die damit verbundenen Nachteile für den Auftraggeber überwiegen. § 125 Abs. 2 Satz 1 soll damit überwiegende Interessen des Auftraggebers und der Allgemeinheit durch Gestattung eines Zuschlags schon vor Abschluß des Nachprüfungsverfahrens Geltung verschaffen. Eine solche einstweilige Regelung kann nur wirksam sein, wenn Rechtsbehelfe hiergegen nicht automatisch Suspensiveffekt haben. In solchen Fällen muß es vielmehr dem Antragsteller obliegen, beim Oberlandesgericht eine von der Gestattung des Zuschlags abweichende Entscheidung zu beantragen und die für die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Nachprüfungsverfahrens erforderlichen Tatsachen vorzutragen.

(noch Ziff. 38)

Zu a) - § 125 Abs. 2

Die vorgeschlagene Änderung in Satz 2 sieht deshalb vor, daß in diesen Fällen der vor der Vergabekammer unterlegene Bieter die aufschiebende Wirkung des Antrags auf Nachprüfung beim Beschwerdegericht beantragen muß. Hat die Vergabekammer dagegen den Antrag abgelehnt, so steht dem Auftraggeber nach Satz 3 das Recht der sofortigen Beschwerde zu. Sowohl für den Antrag des Bieters auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung als auch für die sofortige Beschwerde gelten die Form und die Fristen in § 127, was durch Satz 3 klargestellt wird.

Zu b) - § 128 Abs. 2 - neu -

Durch Satz 1 wird klargestellt, daß bei einem Antrag auf Wiederherstellung die aufschiebende Wirkung nicht schon mit der Einlegung des Rechtsbehelfs, sondern erst mit der Anordnung durch das Beschwerdegericht eintritt.

Die folgenden Sätze 2 und 3 bestimmen, wie das Oberlandesgericht über solche Anträge zu entscheiden hat. Einen Antrag des Bieters auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist entsprechend allgemeinen Grundsätzen stattzugeben, wenn schon bei summarischer Prüfung der Antrag auf Nachprüfung vor der Vergabekammer nach § 117 Abs. 1 oder - wenn die Kammer bereits nach § 124 Abs. 3 Satz 1 entschieden und der Bieter eine Beschwerde eingelegt hat - die Beschwerde nach § 126 offensichtlich begründet erscheint und auch die besonderen Voraussetzungen, die eine Vorabentscheidung über den Zuschlag nach § 131 Abs. 1 rechtfertigen würden, hier nicht vorliegen. In diesem Fall darf kein voraussichtlich rechtswidriger Zuschlag erfolgen, wenn man einen subjektiv-öffentlichen Anspruch jedes Bieters auf eine rechtmäßige Vergabeentscheidung anerkennt, worauf der Entwurf beruht. Unter den in Absatz 2 Satz 2 bestimmten Voraussetzungen hat das Oberlandesgericht die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen.

Nach Satz 3 kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung auch dann anordnen, wenn es unter Abweichung der beteiligten Interessen abweichend von der Entscheidung der Vergabekammer zu dem Ergebnis kommt, daß die Nachteile für den Bieter, falls er den Auftrag nicht erhält, wesentlich gravierender wären als das Interesse der Allgemeinheit an einem schnellen Abschluß des Vergabeverfahrens und einer damit verbundenen zügigen Auftragsdurchführung. Satz 3 erlaubt insoweit eine "volle" Nachprüfung der nach § 125 Abs. 2 Satz 1 von der Vergabekammer vorgenommenen Abwägung der gegenseitigen Interessen. Den Interessen des Bieters ist hinreichend genügt, wenn das Oberlandesgericht die Entscheidung der Vergabekammer über die Gestattung des Zuschlags in vollem Umfang nachprüfen und die aufschiebende Wirkung wiederherstellen kann.

R 39. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 126 Abs. 3 Satz 3, § 126 Abs. 4 - neu - GWB),
Artikel 4 (Inkrafttreten)**)

a) In Artikel 1 Nr. 1 ist § 126 wie folgt zu ändern:

aa) Absatz 3 Satz 3 ist zu streichen.

bb) Folgender Absatz 4 ist anzufügen:

"(4) Rechtssachen nach Absatz 3 können von den Landesregierungen durch Rechtsverordnung anderen Oberlandesgerichten oder dem Obersten Landesgericht zugewiesen werden. Die Landesregierungen können die Ermächtigung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen."

Begründung:

Den Ländern soll die Möglichkeit eröffnet werden, die Entscheidung über die sofortigen Beschwerden nach § 126 GWB im Wege der Konzentration einem oder einigen der Oberlandesgerichte oder dem Obersten Landesgericht zuzuweisen. Die bloße Verweisung im Regierungsentwurf auf § 93 GWB erscheint nicht umfassend genug: So könnte sich aus gerichtsorganisatorischen Gründen durchaus anbieten, Vergabesachen abweichend vom Sitz der Vergabekammer bei einem an einem anderen Ort befindlichen Oberlandesgericht oder einem Obersten Landesgericht zu konzentrieren. So wird in Bayern etwa diskutiert, die Vergabesachen dem Obersten Landesgericht zu übertragen. Hinge die Konzentration von dem Kriterium der Sicherung der einheitlichen Rechtsprechung ab, könnte der Erlass einer entsprechenden Konzentrationsverordnung auf Argumentationsschwierigkeiten stoßen, wenn gleichzeitig nur eine Vergabekammer eingerichtet würde. Dann würde es zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung auch genügen, das Oberlandesgericht an dem entsprechenden Ort für zuständig zu erklären.

b) Artikel 4 ist wie folgt zu fassen:

"Artikel 4
Inkrafttreten

Artikel 1 Nr. 1 § 126 Abs. 4 tritt am Tage nach der Verkündung in Kraft. Im übrigen tritt das Gesetz am 1. Januar 1998 in Kraft."

**) bei Annahme von Ziffer 52 ist das Datum "1. Januar 1998" in "1. Januar 1999" zu ändern.

(noch Ziff. 39)

Begründung:

Die Verordnungsermächtigung sollte sofort in Kraft treten, um den Ländern eine Entscheidung über die Konzentration der Vergabesachen noch vor Inkrafttreten des Gesetzes im übrigen zu ermöglichen.

R 40. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 131 Abs. 2 Satz 3 GWB)

In Artikel 1 Nr. 1 sind in § 131 Abs. 2 Satz 3 die Wörter "ist das Verfahren über die Beschwerde ausgesetzt" durch die Wörter "kann das Verfahren über die Beschwerde ausgesetzt werden" zu ersetzen.

Begründung:

Durch die vorgesehene Fassung von § 131 Abs. 2 Satz 3 wird dem Gericht zwingend vorgeschrieben, bei Stellung eines Antrags auf Vorabentscheidung nach § 131 Abs. 1 das Beschwerdeverfahren auszusetzen. Dies ist nicht zweckmäßig, da Fälle denkbar sind, in denen das Beschwerdeverfahren u.U. schon bei Stellung eines Antrags auf Vorabentscheidung über den Zuschlag entscheidungsreif ist; bei dieser Konstellation erscheint es nicht sachgerecht, eine gleichzeitige Entscheidung über die sofortige Beschwerde gesetzlich zu verhindern. Zur Vermeidung unnötiger Belastung der gerichtlichen Praxis sowie im Interesse größerer Flexibilität der mit der sofortigen Beschwerde befaßten Spruchkörper sollte die Aussetzung des Beschwerdeverfahrens daher in das Ermessen des Gerichts gestellt werden.

R 41. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 131 Abs. 3 Satz 1 GWB)

In Artikel 1 Nr. 1 ist § 131 Abs. 3 Satz 1 wie folgt zu fassen:

"Die Entscheidung ist unverzüglich nach Eingang des Antrags zu treffen und zu begründen."

(noch Ziff. 41)

Begründung:

Es ist nicht sachgerecht, dem Gericht für seine Vorabentscheidung eine - nach Wochen bemessene - Frist zu setzen. Nach den Erfahrungen mit einstweiligen Verfügungen wird man darauf vertrauen können, daß die Gerichte auch ohne Fristsetzung so zügig wie möglich entscheiden. Es ist eine zusätzliche Belastung, wenn der Vorsitzende - gegebenenfalls nach Anhörung der Parteien - darüber entscheiden muß, ob er ausnahmsweise die Frist verlängern darf, und dieser Beschluß zusätzlich noch begründet werden muß. Da die Nichteinhaltung der Frist nach der Fassung des Entwurfs folgenlos ist, sollte die fünfwöchige Fristvorgabe entfallen und lediglich eine "unverzüglich" - also ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 BGB) - zu treffende Entscheidung gesetzlich vorgeschrieben werden.

42. Zu Artikel 1 (nach § 131 GWB)

Wi
entfällt
bei
Annahme
von
Ziff. 19

In Artikel 1 ist nach § 131 folgender § 131a einzufügen:

"§ 131a
Ende des Vergabeverfahrens nach Entscheidung
des Beschwerdegerichts

Ist der Auftraggeber (weiter wie Reg.vorlage § 111) ... "

Als Folge

ist in Artikel 1 der § 111 zu streichen.

Begründung:

§ 111 regelt ausschließlich die Folgen einer Ablehnung eines Antrags nach § 131. Er gehört daher systematisch nicht in den ersten Abschnitt des Entwurfs.

R 43. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 133 Abs. 1 GWB)

In Artikel 1 Nr. 1 sind in § 133 Abs. 1 nach dem Wort "Oberlandesgerichts" die Wörter "sowie gegebenenfalls des nach Absatz 2 angerufenen Bundesgerichtshofs" einzufügen.

(noch Ziff. 43)

Begründung:

Klarstellung des Gewollten.

Im Schadensersatzprozeß ist auch eine Bindungswirkung des ordentlichen Gerichts an eine Entscheidung des gegebenenfalls nach Maßgabe der Regelung in § 133 Abs. 2 angerufenen Bundesgerichtshofs gewollt; der Wortlaut von § 133 Abs. 1 ist daher entsprechend zu ergänzen.

R 44. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 134 Abs. 1 GWB)

In Artikel 1 Nr. 1 ist § 134 Abs. 1 wie folgt zu fassen:

"(1) Erweist sich der Antrag nach § 117 oder die sofortige Beschwerde nach § 126 als von Anfang an ungerechtfertigt und liegt ein Mißbrauch des Antrags- oder Beschwerderechts vor, ist der Antragsteller oder der Beschwerdeführer verpflichtet, dem Gegner und den Beteiligten den Schaden zu ersetzen, der ihnen durch den Mißbrauch entstanden ist."

Begründung:

Klarstellung des Gewollten.

R 45. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 134 Abs. 1, 2 GWB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Absätze 1 und 2 des vorgeschlagenen § 134 GWB dahingehend zu verändern sind, daß - wie dies bereits in Absatz 3 vorgesehen ist - Schadensersatz ähnlich wie in § 945 ZPO zu leisten ist, ohne daß ein Mißbrauch des Antrags- oder Beschwerderechts nachzuweisen ist.

Begründung:

Die bisherigen Absätze 1 und 2 des vorgeschlagenen § 134 GWB knüpfen Schadensersatzansprüche lediglich an Mißbrauch des Antrags- und Beschwerderechts. Sie sollen spezielle Ausprägungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB und eines Prozeßbetruges nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB sein.

Als solche bedürften sie allerdings keiner gesonderten Normierung, da die allgemeinen Vorschriften für Schadensersatzansprüche ausreichend sind.

(noch Ziff. 45)

Es sollte geprüft werden, ob eine Schadensersatznorm geschaffen werden sollte, die wie § 945 ZPO allein an die Feststellung anknüpft, daß ein Antrag oder eine sofortige Beschwerde von Anfang an ungerechtfertigt war, ohne daß es der Darlegung und des Beweises eines Mißbrauchs bedarf.

Die in dem Entwurf genannten Mißbrauchsvoraussetzungen sind so sehr an subjektive Merkmale geknüpft, daß ein Nachweis in der Praxis kaum je gelingen würde, außer daß eine vorsätzliche Straftat nachgewiesen wird. Die Vorschrift dürfte daher praktisch kaum Bedeutung erlangen und nicht zu einer Verhinderung von ungerechtfertigten Anträgen und sofortigen Beschwerden beitragen.

Wirksamer dürfte vielmehr eine Vorschrift sein, die wie § 945 ZPO, der sich im großen und ganzen bewährt hat, an klarere Merkmale anknüpft, nämlich an die Feststellung, daß ein Antrag oder eine Beschwerde von Anfang an ungerechtfertigt war. Beschwerdeführer werden bei einem höheren Schadensersatzrisiko sich auf wirklich aussichtsreiche Anträge und Beschwerden beschränken. Dies reduziert die Belastung von Verwaltung und Gerichten auf den Kernbereich der Verfahren.

R 46. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 134 Abs. 3 GWB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in Artikel 1 Nr. 1 in § 134 Abs. 3 die Wörter "auf besonderen Antrag" durch die Wörter "entsprechend einem besonderem Antrag" zu ersetzen sind.

Begründung:

Ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch für die Vollziehung vorläufiger Maßnahmen ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Eilentscheidung der Vergabekammer in vollem Umfang dem Antrag des Antragstellers entspricht. Anders als die Zivilgerichte bei der Anordnung eines Arrestes sind die Vergabekammern nach § 124 Abs. 1 Satz 2 GWB-E nicht an Anträge gebunden und können über gestellte Anträge hinausgehen. Es muß deshalb im Gesetzestext klargestellt werden, daß die Haftung nur eingreift, soweit die Eilmaßnahme dem Antrag des Antragstellers inhaltlich entspricht.

R 47. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 135 GWB)

In Artikel 1 Nr. 1 ist § 135 wie folgt zu fassen:

(noch Ziff. 47)

"§ 135

Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens

Hat der Auftraggeber gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift verstoßen und wäre das Unternehmen ohne diesen Verstoß bei der Wertung der Angebote in die engere Wahl gekommen, so kann das Unternehmen Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme an einem Vergabeverfahren verlangen. Weiterreichende Ansprüche auf Schadensersatz bleiben unberührt."

Begründung:

§ 135 GWB-E ist als Beweislastregelung formuliert, legt aber tatsächlich die Voraussetzungen für einen auf das negative Interesse gerichteten Schadensersatzanspruch fest. Der eigentliche Inhalt der Regelung sollte in der Formulierung hinreichend zum Ausdruck kommen. Die Beweislast braucht nicht geregelt zu werden, weil sie hier dem allgemeinen Grundsatz folgen soll, daß derjenige, der einen Anspruch geltend macht, dessen Voraussetzungen darzulegen und zu beweisen hat.

Der Vorbehalt in Satz 2 ist notwendig, um das mögliche Mißverständnis auszuschließen, durch § 135 GWB-E sollten Schadensersatzansprüche, die auf das positive Interesse gerichtet sind (vgl. BGH NJW 1993, 520, 521), ausgeschlossen werden.

Wi
Wo

48. Zu Artikel 1 (§ 135 GWB)***)

In Artikel 1 sind in § 135 die Wörter "bei der Wertung der Angebote in die engere Wahl gekommen wäre" durch die Wörter "nach der Wertung der Angebote eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten, die aber durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde" zu ersetzen.

***) Ziffer 47 und 48 schließen einander nicht aus. Bei Annahme beider Ziffern sind sie im weiteren Verfahren redaktionell zusammenzuführen. Gleiches gilt für Ziffern 47 und 49.

(noch Ziff. 48)

Begründung:

Die Gewährung des vereinfachten Schadensersatzanspruches in allen Fällen, in denen das Angebot des Anspruchstellers „bei der Wertung in die engere Wahl kommt“, geht über den Rahmen dessen hinaus, was nach Artikel 2 Abs. 7 der Richtlinie 92/13/EWG verlangt wird. Nur wer eine „echte Chance gehabt hätte“, nicht jedoch auch wer nur in eine engere Wahl gekommen ist, hat einen gemeinschaftsrechtlichen Anspruch; es liegen insoweit unterschiedliche Grade der Stellung in der Bieterfolge vor. Die Fassung ist jedenfalls mißverständlich und daher dem Wortlaut der Richtlinie anzupassen. Streitigkeiten werden damit auf den unmittelbaren gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsbereich beschränkt.

Wo 49. Zu Artikel 1 (§ 135)***)

In Artikel 1 sind in § 135 nach den Worten

"an einem Vergabeverfahren"

die Worte

"im Bereich der Trinkwasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor" einzufügen.

Begründung:

§ 135 gewährt für Vertrauensschäden einen vereinfachten Nachweis bei allen Auftragsvergaben (Liefer-, Bau-, Dienstleistungs- und Sektorenaufträge); die Schadensersatzleistungen können in der Summe erheblich sein.

Ein vereinfachtes Nachweisverfahren (verringertes Kausalitätsnachweis für einen Schadensersatz für die Kosten eines vergeblich abgegebenen Angebots) verlangt nur Artikel 2 Absatz 7 der Nachprüfungsrichtlinie 92/13/EWG (Sektoren-Auftragsvergaben).

Im Falle von Liefer- Bau- und allgemeinen Dienstleistungsaufträgen gewährt Artikel 2 Abs. 1 Buchst. c) der Nachprüfungsrichtlinie 89/665/EWG keine vergleichbare Vereinfachung. Aus der Begründung der Gesetzesvorlage zu § 135 ergibt sich, daß nur der Sondertatbestand für den Sektorenbereich geregelt werden soll.

Die vorgesehene Gesetzesvorschrift bedarf daher der Klarstellung, wenn nicht sogar der Beschränkung, falls der Gesetzesentwurf hier über den gemeinschaftsrechtlichen Rahmen und die gegebene Begründung hinaus gehen will.

Wi 50. Zu Artikel 1 (§ 137 Abs. 4 nach Satz 1 GWB)
Wo

In Artikel 1 ist in § 137 Abs. 4 nach Satz 1 folgender Satz einzufügen:

"Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen."

Begründung:

Die bisherige Erfahrung zeigt, daß jedenfalls in Verfahren vor den Vergabeüberwachungsausschüssen auch Vergabestellen regelmäßig anwaltlich vertreten sind. Angesichts der hohen Streitwerte führt dies zu einer nicht zu rechtfertigenden Kostenbelastung der Vergabestellen, die sich gegen im Ergebnis unbegründete Anträge zur Wehr setzen.

Aus der Begründung zum Gesetzentwurf ist zwar zu entnehmen, daß die unterliegende Partei die notwendigen Aufwendungen der Gegenseite zu tragen hat. Dieses Ziel findet sich aber im Gesetz nicht wieder, da Absatz 3 nur von Kosten spricht, die in Absatz 1 als Gebühren und Auslagen definiert sind. Auch die folgenden Sätze des Absatzes 3 betreffen nur die bei den Kammern anfallenden Kosten.

Wi 51. Zu Artikel 1 (§ 138 GWB)
Wo

In Artikel 1 ist in § 138 folgender Absatz 2 anzufügen:

"(2) Für die Erhebung von Kosten durch die Vergabeprüfstellen der Länder gilt Landesrecht."

Als Folge

wird der bisherige Wortlaut des § 138 zu einem neuen Absatz 1.

Begründung:

§ 138 enthält bisher nur eine Regelung der Kosten für die Vergabeprüfstellen des Bundes. Daraus kann zwar hinsichtlich der Verwaltungskosten der Vergabeprüfstellen der Länder eine Länderkompetenz abgeleitet werden. Zur Klarstellung soll die Länderkompetenz aber ausdrücklich im Gesetz geregelt werden.

Wi 52. Zu Artikel 4 (Inkrafttreten)

In Artikel 4 ist die Zahl

"1998"

durch die Zahl

"1999"

zu ersetzen.

Als Folge sind

in Artikel 3 Nr. 2 Satz 1 die Zahl

"1997"

durch die Zahl

"1998"

zu ersetzen.

Begründung:

Die organisatorische Umsetzung einschließlich des Personaleinsatzes erfordert einen größeren zeitlichen Spielraum.

Wi 53. Zum Gesetzentwurf allgemein

Der Bundesrat verweist auf seine EntschlieÙung vom 24.04.1997 (BR-Drucksache 82/97). Hinsichtlich der vorgesehenen Novellierung der Verordnungsregelungen erwartet er eine gründliche Überarbeitung des materiellen Vergaberechtes mit dem Ziel der Deregulierung und der Rechtsklarheit sowie der Wahrung seiner Mitwirkungsrechte beim Zustandekommen des normativen Teils der Vergabevorschriften.

Begründung:

Die Verdingungsordnungen sind nach Aufbau und Inhalt unübersichtlich geworden. Sie erfüllen nur eingeschränkt die Anforderungen, die an gesetzliche Normen zu stellen sind.

U 54. Zum Gesetzentwurf im ganzen

Der Bundesrat bittet die Bundesregierung, beim Erlaß der Rechtsverordnung nach diesem Gesetz sowie in den Verdingungsordnungen hinsichtlich der Ausgestaltung der Vergabegrundsätze die Teilnahme eines Unternehmens an dem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung nach der Verordnung (EWG) Nr. 1836/93 des Rates vom 29. Juni 1993 über die freiwillige Beteiligung gewerblicher Unternehmen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (ABl. EG Nr. L 168, S. 1) sowie dem Umweltauditgesetz vom 7. Dezember 1995 (BGBl. I S. 1591) angemessen zu berücksichtigen.

Außerdem sollen eingeführte Umweltzeichen berücksichtigt werden.

Begründung:

Das von der EU eingeführte Öko-Audit-System führt zu einer Zertifizierung durch Dritte und muß daher auch im öffentlichen Vergabewesen Berücksichtigung finden.