

Im Unterschwellenbereich gibt es in der Regel keinen Primärrechtsschutz vor Vergabekammern – das GWB greift nicht. Eilrechtsschutz vor den Zivilgerichten kommt mangels gesetzlich verankerter Informations- und Wartepflicht vor dem Zuschlag regelmäßig zu spät. Gleichwohl hat das OLG Düsseldorf vor nicht allzu langer Zeit auch bei Unterschwellenvergaben eben eine solche Informations- und Wartepflicht vor dem Zuschlag gesehen. Doch welche Bedeutung hat die Aussage wirklich? Der Berliner Fachanwalt für Vergaberecht Dr. Martin Jansen bezieht dazu im SUPPLY-Interview klare Stellung. Seine Forderung: Der Rechtsschutz im Unterschwellenbereich muss effektiver werden!

INTERVIEW: ANDREAS KLOSE

SUPPLY: Herr Dr. Jansen, die Aussage des OLG Düsseldorf ist zwar etwas älter, wird aber immer noch von einigen herangezogen, wenn es um den Rechtsschutz im unterschwelligen Bereich geht. Wie beurteilen Sie die OLG-Entscheidung?

DR. MARTIN JANSEN: Das OLG Düsseldorf hat Ende 2017 nicht nur eine Informations- und Wartepflicht im Unterschwellenbereich gesehen, sondern zudem – für den Verstoß gegen diese Pflicht – auch eine Nichtigkeitsfolge (§ 134 BGB) für den dennoch bezuschlagten Vertrag. Dies folge aus einem „ungeschriebenen Gesetz“. Schon dem juristischen Laien mag sich dabei der Verdacht eines Widerspruchs aufdrängen. Gegen ein ungeschriebenes Gesetz zu verstoßen, ist rechtlich schwer.

Im Ergebnis ist die OLG-Entscheidung jedenfalls aus verschiedenen Gründen rechtsdogmatisch nicht haltbar, zumal es sich ohnehin nur um ein obiter dictum handelt, d. h. es kam in dem entschiedenen Fall auf diese Rechtsfragen gar nicht an.

Die Entscheidung wurde daher nicht nur von uns und weiteren Literaturstimmen mehrfach kritisiert, sondern – wie zu erwarten – es haben nun endlich auch zwei bedeutende Obergerichte – konkret die Vergabesenate des KG Berlin und des OLG Celle in ihren aktuellen Urteilen aus Januar 2020

– der Düsseldorfer Linie eine klare Absage erteilt. Damit dürfte mit guten Gründen nun alles wieder beim Alten bleiben, d. h. im Unterschwellenbereich ist vor dem Zuschlag weder zu informieren, noch zu warten.

Gleichwohl hat die Entscheidung des OLG Düsseldorf in der öffentlichen Beschaffungswelt für unnötig viel Verunsicherung bei unterschwelligen Vergaben gesorgt.

Sicher, nicht zuletzt aufgrund seiner Stellung als 2. Instanz für Bundesvergaben wird das OLG Düsseldorf von vielen als „Leuchtturm der Vergaberechtsprechung“ empfunden. Es hat in der Regel auch Hand und Fuß, was von dort kommt. Doch vereinzelt wagt man sich auch dort etwas zu weit hervor und nicht selten musste das OLG schon zurückrudern, so etwa bereits seine „Ahlhorn-Rechtsprechung“ zu ausschreibungspflichtigen Grundstücksgeschäften. Kurzum: Die Entscheidung ist und bleibt wohl ein unnötiger Ausreißer, den es für Beschaffer bei unterschwelligen Vergaben zukünftig kaum noch ernsthaft zu beachten gilt. Jedenfalls gibt es sehr gute Argumente gegen diese Entscheidung, um ohne größere Bedenken zum alten Prozedere zurückzukehren.

Wie gingen Sie damit nach der Entscheidung ab Ende 2017 um?