

Professor Dr. Alexander Wichmann

Das Vergaberecht – ein dynamisches Rechtsgebiet auf dem Vormarsch

Nach dem Abschluss des Referendariats stellt sich für viele Absolventen die Frage, welche berufliche Richtung sie als Volljuristen einschlagen sollen. Allein die zahlreichen Fachanwaltschaften machen deutlich, wie vielfältig heutzutage die Spezialisierungen im anwaltlichen Beruf sein können. Dazu gehört auch das Vergaberecht, das in der juristischen Ausbildung noch ein Schattendasein darstellt, aber in der Praxis immer mehr an Bedeutung gewinnt.

In vergaberechtlichen Gerichtsentscheidungen liest man häufig, dass es sich bei dem Vergaberecht um eine „von Haus aus unübersichtliche und schwierige Rechtsmaterie“ handelt, die auch aufgrund der dynamischen Entwicklung „überdurchschnittliche Schwierigkeiten bei der anwaltlichen Tätigkeit“ mit sich bringt. Dies sollte für Berufseinsteiger aber nicht abschreckend wirken, sondern vielmehr dazu veranlassen, sich mit dem vergleichsweise jungen Rechtsgebiet näher auseinander zu setzen. Denn gerade in komplexen Themenfeldern bieten sich ideale Möglichkeiten zur Spezialisierung und Verschaffung nachhaltiger Marktvorteile. Hat man einmal die tragenden Grundsätze der Transparenz, des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung verinnerlicht, lassen sich auch komplexe Fragestellungen lösen.

Und davon gibt es viele: denn es geht im Vergaberecht regelmäßig nicht um den häufig zitierten „Bleistiftkauf“. Allein in

Deutschland werden jährlich ca. 160.000 öffentliche Aufträge mit einem Gesamtvolumen von über 400 Mrd. € vergeben. Dies belegt eindrucksvoll die wirtschaftliche Bedeutung des öffentlichen Auftragswesens und damit auch den Bedarf an anwaltlicher Rechtsberatung.

Was ist Vergaberecht?

Das Vergaberecht hat sich zu einem eigenständigen Rechtsgebiet zwischen Verwaltungs- und Zivilrecht entwickelt, das maßgeblich vom Europarecht durch die sog. Vergaberichtlinien geprägt ist. Kurz ausgedrückt, versteht man unter dem Vergaberecht die Gesamtheit der Normen, die der öffentlichen Hand eine bestimmte Vorgehensweise bei der Beschaffung von Gütern und Leistungen vorschreibt, die sie benötigt, um ihre Aufgaben erfüllen zu können (BVerfG, 13. 6. 2006 – 1 BVR 1160/03). Dabei ist die anwaltliche Beratung in vergabe-

rechtlichen Mandaten in den seltensten Fällen allein auf das Vergaberecht beschränkt.

Die Entwicklung des Vergaberechts

Das geregelte Ausschreibungswesen hat in Deutschland eine lange Tradition. Die sog. Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/A) stammt z. B. aus dem Jahr 1926. Gleichwohl hatte das Vergaberecht in der anwaltlichen Beratungspraxis bis vor rund 20 Jahren keine hohe Relevanz, weil es keine effektiven Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Verstöße gegen die haushaltsrechtlichen Vergabevorschriften gab. Dies war unter anderem der EU-Kommission ein Dorn im Auge, die im Wege eines Vertragsverletzungsverfahrens auf die Umsetzung der EU-Richtlinien zum Vergaberecht pochte, um die Beschaffungsmärkte in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten für den grenzüberschreitenden Verkehr vollständig zu öffnen.

Im Jahr 1999 hat sich die Rechtslage durch das Vergaberechtsänderungsgesetz (BGBl I S. 2512) schlagartig geändert. Mit der Einfügung der Vergaberegeln in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wurde den an einem öffentlichen Auftrag interessierten Unternehmen ein einklagbares Recht auf die Einhaltung der Vergabevorschriften bei öffentlichen Aufträgen ab bestimmten Auftragswerten (sog. Schwellenwerte) eingeräumt.

Während es für die „kleineren“ Aufträge unterhalb dieser Schwellen bei der früheren, haushaltsrechtlich geprägten Rechtslage geblieben ist, können die Unternehmen bei größeren Aufträgen nunmehr effektiven Rechtsschutz im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens

Erweiterung der Infrastruktur im ländlichen Raum: Die Vergabe von Aufträgen birgt viele rechtliche Fragen.



nach den §§ 160 ff. GWB in Anspruch nehmen. Welch hoher Beliebtheit sich dieses neue Rechtsschutzinstrument seither in Deutschland erfreut, kann regelmäßig der Tagesspresse entnommen werden, die darüber berichtet, dass ein großer Vergabeprozess wie z. B. beim Bau des Berliner Stadtschlusses durch einen Wettbewerber überprüft und der Zuschlag derweil gestoppt wird. In der Zwischenzeit wurde das Vergaberecht mehrfach aufgrund neuer EU-Richtlinien geändert: Im April 2016 erfolgten grundlegende Veränderungen, mit denen u. a. die vollständige elektronische Abwicklung von Vergaben erreicht werden soll. 2017 wurde die sog. Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) in Kraft gesetzt, welche die VOL/A und die VOF für Vergabestellen des Bundes ersetzt. Es besteht die Hoffnung, dass die meisten Bundesländer die UVgO in ihr Landesrecht übernehmen, um eine einheitliche länderübergreifende Rechtsgrundlage auch für Unterschwellenvergaben zu schaffen, die zahlenmäßig die große Mehrzahl der Vergaben ausmachen.

Die Tätigkeit von Anwälten im Vergaberecht

Das Vergaberecht bietet ein großes und spannendes Tätigkeitsfeld für die Anwaltschaft. Auf Auftraggeberseite unterstützen Anwälte bei der Konzeptionierung, Strukturierung und Durchführung von Vergabeverfahren. Hierzu gehört nicht nur das vergaberechtliche Verfahrensrecht, sondern auch das materielle Recht: denn im Kern geht es dem öffentlichen Auftraggeber um einen zügigen und möglichst rechtssicheren Vertragsabschluss. D. h., dass neben der vergaberechtlichen Kenntnis immer auch eine

materiell-rechtliche Expertise für die einwandfreie Erstellung von Verträgen und für die Berücksichtigung der geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen bestehen muss.

So haben sich z. B. Spezialisierungen für die Vergabe von Leistungen in den Bereichen Bau, Informationstechnologie und Telekommunikation, Gesundheits- und Sozialwesen, Verteidigung und Sicherheit, Personenverkehr oder Energiekonzessionen herausgebildet. Hinzu kommen gesellschafts- und finanzierungsrechtliche sowie förder- und beihilferechtliche Fragestellungen. Wer Spaß am Blick über den Tellerrand und an interdisziplinärem Arbeiten hat, kommt hier auf seine Kosten.

Dabei ist die Beratung nicht auf rein rechtliche Aspekte beschränkt: Öffentliche Auftraggeber sind gehalten, ihre Vergabeverfahren neutral und transparent zu gestalten. Dazu gehört es, Bewertungskriterien und Methoden zu begutachten, die den zum Teil recht strengen Anforderungen der Rechtsprechung genügen müssen. Hier ist der anwaltliche Berater manches Mal gehalten, über seinen Schatten zu springen und mathematische Formeln dahingehend zu überprüfen, ob diese im Einklang mit den Vorgaben des Vergaberechts stehen.

Auf Bieterseite stellen sich ebenfalls interessante Herausforderungen in der anwaltlichen Beratung. Viele Vergaben sind inhaltlich sehr komplex und in der Regel von hohem Zeitdruck geprägt. Innerhalb kurzer Fristen sind die Vergabeunterlagen zu sichten und auf eventuelle Vergabeverstöße zu prüfen. Ansonsten droht Präklusion im weiteren Verfahrensverlauf. Auch steht oftmals wenig Zeit zur Verfügung, um die richtigen strategischen Entscheidungen zu

treffen, u. a. ob gegen den Auftraggeber ein Nachprüfungsverfahren vor der zuständigen Vergabekammer eingeleitet werden soll. Außerdem wird die Anwaltschaft häufig damit betraut, die einzureichenden Angebote auf die Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften zu überprüfen. Im Vergaberecht können Angebote schon wegen kleinen Fehlern vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden.

Die anwaltliche Begleitung in Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern und den spezialisierten Vergabesenaten an den Oberlandesgerichten ist von Schnelligkeit geprägt. Nach § 167 Abs. 1 GWB hat die Vergabekammer ihre Entscheidung in der Regel innerhalb von fünf Wochen ab Eingang des Nachprüfungsantrages zu fällen. Manches Nachprüfungsverfahren nimmt hierbei die Ausmaße eines verwaltungsrechtlichen Gerichtsverfahrens an.

Diese Anforderungen haben dazu geführt, dass viele Kanzleien in vergaberechtlichen Bereichen mit mehreren Beratern ins Rennen gehen. Mit anderen Worten: im Vergaberecht sind Teamplayer gefragt, die sich in kurzer Zeit neue Materien erschließen können und in der Lage sind, unter hohem Zeitdruck komplexe Sachverhalte verständlich zu Papier zu bringen. Nicht zuletzt gehört es auch im Vergaberecht dazu, die Interessen der Mandanten im mündlichen Vortrag vor den Nachprüfungsinstanzen optimal zu verteidigen. Dies spielt gerade im Vergaberecht eine große Rolle, weil nicht viel Zeit für die Erstellung der Schriftsätze besteht und manches Argument erst in der mündlichen Verhandlung in der gebotenen Tiefe dargelegt werden kann.

Warum also Vergaberecht?

Das Vergaberecht zeichnet sich durch die enorme Bandbreite der anzuwendenden Rechtsvorschriften aus. Es handelt sich um ein äußerst spannendes Beratungsfeld, in dem sich täglich Neues entdecken lässt. Von der schlichten Beschaffung von Standardartikeln bis hin zu äußerst komplexen Projekten mit hohen Auftragswerten bieten sich umfangreiche Möglichkeiten zur anspruchsvollen und kreativen Gestaltung durch die Anwältin bzw. den Anwalt. Nicht zuletzt belegt die Einführung des „Fachanwaltes für Vergaberecht“ im Jahr 2015 die erheblich gestiegene Bedeutung dieses Rechtsgebietes.

WEITERFÜHRENDE HINWEISE

Der Arbeitsgemeinschaft Vergaberecht im Deutschen Anwaltverein gehören rund 227 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte an (Stand: Juni 2018). Ansprechpartnerin: RAin *Bettina Bachmann*, Littenstraße 11, 10179 Berlin, Telefon: +49 (30) 72 61 52 – 123, Telefax: +49 (30) 72 61 52 – 195, bachmann@anwaltverein.de, www.ag-vergaberecht.de. Die Herbsttagung 2018 findet am 30. November im DAV-Haus in Berlin statt. Nähere Einzelheiten zum Programm auf www.ag-vergaberecht.de.

Prof. Dr. Alexander Wichmann ist Rechtsanwalt in Freiburg und Professor für Wirtschafts- und Vertriebsrecht an der Hochschule Aschaffenburg. Er ist Mitglied des geschäftsführenden Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft Vergaberecht im DAV sowie Dozent für IT- und Vergaberecht u. a. bei Deutsche AnwaltAkademie und beim Deutschen Anwaltsinstitut e. V. Außerdem ist er Lehrbeauftragter für Vergaberecht am Mainzer Medieninstitut (Universität Mainz).

Ebenfalls im Jahr 2015 wurde die Arbeitsgemeinschaft Vergaberecht im Deutschen Anwaltverein gegründet (s. Kasten). Sie möchte den vorgenannten Aspekten Rechnung tragen und die Tätigkeit von Anwältinnen und Anwälten in Kanzleien und Unternehmen im Vergaberecht durch eine gerade an den

anwaltlichen Interessen ausgerichtete Organisation fördern. Selbstverständlich sind hier auch Berufsanfänger aufgefordert, sich in der Arbeitsgemeinschaft zu engagieren, Kontakte zu knüpfen und im Austausch mit anderen Kolleginnen und Kollegen weitere Erfahrungen zu sammeln.



Professor Dr. Alexander Wichmann, Rechtsanwalt, Kanzlei Wurster Weiß Kupfer, Freiburg, wichmann@w2k.de

Sibylle Schwarz

beA, DSGVO und KI erfordern digitale Intelligenz

„Im Frühjahr 1997 besiegte der Schachcomputer Deep Blue öffentlichkeitswirksam den damaligen Weltmeister Garri Kasparow.“¹ Für viele dient dies als Beleg dafür, dass Computer/Maschinen bzw. künstliche Intelligenzsysteme uns Menschen längst überlegen sind oder es jedenfalls in naher Zukunft sein werden. Doch schon jetzt bestimmen Technologien, wie das besondere elektronische Anwaltspostfach oder in der EU-Datenschutzgrundverordnung vorgeschriebene „TOMs“ unseren Alltag.

Das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA)

„Das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) ermöglicht Rechtsanwälten die sichere elektronische Kommunikation mit der Justiz und untereinander. Jeder in Deutschland zugelassene Rechtsanwalt verfügt über ein solches elektronisches Postfach.“²

Für jeden der knapp 166.000 in Deutschland zugelassenen Rechtsanwälte wurde ein Postfach eingerichtet. Um das Postfach zu nutzen und beispielsweise eine Klageschrift verschlüsselt an das Gericht zu versenden, musste einige Vorarbeit geleistet werden: Ein Chipkartenlesegerät und je Berufsträger eine eigene beA-Karte müssen in der Kanzlei vorhanden sein. Das Versenden der Klageschrift mit Chipkartenlesegerät mitsamt eingesteckter beA-Karte und PIN-Eingabe funktioniert selbstverständlich nur, wenn zuvor die entsprechende Software, der sog. beA-client, ordnungsgemäß installiert wurde. Schon in die Jahre gekommene Rechner gehen bei dieser Installation in die Knie. Vielfach musste schon neue Hardware angeschafft werden.

Mittlerweile steht die grundsätzliche Sicherheitsarchitektur des beA in Frage. Als gravierende Sicherheitslücken werden etwa benannt: Eine Ende-zu-Ende Verschlüsselung findet beim beA nicht

statt. Die auf jedem Rechner zu installierende Software (beA-Client) verwendet die (veraltete) Programmiersprache Java. Ein Sicherheitszertifikat, das einen privaten Key mit sich führt, verstößt gegen die grundlegenden Regeln der Zertifizierungsstellen.³ Eine verschlüsselte Kommunikation zwischen Rechtsanwälten und Gerichten sollte mit dem beA möglich sein. Gut gemeint, ist aber längst nicht gut gemacht. Kurz vor Weihnachten 2017 hat die verantwortliche Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) wegen Sicherheitslücken alle Postfächer offline gesetzt. Seit 3. September 2018 ist das beA-System wieder freigeschaltet. Nach Aussage der BRAK sollen einzelne unkritische Schwachstellen im laufenden Betrieb beseitigt werden.

EU-Datenschutzgrundverordnung (EU-DSGVO/GDPR)

Bei der seit 25. Mai 2018 geltenden EU-DSGVO geht es um den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten. Die Vorschriften gelten für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen. Das alles klingt nach technischen Vorgängen.

Auf einen schnellen Blick stellt sich die Frage, was ein Rechtsanwalt denn damit zu tun hat? Hier kommen die schon erwähnten TOMs ins Spiel: geeignete technische und organisatorische Maßnahmen (TOMs), um ein dem Risiko angemessenes Schutzniveau zu gewährleisten (Art. 32 EU-DSGVO).

Der Ratsuchende, der zum Mandanten werden könnte, surf über die Website zur Kanzlei, dabei wird u. a. seine IP-Adresse und noch allerlei mehr an Telekommunikationsmetadaten erfasst. Durch einen „anonymizeIP“-Code im Quelltext soll die IP-Adresse anonymisiert werden. Oder handelt es sich hierbei nur um nicht schützenswerte Statistikdaten? Überwiegend wird bei IP-Adressen von personenbeziehenden Daten ausgegangen. Bei Zusammenführung mit weiteren Daten können Rückschlüsse auf bestimmbare Personen gezogen werden. Der Rat geht dahin, von Websitebesuchern ein „DOI“ zu fordern, ein double-opt-in. Und gesetzte Cookies sollen eine opt-out-Möglichkeit bieten. Doch der datenschutzkon-

1 <https://www.heise.de/newsticker/meldung/heiseshow-20-Jahre-nach-Kasparow-vs-Deep-Blue-Wie-steht-s-im-Duell-Mensch-vs-Maschine-3710048.html>.

2 zu beA: <http://bea.brak.de/>.

3 <https://diercks-digital-recht.de/wp-content/uploads/2018/01/BRAK-offener-Brief-in-Sachen-beA-07012018.pdf>.