

# Keine Vorabinformations- und Wartepflicht im Unterschwellenbereich!

**1. Die Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB erfasst keine Vergaben unterhalb der Schwellenwerte (Aufgabe von Senatsbeschluss vom 13.12.2017 - 27 U 25/17, VPR 2018, 67). Die Vorschrift ist mangels planwidriger Regelungslücke auch nicht analog anwendbar.**

**2. Sofern weder ein grenzüberschreitendes Interesse noch eine landesgesetzliche Verpflichtung zur Mitteilung vor Zuschlagserteilung besteht, ist der Auftraggeber bei einer Unterschwellenvergabe nur zur nachgelagerten Unterrichtung über den bereits erfolgten Abschluss bzw. die Zuschlagserteilung verpflichtet.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.06.2023 - 27 U 4/22, Volltext: IBRRS 2023, 1770; VPRRS 2023, 0130

BGB § 134; GG Art. 19 Abs. 4; GWB §§ 134, 135; UVgO § 46

## Problem/Sachverhalt

Der Auftraggeber (AG) schrieb einen Rahmenvertrag für rechtsanwaltliche Beratungsleistungen aus. Der Auftragswert bewegte sich unterhalb des EU-Schwellenwerts. Bieter B bat den AG für den Fall, dass ein anderer Bieter für den Zuschlag vorgesehen sei, um Übersendung einer Vorabinformation nach § 134 GWB. Dem kam der AG nicht nach. Er informierte B vielmehr erst nach Zuschlagserteilung darüber, dass der Zuschlag seinem Angebot nicht erteilt werden könne, weil es nicht das wirtschaftlichste Angebot sei. Auf Nachfrage stellte er B lediglich die Informationen nach § 46 UVgO zur Verfügung. Vor dem Landgericht beantragte B unter Verweis auf einen Verstoß gegen § 134 GWB die Feststellung der Nichtigkeit der mit den Zuschlagsempfängern geschlossenen Rahmenverträge. Gegen die ablehnende Entscheidung des Landgerichts leitete B ein Berufungsverfahren vor dem OLG ein. Er berief sich darauf, dass nur so effektiver Rechtsschutz i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG sichergestellt sei und eine Vorabinformation und Wartefrist zudem europarechtlich geboten sei.

## Entscheidung

Ohne Erfolg! Die Informations- und Wartepflicht des § 134 GWB findet auf **Unterschwellenvergaben weder unmittelbar noch entsprechend Anwendung**. Es fehle an einer planwidrigen Regelungslücke. Die UVgO sehe mit § 46 Abs. 1 Satz 1 **nur eine nachgelagerte Unterrichtung** vor. Im Übrigen seien die Rahmenverträge selbst bei analoger Anwendung des § 134 GWB nicht nichtig; Es würde einen Wertungswiderspruch darstellen, wenn die Verletzung von Informations- und Wartepflichten im Kartellvergabe-

recht nur nach den einschränkenden Vorgaben des § 135 GWB geltend gemacht werden könnte, während bei unterschwelligen Aufträgen entsprechende Rechtsgeschäfte allgemein nach § 134 GWB nicht wären. Das OLG gibt seine in seinem Urteil vom 13.12.2017 (VPR 2018, 67) geäußerte Auffassung auf: Der in Art. 19 Abs. 4 GG wurzelnde Grundsatz der Gewährleistung tatsächlich wirksamer gerichtlicher Kontrolle erfordere nicht zwingend die Gewährleistung von Primärrechtsschutz, eine **Kompensation** könne **auch über Schadensersatz** erfolgen.

## Praxishinweis

Unterliegende Bieter haben im Unterschwellenbereich keinen Anspruch auf Vorabinformation nach § 134 GWB analog. Es bleibt daher nur noch der Sekundärrechtsschutz. Im Übrigen war das OLG im Jahr 2017 noch der Auffassung, gewichtige Gründe sprächen dafür, auch im Unterschwellenbereich die Einhaltung einer Informations- und Wartepflicht durch den AG zu verlangen. Es hielt eine Nichtigkeit des Verstoßes gegen eine solche Pflicht bei Unterschwellenvergaben gem. § 134 BGB für konsequent. Die drei Richter des Vergabesenates geben diese Auffassung nun mit der Begründung in der mündlichen Verhandlung auf, die personelle Zusammensetzung des Senats habe sich geändert. Das mag zwar sein. Zwischen 2017 und 2023 hat sich aber Art. 19 Abs. 4 GG mit dem Verbot des Schaffens vollendeter Tatsachen nicht geändert.

*RA und FA für Vergaberecht, FA für Verwaltungsrecht  
Dr. Michael Terwiesche, LL.M., Düsseldorf*