

Ausschreibungspflicht für Notarleistungen und andere juristische Leistungen?

Von Rechtsanwalt Prof. Dr. jur. Thomas Ax, Maître en Droit (Paris X-Nanterre,) Rechtsanwalt Matthias Schneider und Rechtsanwältin Josephine Siewert*

Ein aktuelles Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission bringt erneut die Frage auf die Tagesordnung, ob und inwieweit bezogen auf Notarleistungen und andere juristische Leistungen durch nachfragende öffentliche Auftraggeber wettbewerbliche, diskriminierungsfreie und transparente Vergabeverfahren durchzuführen sind. An sich eine Selbstverständlichkeit; doch die Praxis öffentlicher Auftraggeber ist weitgehend eine andere. Aufträge werden gerne unter Verweis auf verschiedene Argumentationsmuster direkt ohne Wettbewerb vergeben. So werden ein bestehendes besonderes Vertrauensverhältnis, unnötiger Einarbeitungsaufwand eines neuen Auftragnehmers für den Fall eines Wechsels angeführt oder darauf hingewiesen, dass die Erzeugung von Wettbewerb aus verschiedenen Gründen keinen Sinn mache („die Honorare seien eh gleich“).

I. Das aktuelle Vertragsverletzungsverfahren

Die Europäische Kommission hat am 24.6. vor dem Europäischen Gerichtshofs Klage gegen die Slowakei erhoben, um fairen Zugang zu öffentlichen Aufträgen für juristische Leistungen bei Straßenbauvorhaben zu gewährleisten. Die Kommission ist der Auffassung, dass die Slowakei gegen die EU-Vorschriften zum öffentlichen Beschaffungswesen verstoßen hat, indem sie einen Auftrag zur Erbringung juristischer Leistungen im Rahmen von Straßenbauvorhaben nicht unionsweit ausgeschrieben hat. Das slowakische Verkehrsministerium hatte 2007 einen öffentlichen Dienstleistungsvertrag über Beratung und Rechtsbeistand wegen unzureichender Leistungen des Auftragnehmers vorzeitig gekündigt. Wenige Wochen nach der Kündigung wurde mit einem anderen Auftragnehmer ein neuer Vertrag über die Erbringung juristischer Leistungen mit einem Auftragsvolumen von 19,6 Mio. EUR und unbegrenzter Laufzeit geschlossen. Der slowakischen Regierung zufolge machten extreme Dringlichkeit und unvorhersehbare Umstände – d. h. der aus den unzureichenden Leistungen des vorherigen Auftragnehmers resultierende Bedarf an Rechtsbeistand zur Fortsetzung des Baus unterschiedlicher Autobahnabschnitte in der Slowakei – die Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung notwendig. Im Oktober 2009 übermittelte die Kommission der Slowakei eine mit Gründen versehene Stellungnahme, in der sie die Einhaltung der EU-Rechtsvorschriften anmahnte. Da keine zufriedenstellende Antwort einging, hat die Kommission beschlossen, den Fall an den Gerichtshof zu verweisen. Nach Auffassung der Kommission waren die Umstände vorhersehbar und sind der Vergabestelle zuzurechnen. Die

* Thomas Ax ist Seniorpartner der Kanzlei Ax, Schneider & Kollegen und Professor für europäisches Wirtschaftsrecht an der SRH Heidelberg, E-Mail: dr.thomas.ax@ax-schneider-kollegen.de, Tel.: 0162/2893559; Matthias Schneider ist Seniorpartner der Kanzlei Ax · Schneider & Kollegen, E-Mail: matthias.schneider@ax-schneider-kollegen.de, Tel.: 0162/2893560; Josephine Siewert ist Mitarbeiterin der Kanzlei Ax · Schneider & Kollegen, E-Mail: josephine.siewert@ax-schneider-kollegen.de, Tel.: 0162/2893563.

Die Rechtsanwaltskanzlei besteht aus 12 Berufsträgerinnen und Berufsträgern - insgesamt aus 25 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern - und operiert sehr erfolgreich an den Standorten Neckargemünd, Essen, Berlin, Hamburg und Zürich und hat sich auf die Rechtsberatung mittelständischer Unternehmen spezialisiert. **Das Credo der Kanzlei: Kreative Lösungen, solide und ausgewogen entwickeln und mit einem handhabbaren und überschaubaren Risiko umsetzen.**

Abgerundet werden die Aktivitäten durch das **Private Institut für deutsches und internationales Vergaberecht GmbH (IDIV)** und die **Akademie für Baurecht GmbH (AfB)**: Fortbildungseinrichtungen mit dem Schwerpunkt Vergaberecht (IDIV) sowie den Schwerpunkten Bau-, Architekten- und Ingenieurrecht (AfB).

ZeMiKo ist Wissensvermittlungs- und Diskussionsplattform, schult, bildet aus und bildet fort, vermittelt Grundlagenwissen und vermittelt Spezialwissen für Führungskräfte und Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von mittelständischen Unternehmen **zu attraktiven Konditionen**. Für die hervorragende Qualität der Seminare stehen Rechtsanwalt Prof. Dr. jur. Thomas Ax, Maître en Droit (Paris X-Nanterre) und Rechtsanwalt Matthias Schneider persönlich ein.

Slowakei habe nur einer begrenzten Anzahl von Unternehmen Zugang zu dem Auftrag eingeräumt und dadurch anderen interessierten Dienstleistern die Möglichkeit verwehrt, hierfür zu bieten. Der für die betreffenden Dienstleistungen gezahlte Preis beruhe daher nicht auf einem unbeschränkten Wettbewerb, der im Interesse der slowakischen Steuerzahler gewesen wäre.

II. Ausschreibungspflicht

Ausgangspunkt der Klärung der Frage der Vergaberechtpflichtigkeit der Vergabe von Notarleistungen und andere juristische Leistungen ist die Verpflichtung öffentlicher Auftraggeber, Waren, Bau- und Dienstleistungen nach § 97 Abs. 1 GWB im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren zu beschaffen.

1. Öffentlicher Auftrag

Öffentliche Aufträge sind gemäß § 99 Abs. 1 S. 1 GWB entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, sowie Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen.

a) Dienstleistung

In Betracht kommt hier die Annahme, dass Notarleistungen und andere juristische Leistungen Dienstleistungen sind. Als Dienstleistungsaufträge gelten nach § 99 Abs. 4 GWB die Verträge über die Erbringung von Leistungen, die nicht unter § 99 Abs. 2 oder Abs. 3 GWB fallen.

aa) Vereinbarte Leistungen?

Die Beurkundungstätigkeiten der Notare unterfallen dem Begriff der Leistungen. Leistungen bezeichnen das bewusste und gewollte Tätigwerden zur Erfüllung einer vereinbarten Aufgabe. Fraglich ist, ob es sich bei den Notarleistungen um solche handelt, die zwischen den Beteiligten vereinbart worden sind, es sich hierbei demnach tatsächlich um einen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB handelt.

Dem könnte entgegenstehen, dass die Beauftragung des Notars in der Literatur als „verfahrensrechtlicher Antrag auf Vornahme einer Amtshandlung“ qualifiziert wird (vgl. Winkler, Beurkundungsgesetz Kommentar, 16. Auflage, Einl., Rn. 31). Gemäß § 1 der BnotO wird der Notar im Rahmen seiner Tätigkeit hoheitlich tätig. Die Beauftragung des Notars stellt auch keine entgeltliche Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB dar (vgl. Palandt, 68. Auflage, 2009, § 675, Rn. 24).

Gleichwohl steht dies der Qualifizierung der Notarleistungen als öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB nicht entgegen. Der Begriff des Auftrags im Sinne der §§ 97 ff. GWB und der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 ist autonom nach dem Zweck des europäischen Vergaberechts, potentiellen Bietern den Zugang zu öffentlichen Aufträgen zu garantieren, die für sie von Interesse sind, auszulegen und daher funktional zu verstehen (OLG Karlsruhe, Beschluss v. 12.11.2008 - Az.: 15 Verg 4/08; 3. VK Bund, Beschluss v. 12.11.2009 - Az.: VK 3 - 193/09).

Danach ist festzustellen, dass zwar regelmäßig eine gewisse Begrenzung ortsansässiger Notare vorgenommen wird. Denn gemäß § 4 BNotO werden so viele Notare bestellt, wie es den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege entspricht. Dabei ist insbesondere das Bedürfnis nach einer angemessenen Versorgung der Rechtsuchenden mit notariellen Leistungen und die Wahrung einer geordneten Altersstruktur des Notarberufs zu berücksichtigen.

Dennoch ist daraus zu folgern, dass, soweit es den Erfordernissen der geordneten Rechtspflege entspricht, grundsätzlich mehrere ortsansässige Notare die Beurkundungsleistungen wahrnehmen könnten. Insoweit kann von einem entsprechenden Markt für Notariatsleistungen gesprochen werden. Es kommen mithin regelmäßig mehrere Notare für die zu erbringende Leistung in Betracht, welche ein Interesse an der Durchführung von Beurkundungsleistungen für den öffentlichen Auftraggeber haben.

Ausgehend von einer funktionalen Betrachtung spricht daher einiges dafür, Beurkundungsleistungen des Notars trotz des öffentlichen Verhältnisses und der hoheitlichen Tätigkeit ebenfalls als öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB zu qualifizieren. Für diese Sichtweise spricht auch eine seitens der 1. Vergabekammer des Bundes getroffene Entscheidung (Beschluss vom 05.02.2009 - Az.: VK 1 - 186/08). Diese hatte im Zusammenhang mit den in Anhang II Teil B Kategorie 21 der Richtlinie 2004/18/EG ausgewiesenen Rechtsberatungstätigkeiten ausgeführt, dass hierunter juristische Beratungstätigkeiten, Vertretungen und damit verbundene Tätigkeiten wie Beurkundungen fallen.

Dem ist zu entnehmen, dass auch die 1. Vergabekammer des Bundes Beurkundungsleistungen grundsätzlich als öffentliche Aufträge im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB qualifiziert, ohne dies jedoch näher zu begründen.

bb) Entgeltlichkeit

Gemäß § 99 Abs. 1 GWB muss es sich ferner um eine entgeltliche Leistung handeln. Die Vergütung des Notars richtet sich nach der KostO und erfolgt nach festen Gebührensätzen. Der Notar ist demnach verpflichtet, nach der KostO abzurechnen. Vergütungsvereinbarungen darf er hingegen nicht eingehen.

Das Zugrundeliegen einer verbindlichen Kostenordnung steht dem Charakter der Entgeltlichkeit indes nicht entgegen.

b) Liefer- und Bauleistungen

Bei den notariellen Leistungen handelt es sich zudem weder um Liefer- noch um Bauaufträge. Die notariellen Beurkundungsleistungen sind nicht auf die Beschaffung einer Ware oder die Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerkes für den öffentlichen Auftraggeber gerichtet.

Zwar können die Beurkundungsleistungen in einem gewissen zeitlichen Zusammenhang mit der Errichtung eines Bauwerkes stehen (bspw. Grundstücksveräußerung mit Bauverpflichtung). Es handelt sich insoweit jedoch um ein eigenständiges von dem Bauauftrag unabhängiges Dienstleistungsverhältnis.

c) Zwischenergebnis

Die Notarleistungen und andere juristische Leistungen sind im Rahmen der funktionalen Auslegung grundsätzlich als öffentliche Aufträge im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB zu qualifizieren. Nachdem die Notarleistungen und andere juristische Leistungen weder den Regelungen des § 99 Abs. 2 noch der Vorschrift des § 99 Abs. 3 GWB unterfallen, gelten sie als Dienstleistungen.

2. Kein Ausschluss nach § 100 Abs. 2 GWB

Die Vergabe von Notarleistungen und anderen juristische Leistungen könnte aufgrund von § 100 Abs. 2 GWB von der Anwendung des Vergaberechts ausgeschlossen sein. § 100 Abs. 2 GWB enthält für den Bereich der Vergaben, die die Schwellenwerte erreichen oder übersteigen, einen Katalog von Ausnahmetatbeständen. Notarleistungen und andere juristische Leistungen sind in dem Katalog der Tatbestände, die § 100 Abs. 2 GWB von der Anwendung des Vergaberechts ausnimmt, jedoch nicht enthalten.

3. Anwendung von VOL/A oder VOF?

Anforderungen an die Vergabe von Beurkundungsaufträgen durch öffentliche Auftraggeber könnten sich aus den Bestimmungen der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) vom 18.11.2009 ergeben.

VOF und VOL sind zunächst voneinander abzugrenzen.

Während die VOL/A allgemein die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen regelt, beinhaltet die VOF Regelungen für die Vergabe von freiberuflichen Leistungen. Voraussetzung für die Vergabe von Dienstleistungen nach der VOF ist, dass Dienstleistungen im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht werden und Gegenstand der Dienstleistungen eine Aufgabe ist, deren Lösung nicht vorab

eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, § 1 Abs. 1 VOF. Zur Anwendbarkeit der VOF muss gemäß § 1 Abs. 2 VOF außerdem der geschätzte Auftragswert die Schwellenwerte für Dienstleistungen erreichen oder überschreiten.

Für Dienstleistungs- und Lieferaufträge beträgt der Schwellenwert seit dem 01.01.2010 193.000 €.

a) Schwellenwert

Gemäß § 3 Abs. 1 VgV ist bei der Berechnung des Auftragswertes von der geschätzten Gesamtvergütung auszugehen, wobei sich diese im Falle des Vorliegens gesetzlicher Gebühren- oder Honorarordnungen nach denselben bestimmt.

Da die hier fraglichen Einzelaufträge an Notare u.a. in der Regel unter dem Schwellenwert liegen werden, dürfte regelmäßig auf § 3 Abs. 4 VgV zurückzugreifen sein, um überhaupt in den Anwendungsbereich der VOF zu gelangen. Nach dieser Bestimmung ist der voraussichtliche Auftragswert bei „regelmäßig wiederkehrenden Aufträgen“ entweder nach dem tatsächlichen Gesamtwert entsprechender Aufträge für ähnliche Arten von Leistungen aus dem vorangegangenen Haushaltsjahr oder den vorangegangenen 12 Monaten zu berechnen; oder der voraussichtliche Auftragswert ist der geschätzte Gesamtwert der sich für die auf die erste Leistung folgenden 12 Monate bzw. für die gesamte Laufzeit ergibt.

Festzuhalten bleibt, dass es eine Einzelfallfrage bleibt, ob der Schwellenwert der VOF erreicht und damit deren sachlicher Anwendungsbereich eröffnet ist.

b) Freiberufliche Leistungen

Als freiberufliche Leistungen gelten nach § 18 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EStG die selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit, die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Vermessungsingenieure, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer, Steuerbevollmächtigten, Heilpraktiker, Dentisten, Krankengymnasten, Journalisten, Bildberichterstatler, Dolmetscher, Übersetzer, Lotsen und ähnlicher Berufe. Das Vergaberecht bedient sich dieser Aufzählung der freien Berufe aus dem EStG. Nachdem Notare dort ausdrücklich aufgeführt sind, gelten die von ihnen ausgeführten Tätigkeiten als freiberufliche Leistungen.

Die Vergabe von Beurkundungsaufträgen durch öffentliche Auftraggeber an Notare unterfällt demnach dem personellen Anwendungsbereich der VOF.

c) Aufgabe, deren Lösung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann

Die Notarleistungen und andere juristische Leistungen müssten zudem eine Aufgabe darstellen, deren Lösung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann. Nur in diesem Fall wäre auch der sachliche Anwendungsbereich der VOF eröffnet. Handelt es sich bei den Notarleistungen und anderen juristischen Leistungen demnach um freiberufliche Leistungen, die vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden können, findet ausschließlich die VOL/A Anwendung.

Das Kriterium, dass die Leistung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist, geht zurück auf Art. 30 Abs. 1 Buchstabe c) Vergabekoordinierungsrichtlinie (ehemals Art. 11 Abs. 2 lit. c DLR ("dass vertragliche Spezifikationen nicht hinreichend genau festgelegt werden können")) sowie auf den 24. Erwägungsgrund der - inzwischen aufgehobenen - DLR ("wenn die zu erbringende Leistung nicht ausreichend genau beschreibbar ist") - . Entscheidend für die Zulassung des Verhandlungsverfahrens nach der VOF ist demnach also, dass es sich um Dienstleistungen handelt, die vor Auftragsvergabe nicht hinreichend genau und erschöpfend beschreibbar sind, um im Rahmen der Bestimmungen eines offenen oder nichtoffenen Verfahrens vergeben werden zu können (insbesondere müsste der Auftraggeber hier im Stande sein, auf Grund seiner Leistungsbeschreibung ohne Verhandlungen einseitig den Zuschlag zu erteilen und somit den Vertrag mit einem Bieter zu schließen). Es handelt sich bei Art. 30 Abs. 1 Buchstabe c) Vergabekoordinierungsrichtlinie (ehemals Art. 11 Abs. 2 lit. c DLR) also um einen Ausnahmetatbestand des Verhandlungsverfahrens zum

Anwendungsbereich des Offenen bzw. nichtoffenen Verfahrens. Das Verhandlungsverfahren setzt aber generell voraus (also auch bei der Vergabe von freiberuflichen Leistungen), dass zwischen einem fachlich hinreichend erfahrenem Auftraggeber und einem fachkundigen Auftragnehmer vorab Gespräche und Verhandlungen hinsichtlich der zu erbringenden Leistung geführt werden müssen, um den Auftrag in der notwendigen Eindeutigkeit und Bestimmtheit erteilen zu können. Hierauf ist bei der Eingrenzung der Merkmale "nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar" (§§ 5 VgV, § 2 Abs. 2 VOF) abzustellen (Saarländisches OLG, Beschluss v. 20.09.2006 - Az.: 1 Verg 3/06; VK Südbayern, Beschluss v. 31.10.2002 - Az.: 42-10/02).

Eine im Vorhinein nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbare freiberufliche Leistung, die nach der VOF, und zwar grundsätzlich im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung zu vergeben ist (§ 5 Abs. 1 VOF), liegt vor, wenn eine geistig-schöpferische, planerische Leistung im Sinne der Lösung einer Aufgabe nachgefragt wird,

- deren Resultat im Voraus noch nicht feststeht bzw.
- deren Lösung sich erst durch die Leistung entwickelt bzw.
- ohne deren planerische Umsetzung/vorweggenommene Planung vorab eine eindeutige und erschöpfende Beschreibung nicht möglich ist bzw.
- zu deren Realisierung ein Beurteilungsspielraum gegeben ist.

Insbesondere wird es dabei um Fälle gehen, in denen das Ergebnis der Leistung das entscheidende ist (Werkvertrag); kommt es darauf an, dass der Dienstleistungserbringer in einer bestimmten Weise tätig wird (Dienstvertrag), wird sich die Art des Tätigwerdens oftmals genau beschreiben lassen. Es ist daher im Einzelfall festzustellen, ob die beauftragte Leistung der einen oder der anderen Kategorie zugehört (VK Saarland, Beschluss v. 19.05.2006 - Az.: 3 VK 03/2006; VK Südbayern, Beschluss v. 31.10.2002 - Az.: 42-10/02; im Ergebnis ebenso VK Brandenburg, Beschluss v. 23.11.2004 - Az.: VK 58/04).

Es kann kein scharfer, eindeutiger Trennstrich gezogen werden zwischen einer nicht beschreibbaren geistig-schöpferischen Lösung und einer bereits "gelösten" und nur noch auszuführenden Dienst- oder Werkleistung. Jede Leistungserbringung erfordert geistige und schöpferische Arbeit im Sinne einer eigenen Arbeitsorganisation, Arbeitstechnik, Anwendung fachlicher Regeln, Lösung von situationsbedingten Schwierigkeiten, so wie eine geistig-schöpferische Leistung in jedem einzukaufenden Produkt bereits verkörpert wird. Damit kann sich auch eine Leistungsbeschreibung im Leistungsbereich der "Lösung" nur mehr oder weniger annähern, aber - zumindest in der Regel - keine Durchführungsanordnung für jede Minute und jeden Handgriff darstellen. Haben sich daher bei der konkreten Aufgabe die Vorgaben des Auftraggebers der Lösung bereits soweit genähert, dass kein Raum für notwendige Verhandlungen verbleibt und hat der Auftragnehmer keinen kreativen Spielraum mehr, um erstmalig dem Auftraggeber etwa zu beachtende Anforderungen mit den dazu in Frage kommenden planerisch/technischen Lösungen zu benennen, besteht keine Veranlassung bzw. Notwendigkeit, die gewünschte Leistung unter Anwendung der Regelungen der VOF zu beschaffen (OLG München, Beschluss v. 28.04.2006 - Az.: Verg 6/06; VK Düsseldorf, Beschluss v. 30.9.2002 - Az.: VK - 26/2002 - L).

Die Leistungen des Notars beschränken sich regelmäßig nicht auf die bloße Beurkundung. Vielmehr können den Notar eine Vielzahl von weiteren Aufklärungs-, Belehrungs- und Prüfungspflichten treffen. Hierzu gehören z. B. die Identitätsprüfung, ggf. die Übersetzungspflicht bei mangelhaften Sprachkenntnissen eines Beteiligten (NJW-RR 2006, 196), die umfassende Aufklärung über den Sachverhalt und das Ansprechen regelungsbedürftiger Fragen. Dies gilt entsprechend für andere juristische Leistungen. Es bestehen daher erhebliche Zweifel daran, dass die Art des Tätigwerdens in jedem Fall genau beschreibbar ist. Dies unterliegt jedoch stets einer Einzelfallbetrachtung und kann nur anhand des konkreten Auftragsgegenstandes und dem damit verbundenen Sachverhalt ermittelt werden.

d) Zwischenergebnis

Die Notarleistungen und andere juristische Leistungen stellen eine freiberufliche Tätigkeit im Sinne der VOF dar. In sachlicher Hinsicht kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Beurkundungstätigkeiten des Notars und entsprechend andere juristische Leistungen einer vorab eindeutigen und erschöpfenden Beschreibung zumindest fallweise nicht zugänglich sind. Der Anwendungsbereich der VOL/A wäre dann nicht eröffnet.

Für Vergabeverfahren ab Erreichen des maßgeblichen EU-Schwellenwertes von derzeit 193.000,00 € käme in diesem Fall lediglich die VOF als einschlägige Verdingungsordnung zur Anwendung. Ist im Einzelfall von einer vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Leistung auszugehen, sind die Notarleistungen und andere juristische Leistungen nach den Regelungen der VOL/A zu vergeben.

4. Leistungen nach Anhang I Teil B

Zu erörtern ist ferner, ob der AG zur Anwendung sämtlicher Vorschriften der VOF bzw. der VOL/A, im Bereich der EU-weiten Vergabe, verpflichtet ist. Eine nur eingeschränkte Anwendung könnte sich aus § 1 Abs. 3 VOF bzw. § 1 EG Abs. 3 VOL/A ergeben. Danach gelten für die in Anhang I Teil B genannten Dienstleistungen nur § 6 Abs. 2 bis 7 und § 14 VOF für den Anwendungsbereich der VOF und § 4 Abs. 4 VgV für den Anwendungsbereich der VOL/A.

Soweit es sich um eine vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbare Leistung handelt, wäre der AG zur Einhaltung der maßgeblichen Regelungen zur Aufgabenbeschreibung, insbesondere im Hinblick auf die technischen Anforderungen und die Beachtung des Gebots der produktneutralen Beschreibung (§ 6 Abs. 2-7 VOF), und zur Einhaltung der Informations- und Bekanntmachungspflichten (§ 14 VOF) über vergebene Aufträge verpflichtet.

Handelt es sich um eine der VOL/A unterfallende Leistung, gelten lediglich § 8 EG (Leistungsbeschreibung, Technische Anforderungen), § 15 EG Abs. 10 (Benennung der Nachprüfungsstelle) und § 23 EG VOL/A (Bekanntmachung über Auftragserteilung) sowie die Regelungen des 1. Abschnitts der VOL/A. Der AG wäre dann zur Durchführung eines nur nationalen Vergabeverfahrens verpflichtet, unter Berücksichtigung der §§ 8 EG, 15 EG Abs. 10 und 23 EG VOL/A, welches einer Nachprüfung durch die Vergabekammern zugänglich wäre.

Die Anhänge I Teil A und Teil B enthalten eine Aufzählung einzelner Tätigkeiten. Bei den in Anhang I Teil B aufgeführten Tätigkeiten handelt es sich um solche, bei denen aufgrund der Eigenart der Leistung mit einem europaweiten Wettbewerb regelmäßig nicht zu rechnen ist. Hinsichtlich dieser Tätigkeiten besteht eine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens daher nicht.

Anhang I Teil A enthält keine Notarleistungen. Diese könnten demnach unter Anhang I Teil B fallen, wenn es sich um Leistungen der Rechtsberatung (Kategorie 21) handelt. Unter Rechtsberatung sind in erster Linie die anwaltlichen Beratungsleistungen zu fassen. Nach seitens der 1. Vergabekammer des Bundes vertretener Auffassung werden von Kategorie 21 auch mit der Rechtsberatung verbundene Tätigkeiten wie Beurkundungsleistungen umfasst (vgl. 1. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 05.02.2009, Az.: VK 1-186/08). Folgt man dieser Ansicht ergibt sich daraus, dass auf die Vergabe von Notarleistungen im Bereich der VOF lediglich § 6 Abs.2 bis 7 sowie § 14 VOF Anwendung finden.

Selbst wenn man die Notarleistungen nicht als Rechtsberatung gemäß Kategorie 21 des Anhangs I Teil B erachten würde, wären diese jedenfalls als „sonstige Dienstleistungen“ nach Kategorie 27 Anhang I Teil B zu qualifizieren. Auch in diesem Fall fände die VOF nur eingeschränkt Anwendung und die VOL/A lediglich in ihrem 1. Abschnitt sowie die §§ 8 EG, 15 EG Abs. 10 und 23 EG des 2. Abschnitts.

5. Zwischenergebnis

Aus den Bestimmungen der VOF ergibt sich keine Pflicht für öffentliche Auftraggeber, vor der Vergabe von Beurkundungsaufträgen ein Vergabeverfahren durchzuführen. Selbst wenn der Auftrag im Einzelfall den durch die VOF vorgegebenen Schwellenwert erreicht, begründet die VOF für den

öffentlichen Auftraggeber lediglich (nachträgliche) bestimmte Dokumentations- und Informationspflichten.

Ist die VOL/A einschlägig, so kann sich der Auftraggeber auf die Durchführung eines nur nationalen Vergabeverfahrens – unter Einhaltung der §§ 8 EG, 15 EG Abs. 10, 23 EG VOL/A – beschränken.

III. Beachtung der allgemeinen Grundsätze des EU-Rechts

1. Allgemeines

Die nur begrenzte Anwendung der VOF im Bereich europaweiter Vergabeverfahren ist indes nicht dahingehend zu verstehen, dass der AG ohne Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens die Leistungen vergeben darf.

So hat der Europäische Gerichtshof im Zusammenhang mit Dienstleistungskonzessionsverträgen, welche nicht dem Vergaberecht unterliegen, ausgeführt, dass die Grundregeln des EG-Vertrags im allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im besonderen zu beachten sind und dass die Nachprüfung ermöglicht wird, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden (EuGH, Urteil v. 15.10.2009 - Az.: C-196/08; Urteil v. 10.09.2009 - Az.: C-206/08; Urteil v. 10.09.2009 - Az.: C-573/07; Urteil v. 13.11.2008 - Az.: C-324/07). Der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit schließen insbesondere eine Verpflichtung zur Transparenz ein, damit die konzessionserteilende öffentliche Stelle feststellen kann, ob sie beachtet worden sind. Diese der genannten Stelle obliegende Transparenzpflicht besteht darin, dass zugunsten der potenziellen Bieter ein angemessener Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen ist, der die Dienstleistungskonzession dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind. Grundsätzlich entspricht das völlige Fehlen einer Ausschreibung im Fall der Vergabe einer öffentlichen Dienstleistungskonzession weder den Anforderungen der Art. 43 EG (Art. 49 AEUV) und 49 EG (Art. 59 AEUV) noch den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz. Aus Artikel 86 Absatz 1 EG (Art. 106 AEUV) folgt außerdem, dass die Mitgliedstaaten keine nationalen Rechtsvorschriften fortgelten lassen dürfen, die die Vergabe öffentlicher Dienstleistungskonzessionen ohne Ausschreibung ermöglichen, da eine solche Vergabe gegen die Artikel 43 EG oder 49 EG oder gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz verstößt (EuGH, Urteil v. 15.10.2009 - Az.: C-196/08; Urteil v. 06.04.2006 - Az.: C-410/04; Urteil v. 21.07.2005 - Az.: C-231/03; OLG München, Beschluss v. 02.07.2009 - Az.: Verg 5/09; VG Köln, Urteil v. 16.10.2008 - Az.: 1 K 4507/08; VG Münster, Beschluss v. 09.03.2007 - Az.: 1 L 64/07).

Der Anwendung dieser gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze steht nicht entgegen, dass z. B. alle Beteiligten ihren Sitz bzw. Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland haben, es sich also um eine rein nationale Streitsituation handelt. Allein hierdurch ist der für die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts erforderliche grenzüberschreitende Bezug nicht ausgeschlossen. Vielmehr weist ein Streit um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession schon dann einen grenzüberschreitenden Bezug auf, wenn es sich nicht ausschließen lässt, dass auch in anderen Mitgliedstaaten ansässige Unternehmen an der Erbringung der betreffenden Dienstleistung interessiert sind. Dabei ist diese Binnenmarktrelevanz im Hinblick auf Dienstleistungskonzessionen

zwar zu verneinen, wenn wegen besonderer Umstände wie beispielsweise einer sehr geringen wirtschaftlichen Bedeutung vernünftigerweise angenommen werden kann, dass ein Unternehmen, das in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist, kein Interesse an der in Rede stehenden Konzession hat und die Auswirkungen auf die betreffenden Grundfreiheiten daher zu zufällig und zu mittelbar sind, als dass auf eine Verletzung dieser Freiheiten geschlossen werden könnte (VG Münster, Beschluss v. 09.03.2007 - Az.: 1 L 64/07).

Die Erwägungen, nach denen die allgemeinen Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz auch bei der Beauftragung einer Dienstleistungskonzession Anwendung finden, sind gleichermaßen auf solche Beschaffungsvorgänge öffentlicher Auftraggeber anzuwenden, welche aus anderen Gründen einer Anwendbarkeit des Vergaberechts bzw. einer nur eingeschränkten Anwendung der vergaberechtlichen Vorschriften unterworfen sind.

Der AG hat die Notarleistungen und andere juristische Leistungen mithin stets unter Beachtung dieser allgemeinen Grundsätze zu vergeben. Dies gilt sowohl im Rahmen oberhalb der maßgeblichen Schwellenwerte als auch im Bereich der nationalen Vergabe.

2. Zwischenergebnis

Eine Pflicht des öffentlichen Auftraggebers zur Einhaltung der allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz gilt auch dann, wenn aufgrund der Unterschreitung des maßgeblichen Schwellenwertes die VOF keine Anwendung findet oder diese aufgrund der Eigenart der Leistung (Anhang I Teil B) die VOF nur eingeschränkt anzuwenden ist. Die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur Einhaltung der allgemeinen Grundsätze ergibt sich hierbei aus den einschlägigen Vorschriften des EU-Primärrechts, insbesondere den Artikeln 49, 59, 106 AEUV.

IV. Rechtliche Auswirkungen

Lässt der öffentliche Auftraggeber die vergaberechtlichen Vorschriften unberücksichtigt, z. B. durch Direktvergabe der notariellen Beurkundungsleistungen an einen Notar ohne Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens, obwohl er zur Durchführung eines Vergabeverfahrens verpflichtet gewesen wäre, kann dies verschiedene Folgen haben.

1. Primärrechtsschutz

a) EU-Vergabe

Gemäß § 1 Abs. 3 VOF gelten bei Dienstleistungen des Anhangs I Teil B nur § 6 Abs. 2 bis 7 und § 14 VOF. Eine Verpflichtung zur Anwendung der übrigen Vorschriften der VOF ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, wohl aber, wie bereits aufgezeigt, zur Einhaltung der allgemeinen Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz. Überdies finden auch die §§ 97 ff. GWB uneingeschränkt Anwendung.

Hiervon umfasst ist auch die Warte- und Informationspflicht gemäß § 101a GW Beschluss Danach hat der Auftraggeber die betroffenen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich in Textform zu informieren. Dies gilt auch für Bewerber, denen keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt wurde, bevor die Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter ergangen ist. Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information nach den Sätzen 1 und 2 geschlossen werden. Wird die Information per Fax oder auf elektronischem Weg versendet, verkürzt sich die Frist auf zehn Kalendertage. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber; auf den Tag des Zugangs beim betroffenen Bieter und Bewerber kommt es nicht an.

Ein Verstoß gegen § 101a GWB führt zur (schwebenden) Unwirksamkeit des Vertrages nach § 101b Abs. 1 Nr. 1 GW Beschluss Ein Vertrag ist gemäß § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB auch dann von Anfang an unwirksam, wenn der Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen erteilt, ohne andere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen und ohne dass dafür eine Ermächtigungsgrundlage besteht (d.h. ohne dass dies auf Grund Gesetzes gestattet ist) und dieser Verstoß bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist. Die Unwirksamkeit kann nur festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht worden ist, § 101b Abs. 2 GW Beschluss

Nach der zweiten Voraussetzung ist der Vertrag somit nur dann unwirksam, wenn ein Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist. Diese Neuregelung stellt einen erheblichen Unterschied zu der bisherigen Rechtslage dar, welche die Nichtigkeit des Vertrags unabhängig von ihrer Geltendmachung oder Feststellung zur Folge hatte. Der Gesetzgeber hat sich dazu entschlossen, die Nichtigkeitsfolge durch die „schwebende Unwirksamkeit des Vertrags“ zu ersetzen, da er eine aufschiebende oder auflösende Bedingung als sachgerechter erachtet. Obschon der Gesetzgeber von

der Einführung einer „schwebenden Unwirksamkeit“ bzw. einer „aufschiebenden Bedingung“ spricht, hat die Neuregelung eine solche nicht zum Inhalt. Bei Lichte betrachtet wird der geschlossene Vertrag zunächst wirksam. Erst die Feststellung eines Verstoßes macht ihn von Anfang an (ex tunc) unwirksam. Somit kann allenfalls von „schwebender Wirksamkeit“, nicht aber von schwebender Unwirksamkeit gesprochen werden. Für die Zeit des „Schwebezustands“ führt dies nicht unbedingt zu Problemen im Rahmen der Leistungsbeziehungen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und seinem Vertragspartner, dem erfolgreichen Bieter, da die beiderseitigen Leistungspflichten zunächst - trotz einer möglicherweise drohenden Unwirksamkeit von Anfang an - voll bestehen. Die Rechtsunsicherheit der Vertragsparteien ob des Schwebezustands wird zeitlich begrenzt. So beträgt die absolute Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit sechs Monate nach Abschluss des Vertrags.

Unabhängig von einer Bekanntmachung reduziert sich die Sechs-Monats-Frist auf 30 Kalendertage, sobald der Bieter Kenntnis von einem Verstoß erlangt hat.

b) Nationale Vergabe

Bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte ist diese Rechtsfolge bislang nicht vorgesehen. Darauf hinzuweisen ist jedoch, dass für nationale Vergabeverfahren bereits mehrfach entschieden worden ist, dass ein Bieter die Untersagung der Zuschlagserteilung im Wege einer einstweiligen Verfügung erwirken kann. Ein Kläger oder Antragsteller im einstweiligen Rechtsschutz hat insoweit regelmäßig den Anspruch darauf, dass sich die Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit mit seinem Anliegen befassen und es sachlich bescheiden.

Genauso liegt der Fall bei Ausschreibung und Vergabe öffentlicher Aufträge. Ein Verfügungskläger kann für sich in Anspruch nehmen, dass die von ihm beanstandete Vergabep Praxis für Ausschreibungen öffentlicher Aufträge einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen wird. Dieser Überzeugung steht auch nicht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entgegen. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall. Dessen ständige Judikatur ist dadurch gekennzeichnet, dass es den hohen Verfassungsrang genießenden, effektiven gerichtlichen Rechtsschutz in jedem möglichen Zusammenhang mit dem Tätigwerden staatlicher Organe und dessen Bedeutung für die effektive Wahrnehmung und Wirkung grundrechtlicher geschützter Interessen betont. In diesem Kontext ist auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13.06.2006 (BVerfGE 116, 135-163) zu sehen. Mit der Bestätigung des (besonderen verfahrensrechtlichen) Primärrechtsschutzes (§§ 102 ff. GWB) gegen Entscheidungen der Vergabestelle für Aufträge oberhalb des Schwellenwerts hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt, dass es weder einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG noch gegen den allgemeinen Justizgewährungsanspruch darstellt, wenn der Gesetzgeber im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit für Vergabeverfahren unterhalb des Schwellenwerts kein besonderes Rechtsschutzsystem zur Verfügung stellt. Das BVerfG führt in diesem Zusammenhang wörtlich aus: "Dagegen bleibt ein Unternehmen, das gegen eine Vergabeentscheidung unterhalb der Schwellenwerte vorgehen will, auf die allgemeinen Rechtsschutzmöglichkeiten verwiesen." Von daher kann es keinen ernsthaften Zweifeln unterliegen, dass die Vergabeverfahren für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte - auch bereits vor der Zuschlagserteilung - voll gerichtlich überprüfbar sind (LG Cottbus, Urteil v. 24.10.2007 - Az.: 5 O 99/07; im Ergebnis ebenso OLG Brandenburg, Beschluss v. 02.10.2008 - Az.: 12 U 91/08; Beschluss v. 29.05.2008 - Az.: 12 U 235/07; Beschluss v. 17.12.2007 - Az.: 13 W 79/07; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.01.2010 - Az.: I-27 U 1/09; OLG Hamm, Urteil v. 12.02.2008 - Az.: 4 U 190/07; LG Landshut, Urteil v. 11.12.2007 - Az.: 73 O 2576/07; LG Frankfurt (Oder), Urteil v. 14.11.2007 - Az.: 13 O 360/07; LG Arnsberg, Urteil v. 19.10.2007 - Az.: 8 O 134/07).

2. Sekundärrechtsschutz

Neben den Möglichkeiten des Primärrechtsschutzes besteht im Falle des Verstoßes gegen vergaberechtliche Vorschriften bzw. der unzulässigen Nichtanwendung das Risiko des Auftraggebers, sich möglichen Schadensersatzansprüchen anderer Notare aus vorvertraglicher Pflichtverletzung auszusetzen.

Aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung entsteht ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis (BGH, Urteil v. 10.09.2009 - Az.: VII ZR 152/08; OLG Celle, Urteil v. 25.06.2008 - Az.: 14 U 14/08; OLG Zweibrücken, Urteil v. 24.01.2008 - Az.: 6 U 25/06), das bei Verletzung der Ausschreibungsregeln und -bedingungen zu einem Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss führen kann, wenn der Bieter in seinem Vertrauen enttäuscht wird, das Vergabeverfahren werde nach den maßgeblichen Bestimmungen der Verdingungsordnungen abgewickelt (BGH, Urteil v. 11.03.2008 - Az.: X ZR 134/05).

Dabei sind die Anspruchsteller verpflichtet, die zu ihren Gunsten sprechenden anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen. Sie müssen darlegen und beweisen, dass sie mit ihrem Angebot eine reelle Chance, den Auftrag zu erhalten, gehabt hätten. Dies wird häufig mit großen tatsächlichen Schwierigkeiten verbunden sein.

V. Ergebnis/Empfehlung zum richtigen Vorgehen

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass einiges dafür spricht, die notariellen Beurkundungsleistungen und andere juristische Leistungen als öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB zu qualifizieren. Eine grundsätzliche Vergabepflichtigkeit dieser Leistungen ist daher zu bejahen.

Eine abschließende Aussage darüber, ob es sich bei den notariellen Beurkundungsleistungen stets um solche handelt, die vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden können, kann nicht getroffen werden. Es erscheint jedoch vertretbar, jedenfalls teilweise, eine vorab nicht eindeutige und erschöpfende Beschreibung anzunehmen. Als Begründung wäre auf die regelmäßig sehr umfassenden Aufklärungs-Betreuungs- und Prüfungspflichten des Notars abzustellen, die vorab nicht abschließend definiert werden können. Im Übrigen ist auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen.

Bei den Beurkundungsleistungen des Notars und andere juristische Leistungen handelt es sich um Leistungen nach dem Anhang I Teil B der VOF bzw. VOL/A. Für den Bereich der VOF gilt insoweit lediglich eine beschränkte Anwendungspflicht der VOF. Der Auftraggeber ist jedoch verpflichtet die Beurkundungsleistungen unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz zu vergeben.

Soweit die Voraussetzungen für die Anwendung der VOL/A vorliegen, hat der Auftraggeber gemäß den Regelungen des 1. Abschnitts der VOL/A sowie den §§ 8 EG, 15 EG Abs. 10 und 23 EG VOL/A die Leistungen zu vergeben.

Wird der maßgebliche EU-Schwellenwert unterschritten, findet der 1. Abschnitt der VOL/A Anwendung, wenn die Leistung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann. Andernfalls hat der Auftraggeber die Beurkundungsleistungen so zu vergeben, dass die allgemeinen Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz angemessen berücksichtigt werden.

Von einer Direktvergabe an einen Notar o.ä., ohne Erzeugung eines fairen, gleichbehandelnden und transparenten Wettbewerbs ist daher abzuraten.

Für den Bereich der nationalen Vergabeverfahren besteht ebenfalls ein gewisses Risiko, dass sich ein anderer Notar im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine beabsichtigte Direktvergabe wendet. Die Anforderungen an die Darlegung und Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs sind jedoch anerkanntermaßen hoch.

Auch im Hinblick auf mögliche Schadensersatzansprüche erscheint das Risiko für den Auftraggeber, jedenfalls für den Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte, eher gering. Auch hier trifft den Anspruchsteller regelmäßig die umfassende Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er eine echte Chance auf Beauftragung der Beurkundungsleistungen o.ä. gehabt hätte.

Dennoch erscheint es zweckmäßig, einen gewissen Wettbewerb zwischen den Notaren u.a. zu erzeugen.