

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Vergaberecht - Nun steht es fest: Kein Verwaltungsrechtsweg für Bieter unterhalb der Schwellenwerte

Die öffentliche Hand beschafft Waren, Bau- und Dienstleistungen nach umfangreichen vergaberechtlichen Vorgaben. Bei Aufträgen, die bestimmte Schwellenwerte erreichen oder überschreiten ist im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) eine Nachprüfung der Vergabep Praxis durch Vergabekammern und auf sofortige Beschwerde hin durch das für die Vergabekammer zuständige Oberlandesgericht vorgesehen. Die Schwellenwerte betragen z.B. für Liefer- und Dienstleistungsverträge in der Regel 211.000 ? und für Bauaufträge 5.278.000.

Das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig hat mit einem aktuellen Beschluss vom 2. Mai 2007 (6 B 10.07) entschieden, dass klagenden Bietern, die sich durch die Vergabep Praxis diskriminiert sehen, unterhalb der Schwellenwerte nicht der Verwaltungsrechtsweg offen steht.

Die Entscheidung beruht auf der Erwägung, dass öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen trotz ihrer öffentlich-rechtlichen Bindungen wie jeder andere Auftraggeber als Nachfrager am Markt auftreten. Somit bewege sich die öffentliche Hand bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in aller Regel auf dem Boden des Privatrechts. Für Streitigkeiten über die hierbei vorzunehmende Auswahl unter den Bietern sei daher nicht der Verwaltungsrechtsweg, sondern der Rechtsweg zu den Zivilgerichten gegeben.

1. Hintergrund der Entscheidung

Eine Zeit lang schien im Vergaberecht alles klar. Einhellig gingen alle Vergaberechtler davon aus, dass das Vergaberecht insgesamt dem Privatrecht unterliegt. Eine Ausnahme hiervon macht lediglich der 4. Teil des Kartellrecht, das GWB (§§ 97 ff. GWB). Nach diesen Vorschriften wird nach dem Willen des Gesetzgebers ein eigenständiger ausschließlicher Rechtsweg vor den Verwaltungsgerichten für die Überprüfung vergaberechtlicher Entscheidungen festgelegt. Hierbei handelt es sich um Aufträge von öffentlichen Auftraggebern im Sinne von § 98 GWB, deren Auftragswert gemäß § 100 I GWB die Schwellenwerte überschreiten und die nicht die Ausnahmetatbestände des § 100 II GWB erfüllen. Für die anderen Aufträge stand lediglich der Rechtsweg zu den Zivilgerichten offen. Und damit herrschte für diese Aufträge faktisch ein rechtsfreier Raum.

Diese so eindeutige, aber aus Sicht der Bieter höchst unverständliche und diskriminierende Rechtspraxis

wurde zunehmend in Frage gestellt. So entschieden sich die Gerichte mal für und mal gegen den verwaltungsgerichtlichen Zugang.

2. Überblick über den rechtlichen Hintergrund der Fragestellung

Für Vergabepraktiker ist die Frage des Rechtswegs von erheblicher praktischer Bedeutung, denn, wie oben schon skizziert, ist der Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten wesentlich bieterfreundlicher als der Rechtsschutz vor den Zivilgerichten.

Um dies näher zu erläutern, wird im Folgenden kurz auf den Rechtsschutz der Bieter im Vergabewesen im Allgemeinen eingegangen. So spielen in der Diskussion über den Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen die Begriffe "Primärrechtsschutz" und "Sekundärrechtsschutz" als definitorisches Gegensatzpaar eine besondere Rolle:

- Primärrechtsschutz bedeutet die Existenz von und die Durchsetzungsmöglichkeit für Ansprüche auf eine bestimmte Verhaltensweise des Auftraggebers bei der Vertragsanbahnung und im Vergabeverfahren bis zum Abschluss des Vertrages. Der Zuschlag kann also verhindert werden.
- Sekundärrechtsschutz bedeutet die rechtlichen Auswirkungen, die sich zugunsten des im Vergabeverfahren falsch behandelten potenziellen Auftragnehmers ergeben oder in Gang gebracht werden können, wenn der Auftraggeber falsch gehandelt hat und seine Handlung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen irreversibel, also der Zuschlag nicht mehr vermeidbar ist. Der Bieter kann also Ersatz des entgangenen Gewinns fordern.

Vor den Zivilgerichten gibt es bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen keinen Primärrechtsschutz im beschriebenen Sinne. Die Vorstellung, dass mit der Vergabeentscheidung in einzelne Rechtspositionen eines interessierten Unternehmens eingegriffen wird, ist dem deutschen Rechtsdenken fremd geblieben. Das gilt auch für Unternehmen, die bereits am Vergabeverfahren beteiligt sind, sei es, dass sie sich auf eine Bekanntmachung hin als interessiert gemeldet haben (Bewerber), sei es, dass sie im Laufe eines Vergabeverfahrens ein Angebot abgegeben haben (Bieter). Wenn als Rechtsschutz nur der Schutz subjektiver Rechte angesehen wird, gibt es also im traditionellen deutschen Vergaberecht keinen primären Rechtsschutz.

Ein sekundärer Rechtsschutz ist denkbar aus zivilrechtlichen Gründen. Wenn der Auftraggeber z. B. nachweisbar gegen Vergabeprinzipien verstoßen hat, wäre ein Anspruch aus schuldhafter Pflichtverletzung bei Vertragsabwicklung denkbar. Denkbar ist auch ein deliktischer Anspruch aus § 823 Abs.1 BGB wegen eines schuldhaften Eingriffs in den Gewerbebetrieb des Bieters.

Ist aber das Verwaltungsrecht anwendbar, haben die Bieter nach § 97 Abs. 7 GWB Anspruch darauf, dass

der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält". Anspruchsberechtigt ist jedes "Unternehmen" im kartellrechtlichen Sinne, d.h. jede Person, die im Wirtschaftsverkehr auftritt. Anspruch bedeutet eigenes subjektives Recht, das wie jedes andere Recht gerichtlich durchsetzbar ist. Anspruchsinhalt ist die Berechtigung, von jedem öffentlichen Auftraggeber im Aktionsradius des Unternehmens verlangen zu können, dass er sich nach den für ihn geltenden Bestimmungen über die Verhaltens- und Vorgehensweise beim Einkauf richtet. Dieser Anspruch erfasst alle Vergabebestimmungen.

Im Verwaltungsprozess gilt zudem im Gegensatz zum Zivilgericht der Amtsermittlungsgrundsatz; auch haben die Beteiligten ein Recht auf Akteneinsicht. Bedenkt man, wie viele zunächst dürftige Nachprüfungsanträge erst im Rahmen der Akteneinsicht treffend begründet werden, wird verständlich, welches prozessuale Risiko ein generelles Akteneinsichtsrecht für die Auftraggeberschaft darstellt

3. Gerichte, die den Zugang zu den Verwaltungsgerichten auch unterhalb der Schwellenwerte eröffnen

Das Oberverwaltungsgericht Koblenz nahm diese Diskriminierung der Bieter zum Anlass und entschied sich als erstes Gericht in seiner viel beachteten Entscheidung dafür, den Verwaltungsrechtsweg auch unterhalb der Schwellenwerte und ohne Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 98, 100 GWB zu eröffnen (**Beschluss des OVG Koblenz vom 25.05.2005 - 7 B 10356/05** (siehe auch unser Beitrag "Ende des rechtsfreien Raumes bei Vergabe unterhalb der Schwellenwerte"). Das Vergaberecht habe, so das Gericht, nach der Zwei-Stufen-Theorie eine verwaltungsrechtliche und eine zivilrechtliche Seite. Die erste Stufe sei das eigenständige hoheitliche Entscheidungsverfahren des Auftraggebers, das zum Zuschlag führe. Die zweite Stufe sei der Zuschlag selbst. Er stelle zivilrechtlich die Annahme des Angebots des Auftragnehmers dar. Hierdurch werde ein privatrechtlicher Vertrag als Umsetzung der Zuschlagserteilung abgeschlossen. Die erste Stufe unterliege öffentlich-rechtlichen Bindungen und damit der verwaltungsrechtlichen Kontrolle. Zu den einheitlichen Bindungen gehörten die Richtlinien der VOL/A, auf die gem. §§ 55 der Landeshaushaltsordnungen und Bundeshaushaltsordnung Bezug genommen wird. Wenn die Sonderzuweisung zu den Vergabekammern und Senaten gem. § 100 GWB nicht vorliege, stehe dann aber der Rechtsweg zu den allgemeinen Verwaltungsgerichten gem. § 40 I VwGO offen.

Dieser Rechtsauffassung folgten das **OVG Nordrhein-Westfalen (Beschluss v. 11.08.2006 - 15 E 880/06)**, das OVG Sachsen (13.04.2006 - 2 E 270/05) und der VGH Hessen (20.12.2005 - 3 TG 3035/05).

4. Gerichte, die den Zugang zu den Verwaltungsgerichten unterhalb der Schwellenwerte nicht eröffnen

Im Gegensatz zu dieser Entscheidung stand die Entscheidung des **VGH Baden-Württemberg vom 30. 10. 2006 (6 S 1522/06 -Brückensanierung-)**. Damit folgt der VGH einer Reihe anderer Oberverwaltungsgerichten, die sich ebenfalls gegen den Verwaltungsrechtsweg ausgesprochen hatten. So hatte bereits auch das OVG Niedersachsen, 14.07.2006 - 7 OB105/06; das OVG Berlin-Brandenburg, 28.07.2006 - 1 L 59.06 und das OVG Berlin-Brandenburg (Beschluss v. 08.08.2006 - 6B 65.06) den Rechtsweg über die Verwaltungsgerichte unter den Schwellenwerten abgelehnt.

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) äußerte sich darüber hinaus im Juni 2006 zwar zum Rechtsweg aber grundsätzlich dazu, dass die Beschränkung des Rechtsschutzes nach dem GWB auf Vergaben oberhalb der Schwellenwerte verfassungsgemäß sei (Beschluss vom 13.06.2006 - 1 BvR 1160/03).

Es war nicht die Aufgabe des BVerfG zu entscheiden, ob der Verwaltungsrechtsweg auch unterhalb der Schwellenwerte offen steht. Aber die Entscheidung des Gerichts steht in unmittelbarem Zusammenhang mit dieser Frage. Denn das Gericht hatte zu entscheiden, ob es verfassungswidrig sei, den für EU-Vergaben geltenden Primärrechtsschutz (einschließlich der Vorabinformationspflicht des § 13 VgV) nur oberhalb der Schwellenwerte in Anspruch nehmen zu können.

Das Gericht sah keine Verletzung des Bieters in seinem Recht auf Justizgewährung aus Art. 20 Abs. 3 GG. Es betonte, dass Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte als "Massenphänomen" einzustufen sind. Würden hier stets bestimmte Verfahrensvorkehrungen getroffen werden, käme es zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Arbeit der Verwaltung. Ein wirtschaftliches Beschaffungswesen wäre dann kaum mehr möglich. Den Ausgleich mangelnden Primärrechtsschutzes sah das Gericht in der Möglichkeit der Geltendmachung etwaiger Schadensersatzansprüche vor den Zivilgerichten.

Die Entscheidung enthält damit eine Reihe genereller Aussagen, die eher die bisherige Lehre stützen, nach der enttäuschte Bieter im Unterschwellenbereich normalerweise nur Schadensersatz vor den Zivilgerichten geltend machen, nicht aber auf dem Verwaltungsgerichtsweg den Zuschlag verhindern können.

So betont das BVerfG auch, dass das Haushaltsrecht, aus dem sich die Pflicht zur Anwendung der Vergabevorschriften unterhalb der EU-Schwellen ergebe, nicht zum Schutz der Bieter diene, sondern ausschließlich dem Interesse der öffentlichen Hand an einer sparsamen und wirtschaftlichen Mittelverwendung. Auch der Hinweis des Gerichts auf das mögliche Missverhältnis von Kosten und Nutzen eines umfassenden Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich weist in diese Richtung.

5. Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts

Nun machte aber das Bundesverwaltungsgericht in seinem Beschluss vom 02.05.2006 allen Spekulationen ein Ende und stellte fest, dass der Verwaltungsrechtsweg bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen bzw. der Vergabeverordnung nicht eröffnet ist.

Das Gericht begründete seine Entscheidung im Wesentlichen mit der Feststellung, dass bei der Vergabe öffentlicher Aufträge der Staat als Nachfrager am Markt tätig wird, um einen Bedarf an bestimmten Gütern und Dienstleistungen zu decken. In dieser Rolle als Nachfrager unterscheidet er sich nicht grundlegend von anderen Marktteilnehmern.

Eine öffentlich-rechtliche Einordnung der Beziehungen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bietern lasse sich auch nicht durch Heranziehung der so genannten Zweistufentheorie erreichen. Die Zweistufentheorie sei nur dann zur rechtlichen Bewertung eines Vorgangs angemessen, wenn dieser durch eine Mehrphasigkeit der Aufgabenwahrnehmung gekennzeichnet sei. Das sei typischerweise dann der Fall, wenn die Entscheidung über das "Ob" einer öffentlichen Leistung etwa die Gewährung einer Subvention durch Verwaltungsakt erfolgt, während deren Abwicklung das "Wie" mittels eines privatrechtlichen Vertrages durchgeführt wird. Die Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags unterscheide sich hiervon jedoch wesentlich. Das Vergabeverfahren sei nämlich seiner Struktur nach gerade nicht zweistufig; vielmehr erfolgt die Entscheidung über die Auswahl zwischen mehreren Bietern im Regelfall unmittelbar durch den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages mit einem der Bieter durch den Zuschlag.

Hiernach fehle es an einem Anknüpfungspunkt für eine "erste Stufe", auf der eine nach öffentlichem Recht zu beurteilende selbstständige "Vergabeentscheidung" fallen könnte. Durch die Anwendung der Zweistufentheorie auf die Vergabe öffentlicher Aufträge würde vielmehr ein einheitlicher Vorgang künstlich in zwei Teile aufgespalten. Die öffentlich-rechtlichen Bindungen, vor allem die Bindung an den Gleichheitssatz, denen die öffentliche Hand bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unterliege zwingen nicht zur Annahme einer "ersten Stufe" bei der Auftragsvergabe in Form einer gesonderten "Vergabeentscheidung". Die öffentlich-rechtliche Überlagerung der privatrechtlichen Auftragsvergabe könne vielmehr ohne Weiteres nach den Grundsätzen des Verwaltungsprivatrechts bewältigt werden, indem die ordentlichen Gerichte über die Ergänzungen, Modifizierungen und Überlagerungen des Privatrechts durch öffentlich-rechtliche Bindungen mit zu entscheiden haben.

6. Fazit

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist von erheblicher Bedeutung, weil nun feststeht, dass unterhalb der Schwellenwerte der Primärrechtsschutz, also die Möglichkeit, den Zuschlag zu verhindern, in aller Regel nicht zu erlangen ist. Bieter, die diskriminiert und zu Unrecht von der Vergabe ausgeschlossen wurden, sind vielmehr auf die Geltendmachung evtl. Schadensersatzansprüche gegen den öffentlichen Auftraggeber verwiesen (Sekundärrechtsschutz).

Autor:

RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff

Rechtsanwältin