

## Aufträge von der öffentlichen Hand

Geminderter Rechtsschutz / Von Wolfgang Schmitz-Rode

DÜSSELDORF, 5. Juli. Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Beschluss vom 2. Mai 2007 die umstrittenen Fragen geklärt, auf welchem Rechtsweg die Vergabe von Aufträgen der öffentlichen Hand unterhalb der Schwellenwerte von 5,278 Millionen Euro bei Bauaufträgen und von 211.000 Euro bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen überprüft werden kann. Danach ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben (Aktenzeichen BVerwG 6 B 10.07). Diese scheinbar unspektakuläre, lediglich eine prozessuale Frage klärende Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts hat beachtliche Auswirkungen auf Art und Umfang des Rechtsschutzes in Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte. So sind alle öffentlichen Auftraggeber nach den Vergabe- und Verdingungsordnungen dazu verpflichtet, Waren, Bau- und Dienstleistungen im Wettbewerb zu beschaffen. Für Aufträge, die die Schwellenwerte erreichen oder übersteigen, ist im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) seit 1999 ein Rechtsschutzsystem vorgegeben, das eine Nachprüfung der Vergabeverfahren ermöglicht.

Die Kontrolldichte der zuständigen Vergabekammern und Oberlandesgerichte ist gesetzlich sehr umfassend ausgestaltet. So haben zum Beispiel die Vergabekammern den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen (§ 102 Abs. 1 Satz 1 GWB), und sie sind befugt, zur Beseitigung von Rechtsverletzungen „geeignete Maßnahmen“ zu treffen, um die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens wiederherzustellen (§ 114 Abs. 1 GWB). Das hat dazu geführt, dass zahlreiche Vergabeverfahren wegen Verletzung der Vergabegrundsätze durch die Vergabekammern oder die Oberlandesgerichte aufgehoben oder die Vergabestellen verpflichtet wurden, bestimmte Verhaltensweisen zu unterlassen.

Beim Rechtsschutz unterhalb der Schwellen muss vorab geklärt werden, ob die Auftragsvergabe als ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zu qualifizieren war oder als Privatrechtsverhältnis. Vor diesem Hintergrund haben Unternehmen in der Vergangenheit vor

den Verwaltungsgerichten Rechtsschutz gesucht. Mehrere Oberverwaltungsgerichte haben in neuerer Zeit entschieden, dass bei der Beschaffung in einer ersten Stufe ein öffentlich-rechtliches Vergabeverfahren eröffnet und abgeschlossen und erst auf der zweiten Ebene nach Abschluss dieses Verfahrens ein zivilrechtlicher Vertrag mit dem obsiegenden Bieter abgeschlossen werde. Für Rechtsfragen, die das Vergabeverfahren betreffen, sei daher Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten und für Rechtsfragen, die die Auslegung oder Anwendung des Vertrages zum Gegenstand haben, vor den Zivilgerichten zu suchen. Damit haben die Gerichte dann auch den Rechtsschutz eines Bieters über Artikel 3 Grundgesetz bejaht.

Dieser Argumentation der Verwaltungsgerichte ist mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. Mai die Grundlage entzogen. Weil das Gericht die Vergabe als einen einheitlichen Vorgang betrachtet, bewege sich – so der Senat – die öffentliche Hand bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in aller Regel auf dem Boden des Privatrechts, so dass für Streitigkeiten der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben sei. In der Konsequenz führt dies dazu, dass ein entsprechender Rechtsschutz bei Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte nicht mehr zu erlangen sein wird. Denn Zivilgerichte prüfen lediglich zivilrechtliche Grundlagen, nicht aber Grundrechtsverstöße. Ansprüche von Bietern eines Verfahrens, die sich in ihren Rechten verletzt sehen, nach dem Wettbewerbsrecht scheitern im Regelfall daran, dass die öffentliche Hand bei Vergaben unterhalb der Schwellen keine marktbeherrschende Stellung als Nachfrager haben dürfte. Einem Unterlassungsanspruch dürfte der Erfolg versagt bleiben, weil die öffentliche Hand nicht zu dem Zweck in den Wettbewerb eingreift, sich selbst Wettbewerbsvorteile zu verschaffen. Und Schadensersatzansprüche dürften regelmäßig an fehlender Kausalität scheitern.

Der Autor ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner bei Heuking Kühn Lüer Wojtek in Düsseldorf.