

Das Bundesverwaltungsgericht schränkt Rechtsschutz ein

Das Bundesverwaltungsgericht hat im Streit um den Rechtsschutz bei Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte ein Machtwort gesprochen. Mit Beschluss vom 2. Mai 2007 (Az. BVerwG 6 B 10.07) entschieden die obersten Verwaltungsrichter, dass die ordentlichen Gerichte zuständig sind. Rechtsanwalt Wolfgang Schmitz kommentiert.

Mit diesem Beschluss hat das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) die in letzter Zeit streitig gewordene Rechtsfrage, auf welchem Rechtsweg die Vergabe von Aufträgen der öffentlichen Hand unterhalb der so genannten Schwellenwerte (5,278 Mio. Euro bei Bauaufträgen und - von Ausnahmen abgesehen - 211.000 Euro bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen) überprüft werden kann, nunmehr abschließend geklärt. Danach sind für Streitigkeiten z.B. wegen der Auswahl unter den Bietern, des Ausschlusses von Bietern oder sonstiger Verfahrensrechte nicht die Verwaltungsgerichte, sondern die ordentlichen Gerichte zuständig (BVerwG Az. 6 B 10.07).

Scheinbar unspektakulär – beachtliche Auswirkungen

Diese auf den ersten Blick unspektakuläre, lediglich eine prozessuale Frage klärende Entscheidung des BVerwG hat beachtliche Auswirkungen auf den Rechtsschutz, der Bietern, die an einem Vergabeverfahren beteiligt sind, bei Auftragswerten unterhalb der Schwellenwerte zukünftig gewährt wird.

„Unterhalb der Schwellenwerte gibt es nur einen eingeschränkten Rechtsschutz.“

W. Schmitz-Rode



BILD: HEUKING

Alle öffentlichen Auftraggeber – seien es der Bund, ein Bundesland, Kommunen oder auch Stadtwerke sowie andere in privater Rechtsform geführte kommunale Unternehmen – sind nach den Vergabe- und Verdingungsordnungen verpflichtet, Waren, Bau- und Dienstleistungen im Wettbewerb und im Wege offener und transparenter Vergabeverfahren zu beschaffen. Für Aufträge, die die Schwellenwerte erreichen oder übersteigen, gilt seit 1999 das im 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vorgegebene Rechtsschutzsystem, das aufgrund europarechtlicher Vorgaben eingeführt wurde. Es ermöglicht eine Nachprüfung der Vergabeverfahren der öffentlichen Auftraggeber durch die Vergabekammern und in zweiter Instanz durch die zuständigen Vergabesenate der Oberlandesgerichte. Die Kontrollrechte der Vergabekammern und der Oberlandesgerichte ist gesetzlich sehr umfassend ausgestaltet. So haben etwa 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).

Damit bestanden und bestehen für einen Bieter eines Vergabeverfahrens so genannte Primärrechtsschutzmöglichkeiten, das heißt, der Bieter kann während des gesamten Vergabeverfahrens gerichtlich eine bestimmte Verhaltensweise des öffentlichen Auftraggebers durchsetzen. In der Praxis hat dies in den vergangenen Jahren dazu geführt, dass zahlreiche Vergabeverfahren wegen Verletzung der Vergabegrundsätze, wie beispielsweise des Gleichheitsgrundsatzes, des Transparenzgebots oder des Gebots, Bietern kein ungewöhnliches Wagnis aufzuerlegen, durch die Gerichte aufgehoben oder die Vergabestellen verpflichtet wurden, bestimmte Verhaltensweisen zu unterlassen. Dass neben dem Primärrechtsschutz Bietern auf sekundärer Ebene auch z.B. Schadenersatzansprüche bei einem rechtsfehlerhaften Verhalten der Auftraggeber zustehen, stellt der Gesetzgeber in § 104 Abs. 2 Satz 2 GWB klar.

Den Rechtsschutz bei Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte hat der Gesetzgeber bewusst nicht geregelt. Im traditionellen deutschen Rechtsverständnis gibt



Auch im Baubereich bleiben viele Aufträge unterhalb der Schwellenwerte.

Bild: BilderBox.com

es – von wenigen Ausnahmen abgesehen – grundsätzlich keinen spezifischen Primärrechtsschutz. Zur Beantwortung der Frage, welche Rechtsschutzmöglichkeiten für Bieter bei vermeintlichen Rechtsverstößen bei Auftragswerten unterhalb der Schwellenwerte bestehen, musste dementsprechend vorab geklärt werden, ob die Auftragsvergabe als ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis oder als ein privates Rechtsverhältnis zu qualifizieren war. Denn im Bereich des öffentlichen Rechts unterliegt die öffentliche Hand ganz anderen – strengeren – Vorgaben als im Privatrecht.

Öffentlich-Rechtlich – Geltung des Grundgesetzes

Vor diesem Hintergrund suchten Unternehmen in der Vergangenheit vor den Verwaltungsgerichten Rechtsschutz – mit dem Ziel, gestützt auf das Diskriminierungsverbot in Artikel 3 des Grundgesetzes (GG) doch noch Primärrechtsschutz zu erlangen. Denn zumindest über Art. 3 GG kämen, so der rechtliche Ansatz, den Vergabe- und Verdingungsordnungen als öffentlich-recht-

lichen Regelungen mittelbar Wirkungen auch für die Außenrechtsbeziehungen zwischen der Vergabestelle und einem Bieter zu.

Mehrere Oberverwaltungsgerichte, so z.B. in Nordrhein-Westfalen, in Rheinland-Pfalz oder in Sachsen, bejahten in neuerer Zeit das Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses bei der Auftragsvergabe und eröffneten damit den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten. Ihre Begründung: Dem öffentlichen Auftraggeber sind durch das Grundgesetz öffentlich-rechtliche Bindungen auferlegt. Bei der Beschaffung werde in einer ersten Stufe ein öffentlich-rechtliches Vergabeverfahren eröffnet und abgeschlossen. Erst auf der zweiten Ebene werde nach Abschluss dieses Verfahrens ein zivilrechtlicher Vertrag mit dem obsiegenden Bieter abgeschlossen („Zwei-Stufen-Theorie“). Für Rechtsfragen, die das Vergabeverfahren betreffen, sei daher Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten und für Rechtsfragen, die die Auslegung oder Anwendung des Vertrags zum Gegenstand haben, vor den Zivilgerichten zu suchen (z.B. OVG NRW, Beschluss vom 11. August 2006, Az. 15 E 880/06). Zugleich bejahten die Gerichte

dann auch den Primärrechtsschutz eines Bieters über Art. 3 GG.

Dieser Argumentation ist mit der jetzt ergangenen Entscheidung des BVerwG die Grundlage entzogen. Das Gericht betrachtet den Vergabevorgang als einen einheitlichen Vorgang, bei dem der öffentliche Auftraggeber wie jeder andere Auftraggeber auch als Nachfrager am Markt auftritt. Die öffentliche Hand bewege sich – so der Senat – bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in aller Regel auf dem Boden des Privatrechts, so dass für Streitigkeiten wegen z.B. der Auswahl unter den Bietern der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben sei.

Privatrechtliche Auftragsvergabe – nur zivilrechtliche Ansprüche

In der Konsequenz führt dies dazu, dass ein Primärrechtsschutz bei Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte nicht mehr zu erlangen sein wird. Denn die Zivilgerichte prüfen regelmäßig lediglich zivilrechtliche Grundlagen – etwa Ansprüche nach dem GWB, dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) oder nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB).

Ansprüche von Bietern nach dem GWB scheitern im Regelfall allerdings daran, dass die öffentliche Hand bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte keine marktbeherrschende Stellung als Nachfrager haben dürfte. Einem Unterlassungsanspruch nach dem UWG dürfte der Erfolg überwiegend versagt bleiben, weil die öffentliche Hand nicht zu dem Zweck in den Wettbewerb eingreift, sich selbst Wettbewerbsvorteile zu verschaffen. Schadenersatzansprüche beispielsweise nach den Bestimmungen des BGB – ohnehin nur auf sekundärer Ebene – dürften, sofern sie überhaupt Erfolgsaussichten haben, regelmäßig nur auf das so genannte negative Interesse beschränkt sein. Im Ergebnis besteht daher bei Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte nur in sehr eingeschränktem Maße ein effektiver Rechtsschutz. (ba)

Der Autor: Dr. Wolfgang Schmitz-Rode, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner bei Heuking Kühn Lüer Wojtek in Düsseldorf (www.heuking.de).