

1. Deutscher Baugerechtstag
Arbeitskreis II
Vergaberecht

Empfehlungen
Thesen

Empfehlungen des 1. Deutschen Baugerichtstag zum Vergaberecht

Thema:

Empfehlen sich gesetzliche Regelungen zum Rechtsschutz bei der Vergabe von Bauleistungen unterhalb der Schwellenwerte?

Empfehlung 1

Auch im Bereich unterhalb des sog. Schwellenwertes (zur Zeit EUR 5,0 Mio.) muss den am Auftrag interessierten Unternehmen im Bauvergabeverfahren durch den Gesetzgeber effektiver Rechtsschutz gewährt werden.

Empfehlung 2

Als Grenze des gewährten Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich ist keine Bagatellklausel durch den Gesetzgeber vorzusehen.

Empfehlung 3

Der Rechtsschutz soll nur gegenüber Auftraggebern der öffentlichen Hand, d.h. öffentliche Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 1 – 3 GWB bestehen.

Empfehlung 4

Der Rechtsschutz ist gem. §§ 102,116 und 124 II GWB zu gewähren.

Empfehlung 5

In Anlehnung an § 13 VgV muss der Auftraggeber die ihm bekannten, auftragsinteressierten Unternehmen, die unberücksichtigt bleiben sollen, vor Zuschlagerteilung über die maßgeblichen Gründe und die Identität des erfolgreichen Bieters informieren.

Empfehlung 6

Das Nachprüfungsverfahren sollte prinzipiell in Anlehnung an die §§ 107 ff. GWB mit kurzen Fristen und unter Einführung von Ausschlussfristen ausgestaltet werden.

Empfehlung 7

Gemäß § 97 VII GWB sollen auch im Unterschwellenbereich Unternehmen Anspruch darauf haben, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Die Basisparagrafen der VOB/A sind zu überarbeiten und zu straffen.

Thesen der Referenten des Arbeitskreises II beim 1. Deutschen Baugerichtstag

Thesenpapier des Referenten Dr. Fridhelm Marx

1. Die Fragen des Rechtsschutzes gegen Vergabeentscheidungen der öffentlichen Hand nehmen in der deutschen öffentlichen Diskussion einen weit höheren Stellenwert ein als die Fragen nach der effektiven Regelung des öffentlichen Auftragswesens. Es scheint wichtiger zu sein, dass jeder Bieter – und sei er mit seinem Angebot auch noch so weit von einem Auftrag entfernt – fair und gerecht behandelt wird und dass die bestehenden hoch komplizierten Vorschriften eingehalten werden, als dass das Ergebnis der ganzen Übung stimmt und effektiv und professionell eingekauft wird.

Dabei ist Rechtsschutz in dem Sinne, dass ein Betroffener auf der Basis eigener Ansprüche in ein laufendes Vergabeverfahren eingreifen und die staatliche Institution, die ihn falsch zu behandeln beabsichtigt, durch Gerichtsentscheidung zur Änderung ihrer Haltung zwingen kann ("Primärrechtsschutz"), in Deutschland etwas vergleichsweise Neues. Nach absolut herrschender Meinung war die Vorstellung, dass ein Privater Anspruch auf gerichtlichen Eingriff in laufende Einkaufsaktivitäten haben könnte, ein eher absurder Gedanke. Noch zu Beginn der 90er Jahre hat der Gesetzgeber unter dem Beifall fast der gesamten Fachöffentlichkeit die EU-Vergaberichtlinien, die wie selbstverständlich von einem entsprechenden Rechtsschutz ausgehen, eine Regelung getroffen, die gerade diesen Rechtsschutz ausschloss. Primärrechtsschutz im beschriebenen Sinne wurde in Deutschland erst eingeführt mit dem am 1. 1. 1999 in Kraft getretenen Vergaberechtsänderungsgesetz – allerdings nur für die Aufträge, auf die auch das spezielle richtlinieninduzierte materielle Vergaberecht anzuwenden ist. Bis dahin galt für alle Einkäufe der öffentlichen Hand, was bis heute nach der noch immer h.M. für alle nicht dem EU-Vergaberecht unterworfenen Aufträge angenommen wird:

1.1. Die Regeln des Vergaberechts haben keine Außenwirkung, so dass aus ihnen auch für Niemanden Rechte erwachsen, auf die man sich vor Gericht berufen und eine Verletzung geltend machen könnte.

1.2. Die Entscheidung über die Auftragserteilung (Zuschlag) wird nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt angesehen, sondern ausschließlich als zivilrechtlich zu qualifizierende Willenserklärung, mit der die Auswahl unter den vorliegenden Angeboten abschließend getroffen und (je nach Vergabeverfahren) zugleich das ausgewählte Angebot angenommen wird.

1.3. Die Rechtsbeziehungen, die durch den Abschluss eines Vertrages entstehen, sind privatrechtlicher Natur. Ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen Auftraggeber und Unternehmen, das Voraussetzung für einen Rechtsschutz im Verwaltungsgerichtsweg ist, liegt nicht vor

1.4. Im Laufe des Vergabeverfahrens begangene Fehler und Verstöße gegen die internen öffentlich-rechtlichen Bindungen sind als Verletzungen der Obliegenheiten unter potentiellen Vertragspartnern zu werten, die aus dem bei der Vertragsanbahnung entstehenden Vertrauensverhältnis erwachsen. Die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen, insbesondere Schadensersatzansprüche, sind selbstverständlich vor den Zivilgerichten geltend zu machen.

Diese in sich geschlossene dogmatische Vorstellung von der Auftragsvergabe führt im Ergebnis zu einer klaren Wertung unter den teilweise widerstreitenden Funktionen und Teilfunktionen der Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen: Klaren Vorrang hat danach die Effektivität der

Beschaffung. Der Gleichbehandlungsaspekt ist, so wichtig er auch sein mag, nur Randbedingung, nicht gleichberechtigte Hauptfunktion.

2. Gegenüber dieser lange Zeit gefestigten herrschenden Meinung hat in den letzten Jahren in der Literatur eine abweichende Meinung Boden gewonnen. Einer Reihe von Autoren reicht die Reduktion des Rechtsschutzes auf den – zugegebenermaßen in vielen Fällen unbefriedigenden und wenig hilfreichen – Sekundärrechtsschutz nicht mehr aus. Die Diskrepanz zwischen dem (Primär-)Rechtsschutzparadies ober- und der Wüste unterhalb der EU-Schwellen wird offenbar als untragbar groß empfunden. Hinzu kommt der vordergründig einleuchtende Appell an die Rechtsstaatlichkeit, der sich in der Formulierung ausdrückt, dass Verfassungsrecht (wie die Regelungen der Art. 3 Abs. 1 und Art. 9 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG) sich halt nicht in Geldbeträgen fassen lasse. Nicht immer wird in den Beiträgen, die tief von dieser Moral durchdrungen sind, präzise zwischen Rechtslage *de lege lata* und rechtspolitischer Zielsetzung unterschieden. Nicht immer wird dabei auch die einfache Funktion des Vergaberechtes ausreichend reflektiert.

Dennoch war es überraschend, dass das OVG Koblenz (VergabeR 2005, 478) die neue Auffassung vom Primärrechtsschutz in den Bereichen, in denen der Rechtsschutz des Vierten Teiles des GWB nicht greift, als erstes Obergericht unter Hinweis auf Art. 19 Abs. 4 GG vertreten und zugleich den Verwaltungsrechtsweg bejaht hat. Bei den Gründen für die von ihm vollzogene doch dramatische Kehrtwendung der Rechtsprechung lässt das Oberverwaltungsgericht die Fachöffentlichkeit nicht ganz so sehr im Ungewissen, wie dies der Europäische Gerichtshof in einschlägigen Fällen gemeinhin tut. Es weist immerhin auf Art. 19 Abs. 4 GG und darauf hin, dass das Vergabeverfahren im öffentlichen Auftragswesen zwei Herren zu dienen hat, den öffentlich-rechtlichen Anforderungen aus Budgetrecht und Grundgesetz einerseits und den zivilrechtlichen Anforderungen auf der anderen Seite. Die Einhaltung der auf der ersten Stufe bestehenden öffentlich-rechtlichen Bindungen müsse gemäß Art. 19 Abs. 4 GG vor den Verwaltungsgerichten eingefordert werden können. Leider hat das OVG Koblenz nicht etwa auf eine neue Analyse des Vergabevorganges verweisen können oder die verschiedenen Funktionen unserer Vergaberegeln neu bewertet. Es hatte, wie dies vielfach in unserem Zusammenhang geschieht, den Blick streng auf das Ergebnis gerichtet. Kurz darauf hat das VG Leipzig (VG Leipzig Beschluss 5 K 1018/05 v. 12.09.05; ihm folgend jetzt auch VG Potsdam und OVG Berlin-Brandenburg; dagegen hat das OVG Münster Verständnis für die "guten Gründe" des OVG Koblenz geäußert) die Dinge in dankenswerter Klarheit wieder auf die Füße gestellt.

3. *De lege lata* ist der Verwaltungsrechtsweg in der Tat durch keine Vorschrift und kein allgemein geltendes Prinzip eröffnet.

Denn das Vergabeverfahren ist auf nichts anderes gerichtet, als auf den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages. Zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den sich an der Ausschreibung beteiligenden Unternehmen bestehen ausschließlich privatrechtliche Beziehungen. Denn im Vergabeverfahren und mit der das Verfahren abschließenden Entscheidung agiert der Staat gerade nicht als Hoheitsträger, der eine Leistung rekrutiert, sondern ebenso wie jeder Andere, der auf den Märkten einkauft und gezwungen ist, ein Angebot auszuwählen, bevor er einen Kaufvertrag abschließt. Diesen in der Realität einheitlichen und geschlossenen Vorgang in zwei Teile aufzuteilen, hieße eine künstliche Aufteilung vorzunehmen. Es ist eben gerade nicht so, dass der öffentliche Auftraggeber ein öffentlich-rechtliches Verfahren ablaufen lässt, um unter Berücksichtigung aller öffentlich-rechtlichen Bindungen Angebote für eine Beschaffung zu erhalten, und dieses Verfahren mit einem den einzelnen Beschaffungsfall regelnden "Verwaltungs"akt abzuschließen. Er schließt dieses Verfahren mit einem zivilrechtlichen Vertrag ab. Soweit dem Staat zugestanden wird, sich an den Märkten wie jeder Andere zu verhalten, und solange er nicht durch den Gesetzgeber ausdrücklich zu einer Zweiteilung seines Beschaffungsverhaltens ge-

zwungen wird, hat die vom OVG Koblenz angenommene Zweistufigkeit keine reale Grundlage. Das ergibt sich nicht zuletzt auch aus der Regelung des § 13 VgV. Hätte der Gesetzgeber eine entsprechende Zweistufigkeit mit Unterteilung nach öffentlich-rechtlichem Verfahren unter Einschluss der Entscheidung über den Zuschlag und zivilrechtlichem Vertragsabschluss machen wollen, hätte er nicht nur die Information über die Zuschlagsabsicht an das Ende des Vergabeverfahrens gestellt.

Dem steht nicht entgegen, dass der Staat durch mehr oder weniger stringente Regeln bei seiner Auswahlentscheidung an öffentlich-rechtliche Vorschriften gebunden ist. Die Durchsetzung dieser Bindung kann durchaus auf sehr unterschiedliche Weise erfolgen. Dass dies außerhalb des Anwendungsbereichs des GWB eben nicht durch einen besonderen Anspruch der Unternehmen auf Einhaltung der Vergaberegeln geschehen soll, ergibt sich auch aus einem Umkehrschluss aus § 97 Abs. 7 GWB. Einer ausdrücklichen Regelung dieses Anspruchs hätte es nicht bedurft, wenn er sich ohnehin aus allgemeinem öffentlichem Recht ergäbe.

4. Wir sind auch weder durch Verfassungsrecht noch durch EU-Recht gezwungen, einen über die Vorschriften des Zivil- und des Zivilprozessrechtes hinausgehenden Primärrechtsschutz in dem eingangs beschriebenen Sinne einzuführen. Dass der Gleichbehandlungsgrundsatz oder das Grundrecht der Berufsfreiheit oder die Freiheiten des EU-Vertrages verlangten, eine Regelung einzuführen, wie sie für die Aufträge oberhalb der EU-Schwellen in § 13 VgV getroffen wurde, ist nicht ersichtlich.

Thesenpapier des Referenten Prof. Dr. Meinrad Dreher, LL.M.

1. Bei der Frage nach dem Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte ist zwischen den Bereichen de lege lata und de lege ferenda zu unterscheiden.

2. De lege lata klaffen der rechtlich gebotene Rechtsschutz und der derzeit rechtlich mögliche Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte deutlich auseinander.

3. Das deutsche Recht bietet bisher keinen effektiven Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte. Zwar stellt die Schwellenwertregelung als solche keinen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG dar. Jedoch liegt in der weitgehenden Rechtsschutzverweigerung im Bereich der Durchsetzung unmittelbar geltender Grundrechte aus Art. 9 Abs. 3 und Art. 3 GG bzw. der Grundrechte überhaupt im Falle der – zum Teil noch bestrittenen – Fiskalgeltung der Grundrechte ein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG. Daraus und aus der bisher nur fragmentarischen Rechtsschutzgewähr durch einzelne Zivil- und Verwaltungsgerichte auf ungesicherten rechtlichen Grundlagen leitet sich zugleich ein Regelungsauftrag an den Gesetzgeber ab, für einen effektiven vergaberechtlichen Primärrechtsschutz auch unterhalb der Schwellenwerte zu sorgen.

4. Das europäische Primärrecht gilt unterschiedslos unterhalb wie oberhalb der vergaberechtlichen Schwellenwerte. Es begründet vielfach subjektive Rechte. Für deren Durchsetzung fehlt allerdings ein entsprechender Rechtsweg im nationalen Recht. Unterhalb der Schwellenwerte hat die Berufung auf unmittelbar geltendes Europarecht bisher noch einen weitgehend experimentellen Charakter. Auch aus europarechtlicher Sicht ist die Einführung von Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte infolgedessen geboten. Dafür gelten nach dem EuGH die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität.

5. De lege ferenda ist der effektive Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte nicht nur rechtlich erforderlich, sondern auch sachlich geboten. Denn die Beschränkung des Rechtsschutzes auf Vergaben oberhalb der Schwellenwerte führt zu einem unnötig unterschiedlichen und unnötig

komplexen sowie intransparenten Rechtsschutzsystem. Dies gilt gerade für den Bereich der Bauaufträge, in dem nur ca. 2 % aller Aufträge die Schwellenwerte überschreiten und mittelständische Unternehmen als Auftragnehmer eine besondere Bedeutung haben.

6. Bei der Ausgestaltung des de lege ferenda unterhalb der Schwellenwerte gebotenen effektiven Rechtsschutzes stehen dem Gesetzgeber im Grundsatz die drei folgenden Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung:

- Erstreckung des Rechtsschutzes im Oberschwellenbereich auf die Vergaben unterhalb der Schwellenwerte.
- Modifikation des Rechtsschutzes im Oberschwellenbereich für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte.
- Neugestaltung eines besonderen vergaberechtlichen Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte.

7. Aus vielen Gründen erscheint die Modifikationslösung vorzugswürdig. Unabhängig davon bedeutet effektiver Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte einerseits Rechtsschutz auch gegen eine beabsichtigte Zuschlagserteilung und andererseits gerichtlichen Rechtsschutz, d.h. nicht nur verwaltungsbehördliche Nachprüfung. Systemgerecht erscheint allein die Zuweisung an die Zivilgerichte. Denkbar ist zum Beispiel die Beschränkung des Rechtsschutzes auf die gerichtliche Instanz, die Zuweisung der Verfahren an Einzelrichter, die Einführung von Regelungen zur Verfahrensstraffung sowie einer de minimis-Grenze in Höhe von 5 % der Schwellenwerte.

8. Im Ergebnis sollten also künftig unterhalb der Schwellenwerte die bisher bestehenden, wenigen Rechtsschutzinseln im weiten Meer der Rechtsschutzlosigkeit durch flächendeckenden effektiven Rechtsschutz verbunden werden.