

GPA-Mitteilung Bau 1/2008

Az. 600.530

01.07.2008

Primärrechtsschutz der Bieter bei Unterschwellenwertvergaben (aktueller Überblick)

1 Einleitung

Bei EG-Ausschreibungen können übergangene Bieter sog. Primärrechtsschutz geltend machen, d.h. ein Nachprüfungsverfahren gemäß den §§ 102 ff. GWB bei der zuständigen Vergabekammer einleiten, um sich in dem Verfahren ggf. Chancen auf eine Auftragserteilung zu wahren. Die Möglichkeit, ein Vergabeverfahren bei einer Vergabekammer zu rügen, ist bei Unterschwellenwertvergaben nicht gegeben.

Umstritten ist aber immer noch, ob und inwieweit übergangene Bieter bei Unterschwellenwertvergaben sog. Primärrechtsschutz geltend machen können, also die Möglichkeit haben, ein laufendes Vergabeverfahren einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen bzw. durch einstweilige Verfügung Unterlassungsansprüche gegen Vergabestellen geltend zu machen.¹

Hiervon unberührt bleibt für übergangene Bieter die Möglichkeit, ggf. sog. Sekundärrechtsschutz bzw. Schadensersatzansprüche nach den §§ 280, 311 BGB geltend zu machen (vgl. dazu die GPA-Mitt. Bau 2/2008).

¹ Z.B. Ansprüche auf Unterlassung der Zuschlagserteilung an einen Mitbieter.

2 Primärrechtsschutz durch Verwaltungsgerichte?

In der Vergangenheit wurde in verschiedenen Bundesländern Primärrechtsschutz durch Verwaltungsgerichte zuerkannt (vgl. u.a. OVG Sachsen, IBR 2006, 343, OVG Nordrhein-Westfalen, IBR 2006, 39 oder OVG Rheinland-Pfalz, IBR 2005, 386). Die Verwaltungsgerichte sind dabei u.a. von der sog. Zwei-Stufen-Theorie ausgegangen, wonach einem Vergabeverfahren ein eigenständiges Verwaltungsverfahren vorausgeht (1. Stufe), bevor der Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags erfolgt (2. Stufe). Sie sind ferner davon ausgegangen, dass die Verfahrensbestimmungen (VOB/A, VOL/A) Außenwirkung entfalten und nach Art. 3 und 19 Abs. 4 GG subjektive Rechte der Bieter begründen.

Dagegen hatten einige Verwaltungsgerichte entschieden, dass Streitigkeiten über Auftragsvergaben durch öffentliche Auftraggeber keine öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten i.S. § 40 VwGO darstellen, sondern bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten, für die nach § 13 GVG ggf. der ordentliche Rechtsweg gegeben ist (vgl. u.a. VGH B-W, IBR 2007, 1075, OVG Niedersachsen, IBR 2006, 512, OVG Berlin-Brandenburg, IBR 2006, 1413 und IBR 2006, 576).

In einem Verfahren wurde die Verfassungswidrigkeit des vom Schwellenwert abhängigen Vergaberechtsschutzes insbesondere im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 GG) und die Rechtsweegegarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) gerügt. Das Bundesverfassungsgericht - BVerfG - hatte mit Beschluss v. 13.06.2006 (BauR 2007, 98) entschieden, dass es nicht den Gleichheitsgrundsatz verletzt, wenn der Gesetzgeber den Rechtsschutz gegen Vergabeentscheidungen unterhalb der Schwellenwerte anders gestaltet hat als den gegen Vergabeentscheidungen bei EG-Ausschreibungen. Das BVerfG wies insbesondere daraufhin, dass die Beschaffung von Wirtschaftsgütern auf dem Markt keine Ausübung hoheitlicher Gewalt darstellt und deshalb der Schutzbereich von Art. 19 Abs. 4 GG nicht eröffnet ist. Damit hatte das BVerfG insbesondere der Zwei-Stufen-Theorie einiger Verwaltungsgerichte eine Absage erteilt. Das BVerfG verwies auf den Zivilrechtsweg. Inwieweit Rechtsschutz von den Zivilgerichten gewährt werden kann, war aber nicht Gegenstand dieser Entscheidung.

Schließlich hatte das Bundesverwaltungsgericht mit Beschl. v. 02.05.2007 (VergabeR 2007, 337 = NZBau 2007, 389 = IBR 2007, 385) entschieden, dass für Streitigkeiten über öffentliche Auftragsvergaben ausschließlich die Zivilgerichte zuständig sind.

Seither besteht Klarheit, dass der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten nicht mehr eröffnet ist. Dies hat für Rechtsschutz suchende Bieter den Nachteil, dass sie für die Behauptung eines Vergabeverstößes vor einem Zivilgericht nunmehr darlegungs- und beweis-

pflichtig sind, während vor den Verwaltungsgerichten der Grundsatz der Amtsermittlung gilt.

In welchen Einzelfällen dennoch der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet ist bzw. eine Vergabe als eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit angesehen wird, bleibt abzuwarten. Beispielsweise wurde entschieden, dass bei Vergabe „öffentlicher Aufgaben“ an Dritte in Form von vergaberechtsfreien Dienstleistungskonzessionen der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben ist (vgl. u.a. VG Münster, Beschl. v. 09.03.2007, VergabeR 2007, 350), zumindest wenn der Gegenstand der Vergabe ein öffentlich-rechtlicher Vertrag i.S. des VwVfG ist (vgl. Lampert in DVBl. 2007, 1343). Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist gegeben, wenn Kommunen gegen aufsichtsrechtliche Maßnahmen i.S. der §§ 118 ff. GemO der Rechtsaufsichtsbehörden in Vergabeangelegenheiten Rechtsmittel einlegen.

3 Primärrechtsschutz durch Zivilgerichte

In der Vergangenheit hatten nicht nur Verwaltungsgerichte, sondern auch Zivilgerichte Übergangenen Bietern Primärrechtsschutz gewährt (vgl. u.a. LG Heilbronn, IBR 2002, 205, LG Meiningen, IBR 2000, 471, OLG Dresden, IBR 2006, 463¹), teilweise aber auch Primärrechtsschutz kategorisch abgelehnt (vgl. u.a. OLG Stuttgart, IBR 2002, 266, OLG Saarbrücken, IBR 2003, 538 oder aktuell LG Bad Kreuznach, IBR 2007, 386). Die Ablehnung von Primärrechtsschutz wurde u.a. wie folgt begründet:

- Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche nach dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb - **UWG** - scheiden aus. Bei einer Vergabe fehlt grundsätzlich die Absicht einer Vergabestelle, den Wettbewerb eines bevorzugten Bieters zu Lasten eines Mitbieters zu **fördern**.
- Ansprüche aus §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB scheiden ebenfalls aus. Die Verdingungsordnungen als Regelwerke privater Normsetzungsgremien sind **nicht** Rechtsnormen bzw. **Schutzgesetze** i.S. § 823 Abs. 2 BGB.
- Ein Unterlassungsanspruch analog § 3 UWG oder § 823 Abs. 2 BGB käme nur dann in Betracht, wenn eine Vergabestelle vorsätzlich rechtswidrig oder sonst in unredlicher

¹ Das OLG Dresden hat die Entscheidung allerdings offen gelassen, nachdem bereits ein wirksamer Vertrag abgeschlossen war.

Absicht oder **willkürlich** gehandelt hätte (Art. 3 GG), was bei Vergabeverfahren regelmäßig nicht anzunehmen ist.

Zwischenzeitlich sind folgende weitere aktuelle Entscheidungen bekannt geworden:

Sachverhalt:

Eine Vergabestelle schrieb Baumpflege und -beseitigung an Bundes- und Landesstraßen im sog. Auf- und Abgebotsverfahren nach Standardleistungsbuch aus (Auftragswert 100.000 EUR), ohne dabei die Besonderheiten der Behandlung nach Sturmschäden zu regeln.

Nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen gab ein Fachbetrieb kein Angebot ab. Das Unternehmen beantragte im Wege der einstweiligen Verfügung, der Vergabestelle die Fortsetzung des Vergabeverfahrens zu untersagen. Begründung: Verstoß gegen das Gleichheits- und Transparenzgebot, weil die Ausschreibungsunterlagen nur denjenigen Bietern eine verlässliche Kalkulation erlauben, die aufgrund der Abrechnungspraxis mit der Vergabestelle aus vergangenen Aufträgen Erfahrungen besitzen.

Entscheidung:

Die Fortsetzung des Vergabeverfahrens wird untersagt. Die **unklare Leistungsbeschreibung** verletzt das Gleichheitsgebot. Ein schneller Rechtsschutz ist geboten. Das aus Art. 3 GG folgende Recht des Bieters auf Wahrung der Chancengleichheit ist höher zu bewerten als das Interesse der Vergabestelle, wenn in **so hohem Maße fehlerhaft** ausgeschrieben wird.

LG Cottbus, Urt. v. 24.10.2007, IBR 2007, 695 = Vergaberechts-Report 11/2007, 41

Sachverhalt:

Eine der Ausschreibung zugrunde liegende **Leistungsbeschreibung** war in **hohem Maße so fehlerhaft**, dass eine Vergleichbarkeit der auf ihr basierenden Angebote schlechterdings ausgeschlossen war. Ein Bieter begehrte einstweiligen Rechtsschutz.

Entscheidung:

Der Erlass einer einstweiligen Verfügung gemäß §§ 935, 940 ZPO in Gestalt einer zuschlagsbezogenen Unterlassungsverfügung kommt vorliegend in Betracht. Die Vergabestelle hat es zu unterlassen, einen Zuschlag zu erteilen. Der Anspruch, eine Unterlassung der Zuschlagserteilung zu verlangen ergibt sich aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 3 GG. Der Auftraggeber hat **willkürlich** ohne sachlich rechtfertigenden Grund Vergabevorschriften verletzt.

LG Frankfurt/Oder, Urt. v. 14.11.2007, ibr-online = Vergaberechts-Report 12/2007

Sachverhalt:

Eine Ausschreibung wurde aufgehoben, weil das Angebot mit dem niedrigsten Preis die verfügbaren Haushaltsmittel noch deutlich übersteigt. Später wurde die gleiche Leistung erneut ausgeschrieben. Der Bieter mit dem seinerzeit niedrigsten Angebot beantragte im Wege der einstweiligen Verfügung Rechtsschutz gegen die rechtswidrige Aufhebung und gegen die drohende anderweitige Zuschlagserteilung.

Entscheidung:

Primärrechtsschutz ist bei Vergabeverfahren nach den §§ 935 ff. ZPO grundsätzlich gegeben.¹ Auch Entscheidungen zur Aufhebung einer Ausschreibung sind grundsätzlich überprüfbar. Vorliegend war aber die Aufhebung der Ausschreibung begründet. Willkür ist nicht zu erkennen. Im Ergebnis wird die sofortige Beschwerde zurückgewiesen.

OLG Brandenburg, Beschl. v. 17.12.2007, ibr-online

In allen drei vorgenannten Fällen wurde Primärrechtsschutz bei Vergabeverfahren grundsätzlich anerkannt und in zwei Fällen auch gewährt.

Ob und inwieweit Zivilgerichte übergangenen Bietern künftig effektiven Primärrechtsschutz anerkennen und gewähren², bleibt noch abzuwarten. Aufgrund der aktuellen Rechtsentwicklung steht aber zu befürchten, dass Primärrechtsschutz für Bieter oder potentielle Bewerber künftig grundsätzlich anerkannt und zumindest bei eklatanten Vergabeverstößen³ auch gewährt wird, und dass die bisher geltende überwiegende Meinung, dass Unterschwellenwertvergaberecht als Haushaltsrecht keine Außenwirkung entfaltet, nicht weiter aufrechterhalten werden kann. Aktuelle Entscheidungen von Zivilgerichten in Baden-Württemberg sind nicht bekannt.

Rechtsschutz im Unterschwellenwertbereich inhaltlich nur von der Schwere eines Vergabeverstößes abhängig zu machen, wäre für alle Vergabebeteiligten (öffentliche Auftraggeber, Unternehmen) problematisch und unbefriedigend, weil dann die Erfolgsaussichten einer Klage auch nicht im Geringsten abgeschätzt werden können.⁴ Vielen Schrifttumsautoren ist zuzustimmen, dass nunmehr der Gesetzgeber gefordert wäre, Klarheit zum Primärrechtsschutz im Unterschellenwertbereich zu schaffen. Auch eine Grundsatzentscheidung des BGH wäre wünschenswert.

4 Aufsichtsrechtliche Maßnahmen

Vom gerichtlichen Primärrechtsschutz unberührt bleibt das Recht der Bieter, sich an die für den Auftraggeber zuständige Rechtsaufsichtsbehörde zu wenden, die bei Vergabeverstößen

¹ Die Vorinstanz (LG Potsdam) hatte Primärrechtsschutz abgelehnt.

² Z.B. auch dann, wenn zwischenzeitlich ein Vergabeverfahren beendet und ein wirksamer Auftrag erteilt wurde.

³ Laut einiger Schrifttumsautoren bei „schreiend rechtswidrigen Vergabeverfahren“.

⁴ Rechtsschutz darf jedenfalls nicht davon abhängen, bei welchem Zivilgericht der Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt wird.

Ben geeignete aufsichtsrechtliche Maßnahmen nach den §§ 118 ff. Gemeindeordnung BW einleiten kann.¹

Abt. 5/50

¹ Gilt für alle Vergaben, auch für EG-Ausschreibungen.