



---

**Ausarbeitung**

---

**Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte**  
Zur Abgrenzung der Rechtswegzuständigkeiten



**Rechtsschutz im Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte**

Zur Abgrenzung der Rechtswegzuständigkeiten

Verfasser:   


Aktenzeichen: WD 7 – 3000 – 063/15

Abschluss der Arbeit: 13. April 2015

Fachbereich: WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Umweltschutzrecht,  
Verkehr, Bau und Stadtentwicklung

Telefon: 

---

## Inhaltsverzeichnis

<b>1.</b>	<b>Einleitung</b>	<b>4</b>
<b>2.</b>	<b>Meinungsbild in Rechtsprechung und Literatur</b>	<b>6</b>
2.1.	Der Staat als Nachfrager am Markt	6
2.1.1.	Standpunkt des Bundesverwaltungsgerichts	6
2.1.2.	Gegenansicht	7
2.2.	Anwendbarkeit der Zweistufentheorie auf das Vergabeverfahren	7
2.2.1.	Standpunkt des Bundesverwaltungsgerichts	7
2.2.2.	Gegenansicht	8
2.3.	Haftung bei öffentlichen Ausschreibungen	9
2.3.1.	Standpunkt des Bundesverwaltungsgerichts	9
2.3.1.	Gegenansicht	9
2.4.	Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben	10
2.4.1.	Standpunkt des Bundesverwaltungsgerichts	10
2.4.2.	Gegenansicht	10
2.5.	Öffentlich-rechtliche Bindungen der Vergabestelle	10
2.5.1.	Standpunkt des Bundesverwaltungsgerichts	10
2.5.2.	Gegenansicht	11
2.6.	Effektivität des Rechtsschutzes	12
2.6.1.	Standpunkt des Bundesverwaltungsgerichts	12
2.6.2.	Gegenansicht	13
<b>3.</b>	<b>Zusammenfassung</b>	<b>13</b>

## 1. Einleitung

Der Gesetzgeber hat in Hinblick auf die Vergaberechtsstreitigkeiten bisher nur im Rahmen der Vorschriften der §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)<sup>1</sup>, dem sogenannten Kartellvergaberecht, Regelungen zum Rechtsschutz in Gestalt des sog. Nachprüfungsverfahrens (§§ 102 bis 124 GWB) getroffen. Gemäß § 104 Absatz 2 GWB können Rechte aus § 97 Absatz 7 GWB sowie sonstige Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, ausschließlich vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht geltend gemacht werden. Nach § 100 Absatz 1 GWB gilt diese Zuweisung jedoch nur für die Vergabe öffentlicher Aufträge ab Erreichen der Schwellenwerte<sup>2</sup>.

Im Hinblick auf den Rechtsschutz im Verfahren über die Vergabe öffentlicher Aufträge mit einem Auftragswert unterhalb der in der Vergabeverordnung genannten Schwellenwerte (sogenannter Unterschwellenbereich) fehlt es dagegen an einer ausdrücklichen Regelung über die Rechtswegzuständigkeit. Der Gesetzgeber hält damit die Frage nach der Rechtswegzuständigkeit von Verwaltungsgerichten oder Zivilgerichten im Unterschwellenbereich offen, die auch deshalb von großem Interesse ist, weil sich gut 90 % aller Vergabevorgänge im Bereich unterhalb der Schwellenwerte vollziehen<sup>3</sup>.

Der Verwaltungsrechtsweg ist gegenüber dem Zivilrechtsweg gemäß § 40 Absatz 1 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)<sup>4</sup> dann eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art vorliegt, soweit die Streitigkeit nicht durch Gesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist. Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich oder bürgerlich-rechtlich ist, beurteilt sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird.<sup>5</sup> Unter jeweils unterschiedlicher Anwendung der in Rechtsprechung und

---

1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der neuen Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 13. (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), abrufbar unter: <http://www.gesetze-im-internet.de/gwb/> (Stand 14. April 2015).

2 Vgl. § 100 Absatz 1 GWB i.V.m. § 2 Vergabeverordnung (VgV).

3 BMWi, Diskussionspapier „Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte“ vom 15. Juni 2010, S. 2 Fn. 1; Burgi, Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2007, S. 737, 738.

4 Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686), zuletzt geändert durch Artikel 13 des Gesetzes vom 8. Juli 2014 (BGBl. I S. 890), abrufbar unter: <http://www.gesetze-im-internet.de/vwgo/> (Stand 14. April 2015).

5 Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss vom 10. April 1986 – GmS-OG 1/85-juris.

Schrifttum zur Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht entwickelten Theorien (Interessentheorie<sup>6</sup>, Subordinationstheorie<sup>7</sup>, Sonderrechtstheorie<sup>8</sup> bzw. modifizierte Subjektstheorie sowie Zweistufentheorie<sup>9</sup>) hatten einige Verwaltungsgerichte ihre Rechtswegzuständigkeit abgelehnt oder bejaht<sup>10</sup>, bis das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) am 2. Mai 2007<sup>11</sup> entschied, dass bei der Vergabe öffentlicher Aufträge mit einem Auftragswert unterhalb der in der Vergabeverordnung genannten Schwellenwerte<sup>12</sup> der Zivilrechtsweg nach § 13 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)<sup>13</sup> eröffnet und der beim Verwaltungsgericht anhängige Vergaberechtsstreit an das zuständige Zivilgericht zu verweisen sei.

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. Mai 2007 über die Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges hat gemäß § 83 Satz 1 VwGO i.V.m. § 17a Absatz 1 und 2 Satz 3 GVG lediglich das Landgericht gebunden, an das es den Rechtsstreit verwiesen hat<sup>14</sup>, nicht aber andere Zivilgerichte, bei denen Klageverfahren anhängig gemacht werden. Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, dass Zivilgerichte ihrerseits die Rechtswegzuständigkeit verneinen.<sup>15</sup>

Vor diesem Hintergrund ist Gegenstand der vorliegenden Ausarbeitung die Frage, welche Gründe für oder gegen den Verwaltungsrechtsweg im Zusammenhang mit der öffentlichen Auftragsvergabe sprechen.

Hierzu werden im Folgenden die Argumente des Bundesverwaltungsgerichts der gegenläufigen Auffassungen im rechtswissenschaftlichen Schrifttum gegenübergestellt.

- 
- 6 Zurückgehend auf den römischen Juristen Ulpian (170-228 n.Chr.); Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage 2008, S. 15 Rn. 31.
  - 7 Schoch/Schneider/Bier/Ehlers, VwGO, 2014, § 40 Rn. 223.
  - 8 Begründet von Hans J. Wolff, AÖR 76 (1950/51), S. 205ff; Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage 2008, S. 13 Rn. 27.
  - 9 Siehe dazu BVerwG, Urteil vom 8. September 2005 – 3 C 50/04 –, juris.
  - 10 So bspw. ablehnend Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 30. Oktober 2006 – 6 S 1522/06 –, juris, bejahend Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 25. Mai 2005 – 7 B 10356/05 –, juris.
  - 11 BVerwG, Beschluss vom 2. Mai 2007 – 6 B 10/07 –, BVerwGE 129, 9-20-juris.
  - 12 Vgl. § 100 Absatz 1 GWB i.V.m. § 2 Vergabeverordnung (VgV).
  - 13 Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 1975 (BGBl. I S. 1077), zuletzt geändert durch Artikel 2 Absatz 2 des Gesetzes vom 21. Januar 2015 (BGBl. I S. 10), abrufbar unter: <http://www.gesetze-im-internet.de/gvg/> (Stand 14. April 2015).
  - 14 Nicolai, in: Redeker/von Oertzen, VwGO, 16. Auflage 2014, § 41 Rn. 7; Eyermann/Geiger, VwGO, § 83 Rn. 11.
  - 15 Antweiler, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte: Wie geht es weiter?, in: Nordrhein-Westfälisches Verwaltungsblatt (NWVBl.) 2007, S. 285, 287.

## 2. Meinungsbild in Rechtsprechung und Literatur

Das Bundesverwaltungsgericht gelangt zu der Eröffnung des Zivilrechtsweges im Falle der Vergaberechtsstreitigkeiten unterhalb der europarechtlich determinierten Schwellenwerte.<sup>16</sup> Damit entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes, des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichtshofs.<sup>17</sup> Dagegen sollte nach einer anderen Rechtsauffassung in der Literatur Primärrechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte gewährleistet werden.<sup>18</sup>

Im Weiteren werden daher die kontrovers diskutierten Argumente des Bundesverwaltungsgerichts und der Gegenansicht in der Literatur anhand folgender Gesichtspunkte dargestellt:

- Der Staat als Nachfrager am Markt (2.1)
- Anwendbarkeit der Zweistufentheorie (2.2)
- Haftung bei öffentlichen Ausschreibungen (2.3)
- Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben (2.4)
- Öffentlich-rechtliche Bindungen der Vergabestelle (2.5)
- Effektivität des Rechtsschutzes (2.6)

### 2.1. Der Staat als Nachfrager am Markt

#### 2.1.1. Standpunkt des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht verneint unter Heranziehung der zuvor genannten Abgrenzungstheorien eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Es begründet seine Entscheidung damit, dass der Staat als Nachfrager vergleichbar wie ein Privater am Markt agiere, um seinen Bedarf an bestimmten Gütern und Dienstleistungen zu decken.<sup>19</sup> Die staatliche Vergabestelle beeinflusse nicht von außen den Wettbewerb, sondern werde selbst wettbewerblich als Nachfrager und mithin privatrechtlich tätig. So verhalte es sich auch mit dem Vergabeverfahren, das dem Vertragsschluss vo-

---

16 BVerwG, Beschluss vom 2. Mai 2007 – 6 B 10/07 –, BVerwGE 129, 9-20, -juris Rn. 5.

17 Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss vom 10. April 1986 – GmS-OGB 1/85 –, BGHZ 97, 312-317, BVerwGE 74, 368-373-juris.

18 Antweiler, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte: Wie geht es weiter?, in: NWVBl. 2007, S. 285; Özfirat-Skubinn, Der Rechtsweg im Rechtsstreit über die Rechtmäßigkeit einer öffentlichen Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich, in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2010, S. 1005; Burgi, Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2007, S. 737; und andere.

19 BVerwG, Beschluss vom 02. Mai 2007 – 6 B 10/07 –, BVerwGE 129, 9-20, -juris Rn. 6; BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 – 1 BvR 1160/03 –, BVerfGE 116, 135-163, -juris Rn. 52.

ran gehe. Es sei ebenso privatrechtlich ausgestaltet, denn das Auswahlverfahren durch die öffentliche Hand beginne mit Aufnahme der Vertragsverhandlungen und ende mit dem Abschluss von Dienst- oder Werkverträgen. Es stelle daher einen einheitlichen Vorgang dar.<sup>20</sup>

### 2.1.2. Gegenansicht

Die Gegenansicht hält dem Bundesverwaltungsgericht entgegen, dass die Verwaltung bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen nicht vergleichbar mit einem Privaten als Nachfrager am Markt teilnehme.<sup>21</sup> *Antweiler* zieht in Zweifel, dass allein aus dem Umstand, dass öffentliche Aufträge als privatrechtliche Verträge zu qualifizieren seien, sogleich auf die Rechtsnatur des Vergabeverfahrens als privatrechtlich geschlossen werden könne.<sup>22</sup> Es könne gerade nicht einfach angenommen werden, dass auch das Vergabeverfahren dem bürgerlichen Recht unterliege. *Braun* vertritt dazu die Auffassung, dass das Vergabeverfahren ein Verwaltungsverfahren sei, das durch ein Über- und Unterordnungsverhältnis geprägt sei.<sup>23</sup> Er führt dazu aus, dass die Vergabestelle einseitig entscheide und es ihr möglich sei, aufgrund spezieller öffentlich-rechtlicher Bestimmungen Bieter zu bevorzugen oder zu benachteiligen, etwa durch Nichtbeachtung des wirtschaftlichsten Angebots. Nach *Braun* sei auch nach der Sonderrechts- bzw. der Subjektstheorie eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit gegeben.<sup>24</sup> Er stellt fest, dass das Vergabeverfahren u.a. durch Unionsrecht und durch nationales Verfassungsrecht, insbesondere durch die Grundrechte, determiniert sei und diese Normen ausschließlich den Träger öffentlicher Gewalt einseitig berechtigen und verpflichten. Auch *Burgi* verweist darauf, dass die öffentliche Hand anders als Private haushaltsrechtlichen Bindungen unterworfen sei.<sup>25</sup>

## 2.2. Anwendbarkeit der Zweistufentheorie auf das Vergabeverfahren

### 2.2.1. Standpunkt des Bundesverwaltungsgerichts

Weiter begründet das Bundesverwaltungsgericht seinen Standpunkt damit, dass der Verwaltungsrechtsweg auch unter Zuhilfenahme der Zweistufentheorie abzulehnen sei.<sup>26</sup> Denn jene Ab-

---

20 BVerwG, Beschluss vom 02. Mai 2007 – 6 B 10/07 –, BVerwGE 129, 9-20, - juris Rn. 6.

21 Burgi, Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, in: NVwZ 2007, S. 737, 738/9.

22 Antweiler, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte: Wie geht es weiter?, in: NWVBl. 2007, S. 285.

23 Braun, Verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte, Sächsische Verwaltungsblätter (SächsVBl.) 2006, S. 249, 256.

24 Braun, Verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte, in: SächsVBl. 2006, S. 249, 257.

25 Burgi, Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, NVwZ 2007, S. 737, 739.

26 BVerwG, Beschluss vom 02. Mai 2007 – 6 B 10/07 –, BVerwGE 129, 9-20, -juris Rn. 15.

grenzungslehre setze gerade eine „Mehrphasigkeit“ voraus: Die erste Stufe, die als Auswahlentscheidung öffentlich-rechtlich sei und die zweite Stufe, die als Umsetzung der Entscheidung privatrechtlich ausgestaltet werden könne. Vorliegend fehle es bereits an der ersten Stufe. Als solche komme nur die Auswahlentscheidung in Betracht, die aber keine „gesonderte Vergabeentscheidung“ darstelle. Vielmehr würde diese unmittelbar durch Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages mit dem Bieter durch den Zuschlag, der rechtlich die Annahme eines Vertragsangebots nach den Regeln des BGB darstelle, getroffen.<sup>27</sup>

*Ennuschat/Ulrich* stimmen dem Bundesverwaltungsgericht zu und heben hervor, dass die gedankliche Unterscheidung zwischen der internen Auswahl und dem außenwirksamen Zuschlag nicht zwingend eine rechtliche „Zweistufigkeit“ bedeute.<sup>28</sup> So würden etwa verlorene Zuschüsse traditionell einstufig betrachtet, ohne sie in selbstständige Stufen der Auswahl, Bewilligung und Auszahlung zu zerlegen. Zudem ändere diese Differenzierung von Auswahl und Zuschlag nichts an der einheitlich zivilrechtlichen Beurteilung des Rechtsverhältnisses zwischen Auftraggeber und Bieter.

### 2.2.2. Gegenansicht

Stimmen in der Literatur halten dagegen die Zweistufentheorie sehr wohl für anwendbar, mit dem Ergebnis, dass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sei.<sup>29</sup> Nach *Özfiat-Skubinn* wirke zum einen die gesetzliche Ausgestaltung oberhalb der Schwellenwerte<sup>30</sup> indiziell und zum anderen lasse sich das Vergabeverfahren problemlos in zwei Stufen untergliedern.<sup>31</sup> Die öffentliche Hand entscheide zunächst, ob sie dem Bieter den Zuschlag erteile. Dabei handele es sich um eine hoheitliche Entscheidung, denn wer den Auftrag erhalte, werde von der Verwaltung einseitig bestimmt und der Bewerber sei gezwungen, die vorgegebenen Bedingungen hinzunehmen. Im Unterschied dazu zeichne sich eine zivilrechtliche Angebotsannahme durch die beidseitige Gestaltungsmöglichkeit aus, an der es gerade fehle. Auch *Braun* meint, dass der gesamte Vorgang der Auftragsvergabe aus zwei Teilen bestehe und kritisiert, dass die Gegenansicht gerade übersehe, dass der Abschluss des privatrechtlichen Vertrags nur die Frage betreffe, auf welche Grundlage die zu vergebenden Leistungen gestellt würden und wie die Abwicklung des Vertrags zwischen

---

27 Vgl. dazu § 28 Nr. 2 I VOB/A.

28 Ennuschat/Ulrich, Keine Anwendung der Zwei-Stufen-Lehre im Vergaberecht, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2007, S. 2224, 2226.

29 Braun, Verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte, in: SächsVBl. 2006, S. 249, 257; Burgi, Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, in: NVwZ 2007, S. 737, 739; Özfiat-Skubinn, Der Rechtsweg im Rechtsstreit über die Rechtmäßigkeit einer öffentlichen Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich, in: DÖV 2010, S. 1005, 1007.

30 Vgl. dazu §§ 97 ff. GWB i.V.m. den Vorschriften der VgV.

31 Özfiat-Skubinn, Der Rechtsweg im Rechtsstreit über die Rechtmäßigkeit einer öffentlichen Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich, in: DÖV 2010, S. 1005, 1007.

Auftraggeber und Auftragnehmer in rechtlicher Weise ausgestaltet sei.<sup>32</sup> An die Auswahlentscheidung der öffentlichen Hand schließe sich der Zuschlag als zweite Stufe an. Erst nach Durchlaufen des hoheitlichen Auswahlverfahrens komme es zu einem privatrechtlichen Vertrag.

### 2.3. Haftung bei öffentlichen Ausschreibungen

#### 2.3.1. Standpunkt des Bundesverwaltungsgerichts

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs komme mit der Ausschreibung und der Beteiligung des Bieters im Ausschreibungsverfahren ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis zustande, das zur gegenseitigen Rücksichtnahme verpflichte und unter Umständen zu sekundären Schadensersatzansprüchen bei Verletzung der Sorgfaltspflichten führen könne.<sup>33</sup> Somit entspreche die Annahme des Zivilrechtsweges der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) zur Haftung bei öffentlichen Ausschreibungen.<sup>34</sup>

#### 2.3.1. Gegenansicht

Die Gegenansicht argumentiert, dass von der Sekundärebene nicht auf die Primärebene geschlossen werden könne.<sup>35</sup> Nach *Burgi* und *Antweiler* betreffe die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Haftung bei öffentlichen Ausschreibungen lediglich die Frage des Sekundärrechtsschutzes, der dem Privatrecht unterliege, was für den Primärrechtsschutz bzw. die Rechtswegbestimmung keinerlei Aussagekraft habe. *Burgi* meint, dass es auf die Rechtsnatur des Vergabeverfahrens ankomme, was dem Vertragsschluss und der Sekundärebene vorgelagert sei.<sup>36</sup> Allein auf dieser Ebene werde eine Auswahlentscheidung getroffen.

---

32 Braun, Verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte, in: SächsVBl. 2006, S. 249, 258.

33 BGH, Urteil vom 8. September 1998 – X ZR 48/97 –, BGHZ 139, 259-273-juris; BVerwG, Beschluss vom 2. Mai 2007 – 6 B 10/07 –, BVerwGE 129, 9-20, -juris, Rn. 7 mwN.

34 BVerwG, Beschluss vom 2. Mai 2007 – 6 B 10/07 –, BVerwGE 129, 9-20, -juris Rn. 7.

35 Antweiler, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte: Wie geht es weiter?, in: NWVBl. 2007, S. 285, 286; Burgi, Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, in: NVwZ 2007, S. 737, 739.

36 Burgi, Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, in: NVwZ 2007, S. 737, 739.

## 2.4. Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben

### 2.4.1. Standpunkt des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht ist zudem der Ansicht, dass die zumindest mittelbare Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben für die Rechtswegbestimmung unbeachtlich sei.<sup>37</sup> Maßgebend sei allein das privatrechtlich ausgestaltete Handeln der Verwaltung. Denn das Ziel der öffentlichen Auftragsvergabe bestünde in der Wirtschaftsförderung und –lenkung und sei mithin öffentlich-rechtlich. Das aber bedeute nicht notwendig, dass die Rechtsform des Handelns ebenfalls öffentlich-rechtlich sein müsse. Im Gegenteil könne sich die Verwaltung auch des Privatrechts bedienen, um tätig zu werden. Entscheidend sei daher nicht das hoheitliche Ziel des Handelns, sondern die Rechtsform des Verwaltungshandelns, die bei der öffentlichen Auftragsvergabe privatrechtlich gestaltet sei.

### 2.4.2. Gegenansicht

Dagegen wendet ein Teil der Literatur ein, dass die Rechtsform des Handelns nicht rechtswegbestimmend sei.<sup>38</sup> Nach *Özfiat-Skubinn* werde die Verwaltung durch die Wahl ihrer Handlungsform nicht zum Privaten, sondern bleibe vielmehr eine Untergliederung des Staates und handle nicht privatautonom. Die Autorin hebt hervor, dass die öffentliche Hand die Voraussetzungen für die Auftragsvergabe festlegen und damit über das Vergabeverfahren hinausgehende politische Ziele verfolgen könne.<sup>39</sup>

## 2.5. Öffentlich-rechtliche Bindungen der Vergabestelle

### 2.5.1. Standpunkt des Bundesverwaltungsgerichts

Darüber hinaus vertritt das Bundesverwaltungsgericht den Standpunkt, die öffentlich-rechtlichen Bindungen der staatlichen Vergabestelle bei der Auftragsvergabe seien für die Rechtswegbestimmung nicht entscheidend.<sup>40</sup> Denn die Verwaltung sei stets gehalten, den Gleichheitsgrundsatz des Artikels 3 Absatz 1 Grundgesetz (GG)<sup>41</sup> zu beachten und mithin sei diese öffentlich-rechtliche

---

37 BVerwG, Beschluss vom 2. Mai 2007 – 6 B 10/07 –, BVerwGE 129, 9-20, -juris Rn. 8.

38 Özfiat-Skubinn, Der Rechtsweg im Rechtsstreit über die Rechtmäßigkeit einer öffentlichen Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich, in: DÖV 2010, S. 1005, 1006.

39 Burgi, in: Storr (Hrsg.), Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, 2002, S. 98, 106f.; Özfiat-Skubinn, Der Rechtsweg im Rechtsstreit über die Rechtmäßigkeit einer öffentlichen Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich, in: DÖV 2010, S. 1005, 1006 mwN.

40 BVerwG, Beschluss vom 2. Mai 2007 – 6 B 10/07 –, BVerwGE 129, 9-20, -juris Rn. 9.

41 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2438), abrufbar unter: <http://www.gesetze-im-internet.de/gg/> (Stand 14. April 2015).

Bindung kein geeignetes Differenzierungskriterium.<sup>42</sup> Auch ein Verweis auf die Haushaltsordnungen, etwa auf § 55 Bundeshaushaltsordnung (BHO)<sup>43</sup> helfe nicht weiter, da die Haushaltsordnungen des Bundes wie der Länder reines Innenrecht darstelle und als solche die staatliche Stellen im Außenverhältnis nicht binden könne (arg. § 97 Absatz 7 GWB).<sup>44</sup> Zustimmend nehmen *Ennuschat/Ulrich* an, dass der öffentliche Auftraggeber dem Haushaltsrecht unterliege, dieses aber als reines Innenrecht den Bietern keine subjektiven Rechte vermittele.<sup>45</sup> Das Haushaltsrecht als öffentlich-rechtliches Regelwerk könne daher nicht das für die Rechtswegbestimmung maßgebliche Rechtsverhältnis zwischen Auftraggeber und Bieter prägen. Ferner heben *Ennuschat/Ulrich* hervor, dass der Staat in seinem hoheitlichen wie fiskalischem Handeln an den Gleichheitssatz des Artikels 3 Absatz 1 GG gebunden sei, und deshalb die Bindung an Artikel 3 Absatz 1 GG den Rechtsweg nicht präjudizieren könne.

### 2.5.2. Gegenansicht

Eine Literaturmeinung hält die öffentlich-rechtlichen Bindungen für maßgebend.<sup>46</sup> Nach *Özfirat-Skubinn* sei die Verwaltung bei der Vergabeentscheidung nicht nur an den Gleichheitssatz des Artikel 3 Absatz 1 GG, sondern auch an die berührten Freiheitsrechte, des durch die Entscheidung zurückgesetzten Konkurrenten, insbesondere an Artikel 12 Absatz 1 GG gebunden. Grundrechtsdogmatisch handle es sich hierbei um einen faktischen Grundrechtseingriff.<sup>47</sup> Weiter weist die Autorin auf die Selbstbindung der Verwaltung hin, die sich aus den Verdingungsordnungen i. V. m. Artikel 3 Absatz 1 GG im Falle einer ständigen Vergabepaxis ergebe. Auch *Antweiler* kritisiert die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts, dass sich die öffentlich-rechtlichen Bindungen der staatlichen Vergabestelle auf die Bindung an den Gleichbehandlungsgrundsatz des Artikel 3 Absatz 1 GG beschränken sollen. Er meint demgegenüber, dass Artikel 3 Absatz 1 GG eine

---

42 BVerwG, Beschluss vom 2. Mai 2007 – 6 B 10/07 –, BVerwGE 129, 9-20, -juris Rn. 10.

43 Bundeshaushaltsordnung vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 15. Juli 2013 (BGBl. I S. 2395), abrufbar unter: <http://www.gesetze-im-internet.de/bho/> (Stand: 14. April 2015).

44 BVerwG, Beschluss vom 2. Mai 2007 – 6 B 10/07 –, BVerwGE 129, 9-20, -juris Rn. 11,12.

45 Ennuschat/Ulrich, Keine Anwendung der Zwei-Stufen-Lehre im Vergaberecht, in: NJW 2007, S. 2224, 2226; so auch Kallerhoff, Zur Begründetheit von Rechtsschutzbegehren unterhalb der vergaberechtlichen Schwellenwerte, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 2008, S. 97, 101.

46 Özfirat-Skubinn, Der Rechtsweg im Rechtsstreit über die Rechtmäßigkeit einer öffentlichen Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich, in: DÖV 2010, S. 1005, 1006; Burgi, Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, in: NVwZ 2007, S. 737, 739; Antweiler, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte: Wie geht es weiter?, in: NWVBl. 2007, S. 285, 286.

47 Özfirat-Skubinn, Der Rechtsweg im Rechtsstreit über die Rechtmäßigkeit einer öffentlichen Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich, in: DÖV 2010, S. 1005, 1007 mwN.

Selbstbindung der Verwaltung an die VOB/A und die VOL/A und dementsprechend auch an solche Vorschriften bewirke, die nicht der Gleichbehandlung, aber der Transparenz und dem Wettbewerb dienen.<sup>48</sup>

## 2.6. Effektivität des Rechtsschutzes

### 2.6.1. Standpunkt des Bundesverwaltungsgerichts

Darüber hinaus sei nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts die Rechtsweggarantie gemäß Artikel 19 Absatz 4 GG nicht berührt.<sup>49</sup> Es argumentiert, dass die staatliche Stelle als Nachfrager und Marktteilnehmer handle und nicht als Träger öffentlicher Gewalt im Sinne des Artikel 19 Absatz 4 GG. Die Rechtsweggarantie des Artikel 19 Absatz 4 GG garantiere aber dort Rechtsschutz, wo der Einzelne sich zum Träger öffentlicher Gewalt in einem Verhältnis typischer Abhängigkeit und Unterordnung befinde. Mitunter werde dem Einzelnen durch die Zivilgerichte gleichwertiger effektiver Rechtsschutz gewährt. *Antweiler* stimmt dem Bundesverwaltungsgericht dahingehend zu, dass die Rechtsweggarantie des Artikel 19 Absatz 4 GG kein Argument für die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs sei.<sup>50</sup>

Darüber hinaus hebt das Bundesverwaltungsgericht hervor, dass der Zivilrechtsweg und der Verwaltungsrechtsweg, wie sich schon aus der Auffangzuständigkeit der ordentlichen Gerichte nach Artikel 19 Absatz 4 Satz 2 GG ergebe, unter dem Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes prinzipiell gleichwertig seien.<sup>51</sup> Auch nach *Kallerhoff* sollte Einigkeit darüber bestehen, dass sowohl die ordentlichen Gerichte als auch die Verwaltungsgerichte gleichermaßen in der Lage seien, hinreichenden, das heißt auch europarechtlich Anforderungen genügenden Rechtsschutz zu gewähren.<sup>52</sup>

---

48 Antweiler, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte: Wie geht es weiter?, NWVBl. 2007, S. 285, 286.

49 BVerwG, Beschluss vom 2. Mai 2007 – 6 B 10/07 –, BVerwGE 129, 9-20, -juris Rn. 16.

50 Antweiler, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte: Wie geht es weiter?, in: NWVBl. 2007, S. 285, 287.

51 BVerwG, Beschluss vom 2. Mai 2007 – 6 B 10/07 –, BVerwGE 129, 9-20, -juris Rn. 16.

52 Kallerhoff, Zur Begründetheit von Rechtsschutzbegehren unterhalb der vergaberechtlichen Schwellenwerte, in: NZBau 2008, S. 97, 99.

### 2.6.2. Gegenansicht

Dem hält eine Auffassung in der Literatur entgegen, dass ein gleichwertiger Rechtsschutz durch die Zivilgerichte nicht gewährleistet sei.<sup>53</sup> *Antweiler* argumentiert, dass ein effektiver Primärrechtsschutz auch voraussetze, dass das erkennende Gericht den gesamten entscheidungserheblichen Tatbestand dahingehend überprüfen müsse, ob subjektive Bieterrechte verletzt seien. Das sei den ordentlichen Gerichten aufgrund der jeweils herrschenden Verfahrensgrundsätze jedoch nicht möglich.<sup>54</sup> Im Verwaltungsgerichtsverfahren gelte der Amtsermittlungsgrundsatz und die Beteiligten hätten ein Akteneinsichtsrecht. Demgegenüber habe der Konkurrent als Kläger im Zivilprozess keinen Zugang zu der Vergabeakte der Verwaltung. Vor diesem Hintergrund gelangt *Antweiler* zu dem Schluss, dass der Vergaberechtsschutz durch die Zivilgerichte im Unterschwellenbereich hinter den unionsrechtlichen Anforderungen an die Effektivität des Primärrechtsschutzes deutlich zurück bleibe.

*Özfiat-Skubinn* vertritt die Auffassung, dass die mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts einhergehende Dreiteilung<sup>55</sup> des Rechtsweges eine Rechtsunsicherheit bedeute, die dem einzelnen Bieter im Hinblick auf Artikel 19 Absatz 4 GG nicht zumutbar sei.<sup>56</sup> Die Rechtswegspaltung im Unterschwellenbereich tangiere die Rechtsweggarantie. Darüber hinaus führe sie zu einer divergierenden Rechtsprechung, da für besondere Bereiche im Unterschwellenbereich die Verwaltungsgerichtsbarkeit zuständig bleibe. Dabei erweisen sich das Verwaltungsverfahren sowie das Verwaltungsprozessrecht im Vergleich zum Zivilrecht als wesentlich günstiger für den Bieter und Konkurrenten.

## 3. Zusammenfassung

Die aufgezeigten Argumente der Rechtsprechung mögen die Rechtswegzuständigkeit der Zivilgerichte gut begründen können. Die Kontroverse in Rechtsprechung und Literatur konnte durch den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts mangels Bindungswirkung nicht abschließend geklärt werden. Jedenfalls aber könnte er für den Gesetzgeber richtungsweisend dahingehend sein, die Rechtswegzuständigkeit der Zivilgerichte im unterschwelligen Vergabeverfahren ausdrücklich zu regeln und damit die Gesetzeslücke zu schließen.

---

53 Braun, in: SächsVBl. 2006 (Heft 11), S. 249, 260/261; *Özfiat-Skubinn*., Der Rechtsweg im Rechtsstreit über die Rechtmäßigkeit einer öffentlichen Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich, in: DÖV 2010, S. 1005, 1010; *Antweiler*, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte: Wie geht es weiter?, in: NWVBl. 2007, S. 285, 287.

54 *Antweiler*, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte: Wie geht es weiter?, in: NWVBl. 2007, S. 285, 287.

55 Dazu ausführlich auch *Burgi*, Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, in: NVwZ 2007, S. 737, 741,742.

56 *Özfiat-Skubinn*, Der Rechtsweg im Rechtsstreit über die Rechtmäßigkeit einer öffentlichen Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich, in: DÖV 2010, S. 1005, 1010.

Hervorzuheben sind die wesentlichen Unterschiede der im Zivil- und Verwaltungsprozess herrschenden Verfahrensgrundsätze und ihre Bedeutung für die Verfahrensbeteiligten. Gemäß § 81 Absatz 1 Satz 1 VwGO hat das Verwaltungsgericht den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen (Untersuchungsgrundsatz). Gleiches gilt im kartellvergaberechtlichen Nachprüfverfahren, da gemäß § 110 Absatz 1 Satz 1 GWB die Vergabekammer ebenfalls den Sachverhalt von Amts wegen untersucht. Gegensatz hierzu ist der Beibringungs- oder Verhandlungsgrundsatz, der das Zivilprozessrecht (ZPO) charakterisiert.<sup>57</sup> Der Amtsermittlungsgrundsatz spielt für den klagenden Bieter eine mitunter herausragende Rolle, schließlich ist der Kläger im Zivilprozess, insbesondere im Verfahren nach den §§ 935, 940 Zivilprozessordnung (ZPO)<sup>58</sup> nach dem dort geltenden Beibringungsgrundsatz grundsätzlich darlegungs- und beweiselastet.<sup>59</sup> Das bedeutet, dass der klagende Bieter und Konkurrent das Vorliegen des gerügten Vergabeverstößes substantiiert vorzutragen und beweisen muss. Gesetzliche Änderungen sowohl der ZPO als auch der VwGO haben die divergierenden Verfahrensgrundsätzen einander angenähert. So seien einerseits in der ZPO die richterlichen Möglichkeiten der Sachverhaltsfeststellung und -aufklärung von Amts wegen erweitert worden, andererseits habe der Untersuchungsgrundsatz durch Änderungen der VwGO Einschränkungen erfahren.<sup>60</sup> Das vermag aber nichts daran zu ändern, dass eine Sachverhaltsaufklärung durch das erkennende Zivilgericht von Amts wegen unterhalb der Schwellenwerte nicht existiert und die Beweisführung für den klagenden Bieter mitunter schwierig oder schlicht nicht möglich ist, wenn er keinen Zugang zu der Vergabeakte der Verwaltung erhält. In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass im Unterschied zu den Verfahren vor den Vergabekammern<sup>61</sup> und den Verwaltungsgerichten<sup>62</sup> kein spezielles Akteneinsichtsrecht besteht.<sup>63</sup> Darüber hinaus ist das Gericht gemäß § 308 Absatz 1 Satz 1 ZPO nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Das heißt dem Zivilrichter ist es unter anderem verwehrt, die geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung einer vermeintlichen Rechtsverletzung in eigener Verantwortung zu treffen.<sup>64</sup>

---

57 BeckOK VwGO/Breunig VwGO § 86 Rn. 3.

58 Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 8. Juli 2014 (BGBl. I S. 890), abrufbar unter: <http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/> (Stand: 14. April 2015).

59 BeckOK ZPO/Bacher ZPO § 284 Rn. 34.

60 BeckOK VwGO/Breunig VwGO § 86 Rn. 4.1.

61 Vgl. dazu § 111 Absatz 1 GWB.

62 Vgl. dazu § 99 Absatz 1 und § 100 Absatz 1 VwGO.

63 Sailer, Zwischen Stillstand und Erneuerung – vergabespezifischer Unterschwellenrechtsschutz in der rechtspolitischen Debatte, in: NZBau 2011, S. 394, 395.

64 Sailer, Zwischen Stillstand und Erneuerung – vergabespezifischer Unterschwellenrechtsschutz in der rechtspolitischen Debatte, in: NZBau 2011, S. 394, 396.

Auf der anderen Seite ist die Sachnähe und Kompetenz der Vergabekammern bzw. Vergabesenate und die kürzere Verfahrensdauer eines Zivilprozesses zu berücksichtigen. Eine überaus lange Verfahrensdauer wirkte sich zumindest faktisch nachteilig auf einen effektiven Primärrechtsschutz im Vergabeverfahren aus.

