

Staatsaufträge an die Wirtschaft

von Professor Dr. Christoph Gusy, Mainz

I. Überblick

Der Staat wendet laufend hohe Beträge für die Beschaffung unterschiedlichster Güter und Dienstleistungen auf. Bund, Länder und Gemeinden geben für solche Zwecke jährlich mehr als 150 Milliarden DM aus¹. Mit derartigen Liefer- oder Leistungsaufträgen kann auf die Wirtschaft in vielfacher Weise Einfluß genommen werden. Solche Einflußmöglichkeiten werden noch dadurch erhöht, daß einige Wirtschaftszweige von der staatlichen Auftragsvergabe mehr oder weniger vollständig abhängen. Dazu zählen etwa die Rüstungs-, die Tiefbau- sowie die Zulieferindustrie für Post und Bahn; daneben gibt es zahlreiche Wirtschaftszweige, die zumindest einen erheblichen Teil ihres Umsatzes aus Staatsaufträgen bestreiten. Daraus folgt im kooperativen Staat² eine wechselseitige Interdependenz: Die Wirtschaft stellt sich auf die staatliche Nachfrage, der Staat auf die Angebote und

Leistungsfähigkeit der Wirtschaft ein. Neben den Subventionen sind die Staatsaufträge (nicht zuletzt angesichts ihres finanziellen Volumens) die wesentliche ökonomische Grundlage für die Existenz des „kooperativen Staates“ überhaupt.

Primärer Zweck der Staatsaufträge ist (im Gegensatz zu den Subventionen) nicht die Wirtschaftsförderung oder die influenzierende Einwirkung auf die Wirtschaft, sondern die Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen für den Staat. Wirtschaftsförderung ist in diesem Sinne eine bloße Folgeerscheinung der staatlichen Bedarfsdeckung. Des ungeachtet kann auch derartige Bedarfsdeckung influenzierende Effekte intendieren, indem etwa der Zeitpunkt der Beschaffung nach

1 Zur Nachfragemacht der öffentlichen Hand *Wasle*, BB 1979, 915; *Graf*, Probleme der Nachfragemacht öffentlicher Abnehmer, 1983, S. 168 ff., 231 ff., 371 ff.; zum Ganzen *W. Stern*, WiV 1984, 69.

2 Näher hierzu *Ritter*, AöR 1982, 64 ff.

konjunkturellen Gegebenheiten vorgezogen oder verschoben wird; aber auch der konkrete Gegenstand der Beschaffung von anderen als bloßen Bedarfsdeckungsaspekten abhängig gemacht wird. Ob etwa die Lufthansa ihre Maschinen selbst reinigt oder private Reinigungsunternehmen beauftragt; ob sie Flugzeuge im Ausland bestellt oder die einheimische Flugbauindustrie (auch zu höheren Preisen) fördert; ob die Post auf Kabelübertragung oder Satellitenfunk setzt, hat nicht nur Bedeutung für Definition und Deckung eines Bedarfs, sondern auch für die Förderung einzelner Wirtschaftszweige.

Unter *Staatsaufträgen* werden *Beschaffungsaufträge der öffentlichen Hand an private Wirtschaftsunternehmen* verstanden. Das im Einzelfall maßgebliche Vertragsverhältnis besteht also zwischen einem Träger öffentlicher Gewalt einerseits und einem privaten Wirtschaftsunternehmen andererseits. Nicht hierunter fällt insbesondere die Deckung des Staatsbedarfs durch eigene Mittel (z. B.: Das Land „beauftragt“ eine Jugendstrafanstalt mit der Herstellung von Büromöbeln); ebensowenig die Beauftragung eines Trägers öffentlicher Gewalt durch einen anderen mit einer Lieferung oder Leistung (Beispiel: Eine Gemeinde beauftragt einen kommunalen Zweckverband mit der Lieferung von Wasser); schließlich auch nicht die Bedarfsdeckung durch „öffentliche Unternehmen“ (Beispiel: Eine Gemeinde beauftragt ihre kommunale Wirtschaftsförderungsgesellschaft mit der Erstellung eines Konzepts für die Stadtwerbung).

Damit gerät der Staatsauftrag allerdings zu einem nur schwach konturierten Instrument: Ist die Öffentlichkeitsbindung „öffentlicher Unternehmen“ graduell sehr differenziert abgestuft, so gilt dies umgekehrt in gleicher Weise für den Staatsauftrag an private (also in gradueller Abstufung nicht-öffentliche) Unternehmen.

II. Rechtsgrundlagen

1. Allgemeine Regelungen

Rechtsgrundlagen der Vergabe von Staatsaufträgen sind:

– das europäische Gemeinschaftsrecht; die EG hat zur Regelung des Rechts der Staatsaufträge einige Verordnungen erlassen³; diese gelten allerdings lediglich für die Beteiligung ausländischer Unternehmen an der Auftragsvergabe. Der dabei angestrebte Grundsatz der Nichtdiskriminierung ist allerdings bisher in der Praxis Desiderat geblieben.

– das Grundgesetz; spezifische Bestimmungen des Grundgesetzes gerade über Staatsaufträge sind nicht in Kraft. Doch ist auch diese Staatstätigkeit „Staatsgewalt“ im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG, die gemäß Art. 20 Abs. 3; 1 Abs. 3 GG an das Grundgesetz und insbesondere an die Grundrechte gebunden ist⁴. Das gilt unabhängig von der Frage, ob der Staatsauftrag allein Bedarfsdeckungszwecke oder daneben auch sonstige wirtschaftspolitische Zwecke verfolgt.

– Gesetzesrecht; hier gilt für Staatsaufträge (allerdings allein mit Innenwirkung) das staatliche Haushaltsrecht. Dieses begründet keine Rechtsfolgen zwischen öffentlichen Auftraggebern und privaten Unternehmern (§ 3 Abs. 2 BHO). Ob und inwieweit im Wege der Selbstbindung der Verwaltung⁵ solchen Rechtsnormen Außenwirkung zukommen kann, ist völlig ungeklärt. Demgegenüber existieren außenwirksam nur einzelne, sondergesetzliche Regelungen für

wenige Materien. Ein Vergabegesetz des Bundes gibt es nicht; maßgeblich für die Ausgestaltung der einzelnen Auftragsrechtsverhältnisse ist (entweder unmittelbar oder analog) das bürgerliche bzw. das Handelsrecht, welches den jeweiligen Vertragstyp regelt.

– Rechtsverordnungen; für die Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen gelten besondere Rechtsverordnungen⁶.

– Verwaltungsvorschriften; die bekanntesten Verwaltungsvorschriften dieser Art sind die: „Verdingungsordnung für Leistungen“ (VOL) und die „Verdingungsordnung für Bauleistungen“ (VOB)⁷. Ihnen kommt grundsätzlich allein Innenwirkung zu; gegenüber Dritten können sie Außenwirkung lediglich erlangen im Wege der Selbstbindung der Verwaltung oder durch vertragliche Vereinbarung. Sie regeln insbesondere das Vergabeverfahren für Aufträge; daneben wirken sie für die inhaltliche Ausgestaltung des Geschäfts wie AGB.

2. Spezielle Regelungen

Beteiligte am Auftragsrechtsverhältnis sind der Unternehmer als Auftragnehmer und ein Träger öffentlicher Verwaltung. Die Zuständigkeit der vergebenden Stelle für die Auftragsvergabe folgt aus den allgemeinen Regeln: Wer zuständig zur Wahrnehmung einer Verwaltungsaufgabe ist, ist zugleich zuständig für die daraus folgende Auftragsvergabe. In diesem Sinne ist Auftragsvergabe eine Annexkompetenz zur allgemeinen Verwaltungskompetenz. Das gilt nicht nur für die staatliche Bedarfs- oder Hilfsverwaltung, welche die erforderlichen Mittel für die Verwaltungstätigkeit beschafft; sondern auch für alle anderen Staatsaufträge.⁸ Innerhalb der Behördenorganisation eines Trägers öffentlicher Verwaltung kann die Auftragsvergabe unterschiedlich organisiert sein: Entweder kann einer besonderen Behörde die Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen ausdrücklich zur Aufgabe gemacht werden (etwa: Bundesamt für die Beschaffung militärischer Ausrüstung); in diesem Fall begründet und begrenzt der Beschaffungsauftrag die Kompetenz zur Auftragsvergabe. Oder aber jede Behörde nimmt ihre Beschaffungsaufgabe als Annex ihrer allgemeinen Verwaltungsaufgaben wahr.

Bezüglich einzelner Träger öffentlicher Verwaltung unterliegt die Vergabe von Staatsaufträgen besonderen gesetzlichen Regelungen. Hierzu können zählen:

3 S. näher *Pietzcker*, AöR 1982, 64 ff.; näher zu den übrigen Mitgliedsstaaten der EG *Langer*, ZfBR 1980, 270; 1981, 6; 51; 103; 157; 203.

4 OLG Düsseldorf DÖV 1981, 537; *Pietzcker*, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 1978, S. 355 ff.; *Erichsen/Martens*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., 1988, § 32; *Gusy*, DÖV 1984, 872.

5 Dazu näher *Erichsen*, VerwA 1980, 289 ff.

6 Verordnungen über Preise bei öffentlichen Aufträgen (VPöA) vom 21. 11. 1953, BAnz Nr. 244; Verordnungen über Preise bei Bauaufträgen (BPVO) vom 6. 3. 1972, BGBl I 293; beide zuletzt geändert am 15. 4. 1986, BAnz Nr. 76; dazu schon *Forsthoff*, Der Staat als Auftraggeber, 1963, S. 16 ff.; *Michaelis/Rhösa*, Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen, 1986 (Loseblatt); *Klein/Witzel*, Öffentliche Auftragsvergabe, 1987.

7 Zu diesen *Daub/Eberstein*, VOB, 3. A., 1985; *Daub/Piel/Sörgel*, VOB, 1981; *Ingenstau/Korbion*, VOB, 10. A., 1984; zur Bindung der Gemeinden an die VOB VGHBW, DÖV 1988, 649, 650.

8 Vgl. hierzu etwa *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, 1988.

– Bestimmungen über die quantitativen Grenzen für den Geschäftsumfang überhaupt oder einzelne Geschäfte. So bestimmt etwa § 88 Abs. 1 S. 2 GONW, daß bestimmte Geschäfte nur zulässig sind, wenn sie „nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf“ stehen⁹.

– Regelungen über die Genehmigungspflicht für einzelne Geschäfte. So bedürfen Gemeinden für bestimmte Geschäfte der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde (etwa: § 7 Abs. 3 GONW)¹⁰.

Haushaltsrechtliche Voraussetzung für die Zulässigkeit von Staatsaufgaben ist das Vorhandensein eines einschlägigen Haushaltstitels für die Maßnahme. Der Haushaltsplan ermächtigt die Verwaltung, Ausgaben zu leisten und Verpflichtungen einzugehen (§ 3 Abs. 1 HGrG). Ist der Titel zweckgebunden, so darf er allein für diesen Zweck verwendet werden (§ 27 Abs. 1 HGrG). Die Höhe der zugewiesenen Mittel darf grundsätzlich nicht überschritten werden (§ 19 Abs. 2 HGrG). Ist der Titel erschöpft oder gesperrt (§ 25 HGrG), so darf ein Auftrag nicht vergeben werden. Bei der Ausführung des Haushaltes sind die Grundsätze der „Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit“ zu beachten (§ 6 Abs. 1 HGrG). Während der erstgenannte Grundsatz nach dem Maximalnutzen bei gleichem Aufwand fragt, thematisiert der zweitgenannte den Minimalaufwand bei gleichem Nutzen. Ob beide Prinzipien wirklich unterschiedliche Sachverhalte beschreiben, ist durchaus zweifelhaft; richtiger dürfte es sein, den zweiten als Unterprinzip des ersten anzusehen¹¹. Schwieriger als diese abstrakte Abgrenzung ist allerdings die Konkretisierung im Einzelfall. Der Grund dafür liegt in dem Umstand, daß die jeweils günstigste, also wirtschaftlichste und sparsamste Verwendung staatlicher Mittel sich nicht einfach am Preis bestimmen läßt; vielmehr ist ein Preis-Leistungs-Vergleich (§ 6 Abs. 2 HGrG: Kosten-Nutzen-Analyse) zu erstellen. Da aber Leistungen nicht einfach skaliert werden können (man kann nicht Qualitätsfragen mit dem eventuellen Verhältnis von Investitions- und Folgekosten oder den notwendigen Serviceleistungen bzw. Gewährleistungsfragen vergleichen), ist eine Erstellung des günstigsten Angebots nicht einfach eine Resultante von Addition oder Multiplikation. Hier bleibt ein relativ weiter Spielraum, wo nur diskutiert, aber nicht mit Anspruch auf Richtigkeit ein Ergebnis gefunden werden kann.

Als allgemeiner Grundsatz gilt: dem günstigeren Angebot ist der Vorzug gegenüber dem weniger günstigen zu geben.

III. Das Auftragsrechtsverhältnis

1. Rechtscharakter

Das Auftragsrechtsverhältnis wird durch Vertrag der vergebenden Stelle mit dem privaten Auftragnehmer begründet. Die rechtliche Qualifikation dieses Vertrages ist allerdings überaus umstritten. Grundsätzlich liegt es nahe, den Vertrag als bürgerlich-rechtlichen Kauf-, Werk- oder Werklieferungsvertrag zu qualifizieren und den jeweils maßgeblichen Regeln des bürgerlichen Rechts zu unterstellen. Eine solche Qualifikation des Auftragsverhältnisses wird allerdings vielfach abgelehnt. Dabei sind zwei unterschiedliche Begründungen maßgeblich:

a) Eine Auffassung verneint grundsätzlich die Privatrechtsfähigkeit des Staates und damit seine Fähigkeit, privatrechtliche Verträge überhaupt abzuschließen zu können¹². Soweit dem Staat das Vertragsabschlußrecht zukomme, sei der Vertrag demnach schon deshalb als öffentlich-rechtlicher zu qualifizieren, weil es der Staat sei, welcher den Vertrag abschließe. Zur Begründung wird darauf hingewiesen, daß das bürgerliche Recht das freie Wirtschaftssubjekt voraussetze; Freiheit – verstanden überwiegend als Vertragsfreiheit – sei nach dem Grundgesetz allein eine rechtliche Eigenschaft der Grundrechtsträger, also der Menschen; nicht hingegen des Staates. Werde so der Anwendungsbereich des bürgerlichen Rechts durch seine Voraussetzung, die Vertragsfreiheit, begründet, so werde er dadurch zugleich begrenzt. Stehe demnach das Reich der individuellen Freiheit dem Reich der staatlichen Herrschaft (eben der Staatsgewalt, Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) gegenüber, so sei der Staat seiner rechtlichen Organisation nach als Teilnehmer am Privatrechtsverkehr nicht geeignet. Für ihn bleibe demzufolge allein das öffentliche Recht; staatliches Handeln sei folglich notwendig öffentlich-rechtliches Handeln. Verträge mit dem Staat könnten demnach nur als öffentlich-rechtliche Verträge abgeschlossen werden, welche dem Regime der §§ 54 ff. VwVfG unterliegen.

Diese letzte Aussage begründet allerdings die Probleme des genannten Ansatzes. Das öffentlich-rechtliche Vertragsrecht ist im VwVfG mehr angedeutet als geregelt¹³. Vielmehr kommt diese Materie ohne eine Vielzahl von Verweisungen nicht aus (§§ 59 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 2; 62 S. 2 VwVfG). Der Grund hierfür liegt darin, daß es das öffentliche Vertragsrecht noch nicht einmal als allgemeines gibt; bereits das allgemeine Vertragsrecht des BGB (§§ 105 ff., 241 ff. u.a. BGB) ist wesentlich umfangreicher und ausgeprägter als dasjenige der §§ 54 ff. VwVfG. Die Verweisung des Staates auf das öffentliche Recht verweist diesen also auf ein „Rechtsgebiet“, das es im Gesetz gar nicht gibt. Bezeichnenderweise verweisen einzelne der genannten Bestimmungen (§§ 59 Abs. 1, 62 S. 2 VwVfG) denn auch auf Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Diese sollen offenbar als Surrogat für das fehlende öffentliche Vertragsrecht herangezogen werden. Folglich geht die Rechtsordnung davon aus, daß öffentlich-rechtliches und bürgerlich-rechtliches Vertragsrecht in einer Vielzahl von Einzelbestimmungen inhaltsgleich sein können. Dies wäre aber nicht der Fall, wenn das Vertragsrecht des öffentlichen Rechts allein und ausschließlich das Prinzip der Herrschaft, dasjenige des bürgerlichen Rechts allein und ausschließlich dasjenige der Freiheit verwirklichen würde. Die genannten Verweisungen machen vielmehr deutlich, daß die Rechtsordnung von einer solchen Dichotomie nicht ausgeht. Dem entspricht es, daß eine Vielzahl von Regeln des bürgerlichen Rechts gerade nicht als ausschließliche Verwirklichung der Vertragsfreiheit verstanden werden kann. Vielmehr enthalten sie (mehr oder weniger) technische Regelungen für Vertragsverhältnisse, die (ohne größere Modifikationen) unabhängig vom Phänomen der Vertragsfreiheit gelten müssen und insoweit vertragsfreiheitsneutral sind. Ein eigenständiges öffentlich-rechtliches Verjährungs-, Gewährleistungs-, Sach-

⁹ Dazu etwa Flämig, HWKB 6, 2. A., 1985, S. 635; Schmidt-Jortzig, HWKB 5, 2. A., 1984, S. 59 f.

¹⁰ Vgl. hierzu näher Beckhof in HWKB 6, 2. A., 1985, S. 567 ff.; zu den kommunalen Aufträgen weiter Pietzcker ebd., S. 543; Altenmüller, DVBl 1982, 241.

¹¹ So B. Fischer, JZ 1982, 6; dagegen Grupp, JZ 1982, 231.

¹² So jüngst insbes. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, 1986, S. 175 ff., 235 ff.

¹³ Gusy, DVBl 1983, 1222 ff., insbes. 1229.

mängelhaftungs-, Verzugs-, Rückgewähr- oder Erstattungsrecht braucht es demnach ebenso wenig zu geben wie spezifische öffentlich-rechtliche Regelungen über Abgabe und Annahme von Willenserklärungen, Folgen der Rechts- und Handlungsfähigkeit oder die dinglichen Rechtsgeschäfte. Solche Regelungen stehen in keiner spezifischen Relation zur Vertragsfreiheit. Demnach besteht keinerlei rechtliche Notwendigkeit, ihren Anwendungsbereich auf den nicht-staatlichen Bereich zu begrenzen. Vielmehr verfährt die Rechtsordnung mit den genannten Verweisungen gerade umgekehrt: Sie bezieht jene Regelungen auch in das öffentlich-rechtliche Vertragsrecht ein. Damit entfällt allerdings auch der Ausgangspunkt der genannten Lehre: Nicht alle Vorschriften des bürgerlichen Rechts verwirklichen ausschließlich die Vertragsfreiheit; und nicht alle seine Vorschriften sind demnach unanwendbar auf Rechtssubjekte, denen keine Vertragsfreiheit zukommt.

Vielmehr gilt letzteres nur für solche Einzelregelungen, die gerade auf die Vertragsfreiheit abstellen. Diese können gegenüber dem Staat durchaus öffentlich-rechtlichen Modifikationen unterliegen. Aus diesem Umstand allein kann allerdings lediglich der Schluß gezogen werden: Für den Staat gilt das bürgerliche Recht nur unter der Voraussetzung, daß es mit den spezifisch öffentlich-rechtlichen Bedingungen des Staatshandelns vereinbar ist. Der Schluß auf die generelle Privatrechtsunfähigkeit des Staates kann so jedenfalls nach dem geltenden Gesetzesrecht nicht gezogen werden. Er ist auch verfassungsrechtlich nicht beweisbar.

b) Eine andere, weniger weitgehende Auffassung spricht dem Staat die Privatrechtsfähigkeit zwar nicht generell ab. Sie geht jedoch davon aus, daß Staatsaufträge wegen ihres ökonomischen Volumens einerseits und ihrer influenzierenden Wirkung auf das Wirtschaftsgeschehen andererseits rechtlich nicht wie jeder bürgerlich-rechtliche Vertrag behandelt werden könnten. Vielmehr seien Grundrechts- und Verfahrensbindungen zu beachten. Da allerdings etwa das VwVfG nur für bestimmtes, öffentlich-rechtliches Verwaltungshandeln gelte (§ 9 VwVfG), müsse zur Sicherung der Anwendung dieses Gesetzes auch auf die Staatsaufträge das Auftragsrechtsverhältnis als öffentlich-rechtliches Vertragsverhältnis qualifiziert werden. In diesem Sinne wird die öffentlich-rechtliche Handlungsform als generell überlegen¹⁴ oder doch für lenkende Staatsaufträge als überlegen¹⁵ oder doch dann als geboten angesehen, wenn der Vertragsabschluß nicht in vollen Umfang dem Grundsatz der Vertragsfreiheit entspreche¹⁶. Diese Auffassung basiert demnach auf dem Schluß: Staatliches Handeln bedarf spezifischer Handlungsformen und -grenzen; solche ergeben sich aus dem öffentlichen Recht; demnach ist die öffentlich-rechtliche Rechtsbindung zu optimieren; dies kann nur durch öffentlich-rechtliche Handlungsformen geschehen.

Ein solcher Schluß ist jedoch nach dem geltenden Recht (anderes gilt möglicherweise etwa in Frankreich) nicht zu ziehen. Vielmehr binden die Grundrechte auch privatrechtliches Verwaltungshandeln; weder kann sich also der Staat durch die Wahl der Handlungsform der Grundrechtsbindung „entziehen“, noch wäre demnach eine „Flucht in das Privatrecht“ möglich oder zulässig. Vielmehr besteht in beiden Fällen die gleiche Rechtsbindung, so daß es zur Optimierung der Grundrechtsbindung nicht erforderlich ist, öffentlich-rechtliche Handlungsformen anzunehmen¹⁷. Aber auch der andere Schluß, wonach die Verfahrensbindung des Verwaltungshandelns bei privatrechtlichen Handlungsformen weniger sichergestellt sei als bei bürgerlich-rechtlichen Handlungsformen, bedarf der Überprüfung. Das Vergabeverfahren

nach der VOL/VOB als Prototyp öffentlich-rechtlicher Vergabeverfahren ist jedenfalls bedeutend älter als das VwVfG; auch enthält es zahlreiche Regelungen, die im Gesetzesrecht keinerlei Entsprechung finden, für die Verwirklichung der Grundrechts- und Verfahrensbindung allerdings umso größere Bedeutung aufweisen. Das Vergabeverfahren ist im VwVfG nicht einmal ansatzweise geregelt. Verfahrens- und Chancengleichheit sind demgegenüber in den genannten Verwaltungsvorschriften in hohem Maße angestrebt, wenn nicht gar verwirklicht¹⁸. Für die Verfahrensbindung des Vergabeverfahrens bringt so eine Anwendung des VwVfG kaum größere Vorteile. Umgekehrt sind die maßgeblichen Regelungen der Verwaltungsvorschriften auch auf zivilrechtliche Verträge anwendbar. Schließlich bestehen keine grundlegenden Bedenken, einzelne Regelungen des VwVfG analog auch auf Verwaltungshandeln anzuwenden, welches dem generellen Anwendungsbereich jenes Gesetzes nicht unterfällt¹⁹. § 9 VwVfG schließt nur die Anwendbarkeit der Regelungen dieses Gesetzes insgesamt für anderes als öffentlich-rechtliches Verwaltungshandeln aus; nicht hingegen die Anwendung von Einzelbestimmungen auf parallele Sachverhalte in anderen Rechtsformen.

c) Als Ergebnis ist demnach festzuhalten: Eine Rechtsnorm, welche den Staat verpflichtet, Staatsaufträge nur öffentlich-rechtlich zu vergeben, ist nicht in Kraft. Vielmehr gelten die allgemeinen Zuordnungskriterien. Dementsprechend können Staatsaufträge an die Wirtschaft in Privatrechtsform vergeben werden. Das bürgerliche Recht gilt allerdings lediglich insoweit, als keine öffentlich-rechtlichen Sonderregeln gelten. An solche ist der Staat gebunden; sie gehen dem Zivilrecht im Rahmen ihrer jeweiligen Anwendbarkeit vor²⁰. Vielfach werden die Rechtsprobleme der privatrechtlichen Staatsaufträge weniger im materiellen als vielmehr im Prozeßrecht, insbesondere in der Abgrenzung der maßgeblichen Rechtswege, gesehen²¹. Diese Frage soll hier im Rahmen des Rechtsschutzes diskutiert werden²².

2. Rechtliche Bindungen im Auftragsrechtsverhältnis

Wegen der öffentlich-rechtlichen Bindungen ist der Staat bei der Entscheidung über den Abschluß von Verträgen nicht in gleichem Maße rechtlich frei wie der Bürger. Dieser Befund wird häufig so umschrieben, daß der Staat keine Vertragsfreiheit genießt. Staatliches Handeln ist Kompetenzausübung; und zwar auch dann, wenn es in zivilrechtlichen Handlungsformen geschieht. Damit ist der Gedanke der Vertragsfreiheit nicht vereinbar.

14 So etwa *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckung und öffentliches Recht, S. 72 ff., 100 ff.; differenzierend *Zuleeg*, WiV 1984, 115; partiell werden die öffentlich-rechtlichen Handlungsformen für rechtlich geboten, partiell für rechtspolitisch erstrebenswert gehalten.

15 von *Zezschwitz*, NJW 1983, 1877.

16 *Gaßner*, Der freihändige Grunderwerb der öffentlichen Hand, 1983, S. 171 ff.

17 Näher *Gusy*, DÖV 1984, 872 ff.

18 Zu einzelnen Mängeln *Kunert* a.a.O. (Fn. 14), S. 155 ff.

19 Beispiel bei *Hill*, NVwZ 1984, 449.

20 Im Ergebnis ebenso *Pietzcker* a.a.O. (Fn. 4), S. 395 ff.; ders., NVwZ 1983, 124 f.; *Waltheim*, Das öffentliche Auftragswesen, 1979, S. 221 ff.

21 Insbes. bei *Kopp*, BayVBl 1980, 609.

22 Dazu IV.

a) Gleichheitsbindung

Die materiell-rechtlichen Kriterien der Auftragsvergabe sind durch das öffentliche Recht partiell vorgeprägt. Grundsätzlich gelten hier die Gleichheitsrechte des Grundgesetzes; die öffentliche Hand ist demnach verpflichtet, auch bei der Auftragsvergabe Gleiches gleich und Ungleiches seiner Eigenart entsprechend ungleich zu behandeln; sie darf also nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund differenzieren²³. Demgegenüber erlangen die Freiheitsrechte als Vergabekriterien praktisch keine Relevanz, da Freiheitsrechte keine Rechte auf staatliche Förderungsmaßnahmen begründen.

Die Rechtsfolgen der Gleichheitsbindung sind allerdings weniger weitreichend, als partiell behauptet, partiell befürchtet wird. Weder ist die öffentliche Hand verpflichtet, alle (potentiellen) Anbieter zu berücksichtigen, indem etwa der Auftrag entsprechend gestückelt wird. Noch ist sie verpflichtet, bei jedem Kleinauftrag ein aufwendiges Verwaltungsverfahren zur Optimierung gleicher materieller Chancen aller Unternehmen durchzuführen. Vielmehr entfalten die verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze hier (wie anderswo auch) überwiegend Wirkungen im Hinblick auf die Unzulässigkeit sachwidriger Benachteiligungen. Die Deutung als „Diskriminierungsverbot“²⁴ kommt der Wirkung des Art. 3 GG im Verfahren der Auftragsvergabe durchaus nahe. Es untersagt sachwidrige Benachteiligung und gebietet:

– Verfahrensgleichheit. Das Verfahren darf nicht derart gestaltet sein, daß bestimmte Unternehmer von vornherein ausgeschlossen oder benachteiligt werden. Dies impliziert Offenheit des Verfahrens, gleiche Zugangs- und gleiche Berücksichtigungschancen im Verfahren.

– Chancengleichheit. Verfahrensrechtliche Ansprüche allein verwirklichen den Gleichheitsschutz im materiellen Recht nicht. Hier ist vielmehr die Gleichheit der materiellen Berücksichtigungschancen im Verfahren maßgeblich. Denn das Verfahrensziel ist nicht Teilhabe am Vergabeverfahren, sondern Auftragserlangung.

Praktisch sichert insoweit der Gleichheitsschutz überwiegend davor, daß öffentliche Aufträge bestimmten Begünstigten „zugeschanzt“ werden können, indem das Verfahren entsprechend unauffällig durchgeführt oder die Vergabekriterien entsprechend formuliert werden. Solche negative Sperrwirkung ist sicherlich nur ein bescheidenes Ziel; aber immerhin ein erheblicher Beitrag zur Versachlichung der Staatstätigkeit und damit Verhinderung von Korruption. Kriterien, die gegen Art. 3 Abs. 2, 3 GG verstoßen, dürfen überhaupt nicht angewandt werden; alle anderen Kriterien sind nur im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG zulässig.

Materiell-rechtliche Konsequenzen erlangt der Gleichheitsschutz in vielfacher Hinsicht bei der Auftragsdefinition, den Kriterien der Auftragsvergabe und der Zuteilung selbst. Bei der Auftragsformulierung ist es insbesondere unzulässig, den Auftrag im Hinblick auf konkrete Anbieter „zuzuschneiden“. Das gilt zunächst hinsichtlich des Zuschnitts des Auftrags: Weder dürfen mehrere kleinere Leistungen zusammengefaßt werden, um so etwa kleinere Anbieter zu benachteiligen; noch dürfen größere Aufträge sachlich so gestückelt werden, daß daraus einzelnen Anbietern ein ungerechtfertigter Vorteil erwachsen kann. Der dabei entstehende, relativ weite Gestaltungsspielraum kann aber nur sehr eingeschränkt

rechtlich kontrolliert werden, da hier eine Vielzahl angemessener Differenzierungen zumindest noch möglich ist.

Ob etwa bei einem Bauauftrag Bodenarbeiten, Bauleistungen und Begrünung zusammen oder getrennt vergeben werden können, läßt sich weder aus der „Natur“ des Auftrags noch aus Art. 3 Abs. 1 GG herleiten.

Ist der Auftrag gegenständlich formuliert, so sind die *Vergabekriterien* zu formulieren. Diese sind im Hinblick auf den Gegenstand, nicht im Hinblick auf die eingehenden Angebote zu formulieren. Die Vergabekriterien, also die Kriterien für die Zuteilung des Auftrages, haben an die jeweilige Hauptleistung anzuknüpfen; Nebenleistungen dürfen nicht unangemessen in den Vordergrund gestellt werden. Das gilt insbesondere hinsichtlich der Ermittlung des günstigsten, also wirtschaftlichsten und sparsamsten, Angebots²⁵. Überhaupt dürfen Nebenleistungen nur berücksichtigt werden, wenn sie Teil des formulierten Auftrags waren. Sind die Kriterien einmal festgelegt, so tritt die Selbstbindung der Verwaltung ein²⁶. Daraus folgt insbesondere der Grundsatz der *Kriterieneinheit*: Bei der Beurteilung aller Angebote sind die gleichen Maßstäbe anzuwenden. Im gleichen Verfahren können nicht zugleich einzelne Angebote mit der Begründung, sie böten keine Nebenleistungen, abgelehnt werden. Wichtig ist auch hier: Die Vergabekriterien sind am Auftrag und nicht an den eingehenden Angeboten zu formulieren.

Die Verwaltung ist an ihre formulierten Vergabekriterien gebunden; ihre Einhaltung kann durch Klage erzwungen werden²⁷; ihre Nichteinhaltung führt zu Schadensersatzforderungen hinsichtlich des Vertrauensschadens²⁸.

b) Sonstige Rechtsbindungen

Damit läßt allerdings die Gleichheitsbindung wegen der relativ grobmaschigen Rechtsfolgen zahlreiche Nebenziele zu. Deutlich sind solche in Sondergesetzen ausdrücklich formuliert. So gebieten etwa

- § 2 Abs. 3 ZonenrandförderungsG eine vorrangige Vergabe von Aufträgen an Betriebe im Zonenrandgebiet;
- §§ 50 BBahnG, § 21 PostVG die regionale Streuung der Aufträge;
- § 37 Abs. 2 SchwerbeschädigtenG die Bevorzugung von Schwerbehinderten²⁹,
- § 18 MittelstandsförderungsGBW die bevorzugte Vergabe an mittelständische Unternehmer.

Umgekehrt untersagen etwa europarechtliche Vorschriften die Benachteiligung von Unternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten der EG³⁰. Demgegenüber sind Verträge mit

23 Zum Ganzen näher Gusy, NJW 1988, 2505 ff.

24 So schon die Formulierungen bei Semler, Das Diskriminierungsverbot bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 1968.

25 Dazu schon o. II. 2.

26 S. Wallerath, Die Selbstbindung der Verwaltung, 1968; Erichsen a.a.O. (Fn. 5).

27 BVerwGE 35, 159 f.

28 BGH, VersR 1965, 764, 765 f.

29 Dazu BVerwGE 34, 213.

30 S. o. Fn. 3.

Angehörigen des öffentlichen Dienstes nur ausnahmsweise zulässig (§ 57 BHO). Rechtsprobleme entstehen bisweilen durch „Auftragssperren“ gegenüber bestimmten Unternehmen. Sie werden verhängt, wenn ein Unternehmer mehrfach Verträge mangelhaft erfüllt hat. Eine solche Auftragssperre ist nur aus sachlichen Gründen zulässig³¹. Ist der Grund für ihre Verhängung fortgefallen, so ist sie aufzuheben. Ob daraus stets ein Anspruch auf Befristung der Sperre hergeleitet werden kann, ist allerdings noch nicht ausdiskutiert.

Nicht unbestritten sind demgegenüber drei andere Vorzugsregeln:

– die Verpflichtung, (bestimmte) Rechtsvorschriften einzuhalten³². Dies ist unproblematisch, soweit es sich um Rechtsvorschriften im Hinblick auf den konkreten Auftrag handelt. Der konkrete Auftragsinhalt gebietet es, daß das Unternehmen etwa ein Werk erstellt, welches in Übereinstimmung mit dem maßgeblichen Recht errichtet worden ist und betrieben werden kann. Weitere Rechtsvorschriften im Hinblick auf die Auftragsausführung sind ohnehin zu beachten (etwa, bei der Erstellung des Werks keine Schwarzarbeiter einzusetzen) und bedürfen daher keiner besonderen Verpflichtungen im Auftragsrechtsverhältnis. Erst recht problematisch ist allerdings die Forderung, sonstige Vorschriften auch außerhalb des konkreten Auftrags einzuhalten; und zwar sowohl hinsichtlich ihrer Zulässigkeit wie insbesondere ihrer Durchführbarkeit. Musterbeispiel dafür ist die Pflicht, eine Bescheinigung des Finanzamtes im Hinblick auf die ordnungsgemäße Steuerzahlung beizubringen. Sind die Steuern bezahlt, kann die Bescheinigung beigebracht werden. Sind sie nicht bezahlt und hat das Finanzamt davon keine Kenntnis, so kann sie gleichfalls beigebracht werden, ist aber falsch und daher wertlos. – Sind sie nicht bezahlt und hat das Finanzamt davon Kenntnis, so steht der Behörde bei unbestrittenen Forderungen ihr Vollstreckungsapparat zur Verfügung; Benachteiligungen bei Staatsaufträgen sind nirgends als zusätzliche Vollstreckungsmaßnahmen vorgesehen und auch nicht notwendig. Ist die Forderung für das Finanzamt trotz Vollstreckungsversuchs uneinbringlich, so kann es Konkursantrag stellen; der Betrieb kommt dann als Auftragnehmer nicht mehr in Betracht. Ist umgekehrt die noch nicht beglichene Steuerforderung bestritten und etwa noch gerichtlich anhängig, so darf das Finanzamt den Betroffenen für die Einlegung des Rechtsbehelfs nicht durch Versagung von Bescheinigungen für die Teilnahme an der Auftragsvergabe „bestrafen“: Ob er nämlich mit Steuerzahlungen im Rückstand ist, ist rechtlich gerade noch ungeklärt. Eine erteilte Bescheinigung kann so wertlos sein, die Nichterteilung ist hingegen in vielen Fällen unzulässig. Der Wert solcher Bescheinigungen ist schon aus diesem Grund außerordentlich begrenzt; ein Sachzusammenhang zum Staatsauftrag regelmäßig zu verneinen.

– die Förderung ortsansässiger gegenüber ortsfremden Unternehmen³³. Diese (in § 8 Abs. 1 S. 2 VOB/A verbotene) Differenzierung entspricht nahezu ständiger Praxis, so daß eine aus der genannten Bestimmung herzuleitende Selbstbindung der Verwaltung regelmäßig verneint wird. Jener Umstand ändert allerdings nichts an der Rechtswidrigkeit eines solchen Verhaltens, das sich etwa für den Bund und die Länder aus § 6 Abs. 1 HGRG, für die Gemeinden etwa aus § 65 Abs. 2 GONW ergibt, sofern die Angebote des ortsan-

sässigen Unternehmens ungünstiger sind als diejenigen der ortsfremden. Soweit das Verhalten mit den genannten Bestimmungen vereinbar ist, läßt sich ein Rechtsverstoß demgegenüber nicht feststellen.

– die Bevorzugung von Kunden des Auftraggebers gegenüber sonstigen Unternehmen. Solche Vergabemaßstäbe finden sich insbesondere bei Sondervermögen oder öffentlichen Unternehmen wie Post und Bahn. Auch sie dispensieren nicht von der Bindung an die allgemeine Rechtsordnung.

Die letzten Ausführungen deuten bereits den rechtlichen Status der Vor- und Nachrangregeln an: Sie gelten subsidiär dann, wenn die aus dem Gleichheitssatz folgenden Bindungen der Exekutive beachtet sind, aber zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt haben. *Vor- und Nachrangregeln sind also keine Ausnahmen vom Gleichheitsgebot, sondern Ausfüllung der durch die Gleichheitsrechte offen gelassenen Entscheidungsspielräume.* Dementsprechend sind sie auch nur im Rahmen des durch die Gleichheitsrechte zugelassenen Entscheidungsfreiraums gestattet. Zugleich folgt aus Art. 3 GG ein Anspruch der Anbieter auf Einhaltung der (gleichheitskonformen) Vergabebedingungen. Dieser kann sich bis zu einem Anspruch auf Erteilung des Auftrags verdichten. Ein solcher steht dem günstigsten Anbieter zu.

c) Wettbewerbsrechtliche Bindungen

Ob (und wenn ja, welche) Rechtsfolgen sich aus der besonderen wettbewerbsrechtlichen Situation der öffentlichen Hand als Nachfrager von Leistungen ergeben können, ist bislang kaum geklärt³⁴. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, inwieweit der Staat aufgrund seiner Nachfragemacht in der Lage sei, einseitig Preise zu diktieren und so seinen Machtvorsprung in quasi sittenwidriger Weise auszunutzen.

Jedenfalls bei ausgeschriebenen Aufträgen stellt sich diese Frage nicht, da hier dem Unternehmen von vornherein deren Umfang bekannt ist und es seine Kalkulation darauf einstellen kann. Da es hinsichtlich seines Angebots rechtlich frei ist, besteht keinerlei Zwang zur Abgabe von nicht kostendeckenden Offerten. Sollte sich die Kalkulation im Nachhinein als nicht kostendeckend erweisen, so ist dies ein unternehmerisches Risiko; war sie von Anfang an nicht kostendeckend, so geschah die Teilnahme an der Ausschreibung gleichfalls auf eigene Gefahr. Sofern sich das Auftragsverhältnis nach Erteilung des Auftrags ändert, so ist der Unternehmer insoweit an sein altes Angebot nicht mehr gebunden und kann finanzielle Nachforderungen (in kostendeckender Höhe) stellen. Eine ganz andere Frage ist demgegenüber, ob sich einzelne Unternehmen an staatlichen Ausschreibungen mit Dumping-Angeboten beteiligen und so sich selbst wettbewerbswidrig einen Vorteil verschaffen wollen. Ein solches Verhalten kann aber nicht dem Staat zugerechnet werden.

3. Vergabeverfahren

Dem Vergabeverfahren kommt demnach eine Doppelfunktion zu: Einerseits hat es die aus Art. 3 Abs. 1 GG

31 BVerwGE 5, 325, 328; 34, 213, 218; BGH, NJW 1977, 628.

32 Dazu näher Pietzcker, AöR 1982, 91 ff.

33 Hierzu insbes. Altenmüller, DVBl 1982, 241.

34 Auf der bejahenden These beruhen die Ausführungen von Bruns, NStZ 1983, 385; zum Thema Barnickel, WiV 1984, 90.

folgende Chancengleichheit hinsichtlich der Auftragsvergabe zu realisieren. Daraus erfährt es seinen Zweck: Das formelle Verfahren ist kein Selbstzweck, sondern hat dienende Funktion; und diese Funktion besteht in der Herstellung einer rechtmäßigen materiellen Entscheidung. Zur Verwirklichung dieses Anliegens muß das Verfahren aber auch Verfahrensgleichheit unter den Beteiligten herstellen. Es kommt eben nicht nur darauf an, daß eine materiell rechtmäßige Entscheidung hergestellt wird; sondern auch, wie sie hergestellt wird. Eben dieser letztere Aspekt ist der Sinn u.a. der §§ 9 ff. VwVfG.

a) Freihändige Vergabe

In der Praxis erfolgt jedenfalls die quantitative Mehrzahl der Auftragsvergaben freihändig, also formfrei. Der Rechtsgrund dafür ist jedenfalls in § 30 HGrG angedeutet. Demnach ist das formelle Verfahren die Regel, soweit nicht die „Natur des Geschäfts“ oder „besondere Umstände“ eine Ausnahme rechtfertigen. Zu diesen Ausnahmetatbeständen gehört insbesondere der Umfang des Geschäfts: Ist der Auftrag derart klein, daß die Verfahrensdurchführung höhere Kosten verursachen würde als die voraussichtliche Differenz zwischen dem mittleren Marktpreis und dem zu erwartenden Mindestgebot, so ist die Ausschreibungspflicht unwirtschaftlich; das formelle Vergabeverfahren würde gegen § 6 Abs. 1 HGrG verstoßen. Diese Rechnung enthält allerdings mehrere Unbekannte.

Zwar sind die Verfahrenskosten in der Regel recht genau kalkulierbar; doch sind die Auftragskosten weniger genau prognostizierbar, da sie von Markt- und Auftragslagen, regionalen Gegebenheiten u.a.m. abhängen. Zudem sind die Umstände, die einen Unternehmer zur Abgabe eines besonders günstigen Angebots motivieren können, potentiell unendlich zahlreich. Hierzu kann etwa momentaner Auftragsmangel, eine konjunkturelle Flaute, eine ungünstige Entwicklung einer Region, aber auch ein Prestigemotiv oder das Motiv der Erschließung neuer Märkte gehören. Ist so das voraussichtlich günstigste Angebot für die Auftragsvergabe kaum kalkulierbar, so daß auch seine Differenz zum mittleren Marktpreis kaum festgestellt werden kann. Aus diesen Gründen läßt sich jene Differenz auch nicht von vornherein in Beziehung zu den Verfahrenskosten setzen.

Aus derartigen Prognoseunsicherheiten entsteht gleichfalls ein Entscheidungsspielraum, der von der Behörde durchaus im Sinne einer Vermeidung formalisierter Verfahren genutzt werden kann. Die Formfreiheit des Vergabeverfahrens entbindet aber nicht von der Beachtung des materiellen Rechts³⁵.

b) Formelle Vergabe

aa) Das formelle Vergabeverfahren beginnt mit der Ausschreibung (§ 30 HGrG). Erst mit der Ausschreibung entsteht die Kenntnis potentieller Auftragnehmer von einem möglichen Auftrag und der Chance zur Abgabe eines Angebots. Damit ist die Ausschreibung praktisch die Voraussetzung für die Herstellung eines Angebotswettbewerbs. Ob sie nur innenrechtlich geboten ist oder ob ein Anspruch der potentiellen Anbieter auf eine öffentliche Ausschreibung besteht, ist umstritten³⁶. Zwar mag aus dem Gebot der materiellen Gleichbehandlung des Art. 3 Abs. 1 GG nicht notwendig stets ein Anspruch auf Verfahrensgleichheit folgen. Anderes

ergibt sich jedoch aus dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung i.V.m. § 30 HGrG und insbesondere § 55 Abs. 2 BHO. Ist demnach eine Ausschreibung innenrechtlich vorgeschrieben und wird sie auch vielfach praktiziert, so entsteht aus dieser ständigen Praxis ein Gleichbehandlungsanspruch auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht³⁷.

Dem steht nicht entgegen, daß in bestimmten Fällen ein Absehen von der Ausschreibung zweckmäßiger sein kann als ihre Durchführung. Dies ist aber nur zulässig, soweit die dafür maßgeblichen Gründe mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar sind; soweit also keine Selbstbindung eingetreten ist oder aber die Verwaltung berechtigt ist, von ihrer Praxis abzuweichen. Maßgeblich dafür kann jedoch nicht jeder, sondern allein ein dem Art. 3 Abs. 1 GG genügender Grund sein. Daß hier Gestaltungsfreiräume bestehen und auch ein Absehen von der Ausschreibung zulässig sein kann, zeigt § 30 HGrG schon an. Aus § 26 Abs. 2 GWB folgt keine Ausschreibungspflicht: Ein wirtschaftliches Diskriminierungsverbot begründet keinen Anspruch auf ein formelles Vergabeverfahren³⁸.

In der Ausschreibung sind der Auftrag und die Vergabekriterien so genau wie möglich zu umschreiben. Nur so kann für die möglichen Interessenten eine Kalkulationsgrundlage, für den Staat eine Vergleichsgrundlage zwischen den eingehenden Angeboten begründet werden. Die so aufgestellten Vergabekriterien binden die Behörde im weiteren Verfahren³⁹.

Ferner sind angemessene, für alle Anbieter gleiche Fristen zur Abgabe von Angeboten festzulegen. Ob die maßgebliche Frist als Ordnungsfrist (bis zu diesem Zeitpunkt abgegebene Angebote werden in jedem Fall berücksichtigt) oder als Ausschlussfrist (nach diesem Zeitpunkt eingehende Angebote bleiben unberücksichtigt) qualifiziert werden muß, ist gesetzlich nicht geregelt; hier steht der Behörde gleichfalls ein Gestaltungsfreiraum zu.

bb) Materiell-rechtlich ist die Ausschreibung lediglich eine Aufforderung zur Abgabe von Angeboten. Die bietenden Unternehmer sind an Angebote während angemessener Frist gebunden. Nachträglich ist eine Aufhebung der Ausschreibung allerdings nur aus rechtlich eingeschränkten Gründen zulässig. Unzulässig ist sie beispielsweise, wenn der „falsche“ Unternehmer, mit dem die Verwaltung vorher gar nicht abschließen wollte, das günstigste Angebot eingereicht hat; so daß die Aufhebung allein dem Zweck einer Beeinflussung des Verfahrensergebnisses dient⁴⁰.

Während des Verfahrens sind die Angebote geheim zu halten; nachfolgenden Bietern darf nicht die Möglichkeit gegeben werden, ihr Angebot im Hinblick auf andere, frühere Angebote zu kalkulieren. Ist die Angebotsfrist als Ordnungsfrist ausgestaltet, so gilt die Geheimhaltungsfrist bis zur

35 S.o. III. 2.

36 Für einen Anspruch OLG Düsseldorf DÖV 1981, 537; dagegen Pietzcker ebd., S. 539; ders., NVwZ 1983, 121, 122 f.

37 Zur Selbstbindung der Verwaltung allgemein schon Fn. 26; ferner für das Vergabeverfahren OLG Köln, BauR 1977, 343.

38 So zu Recht Pietzcker, NVwZ 1983, 122, 123.

39 S.o. III. 2. a; Jagenburg, NJW 1977, 2146.

40 BGH, BB 1981, 1122; OLG Düsseldorf, DB 1981, 742; OLG Hamm, BB 1972, 243; weitere, sehr weitgehende Beispiele bei Kunert a.a.O. (Fn. 14), S. 163 ff.

Entscheidung über die Auftragsvergabe, da bis zu diesem Moment noch Angebote abgegeben werden können⁴¹.

Soweit sich dagegen die anbietenden Unternehmer über ihre Angebote abstimmen, stellt dieses Verfahren einen Verstoß gegen das GWB dar; ob auch strafrechtliche Folgen nach § 263 StGB eintreten können, hängt vom „Erklärungsgehalt“ ihres Angebotes ab.

Rechtliche Probleme entstehen insbesondere bei *nachträglichen Auftragsänderungen*. Geschieht dies vor Erteilung des Auftrages, also während des Vergabeverfahrens, so erlischt die Bindung der Anbieter an ihre Angebote; die Vergabeentscheidung der Behörde wäre ein neuer Antrag nach § 150 Abs. 1 BGB. Da dieses aber ohne vorhergehendes Vergabeverfahren zustande kam (der nachträglich geänderte Auftrag ist weder ausgeschrieben noch unter Berücksichtigung der Gleichheitsrechte vergeben worden), ist es seinerseits formell rechtswidrig. Während des Vergabeverfahrens ist demnach eine Auftragsänderung unzulässig. Spätere Änderungen nach Erteilung des Auftrages sind Vertragsänderungen, die rechtlich wie ein neuer Vertragsabschluß zu behandeln sind. Anderes kann nur gelten, wenn die Ablehnung einer Vertragsänderung von einer Seite eine Nebenpflichtverletzung darstellen würde, was aber nur äußerst selten in Betracht kommt. Demnach ist die Vertragsänderung grundsätzlich wie ein neuer Vertragsabschluß zu behandeln. Hier lassen sich mehrere Fallkonstellationen unterscheiden. Stellt die Änderung eine Auftragsweiterung auf bislang nicht vom Auftrag erfaßte Gegenstände dar, so ist sie nur zulässig, wenn der Auftrag auf die gleiche Weise auch unter der Voraussetzung an den Unternehmer vergeben werden könnte, daß er die frühere Leistung nicht durchgeführt hat. Grundsätzlich unterliegt also eine solche Erweiterung den gleichen formellen und materiellen Bedingungen wie ein neuer Auftrag; die Tatsache der Auftragsänderung allein ist kein Grund, der ein Absehen von formellen oder materiellen Vergabekriterien rechtfertigen könnte. Liegt eine sonstige Auftragsänderung vor, indem ein Teil des alten Auftrages durch einen neuen ersetzt wird, so kann angesichts einer derartigen Änderung kein neues Vergabeverfahren durchgeführt werden; denn der Grund für den neuen Auftrag ist die Aufhebung des alten. Hier kann sich dann nur noch die Frage nach der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Änderung stellen. Diese ist grundsätzlich nach den gleichen rechtlichen Maßstäben zu beurteilen wie die Auftragsvergabe. Insbesondere ist sie unzulässig, wenn durch die nachträgliche Änderung das ursprüngliche Vergabeverfahren korrigiert werden soll; wenn also die Gründe für die Änderung schon vor der Vergabeentscheidung vorhanden waren. In sonstigen Fällen ist sie zulässig, aber nachteilig für die öffentliche Hand: Sie ist jetzt auf den Auftragnehmer und seine Bereitschaft zur Vertragsänderung angewiesen; kann also nicht das günstigste, sondern nur sein Angebot wahrnehmen. Dies ist eine wesentliche Ursache für die allgemein bekannte „Kostenexplosion“ bei Staatsaufträgen.

cc) Die *Vergabeentscheidung* ist von neutralen, unbefangenen Personen zu treffen; insoweit gilt jedenfalls der Rechtsgedanke der §§ 20, 21 VwVfG analog⁴². Die Entscheidung enthält die Annahme eines eingereichten Vertragsangebotes; zugleich die Ablehnung der übrigen. Die Abgelehnten sind über die Entscheidung zu informieren.

Bei der Auswahlentscheidung ist die Behörde nicht verpflichtet, die Angebote auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit in dem Sinne zu prüfen, ob sie etwa Kalkulations- oder Rechenfehler enthalten. Waren die eingegangenen Angebote fehlerhaft zu günstig kalkuliert, so kommt der Vertrag nicht zu den „richtigen“, sondern zu den fehlerhaften Konditionen zustande; die Möglichkeit einer Anfechtung richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen. Ein Schadensersatzanspruch des Unternehmers kommt ebenso wenig in Betracht⁴³ wie für das Unternehmen, das sein Angebot irrtümlich zu teuer kalkuliert und daher den Auftrag nicht erhielt. Dies ist unabhängig von der Frage nach der Ersichtlichkeit des Kalkulationsfehlers.

IV. Kontroll- und Rechtsschutzfragen

Die Kontrolle der Auftragsvergabe bereitet rechtliche Probleme insbesondere wegen der *fehlenden Transparenz der Entscheidung*. Die Angebote sind während des Verfahrens geheim zu halten, so daß eine Kontrollmöglichkeit insoweit nicht besteht. Aber auch nach der Auftragsvergabe werden sie nicht offengelegt, da die Geschäftsgeheimnisse der Unternehmer und somit „berechtigte Interessen Dritter“ entgegenstünden (§ 29 Abs. 2 VwVfG analog). Dies ist allerdings höchstens hinsichtlich der Kalkulationsunterlagen zutreffend. Die Leistungsbeschreibung des Unternehmens und der dafür geforderte Preis sind demgegenüber keine Geschäftsgeheimnisse. Zudem stellt deren Schutz auch kein „berechtigtes Interesse“ im Hinblick auf die vollständige Versagung der Akteneinsicht dar. Denn das Geheimhaltungsinteresse wird durch das Kontrollinteresse überwogen. Ein Interesse, das allein darauf gerichtet ist, die Rechtskontrolle gegenüber einer staatlichen Entscheidung zu verhindern, ist demnach kein „berechtigtes“ i.S.d. § 29 Abs. 2 VwVfG⁴⁴.

1. Zwei-Stufen-Kriterium?

Der Rechtsschutz im Hinblick auf die Vergabe von Staatsaufträgen bereitet Rechtsprobleme insbesondere bei der Abgrenzung der Rechtswege voneinander. Wer das Auftragsrechtsverhältnis als bürgerlich-rechtlichen Vertrag qualifiziert⁴⁵, gelangt bei der Klage auf Erteilung öffentlicher Aufträge zu folgender Fragestellung:

– Orientiert sich der Rechtsweg an der Anspruchsgrundlage, aus welcher der Anspruch folgt, so ist diese Anspruchsgrundlage regelmäßig öffentlich-rechtlicher Natur (etwa: Art. 3 GG; § 2 Abs. 3 ZonenrandförderungsgG, § 39 Abs. 2 SchwerbeschädigtenG)⁴⁶. Konsequenterweise ist dann der Verwaltungsrechtsweg zulässig⁴⁷. In der Praxis wird dies insbesondere angenommen, wenn eine „besondere“ öffentlich-rechtliche Bevorzugungsregel eingreift⁴⁷.

– Qualifiziert man den Rechtsweg nach der erstrebten Handlung, also dem Abschluß eines bürgerlich-rechtlichen Vertrages, so liegt der Zivilrechtsweg näher⁴⁸. Das gilt um so mehr, als nach der erstgenannten Ansicht das bemerkenswerte Ergebnis eintritt, das ein Verwaltungsgericht zur Abgabe einer bürgerlich-rechtlichen Willenserklärung verurteilen soll.

Zur Vereinheitlichung des Rechtsweges und zur Vermeidung gewisser prozessualer Nachteile bei den ordentlichen Gerichten wird diskutiert, die Vergabeentscheidung zweistufig zu qualifizieren: Danach soll dann die Entscheidung über das „Ob“ der Auftragsvergabe öffentlich-rechtlich erfolgen; das „Wie“ hingegen bürgerlich-rechtlich abgewickelt werden⁴⁹. Demnach sei zu unterscheiden zwischen dem Vertragsabschluß einerseits, der bürgerlich-rechtlich qualifiziert sein soll, und der Entscheidung darüber, ob sie öffentlich-rechtlich

41 OLG Köln a.a.O. (Fn. 37).

42 Kunert a.a.O. (Fn. 14), S. 166 f.

43 BGH, BB 1976, 1580; NJW 1980, 180; Hundertmark, BB 1982, 16.

44 Näher hierzu Meyer/Borgs, VwVfG, 2. A., 1982, § 29 Rn. 21; VGH München, NJW 1988, 1615; Schoenemann, DVBl 1988, 520.

45 Dazu o. III. 1.

46 Dazu o. Fn. 29.

47 So etwa BVerwGE 34, 213; MDR 1966, 536.

48 Etwa: BGHZ 52, 325; BGH NJW 1977, 628; OLG Düsseldorf, NJW 1981, 585.

49 So insbes. Kopp, BayVBl 1980, 809.

zu begreifen sei. Auf diese Weise wird die maßgebliche Willenserklärung von einer dahinter stehenden, anderen Entscheidung getrennt; diese letztere Entscheidung soll die öffentlich-rechtliche sein. Öffentlich-rechtlich wären dann insbesondere die Abschlußentscheidung im Vergabeverfahren, also die Entscheidung, wem der Zuschlag vergeben werden soll, und die Ablehnung der nicht berücksichtigten Anbieter, welche dann durch Verwaltungsakt erfolgt. Als maßgebliche Vorteile dieser Lösung können gelten: die schlüssige Beantwortung der Rechtswegprobleme, die Anwendbarkeit des VwVfG auf das Vergabeverfahren; insbesondere der Begründungsanspruch der Abgelehnten (§ 39 VwVfG) und der Bestandsschutz für den Auftragnehmer nach §§ 48 Abs. 2, 49 Abs. 2 VwVfG.

Die Nachteile dieser Lösung wurzeln in dem Umstand, daß – mehr noch als im Subventionsrecht – der Verwaltungsakt eine bloße Fiktion darstellt, die von dem bürgerlich-rechtlichen Rechtsverhältnis auch analytisch nicht unterschieden werden kann. Das maßgebliche Rechtsverhältnis ist keine Dreiecksbeziehung (Vergabestelle, Abwicklungsstelle, Auftragnehmer), sondern zweipolig (Auftraggeber, Auftragnehmer). Entständen zwischen diesen beiden Parteien zwei Rechtsbeziehungen nebeneinander, so könnte der Rechtsweg sich auch stets nur nach demjenigen Rechtsverhältnis richten, welches im konkreten Fall betroffen ist. Gerade dies läßt sich aber kaum unterscheiden. Sind Klagen gegen ungerechtfertigte Vertragsbedingungen solche gegen Bestimmungen des Verwaltungsakts (dann Verwaltungsgerichte)? Oder solche zur Überprüfung eines bürgerlich-rechtlichen Vertrages (dann ordentliche Gerichte)? Ist die nachträgliche Aufhebung des Auftrags eine Rücknahme bzw. ein Widerruf des Verwaltungsakts oder die Kündigung eines bürgerlich-rechtlichen Vertrages? Kann gar eine nachträgliche Änderung des Auftrags durch Änderung eines Verwaltungsaktes oder nur im konsensualen Wege der Vertragsänderung durchgeführt werden? Ist das richtige Instrument zur Durchsetzung der Ansprüche des Staates aus dem Auftragsrechtsverhältnis der Verwaltungszwang zur Vollziehung des Auftragsvergabe-Verwaltungsakts? Die systematischen Ungereimtheiten bleiben zudem bestehen: Ein übergangener Dritter will nicht auf Entscheidung über die Auftragsvergabe an sich selbst klagen, sondern auf die Auftragsvergabe. Ist dann der Vertragsabschluß notfalls im Wege der Vollziehung eines verwaltungsgerichtlichen Urteils zu erreichen? Das Problem der Bestandskraft im Konkurrentenverhältnis ist ohnehin völlig ungeklärt⁵⁰.

2. Ordentlicher Rechtsweg

Die genannten Probleme sind letztlich ähnlich denjenigen, welche zu einer Ablehnung der Zwei-Stufen-Lehre auch im Subventionsrecht geführt haben. Die Zweistufigkeit schafft mehr Zweifelsfragen, als sie zu beantworten in der Lage ist. Richtig an den genannten Ansätzen ist der Ausgangspunkt; nämlich das Bestreben nach Vereinheitlichung des Rechtsweges auch im Hinblick auf die Vergabeentscheidung. Nur darf diese nicht durch anderseitige Rechtswegspaltungen erkauft werden. Zutreffend ist vielmehr der umgekehrte Weg: Einzig zulässiger Rechtsweg ist der ordentliche Rechtsweg. Klagen auf Abgabe bürgerlich-rechtlicher Willenserklärungen sind vor den ordentlichen Gerichten zu erheben. Ein solcher Ansatz scheint

auf Anhiob gegenüber der allgemeinen Ansicht quer zu liegen, wonach sich der Rechtsweg nach der Anspruchsgrundlage richtet⁵¹. Diese Lehre ist sicherlich insoweit zutreffend, als Verwaltungsgerichte nur über öffentlich-rechtliche Ansprüche entscheiden dürfen. Ob dieser Satz aber auch umkehrbar ist, also ordentliche Gerichte nur über bürgerlich-rechtliche Anspruchsgrundlagen entscheiden dürfen, ist zumindest noch diskussionsbedürftig. Daß diese Umkehrung im Recht der Staatsaufträge ohnehin nicht durchgehalten wird, indem schon gegenwärtig ordentliche Gerichte über öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlagen entscheiden⁵², deutet bereits die richtige Richtung an. Die zunehmende Verknüpfung vom bürgerlichen und öffentlichen Recht bei der privatrechtlich handelnden Verwaltung ist so jedenfalls prozessual noch zu bewältigen.

Das gilt um so mehr, als rechtsvergleichende Ansätze zeigen, daß öffentlich-rechtliche Rechtswege und Gerichtsbarkeiten keinen besseren Rechtsschutz gewährleisten als die ordentlichen Gerichte⁵³, so daß der erstrebte rechtsstaatliche Gewinn zumindest noch beweisbedürftig wäre. Um hier die Nachteile der Rechtswegspaltung zu vermeiden, gilt demnach: Klagen auf, gegen oder wegen fehlerhafter Auftragsvergabe sind stets vor den ordentlichen Gerichten zu erheben; und zwar unabhängig von der geltend gemachten Anspruchsgrundlage. Gleichfalls vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen sind die sonstigen Ansprüche der Unternehmer oder Anbieter etwa aus §§ 22, 26, 35 GWB.

Die Erfolgsaussichten von Klagen auf Erteilung des Auftrages sind allerdings überaus gering. Wegen der Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten nimmt die Rechtsprechung einen Anspruch des Unternehmers praktisch nur bei dem billigsten Angebot an⁵⁴.

Sekundäransprüche können sich insbesondere aus Gewährleistungsrecht ergeben⁵⁵. Das gilt vornehmlich, wenn ein Auftrag rechtswidrig vergeben worden ist und (etwa aus Gründen des Vertrauensschutzes für den Auftragnehmer) nicht mehr rückgängig gemacht werden kann⁵⁶. In solchen Fällen kommt dann nur noch Schadensersatz aus *cic* oder § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem jeweiligen Anspruch auf Auftragserteilung als Schutzgesetz in Betracht. Die Höhe des Anspruchs richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen; er umfaßt jedenfalls bei Ansprüchen aus *cic* entgangenen Gewinn, wenn der Geschädigte einen Anspruch auf die Erteilung des Auftrags gehabt hätte⁵⁷. Schadensersatzansprüche kommen auch in Betracht bei Nichteinhaltung der Ausschreibungsbedingungen⁵⁸ oder bei einer Ausschreibung ohne Hinweis darauf, daß die Finanzierung des Auftrags noch nicht gesichert ist, für die Kosten des Angebots⁵⁹.

50 S. zum Problem Gusy, GewA 1988, 322.

51 S. nur Redeker/von Oertzen, VwGO, 9. A., 1988, § 40 Rn. 6 m.w.N.

52 S.o. Fn. 48.

53 Semler, Das Diskriminierungsverbot bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 1968, S. 23, 37.

54 BGH, BB 1981, 1122 m.w.N.

55 Zur Mängelhaftung nach VOB Borsdorff, Jura 1988, 67.

56 Walthelm a.a.O. (Fn. 20), S. 215 f.; Pietzcker, NVwZ 1983, 121, 124.

57 Eingehend Wiedemann, in: Soergel/Mertens, BGB, Schuldrecht I 1., 11. A., 1986, vor § 275 Rn. 97 ff.; s. weiter BGH, JR 1970, 100; vertiefend noch Seufert, Bauzeitverzögerungen und Mehrforderungen, 1987.

58 BGH, VersR 1965, 764, 765.

59 OLG Düsseldorf, NJW 1977, 1064.