

Vergaberecht ist Sache der Zivilgerichte¹

Für Vergaberechtsstreitigkeiten mit öffentlichen Auftraggebern und denjenigen, die solchen Auftraggebern gleichgestellt sind, sind die Vergabekammern und die Zivilgerichte zuständig. Für die Vergaben oberhalb der sogenannten Schwellenwerte, die dem GWB unterliegen, wird dies durch § 104 Abs. 2 S. 1 GWB geregelt. Für die Vergaben unterhalb der Schwellenwerte fehlt eine solche gesetzliche Klarstellung. Nachdem in den letzten Jahren von den Instanzgerichten diese Frage unterschiedlich beurteilt wurde, hat das Bundesverwaltungsgericht Mitte 2007 die notwendige Klarheit getroffen².

Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich oder bürgerlich-rechtlich ist, richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird³. Dabei kommt es regelmäßig darauf an, ob die Beteiligten zueinander in einem hoheitlichen Verhältnis der Über- und Unterordnung stehen und sich der Träger hoheitlicher Gewalt der besonderen Rechtssätze des öffentlichen Rechts bedient⁴. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit kann aber auch auf einem Gleichordnungsverhältnis beruhen. Gleichordnungsverhältnisse sind öffentlich-rechtlich, wenn die das Rechtsverhältnis beherrschenden Rechtsnormen nicht für jedermann gelten, sondern Sonderrecht des Staates oder sonstiger Träger öffentlicher Aufgaben sind, das sich zumindest auf einer Seite nur an Hoheitsträger wendet⁵.

Nach diesen Grundsätzen ist (auch) für Streitigkeiten in Vergabeverfahren, die nicht in den Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB fallen, weil sie Aufträge unterhalb der Schwellenwerte betreffen, der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet⁶. Diese Rechtsauffassung entspricht der ständigen Rechtsprechung des GmS-OGB, des BVerwG und des BGH, wonach sich die öffentliche Hand bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in aller Regel auf dem Boden des Privatrechts bewegt, so dass für Streitigkeiten über die hierbei vorzunehmende Auswahl des Vertragspartners nicht der Verwaltungsrechtsweg, sondern der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben ist⁷. Dies gilt jedenfalls dann, wenn bei der Entscheidung über

¹ Die nachstehende Darstellung basiert auszugsweise auf dem Urteil 6 B 10/07 des BVerwG;

² BVerwG, Beschluss v. 02.05.2007, 6 B 10/07;

³ GmS-OGB in: BGHZ 97, 312 [313f.] = NJW 1986, 2359 = GRUR 1986, 685; BGHZ 102, 280 [283] = NJW 1988, 2295, und BGHZ 108, 284 [286] = NJW 1990, 1527; BVerwGE 96, 71 [73] = Buchholz 436.0 § 12 BSHG Nr. 24, S. 2f. = NJW 1994, 2968 = NVwZ 1995, 79 L; NJW 2006, 2568; BGH, NJW 2000, 1042 = NVwZ 2000, 594 L;

⁴ GmS-OGB in: BGHZ 97, 312 [314] = NJW 1986, 2359 = GRUR 1986, 685, und BGHZ 102, 280 = NJW 1988, 2295; BVerwG in: NJW 2006, 2568;

⁵ GmS-OGB in: BGHZ 108, 284 [286f.] = NJW 1990, 1527; BVerwG in: NJW 2006, 2568;

⁶ so zu Recht OVG Schleswig in: NZBau 2000, 216 L = NordÖR 1999, 512, und Beschl. v. 08.09.2006 - 3 O 24/06, juris; OVG Lüneburg in: NZBau 2006, 396 = NVwZ-RR 2006, 845, und NVwZ-RR 2006, 843 = NZBau 2006, 670; OVG Berlin-Brandenburg in: NZBau 2006, 668 = DVBI 2006, 1250; VGH Mannheim in: BeckRS 2007, 20302; VG Leipzig in: SächsVBI 2005, 301; VG Potsdam in: NZBau 2006, 68 = WuW 2006, 218; VG Osnabrück, Beschl. v. 21. 4. 2006 - 1 B 26/06, unveröff.; VG Karlsruhe in: NZBau 2006, 672 L = WuW 2006, 862; Dabringhausen/Sroka in: VergabeR 2006, 462 [464ff.]; Dörr in: DÖV 2001, 1014 [1024]; Gröning in: ZWeR 2005, 276 [280ff.]; Heilshorn/Tanneberger in: BWGZ 2006, 813 [817]; Irmer in: VergabeR 2006, 159 [163ff.]; Jaeger in: ZWeR 2006, 366 [380ff.]; Kanther in: HGZ 2007, 9 [10]; Köster in: NZBau 2006, 540 [542f.]; Losch in: VergabeR 2006, 298 [306f.]; Pietzcker in: NVwZ 1983, 121 [124f.]; ders. in: NJW 2005, 2881 [2882]; ders. in: ZfBR 2007, 131 [134f.]; Ruthig in: NZBau 2005, 497 [499ff.]; Schneider/Häfner in: AbfallR 2005, 181 [182f.]; dies. in: DVBI 2005, 989 [990f.]; Tomerius/Kiser in: VergabeR 2005, 551 [556ff.]; Wilke in: NordÖR 2006, 481 [485])

⁷ GmS-OGB in: BGHZ 97, 312 [316f.] = NJW 1986, 2359; BVerwGE 5, 325 [326f.] = NJW 1958, 394; BVerwGE 7, 89 [90f.] = NJW 1959, 115; BVerwGE 14, 65 [71f.] = Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 42, S. 76 = NJW 1962, 1535; BVerw-

die Vergabe eines öffentlichen Auftrags keine gesetzliche Verpflichtung zu bevorzugter Berücksichtigung eines bestimmten Personenkreises zu beachten ist. Der in der neueren Rechtsprechung und Literatur vertretenen Gegenauffassung⁸ ist das Bundesverwaltungsgericht aus folgenden Gründen nicht gefolgt:

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge wird der Staat als Nachfrager am Markt tätig, um einen Bedarf an bestimmten Gütern und Dienstleistungen zu decken. In dieser Rolle als Nachfrager unterscheidet er sich nicht grundlegend von anderen Marktteilnehmern⁹. Die von der öffentlichen Hand abgeschlossenen Werk- und Dienstverträge gehören ausschließlich dem Privatrecht an¹⁰. Das gleiche gilt für das dem Abschluss des Vertrags vorausgehende Vergabeverfahren, das der Auswahl der öffentlichen Hand zwischen mehreren Bietern dient.

Mit der Aufnahme der Vertragsverhandlungen entsteht zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bietern ein privatrechtliches Rechtsverhältnis, welches bis zur Auftragsvergabe an einen der Bieter andauert. Die öffentliche Hand trifft in diesem Vergabeverfahren eine Entscheidung über die Abgabe einer privatrechtlichen Willenserklärung, die die Rechtsnatur des beabsichtigten bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäfts teilt. Die Vergabe öffentlicher Aufträge ist als einheitlicher Vorgang insgesamt dem Privatrecht zuzuordnen¹¹.

Die privatrechtliche Einordnung der Vergabe öffentlicher Aufträge entspricht der Rechtsprechung des BGH zu den Grundsätzen der Haftung bei einer öffentlichen Ausschreibung. Danach kommt mit der Ausschreibung und der Beteiligung des Bieters am Ausschreibungsverfahren ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis zu Stande, das die Parteien zur gegensei-

GE 35, 103 [104f.] = Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 88 S. 11f., und Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 122 S. 54f.; BGH in: NJW 1967, 1911;

⁸ OVG Koblenz in: DVBI 2005, 988, und DÖV 2007, 39; OVG Münster in: NVwZ-RR 2006, 223 = NZBau 2006, 67; NVwZ 2006, 1083 = NZBau 2006, 797 L und NVwZ-RR 2006, 842 = NZBau 2006, 533 = NJW 2006, 3450 L; OVG Bautzen in: NZBau 2006, 393 = ZfBR 2006, 511; VG Koblenz in: NZBau 2005, 412 = ZfBR 2005, 504; VG Trier in: BeckRS 2006, 25066; VG Neustadt in: NJOZ 2005, 5151 = WuW 2006, 456, und VergabeR 2006, 883; VG Münster in: NWVBI 2006, 470; VG Dessau in: NZBau 2006, 335; VG Meiningen, Beschl. v. 16. 1. 2007 - 2 E 613/06 in: juris; Braun in: SächsVBI 2006, 249 [256ff.]; Bungenberg in: WuW 2005, 899 [902ff.]; Frenz in: VergabeR 2007, 1 [14]; Hermes in: JZ 1997, 909 [915]; Hölzl/Gabriel in: AbfallR 2005, 259 [262f.]; Huber in: JZ 2000, 877 [882]; Kopp/Schenke in: VwGO, 14. Aufl. [2005], § 40 Rdnr. 25a; Niestedt/Hölzl in: NJW 2006, 3680 [3682]; Niestedt/Hellriegel in: VergabeR 2005, 479 [480f.]; Prieß/Hölzl in: ZfBR 2005, 593; Pünder in: VerwArch 95, 38 [57]; Rennert in: DVBI 2006, 1252; Sodan in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. [2006], § 40 Rdnrn. 339f.; Stelkens in: VerwaltungsprivatR, 2005, S. 1024ff. [1035];

⁹ BVerfG in: NJW 2006, 3701 [3702] = NZBau 2006, 791 Rdnr. 52;

¹⁰ BVerwGE 5, 325 [326] = NJW 1958, 394; BVerwGE 14, 65 [72, 76] = NJW 1962, 1535, und BVerwGE 35, 103 [105] = Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 88, S. 11 [12]; BGHZ 36, 91 [96] = NJW 1962, 196; NJW 1967, 1911 und NJW 1977, 628 [629]; OVG Lüneburg in: NVwZ-RR 2006, 843 [844]; Gröning in: ZWeR 2005, 276 [280]; Gurlit in: Erichsen/Ehlers, Allg. VerwaltungsR, 13. Aufl. [2005], § 29 Rdnr. 6; Maurer in: Allg. VerwaltungsR, 16. Aufl. [2006], § 17 Rdnr. 31; Sodan in: Sodan/Ziekow, § 40 Rdnr. 334; Vygen in: Ingenstau/Korbion, VOB, 15. Aufl. [2006], Einl. Rdnr. 10)

¹¹ (BVerwG, Urteil vom 08.03.1962 a.a.O.; BVerwGE 14, 65 [72, 77] = NJW 1962, 1535; BGHZ 49, 77 [80] = NJW 1968, 547; Ehlers in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 40 Rdnr. 250; ders. in: Erichsen/Ehlers, § 3 Rdnr. 47; Gurlit in: Erichsen/Ehlers, § 29 Rdnr. 6; Jaeger in: ZWeR 2006, 366 [381]; Maurer, § 17 Rdnr. 31; Siegel in: DÖV 2007, 237 [241f.]; Ziekow/Siegel in: ZfBR 2004, 30 [32f.];

tigen Rücksichtnahme verpflichtet und auf beiden Seiten Sorgfaltspflichten begründet, deren Verletzung Schadensersatzansprüche auslösen kann, etwa wenn der öffentliche Auftraggeber im weiteren Verlauf des Ausschreibungs- und Vergabeverfahrens die Vorschriften des öffentlichen Vergaberechts zum Nachteil des Bieters nicht einhält¹². Der BGH ordnet das im Vergabeverfahren bestehende vertragsähnliche Vertrauensverhältnis und einen hieraus entstehenden Schadensersatzanspruch - zu Recht - ersichtlich dem Privatrecht zu. Nichts anderes gilt für den hier geltend gemachten (Primär-)Anspruch auf ordnungsgemäße Auswahl im Vergabeverfahren.

Für die Bestimmung des Rechtswegs ist es unerheblich, dass die öffentliche Hand bei der Vergabe öffentlicher Aufträge auch - zumindest mittelbar - öffentliche Aufgaben wahrnimmt und dass die Abgrenzung zur Wirtschaftsförderung und -lenkung im Einzelfall fließend sein kann¹³. Aus der Tatsache, dass staatliche Maßnahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen, kann nicht ohne Weiteres der Schluss gezogen werden, dass die öffentliche Hand sich auch öffentlich-rechtlicher Mittel zur Erreichung dieser Ziele bedient¹⁴. Die öffentliche Verwaltung kann die ihr anvertrauten öffentlichen Aufgaben, wenn und soweit keine öffentlich-rechtlichen Normen oder Rechtsgrundsätze entgegenstehen, auch in der Form und mit den Mitteln des Privatrechts erfüllen¹⁵.

Maßgeblich für die Zuordnung eines Rechtsverhältnisses zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht ist nicht das Ziel, sondern die Rechtsform staatlichen Handelns; ist diese - wie hier - privatrechtlich, so ist es grundsätzlich auch die betreffende Streitigkeit¹⁶.

Für den Rechtsweg ebenfalls nicht entscheidend ist der Umstand, dass die öffentliche Hand im Vergabeverfahren öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt, die für Privatpersonen nicht in entsprechender Weise gelten. Ob und in welchem Umfang bei der Auswahl eines Vertragspartners durch die öffentliche Hand eine derartige Bindung besteht, ist keine Frage des Rechtswegs, sondern der zu treffenden Sachentscheidung¹⁷. Das Zivilrecht wird insoweit als „Basisrecht“ von den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Bindungen überlagert¹⁸. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG und des BGH wird dort, wo sich der Staat zur Erfül-

¹² BGHZ 139, 259 [260ff.] = NJW 1998, 3636; NJW 2004, 2165 = NZBau 2004, 283, und NZBau 2006, 797 = ZfBR 2007, 40 [41];

¹³ vgl. hierzu Kopp in: BayVBI 1980, 609 [611]; Sodan in: Sodan/Ziekow, § 40 Rdnrn. 334f.;

¹⁴ BVerwGE 35, 103 [105] = Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 88, S. 11 [12]; BVerwGE 96, 71 [74] = Buchholz 436.0 § 12 BSHG Nr. 24, S. 2 = NJW 1994, 2968 = NVwZ 1995, 79 L; BVerwGE 94, 229 [232] = Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 267, S. 53 = NJW 1994, 1169 = NVwZ 1994, 584 L;

¹⁵ BVerwGE 92, 56 [64f.] = Buchholz 406.11 § 1 BauGB Nr. 61, S. 55 = NJW 1993, 2695 = NVwZ 1993, 1099 L; BVerwGE 96, 71 [74] = Buchholz 436.0 § 12 BSHG Nr. 24, S. 2 [4] = NJW 1994, 2968 = NVwZ 1995, 79 L; BVerwGE 94, 229 [231f.] = Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 267, S. 53 [53f.] = NJW 1994, 1169 = NVwZ 1994, 584 L und Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 286, S. 3; BGHZ 91, 84 [95f.] = NJW 1985, 197 = NVwZ 1985, 139 L;

¹⁶ Sodan in: Sodan/Ziekow, § 40 Rdnr. 316;

¹⁷ GmS-OGB in: BGHZ 97, 312 [316f.] = NJW 1986, 2359;

¹⁸ Pietzcker in: NVwZ 1983, 121 [122 und 124f.]; ders. in: ZfBR 2007, 131 [134f.];

lung seiner Aufgaben privater Gestaltungsformen bedient, die Privatrechtsordnung lediglich in einzelnen Punkten durch öffentlich-rechtliche Bindungen ergänzt, modifiziert und überlagert, ohne dass darum das Verwaltungshandeln selbst dem öffentlichen Recht zuzuordnen wäre (sog. Verwaltungsprivatrecht); infolgedessen haben über derartige öffentlich-rechtliche Bindungen des privatrechtlichen Verwaltungshandelns die ordentlichen Gerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeit mit zu entscheiden¹⁹. Die Frage, welcher Rechtsweg für Streitigkeiten bei der „unterschwellig“ Vergabe öffentlicher Aufträge gegeben ist, hängt vor diesem Hintergrund nicht entscheidend davon ab, ob Vergaberecht öffentliches Recht ist²⁰.

Insbesondere die Bindung der im Vergabeverfahren vorzunehmenden Auswahl an das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG führt nicht dazu, dass das Rechtsverhältnis zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bietern als öffentlich-rechtlich anzusehen ist. Jede staatliche Stelle hat unabhängig von der Handlungsform den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten²¹. Diese Bindung kann daher für die Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich nicht entscheidend sein. Anderenfalls wäre nahezu jedes Rechtsverhältnis zwischen der öffentlichen Verwaltung und dem Bürger angesichts der umfassenden Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG als öffentlich-rechtlich anzusehen; für die Annahme privatrechtlichen Handelns der öffentlichen Hand bliebe letztlich kein Raum mehr²². Öffentlich-rechtliche Bindungen der Verwaltung, die im Kern nur aus der Bindung an den Gleichheitssatz bestehen, führen nicht dazu, deren Handeln als öffentlich-rechtlich einzustufen und den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten zu bejahen. Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge besteht die Bindung der öffentlichen Hand im Kern aber allein in der Bindung an den Gleichheitssatz, welcher verlangt, dass jeder Bewerber eine faire Chance erlangt, nach Maßgabe der für den jeweiligen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden²³. Diese Anforderungen an die Wettbewerbsgleichheit der Bieter berühren indes nicht die privatrechtlichen Grundlagen des Rechtsverhältnisses zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bietern und machen die Streitigkeit zwischen dem unterlegenen Bieter und dem öffentlichen Auftraggeber deshalb nicht zu einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Dies alles gilt auch mit Blick auf die dem europäischen Gemeinschaftsrecht zu entnehmenden Gebote der Gleichheit und Nichtdiskriminierung, denen der EuGH bestimmte Anforderungen an das bei der Vergabe von binnenmarktrelevanten Aufträgen einzuhaltende Verfahren (Transparenz, Unparteilichkeit) entnimmt²⁴.

¹⁹ BVerwG, Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 244 = NVwZ 1990, 754 = NJW 1990, 2901 L; Buchholz 415.1 AllgKommR Nr. 103 = NVwZ 1991, 59 = NJW 1991, 715 L; BGHZ 91, 84 [96f.] = NJW 1985, 197; BGHZ 155, 166 [173ff.] = NJW 2003, 2451 = NVwZ 2004, 1527 L; NVwZ 2007, 246; BGH, NJW 2000, 1042 [1043] = NVwZ 2000, 594 L;

²⁰ vgl. zu Letzterem Rennert in: DVBI 2006, 1252; Stelkens, S. 414 ff.;

²¹ BVerfG in: NJW 2006, 3701 [3703] = NZBau 2006, 791 [Rdnr. 64];

²² OVG Berlin-Brandenburg in: NZBau 2006, 668 = DVBI 2006, 1250 [1252]; Dörr in: DÖV 2001, 1014 [1024];

²³ vgl. BVerfG in: NJW 2006, 3701 [3703] = NZBau 2006, 791 Rdnr. 65;

²⁴ vgl. dazu die Mitt. der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinie fallen, ABI. EG Nr. C 179 v. 1. 8. 2006, S. 2, mit Nachw. aus der Rspr. des EuGH;

Der Wettbewerb der Anbieter um einen ausgeschriebenen Auftrag wird als Mittel genutzt, um dieses Ziel zu erreichen, ist aber nicht selbst Ziel der haushaltsrechtlichen Normen²⁵.

Die Einordnung des allgemeinen Haushaltsrechts als Innenrecht wird durch die Gesetzgebungsmaterialien zum Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG) vom 26.08.1998 (BGBl I, 2512) bestätigt, mit dem das so genannte Kartellvergaberecht der §§ 106 ff. GWB a. F. (jetzt: §§ 97 ff. GWB) für die Vergabe oberhalb der Schwellenwerte in das GWB eingefügt wurde. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollten die Bieter mit § 106 VII GWB a. F. (jetzt: § 97 Abs. 7 GWB) erstmals ein subjektives Recht auf Einhaltung der Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe erhalten (BT-Dr 13/9340, S. 1 f.). Der Gesetzgeber ist also davon ausgegangen, dass es sich bei den haushaltsrechtlichen Vorschriften über die Vergabe von Aufträgen allein um Innenrecht handelt.

Ist der Geltungsanspruch der einschlägigen haushaltsrechtlichen Vorschriften mithin auf den staatlichen Innenbereich beschränkt, so können diese Vorschriften allenfalls mittelbar in der Weise in das Außenverhältnis zwischen den staatlichen Auftraggebern und den Bietern hineinwirken, dass sie eine entsprechende Verwaltungspraxis nach sich ziehen, welche ihrerseits Grundlage von Ansprüchen der Bieter auf Gleichbehandlung ist. Allein mit einer auf dem Gleichheitssatz beruhenden Bindung der öffentlichen Hand kann jedoch, wie bereits ausgeführt, die Qualifizierung des betroffenen Rechtsverhältnisses als öffentlich-rechtlich nicht begründet werden, weil die öffentliche Hand umfassend - und damit auch bei privat-rechtlichem Handeln - an den Gleichheitssatz gebunden ist.

Aus demselben Grund kommt es auch nicht auf den Umstand an, dass der Vergabe öffentlicher Aufträge im Bausektor regelmäßig die VOB/A zu Grunde gelegt wird. Die VOB/A ist - jedenfalls außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 97 ff. GWB²⁶ - nicht wie eine Rechtsnorm anzuwenden²⁷. Eine Bindung der öffentlichen Auftraggeber an die VOB/A im Außenverhältnis gegenüber den Bietern wird demzufolge ebenfalls nur über Art. 3 Abs. 1 GG und den hieraus abzuleitenden Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung bewirkt²⁸.

Eine öffentlich-rechtliche Einordnung der Beziehungen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bietern lässt sich schließlich auch nicht durch Heranziehung der so genannten Zwei-Stufen-Theorie²⁹ erreichen. Die Zwei-Stufen-Theorie ist nur dann zur rechtlichen Bewertung eines Vorgangs angemessen, wenn dieser durch eine Mehrphasigkeit der Aufga-

²⁵ BVerfG in: NJW 2006, 3701 [3703] = NZBau 2006, 791 Rdnr. 62;

²⁶ vgl. Vygen in: Korbion, Einl. Rdnr. 37;

²⁷ vgl. BGHZ 116, 149 [151] = NJW 1992, 827 = NVwZ 1992, 604 L; OLG Stuttgart in: NZBau 2002, 395;

²⁸ BVerfG in: NJW 2006, 3701 [3703] = NZBau 2006, 791 Rdnr. 65; BGHZ 116, 149 [152] = NJW 1992, 827 = NVwZ 1992, 604 L;

²⁹ vgl. dazu bereits BVerwGE 7, 89 [90ff.] = NJW 1959, 115 und BVerwGE 14, 65 [67f., 73] = NJW 1962, 1535;

benwahrnehmung gekennzeichnet ist³⁰. Das ist typischerweise dann der Fall, wenn die Entscheidung über das „Ob“ einer öffentlichen Leistung - etwa die Gewährung einer Subvention - durch Verwaltungsakt erfolgt, während deren Abwicklung - das „Wie“ - mittels eines privatrechtlichen Vertrags durchgeführt wird³¹. Die Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags unterscheidet sich hiervon jedoch wesentlich. Das Vergabeverfahren ist nämlich seiner Struktur nach gerade nicht zweistufig; vielmehr erfolgt die Entscheidung über die Auswahl zwischen mehreren Bietern im Regelfall unmittelbar durch den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags mit einem der Bieter durch Zuschlag (vgl. § 28 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A). Hiernach fehlt es an einem Anknüpfungspunkt für eine „erste Stufe“, auf der eine - nach öffentlichem Recht zu beurteilende - selbstständige „Vergabeentscheidung“ fallen könnte. Durch die Anwendung der Zwei-Stufen-Theorie auf die Vergabe öffentlicher Aufträge würde vielmehr ein einheitlicher Vorgang künstlich in zwei Teile aufgespalten. Die öffentlich-rechtlichen Bindungen, vor allem die Bindung an den Gleichheitssatz, denen die öffentliche Hand bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unterliegt, zwingen nicht zur Annahme einer „ersten Stufe“ bei der Auftragsvergabe in Form einer gesonderten „Vergabeentscheidung“. Die öffentlich-rechtliche Überlagerung der privatrechtlichen Auftragsvergabe kann vielmehr ohne Weiteres nach den Grundsätzen des Verwaltungsprivatrechts bewältigt werden, indem die ordentlichen Gerichte über die Ergänzungen, Modifizierungen und Überlagerungen des Privatrechts durch öffentlich-rechtliche Bindungen mitzuentcheiden haben.

Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG fordert ebenfalls kein anderes Ergebnis, denn ihr Normbereich ist für den Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht einschlägig. Öffentliche Aufträge werden nicht in Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne dieser Vorschrift vergeben³². Zudem ist anerkannt, dass der Zivilrechtsweg und der Verwaltungsrechtsweg, wie sich schon aus der Auffangzuständigkeit der ordentlichen Gerichte nach Art. 19 Abs. 4 S. 2 GG ergibt, unter dem Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes prinzipiell gleichwertig sind³³. Soweit in der Rechtsprechung auf Art. 19 Abs. 4 GG als Argument für den Verwaltungsrechtsweg hingewiesen wird, kann dem daher nicht gefolgt werden. Ebenso unergiebig ist Art. 19 Abs. 4 GG für die Frage, ob von einer Zweistufigkeit des Vergabeverfahrens auszugehen ist. Entscheidend für die Effektivität des Rechtsschutzes bei der „unterschwellig“ Vergabe öffentlicher Aufträge ist - sofern man entsprechend den Regelungen im so genannten Kartellvergaberecht (vgl. § 114 Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 123 S. 4 GWB) auch hier von einem Ausschluss des Primärrechtsschutzes nach Erteilung des Zuschlags ausgeht - nicht die Zweistufigkeit des Verfahrens, sondern die rechtzeitige Information der Mitbieter über die beabsichtigte Auswahlentscheidung³⁴.

Folglich ist der Zivilrechtsweg der richtige Rechtsweg

³⁰ vgl. BVerwG, Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 286, S. 3 [4];

³¹ vgl. BVerwGE 14, 65 [68, 73] = NJW 1962, 1535; Sodan in: Sodan/Ziekow, § 40 Rdnr. 327;

³² BVerfG in: NJW 2006, 3701 [3702] = NZBau 2006, 791 Rdnrn. 50 ff.;

³³ BVerwG, Buchholz 415.1 AllgKommR Nr. 103 = NVwZ 1991, 59 = NJW 1991, 715 L;

³⁴ vgl. Sauer/Hollands in: NZBau 2006, 763 [765]

