

L e i t s ä t z e

zum Beschluss des Ersten Senats vom 13. Juni 2006

- 1 BvR 1160/03 -

- 1. Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bindet staatliche Stellen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.**
- 2. Die in der Rechtsordnung dem übergangenen Konkurrenten eingeräumten Möglichkeiten des Rechtsschutzes gegen Entscheidungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge mit Auftragssummen unterhalb der Schwellenwerte genügen den Anforderungen des Justizgewährungsanspruchs (Art. 20 Abs. 3 GG).**
- 3. Es verletzt nicht den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), dass der Gesetzgeber den Rechtsschutz gegen Vergabeentscheidungen unterhalb der Schwellenwerte anders gestaltet hat als den gegen Vergabeentscheidungen, die die Schwellenwerte übersteigen.**



Im Namen des Volkes

**In dem Verfahren
über
die Verfassungsbeschwerde**

der S... GmbH,
vertreten durch die Geschäftsführer

- Bevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Matthias Krist und Koll.,
Clemensstraße 26-30, 56068 Koblenz -

gegen den Beschluss des Saarländischen Oberlandesgerichts vom 29. April 2003
- 5 Verg 4/02 -

hat das Bundesverfassungsgericht - Erster Senat – unter Mitwirkung

des Präsidenten Papier,
der Richterin Haas,
des Richters Steiner,
der Richterin Hohmann-Dennhardt
und der Richter Hoffmann-Riem,
Bryde,
Gaier,
Eichberger

am 13. Juni 2006 beschlossen:

Die Verfassungsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe:

A.

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die Beschränkung des Primärrechtsschutzes im Vergaberecht auf Entscheidungen über die Vergabe von Aufträgen, deren Volumen oberhalb eines bestimmten Schwellenwertes liegt.

1

I.

1. Als Vergaberecht wird die Gesamtheit der Normen bezeichnet, die ein Träger öffentlicher Verwaltung bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen, die

2

er zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben benötigt, zu beachten hat.

In Deutschland ist Grundlage der staatlichen Beschaffung traditionell das Haushaltsrecht. Dieses hat nach § 6 Abs. 1 des Gesetzes über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätzegesetz - HGrG) die wirtschaftliche und sparsame Verwendung der Haushaltsmittel zum Ziel. Zu diesem Zweck legt § 30 HGrG die öffentliche Ausschreibung als Regelform der Auftragsvergabe fest. Dieser Grundsatz wird in den Haushaltsordnungen des Bundes und der Länder sowie den landesrechtlichen Gemeindehaushaltsverordnungen dahin konkretisiert, dass beim Abschluss von Verträgen nach einheitlichen Richtlinien zu verfahren ist (vgl. etwa § 55 Abs. 2 der Bundeshaushaltsordnung <BHO>, § 55 Abs. 2 der Saarländischen Landeshaushaltsordnung, § 31 Abs. 2 der Saarländischen Gemeindehaushaltsverordnung). Derartige Richtlinien enthalten die Verdingungsordnungen, die von Verdingungsausschüssen ausgearbeitet werden, welche aus Vertretern von Bund, Ländern und Gemeinden sowie von Verbänden der Wirtschaft und von Gewerkschaften bestehen. So gilt für Bauleistungen die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (im Folgenden: VOB), deren Teil A das Verfahren für die Vergabe von Bauaufträgen regelt. Die Verfahrensregeln der Verdingungsordnungen werden von dem zuständigen Minister als Verwaltungsvorschriften erlassen.

Der traditionelle verwaltungsinterne Ansatz des deutschen Vergaberechts musste unter dem Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts teilweise aufgegeben werden. Neben den wirtschaftlichen Grundfreiheiten des primären Gemeinschaftsrechts gelten für die öffentliche Auftragsvergabe seit den 1970er Jahren sekundärrechtliche Vorgaben. Seit Mitte der 1990er Jahre regelten vier Richtlinien die Rahmenbedingungen der Auftragsvergabe: die Baukoordinierungsrichtlinie (Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993, ABI Nr. L 199 vom 9. August 1993, S. 54), die Lieferkoordinierungsrichtlinie (Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993, ABI Nr. L 199 vom 9. August 1993, S. 1), die Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie (Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992, ABI Nr. L 209 vom 24. Juli 1992, S. 1) und die Sektorenrichtlinie (Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993, ABI Nr. L 199 vom 9. August 1993, S. 84). Diese Richtlinien definierten den Begriff des öffentlichen Auftraggebers und gliederten das Vergabeverfahren detailliert in vier Abschnitte (Verfahrenswahl, Bekanntmachung, Eignungsprüfung und Zuschlag). In den Anwendungsbereich der Richtlinien fielen jedoch nicht sämtliche öffentliche Aufträge. Europaweite Ausschreibungen waren erst vorgeschrieben, wenn die in den Richtlinien festgesetzten Schwellenwerte erreicht wurden.

Die Vergaberichtlinien sahen die Einräumung von subjektiven Rechten der Bieter vor. Zur Durchsetzung dieser Rechte wurden die Rechtsmittelrichtlinie (Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989, ABI Nr. L 395 vom 30. Dezember 1989, S. 33) und die Rechtsmittelrichtlinie betreffend die Sektoren (Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992, ABI Nr. L 76 vom 23. März 1992, S. 14) erlassen, nach denen die Mitgliedstaaten ein formelles Nachprüfungsverfahren für die Einhaltung des Verfahrens der Vergabe öffentlicher Aufträge einzurichten haben. Als

Mindeststandards wurden unter anderem die Gewährung von einstweiligem Rechtsschutz, die Möglichkeit der Aufhebung rechtswidriger Vergabeentscheidungen und die Gewährung von Schadensersatz festgelegt.

Zur Umsetzung der Vergaberichtlinien änderte der Gesetzgeber zunächst mit Gesetz vom 26. November 1993 (BGBl I S. 1928) das Haushaltsgrundsätzegesetz. Auf der Grundlage des neuen § 57 a HGrG erging die Vergabeverordnung von 1994, die die Beachtung der in den A-Teilen der Verdingungsordnungen enthaltenen Vergabevorschriften für Aufträge oberhalb der gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwerte zwingend vorschrieb. Durch §§ 57 b f. HGrG wurde für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte ein zweistufiges Nachprüfungsverfahren durch verwaltungsinterne Vergabeprüfstellen und Vergabeüberwachungsausschüsse eingeführt. Diese so genannte haushaltsrechtliche Lösung hatte ausdrücklich zum Ziel, keine einklagbaren subjektiven Rechte der potenziellen Auftragnehmer entstehen zu lassen.

6

Mit dem am 1. Januar 1999 in Kraft getretenen Vergaberechtsänderungsgesetz vom 26. August 1998 (BGBl I S. 2512) gab der Gesetzgeber die haushaltsrechtliche Lösung auf, soweit der Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien reichte. Das materielle Vergaberecht wurde in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen integriert.

7

Das gemeinschaftsrechtliche Vergaberecht wurde zwischenzeitlich geändert. Ende März 2004 wurden zwei neue Koordinierungsrichtlinien verabschiedet (Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004, ABI Nr. L 134 vom 30. April 2004, S. 1; ABI Nr. L 134 vom 30. April 2004, S. 114), die eine teilweise Neuordnung des Vergabeverfahrens vorsehen. Die Rechtsmittelrichtlinien gelten dagegen fort.

8

2. Die durch das Vergaberechtsänderungsgesetz eingeführte so genannte kartellrechtliche Lösung führt zu einer Zweiteilung des Vergaberechts. Das Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB ist nach § 100 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 der nach § 97 Abs. 6, § 127 GWB erlassenen Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge - Vergabeverordnung (im Folgenden: VgV) nur auf Vergaben mit Beträgen ab bestimmten Schwellenwerten anwendbar, die sich an den gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwerten orientieren. Für Vergaben unterhalb dieser Schwellenwerte verbleibt es dagegen bei der früheren, haushaltsrechtlich geprägten Rechtslage. Daraus ergeben sich erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Frage, ob potentielle Auftragnehmer subjektive Rechte innehaben und welchen Rechtsschutz sie genießen.

9

a) Für Aufträge, deren Betrag den jeweils maßgeblichen Schwellenwert erreicht oder übersteigt - bei Bauaufträgen handelt es sich um ein Auftragsvolumen von 5 Mio. Euro (vgl. § 100 Abs. 1, § 127 Nr. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 4 VgV) -, sind die allgemeinen Grundsätze der Vergabe in § 97 GWB festgelegt. Die Einzelheiten des Vergabeverfahrens werden dabei in der Vergabeverordnung geregelt, die ihrerseits in ihren §§ 4 ff. auf die Verdingungsordnungen verweist. § 97 Abs. 7 GWB räumt den am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen ein subjektives Recht auf Einhaltung

10

der Bestimmungen über das Vergabeverfahren ein.

Für die Durchsetzung sehen §§ 102 ff. GWB ein besonderes Nachprüfungsverfahren vor. Zur Nachprüfung sind zunächst die nach § 104 GWB auf Bundes- und auf Landesebene einzurichtenden Vergabekammern berufen. Diese üben gemäß § 105 Abs. 1 GWB ihre Tätigkeit im Rahmen der Gesetze unabhängig und in eigener Verantwortung aus. Das Nachprüfungsverfahren wird durch Antrag eingeleitet, zu dem gemäß § 107 GWB jedes Unternehmen befugt ist, das ein Interesse an dem Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB geltend macht, durch die ihm ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Nach Zustellung des Antrags darf der Auftraggeber gemäß § 115 Abs. 1 GWB den Zuschlag vor einer Entscheidung der Vergabekammer und dem Ablauf der zweiwöchigen Beschwerdefrist des § 117 Abs. 1 GWB nicht erteilen. Die Vergabekammer untersucht nach § 110 Abs. 1 Satz 1 GWB den Sachverhalt von Amts wegen.

11

Einen bereits erteilten Zuschlag kann die Vergabekammer gemäß § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB nicht aufheben. Da Zuschlag und Vertragsschluss in einem Akt zusammenfallen, begründet dies regelmäßig die Gefahr, dass der Antrag auf Nachprüfung zu spät kommt. Um dem entgegenzutreten und effektiven Rechtsschutz zu ermöglichen, sieht § 13 VgV vor, dass die unterlegenen Bieter spätestens 14 Tage vor dem Vertragsschluss über den Namen des erfolgreichen Bieters und den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots informiert werden. Ein vor Fristablauf oder ohne Information geschlossener Vertrag ist nichtig.

12

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist nach § 116 GWB die sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht eröffnet, die gemäß § 117 Abs. 1 GWB in einer Notfrist von zwei Wochen einzulegen ist. Die Einlegung der sofortigen Beschwerde entfaltet nach § 118 Abs. 1 Satz 1 GWB aufschiebende Wirkung. Ist die Beschwerde begründet, kann das Oberlandesgericht gemäß § 123 Satz 2 GWB selbst in der Sache entscheiden oder die Vergabekammer zur erneuten Entscheidung verpflichten.

13

Des Weiteren enthält § 126 GWB eine besondere Anspruchsgrundlage des übergangenen Bieters auf Ersatz des Vertrauensschadens. Weitergehende Schadenersatzansprüche bleiben unberührt.

14

b) Für Aufträge, deren Volumen den maßgeblichen Schwellenwert nicht erreicht, bleibt das Vergaberecht Teil des öffentlichen Haushaltsrechts und insofern Innenrecht der Verwaltung. Die Basisparagraphen aus dem jeweiligen ersten Abschnitt der Teile A der Verdingungsordnungen gelten für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte regelmäßig als Verwaltungsvorschriften aufgrund entsprechender Anweisung, wie sie in den Haushaltsordnungen vorgesehen ist.

15

Ob und inwieweit den Interessenten Primäransprüche im laufenden Vergabeverfahren zustehen, hängt mangels besonderer Regeln von den Vorgaben der allgemeinen Rechtsordnung ab (vgl. Rudolf, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl., 2005, Rn. 80 ff., m.w.N.). Soweit sich danach überhaupt Unterlassungsan-

16

sprüche ergeben können, sind diese faktisch in aller Regel nicht durchsetzbar, da sie jedenfalls mit Erteilung des Zuschlags untergehen (vgl. Rudolf, a.a.O., Rn. 89). Die erfolglosen Bewerber erfahren von ihrer Nichtberücksichtigung zumeist erst mit oder nach dem Zuschlag.

Faktisch sind die erfolglosen Bewerber um eine Auftragsvergabe unterhalb des Schwellenwertes daher in aller Regel vom Primärrechtsschutz ausgeschlossen. Allerdings kann eine Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ausschlusses des erfolglosen Bieters in Betracht kommen.

17

II.

1. Die Beschwerdeführerin betreibt ein auf dem Gebiet der Verkehrssicherung tätiges Unternehmen, das seinen Umsatz ausschließlich durch öffentliche Aufträge erwirtschaftet. Das Volumen dieser Aufträge liegt stets unterhalb der für Bauaufträge maßgebenden Schwellenwerte. Zum Zeitpunkt der Einlegung der Verfassungsbeschwerde beschäftigte die Beschwerdeführerin 102 Arbeitnehmer und hatte einen jährlichen Gesamtumsatz von 12 bis 14 Mio. Euro.

18

Im Juli 2002 schrieb das Landesamt für Straßenwesen des Saarlandes Verkehrssicherungsmaßnahmen auf einer Autobahn öffentlich aus. Die Auftragssumme lag unter 5 Mio. Euro. Im Leistungsverzeichnis waren unter den Positionen 1.4001 und 1.4003 "Betonschutzwandfertigteile, Stahlbetonfertigteile z.B. System Spengler oder glw." gefordert. Die Beschwerdeführerin beteiligte sich an der Ausschreibung mit einem Haupt- und einem Nebenangebot. Sie bot eine Stahlschutzkonstruktion eines anderen Systems als Alternative zum System Spengler an. Das Angebot der Beschwerdeführerin war sowohl im Haupt- als auch im Nebenangebot das günstigste der eingereichten Angebote.

19

Der Beschwerdeführerin wurde am 23. August 2002 mitgeteilt, ihr Angebot sei ausgeschlossen worden, weil es nicht alle in den Verdingungsunterlagen gestellten Bedingungen erfülle. Nebenangebote oder Änderungsvorschläge müssten auf besonderer Anlage gemacht und als solche deutlich gekennzeichnet werden. Angebote, deren Nebenangebote oder Änderungsvorschläge diesen Bedingungen nicht entsprächen, könnten von der Wertung ausgeschlossen werden. Das Landesamt erteilte ebenfalls am 23. August 2002 mündlich einem anderen Bieter den Zuschlag, der am 29. August 2002 schriftlich bestätigt wurde.

20

2. Die Beschwerdeführerin beantragte am Abend des 23. August 2002 bei der Vergabekammer des Saarlands die Vergabenachprüfung nach §§ 107 ff. GWB und trug vor, weder ihr Haupt- noch ihr Nebenangebot seien unter Verstoß gegen Formvorschriften abgegeben worden.

21

Die Vergabekammer wies den Antrag als offensichtlich unzulässig zurück. Der Auftragswert des nach dem angegriffenen Vergabeverfahren erteilten Auftrags liege unterhalb des maßgeblichen Schwellenwertes. Im Übrigen sei der Zuschlag bereits erteilt.

22

- Die Voraussetzungen für eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG lägen nicht vor. Die Vergabekammern seien keine Gerichte im Sinne der Art. 95 und 96 GG. Die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sei auch nicht entscheidungserheblich. Zudem sei die Kammer nicht davon überzeugt, dass die Beschränkung der Anwendung der §§ 97 ff. GWB verfassungswidrig sei. Die Festsetzung von Schwellenwerten bedeute keinen Verstoß gegen Art. 3 GG, weil sie sachlich dadurch gerechtfertigt werden könne, dass der Aufwand eines Nachprüfungsverfahrens für größere Aufträge eher hinzunehmen sei als bei Bagatellverfahren, bei denen ein Nachprüfungsverfahren zu wirtschaftlich nicht mehr vertretbaren Verzögerungen führen könne. Eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG scheide aus, weil die Vorschrift ein subjektives Recht voraussetze, der Beschwerdeführerin nach § 97 Abs. 7 GWB ein solches Recht auf Einhaltung der Vergabevorschriften jedoch gerade nicht zustehe. 23
3. Die Beschwerdeführerin legte gegen den Beschluss der Vergabekammer sofortige Beschwerde ein, die das Oberlandesgericht durch den angegriffenen Beschluss zurückwies. 24
- Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, weil der ausgeschriebene Auftrag den für die Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB erforderlichen Schwellenwert nach § 100 Abs. 1, § 127 Nr. 1 GWB in Verbindung mit § 2 Nr. 4 VgV nicht erreiche. Die genannten Vorschriften seien auch nicht verfassungswidrig. 25
- Ein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG sei zu verneinen. Die Norm setze subjektive Rechte voraus. Ein solches Recht folge für die Beschwerdeführerin nicht aus § 97 Abs. 7 GWB, da diese Vorschrift nach § 100 Abs. 1 GWB nur für solche Aufträge gelte, die die Schwellenwerte erreichten oder überschritten. Für Aufträge mit einem geringeren Auftragsvolumen habe der Gesetzgeber bewusst davon abgesehen, ein subjektives Recht auf Einhaltung der Vergaberegeln zu schaffen. Die Verdingungsordnungen als solche hätten nicht die Qualität von Rechtsnormen, so dass sie als Grundlage eines subjektiven Rechts ausschieden. Eine Verletzung in anderen subjektiven Rechten, etwa dem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG, habe die Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht. Es könne deshalb offen bleiben, ob der Gesetzgeber durch Art. 19 Abs. 4 GG gehalten sei, für den Fall einer Verletzung von Grundrechten im Vergabeverfahren Primärrechtsschutz auch unterhalb der Schwellenwerte vorzuhalten. 26
- Die Vorschriften des Gesetzes über Wettbewerbsbeschränkungen und der Vergabeverordnung verstießen auch nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Die Ungleichbehandlung von Unternehmen, die sich um Aufträge oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte bewerben, sei sachlich gerechtfertigt. 27
- Zwar ergebe sich ein rechtfertigender Grund für die Ungleichbehandlung nicht aus den Erwägungen, die auf Gemeinschaftsebene für die Festsetzung der Schwellenwerte maßgeblich gewesen seien. Im Inland könne für die Unternehmen auch die Beteiligung an Ausschreibungen mit einem geringeren Auftragsvolumen wirtschaftlich 28

bedeutsam sein mit der Folge, dass sie auch bei solchen Aufträgen ein Interesse an der Einräumung eines subjektiven Rechts auf Einhaltung der Vergaberegeln und auf Primärrechtsschutz hätten. Auch sei zweifelhaft, ob das Verhältnis der Gemeinschaftsgesetzgebung zu der innerstaatlichen Gesetzgebung zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung ausreiche. Im vorliegenden Fall sei die bestehende Ungleichbehandlung nicht unmittelbare Folge unterschiedlicher Rechtsetzungskompetenz. Sie beruhe auf der Entscheidung des nationalen Gesetzgebers, im Rahmen der Umsetzung der einschlägigen Richtlinien zwar subjektive Rechte und entsprechenden Primärrechtsschutz für Vergabeverfahren im Regelungsbereich der Richtlinien, nicht aber darüber hinaus zu gewähren.

Bei der Bewertung der gesetzgeberischen Entscheidung sei jedoch davon auszugehen, dass dem Gesetzgeber ein weiterer Gestaltungsspielraum zustehe. Im Gesetzgebungsverfahren sei insbesondere auf Gründe der Verfahrensökonomie und die Belastung durch die zu erwartende Vielzahl von Fällen verwiesen worden. Die Gewährung von Primärrechtsschutz bedeute eine Verzögerung des Vergabeverfahrens. Diese Verzögerung sei eine Belastung nicht nur für den öffentlichen Auftraggeber, sondern auch für denjenigen Bieter, der den Zuschlag erhalten solle, wenn sich der Nachprüfungsantrag im Ergebnis als unbegründet erweise. Dies sei um so eher hinnehmbar, je größer das Auftragsvolumen und damit das Interesse der übergebenen Bieter an dem Auftrag sei. Diese seien bei einem Ausschluss des Primärrechtsschutzes nicht rechtlos gestellt, sondern genössen bei Verstößen gegen die Vergabevorschriften jedenfalls Sekundärrechtsschutz in Form von Schadensersatzansprüchen. Die widerstreitenden Interessen der verschiedenen Bieter untereinander und im Verhältnis zur Vergabestelle ließen es deshalb nicht als von vornherein mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar erscheinen, wenn die Gewährung von Primärrechtsschutz von der Erreichung eines bestimmten Auftragsumfangs abhängig gemacht werde. Objektive Kriterien für den erforderlichen Auftragswert gebe es nicht. Auch eine Bagatellgrenze lasse sich nicht für alle Vergabeverfahren abstrakt bestimmen. Die Festlegung des maßgeblichen Wertes sei letztlich immer willkürlich. Daher sei die Übernahme der gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwerte in das nationale Recht als Wertgrenze, unterhalb derer kein subjektives Recht auf Einhaltung der Vergaberegeln und kein Primärrechtsschutz gewährt werden sollten, vertretbar und liege innerhalb des dem Gesetzgeber zustehenden Gestaltungsspielraums.

29

III.

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 GG.

30

1. Die Verweigerung von Primärrechtsschutz im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren verletze den Gleichbehandlungsgrundsatz, da Vergabeverfahren oberhalb und unterhalb des gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwertes ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt würden.

31

- Die Zweiteilung des deutschen vergaberechtlichen Rechtsschutzes resultiere aus der verfassungsrechtlich unreflektierten Übernahme der Auftragsschwellenwerte aus dem europäischen Richtlinienrecht in das nationale Umsetzungsrecht. Die ungleich behandelten Vergleichsfälle fielen in den Kompetenzbereich eines Trägers öffentlicher Gewalt, des nationalen Gesetzgebers. Nicht das Bestehen einer Rechtsangleichungskompetenz auf europäischer Ebene sei Gegenstand der Diskussion um einen Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, sondern die doppelte Bindung des deutschen Gesetzgebers an Gemeinschaftsrecht und an den durch nationales Verfassungsrecht gezogenen Rahmen. 32
- Die Ungleichbehandlung sei nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt. Insofern sei von einem strengen Prüfungsmaßstab auszugehen. Die Angst vor der massenhaften Inanspruchnahme eines Rechtsschutzes sei sachlich nicht belegt, zudem liege darin kein sachlicher Grund für die Differenzierung anhand der gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwerte. Diese Differenzierung sei auch nicht erforderlich, da die Einführung einer de-minimis-Schwelle gleichfalls möglich gewesen wäre, unterhalb derer jegliche Vergabeverfahren von der gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeit hätten ausgeschlossen werden können. Die bestehende Differenzierung sei auch unangemessen. Angesichts des Umstands, dass über 90 % aller Vergaben in Deutschland unterhalb der Schwellenwerte lägen, sei der nationale Vergabemarkt überwiegend rechtsschutzfrei ausgestaltet. 33
2. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts, Primärrechtsschutz in einem Vergabeverfahren unterhalb des EG-Auftragsschwellenwertes nicht zu gewähren, verletze weiter auch das Grundrecht der Beschwerdeführerin aus Art. 19 Abs. 4 GG. 34
- Anerkannt seien inzwischen die vollständige Grundrechtsbindung des Staates ungeachtet der Handlungs- und Gestaltungsformen und damit die umfassende unmittelbare Grundrechtsbindung des Staates auch im Privatrecht. Das praktische Bedürfnis für eine Grundrechtsbindung gerade bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ergebe sich zum einen aus dem erheblichen Beschaffungsvolumen, das jährlich freigesetzt werde, zum anderen aus der Instrumentalisierung des Vergaberechts zum Zweck der Durchsetzung von politischen Zielen, die außerhalb des eigentlichen Beschaffungsakts lägen. 35
- Die Rechtsschutzgarantie gebiete die Eröffnung eines Primärrechtsschutzes vor einem staatlichen Gericht, das den Anforderungen der Art. 92 und 97 GG genüge. Sekundärrechtsschutz erfülle diese Anforderungen nicht. Ein vollständiger Ausschluss des gerichtlichen Rechtswegs berühre den Kern der Verfassungsgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG. 36
- Eine Verletzung der Beschwerdeführerin in subjektiven Rechten komme vorliegend in Betracht, da ihr solche in ihrer Eigenschaft als Bieterin durch § 97 Abs. 7 GWB gewährt würden. Die Über- und Unterschreitung eines definierten Wertes, mit dem die jeweilige materielle vergaberechtliche Vorschrift zum subjektiven Recht mutiere, könne keinen Einfluss auf deren wahre Rechtsnatur haben, da die Eigenschaft eines 37

Rechtssatzes als subjektives Recht ein rein qualitatives rechtliches Merkmal darstelle. Die quantitative Bestimmung subjektiver Rechte begegne im Rahmen der Schutznormtheorie unüberwindbaren Bedenken. Gegenüber dem Beschwerdegericht sei zudem die Verletzung des § 2 Nr. 2 VOB/A gerügt worden. Das dort niedergelegte Diskriminierungsverbot sei eine spezielle Ausformung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG.

Die Funktionsfähigkeit der Verwaltung könne zwar eine verfassungsimmanente Schranke der Rechtsschutzgarantie sein. Jedoch dürfe der Zugang zum Gericht nicht unzumutbar erschwert oder gar ausgeschlossen werden. Dieser Anforderung werde das gegenwärtige System eines schwellenwertabhängigen Rechtsschutzausschlusses nicht gerecht. Dass im Übrigen die öffentlichen Beschaffungsmärkte auch dann effektiv funktionierten, wenn Vergaberechtsschutz ohne Schwellenwertbegrenzung gewährt werde, zeigten die nach einer Entscheidung des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs neu geordneten Verhältnisse in Österreich. Dort werde nunmehr bei jedem öffentlichen Auftrag gerichtlicher Vergaberechtsschutz zur Verfügung gestellt.

38

IV.

Zu der Verfassungsbeschwerde haben sich die Bundesregierung, die Landesregierungen von Baden-Württemberg, Bayern und Hessen, der Bundesgerichtshof, das Bundesverwaltungsgericht sowie der Deutsche Industrie- und Handelskammertag geäußert.

39

1. Die Bundesregierung hält die Verfassungsbeschwerde jedenfalls für unbegründet.

40

Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz liege nicht vor. Aus dem Gleichheitsgrundsatz lasse sich keine Pflicht zur überobligatorischen Anpassung des nationalen Rechts an das Gemeinschaftsrecht herleiten. Anderenfalls würde Art. 3 Abs. 1 GG zu einem Harmonisierungshebel weit über die gemeinschaftsrechtlich geforderte Rechtsangleichung hinaus.

41

Selbst wenn die Ungleichbehandlung für rechtfertigungsbedürftig gehalten und ein strenger Prüfungsmaßstab zugrunde gelegt würden, bestünden für die unterschiedliche Behandlung von Vergabeverfahren nach Maßgabe des Schwellenwertes hinreichende Gründe. Bei der in der Begründung des Regierungsentwurfs angesprochenen Befürchtung einer massenhaften Inanspruchnahme gehe es nicht primär darum, eine Überlastung der Justiz zu verhindern. Vielmehr sollten das Risiko einer Instrumentalisierung des Verfahrens zu Verzögerungszwecken ausgeschlossen und eine übermäßige Bürokratisierung vermieden werden. Flexible Entscheidungsstrukturen dürften nicht durch einen unverhältnismäßig hohen Aufwand aller Verfahrensbeteiligten bei der Abwicklung von Aufträgen, die unterhalb der Schwellenwerte lägen, gefährdet werden. Es könne nicht als sachgerecht angesehen werden, ein Vergabeverfahren so auszugestalten, dass zwar eine optimale gerichtliche Kontrolle

42

gewährleistet, dabei aber das Ziel kostengünstiger Beschaffung und effizienter Handlungsabläufe verfehlt werde. Es obliege dem Gesetzgeber, die Effizienz und Kostengünstigkeit von Vergabeverfahren mit den Interessen unterlegener Bieter an einem gerichtlichen Primärrechtsschutz abzuwägen.

Die angegriffene Entscheidung verletze die Beschwerdeführerin auch nicht in ihrem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG. Die Vergabeentscheidung eines öffentlichen Auftraggebers stelle keinen Akt öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG dar. Der im Schrifttum verschiedentlich hergestellte Wirkungszusammenhang zwischen dem lückenlosen materiellen Grundrechtsschutz aus Art. 1 Abs. 3 GG und dem formellen Gerichtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG halte einer näheren Überprüfung nicht stand.

43

Der allgemeine Justizgewährungsanspruch der Beschwerdeführerin sei gleichfalls nicht verletzt. Die Beschwerdeführerin sei bereits nicht in einem subjektiven Recht verletzt. Ein solches subjektives Recht folge für sie weder aus § 97 Abs. 7 GWB noch aus Grundrechten. Nicht berücksichtigte Bieter könnten zudem auch unterhalb der Schwellenwerte bei der Verletzung von Grundrechten auf zivilrechtlicher oder wettbewerbsrechtlicher Grundlage Schadensersatz verlangen.

44

2. Die Landesregierungen von Baden-Württemberg und Hessen halten es für verfassungsrechtlich unbedenklich, dass ein Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte nicht eingeräumt werde.

45

Die Bayerische Staatsregierung verweist auf die VOB- und VOL-Stellen, die unter anderem als Anlauf- und Koordinierungsstellen für Beschwerden gegen behördliche Auftragsvergaben dienen.

46

3. Der Bundesgerichtshof und das Bundesverwaltungsgericht haben mitgeteilt, dass sie noch nicht mit der Frage befasst gewesen seien, ob es mit verfassungsrechtlichen Bestimmungen in Einklang stehe, dass das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Primärrechtsschutz nur bei Vergabeverfahren mit Auftragswerten oberhalb der Schwellenwerte vorsehe.

47

4. Der Deutsche Industrie- und Handelskammertag unterstützt die Verfassungsbeschwerde.

48

B.

Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist unbegründet. Der angegriffene Beschluss, der Primärrechtsschutz gegen die in Frage stehende Vergabeentscheidung versagt, verletzt die Beschwerdeführerin weder in ihrem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG (I.) noch in dem im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) verbürgten allgemeinen Justizgewährungsanspruch (II.). Auch ist Art. 3 Abs. 1 GG nicht dadurch verletzt, dass die besonderen Regelungen für den Rechtsschutz gegen Vergabeentscheidungen oberhalb der Schwellenwerte nicht auch auf die anderen Vergabeentscheidungen erstreckt worden sind (III.).

49

I.

Das Oberlandesgericht hat nicht dadurch Art. 19 Abs. 4 GG verletzt, dass es der Beschwerdeführerin Primärrechtsschutz gegen die umstrittene Vergabeentscheidung versagt hat. Der Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 GG ist nicht berührt; die Vergabeentscheidung erfolgt nicht in Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne dieser Vorschrift. 50

1. Nicht jedes staatliche Handeln eröffnet die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Ziel der Normierung der besonderen Rechtsschutzgarantie in Art. 19 Abs. 4 GG war aufgrund historischer Erfahrungen der Schutz vor dem Risiko der Missachtung des Rechts durch ein Handeln der dem Bürger übergeordneten und gegebenenfalls mit den Mitteln des Zwangs arbeitenden Exekutive (vgl. BVerfGE 107, 395 <404>). Das Grundrecht soll Rechtsschutz dort gewährleisten, wo der Einzelne sich zu dem Träger staatlicher Gewalt in einem Verhältnis typischer Abhängigkeit und Unterordnung befindet. Insoweit bedingen die damit verbundenen Einwirkungsmöglichkeiten des Staates ein besonderes Bedürfnis des Einzelnen nach gerichtlichem Schutz, der die Abwehr einer Beeinträchtigung ermöglicht. Von diesem spezifischen Schutzzweck her ist der Begriff der öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG zu bestimmen. 51

2. Die Vergabestelle handelt vorliegend nicht als Trägerin öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG. Der Staat wird als Nachfrager am Markt tätig, um seinen Bedarf an bestimmten Gütern oder Leistungen zu decken. In dieser Rolle als Nachfrager unterscheidet er sich nicht grundlegend von anderen Marktteilnehmern. Auf seine übergeordnete öffentliche Rechtsmacht greift er bei einer Vergabeentscheidung nicht zurück, so dass kein Anlass besteht, seine Maßnahme als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG einzuordnen. 52

II.

Das Grundgesetz garantiert Rechtsschutz vor den Gerichten nicht nur gemäß Art. 19 Abs. 4 GG, sondern darüber hinaus im Rahmen des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs (vgl. BVerfGE 107, 395 <401>). Dieser gewährleistet in den nicht von Art. 19 Abs. 4 GG erfassten Fällen Rechtsschutz gegenüber der behaupteten Verletzung einer Rechtsposition. Eine solche steht dem erfolglosen Bieter um einen öffentlichen Auftrag zu (1). Der der Beschwerdeführerin offen stehende Rechtsschutz genügt allerdings den verfassungsrechtlichen Anforderungen (2). 53

1. Das Grundgesetz garantiert mit dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch ebenso wie mit Art. 19 Abs. 4 GG Rechtsschutz nur zu dem Zweck des Schutzes subjektiver Rechte, die von beiden Gewährleistungen vorausgesetzt und nicht selbst geschaffen werden. Der Einzelne kann sich auf die Rechtsschutzgarantie nur berufen, wenn er die Verletzung einer Rechtsposition geltend macht, die ihm die Rechtsordnung gewährt (vgl. BVerfGE 113, 273 <310>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 23. Mai 2006 - 1 BvR 2530/04 -, BB 2006, S. 1702 <1703>). Der 54

Gesetzgeber befindet in den Regelungen des einfachen Rechts darüber, unter welchen Voraussetzungen dem Bürger ein Recht zustehen und welchen Inhalt es haben soll (vgl. BVerfGE 78, 214 <226>; 83, 182 <195>). Daneben kann sich eine rechtsschutzfähige Rechtsposition aus Grundrechten und sonstigen von der Verfassung gewährten Rechten ergeben.

Ein subjektives Recht der Beschwerdeführerin gegen ihre Nichtberücksichtigung im Rahmen der umstrittenen Auftragsvergabe folgt nicht aus der einfachrechtlichen Norm des § 97 Abs. 7 GWB. Auch die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG scheidet als Grundlage eines derartigen Rechts der Beschwerdeführerin aus. Demgegenüber begründet der aus Art. 3 Abs. 1 GG folgende Anspruch auf Gleichbehandlung bei Vergabeentscheidungen ein gegen den Staat gerichtetes subjektives Recht, dessen Verletzung der Benachteiligte mit Hilfe des Justizgewährungsanspruchs rügen kann. 55

a) Ein subjektives Recht der Beschwerdeführerin gegen die umstrittene Vergabeentscheidung ergibt sich nicht aus § 97 Abs. 7 GWB. 56

Das Oberlandesgericht hat in dem angegriffenen Beschluss ausgeführt, § 97 Abs. 7 GWB gelte aufgrund der Einschränkung des § 100 Abs. 1 GWB ausschließlich für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte. Für Aufträge mit einem geringeren Auftragswert habe der Gesetzgeber bewusst von der Schaffung eines subjektiven Rechts auf Einhaltung der Vergaberegeln abgesehen. Diese vom Oberlandesgericht vorgenommene Auslegung des einfachen Rechts, die auch der herrschenden Meinung entspricht (vgl. statt vieler Binder, ZZP 2000, S. 195 <202>; Dreher, NZBau 2002, S. 419), begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. 57

b) Auch Art. 12 Abs. 1 GG scheidet als Grundlage eines subjektiven Rechts der Beschwerdeführerin aus. 58

Ob und inwieweit eine staatliche Stelle, die sich in privatrechtlicher Handlungsform auf eine Ebene der Gleichordnung mit Privaten begibt, gemäß Art. 1 Abs. 3 GG an das Grundrecht der Berufsfreiheit gebunden ist, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Selbst wenn von einer grundsätzlichen Bindung der staatlichen Stelle, die einen öffentlichen Auftrag vergibt, an Art. 12 Abs. 1 GG ausgegangen wird, hängt die Reichweite dieser Grundrechtsbindung maßgeblich von der Schutzrichtung und dem Schutzgehalt des Grundrechts ab. Die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an einen Mitbewerber berührt grundsätzlich nicht den Schutzbereich der Berufsfreiheit des erfolglosen Bewerbers. 59

aa) In der bestehenden Wirtschaftsordnung schützt das Freiheitsrecht des Art. 12 Abs. 1 GG das berufsbezogene Verhalten einzelner Personen oder Unternehmen am Markt (vgl. BVerfGE 105, 252 <265 ff.>; 106, 275 <298 f.>). Erfolgt die unternehmerische Berufstätigkeit am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs, wird die Reichweite des Freiheitsschutzes auch durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen. Art. 12 Abs. 1 GG sichert in diesem Rahmen die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen 60

(vgl. BVerfGE 105, 252 <265>; BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 u.a. -, EuGRZ 2006, S. 159 <165>). Dagegen umfasst das Grundrecht keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb und auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten (vgl. BVerfGE 24, 236 <251>; 34, 252 <256>). Vielmehr unterliegen die Wettbewerbsposition und damit auch der Umsatz und die Erträge dem Risiko laufender Veränderung je nach den Marktverhältnissen.

Bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags beeinflusst die handelnde staatliche Stelle den Wettbewerb nicht von außen, sondern wird selbst auf der Nachfrageseite wettbewerblich tätig und eröffnet so einen Vergabewettbewerb zwischen den potentiellen Anbietern. Ein solches Verhalten einer staatlichen Stelle steht mit den Funktionsbedingungen der bestehenden Wirtschaftsordnung in Einklang. Es ist ein Wesenselement dieser Wirtschaftsordnung, dass ein Nachfrager den auf der Angebotsseite bestehenden Wettbewerb zu seinen Zwecken nutzt, indem er konkurrierende Angebote vergleicht und sich für das entscheidet, das ihm am günstigsten erscheint. Dabei ist es grundsätzlich Sache des Nachfragers, nach welchen Kriterien und in welchem Verfahren er das günstigste Angebot auswählt. Dementsprechend trägt ein Wettbewerber auf der Angebotsseite stets das Risiko, dass seinem Angebot ein anderes, für den Nachfrager günstigeres vorgezogen wird. Der wettbewerblichen Herausforderung durch konkurrierende Angebote hat der Anbieter sich durch sein eigenes wettbewerbliches Verhalten zu stellen.

61

Soweit der Staat sich als Nachfrager am Markt der Mittel des Wettbewerbs bedient, hat grundsätzlich auch er die allgemein geltenden Regelungen zu beachten, die Wettbewerb ermöglichen und begrenzen, insbesondere solche, die dem Missbrauch wirtschaftlicher Macht entgegenwirken (vgl. GemSOGB, BGHZ 97, 312 <316>). Dagegen dient das Haushaltsrecht, das den Staat als Auftraggeber insbesondere verpflichtet, Aufträge öffentlich auszuschreiben und das Gebot der Wirtschaftlichkeit zu beachten, nicht der Sicherung des Wettbewerbs oder der Einrichtung einer besonderen Wettbewerbsordnung für das Nachfrageverhalten des Staates. Ziel der haushaltsrechtlichen Vorgaben ist vielmehr ein wirtschaftlicher und sparsamer Umgang mit Haushaltsmitteln, der im öffentlichen Interesse liegt. Der Wettbewerb der Anbieter um einen ausgeschriebenen Auftrag wird als Mittel genutzt, um dieses Ziel zu erreichen, ist aber nicht selbst Zweck der haushaltsrechtlichen Normen.

62

bb) Besondere Umstände, aufgrund derer die Nichtberücksichtigung der Beschwerdeführerin bei der umstrittenen Auftragsvergabe gleichwohl an der Berufsfreiheit zu messen sein könnte, weil sie nach Ziel und Wirkungen Ersatz für eine staatliche Maßnahme ist, die als Grundrechtseingriff zu qualifizieren wäre (vgl. BVerfGE 105, 252 <273>; 105, 279 <303>), hat die Beschwerdeführerin nicht dargelegt und sind auch nicht ersichtlich. Allein der Umstand, dass die Beschwerdeführerin sich ausschließlich auf die Ausführung von Maßnahmen im Verkehrssicherungsbereich beschränkt, für die praktisch nur der Staat als Auftraggeber in Betracht kommt, macht die Vergabeentscheidung nicht zum funktionalen Äquivalent eines Eingriffs.

63

c) Ein subjektives Recht der Beschwerdeführerin, das im Rahmen des Justizgewährungsanspruchs gerichtlich verfolgt werden kann, ist allerdings der Anspruch auf Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG). Jede staatliche Stelle hat bei ihrem Handeln, unabhängig von der Handlungsform und dem betroffenen Lebensbereich, die in dem Gleichheitssatz niedergelegte Gerechtigkeitsvorstellung zu beachten. Dieses Handeln ist anders als die in freiheitlicher Selbstbestimmung erfolgende Tätigkeit eines Privaten stets dem Gemeinwohl verpflichtet. Eine willkürliche Ungleichbehandlung kann dem Gemeinwohl nicht dienen. 64

Der staatlichen Stelle, die einen öffentlichen Auftrag vergibt, ist es daher verwehrt, das Verfahren oder die Kriterien der Vergabe willkürlich zu bestimmen. Darüber hinaus kann die tatsächliche Vergabepaxis zu einer Selbstbindung der Verwaltung führen. Aufgrund dieser Selbstbindung kann den Verdingungsordnungen als den verwaltungsinternen Regelungen über Verfahren und Kriterien der Vergabe eine mittelbare Außenwirkung zukommen (vgl. BVerfGE 73, 280 <299 f.>; 111, 54 <108>; BVerwGE 35, 159 <161>; 104, 220 <223>; BGHZ 139, 259 <267>; Dörr, DÖV 2001, S. 1014 <1017>). Jeder Mitbewerber muss eine faire Chance erhalten, nach Maßgabe der für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden. Eine Abweichung von solchen Vorgaben kann eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG bedeuten. Insofern verfügt jeder Mitbewerber über ein subjektives Recht, für das effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden muss (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 23. Mai 2006 - 1 BvR 2530/04 -, BB 2006, S. 1702 <1703>). 65

2. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts über die Unzulässigkeit des Antrags zur Überprüfung einer Auftragsvergabe, deren Volumen unterhalb des maßgeblichen Schwellenwertes lag, verletzt den allgemeinen Justizgewährungsanspruch allerdings nicht. Die in der Rechtsordnung vorgesehenen Möglichkeiten des Rechtsschutzes genügen rechtsstaatlichen Anforderungen. 66

a) Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, das Rechtsschutzsystem auszuformen und sicherzustellen, dass effektiver Rechtsschutz für den einzelnen Rechtsuchenden besteht (vgl. BVerfGE 107, 395 <408>; stRspr). 67

Bei einem Widerstreit zwischen den Belangen des Einzelnen, die für einen möglichst weitgehenden Rechtsschutz streiten, und gegenläufigen Belangen muss der Gesetzgeber entscheiden, ob die allgemeinen in der Rechtsschutzordnung vorgesehenen Schutzmöglichkeiten ausreichen oder aber Sonderregeln geschaffen werden sollen. Der Justizgewährungsanspruch ermöglicht und verlangt in Lagen, in denen unterschiedliche Interessen Mehrerer betroffen sind, keine schlichte Maximierung der Rechtsschutzmöglichkeiten des einzelnen Rechtsuchenden. Er zielt vielmehr auf eine sachgerechte Gewichtung und Zuordnung der betroffenen rechtlich geschützten Belange. 68

Einzubeziehen ist das Interesse des Rechtsuchenden an einem effektiven Schutz seiner subjektiven Rechte (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 23. Mai 69

2006 - 1 BvR 2530/04 -, BB 2006, S. 1702 <1706>). Der Gesetzgeber ist auch bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes dazu berufen, die miteinander kollidierenden und verflochtenen Interessen in einen Ausgleich zu bringen, der allen in verhältnismäßiger Weise gerecht wird (vgl. BVerfGE 88, 118 <123 ff.>; 93, 99 <107 f.>). Dabei kommt ihm ein Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zu, der sich auf die Beurteilung der Vor- und Nachteile für die jeweils betroffenen Güter sowie auf die Güterabwägung mit Blick auf die Folgen für die verschiedenen rechtlich geschützten Interessen bezieht (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087/03 u.a. -, EuGRZ 2006, S. 159 <167>).

Ob besondere Maßgaben aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch für den Gesetzgeber folgen, wenn er den Rechtsschutz in einer Situation ausgestaltet, durch die unterschiedliche Interessen betroffen sind, lässt sich nur mit Rücksicht auf die Eigenart gerade der konkret betroffenen Interessenlage beurteilen. Der Gesetzgeber hat insbesondere grundrechtliche Schutzaussagen zugunsten des Rechtsuchenden, aber auch zugunsten Dritter, deren Belange durch den begehrten Rechtsschutz berührt werden, zu beachten und hierbei bereichsspezifischen Besonderheiten Rechnung zu tragen. Sollen Rechtsschutzmöglichkeiten aufgrund öffentlicher Belange erweitert oder beschränkt werden, muss auch das Gewicht dieser Belange in die Abwägung eingestellt werden.

70

b) Nach diesen Maßstäben ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Rechtsschutz der Beschwerdeführerin sich nach der allgemeinen Rechtsschutzordnung richtet, ohne dass besondere Vorkehrungen für die Durchsetzung von Primärrechtsschutz geschaffen worden sind.

71

aa) Gegenstand der Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht ist das einfache Recht in der Auslegung, die es durch die dazu in erster Linie berufenen Fachgerichte erfahren hat. Nach der Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts steht der Beschwerdeführerin ein Primärrechtsschutz gegen die umstrittene Vergabeentscheidung nach der Erteilung des Zuschlags nicht zu. Ob es der Beschwerdeführerin rechtlich möglich gewesen wäre, zuvor im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes den Zuschlag zu verhindern (dazu vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 11. April 2002 - 2 U 240/01 -, NZBau 2002, S. 395; OVG Bautzen, Beschluss vom 13. April 2006 - 2 E 270/05 -, NZBau 2006, S. 393; Dreher, NZBau 2002, S. 419 <426 f.>; Pietzcker, NJW 2005, S. 2881 <2882>), hatte das Oberlandesgericht nicht zu entscheiden. Diese Möglichkeit hätte im vorliegenden Fall jedenfalls - wie regelmäßig - nur theoretisch bestanden. Die Beschwerdeführerin hat nicht rechtzeitig von der beabsichtigten Vergabeentscheidung erfahren, um ein derartiges Verfahren anstrengen zu können. Der für Vergaben oberhalb des Schwellenwertes geltende § 13 VgV, der die Nichtigkeit eines Vertrags anordnet, der ohne vorherige Information der unterlegenen Bewerber zustande gekommen ist, ist nach Auffassung des Oberlandesgerichts nicht anwendbar. Praktisch war die Beschwerdeführerin damit von vornherein auf Rechtsschutz in Form einer Schadensersatz- oder Feststellungsklage verwiesen.

72

bb) Der allgemeine Justizgewährungsanspruch soll den Rechtsuchenden so weit wie möglich auch davor bewahren, dass durch die sofortige Vollziehung einer Maßnahme Tatsachen geschaffen werden, die für den Fall, dass sich die Maßnahme als rechtswidrig erweist, nicht mehr rückgängig gemacht werden können (vgl. BVerfGE 35, 263 <274>; 37, 150 <153>; 46, 166 <178>; 51, 268 <284>; 65, 1 <70>; 67, 43 <58>; 79, 69 <74>; 93, 1 <13>). Aus ihm können zu diesem Zweck auch Vorwirkungen auf ein Verfahren einer staatlichen Stelle folgen, das einem gerichtlichen Rechtsschutzverfahren vorgelagert ist (vgl. BVerfGE 61, 82 <110>; 69, 1 <49>). Bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes hat der Gesetzgeber die verschiedenen betroffenen Interessen unter Beachtung der Eigenarten der jeweiligen Konfliktlage aufeinander abzustimmen.

73

Es liegt im Hinblick auf Vergabeentscheidungen im gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum, das Interesse des Auftraggebers an einer zügigen Ausführung der Maßnahmen und das des erfolgreichen Bewerbers an alsbaldiger Rechtssicherheit dem Interesse des erfolglosen Bieters an Primärrechtsschutz vorzuziehen und Letzteren regelmäßig auf Sekundärrechtsschutz zu beschränken. Der Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich nicht dazu verpflichtet, eine auch faktisch realisierbare Möglichkeit eines Primärrechtsschutzes im Vergaberecht zu schaffen. Insbesondere muss er keine Pflicht der vergebenden Stelle zu einer rechtzeitigen Information der erfolglosen Bieter regeln, wie sie sich für Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte in § 13 VgV findet.

74

(1) Bei der gerichtlichen Kontrolle von Vergabeentscheidungen ist eine Konfliktlage in einem Rechtsverhältnis zu bewältigen, an dem beteiligt sind: die staatliche Stelle, die den umstrittenen Auftrag vergibt, um ihre öffentlichen Aufgaben zu erfüllen; ferner der erfolgreiche Bieter, der ein Interesse an einer raschen Zuschlagsentscheidung und einer zuverlässigen Vertragserfüllung hat; schließlich erfolglose Bieter wie die Beschwerdeführerin, die ein Interesse an möglichst effektivem Schutz ihrer privatrechtlich ausgeformten Verfahrensrechte haben.

75

Je weiter die Rechtsschutzmöglichkeiten der erfolglosen Bieter ausgedehnt werden, desto eher können sowohl die öffentlichen Interessen, denen die Erfüllung des vergebenen Auftrags letztlich dienen soll, als auch die Interessen des erfolgreichen Bieters behindert oder sogar vereitelt werden. Aufgrund des zeitlichen und sächlichen Aufwands, den ein Nachprüfungsverfahren erfordert, kann zudem die Wirtschaftlichkeit der Vergabe leiden. Diese Folgen kann ein solches Verfahren unabhängig davon bewirken, ob sich die Rügen des erfolglosen Bieters letztlich materiell-rechtlich als begründet oder als unbegründet erweisen. Zudem besteht das Risiko, dass der erfolglose Bewerber seine Rechtsschutzmöglichkeiten in sachwidriger oder sogar missbräuchlicher Weise nutzt. Auch dadurch kann die Vergabe unwirtschaftlich oder das Beschaffungsziel ganz verfehlt werden.

76

Wird andererseits erfolglosen Bietern durch die Verfahrensgestaltung effektiver Primärrechtsschutz versagt, kann das nicht nur die Durchsetzung rechtlich begründeter

77

individueller Anliegen verhindern. Daneben kann auch das öffentliche Interesse an einem rechtmäßigen Handeln der Verwaltung und an einem wirtschaftlichen Umgang mit Haushaltsmitteln beeinträchtigt werden. Den kollidierenden Privatinteressen sowohl des erfolgreichen Bieters als auch der erfolglosen Wettbewerber entspricht jeweils auch ein öffentliches Interesse. Das komplexe Geflecht öffentlicher und privater Interessen kann nicht in einer Weise aufgelöst werden, die alle Interessen gleichermaßen befriedigt.

(2) Bei der hier zu überprüfenden Ordnung des vergaberechtlichen Rechtsschutzes hat der Gesetzgeber die Grenzen seines Gestaltungsspielraums gewahrt. Er durfte das Interesse des erfolglosen Bieters speziell an Primärrechtsschutz im Verhältnis zu den anderen betroffenen Interessen als weniger gewichtig bewerten.

78

Das wirtschaftliche Interesse des erfolglosen Bieters an einer Auftragsvergabe genießt nicht als solches verfassungsrechtlichen Schutz (s.o. 1 b), sondern nur hinsichtlich der Beachtung des Gleichheitssatzes bei der Gestaltung von Verfahren und der Auswahl sowie Anwendung der Kriterien der Vergabe (s.o. 1 c). Der erfolglose Bieter ist durch die Auftragsvergabe in einer bloßen Umsatzchance, nicht in seiner persönlichen Rechtsstellung betroffen. Wird der erfolglose Bieter auf einen Schadensersatzanspruch verwiesen, kann sein auf den Erhalt einer Umsatzchance gerichtetes Interesse durch einen solchen Anspruch grundsätzlich ausgeglichen werden. Im Übrigen darf bei der Abwägung typisierend berücksichtigt werden, dass die einzelne Auftragsvergabe für den Bieter in der Regel lediglich eine Umsatzmöglichkeit unter vielen darstellt.

79

Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber das Interesse an einer raschen Vergabeentscheidung und damit an der Möglichkeit einer sofortigen Ausführung der Maßnahme für gewichtiger als das des erfolglosen Bieters gehalten hat. Vergaben unterhalb der Schwellenwerte sind ein Massenphänomen. Müsstes für solche Vergaben stets bestimmte Verfahrensvorkehrungen getroffen werden, um einen effektiven Primärrechtsschutz zu ermöglichen, könnte das die Verwaltungsarbeit erheblich beeinträchtigen. Zum einen würde der Verwaltungsaufwand bei solchen Vergaben steigen. Zum anderen könnte es zu Engpässen bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben kommen, für die die Produkte oder Dienstleistungen, die mittels der Vergabe beschafft werden sollen, benötigt werden.

80

Durfte das Interesse des erfolglosen Bieters an einem effektiven Primärrechtsschutz als weniger gewichtig und durften die durch einen solchen Primärrechtsschutz andererseits berührten privaten und öffentlichen Interessen als gewichtiger bewertet werden, ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber den in der allgemeinen Rechtsordnung verfügbaren Sekundärrechtsschutz als ausreichend angesehen und keine besonderen Vorkehrungen zur Realisierbarkeit von Primärrechtsschutz, etwa durch eine Pflicht zur Information des erfolglosen Bieters vor der Zuschlagserteilung, getroffen hat.

81

(3) Der allgemeine Justizgewährungsanspruch wirkt allerdings auf die Auslegung

82

und Anwendung der privatrechtlichen und zivilprozessualen Normen ein, auf die sich ein erfolgloser Bieter stützen kann, um Rechtsschutz gegen eine rechtswidrige Übergehung bei der Auftragsvergabe zu erlangen. Die Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen der Normen, aus denen sich ein Schadensersatzanspruch des erfolglosen Bieters ergeben kann, müssen in einer Weise bestimmt werden, die seinem auf die Beachtung des Art. 3 Abs. 1 GG gerichteten Rechtsschutzinteresse hinreichend Rechnung trägt. Darüber hinaus entspricht es dem Justizgewährungsanspruch, dass dem erfolglosen Bieter die Feststellungsklage eröffnet ist, die allerdings - wie auch sonst - ein jeweils ausreichendes Feststellungsinteresse verlangt.

III.

Es verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG, dass der Rechtsschutz oberhalb des Schwellenwertes anders gestaltet ist als bei Vergabeentscheidungen mit Auftragssummen unterhalb des Schwellenwertes. Der Gesetzgeber hat besondere Regelungen und damit auch Rechtsschutzmöglichkeiten für Vergabeentscheidungen oberhalb des Schwellenwertes in Umsetzung entsprechender Vorgaben europarechtlicher Richtlinien vorgesehen (s.o. A I 1). Vorliegend bedarf keiner Entscheidung, ob Art. 3 Abs. 1 GG gebieten kann, auch für die von solchen Richtlinien nicht erfassten Sachverhalte die gleichen Regelungen wie die europarechtlich vorgegebenen zu schaffen, oder ob Art. 3 Abs. 1 GG insoweit nicht anwendbar ist (zum Meinungsstreit vgl. etwa Epiney, Umgekehrte Diskriminierungen, 1995, S. 426 ff.; Osterloh, in: Sachs, GG, 3. Aufl., 2003, Art. 3 Rn. 71; Heun, in: Dreier, GG, 2. Aufl., 2004, Art. 3 Rn. 11; alle m.w.N.. Vgl. auch Österreichischer VfGH, Erkenntnis vom 30. November 2000 - G 110/99 u.a. -, VfSlg. 16027/2000). Selbst wenn Art. 3 Abs. 1 GG als Maßstab anzuwenden wäre, läge ein Grundrechtsverstoß nicht vor, da die Ungleichbehandlung (1) vorliegend sachlich gerechtfertigt wäre (2).

83

1. Die Regelung des § 100 Abs. 1 GWB führt in zweifacher Hinsicht zu einer Ungleichbehandlung von öffentlichen Aufträgen, deren Betrag den jeweils maßgeblichen Schwellenwert erreicht oder übersteigt, gegenüber Aufträgen unterhalb des Schwellenwertes.

84

Zum einen gewährt § 97 Abs. 7 GWB nur im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts den Unternehmen ein subjektives Recht auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren. Unterhalb der Schwellenwerte besteht kein einfachrechtliches subjektives Recht. Zum anderen stellen die §§ 102 ff. GWB dem Bewerber um eine Auftragsvergabe ein besonderes Rechtsschutzverfahren zur Durchsetzung seines subjektiven Rechts hinsichtlich der einzelnen Vergabeentscheidung zur Verfügung. Dagegen bleibt ein Unternehmen, das gegen eine Vergabeentscheidung unterhalb der Schwellenwerte vorgehen will, auf die allgemeinen Rechtsschutzmöglichkeiten verwiesen. Diese bleiben hinter dem Verfahren nach §§ 102 ff. GWB hinsichtlich des Primärrechtsschutzes zurück. Regelmäßig wird ein Primärrechtsschutz faktisch ganz ausscheiden, da zwischenzeitlich der Zuschlag erteilt worden ist.

85

2. Diese Ungleichbehandlung zwischen Auftragsvergaben oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte ist jedoch durch hinreichend gewichtige Gründe gerechtfertigt. 86
- a) Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (vgl. BVerfGE 101, 54 <101>; 103, 172 <193>). Ein strenger Prüfungsmaßstab ist insbesondere angezeigt, wenn eine gesetzliche Regelung zu einer Differenzierung zwischen Personengruppen und nicht lediglich zwischen Sachverhalten führt (vgl. BVerfGE 90, 46 <56>; 91, 346 <362 f.>; 99, 367 <388>; 100, 195 <205>; 103, 310 <318 f.>). Weiter ergeben sich aus dem Gleichheitssatz umso engere Grenzen für den Gesetzgeber, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfGE 89, 15 <22 f.>; 90, 46 <56>; 97, 271 <290 f.>; 99, 341 <355 f.>; 103, 242 <258>; 105, 73 <110 f.>). 87
- Nach diesen Kriterien ist es hier nicht angezeigt, der Prüfung einen strengeren Maßstab als das Willkürverbot zugrunde zu legen. Die Unterscheidung im Rechtsschutz gegen Vergabeentscheidungen knüpft nicht an die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Personengruppe an, sondern an die Höhe des finanziellen Betrags des zu vergebenden Auftrags. Dies ist ein rein sachverhaltsbezogenes Kriterium. Auch eine mittelbare Ungleichbehandlung von Personengruppen ist nicht ersichtlich. Zudem wirkt sich die Ungleichbehandlung von öffentlichen Aufträgen oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte nicht auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten aus. Die Vergabe solcher Aufträge ist lediglich an dem allgemeinen Gleichheitssatz zu messen (vgl. oben II 1 c). Freiheitsrechtliche Schutzbereiche, insbesondere die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG, werden durch eine Nichtberücksichtigung bei der Vergabe dagegen grundsätzlich nicht berührt (vgl. oben II 1 b). 88
- b) In seiner Ausprägung als Willkürverbot verlangt Art. 3 Abs. 1 GG nicht, dass der Gesetzgeber unter mehreren möglichen Lösungen die zweckmäßigste oder vernünftigste wählt. Ein vom Bundesverfassungsgericht zu beanstandender Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz ist erst dann anzunehmen, wenn offenkundig ist, dass sich für die angegriffene gesetzliche Regelung und die durch sie bewirkte Ungleichbehandlung kein sachlicher Grund finden lässt (vgl. BVerfGE 83, 1 <23>; 89, 132 <141 f.>; 91, 118 <123>; 99, 367 <389>). Nach diesem Maßstab ist die Differenzierung anhand der Schwellenwerte nicht zu beanstanden. 89
- aa) Das öffentliche Beschaffungswesen dient der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel. Diese Zielsetzung, die sich in § 6 und § 30 HGrG und den entsprechenden Normen der Haushaltsordnungen niederschlägt, hat zur Folge, dass sich die Regeln über die Beschaffung vor allem an wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientieren. Führen bestimmte rechtliche Maßgaben für das Vergabeverfahren zu einer Verteuerung der Auftragsvergabe, ist es sachgerecht, über ihre Einführung mit Blick auf solche wirtschaftlichen Gesichtspunkte zu entscheiden. 90

- Wenn dem einzelnen Unternehmen das subjektive Recht verliehen wird, die rechtlichen Regeln über das Vergabeverfahren durchzusetzen, wird es dadurch zugleich zur Durchsetzung des objektiven Rechts mobilisiert, das wiederum auf das Ziel der Wirtschaftlichkeit ausgerichtet ist. Insofern trägt der mit dem subjektiven Recht ausgestattete Einzelne gerade auch zur objektiv-rechtlich im Vordergrund stehenden Wirtschaftlichkeit des Vergabeverfahrens bei. 91
- Allerdings birgt diese Mobilisierung auch Risiken für die Wirtschaftlichkeit des Beschaffungswesens. Werden rechtmäßige Vergabeverfahren auf Initiative des Einzelnen überprüft, so entstehen Verfahrenskosten, ohne dass diesen Kosten ein Gewinn an Wirtschaftlichkeit gegenüberstünde. Zudem besteht stets die Gefahr, dass die den Konkurrenten eingeräumten Rechtsschutzmöglichkeiten sachwidrig genutzt oder sogar missbraucht werden. Auch darunter kann die Wirtschaftlichkeit des Beschaffungswesens leiden. Weiter kann unabhängig von der Rechtmäßigkeit der Vergabe die Verzögerung, die ein Kontrollverfahren regelmäßig mit sich bringt, ihrerseits Kosten verursachen. Schließlich kann wegen dieser Verzögerung die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe, um deretwillen Mittel beschafft werden sollen, beeinträchtigt oder sogar verfehlt werden. 92
- Ob und wann ein subjektives Recht des Unternehmens, das an einem Vergabeverfahren beteiligt ist, auf Einhaltung der Verfahrensregeln die Wirtschaftlichkeit der Vergabe erhöht oder vermindert, erfordert komplexe Bewertungen und Abschätzungen, zu denen der Gesetzgeber berufen ist und bei denen er einen weiten Spielraum genießt. 93
- bb) Der Gesetzgeber hat sich bei der Entscheidung über die Zweiteilung des Vergaberechts nach Maßgabe der Schwellenwerte innerhalb dieses Spielraums gehalten. 94
- Nach der gesetzgeberischen Lösung hängt von der Größenordnung der Auftragsvergabe ab, ob ein einfachrechtliches subjektives Recht besteht und das besondere Kontrollverfahren der §§ 102 ff. GWB eröffnet wird. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Gesetz davon ausgeht, dass der mögliche Ertrag an Wirtschaftlichkeit, den ein solches Verfahren mit sich bringen kann, mit dem Betrag der Beschaffung steigt, und dass der Vorteil bei Vergabeentscheidungen oberhalb der Schwellenwerte typischerweise nicht wegen der Kosten entfällt, die mit der Kontrolle nach §§ 102 ff. GWB verbunden sind. 95
- Angesichts dieser Sachlage durfte der Gesetzgeber den Zugang zu dem Kontrollverfahren der §§ 102 ff. GWB in einer typisierenden Regelung davon abhängig machen, dass ein bestimmtes Auftragsvolumen erreicht wird, auch wenn dieses eine bloße Bagatellgrenze übersteigt. Mit der Übernahme der Schwellenwerte, oberhalb derer aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen effektiver Primärrechtsschutz gewährleistet werden muss, hat der Gesetzgeber sich an einem für eine bestimmte (grenzüberschreitende) Relevanz der Vergabe geltenden Richtwert orientiert, den er grundsätzlich auch ohne die europarechtlichen Vorgaben hätte wählen können. Die Anknüpfung an die europarechtlich vorgegebene Typisierung begegnet keinen ver- 96

fassungsrechtlichen Bedenken.

Papier	Die Richterin Haas ist aus dem Amt ausge- schieden und deshalb an der Unterschrift gehindert. Papier	Steiner
Hohmann- Dennhardt	Hoffmann-Riem	Bryde
Gaier		Eichberger

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss des Ersten Senats vom 13. Juni 2006 -
1 BvR 1160/03**

Zitiervorschlag BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 13. Juni 2006 - 1 BvR 1160/
03 - Rn. (1 - 96), http://www.bverfg.de/e/rs20060613_1bvr116003.html

ECLI ECLI:DE:BVerfG:2006:rs20060613.1bvr116003