

**Vortrag im Rahmen der Tagung "Aktuelle Probleme des  
Eisenbahnrechts V" am 8. September 1999  
in Tübingen**

**Thema: Harmonisierungsprobleme zwischen Planungs- und  
Vergaberecht**

**I. Einführung**

Herkömmlich ist Gegenstand der juristischen Ausbildung und dementsprechend der später bevorzugten rechtlichen Betrachtung das Planungsrecht. Demgegenüber haben wir Juristen uns in der Vergangenheit *vornehmlich* zurückgehalten, wenn es um die Vergabe öffentlicher Aufträge geht. Diese Materie, die ursprünglich auf Bundes-, Länder- und Kommunalebene im Haushaltsrecht angesiedelt ist, war die Domäne der Techniker und des gehobenen nichttechnischen Dienstes. An dieser gleichsam Trennung zwischen Planungs- und Vergabeebene hat sich bis heute nichts geändert - darauf führe ich auch die nachfolgend zu erörterte Diskrepanz zwischen Planungs- und Vergabeebene zurück.

Die Planungsebene ist im wesentlichen verwaltungsrechtlich geprägt. Hinzukommen verfassungsrechtliche Bezüge. Regelmäßig werden durch staatliche Planungen Grundrechtspositionen des Einzelnen berührt. Dar-

über hinaus sind für das Planungsrecht auch Zuständigkeiten von Bedeutung. Das Bund-/Länder-Verhältnis, aber auch das Bund-/Länder-Kommunal-Verhältnis spielt hier eine Rolle.

Ganz anders verhält es sich mit der Vergabeebene. Das ist die Umsetzungsebene. Eine Planung bedarf, damit ihre Zielsetzung erreicht wird, der Ausführung. Grundlage ist hierfür das Zivilrecht. Es handelt sich um Werkverträge zwischen der öffentlichen Hand und privaten Unternehmern. Sie unterliegen den Vorschriften der §§ 631 ff. BGB und/oder den Regelungen der VOB/B. Einem Vertragsschluß muß allerdings - von seltenen Ausnahmen abgesehen - eine Ausschreibung des Vorhabens vorausgehen. Hierbei handelt es sich um einen Wettbewerb, der wiederum eigenen Regelungen unterliegt, so vor allem für den hierzu erörternden Bereich der VOB/A. Bezüglich dieses Wettbewerbs im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung sind Grundrechtspositionen der Teilnehmer an der Ausschreibung nicht berührt. Es stehen, wenn überhaupt, lediglich die nicht primär einen Grundrechtsbereich schützenden, sondern abhängige Grundrechtspositionen des Art. 3 Abs. 1 GG oder der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit als einer der Ausprägungen des Art. 2 Abs. 1 GG inmitten. Art. 3 Abs. 1 GG erlangt besondere Bedeutung vor allem dadurch, daß alle Teilnehmer in der Ausschreibung gleich behandelt werden müssen und daß keinem eine Vorzugsposition zuerkannt werden darf.

Die Teilnahme an einer öffentlichen Ausschreibung läßt aber noch einen anderen Gesichtspunkt hervortreten. Die Teilnehmer an einer öffentlichen Ausschreibung begegnen zunächst jeder für sich allein der ausschreibenden staatlichen Stelle. Die Teilnehmer an einer öffentlichen Ausschreibung konkurrieren aber andererseits untereinander. Das bedeutet, daß der einzelne Teilnehmer an der öffentlichen Ausschreibung von vornherein nur eine Chance hat, den Auftrag zu erhalten. Diese Chance ist den Chancen der anderen Mitbewerber gleichrangig und gleichgewichtig. Von daher sind alle Wettbewerbspositionen gleich zu gewichten und auch gleich zu behandeln. Das gilt auch für den Rechtsschutz der keinem Wettbewerber gegenüber seinen Mitbewerbern eine Vorzugsstellung vermitteln darf.

Hingegen sind die rechtlichen Verhältnisse auf der Primärebene anders zu sehen. Die Grundrechtsposition eines jeden Einzelnen, der von einer staatlichen Planung berührt wird, ist unabhängig von der Grundrechtsposition aller anderen, die ebenfalls von derselben staatlichen Planung berührt werden. Jede Grundrechtsposition muß aus sich heraus und unabhängig von den anderen Grundrechtspositionen beurteilt werden. Die Grundrechtspositionen sind voneinander unabhängig, auch wenn sie von ein und derselben staatlichen Planung "verbunden" werden. Das wird sinnfällig, wenn man sich vorstellt, daß etwa für eine geplante staatliche Straße ein-

zelne Anlieger Grundeigentum abtreten müssen, andere sogar ihr gesamtes Grundeigentum verlieren und Dritte wiederum "nur" durch den Verkehrslärm oder durch die mit dem Straßenverkehr verbundenen Erschütterungen und Geruchsbelästigungen beeinträchtigt werden.

Vor dem Hintergrund dieser unterschiedlichen Individualrechtspositionen auf der Planungs- und Vergabeebene ist es reizvoll, die Entwicklungslinien bezüglich der in Rede stehenden Individualrechtspositionen auf der Primär- und auf der Sekundärebene im hier vorgegebenen Rahmen jedenfalls skizzenhaft nachzuzeichnen und im Anschluß daran das verfassungsrechtliche Problem noch zu streifen, ob die Individualrechtspositionen auf der Vergabeebene nicht durch die neuere Gesetzgebung sehr ungleichgewichtig geworden sind und deshalb im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG nachhaltigen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen; denn die Rechtspositionen auf der Vergabeebene haben deutlich geringeres Gewicht gegenüber den üblicherweise auf der Planungsebene betroffenen Grundrechtspositionen.

## II. Entwicklungslinien

### 1. Planungsebene

Für die Beurteilung der Planungsebene ist vor allem maßgeblich, welches planerische Instrument für ein öffentliches Vorhaben eingesetzt wird.

Es bieten sich hierzu vor allem zwei Instrumente an: Ein Planungsgesetz oder aber ein planender Akt einer Verwaltungsbehörde. Es muß sich nicht notwendig um einen Planfeststellungsbeschluß handeln, es handelt sich aber jedenfalls um einen Verwaltungsakt. Die Diskussion war in der Vergangenheit insoweit nicht "homogen". Es gab Fälle, in denen unter Berufung auf Grundrechtspositionen dem Gesetzgeber die Legitimation abgesprochen wurde, eine Planung im Wege eines Gesetzes vorzunehmen. Es gab aber auch die Sachverhaltsgestaltung, daß für bestimmte Planungen unter Berufung auf Grundrechtspositionen die Gesetzesform gefordert wurde. Die unterschiedlichen Positionen hatten ihre Ursache vor allem darin, daß das geltend gemachte Anliegen letztlich nicht darauf ausgerichtet war, daß die Grundrechte geschützt werden, sondern darauf, daß die staatliche Planung zumindest verzögert, wünschenswert aber verhindert werde.

Es ist Zufall, soll aber nicht unerwähnt bleiben, daß zwei zentrale Beispielfälle zu dieser Problematik die Freie und Hansestadt Hamburg betreffen. Dem ersten lag das Gesetz zur Ordnung deichrechtlicher Verhältnisse vom 29. April 1964 (GVBl I S. 79) - Deichordnungsgesetz zugrunde. Es ging darum, daß der Gesetzgeber durch Gesetz unmittelbar Rechtsumwandlungen an den für Hochwasserschutzmaßnahmen in Anspruch genommenen Grundstücke herbeiführte. Es entstand insoweit öffentliches Eigentum. Hintergrund war, daß wegen der verheerenden Sturmflut des Jah-

res 1962 mit zahlreichen Toten eine außergewöhnliche Situation entstanden war. Hamburg sah sich vor die unabweisliche Aufgabe gestellt, ein umfassendes Deichsystem sofort aufzubauen, das vorhandene zu sichern und wirksam auszubauen. Das Bundesverfassungsgericht hat mit Rücksicht auf diese außergewöhnliche Situation die Entstehung "öffentlichen Eigentums" an Hochwasserschutzanlagen gemäß den einschlägigen Vorschriften des Deichordnungsgesetzes als mit dem Grundgesetz vereinbar angesehen. Für den Rechtsschutz bedeutete dies, daß im Gegensatz zur Enteignung durch Verwaltungsakt kein Gerichtsweg zur Verfügung steht. Die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, die gegen Gesetze binnen Jahresfrist eröffnet ist, bietet aber keinen gleichwertigen Rechtsschutz. Der Prüfungsmaßstab ist wesentlich weiter geknüpft, als dies bei verwaltungsrechtlichem Rechtsschutz der Fall ist.

Hamburg war in jenen Jahren als Gesetzgeber nicht nur kreativ, sondern überdies auch sehr "keck". Noch bevor die Freie und Hansestadt Hamburg in dem Rechtsstreit über die Verfassungsmäßigkeit des Hamburgischen Deichordnungsgesetzes erfolgreich geblieben war, sah sie sich veranlaßt, sich für die Planung ihrer U-Bahn ebenfalls "Erleichterungen" zu schaffen. Hierzu führte Hamburg im zweiten Teil des Hamburgischen Enteignungsgesetzes vom 14. Juni 1963 (GVBl I S. 77) in § 8 Abs. 1 die sogenannte "öffentliche Last" ein. Diese berechtigte, in bestehende Grund-

stücksnutzungen einzugreifen , soweit dies bei der Errichtung, Nutzung und Unterhaltung der U.-Bahn erforderlich ist. Vor allem konnten bestehende Anlagen verändert oder beseitigt sowie Rechte Dritter, die zum Besitz oder zur Nutzung berechtigen, geändert oder aufgehoben werden. Nach den Gesetzgebungsmaterialien sollte die öffentliche Last die Funktion von Privatrechte in Dienstbarkeiten übernehmen. Sie sollte mit dem Inkrafttreten des Bebauungsplans oder mit der Bekanntmachung im amtlichen Anzeiger, daß der Planfeststellungsbeschluß unanfechtbar geworden ist, entstehen.

Das Bundesverfassungsgericht sah in dieser Konstruktion eine mit Art. 14 Abs. 3 GG unvereinbare Mischform von Legal- und Administrativenteignung. Sie vermischt Aufgaben der Gesetzgebung und Verwaltung und verkürzt den gerichtlichen Rechtsschutz. Sie läßt für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips keinen ausreichenden Raum, wie BVerfGE 45, 297 eingehend ausführt. Aus den Entscheidungsgründen ergibt sich auch, daß das Bundesverfassungsgericht in jenem Fall keinen überragenden Grund sehen konnte, daß der Bau einer U.-Bahn in Hamburg außergewöhnliche gesetzliche Instrumentarien erforderte.

Die gleichsam umgekehrte Konstellation lag der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 8. August 1978 in BVerfGE 49, 89 zugrunde. Es ging darum, ob § 7 Abs. 1 und Abs. 2 des Atomgesetzes in der

Fassung der Bekanntmachung vom 31. Oktober 1976 (BGBl I S. 3053), soweit er die Genehmigung von Kernkraftwerken des Typs des sogenannten Schnellen Brütters zuläßt, mit dem Grundgesetz vereinbar sei. Hierauf war im Ausgangsrechtsstreit der Bescheid vom 18. Dezember 1972 gestützt, mit dem die erste Teilgenehmigung zur Errichtung eines Kernkraftwerks der Baulinie Schneller Brüter in Kalkar gestützt war. In dem Aussetzungs- und Vorlagebeschluß des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen war unter anderem ausgeführt, politische Leitentscheidungen - um eine solche handele es sich hier - müßten nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung vom Parlament selbst getroffen werden und in einem förmlichen Gesetz ihre Konkretisierung finden.

Diese Auffassung hat das Bundesverfassungsgericht eine Absage erteilt.

Da die Wahl der Gesetzesform für Planungsgesetze vom Bundesverfassungsgericht an hohe Anforderungen bezüglich der gesetzgeberischen Legitimation geknüpft ist, wird - wohl aber auch aus Praktikabilitätsgründen - von einem Planungsgesetz nur noch überaus zurückhaltend Gebrauch gemacht. Der Bundesgesetzgeber hat dies für Planungsvorhaben im Zusammenhang mit der Vereinigung beider deutschen Staaten getan. Er hat am 29. Oktober 1993 das Gesetz über den Bau der "Südumfahrung



Stendal" der Eisenbahnstrecke Berlin-Oebisfelde im Zuge des Neubaus der Hochgeschwindigkeitsverbindung Hannover-Berlin erlassen (BGBl I S. 1906).

Das Bundesverfassungsgericht hat auf den Normenkontrollantrag des Landes Hessen hin dieses Gesetz für verfassungsmäßig erklärt (BVerfGE 95, 1). B l ü m e l (DVBl 1997, 205 hat diese Entwicklung eindrucksvoll nachgezeichnet und zu Recht kritisch vermerkt, daß über den Einsatz der Gesetzes- bzw. Rechtssatzform für exekutives Handeln und mit den daneben einhergehenden Maßnahmen einer Verfahrensbeschleunigung überhaupt eine Einschränkung und Verkürzung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes beabsichtigt wird. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang etwa das Gesetz zur Beschleunigung der Planungen für Verkehrswege in den neuen Ländern sowie im Land Berlin vom 16. Dezember 1991 (BGBl I S. 2174) sowie das Gesetz zur Vereinfachung der Planungsverfahren für Verkehrswege (Planungsvereinfachungsgesetz) vom 17. Dezember 1993 (BGBl I S. 2123). Beispielhaft sei auch § 5 Abs. 1 Verkehrswegeplanungs-Beschleunigungsgesetz hingewiesen. Hiernach entscheidet das Bundesverwaltungsgericht im ersten und letzten Rechtszug über sämtliche Rechtsstreitigkeiten, die Planfeststellungs- und Plangenehmigungsverfahren nach § 1 dieses Gesetzes betreffen. Der Anwendungsbereich umfaßte die neuen Länder und Berlin. Seine Geltungsdauer ist

nach § 1 Abs. 1 bis zum 31. Dezember 1999 beschränkt. Letztlich zielen diese (und andere vergleichbare Maßnahmen) darauf ab, den Instanzenzug bei den Verwaltungsgerichten zu verringern, wie sich aus § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 bis 9 VwGO ergibt (erstinstanzliche Zuständigkeit des Oberverwaltungsgerichts/Verwaltungsgerichts Hof).

## 2. Umsetzungsebene

Vor diesem Hintergrund ist es um so erstaunlicher, daß wir auf der Vergabeebene letztlich eine entgegengesetzte Entwicklung zu verzeichnen haben.

Das Vergaberecht hat, wie sie vermutlich wissen, vor dem europarechtlichen Hintergrund eine grundlegende Umgestaltung erfahren. Hiermit habe ich mich in der Vergangenheit in verschiedenen Beiträgen und Fachkommissionen beschäftigt. Aus Zeitgründen kann ich hierauf nicht eingehen. Was ich Ihnen allerdings für unseren Zusammenhang in Einzelheiten vorstellen möchte, ist der Rechtsschutz im Vergabewesen nach dem vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, es handelt sich hierbei um die §§ 97 ff. GWB.

Das Anliegen der gesetzlichen Neuregelung ist der Primärrechtsschutz. Die an einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren beteiligten Unterneh-

men können für sich einen Primärrechtsschutz in Anspruch nehmen. Zuständig für diesen sind die Vergabekammern gemäß § 102 i.V.m. § 104 GWB sowie der Vergabesenat, der bei dem für den Sitz der Vergabekammer zuständigen Oberlandesgericht gebildet wird (§ 116 Abs. 3 GWB).

Erstmals gesetzlich geregelt ist aus dem Bereich des Sekundärrechtsschutzes ein Teilaspekt. Gemäß § 126 Satz 1 GWB kann ein Unternehmen Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme an einem Vergabeverfahren verlangen, wenn der Auftraggeber gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift verstößt und das Unternehmen ohne diesen Verstoß bei der Wertung der Angebote eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten, die aber durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde. Es handelt sich hierbei um die Konturierung des Schadensersatzanspruchs aus culpa in contrahendo, der in der Rechtsprechung allgemein anerkannt ist. Die gesetzliche Regelung bringt sonach nichts Neues. Neu ist aber, daß der bisher von der Rechtsprechung herausgearbeitete Schadensersatzanspruch in gesetzliche Konturen gegossen worden ist. In materieller Hinsicht ist gegenüber der bisherigen Rechtsprechung eine Verbesserung dergestalt zu verzeichnen, daß der Kausalitätsnachweis für den Anspruchsteller erleichtert wurde. Es genügt, wenn eine echte Chance nachgewiesen wird. Nicht erforderlich ist hingegen, daß der Nachweis geführt werden muß, der Anspruchsteller hätte bei korrekter Vergabe den Zuschlag erhalten. Da weiterreichende

Ansprüche auf Schadensersatz unberührt bleiben, wie § 126 Satz 2 GWB betont, drängt sich die Frage auf, welche damit gemeint sein könnten.

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist ein Schadensersatzanspruch gerichtet auf das positive Interesse denkbar, wenn ein Unternehmen rechtswidrig den Zuschlag nicht erhalten hat. § 126 Satz 1 und 2 GWB bedürfen deshalb einer Harmonisierung. Diese könnte darin gesehen werden, daß § 126 Satz 1 GWB überhaupt nicht den Ersatz des Vertrauensschadens in materieller Hinsicht regeln wollte, sondern nur die Frage des Kausalitätsnachweises. Es fehlt vor allem eine Klarstellung, ob auch der Vertrauensschaden betroffen ist. In Anbetracht der zahlreichen Rechtsprechung zum Sekundärrechtsschutz ist die Neuregelung in diesem Teilbereich aber mehr als dürftig.

Die Ungereimtheit von Primär- und Sekundärrechtsschutz wird unter grundsätzlichen Erwägungen dadurch noch verstärkt, daß der Gesetzgeber für die öffentliche Auftragsvergabe den Rechtsschutz der in einem Verfahren beteiligten Unternehmen geradezu überzogen ausgestaltet. Das ist in einer Zeit, in der verstärkt über die Kappung von Instanzenzügen und die Eindämmung des Individualrechtsschutzes wegen Überlastung der Gerichte aller Gerichtsbarkeiten nachgedacht wird, schon unter rechtspolitischen Gesichtspunkten äußerst bedenklich, unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten aber unvertretbar. Der Haupteinwand beruht darauf, daß die

öffentliche Auftragsvergabe im Außenverhältnis lediglich einen Wettbewerb eröffnet. Die an einem öffentlichen Auftrag interessierten Unternehmen treten im Rahmen der Ausschreibung in einen Wettbewerb zueinander. Konkret bedeutet dies, daß nur ein am Ausschreibungsverfahren beteiligtes Unternehmen (ggf. Bietergemeinschaft) den Auftrag erhalten kann. Ein Vorhaben wird nur einmal ausgeführt, ein Rathaus nur einmal und ein Autobahnteilstück ebenfalls nur einmal gebaut. Anders als im Verwaltungsrecht wird die Zweierbeziehung ausschreibende Stelle - Bieter von einer Gleichordnungsebene überlagert. Auf dieser bewegen sich alle am Ausschreibungsverfahren beteiligten Unternehmen gleichrangig. Dieser Befund hat für die Eröffnung und die Ausgestaltung eines Primärrechtsschutzes wesentliche Konsequenzen, die aber bei der Schaffung des Vergaberechtsänderungsgesetzes völlig außer acht gelassen wurden.

Im Verwaltungsrecht treten sich in der Grundstruktur herkömmlich der Staat und ein Bürger gegenüber. Begehrt dieser z.B. eine gewerberechtliche Gestattung, geht es in der Substanz nur darum, ob der Anspruch gegenüber dem Staat gegeben ist. Andere Personen, also Dritte, werden nicht in einer originären Rechtsbeziehung an diesem Rechtsverhältnis beteiligt, sondern nur abgeleitet von dem Rechtsverhältnis Staat - Bürger. Die gleichen Gesichtspunkte gelten etwa im Bauordnungsrecht, wenn eine bauaufsichtliche Genehmigung beantragt wird oder aber im Gaststätten-

recht, wenn es um die Erteilung einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis geht.

Anders liegen die Verhältnisse bei der öffentlichen Auftragsvergabe; denn es handelt sich hier um einen Wettbewerb, um einen echten Konkurrenzrechtsstreit. Eine irgendwie geartete subjektive individuelle Rechtsposition gibt es nicht, schon gar keine grundrechtlich konturierte wie in den zuvor genannten Rechtsbereichen. Alle Bieter stehen gleichrangig nebeneinander und die Teilnahme am Wettbewerb eröffnet ihnen lediglich eine *C h a n c e*, den Auftrag dann zu erhalten, wenn ihr Angebot das wirtschaftlich annehmbarste ist, wie § 97 Abs. 5 GWB es formuliert. Ob ein Bieter das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat, bestimmt der öffentliche Auftraggeber nicht allein. Er macht zwar die Vorgaben im Rahmen der Ausschreibung für die von ihm nachgefragte Leistung. Letztlich maßgebend für die Beurteilung ist aber, wie sich das Angebot eines Bieters im Verhältnis zu den Angeboten der anderen Bieter erweist. Jeder der anderen Bieter hat einen gleichrangigen Anspruch darauf, den öffentlichen Auftrag zu erhalten, wenn sein Angebot im Vergleich zu den anderen das wirtschaftlichste ist.

Die Teilnahme an einer öffentlichen Ausschreibung ist als eine Ausprägung der wirtschaftlichen Betätigung im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG nur

eine sehr schwache Grundrechtsposition. Wenn demgegenüber der Rechtsschutz auf der Primärebene in von Grundrechten inhaltlich umfassend geprägten Rechtsbereichen immer weiter eingedämmt wird, wird die Diskrepanz evident. Des weiteren hat es der Gesetzgeber versäumt, zweifelsfrei klarzustellen, ob die Inanspruchnahme von Sekundärrechtsschutz in Form von Schadensersatz davon abhängig ist, daß zunächst der zur Verfügung gestellte Primärrechtsschutz ausgeschöpft worden ist. Hierzu hätte schon deshalb Veranlassung bestanden, weil das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 58, 300 für eine insoweit vergleichbare Konstellation es nicht in das Belieben des Betroffenen gestellt hat, sich mit einer Enteignungsmaßnahme abzufinden und stattdessen Entschädigungsansprüche geltend zu machen. Auch der Rechtsgedanke, der der Regelung des § 839 Abs. 3 BGB zugrunde liegt, hätte zu vertieftem Nachdenken über die Problematik anregen müssen.

Gleichwohl ist damit der Rechtsschutz noch nicht abschließend beschrieben. Der Gesetzgeber eröffnet in § 125 GWB einen weiteren Rechtsschutzstrang. Erweist sich ein Antrag auf Einleitung des Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer oder im Rechtsmittelzug beim Oberlandesgericht von Anfang an als ungerechtfertigt, sind der Antragsteller oder der Beschwerdeführer verpflichtet, dem Gegner und dem Beteiligten den Schaden zu ersetzen, der ihnen durch den Mißbrauch des Antrags - oder

Beschwerderechts entstanden ist. § 125 Abs. 2 GWB bringt einige Regelbeispiele für einen Rechtsmißbrauch. Die Regelung ist unter verschiedenen Gesichtspunkten unausgegoren. Sie begegnet schon deshalb Bedenken, weil die Bestimmung nicht auf objektive Kriterien abstellt, sondern auf subjektive. Es wird aber kaum ein Antragsteller so unbedarft sein, einzuräumen, daß er das Nachprüfungsverfahren z.B. in Entschädigungsabsicht oder mit dem Ziel der Behinderung des Vergabeverfahrens eingeleitet hat (so aber § 125 Abs. 2 Nr. 2 GWB). Mit der allseits angestrebten Entlastung der Gerichte steht diese Regelung ebenfalls nicht in Einklang. Die nachteiligen Folgen für das Vergabeverfahren können nur deshalb eintreten, weil der Gesetzgeber es sich nicht hat nehmen lassen, in § 115 Abs. 2 GWB für die Anrufung der Vergabekammer und in § 118 Abs. 1 Satz 1 GWB für die Anrufung des Oberlandesgerichts jeweils die Suspendierung des Vergabeverfahrens vorzusehen. Dem Gesetzgeber ist offensichtlich entgangen, daß er in anderen Bereichen (z.B. § 80 VwGO) den automatischen Suspensiv Effekt eher zurückdrängt. Vor diesem Hintergrund ist die hier in Rede stehende Regelung unverständlich. Würde die aufschiebende Wirkung nur auf Antrag, sei es von der Vergabekammer oder vom Oberlandesgericht, angeordnet, bedürfte es schon keiner Regelung von Schadensersatzansprüchen im Falle des Rechtsmißbrauchs. Von den Fällen einer Täuschung von Vergabekammer oder Oberlandesgericht abgesehen, die mit den herkömmlichen Regelungen bewältigt werden könnten, würde dieser dritte



Strang einer Belastung der Gerichte in diesem Wettbewerbsverhältnis von vornherein vermieden.

Die Regelung der aufschiebenden Wirkung im Vergaberechtsänderungsgesetz ist der neueren Entwicklung gegenläufig, wie sie beispielhaft in der Verwaltungsgerichtsordnung durch das Sechste VwGO-Änderungsgesetz ihren Niederschlag gefunden hat. Es ist heute allgemeines Anliegen, den hergebrachten Grundsatz der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage gemäß § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufzuweichen und den automatischen Eintritt der aufschiebenden Wirkung zurückzudrängen. So bestimmt z.B. § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO, daß die aufschiebende Wirkung (auch) entfällt, wenn in Bundesgesetzen oder für das Landesrecht durch Landesgesetze solches vorgesehen ist, vor allem für Widersprüche und Klagen Dritter gegen Verwaltungsakte, die Investitionen oder die Schaffung von Arbeitsplätzen betreffen. Dieses Bemühen des Gesetzgebers wird auch an der Regelung des § 80b Abs. 1 VwGO über das Ende der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs oder einer Anfechtungsklage deutlich.

Die Regelungen in § 115 Abs. 2 Satz 1 und § 121 Abs. 1 GWB über die Gestattung des vorzeitigen Zuschlags trotz Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bilden kein geeignetes Korrektiv. Sie sind aufgrund der Abwä-

gungsklausel und eines eigenständigen Rechtszuges im Falle des § 115 Abs. 2 GWB einerseits schwerfällig und andererseits von den Konturen her unübersichtlich. Zudem muß man auch sehen, daß die Bindefrist, die gemäß § 19 VOB/A für den Bauleistungsbereich 30 Kalendertage betragen soll, in Gefahr gerät. Hiernach soll der Zuschlag binnen 30 Tagen ab dem Eröffnungstermin erfolgen. Schon von daher ist mehr als fraglich, ob dieses Zwischenverfahren, gegebenenfalls durch zwei Instanzen, dem allem gerecht wird.

Die Regelung der aufschiebenden Wirkung ist ferner auch deshalb überaus bedenklich, weil - hierauf wurde schon hingewiesen - die Grundstruktur des Wettbewerbsverhältnisses nicht der eines herkömmlichen Verwaltungsrechtsverhältnisses gleichkommt. Der redliche Bieter, der zu recht einen Anspruch auf Erteilung des Zuschlags hat, ist auch in diesem Verfahren völlig ohne Berücksichtigung geblieben. Bei der Abwägungsklausel des § 115 Abs. 2 Satz 1 und § 121 Abs. 1 Satz 2 GWB fehlt insoweit ein ausdrücklicher Hinweis auf die Mitwettbewerber. Die "Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen" vermag dieses Defizit nicht auszugleichen. Der Gesetzgeber ist gehalten, selbst eindeutig Stellung zu beziehen. Wenn er sich schon zu einer so sachwidrigen Regelung entschließt, muß man erwarten, daß er positiv den redlichen Mitbieter in die Abwägungsklausel aufnimmt und zudem anordnet, daß wenigstens sum-

marisch die Stellung des Bieters, der das Nachprüfungsverfahren eingeleitet hat, im Verhältnis zu den anderen Bietern und deren Angebot geprüft wird. Man muß sich insoweit vor Augen halten, daß das Nachprüfungsverfahren auch von solchen Teilnehmern an der öffentlichen Ausschreibung angestrengt werden kann, die von vornherein keine berechtigte Aussicht haben, den Zuschlag zu erhalten. Die aufschiebende Wirkung und die Ausgestaltung der Abwägungsklauseln bieten eine wirksame Handhabe, das Ausschreibungsverfahren für Wettbewerbszwecke zu instrumentalisieren und redliche Mitbieter mit einfachen Maßnahmen und ohne wirksame Sanktion zu schädigen.

Vor dem aufgezeigten Hintergrund einer Diskrepanz zwischen Planungs- und Vergabeebene ist es reizvoll, sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Erinnerung zu rufen. Es hat - wiederum zu einer Hamburger Besonderheit - am 14. Mai 1985 eine für unseren Zusammenhang bemerkenswerte Entscheidung getroffen (BVerfGE 70, 35). Es ging darum, daß die Freie und Hansestadt Hamburg gemäß § 188 Abs. 2 Satz 1 BBauG die Wahl hatte, ob sie Bauleitpläne in Form eines Gesetzes oder im Wege einer Rechtsverordnung des Senats feststellt (hierzu BVerfGE 70, S. 54 f.). Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu befunden, daß die von einem durch Gesetz festgestellten Bebauungsplan Betroffenen in einer von Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu rechtfertigenden Weise

gegenüber solchen Betroffenen schlechtergestellt würden, gegenüber denen ein Bebauungsplan durch Rechtsverordnung festgestellt wird. Hieraus hat das Bundesverfassungsgericht den Schluß gezogen, die Bebauungsgesetze müßten in das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren nach Maßgabe des § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO einbezogen werden (BVerfGE 70, S. 55 ff.).

Eine vergleichbare Fragestellung hat das Bundesverfassungsgericht in seiner zuvor erwähnten Entscheidung vom 17. Juli 1996 bezüglich der Südumfahrung Stendal behandelt (BVerfGE 95, 1). Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots im Hinblick auf die räumliche Begrenzung des Gesetzes auf den Streckenabschnitt "Südumfahrung Stendal" komme von vornherein nicht in Betracht. In diesem Streckenabschnitt lägen im Vergleich zu den übrigen Streckenabschnitten der Hochgeschwindigkeitsstrecke Hannover-Berlin nähere besondere Umstände vor, die eine Bauzulassung durch Gesetz anstelle eines Planfeststellungsbeschlusses rechtfertigten.

Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage einer Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG unter dem Gesichtspunkt, daß die auf die Planungsebene Betroffenen gegenüber den Teilnehmern an einer öffentlichen Ausschreibung auf der Vergabeebene bezüglich ihres Primärrechtsschutzes in we-

sentlichen Punkten schlechtergestellt werden, auf. In den Fällen von Planungsgesetzen entfällt ein Gerichtsschutz ohnehin, es ist lediglich die Verfassungsbeschwerde eröffnet. Es gibt aber selbst in den Fällen, in denen der Gesetzgeber nicht selbst eine Planung ins Werk setzt, signifikante Unterschiede, die die Betroffenen schlechterstellen. Es finde kein Verwaltungsrechtsschutz-Verfahren statt. Es ist in der Regel auch nur eine Gerichtsstanz eröffnet. Mit Rücksicht darauf, daß bei Vergaben auch nur eine Instanz vorgesehen ist, läßt sich das Bedenken nicht ausräumen; denn im Vergabebereich möchte man mit der Beschränkung auf eine Instanz auch dem Wettbewerber helfen, seine Rechte schnell durchzusetzen. Demgegenüber wird dem Planungsbereich mit der Beschränkung auf eine Instanz eine Schmälerung der Rechtsposition Betroffener verfolgt.

Der automatische Suspensiveffekt auf der Vergabeebene stellt ebenfalls eine Bevorzugung dar. Schlechterdings unvertretbar ist aber, daß die Entscheidungen im Rahmen des Rechtsschutzes auf der Vergabeebene binnen kurzer Fristen getroffen werden müssen, während dergleichen auf der Planungsebene nicht vorgesehen ist. Wenn man davon absieht, daß die Betroffenen das Vorhaben nicht verzögern, sondern Klarheit über die Rechtslage haben wollen, ist eine solche Schlechterstellung der Betroffenen auf der Primärebene nicht zu rechtfertigen. Nebenbei sei bemerkt, daß insgesamt in allen Gerichtsbarkeiten die Rechtsuchenden oft Jahre auf ei-

ne Entscheidung, zum Teil überhaupt der ersten Instanz, warten müssen. Auch hier sind häufig Menschen existenziell betroffen, was bei einem einzelnen öffentlichen Auftrag, um den es bei der konkreten Ausschreibung geht, nur schwer vorstellbar ist.