

Funktion und Rechtsnatur des Vergabeverhältnisses in Deutschland und in der Schweiz*

zugleich ein Kommentar zum Beschluss des deutschen Bundesverwaltungsgerichts 6 B 10.07 vom 02.05.2007 ("unterschwelliges Verfahren")

Andreas Abegg, Dr. iur. (Freiburg/Schweiz), LL.M (Frankfurt a. M.), Rechtsanwalt in Zürich**

Einleitung

Im *Beschluss des deutschen Bundesverwaltungsgerichts 6 B 10.07 vom 02.05.2007*¹ beurteilte ein höheres deutsches Gericht zum ersten Mal, ob in sogenannten "unterschwelligen" Vergabestreitigkeiten, die also aufgrund ihres geringeren Auftragswertes im gesetzlichen Vergaberecht² nicht oder nur in minderer Masse geregelt werden, der verwaltungsrechtliche Rechtsweg offen steht. Da im deutschen Recht (wie auch im schweizerischen Recht) keine anderweitigen Gesetzesnormen die Frage direkt regeln, hat die Antwort weitgehend der Rechtsnatur des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses zwischen der beschaffenden Staatsverwaltung und den privaten Anbieterinnen oder Anbietern zu folgen.³

Im *schweizerischen Recht* ist die Rechtsnatur des Vergabeverhältnisses bis heute umstritten,⁴ und auch der aktuelle Entwurf zum neuen Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungs-

* Publiziert in Baurecht/Droit de la Construction, 3/2008. Die eckigen Klammern beziehen sich auf den jeweiligen Seitenbeginn der Druckversion.

** E-Mail: abegg@besbes.ch. Der Autor hat vor kurzem seine Habilitationsschrift zu privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Verwaltungsverträgen an der Universität Freiburg/Schweiz eingereicht. Dank für kritische Diskussion des vorliegenden Textes gebührt RA Dr. Martin Beyeler und RA Martin Thomann.

1 Der vollständige Entscheid kann auf der offiziellen Seite des Bundesverwaltungsgerichts eingesehen werden: <http://www.bverwg.de/media/archive/5068.pdf>.

2 In Deutschland sind dies insbesondere die §§ 96 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, siehe unter <http://norm.bverwg.de/jur.php?gwb>.

3 Deutsches Bundesverwaltungsgericht (D-BVerwG) 6 B 10.07 (02.05.07), Rz. 6. Vgl. hierzu bereits MAURER/BARTSCHER, Der Verwaltungsvertrag im Spiegel der Rechtsprechung, Konstanz 1997: § 14 N 11. Für die Schweiz siehe HAFNER, Rechtsnatur der öffentlichen Dienstverhältnisse, in: Helbling/Poledna (Hg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 205; siehe zu diesem Thema der "déclassement de matières" bereits MAYER, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, in: Archiv für öffentliches Recht, 1888, S. 19.

4 Siehe jüngst wohl im Sinne der Zweistufentheorie GANZ, Neue Ansätze beim Beschaffungsrecht: Ein Vorschlag de lege ferenda, in: BR 2006, 196-202, S. 201. Vgl. hierzu die Übersicht bei BEYELER, Öffentliche

wesen⁵ bringt keine weiterführende Klärung darüber, ob das Vergabeverhältnis privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Art ist. Somit ist der Entscheid des deutschen Bundesverwaltungsgerichts von einigem Interesse für die schweizerische Rechtslage, zumal das schweizerische Recht mannigfaltige Bezüge zum deutschen Recht aufweist.⁶

Aus diesem Grund wird in der Folge der Entscheid des deutschen Bundesverwaltungsgerichts zum Anlass genommen, auf die alte Frage⁷ zurückzukommen, welchem Recht das Rechtsverhältnis zwischen beschaffender Verwaltung und privaten Anbieterinnen und Anbietern unterliegt, und wie sich hierzu jenes (Gesetzes-) Recht verhält, das den Vergabeentscheid der Verwaltungsbehörden regelt: Hierzu ist zunächst in einem *ersten Schritt* zu untersuchen, welchem Rechtsbereich – öffentlichem oder privatem Recht – das Vergabeverhältnis grundsätzlich unterliegt. Diese Frage ist heute primär unter dem Blickwinkel der Funktion des Vergabeverhältnisses und der Funktion des entsprechenden Rechts zu beantworten (nachfolgend I). In einem *zweiten Schritt* ist sodann die Beziehung von Vergabeverhältnis und (Gesetzes-) Recht des *Vergabeverfahrens* zu erläutern (nachfolgend II). Und in einem *dritten Schritt* ist schliesslich auf die Stellung der Zweistufentheorie einzugehen, die in Deutschland wie auch in der Schweiz zur Begründung einer Ausdehnung des öffentlichen Rechts auf das Vergabeverhältnis herangezogen wird (nachfolgend III).

I. Die privatrechtliche Rechtsnatur des Vergabeverhältnisses

Das *deutsche Bundesverwaltungsgericht* erörterte im erwähnten Entscheid "unterschwelliges Verfahren" vor allem, wieso die Anwendung öffentlichrechtlicher Normen – etwa von zwingenden Normen, von Grundrechten, von Haushaltsrecht oder von öffentlichem Verfahrensrecht – nicht dazu führt, die Vergabestreitigkeit auf den öffentlichrechtlichen Rechtsweg zu

Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz: Ein Beitrag zur Dogmatik der Marktteilnahme des Gemeinwesens, Diss. Freiburg, Zürich 2004, vor allem N 176 und 408 m. w. H.

5 Vorentwurf zum neuen Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 30. Mai 2008 ("E-BoeB"), zugänglich auf <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01239/>, letztmals besucht am 31.7.08.

6 Diese Bezüge gehen vor allem auf die Rezeption des deutschen Verwaltungsrechts ins schweizerische Recht zurück. Grundlegend ist Fritz Fleiner mit seinem Hauptwerk: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen 1913.

7 Siehe bereits BGE 60 I 366 – Jäggi AG, vor allem S. 369.

verweisen. Die Argumentation des deutschen Bundesverwaltungsgerichts erfolgt zunächst in zwei Stufen:

- Das zugrundeliegende Rechtsverhältnis dient der Ermittlung der Vertragspartner und des Vertragsinhalts und soll schliesslich zu einem Vertrag der Verwaltung mit einem Anbieter oder einer Anbieterin führen. Folglich handelt es sich, so die richtige und auch für die Schweiz zutreffende Argumentation des deutschen Bundesverwaltungsgerichts, bei der Vergabe grundsätzlich um ein *Vergabevertragsverhältnis*, das insbesondere auch die Vertragsverhandlungen infolge Ausschreibung einschliesst.⁸
- Sodann führen weder rechtssystematische Überlegungen noch staatliche Interessen und potentiell gefährdete Grundrechte [S. 148] zur Zuordnung des Vergabeverhältnisses (respektive des *Vergabevertragsverhältnisses*) zum öffentlichen Recht.⁹

In der Tat ist es die spezifische *Erfahrung des Interventionsstaates kontinentaler Prägung des 20. Jahrhunderts*, dass auch im Zuge öffentlichrechtlicher inhaltlicher Vorgaben, die das Privatrecht 'überlagern',¹⁰ vertragsrechtliche Rechtsbeziehungen nicht allein deshalb ihre privatrechtliche Rechtsnatur und somit ihre grundsätzliche Zuweisung zum Zivilrechtsweg verlieren. Denn solange die Prämisse des freien Marktes als gesellschaftliche Organisationsform bestehen bleibt, bedarf es eines grundsätzlich freiheitlichen Vertragsrechts, das sich den Marktteilnehmern als eine Palette von Optionen darbietet: Es steht den Rechtssubjekten frei, ob und wann sie einen bestimmten Vertragstypus 'benützen' wollen; wenn dieser aber benutzt wird, kommen zugleich die entsprechenden Bedingungen mitsamt anwendbarem zwingendem Recht zur Anwendung. Den (Wirtschafts-) Subjekten obliegt es somit, nach ihren eigenen Kriterien zu beurteilen, ob sie von den rechtlich dargebotenen Optionen Gebrauch machen wollen oder nicht. Umgekehrt ist der interventionistische Staat, der politische Programme auch im und mit Privatrecht verwirklichen will, darauf angewiesen, dass die Privaten sich der dargebotenen rechtlichen Formen bedienen und sich hierbei in den zwingenden Vorgaben des Staates 'verfangen'.¹¹

8 D-BVerwG 6 B 10.07 (02.05.07), Rz. 6 f.; so auch explizit für die Schweiz: GAUCH, Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes, in: ZSR 1995, S. 334 f.

9 D-BVerwG 6 B 10.07 (02.05.07), Rz. 8 ff.

10 Ähnlich die Formulierungen des deutschen Verwaltungsgerichts: vgl. D-BVerwG 6 B 10.07 (02.05.07), Rz. 9 und 15

11 In diesem Sinn bereits HUBER, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Basel 1888-1893, Band IV, S. 299 f.; zum Ganzen ABEGG, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts - ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit, Diss. Freiburg, Zürich 2004, S. 133 ff. m. w. H.

Ähnliches gilt auch dann, wenn sich der Staat den Formen der Privatgesellschaft bedienen will, um wie etwa im Beschaffungswesen *von der privaten Ordnungsbildung des Marktes in optimaler Weise profitieren zu können*, um Güter oder Dienstleistungen auf dem Markt einzukaufen. Der Staat kann hier zwar seinen Auftritt auf dem Markt mit dem Erlass von 'Sonderrecht'¹² begleiten, aber doch zum eigenen Vorteil nur soweit, als er damit nicht im grösseren Ausmass Private abschreckt (respektiv den Preis der Kooperation in die Höhe treibt) oder gar den Vorzügen des Marktmechanismus verlustig geht.¹³

In diesem Kontext interventionsstaatlicher Erfahrungen stehen denn auch die zentralen, positiv *begründenden Sätze des deutschen Bundesverwaltungsgerichts im Beschluss 6 B 10/07*: Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge werde der Staat als Nachfrager am Markt tätig, um einen Bedarf an bestimmten Gütern und Dienstleistungen zu decken. In dieser Rolle als Nachfrager unterscheide er sich nicht grundlegend von anderen Marktteilnehmern. Und in diesem Kontext verlange der verfassungsmässige Gleichheitssatz nicht mehr, als jedem Bewerber eine faire Chance nach Massgabe von primär wirtschaftlichen Kriterien zu geben.¹⁴

Diese knappe aber zutreffende Argumentation folgt zunächst einer *funktionalen Abgrenzung* von Privatrecht und öffentlichem Recht: Es geht darum, mit welchem Recht die notwendige Stabilisierung des Projektes, das die Verwaltung und die Privatperson gemeinsam an die Hand nehmen wollen, besser erreicht werden kann.¹⁵ Im Bereich des Beschaffungswesens gewährleistet die Anwendung des Privatrechts in diesem Sinne, dass der Staat, indem er sich mit den Privaten auf die gleiche Stufe des Privatrechts stellt, unter Ausnützung der Marktkräfte die notwendigen Ressourcen und Leistungen erstehen kann.

12 FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen 1928, S. 60 f.: "[Es können] zum Verwaltungsrecht im engeren Sinn nur die Vorschriften öffentlichrechtlicher Natur gezählt werden, die zusammen ein Sonderrecht der öffentlichen Verwaltung darstellen. Verwaltungsrecht im Sinn der nachstehenden Erörterungen ist daher das auf die Bedürfnisse der öffentlichen Verwaltung zugeschnittene öffentliche Recht."

13 In dieser Frage nach den ökonomischen Wechselwirkungen im Kontext der kontrahierenden Verwaltung ist Forschungsbedarf festzustellen. Siehe immerhin für Frankreich KIRAT (Hg.), *Économie et droit du contrat administratif*, Paris 2005, vor allem S. 247 f.

14 D-BVerwG 6 B 10.07 (02.05.07), Rz. 6 und 10.

15 Zur funktionalen Abgrenzung im schweizerischen Recht siehe ZWAHLEN, *Le contrat de droit administratif*, in: ZSR 1958, S. 505a ff.; NGUYEN, *Le contrat de collaboration en droit administratif*, Diss. Lausanne, Bern 1998, S. 13 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Zürich 2006, N 1057 ff.; WALDMANN, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag – eine Einführung*, in: HÄNER/WALDMANN (Hg.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis*, Zürich 2007, S. 6 f. Die hier vertretene Auffassung von funktionaler Abgrenzung folgt allerdings einer neutralen Perspektive, die für diese Frage der Rechtsnatur den Blickpunkt des Sonderrechts (vgl. oben Fn. 12) ablehnt.

Zum gleichen Schluss eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses gelangt man unter Anwendung der *Subordinationstheorie*: Diese führt den Staat dort auf die Ebene der Privaten und damit auf die Ebene des Zivilrechts, wo sich der Staat mit der Rationalität der Privaten '*gleichordnet*', d. h. sich in die Mechanismen der gesellschaftlichen Selbstorganisation einordnet, um davon für die entsprechende Bedarfsdeckung zu profitieren.¹⁶ Dies bedarf einer kurzen Erläuterung, wobei zwei Aspekte zu beachten sind:

- Einerseits werden mit der Gleichordnung von Staat und Privaten auf der Ebene des freien Marktes, wie bereits mit der funktionalen Abgrenzungsmethode erwähnt, *die Möglichkeiten verwaltungsmässiger Bedarfsdeckung erweitert*, indem die Staatsverwaltung weitgehend an die Selbstorganisationskräfte der Marktwirtschaft anschliesst und öffentliche Güter und Dienstleistungen zum marktwirtschaftlich bestmöglichen Preis erhält.
- Andererseits werden damit, dass die Verwaltung bei einer Gleichordnung zwecks marktwirtschaftlicher Bedarfsdeckung dem Privatrecht untergeordnet wird, *die Selbstorganisationsformen der Gesellschaft vor den expansiven Tendenzen des Staates geschützt*; es werden die Möglichkeiten der Staatsverwaltung begrenzt, mit selbst erlassenen oder zumindest beeinflusstem 'Sonderrecht' ihre Position als Vertragspartei zu verbessern. Dieser Schutz ist dann notwendig, wenn die Staatsverwaltung zwecks Bedarfsdeckung direkt auf Selbstorganisationsformen der Gesellschaft Zugriff nimmt und diese Selbstorganisation mit der gleichzeitig in Anschlag gebrachten Rechtsmacht in ihrer Funktionsweise bedroht. Unter Anwendung der Subordinationstheorie wird in diesem Fall die Verwaltung dazu gebracht, das Spiel der Privaten zu spielen.

Mit Blick darauf, dass der Staat seine Beschaffungen unter Ausnutzung der Leistungen des freien Marktes tätigen will, ist es also nur folgerichtig, an der grundsätzlich privatrechtlichen Natur des Vergabeverhältnisses festzuhalten – zumindest soweit eine Beschaffung einem disziplinierenden Marktmechanismus unterworfen ist und die öffentliche Hand primär ökonomischen Überlegungen folgt.¹⁷

16 Nach der Subordinationstheorie ist öffentliches Recht auf jene Lebenssachverhalte anzuwenden, in welchen der Staat mit hoheitlicher Macht den Privaten gegenübertritt, Privatrecht dagegen, wenn der Staat und die Privaten sich auf 'gleicher Augenhöhe' begegnen. Für das schweizerische Recht wird die Abgrenzung nach der Subordinationstheorie vor allem vertreten von KNAPP, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Basel 1992, N 1513.

17 Anders wäre ein Sachverhalt allenfalls zu beurteilen, wenn verstärkte öffentliche Interessen wie etwa bei einer Kriegsmaterialbeschaffung zum Tragen kämen: Vgl. zum Beispiel die entsprechende Spezialbehandlung in Art. 32 lit. b VoeB, wobei sich auch hier die Schweiz wohl auf lange Frist primär von Kosten-Nutzen-Überlegungen leiten lässt, zumindest solange die zentralen Anbieter aus Ländern stammen, die keinerlei politischen Vorbehalten unterliegen. Interessantes Anschauungsmaterial bietet jüngst eine entsprechende Vorabklärung der Wettbewerbskommission: weko Schlussbericht vom 7. August 2007 in Sachen

II. Vergabeverhältnis und gesetzliche Vergabenormen

In seiner pragmatischen Art hat das *schweizerische Bundesgericht* diese Zusammenhänge schon früh erkannt und den Beschaffungsvertrag dem privatrechtlichen Vertragsrecht zugewiesen. Dabei betonte das Bundesgericht insbesondere die Zweiseitigkeit des Beschaffungsvertrags und somit zugleich den entsprechenden Ausschluss von Drittparteien. In BGE 60 I 366 (1935) – Jäggi AG – führte das Bundesgericht aus, dass der Zuschlag einer öffentlichen Arbeit an einen privaten Unternehmer aufgrund vorangegangener Ausschreibung (Submission) und die Verweigerung dieses Zuschlags an einen anderen Bewerber, der sich auf die Ausschreibung hin ebenfalls gemeldet hatte, keine Hoheitsakte und folglich auch keine Verfügungen darstellten. Es gehe vielmehr, so das Bundesgericht, um den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags.¹⁸ Folgt man dieser Meinung, dann ist also insbesondere auch die Phase vor Vertragsschluss grundsätzlich privatrechtlich erfasst, und Regelungen zur Vergabe stellen entsprechend verwaltungsinterne Dienstanweisungen dar.¹⁹

Angesichts der zuweilen bedeutenden Nachfragemacht der öffentlichen Hand einerseits und angesichts des politischen Interesses, die Beschaffungen durch die Verwaltung unter enger Kontrolle zu halten, vermochte diese durch das Bundesgericht bereits früh geschaffene Situation allerdings nicht in jedem Fall zu befriedigen. Mit den in der Schweiz vor allem in den

Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend 32-0202: Beschaffung von leichten Transport- und Schulungshelikoptern (LTSH) durch armasuisse wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG. 2007 – armasuisse sowie die Medienmitteilung der weko vom 26. Juni 2008: "Empfehlung der Wettbewerbskommission an den Bundesrat – Weko will besseren Rechtsschutz bei Beschaffungen durch armasuisse", abrufbar unter <http://www.weko.admin.ch/publikationen/pressemitteilungen/00315/>, letztmals besucht am 31.7.08.

18 BGE 60 I 366 – Jäggi AG, vor allem S. 369.

19 GAUCH, Die Submission im Bauwesen – privatrechtliche Aspekte, in: Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg (Hg.), *Mensch und Umwelt - L'homme dans son environnement*; zum schweizerischen Juristentag, 12.-14. September 1980, Freiburg, Freiburg 1980, S. 233 ff.; BOCK, Das europäische Vergaberecht für Bauaufträge unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen auf das schweizerische Submissionsrecht, Basel 1993, S. 82 ff. Der oft zitierte Bundesgerichtsentscheid Allgöwer widerspricht dem nicht, denn hier stellte das Bundesgericht explizit fest, dass es nicht um den privatrechtlichen Baurechtsvertrag ging, sondern um die Kompetenzzuweisung zum Vertragsabschluss an eine Verwaltungseinheit durch die Regierung. Diese Kompetenzzuweisung betreffe die verwaltungsmässige Zuständigkeit, stelle damit öffentliches Recht dar und sei (notabene nicht als Verfügung) im Rahmen von Art. 85 lit. a OAG als Verletzung der Rechte der Stimmberechtigten anfechtbar: BGE 89 I 253 – Allgöwer gegen Frigo St. Johann AG. Hierbei ist daran zu erinnern, dass dem Privatrecht entsprechend eine Haftung aus culpa in contrahendo oder aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR) Anwendung finden kann: GAUCH (Fn. 8), S. 333 ff.; so auch NGUYEN (Fn. 15), S. 63 f. mit weiteren Verweisen auf Moor, Grisel und de Laubadère.

Neunzigerjahren *neu geschaffenen Vergaberechtsnormen* wurde bekanntlich dem privatrechtlichen Beschaffungsvertrag eine öffentlichrechtliche Regelung zur Vergabe und zum entsprechenden Rechtsschutz beiseite gestellt – insbesondere bezüglich den verwaltungsinternen Dienstanweisungen und Entscheidprozessen im Hinblick auf die Wahl des Angebots.²⁰ Dies führte dazu, dass ein Teil der Lehre dem öffentlichen Recht eine zusehends extensive Bedeutung für die Rechtsnatur des Vergabeverhältnisses zusprach.²¹

Nach richtiger Ansicht, die sich auf die oben beschriebene Funktion der Vergabe und ihre Einbettung in die Selbstorganisationsmechanismen des Marktes stützt, ändert aber ein *vorgeschaltetes öffentlichrechtliches Rechtsschutzverfahren* nichts an der zugrundeliegenden Rechtsnatur des Vergabeverhältnisses. Wie Art. 29 lit. b des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen ("BoeB") denn auch richtig formuliert, "gilt" im Beschaffungsrecht des Bundes der Zuschlag als anfechtbare Verfügung, die der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unterliegt (Art. 27 BoeB). Im Bereich der sogenannten "übrigen Beschaffungen", die dem 'normalen' Beschaffungswesen nach dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen nicht unterstellt sind (Art. 32 VoeB), stellen dagegen im Vergabeverfahren erlassene Entscheide gerade *keine Verfügungen* dar.²² Damit wird klar, dass der Bundesgesetzgeber vorgesehen hat, dem privatrechtlichen Vergabeverhältnis und dem privatrechtlichen Beschaffungsvertrag *punktuell* ein öffentlichrechtliches Vergaberecht samt Rechtsschutzverfahren beiseitezustellen – und zwar insbesondere indem der Zuschlag im Rahmen des BoeB so behandelt wird, als ob er eine Verfügung sei. Gauch hat in diesem Zusammenhang überzeugend dargelegt, dass nur die Entschlussfassung der Verwaltung von diesem Rechtsschutzverfahren in dem Sinn erfasst wird, als der rechtsgültig erfolgte Zuschlag die Verwaltung zum privatrechtlichen Vertragsabschluss ermächtigt.²³ Es geht im

20 Zu den Hintergründen BEYELER (Fn. 4), N 169 ff. Jüngst hierzu BGE 132 I 86 – Archivsystem Kanton Appenzell Innerrhoden: Zu diesem im Beschaffungsrecht vorgesehenen Rechtsmittelsystem gehört gemäss Art. 9 Abs. 3 BGBM, dass der Zuschlag in einem kantonalen Beschaffungsverfahren auch dann noch angefochten werden kann, wenn der privatrechtliche Vertrag bereits abgeschlossen wurde.

21 So etwa RHINOW, Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in: Juristische Fakultät der Universität Basel (Hg.), Privatrecht – Öffentliches Recht – Strafrecht: Grenzen und Grenzüberschreitungen; Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Basel 1985, S. 313 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 15), N 287 ff. Diese Erweiterung des öffentlichen Rechts kann im Rahmen eines generellen Bedürfnisses der 80er und 90er Jahre gesehen werden, den Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung auszubauen: vgl. hierzu GIACOMINI, Vom "Jagdmachen auf Verfügungen", in: ZBl 1993, S. 237 ff.

22 In diesem Sinn vgl. auch BGE 131 I 137 – Sigriswil.

23 GAUCH, Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag (eine Reprise), in: BR 2003, 3 ff.; vgl. bereits BGE 89 I 253 – Allgöwer gegen Frigo St. Johann AG. Der Zuschlag verpflichtet folglich die Verwaltung auf der Ebene des Privatrechts nicht zum Vertragsabschluss, kann aber zu Schadenersatz führen: BGE 129 I 410 2003 – Tujetsch; GAUCH, Zuschlag und Verfügung – Ein Beitrag zum öffentlichen Vergaberecht, in: Mensch und Staat, Festgabe für Thomas Fleiner, Freiburg 2003, vor allem S. 602 ff. Siehe in diesem Zu-

gesetzlichen Vergaberecht, anders formuliert, primär um die öffentlichrechtliche Frage nach der behördlichen Zuständigkeit zum Vertragsabschluss.

Dieser Argumentationslinie folgen nun im Wesentlichen auch die *Erwägungen des oben aufgeführten Beschlusses des deutschen Bundesverwaltungsgerichts*, wenn dem Vergabeverhältnis infolge dessen Einbettung in den freien Markt eine grundsätzlich privatrechtliche Rechtsnatur zugesprochen wird, an der auch die 'Überlagerung' mit öffentlichrechtlichen Normen nichts ändere.²⁴

[S. 150]

Auf diese Weise besteht ein *System*, das die legitimatorischen Wirkungen des Marktes und des privatrechtlichen Vertrags respektiert, zugleich aber die Legitimation eines öffentlichrechtlichen Rechtsschutzes punktuell vorschaltet – und zwar letzteres aufgrund politischer Interessen an einer stringenten Überwachung der Vergabepaxis und infolge einer zuweilen problematischen Nachfragemacht der Verwaltung.²⁵ Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass mit den neueren Anstrengungen, auch die beschaffende Verwaltung dem *Wettbewerbsrecht* unterzuordnen, die legitimatorische Notwendigkeit eines am Zuschlag anknüpfenden öffentlichrechtlichen Rechtsschutzverfahrens schwindet.²⁶ Wettbewerbsrecht und öffentlichrechtliches Beschaffungsrecht erscheinen insofern als funktionale Äquivalente.

III. Nichtanwendbarkeit der Zweistufentheorie

Das deutsche Bundesverwaltungsgericht hat sich in seinem Beschluss 6 B 10.07 ausführlich mit der sogenannten Zweistufentheorie auseinandergesetzt und eine *Anwendung auf das Vergaberecht abgelehnt*.²⁷ Auch diese Erwägungen des deutschen Bundesverwaltungsgerichts zur

sammenhang einen jüngeren entsprechenden Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2003.00234 28. Januar 2004 – Primarschulpflege X (freihändige Vergabe): Das Verwaltungsgericht hob einen freihändigen Zuschlag der Primarschulpflege X auf, da die Voraussetzungen für einen Zuschlag, ein Juryentscheid, gefehlt hätten. Nach Submissionsrecht sei ein freihändiger Zuschlag nur gemäss Beurteilung durch eine unabhängige Jury zulässig. Folglich habe der Juryentscheid eine negative Wirkung, indem er untersage, den Zuschlag an einen anderen Anbieter als den Gewinner des Wettbewerbs zu erteilen. Eine Pflicht, den Zuschlag tatsächlich zu erteilen, resultiere damit jedoch nicht.

24 D-BVerwG 6 B 10.07 (02.05.07), Rz. 6 und 9.

25 Allerdings sei hier auch auf die für die öffentliche Hand problematischen Kostenfolgen des zunehmend in Anspruch genommenen Rechtsschutzes verwiesen: vgl. etwa die ap Pressemeldung in: NZZ vom 16. November 2007: «Parlamentarische Lupe auf Bundesverwaltungsgericht: Wegen Beschwerden gegen Alptransit».

26 Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, vor allem S. 534.

27 D-BVerwG 6 B 10.07 (02.05.07), Rz. 15.

Zweistufentheorie sind für das schweizerische Beschaffungsrecht von Interesse: Zur Begründung einer öffentlichrechtlichen Phase des Vertragsabschlusses, die einem (privatrechtlichen) Vertrag vorangehe, wird auch in der Schweiz immer wieder auf die Zweistufentheorie verwiesen,²⁸ zumal anders als in Deutschland das schweizerische BoeB mit dem Vergabeentscheid nicht sogleich den Vergabevertrag zustande kommen lässt.²⁹

Es ist aber von zentraler Bedeutung, dass die Zweistufentheorie in einem ganz spezifisch *deutschen historischen Kontext* entstanden ist. Gerade diese historischen Pfadabhängigkeiten zeigen denn auch die Schwierigkeiten auf, die Zweistufentheorie auf neue Rechtsbereiche oder auf andere Länder auszudehnen: Seit Entstehung des modernen Verwaltungsrechts zum Ende des 19. Jahrhunderts fehlte in Deutschland in den Fragen des individuellen Rechtsschutzes weitgehend die treibende Kraft unabhängiger Verwaltungsgerichte – vor allem im Vergleich zu Frankreich, dessen Conseil d'Etat bereits seit dem letzten Viertel des 19. Jahrhunderts weitgehende Autonomie als Verwaltungsgericht genoss und die Entwicklung des französischen Verwaltungsrechts in präzedenzloser Weise voranbrachte.³⁰ Zudem richtete sich das zunächst durch die Wissenschaft (und vor allem durch Otto Mayer) vorangetriebene deutsche Verwaltungsrecht mehr auf die Überwindung des Polizeistaates aus denn auf die Erfassung einer neuartigen interventionistischen Verwaltung, die sich ebenso den Handlungsformen der Privaten bediente wie auch diese privaten Handlungsformen inhaltlich zu normieren begann.³¹ Um die damit fehlende verwaltungsrechtliche Auseinandersetzung mit dem Inter-

28 So jüngst etwa U. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 15), N 287 ff.; desgleichen bereits RHINOW (Fn. 21); ZUFFEREY, *Quid après l'adjudication? Les effets du droit (public) des marchés publics sur la conclusion et l'exécution du contrat (de droit privé)*, in: BR 2004, 62-67: 62; SPÜHLER, *Öffentliches Beschaffungswesen – Die Rechtswirkungen des Zuschlages*, in: ZBl 2004, S. 380.

29 Art. 22 BoeB; desgleichen Art. 43 E-BoeB (siehe oben Fn. 5); vgl. mit D-BVerwG 6 B 10.07 (02.05.07), Rz. 15.

30 Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit war ausserhalb der Strukturen unabhängiger Gerichte angesiedelt und auf eine strikte Gesetzeskontrolle beschränkt worden. Jede gerichtliche Beurteilung von politischen Konflikten respektive jede Erweiterung der gerichtlichen Überprüfungsbefugnis auf das Ermessen der Verwaltung war somit unerwünscht: BULLINGER, *Verwaltungsermessen im modernen Staat: Landesbericht Bundesrepublik Deutschland*, in: Bullinger (Hg.), *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, Baden-Baden 1986, S. 135; OGOREK, *Individueller Rechtsschutz gegenüber der Staatsgewalt. Zur Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert*, in: Kocka (Hg.), *Bürgertum im 19. Jahrhundert – Deutschland im europäischen Vergleich*, Band 1, München 1988, S. 382 f. Zur französischen Situation vgl. BURDEAU, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris 1995, S. 199 ff.

31 STOLLEIS, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre 1866-1914*, in: Jeserich/Pohl/v. Unruh (Hg.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*; Band 3; *Das Deutsche Reich bis zum Ende der Monarchie*, Stuttgart 1984: S. 90 f. und 100. Es entspricht denn auch dieser Ausrichtung auf die Polizei, dass in Otto Mayers bedeutendem Werk zum Verwaltungsrecht der Verwaltungsakt als im Recht abgebildete Kommunikationsform der Verwaltung im Zentrum steht und der Rechtsform des Vertrags nur eine Randstellung eingeräumt wird. Siehe MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig 1895/96, zum Beispiel Band I, S. 96, insbesondere Fn. 6.

ventionsstaat zu kompensieren, nahm und nimmt noch heute das deutsche Verwaltungsrecht (insbesondere im Vergleich zum französischen Recht) häufig auf Zivilrecht Rückgriff.³²

Als nun *im Zuge des Wiederaufbaus nach dem Zweiten Weltkrieg* mangels passender verwaltungsrechtlicher Rechtsformen zahlreiche Subventionen mit privatrechtlichen Darlehensverträgen abgegeben wurden, liess sich mit der Zweistufentheorie eine politische Legitimation dieses Vorgangs herstellen. Die Zweistufentheorie, erstmals von Hans Peter Ipsen im Jahr 1956 propagiert, sollte die verwaltungsmässige Inanspruchnahme privatrechtlicher Rechtsformen mit den – nach den Erfahrungen des Autoritarismus besonders geförderten – rechtsstaatlichen Ansprüchen an den Rechtsschutz Dritter harmonisieren.³³ Hierzu erlässt gemäss dieser Theorie die Verwaltung auf einer ersten Stufe ihre Entscheidung, Subventionen zu sprechen, als verwaltungsrechtlichen Akt. In einer davon getrennten zweiten Phase wird sodann die Vertragsabwicklung privatrechtlich erfasst. Von Bedeutung ist dabei im Vergleich zu Frankreich die faktische Trennung in eine erste verwaltungsverfügungrechtliche und eine zweite privatrechtliche Phase.³⁴ Mit dieser Trennung liessen sich nun die privatrechtlichen, aber notabene nicht dem Marktmechanismus unterstehenden Darlehen auf einen Akt der Verwaltung und hiermit auf eine gesetzliche Grundlage zurückbeziehen, womit eine demokratische und rechtsstaatliche Legitimation hergestellt werden konnte. Zugleich wurde damit unter Einsatz der Bürger, die gegen rechtswidrige Verwaltungsakte den Rechtsweg zu beschreiten hatten, die Eigenkontrolle der Staatshierarchie entlastet.

Zwar vermag die Zweistufentheorie einen verwaltungsrechtlichen Rechtsschutz insbesondere Dritter herzustellen, teilt aber einen Lebensvorgang in einen verwaltungsrechtlichen und einen privatrechtlichen Teil.³⁵ Bei Subventionen rechtfertigt sich diese Zweiteilung zuvorderst damit, dass sich die Zuweisung von Sub- [S. 151] ventionen in aller Regel nicht am Marktmechanismus ausrichtet, sondern an in Gesetzesform erfassten politischen Prioritäten. Bei der Beschaffung besteht allerdings die Gefahr, dass ein als einheitlich verstandener Lebensvorgang unterteilt wird und dass die *zivilgesellschaftlichen Organisations- und Legitimationsformen* unterschätzt sowie von einer vorgeschobenen verwaltungsrechtlichen Legitimations-

32 Fritz Fleiner ging sogar so weit zu postulieren, dass das deutsche Verwaltungsrecht eigentlich alle Rechtsnormen – auch die privatrechtlichen – umfasse, welche die Tätigkeit der Verwaltung regelten: FLEINER (Fn. 12, S. 60 f.

33 IPSEN, Öffentliche Subventionierung Privater, Berlin 1956, S. 86 f.

34 Zum Ganzen MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2004, § 17 N 11 ff.

35 Zur Kritik an der Zweistufentheorie siehe MAURER (Fn. 34), § 17 N 14 ff. m. w. H.

form auf der ersten verwaltungsrechtlichen Stufe verdeckt werden. Darauf spielt das deutsche Bundesverwaltungsgericht denn auch zu Recht an, wenn es mehrmals von der Vergabe als 'einheitlichem Lebensvorgang' spricht,³⁶ die Einordnung der beschaffenden Verwaltungsbehörde und der Beschaffung selbst in den Markt betont,³⁷ die Pflicht zur Gleichbehandlung der Wettbewerbsteilnehmer nach primär marktwirtschaftlichen Grundsätzen hervorhebt³⁸ und demzufolge die Anwendung der Zweistufentheorie ablehnt.³⁹

Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf die jüngste Praxis des Bundesgerichts ist auch für die Schweiz die Inanspruchnahme der Zweistufentheorie zu relativieren.⁴⁰ Das schweizerische Beschaffungsrecht sieht zwar für die Frage des Vergabeentscheides *punktuell* ein öffentlich-rechtliches Beschwerdeverfahren vor.⁴¹ Selbstverständlich könnte man auch in dieser Situation von zwei Stufen sprechen, da insbesondere, wie bereits erwähnt, das BoeB den Vergabeentscheid der Verwaltungsbehörde von der Entstehung des Vertrages trennt.⁴² Damit würde aber eine missverständliche Anlehnung an die Zweistufentheorie deutscher Provenienz evokiert, deren Anwendung auf das Vergaberecht auch das deutsche Bundesverwaltungsgericht abgelehnt hat. Mit Blick auf die über hundertjährigen Erfahrungen des interventionsstaatlichen Rechts zeigt sich vielmehr, dass das öffentliche Recht das grundsätzlich privatrechtliche Vergabeverhältnis lediglich überlagert, welches also auch im vorvertraglichen Stadium und in der Frage des Vertragsschlusses grundsätzlich privatrechtlicher Natur bleibt.

Zusammenfassung

Bereits vor, aber insbesondere seit dem 1996 in der Schweiz in Kraft getretenen Beschaffungsrecht ist umstritten, *ob das Vergabeverhältnis zwischen Verwaltung und Anbieterinnen und Anbieter privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur sei*. Zur Debatte steht dabei vor allem die Beziehung des Vergabeverhältnisses, verstanden als vorvertragliches und vertragliches Rechtsverhältnis, zum öffentlichrechtlichen Beschaffungsrecht, das die Entscheid-

36 D-BVerwG 6 B 10.07 (02.05.07), Rz. 6 und 15.

37 D-BVerwG 6 B 10.07 (02.05.07), Rz. 6.

38 D-BVerwG 6 B 10.07 (02.05.07), Rz. 10.

39 D-BVerwG 6 B 10.07 (02.05.07), Rz. 6 und 15. Hierzu aus schweizerischer Sicht die Zusammenfassung von BEYELER (Fn. 4), N 330 ff.

40 Der Terminus der 'Zweistufentheorie' wird in der Schweiz oft benutzt, um die generelle Situation des Beschaffungsrechts zu charakterisieren. Siehe oben bei Fn. 21.

41 Vgl. oben bei Fn. 25.

42 Oben Fn. 29.

findung der Verwaltung im Hinblick auf die Beschaffung regelt. Auch der jüngst publizierte Entwurf zu einem neuen Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (E-BoeB; Vorentwurf vom 30. Mai 2008) trägt nicht zu einer diesbezüglichen Klärung bei.

Das *deutsche Bundesverwaltungsgericht* hat nun im Beschluss 6 B 10.07 vom 02.05.2007 ("unterschwelliges Verfahren") entschieden, nach deutschem Recht sei das Vergabeverhältnis grundsätzlich *privatrechtlicher Natur*, woran auch überlagernde öffentlichrechtliche Normen nichts änderten. Daraus folgt insbesondere, aber nicht nur, dass für unterschwellige Verfahren der öffentlichrechtliche Rechtsschutz nicht zur Verfügung steht.

Diese Sicht *entspricht auch dem schweizerischen Recht*. Denn wenn die Verwaltung ihre Beschaffungen auf dem freien Markt tätigen will, so hat sie sich – letztlich zum eigenen Vorteil – den entsprechenden Legitimationsmechanismen und dem entsprechenden Recht des freien Marktes zu unterwerfen. Sofern die Verwaltung die eigene interne Entscheidungsfindung einem separaten öffentlichrechtlichen Verfahren unterwirft, das einerseits die effiziente und transparente Verwendung öffentlicher Mittel gewährleistet und andererseits die Marktteilnehmer vor Übermacht und Willkür des Staates absichert, so vermag dies die privatrechtliche Rechtsnatur des Vergabeverhältnisses nicht zu ändern. Dieses öffentlichrechtliche Beschaffungsrecht überlagert das privatrechtliche Vergabeverhältnis nur, aber immerhin, in *punktuellem* Weise.