

BGH: Schadensersatz auch ohne Rüge im Vergabeverfahren

Der Bundesgerichtshof hat in zwei aktuellen Urteilen (vom 18. Juni 2019, X ZR 86/17 und vom 17. September 2019, X ZR 124/18) entschieden, dass es einem Unternehmen, das in einem Vergabeverfahren einen **Vergabeverstoß nicht gerügt oder eine Rüge wieder zurückgenommen hat, nicht verwehrt sei, anschließend vor den Zivilgerichten Schadensersatz einzufordern**. Allerdings könne dem klagenden Unternehmen in einer solchen Fallkonstellation je nach den Umständen des Einzelfalls ein **Mitverschulden** bei der Entstehung des Schadens (§ 254 BGB) angelastet werden.

Während die Ausführungen im Urteil vom 18. Juni 2019 nicht tragend waren, haben sie im nachfolgend dargestellten Urteil vom 17. September 2019 Entscheidungsrelevanz.

Sachverhalt

Die Klägerin nimmt die Beklagte nach dem Ausschluss ihres Angebots in einem Vergabeverfahren betreffend die Erstellung von Lärmschutzwänden entlang einer Eisenbahnstrecke im Stadtgebiet Köln und Vergabe des Auftrags an einen Konkurrenten auf Schadensersatz in Anspruch.

Alleiniges Zuschlagskriterium im vorangegangenen Vergabeverfahren war der Preis. Danach war das Angebot der Klägerin das günstigste. Die Beklagte schloss das Angebot der Klägerin jedoch aus, da im Zeitpunkt der Angebotsabgabe der Verwendbarkeitsnachweis für die von der Klägerin angebotenen Wandelemente nicht vorlag. Die Klägerin rügte den Ausschluss als vergaberechtswidrig, da die angebotenen Wandelemente den in der technischen Richtlinie vorgesehenen statischen und konstruktiven Anforderungen genügten, und reichte einen Tag später den zwischenzeitlich erteilten Verwendbarkeitsnachweis nach, nahm jedoch nach einem Gespräch zwischen Vertretern der Parteien die Rüge zurück. Die Beklagte erteilte den Zuschlag auf ein anderes Angebot.

Die Klägerin nahm die Beklagte daraufhin auf Schadensersatz in Anspruch.

Das Landgericht Frankfurt hatte die auf Ersatz des positiven Interesses gerichtete Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin vor dem OLG Frankfurt war erfolgreich und die Beklagte wurde antragsgemäß zum Schadensersatz verurteilt. Das OLG Frankfurt entschied, dass der Klägerin die Klageforderung gemäß § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB zustehe. Der Ausschluss ihres Angebots sei vergaberechtswidrig gewesen und habe die Klägerin in ihren Rechten verletzt. Weder aus dem Leistungsverzeichnis noch

aus sonstigen Vergabeunterlagen sei für die Bieter klar und eindeutig erkennbar gewesen, dass der Verwendbarkeitsnachweis für die Wandelemente bereits im Zeitpunkt der Abgabe des Angebots habe vorliegen müssen. Da ihr der Zuschlag hätte erteilt werden müssen, sei der Klägerin durch die Vergabe des Auftrags an einen Mitbewerber der geltend gemachte Schaden entstanden. Dem Schadensersatzanspruch stehe nach Auffassung des OLG Frankfurt auch nicht entgegen, dass die Klägerin ihre gegen den Ausschluss erhobene Rüge wieder zurückgenommen und kein Nachprüfungsverfahren durchgeführt habe. Die Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz sei keine zwingende Voraussetzung für die Beanspruchung von Sekundärrechtsschutz. Auch ein Mitverschulden an der Schadensentstehung müsse sich die Klägerin nicht entgegenhalten lassen. Sie habe es nicht aus eigenem Antrieb unterlassen, einen Nachprüfungsantrag zu stellen; dies sei vielmehr auf Bitten der Beklagten geschehen, die hierdurch die fristgerechte Durchführung des Auftrags habe sicherstellen wollen.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision vor dem Bundesgerichtshof verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidung

Der BGH hat die Revision zurückgewiesen.

Rechtsfehlerfrei habe das Berufungsgericht angenommen, dass die Beklagte das Angebot der Klägerin vergaberechtswidrig ausgeschlossen und ihr hierdurch den mit der Klage geltend gemachten Schaden zugefügt hat.

Das Berufungsgericht habe auch zu Recht angenommen, dass es der Verpflichtung der Beklagten zum Schadensersatz nicht entgegensteht, dass die Klägerin den Ausschluss ihres Angebots nicht zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht hat.

In der vergaberechtlichen Literatur wird vertreten, ein Bieter, der einen erkannten oder aus der Bekanntmachung bzw. aus den Vergabeunterlagen erkennbaren Vergaberechtsverstoß nicht innerhalb der in § 160 Abs. 3 GWB genannten Fristen gerügt habe, sei damit im Schadensersatzprozess genauso präkludiert wie mit der Einreichung eines Nachprüfungsantrags (sogenannte materielle Präklusion).

Der BGH hat sich dem nicht angeschlossen.

Bereits in seinem Urteil vom 18. Juni 2019 hatte er ausgeführt, dass gegen dieses Verständnis schon spreche, dass eine § 839 Abs. 3 BGB entsprechende Regelung im Recht der öffentli-

chen Auftragsvergabe nach dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nicht vorgesehen sei. Nach **§ 839 Abs. 3 BGB tritt die Ersatzpflicht bei einer Amtspflichtverletzung** nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Eine analoge Anwendung dieser spezifisch deliktsrechtlichen Regelung ist nach Auffassung des BGH im vorliegenden Fall nicht angezeigt; die Tätigkeit der Vergabestellen im Zusammenhang mit öffentlicher Beschaffung sei einer Amtsführung nicht vergleichbar.

Das GWB habe lediglich die **Bindungswirkung einer Entscheidung im Nachprüfungsverfahren für einen nachfolgenden Schadensersatzprozess geregelt (§ 179 GWB)**. Dies diene der Verfahrensökonomie und vermeide einander widersprechende Beurteilungen der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens im Nachprüfungsverfahren und im Schadensersatzprozess. Für einen Ausschluss von Schadensersatzansprüchen in Fällen, in denen die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens nicht Gegenstand eines vom Anspruchsteller eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens war, biete dies keine Grundlage.

Dies stehe auch in Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH zur **Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge** (EuGH, Urteil vom 7. August 2018 – C-300/17). Danach lege die Richtlinie nur die Mindestvoraussetzungen fest, denen die in den nationalen Rechtsordnungen geschaffenen Nachprüfungsverfahren entsprechen müssen, um die Beachtung der unionsrechtlichen Bestimmungen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zu gewährleisten. Durch nationales Recht dürfe danach zwar die Geltendmachung eines zivilrechtlichen Anspruchs wegen des Verstoßes gegen Vergabebestimmungen davon abhängig gemacht werden, dass eine Schiedsstelle bzw. – bei einer gerichtlichen Überprüfung des Beschlusses dieser Schiedsstelle – ein Gericht die Rechtsverletzung rechtskräftig feststellt. Aus der den Schutz der Bieter regelnden Richtlinie ergebe sich aber nicht, dass das nationale Recht die Geltendmachung solcher Schadensersatzansprüche von solchen oder ähnlichen Voraussetzungen machen müsse.

Zu Recht habe das Berufungsgericht auch angenommen, dass der Klägerin im konkreten Fall kein **Mitverschulden** bei der Entstehung des Schadens (§ 254 BGB) angelastet werden kann. Dabei bedürfe es keiner abschließenden Klärung, ob und unter welchen Voraussetzungen es ein Mitverschulden eines Bieters begründen kann, dass er eine Rüge nicht erhoben oder von ihr Abstand genommen hat oder einen Nachprüfungsantrag nicht angebracht oder wieder zurückgenommen hat. Dies möge jedenfalls dann nicht ausgeschlossen sein, wenn der öffentliche Auftraggeber ein solches Verhalten dahin verstehen darf, der Bieter halte seine mit der

Rüge vorgebrachten Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens nicht aufrecht. Im Streitfall habe das Berufungsgericht jedoch festgestellt, dass die Rücknahme der Rüge auf einem Gespräch der Parteien beruhte und auf Bitten der Beklagten erfolgte, die damit die fristgerechte Durchführung der ausgeschriebenen Baumaßnahme sicherstellen wollte. Das Berufungsgericht habe hieraus zutreffend die Folgerung gezogen, dass der Klägerin unter diesen Umständen kein Mitverschulden zur Last gelegt werden kann.

Schon in seinem Urteil vom 18. Juni 2019 – X ZR 86/17 hatte der BGH darauf hingewiesen, dass der Mitverschuldenseinwand dem öffentlichen Auftraggeber zwar nicht von vornherein abgeschnitten sei. Eigenes Verhalten sei dem Geschädigten nach der Rechtsprechung des BGH als Mitverschulden aber nur dann zuzurechnen, wenn es für den Eintritt des Schadens adäquat kausal geworden ist. Übertragen auf das Vergabeverfahren bedeute dies, dass anzunehmen sein müsse, dass der Auftraggeber seine den rügenden Bieter belastende vergaberechtliche Entscheidung aufgrund der Rüge als vergaberechtswidrig zurückgenommen hätte. Darüber könne naturgemäß nur eine Prognoseentscheidung getroffen werden, die tragfähig begründet werden müsse. Dabei könne generell nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass sich der Auftraggeber nur aufgrund der Rüge eines Besseren besonnen und dieser Beanstandung abgeholfen hätte.

Fazit:

Die Inanspruchnahme von vergaberechtlichem Primärrechtsschutz ist keine zwingende Voraussetzung für die Beanspruchung von Schadensersatz als Sekundärrechtsschutz. Allerdings kann ein Unternehmen, das im Vergabeverfahren eine Rüge nicht erhoben oder von ihr Abstand genommen hat oder einen Nachprüfungsantrag nicht angebracht oder wieder zurückgenommen, je nach den Umständen des konkreten Falles ein **Mitverschulden** nach § 254 BGB treffen.

Die aktuellen Entscheidungen des BGH sind auch ein Indiz für den Ausgang der noch bei ihm anhängigen **Revision gegen das Urteil des OLG Celle vom 18.1.2018, Az. 11 U 121/17** ([siehe dazu Newsletter März 2018](#)). Das OLG Celle hatte im streitgegenständlichen Fall anders als jetzt der BGH den Vorrang von vergaberechtlichen Primäransprüchen vor zivilrechtlichen Sekundäransprüchen formuliert. Allerdings war dort die Fallkonstellation eine andere: In diesem Fall hatte ein Bieter, dem im Rahmen eines Vergabeverfahrens der Auftrag erteilt worden war, nachträglich in einem Zivilverfahren ein höheres Entgelt mit der Begründung gefordert, dass einzelne Regelungen der Ausschreibung unwirksam gewesen seien. Das OLG Celle hatte darin einen Verstoß gegen den vergaberechtlichen Grundgedanken gesehen, dass

alle Bieter dieselben Ausgangspositionen und Chancen hätten und einzelne Bieter gerade nicht Vorteile haben sollen, die es ihnen ermöglichten, ihr Angebot wirtschaftlich günstiger als andere Bieter auszugestalten. Mit diesem Grundsatz wäre es unvereinbar, wenn ein Bieter, der in einem Vergabeverfahren den Zuschlag erhalten habe, nachträglich die Möglichkeit hätte, in einem Zivilverfahren geltend zu machen, dass Vergabebedingungen unwirksam gewesen und nunmehr durch eine für ihn in wirtschaftlicher Hinsicht günstigere Regelung zu ersetzen seien.

Es bleibt abzuwarten, wie der BGH diese Fallkonstellation bewerten wird. Es ist aber damit zu rechnen, dass er auch dort dem Kläger den Zivilrechtsweg nicht grundsätzlich abschneiden wird, sondern möglicherweise ein Mitverschulden des Klägers in Betracht ziehen wird.

Rudolf Ley