



Schadensersatzansprüche gegen öffentliche Auftraggeber zukünftig einfacher durchsetzbar!

Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 09.06.2011 (Aktenzeichen: X ZR 143/10) wird die erfolgreiche Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen öffentliche Auftraggeber wegen Verstößen gegen das Vergaberecht erleichtert. Die Bieter können ihre durch die Angebotserstellung entstandenen Kosten - einschließlich der Aufwendungen für die rechtsanwaltliche Beratung - künftig einfacher gegenüber Vergabestellen durchsetzen.

I. Einleitung

Der finanzielle Aufwand zur Erstellung von Angeboten in Vergabeverfahren ist oft immens. Hierzu gehören – neben den Kosten zur Kalkulation und Ausarbeitung des Angebots – auch die Kosten, die Bieter investieren, um die Vergabeunterlagen durch einen Rechtsanwalt prüfen zu lassen. Eine solche Prüfung ist im Regelfall auch sinnvoll oder gar geboten: Zum einen wächst die Komplexität des Vergaberechts stetig, zum anderen müssen Bieter aus den Vergabeunterlagen erkennbare Rechtsverstöße unverzüglich, spätestens aber bis zum Ablauf der Angebotsfrist, gegenüber der Vergabestelle rügen. Andernfalls können sie diese Verstöße nicht mehr erfolgreich in einem späteren Nachprüfungsverfahren geltend machen. Vor diesem Hintergrund ist die BGH-Entscheidung von besonderer Bedeutung. Sie versetzt Bieter künftig in die Lage, im Falle von Vergaberechtsverstößen ihre durch die Angebotserstellung entstandenen (Rechtsberatungs-) Kosten einfacher geltend zu machen.

II. Sachverhalt

Im Rahmen eines Vergabeverfahrens rügt der Bieter gegenüber der Vergabestelle die vergaberechtswidrige Vermengung von Eignungs- und Zuschlagskriterien in der Wertungsmatrix. Nach Angebotsabgabe leitet er ein erfolgreiches Nachprüfungsverfahren ein. Das zuständige Oberlandesgericht (OLG) verpflichtet die Vergabestelle, das Vergabeverfahren wegen der vergaberechtswidrigen Wertungsmatrix aufzuheben. Der Bieter verlangt anschließend Erstattung seiner anwaltlichen Beratungskosten für die Prüfung der Vergabeunterlagen vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens.

III. Entscheidung des BGH

Der Bieter ist mit der Geltendmachung seines Schadensersatzanspruches vor dem BGH erfolgreich. Der Vergabeverstoß, die rechtswidrige Vermengung von Eignungs- und Zuschlagskriterien in der Wertungsmatrix, wurde gemäß § 124 Abs. 1 GWB vom Vergabesenat des OLG bindend festgestellt. Die ebenfalls vom OLG angeordnete Aufhebung des Vergabeverfahrens ist durch die Verwendung der rechtswidrigen Wertungsmatrix seitens der Vergabestelle verursacht worden. Die Verwendung rechtswidriger Vergabeunterlagen (hier: Wertungsmatrix) stellt nach Ansicht des BGH einen Verstoß gegen § 241 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) dar. Nach dieser Vorschrift sind Bieter und Vergabestelle im Rahmen des durch die Ausschreibung begründeten Vertrauensverhältnisses zu gegenseitiger Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des jeweils anderen Teils verpflichtet. Ein Bieter hat daher ein geschütztes Interesse, dass seine Aufwendungen für das Vergabeverfahren wettbewerbskonform verwendet werden. Wenn der öffentliche Auftraggeber aber wegen selbst zu vertretender Vergaberechtsverstöße das Vergabeverfahren aufheben muss, verletzt er die ihm obliegenden Rücksichtnahmepflichten und ist zum Schadensersatz verpflichtet. Insoweit verzichtet der BGH - abweichend von seiner bisherigen Rechtsprechung - auf die zusätzliche Voraussetzung, dass der Bieter auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens vertraut haben muss.

Diese Voraussetzung hat in der Vergangenheit häufig dazu geführt, dass dem Bieter kein Schadensersatz zuerkannt worden ist (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 27.11.2007 - X ZR 18/07 -).

Ferner verwirft der BGH den Einwand der Vergabestelle, die Kosten für die anwaltliche Prüfung wären auch ohne die Begehung des Vergaberechtsverstößes angefallen. Eine solche Alternativbetrachtung unter Hinwegdenken des Vergaberechtsverstößes widerspricht dem Schutzzweck der verletzten Norm. Der Schutz des § 241 Abs. 2 BGB greift nämlich schon dann ein, wenn Ausschreibungsunterlagen in einer Weise fehlerhaft sind, dass eine vergaberechtskonforme Auftragsvergabe nicht mehr möglich ist.

IV. Praxishinweis

Die bieterfreundliche Entscheidung des BGH liegt auf einer Linie mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH, Urteil vom 30.09.2010 - C-314/09 - „Strabag“). Danach soll eine nationale Regelung europarechtswidrig sein, die den Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes eines öffentlichen Auftraggebers gegen Vergaberecht von der Schuldhaftigkeit des Verstoßes abhängig macht. Ob und inwieweit diese EuGH-Rechtsprechung auf deutsches Recht anwendbar ist, hat der BGH in seinem Urteil ausdrücklich offen gelassen. Wäre dies der Fall, würde damit eine Art Garantiehafung für die Richtigkeit der Ausschreibungsunterlagen und der verfahrensleitenden Entscheidungen der Vergabestelle begründet werden. Es bleibt insoweit abzuwarten, wie sich die nationale Rechtsprechung hierzu künftig positionieren wird.

Die bieterfreundliche Tendenz der Entscheidung spiegelt sich auch in weiteren Erwägungen des BGH wieder: Einer besonderen Mahnung für den Eintritt des Verzuges des öffentlichen Auftraggebers bedarf es nach dem Rechtsgedanken des § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB nicht (der sofortige Eintritt des Verzuges ist also aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt). Denn vorvertragliche Rücksichtnahmepflichten, wie sie hier in Rede stehen, sind aus in der Natur der Sache liegenden Gründen sofort zu erfüllen.

Ogleich die Entscheidung des BGH die Rechte des Bieters stärkt, Schadensersatz wegen Vergaberechtsverstößen gegen den öffentlichen Auftraggeber erfolgreich durchzusetzen, ist hervorzuheben, dass sich das Urteil nur auf den sog. Vertrauensschaden ("negatives Interesse") bezieht. Vertrauensschaden ist der Schaden, der dem Bieter dadurch entsteht, dass er auf die Vergaberechtskonformität der Ausschreibungsunterlagen bzw. des Vergabeverfahrens vertraut hat (insbes. Kosten der Angebotserstellung).

Nicht entschieden hat der BGH über den sog. Nichterfüllungsschaden ("positives Interesse"), der dem Bieter dadurch entsteht, dass er rechtswidrig nicht den Zuschlag auf sein Angebot erhält. Der Bieter muss dabei so gestellt werden, als wenn er den Zuschlag erhalten hätte (insbes. entgangener Gewinn). Die erfolgreiche Geltendmachung dieses Schadens ist - unter Zugrundelegung der bisherigen Rechtsprechung - immer noch mit zahlreichen Hindernissen verbunden. Insbesondere muss der Bieter darlegen

und beweisen, dass er den Zuschlag hätte erhalten müssen. Dieser Beweis ist in der Praxis nur schwer zu führen. Ferner soll ein Anspruch auf das positive Interesse überhaupt nur dann in Frage kommen, wenn der Auftrag auch tatsächlich vergeben worden ist (vgl. nur BGH, Urteil vom 18.09.2007 - X ZR 89/04 -). Daher käme ein Schadensersatzanspruch auf das positive Interesse nicht in Betracht, wenn das Vergabeverfahren aufgehoben und der Auftrag nicht mehr vergeben wird.

Autoren



Steffen Amelung
Counsel

E: steffen.amelung@cliffordchance.com



Alik Dörn
Senior Associate

E: alick.doern@cliffordchance.com

Dieser Newsletter dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an die Autoren oder Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance.

Clifford Chance, Mainzer Landstraße 46, 60325 Frankfurt am Main
© Clifford Chance 2011

Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ·

Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000

Weitere Informationen zur Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft – u.a. auch im Hinblick auf die erforderlichen Angaben gem. §§ 2,3 DL-InfoV – finden Sie unter www.cliffordchance.com

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Brüssel ■ Bukarest ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hongkong ■ Istanbul ■ Kiew ■ London ■ Luxemburg ■ Madrid ■ Mailand ■ Moskau ■ München ■ New York ■ Paris ■ Peking ■ Perth ■ Prag ■ Riad* ■ Rom ■ São Paulo ■ Shanghai ■ Singapur ■ Sydney ■ Tokio ■ Warschau ■ Washington, D.C.

*Clifford Chance hat eine Kooperationsvereinbarung mit Al-Jadaan & Partners Law Firm in Riad.