

UPDATE VERGABERECHT

SCHADENSERSATZ NACH RECHTSWIDRIGER AUFHEBUNG

BGH, Urteil vom 08.12.2020 - XIII ZR 19/19

Klägerin (K) gab im Rahmen einer Ausschreibung der Beklagten (B) das günstigste Angebot ab. B hob die Ausschreibung jedoch wegen angeblichen Wegfalls des Beschaffungsbedarfs auf. Wenige Monate später schrieb B für dieselbe Lage und mit dem gleichen Leistungsverzeichnis erneut ein Bauprojekt aus. Hier gab nicht K, sondern ein Dritter das günstigste Angebot ab und erhielt den Zuschlag. K machte daraufhin den entgangenen Gewinn und Kosten für die Angebotserstellung klageweise geltend. Gegen ihre Verurteilung in der Berufungsinstanz legte B Revision ein.

Der BGH hob das Urteil auf, soweit die B zur Zahlung des entgangenen Gewinns der K verurteilt wurde. Zwar bestehe ein Schadensersatzanspruch wegen einer Verletzung der Rücksichtnahmepflicht im vorvertraglichen Schuldverhältnis durch die Aufhebung ohne Grund nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A. Es sei jedoch nur Ersatz des negativen Interesses zuzusprechen. Der zu ersetzende Schaden bestehe grundsätzlich nur in den getätigten Aufwendungen. Hierzu gehörten Personalkosten für die Angebotserstellung, und zwar ohne konkreten Nachweis, dass der Bieter durch Einsatz des Personals anderweitig Einnahmen erwirtschaftet hätte. Ein Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns komme hingegen nur in Betracht, wenn das Verfahren mit einem Zuschlag an einen Bieter abgeschlossen werde, der diesen nicht hätte erhalten dürfen. Gleichzustellen sei dem der Fall, dass der Auftraggeber das gleiche Vorhaben außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens oder in einem weiteren Verfahren nach einer willkürlichen Aufhebung an einen nicht zuschlagsberechtigten Bieter vergebe. Hier habe die B jedoch nicht einen anderen Bieter bevorzugt, sondern sich nur Zeit verschaffen wollen.

Bedeutung für die Praxis

Mit der Entscheidung werden einige Einzelheiten des Schadensersatzanspruchs in Folge einer rechtswidrigen Aufhebung neu justiert. Ein Anspruch auf das „negative Interesse“ wird dadurch erleichtert, dass hierunter ohne weiteres auch die internen Kosten des Bieters fallen. Ein Anspruch auf das „positive Interesse“, das auch den entgangenen Gewinn umfasst, wird hingegen deutlich erschwert, dass es der BGH für erforderlich hält, dass der Auftraggeber die Ausschreibung rechtswidrig aufhebt, um vergaberechtswidrig einen anderen Bieter zu beauftragen. Damit wird nunmehr eine Art „subjektiver Tatbestand“ geschaffen, dessen Nachweis in der Regel kaum möglich sein dürfte. Für Bieter, die durch eine rechtswidrige Aufhebung um einen ansonsten sicheren Zuschlag gebracht werden, hat die Entscheidung des BGH daher erhebliche Nachteile zur Folge.