

Eigene Fehler sind keine Aufhebungsgründe

von RA Dr. Christian Kokew / LUTZ | ABEL Rechtsanwalts GmbH

München (Bayern) – Vergabestellen können aus verschiedenen Gründen gezwungen sein, ein eingeleitetes Vergabeverfahren aufheben zu müssen. Sie sehen sich in diesem Zusammenhang regelmäßig mit einer Reihe rechtlicher, teilweise in der Rechtsprechung aber noch ungeklärter Fragen konfrontiert. Eine dieser Fragen ist, ob ein Vergabeverfahren auch dann rechtmäßig aufgehoben werden kann, wenn auf diese Weise ein Fehler der Vergabestelle korrigiert wird. Der Bundesgerichtshof hat hierzu in seinem Beschluss vom 20.03.2014 (Az.: X ZB 18/13) Stellung bezogen.

1. Einleitung

Die Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB/A und VOL/A) enthalten Regelungen über die Aufhebung von Vergabeverfahren. So kann z. B. nach § 17 EG Abs. 1 VOB/A eine Ausschreibung aufgehoben werden, wenn kein den Ausschreibungsbedingungen entsprechendes Angebot eingegangen ist, die Vergabeunterlagen grundlegend geändert werden müssen oder andere schwer wiegende Gründe bestehen. Liegt einer dieser Alternativen vor, ist die Aufhebung rechtmäßig. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung können Vergabestellen ein Vergabeverfahren aber auch dann aufheben, wenn keiner dieser Aufhebungsfälle vorliegt (vgl. BGH, Urteil vom 02.02.2003, Az.: X ZB 43/02; Urteil vom 08.09.1998, Az.: X ZR 48/97). Unter diesen Umständen ist die Aufhebung rechtmäßig und ermöglicht demjenigen Bieter, auf dessen Angebot der Zuschlag hätte erteilt werden müssen, Schadensersatzansprüche gegen den öffentlichen Auftraggeber geltend zu machen. Dieser Schadensersatzanspruch beschränkt sich regelmäßig auf die Erstattung des sog. negativen Interesses, also regelmäßig auf die Kosten für die Vorbereitung des Angebots und ggf. die Teilnahme am Vergabeverfahren.

Weitergehende Ansprüche, wie ein Schadensersatzanspruch auf Erstattung des sog. positiven Interesses, also insbesondere des Gewinnausfalls und ggf. der Rechtsanwaltskosten, kommen nach der Rechtsprechung nur in eng begrenzten Fällen in Betracht. Dazu muss die Vergabestelle die Aufhebung

des Vergabeverfahrens in rechtlich zu missbilligender Weise dazu einsetzen, durch die Aufhebung die formalen Voraussetzungen dafür zu schaffen, den Auftrag außerhalb des eingeleiteten Vergabeverfahrens an einen bestimmten Bieter oder einen anderen Bieterkreis vergeben zu können. Weiter muss sichergestellt sein, dass der Anspruchsteller den Zuschlag erhalten hätte und bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise das gleiche Vorhaben und der gleiche Auftragsgegenstand vergeben werden (vgl. BGH, Urteil vom 05.11.2002, Az.: X ZR 232/00).

In der Praxis kommt es teilweise zu einer Auffassung, die über eine weite Auslegung der in den Vertragsordnungen enthaltenen Aufhebungstatbestände Schadensersatzansprüche unterlegener Bieter argumentativ zu Fall bringen wollen. Häufig wird dabei auf die in § 17 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A bzw. § 20 EG Abs. 1 lit. d) VOL/A enthaltene Regelungsvariante zurückgegriffen. Danach kann ein Vergabeverfahren (rechtmäßig) aufgehoben werden, wenn „andere schwer wiegende Gründe bestehen“. In diesem Zusammenhang stellte sich in der Vergangenheit insbesondere die Frage, ob ein solcher „schwer wiegender Grund“ auch dann vorliegen kann, wenn die Aufhebung eine Maßnahme zur Korrektur eines eigenen vergaberechtlichen Fehlers der Vergabestelle darstellt. Hierzu konnte der BGH in der nachfolgend besprochenen Entscheidung Stellung nehmen.

2. Die Entscheidung des BGH

a) Sachverhalt

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt schrieb die Vergabestelle Fahrbahnerneuerungsarbeiten europaweit aus. Im Rahmen der Prüfung und Wertung der Angebote traten unterschiedliche Vorstellungen der Beteiligten darüber zu Tage, wie die Vergabeunterlagen hinsichtlich der Ausführung der Fahrbahndecke zu verstehen waren. Während einige Bieter einen einstreifigen Einbau der Fahrbahndecke anboten, sah das Angebot der Antragstellerin eine Ausführung in zwei Fahrbahnstreifen vor. Nach dem Verständnis der Vergabestelle war in den Vergabeunterlagen allein eine einstreifige Fahr-

bahndecke gefordert, so dass sie das Angebot der Antragstellerin als eine Änderung der Vergabeunterlagen bewertete und ausschloss. Die daraufhin von der Antragstellerin angerufene Vergabekammer hielt die Vergabeunterlagen für nicht eindeutig und verpflichtete die Vergabestelle, das Angebot der Antragstellerin zu werten.

Die Vergabestelle hob daraufhin das Vergabeverfahren auf und kündigte gleichzeitig an, ein neues Vergabeverfahren einzuleiten. Nach ihrer Auffassung biete der Einbau einer einstreifigen Fahrbahndecke erhebliche qualitative Vorteile, während bei der Beauftragung einer zweistreifigen Fahrbahndecke und einer daraufhin zwingenden Änderungsanordnung nach § 1 Abs. 3 VOB/B Mehrkosten für den öffentlichen Auftraggeber entstünden. Die Antragstellerin beantragte mit weiterem Nachprüfungsantrag die Aufhebung der Aufhebung des Vergabeverfahrens, hilfsweise die Feststellung, dass die Aufhebung rechtmäßig und sie in ihren Rechten verletzt ist. Nachdem die Vergabekammer den Antrag zurückgewiesen hatte, legte die Antragstellerin sofortige Beschwerde beim OLG Karlsruhe ein.

Das OLG Karlsruhe hielt den Antrag, die Aufhebung aufzuheben, für unbegründet. Nach Auffassung des Gerichts sei die Aufhebung des Vergabeverfahrens nach § 17 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A berechtigt gewesen, da es an einer konkreten, eindeutigen und erschöpfenden Beschreibung der nachgefragten Lei-

stung fehle und ohne die Aufhebung dem Grundsatz eines gesunden und transparenten Wettbewerbs nicht mehr Genüge geleistet werden könne. Aus dem gleichen Grund wollte das Gericht auch den Feststellungsantrag zurückweisen. Damit hätte es sich aber in Widerspruch zur Rechtsprechung des OLG Düsseldorf gesetzt. Dieses hatte entschieden, dass eine Aufhebung einer Ausschreibung die Rechte eines Bieters aus § 97 Abs. 7 GWB verletzen kann, wenn die vom öffentlichen Auftraggeber vorgebrachten Aufhebungsgründe ihm als Verschulden oder Obliegenheitsverletzung zuzurechnen seien, z. B. weil das Leistungsverzeichnis von dem Bieter nicht zweifelsfrei in dem vom Auftraggeber gemeinten Sinne zu verstehen ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.02.2005, Az.: Ver 72/04). Aus diesem Grund legte das



RA Dr. Christian Kokew.

OLG Karlsruhe dem Bundesgerichtshof (BGH) im Rahmen einer Divergenzvorlage gemäß § 124 Abs. 2 S. 1 GWB die Frage vor, ob ein sonstiger schwer wiegender Grund im Sinne von § 17 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A uneingeschränkt voraussetzt, dass der Auftraggeber diesen Grund nicht selbst verursacht hat.

b) Rechtliche Begründung

Der BGH lehnt die Rechtsauffassung des OLG Karlsruhe ab und sieht unter den geschilderten Umständen keinen Raum für die Annahme eines „schwer wiegenden Grundes“. Er betont, dass es bei der Prüfung eines zur Aufhebung berechtigenden schwer wiegenden Grundes einer Interes-

senabwägung bedarf, für die das Verhältnis des jeweiligen Einzelfalls maßgeblich sei. Dabei seien für das Vorliegen eines schwer wiegenden Grundes strenge Maßstäbe anzulegen. Ein zur Aufhebung der Ausschreibung Anlass gebendes Verhalten der Vergabestelle könne danach schon deshalb nicht ohne weiteres genügen, weil diese es andernfalls in der Hand hätte, nach freier Entscheidung durch Verstöße gegen das Vergaberecht der bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bestehenden Bindung zu entgehen. Das wäre mit dem Sinn und Zweck des Vergabeverfahrens allerdings nicht zu vereinbaren. Aus diesem Grund seien berücksichtigungsfähig allein solche Mängel, die die Durchführung des Verfahrens und die Vergabe des Auftrags selbst ausschließen, wie etwa das Fehlen der Bereitstellung öffentlicher Mittel durch den Haushaltsgesetzgeber.

3. Praxishinweis

Den Vergabestellen sollte fortan bewusst sein, dass ein zur Aufhebung der Ausschreibung Anlass gebendes eigenes Fehlverhalten grundsätzlich nicht mehr als ein schwer wiegender Grund i.S.v. § 17 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A bzw. § 20 EG Abs. 1 lit. d) VOL/A bewertet werden kann. Andernfalls besteht die Gefahr, dass unterlegene Bieter Schadensersatzansprüche mit Erfolg durchsetzen.

Der BGH trifft im Rahmen seiner Entscheidung noch eine weitere praxisrelevante Feststellung, die für öffentliche Auftraggeber und Bieter gleichermaßen von erheblicher Bedeutung sein könnte. Nach bisheriger Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und der Vergabekammern konnte eine Vergabenaufhebungsinstanz den öffentlichen Auftraggeber zur Fortsetzung

des Vergabeverfahrens verpflichten, wenn dieser ein Vergabeverfahren rechtswidrig aufgehoben und an seiner Vergabeabsicht gleichzeitig festgehalten hat (vgl. nur OLG Naumburg, Beschluss v. 13.10.2006, Az.: 1 Ver 7/06).

Der BGH stellt in der zuvor kommentierten Entscheidung fest, dass es der Vergabestelle grundsätzlich unbenommen sei, von einem Beschaffungsvorhaben auch dann Abstand zu nehmen, wenn dafür kein in den Vergabe- und Vertragsordnungen enthaltener Aufhebungsgrund vorliegt. Sofern man berücksichtigt, dass nach dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt die Vergabestelle den Auftrag umgehend erneut vergeben wollte, der BGH die Aufhebung für rechtswidrig erachtete und trotzdem die Aufhebungsentscheidung der Vergabestelle nicht „kassierte“, kann dies nur dahingehend verstanden werden, dass Vergabenaufhebungsinstanzen grundsätzlich nicht mehr befugt sind, eine Fortsetzung des Vergabeverfahrens anzuordnen und damit die durch die Aufhebung benachteiligten Bieter grundsätzlich auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen beschränkt sind.

Der BGH weist zwar darauf hin, dass es von diesem Grundsatz „enge Ausnahmen“ gebe, erläutert aber nicht, unter welchen Voraussetzungen diese Ausnahmestände erfüllt sein sollen. Sollte der BGH damit den Vergabeinstanzen grundsätzlich die Befugnis abgesprochen haben, eine Fortsetzung des Verfahrens anzuordnen, kann dies für öffentliche Auftraggeber im Einzelfall von erheblichem Vorteil sein. Es bleibt mit Spannung abzuwarten, wie die Praxis die entsprechenden Ausführungen des BGH deuten und damit umgehen wird.

RA Dr. Christian Kokew

ÜBER DIE LUTZ | ABEL RECHTSANWALTS GMBH

LUTZ | ABEL ist ein Team spezialisierter und erfahrener Rechtsanwälte mit ausgezeichnetem juristischer Qualifikation, technischem und betriebswirtschaftlichem Verständnis sowie umfangreichen Branchenkenntnissen. In enger Zusammenarbeit mit Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern beraten die Rechtsexperten an der Schnittstelle von

Recht und Wirtschaft, um ihre Mandanten bei deren Vorhaben gewinnbringend zu unterstützen. Die ausgewiesene Expertise deckt alle wesentlichen Bereiche des Wirtschaftsrechts ab:

- Arbeitsrecht, • Bank- und Kapitalmarktrecht, • Gesellschaftsrecht, • Gewerblicher Rechtsschutz, • Öffentliches Wirtschafts-

recht, • Real Estate, • Venture Capital / M&A und • Vergaberecht.

Seit Gründung im Jahr 1994 hat sich die LUTZ | ABEL Rechtsanwalts GmbH (vormals Kaufmann Lutz Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH) als angesehene Wirtschaftskanzlei etabliert. Stetiges Wachstum aus eigener Kraft und die Bearbeitung herausragender

Mandate und Projekte prägen diese Entwicklung. Von Kanzlei-Standorten in München, Hamburg und Stuttgart betreut LUTZ | ABEL Mandanten deutschlandweit. Bei grenzüberschreitenden Mandaten greifen die Anwälte auf die Expertise eines hochkarätigen internationalen Netzwerks an Korrespondenzanwaltskanzleien zurück.

Wer haftet für gelöschte Daten?

Gewerbeinformation der D.A.S. Rechtsschutzversicherung: Sicherheitskopien retten Betriebe!

München – Oft wird „im Eifer des Gefechts“ vergessen, Daten zu sichern. Meist geht alles gut. Aber manchmal eben doch nicht – dann sorgen eine ausgeschüttete Kaffeetasse, ein mitgebrachtes gelangweiltes Kind oder ein technischer Defekt für den Verlust von wichtigen Unternehmensdaten. Schnell stellt sich dabei die Frage der Haftung – und oft ist der Verlust schwer in Geld zu beziffern. Die D.A.S. Rechtsschutzversicherung stellt drei Urteile zum Thema „Datenverlust“ vor.

• **Fall 1: Gelöschte Konstruktionspläne:** Ein Ingenieurbüro, das Industrieanlagen plante, hatte Aufträge an einen externen IT-Dienstleister vergeben. Dieser Freiberufler brachte eines Tages seinen zwölfjährigen Sohn mit zur Arbeit. Das gelangweilte Kind installierte auf dem Firmenrechner ein PC-Spiel – mit schlimmen Folgen: Fast alle auf der Festplatte vorhandenen Daten wurden gelöscht.

Das Ingenieurbüro hatte keine Datensicherung durch Kopien vorgenommen. In erster Instanz wurden dem Ingenieurbüro deswegen 30 Prozent Mitverschulden angelastet. 70 Prozent des Schadens sollten Vater und Sohn bezahlen. Diesen Anteil setzte das Gericht mit rund 350.000 Euro an; insbe-

sondere schlugen dabei die Kosten für die Wiederherstellung der beschädigten Daten zu Buche.

Die zweite Instanz verurteilte die Beklagten nur noch zum Ersatz der Festplatte, da sie in den Wiederherstellungskosten keinen ersatzfähigen Schaden sah.

In dritter Instanz hob der Bundesgerichtshof dieses Urteil jedoch auf. Er führte aus, dass auch die Kosten für die Wiederherstellung der Daten durch eigene Mitarbeiter des Unternehmens erstattungsfähiger Schaden seien. Es sei nicht gerechtfertigt, besondere Anstrengungen zur Schadensbehebung durch den Einsatz eigener Mitarbeiter des Geschädigten dem Schadensverursacher zugutekommen zu lassen.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 9.12.2008, Az. VI ZR 173/07

• **Fall 2: Zerstörte Webseite:** Eine Werbeagentur hatte für einen Firmenkunden eine Webseite erstellt. Sie erhielt auch den Auftrag, diese zu hosten und vergab den Auftrag weiter an ein drittes Unternehmen. Bei diesem kam es dann zu einem Server-Absturz, der auch die Webseite lahmlegte.

Die Wiederherstellung der Webseite scheiterte, da weder die Agentur noch der Hosting-Dienst-

leister Backups der Daten angefertigt hatten. Der Kunde forderte daraufhin Schadenersatz in Höhe der ursprünglichen Erstellungskosten für die Webseite sowie eine Nutzungsausfallentschädigung.

Das Landgericht Duisburg entschied, dass zwischen der Agentur und dem Kunden ein Host-Provider-Vertrag zustande gekommen sei. Es gehöre auch ohne besondere Vereinbarung zu den Pflichten des Host-Providers, für ausreichende Sicherung der Daten durch Backups zu sorgen. Ein mögliches Verschulden ihres Subunternehmers müsse sich die Agentur zurechnen lassen.

Das Gericht setzte allerdings die Schadenssumme von über 5.000 Euro auf rund 1.200 Euro herunter: Es sei ein Abzug „neu für alt“ vorzunehmen. Einem Sachverständigen zufolge habe eine Webseite etwa eine Lebensdauer von acht Jahren, hier sei die Seite bereits sechs Jahre lang unverändert in Betrieb gewesen. Eine Nutzungsausfallentschädigung erkannte das Gericht der Klägerin nicht zu.

Landgericht Duisburg, Urteil vom 25.07.2014, Az. 22 O 102/12

• **Fall 3: Kabel gekappt – Fabrik steht still:** Ein Bauunternehmen führte mit einem Bagger

Ausschachtungsarbeiten durch. Dabei wurde ein Stromkabel der örtlichen Stadtwerke gekappt. Bei einem nahen Autozulieferbetrieb führte der Stromausfall dazu, dass große Pressmaschinen stillstanden. Das Unternehmen konnte sie nicht ohne Weiteres wieder hochfahren, weil ihre Steuersoftware teilweise gelöscht war.

Softwarespezialisten des Unternehmens benötigten 374 Arbeitsstunden, um den Schaden zu beheben – und diese Stunden wollte das Unternehmen vom Bauunternehmer bezahlt haben.

Das Gericht sah in dem Datenverlust durch den Stromausfall eine Eigentumsverletzung im Sinne von § 823 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Auch auf Datenrügern gespeicherte Sachdaten wären vom Eigentumsschutz umfasst. Dies gelte auch dann, wenn die Daten nur neu vom Server heruntergeladen werden müssten.

Inwieweit eine fehlende Absicherung gegen derartige Stromausfälle ein Mitverschulden begründen kann, wurde in diesem Verfahren nicht thematisiert. Der Bauunternehmer musste 16.000 Euro Schadenersatz zahlen.

OLG Oldenburg, Beschluss vom 24.11.2011, Az. 2 U 98/11

www.HATZ-DIESEL.com

DER BESTE HATZ DIESEL ALLER ZEITEN: 4H50TIC

Kompakt, leicht [nur 173 kg], wirtschaftlich, robust und Tier 4 final/Stage IIIB konform ohne DPF: der neue wassergekühlte Hatz Turbodieselmotor mit 2 Liter, 4 Zylinder und 55 kW. Sein konstant niedriger Kraftstoffverbrauch über einen breiten Drehzahl- und Lastbereich setzt Maßstäbe.

Motorenfabrik Hatz · D-94095 Ruhstorf a.d. Rott
Telefon +49 8531 319-0 · marketing@hatz-diesel.de

HATZ DIESEL

CREATING POWER SOLUTIONS.