


Anmerkung zu:	BGH 13. Zivilsenat, Urteil vom 03.06.2020 - XIII ZR 22/19
Autoren:	Dr. Roland M. Stein, LL.M., RA, Dr. Christopher Wolters, RA
Erscheinungsdatum:	30.10.2020
Quelle:	
Normen:	§ 123 GWB, § 106 GWB, § 126 GWB, § 124 GWB, § 311 BGB ... mehr
Fundstelle:	jurisPR-Compl 5/2020 Anm. 4
Herausgeber:	Prof. Dr. Norbert Nolte, RA
Zitiervorschlag:	Stein/Wolters, jurisPR-Compl 5/2020 Anm. 4

Unterlassungsanspruch bei rechtswidrigen Vergabesperren

Orientierungssätze zur Anmerkung

- 1. Ein eingetragener Verein, der sich am Wirtschaftsverkehr beteiligt, genießt bei dieser Tätigkeit den Schutz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.**
- 2. Schließt ein öffentlicher Auftraggeber ein Unternehmen ohne hinreichenden sachlichen Grund generell von der Vergabe von Aufträgen oder der Teilnahme an Vergabeverfahren aus, steht dem ausgeschlossenen Unternehmen gegen die Umsetzung einer solchen rechtswidrigen Vergabesperre ein Unterlassungsanspruch zu.**
- 3. Ein Interessenkonflikt bei einem Organmitglied des öffentlichen Auftraggebers kann eine Vergabesperre nur insoweit rechtfertigen, als der Gefahr eines Einflusses auf ein Vergabeverfahren nicht durch eine sachgerechte Organisation der Vorbereitung und Durchführung betroffener Vergabeverfahren sowie der hierauf bezogenen Entscheidungsprozesse begegnet werden kann.**

A. Problemstellung

Stellt ein öffentlicher Auftraggeber fest, dass bei einem Bieter Ausschlussgründe nach den §§ 123, 124 GWB vorliegen, kann er ihn nicht nur von dem konkreten Vergabeverfahren ausschließen. Mittels einer sog. Vergabesperre ist ihm zusätzlich möglich, den betroffenen Bieter für einen bestimmten Zeitraum von sämtlichen seiner Vergabeverfahren auszuschließen. Bislang war aber nicht abschließend geklärt, ob ein Wirtschaftsteilnehmer auch außerhalb eines konkreten Vergabeverfahrens die Rechtmäßigkeit einer Vergabesperre gerichtlich überprüfen lassen kann. Hierzu erfolgte nun eine wegweisende Entscheidung des 13. Zivilsenats des BGH.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger ist ein eingetragener Verein, der – aufgeteilt auf verschiedene Fachbereiche – wissenschaftliche Studien zu den Themen Nachhaltigkeit, Umwelt- und Klimaschutz erstellt. Die Senatsverwaltung für Umwelt, Verkehr und Klimaschutz (SenUVK) des Landes Berlin (Beklagte) vergibt regelmäßig Aufträge für wissenschaftliche Forschungsvorhaben und Gutachten auf diesen Gebie-

ten. Mehrfach wurde in diesem Kontext auch der Kläger für die Beklagte tätig, wobei die Auftragswerte der einzelnen Aufträge allesamt unterhalb der Schwellenwerte nach § 106 GWB lagen.

Der Ehemann der Senatorin der SenUVK ist bei dem Kläger als Forschungskordinator tätig. Er war in dieser Funktion seit über mindestens acht Jahren nicht mehr persönlich in beratender Funktion für die Beklagte tätig und verfügt weder über ein Direktionsrecht noch trägt er Personalverantwortung. Die Senatorin ist persönlich nur in einen Teil der den Kläger betreffenden Vergabeverfahren involviert, nämlich in jene mit einem Auftragswert von über 10.000 Euro.

Mit E-Mail vom 20.01.2017 teilte einer der Staatssekretäre der Senatorin den Abteilungsleitern und Staatssekretären der SenUVK mit, dass infolge des Interessenkonfliktes der Senatorin eine Vergabe von Aufträgen an den Kläger ausgeschlossen werde. Beim Ausschluss sei auf die fehlende Eignung zu verweisen.

Der Kläger machte vor dem LG Berlin geltend, dass der automatische Ausschluss von künftigen Vergabeverfahren der Beklagten rechtswidrig sei und er aufgrund der verlorenen Auftragswerte erhebliche Umsatzeinbußen erleide. Er verlangte daher sowohl die Aufhebung der Vergabesperre als auch eine ausdrückliche Anweisung an die Abteilungsleiter der SenUVK zur Gleichbehandlung des Klägers mit Mitbewerbern bei künftigen Vergabeverfahren. Das LG Berlin kam dem klägerischen Begehren nach und verurteilte die Beklagte antragsgemäß. Auf die Berufung der Beklagten hin hatte das Kammergericht das Urteil des Landgerichts abgeändert und die Klage als zulässig, aber unbegründet abgewiesen (vgl. hierzu Stein/Wolf, jurisPR-Compl 2/2020 Anm. 6).

Der BGH hat nun auf Revision des Klägers das Urteil des Kammergerichts aufgehoben und die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Die Klage sei zulässig und begründet. Der BGH bestätigt dem Kläger einen Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB infolge eines wiederholt bevorstehenden widerrechtlichen Eingriffes in dessen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Der Senat legt den Antrag des Klägers als Geltendmachung eines Unterlassungsanspruches aus. Der Anspruch sei auf das Unterlassen zukünftiger Ausschlüsse auf Basis der Vergabesperre gerichtet und somit auf die Rücknahme der die Vergabesperre begründenden Weisung. Der BGH bekräftigt die Feststellung des Kammergerichts, dass der Kläger als am Wirtschaftsverkehr Beteiligter auch als e.V. Träger des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist und prüft in der Folge die Voraussetzungen eines rechtswidrigen Eingriffes.

Der Senat stellt - ausdrücklich abweichend vom Urteil der Vorinstanz - fest, dass die für die Anwendbarkeit des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als Auffangrechtsgrundlage erforderliche Rechtsschutzlücke vorliegt. Zum einen verwehre das Gesetz einen Schutz in diesem Falle nicht explizit, zum anderen sei der Sachverhalt auch nicht bereits durch spezielle Normen geregelt. Die einschlägigen Normen des Vergaberechts gewährten keinen abschließenden Schutz des potentiellen Bieters gegenüber einer Vergabesperre. Insbesondere sieht der BGH in dem Fehlen konkreter Regelungen zum Vorgehen gegen eine verhängte Vergabesperre nicht den gesetzgeberischen Willen, ein solches Vorgehen außerhalb eines konkreten Vergabeverfahrens auszuschließen. Die Möglichkeit des Nachprüfungsverfahrens im Rahmen einzelner Vergabeverfahren bleibe vom Rechtsschutzniveau in verschiedenen Punkten hinter der Effektivität eines direkten Vorgehens gegen die abstrakte Vergabesperre zurück: Zum einen ließe selbst ein erfolgreiches Nachprüfungsverfahren im konkreten Einzelfall die rechtswidrige Vergabesperre für künftige Verfahren unberührt. Zum anderen sei eine Vergabesperre nicht nur wirtschaftlich nachteilig, sondern stelle zusätzlich einen geschäftsschädigenden Makel in der Außenwirkung für das Unternehmen dar. Überdies sei der potentielle Bieter insbesondere dann völlig rechtsschutzlos gestellt, wenn er aufgrund der Vergabesperre zu einem Vergabeverfahren ohne öffentliche Ausschreibung

oder Teilnahmewettbewerb nicht eingeladen wird. Denn in diesem Fall könne er mangels Kenntnisnahme nicht gegen seine Nichtberücksichtigung vorgehen. Insgesamt geböte der Anspruch auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes daher die Möglichkeit, sich gegen Vergabesperren auch außerhalb eines konkreten Vergabeverfahrens zur Wehr setzen zu können.

Eher kurz bejaht der BGH das Vorliegen eines Eingriffes in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Trotz des Charakters der Vergabesperre als interne Dienstanweisung greife deren Umsetzung durch die Behörde unmittelbar in die Geschäftstätigkeit des Klägers ein. Hierdurch würde nämlich jedwede Geschäftstätigkeit mit der Senatsverwaltung verhindert. Auch an der Wiederholungsgefahr bestehen laut BGH angesichts der seit Erlass der Vergabesperre bereits vielfach erfolgten Nichtberücksichtigung des Klägers keine Zweifel.

Der BGH bestätigt das Kammergericht in seiner Auffassung der Vergaberechtswidrigkeit der Vergabesperre im konkreten Fall. Die Rechtmäßigkeit der Vergabesperre sei an den Regelungen für fakultative Ausschlussgründe gemäß § 124 GWB zu messen. Neben den inhaltlichen Voraussetzungen für einen Ausschluss gelte dabei auch die maximale Ausschlussfrist gemäß § 126 GWB für die zulässige Dauer einer Vergabesperre.

In Bezug auf den konkreten Fall eines Interessenkonfliktes nach § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB i.V.m. § 42 Abs. 1 VgV sei eine Vergabesperre nur dann zu rechtfertigen, wenn unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit keine andere Möglichkeit bestünde, den Interessenkonflikt wirksam zu beseitigen. Im zugrunde liegenden Fall wäre dies laut BGH durch eine sachgerechte Organisation der Vorbereitung und Durchführung der betroffenen Vergabeverfahren sowie der relevanten Entscheidungsprozesse grundsätzlich möglich gewesen. Selbiges gelte angesichts der gleichlaufenden Regelungen der § 31 Abs. 1 i.V.m. § 4 UVgO auch für den Unterschwellenbereich.

C. Kontext der Entscheidung

Der BGH beendet mit seiner Entscheidung einen insbesondere im letzten Jahrzehnt intensiv geführten Streit über die Zulässigkeit des Primärrechtsschutzes gegenüber Vergabesperren (vgl. etwa: KG, Urt. v. 17.01.2011 - 2 U 4/06 Kart - NZBau 2012, 56; KG, Urt. v. 08.12.2011 - 2 U 11/11 Kart; LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 29.04.2016 - 4 HK O 1154/16; OLG Köln, Beschl. v. 17.04.2013 - I-11 W 20/13 - NZBau 2013, 600).

Der BGH stellt sich in drei relevanten Gesichtspunkten gegen die vorinstanzliche Entscheidung und spricht dem Kläger einen quasinegatorischen Unterlassungsanspruch gemäß § 1004 BGB analog i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB und dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu.

Der BGH widerspricht dem Kammergericht hinsichtlich des Bestehens einer für die Anwendbarkeit des Auffangtatbestands zwingend erforderlichen Rechtsschutzlücke. Damit schließt er sich den Stimmen an, die potentielle Nachprüfungsverfahren nicht als adäquaten und abschließenden Rechtsschutz gegenüber einer rechtswidrigen Vergabesperre erachten (vgl. u.a. Stein/Wolf, juris-PR-Compl 2/2020 Anm. 6).

In Bezug auf die erforderliche Einordnung der Vergabesperre als rechtlich relevante Eingriffshandlung hatte das Kammergericht ein direktes Vorgehen gegen die Vergabesperre zunächst verneint. Nicht diese selbst, sondern erst die daraus folgenden zivilrechtlichen Umsetzungen würden rechtliche Außenwirkung entfalten und somit Gegenstand eines Unterlassungsanspruches sein können. Diesbezüglich argumentiert der BGH jedoch, dass ein Unterlassungsanspruch gegen künftige Ausschlüsse auf Basis der Vergabesperre eine Rücknahme eben dieser Vergabesperre zwangsläufig voraussetze.

Weiterhin hatte das Kammergericht mangels der erforderlichen Betriebsbezogenheit des Eingriffs das Vorliegen eines Eingriffs in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verneint. In einer ausführlichen Abwägung sprach es der internen Anweisung die Eingriffsqualität ab, da im konkreten Fall lediglich eine Erwerbs- oder Gewinnaussicht des Klägers betroffen sei, nicht aber der Betrieb als „Sach- und Rechtsgesamtheit“. Der BGH widerspricht, beschränkt sich aber vergleichsweise knapp auf die schlichte Feststellung eines unmittelbaren Eingriffs in die Geschäftstätigkeit des Klägers durch die Umsetzung der Vergabesperre. Das verwundert insofern, als im Rahmen dieser Anspruchsvoraussetzung generell eine genaue Prüfung der Betriebsbezogenheit erforderlich ist (Wagner in: MünchKomm BGB, § 823 Rn. 323). Sowohl die Formulierung im Urteil als auch jene der gerichtlichen Leitsätze weisen indes darauf hin, dass der BGH dieses Kriterium im Falle einer rechtswidrigen Vergabesperre immer und ohne zusätzliche Erfordernisse als erfüllt betrachtet und einen Unterlassungsanspruch gewährt (Summa in: jurisPK-Vergaberecht, § 124 GWB Rn. 13.3).

Bezüglich der weiterhin erforderlichen Voraussetzungen des Unterlassungsanspruches, namentlich des Vorliegens eines Gewerbebetriebs, des erforderlichen Kausalzusammenhangs, der Rechtswidrigkeit des Eingriffs, der Wiederholungsgefahr sowie der Verantwortlichkeit der Beklagten bestanden wie bereits in der Vorinstanz auch beim BGH keine Zweifel.

Nicht weiter in Betracht zieht der BGH die übrigen vom Kammergericht verworfenen oder in der Literatur oder früheren Urteilen in Betracht gezogenen Anspruchsgrundlagen (vgl. etwa Opitz in: Beck, VergabeR, 3. Aufl. 2017, § 126 GWB Rn. 20 oder KG Berlin, Ur. v. 08.12.2011 - 2 U 11/11 Kart Rn. 16 ff.). Insbesondere potentielle Ansprüche aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 BGB, jene nach den §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit vergaberechtlichen Vorschriften als relevante Schutzgesetze oder § 826 BGB thematisiert der Senat nicht weitergehend. Ob auch aus diesen Normen im Einzelfall ein Anspruch bestehen kann, bleibt somit vorerst offen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Wirtschaftsteilnehmer dürfte zunächst erfreuen, dass das Urteil des BGH weitestgehend Klarheit bezüglich der potentiellen Rechtsschutzmöglichkeiten schafft. Von nun an muss sich ein betroffenes Unternehmen nicht mehr auf die Möglichkeit des Nachprüfungsverfahrens im konkreten Vergabeverfahren verweisen lassen. Es kann unmittelbar gegen die Vergabesperre selbst vorgehen. Die Formulierung des Urteils und insbesondere der gerichtlichen Leitsätze stellen sicher, dass einzig die Rechtswidrigkeit der Vergabesperre als Voraussetzung des Unterlassungsanspruches erforderlich ist.

Bieter werden dennoch darauf achten müssen, dass auch ein rechtskräftiges Urteil über die Rechtmäßigkeit einer Vergabesperre die Entscheidung der Vergabestelle über den Ausschluss des Bieters im konkreten Einzelfall nur bedingt präjudiziert. Das Urteil des BGH lässt nämlich nicht darauf schließen, dass eine rechtmäßige Vergabesperre die Vergabestelle von nun an von der sorgfältigen Prüfung des Ausschlusses im konkreten Vergabeverfahren entbindet (so auch: Haupt in: Handbuch Vergaberecht, § 29 Rn. 111). Umgekehrt können auch Faktoren, die eine pauschale Vergabesperre nicht rechtfertigen, im konkreten Vergabeverfahren dennoch zum rechtmäßigen Ausschluss des Wirtschaftsteilnehmers herangezogen werden.

Interessant wird zu beobachten sein, wie die Gerichte künftig Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes begegnen werden. Frühere Urteile deuteten darauf hin, dass Eilrechtsschutz nur im Falle von konkret bevorstehenden Vergabeverfahren zu erlangen sei (vgl. etwa OLG Köln, Beschl. v. 17.04.2013 - I-11 W 20/13 - NZBau 2013, 600). Wenn nun aber der BGH feststellt, dass eine rechtswidrige Vergabesperre einen Wirtschaftsteilnehmer auch außerhalb von konkreten Verga-

beverfahren kontinuierlich in seinen Rechten verletzt, sprechen gute Argumente dafür, dass der erforderliche Anspruchsgrund auch unabhängig von einem solchen Verfahren besteht.

Vergabestellen werden das Instrument der Vergabesperre infolge des Urteils künftig sorgfältiger einsetzen müssen und sind gezwungen, ihre diesbezügliche Entscheidung ausführlicher zu begründen. Sicherlich werden öffentliche Auftraggeber in Zukunft wohl mit einem erheblich erhöhten Prozessrisiko rechnen müssen.

Mittelfristig ist davon auszugehen, dass die bevorstehende Einführung des Wettbewerbsregisters die Relevanz dieser Problematik substantiell verringern können wird. In Kombination mit dem jetzt erfolgten Urteil scheint damit auch ohne weiter gehende gesetzliche Regelungen ein adäquates Maß an Rechtssicherheit gewährleistet.

© juris GmbH