


Anmerkung zu:	KG Berlin 9. Zivilsenat, Urteil vom 28.06.2019 - 9 U 55/18
Autoren:	Dr. Roland M. Stein, LL.M., RA, Dr. Florian Wolf, RA
Erscheinungsdatum:	24.04.2020
Quelle:	
Normen:	§ 6 VgV 2016, § 123 GWB, § 124 GWB, § 106 GWB, § 13 GVG ... mehr
Fundstelle:	jurisPR-Compl 2/2020 Anm. 6
Herausgeber:	Prof. Dr. Norbert Nolte, RA
Zitiervorschlag:	Stein/Wolf, jurisPR-Compl 2/2020 Anm. 6

Kein Rechtsschutz gegen Vergabesperrn außerhalb eines konkreten Vergabeverfahrens

Leitsätze

- 1. Ein genereller Ausschluss von Bietern aus einem Vergabeverfahren oder seine generelle Nichtbeteiligung an ebensolchen ohne Einzelfallprüfung ("Vergabesperre") wegen Annahme von Interessenkonflikten i.S.d. § 6 VgV ist durchgehend vergaberechtswidrig, und zwar nicht nur, soweit es überschwellige Vergabeverfahren im Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB betrifft, sondern auch für die Vergabeverfahren mit niedrigeren Auftragswerten.**
- 2. Im unterschwelligen Bereich kann der ohne Einzelfallprüfung auf eine Vergabesperre gestützte und deswegen vergaberechtswidrige Ausschluss oder die Nichtbeteiligung Gegenstand von vertragsrechtlichen und deliktsrechtlichen Abwehrensprüchen sein, die aber jeweils die Anhängigkeit eines konkreten Vergabeverfahrens voraussetzen.**
- 3. Außerhalb eines anhängigen Vergabeverfahrens dagegen bestehen solche Abwehrensprüche gegen die Vergabesperre nicht.**

A. Problemstellung

In der Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe schließen Vergabestellen Bieter beim Vorliegen von Ausschlussgründen nach den §§ 123, 124 GWB mitunter nicht nur von einzelnen Vergabeverfahren aus, sondern erlassen auch eine Vergabesperre. Damit erklärt der öffentliche Auftraggeber, für eine bestimmte Dauer keine Verträge mehr mit dem betroffenen Unternehmen abschließen zu wollen. Ein Bieter ist dann generell für einen bestimmten Zeitraum von der Teilnahme an sämtlichen Vergabeverfahren dieses Auftraggebers ausgeschlossen. Nicht abschließend geklärt ist, ob und in welchem Ausmaß Rechtsschutz gegen Vergabesperrn außerhalb eines konkreten Vergabeverfahrens möglich ist.

Der 9. Senat des Berliner Kammergerichts entschied, dass ein dahingehender Rechtsschutz nicht besteht. Mit dieser Frage hatte sich der 9. Senat des Berliner Kammergerichts in der vorliegenden Entscheidung zu befassen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger ist ein Verein, der auf dem Gebiet der nachhaltigen Zukunft forscht und berät. In dieser Funktion beriet er das Land Berlin (den Beklagten) aufgrund mehrerer öffentlicher Aufträge der Senatsverwaltung für Umwelt, Verkehr und Klimaschutz (SenUVK). Die Auftragswerte lagen dabei unterhalb der Schwellenwerte nach § 106 GWB.

Die Senatorin der SenUVK ist mit einem Mitarbeiter des Klägers verheiratet. Nicht sämtliche Vergabeverfahren der SenUVK werden von ihr selbst geführt, insbesondere ist sie nicht an Verfahren beteiligt, deren Auftragswert unter 10.000 Euro liegt. Der beim Kläger beschäftigte Ehemann verfügt „weder über ein Direktionsrecht oder gar eine Personalverantwortung“ und soll auch nicht in beratender Funktion für den Beklagten tätig werden.

Im Jahr 2017 „informierte“ ein Staatssekretär der SenUVK die Abteilungsleiter und übrigen Staatssekretäre dieser Senatsverwaltung, dass „eine Beauftragung des Klägers zur Vermeidung eines Interessenkonflikts nicht mehr möglich sei“. Angebote des Klägers seien als „ungeeignet“ auszuschließen.

Der Kläger trägt vor, dass ihm bei Nichtberücksichtigung in zukünftigen Vergabeverfahren erhebliche Auftragswerte verloren gingen. Neben der Aufhebung der verhängten Vergabesperre begehrt der Kläger daher eine Anweisung an die Abteilungsleiter der SenUVK, den Kläger bei künftigen Auftragsvergaben wie jeden anderen Bieter zu berücksichtigen. Das LG Berlin kam dem Begehren des Klägers nach und verurteilte den Beklagten antragsgemäß.

Auf die Berufung des Beklagten hin hat das Kammergericht das Urteil des Landgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen.

Die Klage sei zulässig, jedoch unbegründet. Zur Zulässigkeit stellt das Kammergericht fest, dass der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten nach § 13 VVG eröffnet sei, weil es sich bei der „Information“ des Staatssekretärs der SenUVK mangels unmittelbarer Rechtswirkung nach außen nicht um einen Verwaltungsakt i.S.v. § 35 VwVfG handle und sich der Kläger auch primär gegen ihre zivilrechtlichen Auswirkungen wende. Ferner habe der Kläger ein Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung der durch die Information begründeten Wirkungen. Sie entfalte nämlich „rechtliche Wirkungen, die für den Kläger von wirtschaftlicher Bedeutung sind“. Diese äußerten sich insbesondere in fehlenden Einladungen zur Abgabe von Angeboten, wodurch es dem Kläger verwehrt bliebe, sich über die Möglichkeit eines Angebots zu informieren. Weiterhin komme das spezielle Vergabenachprüfungsverfahren (§§ 160 ff. GWB) nur im Rahmen konkreter Vergabeverfahren zur Anwendung, woran es hier aber fehle.

Das KG hat die Klage jedoch als unbegründet zurückgewiesen. Zunächst stellt das Gericht fest, dass die Vergabesperre zwar vergaberechtswidrig sei, weil bei einem möglichen Interessenkonflikt immer im Einzelfall geprüft werden müsse, ob sich dieser auf das jeweilige Vergabeverfahren auswirke. Eine pauschale Vergabesperre ohne Einzelfallprüfung komme daher nicht in Betracht.

Dem Kläger stehe aber zum jetzigen Zeitpunkt, in dem der Kläger an keinem Vergabeverfahren der SenUVK beteiligt sei, kein Abwehranspruch zu. Das Kammergericht führt dazu zunächst allgemein aus, dass Unternehmen Rechtsschutz gegen Verstöße gegen vergaberechtliche Vorschriften nur im Rahmen eines konkreten Vergabeverfahrens suchen könnten. Ein zeitlich vorgelagerter, präventiver Rechtsschutz sei nicht vorgesehen. Das gelte in jedem Fall für Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte. In diesem Bereich könne ein Unternehmen auch nur Rechtsschutz

vor den Vergabekammern suchen. Für ein weiteres Vorgehen gegen eine Vergabesperre vor den Zivilgerichten fehle dann das Rechtsschutzbedürfnis. Aber auch unterhalb der Schwellenwerte komme Rechtsschutz vor den Zivilgerichten nur im Rahmen eines konkreten Vergabeverfahrens in Betracht. Präventiver Vergaberechtsschutz sei auch in diesem Bereich nicht vorgesehen.

Auf Grundlage dieses grundsätzlichen Befunds lehnt das Kammergericht sodann verschiedene denkbare Anspruchsgrundlagen für einen Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte ohne Bezug zu einem konkreten Vergabeverfahren ab. Das gilt neben vertraglichen Ansprüchen insbesondere für deliktische Anspruchsgrundlagen. Das Kammergericht prüft insofern Ansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB aufgrund eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sowie verschiedene denkbare Ansprüche wegen eines Verstoßes gegen ein Schutzgesetz nach § 823 Abs. 2 BGB. Sämtliche der in Betracht kommenden Ansprüche greifen nach Auffassung des Kammergerichts nicht durch.

Im Ergebnis stellt das Kammergericht damit fest, dass die Vergabesperre zwar offensichtlich rechtswidrig sei, der Kläger aber keinen allgemeinen Rechtsschutz vor den Zivilgerichten dagegen suchen können. Vielmehr müsse er sich an einem konkreten Vergabeverfahren beteiligen und dort seine Rechte geltend machen.

C. Kontext der Entscheidung

Das Kammergericht schließt sich mit seiner Entscheidung, der Zivilrechtsweg sei in einem Fall wie dem hiesigen eröffnet, der ganz überwiegenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung an (vgl. nur LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 29.04.2016 - 4 HK O 1154/16 - NZBau 2016, 717, 719; LG Köln, Beschl. v. 28.02.2013 - 17 O 74/13 Rn. 7; KG, Urt. v. 17.01.2011 - 2 U 4/06 Kart Rn. 97).

In der Begründetheit zeichnet sich das Urteil dadurch aus, dass das Gericht mögliche Abwehransprüche – entgegen Stimmen in der Literatur, aber auch im Gegensatz zu einer Entscheidung eines anderen Senats am Kammergericht (KG, Urt. v. 19.01.2015 - 2 W 5/14) – rigoros ablehnt. Der 9. Senat kommt zu dem Ergebnis, dass Rechtsschutz gegen eine Vergabesperre nicht losgelöst von einem bestimmten Vergabeverfahren möglich sei, weil zuvor kein Abwehranspruch bestehe. Ein betroffenes Unternehmen müsse im Bereich der Oberschwellenvergabe (§§ 97 ff. GWB) erst den Beginn eines Vergabeverfahrens abwarten und dann Rechtsschutz vor den Nachprüfungsinstanzen suchen. Die ordentlichen Gerichte seien dann nicht mehr zuständig, da neben dem Nachprüfungsverfahren kein Rechtsschutzbedürfnis für ein Verfahren vor den Zivilgerichten bestünde.

Diese Auffassung führt aber zu einer Rechtsschutzlücke. Die Vergabekammern werden nur über den konkreten Ausschluss des Unternehmens von dem einzelnen Vergabeverfahren entscheiden, nicht aber über die gesamte Vergabesperre, d.h. den angekündigten Ausschluss auch von anderen, zukünftigen Vergabeverfahren. Ein von einer Vergabesperre betroffenes Unternehmen könnte die Vergabesperre also auch vor den Vergabenachprüfungsinstanzen nicht aus der Welt schaffen und bliebe somit über das konkrete Verfahren hinaus rechtsschutzlos.

Ferner könnten Unternehmen, gegen die eine – im hiesigen Fall offensichtlich – rechtswidrige Vergabesperre verhängt worden ist, nach der Entscheidung des Kammergerichts nichts gegen die Sperre unternehmen, wenn während der Dauer der Vergabesperre keine für dieses Unternehmen relevanten Vergabeverfahren mehr durchgeführt werden. Auch wenn sich die Vergabesperre dann nicht auf die Teilnahme des Unternehmens am Wettbewerb auswirken würde, bliebe der von der öffentlichen Hand rechtswidrig geschaffene Makel einer Vergabesperre in diesem Fall nicht justiziabel. Das mag bei einer Vergabesperre aufgrund angeblicher Interessenkonflikte noch hinnehmbar sein. Wird die Vergabesperre aber etwa ungerechtfertigt mit schwerwiegenden Mängeln bei einer Vertragsdurchführung begründet, kann sich das unmittelbar negativ auf die Reputation des Unternehmens auswirken, ohne dass diese Auswirkungen auf dem Rechtsweg aus

der Welt geschafft werden können. Noch geringer wären die Möglichkeiten von Unternehmen, die lediglich an Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte (z.B. nach der UVgO) teilnehmen. Denn dort ist der Rechtsschutz stets eingeschränkter als oberhalb der Schwellenwerte.

Der Rechtsstreit ist nun vor dem XIII. Zivilsenat des BGH anhängig (XIII ZR 22/19). Es ist begrüßenswert, dass der BGH in der Revision die Gelegenheit haben wird, Klarheit hinsichtlich des möglichen Rechtsschutzes gegen Vergabesperren zu schaffen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften oder erhebliche Schlechtleistungen bei der Durchführung öffentlicher Aufträge können dazu führen, dass öffentliche Auftraggeber Vergabesperren gegen das betroffene Unternehmen aussprechen. Das hat zu erheblichen Auswirkungen auf zukünftige Vergabeverfahren, an denen der Auftraggeber das Unternehmen nicht beteiligt wird. Zum anderen zeigt der vorliegende Fall des Berliner Kammergerichts, dass eine Vergabesperre und die mit ihr verbundenen Reputationsschäden selbst dann schwer aus der Welt zu schaffen sein können, wenn die Sperre offensichtlich rechtswidrig ist. Das Kammergericht verweist die betroffenen Unternehmen oberhalb der Schwellenwerte zwar an die im Falle eines konkreten Vergabeverfahrens zuständigen Vergabekammern, diese werden aber über eine Vergabesperre nicht in Gänze entscheiden. Stattdessen wird immer nur der Ausschluss des Unternehmens von dem einzelnen Vergabeverfahren beurteilt werden. Unterhalb der Schwellenwerte sind die Bieter nach dieser Rechtsprechung ebenfalls weitgehend schutzlos, weil auch dort die Zivilgerichte nach der Systematik des Kammergerichts nur über den einzelnen Ausschluss von einem Vergabeverfahren entscheiden könnten, aber nie über die Vergabesperre als Ganzes.

Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die ordentlichen Gerichte außerhalb Berlins betroffenen Unternehmen durchaus die Möglichkeit eröffnen, jedenfalls im Falle eines konkret laufenden oder bevorstehenden Vergabeverfahrens Rechtsschutz gegen eine Vergabesperre zu suchen (vgl. etwa LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 29.04.2016 - 4 HK O 1154/16 - NZBau 2016, 717, Klage dort aus anderen Gründen abgewiesen). Die Entscheidung des Kammergerichts zeigt in Bezug auf die Vergabesperre wegen eines angeblichen Interessenkonflikts nämlich eindrücklich, dass Vergabesperren auch offensichtlich rechtswidrig verhängt werden. In einem solchen Fall sollten betroffene Unternehmen im Gerichtsbezirk eines anderen Oberlandesgerichts weiter prüfen, ob ein gerichtliches Vorgehen gegen eine Vergabesperre zweckmäßig ist.