

## Newsletter 04/2022

### Thema: Aufhebung der Ausschreibung, Schadensersatz des Bieters? / Baurecht

#### 1. Einleitung

Ein Vergabeverfahren kann entweder durch Zuschlag oder durch Aufhebung beendet werden. Eine Aufhebung einer Ausschreibung ist immer möglich. Eine Pflicht zum Zuschlag besteht nicht.<sup>1</sup>

Es gibt also keinen „Kontrahierungszwang“, d.h. keinen Zwang des Auftraggebers, einen Vertrag zu schließen.

Fraglich ist, welche Folgen eine Aufhebung der Ausschreibung für den Auftraggeber hat, d.h. ob dies ohne Schadensersatzansprüche des Bieters erfolgen kann.

#### 2. Pflicht zur Aufhebung einer Vergabe

Eine Aufhebung der Ausschreibung steht grundsätzlich im Ermessen des Auftraggebers. Entscheidet sich der Auftraggeber für die Aufhebung, muss er die relevanten Gründe und Erwägungen sorgfältig und vollständig dokumentieren.

Allerdings kann der Auftraggeber auch zur Aufhebung verpflichtet sein (Ermessensreduzierung auf Null). Dies gilt dann, wenn die Weiterführung des Vergabeverfahrens bzgl. der Zuschlagserteilung einen schweren Verstoß gegen Vergabebestimmungen darstellen würde.

#### 3. Rechtsschutz

Die Einordnung eines Vergabeverfahrens in ein **nationales Verfahren** oder aber ein **europaweites Verfahren**, ist entscheidend für die Möglichkeiten des Rechtsschutzes des Bieters.

Die Einordnung, ob eine nationale oder europaweite Ausschreibung erfolgen soll, ist grundsätzlich abhängig von Schwellenwerten.

Diese Schwellenwerte der EU werden alle zwei Jahre angepasst. Maßgeblich ist dabei das Auftragsvolumen.

Ab 01.01.2020 galt ein Schwellenwert von 5.350.000,00 € netto für Bauverträge.

Ab 01.01.2022 gilt ein Schwellenwert von 5.382.000,00 € netto für Bauverträge.

Man unterscheidet beim Rechtsschutz zwei Möglichkeiten einer rechtlichen Vorgehensweise des Bieters:

#### Primärrechtsschutz

Der Primärrechtsschutz dient dem Zweck, einem an einem Auftrag interessierten Bieter die

---

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 05.11.2002 - Az: X ZR 232/00; BGH, Beschluss vom 18.02.2003 – X ZB 43/02

Möglichkeit zu geben, mit Hilfe eines Gerichts oder einer anderen (gerichtsähnlichen) Institution direkten Einfluss auf das Vergabeverfahren zu nehmen. Auf diesem Weg kann der Auftraggeber gezwungen werden, etwas zu tun oder zu unterlassen, bevor der Auftrag wirksam vergeben wird (Zuschlag an Konkurrent).

## **Sekundärrechtsschutz**

Ziel des Sekundärrechtsschutzes ist nicht die Einflussnahme auf das Vergabeverfahren, sondern der Ausgleich geldwerter Nachteile, die einem Bieter durch ein vergaberechtswidriges Tun oder Unterlassen des öffentlichen Auftraggebers in einem abgeschlossenen Vergabeverfahren entstanden sind.

Einen Primärrechtsschutz gibt es grundsätzlich im unterschweligen Bereich unterhalb der genannten Schwellenwerte nicht. Lediglich in einigen Bundesländern wie Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen gibt es auch für Unterschwellenvergaben einen vergabespezifischen Primärrechtsschutz.

Den Sekundärrechtsschutz auf Schadensersatz gibt es sowohl in unterschweligen Verfahren als auch oberhalb der Schwellenwerte.

## **4. Aufhebungsgründe**

Wie bereits eingangs erwähnt ist der Auftraggeber nicht gezwungen (Regelfall) den Auftrag an den Bieter zu erteilen. Meist kann er aufheben, nur in seltenen Fällen muss er auch aufheben.

Unter der **Aufhebung der Ausschreibung** versteht man die **kollektive Zurückweisung** aller eingereichten Angebote durch den Auftraggeber. Sie führt zur Beendigung des Vergabeverfahrens und bewirkt, dass die Bieter nicht mehr an ihre Angebote gebunden sind.

Die Aufhebungserklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne von § 130 Abs. 1 BGB. Als solche wird die Aufhebungsentscheidung des öffentlichen Auftraggebers nach außen hin in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie dem betreffenden Bieter bekannt gegeben wird.

Die Ausschreibung kann erforderlichenfalls sowohl vor dem Eröffnungstermin als auch in der Phase der Zuschlags- und Bindefrist aufgehoben werden. Grundsätzlich ist eine Aufhebung möglich bis zum Zuschlag.

Die Aufhebungsgründe sind in der VOB/A limitiert.

Es ist eine entscheidende Frage, ob ein derartiger Aufhebungsgrund tatsächlich besteht oder nicht. Die Gründe sind in § 17 Abs. 1 VOB/A bzw. § 17 EU Abs. 1 VOB/A niedergelegt.

Ist die Aufhebung von einem derartigen Grund gedeckt, dann spricht man von einer rechtmäßigen Aufhebung, ansonsten von einer rechtswidrigen Aufhebung.

Rechtmäßige Aufhebungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie sich auf einen normativ bestimmten Aufhebungsgrund berufen können.

Bei unterschwelligen Vergaben wären dies beispielsweise:

- kein Angebot entspricht den Ausschreibungsbedingungen, § 17 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A
- Erfordernis der grundlegenden Änderung der Vergabeunterlagen, § 17 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A
- andere schwerwiegende Gründe, § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A

Nach Auffassung des BGH dürfen Aufhebungsgründe erst **nach** Beginn der Ausschreibung aufgetreten bzw. dem Auftraggeber vorher zumindest nicht bekannt gewesen und auch nicht von ihm schuldhaft herbeigeführt worden sein.

## 5. Schadensersatz des Bieters

Die Frage des Schadensersatzes hängt davon ab, ob es eine **rechtmäßige Aufhebung** oder eine **rechtswidrige Aufhebung** war.

### Fall 1: Rechtmäßige Aufhebung

Falls eine rechtmäßige Aufhebung vorliegt, ist dies sanktionslos und der Bieter hat keine Ansprüche gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber.

### Fall 2: Rechtswidrige Aufhebung

Im Falle einer rechtswidrigen Aufhebung können Schadensersatzansprüche bestehen. Es gibt dabei zwei Formen:

Man unterscheidet zwischen dem sogenannten „negativem Interesse“ und dem „positiven Interesse“.

#### Negatives Interesse

Ein Bieter kann Schadensersatzansprüche in Höhe seiner nutzlosen Aufwendungen geltend machen, d.h. bspw. die Kosten für die Unterlagenbeschaffung und den Personaleinsatz im Rahmen der Bewerbung.

#### Positives Interesse

Ein Bieter kann Schadensersatzansprüche in Höhe des entgangenen Gewinns geltend machen, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

- a)  
Die Ausschreibung wurde aufgehoben, ohne Aufhebungsgrund im Sinne von § 17 VOB/A
- b)  
Der Bieter hätte den Zuschlag erhalten müssen, wenn die Ausschreibung nicht aufgehoben worden wäre (sein Angebot war das wirtschaftlichste und wäre nicht ausschließbar).
- c)  
Nach Aufhebung vergibt der Auftraggeber den Auftrag in einem weiteren Verfahren (z.B. einer freihändigen Vergabe) an einen anderen Bieter.
- d)  
Der tatsächlich erteilte Auftrag betrifft – verglichen mit der aufgehobenen Ausschreibung – bei

wirtschaftlicher Betrachtungsweise das gleiche Vorhaben und Auftragsgegenstand.

Anspruchsgrundlage für derartige Ansprüche sind §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB wegen schuldhafter Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht.

Im Bereich der europaweiten Vergabe gibt es darüber hinaus noch eine Spezialvorschrift, die Schadensersatz gemäß § 181 Satz 2 GWB gewährt. Dies bezieht sich auf das negative Interesse. § 181 Satz 2 GWB stellt aber deklaratorisch klar, dass der im Vergabeverfahren benachteiligte Bieter nicht auf die Geltendmachung des negativen Interesses beschränkt ist. Weitergehende Ansprüche auf Schadensersatz bleiben unberührt. Daher kann über die §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB gegebenenfalls ebenfalls Ersatz des entgangenen Gewinns gefordert werden.

Nach der Rechtsprechung schafft die Beteiligung an einem Vergabeverfahren ein Vertrauen des Bieters an die Vorgaben der VOB/A. Ein öffentlicher Auftraggeber hat sich vergabekonform zu verhalten.

In einer Entscheidung des BGH<sup>2</sup> hat der BGH neuerdings ein zusätzliches Erfordernis für den Schadensersatz auf das positive Interesse verlangt, wonach der Auftraggeber die Ausschreibung in der Absicht aufgehoben haben muss, den Auftrag an einen anderen als den Bestbieter vergeben zu können. Es bedarf der Absicht des Auftraggebers einem im aufgehobenen Erstverfahren nicht zuschlagsberechtigten Bieter anstelle des Bestbieters beauftragen zu wollen. Der Schadensersatzanspruch wird daher von inneren Beweggründen eines Auftraggebers abhängig gemacht, die nur schwer nachweisbar sind.

Dies führt entgegen bisheriger Rechtsprechung des BGH zu einer Erschwerung der Schadensersatzansprüche des Bieters auf das positive Interesse. In der Entscheidung selbst wurde aber zumindest die Geltendmachung von Kosten für Personalaufwand (nutzlose Teilnahme an Vergabe) vereinfacht.

## **6. Zusammenfassung**

Der Auftraggeber kann zwar nicht zum Auftrag gezwungen werden, es kann aber im Einzelfall durchaus sein, dass dem Bieter Ansprüche zustehen. Hierzu muss er kritisch die Gründe der Aufhebung prüfen bzw. hinterfragen und gegebenenfalls seine Ansprüche formulieren. Auftraggeber müssen intern die Gründe der Aufhebung dokumentieren, um etwaige Ansprüche von Bietern erfolgreich zurückweisen zu können.

Ihr  
Dr. Stangl



<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 08.12.2020 – Az. XIII ZR 19/19