

Gericht:	KG Berlin 9. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	30.01.2024
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	9 U 110/21
ECLI:	ECLI:DE:KG:2024:0130.9U110.21.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Normen:	§ 254 Abs 1 BGB, § 280 Abs 1 BGB, § 634 Nr 4 BGB
Zitiervorschlag:	KG Berlin, Urteil vom 30. Januar 2024 – 9 U 110/21 –, juris

Schadensersatzforderung eines öffentlichen Auftraggebers gegen den Ersteller eines Leistungsverzeichnisses wegen Verstoßes gegen das Verbot produktneutraler Ausschreibung

Orientierungssatz

Etwaige Verstöße des Erstellers des Leistungsverzeichnisses gegen werkvertragliche Pflichten wegen einer vermeintlich nicht produktneutralen Ausschreibung fordern nicht den vergaberechtswidrigen Versuch des öffentlichen Auftraggebers heraus, durch Nachverhandlungen das nicht zuschlagsfähige Angebot eines Bieters zuschlagsfähig zu machen. Ein solches grob vergaberechtswidriges Verhalten des öffentlichen Auftraggebers birgt das Risiko in sich, vergaberechtliche Rügen der anderer Bieter auszulösen. Es fehlt in einem solchen Fall an dem erforderlichen Zurechnungszusammenhang zwischen der vermeintlich in einer nicht produktneutralen Ausschreibung liegenden Pflichtverletzung des Verzeichnisserstellers und den vom öffentlichen Auftraggeber als Schaden geltend gemachten Kosten des Nachprüfungsverfahrens.(Rn.9)

Fundstellen

BauR 2025, 271-273 (red. Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend LG Berlin, 1. November 2021, 12 O 328/19

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 1. November 2021 -12 O 328/19 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Das Urteil des Senats und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

I.

- 1 Die Klägerin verfolgt gegen die Beklagte werkvertragliche Schadensersatzansprüche. Die Beklagte war von der Klägerin aufgrund eines Vertrages vom 16./19. Juni 2009 unter anderem mit der Erstellung von Leistungsverzeichnissen für die Ausschreibung von Arbeiten am sog. Hxxx betraut. Die Klägerin wirft der Beklagten im Wesentlichen vor, in dem Leistungsverzeichnis für die Aus-

schreibung von Sicherheitstechnik in Position 7.3.100 (Anlage K10) unter Verstoß gegen das Verbot produktneutraler Ausschreibung die dort geforderten "aktiven Siegelbausteine" nach den Vorgaben eines Produktdatenblattes der Firma Bxxx erstellt zu haben, sie hierauf in einem nachfolgenden Vergabenachprüfungsverfahren zu der Ausschreibung nicht hingewiesen zu haben, aber auch, diese Vorgaben überhaupt, weil die Möglichkeit von Angeboten unnötig einengend, in das Leistungsverzeichnis aufgenommen zu haben. Die Klägerin meint, das zu dieser Ausschreibung von einem Bieter eingeleitete Vergabenachprüfungsverfahren und die hierbei für sie entstandenen Kosten (50.381,62 Euro) beruhten ebenso auf diesen von ihr angenommen Pflichtverletzungen wie die Mehrkosten, die ihr aufgrund einer nachfolgenden Aufhebung der Ausschreibung und anschließenden Neuauausschreibung entstanden seien (2.216.813,29 Euro).

- 2 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Feststellungen in dem klageabweisenden Urteil des Landgerichts, gegen das sich die Klägerin mit ihrer Berufung wendet, Bezug genommen. Im Berufungsverfahren verfolgt sie nur noch den Zahlungsanspruch weiter; den erstinstanzlich erhobenen Feststellungsantrag hat sie fallen lassen.
- 3 Die Klägerin beantragt,
- 4 das Urteil des Landgerichts Berlin vom 1. November 2021 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an sie 2.267.194,91 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
- 5 Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

II.

- 6 Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet.
- 7 Das Landgericht hat ihre Klage zu Recht abgewiesen. Der Klägerin stehen die geltend gemachten Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu, insbesondere aber nicht aus der Verletzung von Pflichten durch die Beklagte aus dem Werkvertrag zwischen den Parteien vom 16./19. Juni 2009 gemäß §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB. Weder hat die Klägerin Anspruch auf Ersatz ihrer Kosten aus dem von ihr geführten Vergabenachprüfungsverfahren (1.) noch der erhöhten Baukosten wegen der Aufhebung des ursprünglichen Vergabeverfahrens und erneuten Ausschreibung der Leistungen in einem weiteren Vergabeverfahren (2.).
- 8 1. Das Landgericht hat eine Haftung der Beklagten für die der Klägerin entstandenen Kosten aus dem Vergabenachprüfungsverfahren in Höhe von 50.381,62 Euro im Ergebnis zu Recht verneint.
- 9 a) Für eine solche Haftung fehlt es schon an dem erforderlichen Zurechnungszusammenhang zwischen der vermeintlich in einer nicht produktneutralen Ausschreibung liegenden Pflichtverletzung der Beklagten und den als Schaden geltend gemachten Kosten des Nachprüfungsverfahrens. Wie der Senat nämlich bereits in dem Hinweis seiner Terminsladung vom 17. Oktober 2023 deutlich gemacht hat, hat die haftungsrechtlich allein relevante Ursache dafür, dass es zu dem Vergabenachprüfungsverfahren gekommen ist und dieses Erfolg hatte, allein die Klägerin gesetzt und allein sie trägt dafür die Verantwortung. Denn sie hatte erkannt, dass das Angebot der Firma Bxxx nicht den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses entsprach. Deswegen hätte sie das Angebot der Firma Bxxx ausschließen müssen und wäre ihr nur das wesentlich teurere Angebot von Siemens/Bosch geblieben. Um das Angebot der Firma Bxxx annahmefähig zu machen, hat sie mit dieser verhandelt, bis die Firma Bxxx durch entsprechende Anpassungen gewährleisten konnte, auch die Anforderungen in dem Leistungsverzeichnis zu den aktiven Siegelsteinen zu erfüllen. Dies, der offen vergaberechtswidrige Versuch, das sich aus der Leistungsbeschreibung ergebende Problem durch Nachver-

handlungen zu lösen und ein nicht zuschlagsfähiges Angebot eines Bieters dadurch zuschlagsfähig zu machen, war der entscheidende Gesichtspunkt, warum das Nachprüfungsverfahren Erfolg hatte. Ein solches Vorgehen der Klägerin war nicht durch etwaige Verstöße der Beklagten gegen werkvertragliche Pflichten wegen einer vermeintlich nicht produktneutralen Ausschreibung herausgefordert. Es stellt sich als ungewöhnliche und gänzlich unangemessene, nämlich grob vergaberechtswidrige Verhaltensweise dar, die erkennbar das Risiko in sich barg, vergaberechtliche Rügen anderer Bietter auszulösen, weswegen der haftungsrechtliche Zurechnungszusammenhang zu verneinen ist (vgl. BGH, Urteil vom 8. September 2016 - IX ZR 255/13 -, juris Rn. 24). Das Vorgehen der Klägerin war darüber hinaus auch deswegen offenkundig nicht zweckmäßig, weil sich als rechtmäßige Alternative die Teilaufhebung des Vergabeverfahrens in der Weise angeboten hätte, dass die Klägerin das Leistungsverzeichnis bezüglich der aktiven Siegelbausteine geändert und die von ihr als nicht produktneutral angesehenen Anforderungen aus der Leistungsbeschreibung entfernt hätte. Dafür, dass sie sich demgegenüber für ein vergaberechtswidriges Vorgehen entschieden hat, trägt allein sie und nicht die Beklagte haftungsrechtlich die Verantwortung.

- 10 b) Würde man hier entgegen den vorstehenden Gründen eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs verneinen, wäre die Haftung alternativ jedenfalls wegen eines anspruchsausschließenden ganz überwiegenden Mitverschuldens der Klägerin bei dem Verursachen des Schadens nach § 254 Abs. 1 BGB ausgeschlossen (vgl. Oetker in: MüKoBGB, 9. Auflage 2022, § 249 Rn. 143, 169). Denn das Vergabenachprüfungsverfahren und die hier entstandenen Kosten sind maßgeblich durch die allein von der Klägerin zu verantwortenden Nachverhandlungen, sodann aber auch die unterlassene Abhilfe der deswegen von dem Bieter Sxxx erhobenen vergaberechtlichen Rüge veranlasst worden. Die nach Auffassung der Klägerin von der Beklagten zu vertretende vergaberechtswidrige nicht produktneutrale Ausschreibung hat dafür keine Rolle gespielt.
- 11 c) Soweit die Klägerin auch nach dem Hinweis des Senats vom 17. Oktober 2023 bemüht ist, die Verantwortung für ihre verfehlte Fehlerkorrektur in dem Vergabeverfahren der Beklagten anzulasten, überzeugt auch dieses weitere Vorbringen nicht. Unerheblich ist insbesondere, wie die Beklagte das vergaberechtswidrige Vorgehen der Klägerin in ihrer Vergabeempfehlung vom 9. März 2016 (Anlage K 11) bewertet hatte, zumal sie von der Klägerin ohnehin lediglich aufgefordert worden war, zu beurteilen, ob die nach den Nachverhandlungen von der Firma Bxxx angebotene Variante zu den aktiven Siegelsteinen den technischen Anforderungen nach Maßgabe des Leistungsverzeichnisses entsprachen, was die Beklagte zutreffend bejaht hatte. In diesem Schreiben hatte sie auf Seite 7 zudem ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie "die Prüfung und Wertung der Angebote in technischer und nicht in rechtlicher Hinsicht durchgeführt" habe.
- 12 Im Übrigen geht die Klägerin fehl in der Annahme, dass die von ihr dargelegte Teilnahme von Mitarbeitern der Beklagten an ihren Entscheidungsprozessen sie von ihrer Verantwortung für das Nachverhandeln, die Nichtabhilfe der vergaberechtlichen Rüge der Mitbewerber in dem ersten Vergabeverfahren und dem absehbaren Misserfolg im Vergabenachprüfungsverfahren befreien würde. Vielmehr hatte die Beklagte keine Verantwortung für eine umfassende vergaberechtliche Rechtsberatung und für die Entscheidungen im Vergabeverfahren, sondern war allein für die Erstellung eines vergaberechtlich nicht zu beanstandenden Leistungsverzeichnisses verantwortlich. Allein der Klägerin, ihre Mitarbeiter und mittelbar die von ihr mit der vergaberechtlichen Prüfung beauftragten Rechtsanwälte trugen die Verantwortung für die verfehlte Entscheidung zur Nichtabhilfe der vergaberechtlichen Rüge von Sxxx wegen der vergaberechtswidrigen Zuschlagsentscheidung für die Firma Bxxx, das Verhalten im Vergabenachprüfungsverfahren und den Umgang mit der Ausschreibung.
- 13 2. Das Landgericht hat auch zu Recht festgestellt, dass die Klägerin gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Ersatz der erhöhten Baukosten wegen der Aufhebung des ursprünglichen Vergabeverfah-

rens und der erneuten Ausschreibung der Leistungen in einem weiteren Vergabeverfahren in Höhe von 2.216.813,29 Euro hat.

- 14 a) Zutreffend hat das Landgericht festgestellt, dass der Klägerin auch dieser Anspruch nicht zusteht, weil die Klägerin nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf in dem Vergabennachprüfungsverfahren keine Veranlassung hatte, das erste Vergabeverfahren aufzuheben. Vielmehr hätte die Klägerin der Antragstellerin dieses Verfahrens den Zuschlag erteilen können, womit ein weiteres Vergabeverfahren und daraus folgende Mehraufwendungen vermieden worden wären.
- 15 Soweit die Klägerin geltend macht, sie hätte wegen einer Bindung an Gesetz und Recht das Vergabeverfahren aufheben müssen, um der durch die nicht nach ihrer Auffassung nicht produktneutrale Ausschreibung geschädigten Firma Bxxx eine zweite Chance für einen Zuschlag zu geben, ist dem nicht zu folgen. Recht und Gesetz im Kartellvergaberecht räumen Bieter nur im Rahmen des gesetzlich nach den §§ 97 ff. GWB vorgesehenen vergaberechtlichen Rechtsschutzes Rechte ein. Werden solche Rechte nicht geltend gemacht, wie hier nicht durch die Firma Bxxx durch entsprechende Rügen und Nachprüfungsanträge im ersten Vergabeverfahren, besteht für den öffentlichen Auftraggeber keine Rechtspflicht, ein Verfahren von Amts wegen aufzuheben. Soweit die Klägerin ihre Aufhebungsentscheidung auf die vermeintlich nicht produktneutrale Gestaltung der Ausschreibung gestützt hat, liegt die Verantwortung hierfür allein bei ihr.
- 16 b) Abgesehen davon trägt die Klägerin aber auch sonst die alleinige Verantwortung dafür, dass den berechtigten Rügen der Firma Sxxx in dem ersten Nachprüfungsverfahren nicht abgeholfen worden ist, es zu einem Nachprüfungsverfahren und zu einer daraus resultierenden Verzögerung der Vergabe gekommen ist. Aus den bereits oben (unter II. 1.) zu dem Anspruch auf Erstattung der Kosten des Nachprüfungsverfahrens genannten Gründen fehlt es an dem erforderlichen haftungsrechtlichen Zurechnungszusammenhang zwischen den der Beklagten zur Last gelegten Pflichtverletzungen bei der vermeintlich nicht produktneutralen Ausgestaltung des Leistungsverzeichnisses und den Fehlentscheidungen der Klägerin im ersten Vergabeverfahren sowie den daraus resultierenden Verzögerungen der Vergabe und den insoweit als Schaden geltend gemachten Mehrkosten, und scheidet eine Haftung auch hier jedenfalls wegen eines ganz überwiegenden Mitverschuldens (§ 254 Abs. 2 BGB) bei der Schadensverursachung aus, während die Beklagte nach dem Werkvertrag mit der Klägerin vor allem rechtlich keine umfassende Verfahrensverantwortung für das verfehlte Vorgehen der Klägerin in dem ersten Vergabeverfahren getroffen hat.

III.

- 17 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO und die zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
- 18 Die Revision war nicht gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zuzulassen, weil die hierfür nach § 543 Abs. 2 ZPO erforderlichen Gründe nicht vorliegen.