



## UPDATE VERGABERECHT

### KEIN AUSSCHLUSS VON SCHADENSERSATZ BEI RÜGERÜCKNAHME

**BGH, Urteil vom 17.09.2019 – X ZR-124/18**

Ein öffentlicher Auftraggeber (A) schrieb Leistungen zum Bau von Lärmschutzwänden entlang einer Bahnstrecke aus. Nach den Vorgaben der Leistungsbeschreibung durften hierfür nur Wandelemente verwendet werden, die über einen bestimmten Verwendbarkeitsnachweis verfügten. Alleiniges Zuschlagskriterium war der Preis. Bieter (B) gab das Angebot mit dem günstigsten Wertungspreis ab. A schloss dieses jedoch vom Verfahren aus, da im Zeitpunkt der Angebotsabgabe kein Verwendbarkeitsnachweis vorlag. B rügte dies. Nach einem Gespräch mit A nahm er die Rüge jedoch zurück, woraufhin A den Zuschlag auf ein anderes Angebot erteilte. Später wandte sich B an A und forderte Ersatz des ihm entgangenen Gewinns. Nachdem der erstinstanzlich erfolglosen Klage in der Berufung stattgegeben wurde, hatte zuletzt der BGH zu entscheiden.

Der BGH stellte zunächst fest, dass der Zuschlag auf das Angebot des B hätte erteilt werden müssen, da weder aus der Leistungsbeschreibung noch aus den sonstigen Vergabeunterlagen für die Bieter klar und eindeutig gewesen sei, dass der Verwendbarkeitsnachweis bereits zum Zeitpunkt der Abgabe des Angebots habe vorliegen müssen. Eine Geltendmachung des Vergabeverstoßes sei auch nicht bereits dadurch ausgeschlossen, dass er nicht zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht worden sei, da es im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe keine Regelung gebe, die einen Schadenersatzanspruch ausschließt, wenn kein Rechtsmittel eingelegt worden ist. Im vorliegenden Fall könne sich A auch nicht auf ein Mitverschulden des B berufen, da die Rücknahme der Rüge auf Bitte des A erfolgte, damit die fristgerechte Durchführung der ausgeschriebenen Baumaßnahme, die zeitweilige Streckensperrungen und Zugumleitungen erforderte, sichergestellt werden könne. Im Ergebnis bejahte der BGH daher den von B geltend gemachten Anspruch.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Bislang war umstritten, ob die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen ausgeschlossen ist, wenn vorher kein Primärrechtsschutz vor den vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen in Anspruch genommen wurde. Insbesondere das OLG Celle vertrat die Ansicht, dass in diesen Fällen eine materielle Präklusion eintreten würde (vgl. [Update August 2018](#)). Eine Berufung auf den Grundsatz „dulde und liquidiere“ ist nach der Entscheidung des BGH nicht mehr gänzlich ausgeschlossen. Auf eine grundsätzliche „abschließende Klärung“ der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen einen Bieter ein Mitverschulden treffen könnte, wenn er eine Rüge nicht erhoben oder das Stellen eines Nachprüfungsantrag unterlassen hat, verzichtet der BGH indes.