

## UPDATE VERGABERECHT

### UNTERLASSUNGSANSPRUCH GEGEN GENERELLE VERGABESPERRE

**BGH, Urteil vom 03.06.2020, XIII ZR 22/19**

Ein eingetragener Verein mit etwa 180 Mitarbeitern, der ökologische Studien durchführt und wissenschaftliche Gutachten erstellt, wurde von der Senatsverwaltung eines Landes generell von ihren Vergabeverfahren ausgeschlossen, da die der Senatsverwaltung für Umwelt, Verkehr und Klimaschutz vorstehende Senatorin mit einem Mitarbeiter des Vereins verheiratet ist. Der Verein erhob eine Unterlassungsklage, welcher das Landgericht stattgab. Das Berufungsgericht hingegen wies die Klage ab, da das Rechtsschutzbedürfnis fehle. Die Vergabesperre sei zwar vergaberechtswidrig, man könne dagegen jedoch nur anhand eines konkreten Vergabeverfahrens vorgehen. Hiergegen wandte sich der Kläger mit einer Revision.

Mit Erfolg! Laut BGH steht dem Kläger ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 analog i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB wegen eines rechtswidrigen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu. Einen Ausschluss in einem konkreten Vergabeverfahren müsse er nicht abwarten. Das Gebot des effektiven Rechtsschutzes erfordere es, gegen eine generelle Vergabesperre vorgehen zu können. Ein Nachprüfungsverfahren führe bloß zu einer Aufhebung in dem jeweiligen Fall und entfalte keine generelle Wirkung. In Verfahren ohne öffentliche Ausschreibung würde der Betroffene nicht von der beabsichtigten Auftragsvergabe erfahren; ihm wäre so von vornherein jeglicher Rechtsschutz versagt. Zudem könne die Vergabesperre als Makel des Unternehmens im Wettbewerb wahrgenommen werden. Der BGH stellt heraus, dass der Eingriff in das Recht des Klägers nach einer Abwägung der wirtschaftlichen Interessen des Vereins und dem Interesse der Beklagten, jeglichen „bösen Schein“ eines Interessenkonflikts zu vermeiden, rechtswidrig sei, da er gegen das Vergaberecht verstoße. Ein genereller Ausschluss sei nicht verhältnismäßig. Als milderer Mittel käme ein Ausschluss der von einem Interessenkonflikt betroffenen Person auf Auftraggeberseite in Betracht, wie sich auch aus § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB und § 6 VgV ergebe.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Das Urteil stellt klar, dass potenzielle Bieter, die von einer generellen Vergabesperre betroffen sind, hiergegen mit einer Unterlassungsklage im ordentlichen Rechtsweg vorgehen können. Es stärkt die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen vergaberechtswidrige (generelle) Vergabesperren, da ein konkretes Verfahren nicht abgewartet werden muss. Für öffentliche Auftraggeber gilt, dass sie vor einem generellen Ausschluss eines Bieters von Vergabeverfahren prüfen müssen, ob es nicht ein milderer Mittel – z.B. Möglichkeiten in ihrem Einflussbereich – gibt, um einen Interessenkonflikt auszuräumen.