

**Rechtsgutachterliche Stellungnahme
zu den vergaberechtlichen Auswirkungen
von im Rahmen des Schlichtungsverfahrens
„Stuttgart 21“ eventuell erkannten notwendigen
Änderungen der ursprünglichen
Ausschreibungsgegenstände**

**Erstellt von Rechtsanwalt Dr. Hans-Peter Kulartz
Partner der Rechtsanwälte Kapellmann und Partner
Stadttor 1, 40219 Düsseldorf**

Inhalt

A	FRAGESTELLUNG.....	3
B	RECHTLICHE STELLUNGNAHME	5
I	BERÜCKSICHTIGUNG IN LAUFENDEN VERGABEVERFAHREN ODER NOTWENDIGKEIT DER BEENDIGUNG DIESER VERFAHREN?.....	5
II	RECHTMÄßIGKEIT DER BEENDIGUNG DER AUSSCHREIBUNGSVERFAHREN	10
III	HILFSWEISE UNTERSUCHUNG, WELCHE PRIMÄRRECHTLICHEN BZW. SEKUNDÄRRECHTLICHEN ANSPRÜCHE BIETER DER JETZIGEN VERFAHREN BEI RECHTSWIDRIGKEIT EINER EINSTELLUNG DES VERFAHRENS GEGEBENENFALLS GELTEND MACHEN KÖNNTEN ..	19
1	ERFOLG MÖGLICHER NACHPRÜFUNGSVERFAHREN?	20
2	SEKUNDÄRRECHTSSCHUTZ BETROFFENER BIETER AUF SCHADENSERSATZ?	23
2.1	ERSATZ DES POSITIVEN INTERESSES?.....	24
2.2	ERSATZ DES NEGATIVEN INTERESSES?	27
IV	ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNIS	30

A Fragestellung

Stuttgart 21 ist ein im Bau befindliches Verkehrs- und Städtebauprojekt zur Neuordnung des Eisenbahnknotens Stuttgart. Kernstück ist die Umwandlung des Stuttgarter Hauptbahnhofs in einen unterirdischen Durchgangsbahnhof. Die Zulaufstrecken sollen in Tunnel verlegt werden. Vorhabenträger und Bauherr des Projektes ist die Deutsche Bahn. Die Bundesrepublik Deutschland, das Land Baden-Württemberg, der Verband Region Stuttgart, die Landeshauptstadt Stuttgart und die Flughafen Stuttgart GmbH beteiligen sich an der Finanzierung.

Für das Projekt sind zurzeit die **zentralen Baulose in der Ausschreibung**. Dies sind

- der Neubau eines unterirdischen Hauptbahnhofes und der Gleisvorfelder inklusive Düker und Abbrucharbeiten/EU-Bekanntmachung 2010/S 137-211193,
- der Bau des Fildertunnels und des Tunnels nach Ober- und Untertürkheim/EU-Bekanntmachung 2010/S 87-130705,
- der Bau der Bahn-Zuführungen Feuerbach und Bad Cannstadt/EU-Bekanntmachung 2010/S 198-302726,
- sowie der Neubau der S-Bahn-Strecke Stuttgart Hauptbahn – Stuttgart Nord/EU-Bekanntmachung 2010/S 198-302725.

Alle vorgenannten bekannt gemachten Ausschreibungsverfahren sind Sektorenausschreibungen und benennen als Verfahrensart das Verhandlungsverfahren. Die Ausschreibung „Hauptbahnhof“ nennt als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge den 30.07.2010, als Beginn des Bauvertrages den **14.02.2011**. Eine **Bindefrist** der Angebote wird in der Bekanntmachung **nicht ausdrücklich genannt**.

Die Ausschreibung „Fildertunnel und Tunnel nach Ober- und Untertürkheim“ ist in zwei Lose aufgeteilt. Als Beginn der Vertragslaufzeit wird der 01.02.2011 benannt. Die **Bindefrist** der Angebote **endet** am **31.05.2011**. Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge war der 20.05.2010.

Die Ausschreibung „Zuführungstunnel“ ist in die Lose Zuführung Feuerbach und Zuführung Bad Cannstadt aufgeteilt. Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge war der 25.10.2010. Der **Beginn** der Vertragslaufzeit ist auf den **14.04.2011** terminiert. Eine **Bindefrist** für die Angebote ist in der Vergabebekanntmachung **nicht genannt**.

Die Ausschreibung „S-Bahn“ nennt schließlich als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge den 25.10.2010. Eine **Bindefrist** für die Angebote wird in der Bekanntmachung ebenfalls **nicht erwähnt**. Der **Beginn** der Vertragslaufzeit ist auf den **14.04.2011** terminiert.

Weitere Einzelheiten zu den Ausschreibungsverfahren lassen sich aus den europaweiten Vergabebekanntmachungen entnehmen, die dieser gutachterlichen Stellungnahme als

Anlagenkonvolut 1

beigefügt sind.

Es wird **davon ausgegangen**, dass die vorstehend erwähnten und europaweit bekannt gemachten zentralen Ausschreibungsgegenstände für das Projekt **noch nicht vergeben** worden sind. Jedenfalls sind entsprechende Vergabeentscheidungen nicht öffentlich bekannt.

Vor diesem Sachverhaltshintergrund sind im Folgenden die vergaberechtlichen Auswirkungen von im Schlichtungsverfahren eventuell erkannten notwendigen Änderungen der ursprünglichen Ausschreibungsgegenstände rechtlich zu prüfen und zu bewerten.

B Rechtliche Stellungnahme

Zu prüfen ist, ob eine Änderung der ursprünglichen Ausschreibungsgegenstände noch in den laufenden Vergabeverfahren berücksichtigt werden kann oder zur Beendigung dieser Verfahren führen muss (dazu unter I).

Sodann ist zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Einstellung der Ausschreibungsverfahren rechtmäßig ist (dazu unter II).

Hilfsweise ist zu untersuchen, welche primärrechtlichen bzw. sekundärrechtlichen Ansprüche Bieter der jetzigen Verfahren bei Rechtswidrigkeit einer Einstellung des Verfahrens überhaupt geltend machen könnten (dazu unter III).

I Berücksichtigung in laufenden Vergabeverfahren oder Notwendigkeit der Beendigung dieser Verfahren?

Wie bereits unter A dargelegt, sind die hier in Rede stehenden Hauptaufträge europaweit ausgeschrieben worden in der Vergabeart eines Verhandlungsverfahrens. Innerhalb der Prüfung muss daher zuerst ermittelt werden, ob die Änderung von Ausschreibungsgegenständen noch innerhalb eines solches Verhandlungsverfahrens „abgewickelt“ werden kann oder eine Beendigung der Ausschreibungen zwingend erforderlich ist.

Anzuwendende **Rechtsgrundlagen** sind vorliegend der **4. Teil des GWB** und die Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung – **SektVO**). Europarechtlich ist ergänzend die Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste vom 31.03.2004 (**Sektorenrichtlinie**) zu berücksichtigen.

Verhandlungsverfahren im Sinne von § 101 Abs. 5 GWB sind *Verfahren, bei denen sich der Auftraggeber mit oder ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an ausgewählte Unternehmen wendet, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln*. Ähnlich formuliert auch die Sektorenrichtlinie in Artikel 1 Abs. 9c, wo es heißt, dass *im Fall von Verhandlungsverfahren der Auftraggeber sich an Wirtschaftsteilnehmer seiner Wahl wendet und mit einem oder mehreren von ihnen über die Auftragsbedingungen verhandelt*.

Das Verhandlungsverfahren unterscheidet sich damit grundsätzlich vom Offenen Verfahren, *weil der Öffentliche Auftraggeber im Offenen Verfahren den Auftrag nur gemäß dem Inhalt eines der innerhalb der Angebotsfrist abgegebenen Gebote erteilen darf, während im Verhandlungsverfahren der Inhalt der Gebote jeweils verhandelbar ist*.

BGH, Beschluss vom 10.11.2009 - X ZB 8/09, NZBau 2010, 124, 126.

Sinn und Zweck des Verhandlungsverfahrens ist es, dem Auftraggeber die Möglichkeit zu eröffnen, mit den Bietern über deren (Eingangs-) Angebote und die Vertragspreise zu verhandeln, um – gegebenenfalls durch Anpassung und Fortschreibung

bereits abgegebener Angebote - das entsprechend den Anforderungen der Ausschreibung wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln.

BGH, Urteil vom 10.09.2009 – VII ZR 255/08, NZBau 2009, 781, 782; vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.07.2006 – Verg 21/06; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, 4. Auflage, § 101 Rn. 28 m.w.N..

Dementsprechend ist eine Änderung des Angebotes, anders als in den Fällen eines Offenen Verfahrens, grundsätzlich möglich.

BGH, Urteil vom 10.09.2009 - VII ZR 255/08, NZBau 2009, 781, 782.

Allerdings hat der Auftraggeber die allgemeinen vergaberechtlichen Prinzipien des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung zu beachten.

BGH, Urteil vom 09.08.2006 – X ZR 115/04, NZBau 2006, 797, 798.

Mithin müssen Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen allen noch in die Verhandlungen einbezogenen Bietern gegenüber transparent und diskriminierungsfrei erfolgen.

Verhandeln im Sinne von § 101 Abs. 5 GWB heißt danach, dass Angebote auch abgeändert werden können, nachdem sie abgegeben worden sind. So heißt es in der Rechtsprechung:

*„Nach Ablauf der Angebotsfrist sind die Angebote nicht nur noch nach dem für alle einheitlichen Maßstab zu bewerten; es beginnt vielmehr ein dynamischer Prozess, in dem sich durch Verhandlungen sowohl auf Nachfrage-, als auch auf Angebotsseite Veränderungen ergeben können. Diese dürfen nur **nicht** dazu führen, dass letztlich **andere Leistungen beschafft werden, als angekündigt.**“*

OLG Celle, Beschluss vom 16.01.2002 - Verg 15/03, VergabeR 2002, 299, 301.

Ungeachtet der in einem Verhandlungsverfahren eröffneten Spielräume zur Konkretisierung des Auftragsinhaltes erlaubt es ein Verhandlungsverfahren also nicht, im Ergebnis der mit den Bietern geführten Gespräche andere Leistungen zu beschaffen als mit der Ausschreibung angekündigt; die Identität des Beschaffungsvorhabens, so wie es die ausschreibende Stelle zum Gegenstand der Ausschreibung gemacht hat, muss gewahrt bleiben. So können etwa von einem einheitlich ausgeschriebenen Auftrag nicht im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens nach Ablauf der Angebotsfrist Teile der zu erbringenden Leistung derart abgespalten werden, dass ihre Verwirklichung gegenüber dem ursprünglichen Ausschreibungsinhalt ein gegenständlich anderes Vorhaben („aliud“) darstellt.

Vgl. OLG Dresden, Beschluss vom 03.12.2003 -WVerg 0015/03, NZBau 2005, 118, 120.

Gibt die Ausschreibung den Bietern mithin eine bestimmte Projektkonfiguration vor, so wird der Leistungsgegenstand nur dann nicht unzulässigerweise ausgewechselt, wenn sich die nachfolgenden Verhandlungen zumindest grundsätzlich im Rahmen dieses vorgegebenen Konzeptes bewegen.

Vgl. auch Kulartz, in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2. Auflage, § 101 Rn. 37.

Es ist daher eine wertende Betrachtung vorzunehmen, ob erkennbare notwendige Änderungen der ursprünglichen Ausschreibungsgegenstände hinsichtlich ihres Umfangs und ihrer Wirkungen die Identität des ausgeschriebenen Beschaffungsvorhabens nicht mehr wahren.

Ähnlich argumentiert auch der Europäische Gerichtshof im Zusammenhang mit der Ausschreibungspflicht bei Vertragsänderungen. Dort heißt es:

„Um die Transparenz der Verfahren und die Gleichbehandlung der Bieter sicherzustellen, sind Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags während seiner Geltungsdauer als Neuvergabe des Auftrags im Sinne der Richtlinie 92/50 anzusehen, wenn sie wesentliche andere Merkmale aufweisen, als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrages erkennen lassen.

Die Änderung eines Öffentlichen Auftrags während seiner Laufzeit kann als wesentlich angesehen werden, wenn sie Bedingungen einführt, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären.“

EuGH, Urteil vom 19.06.2008 – Rs.C-454/06, VergabeR 2008, 758, 763.

Führt das Ergebnis der Schlichtung mithin zu wesentlichen Änderungen des Ausschreibungskonzeptes, so könnten bei Beachtung dieses Ergebnisses die hier geprüften Ausschreibungen nicht aufrecht erhalten werden, sondern müssten beendet und gegebenenfalls in anderer Form neu ausgeschrieben werden.

II Rechtmäßigkeit der Beendigung der Ausschreibungsverfahren

Die Beendigung eines Vergabeverfahrens kann neben einer Zuschlagserteilung auch durch einen Verzicht auf die Vergabe des Auftrages erfolgen. Diesen Verzicht bezeichnet die hier anzuwendende SektVO in § 30 als Aufhebung und Einstellung.

§ 30 Satz 1 SektVO lautet:

*„Ein Vergabeverfahren kann ganz oder bei Losvergabe für einzelne Lose aufgehoben werden oder im Fall der **Verhandlungsverfahren eingestellt** werden.“*

Da vorliegend die Vergaben im Wege der Verhandlungsverfahren ausgeschrieben wurden, ist nur die Möglichkeit einer rechtmäßigen Einstellungsentscheidung zu untersuchen.

In § 30 SektVO sind dafür keine konkreten Voraussetzungen genannt. Ein **Rückgriff** auf die Regelungen in **§ 17 VOB/A** (nach früherem Recht § 26 VOB/A) **kann** aus zwei Gründen grundsätzlich **nicht erfolgen**.

Zum einen handelt es sich bei der Sektorenverordnung um ein eigenständiges gesetzliches Regelwerk, das **keine Verknüpfungen** mehr **zu den Vergabeordnungen** des klassischen Vergaberechts aufweist. Vorschriften über die Aufhebung einer Aus-

schreibung fehlten im Sektorenbereich im Übrigen dort bereits auch in der früheren VOB/A-SKR.

*Vgl. nur Heiermann/Müller/Franke, Kommentar zur VOB/A-SKR,
§ 10 SKR Rn. 48.*

Zum anderen kennt das klassische deutsche Vergaberecht die Vorgabe von besonderen Aufhebungsgründen nur bei der Öffentlichen und Beschränkten Ausschreibung bzw. dem Offenen und Nichtoffenen Verfahren; entsprechende Regelungen für die Freihändige Vergabe bzw. für das Verhandlungsverfahren existieren nicht.

Die **langjährige Rechtspraxis zu § 26 VOB/A**, nach der für eine Aufhebung bestimmte schwerwiegende Gründe nachzuweisen waren, ist mithin für die Einstellung eines Verhandlungsverfahrens nach der SektVO **grundsätzlich irrelevant**.

Mit dieser Wertung auch: Schraner, in: Ingenstau/Korbion, Kommentar zur VOB/A, 17. Auflage, § 30 SektVO Rn. 2; Greb/Müller, Kommentar zur Sektorenverordnung, § 30 Rn. 7; Lischka, in: Müller-Wrede, Kommentar zur Sektorenverordnung, § 30 Rn. 17; Kulartz, in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 101 Rn. 46 f.; vgl. auch OLG München, Beschluss vom 12.06.2005 – Verg 8/06, VergabeR 2005, 802, 805; Vergabekammer Düsseldorf, Beschluss vom 02.03.2007 – VK-05/2007-L, zitiert nach VERIS Vergaberecht Informationssystem.

Ein anderes Ergebnis ergibt sich auch nicht auf der Grundlage europarechtskonformer Auslegung. Ebenso wenig wie die Vergabekoordinierungsrichtlinie enthält die hier einschlägige Sektorenrichtlinie Vorgaben darüber, unter welchen Voraussetzungen auf die Vergabe eines Auftrags verzichtet werden kann. Zwar hatte das Europä-

ische Parlament im Laufe des Richtliniengabungsverfahrens vorgeschlagen, dass ein Vergabeverfahren nur aufgehoben werden könne, wenn kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht oder andere schwerwiegende Gründe bestehen, die nicht im Verantwortungsbereich des Auftraggebers liegen. Dieser Vorschlag konnte jedoch nicht durchgesetzt werden. Die Kommission war der Auffassung, dass der Vorschlag die Möglichkeiten zur Beendigung eines Vergabeverfahrens vor Zuschlagserteilung unverhältnismäßig einschränke. Der Auftraggeber müsse im Laufe eines Vergabeverfahrens auf viele unterschiedliche Situationen reagieren können, so dass die Gründe zur vorzeitigen Beendigung eines Vergabeverfahrens nicht erschöpfend aufgelistet werden dürften.

Vgl. Mitteilungen der Kommission vom 02.05.2002, 236/F, geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge; vgl. Lischka, in: Müller-Wrede, Kommentar zur Sektorenverordnung, § 30 Rn. 3.

Grenzen für die Zulässigkeit mitgliedstaatlicher Regelungen sowie für das Ermessen der Auftraggeber bei der vorzeitigen Beendigung ergeben sich mithin europarechtlich mangels spezieller Vorschriften in den Richtlinien nur primärrechtlich aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung, der hier auf das Willkürverbot beschränkt werden kann.

Vgl. nur Egger, Europäisches Vergaberecht, Rn. 1340.

Dieses wäre etwa dann verletzt, wenn der Auftraggeber ein Verfahren nur deshalb beendet, um etwa die Vorschriften über die Behandlung ungewöhnlich niedriger Angebote zu umgehen.

*Dieses Beispiel bringt Generalanwalt Saggio in seinen Schlussant-
rügen in der Rechtssache C-27/98, Slg. 1999 I-57/06.*

Desgleichen wäre es unzulässig, wenn der Auftraggeber ein Verfahren deshalb be-
endet, um in einem zweiten Verfahren einen nicht erfolgreichen Bieter des ersten
Verfahrens zu begünstigen.

Vgl. Egger, a.a.O.

Die Rechtsprechung der Vergabesenate,

*vgl. grundlegend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.03.2000 -
Verg 4/00, NZBau 2000, 306 ,*

hat für solche Sachverhalte den Begriff der Scheinaufhebung geprägt. Eine Schein-
aufhebung liegt dann vor, wenn der Auftraggeber unter Missbrauch seiner Gestal-
tungsmöglichkeiten nur den Schein einer Aufhebung gesetzt hat, mit dessen Hilfe er
dem ihm genehmen Bieter, obwohl dieser nicht das wirtschaftlichste Angebot abge-
geben hat, den Auftrag zuschieben will.

Da § 30 SektVO keine besonderen Voraussetzungen für die Einstellung des Ver-
handlungsverfahrens nennt, sind hier lediglich die allgemeinen Grundsätze des eu-
ropäischen Rechts – Transparenz, Willkürverbot, Vertrauensschutz – zugrunde zu
legen.

*Vgl. auch Lischka, in: Müller-Wrede, Kommentar zur SektVO, § 30
Rn. 14 ff. m.w.N.*

Das OLG München hat die vorstehenden Überlegungen treffend in seinem Beschluss vom 12.07.2005

Verg 8/05, ZfBR 2005, 714, 716

wie folgt zusammengefasst:

*„Vorschriften über die Aufhebung einer Ausschreibung fehlen in der VOL/A-SKR. Ein Rückgriff auf die Regelung in § 26 VOL/A kann grundsätzlich nicht erfolgen. Eine Beendigung des Verfahrens wird sicherlich jederzeit möglich sein, wenn die in § 26 VOL/A genannten Gründe vorliegen. Darüber hinaus werden solche Umstände in Betracht kommen, die auch **bei rein privaten Auftraggebern einen Abbruch von Vertragsverhandlungen zulassen**, ohne dass dadurch schuldhaft das zwischen den Verhandlungsparteien bestehende vorvertragliche Vertrauensverhältnis verletzt wird Wegen dieses Pflichtenverhältnisses kann der Bieter auf die Einhaltung der grundlegenden Regeln eines Vergabeverfahrens vertrauen, da er seinerseits Geld und Zeit in die Bewerbung und das Ausfüllen des Leistungsverzeichnisses steckt. Deshalb ist ein uneingeschränkter und willkürlicher Entschluss zur Aufhebung ebenso wenig zulässig wie eine nur zum Schein erfolgte Aufhebung. Eine Aufhebung darf nicht gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen und muss dem Transparenzgebot genügen.“*

Eine vergaberechtlich rechtmäßige Entscheidung, auf die Vergabe zu verzichten, setzt demnach nicht voraus, dass der Auftraggeber den Grund nicht zu vertreten hat. Auch die Tatsache, dass der Auftraggeber den Grund, der ihn später zu dem Verzicht auf die Vergabe bewegt, bereits vor Einleitung des Vergabeverfahrens kannte,

ändert nichts daran, dass er auf die Vergabe vergaberechtlich rechtmäßig verzichten kann.

Vgl. auch Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 19.12.2002 – Verg W 9/02, VergabeR 2003, 168, 172.

Bei solch aner kennenswerten sachlichen Gründen darf es sich um solche Gründe handeln, die für die Auftraggeber schon bei der Vorbereitung der Ausschreibung objektiv erkennbar und voraussehbar waren, also solche, die aus seiner eigenen Sphäre stammen, indem er etwa vor der Ausschreibung den Bedarf nicht zutreffend ermittelt hat und erst während des Vergabeverfahrens erkennt, dass er einen Auftragsgegenstand beschafft, der seinen Anforderungen nicht genügt.

Vgl. auch Dieck-Bogatzke, Probleme der Aufhebung der Ausschreibung, Ein Überblick über die aktuelle Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, VergabeR 2008, 392, 397.

Die Möglichkeit, bei einem sachlich gerechtfertigten Grund eine Ausschreibung vorzeitig beenden zu dürfen, ist notwendige Folge davon, dass es ein Zweck des Vergaberechts ist, der öffentlichen Hand eine die Bindung der ihr anvertrauten Mittel und das Gebot sparsamer Wirtschaftfführung beachtende Beschaffung zu angemessenen Preisen zu ermöglichen und die Situation der öffentlichen Hand in dieser Hinsicht durch eine neue Entscheidungsgrundlage zu verbessern.

*Vgl. auch BGH, Urteil vom 05.11.2002 – X ZR 232/00 – Umdruck
Seite 8 f.*

Nimmt man vor dem Hintergrund der zitierten Entscheidung des OLG München eine rechtswidrige Einstellung nur dann an, wenn privatrechtlich eine schuldhaftige Pflicht-

verletzung im vorvertraglichen Bereich gegeben ist, ist noch auf Folgendes hinzuweisen:

Auch nach länger andauernden Verhandlungen zu einem umfangreicheren Bauvertrag kann ein Verhandlungspartner sich grundsätzlich **ohne rechtliche Nachteile von den Verhandlungen zurückziehen**.

BGH, Urteil vom 07.12.2000 - VII ZR 360/98, NZBau 2001, 198 ff.

Ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss, der wegen Abbruchs von Vertragsverhandlungen geltend gemacht wird, kommt erst dann in Betracht, wenn ein Verhandlungspartner bei der Gegenseite zurechenbar das aus deren Sicht berechnete Vertrauen erweckt hat, der Vertrag werde mit Sicherheit zustande kommen, dann aber die Vertragsverhandlungen **ohne triftigen Grund abbricht**.

Ständige Rechtsprechung des BGH; BGH NJW-RR 1989, 627 m.w.N., BGH, NJW 1996, 1884 ff. m.w.N.

In letzterer Entscheidung heißt es ausdrücklich:

„Im Rahmen der Vertragsfreiheit hat jeder Vertragspartner bis zum Vertragsabschluss das Recht, von dem in Aussicht genommenen Vertragsabschluss Abstand zu nehmen. Aufwand, der in Erwartung des Vertragsabschlusses gemacht wird, erfolgt daher grundsätzlich auf eigene Gefahr. ... Nur wenn der Vertragsschluss nach den Verhandlungen zwischen den Parteien als sicher anzunehmen ist und in dem hierdurch begründeten Vertrauen Aufwendungen zur Durchführung des Vertrages vor dessen Abschluss gemacht wer-

den, können diese vom Verhandlungspartner unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen zu erstatten sein, wenn er den Vertragsabschluss später ohne triftigen Grund ablehnt.“

Zusammenfassend lässt sich formulieren:

Grundsätzlich darf jeder, der Vertragsverhandlungen führt, diese jederzeit ohne Angabe von Gründen abbrechen, da anderenfalls die Vertragsfreiheit erheblich eingeschränkt würde. Wer jedoch in einem anderen das Vertrauen erweckt, der beabsichtigte Vertrag werde mit **Sicherheit zustande kommen**, darf die Verhandlungen **nicht ohne triftigen Grund** abbrechen.

Ob vorliegend überhaupt das Vertrauen erweckt wurde, der Vertrag werde mit Sicherheit zustande kommen, kann ohne Einzelheiten der vertraulich zu behandelnden Vergabeverfahren hier gutachterlich nicht abschließend beurteilt werden. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der entsprechende Vertrauenstatbestand im Verhandlungsverfahren zwischen den Vergabearten des Offenen oder Nichtoffenen Verfahrens einerseits und andererseits dem Wettbewerblichen Dialog anzusiedeln ist.

Hat der Auftraggeber sich entschlossen, das Offene Verfahren oder das Nichtoffene Verfahren zur Vergabe einer Bauleistung zu wählen, hat er grundsätzlich auch bei Sektorenauftragnehmern einen Vertrauenstatbestand dahingehend geschaffen, dass dieses Verfahren mit einem Zuschlag auf das annehmbarste, wirtschaftlich günstigste Angebot endet.

*Vgl. nur Heiermann/Müller/Franke, Kommentar zur VOB/A-SKR,
§ 10 Rn. 49.*

Demgegenüber ist das Scheitern des Verfahrens im Wettbewerblichen Dialog kein außergewöhnliches, unvorhergesehenes Ereignis, sondern immer eine mögliche Folge. Dies muss auch den Teilnehmern des Dialogs bewusst sein, weshalb kein Bieter Vertrauen darauf gründen kann.

Vgl. auch Opitz, VergabeR 2006, 451, 454.

Unabhängig von der Fragestellung des sicheren Zustandekommens ist die Einstellung von Verhandlungen jedoch immer rechtmäßig, wenn sie mit einem triftigen Grund begründet werden kann. Da noch keine vertragliche Bindung besteht, sind an das Vorliegen eines triftigen Grundes keine allzu hohen Anforderungen zu stellen.

Vgl. Kindl, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Auflage, Band 1, § 311 Rn. 34; Palandt/Grüneberg, Kommentar zum BGB, 68. Auflage, § 311 Rn. 32; OLG Celle, Urteil vom 16.03.2000, 13 U 132/99, zitiert nach juris.

Jede vernünftige Erwägung genügt vielmehr, um den Abbruch der Verhandlungen zu rechtfertigen.

Emmerich, in: Münchener Kommentar, 5. Auflage, § 311 Rn. 217.

Ein triftiger Grund liegt dagegen nicht vor, wenn Verhandlungen grundlos oder wegen vorgeschobener sachfremder Erwägungen abgebrochen werden.

Palandt/Grüneberg a.a.O., m.w.N.

Eine Beendigung der Verhandlungen durch notwendige Einstellung des Verhandlungsverfahrens würde vorliegend nicht ohne triftigen Grund geschehen. Die Einstel-

lung des Verhandlungsverfahrens würde vielmehr auf sachlichen Gründen beruhen, nämlich auf einer politisch angestoßenen Schlichtung und einer daraus resultierenden Neubewertung der Ausschreibungsgegenstände unter sorgfältiger Abwägung der damit verbundenen Vor- und Nachteile.

Vgl. auch OLG Brandenburg, VergabeR 2003, 168, 172.

Sie wäre mithin **rechtmäßig**. Eine rechtmäßige Einstellung des Verhandlungsverfahrens könnte vorliegend aus den dargestellten Gründen auch in Form einer Teileinstellung des Verhandlungsverfahrens für ein einzelnes Los in einem Vergabeverfahren erfolgen. Der Wortlaut des § 30 Satz 1 SektVO steht dem nicht entgegen.

a.A. Lischka, in: Müller-Wrede, Kommentar zur Sektorenverordnung, § 30 Rn. 30.

Dies folgt auch aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Eine Teileinstellung könnte insoweit ein milderes Mittel als die vollständige Einstellung eines Verhandlungsverfahrens sein.

III Hilfsweise Untersuchung, welche primärrechtlichen bzw. sekundärrechtlichen Ansprüche Bieter der jetzigen Verfahren bei Rechtswidrigkeit einer Einstellung des Verfahrens gegebenenfalls geltend machen könnten

Folgt man dem unter II erarbeiteten Ergebnis nicht, dass in den hier zu prüfenden Ausschreibungsverfahren die Einstellung der Verhandlungsverfahren begründet rechtmäßig erfolgen kann, so ist hilfsweise zu untersuchen, ob Bieter durch die Einstellung in subjektiven Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB verletzt sein können und mithin noch ein Nachprüfungsverfahren einleiten bzw. zumindest Schadensersatzansprüche vor den Zivilgerichten geltend machen könnten.

1 Erfolg möglicher Nachprüfungsverfahren?

Nach zwischenzeitlich wohl einhelliger Rechtsauffassung

Vgl. EuGH, VergabeR 2002, 361, 367; BGH, Beschluss vom 18.02.2003 – X ZB 43/02, Vergaberecht 2003, 313; Portz, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOB/A, § 17 Rn. 51 ff. m.w.N.

kann auch die Aufhebung der Aufhebung bzw. Einstellung in bestimmten Fällen im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren erreicht werden.

Der vorzitierte Beschluss des Bundesgerichtshofes hat insoweit folgenden Leitsatz:

„Auch wenn ein öffentlicher Auftraggeber die Ausschreibung für einen Bauauftrag aufgehoben hat, kann ein Bewerber noch in zulässiger Weise die Vergabekammer anrufen und geltend machen, durch Nichtbeachtung der die Aufhebung betreffenden Vergabevorschrift in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein.“

BGH, a.a.O..

Mit Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 16.10.2003

VergabeR 2004, 592

hat dieser aber auch entschieden:

„Die EG-Vergaberichtlinien sind dahin auszulegen, dass ein Öffentlicher Auftraggeber ein von ihm eingeleitetes Verfahren zur Auftragsvergabe abbrechen kann, ohne den Auftrag zu vergeben, wenn er nach Prüfung und Vergleich der Angebote feststellt, dass die Ausschreibungsbedingungen es aufgrund von Fehlern, die ihm bei seiner vorher durchgeführten Bewertung selbst unterlaufen sind, nicht zulassen, den Auftrag in der wirtschaftlich günstigsten Weise zu vergeben.“

Bei nachträglich festgestellten unzumutbaren Lösungen ist von einem anerkenntniswerten sachlichen Grund für eine Beendigung des Verfahrens auszugehen (s.o. unter II).

Vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.03.2005 - VII Verg 75/04, zitiert nach juris; Dieck-Bogatzke, a.a.O., 392, 397.

Die Vergabenachprüfungsinstanzen dürfen in diesem Fall den öffentlichen Auftraggeber nicht anweisen, einem Bieter einen der Ausschreibung entsprechenden Auftrag zu erteilen. Dem stehen die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit entgegen.

Vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.10.2009 - VII-Verg 9/09, zitiert nach IBR-Online; OLG Brandenburg, Beschluss vom 02.10.2008, 12 U 91/08, zitiert nach IBR-Online.

Es gibt mithin in solchen Fällen keinen Anspruch des Bieters auf Wiederaufnahme des Vergabeverfahrens und Abschluss des Verfahrens durch Erteilung des Zuschlags.

Hinzukommt im vorliegenden Fall, dass eine Aufhebung der Einstellung ohnehin nur angeordnet werden könnte, wenn der Vergabewille des Auftraggebers fortbesteht.

Vgl. nur BGH, Beschluss vom 18.02.2003 – X ZB 43/02, VergabeR 2003, 313, 316.

Der Vergabewille besteht nicht fort, wenn der Auftraggeber endgültig und definitiv von dem ausgeschriebenen Ausschreibungsgegenstand Abstand nimmt.

Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.01.2005 - VII Verg 72/04, zitiert nach VERIS Vergaberechtinformationssystem; OLG Dresden, Beschluss vom 10.07.2003, WVerg 15/02, zitiert nach VERIS Vergaberechtinformationssystem.

Von einem nicht mehr fortbestehenden Vergabewillen wird man auch ausgehen müssen bei einer erheblichen Abänderung der Art oder des Umfangs der Leistung, so dass auch in diesem Fall eine Aufhebung der Einstellung nicht möglich ist.

Vgl. OLG Celle, Beschluss vom 22.05.2003 - 13 Verg 9/03, zitiert nach VERIS Vergaberechtinformationssystem.

Eine Vergabestelle kann nicht durch Entscheidung der Vergabekammer oder eines Vergabesenats gezwungen werden, eine Leistung zu vergeben, die sie zwar bei Ausschreibung, später jedoch keinesfalls mehr beschaffen will.

Bei wesentlichen erkannten notwendigen Änderungen der ursprünglichen Ausschreibungsgegenstände im Rahmen des Schlichtungsverfahrens „Stuttgart 21“ können deshalb Nachprüfungsverfahren durch Bieter **nicht** dazu führen, dass die Auftragge-

ber wieder **verpflichtet werden**, die **ursprünglichen Verhandlungsverfahren fortzuführen**. Primärrechtsschutz für betroffene Bieter lässt sich nicht erreichen.

2 Sekundärrechtsschutz betroffener Bieter auf Schadensersatz?

Vorstehend ist bereits untersucht und festgestellt worden, dass die Vergabenachprüfungsinstanzen in den vorliegenden Fällen nicht die Aufhebung der Einstellung der Verhandlungsverfahren anordnen können. Folge ist, dass für diese Sachverhalte nur die gegebenenfalls auszusprechende Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung der Einstellung in analoger Anwendung des § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB zum Tragen kommen könnte.

Vgl. nur Konrad, Der Rechtsschutz gegen die Aufhebung eines Vergabeverfahrens bei Fortfall des Vergabewillens, NZBau 2007, 287 ff. m.w.N.

Diese Feststellung kann allerdings für die nachfolgende Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch Bieter wesentlich sein.

Vgl. nur Portz, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOB/A, § 17 Rn. 58.

Denn eine entsprechende Entscheidung der Vergabekammer oder des Vergabese-nats hat für einen etwaigen späteren Schadensersatzprozess Bindungswirkung hinsichtlich des Verstoßes gegen bieterschützende Vergabevorschriften.

Vgl. insoweit nur Röwekamp, in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2. Auflage, § 124 Rn. 7 f.

Daneben könnten Bieter auch unmittelbar Schadensersatzforderungen vor den Zivilgerichten geltend machen.

Schadensersatzansprüche können sowohl auf das negative Interesse (Aufwendungsersatz) als auch auf das sogenannte positive Interesse (Erfüllungsinteresse bzw. entgangener Gewinn) gerichtet sein.

2.1 Ersatz des positiven Interesses?

Was die in Frage kommenden Schadensersatzanspruchsgrundlagen betrifft, so sind für den Ersatz des positiven Interesses nur die Anspruchsgrundlagen der §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 3 BGB (culpa in contrahendo) einschlägig.

Verlangt ein nicht zum Zuge gekommenes Unternehmen Ersatz des positiven Interesses, können ein entgangener Gewinn oder das Ausbleiben anderer Vorteile allerdings nicht ohne Weiteres der geschehenen Pflichtverletzung zugerechnet werden. Denn bei mehreren Interessenten kann immer nur ein Unternehmen den Gewinn oder andere Vorteile aus dem Auftrag erzielen. Aus Gründen des allgemeinen Vertragsrechts, in dessen Rahmen auch ein öffentlicher Auftraggeber rechtsgeschäftlich tätig wird, kann außerdem aus der Kundgabe eines Bedarfs oder selbst aus der Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht abgeleitet werden, dass der Auftrag tatsächlich vergeben wird oder gar vergeben werden muss.

Ständige Rechtsprechung, z.B. BGH, VergabeR 2003, 313 m.w.N.

Zum Vermögen eines Antragstellers kann deshalb die Aussicht, einen Gewinn oder ein anderes positives Interesse zu realisieren, regelmäßig nur dann gehören, wenn der Auftrag tatsächlich erteilt wurde und es bei ordnungsgemäßer Vergabe der Anspruchsteller gewesen wäre, der den Auftrag hätte erhalten müssen. Außerdem lässt

sich das positive Interesse am Auftrag in einer dem Schutzzweck der §§ 280 Abs. 1, 281 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB entsprechenden Weise nur dann als ersatzfähiger Schaden des interessierten Unternehmens einordnen, wenn dieses sowohl darauf vertrauen durfte, dass der Auftraggeber den Auftrag tatsächlich erteilt,

vgl. BGH, BauR 1998, 1232,

als auch darauf, dass das eigene Angebot den Zuschlag erhalten werde.

Vgl. BGH, VergabeR 2002, 463.

Ein Ersatz des positiven Interesses kommt deshalb regelmäßig nur dann in Betracht, wenn kumulativ feststeht, dass der betreffende Auftrag tatsächlich an einen Dritten vergeben worden ist,

BGH, Urteil vom 18.09.2007 – X ZR 89/04 m.w.N., NZBau 2008, 137, 138 ,

und der Anspruchsteller den Auftrag hätte erhalten müssen,

BGH, Urteil vom 18.09.2007, a.a.O.; OLG Brandenburg, IBR 2007, 212,

wenn es nicht zu dem Pflichtenverstoß gekommen und das Vergabeverfahren auch ansonsten ordnungsgemäß durchgeführt worden wäre.

Die hiernach erforderliche Vergabe des Auftrags an einen Dritten ist gegeben, wenn der Auftraggeber mit einem oder mehreren Unternehmen einen Vertrag oder mehrere Verträge abgeschlossen hat und dieser Vertrag oder – bei mehreren – die abge-

schlossenen Verträge insgesamt bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise **den gleichen Auftragsgegenstand** wie die ausgeschriebenen Leistungen betrifft/betreffen.

BGH, VergabeR 2004, 480; BGH, NJW 1998, 3640.

Hierzu sind die ausgeschriebenen und die tatsächlich (später) in Auftrag gegebenen Leistungen zu vergleichen, nicht dagegen die vor der Ausschreibung bestehenden Verhältnisse mit denen, die sich durch die Auftragsvergabe ergeben.

BGH, VergabeR 2004, 480.

Die **erforderliche Übereinstimmung fehlt**, wenn der vergebene Auftrag im Vergleich zu dem ausgeschriebenen Vorhaben **wesentliche Änderungen aufweist**,

vgl. BGH, VergabeR 2006, 889; BGH, VergabeR 2004, 480

etwa weil Leistungen anderer technischer Beschaffenheit, mit anderem äußerem Erscheinungsbild oder mit geringerem Wert vergeben werden. So hat der BGH bei einer Ausschreibung der Herstellung eines Gebäudes in Verblendmauerwerk die Vergabe der Erd-, Maurer- und Betonarbeiten für ein mit einem Wärmedämmputz versehenes Gebäude nicht ausreichen lassen.

BGH, VergabeR 2003, 163.

Bei den hier zu prüfenden wesentlichen Änderungen der ursprünglichen Ausschreibungsgegenstände kann von dem gleichen Auftragsgegenstand nicht die Rede sein, so dass Ansprüche auf Ersatz des positiven Interesses nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht in Betracht kommen werden.

2.2 Ersatz des negativen Interesses?

Als Anspruchsgrundlage für den Ersatz des negativen Interesses kommt neben den §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 3 BGB (culpa in contrahendo) in erster Linie noch § 126 GWB in Betracht. Diese Vorschrift lautet:

„Hat der Auftraggeber gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift verstoßen und hätte das Unternehmen ohne diesen Verstoß bei der Wertung der Angebote eine echte Chance gehabt, den Zuschlag zu erhalten, die aber durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde, so kann das Unternehmen Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme an einem Vergabeverfahren verlangen. Weiterreichende Ansprüche auf Schadensersatz bleiben unberührt.“

Der BGH hat im Rahmen der Anspruchsgrundlage gemäß § 126 GWB entschieden, dass eine echte Chance auf den Zuschlag nur dann zu bejahen sei, wenn eine besonders qualifizierte Aussicht auf die Zuschlagserteilung bestehe. Dies sei der Fall, wenn das Angebot nach dem dem Auftraggeber zustehenden Wertungsspielraum den Zuschlag hätte erhalten können.

BGH, VergabeR 2008, 219.

Eine solche Bezuschlagung ist, wenn beispielsweise nur der Preis das Zuschlagskriterium darstellt, nur auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis möglich. Sind dagegen mehrere Zuschlagskriterien vorhanden, fehlt es unter Umständen an dieser Eindeutigkeit. Daraus folgt zugleich, dass im Einzelfall durchaus auch mehrere Unternehmen schadensersatzberechtigt sein können, auch wenn tatsächlich nur ein einziger Bieter den Zuschlag erhalten kann.

Vgl. auch Verfürth, in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2. Auflage, § 126 Rn. 17.

Ein Verstoß gegen bieterschützende Bestimmungen zum Nachteil eines nachrangigen Bewerbers wird deshalb regelmäßig nicht kausal für den bei ihm durch die Angebotsaufwendungen zu bezeichnenden Vermögensverlust sein. So heißt es in der Entscheidung des BGH vom 27.11.2007:

„Allerdings kommt ein Anspruch aus c.i.c. aus Gründen, die in der Natur der Sache liegen, regelmäßig allein für den Bieter in Betracht, der ohne den Verstoß den Zuschlag erhalten hätte. Das Ausschreibungsverfahren ist seinem Gegenstand nach ein Wettbewerbsverfahren, bei dem sich die unter Umständen beträchtlichen Aufwendungen der Bieter für die Erstellung der Angebotskosten nur beim Gewinner amortisieren, während sie bei den übrigen Teilnehmern regelmäßig kompensationslos verloren sind. Ein Verstoß gegen bieterschützende Bestimmungen zum Nachteil eines nachrangigen Bewerbers wird deshalb regelmäßig nicht kausal für den bei ihm durch die Angebotsaufwendungen zu verzeichnenden Vermögensverlust sein. Dies gilt aber nicht ausnahmslos.

Der Senat hat im Urteil vom 27.06.2007 entschieden, dass einem Bieter, der den Zuschlag nicht erhalten hat, gleichwohl ein Anspruch auf Ersatz solcher Aufwendungen zustehen kann, die er nicht getätigt hätte, wenn die Vergabestelle ihm rechtzeitig bestimmte Informationen erteilt hätte.

Vergleichbar verhält es sich nach Art des in Rede stehenden Verstoßes hier. Der Einwand, die einem Bieter entstandenen Angebotskosten wären nur dann nicht nutzlos gewesen, wenn er als Sieger aus dem Vergabewettbewerb hervorgegangen wäre, so dass Ersatz des Vertrauensschadens auch nur unter dieser Prämisse verlangt werden kann, greift nicht, wenn der Bieter ohne Vertrauen auf die – nicht gegebene – Rechtmäßigkeit der Einleitung gar kein Angebot oder ein solches nur unter anderen Voraussetzungen eingereicht hätte. In einer solchen Fallgestaltung wären die Angebotskosten bei hinweg gedachtem Vertrauenstatbestand unabhängig vom Ausgang des Wettbewerbs nicht entstanden. Deshalb kommen bei einer solchen Sachlage auch solche Bieter als Gläubiger eines auf das negative Interesse gerichteten Schadensersatzanspruchs in Betracht, die den Zuschlag nicht erhalten oder keine echte Chance darauf gehabt hätten.

Dieser Anspruch steht einem Bieter – seine Ableitung entsprechend – aber nur dann zu, wenn er die Kosten ohne Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit nicht oder nicht so wie geschehen aufgewendet hätte. Die Haftung des Auftraggebers knüpft an das schutzwürdige Vertrauen der Bieter in den rechtmäßigen Ablauf des Vergabeverfahrens an. ...“

Für den auf Ersatz des negativen Interesses gerichteten Schadensersatzanspruch nach culpa in contrahendo ist mithin im Hinblick auf die Entstehung des erforderlichen Schadens entweder Voraussetzung, dass der Anspruchsteller den Auftrag ohne den Pflichtenverstoß bei objektiv richtiger Anwendung aller maßgeblichen Regeln unter Beachtung des dem Auftraggeber gegebenenfalls zukommenden Wertungsspielraums hätte erhalten müssen oder es ist notwendig und – bei Streit – nachzu-

weisen, dass der Anspruchsteller sich zu den Aufwendungen bereit fand, weil er tatsächlich mit dem Pflichtenverstoß des Anspruchsgegners nicht gerechnet hat und in Kenntnis des Verstoßes die streitigen Aufwendungen nicht getätigt, sprich sich nicht am Ausschreibungsverfahren beteiligt hätte.

Der Kreis möglicher Ersatzberechtigter lässt sich vor diesem Hintergrund ohne Kenntnis näherer Einzelheiten des Verfahrens nicht belastbar bestimmen. Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass jeweils nicht nur ein Bieter, sondern mehrere Bieter die Kosten der Vorbereitung des Angebots und der Teilnahme an dem Vergabeverfahren geltend machen könnten, wenn entgegen der hier vertretenen Ansicht die Einstellung der Verhandlungsverfahren als rechtswidrig festgestellt würde.

IV Zusammenfassung und Ergebnis

Die zentralen Baupläne des Projektes „Stuttgart 21“ sind im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens europaweit bekannt gemacht und ausgeschrieben worden. Anzuwendende Rechtsgrundlagen sind im Wesentlichen der 4. Teil des GWB und die Sektorenverordnung (SektVO).

Ungeachtet der in einem Verhandlungsverfahren eröffneten Spielräume erlauben Verhandlungsverfahren nicht, die Identität des Beschaffungsvorhabens grundsätzlich zu ändern und damit andere Leistungen zu beschaffen als mit der Bekanntmachung angekündigt. Führt das Ergebnis der Schlichtung mithin zu wesentlichen Änderungen des Ausschreibungskonzeptes, so könnten die Ausschreibungen nicht aufrecht erhalten, sondern müssten beendet und gegebenenfalls in anderer Form neu ausgeschrieben werden.

Nach § 30 Satz 1 SektVO können Verhandlungsverfahren eingestellt werden. In der Vorschrift sind dafür keine konkreten Voraussetzungen genannt. Die Rechtspraxis zu § 17 VOB/A (nach früherem Recht § 26 VOB/A), nach der für eine Aufhebung bestimmte Gründe nachzuweisen sind, ist grundsätzlich irrelevant. Zu beachten sind lediglich die Allgemeinen Grundsätze des europäischen und deutschen Vergaberechts, nämlich Transparenz, Willkürverbot und Vertrauensschutz. Umstände, die auch bei privaten Auftraggebern einen Abbruch von Vertragsverhandlungen zulassen, sind hier zu akzeptieren.

Die Einstellung der Verhandlungsverfahren würde auf sachlichen Gründen beruhen, nämlich auf einer politisch angestoßenen Schlichtung und einer daraus resultierenden Neubewertung der Ausschreibungsgegenstände unter sorgfältiger Abwägung der damit verbundenen Vor- und Nachteile. Die Möglichkeit, bei einem sachlich gerechtfertigten Grund eine Ausschreibung vorzeitig beenden zu dürfen, wäre notwendige Folge davon, dass es ein Zweck des Vergaberechts ist, der öffentlichen Hand eine/die Bindung der ihr anvertrauten Mittel und das Gebot sparsamer Wirtschaftsführung beachtende Beschaffung zu ermöglichen.

Schadensersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss, welche wegen Abbruchs von Vertragsverhandlungen geltend gemacht werden, kommen erst dann in Betracht, wenn ein Verhandlungspartner bei der Gegenseite zurechenbar das aus deren Sicht berechnete Vertrauen erweckt hat, der Vertrag werde mit Sicherheit zustande kommen, dann aber die Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund abbricht.

Sachliche Gründe würden hier jedoch vorliegen, so dass die Einstellung der Verhandlungsverfahren als rechtmäßig beurteilt werden könnte und keine Schadensersatzansprüche auslösen würde.

Bei erkannten notwendigen wesentlichen Änderungen der ursprünglichen Ausschreibungsgegenstände könnten auch Nachprüfungsverfahren durch Bieter nicht dazu führen, dass die Auftraggeber wieder verpflichtet würden, die ursprünglichen Verhandlungsverfahren fortzuführen.

Abschließend ist hilfsweise darauf hinzuweisen, dass ein Ersatz des positiven Interesses (entgangener Gewinn) an potentiell klagende Bieter ohnehin auch deshalb rechtlich überhaupt nicht in Frage kommt, weil nicht mehr oder mit wesentlichen Änderungen vergeben wird. Sollte entgegen der hier vertretenen Ansicht die Einstellung der Verhandlungsverfahren als rechtswidrig festgestellt werden, kämen überhaupt nur auf das negative Interesse gerichtete Schadensersatzansprüche (Erstattung der Kosten der Vorbereitung des Angebots und der Teilnahme an dem Vergabeverfahren) in Betracht.

Düsseldorf, den 24.11.2010



Dr. Hans-Peter Kulartz
Rechtsanwalt