



---

**Ausarbeitung**

---

**Aufhebung von Vergabeverfahren**  
Voraussetzungen und Rechtsfolgen

**Aufhebung von Vergabeverfahren**

## Voraussetzungen und Rechtsfolgen

Aktenzeichen:	WD 7 - 3000 - 157/18
Abschluss der Arbeit:	26. Juli 2018
Fachbereich:	WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Umweltschutzrecht, Bau und Stadtentwicklung

---

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

---

## Inhaltsverzeichnis

<b>1.</b>	<b>Überblick</b>	<b>4</b>
<b>2.</b>	<b>Voraussetzungen der Aufhebung</b>	<b>5</b>
2.1.	Kein Angebot, das den Bedingungen entspricht (§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VgV)	5
2.2.	Wesentliche Änderung der Grundlage des Vergabeverfahrens (§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VgV)	5
2.3.	Kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt (§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VgV)	8
2.4.	Andere schwerwiegende Gründe (§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VgV)	10
<b>3.</b>	<b>Schadensersatzpflichten bei rechtswidriger Aufhebung</b>	<b>10</b>
3.1.	§ 181 Satz 1 GWB	11
3.2.	§ 181 Satz 2 GWB	13
3.2.1.	§ 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB	13
3.2.2.	§ 823 Abs. 2 BGB	15
3.2.3.	§ 823 Abs. 1 BGB	16
3.2.4.	§ 826 BGB	16

## 1. Überblick

§ 63 Abs. 1 Satz 1 der Vergabeverordnung (VgV)<sup>1</sup> regelt, unter welchen Voraussetzungen ein Vergabeverfahren aufgehoben werden darf. Das Fehlen von Genehmigungen oder Finanzmitteln, welche für die Durchführung des Vorhabens, auf das sich das Vergabeverfahren bezieht, erforderlich sind, können als wesentliche Änderung der Vergabegrundlage grundsätzlich gemäß § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VgV zur Aufhebung des Vergabeverfahrens berechtigen. Entsprechendes gilt für die Änderung des Beschaffungsbedarfs und die vollständige Aufgabe des Vergabewillens. Allerdings müssen diese Änderungen nachträglich eingetreten sein und sie dürfen nicht vom Auftraggeber selbst zu vertreten sein; willkürliche Motivänderungen des Auftraggebers sollen nicht zur Aufhebung berechtigen. Eine Aufhebung darf gemäß § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VgV ferner grundsätzlich auch dann erfolgen, wenn selbst das Angebot mit dem besten Preis-Leistungsverhältnis noch deutlich über dem Marktpreis liegt. Umstritten ist allerdings, ob die Behauptung einer solchen Diskrepanz auch auf eine nachträglich erstellte Kostenschätzung gestützt werden kann (siehe im Einzelnen unter 2.).

Eine von § 63 Abs. 1 Satz 1 VgV nicht gedeckte Aufhebung ist rechtswidrig und kann Schadenersatzansprüche der Teilnehmer des Vergabeverfahrens gegen die Vergabestelle bzw. gegen die sie tragende juristische Person zur Folge haben. Hierfür kommen grundsätzlich mehrere Anspruchsgrundlagen in Betracht. Mit Blick auf die Anspruchsvoraussetzungen ist § 181 Satz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)<sup>2</sup> aus Sicht des Anspruchstellers am günstigsten, da er weder ein Verschulden des öffentlichen Auftraggebers voraussetzt noch den Nachweis, dass der Anspruchsteller, wäre das Vergabeverfahren nicht aufgehoben worden, den Zuschlag hätte erhalten müssen. Es genügt, dass der Anspruchsteller eine „echte Chance“ auf den Zuschlag gehabt hätte. Der Nachteil des § 181 Satz 1 GWB aus Sicht des Anspruchstellers ist jedoch, dass diese Anspruchsgrundlage nur Ersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme an dem Vergabeverfahren – das sog. negative Interesse – gewährt, nicht aber einen Anspruch auf das positive Interesse, also den Gewinn, den der Anspruchsteller, hätte er den Auftrag erhalten, mit diesem generiert hätte. Um entgangenen Gewinn einzufordern, müsste der Anspruchsteller seinen Schadenersatzanspruch entweder auf eine deliktische Anspruchsgrundlage (§ 823 Abs. 1, Abs. 2 oder § 826 BGB) stützen oder auf die Verletzung einer vorvertraglichen Rücksichtnahmepflicht des Auftraggebers (§ 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB – sog. *culpa in contrahendo*). Insbesondere die zuletzt genannte Anspruchsgrundlage hat im Vergaberecht große praktische Bedeutung erlangt. Voraussetzung für einen Ersatz des entgangenen Gewinns ist allerdings, dass der Anspruchsteller nachweist, dass er, wäre das Vergabeverfahren nicht aufgehoben worden, den Zuschlag hätte erhalten müssen. Ferner soll es entgangenen Gewinn im Falle einer Aufhebung des Vergabeverfahrens nur dann geben, wenn es nach der Aufhebung überhaupt noch zu der Vergabe eines entsprechenden Auftrags oder eines wirtschaftlich gleichwertigen gekommen ist. In Fällen, in denen der Auftraggeber seine Beschaffungsabsicht endgültig aufgibt, kann entgangener Gewinn also selbst aus *culpa in contrahendo* nicht verlangt werden (siehe im Einzelnen unter 3.).

---

1 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. April 2016 (BGBl. I 2016 S. 624).

2 In der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, ber. S. 3245), zuletzt geändert durch Gesetz vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151).

## 2. Voraussetzungen der Aufhebung

§ 63 Abs. 1 Satz 1 hat folgenden Wortlaut:

*Der öffentliche Auftraggeber ist berechtigt, ein Vergabeverfahren ganz oder teilweise aufzuheben, wenn*

- 1. kein Angebot eingegangen ist, das den Bedingungen entspricht,*
- 2. sich die Grundlage des Vergabeverfahrens wesentlich geändert hat,*
- 3. kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde oder*
- 4. andere schwerwiegende Gründe bestehen.*

### 2.1. Kein Angebot, das den Bedingungen entspricht (§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VgV)

Unter „Bedingungen“ werden hier nicht nur die Bewerbungsbedingungen im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VgV verstanden, sondern die Gesamtheit aller Voraussetzungen, die ein Angebot erfüllen muss, um für den Zuschlag in Betracht zu kommen. Dazu gehören Anforderungen, die sich aus der Bekanntmachung oder aus den Vertragsunterlagen ergeben (§ 29 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 VgV), ebenso wie Anforderungen, die sich unmittelbar aus Gesetz- oder Verordnungsrecht ergeben, ohne in den Vergabeunterlagen erwähnt zu werden.<sup>3</sup>

Umstritten ist, ob eine Aufhebung nach § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VgV nur in den Verfahrensarten und -stadien möglich ist, in denen überhaupt Angebote abzugeben waren. Bejaht man das, so käme etwa bei einem Verhandlungsverfahren, das bereits vor der Angebotsabgabe im Teilnahmewettbewerb aus Mangel an ordnungsgemäßen Bewerbungen steckengeblieben ist, eine Aufhebung nach § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VgV nicht in Betracht. Es wäre dann allerdings eine Aufhebung nach § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VgV („andere schwerwiegende Gründe“) zu prüfen.<sup>4</sup>

### 2.2. Wesentliche Änderung der Grundlage des Vergabeverfahrens (§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VgV)

Eine wesentliche Änderung der Grundlage des Vergabeverfahrens liegt vor, wenn es für den Auftraggeber **objektiv sinnlos oder unzumutbar** wäre, das Vergabeverfahren mit einem Zuschlag zu beenden.<sup>5</sup> Die zur Sinnlosigkeit oder Unzumutbarkeit führenden Umstände müssen allerdings **nachträglich**, also nach Einleitung des Vergabeverfahrens, **eingetreten oder** für den Auftraggeber

---

3 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 25.

4 Vgl. Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 24.

5 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 29 m. w. N.; Hofmann/Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 63 VgV Rn. 49.

erstmal **erkennbar** geworden sein.<sup>6</sup> Schließlich dürfen sie nach überwiegender Auffassung nicht vom Auftraggeber zu vertreten, d.h. **nicht** von ihm **vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt** worden sein.<sup>7</sup> Die Umstände, die dazu führen, dass die Fortführung des Vergabeverfahrens für den Auftraggeber sinnlos oder unzumutbar wird, können rechtlicher, technischer, zeitlicher oder wirtschaftlicher Natur sein.<sup>8</sup>

Als wesentliche Änderungen in rechtlicher Hinsicht kommen insbesondere Leistungshindernisse sowohl seitens des Auftraggebers als auch seitens der Auftragnehmer in Betracht, welche die Erfüllung des zu vergebenden Vertrages unmöglich machen.<sup>9</sup> Darunter können beispielsweise **Änderungen von Rechtsvorschriften**<sup>10</sup> oder eine **Haushaltssperre**<sup>11</sup> fallen. Auch die **Verweigerung erforderlicher Genehmigungen** oder vergleichbar wirkende **Entscheidungen durch Behörden oder Gerichte** können den Aufhebungstatbestand des § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VgV erfüllen.<sup>12</sup> War dem Auftraggeber die Genehmigungsbedürftigkeit bei Einleitung des Vergabeverfahrens hingegen bekannt bzw. hätte sie ihm bekannt sein müssen, soll die Annahme einer wesentlichen Änderung im Sinne von § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VgV allerdings ausscheiden, sofern er bei Einleitung des Vergabeverfahrens nicht auf die Genehmigungsbedürftigkeit hingewiesen hat.<sup>13</sup>

Eine wesentliche Änderung der Vergabegrundlage soll auch in einer **Änderung des Beschaffungsbedarfs** liegen können.<sup>14</sup> Voraussetzung hierfür sei allerdings, dass das Festhalten an dem ursprünglichen Beschaffungsbedarf für den Auftraggeber objektiv sinnlos oder unzumutbar ist.<sup>15</sup> Bei einer **vollständigen Aufgabe des Vergabewillens** soll das immer der Fall sein.<sup>16</sup> Halte der

- 
- 6 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 29 m. w. N.; Hofmann/Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 63 VgV Rn. 49.
- 7 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 29 m. w. N. Allgemein zum Erfordernis des Nicht-Vertreten-Müssens für alle Aufhebungsgründe des § 63 I 1 VgV siehe Hofmann/Summa, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 63 VgV Rn. 21 ff. m. w. N. und Ley, Vergabehandbuch für Lieferungen und Dienstleistungen, 30. Update 2/2018, unter „3.1.2 Sicherung der Finanzierung“.
- 8 So BKartA, Beschluss vom 08. Februar 2011 – VK 2 - 134/10 –, juris (Orientierungssatz zu 2. und Rn. 128) zu § 26 Nr. 1b) VOL/A a. F.; ähnlich Hofmann/Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 63 VgV Rn. 49.
- 9 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 30 f., 35 m. w. N.
- 10 Z.B. die Änderung eines Bebauungsplans, so dass das zu vergebende Bauvorhaben nicht mehr ausgeführt werden kann, vgl. Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 34.
- 11 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 35.
- 12 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 36.
- 13 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 36 m. w. N.
- 14 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 37.
- 15 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 38.
- 16 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 38.

Auftraggeber den Beschaffungsbedarf hingegen dem Grunde nach aufrecht und ändere ihn lediglich in seiner Ausgestaltung, sei nach Ausmaß und Bedeutung der Änderung abzugrenzen.<sup>17</sup> Entscheidend sei hierbei, ob das geänderte Beschaffungsziel des Auftraggebers im laufenden Vergabeverfahren ohne wesentliche Änderungen erreicht werden könne.<sup>18</sup> Bedinge die Änderung des Beschaffungsziels einen erheblichen Eingriff in das laufende Verfahren, etwa indem alle Bieter oder sonstigen Interessenten ohne Aufhebung erneut zur Angebotsabgabe aufgefordert werden müssten, handele es sich um eine wesentliche Änderung.<sup>19</sup> All das berechtige jedoch – wie sonst auch – nur dann zu einer Aufhebung des Vergabeverfahrens, wenn die Änderung des Beschaffungsbedarfs nachträglich eingetreten und vom Auftraggeber nicht zu vertreten sei.<sup>20</sup> Auf willkürliche Änderungen des Beschaffungsbedarfs und bloße Motivänderungen könne eine Aufhebung nach § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VgV daher nicht gestützt werden.<sup>21</sup> Sei die Änderung des Beschaffungsbedarfs hingegen auf vom Auftraggeber nicht beeinfluss- und vorhersehbare Umstände zurückzuführen, habe dieser die Änderung nicht zu vertreten.<sup>22</sup> Im Falle des Baus eines Schulgebäudes könnten das z.B. neue Erkenntnisse zur künftigen Entwicklung der Schülerzahlen sein.<sup>23</sup>

Eine wesentliche Änderung der Vergabegrundlage kann ferner dann vorliegen, wenn sich das ursprüngliche Beschaffungsvorhaben mit der anfangs dafür vorgesehenen Finanzierung nicht verwirklichen lässt, etwa wegen erheblichen **Preissteigerungen** auf den Rohstoffmärkten, einer nicht gewährten **Förderung** oder unerwartet **ausbleibender Haushaltsmitteln**.<sup>24</sup> In solchen Fällen sei allerdings besonders sorgfältig zu prüfen, ob die maßgeblichen Umstände nachträglich eingetreten und vom Auftraggeber nicht zu vertreten seien.<sup>25</sup> Leite der Auftraggeber ein Vergabeverfahren ein, obwohl die Finanzierung des Vorhabens nicht gesichert sei und lege er das nicht offen, könne er eine wesentliche Änderung der Vergabegrundlage nicht geltend machen.<sup>26</sup>

---

17 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 38.

18 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 38.

19 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 38.

20 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 39.

21 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 39.

22 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 39.

23 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 39.

24 Vgl. Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 40 m. w. N.; Portz, in: Kulartz/ Marx/ Portz/ Prieß, Kommentar zur VOL/A, 2007, § 26 VOL/A Rn. 40; ferner in Bezug auf ausbleibende Haushaltsmittel OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juni 2013 – VII-Verg 2/13 –, juris (Rn. 37) m. w. N.

25 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 40.

26 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 40.

### 2.3. Kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt (§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VgV)

Dieser Aufhebungsgrund liegt vor, wenn auch das (die Zuschlagskriterien erfüllende) Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis unwirtschaftlich ist.<sup>27</sup>

Einigkeit besteht darin, dass die Beurteilung dieser Frage einerseits nicht in das vollständige Belieben des Auftraggebers gestellt werden kann, da § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VgV andernfalls eine Einfallstor für unrealistische und wirklichkeitsferne Wirtschaftlichkeitsvorstellungen des Auftraggebers und somit letztlich für willkürliche Aufhebungsentscheidungen böte.<sup>28</sup> Daher wird in der Praxis häufig der Marktpreis als „objektives“ Kriterium für die Prüfung der Wirtschaftlichkeit des Verfahrensergebnisses herangezogen.<sup>29</sup> Ein unwirtschaftliches Ergebnis liegt hiernach vor, wenn das **beste Angebot in nicht ganz unerheblichem Maße über dem Marktpreis** liegt.<sup>30</sup>

Es wird aber auch darauf hingewiesen, dass ein alleiniges Abstellen auf den Marktpreis oder sonstige „objektive Kriterien“ nicht in allen Fällen angemessen sei und die subjektiven Wirtschaftlichkeitsvorstellungen des Auftraggebers nicht gänzlich unberücksichtigt bleiben dürften.<sup>31</sup> So könne es eine Vielzahl triftiger Gründe dafür geben, dass ein Auftraggeber damit rechne, mit einem Vergabeverfahren ein deutlich besseres Ergebnis als den Marktpreis zu erzielen, etwa weil er die begründete Erwartung hege, dass der von ihm zu vergebende Auftrag von den interessierten Unternehmen als prestigeträchtig wahrgenommen werde und die Bieter deshalb zu marktunüblichen Konditionen veranlasse.<sup>32</sup> Auch wenn diese Erwartung enttäuscht werde, müsse eine Aufhebung wegen „Unwirtschaftlichkeit“ grundsätzlich möglich sein.<sup>33</sup>

**Bildet der Marktpreis den Vergleichsmaßstab**, muss er methodisch zutreffend ermittelt worden sein.<sup>34</sup> Dabei kann auf Erfahrungen aus früheren Vergabeverfahren mit einem vergleichbaren Be-

---

27 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 44.

28 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 45.

29 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 46.

30 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 46.

31 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 45.

32 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 45.

33 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 45.

34 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 47.



schaffungsgegenstand zurückgegriffen werden, ferner auf Preislisten in Frage kommender Anbieter, Sachverständigengutachten oder Kostenschätzungen<sup>35</sup> Die **Kostenschätzung** muss ordnungsgemäß und **mit der gebotenen Sorgfalt** erstellt worden sein.<sup>36</sup> Das setzt eine zutreffende Tatsachengrundlage nach Maßgabe der zum Aufstellungszeitpunkt vorliegenden und erkennbaren Daten sowie die Anwendung von **Methoden** voraus, **die „ein wirklichkeitsnahes Schätzungsergebnis ernsthaft erwarten lassen.“**<sup>37</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss das **beste zuschlagsfähige Angebot** „in der Regel **ganz beträchtlich über dem Schätzungsergebnis** liegen, um die Aufhebung zu rechtfertigen“.<sup>38</sup> In der Literatur ist als Faustformel eine Abweichung von 20 Prozent genannt worden.<sup>39</sup> Der BGH ist hingegen der Auffassung, dass sich allgemeinverbindliche Werte nach Höhe oder Prozentsätzen insoweit nicht festlegen ließen. Erforderlich sei vielmehr eine alle relevanten Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Interessenabwägung.<sup>40</sup> Dabei dürfe einerseits den öffentlichen Auftraggebern nicht das „Risiko einer deutlich überhöhten Preisbildung weit jenseits einer vertretbaren Schätzung der Auftragswerte“ auferlegt werden, andererseits aber dürfe die vorzeitige Aufhebung des Verfahrens nicht zu einem „für die Vergabestellen latent verfügbaren Instrument zur Korrektur“ von Verfahrensergebnissen werden.<sup>41</sup>

**Unterschiedlich beantwortet wird die Frage, ob die für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit maßgebliche Marktpreisermittlung oder Kostenschätzung bereits bei Beginn des Vergabeverfahrens vorgelegen haben muss.**<sup>42</sup> In einigen Entscheidungen wird angenommen, dass „die voraussichtlichen Kosten für die Ausführung der Leistung vorab ordnungsgemäß kalkuliert“ worden sein müssen, damit die Vergabestelle den ihr obliegenden Nachweis der Unwirtschaftlichkeit mit Erfolg führen könne.<sup>43</sup> Dagegen wird im wissenschaftlichen Schrifttum eine während des laufenden Verfahrens ordnungsgemäß erstellte Kostenschätzung für zureichend erachtet, weil § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VgV in zeitlicher Hinsicht auf die Wirtschaftlichkeit des Verfahrensergebnisses und nicht auf die „früheren Vorstellungen des Auftraggebers“ abstelle.<sup>44</sup>

---

35 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 47; Hofmann/Summa, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 63 VgV Rn. 62.

36 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 47 m. w. N.

37 Vergabekammer Südbayern, Beschluss vom 29. Januar 2018 – Z3-3-3194-1-53-11/17 –, juris; Hofmann/Summa, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 63 VgV Rn. 62.

38 BGH, Urteil vom 20. November 2012 – X ZR 108/10 –, jurisRn. 21 a. E..

39 Hofmann/Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 63 VgV Rn. 65.

40 BGH, Urteil vom 20. November 2012 – X ZR 108/10 –, jurisRn. 21.

41 BGH, Urteil vom 20. November 2012 – X ZR 108/10 –, jurisRn. 21.

42 Vgl. Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 47 m.w.N.

43 So Vergabekammer bei der Bezirksregierung Lüneburg, Beschluss vom 14. April 2011 – VgK-09/2011 – juris (Rn. 60); ähnlich Vergabekammer Südbayern, Beschluss vom 21. August 2003 – 120.3-3194-1-32-07/03 – juris (Rn. 70).

44 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 47.

## 2.4. Andere schwerwiegende Gründe (§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VgV)

§ 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VgV ist ein Auffangtatbestand, der atypische Sachverhalte erfasst, die nicht bereits unter die speziellen Aufhebungsgründe der Nr.1 bis 3 VgV fallen.<sup>45</sup> Wegen des Ausnahmecharakters der Aufhebung von Vergabeverfahren ist er – wie die anderen Aufhebungstatbestände - **eng auszulegen**.<sup>46</sup> Daraus sowie aus dem Gesetzeswortlaut von § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VgV wird gefolgert, dass „andere schwerwiegende Gründe“ in Bezug auf ihr Gewicht und ihre Bedeutung für das Vergabeverfahren mit den in § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1-3 VgV normierten Aufhebungsgründen **vergleichbar** sein müssen.<sup>47</sup> Dies sei durch eine **Interessenabwägung** im Einzelfall festzustellen,<sup>48</sup> wobei einzelne, isoliert betrachtet, unzureichend schwerwiegende Gründe in der Summe „andere schwerwiegende Gründe“ i. S. v. § 63 I 1 Nr. 4 VgV darstellen können.<sup>49</sup>

Wie bei § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 VgV<sup>50</sup> sollen „andere schwerwiegende Gründe“ nach § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VgV allerdings nur vorliegen, wenn diese **nachträglich eingetreten** oder **erkennbar** geworden sind.<sup>51</sup> Umstritten ist, ob eine Aufhebung nach § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VgV ausgeschlossen ist, wenn der Auftraggeber den Eintritt der zur Begründung der Aufhebung angeführten Umstände **zu vertreten** hat.<sup>52</sup>

## 3. Schadensersatzpflichten bei rechtswidriger Aufhebung

Eine gegen § 63 Abs. 1 Satz 1 VgV verstoßende Aufhebung des Vergabeverfahrens ist rechtswidrig. Sie ist zwar trotzdem zunächst wirksam.<sup>53</sup> Die betroffenen Bieter haben aber – von Ausnahmen abgesehen – einen Anspruch auf Rückgängigmachung der Aufhebung und Fortsetzung des Vergabeverfahrens, der im Wege des Nachprüfungsverfahrens vor den Vergabekammern (§§ 160 ff. GWB) durchsetzbar ist.<sup>54</sup> Unstreitig ist dieser Anspruch nur dann ausgeschlossen, wenn der Auftraggeber das Beschaffungsvorhaben aufgegeben und somit überhaupt keinen

---

45 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 50.

46 BKartA Bonn, Beschluss vom 08. Februar 2011 – VK 2 - 134/10 –, juris (Orientierungssatz zu 1. und Rn. 100) zu § 26 Nr. 1b) VOL/A a. F.; Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 50 m. w. N. Fn. 135-136.

47 Vergabekammer bei der Bezirksregierung Lüneburg, Beschluss vom 23. Juli 2015 – VgK-15/2015 – juris (Rn. 73); Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 50 m. w. N. Fn. 137.

48 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 50 m. w. N. Fn. 138.

49 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 50 m. w. N. Fn. 139.

50 Siehe dazu bereits oben, unter 2.1.

51 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 51 m. w. N. Fn. 141.

52 Vgl. Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 51 m. w. N.

53 Zur Unterscheidung von Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit der Aufhebung: Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 4 ff.

54 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 88 f.

Vergabewillen mehr hat.<sup>55</sup> Ob das auch gilt, wenn die Aufhebung auf einem sachlichen Grund beruhte, ist umstritten.<sup>56</sup> Unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen dieses „Rückgängigmachungsanspruchs“ kann eine gegen § 63 Abs. 1 Satz 1 VgV verstoßende Aufhebung aber zu Schadensersatzansprüchen der betroffenen Bieter gegen den Auftraggeber führen.

### 3.1. § 181 Satz 1 GWB

§ 181 Satz 1 GWB 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.*

§ 63 Abs. 1 Satz 1 VgV gehört zu den „Bestimmungen über das Vergabeverfahren“, auf deren Einhaltung Unternehmen gemäß § 97 Abs. 6 GWB einen Anspruch haben,<sup>57</sup> und ist somit nach herrschender Auffassung auch eine „den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift“ im Sinne von § 181 Satz 1 GWB<sup>58</sup>.

Ausweislich des Wortlauts des § 181 Satz 1 GWB setzt der Schadensersatzanspruch weder einen schuldhaften Verstoß gegen eine unternehmensschützende Norm voraus,<sup>59</sup> noch muss der Anspruchsteller nachweisen, dass er ohne den Verstoß den Zuschlag erhalten hätte.<sup>60</sup> Es genügt, dass er ohne den Verstoß eine „echte Chance“ auf den Zuschlag gehabt hätte.

Unter welchen Voraussetzungen ein am Vergabeverfahren beteiligtes Unternehmen „eine **echte Chance**“ auf den Erhalt des Zuschlags gehabt hätte, wird im juristischen Schrifttum nicht einheitlich beurteilt. Vertreten wird etwa, eine echte Chance sei bereits „bei allen Bietern erfüllt, deren Angebote in formeller Hinsicht einwandfrei sind und die alle geforderten Eignungsnachweise vorgelegt haben.“<sup>61</sup> Andere fordern, dass „das Angebot des Anspruchstellers bei objektiver Betrachtung in die engere Wahl gekommen sei oder zumindest hätte kommen müssen“, dass „der

55 Vgl. Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 89.

56 Vgl. Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 90.

57 Dörr, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil (Hrsg. Burgi/Dreher), 3. Aufl. 2017, § 97 Abs. 6 GWB Rn. 34; Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 97 f.

58 Antweiler, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil (Hrsg. Burgi/Dreher), 3. Aufl. 2017, § 181 Rn. 11 m. w. N.

59 Vgl. Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 38 Rn. 75 ff. m. w. N.

60 Dippel in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 181 GWB Rn. 13; vgl. auch Erwägungsgrund 11 der Richtlinie 92/13/EWG vom 25.05.1992 (ABl. L 076 vom 23.3.1992, S. 14 ff.).

61 Antweiler, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil (Hrsg. Burgi/Dreher), 3. Aufl. 2017, § 181 Rn. 15 m. w. N.

Anspruchsteller ‚zu der engeren Spitzengruppe der Bieter‘ gehöre“ oder dass „die Erteilung des Zuschlages innerhalb des Bewertungsspielraums des Auftraggebers liege.“<sup>62</sup>

Der Bundesgerichtshof hat sich in einer Entscheidung aus dem Jahr 2007 unter Hinweis auf den Gesetzeswortlaut sowie die Entstehungsgeschichte<sup>63</sup> der zuletzt genannten Auffassung angeschlossen.<sup>64</sup> Danach könne eine „echte Chance [...] erst dann angenommen werden, wenn der Auftraggeber darauf im Rahmen des ihm zustehenden Wertungsspielraums den Zuschlag hätte erteilen dürfen [...]. Ob die Erteilung des Zuschlags an den Schadenersatz begehrenden Bieter innerhalb des dem Auftraggeber eröffneten Wertungsspielraums gelegen hätte, ist eine Frage des Einzelfalls, die nur unter Berücksichtigung der für die Auftragserteilung vorgesehenen Wertungskriterien [...] und deren Gewichtung (Marge, Matrix, Punktsystem, o. Ä.) beantwortet werden kann. Erst durch die Wertungsmaßstäbe und ihre ermessensfehlerfreie Anwendung kann der wirkliche Rang der einzelnen Angebote bestimmt und zuverlässig festgestellt werden, welches davon eine echte Chance auf den Zuschlag gehabt hätte.“<sup>65</sup>

Der Schadenersatzanspruch aus § 181 Satz 1 GWB umfasst **lediglich „die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme an einem Vergabeverfahren“**. Einen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns, den der Bieter, hätte er den Zuschlag erhalten, mithilfe des Auftrags generiert hätte, vermittelt die Norm also nicht.<sup>66</sup> Zu den nach § 181 Satz 1 GWB zu ersetzenden Kosten gehören etwa „innerbetriebliche Materialkosten, Personallohnkosten, Kosten für Ortsbesichtigungen und Kosten für Verhandlungen mit Nachunternehmern, soweit diese durch die Teilnahme am Vergabeverfahren bzw. der Angebotsausarbeitung verursacht worden sind sowie Kosten für die Teilnahme an Aufklärungsgesprächen.“<sup>67</sup> Erfasst werden auch Kosten für die Beauftragung Dritter, wenn die Beauftragung der Angebotserstellung oder Teilnahme am Vergabeverfahren diene,<sup>68</sup> einschließlich erforderliche Rechtsanwaltskosten.<sup>69</sup> Dagegen fallen Kosten für

---

62 So zusammenfassend Antweiler, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil (Hrsg. Burgi/Dreher), 3. Aufl. 2017, § 181 Rn. 12 mit umfangreichen Nachweisen zum Meinungsstand.

63 Siehe dazu die Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf des Vergaberechtsänderungsgesetzes (VgRÄG) der Bundesregierung vom 03.12.1997, BT-Drucks. 13/9340, S. 35 ff. (S. 44 unter Nr. 37).

64 BGH, Urteil vom 27. November 2007 – X ZR 18/07 – juris (Rn. 27).

65 BGH, Urteil vom 27. November 2007 – X ZR 18/07 – juris (Rn. 27); zustimmend Glahs in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 181 GWB Rn. 24; näher zu den Kriterien der Angebotsprüfung und -wertung: Fritz, Grundzüge des neuen Vergaberechts, ZJS 2017, S. 619 ff. (620).

66 Antweiler, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil (Hrsg. Burgi/Dreher), 3. Aufl. 2017, § 181 Rn. 23 m. w. N.; Dippel in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 181 GWB Rn. 32. Glahs in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 181 GWB Rn. 44.

67 Dippel in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 181 GWB Rn. 24. Ähnlich Antweiler, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil (Hrsg. Burgi/Dreher), 3. Aufl. 2017, § 181 Rn. 23 m. w. N.

68 Glahs in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 181 GWB Rn. 40.

69 Antweiler, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil (Hrsg. Burgi/Dreher), 3. Aufl. 2017, § 181 Rn. 23 m. w. N.

festangestelltes Personal in der Regel nicht als vergabeverfahrensspezifische Aufwendungen an und sind ausnahmsweise nur dann ersatzfähig, wenn das Unternehmen dadurch andere Erwerbsmöglichkeiten nicht wahrnehmen konnte.<sup>70</sup>

Im Übrigen ist umstritten, ob das Unterlassen einer Rüge nach § 160 Abs. 3 GWB oder die Nichtdurchführung eines Nachprüfungsverfahrens zur Annahme von Mitverschulden führt, das den Schadensersatzanspruch nach § 254 BGB mindern oder ganz entfallen lassen kann.<sup>71</sup>

### 3.2. § 181 Satz 2 GWB

Nach dem Wortlaut von § 181 Satz 2 GWB bleiben „[w]eiterreichende Ansprüche auf Schadensersatz [...] unberührt.“ Die Norm knüpft an die vorangehende Regelung in § 181 Satz 1 GWB an, wonach der Schadensersatz auf den sog. Vertrauensschaden beschränkt ist<sup>72</sup>. § 181 Satz 2 GWB stellt klar, dass § 181 Satz 1 GWB keine abschließende Regelung für Ansprüche auf Schadensersatz gegen Auftraggeber bei Vergabeverfahren enthält.<sup>73</sup> Der Gesetzgeber zeigt damit auf, dass Schadensersatz gegen den Auftraggeber nach anderen Rechtsnormen als § 181 Satz 1 GWB auch dann beansprucht werden kann, wenn der Umfang des ersatzfähigen Schadens den in § 181 Satz 1 GWB festgelegten Umfang übersteigt, wie dies etwa bei Ansprüchen auf Ersatz des entgangenen Gewinns der Fall ist.<sup>74</sup> Voraussetzung dafür ist, dass die in der jeweiligen Anspruchsgrundlage normierten Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.

#### 3.2.1. § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB

Nach ständiger Rechtsprechung entsteht bereits durch die Beteiligung von Bieterern bzw. Bewerbern an einem Vergabeverfahren ein vorvertragliches Schuldverhältnis mit Rechten und Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB, welches „nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils“ verpflichtet.<sup>75</sup> Bei **Verhandlungsverfahren mit vorangehendem Teilnahmewettbewerb** entstehe dieses Schuldverhältnis „mit der Beteiligung des

---

70 Dippel, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 181 GWB Rn. 25 unter Verweis auf KG Berlin, Urteil vom 14. August 2003 – 27 U 264/02 – juris (Rn. 26 f.). Siehe auch Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 27. November 2014 – 2 U 152/13 –, juris (Rn. 44).

71 Zum Streitstand siehe Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 38 Rn. 81 ff. m. w. N.

72 Siehe dazu bereits oben, unter 3.1.

73 BGH, Urteil vom 27. November 2007 – X ZR 18/07 – juris (Rn. 32); Dippel in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 181 GWB Rn. 30; Popescu, Vergaberechtliche Schadensersatzhaftung für defizitäre Aufhebungen öffentlicher Ausschreibungen, ZfBR 2013, 648.

74 Vgl. dazu die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 13/9340, S. 44 zu Nr. 36) sowie Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 38 Rn. 91 m. w. N. zur Rechtsprechung.

75 OLG Koblenz, Urteil vom 15. Januar 2007 – 12 U 1016/05 – juris (Rn. 31); Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 38 Rn. 94.

Bewerbers im Teilnahmewettbewerb, in der Regel durch Abgabe eines Teilnahmeantrags.“<sup>76</sup> Inhalt und Umfang der Pflichten werden durch die Gesamtheit aller einschlägigen bieterschützenden Normen des Vergaberechts, zu denen auch die über die Aufhebung des Vergabeverfahrens gehören,<sup>77</sup> sowie die allgemeinen Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs.2 BGB bestimmt.<sup>78</sup>

Anders als bei dem Anspruch aus § 181 Satz 1 GWB<sup>79</sup> umfasst der Schadenersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB grundsätzlich auch den **entgangenen Gewinn**.<sup>80</sup> Gemäß § 252 Satz 2 BGB „gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte“ als entgangen. Einen gegenüber § 181 Satz 1 GWB weiterreichenden Schadenersatzanspruch auf das sog. positive Interesse hat nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs **allerdings** nur derjenige, der **darlegen und beweisen kann, dass er den Auftrag bei rechtmäßigem Verlauf des Vergabeverfahrens hätte erhalten müssen**. Im Falle der rechtswidrigen Aufhebung setze das nicht nur voraus, dass dem Bieter bei Fortsetzung des Vergabeverfahrens der Zuschlag hätte erteilt werden müssen, weil er das annehmbarste Angebot abgeben hat, sondern außerdem, dass der ausgeschriebene bzw. ein diesem wirtschaftlich gleichzusetzender **Auftrag später tatsächlich erteilt** worden ist.<sup>81</sup>

Grundsätzlich ist der Schadenersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB (im Unterschied zu dem aus § 181 Satz 1 GWB) verschuldensabhängig. Seit einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 30. September 2010<sup>82</sup> wird die Anwendbarkeit dieser Voraussetzung im Rahmen des Vergaberechts allerdings angezweifelt.<sup>83</sup> Der BGH hat diese Frage bislang offen gelassen.<sup>84</sup>

---

76 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 38 Rn. 101 f. m. w. N.

77 Antweiler, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil (Hrsg. Burgi/Dreher), 3. Aufl. 2017, § 181 Rn. 37 unter Nennung von § 17 VOB/A-EU.

78 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 38 Rn. 95 m. w. N.; Gröning, Mögliche Tendenzen der nationalen Rechtsprechung zum Vergaberecht, in: Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht (VergabeR), S. 762 ff. (764).

79 Siehe dazu bereits oben, unter 3.3.

80 Antweiler, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil (Hrsg. Burgi/Dreher), 3. Aufl. 2017, § 181 Rn. 40, 43 f.

81 Vgl. Antweiler, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil (Hrsg. Burgi/Dreher), 3. Aufl. 2017, § 181 Rn. 44 m. w. N.

82 EuGH, Urteil vom 30. September 2010 – C-314/09 – juris.

83 So Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 38 Rn. 104-107 m. w. N., wonach eine richtlinienkonforme Auslegung die Anwendbarkeit von § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB ausschließt.

84 Vgl. BGH, Urteil vom 09. Juni 2011 – X ZR 143/10 –, BGHZ 190, 89-99, juris (Rn. 13).

Umstritten ist (wie bei § 181 Satz 1 GWB), ob der Schadenersatzanspruch voraussetzt, dass der Anspruchssteller rechtzeitig eine Rüge nach § 160 Abs. 3 GWB erhoben hat.<sup>85</sup> Vereinzelt wird bei Verletzung der Rügeobliegenheit ein Mitverschulden des Anspruchstellers angenommen, das zu einer Anspruchskürzung nach § 254 BGB führen kann.<sup>86</sup>

### 3.2.2. § 823 Abs. 2 BGB

§ 823 Abs. 2 BGB begründet eine eigenständige Verpflichtung zum Schadenersatz für „denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt.“

Bei Vergabeverfahren im Bereich oberhalb der Schwellenwerte nach § 106 GWB ist weitgehend anerkannt, dass Rechtsnormen über das Vergabeverfahren im Sinne von § 97 Abs. 6 GWB subjektive Rechte vermitteln und somit Schutzgesetze darstellen.<sup>87</sup> Danach wäre auch § 63 Abs. 1 Satz 1 VgV als Schutzgesetz einzuordnen.<sup>88</sup>

Setzt das Schutzgesetz selbst kein Verschulden voraus, muss nach § 823 Abs. 2 Satz 2 BGB für den Schadenersatzanspruch ein **Verschulden** zumindest in Form von Fahrlässigkeit vorliegen.<sup>89</sup> Dabei soll es genügen, wenn sich das Verschulden auf den bloßen Normverstoß und nicht auch auf die jeweilige Rechtsgutsverletzung des Betroffenen bezieht.<sup>90</sup>

§ 823 Abs. 2 BGB erfasst auch den **Ersatz des entgangenen Gewinns**.<sup>91</sup> Dazu muss jedoch – wie beim Anspruch aus § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB – durch den Anspruchssteller nachgewiesen worden sein, dass er den Zuschlag hätte erhalten müssen.<sup>92</sup>

---

85 Dafür plädiert Antweiler, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil (Hrsg. Burgi/Dreher), 3. Aufl. 2017, § 181 Rn. 42 m. w. N. Dagegen Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 38 Rn. 115 m. w. N. zum Streitstand.

86 In diese Richtung wohl Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 38 Rn. 115.

87 Antweiler, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil (Hrsg. Burgi/Dreher), 3. Aufl. 2017, § 181 Rn. 47 m. w. N.; Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 38 Rn. 117 m. w. N.; vgl. ferner Dippel, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 181 GWB Rn. 49 m. w. N.

88 Dazu, dass § 63 Abs. 1 Satz 1 VgV unter § 97 Abs. 6 GWB fällt, siehe oben bei 3.1.

89 Teichmann, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. 2018, § 823 Rn. 59.

90 Teichmann, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. 2018, § 823 Rn. 59 m. w. N.

91 Dippel, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 181 GWB Rn. 50.

92 Glahs, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 181 GWB Rn. 71.

---

### 3.2.3. § 823 Abs. 1 BGB

Ein auch den entgangenen Gewinn umfassender Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB gegen den Auftraggeber setzt voraus, dass dieser „vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt“ hat. Bei sog. Vergabesperren, also dem grundsätzlichen Ausschluss eines bestimmten Unternehmens von der Vergabe öffentlicher Aufträge, wird insoweit ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als „sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB diskutiert.<sup>93</sup> Bei der (alle Bieter betreffenden) Aufhebung eines Vergabeverfahrens scheint der erforderliche betriebsbezogene, also direkte und unmittelbare, Eingriff aber fern zu liegen.<sup>94</sup>

### 3.2.4. § 826 BGB

Ein ebenfalls auch den entgangenen Gewinn umfassender Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB setzt eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung des Bieters durch den Auftraggeber voraus.<sup>95</sup> In Betracht kommen etwa Fallkonstellationen, in denen Mitarbeiter der Vergabestelle die Angebotsunterlagen zulasten des Anspruchstellers manipulieren oder die Vergabestelle mit einem Konkurrenten des Anspruchstellers kollusiv, d. h. zumindest vorsätzlich, zulasten des Anspruchstellers zusammengewirkt hat<sup>96</sup>

---

93 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 38 Rn. 118.

94 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 38 Rn. 118 m. w. N.; Glahs, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 181 GWB Rn. 73.

95 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 38 Rn. 120.

96 Conrad, in: Gabriel/ Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 2. Aufl. 2017, § 38 Rn. 120; ausführlich zum Begriff des kollusiven Zusammenwirkens: Brinkmann, Die vorzugswürdige Definition der Kollusion, ZJS 2014, S. 471 ff.