



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 124/18

Verkündet am:
17. September 2019
Anderer
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Lärmschutzwände

BGB § 241 Abs. 2, § 242 Cc, § 280 Abs. 1, § 839 Abs. 3 H; GWB § 160 Abs. 3

- a) Der Teilnehmer an einem Vergabeverfahren nach dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist mit einem auf einen Vergaberechtsverstoß gestützten Schadensersatzanspruch nicht ausgeschlossen, wenn er den Verstoß nicht zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer gemacht hat.
- b) Hat der Schadensersatz verlangende Bieter einen Vergaberechtsverstoß gerügt, kann ihm kein Mitverschulden nach § 254 BGB angelastet werden, wenn er die Rüge auf Bitten des Auftraggebers zurückgenommen hat, um das Vergabeverfahren nicht weiter zu verzögern.

BGH, Urteil vom 17. September 2019 - X ZR 124/18 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. September 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, den Richter Hoffmann sowie die Richterinnen Dr. Kober-Dehm, Dr. Marx und Dr. Rombach

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 30. Mai 2018 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1

Die Klägerin betreibt ein Bauunternehmen. Sie nimmt die Beklagte nach dem Ausschluss ihres Angebots in einem Vergabeverfahren betreffend die Erstellung von Lärmschutzwänden entlang einer Eisenbahnstrecke im Stadtgebiet Köln und Vergabe des Auftrags an einen Konkurrenten auf Schadensersatz in Anspruch.

2

Die Ausschreibungsunterlagen enthielten u.a. folgende Beschreibung:

"Wandelemente aus Leichtmetall entsprechend akustischen statischen und konstruktiven Erfordernissen nach RIL 804.5501 und Zeichnung zwischen den Pfosten einbauen, einschl. Dämmung der Fugen."

3 Nach Nummer 8 der genannten Richtlinie durften als Bauprodukte für Lärmschutzwände grundsätzlich nur solche eingesetzt werden, deren Verwendung und Einsatzbedingungen in dieser Richtlinie geregelt waren und die über einen Verwendbarkeitsnachweis im Sinn der (eisenbahnspezifischen) Bauregellisten verfügten.

4 Alleiniges Zuschlagskriterium war der Preis. Danach war das Angebot der Klägerin vom 6. Oktober 2010 das günstigste. Die Beklagte schloss das Angebot der Klägerin jedoch aus, da im Zeitpunkt der Angebotsabgabe der Verwendbarkeitsnachweis für die von der Klägerin angebotenen Wandelemente nicht vorlag. Die Klägerin rügte den Ausschluss als vergaberechtswidrig, da die angebotenen Wandelemente den in der Richtlinie vorgesehenen statischen und konstruktiven Anforderungen genügten, und reichte einen Tag später den zwischenzeitlich erteilten Verwendbarkeitsnachweis nach, nahm jedoch nach einem Gespräch zwischen Vertretern der Parteien die Rüge zurück. Die Beklagte erteilte den Zuschlag auf ein anderes Angebot.

5 Die Klägerin nahm in einem an die von der Beklagten als vertragsabwickelnder Stelle bezeichnete D. GmbH gerichteten Schreiben vom 19. Dezember 2013 die Beklagte auf Schadensersatz in Anspruch; die diesem Schreiben beigefügte Schadensaufstellung übersandte sie auch an die als Rechnungsadresse bezeichnete Buchhaltung der Beklagten. Am 24. Dezember 2013 beantragte sie den Erlass eines Mahnbescheids, in dem der Anspruch mit "Schadensersatzanspruch vom 19.12.2013" bezeichnet war. Der Mahnbescheid ist der Beklagten am 9. Januar 2014 zugestellt worden.

6 Das Landgericht hat die auf Ersatz des positiven Interesses gerichtete Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Beklagte antragsgemäß zum Schadensersatz verurteilt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter. Die Klägerin tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Entscheidungsgründe:

7 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, im Wesentlichen wie folgt begründet:

8 Der Klägerin stehe die Klageforderung gemäß § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu. Der Ausschluss ihres Angebots sei vergaberechtswidrig und habe die Klägerin in ihren Rechten verletzt. Weder aus dem Leistungsverzeichnis noch aus sonstigen Vergabeunterlagen sei für die Bieter klar und eindeutig erkennbar gewesen, dass der Verwendbarkeitsnachweis für die Wandelemente bereits im Zeitpunkt der Abgabe des Angebots habe vorliegen müssen. Da ihr der Zuschlag hätte erteilt werden müssen, sei der Klägerin durch die Vergabe des Auftrags an einen Mitbewerber der geltend gemachte Schaden entstanden.

9 Dem Schadensersatzanspruch stehe nicht entgegen, dass die Klägerin ihre gegen den Ausschluss erhobene Rüge wieder zurückgenommen und kein Nachprüfungsverfahren durchgeführt habe. Die Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz sei keine zwingende Voraussetzung für die Beanspruchung von Sekundärrechtsschutz. Auch ein Mitverschulden an der Schadensentstehung müsse sich die Klägerin nicht entgegenhalten lassen. Sie habe es nicht aus eigenem Antrieb unterlassen, einen Nachprüfungsantrag zu stellen; dies sei vielmehr auf Bitten der Beklagten geschehen, die hierdurch die fristgerechte Durchführung des Auftrags habe sicherstellen wollen.

10 Der Anspruch sei auch durchsetzbar. Der Ablauf der Verjährungsfrist sei durch die Beantragung des Mahnbescheids gehemmt worden. Die Forderung sei darin entgegen der Auffassung des Landgerichts ausreichend individualisiert.

11 II. Die Revision der Beklagten, mit der sie den Antrag auf Klageabweisung weiterverfolgt, ist uneingeschränkt zulässig.

12 Das Berufungsgericht hat die Revision unbeschränkt zugelassen. In der Begründung hat es ausgeführt, die Rechtssache habe hinsichtlich der Folgen einer Säumnis des Bieters in der Durchführung eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens (unterlassener Primärrechtsschutz) grundsätzliche Bedeutung. Eine Beschränkung der Revision ist damit nicht erfolgt, so dass die Frage der Zulässigkeit einer solchen Beschränkung dahinstehen kann. Dass das Berufungsgericht die Revision im vollen Umfang zugelassen hat, ergibt sich klar aus der Tenorierung der Zulassungsentscheidung. In den Urteilsgründen ist lediglich einer von mehreren Gründen für die Zulassung der Revision genannt, ohne dass das Rechtsmittel weitergehend beschränkt worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2019 - I ZR 200/17, GRUR 2019, 631 Rn. 23 = WRP 2019, 736 - Das beste Netz). Dies genügt nicht, um mit der notwendigen Sicherheit von einer nur beschränkten Zulassung des Rechtsmittels auszugehen. Der Grundsatz der Rechtsmittelklarheit gebietet es, dass für die Parteien zweifelsfrei erkennbar ist, welches Rechtsmittel für sie in Betracht kommt und unter welchen Voraussetzungen es zulässig ist (BGH, Urteil vom 13. September 2018 - I ZR 26/17, GRUR 2018, 1166 Rn. 10 = WRP 2018, 1452 - Prozessfinanzierer, mwN).

13 III. In der Sache bleibt die Revision der Beklagten ohne Erfolg.

14 1. Rechtsfehlerfrei und von der Revision unangefochten hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Beklagte das Angebot der Klägerin vergaberechtswidrig ausgeschlossen und ihr hierdurch den mit der Klage geltend gemachten Schaden zugefügt hat.

15 2. Das Berufungsgericht hat auch zu Recht angenommen, dass es der Verpflichtung der Beklagten zum Schadensersatz nicht entgegensteht, dass die Klägerin den Ausschluss ihres Angebots nicht zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht hat.

16

Der Bundesgerichtshof hat nach Verkündung des Berufungsurteils zu der Frage Stellung genommen, ob ein Bieter, der einen erkannten oder aus der Bekanntmachung oder aus den Vergabeunterlagen erkennbaren Vergaberechtsverstoß nicht innerhalb der in § 160 Abs. 3 GWB genannten Fristen gerügt hat, mit der Geltendmachung dieses Verstoßes im Schadensersatzprozess ebenso ausgeschlossen ist wie mit der Einreichung eines Nachprüfungsantrags. Er hat diese Frage unter Hinweis darauf verneint, dass eine § 839 Abs. 3 BGB entsprechende Regelung im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe nach dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht vorgesehen und eine analoge Anwendung jener Regelung auf vergaberechtliche Schadensersatzansprüche nicht angezeigt ist (BGH, Urteil vom 18. Juni 2019 - X ZR 86/17, juris Rn. 30 - Straßenbauarbeiten).

17

Das Gesetz hat lediglich die Bindungswirkung einer Entscheidung im Nachprüfungsverfahren für einen nachfolgenden Schadensersatzprozess geregelt (§ 179 GWB). Sie dient der Verfahrensökonomie und vermeidet einander widersprechende Beurteilungen der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens im Nachprüfungsverfahren und im Schadensersatzprozess. Für einen Ausschluss von Schadensersatzansprüchen in Fällen, in denen die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens nicht Gegenstand eines vom Anspruchsteller eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens war, bietet dies keine Grundlage.

18

Dies steht in Einklang mit der von der Revision angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (EuGH, Urteil vom 7. August 2018 - C-300/17, NZBau 2019, 122 - Hochtief AG/Budapest Főváros Önkormányzata). Danach legt die Richtlinie nur die Mindestvoraussetzungen fest, denen die in den nationalen Rechtsordnungen geschaffenen Nachprüfungsverfahren entsprechen müssen, um die Beachtung der unionsrechtlichen Bestimmungen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zu gewährleisten

(EuGH, NZBau 2019, 122 Rn. 35 mwN). Durch nationales Recht darf danach zwar die Geltendmachung eines zivilrechtlichen Anspruchs wegen des Verstoßes gegen Vergabebestimmungen davon abhängig gemacht werden, dass eine Schiedsstelle bzw. - bei einer gerichtlichen Überprüfung des Beschlusses dieser Schiedsstelle - ein Gericht die Rechtsverletzung rechtskräftig feststellt; aus der den Schutz der Bieter regelnden Richtlinie ergibt sich aber nicht, dass das nationale Recht die Geltendmachung solcher Schadensersatzansprüche von solchen oder ähnlichen Voraussetzungen machen muss.

19 Auch aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19. April 2016 (X ZR 77/14, VergabeR 2016, 479 - Westtangente Rüsselsheim) ergibt sich nichts für den Standpunkt der Revision. Diese Entscheidung betrifft schon keinen Schadensersatzanspruch aus § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 Nr. 1 und § 280 Abs. 1 BGB eines Bieters wegen eines Vergaberechtsverstoßes, sondern die Frage, ob ein Bieter im Falle der ausnahmsweisen Festlegung einer Pauschale für den mit der Erstellung eines Angebots verbundenen Aufwand eine höhere Entschädigung verlangen kann, wenn er die Unangemessenheit der festgesetzten Pauschale nicht gerügt und gegebenenfalls nicht zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht hat.

20 3. Zu Recht hat das Berufungsgericht auch angenommen, dass der Klägerin kein Mitverschulden bei der Entstehung des Schadens (§ 254 BGB) angelastet werden kann.

21 Dabei bedarf es keiner abschließenden Klärung, ob und unter welchen Voraussetzungen es ein Mitverschulden eines Bieters begründen kann, dass er eine Rüge nicht erhoben oder von ihr Abstand genommen hat oder einen Nachprüfungsantrag nicht angebracht oder wieder zurückgenommen hat.

22 Dies mag jedenfalls dann nicht ausgeschlossen sein, wenn der öffentliche Auftraggeber ein solches Verhalten dahin verstehen darf, der Bieter halte seine mit der Rüge vorgebrachten Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens nicht aufrecht. Im Streitfall hat das Berufungsgericht jedoch

festgestellt, dass die Rücknahme der Rüge auf dem Gespräch beruhte, das Vertreter der Parteien am 24. November 2010 geführt haben, und auf Bitten der Beklagten erfolgte, die damit die fristgerechte Durchführung der ausgeschriebenen Baumaßnahme sicherstellen wollte, die wegen der erforderlichen zeitweiligen Streckensperrungen und Zugumleitungen eine langfristige Planung erforderte. Das Berufungsgericht hat hieraus zutreffend die Folgerung gezogen, dass der Klägerin unter diesen Umständen kein Mitverschulden zur Last gelegt werden kann.

23 4. Den Angriffen der Revision hält es schließlich auch stand, dass das Berufungsgericht den Lauf der am 31. Dezember 2013 endenden Verjährungsfrist als durch die am 9. Januar 2014 erfolgte Zustellung des am 24. Dezember 2013 beantragten Mahnbescheids gehemmt angesehen hat.

24 a) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Zustellung eines Mahnbescheids die Verjährung des geltend gemachten Anspruchs gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB nur dann hemmt, wenn dieser im Antrag auf Erlass des Mahnbescheids in einer den Anforderungen des § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO entsprechenden Weise hinreichend individualisiert worden ist. Dazu ist erforderlich, dass der Anspruch durch seine Kennzeichnung von anderen Ansprüchen so unterschieden und abgegrenzt wird, dass er Grundlage eines der materiellen Rechtskraft fähigen Vollstreckungstitels sein kann und dem Schuldner die Beurteilung ermöglicht, ob er sich gegen den Anspruch zur Wehr setzen will. Wann diese Anforderungen erfüllt sind, kann nicht allgemein und abstrakt festgelegt werden; vielmehr hängen Art und Umfang der erforderlichen Angaben im Einzelfall von dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis und der Art des Anspruchs ab (st. Rspr.; s. nur BGH, Urteil vom 17. November 2010 - VIII ZR 211/09, NJW 2011, 613 Rn. 9 mwN).

25 Voraussetzung für die verjährungshemmende Wirkung ist nicht, dass aus dem Mahnbescheid für einen außenstehenden Dritten ersichtlich ist, welche konkreten Ansprüche mit dem Mahnbescheid geltend gemacht werden; es

reicht aus, dass dies für den Antragsgegner erkennbar ist (BGH, Beschluss vom 25. April 2017 - VIII ZR 217/16, ZfBR 2017, 571 Rn. 12; NJW 2011, 613 Rn. 11). So kann im Mahnbescheid zur Bezeichnung des geltend gemachten Anspruchs auf Rechnungen oder andere Unterlagen Bezug genommen werden; wenn ein solches Schriftstück dem Antragsgegner bereits bekannt ist, braucht es dem Mahnbescheid nicht in Abschrift beigelegt zu werden. Den aufgestellten Anforderungen an eine Individualisierung des im Mahnbescheid bezeichneten Anspruchs kann unter bestimmten Umständen auch dann genügt sein, wenn zwar eine im Mahnbescheid in Bezug genommene Anlage weder diesem beigelegt noch dem Schuldner zuvor zugänglich gemacht worden ist, jedoch die übrigen Angaben im Mahnbescheid eine Kennzeichnung des Anspruchs ermöglichen (vgl. BGH, NJW 2011, 613 Rn. 11).

26 b) Gemessen an diesen Maßstäben erfüllt die im Mahnbescheid vom 6. Januar 2014 erfolgte Bezeichnung des geltend gemachten Anspruchs unter den gegebenen Umständen noch die mit § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO gestellten Anforderungen. Aufgrund der Angabe, dass es sich um einen "Schadensersatzanspruch vom 19.12.2013" handelt, war für die Beklagte im Zeitpunkt der Zustellung des Mahnbescheids erkennbar, auf welchen Lebenssachverhalt die Klägerin ihre Forderung gründete.

27 Entscheidend ist hierbei, dass der Beklagten auf Grund der kurz vor Zustellung des Mahnbescheids zugegangenen Schreiben der Klägerin vom 19. Dezember 2013 bekannt war, dass diese wegen des Ausschlusses ihres Angebots vom Vergabeverfahren beabsichtigte, Schadensersatzansprüche gerichtlich geltend zu machen. Unschädlich ist, dass diese Schreiben an die Adresse der Buchhaltung der Beklagten und an die D. GmbH gerichtet waren, denn beide Adressaten waren im Entwurf des Bauvertrags als Rechnungsadresse und als "vertragsabwickelnde Stelle" angegeben. Die darin und im Mahnbescheid angegebenen Beträge stimmten überein. Aus diesem Grund konnte bei der Beklagten bei verständiger Würdigung kein Zweifel daran bestehen, dass die im Mahnbescheid bezeichnete Schadensersatzforderung den mit

der Klage geltend gemachten, von der Klägerin durch den Ausschluss ihres Angebots erlittenen Schaden betraf.

28 Die im Mahnbescheid enthaltene Bezeichnung "Schadensersatzanspruch vom 19.12.2013" ist auch nicht deswegen unzureichend, weil sie es der Beklagten bei Zustellung des Mahnbescheids nicht ermöglicht hätte, die Zusammensetzung des verlangten Gesamtbetrags zu erkennen. Nach höchst-richterlicher Rechtsprechung besteht das Erfordernis, einen angegebenen Gesamtbetrag bereits im Mahnbescheid hinreichend aufzuschlüsseln, nur dann, wenn eine Mehrzahl von Einzelforderungen geltend gemacht wird (vgl. BGH, NJW 2011, 613 Rn. 14). Solche selbständigen Einzelforderungen verfolgt die Klägerin im Streitfall nicht. Gegenstand des Mahnbescheids ist vielmehr eine einheitliche Schadensersatzforderung, die sich lediglich aus mehreren unselbständigen Rechnungsposten zusammensetzt.

29 IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Meier-Beck

Hoffmann

Kober-Dehm

Marx

Rombach

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 19.01.2016 - 3-09 O 154/14 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 30.05.2018 - 11 U 18/16 -