

Wie mit einem Interessenkonflikt bei einem Mitglied eines öffentlichen Auftraggebers umzugehen ist

# Eine Vergabesperre aufheben

Die Parteien streiten um den generellen Ausschluss (Vergabesperre) des Klägers von Vergabeverfahren des beklagten Landes. Der Kläger ist ein eingetragener Verein mit etwa 180 Mitarbeiter\*innen, der ökologische Studien durchführt und wissenschaftliche Gutachten erstellt. Die Senatsverwaltung für Umwelt, Verkehr und Klimaschutz des beklagten Landes vergibt regelmäßig Aufträge für Forschungsvorhaben und Gutachten, in der Vergangenheit auch an den Kläger im Wert von bis zu 100 000 Euro je Auftrag.

Die der Senatsverwaltung seit Dezember 2016 vorstehende Senatorin ist mit einem Mitarbeiter des klagenden Vereins verheiratet, der im Fachbereich Energie und Klimaschutz als Forschungs-Koordinator tätig ist. Er hat beim klagenden Verein weder ein Direktionsrecht noch Personalverantwortung und hat seit 2008 die Senatsverwaltung nicht mehr beraten. Der Staatssekretär der Senatsverwaltung für Umwelt, Verkehr und Klimaschutz wies die dortigen Abteilungsleiter per Mail an, den Kläger zur Vermeidung eines Interessenkonflikts nicht mehr zu beauftragen und Angebote des Klägers als ungeeignet auszuschließen.



Um die Vergabe von Gutachten zum Naturschutz gab es Streit.

FOTO: DPA/KRISTINA MARTH

## Berufungsgericht weist Klage ab

Der Kläger verlangte, die verhängte Vergabesperre aufzuheben und alle Abteilungsleiter der Senatsverwaltung für Umwelt, Verkehr und Klimaschutz anzuweisen, ihn bei künftigen Auftragsvergaben nach denselben Grundsätzen wie jeden anderen Bieter zu behandeln. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat das Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Dagegen wendete sich der Kläger erfolgreich mit der Revision. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, bei der Anweisung handle es sich lediglich um eine interne

Weisung ohne Außenwirkung, die nicht Gegenstand eines Unterlassungsanspruchs sein könne, hält der rechtlichen Überprüfung vor dem Bundesgerichtshof (BGH, XIII ZR 22/19 vom 3. Juni 2020) nicht stand. Dem Kläger stehe aufgrund seines Ausschlusses von Vergabeverfahren des beklagten Landes ein Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 Satz 2 analog i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB zu, da ein rechtswidriger Eingriff in seinen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliege und weitere Beeinträchtigungen zu befürchten seien.

Der Senat legt den Antrag des Klägers als Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs aus. Der Kläger verlange vom Beklagten zum einen, die Vergabesperre auf-

zuheben. Er mache damit aber keinen gesonderten Beseitigungsanspruch entsprechend § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB geltend, denn er beantrage zum anderen, dass ihn der Beklagte bei künftigen Auftragsvergaben nach denselben Grundsätzen wie jeden anderen Bieter berücksichtige. Damit verlange er vom Beklagten, es zu unterlassen, ihn bei künftigen Vergabeverfahren aufgrund der Vergabesperre auszuschließen. Diesem Unterlassungsgebot könne der Beklagte nur folgen, wenn er die in der E-Mail enthaltene Weisung, den Kläger von allen Vergabeverfahren der Senatsverwaltung auszuschließen, aufhebe.

Der Kläger genieße als eingetragener Verein, der sich durch die Erstellung bezahlter Forschungs-

vorhaben und Gutachten am Wirtschaftsverkehr beteilige und dadurch seine wirtschaftliche Grundlage sichere, bei dieser Tätigkeit den Schutz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Ein Grund, ihm aufgrund seiner Rechtsform als eingetragener Verein den Schutz dieses Rechts zu versagen, sei nicht ersichtlich. Beim Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb handle es sich um einen Auffangtatbestand, der eine ansonsten bestehende gesetzliche Schutzlücke schließe. Es greife hier ein, weil das insbesondere in Betracht kommende Kartell- und Vergaberecht gegenüber einer Vergabesperre keinen abschließenden Schutz gewähre.

Recht des Klägers am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein. Die Verletzungshandlung richte sich gegen den Betrieb und seine Organisation oder gegen die unternehmerische Entscheidungsfreiheit. Diese Voraussetzungen könnten auch dann erfüllt sein, wenn nur einzelne Geschäftsaktivitäten des Unternehmens beeinträchtigt würden. Die anweisende E-Mail stelle zwar nur einen innerbehördlichen Vorgang dar, ihre Umsetzung verhindere aber jede Geschäftstätigkeit des Klägers mit der Senatsverwaltung und greife dadurch in die Geschäftstätigkeit des Klägers unmittelbar ein. Die Anwendung der Vergabesperre habe bereits zum Ausschluss des Klägers von Vergabeverfahren der Senatsverwaltung geführt. Es bestehe Wiederholungsgefahr, weil der Kläger aufgrund der Weisung auch künftig nicht an Vergabeverfahren der Senatsverwaltung beteiligt werde.

Der Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Klägers sei auch rechtswidrig. Die Gründe des Beklagten rechtfertigten keinen generellen Ausschluss des Klägers von der Vergabe öffentlicher Aufträge für die Dauer der Amtszeit der Senatorin. Denn das Interesse des Klägers, sich an Vergabeverfahren der Senatsverwaltung der Beklagten zu beteiligen, um durch Aufträge der Senatsverwaltung seine wirtschaftliche Grundlage zu sichern und gleichzeitig seinen wissenschaftlichen Ruf zu stärken, der weitere Aufträge nach sich ziehen könne, überwiege in der Abwägung das Interesse des Beklagten, durch eine Vergabesperre jeglichen „bösen Schein“ eines Interessenkonflikts zu vermeiden, weil die gegen den Kläger verhängte generelle Vergabesperre gegen Vergaberecht verstößt.

## Kein genereller Ausschluss des Klägers gerechtfertigt

§ 124 GWB i.V.m. § 42 Abs. 1 VgV, der abschließend die Gründe für einen fakultativen Ausschluss eines Unternehmens von Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich regle, rechtfertige keinen generellen Ausschluss des Klägers von Vergabeverfahren der Senatsverwaltung. Nach § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB könne der öffentliche Auftraggeber ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn ein Interessenkonflikt bei der Durchführung des Vergabeverfahrens bestehe, der durch andere, weni-

ger einschneidende Maßnahmen nicht wirksam beseitigt werden könne. Zwar erfasse § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB unmittelbar nur konkrete Vergabeverfahren. Dessen Anforderungen gelten aber auch, wenn eine Vergabesperre im Vorfeld eines Vergabeverfahrens gegen einen potenziellen Bewerber verhängt werde.

Ein Interessenkonflikt liege nach § 6 Abs. 2 VgV vor, wenn Personen, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang eines Vergabeverfahrens nehmen können, ein direktes oder indirektes finanzielles, wirtschaftliches oder persönliches Interesse haben, das ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte. Nach § 6 Abs. 4 i.V.m. Abs. 3 Nr. 3 a) VgV werde bei Personen, deren Ehegatte bei einem Bewerber oder Bieter gegen Entgelt beschäftigt sei, vermutet, dass ein solcher Interessenkonflikt bestehe.

## Potenzieller Interessenkonflikt

§ 6 Abs. 1 VgV ordne allerdings nur ein Mitwirkungsverbot des Organmitglieds oder Mitarbeiters des öffentlichen Auftraggebers an, bei dem der Interessenkonflikt bestehe. § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB i.V.m. § 42 Abs. 1 VgV sehe als ultima ratio auch den Ausschluss des Bewerbers vor. Die konkrete Maßnahme müsse jedoch verhältnismäßig sein und dürfe nicht über das hinausgehen, was zur Verhinderung des potenziellen oder bestehenden Interessenkonflikts unbedingt erforderlich sei. Bevor der Bieter von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werde, sei der öffentliche Auftraggeber aus Gründen der Verhältnismäßigkeit daher zunächst verpflichtet, Organe oder Mitarbeiter\*innen, bei denen der Interessenkonflikt bestehe, von der weiteren Befassung mit den Vergabeverfahren auszuschließen. Durch diese Maßnahme werde der Interessenkonflikt in aller Regel wirksam beseitigt und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung getragen.

## Jeglichen „bösen Schein“ vermeiden

Der Interessenkonflikt durch die Beschäftigung des Ehemanns der Senatorin beim klagenden Verein könne durch den Ausschluss der Senatorin von allen Vergabeverfahren, an denen der Kläger beteiligt ist, wirksam beseitigt werden. Zwar sei dieses Mittel nicht im selben Maße wie eine generelle Vergabesperre geeignet, jeglichen „bösen Schein“ zu vermeiden, berücksichtige aber die Interessen des Klägers, an Vergabeverfahren der Senatsverwaltung teilnehmen zu können und schließe ihn nicht für die gesamte Amtszeit der Senatorin von allen Vergabeverfahren der Senatsverwaltung aus.

Zu berücksichtigen sei zudem, dass der Ehemann der Senatorin weder ein Direktionsrecht noch Personalverantwortung beim Kläger habe, die Senatsverwaltung seit 2008 nicht mehr beraten habe und seine wissenschaftliche Betätigung außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Senatsverwaltung liege. Darüber hinaus überschreite die seit Januar 2017 aufrechterhaltene Vergabesperre die nach § 126 Nr. 2 GWB zulässige Höchstfrist von drei Jahren für eine Vergabesperre im Fall eines Ausschlussgrundes nach § 124 GWB. Für den Unterschwellenbereich gelten im beklagten Land ähnliche Regelungen zum Ausschluss von Bewerbern bei Interessenkonflikten, die ebenfalls die – hier nicht gegebene – Verhältnismäßigkeit des Ausschlusses voraussetzen. > **FV**

**Durchführung von Vergabeverfahren für Architekten-, Ingenieur- und Projektsteuerleistungen nach VgV 2016**

- rechtssicher
- kompetent
- schnell
- kostengünstig

**Rechtsanwälte Prof. Dr. Rauch & Partner mbB**  
Hoppestraße 7, 93049 Regensburg  
[www.prof-rauch-baurecht.de](http://www.prof-rauch-baurecht.de)

**Ausschreibungen in Bayern**

**Das eVergabe-Portal**  
DER eSERVICE FÜR AUSSCHREIBER UND BEWERBER

**BayVeBe Anbindung**

**Für Ausschreiber**

- Editier- und speicherbare Formulare
- Schnittstellen zu allen relevanten Plattformen und der Bayerischen Staatszeitung
- Zertifiziert und vergaberechtskonform
- Komplette Vergabe-Abwicklung online
- für öffentlich, freihändig oder beschränkt

**Für Bewerber**

- Gezielte Suche nach Aufträgen
- Öffentliche und private Ausschreibungen
- Größtes Angebot in Bayern
- Download von Vergabeunterlagen
- Upload Ihrer Angebotsabgabe
- GAEB online

**Staatsanzeiger eServices**  
EIN UNTERNEHMEN DER BAYERISCHEN STAATSZEITUNG

[www.staatsanzeiger-eservices.de](http://www.staatsanzeiger-eservices.de)

Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH, Arnulfstraße 122, 80636 München  
Telefon: (+49) 89/290142-30, E-Mail: [vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de](mailto:vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de)