

**Schriften zum Wirtschaftsrecht**

---

**Band 189**

**Öffentliche Auftragsvergabe  
und culpa in contrahendo**

**Von**

**Jürgen Adam**



**Duncker & Humblot · Berlin**

JÜRGEN ADAM

Öffentliche Auftragsvergabe und culpa in contrahendo

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 189

# Öffentliche Auftragsvergabe und culpa in contrahendo

Von  
Jürgen Adam



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg  
hat diese Arbeit im Sommersemester 2004  
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

D 25

Alle Rechte vorbehalten

© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH, Kempten (Allgäu)

Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 3-428-11756-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Sommersemester 2004 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Oktober 2004 berücksichtigt.

In ihren wesentlichen Teilen ist diese Dissertation während meiner zweijährigen Zeit als wissenschaftlicher Angestellter am Institut für Wirtschaftsrecht in Freiburg entstanden; Herr Professor Dr. Uwe Blaurock, Direktor der Abteilung I, hat die Arbeit betreut. Hierfür sowie für die immer angenehme und interessante Zusammenarbeit danke ich ihm herzlich. Herr Professor Dr. Günter Hager hat dankenswerterweise das Zweitgutachten übernommen.

Als Kollegen und Freunde haben Gert Brandner, Georg Kauffeld und Joachim Schelm wesentlichen Anteil am Entstehen dieser Arbeit gehabt. Die gemeinsam verbrachte Zeit am Institut ist bereits an anderer Stelle eingehend gewürdigt worden\*. Hinzufügen möchte ich hier meinen persönlichen Dank an die Genannten – für ständige Gesprächsbereitschaft (auch über so abwegige Gebiete wie das Öffentliche Recht), Anregungen und Kritik (letzteres anerkanntermaßen das Spezialgebiet von Joachim), sowie für die einmalige Arbeitsatmosphäre am Lehrstuhl. In diesen Dank einschließen möchte ich Frau Ingrid Kniest, die sich immer weit über ihre dienstlichen Obliegenheiten hinaus für das Institut engagiert hat.

Meinen Eltern möchte ich für alle Unterstützung danken, die sie mir während der langen Zeit von Studium, Promotion und Referendariat in immaterieller wie in materieller Form gewährt haben. Ihre Hilfe hat auch den Druck der Dissertation in der vorliegenden Form erst möglich gemacht.

Am meisten von den Freuden und Leiden des Entstehungsprozesses hat meine Frau Simone mitbekommen (und mitertragen). Für Ermunterung, Rückhalt und zeitweilige Vollpension sei ihr herzlich gedankt!

Freiburg, im November 2004

*Jürgen Adam*

---

\* Vgl. *Gert Brandner*, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien (2003), S. VII, sowie *Jürgen Adam/Gert Brandner/Georg Kauffeld*, Rechtswissenschaft und Kaffeehauskultur: Festschrift für Joachim Schelm (2004).



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	13
-------------------------	----

## *Kapitel 1*

<b>Ursprünge des öffentlichen Auftragswesens</b>	18
--	----

I. Vom Hoflieferantentum zum Submissionsverfahren .....	18
II. Das Submissionswesen im deutschen Kaiserreich von 1871 bis 1918 .....	23
1. Der Fiskus, die Reichsverfassung und das BGB .....	23
2. „Dem Handwerk hilft kein Reichsstatut, wenn Submission es macht kaputt“ .....	25
a) Die Frage nach dem angemessenen Preis .....	25
b) Gleichberechtigung der Vertragspartner .....	27
c) Rechtsschutz .....	28
d) Wirtschafts-, Handels- und Sozialpolitik .....	30
3. Der Entwurf für ein Reichssubmissionsgesetz .....	33
III. Der Reichsverdingungsausschuss und sein Werk .....	34
1. „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht“ .....	35
2. Die Verdingungsordnung für Bauleistungen .....	35
3. Verdingungswesen und NS-Staat .....	37
IV. Auftragsvergabe nach VOB / A und VOL / A .....	38
1. Verfahren nach der VOB .....	38
2. Rechtsschutz .....	41



*Kapitel 2*

<b>Ursprünge der Lehre von der culpa in contrahendo</b>	43
I. Die „Entdeckung“ der culpa in contrahendo und die Entstehung des BGB .....	43
1. „Schadensersatz für nichtige oder nicht zur Perfection gelangte Verträge“ .....	44
2. Das BGB .....	48
3. Verschulden beim Vertragsschluss .....	51
II. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts .....	53
1. Vereinheitlichung der Rechtsgedanken .....	53
a) Analoge Anwendung der gesetzlichen Tatbestände .....	54
b) Verschulden beim Vertragsschluss: Vom Gegenbegriff zum Oberbegriff ....	56
2. Weitere Fallgruppen .....	60
a) Verschulden bei unwirksamem Vertragsschluss jenseits der klassischen cic	61
b) Aufklärungspflichten zum Schutze absolut geschützter Rechtsgüter .....	62
3. Vom Verschulden bei Vertragsschluss zum Verschulden bei Vertragsverhandlungen .....	64
III. Verschulden bei Vertragsschluss und cic im Schrifttum .....	68
IV. Fazit .....	73

*Kapitel 3*

<b>Weiterentwicklung des öffentlichen Auftragswesens</b>	76
I. Internationale Entwicklungen .....	76
1. GATT, WTO und GPA .....	77
2. Auftragsvergabe auf dem Gemeinsamen Markt .....	86
a) Die Vorschriften des EG-Vertrages .....	86
b) Durchsetzung des europäischen Primärrechts .....	90
c) Die Richtlinien zur Koordinierung der Vergabeverfahren .....	98
d) Durchsetzung der Vergaberichtlinien .....	102
e) Das Legislativpaket 2004 .....	107

II. Grundrechte und öffentliche Auftragsvergabe .....	108
1. Geltung der Grundrechte .....	109
a) Unmittelbare Fiskalgeltung .....	109
b) Mittelbare Fiskalgeltung .....	112
c) Fazit .....	118
2. Vorgaben für das Vergabeverfahren .....	119
3. Durchsetzung der Grundrechte .....	121
4. Die Position der Rechtsprechung .....	124
III. Entwicklung des nationalen Vergaberechts .....	125
1. Verdingungsordnungen, haushaltsrechtliche Lösung, Vergaberechtsänderungs- gesetz .....	125
2. Auftragsvergabe nach öffentlichem Haushaltsrecht .....	130
a) Vergabeverfahren .....	131
b) Rechtsweg .....	135
c) Ansprüche .....	137
(1) Deliktische Ansprüche .....	138
(2) Kartellrechtliche Ansprüche .....	139
(3) Ansprüche aus dem UWG .....	142
(4) Vertragliche Ansprüche .....	143
(5) Ansprüche aus culpa in contrahendo .....	145
3. Auftragsvergabe nach dem GWB .....	146
a) Anwendbarkeit .....	146
b) Vergabeverfahren .....	147
c) Rechtsschutz .....	150

*Kapitel 4*

**Weiterentwicklung der Lehre von der culpa in contrahendo** 154

I. Rechtsprechung .....	155
1. Aufklärungspflichten .....	155
a) Aufklärung über den Vertragsgegenstand .....	155
b) Aufklärung über Abschluss- und Wirksamkeitsbedingungen .....	157

2. Erhaltungspflichten .....	159
3. Sicheres Inaussichtstellen eines Vertrages .....	160
4. Öffentliche Auftragsvergabe .....	164
a) Gegenstandbezogene Aufklärungspflichten .....	164
b) Abschlussbezogene Aufklärungspflichten .....	165
c) Die Pflicht zur Einhaltung der Vergabebestimmungen .....	166
(1) Die Rechtsprechung des BGH bis 1998 .....	166
(2) Umsetzung durch die Instanzgerichte .....	173
(3) Entwicklung seit 1998 .....	174
II. Schrifttum .....	179
1. Cic und Rechtsgeschäft .....	179
2. Cic und Rechtsgüterschutz .....	181
3. Cic und Vertrauenshaftung .....	185
4. Cic und Venire contra factum proprium .....	189
5. Cic und öffentliche Auftragsvergabe .....	191
III. Fazit .....	195
1. Haftung auf das positive Interesse .....	195
a) Gleichbehandlungspflicht .....	195
b) Positive Vertrauenshaftung .....	197
c) Gemeinsame Fragen .....	198
d) Grenzen der Haftung auf das positive Interesse – Ausschreibungen Privater .....	199
2. Haftung auf das negative Interesse .....	199
a) Schadensersatz wegen Verletzung primärer Erklärungsunterlassungspflichten .....	200
b) Schadensersatz als Inhalt einer primären Dispositionsgarantie .....	201
c) Rechtsfolgen der Haftung .....	202
d) Ausschreibungen Privater .....	203

Inhaltsverzeichnis	11
IV. Auswirkungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes	204
1. Die gesetzliche Regelung des vorvertraglichen Schuldverhältnisses	204
2. Cic-Haftung bei Verstoß gegen Vergabebestimmungen	206
<b>Schluss</b>	208
<b>Literaturverzeichnis</b>	212
<b>Sachverzeichnis</b>	231

---

Für die Abkürzungen – soweit sie nicht im Text erklärt oder allgemein gebräuchlich sind – wird verwiesen auf *Hildebert Kirchner/Cornelie Butz*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache, 5. Aufl. (2003).

Unter *BGB a. F.* ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis 31. 12. 2001 geltenden Fassung zu verstehen.



## Einleitung

Am 30. Juli 1992 schreibt das Land Hessen den Neubau eines Dienstgebäudes für das Landwirtschaftsministerium in Wiesbaden aus. Mehrere Unternehmen interessieren sich für das Projekt, bitten um Zusendung der einschlägigen Unterlagen und beginnen, Angebote zu erstellen, um sie dem Land zu unterbreiten<sup>1</sup>. Ihnen ist bekannt, dass das für die Durchführung der Ausschreibung zuständige Staatsbauamt die Vorschriften der Verdingungsordnung für Bauleistungen zu befolgen hat, die unter anderem vorsehen, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen ist und dass eine Beendigung der Ausschreibung ohne Vertragsschluss nur in begründeten Ausnahmefällen in Betracht kommt<sup>2</sup>. Mit diesem Wissen und im Vertrauen auf die reale Chance, einen lukrativen Bauauftrag zu erhalten, gehen die Unternehmen an die mit erheblichen Unkosten verbundene Ausarbeitung ihrer Angebote.

Nicht bekannt ist den Interessenten, dass für den Neubau seitens des Landtages weder Haushaltsmittel bereitgestellt noch Verpflichtungsermächtigungen erteilt worden sind. In der Folge kommt, was in Zeiten knapper Kassen häufiger geschieht<sup>3</sup>: Am 22. September 1992 beschließt die hessische Landesregierung, auf Grund einer unerwarteten Deckungslücke im Landeshaushalt Mittel für den Neubau nicht in den Entwurf des nächsten Haushalts aufzunehmen. Auch davon erfahren die Ausschreibungsteilnehmer jedoch zunächst nichts; vielmehr werden die auf die Ausschreibung hin eingegangenen Gebote vom Land entgegengenommen und am 30. September 1992 eröffnet.

Die W. & F. AG hat, wie sich herausstellt, das preisgünstigste Angebot vorgelegt. Damit kann sie sich nach den der Ausschreibung zu Grunde liegenden Regeln begründete Hoffnungen machen, als Vertragspartner ausgewählt zu werden<sup>4</sup>. Statt der erhofften Mitteilung über den Zuschlag erhält sie jedoch am 27. Oktober ein Schreiben des Staatsbauamtes Wiesbaden, in dem ihr eröffnet wird, die Aus-

---

<sup>1</sup> Sachverhalt nach *BGH X ZR 48/97*, BGHZ 139, 259 (8. 9. 1998).

<sup>2</sup> §§ 25, 26 VOB/A; vgl. im Einzelnen unten Kapitel 3: III. 2. a).

<sup>3</sup> Vgl. „Acht Länder mit verfassungswidrigen Haushalten“, *FAZ* v. 20. 11. 2002, S. 1, 2; Hessen verzichtet wegen Einnahmeausfällen auf den Neubau eines Plenargebäudes für den Landtag.

<sup>4</sup> Entscheidend ist im allgemeinen zwar nicht der Preis allein, sondern das beste Preis-Leistungs-Verhältnis. Insbesondere bei relativ genau vorgegebenen Leistungen ist jedoch oftmals das billigste auch das wirtschaftlich günstigste Angebot. Vgl. hierzu wiederum Kapitel 3: III. 2. a).

schreibung werde aufgehoben, da haushaltsrechtliche Gründe der Durchführung des Bauvorhabens entgegenstünden.

Unzufrieden mit diesem Ergebnis verklagt die W. & F. AG das Land Hessen auf Zahlung von knapp 800.000 DM. Diesen Betrag (ihr „positives Interesse“), so trägt sie vor, hätte sie als Gewinn erwirtschaftet, wäre der Auftrag – wie erwartet – tatsächlich an sie vergeben worden. Hilfsweise beantragt die Klägerin, das Land Hessen möge ihr die Kosten erstatten, die durch die sinnlose Erstellung ihres Angebots entstanden seien („negatives Interesse“): Immerhin gut 150.000 DM. Vor dem Landgericht Wiesbaden scheitert die Klägerin. Das Oberlandesgericht Frankfurt verurteilt das Land zum Ersatz der nutzlosen Aufwendungen<sup>5</sup>, weist die Klage auf den entgangenen Gewinn jedoch ab. Diese Entscheidung wird vom Bundesgerichtshof bestätigt.

Im Ergebnis also bleibt es für die Klägerin dabei, dass ihr ein erheblicher Gewinn entgangen ist. Das beklagte Land andererseits hat noch bis in die Anschlussrevision hinein die vollständige Abweisung der Klage gefordert<sup>6</sup>. Von daher sind vermutlich beide Parteien unzufrieden, und schon das spricht vielleicht dafür, dass dieser Präzedenzfall richtig entschieden worden ist. Mit dem Rechtsgefühl jedenfalls dürfte das Urteil des BGH in Einklang stehen: Die Folgen der zweifellos vermeidbaren verfrühten Ausschreibung hat das Land zu tragen, und mehr, so scheint es, kann auch die Klägerin kaum verlangen.

Betrachtet man aber die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in ähnlichen Fällen, so fällt auf, dass (aus Sicht der Klägerin) relativ geringfügige Abwandlungen des Sachverhaltes dem Klageantrag auf Ersatz des entgangenen Gewinns zum Erfolg verholfen hätten. Hätte etwa das Land zwar genügend Geld gehabt und den Auftrag vergeben, dabei aber die Klägerin aus sachwidrigen Gründen übergangen und den Vertrag mit einem anderen Bieter abgeschlossen, wäre eine Klage auf das positive Interesse nach ständiger und am Tag der Entscheidung des Ausgangsfalls noch einmal bestätigter Rechtsprechung des BGH ohne weiteres erfolgreich gewesen (Abwandlung 1)<sup>7</sup>. Mehr noch: Das gleiche hätte gegolten, wenn das Land im Ausgangsfall nachträglich unverhofft zu Geld gekommen wäre, eine neue Ausschreibung durchgeführt und dem in diesem Verfahren günstigsten Bieter den Auftrag schließlich erteilt hätte (Abwandlung 2)<sup>8</sup>. Zumindest aus Sicht der Klägerin vermögen diese Differenzierungen nicht unmittelbar zu überzeugen. Im Ausgangs-

---

<sup>5</sup> Insoweit erging ein Grundurteil. Bezüglich der Frage, ob die Aufwendungen tatsächlich so hoch waren wie behauptet, wurde das Verfahren ans Landgericht zurückverwiesen, siehe *BGH X ZR 48/97* (o. Fn. 1), 260.

<sup>6</sup> *BGH X ZR 48/97* (o. Fn. 1), 260.

<sup>7</sup> Siehe *BGH X ZR 109/96*, *BGHZ 139*, 273 (8. 9. 1998).

<sup>8</sup> Siehe *BGH X ZR 99/96*, *NJW 1998*, 3640, 3644 (8. 9. 1998) (ebenfalls vom gleichen Tag wie die Entscheidung im Ausgangsfall; siehe auch *BGHZ 139*, 280 ff., wo allerdings die hier zitierten Teile der Urteilsbegründung leider nicht abgedruckt sind).

fall wie in den beiden Abwandlungen sind ihre begründeten Aussichten auf Abschluss und Durchführung des Vertrages enttäuscht worden. Warum sollten die Rechtsfolgen unterschiedlich sein?

Ein erster Blick auf die Begründungen der einschlägigen Urteile beantwortet diese Fragen nicht in überzeugender Weise und wirft gleichzeitig neue Fragen auf. Als Grundlage der klägerischen Ansprüche zieht der BGH in allen Fällen die Rechtsfigur der *culpa in contrahendo* (cic) heran. Nach den allgemeinen Grundsätzen dieses Rechtstituts bekommen Bieter Schäden ersetzt, wenn und soweit diese auf die Verletzung vorvertraglicher Pflichten durch den Auftraggeber zurückgehen. Zu den vorvertraglichen Pflichten der öffentlichen Hand gehört es laut Bundesgerichtshof, bei Ausschreibungen die Vorschriften des öffentlichen Vergaberechts über die Verfahrensgestaltung einzuhalten<sup>9</sup>.

Abweichungen von diesen Vorgaben finden sich nach Ansicht des BGH sowohl im Ausgangsfall<sup>10</sup> und der Abwandlung 2 (Verstoß gegen die Aufhebungsvorschriften) als auch in Fällen, die der Abwandlung 1 entsprechen (Verstoß gegen die Auswahlvorschriften). Im Falle der fehlerhaften Zuschlagserteilung (Abwandlung 2) folgert das Gericht weiter: Bei pflichtgemäßem Verhalten des Auftraggebers hätte der übergangene Bieter den Auftrag erhalten und somit einen Gewinn gemacht, den er nun entsprechend § 249 BGB einklagen kann<sup>11</sup>.

Nach diesem Modell ist es allerdings kaum zu erklären, warum die W. & F. AG im Ausgangsfall mit dem Ersatz ihrer Aufwendungen vorlieb nehmen muss. Wenn eine Pflicht zur Einhaltung der Vergabevorschriften besteht, und wenn diese Vergabevorschriften eine Aufhebung in der fraglichen Situation nicht erlauben – und beides ist, folgt man dem BGH, der Fall<sup>12</sup> –, wieso ist dann nur das negative Interesse zu ersetzen?

In der Abwandlung 1 (pflichtwidrige Zuschlagserteilung) liegt zwischen dem Tatbestand der Pflichtverletzung und dem Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses ein ganz entscheidender, vom BGH jedoch nicht einmal erwähnter Schritt. Wenn nämlich der Auftraggeber eine Pflicht verletzt hat, den Kläger zu beauftragen, dann folgt aus § 249 BGB zunächst ein Anspruch auf Naturalrestitution, also auf Beendigung des möglicherweise mit einem anderen Bieter geschlossenen Vertrages und auf Vertragsschluss mit dem Kläger. Geldersatz kommt nur unter den Voraussetzungen des § 251 BGB in Betracht. Dass Naturalrestitution in Fällen der fehlerhaften Zuschlagserteilung prinzipiell unmöglich sei, kann man angesichts vielfach bestehender Kündigungsmöglichkeiten der öffentlichen Hand kaum sagen. Müsste das Institut der cic also dem fälschlicher-

---

<sup>9</sup> BGH X ZR 48/97 (o. Fn. 1), 261; BGH X ZR 109/96 (o. Fn. 7), 275.

<sup>10</sup> BGH X ZR 48/97 (o. Fn. 1), 262, 265, 267.

<sup>11</sup> BGH X ZR 109/96 (o. Fn. 7), 275 f.

<sup>12</sup> Siehe Fn. 10.