



::rehm

## Newsletter Vergaberecht

Ausgabe März 2018

### OLG Celle: „Dulde und liquidiere“ - auch im Vergaberecht keine Option?

Das OLG Celle hat mit Urteil vom 18.1.2018 (Az. 11 U 121/17) den **Vorrang von vergaberechtlichen Primäransprüchen vor zivilrechtlichen Sekundäransprüchen** formuliert und damit eine intensive Diskussion in der Vergabeszene angestoßen. Nach Auffassung des OLG Celle muss ein von einem Vergabefehler betroffener Bieter in einem Vergabeverfahren Primärrechtsschutz in Anspruch nehmen, anderenfalls könne er sich in einem nachträglichen zivilrechtlichen Schadensersatzprozess nicht mehr auf diesen Vergabeverstoß berufen. Jedenfalls aber wäre einer späteren Zivilklage ein Mitverschuldenseinwand entgegen zu halten, der zur Folge habe, dass etwaige Zahlungsansprüche im Ergebnis nicht bestehen.

#### Sachverhalt

Die Beklagte schrieb Schülerbeförderungsleistungen europaweit in acht Losen aus. Mit dem Angebot waren von den Bietern Netto-Pauschalpreise je Beförderungstag und Beförderungskategorie anzubieten. Der von der Beklagten vorgegebene Schülerbeförderungsvertrag (im Folgenden: SBV) sieht unter Ziffer 5.1 vor, dass die Vertragsparteien unter den Voraussetzungen des § 2 Nr. 3 VOL/B die Anpassung der mit dem Angebot abgegebenen Netto-Pauschalpreise zum jeweils nächsten Schuljahr nur dann verlangen können, wenn sich die Gesamtanzahl der Beförderungsfälle im Durchschnitt eines Jahres um 10 % verändert hat. Ziff. 5.2 regelt hierzu sodann einen Ausnahmefall. Nach Ziff. 5.3 muss die Anpassung der Pauschalen drei Monate vor Ablauf des jeweiligen Vertragsjahres für das nächste Vertragsjahr schriftlich verlangt werden, rückwirkende Anpassungen sind ausgeschlossen.

Die Klägerin beteiligte sich an dem Vergabeverfahren und leitete ein Vergabenachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer Lüneburg (Az. VgK - 35/2010) ein. Darin beanstandete sie insbesondere die Regelungen der Ziffer 5 des Vertragsentwurfs. Am 05.07.2010 nahm die Klägerin ihren Nachprüfungsantrag zurück, ohne dass seitens der Vergabekammer ein rechtlicher Hinweis zu fehlenden Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags erfolgte. Nach Fortführung des Vergabeverfahrens erhielt die Klägerin auf der Grundlage der von ihr angebotenen Pauschalpreise und dem unveränderten Vertragsentwurf den Zuschlag für alle ausgeschriebenen acht Lose. Der SBV wurde zwischen den Parteien am 29.09.2010 geschlossen.

Mit Klage vor dem LG Hildesheim begehrte die Klägerin von der Beklagten zusätzliche Entgelte aus dem SBV für die beiden Schuljahre 2010/2011 sowie 2011/2012. Das LG Hildesheim (Urt. v. 13.06.2017 - 3 O 157/13) gab der Klage dem Grunde nach statt. Die Regelungen der Ziffer 5 des Vertrags stehen nach Auffassung des LG Hildesheim der Anpassung der Vergütung nicht entgegen, da sie unwirksam seien. Dagegen legte die Beklagte Berufung ein.

## Entscheidung

Das OLG Celle hat die Klage abgewiesen, aber gem. § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO die Revision zum Bundesgerichtshof zugelassen. Die Revision ist mittlerweile beim BGH anhängig (Az. X ZR 21/18).

Zunächst problematisiert das OLG Celle, ob die Ziffern 5.1-5.3 des SBV - die im vorliegenden Fall der begehrten Preisanpassung entgegenstehen - gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sind. Hierzu wirft das Gericht **zwei schwierige AGB-rechtliche Fragestellungen** auf. Zum einen sei fraglich, ob es sich bei diesen Regelungen überhaupt um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB handele. Zum anderen sei zu prüfen, ob die Regelungen einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB standhalten würden oder unwirksam seien.

Letztlich ließ das Gericht diese Fragen aber offen, da es der Klägerin im vorliegenden Verfahren verwehrt sei, sich auf diesen Aspekt zu berufen. Das beruhe darauf, dass die Klägerin es versäumt habe, die Frage der Unwirksamkeit der Vertragsklauseln in einem Vergabepflichtverfahren nach dem GWB zur Überprüfung zu stellen. Dies habe zur Folge, dass es ihr nunmehr verwehrt sei, diese Argumentation in einem späteren Zivilrechtsstreit wie dem streitgegenständlichen zu führen.

Das OLG Celle räumt zwar ein, dass eine gesetzliche Norm, die Vorstehendes ausdrücklich regelt, nicht bestehe und dass auch die Literatur zu dieser Frage uneinheitlich sei. Für die Auffassung, dass ein von einem Vergabefehler betroffener Bieter zunächst Primärrechtsschutz in Anspruch nehmen müsse, spreche aber, dass ansonsten die Gefahr bestünde, **allgemeine Grundsätze des Vergaberechts zu unterlaufen**. Das Vergaberecht basiere auf dem Grundgedanken, dass alle Bieter dieselben Ausgangspositionen und Chancen hätten und einzelne Bieter gerade nicht Vorteile haben sollen, die es ihnen ermöglichten, ihr Angebot wirtschaftlich günstiger als andere Bieter auszugestalten. Mit diesem Grundsatz wäre es unvereinbar, wenn ein Bieter, dem im Rahmen eines Vergabeverfahrens ein Auftrag erteilt worden sei, nachträglich die Möglichkeit hätte, in einem Zivilverfahren geltend zu machen, dass einzelne Regelungen der Ausschreibung unwirksam gewesen und nunmehr durch eine für ihn in wirtschaftlicher Hinsicht günstigere Regelung zu ersetzen seien. Ohne dies der Klägerin zu unterstellen, hätte diese die Möglichkeit gehabt, zunächst mit einem bewusst niedrig gehaltenen Angebot den Zuschlag zu erreichen und anschließend die ursprüngliche Unauskömmlichkeit ihres Angebotes dadurch zu kompensieren, dass sie in einem Zivilverfahren Ansprüche auf zusätzliche Vergütung geltend mache. Das Verhalten der Klägerin würde sich in einem solchen Fall nämlich als ein „**dulde und liquidiere**“ darstellen, was der Gesetzgeber allerdings bereits anderweitig ausdrücklich als mit dem Grundgedanken des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht vereinbar geregelt habe (z.B. § 839 Abs. 3 BGB).

Nach diesen Maßgaben sei es der Klägerin verwehrt, ihren Anspruch auf zusätzliche Vergütung damit zu begründen, dass die Regelungen in Ziffer 5 des SBV nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam seien. Denn dies habe sie bereits in einem Nachprüfungsverfahren nach dem GWB geltend machen können. Insbesondere handele es sich bei den **Regelungen in Ziffer 5 des SBV um Vergabevorschriften**. Darunter fielen nämlich alle materiell-rechtlichen Regelungen, die die Vergabestelle zum Inhalt ihrer Ausschreibung mache. Zwar habe die Klägerin ein Nachprüfungsverfahren zunächst tatsächlich eingeleitet, dieses aber später wieder zurückgenommen, bevor die Vergabekammer eine Entscheidung getroffen habe. Ob anderes zu gelten habe, wenn beispielsweise die Vergabekammer einen hinreichend begründeten Hinweis erlassen hätte, nach dem der Nachprüfungsantrag unbegründet sei und der Bieter erst hierauf seinen Antrag zurücknimmt, könne dahinstehen. Dies sei von der Klägerin nicht vorgetragen worden und ergebe sich im Übrigen auch nicht aus den beigezogenen Akten.

Hilfsweise stützt das OLG Celle den Ausschluss etwaiger Zahlungsansprüche der Klägerin auf den **Rechtsgedanken des § 254 Abs. 1 BGB**. Im Hinblick darauf, dass die Klägerin zunächst ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet, den Nachprüfungsantrag aber wieder zurückgenommen habe, bevor die Vergabekammer hierüber eine Entscheidung getroffen habe, sei der Klägerin ein Mitverschuldensvorwurf in einem derartigen Maße zu machen, dass Nachzahlungsansprüche gänzlich ausgeschlossen seien.

### **Bewertung**

Das „Bauchgefühl“ tendiert in der konkreten Fallkonstellation spontan dazu, der Auffassung des OLG Celle zu folgen. Einem Auftragnehmer, der im Vergabeverfahren einen kalkulationsrelevanten Fehler in den Vergabeunterlagen erkannt hat und diesen nicht vor den Vergabenachprüfungsinstanzen klären lässt, darf es nicht erlaubt sein, diesen Fehler in einem anschließenden zivilrechtlichen Verfahren in Form eines Mehrvergütungsanspruchs geltend zu machen. Ein solches Kalkül darf im Lichte der Vergabegrundsätze des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung nicht aufgehen, sagt einem das „Bauchgefühl“.

Trotzdem wirft die Entscheidung des OLG Celle beim näheren Hinsehen eine ganze Reihe von Fragen auf.

- Geht es bei den streitgegenständlichen Vertragsklauseln wirklich um **Vergabevorschriften i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB**? Macht es sich das OLG Celle nicht etwas einfach, wenn es unter Vergabevorschriften alle materiell-rechtlichen Regelungen subsummiert, die die Vergabestelle zum Inhalt ihrer Ausschreibung macht? Werden damit nicht ggf. komplizierteste vertragsrechtliche Fragen in ein Vergabenachprüfungsverfahren getragen, das grundsätzlich auf Schnelligkeit angelegt ist? Besonders augenfällig wird dies sogar im konkreten Fall, in dem das OLG Celle die AGB-rechtlichen Fragen, zu denen es eine vorherige Entscheidung der Nachprüfungsinstanzen verlangt, selbst als revisionswürdig vor dem BGH erachtet. Wie soll eine Vergabekammer solche Fragen zufriedenstellend klären, zumal in den vorgegebenen engen Fristen? Das vom OLG Celle insoweit zur Unterstützung seiner Auffassung herangezogene Urteil des BGH (19. April 2016 -X ZR 77/14) zu § 20 Abs. 3 VOF (heute § 77 Abs. 2 VgV) bezieht sich demgegenüber eindeutig auf einen vergaberechtlich normierten Sachverhalt, sodass der Vergleich nicht zieht.
- Soll der Ausschluss von zivilrechtlichen Ansprüchen nur gelten, wenn der spätere **Auftragnehmer den Vergabeverstöß im Vergabeverfahren erkannt hat oder er**

für ihn mindestens erkennbar war (§ 160 Abs. 3 GWB)? Dafür könnte der vom OLG Celle in Bezug genommene § 839 Abs. 3 BGB sprechen, wonach eine Ersatzpflicht nicht eintritt, „wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden“.

- **Wie weit muss ein Vergabenachprüfungsverfahren getrieben werden, damit der spätere Weg in ein zivilrechtliches Verfahren nicht verbaut ist?** Eine bloße Rüge gegenüber dem Auftraggeber würde hierfür sicherlich nicht ausreichen, sondern es wird vielmehr die Anrufung der Vergabekammer erforderlich sein. Ob auch die Herbeiführung einer Entscheidung des Vergabesenates geboten ist, lässt das OLG Celle offen. Eine solche Forderung dürfte jedoch den vom Gericht gesehenen grundsätzlichen Vorrang des Primärrechtsschutzes im Vergaberecht überstrapazieren. Zum Spezialfall der Rücknahme eines Nachprüfungsantrags vor der Vergabekammer vertritt das OLG Celle die Auffassung, dass diese Vorgehensweise grundsätzlich nicht hinreichend sei, um eine Präklusion im Zivilverfahren auszuschließen, denn es werde in der Sache ja gerade keine Entscheidung über den Vergabeverstoß getroffen. Ob etwas anderes zu gelten habe, wenn beispielsweise die Vergabekammer einen hinreichend begründeten Hinweis erlassen hätte, nach dem der Nachprüfungsantrag unbegründet sei und der Bieter erst hierauf seinen Nachprüfungsantrag zurücknehme, lässt das Gericht mangels konkreter Anhaltspunkte im streitgegenständlichen Fall dahinstehen.
- Eine ganz zentrale Frage ist darüber hinaus, ob der vom OLG Celle angenommene Vorrang des Primärrechtsschutzes im Vergaberecht auch für Fallkonstellationen gelten soll, in denen **nicht zum Zuge kommende Bieter nach Zuschlagserteilung Schadensersatzansprüche geltend machen** (also nicht wie im vorliegenden Fall ein Auftragnehmer nachträglich eine Mehrvergütung fordert). Das OLG Celle scheint in diese Richtung zu tendieren, denn es spricht pauschal davon, dass ein von einem Vergabefehler betroffener Bieter in einem Vergabeverfahren Primärrechtsschutz in Anspruch nehmen muss, anderenfalls er in einem nachträglichen Schadensersatzprozess damit ausgeschlossen sei, sich auf diesen Vergabeverstoß zu berufen. Selbst wenn man mit dem OLG Celle einen Vorrang des Primärrechtsschutzes im Vergaberecht annehmen würde, erscheint eine so weit reichende Interpretation jedoch sehr gewagt. Soweit ersichtlich hat sich in der Rechtsprechung bisher das OLG Düsseldorf (Urteil vom 15.12.2008 - I - 27 U 1/07) mit der Frage befasst und festgestellt, dass die „Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen generell nicht von der Anbringung einer Rüge durch den Anspruchsteller nach § 107 Abs. 3 GWB (und erst recht eines Nachprüfungsantrags) abhängig zu machen ist“. Aus § 179 Abs. 1 GWB, der die Bindungswirkung von Entscheidungen der Vergabenachprüfungsinstanzen für die Zivilgerichte in nachfolgenden Schadensersatzprozessen regelt, lässt sich ein pauschaler Vorrang des Primärrechtsschutzes im Vergaberecht jedenfalls nicht herleiten. § 179 Abs.1 GWB regelt lediglich den Fall, wenn ein Verfahren vor der Vergabekammer stattgefunden hat und verlangt aber nicht, dass dies Voraussetzung für Schadensersatzansprüche ist. Und: § 179 Abs. 1 GWB formuliert eine Bindungswirkung und keine Präklusionswirkung.
- Schließlich stellt sich die Frage, ob ein Vorrang des Primärrechtsschutzes - wenn man das weite Verständnis des OLG Celle teilt - konsequenterweise nicht auch **unterhalb der EU-Schwellenwerte** gelten müsste. Müsste dort ein Bieter zunächst ein einstweiliges Verfügungsverfahren anstrengen, um später dann gegebenenfalls Schadensersatz verlangen zu können?

- Naheliegender erscheint nach alledem der vom OLG Celle hilfsweise herangezogene **Aspekt des Mitverschuldens** der Klägerin. Auch das OLG Naumburg (Urteil vom 23.12.2014 - 2 U 74/14) neigt dazu, dass einem Bieter zumindest ein Mitverschulden vorzuhalten sei, wenn er es schuldhaft unterlassen habe, trotz Kenntnis eines Vergabeverstößes einen Nachprüfungsantrag zu stellen. Ob ein solches Verhalten aber als so gravierend anzusehen ist, dass Ansprüche gänzlich ausgeschlossen sein sollen (wie es das OLG Celle annimmt), steht auf einem anderen Blatt.

Fragen über Fragen also, von denen zu hoffen ist, dass der BGH im Rahmen des anhängigen Revisionsverfahrens zumindest teilweise Klarheit schafft.

Verfasser: Rudolf Ley