

Herausgeber: Dr. Lutz Horn, RA

Erscheinungsdatum:  
18.10.2016

Erscheinungsweise:  
monatlich

Bezugspreis:  
10,- € monatlich  
zzgl. MwSt.

### 1/2016

#### Inhaltsübersicht:

Anm. 1

#### **Editorial**

von Dr. Lutz Horn, RA, Görg Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Frankfurt

Anm. 2

#### **Nach der Vergaberechtsreform ist vor der Vergaberechtsreform - Neues zum Stand der Rechtsentwicklung**

von Dr. Mark von Wietersheim, Geschäftsführer forum vergabe e.V., Berlin

Anm. 3

#### **Zulässigkeit der Auflösung einer zweigliedrigen Bietergemeinschaft im laufenden Vergabeverfahren**

Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 24.05.2016, C-396/14  
von Dr. Pascal Friton, LL.M., RA, Blomstein Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Berlin /  
Eva-Maria Meister, LL.M., RA'in, Blomstein Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Berlin

Anm. 4

#### **Vergabe freiberuflicher Leistungen: Verbindlichkeit der vom Auftraggeber festgelegten Bearbeitungsgebühr für die Ausarbeitung des Angebots ("Westtangente Rüsselsheim")**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 19.04.2016, X ZR 77/14  
von Dr. Kai-Uwe Schneevogl, RA, Görg Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Frankfurt

Anm. 5

#### **Wirksamkeit von insolvenzbedingten Kündigungsklauseln in Bauverträgen**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 07.04.2016, VII ZR 56/15  
von Tatyana W. Peshteryanu, RA'in, Görg Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Frankfurt

Anm. 6

#### **Intransparenz eines Bewertungsmaßstabs**

Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.12.2015, VII-Verg 24/15  
von Dr. Ingrid Reichling, RA'in, GvW Graf von Westphalen, München

Anm. 7

#### **Rechtsweg für den Anspruch auf Akteneinsicht in Konzessionsverfahren nach § 46 EnWG**

Anmerkung zu OVG Lüneburg, Beschluss vom 16.02.2016, 7 OB 13/16  
von Prof. Wolfgang E. Trautner, RA und Notar, FA für Vergaberecht, HEUSSEN  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Frankfurt

**Zitervorschlag:** Horn, jurisPR-VergR 1/2016 Anm. 1  
**ISSN 2509-6915**

1

## Editorial

von **Dr. Lutz Horn**, RA, Görg Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Frankfurt

Liebe Leser,

mit der Aufnahme eines neuen PraxisReports für das Vergaberecht trägt juris zweierlei wichtigen Trends Rechnung: Zum einen wächst der Bedarf an elektronisch verfügbaren Informationen auch im juristischen Bereich rasant. Zum anderen hat das Vergaberecht spätestens mit der jüngsten großen Reform im April 2016 einen Stellenwert erhalten, bei dem Praktiker zu Recht darauf verweisen, das Rechtsgebiet sei nun „erwachsen geworden“.

Ich freue mich daher besonders, die Herausgeberschaft für diesen neuen PraxisReport in dieser ungemein spannenden Zeit übernehmen zu können. Im Fokus der Beiträge wird die vergaberechtliche Rechtsprechung stehen. Denn die Judikatur der deutschen und der europäischen Spruchkörper ist für die vergaberechtliche Praxis richtungweisend. Das gilt insbesondere in Zeiten von Rechtsänderungen. Aber auch Fachbeiträge und Erfahrungsberichte zu interessanten Themen und Rechtsfragen werden im juris PraxisReport Vergaberecht der geneigten Leserschaft präsentiert. Bei den monatlichen Ausgaben werden Autoren und Herausgeber deshalb bestrebt sein, stets aktuelle Themen aufzugreifen, deren Bedeutung über den Einzelfall hinausgeht. Wir hoffen, Ihnen mit diesem PraxisReport künftig ein attraktives fachliches Angebot zu machen, so dass die regelmäßige Lektüre nicht Last, sondern Freude bereitet. Für Anregungen und Hinweise zur Verbesserung des juris PraxisReports Vergaberecht sind wir immer dankbar.

Mit herzlichen Grüßen

Ihr

Lutz Horn

2

## Nach der Vergaberechtsreform ist vor der Vergaberechtsreform - Neues zum Stand der Rechtsentwicklung

von **Dr. Mark von Wietersheim**, Geschäftsführer forum vergabe e.V., Berlin

### I. Überblick

Die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien aus dem Jahr 2014 ist in Deutschland – als einem der ganz wenigen Mitgliedstaaten der EU – pünktlich zum 18.04.2016 abgeschlossen worden. Zu diesem Zeitpunkt war für Vergaben mit Auftragswerten unterhalb der EU-Schwellenwerte nur die VOB/A Abschnitt 1 fortgeschrieben.

Mit der Vergaberechtsreform sind VOL/A-EG und VOF weggefallen. Diese geänderte Struktur hat die Frage aufgeworfen, in welchem Rahmen die Vorgaben für die Vergaben im Unterschwellenbereich zukünftig geregelt werden sollen. Die vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Lieferungen und Dienstleistungen (DVAL) betreute VOL/A Abschnitt 1 wird nicht mehr fortgeschrieben (gilt aber haushaltsrechtlich grundsätzlich erst einmal weiter), an ihre Stelle soll eine von Bund und Ländern formulierte Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) treten, bei deren Entwicklung der DVAL angehört wird. Die VOB/A Abschnitt 1 wird nach wie vor vom DVAL fortgeschrieben.

Die Entwicklung geht dahin, dass sich das Unterschwellenvergaberecht insgesamt vom EU-Vergaberecht stärker löst und dass UVgO und VOB/A untereinander deutlich größere Unterschiede aufweisen als früher VOL/A und VOB/A. Dies muss unter dem Vorbehalt formuliert werden, dass eine weitere Überarbeitung der VOB/A gerade mit dem Ziel der Vereinheitlichung vorbereitet wird. Diese Entwicklung zwingt den Praktiker, eine Reihe von „Hausnummern“ und inhaltlich unterschiedlicher Regelungen zu kennen. Dies wird jedenfalls zumindest für alle diejenigen, die sich in allen Bereichen des Vergaberechts bewegen, die Akzeptanz deutlich erschweren. Zu bedenken ist aber, dass viele Praktiker mit einer geringen Bandbreite tätig sind und daher oft mit nur einem Regelwerk umgehen. Es könnte außerdem noch deutlich schlimmer kommen, was in der Rechtsnatur von UVgO und VOB/A Abschnitt 1 begründet liegt. Sowohl bei UVgO als auch bei VOB/A Abschnitt 1 handelt es sich nicht um gesetzliche Regelungen

mit unmittelbarer Wirkung, sondern um Vorschläge für Regelwerke, die jeweils haushaltsrechtlich eingeführt werden müssen. Dies erfolgt durch die Bundesländer und anderen Verantwortlichen oft mit Änderungen oder Maßgaben.

Ohne solche Muster-Regelwerke würde ein Szenario drohen, dass 16 Bundesländer, der Bund und jeder haushaltsrechtlich befugte öffentliche Auftraggeber sich eine eigenständige Regelung schaffen. Deswegen ist jede Vereinheitlichung als solche für die Praxis bedeutsam, auch wenn ein Mehr an Vereinheitlichung stets sinnvoll ist – wobei praktisch jeder bestimmte Themen hat, bei denen er lieber keine Vereinheitlichung als eine aus seiner Sicht schlechte Vorgabe hat.

## II. Fortschreibung der VOB/A

Die VOB/A Abschnitt 1 wurde mit der Fassung der VOB vom 07.01.2016 (BAnz AT 19.01.2016 B3) fortgeschrieben und vor allem formal an die Entwicklung der VOB/A-EU angepasst. Von Anfang an war beabsichtigt, auch inhaltlich dieses Regelwerk fortzuschreiben. Der Text des geänderten Abschnittes 1 wurde dann Anfang Juli im Bundesanzeiger veröffentlicht (BAnz AT 01.07.2016 B4<sup>1</sup>).

Gegenüber der Fassung vom 07.01.2016 sind folgende wesentliche Änderungen des ersten Abschnitts VOB/A beschlossen worden:

- Aufnahme einer Regelung zu Rahmenverträgen auch im 1. Abschnitt (mit § 4a VOB/A);
- Wahlrecht des Auftraggebers über die Art der Kommunikationsmittel (mit den §§ 11 ff. VOB/A);
- ab 18.10.2018: Wahlrecht des Auftraggebers über die Form der einzureichenden Angebote. Bis dahin sind schriftliche Angebote stets zuzulassen (mit § 13 VOB/A);
- entschließt sich der Auftraggeber nach dem 18.10.2018, Angebote auch in schriftlicher Form zuzulassen, führt er weiterhin einen herkömmlichen Submissionstermin unter Anwesenheit der Bieter durch. Lässt er nur elektronische Angebote zu, führt er einen Öffnungstermin nach dem Vorbild der Regelung im Oberschwellenbereich durch, bei dem zwar die Anwesenheit der Bieter entfällt, diese aber bei Ausschreibungen die maßgeblichen Informationen des Öffnungstermins unverzüglich nach seiner Durchführung elektronisch mitgeteilt bekommen (§§ 14, 14a VOB/A).

Eine weitere Überarbeitung der VOB/A ist in Vorbereitung. Ziel ist es, die Entwicklungen im Oberschwellenbereich und bei der Vergabe von unterschwelligen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen stärker zu berücksichtigen und – soweit sinnvoll und möglich – gleiche Regelungen vorzusehen.

## III. Die Unterschwellenvergabeordnung - UVgO

Ende August 2016 hat das BMWi den Entwurf einer „Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung - UVgO)“ veröffentlicht ([www.bmw.de](http://www.bmw.de)). Dieser Diskussionsentwurf ist nach Mitteilung des BMWi das Ergebnis erster Gespräche mit den Bundesministerien und den Ländern. Das BMWi will auf dieser Grundlage die Öffentlichkeit und insbesondere die Verbände konsultieren. Für diese Konsultation sind keine näheren Angaben veröffentlicht. Konsultation und die weitere Abstimmung von Bund und Ländern sollen zu einem finalen Entwurfstext führen, der nach Einschätzung des BMWi Anfang 2017 in Kraft gesetzt werden könnte.

Die UVgO-E soll die VOL/A Abschnitt 1 ersetzen. In insgesamt 52 Paragraphen sieht der Entwurf Regelungen für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsverträgen vor. Die Bestimmungen sind weitgehend durchgeschrieben, verweisen jedoch an vielen Stellen auf eine entsprechende Geltung von Vorschriften des GWB und der VgV, so wird beispielsweise bei den Ausschlussgründen auf die entsprechende Anwendung der §§ 123 ff. GWB verwiesen. Andere Regelungen wiederholen Vorgaben des GWB und der VgV, so werden z.B. in § 4 „Wahrung der Vertraulichkeit“ des Entwurfes die Inhalte von § 6 VgV wiederholt, in § 43 „Zuschlag und Zuschlagskriterien“ des Entwurfes finden sich Regelungen aus § 127 GWB (z.B. Abs. 3) und § 59 VgV.

Der Aufbau der UVgO-E ist stark an den der VgV angelehnt. Auf einen Abschnitt 1 „Allgemeine Bestimmungen und Kommunikation“ folgt ein Abschnitt 2 „Vergabeverfahren“, der den Schwerpunkt der UVgO-E bildet, je mit mehreren Unterabschnitten. In einem kurzen Abschnitt 3 „Vergabe von Aufträgen für besondere Leistungen“ geht es um die Vergabe von Aufträgen für soziale und andere besondere Dienstleistungen und von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Aufträgen.

In einem abschließenden Abschnitt 4 „Schlussbestimmungen“ findet sich eine Regelung für Vergaben durch Auslandsdienststellen sowie eine generell anzuwendende Vorschrift zur Fristenbestimmung und -berechnung.

Nachfolgend werden die wichtigsten Vorschläge für materielle Regelungen, insbesondere soweit sie von der bisherigen VOL/A abweichen, dargestellt.

Folgt man der im GWB vorhandenen Differenzierung von Konzessionen und öffentlichen Aufträgen, ist die Vergabe von Konzessionen von der UVgO-E nicht geregelt. Weil nach dem Entwurf grundsätzlich alle Dienstleistungen erfasst werden, würde die UVgO-E auch für die in der früheren VOF angesprochenen Leistungen gelten (mit Sonderregelungen für die Wahl des Vergabeverfahrens). Der Geltungsbereich ist im Übrigen an das GWB angelehnt, die dort z.B. in den §§ 107 bis 109 GWB vorgesehenen Ausnahmen sollen auch für die UVgO-E angewendet werden.

Nach § 7 Abs. 1 UVgO-E verwenden Auftraggeber und Unternehmen grundsätzlich elektronische Mittel. Für die Form und Übermittlung von Teilnahmeanträgen und Angeboten sieht § 38 UVgO-E eine zeitliche Staffelung vor; bis zum 31.12.2018 darf der Auftraggeber elektronische Angebote und Anträge ausschließen. Vom 01.01.2019 bis 31.12.2020 dürfen Unternehmen stets auch elektronische Angebote und Teilnahmeanträge abgeben, ab dem 01.01.2021 sind ausschließlich elektronische Teilnahmeanträge und Angebote vorgesehen. Ausnahmen sind in § 38 Abs. 4 UVgO-E vorgesehen.

Bei den Verfahrensarten wird als neuer Begriff in § 8 Abs. 1 UVgO-E die „Verhandlungsvergabe mit und ohne Teilnahmewettbewerb“ eingeführt, der bisher verwendete Begriff der „freihändigen Vergabe“ wird nicht mehr verwendet. Nach § 8 Abs. 2 UVgO-E haben die Auftraggeber die freie Wahl zwischen der Öffentlichen Ausschreibung und der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb. Eine Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb ist nur unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 UVgO-E zulässig, eine Verhandlungsvergabe sowohl mit als auch ohne Teilnahmewettbewerb unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 4 UVgO-E. Die Zulässigkeit der Verhandlungsvergabe ist auch für Verträge über Leistungen vorgesehen, die im Rahmen einer frei-

beruflichen Tätigkeit oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden.

Bei der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb sieht § 11 Abs. 2 UVgO-E vor, dass der Auftraggeber mit der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes auch Eignungsnachweise fordern kann; der Auftraggeber bindet sich also hinsichtlich der Eignungsfeststellung in solchen Fällen noch nicht.

§ 13 UVgO-E greift auf die Grundsätze der Fristbemessung nach § 20 VgV zurück, ohne allerdings Vorgaben für Mindestfristen zu machen.

Um Nebenangebote zulassen und werten zu können, soll der Auftraggeber nach § 25 Abs. 2 UVgO-E Mindestanforderungen aufstellen. Wie im Oberschwellenbereich ist die Wertung von Nebenangeboten auch dann zulässig, wenn der Preis oder die Kosten das alleinige Zuschlagskriterium sind.

Auftragsbekanntmachungen sind nach § 28 Abs. 1 Satz 1 UVgO-E auf Internetportalen oder Internetseiten des Auftraggebers zu veröffentlichen. Lediglich zusätzlich werden die Veröffentlichung in anderen Medien und eine mögliche Ermittlung über [www.bund.de](http://www.bund.de) verlangt.

In der Auftragsbekanntmachung gibt der Auftraggeber nach § 29 Abs. 1 UVgO-E die elektronische Adresse an, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. Ausnahmen von dieser Art der Bereitstellung sind nach § 29 Abs. 2 des Entwurfes zulässig, diese Regelung entspricht § 41 Abs. 2 Satz 1 VgV.

Bei der Eignung übernimmt die UVgO-E die Systematik des GWB, dass bestimmte Sachverhalte der Unzuverlässigkeit als Ausschlussgrund zu berücksichtigen sind. Inhaltlich wird intensiv auf das GWB verwiesen. § 34 UVgO-E mit Regelungen zur Eignungslieferung entspricht inhaltlich weitgehend § 47 VgV, auch die Möglichkeit der Haftung des Nachunternehmers ist in § 34 Abs. 3 UVgO-E vorgesehen.

Als Eignungsnachweis sieht der Entwurf in § 35 Abs. 2 UVgO-E grundsätzlich die Vorlage von Eignungserklärungen vor, nach § 35 Abs. 3 UVgO-E kann der Auftraggeber als vorläufigen Beleg für die Eignung und das Nichtvorliegen von Ausschlussgrün-

den eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung verlangen.

Bei den Zuschlagskriterien übernimmt der Entwurf in § 43 UVgO-E die Regelungen des Oberschwellenbereiches, einschließlich der Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals zu werten und der geforderten Verbindung mit dem Auftragsgegenstand (inhaltsgleich mit § 127 Abs. 3 GWB).

Für die Zulässigkeit von Auftragsänderungen ohne neues Vergabeverfahren verweist § 47 Abs. 1 UVgO-E auf § 132 Abs. 1, 2 und 4 GWB. Abweichend von § 132 Abs. 3 GWB wird in § 47 Abs. 2 UVgO-E eine Änderung von bis zu 20% des ursprünglichen Auftragswertes ohne ein neues Vergabeverfahren zugelassen.

#### IV. Fazit

Die Entwicklung des Unterschwellenvergaberichts ist noch nicht abgeschlossen. Die endgültigen Fassungen von UVgO und VOB/A Abschnitt 1 sind in Erarbeitung. Es bleibt abzuwarten, inwieweit die formalen und materiellen Unterschiede der Regelwerke bestehen bleiben. Im Hinblick darauf, dass im Bereich der Liefer- und Dienstleistungen neue Wege gegangen werden, ist leider für die Nutzer diese erste Fortschreibung des Unterschwellenvergaberichts in der neuen Struktur besonders schlecht einzuschätzen.

### 3

#### Zulässigkeit der Auflösung einer zweigliedrigen Bietergemeinschaft im laufenden Vergabeverfahren

##### Tenor:

**Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer nach Art. 10 der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste i.V.m. Art. 51 dieser Richtlinie ist dahin auszulegen, dass ein Auftraggeber nicht gegen diesen Grundsatz verstößt, wenn er es einem der beiden Wirtschaftsteilnehmer einer Bietergemeinschaft, die als solche von ihm zur Vorlage eines Angebots**

**aufgefordert wurde, gestattet, nach der Auflösung dieser Bietergemeinschaft an deren Stelle zu treten und im eigenen Namen an einem Verhandlungsverfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags teilzunehmen, sofern erwiesen ist, dass dieser Wirtschaftsteilnehmer die von dem Auftraggeber festgelegten Anforderungen allein erfüllt und dass seine weitere Teilnahme an diesem Verfahren nicht zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation der übrigen Bieter führt.**

Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 24.05.2016, C-396/14

von **Dr. Pascal Friton**, LL.M., RA, Blomstein Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Berlin / **Eva-Maria Meister**, LL.M., RA'in, Blomstein Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Berlin

#### A. Problemstellung

Der Wechsel eines Mitglieds einer Bietergemeinschaft bzw. Bewerbergemeinschaft (im Folgenden: „Bietergemeinschaft“) ist insbesondere bei länger andauernden Vergabeverfahren von besonderer Relevanz. Insolvenzen oder Unternehmensumstrukturierungen bei einem der Mitgliedsunternehmen sind häufige Gründe dafür, dass sich die Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft noch während eines laufenden Vergabeverfahrens oder aber nach Zuschlagserteilung ändert.

Die hier besprochene Entscheidung des EuGH gibt – insbesondere unter Berücksichtigung der diesjährigen Vergaberechtsnovelle – Anlass zur Prüfung, ob die Rechtsprechung der deutschen Gerichte zu diesem Themenkomplex gegebenenfalls zu überdenken ist. Denn diese ging bisher in der vom EuGH entschiedenen Konstellation der Auflösung einer zweigliedrigen Bietergemeinschaft davon aus, dass diese regelmäßig zum Ausschluss des von ihr abgegebenen Angebots führt (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.05.2005 - Verg 28/05 Rn. 15; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.01.2005 - VII-Verg 45/04; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.05.2005 - Verg 28/05 Rn. 17; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.10.2008 - 15 Verg 9/08 Rn. 41; OLG Hamburg, Beschl. v. 31.03.2014 - 1 Verg 4/13 Rn. 59; vgl. auch:

Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, *GWB*, 4. Aufl., § 132 Rn. 72 ff.).

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Für den Bau einer Eisenbahnstrecke in Dänemark machte der öffentliche Auftraggeber im Januar 2013 ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb bekannt. Er beabsichtigte, vier bis sechs Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufzufordern.

Die aus A und P bestehende Bietergemeinschaft wurde zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren zugelassen. Den Vertrag zur Gründung der Bietergemeinschaft hatten die beiden Gesellschaften an dem Tag geschlossen, an dem durch Urteil eines nationalen Gerichts über das Vermögen von P Insolvenz eröffnet worden war. Die Bietergemeinschaft gab dennoch ein nur von den Gesellschaftern (und nicht vom Insolvenzverwalter) unterzeichnetes Angebot ab.

Nachdem der öffentliche Auftraggeber von der Insolvenz erfahren hatte, befragte er A unverzüglich zu den Auswirkungen für das laufende Vergabeverfahren. Im Anschluss teilte er sämtlichen Bietern die Entscheidung mit, dass A allein am Verfahren weiter teilnehmen kann. A reichte die folgenden zwei Angebote im eigenen Namen ein und erhielt letztlich den Zuschlag.

Auf den Antrag auf Überprüfung durch einen Konkurrenten hin legte das zuständige Gericht der zweiten Instanz die Sache dem EuGH zur Vorabentscheidung vor. Die Entscheidung des EuGH basiert auf den folgenden Kernaussagen:

Der Grundsatz der Gleichbehandlung gebietet, dass alle Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben, was voraussetzt, dass die Angebote aller Wettbewerber den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen (vgl. EuGH, Urt. v. 29.04.2004 - C-496/99 P Rn. 110; EuGH, Urt. v. 12.03.2015 - C-538/13 Rn. 33). Eine strikte Anwendung dieses Grundsatzes i.S.v. Art. 10 der Richtlinie 2004/17 i.V.m. deren Art. 51 würde zu dem Schluss führen, dass nur die Wirtschaftsteilnehmer, die als solche den Teilnahmewettbewerb durchlaufen haben, Angebote vorlegen und den Zuschlag erhalten können. Denn Art. 51 Abs. 3 der Richtlinie 2004/17 (im Wesentlichen unverändert jetzt Art. 76 Abs. 5 der Richtlinie 2014/25/EU) setzt

eine rechtliche und tatsächliche Identität zwischen den in der Vorauswahl berücksichtigten Wirtschaftsteilnehmern und den Wirtschaftsteilnehmern voraus, die die Angebote vorlegen. Diese Anforderung kann jedoch gesenkt werden, um in einem Verhandlungsverfahren einen angemessenen Wettbewerb, wie ihn Art. 54 Abs. 3 der Richtlinie 2004/17 (im Wesentlichen unverändert jetzt Art. 78 Abs. 2 der Richtlinie 2014/25/EU) verlangt, zu gewährleisten. Es bleibt offen, ob der EuGH mit dieser Formulierung eine Einschränkung auf die in Art. 54 Abs. 3 der Richtlinie 2004/17 genannten Fälle bezweckt oder ob es sich dabei eher um eine generelle Erwägung handelt. Die Schlussanträge des Generalanwalts (v. 25.11.2015, insb. Rn. 58 und 66) könnten für Letzteres sprechen. Der EuGH ist diesbezüglich zwar (noch) weniger eindeutig, widerspricht dem Generalanwalt aber nicht und greift vielmehr dessen Argumente auf.

Danach kann ein Wirtschaftsteilnehmer nach Auflösung einer Bietergemeinschaft, zu der er gehörte und die von dem Auftraggeber in der Vorauswahl berücksichtigt wurde, im eigenen Namen an dem Verhandlungsverfahren unter Bedingungen weiter teilnehmen, die den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht beeinträchtigen. Ein Auftraggeber verstößt insoweit nicht gegen diesen Grundsatz, sofern erwiesen ist, dass dieser Wirtschaftsteilnehmer die von dem Auftraggeber festgelegten Anforderungen allein erfüllt und seine weitere Teilnahme an diesem Verfahren nicht zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation der übrigen Bieter führt.

Der EuGH verwies das Verfahren zurück an das vorlegende Gericht und forderte es an zwei Stellen zur ergänzenden Sachverhaltsaufklärung auf, nämlich

1. zwecks Prüfung eventueller Folgen der fehlenden Unterschrift des Insolvenzverwalters der P auf dem ersten Angebot und
2. zwecks Prüfung des Vorliegens eines Wettbewerbsvorteils der A gegenüber den übrigen Bietern durch die Übernahme von 50 Arbeitnehmern der P durch A nach der Insolvenz.

## C. Kontext der Entscheidung

Veränderungen im Bestand einer Bietergemeinschaft lassen sich in verschiedene Fallgruppen

unterteilen. Für die rechtliche Beurteilung ist zunächst maßgeblich, ob die Veränderung im laufenden Vergabeverfahren oder nach dessen Abschluss eintritt. Zudem ist relevant, wie sich die Bietergemeinschaft verändert. Folgende Konstellationen sind denkbar:

- Ausscheiden eines Unternehmens,
- Hinzukommen eines Unternehmens,
- Austausch eines Unternehmens.

Im vorliegenden Fall ging es um die Konstellation eines ersatzlosen Ausscheidens eines Mitglieds der Bietergemeinschaft während eines laufenden Vergabeverfahrens. Die deutsche obergerichtliche Rechtsprechung differenzierte in diesen Situationen bislang danach, ob die Bietergemeinschaft – regelmäßig eine GbR (Kirch/Kues, VergabeR 2008, 32, 34) – rechtlich weiter existiert oder nicht. Begründet wurde dies mit dem Verbot der Änderung eines Angebots nach seiner Abgabe (Kirch/Kues, VergabeR 2008, 32, 36; tiefergehend: Prieß/Sachs, NZBau 2007, 763, 764 ff.). Hörte die Bietergemeinschaft nach dem Austritt eines Mitglieds auf zu existieren – was insbesondere bei der Insolvenz einer von zwei juristischen Personen einer Bietergemeinschaft der Fall ist –, war nach der bisherigen Rechtsprechung grundsätzlich der Ausschluss vom Vergabeverfahren die Folge (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.05.2005 - Verg 28/05 Rn. 15; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.10.2008 - 15 Verg 9/08 Rn. 41; OLG Hamburg, Beschl. v. 31.03.2014 - 1 Verg 4/13 Rn. 59). Denn die Auflösung der juristischen Person bedeute einen Wechsel in der Identität des Bieters und führe damit zu einer unzulässigen Angebotsänderung (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.05.2005 - Verg 28/05 Rn. 17). Diese Ansicht wurde auch in der Literatur weitestgehend anerkannt bzw. übernommen (Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, Rn. 83; Lux, NZBau 2012, 680, 682; Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB, § 132 Rn. 73; Prieß/Sachs, NZBau 2007, 763, Rn. 6, m.w.N.; a.A. Kirch/Kues, VergabeR 2008, 32, 38).

Fraglich ist allerdings, ob von dieser Sichtweise bei einem Verhandlungsverfahren, bei dem Änderungen an den Angeboten auch nach deren Abgabe noch möglich sind, eine Ausnahme gemacht werden kann. Das hat das OLG Düsseldorf jedenfalls für den Fall einer – hinreichend transparenten – Verschmelzung eines Einzelbieters auf ein anderes Un-

ternehmen bejaht (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 03.08.2011 - VII-Verg 16/11 Rn. 57; einschränkend: Gabriel/Benecke/Geldsetzer, Die Bietergemeinschaft, S. 51). Als Grund für die unterschiedliche Bewertung wurde angeführt, dass in einem Verhandlungsverfahren kein Verbot der Änderung eines bereits abgegebenen Angebots besteht (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 03.08.2011 - VII-Verg 16/11 Rn. 60; dagegen Lux, NZBau 2012, 680, 683). Auf Veränderungen im Bestand einer Bietergemeinschaft im laufenden Verhandlungsverfahren wurde diese Entscheidung bislang nicht übertragen. Im Gegenteil, in einer älteren Entscheidung ging das OLG Karlsruhe davon aus, dass die Auflösung einer zweigliedrigen Bietergemeinschaft auch im Verhandlungsverfahren unzulässig sei (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.10.2008 - 15 Verg 9/08; ebenso kritisch Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, Rn. 75).

Schwieriger zu beurteilen ist die Rechtslage, wenn die Bietergemeinschaft trotz des Ausscheidens eines ihrer Mitglieder als juristische Person bestehen bleibt, oder sich sonst in ihrem Gesellschafterbestand etwas ändert. Dann wird die Frage virulent, ob die Veränderung in der Zusammensetzung der Bietergemeinschaft (auch) eine Änderung in der Person des Bieters und damit des Angebots nach sich zieht, mit der dann unvermeidbaren Folge des Angebotsausschlusses. Das OLG Düsseldorf bejahte das in einigen älteren Entscheidungen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.01.2005 - VII-Verg 45/04; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.05.2005 - Verg 28/05 Rn. 17). Hingegen vertrat das OLG Celle (Beschl. v. 05.09.2007 - 13 Verg 9/07 Rn. 57 ff.) für solche Konstellationen – unterstützt von großen Teilen des Schrifttums (Prieß/Sachs, NZBau 2007, 763, 764 f.; Kirch/Kues, VergabeR 2008, 32, 36 f.; Lux, NZBau 2012, 680, 682) – eine gegenteilige Auffassung. Danach sei allein das Gesellschaftsrecht maßgeblich, ob sich die Person des Bieters (und damit auch das Angebot) geändert habe. Eine Bietergemeinschaft sei eine teilrechtsfähige Außen-GbR, so dass ein Wechsel im Mitgliederbestand keinen Einfluss auf den Fortbestand der mit der Gesellschaft bestehenden Rechtsverhältnisse haben könne (OLG Celle, Beschl. v. 05.09.2007 - 13 Verg 9/07 Rn. 58). Zudem käme es andernfalls zu einer Schlechterstellung im Vergleich zur Insolvenz eines Einzelbieters (OLG Celle, Beschl. v. 05.09.2007 - 13 Verg 9/07 Rn. 62), bei dem der Ausschluss an-

erkanntermaßen im Ermessen der Vergabestelle liege (Kirch/Kues, VergabeR 2008, 32, 37).

## D. Auswirkungen für die Praxis

Welche Bedeutung das Urteil des EuGH zukünftig haben wird, ist insbesondere in Anbetracht der Vergaberechtsnovelle ungewiss.

### I. Auswirkungen mit Blick auf die bisherige deutsche Rechtsprechung

Verglichen mit der bisherigen deutschen Rechtsprechung könnte das EuGH-Urteil die Möglichkeit eröffnen, bei der Prüfung, ob ein Ausschluss zu erfolgen hat, einen etwas flexibleren und weniger formalen Weg zu gehen. Der EuGH geht mit seiner Entscheidung über das hinaus, was die deutsche obergerichtliche Rechtsprechung bislang als Grenze für Änderungen in einer Bietergemeinschaft anerkannt hat (Summa, VPR 2016, 146).

Das gilt insbesondere für die Wahl des Begründungsansatzes: Statt hier auf den von der deutschen Rechtsprechung hervorgehobenen formalen Aspekt zu rekurrieren, dass eine Änderung des Angebots durch den Wegfall eines Mitglieds der Bietergemeinschaft zumindest im Verhandlungsverfahren zulässig ist, hat sich der EuGH bei seiner Bewertung der Zulässigkeit des Bieterwechsels vor allem auf die folgenden materiellen Voraussetzungen konzentriert:

- Der verbleibende Bieter muss die vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten Anforderungen alleine erfüllen können, und
- seine weitere Teilnahme am Verfahren darf nicht zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation der anderen Bieter führen (Rn. 43 f. des Besprechungsurteils).

Dabei versäumt es der EuGH zwar, die zweite Voraussetzung (keine Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation der übrigen Bieter) in einer für künftige Auftragsvergaben weiterführenden Form zu konkretisieren. Dennoch wird zumindest in der Tendenz deutlich, dass es dem EuGH mehr auf die materielle Frage der Wettbewerbsbeeinträchtigung im Einzelfall ankommt als auf die formale Frage der Zulässigkeit einer Angebotsänderung. Es lässt sich vor diesem Hintergrund gut vertreten, dass die Entscheidung auf sonstige zweistufige und wohl auch

auf offene Vergabeverfahren übertragen werden kann. Dafür könnten auch die Schlussanträge des Generalanwalts sprechen (vgl. die eher allgemeinen Ausführungen, Schlussanträge v. 25.11.2015 - C-396/14 Rn. 66). Allerdings könnten die Ausführungen des EuGH wegen des ausdrücklichen Verweises auf Art. 54 Abs. 3 der Richtlinie 2004/17 natürlich auch anders interpretiert werden.

### II. Auswirkungen unter Berücksichtigung der Vergaberechtsnovelle

Wie sich das Urteil des EuGH auf die künftige Praxis auswirkt und ob die deutsche Rechtsprechung anhand der dargestellten Voraussetzungen weiterentwickelt wird, hängt ganz wesentlich auch von der Auslegung der mit der Vergaberechtsnovelle neu geschaffenen Vorschriften ab. Denn die Reichweite des in der VgV neu geregelten § 47 Abs. 2 Sätze 3 bis 5 und Abs. 4 – die Parallelvorschrift in § 6d VOB/A-EU enthält keinen mit § 47 Abs. 4 VgV vergleichbaren Verweis für Bietergemeinschaften – für Veränderungen in der (eignungsleihenden) Bietergemeinschaft ist noch weitgehend ungeklärt. Gemeinsam mit der Entscheidung des EuGH könnte die Neuregelung daher Ausgangspunkt für eine Änderung der Rechtsprechung im Bereich des Wechsels eines Unternehmens in der Bietergemeinschaft bilden.

#### 1. Inhalt des § 47 VgV

Nach § 47 Abs. 2 und 4 VgV muss der öffentliche Auftraggeber von den Bietern oder Bietergemeinschaften in zwei Fällen die Ersetzung des eignungsleihenden Unternehmens oder eines ihrer Mitglieder verlangen, nämlich (i) wenn das eignungsleihende Unternehmen bzw. Mitglied einer Bietergemeinschaft das von ihm zu erfüllende Eignungskriterium nicht (mehr) erfüllt oder (ii) wenn bei ihm ein zwingender Ausschlussgrund nach § 123 GWB vorliegt. Im Falle eines fakultativen Ausschlussgrunds nach § 124 GWB kann der öffentliche Auftraggeber eine Ersetzung vorschreiben, muss das aber nicht (z.B. falls andere Möglichkeiten zur Beseitigung des Ausschlussgrunds vorliegen). In allen Fällen sind eignungsleihende Unternehmen und eignungsleihende Mitglieder einer Bietergemeinschaft gemäß § 47 Abs. 4 VgV vollkommen gleichgestellt. Eine ähnliche Vorschrift existiert

mit § 36 Abs. 5 VgV auch für Unterauftragnehmer.

## 2. Einschränkung durch die Verordnungsbegründung?

Nach der Verordnungsbegründung soll die in § 47 VgV geregelte Ersetzung jedoch nur dann möglich sein, wenn sich dadurch das vom Bieter abgegebene Angebot nicht ändert. Denn die Eignungsleihe beträfe nur die Frage der Eignung des Bieters (BT-Drs. 18/7318, S. 240). Der Verordnungsgeber gibt mit der Bezugnahme auf die Thematik der Angebotsänderung zu erkennen, dass er die bisherige deutsche Rechtsprechung kennt und daran wohl im Grundsatz festhalten will. Das jedoch erschließt sich, insbesondere unter Berücksichtigung des insoweit eindeutigen und schrankenlosen Wortlauts, nicht:

Zwar wurde in der bisherigen Rechtsprechung teilweise vertreten, dass eine Eignungsleihe das Angebot in der Regel nicht unmittelbar betrifft (vgl. OLG Saarbrücken, Beschl. v. 02.04.2013 - 1 Verg 1/13 Rn. 80). Denn die Eignungsleihe stellt lediglich einen Aspekt der Eignungsprüfung durch den öffentlichen Auftraggeber dar, und Eignungsprüfung und Angebotsabgabe sind strikt zu trennen (Hausmann/von Hoff in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB, § 122 Rn. 5). Anders kann das jedoch in dem – durch Abs. 4 gleichgestellten – Fall des eignungsleihenden Mitglieds einer Bietergemeinschaft sein. Denn Veränderungen in der Bietergemeinschaft werden in dem meisten Fällen das Angebot unmittelbar betreffen. Folglich hätte die Gleichstellung der Bietergemeinschaft auf Fälle beschränkt werden müssen, in denen eine Änderung des Angebots nicht erfolgt bzw. eine solche zumindest im laufenden Verfahren noch zulässig ist. All das ist jedoch im Wortlaut des § 47 Abs. 2, 4 VgV nicht zum Ausdruck gekommen. Darüber hinaus ist auch auf § 36 Abs. 5 VgV hinzuweisen, der für Nachunternehmer ebenfalls eine Pflicht (bei zwingenden Ausschlussgründen) oder eine Möglichkeit (bei den nicht-zwingenden Ausschlussgründen) zur Ersetzung regelt. Auch die Ersetzung des Nachunternehmers wird in der Regel zu einer Änderung des Angebots führen. Es ist daher fraglich, wie weit der Grundsatz des Verbots der Änderung des Angebots bei personenbezogenen Änderungen überhaupt noch Anwendung findet.

Folgte man dennoch der in der Verordnungsbegründung in Verbindung mit der bisherigen Rechtsprechung zum Ausdruck gekommenen Intention, so stellte sich die Frage, wann überhaupt ein eignungsleihendes Mitglied der Bietergemeinschaft ersetzt werden kann, ohne dass es zu einer – von § 47 Abs. 2, 4 VgV vermeintlich nicht erfassten – (unzulässigen) Änderung des Angebots kommt. Vor diesem Hintergrund wäre – trotz des viel weitergehenden Wortlauts der Vorschrift – eine Ersetzung wohl allenfalls im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens denkbar.

## 3. Stellungnahme

Insgesamt spricht vieles dafür, bei Änderungen im Bestand einer Bietergemeinschaft mit dem EuGH – anders als die sehr auf formale Aspekte abstellende deutsche Rechtsprechung – auf inhaltliche Kriterien wie das Fortbestehen der Eignung und das (fehlende) Risiko einer Wettbewerbsbeschränkung abzustellen.

Gegen eine formale Sichtweise spricht nicht zuletzt auch der im GWB neu geschaffene § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4. Auch dieser ermöglicht in Weiterentwicklung der Rechtsprechung der europäischen Gerichte seit der „Presetext“-Entscheidung (EuGH, Urt. v. 19.06.2008 - C-454/06) den Austausch eines Auftragnehmers ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens unter bestimmten Voraussetzungen. Zwar lässt sich diese für Änderungen während der Vertragslaufzeit geschaffene Vorschrift nicht auf Veränderungen während des Vergabeverfahrens übertragen. Jedoch enthält auch § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GWB ausweislich seiner Voraussetzungen den Rechtsgedanken, Veränderungen im Bestand des Bieters bzw. Auftragnehmers einzelfallbezogen zu betrachten und erachtet einen Wechsel gerade nicht per se als unzulässig.

**Vergabe freiberuflicher Leistungen:  
Verbindlichkeit der vom Auftraggeber  
festgelegten Bearbeitungsgebühr  
für die Ausarbeitung des Angebots  
("Westtangente Rüsselsheim")**

**Leitsatz:**

Hat sich ein Architekt oder Ingenieur an einem nach der Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen durchgeführten, dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unterliegenden Vergabeverfahren beteiligt, in dem für über die Bearbeitung der Angebotsunterlagen hinausgehende Leistungen eine pauschale Vergütung als abschließende Zahlung vorgesehen ist, kann er die Bindung an diese Vergütung nur durch Rüge gegenüber dem Auftraggeber und Einleitung eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens beseitigen. Unterlässt er dies, stehen ihm keine weiter gehenden Honoraransprüche für die in Rede stehenden Leistungen zu. Das gilt unabhängig davon, ob eine Vergütung als zu gering und deshalb nicht angemessen i.S.v. § 13 Abs. 3 VOF 2009 beanstandet wird, oder ob der Auftraggeber nach Ansicht des Bieters im Vergabeverfahren als Angebot nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure mit einem höheren Betrag zu vergütende Lösungsvorschläge für die Planungsaufgabe verlangt hat.

**Orientierungssätze zur Anmerkung:**

**1. Durch die Einleitung des Vergabeverfahrens wird mit den Bietern kein Vertrag über die Erbringung von Planleistungen geschlossen, aus dem sich ein unmittelbarer Honoraranspruch aus der HOAI herleitet.**

**2. Ein Honoraranspruch aus § 24 Abs. 3 VOF 2006 (nachfolgende: § 20 Abs. 3 VOF 2009 sowie heute: § 77 Abs. 2 VgV) in Verbindung mit der HOAI entsteht nicht, wenn sich die Bieter mit einer begrenzten Entschädigungsklausel konkludent einverstanden erklärt haben. Diese ist bindend.**

**3. Eine über die zugesagte Pauschale hinausgehende Vergütung kann nur verlangt werden, wenn die verlangten Leistungen un-**

**ter § 20 Abs. 3 VOF 2009 fallen, oder als zu gering und deshalb nicht angemessen i.S.v. § 13 Abs. 3 Satz 2 VOF 2009 sind.**

**4. Eine Überprüfung der verlangten Leistungen und Höhe der Pauschale kann nur im Nachprüfungsverfahren gem. den §§ 102 ff. GWB a.F. nach erfolgloser Rüge gem. § 107 Abs. 3 GWB a.F. verlangt werden. Die Bindung an die Entschädigungsklausel kann nur durch Änderung oder Aufhebung der Vergabeunterlagen aufgehoben werden.**

**5. Eine Klage vor dem ordentlichen Gericht kann durch den vergabeverfahrensrechtlichen Charakter von § 20 Abs. 3 VOF 2009 nicht auf selbigen gestützt werden.**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 19.04.2016, X ZR 77/14

von **Dr. Kai-Uwe Schneevogl**, RA, Görg Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Frankfurt

**A. Problemstellung**

Im Rahmen der Vergabe von Planungsleistungen sind Bieter vielfach aufgefordert, bereits in der Angebotsphase Planungsleistungen zu erbringen, um die Qualität Ihrer Leistung im Auftragsfall nachzuweisen bzw. messbar zu machen. Enthalten die Vergabeunterlagen eine pauschale und abschließende Vergütungsregelung für sog. Lösungsvorschläge, so dürfen die verlangten Lösungsvorschläge für die Planungsaufgabe i.S.v. § 20 Abs. 3 VOF 2009 nicht an die Qualität und den Umfang einer nach den Regelungen der HOAI honorarpflichtigen Leistung heranreichen. Jedoch ist die Entscheidung, ob die planerischen Leistungen in den Bereich des § 13 Abs. 3 VOF 2009 oder schon unter § 20 Abs. 3 VOF 2009 zu fassen sind, eine schwierige, die auch dem Beurteilungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers unterliegt.

Wenn eine zu geringe Vergütung für die Leistung angeboten wird oder die Leistungen aufgrund ihres Umfangs aber nicht unter § 20 Abs. 3 VOF 2009 fallen, ist umstritten, welche Rechtswirkungen allein aus der Teilnahme am Vergabeverfahren resultieren und wie und vor allem auch in welchem Verfahren (im Nachprü-

fungsverfahren oder im Wege des ordentlichen Rechtsweges vor den Zivilgerichten) eine angemessene Vergütung verlangt werden kann. Denn grundsätzlich werden Vergütungsansprüche des Planers vor den ordentlichen Gerichten verhandelt. Umstritten war ferner, ob unter der Voraussetzung der Rügepflicht (§ 107 Abs. 3 GWB a.F.) ein Anspruch direkt aus § 20 Abs. 3 VOF 2009 geltend gemacht werden kann. Dies ist allerdings nur möglich, soweit § 20 Abs. 3 VOF 2009 auch eine Anspruchsgrundlage und keine reine Verfahrensvorschrift ist.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der BGH hat die Streitfrage entschieden und erfreulicherweise auch darüber befunden, ob Planer gezwungen sind, ihre Honorarforderungen stets außerhalb des Nachprüfungsverfahrens durchzusetzen.

Die streitgegenständlichen Vergabeunterlagen enthielten eine Vergütungsregelung mit einer Pauschale von 6.000 Euro für die verlangten (Planungs-)Leistungen. Der Bieter machte zunächst im Wege einer vergaberechtlichen Rüge geltend, dass die Vergütung zu niedrig sei und bezog sich dazu auf § 20 Abs. 3 VOF 2009 i.V.m. den maßgebenden Vorschriften der HOAI. Der Auftraggeber half der Rüge nicht ab. Dennoch hat der Bieter die geforderten Unterlagen eingereicht, sein Angebot jedoch mit dem Zusatz versehen, dass er weiterhin eine Vergütung der HOAI entsprechend verlangen würde.

Der BGH hat entschieden, dass der Bieter durch das Einreichen der geforderten Unterlagen konkludent seine Zustimmung zu der in den Vergabeunterlagen festgesetzten Vergütung gegeben hatte. Von dieser Vereinbarung könne er auch nicht durch den von ihm angebrachten Zusatz abweichen, so dass keine vertragliche Vereinbarung über eine Vergütung im Sinne der HOAI besteht. Die Bindung der festgelegten Vergütungsvereinbarung könne nur im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens i.S.d. §§ 102 ff. GWB a.F. abgedungen werden, in dem eine Änderung der Vergabeunterlagen erwirkt wird.

Der Senat hat ferner klargestellt, dass der Verweis in § 20 Abs. 3 VOF 2009 auf die HOAI nicht dazu führt, dass ein Anspruch unabhängig von einem Vergabenachprüfungsverfahren geltend gemacht werden könne. Vielmehr gehöre die

vereinbarte Entschädigungsklausel zu den Vergabebedingungen, was zur Folge hat, dass Verstöße gegen derartige Vergabebestimmungen nach § 104 Abs. 2 GWB allein vor der zuständigen Vergabekammer geltend gemacht werden müssen.

## C. Kontext der Entscheidung

Nach § 20 Abs. 3 VOF sind Lösungsvorschläge der Bieter nach den Honorarbestimmungen der HOAI zu vergüten, wenn der Auftraggeber außerhalb eines Planungswettbewerbs Lösungsvorschläge für die Planungsaufgabe verlangt. Der Begriff „Lösungsvorschläge“ ist gesetzlich nicht definiert. Daher ist auf die Rechtsprechung zurückzugreifen, die in mehreren Entscheidungen herausgearbeitet hat, wann der Auftraggeber Lösungsvorschläge im Sinne der Vorschrift verlangt. Nach der Rechtsprechung des OLG Koblenz (Urt. v. 20.12.2013 - 8 U 1341/12, zur gleichlautenden Vorgängerregelung des § 24 Abs. 3 VOF 2006) ist mit „Lösungsvorschlägen“ jede Planungstätigkeit der Bieter gemeint, die mit dem Gegenstand des zu vergebenden Auftrags in Zusammenhang steht. Die von den Bietern zu erbringende Leistung muss vom Auftraggeber ausdrücklich verlangt werden und sowohl qualitativ als auch quantitativ mehr sein als eine branchenübliche Bewerbungsleistung (vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 06.07.2012 - 8 U 45/11). Die Forderungen müssen eine partielle Vorwegnahme der ausgeschriebenen Leistung beinhalten. Das OLG München fasst dies in seinem Beschluss vom 21.07.2015 (9 U 1676/13 Bau) dahin zusammen, dass ein gesamtplanerisches Konzept gefordert sein muss. Das OLG Koblenz fordert insoweit sogar, dass die betreffende Leistung vom öffentlichen Auftraggeber

„... ausdrücklich im Wortlaut des § 24 Abs. 3 VOF 2006 verlangt werden ...“

muss. Weiterhin setzt eine Bejahung des § 20 Abs. 3 VOF voraus, dass dieses auftraggeberseitige Verlangen eindeutig zu sein hat und weiterhin einen rechtsverbindlichen Charakter aufweisen muss, mithin einen entsprechenden Rechtsbindungswillen des Auftraggebers erkennen lassen muss (vgl. OLG München, Urt. v. 21.07.2015 - 9 U 1676/13 Bau). Angesichts dieses strengen Maßstabes und der sehr hohen Anforderungen an § 20 Abs. 3 VOF ist nach der

obergerichtlichen Rechtsprechung (vgl. OLG München, Urt. v. 21.07.2015 - 9 U 1676/13 Bau) im Zweifel davon auszugehen, dass

„... ein öffentlicher Auftraggeber diese Folge im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit einer Mehrzahl von Bietern regelmäßig nicht herbeiführen will. Darauf haben sich auch die betreffenden Verkehrskreise einzustellen ...“.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des BGH hat eine seit langem bestehende Unsicherheit zu § 20 Abs. 3 VOF 2009 ausgeräumt. Der Senat hat nunmehr klargestellt, dass § 20 Abs. 3 VOF 2009 nicht als eigene (zivilrechtliche) Anspruchsnorm gesehen werden kann, sondern vielmehr als vergaberechtliche Verfahrensvorschrift aufgefasst werden muss. Dies hat entscheidende Auswirkungen auf die Frage des Rechtswegs und die Obliegenheiten des Planers:

Zum einen ist der Planer als Bieter des Vergabeverfahrens damit verpflichtet, seine Bestandungen ordnungsgemäß nach Maßgabe von § 160 Abs. 3 GWB (§ 107 Abs. 3 GWB a.F.) zu rügen. Zum anderen führt dieses Verständnis dazu, dass der Bieter keinen direkten Anspruch auf die angemessene Vergütung im Sinne der HOAI hat. Hält er die vom Auftraggeber im Vergabeverfahren festgesetzte Vergütung für unangemessen (i.d.R. für zu niedrig), muss er seine Honorarforderung vielmehr vorrangig und zunächst ausschließlich im Wege des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes durchsetzen. Dies erscheint zwar konsequent, führt aber auch dazu, dass sich die Vergabekammern zukünftig innerhalb des stets zeitkritischen und dem Beschleunigungsgebot unterliegenden vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens mit preisrechtlich ggf. auch sehr komplexen Zahlungsansprüchen und Honorarforderungen der Planer und vor allem der Angemessenheit der Leistung sowie der versprochenen Vergütung auseinandersetzen müssen. Diese Problematik wird vom BGH wohl erkannt, letztendlich vom Senat durch Verweis auf § 105 Abs. 2 Satz 4 GWB und der Möglichkeit, Gutachten einzuholen, abgetan. So begrüßenswert die Klarstellung der Rechtslage und durchaus dogmatisch überzeugend die Argumentation des BGH ist, bleibt damit ein Wermutstropfen:

Häufig wird die Kammer wohl nicht in der Lage sein, komplexe preisrechtliche Fragestellungen ohne Dittexpertise zu lösen. Hier ist eine Aufweichung der Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 VgV bei derartigen Verfahren zu befürchten.

Auch nach der Vergaberechtsreform hat sich an diesem Umstand nichts geändert: Der neue § 77 Abs. 2 VgV ist wortgleich zu dem § 20 Abs. 3 VOF 2009. Somit will der Gesetzgeber weiterhin an der bisherigen Vergütungsregelung festhalten.

## 5

### Wirksamkeit von insolvenzbedingten Kündigungsklauseln in Bauverträgen

#### Leitsätze:

**1. Die in einen Bauvertrag einbezogenen Regelungen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 i.V.m. § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) sind nicht gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen §§ 103, 119 InsO unwirksam.**

**2. Die von einem Auftraggeber in einem Bauvertrag gestellten Regelungen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 i.V.m. § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B (2009) sind nicht gemäß § 307 Abs. 1, 2 BGB wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers unwirksam.**

**3. Eine Vereinbarung, nach der die Auftragnehmerin eines Bauvertrags zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von zehn Prozent der Auftragssumme verpflichtet ist, weicht nicht vom gesetzlichen Leitbild des § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB ab.**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 07.04.2016, VII ZR 56/15

von **Tatyana W. Peshteryanu**, RA'in, Görg Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Frankfurt

#### A. Problemstellung

Bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge werden regelmäßig durch die Einbeziehung der VOB/B insolvenzabhängige Lösungsklauseln vereinbart, die dem öffentlichen Auftraggeber

ein Kündigungsrecht für den Fall der Insolvenz des Auftragnehmers einräumen. Die Wirksamkeit solcher Kündigungsklauseln war mit Blick auf das im Insolvenzfall bestehende Wahlrecht des Insolvenzverwalters hinsichtlich der Fortführung des Bauvertrages gemäß § 103 InsO und der Unwirksamkeit etwa entgegenstehender vertraglicher Vereinbarungen nach § 119 InsO i.V.m. § 134 BGB bis zuletzt in Rechtsprechung und Literatur äußerst umstritten.

## **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Im Jahr 2011 beauftragte die Klägerin die B.-GmbH unter Einbeziehung der VOB/B (2009) mit der Errichtung eines Geschäftshauses. Zur Sicherstellung der Erfüllungsansprüche der Klägerin gegen die B.-GmbH verbürgte sich die Beklagte bis zur Höhe von 10% der Auftragssumme. Im April 2012 beantragte die B.-GmbH die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen. Die Klägerin kündigte daraufhin den Vertrag unter Bezugnahme auf die vertraglichen Vereinbarungen und auf § 8 Abs. 2 VOB/B aus wichtigem Grund. Wegen der Mehrkosten der Fertigstellung durch Drittunternehmen nahm sie die Beklagte aus der Bürgschaft in Anspruch. Nachdem der klägerische Anspruch dem Grunde nach erstinstanzlich bestätigt worden ist, hat das Berufungsgericht das Urteil unter Verweis auf die Unwirksamkeit von insolvenzbedingten Lösungsklauseln gemäß § 134 BGB i.V.m. § 119 InsO aufgehoben. Die hiergegen gerichtete Revision der Klägerin hatte Erfolg.

Nach Ansicht des befindenden Senats sei die insolvenzabhängige Lösungsklausel nicht gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen die §§ 103, 119 InsO unwirksam. Dabei geht der Senat davon aus, dass das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach den §§ 103, 105 InsO dann nicht beeinträchtigt wird, wenn sich die Lösungsklausel „[...] eng an gesetzliche Möglichkeiten anlehnt“. Diese Voraussetzungen sieht der Senat für § 8 Abs. 2 VOB/B als erfüllt an:

Für die Kündigungsmöglichkeit folgt dies bereits in Ansehung des im Rahmen des Werkvertragsrecht ohnehin geltenden freien Kündigungsrechts des § 649 Satz 1 BGB, so dass § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B insoweit nur deklaratorischer Charakter zukomme.

Für die weitergehende Rechtsfolge des § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B, wonach die Vergütungspflicht des Auftraggebers lediglich auf erbrachte Leistungen beschränkt ist und dieser auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Restes verlangen kann, gelte nichts anderes. Denn § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B gehe regelmäßig nicht weiter als die dem Auftraggeber im Falle eines Eigeninsolvenzantrages des Auftragnehmers ohnehin zustehenden Rechte: So stehe diesem bei schwerwiegender Verletzung des Vertrauensverhältnisses ein richterrechtlich anerkanntes außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund unter Ausschluss der Rechtsfolge des § 649 Satz 2 BGB zu. Die dafür zu fordernde Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses sieht der Senat durch die regelmäßig erheblichen Folgen eines erfahrungsgemäß länger andauernden Baustillstandes bis zur Wahlentscheidung des Insolvenzverwalters über die Vertragsfortführung sowie den durch den Eigeninsolvenzantrag herbeigeführten Wegfall der bei Vertragsbeginn bestehenden Zuverlässigkeit und (finanziellen wie technischen) Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers begründet.

Zugleich habe der Auftraggeber regelmäßig einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung von Rücksichtnahmepflichten aus den §§ 280 Abs. 1 und 3, 282 BGB, da durch die Stellung eines Eigeninsolvenzantrages durch den Auftragnehmer die Gewähr für die ordnungsgemäße Vertragserfüllung und in der Folge das Vertrauensverhältnis zu seinem Auftraggeber nachhaltig gestört ist. Das Verschulden des Auftragnehmers leitet der Senat dabei aus dem allgemein geltenden Prinzip der unbeschränkten Vermögenshaftung her. Der Auftragnehmer habe die fehlende Liquidität als Ursache der Insolvenz zu vertreten.

Aus denselben Gründen ist weder eine Abweichung von den wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB noch eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. §§ 307 Abs. 1, 308 Nr. 3, 310 Abs. 1 Satz 2 BGB bei der Vereinbarung von insolvenzbedingten Lösungsklauseln anzunehmen.

### C. Kontext der Entscheidung

Die Wirksamkeit von insolvenzbedingten Kündigungsklauseln steht nicht zuletzt durch die Entscheidung des IX. Zivilsenats des BGH vom 15.11.2012 (IX ZR 169/11) zur Unwirksamkeit entsprechender Klauseln in Energiesukzessivlieferverträgen sowie die sich hieran anlehende Entscheidung des OLG Frankfurt am Main vom 16.03.2015 (1 U 38/14) zu (VOB/B-)Bauverträgen im Fokus von Literatur und Rechtsprechung. Der für Bauvertragsachen zuständige VII. Zivilsenat bezieht nunmehr mit seiner jüngsten Entscheidung Stellung zu den bisher in der Literatur und Rechtsprechung widerstreitenden Auffassungen und bestätigt im Ergebnis die gängige Vertragspraxis der Verwendung von insolvenzabhängigen Kündigungsklauseln in Bauverträgen.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Der BGH hat die durch die jüngste Judikatur genährte Unsicherheit um die Wirksamkeit insolvenzabhängiger Kündigungsklauseln zugunsten der Auftraggeber beendet. Die begrüßenswerte Entscheidung ist praxisorientiert, weil sie der besonderen Interessenlage bei Bauverträgen Rechnung trägt. Der Auftraggeber, der sich den Auftragnehmer gerade beim Bauvertrag nach persönlichen Eigenschaften aussucht (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und bisweilen Zuverlässigkeit), darf auch zukünftig darauf vertrauen, dass er sich im Insolvenzfall auf die vertraglich vorgesehene Möglichkeit der Kündigung berufen und das Bauvertragsverhältnis mit dem Auftragnehmer ohne weitere Schäden oder der Intervention eines Insolvenzverwalters beenden kann. Mit Blick auf die dabei gefundene dogmatische Begründung dürfte dies gleichermaßen für den VOB/B- sowie den BGB-Bauvertrag gelten.

In der Praxis werden – gesichert durch die Rechtsprechung des BGH – insolvenzabhängige Lösungsklauseln weiterhin fester Bestandteil von Bauverträgen sein. Ob und inwieweit diese Rechtsprechung zu den Bauverträgen auch auf andere Vertragstypen Anwendung finden wird, bleibt indes abzuwarten.

### E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Schließlich hat der BGH auch geklärt, dass die in der Praxis bei privaten Bauverträgen verbreitete Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10% der Auftragssumme nicht vom gesetzlichen Leitbild des § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB abweicht. Die Vorschrift regelt nur den erforderlichen Mindestschutz des Verbrauchers und hindert die Vertragsparteien nicht an der Vereinbarung höherer Sicherheiten. Hingewiesen sei darauf, dass bei Abschluss von VOB-Bauverträgen durch öffentliche Auftraggeber eine Höchstbegrenzung der Sicherheitsleistung auf 5% der (Brutto-)Auftragssumme gilt (vgl. § 9c Abs. 2 Satz 2 VOB/A 2016).

## 6

### Intransparenz eines Bewertungsmaßstabs

#### Orientierungssätze zur Anmerkung:

- 1. Der Transparenzgrundsatz erfordert eine klare, eindeutige und transparente Bekanntmachung des Bewertungsmaßstabs.**
- 2. Ein Bewertungsmaßstab ist intransparent, wenn er es in Verbindung mit den aufgestellten Unterkriterien den Bietern nicht ermöglicht, im Vorhinein zu bestimmen, welchen Erfüllungsgrad (Zielerreichungsgrad) die Angebote bei den einzelnen Unterkriterien aufweisen müssen, um mit den festgelegten Punktwerten bewertet zu werden.**
- 3. Ein intransparenter Bewertungsmaßstab gestattet objektiv willkürliche Bewertungen und erzeugt die Gefahr von Manipulationen, vor denen der Wettbewerb als solcher sowie mit drittschützender Wirkung Bieterunternehmen zu schützen sind.**
- 4. Erkennt die Vergabekammer aufgrund einer zulässigen Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes weitere Vergaberechtsverstöße, auf die bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht hingewiesen worden ist, hat sie die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen. Schriftsätzliche Äußerungen hierzu ersetzen als solche nicht die Zustimmung zum schriftlichen Verfahren.**

Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.12.2015, VII-Verg 24/15

von **Dr. Ingrid Reichling**, RA'in, GvW Graf von Westphalen, München

## A. Problemstellung

Dieser Beschluss des OLG Düsseldorf befasst sich vor allem mit den Anforderungen an die Transparenz von Wertungssystemen im Rahmen der Angebotswertung. Darüber hinaus stellt der Vergabesenat einen Verfahrensfehler im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer fest.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Antragsgegnerin schrieb in verschiedenen offenen Vergabeverfahren (vgl. zum Parallelverfahren auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.12.2015 - VII-Verg 25/15) Briefdienstleistungen aus. Das dabei bekannt gemachte Wertungssystem sah eine Bewertung der festgelegten Wertungskriterien mit null bis drei Punkten nach dem nachfolgend erläuterten Bewertungsmaßstab vor, wobei jeweils die angegebene Mindestpunktzahl von zwei Punkten erreicht werden musste:

- null Punkte, wenn das Angebot nicht den sich aus den Ausschreibungsbedingungen ergebenden Anforderungen genügt,
- ein Punkt, wenn das Angebot den Anforderungen mit Einschränkungen genügt,
- zwei Punkte, wenn das Angebot den Anforderungen vollumfänglich genügt,
- drei Punkte, wenn das Angebot den Anforderungen besonders dienlich ist.

Das Angebot der Antragstellerin wurde ausgeschlossen, weil es im Hinblick auf zwei der festgelegten Wertungskriterien („Logistikkonzept“ und „Briefgeheimnis“) nicht die erforderliche Mindestpunktzahl von jeweils zwei Punkten erreichte. Nach erfolgloser Rüge reichte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag ein – mit Erfolg.

Zwar lehnte der Vergabesenat – entgegen der Auffassung der 2. Vergabekammer des Bun-

des (vgl. VK Bund, Beschl. v. 08.04.2015 - VK 2 - 21/15) – das Vorliegen einer vergabe-rechtlich unzulässigen Vertragsverlängerungs-option bereits deshalb ab, da die Vergabekammer auf diesen Aspekt erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung und im Übrigen in Ausübung einer unstatthafter allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle hingewiesen habe, ohne die mündliche Verhandlung zuvor wiederzueröffnen. Die den Beteiligten eingeräumte Möglichkeit, schriftsätzlich zu dem erteilten Hinweis Stellung zu nehmen, könne gerade weder das Erfordernis der Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung ersetzen noch als Zustimmung zum mündlichen Verfahren gewertet werden. Jedoch sah der Vergabesenat die Zurückversetzung des Verfahrens wegen der Intransparenz des Bewertungsmaßstabs als begründet an. Der Transparenzgrundsatz erfordere neben der Bekanntmachung der festgelegten Wertungskriterien und deren Unterkriterien (sowie deren Gewichtung) auch die klare, eindeutige und transparente Bekanntmachung des Bewertungsmaßstabs (vgl. in diesem Zusammenhang auch bereits OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.10.2015 - VII-Verg 28/14), so dass für den Bieter im Vorhinein bestimmbar sei, welchen Erfüllungsgrad (Zielerreichungsgrad) sein Angebot bei den einzelnen Unterkriterien aufweisen müsse, um mit den festgelegten Punktwerten bewertet zu werden. Der Bieter müsse gerade im Vorhinein beurteilen können, auf welche konkreten Leistungen der Auftraggeber besonderen oder sogar unverzichtbaren (vgl. Mindestanforderungen) Wert lege, um sein Angebot daran ausrichten zu können. Dies sei hier – auch gerade im Hinblick auf die geforderte Mindestpunktzahl – nicht gegeben. Ein solch intransparenter Bewertungsmaßstab gestatte dem Auftraggeber, so der Vergabesenat, ein ungebundenes und völlig freies Ermessen, wodurch objektiv willkürliche Bewertungen möglich seien und daher die Gefahr von Manipulationen bestehe, vor denen der Wettbewerb als solcher sowie mit drittschützender Wirkung Bieterunternehmen vom öffentlichen Auftraggeber durch Festlegen und Bekanntgeben transparenter Bewertungsmaßstäbe zu schützen seien. In diesem Zusammenhang weist der Vergabesenat ausdrücklich darauf hin, dass diese Mängel nach seiner Auffassung auch auf die in der Praxis häufig angewandten sog. „Schulnotensysteme“ zuträfen.

### C. Kontext der Entscheidung

Das OLG Düsseldorf führt mit der Entscheidung seine bereits im zuvor ergangenen Beschluss vom 21.10.2015 (VII-Verg 28/14) angelegte Rechtsprechung zur Transparenz von Bewertungsmaßstäben bei Zuschlagskriterien fort. Bereits dort hatte der Vergabesenat einen Verstoß gegen das Transparenzgebot bejaht, da die Vergabeunterlagen dem Bieter „keine zuverlässigen und kalkulierbaren Informationen darüber“ vermittelten, „wie und vor allem mit welcher Punktzahl die Angebote bei den im Kriterienkatalog (...) gestellten Anforderungen bewertet werden sollen, ebenso wenig darüber, worauf es der Vergabestelle im Einzelnen angekommen ist, damit Bieter ein qualitativ optimales Angebot haben einreichen können“ (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.10.2015 - VII-Verg 28/14 Rn. 78, mit Verweis auf OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.04.2014 - VII-Verg 36/13). Der Vergabesenat kritisierte auch hier bereits die unzureichende Transparenz der Bewertungsmaßstäbe im Punkt „Qualität“, indem der Bieter im Vorhinein anhand des bekanntgemachten Wertungssystems nicht habe zuverlässig bestimmen können, worauf es dem Auftraggeber in besonderem Maße ankomme und unter welchen konkreten Voraussetzungen die einzelnen Kriterien als mit „kleinen Schwächen“, „geringen Einschränkungen“ oder mit „deutlichen Einschränkungen“ bewertet würden. Dies lasse der Vergabestelle, so der Vergabesenat auch bereits in dem Beschluss vom 21.10.2015, objektiv Raum für Manipulationen und Willkür bei der Bewertung der Angebote. Mit den Beschlüssen vom 16.12.2015 (vgl. VII-Verg 24/15 und VII-Verg 25/15) bestätigt das OLG Düsseldorf damit seine erhöhten Anforderungen an den Detailgrad und die Transparenz der Wertungssysteme; gleichzeitig erteilt es mit dem generellen Hinweis auf bestehende Zweifel an der Vergaberechtmäßigkeit der sog. „Schulnotensysteme“ den bisher als statthaft geltenden und in der Praxis stark verbreiteten Bewertungsmaßstäben eine Absage.

Mit aktuellem Beschluss vom 15.06.2016 (VII-Verg 49/15) bestätigte der Vergabesenat auch seine in der hier besprochenen Entscheidung geäußerten Zweifel an der Vergaberechtmäßigkeit der „Schulnotensysteme“ und beurteilte das dort konkret verwendete Schulnotensystem

zur Bewertung von Konzepten wegen seiner Intransparenz als unzulässig.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Diese Entscheidung (ebenso wie die Parallelentscheidung des OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.12.2015 - VII-Verg 25/15) ist von ganz erheblicher Bedeutung für die Praxis, indem das Gericht die Grundsätze aus seiner Entscheidung vom 21.10.2015 (VII-Verg 28/14) bestätigt und allgemein die Zulässigkeit der bisher als statthaft geltenden Bewertungsmaßstäbe – über das konkrete Verfahren hinaus auch der sog. „Schulnotensysteme“ generell – in Zweifel zieht (vgl. dazu auch aktuell konkret die Fortführung durch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.06.2016 - VII-Verg 49/15). Die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf wirft damit die Frage auf, wie künftig ein praktikables Wertungssystem auszusehen hat, das den erhöhten Anforderungen an die Transparenz gerecht wird. Die öffentlichen Auftraggeber sind daher derzeit gehalten, bei der Festlegung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung die neuen Transparenzmaßstäbe zu berücksichtigen und das verwendete Wertungssystem auf seine objektive Nachvollziehbarkeit hin zu überprüfen. Dabei sollten die verwendeten objektiven Kriterien und der jeweilige Bewertungsmaßstab so weit konkretisiert werden, dass der Bieter unmittelbar hieraus ablesen kann, worauf es dem Auftraggeber in besonderem Maße ankommt und welche konkreten Anforderungen erfüllt werden müssen, um mit einer bestimmten Punktzahl (z.B. mit der geforderten Mindestpunktzahl) bewertet zu werden. Daneben ist auch weiterhin auf die Bekanntmachung sämtlicher Zuschlagskriterien – inklusive etwaiger Unterkriterien – und deren Gewichtung zu achten.

Auch wenn die Stärkung des Transparenzgrundsatzes im Hinblick auf die Angebotsbewertung grundsätzlich zu begrüßen ist, sind die Folgen dieser Rechtsprechung für die Praxis im Hinblick auf die Ausgestaltung der Wertungssysteme immens. Es bleibt im Sinne der Rechtssicherheit zu hoffen, dass die Rechtsprechung in Kürze diesbezüglich möglichst praktikable Anforderungen aufstellt und dabei die Grenze von einer lösbaren Herausforderung zu einer Überforderung der Auftraggeber im Blick behält.

## E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Die im Rahmen der vorangegangenen VK Bund-Entscheidung (Beschl. v. 08.04.2015 - VK 2 - 21/15) zudem aufgeworfene Frage der Zulässigkeit unbefristeter Verträge wurde vom OLG Düsseldorf nicht weiter thematisiert, da nach Auffassung des Vergabesenats hier kein unbefristeter Vertragsabschluss vorgesehen war. Das OLG Düsseldorf kritisiert in diesem Zusammenhang auch die Vornahme einer unstatthaften Rechtmäßigkeitskontrolle durch die Vergabekammer des Bundes. Dagegen entschied der Vergabesenat, hinsichtlich der erst in der Beschwerdeinstanz problematisierten Intransparenz des Bewertungsmaßstabs sei eine Rügeobliegenheit der Antragstellerin nicht erforderlich, da die Bewertungsmaßstäbe weithin als statthaft gelten würden und die Antragstellerin den Verstoß insofern nicht erkannt habe oder habe erkennen können.

## 7

### Rechtsweg für den Anspruch auf Akteneinsicht in Konzessionsverfahren nach § 46 EnWG

#### Leitsatz:

**Für den Anspruch eines Beteiligten an einem Konzessionsverfahren nach § 46 EnWG auf Akteneinsicht nach § 29 VwVfG analog ist der ordentliche Rechtsweg eröffnet. Das Akteneinsichtsrecht nach § 29 VwVfG (analog) ist ein Annex zu den Hauptrechten der Beteiligten eines Verfahrens (hier: des Konzessionsverfahrens nach § 46 EnWG). Eine für letzteres geltende Rechtswegzuweisung (hier: § 102 EnWG) ist daher auch auf die Geltendmachung des Akteneinsichtsrechts zu erstrecken.**

Anmerkung zu OVG Lüneburg, Beschluss vom 16.02.2016, 7 OB 13/16

von **Prof. Wolfgang E. Trautner**, RA und Notar, FA für Vergaberecht, HEUSSEN Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Frankfurt

## A. Problemstellung

Dieser Beschluss des OVG Lüneburg beschäftigt sich mit der Frage, welcher Rechtsweg den Beteiligten eines Konzessionsverfahrens nach § 46 EnWG für den Anspruch auf Akteneinsicht offensteht.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

In einem Stromkonzessionierungsverfahren nach § 46 EnWG wurde zugunsten eines anderen Unternehmens eine Entscheidung getroffen. Dagegen wendete sich die Antragstellerin auch mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung in einem anderen Verfahren, das beim Landgericht anhängig war (LG Hannover, Az: 25 O2 40/15). Mit dem weiteren Verfahren, das die Antragstellerin beim VG Hannover (Az: 11 A 4655/15) anhängig machte, begehrt sie Einsicht in konkret bezeichnete Unterlagen des Stromkonzessionierungsverfahrens. Sie stützt den Anspruch auf Akteneinsicht auf die allgemeine Rechtsgrundlage des § 29 VwVfG.

Das VG Hannover hat den Verwaltungsrechtsweg für das auf Akteneinsicht gerichtete Klageverfahren für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das LG Hannover verwiesen. Das VG Hannover war der Auffassung, dass für den Anspruch auf Akteneinsicht nach § 29 VwVfG i.V.m. § 1 NVwVfG in analoger Anwendung der ordentliche Rechtsweg nach § 102 EnWG eröffnet ist. Nach dieser Vorschrift werden bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem EnWG ergeben, ausdrücklich den ordentlichen Gerichten zugewiesen. Dies gilt nach Auffassung des VG Hannover auch dann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits nur ganz oder teilweise von einer Entscheidung abhängt, die nach dem EnWG zu treffen ist.

Dagegen wendete sich die Antragstellerin im Beschwerdeverfahren an das OVG Lüneburg – ohne Erfolg. Denn auch das Oberverwaltungsgericht war der Auffassung, dass nur der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet ist. Das Oberverwaltungsgericht stellte vorab fest, dass sich aus dem EnWG keine unmittelbare Rechtsgrundlage für die Akteneinsicht ergibt. Vielmehr musste der Antragsteller sich auf § 29 VwVfG i.V.m. § 1 NVwVfG in analoger Anwendung stützen. Das Oberverwal-

tungsgericht war in diesem Zusammenhang der Meinung, dass sich im Fall des § 102 Abs. 1 Satz 2 EnWG die Anspruchsgrundlage nicht direkt aus dem EnWG ergeben muss. Zur Begründung bezieht sich das Oberverwaltungsgericht nicht nur auf den Wortlaut der Regelung, sondern auch auf die Gesetzesbegründung, wonach § 102 EnWG dem § 87 GWB entspreche (vgl. BT-Drs. 15/3917, S. 75). § 87 GWB wurde nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts gerade deswegen geschaffen, um die Kartellrechtspflege durch Konzentration bei bestimmten Gerichten zu vereinheitlichen. Daraus folge der Wille des Gesetzgebers zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung zum EnWG. Eine Auslegung, dass sich der geltend gemachte Anspruch unmittelbar aus dem EnWG ergeben müsse, sieht das Oberverwaltungsgericht als zu eng an. § 102 EnWG umfasst daher auch alle Nebenverfahren, die mit den Rechtsstreitigkeiten nach dem EnWG im Zusammenhang stehen. Ein solcher enger Zusammenhang besteht für das Akteneinsichtsrecht nach § 29 VwVfG (analog). Das Akteneinsichtsrecht dient der Verwirklichung der Rechte der Beteiligten in dem Stromkonzessionierungsverfahren und ist im Verhältnis zu diesen Rechten nur ein Annex. Diese folgen in der Rechtswegsfrage denselben Regeln wie das Hauptrecht (vgl. zu § 48 Abs. 4 WpÜG: BGH, Beschl. v. 27.11.2013 - III ZB 59/13).

### C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des OVG Lüneburg steht nach dessen eigener Einschätzung im Einklang mit der Rechtsprechung und Dogmatik des BSG zur Frage des Rechtswegs beispielsweise bei der Erteilung eines Hausverbotes durch den Grundsicherungsträger (vgl. BSG, Beschl. v. 21.07.2014 - B 14 SF 1/14 R; BSG, Beschl. v. 01.04.2009 - B 14 SF 1/08 R). Wenn das Hausverbot im Zusammenhang mit einem zwischen den Beteiligten geführten Verwaltungsverfahren ausgesprochen wird, ist ein Sachzusammenhang zu bejahen, der wiederum die Rechtswegzuständigkeit der Sozialgerichte begründet.

Dagegen grenzte das OVG Lüneburg sich zur Rechtsprechung des BVerwG ab (vgl. BVerwG, Vorlagebeschl. v. 15.10.2012 - 7 B 2/12; BVerwG, Beschl. v. 17.04.2013 - 7 B 6/13). Das BVerwG hatte für einen auf § 4 Hamburgisches Informationsfreiheitsgesetz (HmIFG) gestützten

Anspruch eines Insolvenzverwalters gegen das Finanzamt auf Einsicht in die den Schuldner betreffenden Vollstreckungsakten den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten als eröffnet angesehen und die Sonderzuweisung nach § 33 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 FGO verneint. Das Oberverwaltungsgericht sieht nämlich grundlegende strukturelle Unterschiede zwischen dem hier geltend gemachten Akteneinsichtsrecht nach § 29 VwVfG und dem Akteneinsichtsrecht nach IFG. Das allgemeine Akteneinsichtsrecht nach § 29 VwVfG besteht ausschließlich im Rahmen eines konkreten Verwaltungsverfahrens und dient den Beteiligten zur Geltendmachung oder zur Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens. Das IFG hingegen eröffnet unabhängig von einem konkreten Verwaltungsverfahren für jedermann ein allgemeines Zugangsrecht zu Informationen. Der im Ausgangsfall vom Insolvenzverwalter geltend gemachte Anspruch auf Information wurzele eben nicht in einem Steuerrechtsverhältnis zwischen den Steuersubjekt und dem Finanzamt.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Mit diesem Beschluss schafft das OVG Lüneburg nicht nur für den Bereich der Stromkonzessionierungsverfahren nach § 46 EnWG Klarheit bei der Frage, welcher Rechtsweg für Nebenansprüche eröffnet ist. Dies konzentriert den Rechtsweg auf das Gericht, das auch mit dem Hauptanspruch beschäftigt ist. Dies ist für alle Beteiligten gerade auch im Zusammenhang mit dem Eilrechtsschutz von Vorteil. Dies dürfte auch nicht ohne Einfluss auf andere Verfahren bei anderen Gerichten oder Nachprüfungsinstanzen bleiben. Von Interesse ist auch die Abgrenzung zu dem vom jeweiligen Streitverfahren losgelösten Informationsanspruch auf der Grundlage von Gesetzen zur Informationsfreiheit.