

Abschrift

1 U 52/10
28. Okt. 2010
FRAU DR. RINSKE
RECHTSANWALTIN

OBERLANDESGERICHT NAUMBURG



IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

1 U 52/10 (Hs) OLG Naumburg
36 O 25/10 LG Magdeburg

Verkündet am: 28. Oktober 2010
gez. Kunze, JOS'in
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

_____ GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, _____

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt _____

gegen

Landkreis _____, vertreten durch den Landrat, _____

- Beklagter und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigter:

hat der 1. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Naumburg auf die mündliche Verhandlung vom 14.7.2010 durch den Richter am Oberlandesgericht Dr. Tiemann, den Richter am Oberlandesgericht Grimm und die Richterin am Oberlandesgericht Göbel für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 2.6.2010 verkündete Urteil des Landgerichts Magdeburg (36 O 25/10) abgeändert:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 11.649,86 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5-Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 23.2.2010 zu zahlen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird zugelassen.

und beschlossen:

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 11.649,86 Euro festgesetzt.

I.

Die Beklagte schrieb im offenen Verfahren einen Dienstleistungsauftrag „Durchführung des Rettungsdienstes im Landkreis [REDACTED]“ aus. Der Vertrag sollte eine Laufzeit vom 1.7.2009 bis 30.6.2015 haben. Unter IV.2.1) der Bekanntmachung (Zuschlagskriterien) heißt es:

Wirtschaftlich günstigstes Angebot in Bezug auf die nachstehenden Kriterien:

1. Preis. Gewichtung 40.
2. Mitarbeit bei Großschadenslagen und Massenansturm von Verletzten. Gewichtung 35.
3. Erfahrung im Rettungsdienst. Gewichtung 10.
4. Qualitätsmanagement. Gewichtung 5.
5. Qualifikation des Personals. Gewichtung 5.
6. Arbeitszeit des Personals. Gewichtung 5.

Die Klägerin forderte die Verdingungsunterlagen an, die ihr Ende Juni 2008 vorlagen. Mit Datum vom 7.7.2008 (Anlage K 4 Anlagenband) richtete die Klägerin ein Schreiben an ihren jetzigen Prozessbevollmächtigten, in dem es heißt:

Sehr geehrter Herr Dr. [REDACTED],

Wie bereits telefonisch besprochen, sende ich Ihnen die Unterlagen zu dem Auswahlverfahren [REDACTED].

Mit der Bitte um Überprüfung

Die Klägerin rügte mit Schreiben vom 10.7.2008 Mängel des Vergabeverfahrens. In dem Schreiben (S. 2) heißt es u.a.:

a) In dem Bewertungsschema werden Eignungs- und Bewertungskriterien in unzulässiger Weise miteinander vermischt. ...

Einen ersten Nachprüfungsantrag vom 16.7.2008 hat sie zurückgenommen. Mit Datum vom 3.9.2008 hat die Klägerin ein Angebot für Los 1 abgegeben. Zu diesem Zeitpunkt war die Angebotsfrist abgelaufen. Nachdem die Beklagte mitgeteilt hatte, den Zuschlag an ein anderes Unternehmen zu vergeben, hat die Klägerin erneut einen Nachprüfungsantrag gestellt. Mit Beschluss des Vergabesenats vom 3.9.2009 (1 Verg 4/09 [VergabeR 2009, 933]) wurde die Beklagte verpflichtet, das bisherige Vergabeverfahren aufzuheben. Zur Begründung wird in dem Beschluss im Wesentlichen darauf abgestellt, dass unter IV.2.1) der Bekanntmachung in unzulässiger Weise Eignungs- und Wirtschaftlichkeitskriterien mit einander vermischt worden seien. Bei der Frage, ob der Nachprüfungsantrag der Klägerin überhaupt zulässig war, hat der Vergabesenat (Beschluss unter 1.4.1. lit. a)) ausgeführt, dass die Klägerin als Bieterin anzusehen sei. Dafür sei es unerheblich (lit. c)), dass das Angebot erst nach Ablauf der Angebotsfrist eingereicht worden sei. Der Vergabesenat ist vor diesem Hintergrund zu dem Ergebnis gelangt, dass der Klägerin der vergaberechtliche Primärrechtsschutz noch zustehe. Der Vergabesenat hat den Kostenwert für das Beschwerdeverfahren auf die Gebührenstufe bis 800.000,-- Euro festgesetzt.

Mit Schreiben vom 7.9.2009 (Anlage K 32 Anlagenband) machte die Klägerin gegenüber der Beklagten Ersatz von Rechtsanwaltskosten geltend. In dem Schreiben heißt es u.a.:

Wie Sie wissen, hat uns unsere Mandantin im Verfahren vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens mandatiert und wir haben Rügen erhoben. ...

Verlangt wird eine 2,3 Gebühr nach Nr. 2300 VV-RVG ausgehend von einem Gegenstandswert von 800.000,-- Euro (= 10.687,15 Euro). Mit Schreiben vom 22.9.2009 (Anlage K 34 Anlagenband) hat der Kommunale Schadensausgleich für die Beklagte den Ausgleich der Rechnung abgelehnt.

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin neben dem genannten Betrag von 10.687,15 Euro einen weiteren Betrag von 962,71 Euro für die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs gegenüber der Beklagten (Berechnung Klageschrift S. 11 – Bl. 11 I -). Zur Begründung des Schadensersatzanspruchs hat die Klägerin in erster Instanz vorgetragen, dass ihr ein Anspruch sowohl gemäß § 126 GWB als auch aus dem Gesichtspunkt einer Culpa in Contrahendo (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 242 Abs. 2 BGB) zustehe. Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien und der in erster Instanz gestellten Anträge wird Bezug genommen auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil (Bl. 102 – 106 I).

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht die Klage insgesamt abgewiesen und zur Begründung ausgeführt: Ein Anspruch aus § 126 GWB könne nur dann bestehen, wenn die Klägerin eine echte Chance auf die Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Davon könne aber nicht ausgegangen werden, weil der Vergabesenat das Vergabeverfahren wegen der fehlerhaften Beschreibung der Leistungs- und Auswahlkriterien aufgehoben habe und deshalb ein Zuschlag überhaupt nicht hätte erteilt werden können. Ein Anspruch folge auch nicht aus den §§ 311, 280 BGB. Die Klägerin mache geltend, dass sie die Vergabeunterlagen im Vertrauen auf die Richtigkeit des Ausschreibungsverfahrens ihrem jetzigen Prozessbevollmächtigten zur Prüfung übergeben habe. Dann aber fehle es an der Kausalität zwischen einer Pflichtverletzung und dem Schaden. Hätte die Beklagte die Ausschreibung fehlerfrei vorgenommen, hätte die Klägerin in der Annahme der Richtigkeit die Unterlagen ebenfalls zur Prüfung ihrem jetzigen Prozessbevollmächtigten übergeben, sodass die streitgegenständlichen Rechtsanwaltskosten in jedem Fall entstanden seien.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit der Berufung, mit der sie ihren erstinstanzlichen Klageantrag in vollem Umfang weiterverfolgt.

In der Berufungsbegründung stützt sie ihren Anspruch nur noch auf den Gesichtspunkt einer culpa in contrahendo. Das Landgericht habe verkannt, dass Gegenstand des Schadensersatzverlangens nicht diejenigen Anwaltskosten seien, die dadurch entstanden seien, dass die Klägerin ihre jetzigen Prozessbevollmächtigten mit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beauftragt hätten. Die Klägerin wolle von der Beklagten vielmehr diejenigen Anwaltskosten erstattet haben, die sie – objektiv sinnlos – dafür habe aufwenden müssen, dass sie in dem enttäuschten Vertrauen darauf, dass der Beklagte ein rechtmäßiges Vergabeverfahren eingeleitet habe, ihre jetzigen Prozessbevollmächtigten damit mandatiert habe, die Verdingungsunterlagen zu prüfen und sie bei der Vorbereitung des Angebots anwaltlich zu beraten und zu begleiten. Sie habe bereits erstinstanzlich mehrfach vorgetragen, dass sie sich an der streitgegenständlichen Ausschreibung überhaupt nicht beteiligt hätte, wenn ihr der Vergaberechtsverstoß von Anfang an bekannt gewesen wäre. Es komme – entgegen der Ansicht des Landgerichts – nicht darauf an, was die Klägerin getan hätte, wenn der Beklagte die Ausschreibung ordnungsgemäß durchgeführt hätte, sondern nur darauf, was sie getan hätte, wenn ihr die Vergabeverstöße von Anfang an bekannt gewesen seien. Der Schadensersatzanspruch sei auch nicht deshalb entfallen, weil das Vertrauen der Klägerin in die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens nicht schutzwürdig gewesen sei. An dem Vertrauenstatbestand fehle es nur dann, wenn dem Bieter die Fehlerhaftigkeit der Ausschreibung bekannt gewesen sei. Diese Kenntnis habe die Klägerin aber erst durch ihre jetzigen Prozessbevollmächtigten erlangt. Zu diesem Zeitpunkt sei der Gebührenstatbestand bereits angefallen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf den Inhalt der Berufungsbegründung vom 22.6.2010 (Bl. 131 – 141) sowie der Schriftsätze vom 29.9.2010 (Bl. 1 – 3 II) und 6.10.2010 (Bl. 50 – 51 II).

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und beantragt unter Wiederholung und Vertiefung ihren erstinstanzlichen Vortrages, die Berufung zurückzuweisen. Wegen der Einzelheiten wird Bezug genommen auf den Inhalt der Berufungserwiderung vom 1.9.2010 (Bl. 170 – 177) und des Schriftsatzes vom 6.10.2010 (Bl. 53 II).

II.

Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

Die Klägerin hat die Begründung des Landgerichts dazu, dass ein Anspruch nicht aus § 126 GWB folgt, nicht mit Gründen angefochten. Der Senat nimmt auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil Bezug.

Ein Anspruch der Klägerin auf Ersatz des (negativen) Vertrauensschadens folgt indes aus dem Gesichtspunkt einer Culpa in Contrahendo (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB). Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 27.11.2007 (X ZR 18/07 - Hochwasserschutzanlage – [z.B.: VergabeR 2008, 219; WM 2008, 494]; hier: zitiert nach juris) ausgeführt, dass einem Bieter ein Anspruch aus Culpa in Contrahendo auf Erstattung der Kosten zustehen kann, wenn er sich ohne Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens nicht oder nicht wie geschehen daran beteiligt hätte. Der Bundesgerichtshof (a.a.O., in der Zitierung Rn. 39) verlangt für die Begründung eines Anspruchs ausdrücklich Feststellungen dazu, dass sich die Klägerin in Kenntnis der Fehlerhaftigkeit der Ausschreibung nicht an dieser beteiligt hätte. Die Darlegungs- und Beweislast dafür hat der Bundesgerichtshof der Klägerin auferlegt (dazu auch Gröning, VergabeR 2010, 762, 765). Insoweit hat sich die Berufung (BB S. 6 – Bl. 136 I -) vor allem auf ihren erstinstanzlichen Vortrag berufen (insbesondere Klageschrift S. 17 – Bl. 17 I -; Schriftsatz vom 23.4.2010, S. 9 – Bl. 82 I -). Dort behauptet sie aber lediglich, dass sie sich in Kenntnis der Mangelhaftigkeit des Vergabeverfahrens nicht daran beteiligt hätte. Näher begründet wird dies nicht. Die Beklagte bestreitet, dass sich die Klägerin in Kenntnis der Fehler anders - als erfolgt - verhalten hätte. Der Bundesgerichtshof (a.a.O.) hält es indes nicht für zwingend (wirtschaftlich nicht einmal naheliegend), dass ein potenzieller Bieter von der Beteiligung an einem Verfahren absieht, nur weil er Mängel des Verfahrens erkannt hat. Einen Anspruch hält er aber nur dann für begründet, wenn ein potenzieller Bieter auf den erkannten Vergabemangel mit einer entsprechenden Rüge in einem Vergabenachprüfungsverfahren reagiert. Der Bundesgerichtshof hält es sogar für haftungsbegründend, wenn hypothetisch davon ausgegangen werden kann, dass sich ein potenzieller Bieter so verhält. Vorliegend hat die Klägerin durchgängig die – richtigen (gemessen an der Entscheidung des Vergabesenat im Verfahren 1 Verg 4/09) – Fehler gegenüber der Beklagten gerügt (so bereits Schreiben vom 10.7.2008). Ein erstes Vergabenachprüfungsverfahren hat die Klägerin nach dem rechtlichen Hinweis auf die Unzulässigkeit zurückgenommen. Sie hat sodann das – verspätete – Angebot vom 3.9.2008 ersichtlich nur deshalb abgegeben, um sich die Möglichkeit des Primärrechtsschutzes zu erhalten. Der Vergabesenat hat in dem am 3.9.2009 verkündeten Beschluss ausgeführt, dass trotz verspätetem Angebots die Klägerin allein deshalb, weil sie überhaupt ein Angebot abgegeben hat, als Bieterin anzusehen ist, der der Primärrechtsschutz nicht verwehrt werden kann. Die Klägerin hat sich mithin nicht nur hypothetisch i.S.d. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verhalten, sondern tatsächlich.

Vor dem Hintergrund dieses rechtlichen Ansatzes ist nicht ersichtlich, worin die rechtliche Relevanz des Einwandes des Beklagten liegen soll, der Auftrag der Klägerin an ihre jetzigen Prozessbevollmächtigten habe nicht der Beratung und Begleitung der Vorbereitung einer Angebotsabgabe gedient, sondern der „Torpedierung“ des Vergabeverfahrens (BE S. 6 – Bl. 175 I -). Der Auftrag der jetzigen Prozessbevollmächtigten der Klägerin habe gelautet „auf Fehlersuche zu gehen“ (BE S. 4 – Bl. 173 I -). Dieser Vortrag ist schwerlich nachvollziehbar. Werden die Vergabeunterlagen einem Rechtsanwalt zur *Überprüfung* (so Wortlaut des Auftragsschreibens vom 7.7.2008) übersandt, kann das Ergebnis natürlich auch darin bestehen, dass sich Fehler finden, die das Verfahren als vergaberechtswidrig erscheinen lassen. Will ein Bieter sich die Kenntnis dieses Fehlers im Vergabeverfahren zu nutze machen, ist er nach der vorgenannten Rechtsprechung nicht schutzwürdig. Anders aber, wenn er sich – wie ausgeführt – im Nachprüfungsverfahren auf den Fehler stützen will. Aus dem Umstand, dass die jetzigen Prozessbevollmächtigten der Klägerin (vom Vergabesenat bestätigte) Fehler des Verfahrens gefunden haben, lässt keinerlei Rückschlüsse auf den Umfang des Auftrages zu. Es kommt lediglich darauf an, ob ein anderer Gebührentatbestand erfüllt ist (z.B. § 34 RVG) oder der Auftrag über die Überprüfung hinaus ging. Im Beschluss des Vergabesenats wurden der Beklagte und die damalige Beigeladene verpflichtet, der Klägerin die Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung zu erstatten. Dass der Auftrag vom 7.7.2008 auch bereits die Vertretung in einem Nachprüfungsverfahren umfasste (dazu die Beispiele bei Gerold/Schmidt/Mayer RVG, 19. Aufl., VV 2300, 2301, Rn. 6), ist weder dessen Wortlaut zu entnehmen, noch naheliegend. In dem Augenblick der Beauftragung stand für die Klägerin die Fehlerhaftigkeit der Ausschreibung nicht fest. So wie die Prüfung einen Mangel ergeben konnte, konnte an deren Ende auch das Ergebnis stehen, dass die Ausschreibung fehlerfrei war. Eine Verbindung mit anderen Gebührentatbeständen lässt sich somit nicht feststellen (auch der Beklagte begründet dies nicht näher in dem von der BE S. 6 [Bl. 175 I] in bezug genommenen Schriftsatz vom 10.5.2010 [S. 4 – Bl. 99 I -]).

Soweit die Klägerin von einem Gegenstandswert von 800.000,-- Euro ausgeht, ist dies nicht zu beanstanden. Auf diesen Betrag hat auch der Vergabesenat im Verfahren 1 Verg 4/09 den Kostenwert ausgehend von der Bruttoauftragssumme (§ 50 Abs. 2 GKG) festgesetzt. Da § 50 Abs. 2 GKG den Streitwert bereits „deckelt“ und letztlich verhindert, dass auf den eigentlich streitgegenständlichen Auftragswert abgestellt wird, ist die Bemessung des Gegenstandswertes auch für den vorliegenden Gebührenanspruch nicht zu beanstanden (Einwände gegen die angenommene Höhe des Auftragswertes werden von dem Beklagten nicht erhoben).

Auch die Gebührenhöhe ist mit 2,3 nicht zu beanstanden. Der Senat geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass in Vergabesachen regelmäßig eine überdurchschnittliche Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit anzunehmen ist (zuletzt: 1 Verg 6/10), die regelmäßig eine deutlich höhere als die Mittelgebühr rechtfertigt. Berücksichtigt man weiter die Ermessensvorschrift des § 14 RVG und die Begründung des Beschlusses des Vergabesenats in der Sache 1 Verg 4/09, dem eine Vielzahl von rechtlichen Problemen entnommen werden kann, kann eine Gebührenhöhe von 2,3 zugrunde gelegt werden. Konkrete Einwände hat der Beklagte auch in der Berufungsinstanz nicht vorgetragen. Dies gilt dann auch für die weiter streitgegenständlichen Gebühren für die Geltendmachung der Schadensersatzforderung (Vereinzelung Klageschrift S. 11 – Bl. 11 -).

Auf die von der Klägerseite im Senatstermin angesprochene Frage, ob auch andere Anspruchsgrundlagen in Betracht kommen können (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 97 GWB; Geschäftsführung ohne Auftrag), kommt es nicht mehr an.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

gez. Dr. Tiemann

gez. Grimm

gez. Göbel