

Gericht: OLG Rostock 2. Zivilsenat
Entscheidungsdatum: 22.11.2019
Aktenzeichen: 2 U 9/19
ECLI: ECLI:DE:OLGROST:2019:1122.2U9.19.00
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle: 
Zitiervorschlag: OLG Rostock, Beschluss vom 22. November 2019 – 2 U 9/19 –, juris

Leitsatz

1. Im Unterschwellenbereich steht die Angabe eines Produkts in der Leistungsbeschreibung dem Gebot produktneutraler Ausschreibung jedenfalls dann nicht entgegen, wenn es sich um das derzeit eingesetzte Produkt handelt, der Zusatz „oder gleichwertig“ aufgenommen wird, Nebenangebote zugelassen sind und der Auftraggeber auch darüber hinaus deutlich macht, funktionell gleichwertige Produkte zu akzeptieren.
2. Offen kann bleiben, inwieweit im Unterschwellenbereich Wartepflichten gelten und welche Folgen ein Verstoß hat. Jedenfalls nach deren Ablauf besteht - solange nicht das Gericht eine einstweilige Verfügung erlassen hat - kein Zuschlagverbot wie im Oberschwellenbereich.

Verfahrensgang

vorgehend LG Rostock, 21. Juni 2019, 3 O 177/19, Urteil

Tenor

1. Die Berufung der Verfügungsklägerin gegen das Urteil des Landgerichts Rostock vom 21.06.2019 - 3 O 177/19 (1) - wird zurückgewiesen.
2. Die Verfügungsklägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
3. Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 100.000 € festgesetzt.

Gründe

- I.
 - 1 Die Verfügungsbeklagte schrieb im Unterschwellenbereich die Lieferung und Montage von Toren für Flugzeughallen öffentlich aus. Die Verfügungsklägerin gab ein Angebot ab. Die Verfügungsbeklagte schloss das Angebot der Verfügungsklägerin aus und teilte ihr dies mit.
 - 2 Auf Antrag der Verfügungsklägerin hat das Landgericht mit einstweiliger Verfügung vom 08.03.2019 den Zuschlag untersagt. Auf Widerspruch der Verfügungsbeklagten hat das

Landgericht mit am 21.06.2019 verkündetem Urteil die einstweilige Verfügung aufgehoben und den Antrag abgewiesen.

- 3 Gegen das am 27.06.2019 zugestellte Urteil wendet sich die Verfügungsklägerin mit am 29.07.2019 (Montag) eingegangener Berufung und am 27.08.2019 eingegangener Berufungsbegründung. Sie hat zunächst die Abänderung des angefochtenen Urteils und Zurückweisung des Widerspruchs sowie Untersagung des Zuschlags beantragt.
- 4 Die Verfügungsbeklagte erteilte nach Aufhebung der Untersagungsverfügung den Zuschlag.
- 5 Die Verfügungsklägerin hat die Auffassung vertreten, die Verfügungsbeklagte habe sie vor dem Zuschlag informieren müssen. Der Zuschlag sei wegen Verstoßes gegen die Informations- und Wartepflicht nichtig.
- 6 Der Senat hat darauf hingewiesen, dass im Unterschwellenbereich jedenfalls nach erfolgloser Inanspruchnahme erstinstanzlichen Primärrechtsschutzes eine Informations- und Wartepflicht bzw. ein § 173 GWB entsprechendes, an das Rechtsmittel geknüpftes Zuschlagverbot nicht besteht.
- 7 Daraufhin hat die Verfügungsklägerin Erledigung der Hauptsache erklärt und beantragt,
- 8 unter Abänderung des am 21.06.2019 verkündeten Urteils des Landgerichts Rostock - 3 O 177/19(1) - festzustellen, dass sich das einstweilige Verfügungsverfahren in der Hauptsache erledigt hat.
- 9 Die Verfügungsbeklagte hat der Erledigungserklärung widersprochen.
- 10 Der Senat hat mit Beschluss vom 22.10.2019 darauf hingewiesen, die Berufung auch mit dem nunmehrigen Antrag nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückweisen zu wollen, und zur Begründung ausgeführt:
- 11 „1. Allerdings sieht der Senat die in der Erledigungserklärung liegende Umstellung auf einen Feststellungsantrag als zulässig an. Dem steht nicht entgegen, dass:
- 12 § es sich um ein Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung handelt, in dem Feststellungsanträge nur in engen Grenzen denkbar sind und das mangels Rechtskraftwirkung als Grundlage eines eventuellen Schadenersatzprozesses über die Verfahrenskosten hinaus nicht in Betracht kommt (OLG Köln WRP 1985, 660-661; Althammer in: Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2018, § 91a ZPO, Rn. 58),
- 13 § der als erledigendes Ereignis angeführte Zuschlag zwischen den Instanzen erfolgte: In einem solchen Fall kann der Kläger mit dem Rechtsmittel zulässigerweise den Ausspruch begehren, das Verfahren habe sich in der Hauptsache erledigt (BGH, Urteil vom 29. April 1992 - XII ZR 221/90 -, Rn. 21, juris),
- 14 § die Erledigungserklärung erst nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist erfolgt ist: Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Berufung müssen - soweit das Gesetz nichts Abweichendes bestimmt - erst bei Schluss der mündlichen Verhandlung vorliegen. Für die Erledigungserklärung trifft das Gesetz keine besondere Regelung. Die einseitige Erledigungserklärung ist vielmehr eine privilegierte Klageänderung nach § 264 Nr. 2, Nr. 3 ZPO, auf die § 533 ZPO (BGH, Urteil vom

11. Dezember 2015 – V ZR 26/15 –, Rn. 32, juris) und die Frist des § 520 Abs. 2 ZPO (OLG Rostock, Urteil vom 25. Februar 2016 – 3 U 73/12 –, Rn. 56 - 57, juris) keine Anwendung finden.

- 15 2. Der Berufung fehlt es jedoch - nunmehr aus anderen als in dem Beschluss vom 02.09.2019 (II 70) angeführten Gründen - nach im einstweiligen Rechtsschutz gebotener summarischer Prüfung weiterhin an einer Aussicht auf Erfolg; auch liegen die weiteren Voraussetzungen für eine Beschlusszurückweisung vor. Denn auch vor Erteilung des Zuschlags war der Verfügungsantrag unbegründet. Die Verfügungsklägerin hatte keinen Anspruch auf einstweilige Untersagung des Zuschlags an den Mitbewerber. Ihr Angebot erfüllte die Anforderungen des ursprünglichen Leistungsverzeichnisses in Verbindung mit der Bieterinformation vom 05.02.2019 nicht.
- 16 a) Dabei verstießen die gestellten Anforderungen nicht gegen im Unterschwellenbereich geltende vergaberechtliche Grundsätze. Insbesondere handelte es sich nicht um eine produktgebundene Ausschreibung. Zwar enthält das Leistungsverzeichnis nach ausführlicher Darstellung der Anforderungen für das „Hydraulikhubtor“ den Vermerk: „Hersteller/Typ B. S. HT 180 oder gleichwertig“. Damit ist aber zugleich klargestellt, dass gleichwertige Angebote, nach Nr. 5 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots iVm Nr. 5 der Teilnahmebedingungen zudem auch gleichwertige Nebenangebote zugelassen sind. Erst recht gilt dies, nachdem auf die Bieterfrage mit Schreiben vom 05.02.2019 klargestellt wurde, dass sogar eine andere Ausführungsart als ein Hubtor gleichwertig sein kann. Auf die Vorgaben der Fiberglas-Füllungen und der Luftdurchlässigkeits-Klasse 3 kann es schon deshalb nicht ankommen, weil diese mit dem Schreiben geändert wurden.
- 17 b) Letztlich kann offen bleiben, ob nach der Ausschreibung als Hydraulikhubtor mit Schreiben vom 05.02.2019 die Ausführung als Schiebefalttor, als Rundlaufschiebetor oder in jeder denkbaren Form eines Schiebetors zugelassen war, ob also das Rundlaufschiebetor als Haupt- oder nur als Nebenangebot möglich war. Denn in beiden Fällen hebt das Schreiben vom 05.02.2019 die Anforderung nicht auf, das Produkt müsse der Ausschreibung gleichwertig sein. Nach Ausschreibung und Bieterinformation vom 05.02.2019 war der Gleichwertigkeitsnachweis obligatorisch mit dem Angebot einzureichen, eine Nachforderung nach § 16a VOB/A also ausgeschlossen, jedenfalls aber nicht geboten.
- 18 Die Ausschreibung, die Hub- und Senkgeschwindigkeit müsse „mind. ca. 0,1 m/sec“ betragen, ist - wie vom Landgericht - in Zusammenschau von „mind.“ und „ca.“ dahin zu verstehen, dass sich das Hubtor mit einer Geschwindigkeit von mindestens 0,1 m/s öffnen und schließen muss, niedrigere Geschwindigkeiten also nicht zugelassen sind. Bei einer Höhe von 6,70 m ergibt das eine Öffnungs- bzw. Schließzeit von höchstens 67 Sekunden. Nach dem vorgelegten Gleichwertigkeitsnachweis beträgt die Öffnungs- und Schließgeschwindigkeit des von der Verfügungsklägerin angebotenen Tors demgegenüber „größer 0,15 m/s“. Bauartbedingt kann die Zeit für ein vollständiges Öffnen bzw. Schließen auf dieser Grundlage bei einer Breite von 17,50 m also bis zu 117 Sekunden betragen. Damit ist ein Nachweis der Gleichwertigkeit gerade nicht erbracht. Die Vorgabe ist auch hinreichend deutlich, einen Ausschluss des Angebots zu rechtfertigen.
- 19 Soweit die Verfügungsklägerin nach Ablauf der Angebotsfrist eine Bestätigung des Herstellers vorgelegt hat, das Tor erreiche eine Geschwindigkeit von 0,26 m/s (so

dass sich eine Öffnungs- bzw. Schließzeit von eben jenen 67 Sekunden ergäbe), ist eine solche Nachholung nicht vorgesehen und bestehen angesichts der Chronologie und der punktgenauen Angabe zudem mit dem Landgericht Bedenken gegen die Glaubhaftmachung. Auf die weitere Frage, ob auch das vollständige Verstellen einer Seitenwand der Gleichwertigkeit entgegensteht, insbesondere notwendig zugängliche Installationen verdeckt, kommt es danach nicht an.“

- 20 Die Verfügungsklägerin hat hierzu mit Schriftsatz vom 11.11.2019 (GA II 97) Stellung genommen. Sie wiederholt darin ihre Ausführungen zur Frage der vermeintlichen Produktgebundenheit der Ausschreibung und zur Auslegung der Vorgabe zur Öffnungs- und Schließgeschwindigkeit. Zudem habe die Verfügungsbeklagte eventuelle Zweifel hinsichtlich der Schließgeschwindigkeit aufklären müssen. Wegen der Einzelheiten wird auf den Schriftsatz verwiesen.

II.

- 21 1. Die Berufung ist zulässig, hat in der Sache indes keinen Erfolg. Zur Begründung nimmt der Senat auf seinen Hinweisbeschluss vom 22.10.2019 Bezug (§ 522 Abs. 2 Satz 3 ZPO). Mit der Stellungnahme vom 11.11.2019 zeigt die Verfügungsklägerin keine Gesichtspunkte auf, die der Senat nicht bereits berücksichtigt hat und zu einer abweichenden Beurteilung führen. Eine Verpflichtung der Verfügungsklägerin zur Aufklärung eventueller Zweifel an den Angaben zur Schließgeschwindigkeit bestand nicht. Auf der Grundlage des von der Verfügungsklägerin vorgelegten Gleichwertigkeitsnachweises bestand hinsichtlich der Öffnungs- und Schließgeschwindigkeit gerade keine Gleichwertigkeit. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Angebots ist der jeweilige Bieter verantwortlich. Auf ihr Angebot hat der Zuschlag nicht erteilt werden können. Der Senat hat bereits mit dem Hinweisbeschluss ausgeführt, dass eine Nachholung des Gleichwertigkeitsnachweises nach Ablauf der Angebotsfrist nicht vorgesehen ist.
- 22 2. Die Kostenentscheidung hat ihre Grundlage in § 97 Abs. 1 ZPO. Einer Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit bedarf es nicht, weil Berufungsurteile im einstweiligen Rechtsschutz sofort rechtskräftig werden (§ 542 Abs. 2 ZPO).