

**Einstweilige Verfügung bei Unterschwellenvergabe**  
**Verfahrensgang:**

vorgehend:

LG Gießen - 13.10.2015 - AZ: 2 O 290/15

**Rechtsgrundlage:**

ZPO §§ 935, 940

---

**OLG Frankfurt am Main, 13.10.2015 - 11 W 32/15**

**Leitsatz:**

1. In Vergabeverfahren, deren Auftragswert den Schwellenwert gem. § 2 VgV nicht erreicht, kommt grundsätzlich ein Primärrechtsschutz in Betracht. Droht einem Bieter die Beeinträchtigung seiner Chancen auf Erteilung des Zuschlags wegen eines vergaberechtswidrigen Verhaltens des Auftraggebers, so kann ein Anspruch auf Unterlassung der Zuschlagserteilung ggfs. Im Wege der einstweiligen Verfügung gesichert werden.
2. Eine einstweilige Verfügung kommt nicht in Betracht, wenn ein Zuschlag auf das Angebot unwahrscheinlich erscheint.
3. Welcher Prüfungsmaßstab beim Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich anzulegen ist, bleibt offen.

**Tenor:**

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Landgerichts Gießen - 2. Zivilkammer - vom 27.08.2015 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

**Gründe**

I.

Von der Darstellung eines Tatbestands wird gemäß §§ 540 Abs. 3 , 313 a Abs. 1 S. 1 ZPO abgesehen.

II.

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

Das Landgericht hat den Erlass einer einstweiligen Unterlassungsverfügung im Ergebnis zu Recht abgelehnt.

1.

Auch in Vergabeverfahren, deren Auftragsgegenstand den Schwellenwert nach § 2 der Vergabeverordnung (VgV) nicht erreicht oder übersteigt, kommt grundsätzlich Primärrechtsschutz in Betracht, wenn ein vergaberechtswidriges Verhalten des Auftraggebers zu befürchten ist und die Chancen eines Bieters auf Erteilung des Zuschlags hierdurch beeinträchtigt werden können. In solchen Fällen kann zur Wahrung der Rechte des Bieters ein Anspruch auf Unterlassung des Zuschlags an einen dritten Bieter auch im Wege der einstweiligen Verfügung gesichert werden, wenn die Voraussetzungen der §§ 935 , 940 ZPO gegeben sind (vgl. hierzu etwa OLG Düsseldorf, Urteil v. 13.01.2010, 27 U 1/09 - juris).

2.

Die Antragstellerin hat jedoch weder schlüssig dargelegt noch glaubhaft gemacht, dass sie durch ein vergaberechtswidriges Verhalten der Antragsgegnerinnen in ihren Rechten als Bieterin verletzt worden und ihre Chancen auf Erteilung des Zuschlags dadurch beeinträchtigt worden sein könnten. Das gilt unabhängig von der in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich behandelten Frage, welcher Prüfungsmaßstab im Bereich der Unterschwellenvergabe anzulegen ist, insbesondere ob Primärrechtsschutz nur gegen willkürliches oder bewusst diskriminierendes Verhalten besteht oder auch weitergehende Ansprüche zuzuerkennen sind (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, a.a.O.- m.w.N.).

a)

Für den Erlass einer Unterlassungsverfügung bestand schon deshalb kein Anlass, weil der Antragstellerin durch den beabsichtigten Zuschlag kein Nachteil entsteht. Denn es ist nicht ersichtlich, dass das Angebot - wenn es in der Wertung geblieben wäre -, eine Chancen auf Zuschlagserteilung gehabt hätte.

Nach dem seitens der Antragsgegnerinnen glaubhaft gemachten Sach- und Streitstand lag das Angebot der Antragstellerin nach vollständig durchgeführter Wertung anhand des von den Antragsgegnerinnen bekanntgemachten Kriterienkatalogs und der zugrunde gelegten Wertungsgewichtung mit einem Abstand von 7 Punkten hinter dem bestplatzierten Angebot.

Dies steht zur Überzeugung des Senats aufgrund der eidesstattlichen Versicherung des Mitarbeiters der Antragsgegnerin zu 1), Z1, sowie der Vernehmung der sistierten Zeugen Z1 und Z2 fest. Der Senat hat keine Bedenken, den entsprechenden Angaben der Zeugen zu folgen. Die Zeugen haben sachlich, klar, eindeutig, anschaulich und nachvollziehbar geschildert, dass sie - ungeachtet der Frage einer möglichen Unvollständigkeit des Angebots der Antragstellerin - interessehalber auch deren Angebot gewertet hätten, weil sie sehen wollten, was "dabei herauskommt". Bei den einzelnen Wertungskriterien habe einmal dieses und dann wieder jenes Angebot vorne gelegen. Im Gesamtergebnis habe das Angebot der Antragstellerin einen Rückstand von 7 Punkten gegenüber dem erstplatzierten Angebot aufgewiesen. Dieses Ergebnis sei dann auch Grundlage für die Beschlussvorlage und die Entscheidung des Magistrats gewesen.

Der Senat bezweifelt die Verlässlichkeit dieser Angaben auch nicht deshalb, weil die Antragsgegnerinnen das Protokoll über die Wertung nicht vorgelegt und sich dafür auf ein Geheimhaltungsinteresse des bestplatzierten Bieters berufen haben. In Verfahren auf Rechtsschutz im Unterschwellenbereich gilt - anders als in Verfahren nach §§ 97 ff. GWB kein (eingeschränkter) Amtsermittlungsgrundsatz, sondern bleibt es bei der allgemeinen prozessualen Darlegungslast. Danach hätte die Antragstellerin darlegen müssen, dass sie im Falle des Verbleibs ihres Angebots in der Wertung eine realistische Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte. Dies ist bei einem Punktabstand von 7 Punkten nicht ersichtlich. Die Antragstellerin hat im Übrigen nicht einmal bestritten, dass das für den Zuschlag vorgesehene das erstplatzierte Angebot war. Sie hat lediglich behauptet, von dem Zeugen Z1 gehört zu haben, dass der Vorsprung des bestplatzierten Bieters lediglich einen Punkt betrage. Abgesehen davon, dass der Zeuge Z1 ein solches Wertungsergebnis ebenso wie eine solche Mitteilung an die Antragstellerin klar und deutlich verneint hat, würde sich an der Bieterreihenfolge auch bei einem Abstand von lediglich einem Punkt nichts ändern. Da die Wertung bereits vollständig und - wie der Zeuge Z1 bestätigt hat - auf der Grundlage der den Bietern mitgeteilten Wertungskriterien und -gewichtung durchgeführt wurde, ist nicht erkennbar, dass sich an dieser Reihenfolge bei nochmaliger Wertung etwas ändern könnte. Auch die Antragstellerin hat keine Umstände vorgetragen und glaubhaft gemacht, die an dem Wertungsergebnis und insbesondere der Reihenfolge der Bieter bei nochmaliger Wertung etwas ändern könnten. Soweit sich die Antragstellerin für ihre Auffassung, dass es für den Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht darauf ankomme, ob der Antragsteller eine Chance auf den Zuschlag habe, auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf v. 13.01.2010 (a.a.O.) bezieht, zitiert sie unvollständig. Auch nach dieser Entscheidung kann im Rahmen der gebotenen Abwägung der Verfügungsgrund fehlen, wenn unwahrscheinlich ist, dass der Antragsteller den Zuschlag letztlich erhalten kann. Diese Wertung gilt ersichtlich erstreckt, wenn bereits feststeht, dass sich an der festgestellten Bieterreihenfolge auch bei nochmaliger Wertung nichts ändern würde und die Möglichkeit eines Zuschlags auf das Angebot der Antragstellerin nicht nur unwahrscheinlich, sondern praktisch ausgeschlossen erscheint.

b)

Ungeachtet dessen hat die Antragstellerin auch nicht dargelegt und glaubhaft gemacht, dass sie von den Antragsgegnerinnen willkürlich oder bewusst diskriminierend behandelt wurde oder die Antragsgegnerinnen

gegen tragende Prinzipien des Vergaberechts verstoßen haben.

aa) Unstreitig hat am 29.07.2015 ein Aufklärungsgespräch über das Angebot der Antragstellerin stattgefunden. Gesprächsthema war u.a. der Einsatz des Spülbohrverfahrens. Anlass der Erörterung gab der Umstand, dass dieses Verfahren wesentlich kostengünstiger ist, als sonstige Verfahren zur Kabelverlegung, dass die Antragsgegnerinnen den Einsatz dieses Verfahrens jedoch zumindest in den Ortsteil- und Altstadtlagen von Stadt1 ausschließen wollten. Vor diesem Hintergrund wollten die Antragsgegnerinnen bestätigt haben, dass das Angebot hinsichtlich des Preises bzw. der hier in erster Linie interessierenden "Wirtschaftlichkeitslücke" unverändert gelten würde, wenn das günstigere Spülbohrverfahren nicht zur Anwendung käme. Dies haben die für die Antragstellerin teilnehmenden Personen, insbesondere der Zeuge Z3, noch während des Gesprächs bestätigt.

aaa) Streitig ist zwischen den Parteien lediglich, ob die Antragsgegnerinnen auf einer schriftlichen Bestätigung dieser Zusage bestanden haben.

(a) Dabei steht völlig außer Frage, dass die Antragsgegnerinnen als Auftraggeber das Recht hatten, auf einer entsprechenden schriftlichen Bestätigung zu bestehen. Soweit die Antragstellerin die Auffassung vertreten hat, eine schriftliche Bestätigung sei hinsichtlich der Kosten im Zusammenhang mit anderen Techniken als dem Spülbohrverfahren nicht mehr erforderlich gewesen, weil der Prokurist der Antragstellerin, der Zeuge Z3, dies im Rahmen seiner Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht bereits verbindlich habe zusagen können, verkennt sie, dass es nicht darauf ankommt, ob eine nochmalige schriftliche Bestätigung dieser Zusage konstitutiv erforderlich war, sondern dass es den Antragsgegnerinnen u.a. im Interesse der Sicherheit, Klarheit und zu Beweis Zwecken um eine schriftliche Bestätigung gehen konnte.

(b) Jedenfalls soweit seitens der Antragsgegnerinnen eine schriftliche Bestätigung gefordert worden wäre, stellte es kein in einem Unterschwellenverfahren zu beanstandendes vergabewidriges Verhalten dar, wenn die Antragsgegnerinnen das Angebot ausgeschlossen haben, nachdem die geforderte schriftliche Bestätigung ausgeblieben ist. Ob der Ausschluss des Angebots ohne vorherige Anforderung einer schriftlichen Bestätigung gegen grundlegende Prinzipien des Vergaberechts verstoßen würde, bedarf keiner Erörterung, weil die Antragstellerin einen solchen Sachverhalt nicht glaubhaft gemacht hat.

bbb) Die Zeugen Z1 und Z2 haben bestätigt, dass der Bürgermeister der Antragsgegnerin zu 1), Herr B, ausdrücklich eine schriftliche Bestätigung verlangt hat. Herr B selbst hat in seiner eidesstattlichen Versicherung vom 30.09.2015 und bei seiner informatorischen Anhörung während der mündlichen Verhandlung ebenfalls erklärt, er sei "zu 100 %" sicher, dass er den Wunsch nach einer schriftlichen Bestätigung geäußert habe".

Einen entsprechenden Hinweis enthält auch das von den Zeugen Z1 und Z2 angefertigte Protokoll über das Gespräch. Darüber hinaus erscheint es nachvollziehbar und unmittelbar einleuchtend, wenn der Gemeindevorstand in einer Frage von so erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sichergehen wollte und schon deshalb auf einer schriftlichen Bestätigung bestanden hätte.

Dem steht die Aussage des Zeugen Z4 nicht entgegen, der eher ausweichend und unbestimmt ausgesagt hat, der Wunsch nach einer schriftlichen Bestätigung sei bei ihm "so nicht angekommen". Auch im Übrigen war die Tendenz des Zeugen nicht zu übersehen, an ihn gerichteten Fragen auszuweichen.

Allerdings hat der Zeuge Z3, dessen Aussage derjenigen der Zeugen Z1 und Z2 entgegensteht, durchaus einen glaubwürdigen und überzeugenden Eindruck hinterlassen. Er hat - auch auf nochmalige Nachfrage und in Kenntnis der Aussage des Zeugen Z2 - wiederholt ausgesagt, er sei sich sicher, dass bei diesem Gespräch keine schriftliche Bestätigung hinsichtlich der mit dem Spülbohrverfahren zusammenhängenden Frage verlangt worden sei.

Der Senat sieht jedoch keine belastbaren Anhaltspunkte dafür, dass eine der sich widersprechenden Aussagen glaubhafter oder einer der Zeugen glaubwürdiger als die anderen erscheinen. Diese Situation des "non liquet" geht zu Lasten der Antragstellerin, da sie damit einen erheblichen Vergabeverstoß der Antragsgegnerinnen nicht glaubhaft machen konnte.

bb)

Entsprechendes gilt, soweit das Angebot - gemäß der förmlichen Begründung - nach § 16 VOB/A wegen Unvollständigkeit ausgeschlossen worden ist.

Insoweit ist zwischen den Parteien unstrittig, dass ein Telefonat zwischen den Zeugen Z1 und Z4 stattfand, bei dem eine etwaige "Unvollständigkeit" des Angebots der Antragstellerin im Hinblick auf den Kabelverzweiger A 26 erörtert wurde. Nach seiner glaubhaften Aussage hat der Zeuge Z1 den Zeugen Z4 bei diesem Telefonat um eine schriftliche Stellungnahme zu diesem Punkt gebeten und ihn zugleich an die Stellungnahme hinsichtlich des Spülbohrverfahrens erinnert. Demgegenüber hat der Zeuge Z4 auch hier wiederum ausweichend und unbestimmt geantwortet und gemeint, die zu fertigende schriftliche Stellungnahme habe sich auf die Möglichkeit einer Auftragsweiterung im Hinblick auf noch nicht auftragsgegenständliche Gemeindeteile bezogen.

Ungeachtet dessen gilt auch insoweit, dass die Antragstellerin bei einem non liquet ein vergaberechtswidriges Verhalten der Antragsgegnerinnen nicht schlüssig dargetan und glaubhaft gemacht hat.

cc)

Ein Verstoß gegen grundlegende Gebote des Vergaberechts liegt auch nicht deshalb vor, weil die Antragsgegnerinnen - insoweit wiederum unstrittig - mit den (zu unterstellenden) Aufforderungen zur Abgabe schriftlicher Bestätigungen während des Gesprächs am 29.07. und des Telefonats am 03.08.2015 jedenfalls keine Frist zur Beibringung der entsprechenden Erklärungen gesetzt haben.

Bei der Setzung einer Beibringungsfrist handelt es sich jedenfalls nicht um ein tragendes vergaberechtliches Prinzip. Für die Antragstellerin war ohne weiteres erkennbar, dass die von der Auftraggeberseite gewünschten Erklärungen im Rahmen des laufenden Vergabe- und Wertungsverfahrens gefordert und dementsprechend zügig vorzulegen waren. Dies war auch ohne weiteres zumutbar, weil es sich um keine aufwendigen Auskünfte handelte, die noch weitere Recherchen erfordert hätten, sondern lediglich um knappe Bestätigungen der in den vorangegangenen Gesprächen erzielten Resultate. Einer in Vergabeangelegenheiten nicht unerfahrenen Bieterin wie die Antragstellerin musste damit ohne weiteres einleuchten, dass entsprechende Bestätigungen binnen weniger Tage erwartet werden und nicht auf die lange Bank geschoben werden können, weil sie andernfalls mit keiner positiven Berücksichtigung im Zuschlagsverfahren rechnen konnte.

III.

Die Kosten des ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels fallen der Antragstellerin als unterlegener Partei zur Last ( § 97 Abs. 1 ZPO ).

---