

**OLG Zweibrücken (1. Zivilsenat), Beschluss vom 13.09.2021 – 1 U 93/20****Titel:**

Vergabeverfahren, Leistungen, Bieter, Berufung, Ausschreibung, Unterlassung, Kanalisation, Ausbau, Feststellung, Leistungsverzeichnis, Wasserversorgung, Baustelleneinrichtung, Bauleistungen, Anspruch, Aussicht auf Erfolg, keine Aussicht auf Erfolg, kein Anspruch

**Rechtsgebiet:**

Privates Baurecht, Vergaberecht

**Schlagworte:**

Vergabeverfahren, Leistungen, Bieter, Berufung, Ausschreibung, Unterlassung, Kanalisation, Ausbau, Feststellung, Leistungsverzeichnis, Wasserversorgung, Baustelleneinrichtung, Bauleistungen, Anspruch, Aussicht auf Erfolg, keine Aussicht auf Erfolg, kein Anspruch

**vorgehend:**

LG Zweibrücken, Urteil vom 17.04.2020 - 1 O 340/19

**ECLI:**

ECLI:DE:POLGZWE:2021:0913.1U93.20.00

**Rechtskraft:**

unbekannt

**Tenor:**

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Verfügungsklägerin gegen das am 17.04.2020 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Zweibrücken, ..., durch einstimmig gefassten Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.
2. Die Verfügungsklägerin erhält Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 06.10.2021.

**Gründe:**

**1**Die Berufung der Verfügungsklägerin hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Zwar kommt auch in Vergabeverfahren, deren Auftragsgegenstand den Schwellenwert nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB nicht erreicht oder übersteigt, grundsätzlich Primärrechtsschutz für (ausgeschlossene oder unterlegene) Bieter in Betracht (BGH, Urteil vom 03.06.2020, Az. XIII ZR 22/19, Juris). Die Kammer ist aber im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass der Verfügungsklägerin gegen die Verfügungsbeklagte kein Anspruch auf Unterlassung des Zuschlags für die Bauleistungen im Rahmen der Maßnahmen ..., Ausbau der Straße „...“ (zur Vergabe-Nummer ...) zusteht. Bei dieser Feststellung kann dahinstehen, welcher Prüfungsmaßstab beim Primärschutz im Unterschwellenbereich anzulegen ist (s. hierzu etwa Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, Einleitung

Rn. 28 ff.); denn ein Verfügungsanspruch ist auch dann nicht gegeben, wenn bereits jedes nicht unerhebliche vergaberechtswidrige Verhalten des Auftraggebers Primärrechtsschutz auslöst.

**2**Auch die sonstigen Voraussetzungen für eine Zurückweisung der Berufung durch Beschluss (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 2-4 ZPO) liegen vor.

**31.** Der Senat hat bereits Bedenken an der Zulässigkeit des Verfügungsantrags...

**42.** Über die Zulässigkeitsbedenken hinaus teilt der Senat nicht die Beurteilung der Verfügungsklägerin, dass im vergaberechtlichen Unterschwellenbereich keine Rügeobliegenheit zulasten der Bieter hinsichtlich tatsächlicher oder vermeintlicher formeller und inhaltlicher Mängel bestand und besteht.

**5**Die obergerichtliche Rechtsprechung geht vielmehr auch bei Auftragsvergaben außerhalb der §§ 97 ff. GWB davon aus, dass der Bieter gehalten ist, erkannte oder erkennbare Vergaberechtsverstöße umgehend zu rügen (vgl. nur OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.03.2020, Az. 2 U 1/18 (Kart), Juris m.w.N.). Das folgt bereits aus dem Umstand, dass durch die Teilnahme an der Ausschreibung eines öffentlichen Auftrags ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis mit Sorgfalts- und Schutzpflichten zulasten aller Beteiligten entsteht (vgl. BGH, Urteil vom 22.02.2008, Az. V ZR 56/07, Juris). Dementsprechend sind auch Bieter während des Vergabeverfahrens zur besonderer Rücksichtnahme und Loyalität gegenüber dem Auftraggeber verpflichtet. Entsprechendes ergibt sich aus der Regelung des §§ 5 Abs. 1, 10 Abs. 3 der rheinland-pfälzischen Landesverordnung über die Nachprüfung von Vergabeverfahren durch Vergabeprüfstellen vom 26.02.2021, mit der lediglich ein schon vormals geltender Rechtsgrundsatz für den unterschwelligen Bereich perpetuiert worden ist. Ganz generell gelten die maßgeblichen Erwägungen, die die Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 GWB rechtfertigen, auch bei Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz durch Bieter unterhalb der Schwellenwerte (OLG Saarbrücken, Urteil vom 28.01.2015, Az. 1 U 138/14, Juris).

**6**Die Verfügungsklägerin hat indes die von ihr behaupteten formalen und inhaltlichen Vergabefehler nicht rechtzeitig gerügt. Sie war spätestens durch das Gespräch mit der Verfügungsbeklagten vom 03.12.2019 in Kenntnis aller maßgeblichen Umstände, dennoch hat sie erst am 12.12.2019 - also nicht unverzüglich und erst nach Ablauf der durch §§ 5 Abs. 1, 10 Abs. 3 der Landesverordnung statuierten Frist von 7 Kalendertagen - den Ausschluss ihres Gebotes als vergaberechtswidrig gerügt. Ihr auf primären Rechtsschutz gerichteter Antrag ist damit unzulässig (vgl. generell BeckOK-Vergaberecht/Gabriel/Mertens, Stand 31.01.2021, § 160 Rn. 134 f.). Auf die Rügeobliegenheit ist die Verfügungsklägerin - wiederum entgegen ihrer in der Berufungsbegründung mitgeteilten Auffassung - durch die Verfügungsbeklagte auch ausdrücklich hingewiesen worden. In den ihr überlassenen Teilnahmebedingungen für die Vergabe von Bauleistungen lautet es ausdrücklich wie folgt: „Enthalten die Vergabeunterlagen nach Auffassung des Unternehmens Unklarheiten, Unvollständigkeiten oder Fehler, so hat es unverzüglich die Vergabestelle vor Angebotsabgabe in Textform hierauf hinzuweisen.“ (dort Ziffer 1).

**73.** Darüber hinaus teilt der Senat die - durchweg zutreffend und erschöpfend begründete - Entscheidung der Kammer, dass der Verfügungsklägerin kein Verfügungsanspruch zukommt. Ein solcher kann zwar auch im unterschwelligen Bereich bei einem rechtswidrigen Vorgehen des Auftraggebers aus §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB entstehen; indes steht nicht fest, dass die Verfügungsbeklagte in relevanter Weise gegen Regelungen des (unterschwelligen) Vergaberechts verstoßen hat. Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die

Verfügungsklägerin rechtmäßigerweise vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden ist. Die Beurteilung bestimmt sich im Wesentlichen nach den Regelungen des 1. Abschnitts der VOB/A, die zumindest im Wege der Selbstbindung der Beteiligten anwendbar ist (vgl. OLG Köln, Urteil vom 29.01.2020, Az. 11 U 14/19, Juris; vgl. insoweit auch Nrn. 2.2 und 22.1 der Verwaltungsvorschrift über das öffentliche Auftrags- und Beschaffungswesen in Rheinland-Pfalz vom 24.04.2014).

**8a)** Das Landgericht hat auf der Grundlage der zutreffend bestimmten Vortrags- und Beweislast unter Einbeziehung der Grundsätze zur sekundären Darlegungslast richtig festgestellt, dass die Verfügungsklägerin ihrem Angebot eine Mischkalkulation unterlegt hat.

**9**Eine Mischkalkulation liegt vor, wenn ein Bieter die von ihm tatsächlich für einzelne Leistungspositionen geforderten Einheitspreise auf verschiedene Einheitspreise anderer Leistungspositionen verteilt. Damit benennt er nicht die von ihm geforderten Preise im Sinne von § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, sondern er „versteckt“ die von ihm geforderten Angaben zu den Preisen der ausgeschriebenen Leistungen in der Gesamtheit seines Angebots (BGH, Beschluss vom 18.05.2004, Az. X ZB 7/04, Juris). In diesem Sinne ist die Verfügungsklägerin im Hinblick auf die Leistungspositionen Baustelleneinrichtung und Baustellenräumung vorgegangen. Nach dem Leistungsverzeichnis der Verfügungsbeklagten sollte die Baustelleneinrichtung sowohl im Titel Straßenbau (Ziff. 1.1.10 und 1.1.20) als auch in den weiteren Titeln Kanalisation (dort 2.1.10 und 2.1.20) und Wasserversorgung (dort 3.1.10 und 3.1.20) bepreist werden; der jeweilige Beschreibtext entspricht sich im Wesentlichen. Indes beläuft sich das Angebot der Verfügungsklägerin für den Titel Straßenbau auf insgesamt netto 155.140,45 € (33% der Gesamtkosten für den Titel Straßenbau), für den Titel Kanalisation hingegen auf netto 1.099,80 € und für den Titel Wasserversorgung auf netto 824,85 €.

**10**Eine Erklärung hierfür ergab sich nicht schon aus dem Angebot der Verfügungsklägerin; diese ist mit dieser Preisbildung auch erheblich von den sonstigen Angeboten abgewichen, wodurch der Anschein einer falschen Kalkulation begründet wird (vgl. nur OLG München, Beschluss vom 24.05.2006, Az. Verg 10/06, Juris). Das gilt umso mehr, als sich hieraus die von der Verfügungsbeklagten in Bezug genommenen Risiken im Insolvenzfall ergeben. Diesen Anschein hat die Verfügungsklägerin nicht ausgeräumt.

**11**Dabei kann dahinstehen, ob die maßgeblichen Aufwände bei der Baustelleneinrichtung und dem Abbau für die Verfügungsklägerin tatsächlich bereits beim Straßenbau anfallen. Einerseits ist zwar nachvollziehbar, dass der An- und Abtransport der Baumaschinen nur einmal anfällt; andererseits aber können nicht nur die zu erbringenden Vermessungstätigkeiten, sondern insbesondere auch der Aufwand für das Vorhalten von Maschinen, Werkzeugen und sonstigen Betriebsmitteln über die jeweiligen Bauabschnitte (Straßenbau, Kanalisation, Wasserversorgung) voneinander getrennt werden. Aber selbst wenn die maßgeblichen Kosten bereits beim ersten Titel anfallen würden, enthält die Ausschreibung der Verfügungsbeklagten den ausdrücklichen Hinweis, dass die Kosten der Baustelleneinrichtung für Straßenbau, Kanalisation und Wasserversorgung jeweils anteilig den Titeln zugeschrieben werden sollten.

**12**Dies ist schon für sich betrachtet - angesichts der aufeinander aufbauenden bzw. voneinander abhängenden Gewerke - weder überraschend noch missverständlich; die Aufteilung der diesbezüglichen Kosten erklärt sich im Streitfall in besonderer Weise aus dem bereits in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots mitgeteilten Umstand, dass die Bauleistungen auf verschiedene Rechnung erfolgen sollen, nämlich die Straßenbauarbeiten

zulasten der Ortsgemeinde ... und die Kanalisations- und Wasserversorgungsarbeiten zulasten der Verbandsgemeindewerke ... (Anlage A1, Ziffer C.1). Es steht der Verfügungsbeklagten frei, eine solche - sachlich gerechtfertigte - Aufteilung einzufordern, ohne hiermit gegen Grundsätze der Preisbildung zu verstoßen; eingedenk dessen geht der Einwand der Verfügungsklägerin, dass die jeweils zu erbringenden Leistungen im Wesentlichen nur einmal anfallen und deshalb der Position Straßenbau zuzuweisen seien, schon im Ansatz fehl.

**13**Die geforderte anteilige Zuweisung der Kosten für die Baustelleneinrichtung ist angesichts des vorgenannten Umstandes - zu beurteilen aus der Sicht eines sachkundigen Unternehmens - auch nicht unklar. Vielmehr waren ersichtlich diejenigen Leistungspositionen, die vollständig oder anteilig sicher einem der drei Gewerke zuzurechnen sind, dort anzugeben, und im Übrigen diejenigen Leistungspositionen, die sich zugleich auf alle Gewerke beziehen bzw. auswirken, entsprechend dem Verhältnis der Baukosten zueinander oder aber drittelparitätisch aufzuteilen und jeweils anteilig zu den Kosten des Straßenbaus, der Kanalisation und der Wasserversorgung hinzuzurechnen. Offenkundig unzutreffend ist insoweit der Einwand der Verfügungsklägerin, die Verfügungsbeklagte habe selbst mit dem Leistungsbeschrieb zu Position 1.1.10 eine Aufteilung nach Kostenträgern ignoriert: Soweit dort Vermessungskosten hinsichtlich des Kanals enthalten sind, folgt dies zwangsläufig aus dem Umstand, dass dessen Verlauf den Verlauf der Straßenbauarbeiten (Aufbruch und Wiederherstellung der Straße) vorgibt.

**14**Lediglich weiterführend weist der Senat darauf hin, dass insoweit - Unklarheiten bei der Verfügungsklägerin nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen unterstellt - eine Nachfrage- und Aufklärungspflicht zu ihren Lasten bestand. Das ergibt sich wiederum nicht nur aus dem durch das Angebotsverfahren entstandenen vorvertraglichen Schuldverhältnis mit entsprechenden Nebenpflichten der Bieter, sondern insbesondere auch aus den der Verfügungsklägerin überlassenen Teilnahmebedingungen für die Vergabe von Bauleistungen. Hier lautet es ausdrücklich wie folgt: „Enthalten die Vergabeunterlagen nach Auffassung des Unternehmens Unklarheiten, Unvollständigkeiten oder Fehler, so hat es unverzüglich die Vergabestelle vor Angebotsabgabe in Textform hierauf hinzuweisen.“ (dort Ziffer 1). Das mit einem Fehlverständnis einhergehende Risiko hat dementsprechend die Verfügungsklägerin zu tragen.

**15**Schon aufgrund der erheblichen Diskrepanz der kalkulierten Kosten für die Baustelleneinrichtung in den Teilen Straßenbau, Kanalisation und Wasserversorgung, aber auch des Umstandes, dass sich im Teil Straßenbau die Kosten für die Baustelleneinrichtung auf 33% der Gesamtkosten dieses Titels belaufen, war das Aufklärungsgespräch vom 03.12.2019 i.S.v. § 15 Abs. 1 VOB/A gerechtfertigt (vgl. KG, Beschluss vom 14.08.2012, Az. Verg 8/12, Juris). Insoweit geht der Einwand der Verfügungsklägerin fehl, sie habe sich infolge einer unzureichenden Einladung zum Klärungsgespräch bei diesem nicht hinreichend erklären können. Zum einen hätte es wiederum ihr obliegen, bei Unklarheiten oder Unsicherheiten über Gegenstand und Umfang der Besprechung nachzufragen. Zum anderen sind die Leistungsausschreibung der Verfügungsbeklagten und das Leistungsangebot der Verfügungsklägerin durchaus überschaubar und die im Klärungsgespräch angesprochenen Umstände betrafen mitnichten Nebenbereiche oder spezielle Gegebenheiten, sondern Umstände, die die Mitarbeiter der Verfügungsklägerin, die am Gespräch teilgenommen hatten, aufgrund ihrer besonderen Sachkunde (... .. ist Geschäftsführer der

Verfügungsklägerin, Herr ... Bauleiter im Unternehmen) durchaus auch spontan hätten beantworten können.

**16** Angesichts der Mitteilung, dass auf Seiten der Verfügungsbeklagten Aufklärungsbedarf zu verschiedenen Einheitspreisen bestand, wäre ohnehin zu erwarten gewesen, dass die Verfügungsklägerin nicht nur ihre Kalkulationsgrundlagen bereits zum Aufklärungsgespräch mitbringt und ggfl. auch vorliegt, sondern auch, dass sich die gewünschte Aufteilung der Kosten für Baustelleneinrichtung und -abbau nach den drei Titeln Straßenbau, Kanalisation und Wasserversorgung vornehmen lässt. Im Übrigen ist der Verfügungsklägerin auch noch nach dem Gespräch vom 03.12.2019 hinreichend Möglichkeit eingeräumt worden, zu den Bedenken bzw. zum Aufklärungsbedarf der Verfügungsbeklagten Stellung zu nehmen und aufzuklären. Hiervon hat sie auch Gebrauch gemacht; die Verfügungsbeklagte ist darauf eingehend eingegangen. Im Ergebnis kann deshalb dahinstehen, ob die Einladung der Verfügungsklägerin zum Aufklärungsgespräch tatsächlich fehlerhaft dadurch erfolgt ist, dass die aufzuklärenden Positionen im Angebot durch die Verfügungsbeklagte nicht detailliert worden sind; ein solcher Verstoß hätte sich jedenfalls nicht kausal auf den Ausschluss der Verfügungsklägerin vom Vergabeverfahren ausgewirkt.

**17** Entsprechendes gilt für die Rüge, das Aufklärungsgespräch sei nicht hinreichend dokumentiert worden. Lediglich der Vollständigkeit halber weist der Senat darauf hin, dass im unterschwelligen Bereich die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge nicht gilt (dort § 1 Abs. 1), so dass die Verfügungsbeklagte - unter Berücksichtigung ihrer Selbstbindung an Abschnitt 1 der VOB/A - den Anforderungen des § 20 VOB/A schon durch Verschriftlichung des Aufklärungsgesprächs in diesem Prozess genügt hat.

**18** Im Aufklärungsgespräch vermochte die Verfügungsklägerin die gebotene Erläuterung und Klarstellung nicht zu leisten; eine Korrektur i.S. einer Abänderung ihres Angebots war ihr von Rechts wegen verwehrt, da eine solche Möglichkeit den Gleichheitsgrundsatz verletzen würde (OLG Saarbrücken, Urteil vom 15.06.2016, Az. 1 U 151/15, Juris). Mit dem Mitteilungsschreiben der Verfügungsbeklagten vom 05.12.2019 wurde sie nochmals detailliert über die Unklarheiten ihres Angebots informiert. Die Verfügungsklägerin hat die maßgeblichen Umstände sodann auch nicht mit Anwaltsschreiben vom 12.12.2019 in hinreichender Weise erläutert und damit der Leistungsausschreibung genügt. Nach wie vor bleibt auf angesichts der partiell vorgelegten Urkalkulation der Verfügungsklägerin nicht nur offen, wie sich der erhebliche Preis für die Leistungspositionen Baustelleneinrichtung und Baustellenräumung im Titel Straßenbau erklärt, sondern vor allem auch, mit welchen Beträgen die Aufwände für Baustelleneinrichtung und Baustellenabbau auf die drei Teile Straßenbau, Kanalisation und Wasserversorgung aufzuteilen sind. Entgegen ihrer Auffassung lässt sich eine solche Aufteilung auch nicht „im Wege der Auslegung des Angebots“ ermitteln.

**19b)** Ein Bieter, der seinem Angebot Mischkalkulationen unterlegt, verletzt den in § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A niedergelegten Grundsatz. Ein transparentes Vergabeverfahren, wie es die VOB/A gewährleisten soll, ist nur zu erreichen, wenn in jeder Hinsicht vergleichbare Angebote abgegeben werden. Damit ein Angebot gewertet werden kann, ist deshalb jeder in der Leistungsbeschreibung vorgesehene Preis vollständig und mit dem Betrag anzugeben, der gefordert werden soll; Mischkalkulationen sind insoweit grundsätzlich schädlich (BGH, Beschluss vom 18.05.2004, Az. X ZB 7/04, Juris). Angebote, die nicht den Anforderungen entsprechen, sind - entgegen der Auffassung der Verfügungsklägerin grundsätzlich ohne Ermessen des Auftraggebers (OLG Nürnberg, Beschluss vom 18.07.2007, Az. 1 U 970/07,

Juris; Kapellmann/Messerschmidt/Planker, VOB Teil A, 7. Aufl. 2020, § 13 Rn. 16) - aus dem Kreis der Angebote auszuschließen (§ 16a Abs. 2 Satz 2 VOB/A).

**20**Der Tatbestand und die Rechtsfolgen einer Mischkalkulation für das Vergabeverfahren mussten der Verfügungsklägerin von Berufs wegen bekannt sein. Sie wurde hierauf zudem durch die ihr überlassenen Teilnahmebedingungen für die Vergabe von Bauleistungen (Anlage A2, dort Ziffer 3.6) ausdrücklich hingewiesen.

**21**Da die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat, legt der Senat der Verfügungsklägerin aus Kostengründen die Rücknahme des Rechtsmittels nahe. Im diesem Falle ermäßigen sich die für das Verfahren anfallenden Kosten von 4,0 auf 2,0 Gebühren (Nr. 1222 KV GKG).

Zitiervorschlag:

OLG Zweibrücken Beschl. v. 13.9.2021 – 1 U 93/20, BeckRS 2021, 46545