

Rechtsprechungsübersicht Bau- und Vergaberecht

Juni 2020

Auszug aus dem monatlich erscheinenden Baurechts-Report und Vergaberechts-Report, zu beziehen beim VOB-Verlag E. Vögel OHG (Fax: 09466/1276) zum Jahresbezugspreis von 32,28 € (Baurechts-Report) beziehungsweise 32,28 € (Vergaberechts-Report), jeweils zuzüglich Versandkosten.

I. BAURECHT

Entschädigungsanspruch bei Behinderungen: Welche Mehrkosten kann der Auftragnehmer geltend machen?

Das Problem

Kommt es während der Vertragsdurchführung zu Behinderungen aus dem „Risikobereich“ des Auftraggebers (AG), können Mehrkostenansprüche des Auftragnehmers (AN) entstehen. Hat der AG die Behinderung **schuldhaft** verursacht, kommen **Schadensersatzansprüche** des AN in Frage. Aber auch ohne Verschulden des AG kann der AN „**Entschädigungsansprüche**“ geltend machen, wenn der AG in sogenannten Annahmeverzug gerät (§ 642 BGB). Dabei ist allerdings umstritten, welche Mehrkosten dem AN in diesem Fall zu ersetzen sind.

Fall:

Der abgeschlossene Werkvertrag sieht vor, dass der AN mit den Trockenbauarbeiten am 21. 11. 2016 beginnt. Der Ausführungsbeginn verschiebt sich allerdings auf den 02. 05. 2017, weil die für die Trockenbauarbeiten notwendigen Vorgewerke noch nicht abgeschlossen sind. Der AN macht deshalb wegen Annahmeverzugs des AG Entschädigungsansprüche geltend.

Besteht ein solcher Anspruch und wie hoch ist er gegebenenfalls?

Die Entscheidung

1. Der BGH hat mit Urteil vom 30. 01. 2020 – Az.: VII ZR 33/19 – Entschädigungsansprüche des AN **bejaht**. „Der § 642 BGB setzt nur voraus, dass der Besteller durch das Unterlassen einer Handlung, die bei der Herstellung eines Werks erforderlich ist“ (hier die rechtzeitige Bereitstellung des Grundstücks) in Annahmeverzug gerät.
2. **Dem AN steht in einem solchen Fall eine „angemessene Entschädigung“ zu, deren Höhe sich ausschließlich nach den vier Kriterien des § 642 Abs. 2**

BGB richtet, nämlich „Dauer des Annahmeverzugs“ und „Höhe der vereinbarten Vergütung“ einerseits und „andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann“. Somit hat das Gericht festzustellen, „inwieweit der Unternehmer während des Annahmeverzugs Produktionsmittel unproduktiv bereitgehalten hat, und die hierauf entfallenden Anteile aus der vereinbarten Gesamtvergütung zu berücksichtigen, wobei dem Gericht erlaubt ist, den Schaden unter Würdigung aller Umstände frei zu schätzen (§ 287 BGB).

Hinweise für die Praxis

- **Dieser Entschädigungsanspruch deckt allerdings nicht die Mehrkosten des Auftragnehmers ab, die ihm erst nach Ende des Annahmeverzugs entstehen. Beispiel:** Höhere Kosten bei Löhnen und Material während der verzögerten Arbeiten. Will der Auftragnehmer diese Kosten geltend machen, so muss er ein schuldhaftes Verhalten des Auftraggebers, also einen **Schuldnerverzug** (beim VOB-Vertrag: § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B) nachweisen.
- **Ordnet der Auftraggeber infolge der Behinderungen neue Ausführungsfristen an,** richten sich die erstattungsfähigen Mehrkosten des Auftragnehmers im BGB-Vertrag nach den „tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für Wagnis und Gewinn“ (§ 650c Abs. 1 BGB) und beim VOB-Vertrag nach den Preisermittlungsgrundlagen des Hauptangebots (§ 2 Abs. 5 VOB/B).
- Rechtsanwalt Dr. Olaf Hofmann, Lehrbeauftragter für Bau-recht, München –

Urheberhinweis: Aus urheberrechtlichen Gründen bitten wir zu beachten:

Der Nachdruck oder die elektronische Weitergabe dieses Rundschreibens ist nur insgesamt und unverändert einschließlich des Quellenhinweises und nach Übermittlung eines Beleg-Exemplars (per E-Mail oder per Fax) an den VOB-Verlag E. Vögel OHG gestattet. E-Mail: voegel@voegel.com; Fax: 09466/1276

Kann eine AGB-Klausel wirksam sein, die eine Gewährleistungsfrist von 10 Jahren regelt?

Das Problem

Für Bauleistungen gilt eine gesetzliche Gewährleistungsfrist von 5 Jahren, die durch **individuelle Vereinbarung** ohne besondere Begründung bis auf 30 Jahre wirksam verlängert werden kann (§§ 634a Abs. 1 Nr. 2, 202 Abs. 2 BGB).

Anders ist es bei Vereinbarung **vorformulierter Gewährleistungsklauseln**. Hier ist eine Verlängerung der Gewährleistungszeit nur in engen Grenzen wirksam, nämlich dann, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders nicht einseitig und unangemessen im Sinne von § 307 BGB benachteiligt. Eine solche Benachteiligung liegt vor, wenn die Klausel zu Lasten des Vertragspartners vom Gerechtigkeitsgedanken der gesetzlichen Regelung abweicht.

Fall:

Im Rahmen des Baus eines Hallen- und Freizeitbades regelt eine Gemeinde die Dauer der Gewährleistung mit folgender Klausel:

„Die Gewährleistungsfrist für alle Leistungen beträgt einheitlich 5 Jahre nach BGB, die Gewährleistungsfrist für alle Dichtungsarbeiten – z. B. Dach, Becken, Fußboden – beträgt 10 Jahre.“

Die Leistung wird am 05. 09. 2005 abgenommen. Noch vor Ablauf der 10-Jahresfrist für die Dichtungsarbeiten rügt der Auftraggeber umfangreiche und gravierende Dichtungsmängel. Der Auftragnehmer weist diese Ansprüche wegen Verjährung zurück. Er ist der Auffassung, dass die im Vertrag geregelte Klausel zur Verlängerung der gesetzlichen Verjährungsfrist für Dichtungsarbeiten unangemessen und deshalb nach § 307 BGB unwirksam ist.

Kann der Auftraggeber seine Mängelansprüche durchsetzen?

Die Entscheidung

Das OLG Stuttgart – Az.: 10 U 55/17 – hat dies mit Urteil vom 17. 10. 2017¹⁾ **bejaht** und wie folgt begründet:

¹⁾ Nichtzulassungsbeschwerde des BGH mit Beschluss vom 25. 03. 2020 – Az.: VII ZR 247/17 – zurückgewiesen.

AGB-Klauseln sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Klausel-Verwenders unangemessen benachteiligen. Zur Unwirksamkeit einer die gesetzliche Verjährungsfrist verlängernden Klausel habe der BGH schon im Jahr 1996 einen vergleichbaren Fall entschieden. Danach hat er eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers durch eine Klausel des Auftraggebers zur Verlängerung der 5-jährigen Gewährleistungsfrist auf 10 Jahre **bei Flachdacharbeiten abgelehnt**, da bei diesen Arbeiten Mängel häufig erst nach Ablauf der 5-jährigen Verjährungsfrist in Erscheinung treten (siehe hierzu Baurechts-Report 8/96).

Eine entsprechende Erwägung gilt auch für den vorliegenden Fall. Auch hier liegt „ein anzuerkennendes Bedürfnis für eine Verlängerung der Verjährungsfrist aufgrund der Eigenart von **Dichtungsarbeiten** vor. Diese führen häufig erst **nach 5 Jahren** zu einem Mangelerscheinungsbild, zumal die aus diesen Arbeiten resultierenden Mängel zu einem **sehr hohen Schadenspotenzial** führen können.“

Deshalb sind die vom Auftraggeber geltend gemachten Gewährleistungsansprüche bei Dichtungsarbeiten also nicht verjährt.

Hinweise für die Praxis

– Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt das OLG Köln für die Verlängerung der Gewährleistungsfrist bei Abdichtungsarbeiten an einer Glasfassade (Urteil vom 28. 07. 2016 – Az.: 7 U 179/15).

– Das OLG Stuttgart verweist in seinem Urteil u. a. auch darauf, dass eine wirksame Verlängerung der Gewährleistungsfrist selbst dann zu bejahen wäre, wenn einzelne Dichtungsarbeiten kein hohes Schadenspotenzial aufweisen sollten.

– Rechtsanwalt Eckhard Frikell, Lehrbeauftragter für Baurecht, München –

VOB-Vertrag: Wie wird zukünftig der Preis für Zusatzleistungen berechnet?

Das Problem

Kommt es bei einem VOB-Vertrag zu Zusatzleistungen, so legt die VOB/B in § 2 Abs. 6 Nr. 2 die Grundsätze fest, die für die Neuberechnung des vereinbarten Preises gelten. Nach bisheriger einhelliger Meinung richtet sich dabei der Preis der Zusatzleistung nach der Urkalkulation des bestehenden Vertrags. Sind somit die Preisermittlungsgrundlagen „teuer“, so ist auch der Preis für die Zusatzleistung entsprechend hoch und umgekehrt. Ist dieses Prinzip weiterhin gültig?

Fall:

Bei einem VOB-Vertrag über Rodungsarbeiten verlangt der Auftraggeber (AG) Zusatzleistungen. Auf der Basis seiner für den Hauptauftrag gültigen und für ihn sehr günstigen Preisermittlungsgrundlagen berechnet der Auftragnehmer (AN) seine zusätzliche Vergütung. Der AG ist nur bereit, die dem AN hier entstehenden tatsächlichen Kosten zu bezahlen.

Wer hat Recht?

Die Entscheidung

Mit Urteil des OLG Brandenburg vom 22. 04. 2020 – Az.: 11 U 153/18 – **gibt das OLG Brandenburg dem AG Recht**. Zur Begründung beruft sich das Gericht in erster Linie auf das Urteil des BGH vom 08. 08. 2019 (Baurechts-Report 9/2019, S. 33) wonach für die Berechnung der Vergütung des Auftragnehmers bei Mengenmehrungen (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B) „das ursprüngliche Vertragsgefüge nicht mehr gilt“. Zwar nimmt – anders als § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B der § 2 Abs. 6 Satz 2 VOB/B ausdrücklich Bezug auf die Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung, also

der Urkalkulation, stellt aber gleichzeitig auf „die besonderen Kosten der geforderten Leistung“ ab. **Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass auch hier das „Äquivalenzprinzip“, also der Grundsatz von Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung gelten soll**. „Dabei entspricht es der Redlichkeit und dem bestmöglichen Ausgleich der wechselseitigen Interessen, dass durch die unvorhergesehene Veränderung der auszuführenden Leistungen keine der Vertragsparteien eine Besser- oder Schlechterstellung erfahren soll. **Dies setzt voraus, dass keine Partei von der unerwarteten zusätzlichen Leistung zum Nachteil der anderen Partei profitiert. Es gilt auf Seiten des Auftragnehmers eine nicht auskömmliche Vergütung zu vermeiden und auf Seiten des Auftraggebers eine übermäßige Belastung zu verhindern.**“ Um dies zu gewährleisten, gilt somit bei fehlender Vereinbarung der Vertragspartner, **dass für die Zusatzleistung „die tatsächlich erforderlichen Kosten maßgeblich“ sind**.

Hinweise für die Praxis

– Wie bei Mengenmehrungen wird nach der Meinung dieses Gerichts auch bei Zusatzleistungen das Prinzip „guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ aufgegeben. Es bleibt abzuwarten, ob auch der BGH, der dieses Prinzip bisher nur bei so genannten Mengenmehrungen nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B angewendet hat, dem folgt und dies in Zukunft auch bei Zusatzleistungen und Vertragsänderungen tun wird.

– Rechtsanwalt Dr. Olaf Hofmann, Lehrbeauftragter für Baurecht, München –

In welchen Fällen kann der Auftraggeber im VOB-Vertrag eine wirksame Teilkündigung erklären?

Das Problem

Der Auftraggeber kann einen VOB-Vertrag jederzeit bis zur Vollendung der vereinbarten Leistung kündigen. Eine Kündigung muss aber nicht den gesamten Vertragsumfang erfassen, sie kann sich auch auf einen „in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung“ beschränken (§ 8 Abs. 3 VOB/B).

Wann ein solcher in sich abgeschlossener Leistungsteil anzunehmen ist, führt in der Praxis allerdings häufig zu Streit.

Fall:

Der Auftragnehmer (AN) hat nach VOB/B für einen öffentlichen Auftraggeber (AG) umfangreiche Trockenbauarbeiten bei einer festgelegten Bauzeit von „ca. 1 Jahr“ zu erbringen. Im Zuge der Ausführung kommt es aufgrund erheblicher Verzögerungen zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragspartnern. Schließlich erklärt der AG die Teilkündigung der „Flurdecken im zweiten Obergeschoss, der Flur- und Bürodecken im ersten Obergeschoss, sämtlicher Trockenbauarbeiten im Erdgeschoss, der WC-Decken in allen Geschossen und den Wandverkleidungen in Treppenhäuser.“ Der AN hält diese Teilkündigung für unwirksam, da sie sich nicht auf abgeschlossene Leistungsteile bezieht.

Zu Recht?

Die Entscheidung

Das OLG Celle – Az.: 7 U 227/18 – bestätigt die Auffassung des Auftragnehmers mit Urteil vom 27. 02. 2019.²⁾

Es ist hierbei festzustellen, dass die in § 8 Abs. 3 VOB/B genannte Formulierung „in sich abgeschlossener Teile der Leistung“ gleichlautend auch in § 12 Abs. 2 VOB/B verwendet wird, was bei einer Allgemeinen Geschäftsbedingung wie der VOB/B bedeutet, dass diese gleichlautende Formulierung auch nur einheitlich ausgelegt werden kann.

Dabei ist festzustellen, dass der BGH diese Formulierung in § 12 Abs. 2 VOB/B schon seit Längerem dahingehend

²⁾ Nichtzulassungsbeschwerde des BGH mit Beschluss vom 20. 11. 2019 – Az.: VII ZR 56/19 – zurückgewiesen.

auslegt, dass einzelne Teile eines Rohbaus, wie sie eine Betondecke oder ein Stockwerk darstellen, nicht als abgeschlossene Teile einer Bauleistung zu werten sind (BGH vom 06. 05. 1968 – Az.: VII ZR 33/66).

Die für die Formulierung in § 12 Abs. 2 VOB/B vorgenommene Auslegung ist deshalb auch auf die Formulierung in § 8 Abs. 3 VOB/B übertragbar, sodass auch bei einer solchen Teilkündigung davon auszugehen ist, dass **Leistungsteile innerhalb eines Gewerks grundsätzlich nicht als abgeschlossen angesehen werden können, da es ihnen regelmäßig an einer Selbständigkeit fehlt.**

Anders ist es nur bei ausreichender **räumlicher Trennung** von Leistungsteilen, wenn beispielsweise Arbeiten **an verschiedenen Bauwerken, etwa an mehreren zu errichtenden Häusern**, zu erbringen sind.

Da sich die vom Auftraggeber erklärte Kündigung nicht auf räumlich voneinander getrennte Leistungsteile bezieht, ist sie unwirksam.

Hinweise für die Praxis

- Das OLG Celle weist darauf hin, dass die unwirksame Teilkündigung nicht in eine Gesamtkündigung des Vertrages umgedeutet werden kann. Dies hätte nur ausnahmsweise dann in Frage kommen können, wenn hierfür konkrete Anhaltspunkte vorgelegen hätten. Im entschiedenen Fall besteht der Vertrag deshalb unverändert fort.
- Da die vom Auftraggeber beabsichtigte Teilkündigung nicht zum Erfolg führen konnte, hätte es sich im Interesse beider Vertragspartner möglicherweise angeboten, den Leistungsumfang einvernehmlich zu reduzieren, um so eine termingerechte Fertigstellung der Trockenbauarbeiten zu erreichen.
- Rechtsanwalt Eckhard Frikell, Lehrbeauftragter für Baurecht, München –

II. VERGABERECHT

Eignungsnachweis durch Präqualifikation – können Referenzen nachgereicht werden?

Das Problem

Gemäß § 16a VOB/A muss der Auftraggeber Bieter, die für den Zuschlag in Betracht kommen, grundsätzlich auffordern, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen nachzureichen, zu vervollständigen oder zu korrigieren, soweit diese Angaben bereits mit dem Angebot vorzulegen waren. Fraglich ist, ob dann, wenn der Bieter seine Eignung durch die Präqualifikation nachweist, Referenzen nachgefordert werden können oder ob der Bieter an die im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Referenzen gebunden ist.

Beispiel:

Die Vergabestelle schreibt im Rahmen einer Baumaßnahme die Lieferung und Montage einer digitalen Schließanlage aus. Bieter können ihre Eignung entweder durch Eigenklärung bzw. auf besonderes Verlangen vorzulegende Nachweise oder durch Angabe der Präqualifikationsnummer nachweisen. Für den Fall des Eignungsnachweises durch Präqualifikation werden die Bieter darauf hingewiesen, dass geforderte Eignungsnachweise, die nicht im Präqualifikationsverzeichnis enthalten sind, vom Bieter ohne weitere Aufforderung durch die Vergabestelle als Einzelnachweis vorgelegt werden müssen. Bieter A weist seine Eignung ausschließlich durch Angabe der Präqualifikationsnummer

nach. Die Vergabestelle will sein Angebot ausschließen, da die im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Referenzen nur mechanische Schließanlagen umfassen und daher nicht den Anforderungen der Ausschreibung entsprechen. Bieter A wendet sich gegen den Ausschluss. Er ist der Meinung, er hätte aufgefordert werden müssen, geeignete Referenzen vorzulegen.

Frage: Wie ist die Rechtslage?

Die Entscheidung

Die Vergabekammer Hamburg bestätigt mit **Beschluss vom 03. 01. 2020 – Az.: 60.29-319/2019.005³⁾** – die **Rechtmäßigkeit des Ausschlusses des Angebots** von Bieter A:

1. Bieter A hat seine **Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen**. Die von ihm vorgelegten **Referenzen betreffen unstreitig nicht digitale, sondern ausschließlich mechanische Schließanlagen**.
2. Im Rahmen der materiellen Eignungsprüfung wurden von der Vergabestelle die im **Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten drei Referenzen herangezogen**. Bieter A hat durch entsprechende Eintragung im Angebot die **Möglichkeit gewählt**, seine Eignung, das heißt auch seine **berufliche und technische Leistungsfähigkeit**, über die **Eintragung im Präqualifikationsverzeichnis nachzuweisen**. Ziel der Präqualifikation ist es, die für den Ein-

³⁾ Bestandskräftig.

zelfall vorgeschriebene Eignungsprüfung, soweit sie sich auf die grundsätzlichen Angaben des § 6a VOB/A EU stützt, durch den Abruf einer **Eintragung im Präqualifikationsverzeichnis zu ersetzen**. Wählt ein Bieter diesen **Weg**, muss er die dort hinterlegten Informationen gegebenenfalls auch **gegen sich gelten lassen**. Mit der Abgabe von Erklärungen im Vergabeverfahren ist der Bieter an seine **Erklärungen gebunden**. Welche Informationen und Nachweise er im Präqualifikationsverfahren einbringt, liegt ausschließlich in seiner Einflussosphäre. Könnte er sich später darauf berufen, er habe das dort Hinterlegte nicht erklären wollen, würde die mit dem Präqualifikationssystem erstrebte Vereinfachung nicht erreicht. Das **Risiko**, dass die im PQ-System **hinterlegten Informationen** als Nachweise für den **konkreten Auftrag nicht geeignet** sind, hat der **Bieter zu tragen**. Er hat jedoch stets die **Möglichkeit** – und darauf wurde in den Ausschreibungsunterlagen gesondert hingewiesen – **zusätzliche Einzelnachweise** vorzulegen.

3. Die Vergabestelle war **nicht nach § 16a Abs. 1 S. 1 verpflichtet**, von Bieter A weitere als die von ihr im Rahmen der Präqualifikation vorgelegten Referenzen **nachzufordern**. Die hinterlegten Referenzen sind **weder unrichtig**

noch unvollständig. Alle drei Referenzen sind auf entsprechendem Formblatt im Präqualifizierungssystem vollständig hinterlegt. Eine Nachforderung hätte die **unzulässige Nachbesserung** des Angebots von Bieter A bedeutet.

Hinweise für die Praxis

- Im Rahmen der Präqualifikation kann der **Bieter wählen**, für welche **Leistungsbereiche er sich präqualifizieren lässt**. Voraussetzung ist, dass drei Referenzen pro Leistungsbereich über die auftragsgemäße Ausführung der entsprechenden Leistungen im eigenen Betrieb in den letzten fünf Jahren vorgelegt werden. Grundsätzlich kann der Bieter auch dann, wenn er sich um **Leistungsbereiche bewirbt**, für die er **nicht präqualifiziert** ist, auf die im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten **allgemeinen Eignungsunterlagen verweisen**. Er muss dann aber daran denken, mit seinem Angebot **ergänzende Einzelnachweise vorzulegen**, die seine fachliche Eignung für den nicht präqualifizierten Leistungsbereich belegen (Referenzen!).

– Rechtsanwalt Andreas Demharter, München –

Muss ein frist- und formgerecht eingereichtes Angebot ausgeschlossen werden, weil es zuvor formwidrig per E-Mail übermittelt wurde?

Das Problem

Für EU-Vergaben gelten über §§ 10, 11 VgV hohe Anforderungen an die verwendeten elektronischen Mittel. Insbesondere darf kein vorfristiger Zugriff auf empfangene Daten möglich sein. E-Mails erfüllen diese Anforderung in aller Regel nicht. Fraglich ist, ob eine Verletzung des Geheimwettbewerbs vorliegt, wenn erst ein Angebot per E-Mail und anschließend fristgerecht ein Angebot über die Vergabeplattform eingereicht wird.

Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt den **Abschluss einer Rahmenvereinbarung europaweit** aus. Die Angebote sind über die **Vergabeplattform** des Auftraggebers einzureichen. **Ein Bieter reicht zunächst mit E-Mail ein unverschlüsseltes Angebot ein**. Die E-Mail selbst enthielt das Anschreiben. Das Angebot war als Anlage der E-Mail beigefügt. Der **Auftraggeber erwidert** am Folgetag, dass **die E-Mail nicht „digital“ eingereicht** worden sei und somit als gegenstandslos angesehen werde. Vor Ablauf des Schlusstermins für die Einreichung von Angeboten reicht der **Bieter das Angebot nochmals über die Vergabeplattform ein**. Der Auftraggeber schließt dieses Angebot aus, da es **von dem unverschlüsselten Angebot „infiziert“** werde.

Frage: Zu Recht?

Die Entscheidung

Der Vergabesenat des **OLG Frankfurt** hat im **Beschluss vom 18. 02. 2020 – Az.: 11 Verg 7/19** – den Ausschluss des Angebots aus folgenden Gründen für vergaberechtswidrig erachtet:

1. Das über die Vergabeplattform eingereichte Angebot ist form- und fristgerecht eingegangen. Dieses Angebot ist nicht deshalb von der Wertung auszuschließen, da zuvor ein Angebot unverschlüsselt per E-Mail übermittelt worden war. Der Ausschlussgrund für nicht form- bzw. fristgerecht eingegangene Angebote nach **§ 57 Abs. 1 VgV soll insbesondere verhindern, dass Bieter bevorteilt werden, die Frist- und Formvorgaben missachten** und mehr Zeit/Freiraum für die Angebotserstellung zur Verfügung haben. Die **Vergleichbarkeit der Angebote wird nicht beeinträchtigt, wenn ein form- und fristgerecht eingegangenes Angebot in der Wertung verbleibt**,

welches zuvor nicht formgerecht per E-Mail übermittelt worden war. Eine „Infizierung“ findet im vorliegenden Fall nicht statt.

2. Die Vorgabe nach **§ 55 Abs. 1 VgV**, wonach der öffentliche Auftraggeber vom Inhalt eines Angebots erst nach Ablauf der entsprechenden Frist Kenntnis nehmen darf, dient dem **Grundsatz des Geheimwettbewerbs**. Dieses Ziel wird vorliegend durch die zunächst per E-Mail erfolgte Übermittlung des Angebots aber nicht in einer derartigen Weise tangiert, dass ein Ausschluss geboten ist. **Die rein abstrakte Gefahr der Beeinträchtigung des Geheimwettbewerbs reicht vorliegend nicht aus**. Es kam nicht zur Kenntnisnahme durch Dritte. Eine derartige Kenntnisnahme war nach dem Vorbringen des Antragsgegners auch nicht wahrscheinlich. Der Antragsgegner selbst hat unmittelbar nach Eingang der E-Mail darauf hingewiesen, dass er diese nicht berücksichtigt und damit als nicht vorhanden behandelt. Auch Zugriffsmöglichkeiten auf die E-Mails sind nicht ersichtlich. Nach neuerer höchstrichterlicher Rechtsprechung soll ein Ausschluss nicht allein auf dem Gedanken der formalen Ordnung beruhen.⁴⁾ Da vorliegend Manipulationen ohne vernünftige Zweifel ausgeschlossen werden können, darf kein Ausschluss erfolgen.

Hinweise für die Praxis

- Die Entscheidung des OLG Frankfurt überrascht zunächst. Das OLG Karlsruhe⁵⁾ hatte sich für eine Infizierung eines nachfolgenden Angebotes ausgesprochen. Der Vergabesenat des OLG Frankfurt verweist aus seiner Sicht aber darauf, dass eine Divergenzvorlage zum BGH nach § 179 Abs. 2 S. 1 GWB nicht erfolgen muss, da im zu entscheidenden Fall das zweite Angebot rechtzeitig eingereicht wurde, wohingegen im Fall des OLG Karlsruhe das zweite Angebot verspätet eingegangen ist.
- Zwar hat das OLG Karlsruhe in seiner Entscheidung darauf verwiesen, dass die Infektion auch im Falle der rechtzeitigen Abgabe des zweiten Angebotes in Betracht käme. Diese Überlegungen zählen jedoch nach Darstellung des OLG Frankfurt nicht zu den tragenden Gründen. Eine für die Vergabepaxis hilfreiche Klarstellung zur Frage der Infizierung gibt es daher nicht.

– Fachanwalt für Vergaberecht Tilman Class, München –

⁴⁾ BGH, Urteil vom 18. 06. 2019 – Az.: X ZR 86 aus 17.

⁵⁾ Beschluss vom 17. 03. 2017 – Az.: 15 Verg 2/17.