



UPDATE VERGABERECHT

GELTENDMACHUNG DER UNWIRKSAMKEIT VON VERTRAGSKLAUSELN BEREITS IM NACHPRÜFUNGSVERFAHREN ERFORDERLICH?

OLG Celle, Urteil vom 18.01.2018 – 11 U 121/17

K hielt bestimmte abschließende Preisanpassungsklauseln eines Schülerbeförderungsvertrages für unwirksam und forderte die Anpassung ihrer Vergütung auf Grundlage des § 2 VOL/B. Erinstanzlich hatte das LG Hildesheim der auf Mehrvergütung gerichteten Klage dem Grunde nach stattgegeben. Auf die Berufung des Auftraggebers wies das OLG Celle die Klage ab.

Zunächst führte das OLG aus, dass es sich bei den Klauseln grundsätzlich um Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) handeln würde, da die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt seien (u.a. eine Vorformulierung zur Verwendung für eine Vielzahl von Verträgen). Zugleich ließ es indes Zweifel erkennen, ob diese allgemeinen Grundsätze des AGB-Rechts auch im Rahmen eines Vergabeverfahrens gelten. Dies bzw. die inhaltliche Frage der AGB-rechtlichen Unwirksamkeit der angegriffenen Klauseln ließ das OLG letztlich mangels Entscheidungserheblichkeit offen. Denn vorliegend könne sich K jedenfalls nicht hierauf berufen, weil sie es versäumt habe, dies bereits während des dem Vertragsschluss vorgelagerten Vergabeverfahrens in einem Nachprüfungsverfahren klären zu lassen (einen gegen die Klauseln gerichteten Nachprüfungsantrag hatte K zurückgenommen). Ein Bieter, der keinen Primärrechtsschutz gegen Vergabeverstöße in Anspruch nehmen, könne hieraus abgeleitete Ansprüche nicht mehr auf dem Zivilrechtsweg geltend machen. Hilfsweise würde vorliegend ein Zahlungsanspruch zudem nach dem Rechtsgedanken des § 254 BGB wegen Mitverschuldens der K scheitern.

Bedeutung für die Praxis

Das OLG benennt die in Streit stehenden Vertragsklauseln als „Vergabevorschriften“ im Sinne des § 160 f. GWB und geht ohne nähere Begründung davon aus, dass sie in einem Nachprüfungsverfahren hinsichtlich der AGB-rechtlichen Wirksamkeit überprüfbar bzw. auch primär dort zur Überprüfung zu stellen seien. Fraglich erscheint, ob dieses sehr weite Verständnis über die stark einzelfallbezogene Entscheidung hinaus verallgemeinerbar ist bzw. künftig von der Rechtsprechung geteilt wird. In Konsequenz müsste jeder Bieter bereits im Vergabeverfahren zivilrechtlich für unwirksam gehaltene Vertragsregelungen per Vergaberechtsschutz angreifen. Insoweit würde sich allerdings die Frage stellen, gegen welche vergaberechtliche Vorgabe zivilrechtlich unwirksame Vorgaben verstoßen sollten. Denn nach dem Wegfall der ungewöhnlichen Anforderung bzw. des ungewöhnlichen Wagnisses als Maßstab für einen Vergaberechtsverstoß sind vertragliche Vorgaben nur noch in sehr eingeschränktem Maße im Nachprüfungsverfahren angreifbar.