



UPDATE VERGABERECHT

KEINE AGB-PRÜFUNG IM NACHPRÜFUNGSVERFAHREN

OLG Celle, Beschluss vom 19.03.2019 – 13 Verg 7/18

Ein öffentlicher Auftraggeber schrieb einen Rahmenvertrag über Postdienstleistungen aus. Ein Bieter rügte unter anderem die vorgesehenen Vertragsstrafenregelungen. Nach der Nichtabhilfe entschied das OLG Celle in zweiter Instanz über den Nachprüfungsantrag.

Das OLG sah in den Vertragsstrafenregelungen keinen Vergaberechtsverstoß. Bei der Prüfung stellte das OLG nur darauf ab, ob die Vertragsstrafen diskriminierend oder wettbewerbswidrig seien, insbesondere, ob sie ein unzumutbares Kalkulationsrisiko darstellten. Ob die Vertragsbedingungen wegen eines Verstoßes gegen AGB-Recht unwirksam sind, prüfte der Senat hingegen ausdrücklich nicht. Vertragsklauseln seien von den Nachprüfungsinstanzen grundsätzlich nicht auf ihre zivilrechtliche Wirksamkeit zu prüfen, da die zivilrechtlichen Vorgaben keine Bestimmungen über das Vergabeverfahren seien. Nur wenn eine nach AGB-Recht unwirksame Klausel zugleich einen Vergabefehler darstelle, könne dies im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht werden. Ein solcher Vergabefehler sei hier nicht ersichtlich.

Bedeutung für die Praxis

Ein Urteil des OLG Celle vom 18.01.2018 (11 U 121/17; Update Vergaberecht 08/2018) konnte noch so verstanden werden, dass ein Bieter, der eine Klausel für AGB-rechtswidrig hält, dies zunächst im Nachprüfungsverfahren geltend machen muss. Versuche er nicht mit allen vergaberechtlichen Mitteln, die streitige Klausel zu beseitigen, so könne er sich in einem späteren zivilrechtlichen Klageverfahren nicht mehr auf die AGB-Rechtswidrigkeit der Klausel berufen. Diese – in der Literatur zurecht kritisch gesehene – Entscheidung hat das OLG nun relativiert: Ein Ausschluss späterer Einwendungen im Zivilverfahren sei nur dann anzunehmen, wenn die Vereinbarung einer nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksamen Vertragsbedingung zugleich einen Vergabefehler darstelle. Diese Klarstellung ist insofern zu begrüßen, als dass eine AGB-Kontrolle als solche eben nicht Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein kann, da es in diesem nur um Verstöße gegen das Vergaberecht geht. Andererseits verbleiben erhebliche Unsicherheiten angesichts der Entscheidung: So müssen Bieter nun im Vergabeverfahren genau abschätzen, ob eine Klausel, die für AGB-rechtswidrig gehalten wird, auch vergaberechtswidrig sein könnte. Denn wenn in einem späteren Zivilrechtsstreit um jene Klausel das dann angerufene Zivilgericht die Vergaberechtswidrigkeit annimmt, so könnte sich der Bieter ggf. nicht auf die AGB-Rechtswidrigkeit berufen. Der Bieter müsste daher zur Sicherheit letztlich doch stets im Vergabeverfahren Rechtsschutz gegen streitige Klauseln ersuchen. Diese letztlich nicht geklärte Unsicherheit in Folge des Urteils vom 18.01.2018 verbleibt leider auch nach der Entscheidung vom 19.03.2019.