

## UPDATE ÖPNV-RECHT

### AUSSCHLUSS VON RECHTEN IM ZIVILRECHTSVERFAHREN MANGELS PRIMÄRRECHTSSCHUTZ IM VERGABEVERFAHREN?

**OLG Celle, Urt. v. 18.01.2018 – 11 U 121/17, nicht rechtskräftig**

Die Klägerin ist ein privates Verkehrsunternehmen und führt Schülerbeförderungsleistungen aufgrund eines europaweit ausgeschriebenen Vertrages aus. Aufgrund von Leistungsänderungen verlangt sie eine Vergütungsanpassung und Zahlung des zusätzlichen Entgelts. Die Vertragsregelungen sehen indes eine Vergütungsanpassung ausschließlich bei einer quantitativen Änderung der Beförderungszahlen von durchschnittlich +/- 10 % p.a. vor, nicht aber im Falle von qualitativen oder anderen preistreibenden Veränderungen. Die Klägerin beruft sich auf die Unwirksamkeit dieser Vertragsklauseln gemäß § 307 Abs. 1 BGB (unangemessene Benachteiligung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)) und fordert eine Vergütungsanpassung nach der im Übrigen vertraglich vereinbarten VOL/B. Das Landgericht bestätigt diese Auffassung und spricht der Klägerin den Zahlungsanspruch dem Grunde nach zu. Die gegen das Grundurteil erhobene Berufung des Beklagten hat Erfolg.

Das OLG Celle weist die Klage ab. Es spreche zwar viel dafür, dass die streitigen Vertragsklauseln als AGB unwirksam wären. Nach Auffassung des OLG Celle soll es der Klägerin jedoch verwehrt sein, sich auf diesen Aspekt zu berufen, da sie es versäumt habe, diese Frage in einem Nachprüfungsverfahren nach §§ 160 f. GWB zur Überprüfung zu stellen. Zur Begründung führt der Senat an, dass eine entsprechende Präklusion zwar nicht gesetzlich normiert sei, zumindest ein Teil der Literatur vertrete aber die Auffassung, dass Bieter eines Vergabeverfahrens keinen Schadensersatzanspruch verlangen könnten wegen Vergabefehlern, die sie zuvor nicht gerügt und zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht hätten. Hilfsweise sei der Anspruch der Klägerin jedenfalls nach dem Rechtsgedanken des Mitverschuldens ausgeschlossen. Das OLG Celle hat die Revision gegen das Urteil zugelassen.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Eine Präklusion der zivilrechtlichen Inhaltskontrolle mangels vorheriger Geltendmachung im Rahmen eines vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes wurde in der Rechtsprechung bisher nicht diskutiert. Vielmehr wurde teilweise sogar die Auffassung vertreten, dass streng zwischen der vergaberechtlichen Prüfung einer Vertragsbedingung im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer und der sich an §§ 305 ff. BGB orientierenden Inhaltskontrolle von AGB durch die Zivilgerichte zu differenzieren sei. Es bleibt abzuwarten, wie der Bundesgerichtshof hierüber entscheidet.