

<b>Anmerkung zu:</b>	OLG Brandenburg 4. Zivilsenat, Urteil vom 16.12.2015 - 4 U 77/14
<b>Autoren:</b>	Dr. Roland M. Stein, RA, Dr. Matthias Simonis, Legal & Compliance Consultant
<b>Erscheinungsdatum:</b>	28.06.2016
<b>Quelle:</b>	<b>JURIS</b>
<b>Normen:</b>	§ 97 GWB, § 16 VgV 2016, § 812 BGB, § 138 BGB, § 817 BGB
<b>Fundstelle:</b>	jurisPR-Compl 3/2016 Anm. 4
<b>Herausgeber:</b>	Prof. Dr. Norbert Nolte, RA
<b>Zitievorschlag:</b>	Stein/Simonis, jurisPR-Compl 3/2016 Anm. 4

**Vergaberechtsverstöße: sittenwidrige Zusammenarbeit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer**

### **Orientierungssätze**

- 1. Handelt eine konkrete natürliche Person im Vergabeverfahren sowohl als Beauftragter des Auftraggebers als auch beratend oder sonst unterstützend für einen Bieter oder Bewerber, so ist § 16 Abs. 1 Nr. 2 VgV anwendbar.**
- 2. Betreffen die Mitwirkungen der ausgeschlossenen Person bereits für das Verfahren wesentliche Entscheidungen, so braucht eine weiter gehend kausale Wirkung einer konkreten Einflussnahme durch die Person sogar auf die konkrete Vergabeentscheidung nicht festgestellt zu werden. Ergebniswirksame "Steuerungshandlungen" der beiderseitig handelnden Person sind für die Bejahung des Vergabeverstoßes nicht erforderlich.**
- 3. Ist ein Vertragsschluss infolge eines Vergabeverfahrens aufgrund beiderseitiger erheblicher Verstöße gegen Grundwerte des Vergaberechts sittenwidrig, so greift der Ausschluss des Rückforderungsanspruchs nach § 817 Satz 2 BGB ein.**

#### **A. Problemstellung**

Im Rahmen von Vergabeverfahren kommt es in der Praxis bedauerlicherweise nicht selten zu Versuchen ungebührlicher Einflussnahme durch Bieter. So wird z.B. versucht, die Eignungskriterien oder das Leistungsverzeichnis besser an die eigenen Möglichkeiten anzupassen oder den Auftraggeber bei der Wertung der Angebote zu beeinflussen. Eine solche Einflussnahme setzt regelmäßig die Beteiligung von Vertretern oder Mitarbeitern des ausschreibenden öffentlichen Auftraggebers voraus. Oftmals gehen diese Vertreter oder Mitarbeiter davon aus, im besten Interesse ihres Dienstherrn zu handeln. Das ist für die Frage der Rechtmäßigkeit ihres Handelns allerdings irrelevant.

Gewöhnliche Vergaberechtsverstöße werden im Rahmen von Nachprüfungsverfahren vor den hierfür zuständigen Vergabekammern angegriffen. Vertragliche Ansprüche spielen in diesen Fällen in aller Regel keine Rolle. Denn der sog. „Primärrechtsschutz“ vor den Vergabekammern erfolgt vor Zuschlagerteilung und damit vor dem zivilrechtlichen Vertragsschluss. Was passiert aber, wenn – z.B. weil kein Bieter rechtzeitig Kenntnis vom kollusiven Verhalten zwischen Auftraggeber und Bieter erlangt – kein Nachprüfungsverfahren eingeleitet wurde und sich die Vertragsparteien später über Ansprüche aus dem unter schweren Vergaberechtsverstößen zustande ge-

kommenen Vertrag streiten? Mit dieser Frage musste sich das OLG Brandenburg in dem vorliegenden Urteil auseinandersetzen.

## **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Die beklagte Gemeinde vergab einen Auftrag über Beratungsleistungen im Zusammenhang mit dem Neubau ihres Rathauses an die Klägerin. Beim Zustandekommen dieser Beauftragung kam es zu erheblichen Unregelmäßigkeiten. So war der spätere Streithelfer der Klägerin in die Vorbereitung und Durchführung des Vergabeverfahrens involviert. Der Streithelfer hatte bereits im Rahmen eines vorangegangenen Auftrags in derselben Sache als „Subdienstleister“ der Klägerin fungiert und stand in dieser Rolle in ständigem Kontakt zu Vertretern der Beklagten.

Bei dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren bewarb sich der Streithelfer nicht selbst um den Auftrag, sondern wurde für die Klägerin tätig und sorgte für deren Beauftragung. Ermöglicht wurde ihm diese Einflussnahme durch eine aktive Zusammenarbeit mit Mitarbeitern der Beklagten. So erstellte der Streithelfer bereits zu Beginn des Vergabeverfahrens die Auftragsbekanntmachung und übersandte sie dem Leiter des Bauamtes, der zugleich Mitglied der Auswahlkommission der Beklagten war. Dieser nahm die Zuarbeit dankend entgegen. Des Weiteren übermittelte der Streithelfer Referenzen für die Klägerin, die von einem weiteren Mitarbeiter der Beklagten, dem persönlichen Referenten des Bürgermeisters, nachgefordert worden waren. Ferner erstellte und übersandte der Streithelfer eine Kriterienliste für die Auswahl der Bewerber nebst Hinweisen. Auch im Weiteren nahm er zugunsten der Klägerin massiv Einfluss auf die Auswahlentscheidung.

Nach Zuschlagserteilung an die Klägerin rügte eine Mitbewerberin die Vergabe. Auch mit Blick auf diese Rüge nahm der Streithelfer entscheidenden Einfluss. Das war ihm möglich, weil er der Ingenieurkammer vorstand, die im Vergabeverfahren – wohl von ihm selbst – als Schlichtungsstelle eingesetzt worden war. In dieser Funktion führte der Streithelfer ein Telefonat mit der Mitbewerberin. Dabei machte er wahrheitswidrige Angaben. Insbesondere behauptete er, die Vorbereitung und Durchführung des Vergabeverfahrens sei unter durchgängigem Ausschluss externer Berater aus dem hier relevanten Projektteil 1 erfolgt. Nach diesem Telefonat leitete die Mitbewerberin kein Nachprüfungsverfahren ein. Der Zuschlag wurde somit wirksam erteilt.

Nachfolgend wurde die Klägerin für die Beklagte gemäß des erschlichenen Auftrags tätig. Dabei wurde der Streithelfer erneut in großem Umfang als Nachunternehmer der Klägerin eingesetzt. Zwei Drittel der Honorarzahlungen flossen ihm zu. Nachdem die Beklagte Kenntnis von „strafprozessualen Maßnahmen gegen das Vermögen“ der Klägerin erhalten hatte, stellte sie die Zahlungen ein, so dass mehrere Honorarrechnungen der Klägerin offenblieben. Zudem kündigte sie den Vertrag mit der Klägerin außerordentlich.

Die Klägerin begehrte mit ihrer Klage den Ausgleich der ausstehenden Honorarrechnungen. Die Beklagte erhob Widerklage auf Rückzahlung sämtlicher an die Klägerin geleisteten Zahlungen. Das OLG Brandenburg wies beide Klagen als unbegründet zurück:

Nach Ansicht des Gerichts ist der zwischen der Klägerin und der Beklagten zustande gekommene Vertrag nach § 138 BGB ex tunc nichtig, da der vorstehend beschriebene Sachverhalt „mehrere Verstöße gegen Grundwerte und -prinzipien des einschlägigen Vergaberechts“ aufweise. Insoweit sieht das Gericht Verstöße gegen die Vorschrift des § 16 Abs. 1 Nr. 2 VgV a.F. (Interessenkonflikt) sowie gegen den Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz aus § 97 Abs. 1 und 2 GWB.

## **C. Kontext der Entscheidung**

Für eine allgemeine Würdigung des Urteils kommt es nicht auf die vom Gericht ausführlich behandelten – und für den Vergaberechtler interessanten – Detailfragen zu § 16 VgV a.F. an. Den Aus-

führungen des Gerichts lassen sich vielmehr einige Aussagen von grundsätzlichem Compliance-Interesse entnehmen:

So führt das Gericht aus, dass die oben dargelegte Einflussnahme zugunsten der Klägerin bereits als solche unzulässig war. Es sei nicht erforderlich, dass darüber hinaus eine kausale Wirkung auf konkrete Vergabeentscheidungen festgestellt werden könne. Demnach hängt die Nichtigkeitsfolge des § 138 BGB nicht von der Nachweisführung im Einzelfall ab, dass das Vorgehen der Beteiligten für die Auftragerteilung ursächlich war. „Ergebniswirksame Steuerungshandlungen“ sind nicht erforderlich. Insoweit genügt der böse Schein – jedenfalls bei einer Einflussnahme von dem hier erreichten Gewicht.

In einem kurzen Satz versteckt sich eine weitere interessante, wenn auch nicht überraschende Aussage. Laut dem Gericht sei es nicht erforderlich, dass der „auf der bemerkten Grundlage zu Stande gekommene Vertrag“ für den öffentlichen Auftraggeber wirtschaftlich nachteilig ist. Das ist konsequent. Denn das Vergaberecht dient „in einem erheblichen Umfang dem Schutz Dritter bzw. der Allgemeinheit“. Dann kann es bei der Sanktionierung von Verstößen auch nicht darauf ankommen, ob der konkrete Vertrag für die Beteiligten vorteilhaft war oder nicht.

Nicht in gleichem Maße selbstverständlich, aber nicht weniger überzeugend ist die mit den vorstehenden Ausführungen im Zusammenhang stehende Feststellung des Gerichts, dass eine – hier allerdings naheliegende – „finale Kollusion“ nur einen der möglichen Anwendungsfälle des § 138 BGB darstelle und daher keine notwendige Bedingung für das „Verdikt der Sittenwidrigkeit“ sei. Bereits die hier begangenen Verstöße hätten „Sinn und Zweck des Vergabeverfahrens ad absurdum geführt“. Die Sittenwidrigkeit könnte sich „aus einem Vorliegen gravierender Verstöße gegen Grundwertungen des Vergaberechts ergeben“. Das ist richtig, weil der mit dem Vergaberecht intendierte Wettbewerbsschutz in Fällen wie dem vorliegenden anderenfalls ausgehöhlt würde.

Letztlich ist eine sich nur mittelbar aus den Ausführungen des Gerichts ergebende Feststellung zu erwähnen. Im Rahmen der Prüfung und Bejahung des subjektiven Tatbestands verdeutlicht das Gericht noch einmal, wie weit das Wissen um die problematische Einbeziehung des Streithelfers in das Vergabeverfahren bei der Beklagten verbreitet war. Betroffen war nicht etwa nur ein einzelner Mitarbeiter. Vielmehr wussten zahlreiche Personen aus unterschiedlichen Hierarchieebenen, sogar der Bürgermeister persönlich, Bescheid. In der Praxis wird teilweise vorgetragen, bei einem Zusammenwirken zwischen Auftraggeber und Bieter könne es sich nicht um kollusive und damit verbotene Mauschelen handeln, wenn das Vorgehen beim Auftraggeber intern nicht verheimlicht wurde. Diesem ohnehin wenig überzeugenden Argument wird durch das Urteil jeder Boden entzogen.

Was folgt aus all dem? Der Vertrag zwischen Klägerin und Beklagter ist nichtig, so dass sich keine der Parteien auf vertragliche Ansprüche berufen kann. Aber auch bereicherungsrechtliche Ansprüche (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) schließt das Gericht unter Hinweis auf § 817 Satz 2 BGB aus – und zwar für Klägerin und Beklagte. Ob das in jedem Einzelfall billig ist, wird noch zu klären sein.

Die Frage der Sittenwidrigkeit von öffentlichen Aufträgen aufgrund schwerer Vergaberechtsverstöße wurde vor den Gerichten bislang nur vereinzelt erörtert. Entsprechende Entscheidungen befassten sich dabei hauptsächlich mit der Frage einer Nichtigkeit nach § 138 BGB bei rechtswidrigen Direktvergaben (sog. „De-facto-Vergaben“), also der Vergabe von Aufträgen, ohne zuvor ein gesetzlich vorgeschriebenes Vergabeverfahren durchzuführen. Allzu viele Fälle der festgestellten Nichtigkeit sind aber auch insoweit nicht bekannt (kürzlich jedoch LG Saarbrücken, Urt. v. 06.11.2014 - 3 O 260/11 Fn. 185; vgl. auch Dreher in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 101b GWB Rn. 78).

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Im Vergaberecht gilt eine Zuschlagserteilung und damit der zivilrechtliche Vertragsschluss als grundsätzlich nicht mehr angreifbar (*pacta sunt servanda*). Eine mehr in der Literatur als in der Rechtsprechung diskutierte Ausnahme von diesem Grundsatz sind Fälle des sittenwidrigen Zusammenwirkens zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer beim Zustandekommen der Beauftragung. Das OLG Brandenburg steuert mit seinem Urteil einen der seltenen Beiträge der Rechtsprechung zu dieser bislang recht übersichtlichen Fallgruppe bei. Soweit ersichtlich, ist es sogar die erste Entscheidung, die derart allgemein zu dem Ergebnis kommt, dass schwere Vergaberechtsverstöße eine Nichtigkeit des durch Zuschlag zustande gekommenen Vertrags nach § 138 BGB zur Folge haben können.

Die Auswirkungen auf die Praxis sind daher nicht zu unterschätzen. Denn beide Vertragsparteien können auf dieser Grundlage in vergleichbaren Fällen die Leistung verweigern, wenn sich der sittenwidrig zustande gekommene Vertrag bei seiner Durchführung als für sie nachteilig erweist. Damit schwebt über derartigen Verträgen stets das Damoklesschwert der Nichtigkeit mit all seinen – für beide Seiten problematischen – zivilrechtlichen Folgen. Dabei wiegt die Rechtsfolge des § 817 Satz 2 BGB besonders schwer. Das Urteil des OLG Brandenburg könnte daher in Zukunft als Argumentationsgrundlage in einer Reihe vergleichbarer Fälle dienen. Öffentliche Auftraggeber und Bieter haben demnach einen Grund mehr, auf die Rechtmäßigkeit der Auftragsvergabe zu achten – zumal nicht auszuschließen ist, dass sich auch die Strafverfolgungsbehörden eher zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens entschließen könnten, wenn wie im vorliegenden Fall eine strafrechtlich relevante Untreue nicht fernliegt.

© juris GmbH